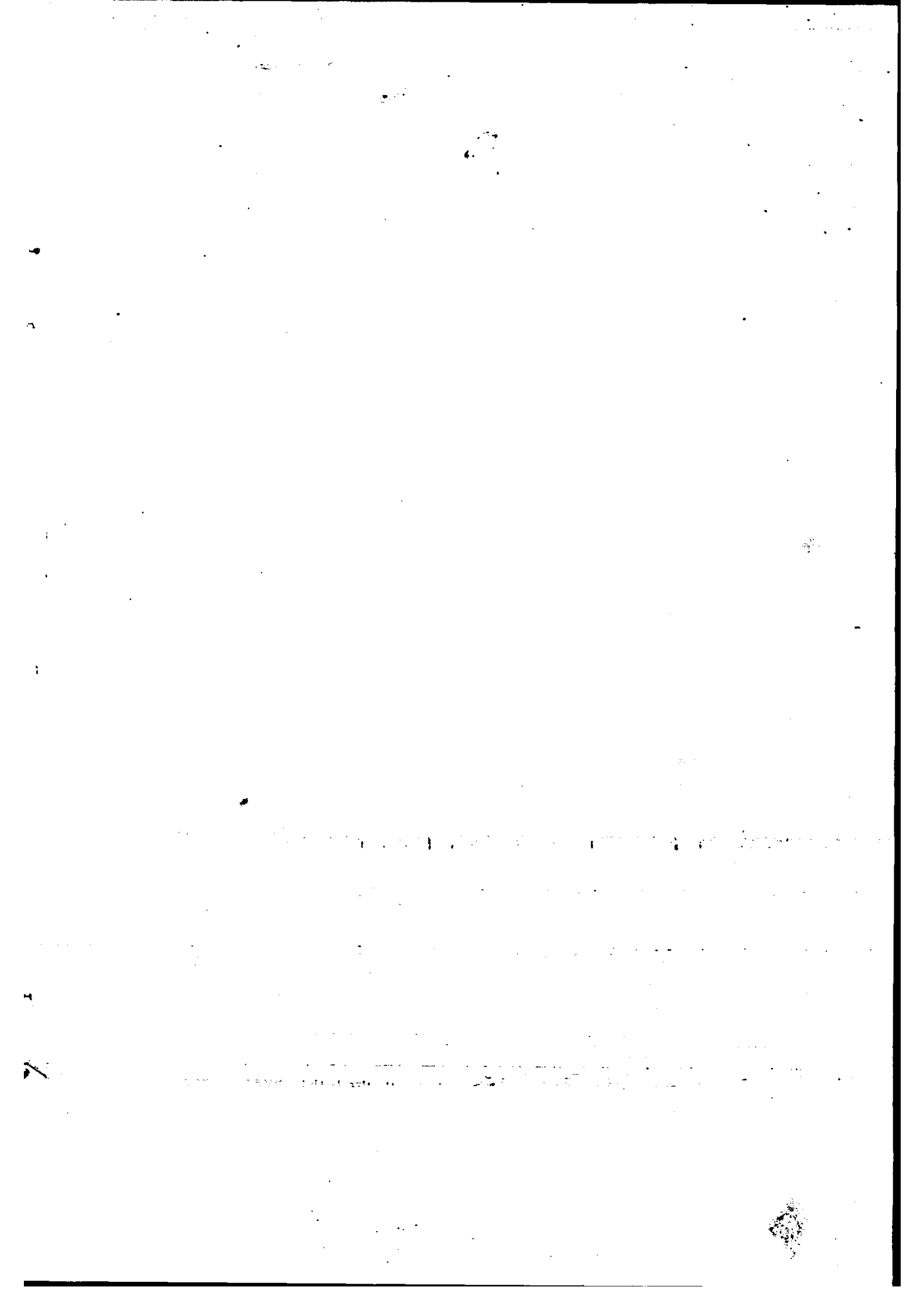


دكتور عبد الحكيم أحمد شرف*)

استئناف الأحكام الباطلة والمبنية على اجراءات باطلة

« دراسة تحليلية على ضوء أحكام الفقه الاسلامي »



استئناف الأحكام الباطلة والمبينة على اجراءات باطلة

« دراسة تحليلية على ضوء أحكام الفقه الاسلامى »

دكتور عبد الحكم أحمد شرف*»

الحمد لله رب العالمين والسلام على رسول الله صلى الله عليه وعلى آله
وصحبه وسلم .

وبعد :

فإذا كانت الأنظار تتجه اليوم فى مختلف بلدان العالم الاسلامى الى
شريعة ربنا عز وجل تستقى منها أحكام قوانينها الوضعية .

وإذا كان الاتجاه السائد لدى مختلف المشرعين فى هذه الدول صوب
الشريعة الاسلامية ، فإنه لا يخرج عن كونه رجوعا الى الحق ، ويقظة من
المشرعين فى الدول الاسلامية نحو عودة الأمة الاسلامية الى اصالتها وعراقتها،
لأن أى أمة تستعين بقوانين لا تتلائم معها ، فإن ذلك بمن شأنه أنه يؤدى الى
ضياع الأمة وفقدانها لكيانها الشخصى ، وهو ما تحقق فى حال الأمة الاسلامية
حينما استعانت بقوانين من الشرق أو الغرب ، فتساهت وضاعت وتمزقت
أوصالها ومسخت شخصيتها وفقدت كيانها الذاتى .

لذلك وإيماننا منى بالطريق الصحيح والمنهج القويم الذى يتحدد فى أن
الشريعة الاسلامية لا بد أن يعود لها التسيد الذى أزرده الله عز وجل لها
وأنها قد حوت كل شىء وبلغت الكمال فيما حوت ، وأنها صالحة لكل زمان
ومكان . فأننى اخترت موضوعا مقارنا بين الشريعة الاسلامية وقانون المرافعات
الوضعى وهو « استئناف الأحكام الباطلة والمبينة على اجراءات باطلة - دراسة

* مدرس قانون المرافعات فى كليتى الشريعة والقانون بجامعة الأزهر وصنعاء .

تحليلية على ضوء أحكام الفقه الاسلامي .

وهذا الموضوع كان الدافع لاختياره هو أنه لم تتجه إليه بحوث المعاصرين في الفقه الاسلامي ، مع أن المذاهب الاسلامة وكتب الفقه المختلفة قد أولت عناصر هذا الموضوع عناية فائقة ، غير أن منهج الشريعة لا يقف عليه الا من توفرت لديه ملكة الاستبطان من كتب الفقه المختلفة ، ذلك لأن فقهاء المسلمين حينما تعرضوا للموضوعات التي تناولتها تعرضوا لها في جزئيات متناثرة ، وتحت عناوين مختلفة في فروع الفقه المختلفة الأمر الذي حال دون وجود نظرية متكاملة في البطلان في الفقه الاسلامي .

واسهاما مني في بلورة أحكام الفقه الاسلامي ، وتوضيحها أمام المشرعين الوضعيين أقدم هذه المحاولة على أن تتلوها محاولات أخرى بإذن الله وعشيئته في هذا الموضوع .

لذلك سيلاحظ القارئ أننا أسهبنا اسبابا كثيرا في بيان أحكام الشريعة الاسلامية باعتبار أن هذه الموضوعات لم تطرق بالعناية اللائقة بها ، وما يجب أن يوفر لهذا الموضوع من أهمية لكي تسهل المقارنة وتتضح الرؤية أمام هؤلاء الذين يرمون الشريعة الاسلامية عن جهل بأحكامها بالجمود وعدم التطور .

كما أن الحديث عن هذا الموضوع وإن كان في نطاق قانون المرافعات محدثا ، وذلك لأن الحالات التي يتحدد فيها الاستئناف محصورة وواضحة غير أن المتعرض للمقارنة لأحكام الفقه الاسلامي يجد أنه يختلف اختلافا بينا لأمر يتعلق بذاتية الشريعة الاسلامية وتفردا باعتبار أن سائر الأحكام في الفقه الاسلامي تقبل الطعن كما أن الشريعة الاسلامية لا تعرف حكما نهائيا إذا ما كان هذا الحكم مخالفا لأحكامها .

ولكي يكون البحث واضحا وحتى نجنب القارئ العناء في الوقوف على ما نستهدفه منه ، وهو تجلية قواعد الشريعة وعرضها بأسلوب معاصر واضح فاننا نتعرض لبيان الموضوع في الشريعة الاسلامية مدعين آراءنا

بما ساقه الفقهاء من أمثلة واستشهادات ثم بعد ذلك نبين منهج المشرع
الوضعي :»

ونختتم هذا البحث بعرض تفصيلي لنتائج الموازنة بين منهج الفقه
الاسلامي والقانون الوضعي .

وعلى ضوءها يتضح أن الشريعة الاسلامية يمكن أن تكون مصدرا حيا
يمتطورا وناميا لتقنين الأحكام الوضعية في كافة فروع القانون .

وسوف نقسم هذا البحث الى فصلين وخاتمة .

- في الفصل الأول : ونتعرض لبطلان الأحكام في الفقه الاسلامي :

- في الفصل الثاني : ونتعرض للبطلان في قانون المرافعات .

عن يزعم انكاره .»

- في الخاتمة : ونتعرض للموازنة بين أحكام الفقه الاسلامي والقانون

الوضعي .

والله تعالى أسأله التوفيق والسددا .»»»

الفصل الأول

بطلان الأحكام في الفقه الاسلامي

لكي نقف على منهج المشرع الاسلامي ، فانه يجدر بنا أن نتعرض أولاً الى الأحكام العامة للبطلان في الفقه الاسلامي ، والآثار التي تترتب عليه ، ثم نتعرض لبدأ تعدد درجات التقاضي في الفقه الاسلامي .

كما أننا سنوضح تفصيلاً الأحكام الباطلة أو المنبئية على اجراءات باطلة في الفقه الاسلامي ، وسوف نخصص لكل موضوع من هذه الموضوعات مبحثاً مستقلاً .

المبحث الأول

البطلان في الفقه الاسلامي

في حديثنا عن البطلان في الفقه الاسلامي ، فاننا نقرر ابتداءً بأن الشريعة الاسلامية حددت بوضوح الاطار العام لكافة التصرفات البشرية سواء أكانت هذه التصرفات ، صادرة من الحكام أو من المحكومين على حد سواء . وكل تصرف أو ارادة بشرية تخرج عن هذا الاطار فان هذا التصرف لا يعتد به وعذه الارادة لا يترتب عليها أي أثر قانوني من وجهة نظر الشارع ، وبمعنى أدق فان هذا أو تلك يكون باطلاً .

وإذا كان الفقه القانوني قد عرف البطلان بدرجاته المختلفة ابتداءً من الانعدام ، الى البطلان المطلق ، والبطلان النسبي . فان هذه المصطلحات القانونية نجد تطبيقاتها واضحة في المذاهب الاسلامية المختلفة ويستطيع الباحث أن يقف على مراد هذه الاصطلاحات ، والأثر المترتب عليها إذا ما شابته أي منبهاً تصرفاً من التصرفات ، في كتب الفقه المختلفة ، بل لا تكون قد تجاوزنا القول إذا ما قررنا بأن علماء المسلمين قد عرفوا هذه المصطلحات كما اضطلع علينا رجال القانون .

وعلينا الآن أن نبين المقصود من اصطلاح « البطلان » لدى علماء المسلمين ثم نوضح مدى معرفتهم لاصطلاح « الانعدام » وفي النهاية نبين الأثر الذي يمكن أن يترتب على كون التصرف باطلا أو منعما على أن نخصص لكل موضوع فرعا مستقلا .

الفرع الأول

البطلان

البطلان :

كلمة البطلان مشتقة من الإبطال ، والإبطال في اللغة يعني « النقص ، والالغاء ، والافساد ، والازالة » وأثر الإبطال البطلان وهو الضياع والفساد « (١) » .

أما في الاصطلاح الشرعي فإن البطلان يعني « غير الصحيح » ويمكن أن نعرفه بأنه :

صيورة التصرفات على خلاف ما طلب الشارع فيها سواء أكان ذلك الإطلب متعلقا بأركانها وعناصرها الأساسية التي يتوقف وجود حقيقتها الشرعية على تحققها (٢) أم متعلقا بأوصافها العارضة التي رأى الشارع وجوب وجودها عليها (٣) .

وترتيبا على ذلك فإن التصرف يكون باطلا إذا ما كان خلاف ما طلب الشارع ، سواء أكان هذا التصرف فعلا من الأفعال ، أو قولا من الأقوال ،

(١) موسوعة الفقه الإسلامي ، المسماه بموسوعة جمال عبد الناصر للفقه الإسلامي الجزء الأول ص ١٩٢ ، إصدار المجلس الأعلى للشئون الإسلامية الطبعة الأولى ١٣٨٦ هـ ، القاهرة .
(٢) يلاحظ أن التصرف إذا فقد ركنا فإنه يكون منعما لا باطلا كما سنوضح ذلك في موضعه .

(٣) الموسوعة ، المصدر السابق ، ج ١ ص ١٩٣ . وللمزيد من التفصيل أيضا الشيخ عمر عبد الله - سلم الوصول في علم الأصول ص ٧٠ وما بعدها طبعة ١٢ مؤسسة المطبوعات الحديثة .

أو عقدا من العقود ، أو اجراء من الإجراءات التي طلب الشارع ضرورة تحقيقها لكي يكون التصرف منتجا لأثره .

فكل هذه التصرفات لا ترتب مقصودها الشرعي الذي استهدف الشارع الاسلامي تحقيقه اذا ما تمت على خلاف آليات العام الذي حددته الشريعة الاسلامية بأن وقعت مخالفة لدليل من أدلة الأحكام في الشريعة الاسلامية ، أو أصل شامل لها ، أو قاعدة من قواعد الكلية (٤) .

وهذا المعنى للبطلان هو ما انتهت اليه معظم المذاهب الاسلامية المختلفة حيث لا تفرق أغلب المذاهب بين كون التصرف مخالفا لما طلبه الشارع في حقيقته وأركانه ، أو كون هذه المخالفة قد ترتبت لوصف عارض يجب أن يتحقق ، وبمعنى أدق ، فسواء أكان العيب في الأصل ، أو في الوصف فالنتيجة واحدة وهي البطلان يستوي في ذلك أن نسمى هذا التصرف باطلا أو فاسدا ، أو منعدما .

وتأتي هذه النتيجة عند معظم هذه المذاهب نتيجة لكون التصرف في كل هذه الصور أي سواء أكانت المخالفة في حقيقته وأركانه الشرعية . أو في شرط من شروطه لا يترتب عليه مقصوده الشرعي .

وإذا كان هذا موقف معظم المذاهب الاسلامية ، إلا أن فقهاء الأحناف يذهبون مذعبا مفايرا في الأثر الذي يترتب على مخالفة ما طلب الشارع .

وفي هذا الصدد يرون أن المخالفة اذا تعلقت بركن من أركان التصرف ، أو كانت هذه المخالفة من شأنها أن تضيع حقيقة التصرف الشرعية ، أي المقصود من التصرف فانه في هذه الحالة يسمى - أي التصرف - باطلا . أما اذا كان العيب قد لحق وصفا عارضا من أوصافه فلا يكون في هذه الحالة

(٤) - دكتور فؤاد محمد التادى مبدأ المشروعية وضوابط خضوع الدولة للقانون في الفقه الاسلامي الطبعة الأولى ١٩٧٤ م - ١٣٩٤ هـ ص ٢٤٠ . وأيضا الدكتور علي محمد جريشه المشروعية الاسلامية العليا ص ٢٧٣ مكتبة وهبه ، القاهرة .

باطلا وانما يسمى فاسدا ، فالتصرف موجود ومستوف لأركانه وحقيقته الشرعية الا أن هذه الأوصاف التي شابت التصرف على نحو كره الشارع وجوده عندها الأمر الذى أدى بأن يوصف التصرف بالفساد ، ويكون كما يقرر فقهاء الحنفية « غير مشروع بوصفه لا بأصله » لأن الأخير وهو غير المشروع بأصله باطل لا فاسد ، وهو ما قرره صدى الشريعة حينما قرر بأن المقصود الدنيوى فى المعاملات الاختصاصات الشرعية ، بمعنى أن المعاملات فى هذه الحالة ترتب آثارها التى أراد الشارع تحقيقها ، وكون الفعل أو التصرف موصلا الى المقصود الدنيوى - مرتبا أثره - فهذا هو الفعل أو التصرف الصحيح . أما « كونه بحيث لا يوصل اليه - المقصود الشرعى - أصلا يسمى بطلانا ، فإذا ما تعلق العيب الذى شاب التصرف بوصف من أوصافه الخارجية فإنه يسمى فسادا(٥) .

وهذا هو نفس المعنى الذى انتهى اليه الامام سعد الدين التفتازانى حينما قرر بأن « الصحة والبطلان والفساد معان متقابلة حاصلها أن الصحيح ما يكون مشروعاً بأصله ووصفه ، والباطل ما لا يكون مشروعاً بأصله ولا بوصفه ، والفساد ما يكون مشروعاً بأصله دون وصفه . وهذا معنى - والحديث لا زائل للامام سعد الدين التفتازانى - قولهم - أى الفقهاء - الصحيح ما استجمع أركانه وشرائطه بحيث يكون معتبرا شرعا فى حق الحكم - بمعنى أن يكون مرتبا لآثاره الشرعية - والفساد ما كان مشروعاً فى نفسه فائت المعنى من وجه ملازمة ما ليس بمشروع اياه بحكم الحال مع تصور الانفصال فى الجملة(٦) والباطل ما كان فائت المعنى من كل وجه مع وجود الصورة اما لانعدام معنى التصرف كبيع الميتة والدم أو لانعدام أهلية

(٥) صدر الشريعة كتاب التوضيح على التنقيح ، مطبوع مع شرح التلويح على التوضيح التنقيح فى أصول الفقه وبهامشه شرح التوضيح ج ٢ ص ١٢٢ طبعة محمد على صبيح ، القاهرة ١٩٥٧ .

(٦) لأن ملازمة ما ليس بمشروع للتصرف لو لم يكن متصورا لانفصال عنه لكان ركنا ، لا وصفا عارضا ومن ثم يكون فى هذه الحالة باطلا لا فاسدا .

التصرف كبيع الصبي والمجنون (٧) .
ومما قرره صدر الشريعة والامام سعد الدين التفتازاني نستطيع أن
نتبين الحقائق التالية :

أولاً :

إذا كان عدم الصحة يرجع الى خلل قد لحق أصل التصرف أو حقيقته
الشرعية ، والمقصود الذي استهدف الشارع تحقيقه من مشروعية التصرف أو
إيجابه فإن ذلك يسمى بطلاناً ، ومن ثم فهو غير موجود في نظر الشرع ولا
يترتب عليه أى أثر ، ومتى وقع فلا يتصور ضرورته صحيحاً لأنه ساقط ،
والساقط لا يعود ، أو هو عدم والمعدوم غير موجود وهذا ما يطلق عليه في
الاصطلاح التانونى - الانعدام - كما سيأتى ، وكما عبر رجال القانون في
وصف التصرف المنعدم بأنه يعد كأن لم يكن ، ولا تلحقه أى حصانة ، ولا
يزيل انعدامه قوات الطعن فيه لأنه عدم والعدم لا يقوم وساقط والساقط
لا يعود (٨) .

فالتصرف على هذا النحو فائت المعنى من كل وجه حتى ولو تحقق له
وجود حسى أى مظهر خارجى (٩) .

ثانياً :

إذا كان العيب فى وصف عارض من أوصاف التصرف بحيث يمكن
تصور الانفصال بين أصل الشئ ووصفه فإنه يكون على هذا النحو فاسداً
لا باطلاً ، لأن التصرف فى حالة الفساد موجود من حيث الأصل ومعترف به

(٧) سعد الدين التفتازاني التلويح على التوضيح مطبوع مع المصدر السابق الاشارة اليه

ج ٢ ص ١٢٣ .

(٨) للمزيد من التفصيل الدكتور طعيه الجرف مبدأ المشروعية وضوابط خضوع الدولة
للقانون ، مطبعة القاهرة الحديثة ، القاهرة ١٩٦٤ ص ٢١٤ . والدكتور ماجد الحلو القضاء
الادارى ص ٣١٠ ، الاسكندرية ١٩٧٧ ، دار المطبوعات الجامعية . الدكتور على جريشه المصدر
السابق ص ٢٧٨ .

(٩) سلم الوصول للشيخ عمر عبد الله ص ٧٠ .

من قبل الشارع الا أنه من ناحية صفته التي تحقق بها غير صحيح ولا يعترف به الشارع أو يقره (١٠) .

سبق أن أشرنا الى رأى جمهور الفقهاء فى عدم التفرقة بين الباطل والفساد فكلاهما لا يترتب عليه أى أثر أو مقصود شرعى ، ورأينا كيف أن فقهاء الحنفية وحدهم هم الذين يميزون بين العيب الذى يلحق ركن التصرف أو يضيع حقيقته الشرعية وهو الباطل ، والعيب الذى يلحق وصفا عارضا من أوصاف التصرف بحيث يمكن تصور انفصال الوصف عن الأصل وهو التماسد .

ورأى علماء الحنفية هذا يوصلنا الى تقسيم عصرى انتهى اليه علماء القانون فى مدارج البطلان ، ونرى أن رأى علماء الأحناف على قدر كبير من الصواب ، وذلك لأن المنعدم بطبيعته وهو الباطل عندهم ، لا يكون محلا للإبطال لأنه لو كان قابلا لذلك فإن من شأن القول بقابليته للإبطال أن يؤدي الى القول بأن العمل أو التصرف بعد أن بدأ صحيحا وهو أمر غير متحقق فى الانعدام لأنه كما يقرر العلماء بدأ باطلا بطلانا مطلقا فلا يقبل ابطلا لأن الباطل لا يبطل (١١) .

وعلى العكس من ذلك التصرف الفاسد فهو يبدأ صحيحا ثم يبطل للأمر المعارض الذى لحقه ، ومن هنا نستطيع أن نعرف الانعدام طبقا لما انتهى اليه علماء الحنفية بأن نقول :

ان المنعدم هو التصرف غير المشروع لا بأصله ولا بوصفه (١٢) أما الفاسد فهو التصرف المشروع بأصله لا بوصفه (١٣) .

(١٠) الشيخ عمر عبد الله سلم الوصول فى علم الأصول ص ٧١ .

(١١) موسوعة الفقه الاسلامى ج ١ ص ١٩٤ ، المصدر السابق .

(١٢) وهو التصرف الذى عناه فقهاء الأحناف بالتصرف الباطل والذى أطلقنا عليه كما

أطلقت عليه الموسوعة بالتصرف المنعدم .

(١٣) وهو الباطل عند غير الأحناف من جمهور الفقهاء . ولنزيد من التفصيل المشروعية

الإسلامية العليا للدكتور على جريشه ص ٢٧٥ ، ٢٧٧ . والدكتور فؤاد النادى مبدأ المشروعية

المصدر السابق الإشارة اليه ص ٢٢٨ وما بعدها .

وخلص القول أن مراحل البطلان في الفقه الاسلامي تتدرج حسب جسامة مخالفة قواعد الشريعة الاسلامية ، فاذا كانت هذه المخالفة جسيمة وانتهاكا صارخا لقواعد الشرع الاسلامي بأن فقد التصرف ركنه أو ذهب حقيقته ، فهو المنعوم عندنا والباطل عند جميع الفقهاء في المذاهب الاسلامية المختلفة ، أما اذا كانت جسامة المخالفة لم تصل الى هذه الدرجة بأن كان التصرف مستجمعا لأركانه كما أن حقيقته الشرعية متحققة ، ولكن العيب قد لحق وصفا خارجا من الأوصاف العارضة فانه يكون فاسدا عند الأحناف ، وباطلا عند سائر المذاهب .

وقابلا للباطل فيما نرى (١٤) .

الفرع الثاني

آثار البطلان

اذا وقع التصرف على خلاف ما أمر به الشارع ، فانه كما سبق أن أثرنا يمكن أن يكون منعوما ، أو باطلا ، أو فاسدا بحسب جسامة المخالفة على النحو الذي بيناه بالتفصيل في السطور السابقة .

ونتساءل الآن عن الأثر الذي يترتب على كون التصرف قد تم وقد لحقه عيب من العيوب السابقة .

ننبه هنا الى أنه اذا كان العمل ، أو التصرف قد وقع مخالفا لنص قطعي الدلالة ، أو اجماع ، أو أي دليل من الأدلة المعتمدة في الفقه الاسلامي ، فان هذا الفعل أو التصرف يكون كما يقرر البعض (١٥) باطلا بقوة القانون ، بغير حاجة الى نص يرتب البطلان بل وبغير حاجة الى حكم قضائي يرتب ذلك البطلان ، لأنه لا حاجة في الفقه الاسلامي لقاعدة « لا بطلان بغير نص » ويستشهد صاحب هذا الرأي لتقرير هذه القاعدة بقول الرسول

(١٤) علي جريشه ، المصدر السابق ، ص ٢٧١ ، ٢٧٨ .

(١٥) الدكتور علي جريشه ، المصدر السابق ص ٢٧٢ .

صلى الله عليه وسلم « كل عمل ليس عليه أمرنا فهو رد » (١٦) أى باطل ،
ومن ثم فإن هذا النص يقرر قاعدة البطلان جزاء لكل تصرف يتم على الوجه
الذى رفضه الشارع بغير حاجة الى نص فى كل حالة على حدة .

ونرى أن التصرف اذا تم على هذا النحو فإنه يكون منعما ، والمنعّم
لا يمكن تصحيحه كما أنه لا يترتب عليه أى أثر من وجهة نظر الشارع غير
أنه يجب أن نلاحظ أنه يستوى فى النهاية أن نطلق عليه - أى التصرف -
أنه باطل بطلانا مطلقا بقوة القانون ، أو منعما من حيث الأثر الشرعى الذى
يرتبه الشارع على هذا الفعل ، فالنتيجة واحدة من حيث كون التصرف
هدر ، أو رد لا ينتج أى أثر (١٧) .

كما أن التصرف على هذا النحو لا يمكن تصحيحه اذ لا يتصور انقلابه
صحيحا لأنه عدم أو ميت (١٨) .

ويرى البعض أن هذا الحكم - أى البطلان المطلق - يترتب على مخالفة
تصرف سواء كان النص قطعى أو ظنى الورود « لأن ظنية الورد لا تبرر
المخالفة عن أمر الله لأننا مأمورون بالعمل بغلبة الظن وفيما عدا القرآن
وعشرات من أحاديث الرسول صلى الله عليه وسلم ، والقليل الثابت
بالاجماع ، فإن بقية المصادر ظنية الورد ، والخوض فى العمل بها أو تركها
تعطيل مصادر الشريعة يؤدى الى تعطيل الشريعة نفسها فى الكثير من
أحكامها والقضاء على موارد خصبة تصل بنا الى كشف حكم الله مع الحاجات
المتجددة لعصرنا وللصور القادمة » وينتهى صاحب هذا رأى الى تقرير أن
مخالفة نص ظنى الورد قطعى الدلالة يترتب عليه البطلان بقوة التمسائون
اعمالا للقاعدة العامة التى سبق أن ذكرناها والتى تقضى بأن « كل عمل

(١٦) وقد ورد هذا الحديث برواية أخرى نصها « من أحدث فى أمرنا هذا ما ليس منه
فهو رد » السنن الكبرى لامام المحدثين الحافظ الجليل أبى بكر أحمد بن الحسين بن عبد
البيهي ج ١٠ ص ١٥٠ :

(١٧) الشيخ محمد الخضرى أصول الفقه ص ٢٧ ، ٧٣ .

(١٨) عمر عبد الله سلم الوصول ص ٧٣ .

ليس عليه أمرنا فهو رد ، كـمخالفـة نص قطعي الدلالة تماما ، ومن ثم فلا تفرقة في الأثر الذي يترتب على المخالفة بين نص قطعي الورد ، أو ظني الورد طالما أن كليهما قطعي الدلالة (١٩) .

ونرى أن ما انتهى إليه صاحب هذا الرأي هو الأمر الذي يجب أن يطبق كقاعدة عامة خصوصا وقد فتح الباب أمام المتقولين في دين الله بغير علم في الأيام الأخيرة الذين أخذوا يصوتون ويجولون في مصادر الشريعة ويرون العمل ببعض الأدلة دون الأخرى (٢٠) .

أما إذا كان التصرف قد شابه عيب في وصف من أوصافه العارضة التي لا تتعلق بأركانه الأساسية ، أو بحقيقته الشرعية فإن هذا التصرف يكون فاسدا في رأى وباطلا على رأى آخر ، وهو ما يمكن أن نسيه في الفقه المعاصر « القابل للإبطال » والأثر الذي يمكن أن يترتب على هذا التصرف هو أنه يمكن إبطاله كما يمكن تصحيحه وذلك بإزالة ما قارن وصفه من خلل أو عيب ، وذلك لأن هذا الخلل لم يتعلق بركن التصرف أو حقيقته الشرعية (٢١) .

المبحث الثاني

تعدد درجات التقاضي

أولا - مبدأ التعدد :

ليس في الفقه الإسلامي ، حكم يمكن أن يكون باتا أو نهائيا ، طالما أن هذا الحكم قد شابه عيب من العيوب يؤدي إلى الطعن فيه أما لكون هذا الحكم

(١٩) للمزيد من التفصيل د. علي ريشه ، المصدر السابق ص ٢٧٥ .

(٢٠) د. فؤاد النادى مبدأ المشروعية ، المصدر السابق الإشارة إليه ص ٨ وما بعدها .
والمزيد من التفصيل رتبته في « رئيس الدولة بين الشريعة الإسلامية والنظم الدستورية المعاصرة » ج ١ ص ١٩١ وما بعدها .

(٢١) عمر عبد الله سلم الوصول ، المصدر السابق صفحة ٧٣ .

مخالفا لنص من نصوص أدلة الأحكام في الشريعة الإسلامية ، أو كونه مخالفا لأجراء من الاجراءات التي فرضها الشارع الاسلامي .

وإذا كنا لا نجد في تنظيم القضاء في الفقه الاسلامي ، في واقع التاريخ الاسلامي وتطوراته في أحقاب التاريخ المختلفة ، مبدأ تعدد درجات التقاضي واضحا ومحددا ، كما هو الشأن في التنظيم القانوني المعاصر لنظام القضاء ، غير أن ذلك لا يمكن أن يكون مطعنا على تنظيم القضاء في الاسلام ، كما ليس من شأنه أن ينال من اصالة التنظيم القانوني لنظام القضاء في الاسلام . ولكي نوضح هذه الحقيقة فاننا يجب أن نميز بين امرين :

الامر الأول :

وهو مبدأ تعدد درجات التقاضي في الشريعة الإسلامية ، وهو مبدأ واضح ومحدد ، ونستطيع أن نستخلصه من القواعد الكنية والأصول الشاملة في الشريعة الإسلامية ، ولكنها تنتهي الى حتمية تعدد درجات التقاضي .

وهذا المبدأ هو ما انتهى اليه الفهم الصحيح لسيدنا عمر بن الخطاب رضي الله عنه لقواعد الشريعة الإسلامية ، اذ كتب الى قاضيه ابي موسى الأشعري حينما ولاء امانة القضاء « ٠٠٠ ولا يمنعك قضاء قضيت فيه اليوم فراجعت فيه عقلك وهديت فيه لرشدك أن ترجع الى الحق فان الحق قديم ، ومراجعة الحق خير من التماذي في الباطل ٠٠٠ » (٢٢) .

كما أن هذا المبدأ انتهى اليه سائر الفقهاء في المذاهب والفرق الإسلامية المختلفة حينما قرروا بأن الحكم الصادر من القاضي اذا خالف أحكام الشريعة الإسلامية فانه يكون باطلا ، أو منقوضا ، أو فاسدا ، أو غير نافذ ، أو يمكن الرجوع فيه ، أو مطعوننا عليه ، حسبما سنبين بالتفصيل ، في السطور القادمة ، وكل ذلك لا يتحقق الا بوجود اعادة النظر في الدعوى من جديد ، وهو ما يؤكد بدهة مبدأ تعدد درجات التقاضي .

(٢٢) سبيل السلام شرح بلوغ المرام من أدلة الأحكام ج ٤ ص ١١٩ ، ١٢٠ .

وعلى ذلك نستطيع القول بأنه ليس هناك في الشريعة الإسلامية حكم يمكن أن يكون غير قابل للطعن طالما أن هذا الحكم منعى عليه بمخالفته لأحكام الشريعة الإسلامية . وذلك لاعتبارين :

الاعتبار الأول :

أن العصمة عن الخطأ في الفقه الإسلامي منفية عن الجمع فليس هناك حسب قواعد الشريعة الإسلامية وأحكامها من يمكن أن يكون بمنأى عن الخطأ ، لذلك فمن باب العدل والخطأ متصور ومحتمل أن تتاح السبل لازالة هذا الخطأ ورفعها ، ولن يتحقق ذلك الا بوجود تعدد درجات التقاضي اعمالا للقاعدة « لا ضرر ولا ضرار في الاسلام » .

الاعتبار الثاني :

أن اتاحة الفرصة لاعادة النظر في الحكم من شأنها أن تبث في القاضي العناية والتحرى اللازمين لاصدار الحكم حتى يأتي موافقا لأحكام الشريعة وازادة الشارح ، على خلاف ما لو كان الحكم الصادر من القاضي باتا غير قابل للطعن فيه وبالأصطلاح الحديث على درجة واحدة ، فإن من شأن ذلك أن يؤدي الى استبداد القاضي بالمنازعة ، الى جانب عدم اتاحة الفرصة لممتدئين لتصحيح هذا الاستبداد ، ومن ثم فإن هذا حسب قواعد الشريعة الإسلامية « حرام » وما يؤدي الى الحرام يأخذ حكمه .

الأمر الثاني :

إذا كان مبدأ التعدد واضحا - على ما سبق - فإن صورة تطبيقه ليست واضحة وضوح التنظيم المعاصر لتعدد درجات القضاء ، ومن ثم فإن هذه الصور التي حدثت في التاريخ الإسلامي لا يمكن أن نعتبرها سوابق شرعية يقتدى بها أو لا يجوز الخروج عليها ، لأن هذه السوابق كانت لها بيئتها وظروفها وطبيعة الدولة الإسلامية في تلك العصور ، وهو الأمر الذي يؤدي بنا الى القول أن صور التطبيق التي وقعت خلال تلك العصور لا نأخذ منها الا بالقدر الذي يتفق مع المبدأ الذي وضحناه حسبما تمليه قواعد الشريعة الإسلامية وأصولها الشاملة .

ومن هنا فاذا كادت الاقضية التي تعرض لها القضاء في مختلف العصور الاسلامية لم يكن يراعى فيها المبدأ الذي سبق أن وضعناه ، فان ذلك لا يجوز أن يفسر على افعال هذا المبدأ في الشريعة الاسلامية أو عدم الأخذ به ، وانما يرجع الى عدة عوامل لا تتعلق بحتميته ومن ذلك أن النص قد يكون واضحاً وتطبيقه على المنازعة لا يحتاج الى تردد أو اعمال نظر فيصدر في هذه المنازعة حكم بات لا يجد القاضى أو غيره من القضاة ضرورة لاعادة النظر فيه . وقد يكون مبدأ التعدد غير واضح فى ذهن هذا القاضى أو ذاك الأمر الذى أدى الى عدم ظهور هذا المبدأ واضحاً نتيجة لبساطة التنظيم القضائى الذى تحقق فى العمل ، وعدم وصوله الى ما انتهى اليه الفقه المعاصر من تنظيم .

ومن تعرضنا للمبدأ وصور التطبيق نستطيع القول بأن تعدد درجات التقاضى يعد قاعدة مقررة فى الفقه الاسلامى ، ولا تكون قد تجاوزنا القول أو خرجنا على الحقيقة اذا ما أكدنا بأنه ليس هناك فى الشريعة الاسلامية حكم يمكن أن يتحصن مهما تعددت درجاته طالما أن هذا الحكم قد وقع مخالفاً للشريعة الاسلامية .

وفى السطور القادمة سوف نؤكد هذه الحقيقة وندلل عليها ببيان المصطلحات التى ذكرها الفقهاء فى مختلف المذاهب والفرق الاسلامية ، والتى يستدل منها على كون القاعدة العامة فى الفقه الاسلامى هى تعدد درجات التقاضى .

ثانياً . المصطلحات التى استخدمها العلماء لاعادة النظر فى الحكم الباطل :

١ - البطلان :

ذكر العديد من الفقهاء اصطلاح « البطلان » كأثر مترتب على حكم القاضى المخالف للشريعة الاسلامية منهم .

صدر الشريعة (٣٢) والتفتازاني (٤٢) والآمدي (٥٢) والصنعاني (٢٦) والشرييني (٢٧) وابن عرفة الدسوقي (٢٨) وابن القيم (٢٩) والاعمام الكاساني (٣٠) وصاحب كتاب أدب القضاء (٣١) والموسوعة الفقهية (٣٢) وغيرهم من الفقهاء (٣٣).

٢ - النقص :

ومن الاصطلاحات التي ذكرها فقهاء المسلمين أيضا على وجوب اعادة النظر في الحكم ، وهو ما يؤدي الى تعدد درجات التقاضي كما أشرنا اصطلاح « نقص الحكم » . وقد ورد هذا الاصطلاح في العديد من الكتب الفقهية وعلى

- (٢٣) التوضيح ج ٢ ص ١٢٣ حيث يقول « معنى صحة القضاء ثبوت الحق عليه . ومعنى صحة الشهادة ترتيب لزوم القضاء غنيبا ، فمرجع ذلك أيضا الى المعاملات ، فالفعل المتعلق بمتصوت دنيوي ان وقع بحيث يوصل اليه تسحيح والا فن كان عدم ايصاله اليه من جيسة خلل في اركانها ، وشرائطه فيباطل » .
- (٢٤) التلويح على التوضيح نفس الموقع والصفحة .
- (٢٥) الأحكام في أصول الأحكام ج ١ ص ٦٨ .
- (٢٦) سبل السلام ج ٤ ص ١٢١ حيث يقول « ٠٠٠ فان حكم - أي القاضي - قبل سماع الاجابة - أي من المدعى عليه - ٠٠٠ يبطل قضاؤه » .
- (٢٧) معنى المحتاج حيث يقول « ولو عزل قاض بعد سماع بيعة ثم ولي وجبت الاستعادة قطعا ولا يحكم بالسماع الأول لبطلته بالعزل » ج ٤ ص ٤١٥ ، ٣٨٤ .
- (٢٨) حاشية الدسوقي على الشرح الكبير حيث يقرر « والاعذار واجب والحكم بدونه باطل ويستأنف » ج ٤ ص ١٤٨ .
- (٢٩) اعلام الموقعين حيث يقول « ٠٠٠ فلو عجل - أي القاضي - عليه - أي على الخصم - بالحكم بطل » ج ١ ص ٦٧ . ولمزيد من التفصيل ص ١١٠ .
- (٣٠) بدائع الصنائع حيث يقرر بأن القاضي اذا خالف حكمه أدلة الأحكام « ٠٠٠ يكون قضاؤه باطلا ٠٠٠ » ج ٩ ص ٤٠٨٣ .
- (٣١) أدب القضاء حيث ينتهي الى أن الأحكام « ما وجد منها مخالفا للنص ، أو الاجماع ، أو القياس الجلي أبطله - أي يبطل الحكم قاض آخر » ص ٨١ .
- (٣٢) ويقر فقهاء الموسوعة « بأن الاجتهاد بان كان مخالفا للكتاب أو السنة أو الاجماع » ٠٠٠ فاذا قضى به القاضي وقع قضاؤه باطلا « الموسوعة الفقهية ج ١ ص ١٣ .
- (٣٣) عمر عبد الله سام الوصول في علم الأصول ص ٦٨ وما بعدها . الشيخ محمد الخضري أصول الفقه ص ٧٢ وما بعدها .

لسان جمهور غفير من الفقهاء أمثال الامام يحيى المرتضى (٣٤) وابن القيم (٣٥) وابن عرفة الدسوقي (٣٦) والشربيني (٣٧) والطرابلسي (٣٨) والصنعاني (٣٩) وابن قدامه (٤٠) ، كما ورد في الموسوعة الفقهية (٤١) والكاساني (٤٢) وصاحب كتاب أدب القضاء (٤٣) .

٣ - الفساد :

وقد ورد اصطلاح « انفساد » في كتب الفقه الاسلامي المختلفة للدلالة على وجوب اعادة نظر الحكم من جديد لعيب حقه ، ومن الفقهاء الذين ردوا هذا المصطلح الأئمة صدر الشريعة (٤٤) ، التفتازاني (٤٥) ، الآمدي (٤٦) ،

- (٣٤) البحر الرخاوي في مذاعب علمساء الانصار حيث يقرر بأن « لا ينقض حكم الا أن يخالف قطعاً » ج ٦ ص ١٣٥ .
- (٣٥) اعلام الموقعين حيث ينتهي بشأن بطلان الحكم لسبق ابداء القاضي رأيه في المنازعة الى قوله « بأن فنيه تصير كالحكم منه على الخصم ولا يمكن نقضه وقت المحاكمة ... » ج ٤ ص ٢٢١ .
- (٣٦) الشرح الكبير حيث يقرر بأن العلماء اذا خالفوا رأى القاضي وهو يشاورهم في الحكم الشرعي للمساواة المعروضة « وأظهروا له فساد ما حكم به نقضه » ج ٤ ص ١٢٩ .
وللمزيد من التفصيل تراجع الصفحات ١٤٨ ، ١٥٢ ، ١٥٦ .
- (٣٧) معنى المحتاج حيث يقرر بأن القاضي يبطل حكمه في حالات عديدة منها « ... وكذا فاسقان طبر فسقهما عند القاضي فينقض الحكم بيئاً » لاستناد الحكم هنا على بيعة باطلة ، ج ٤ ص ٤٣٨ .
- (٣٨) معنى الحكم حيث يقرر بأن حكم القاضي الجائر « ينقض » ص ٣٠ ، ٣١ .
- (٣٩) سبل السلام ج ٤ ص ١٢٠ حيث يؤكد بأن القاضي اذا أخطأ ينقض حكمه وفي هذا الشأن يقول « ... ينقض القاضي حكمه اذا أخطأ » .
- (٤٠) المعنى والشرح الكبير حيث يبطل الحكم لبطلان البيعة فيقول « وان بان بعد الحكم ان المشاهدين كانا كافرين ، أو فاسقين نقض الحكم ، ج ١٢ ص ١٢٦ .
- (٤١) الموسوعة الفقهية حيث ينتهي علماء الموسوعة الى القول بأن « للقاضي أن ينقض الحكم الذي صدر في مسألة اجتهادية » ج ١ ص ١٤ .
- (٤٢) بدائع الصنائع حيث ينتهي الى عدم جواز نقض الحكم الصحيح بقوله « ... لأن العمل بما أمضى واجب لا يجوز نقضه » ج ٩ ص ٤٠٨٦ .
- (٤٣) أدب القضاء حيث يقول بأن حكم القاضي « ينقض قضاؤه المستند الى اجتهاده المخالف خبر الواحد الصحيح » ص ١٢٦ .
- (٤٤) تراجع اليوامع السابقة في اصطلاح البطلان .
- (٤٥) التلويح على التوضيح ج ٢ ص ١٢٣ .
- (٤٦) الأحكام المصدرة السابق حيث يقول « ... أما الفاسد فمرادف للبطلان » ج ١ ص ٦٨ .

كما ورد في موسوعة الفقه الإسلامي (٤٧) ، وذكره العديد من الفقهاء
والحديثين (٤٨) .

٤ - الرجوع :

وهو أيضا من الاصطلاحات التي قررها الفقهاء للدلالة على إمكان إعادة
نظر الحكم من جديد لعيب لحقه ومن الفقهاء الذين ذكروا هذا الاصطلاح
الأئمة الصنعاني (٤٩) ويحيى المرتضى (٥٠) ، وابن القيم (٣١) .

٥ - عدم النفاذ :

كما أننا نستدل على قاعدة عدم جواز تحصن الحكم المخالف لأحكام
الشريعة الإسلامية ، بما ورد في بعض المصادر الفقهية باصطلاح « عدم
النفاذ » وممن ردد هذا الاصطلاح الأئمة ابن القيم (٥٢) ، وابن عرفة
الدسوقي (٥٣) ، والشرييني (٥٤) ، وصاحب كتاب معين الحكام (٥٥)

(٤٧) الموسوعة الفقهية تراجع صفحات ١٩٣ - ١٩٥ .

(٤٨) منجم الشيخ عمر عبد الله سلم الوصول المصدر السابق ص ٦٨ وما بعدها .

(٤٩) سبل السلام حيث يستشهد بقول سيدنا عمر بن الخطاب رضي الله عنه في خطابه

الى قاضييه ابي موسى « ٠٠٠ ولا يمنعك قضاء قضيت فيه اليوم فرجعت فيه عقلك وهديت فيه
لرشدك أن ترجع الى الحق ٠٠٠ » ج ٤ ص ١١٩ ، ١٢٠ .

(٥٠) البحر الزخار المصدر السابق حيث يذكر اصطلاح الرجوع حينما رجع سيدنا عمر

عن بعض أحكامه لوجود السنة ، ج ٦ ص ٢٧١ ، ٢٨٤ .

(٥١) اعلام الموقعين حيث يؤكد أيضا رجوع سيدنا عمر في بعض أحكامه لوجود الخبر

النبوي المخالف لهذه الأحكام . وللمزيد من التفصيل ج ١ ص ٨٦ وج ٢ ص ٢٨٤ وكتاب

زاد الماد ج ٤ ص ١٨٣ ، ص ١٨٤ .

(٥٢) اعلام الموقعين ج ٤ ص ١٧٣ .

(٥٣) حاشية الدسوقي على الشرح الكبير حيث يقول « ولا ينفذ حكمه بعد بلوغه عزله »

ج ٤ ص ١٣٤ ، ١٣٥ .

(٥٤) معنى المحتاج حيث يقرر بأن القاضى اذا أخطأ « ٠٠٠ أو ذهب اجتهاده وتبسطه بفعله

أو نسيان مخل بالضبط » لم ينفذ حكمه ج ٤ ص ٢٨٠ ، ٢٨٤ ، ٢٩٣ .

(٥٥) معين الحكام حيث يؤكد بأنه « اذا قام المحكوم عليه وادعى أن القاضى قضى عليه

يقول مهجول - أى قول شاذ - لا ينفذ » ص ٣٤ .

والكاساني (٥٦) ، وصاحب كتاب أدب القضاء (٥٧) وهو لفظ يعرف منه إعادة نظر الحكم من جديد .

٦ - الانعدام :

وهو اصطلاح جديد لم يرد في المصادر الاسلامية القديمة وانما ورد في موسوعة الفقه الاسلامي (٥٨) ، وهو يعبر عن عدم الوجود الشرعي للحكم المخالف لاحكام الشريعة الاسلامية .

والى جانب ما ذكرنا من اصطلاحات استنبطنا منها قاعدة وجوب تعدد درجات التقاضي في الفقه الاسلامي ، فان هناك العديد من المصطلحات الأخرى التي وردت على لسان العديد من الفقهاء تدل على وجوب وجود هذه القاعدة منها : « رد الحكم » (٥٩) وكذلك « الترك » (٦٠) و « الطعن » (٦١) و « الفسخ » (٦٢) وأخيرا « الاستئناف » (٦٣) .

(٥٦) بدائع الصنائع حيث يقرر بعدم نفاذ حكم القاضي لمخالفته لاحكام الشريعة الاسلامية ج ٩ ص ٤٠٨٤ .

(٥٧) أدب القضاء حيث يقرر بأن « ... ينفذ حكمه - أي حكم القاضي - معتبر بشرطين ... فان اقتصر على أحد هذين الشرطين وأغفل الآخر لم ينفذ حكمه » ص ١٠١ .

(٥٨) الموسوعة الفقهية ج ١ ص ١٩٤ المصدر السابق الاشارة اليه .

(٥٩) ابن القيم اعلام الموقعين ج ٢ ص ٢٨١ حيث يذكر قصة أن الخليفة عمر بن عبد العزيز قضى بين خصمين ثم وجد فيه حديثا عن رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال : « ... بلغني فيه سنة عن رسول الله صلى الله عليه وسلم فأرد قضاء عمر وأنفذ سنة رسول الله صلى الله عليه وسلم » .

(٦٠) الامم يحيى المرتضى البحر الرضائي ج ٦ ص ١٤٥ ، ١٤٦ .

(٦١) ابن عرفة الموسوي حاشية الموسوي على الشرح الكبير حيث يقرر بأنه « ان كانت - أي بينة الخصم - غالبية فنه الطعن بعد الحكم » ج ٤ ص ١٤٨ .

(٦٢) معين الأحكام حيث يقرر بطلان الحكم للشبهة وفي هذه الحالة فان الحكم « ... ان تعداوة - بين القاضي والخصم - ... وجب الفسخ » ص ٣٤ .

(٦٣) حاشية الموسوي لابن عرفة ج ٤ ص ١٤٨ يراجع هامش البطلان .

المبحث الثالث

بطلان الحكم وبطلان الاجراءات

تمهيد وتقسيم :

ومن هنا فاننا سوف نخصص الفرع الاول لحالات بطلان الحكم ، والفرع الثاني لحالات بطلان الاجراءات .

الفرع الاول

حالات بطلان الحكم فى الفقه الاسلامى

تمهيد :

من استقراء أقوال الفقهاء فى المذاهب الاسلامية المختلفة نجد أن فقهاء الاسلام قد تعارفوا على أشكال وصور عديدة لنحكم الباطل ، كما بينوا الحالات المختلفة التى من شأنها أن تؤدى الى هذا البطلان ، ومنها على سبيل امثال لا الحصر ، حالة انتفاء ولاية القاضى وحالة بطلان الحكم للشبهة ، ومخالفة الدليل الشرعى ، وحكم القاضى فى غير محله ولايته ، الى جانب أن هناك بعض حالات أخرى يمكن أن تؤدى الى سقوط ولاية القاضى ، أو انتفاء هذه الولاية بقوة القانون الاسلامى ، كما هو الأمر فى حالة الكفر ، أو اصابته بعارض من عوارض الأهلية ، أو كونه القاضى جائرا فى أحكامه ، أو مقلدا ، أو جاعلا على اختلاف فى آراء المذاهب الاسلامية فى بعض هذه الحالات المؤدية الى سقوط ولاية القاضى ، أو انتفائها .

ومن الحالات التى تؤدى الى بطلان الحكم أيضا حسبما وضحه علماء الاسلام فى المذاهب الاسلامية المختلفة بطلان حكم القاضى بعلم سابق ، وبطلانه لعدم التثبت من صحة دليل الاثبات ، كما أن الحكم يمكن أن يبطل لسبب إبداء القاضى رأيه فى المنازعة .

وننبه ابتداء اننا فى تعرضنا لحالات بطلان الحكم فى الفقه الاسلامى ، فاننا سنورد الامثلة العديدة التى تبرهن لنا على بطلان الحكم اذا ما تحقق فيه

وصف من الأوصاف السابقة وذلك على اعتبار أن الفقه الإسلامى وإن لم يوضح لنا هذه الحالات تحت هذه العناوين والمصطلحات التى تعارف عليها شراح القانون إلا أنه من استقراء الأحكام الفقهية وآراء العلماء فى المذاهب الإسلامية المختلفة تبين بوضوح وبجلاء وبما لا يدعو إلى الشك أن الفقه الإسلامى سبق ما انتهى إليه شراح القانون فى هذا المضمار منذ إمد بعيد .

والحالات التى سنوردها لبيان الحكم الباطل ليست كما نبينا حصرا لهذه الحالات لأنه يمكن أن توجد حالات أخرى غيرها فى حالة يكون الحكم مخالفا لأحكام الشريعة الإسلامية ومقاصدها وقواعدها الشاملة وأصولها الكلية ، وإن لم ترد تحت الحالات التى سنذكرها فى السطور القادمة .

أولا - بطلان الحكم لانتهاه ولاية القاضى :

إذا عزل القاضى من منصبه فلا يجوز له النظر فى الدعاوى التى ترفع إليه وذلك لانتهاه ولايته القضائية ، والقاضى فى هذه الحالة شأنه شأن غيره من الناس العاديين الأمر الذى يترتب عليه أنه إذا تصدى لمنازعة من المنازعات فإن حكمه فى هذه المنازعة يكون باطلا ، لأنه لا ولاية له على القضاء ، ومن ثم لا يجوز له أن يتصدى لأى منازعة :

ومن الأمثلة التى ذكرها الفقهاء لتأكيد هذه القاعدة ما قرره الامام ابن عرفة الدسوقى فى حاشيته على الشرح الكبير من أنه « لا ينفذ حكمه بعد بلوغه عزله » (٦٤) بمعنى أن حكم القاضى بعد انتهاء ولايته غير نافذ فى مواجهة الخصوم ، وباصطلاح رجال القانون يكون الحكم فى هذه الحالة باطلا وذلك لأن عدم النفاذ يعنى عدم انتاج الحكم لآثاره المترتبة عليه .

وقد أكد تقرير البطلان لانتهاه ولاية القاضى لأكثر من سبب يمكن أن

(٦٤) ابن عرفة الدسوقى ، حاشية العالم العلامة شمس الدين الشيخ محمد بن عرفة الدسوقى على الشرح الكبير لأبى البركات سيدى أحمد الدردير ، وبهامشه الشرح المذكور مع تقارير العلامة المحقق سيدى الشيخ محمد عليش طبعة محمد على صبيح ، القاهرة ١٩٣٤ ، ج ٤ ص ١٣٥ .

يؤدى الى انتهاء هذه الولاية ، حتى انه كما يقرر الفقه ، لو كان هناك قاض
اتخذت اجراءات فى الحصومة امامه ثم انتهت ولايته بالعزل ، ثم ولى من
جديد فان الاجراءات التى اتخذت فى الحصومة امامه أثناء ولايته لا بد أن تعاد
من جديد ، ذلك أن اجراءات السماع الاولى فى الدعوى قد سقطت بانتفاء
ولايته الأولى الأمر الذى يوجب إعادة الاجراءات من جديد ، وهذا ما قرره
الامام الشريينى صاحب معنى المحتاج من فقهاء الشافعية حيث قال انه « لو
عزل قاض بعد سماع بينة ثم ولى وجبت الاستعادة قطعاً ولا يحكم بالسماع
الأول لبطلانه بالعزل (٦٥) وهذا الحكم وهو بطلان حكم القاضى لانتهاء الولاية
قرره فقهاء الشافعية أيضاً بالنسبة للقاضى الذى يحكم فى منازعات ترفع
اليه فى غير محل دائرته على النحو الذى سنبينه فى موضعه (٦٦) .

ثانياً - بطلان الحكم لمخالفته لأدلة الأحكام فى الشريعة الاسلامية :

من القواعد التى تعارف عليها فقهاء الاسلام أنه لا اجتهاد مع النص .
ذلك أنه من القضايا المشهورة المسلم بها أن الاجتهاد شى مقابلة النص
لا يقبل (٦٧) . ومن ثم فان أى خروج على نصوص الشريعة الاسلامية
بمصادرها المختلفة يعتبر باطلاً ويجب نقضه ، وقد أجمع على هذا المبدأ فقهاء
المسلمين .

وحالة مخالفة الدليل تتحقق بمخالفة منطوق هذا الدليل ويتحقق ذلك
برد نصه القاطع فى دلالة ، كما يمكن أن تتحقق ، وذلك بحمل النص على
ما لا سبيل الى حمله لا من دلالة اللفظ ، ولا مما تعارف عليه الناس من
دلالة لها .

والمقصود بأدلة الأحكام التى يعد الخروج عليها مبطلاً للحكم هى الأدلة
التي تعارف عليها رجال اصول الفقه الاسلامى ، وهى القرآن ، والسنة ،

(٦٥) الخطيب الشريينى كتاب معنى المحتاج فى شرح المنهاج ج ٤ ص ٤١٥ .

(٦٦) الخطيب الشريينى المصدر السابق ج ٤ ص ٣٨٤ . بدائع الصنائع ج ٩ ص ٤٠٨٦ .

وكتات أدب القضاء صفحة ١٤٣ .

(٦٧) موسوعة الفقه الاسلامى المصدر السابق الاشارة اليه ج ١ ص ١٠ .

والاجماع ، والقياس ، والمصالح المرسلة ، والعرف ، والاستحسان ، وعمل الصحابي ، وعمل أهل المدينة ، وشرع من قبلنا (٦٨) .

وفي مجال تعرضنا لبطلان الحكم لمخالفته لدليل من أدلة الأحكام فاننا نورد ملاحظتين :

الملاحظة الأولى :

أن دلالة أدلة الفقه الاسلامي على الأحكام قد تكون قطعية ، وقد تكون ظنية ، وفي الحالة الأولى لا يجوز للقاضي بأي حال من الأحوال الخروج عما يوجبه الدليل ، بل ان الخروج على مثل هذا الدليل يعتبر انتهاكا صارخا لقواعد الاسلام ويستوى في عدم جواز الخروج على مثل هذا النص القاضي بالاجتهاد وغير المجتهد ، بل ان مثل هذه المخالفة من شأنها أن تجعل الحكم منعما (٦٩) .

وكما سبق أن أشرنا فان ظنية ورود الدليل لا تجيز للقاضي الخروج عليه وذلك للمبررات السابق بيانها .

أما في الحالة الثانية ، وهي حالة ما اذا كانت دلالة الدليل على الحكم ظنية فاننا نفرق في بطلان الحكم الصادر من القاضي من عدمه بحسب حالته - أي القاضي - من حيث كونه مجتهدا من عدمه ، فاذا كان القاضي مجتهدا فله أن ينتهي اليه ما يؤدي اليه اجتهاده طالما أن هذا الاجتهاد غير مشوب

(٦٨) يراجع في أدلة الأحكام المصادر الآتية : أصول الفقه للشيخ زكي الدين شعبان ، وأصول الفقه للشيخ محمد أبو زهره ، وأصول الفقه للشيخ محمد زكريا البرديسي ، وأصول الفقه وتاريخ التشريع الاسلامي ، للشيخ عبد الوهاب خلاف . الشريعة العليا للدكتور علي جريشه ، ونلاستفذه في هذا الموضوع تراجع كتب أصول الفقه المختلفة .

(٦٩) ويرى البعض أنه في مثل هذه الحالة يتوجب البطلان ولا يحتاج الأمر الى حكم قضائي يقضى به الدكتور علي جريشه ، المصدر السابق ص ٢٧٢ ، ويراجع ما ذكرناه عند الحديث عن أحكام البطلان في الفقه الاسلامي . وأيضا موسوعة الفقه الاسلامي ج ١ ص ١٠ . كما بين صاحب البحر الزخار حيث قرر بأن الحكم لا ينقض الا أن يخالف قاطعا ج ٦ ص ١٣٥ ، ١٣٦ . وكذلك الامام الكاساني في كتاب بدائع الصنائع حيث قرر بأنه - أي القاضي - لو قضى بما قام الدليل القطعي على خلافه لم يجز لأنه قضاء بالباطل قطعا . ج ٩ ص ٤٠٨٢ .

بتأويل شاذ ، أو خروج عن أصل شامل ، أو قاعدة كلية من قواعد الشريعة الإسلامية ، ومن ثم فإن حكم القاضى فى هذه الحالة لا ينقض ويكون نافذا (٧٠) .

فإذا كان القاضى لا تتوافر فيه صفة الاجتهاد بأن كان مقلدا ففى هذه الحالة لا يجوز له أن يخرج عن آراء غيره من المجتهدين (٧١) . ومثل هذا الحكم انصاهر منه خروجا عن آراء المجتهدين يعتبر حكما بالرأى والهوى وهو مذموم ومنهى عنه شرعا ، ويعتبر تقولا على الله بغير علم (٧٢) لقول الله عز وجل « قل انما حرم ربى الفواحش ما ظهر منها وما بطن والبغى بغير الحق . وأن تشركوا بالله ما لم ينزل به سلطانا وأن تقولوا على الله ما لا تعلمون » (٧٣) .

لذلك فإن الفقهاء ذموا الرأى الناجم عن الهوى « ومنعوا من العمل والفتيا والقضاء به ، وأطلقوا ألسنتهم بذمه وذم أهله » (٧٤) .

الملاحظة الثانية :

أنه يجب ألا يغيب عن أذهاننا أن هذه الأدلة التى سبق أن ذكرناها اجمالا ليست محل اجماع عند جميع المذاهب والفرق الإسلامية ، فبعضها مجمع عليه كالقرآن والسنة ، والاجماع ، ويكون حكم الخروج على هذه الأدلة المنجم علينا البطلان بلا خلاف وهو ما قرره ابن عرفة الدسوقى بتقريره أن الحكم يصير باطلا بطلانا مطلقا اذا « ما خالف فيه قاطعا من نص كتاب أو سنة أو اجماع أو القواعد » (٧٥) أما الأدلة الأخرى فى مختلف فيها (٧٦) .

(٧٠) بدائع الصنائع ، المصدر السابق الاشارة اليه ج ٩ ص ٤٠٨٣ .

(٧١) معنى المحتاج للخطيب الشريئى ج ٤ ص ١٠٠ وابن القيم اعلام الموقعين ، المصدر

السابق الاشارة اليه ج ١ ص ٨٧ ، ٨٨ . بدائع الصنائع ج ٩ ص ٤٠٨٤ . أدب القضاء

لشهاب الدين ص ٨١ - المعنى لابن قدامة ج ٩ ص ٥٦ ، ٥٨ .

(٧٢) ابن القيم اعلام الموقعين ج ١ ص ٢٨ .

(٧٣) آية ٢٣ من سورة الاعراف .

(٧٤) ابن القيم المصدر السابق الاشارة اليه ج ١ ص ٦٦ ، ٦٧ .

(٧٥) ابن عرفة الدسوقى المصدر السابق الاشارة اليه ج ٤ ص ١٥٣ . والمقصود بالقواعد

التي ذكرها ابن عرفة هي فيما نراه القواعد الكلية والاصول الشاملة فى الشريعة الإسلامية .

(٧٦) تراجع مصادر اصول الفقه السابق الاشارة اليها .

لذلك فان القاضى الذى ينتمى الى مذهب لا يأخذ بدليل من الأدلة
المختلف حولها فان حكمه المخالف لهذا الدليل لا يعتبر باطلا بالنسبة لمذهبه
كما لا يجوز نقضه من قاض آخر لا ينتمى الى هذا المذهب (٧٧) .

غير أنه اذا صدر تشريع من السلطة المشروعة فى الدولة الاسلامية
يأخذ برأى من الآراء فى مسألة من المسائل الاجتهادية فان مثل هذا التشريع
يكون منهيًا للخلاف فى هذه الحالة ويلتزم به القاضى حتى ولو خالف
مذهبه (٧٨) .

وعلىنا بعد هاتين الملاحظتين أن نورد بعض الأمثلة التى يكون الحكم
فيها باطلا لمخالفته لأدلة الأحكام فى الشريعة الاسلامية .

منها ما قرره ابن القيم الجوزية فى عدم جواز الخروج على الدليل
• • • • • وأما السنة فى الصحيحين من حديث ابن عباس أن هلال بن أمية
قذف امرأته بشريك بن سحماء عند النبي صلى الله عليه وسلم فذكر حديث
اللعان وقول النبي صلى الله عليه وسلم (ابصروها فان جاءت به الكحل
العينين سائح الاليتين ، مخدليج الساقين فهو ابن شريك بن سحماء ، وان
جاءت به كذا وكذا فهو ليلال بن أمية) فجاءت به على النعت انكروه فقال
النبي صلى الله عليه وسلم : (لولا ما مضى من كتاب الله لكان لى ولها شأن)
• • • • • ويعقب ابن القيم على ذلك بقوله : يريد والله ورسوله أعلم بكتاب الله
قوله تعالى (ويدروا عنها العذاب أن تشهد أربع شهادات بالله • • •) ويريد
بالشأن والله أعلم أنه كان يحدها لمشابهة ولدها للرجل الذى رميت به ،

(٧٧) بدائع الصنائع : صدر السابق ج ٩ ص ٤٠٨٥ ، ٤٠٨٦ . كتاب أدب القضاء
لقاضى القضاء شهاب الدين المعروف بابن أبى الدم الحموى الشافعى ص ١٣٢ ، ١٣٤ . كتاب
معين الحكام فيما يتردد بين الخصمين من الأحكام للامام علاء الدين أبى الحسن على بن خليل
الطرابلسى الحنفى ، طبع مصطفى الحلبي ، القاهرة ١٩٧٣ ، ص ٣١ .

(٧٨) الدكتور محمد سلام مذكور كتاب نظرية الاباحة عند الأصوليين والفقهاء ، الطبعة
الثانية ، دار النهضة ، القاهرة ، ص ٣٣٥ وما بعدها .

ولكن كتاب الله فصل الخصومة وأسكت كل قول ورائه ، ولم يبق للاجتihad بعده موقع ، (٧٩) .

ومن ذلك نتبين أن القاعدة العامة في الشريعة الإسلامية ، أنه لا اجتهاد لرسول أو لقاض من باب أولى مع وجود النص القرآني فالرسول صلى الله عليه وسلم وإن تيقن من أن هذه المرأة قد ارتكبت جريمة الزنا الأمر الذي يوجب ايقاع الحد عليها ، إلا أن القرآن الكريم قد وضع قاعدة أخرى بالنسبة للزوجة التي ترتكب جريمة الزنا دون أن تتوفر البينة التي توجب الحد وهي قاعدة اللعان ومن ثم امتنع الحد في هذه الحالة لعدم توفر البينة ، ولو حكم قاض بغير هذا الطريق فإن هذا الحكم باطل لمخالفته للدليل وهو نص القرآن الكريم .

ويضرب لنا ابن القيم مثلا آخر نقلا عن الامام الشافعي مؤدى هذا المثل أنه يجوز نقض الحكم لمخالفته للدليل الثابت من السنة ، حيث يقول « قال الشافعي وأخبرني من لا أتهم عن ابن أبي ذئب قال : أخبرني بمخلد بن خفاف قال : ابتعت غلاما فاستغلته ثم ظهرت منه على عيب فخاصمت فيه الى عمر بن عبد العزيز ف قضى لي برده وقضى على برد غلته ، فأتيت عروة فأخبرته فقال أزوح اليه العشية فأخبره أن عائشة أخبرتني أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قضى في مثل عذا (أن الخراج بالضمنان) فعجلت الى عمر فأخبرته بما أخبرني به عروة عن عائشة عن رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال عمر : فما أيسر هذا على من قضاء قضيته ، اللهم انك تعلم أنني لم أزد فيه الا الحق ، فبلغتني فيه سنة عن رسول الله صلى الله عليه وسلم ، فأرد قضاء عمر وأنفذ سنة رسول الله صلى الله عليه وسلم فراج اليه عروة ف قضى لي أن آخذ الخراج من الذي قضى به علي له ، (٨٠) .

(٧٩) ابن القيم اعلام الموقعين ، المصدر السابق ج ٢ ص ٢٨١ والمزيد من التفصيل نفس المصدر ج ٣ ص ١٠١ ، ١٠٢ .
(٨٠) ابن القيم الجوزية اعلام الموقعين ، المصدر السابق ج ٢ ص ٢٨١ .

وواضح منا ذكره ابن القيم أن حكم القاضي إذا صدر مخالفاً لنص من السنة النبوية ، فإن مثل هذا الحكم يكون باطلاً وينقض .

والتزام القاضي بالسنة حكم مقرر من جميع الفقهاء . ويروى عن الامام العادل عمر بن عبد العزيز قوله « لا رأى لأحد مع سنة رسول الله صلى الله عليه وسلم » كما أن الامام الشافعي رضى الله عنه يقرر بأنه « إذا صح الحديث فأضربوا بقولي الخائض » . كما يروى عنه رضى الله عنه أيضاً أنه « إذا رويت عن رسول الله صلى الله عليه وسلم حديثاً ولم آخذ به فاعلموا أن عقلي قد ذهب » فلا قول كما يؤكد الامام الشافعي لأحد ميمما كان مع سنة رسول الله صلى الله عليه وسلم إذا كان هذا القول مخالفاً لينا (٨١) .

ومن الأمثلة التي يوردها بعض الفقه نسبة الى الامام الشافعي « قال الشافعي وأخبرني من لا أتهم من أهل المدينة عن ابن أبي ذئب قال : قضى سعد بن ابراهيم على رجل بقضية برأى ربيعة بن عبد الرحمن فأخبرته عن النبي صلى الله عليه وسلم بخلاف ما قضى به فقال سعد لربيعة : هذا ابن أبي ذئب وهو عندي ثقة يخبرني عن النبي صلى الله عليه وسلم بخلاف ما قضيت به فقال له ربيعة : قد اجتهدت ومضى حكمك فقال سعد : واعجباً !!! أنفذ قضاء سعد بن أم سعد وأرد قضاء رسول الله صلى الله عليه وسلم ، بل أرد قضاء ابن أم سعد ، وأنفذ قضاء رسول الله صلى الله عليه وسلم ، فدعا بكتاب القضية فشقّه وقضى للمقضى عليه (٨٢) .

كما يسوق لنا صاحب البحر الزخار أمثلة لبطلان الحكم المخالف للدليل بقوله في الديات « وكان عمر - أي الخليفة الراشد عمر بن الخطاب - يجعل في الخنصر ستاً من الأبل ، وفي البنصر تسعاً ، وفي الوسطى عشرة ، وفي السبابة اثني عشرة ، وفي الإبهام ثلاث عشرة ، ثم رجع عن ذلك للخبر ، والراد بالخبر ٠٠٠ أحاديث التسوية بين الأصابع ففي رواية النسائي ما لفظه

(٨١) للمزيد من التفصيل ابن القيم المصدر السابق ج ٢ ص ٢٨٨ .

(٨٢) ابن القيم المصدر السابق ج ٢ ص ٢٨١ ، ٢٨٢ .

(وان قى النفس الدية مائة من الابل ٠٠٠ الا أن قال فى كل اصبع من
أصابع اليد والرجل عشر من الابل) (٨٣) .

ومن هذا يظهر لنا أن عمر بن الخطاب نقض حكما صدر منه عندما تبين
أن السنة النبوية تخالف ما قضى به .

ومن الأمثلة التي ذكرها صاحب البحر الزخار أيضا ما روى عن سيدنا
عمر أن امرأة اعترفت عنده بالزنا وهي حامل فأمر بها أن ترحم ، فقال له
الأمام على كرم الله وجهه هذا سلطانك عليها ، فما سلطانك على ما فى بطنها
فتركها عمر وقال : لولا « على » لهلك عمر وقال لا أبقانى الله لمعضلة لا أرى
فيها ابن أبى طالب ٠٠٠ ويستطرد صاحب البحر الزخار بقوله : هذا فيمن
تقر بالزنا لا ترحم حتى تضع حملها وترضعه وفيه رجوع من سيدنا عمر عن
حكمه الأول فيها ٠٠٠ وذلك لوجود النص على ذلك وهو (أن امرأة من جهينة
أتت رسول الله صلى الله عليه وسلم وحى حبلى عن الزنا فقالت يا رسول الله
- صلى الله عليه وسلم - أصبت حدا فأقمه على فدعا رسول الله صلى الله عليه
وسلم وليها فقال : أحسن، إليها فاذا وضعت فأتنى بها ففعل فأمر رسول الله
صلى الله عليه وسلم فشدت عليها ثيابها ، ثم أمر بها فرجمت ، ثم صلى
عليها ٠٠٠) (٨٤) .

(٨٣) الأعلام أحمد بن يحيى بن المرتضى - البحر الزخار الجامع لمذهب علماء الأندلس ،
وبهامشه كتب جوامع الأخبار والآثار المستخرجة من لجنة البحر الزخار للعلامة المحقق محمد بن
يحيى ميرزا الصعدي ، بيروت سنة ١٩٧٥ طبعة ثانية ج ٦ ص ٢٧١ ، ٢٨٤ . ويروى ابن القيم
عن الإمام الشافعى فى الدييات أيضا فيقول : « وقال الشافعى : قال لى قائل : دلنى على أن
عمر عمل شيئا ثم صاد الى غيره لخبر نبوى ، قلت : حدثنا سفيان الثورى عن الزهري عن ابن
المسيب أن عمر كان يقول الدية للمائلة ، ولا ترت المرأة من دية زوجها حتى أخبره الضحك
ابن سفيان أن رسول الله صلى الله عليه وسلم كتب اليه أن يورث امرأة الضبابى من دية
فوجع اليه عمر » للمزيد من التفصيل ابن القيم أعلام المرافعين ج ٢ ص ٢٨٤ .

(٨٤) الإمام أحمد بن يحيى المرتضى - البحر الزخار المصدر السابق ج ٦ ص ١٤٥ ،
١٤٦ . ويورد ابن القيم حكما مماثلا فيقول « وقال أبو النضر هاشم بن القاسم حدثنا محمد بن
راشد عن عبده بن ليابة عن هشام بن يحيى الخدومي أن رجلا من ثقيف أتى عمر بن الخطاب
فسأله عن امرأة حاضت وقد كانت زارت البيت - البيت الحرام - يوم النحر ألياً أن تنفر ؟
فقال عمر : لا فقال الثقفى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم أفتانى فى مثل هذه المرأة بغير

وقد أكد أيضا ابن جماعة الشافعي أن الحكم ينقض اذا كان في أمر لا يجوز فيه الاجتهاد حيث لا اجتهاد مع النص كما سبق أن أشرنا الى ذلك بالتفصيل ، يقول ابن جماعة : « فان كان - أى الحكم - فى أمر لا يسوغ فيه الاجتهاد نقضه » (٨٥) . وهو ما قرره الامام النووي بأن القاضى « اذا كان حكم باجتهاده ثم بآن خلاف نص الكتاب أو السنة أو الاجماع أو قياس جلي نقضه هو - أى القاضى - وغيره » (٨٦) .

ثالثا : بطلان الحكم لتبها اعترته :

تمهيد :

هناك حالات عديدة فى قانون المرافعات ، من شأنها اذا ما توفرت أى حالة منها أن تعطى للخصوم حق طلب تنحية القاضى عن نظر الدعوى ، وذلك اذا ما توفر سبب من أسباب عدم الصلاحية .

فالمفروض أو الأولى فى هذه الحالات أن يتنحى القاضى من تلقاء نفسه ، فاذا لم يفعل فان للخصوم الحق فى طلب تنحيته وردده (٨٧) .

ومن هذه الحالات اذا كان للقاضى أو لزوجته دعوى مماثلة للدعوى التى ينظرها ، أو اذا وجدت له أو لزوجته خصومة مع أحد الخصوم أو لزوجته بعد قيام الدعوى المطروحة عليه ، أيضا اذا كان لطلقاته التى له منها ولد ، أو

ما أفتيت به فقام اليه عور يضربه بالدرة ويقول له لم تستفتينى فى شئ قد أفتى فيه رسول الله صلى الله عليه وسلم ، بمعنى أنه لا تجوز مخالفة السنة . ابن القيم المصنف السابق ج ٢ ص ٢٨٢ .

(٨٥) محمد بن جماعة الشافعي مقصد الديرية فى شرح خطبة التنية ص ١٤٦ ، مطبعة التقدم ، القاهرة بدون تاريخ .

(٨٦) الشيخ محمد الزهرى الفمراوى السراج الومراج على متن المنهاج للامام النووى ص ٥٩٣ ولزيد من التفصيل بدائع الصنائع للامام الكاسانى ج ٩ ص ٤١٠٥ وما بعدها .

(٨٧) الدكتور أحمد أبو الوفا - المرافعات المدنية والتجارية طبعة ١٢ منشأة المعارف ، الاسكندرية ص ٧٤ . ولزيد من التفصيل الدكتور أحمد مسلم اصول المرافعات طبعة ١٩٦٩ ص ٥١ وما بعدها ، دار الفكر ، القاهرة . الدكتور فتحى والى القضاء المدنى ١٩٧٣ ص ٣٥٩ وما بعدها ، دار النهضة العربية .

لأحد أقاربه أو أصحابه خصومة قائمة أمام القاضي على أحد الخصوم في الدعوى ، أو مع زوجته ما لم تكن هذه الخصومة قد أقيمت بعد قيام الدعوى المطروحة على القاضي بقصد رده ، وتحقق حالة الرد أيضا فيما إذا كان أحد الخصوم خادما للقاضي ، أو كان - أى القاضي - قد اعتاد مأكلة أحد الخصوم أو مساكنته ، أو كان قد تلقى منه هدية قبل رفع الدعوى أو بعد رفعها ، وأخيرا تتحقق حالة الرد فيما إذا كان بين القاضي وأحد الخصوم عداوة أو مودة يرجع معنا عدم استطاعته الحكم بغير ميل ، وقد بينت المادة (١٤٨) من قانون المرافعات رقم ١٣ لسنة ١٩٦٨ (٨٨) هذه الحالات على سبيل الحصر ، كما بينها علماء المرافعات بإفاضة (٨٩) .

- (٨٨) وهي تقابل المادة ٣١٥ من قانون المرافعات القديم .
(٨٩) للمزيد من التفصيل في هذا الموضوع تراجع المصادر الآتية :
- محمد المشاوي وعبد الوهاب العثمانى ، قواعد المرافعات فى التشريع المصرى والمقارن ج ٢ ص ٤٥٣ وما بعدها .
- د- أبو الوفا المصدر السابق ص ٧١ وما بعدها ، وله أيضا فى المرافعات المدنية والتجارية ، طبعة ١٩٦٤ .
- د- رمزي سيف الوسيط فى شرح قانون المرافعات المدنية والتجارية . طبعة ١٩٦٤ ص ٧٧ وما بعدها .
- د- أحمد مسلم أصول المرافعات المصدر السابق ص ١٤٧ ، وما بعدها .
- د- عبد العزيز عامر شرح قانون المرافعات الليبى ص ٢٧ ، وقد بين قانون نظام القضاء الليبى رقم ٢٩ لسنة ١٩٦٣ أحوال تنحى القضاء فى المادة ٢٦٧ منه التى قررت « على القاضي أن يتنحى عن نظر الدعوى ، ويمتنع عن سماعها فى الأحوال الآتية :
١ - إذا كانت له مصلحة فى الدعوى ، أو فى دعوى أخرى ترتكز على مسائل قانونية مماثلة لها تماما .
٢ - إذا كان هو أو زوجته أو أحد أقربائه إلى الدرجة الرابعة ، أو من اعتاد مساكنته ، أو مؤاكلته طرفا فى الخصومة أو فى الدفاع .
٣ - إذا كان له أو لزوجته مع أحد الخصوم أو أحد وكلائه خصومة قائمة أو عداوة شديدة أو علاقة مديونية .
٤ - إذا كان قد أفتى أو ترافع أو أدى شهادة فى الدعوى أو كان قد سبق له نظرها قاضيا فى مراحل أخرى من الدعوى ، أو كان فيها خيرا ، أو محكما ، أو محققا .
٥ - إذا كونه وصيا لأحد الخصوم أو قيم عليه أو وكلا ، أو مخدوما له ، أو كان مديرا مؤسسا أو شركة ولو لم تكن بغيرها ، أو هيئة ، أو جمعية ، أو منشأة لها مصلحة فى الدعوى .
وهذه الأسباب من شأنها أن تؤدي إلى ضرورة أن يتنحى القاضي من تلقاء نفسه ، وإذا

وإذا كان ذلك ما انتهى إليه الفقه والتشريعات في قوانين المرافعات المعاصر كسبب لرد القاضى وتنحيته عن التصدى للدعوى ، إلا أن ما انتهى إليه الفقه الاسلامى فى هذا الشأن يختلف الى حد كبير مع ما انتهى إليه شرح القانون فى هذا الصدد ذلك أن الفقه الاسلامى يرتب بطلان الحكم اذا ما تحققت حالة من هذه الحالات فى حين أن التشريعات الوضعية تجعل ذلك سببا لرد القاضى وتنحيته بحيث اذا لم يطلب أحد الخصوم رد القاضى أو تنحيته ، أو لم يتنح هو عن التصدى للدعوى من تلقاء نفسه ، فإن ذلك

نظر الدعوى فى حالة تحقق أى من هذه الحالات ، فيترتب على ذلك البطلان لأن أحوال الصلاحية من النظم العام ومن حق الخصوم أن يضعنوا على الحكم الصادر بطرق الطعن المقررة فى القانون . ولكن واحد من الخصوم فى الحالات التى تتحقق فيها أحوال التنحي أن يطلب رد القاضى اذا لم يتنح من تلقاء نفسه . مادة ٢٦٨ لىبى .

ومن هنا نرى أن المشرع اللببى قد اتخذ من أسباب التنحي سببا لرد القضاء ويراجع الدكتور مصطفى كامل كبره قانون المرافعات اللببى منشورات الجامعة اللببية . دار صادر بيروت ص ٦٨٦ وما بعدها .

هذا وقد ورد فى القانون رقم ١٢١ لسنة ١٩٧٦ باصدار قانون المرافعات اليمنى ما يفيد ذلك .

فقد نصت المادة ٩٦ من هذا القانون على أنه يكون القاضى أو عضو النيابة ممنوعا من نظر الدعوى ويجب عليه التنحي عن نظرها من تلقاء نفسه ولو لم يطلب الخصوم ذلك فى الأحوال الآتية :

١ - اذا كان قريب أو صوريا لأحد الخصوم الى الدرجة الرابعة .
٢ - اذا كان له قو لزوجته خصومة قائمة مع أحد الخصوم فى الدعوى أو زوجته .
٣ - اذا كان وكيلًا لأحد الخصوم فى أعماله الخصوصية أو ممثلا شرعيا له أو مظلونا وراثته له أو كانت له صلة قرابة أو مضاهرة للدرجة الرابعة بالمثل الشرعى له أو بأحد أعضاء مجلس ادارة الشركة المحاصصة أو بأحد مديريها أو كان لهذا العضو أو المدير مصلحة شخصية فى الدعوى .

٤ - اذا كان له قو لزوجته أو لأحد أقاربه أو أصهاره على عمود النسب أو لمن يكون هو وكيلًا عنه أو ممثلا شرعيا له مصلحة فى الدعوى القائمة .

٥ - اذا كان قد اقتضى فى الدعوى أو ترفع فيها عن أحد الخصوم أو كتب فيها ولو كان قبل اشتغاله بالقضاء . كان قد سبق له نظرها قاضيا وحكم فيها فى درجة أدنى أو نظرها خيرا أو محكما - عديلا - وأبدي رأيه فيها أو أدى شهادة فيها .

هذا وقد رتب المشرع اليمنى البطلان على ذلك اذا لم يتنح القاضى فى الأحوال السابقة عن نظر الدعوى الا اذا كان محكما فى النزاع باتفاق أطراف الخصومة .

يتبين من هذا النص أن المشرع اليمنى أبطل من غيره فى حالة تنحي القاضى .

لا يؤثر في الحكم (٩٠) مع ملاحظة أن قانون المرافعات الليبي يتفق مع ما انتهى إليه الفقه الاسلامي من تقرير بطلان الحكم وجعل تحقق أى من هذه الحالات المشار إليها سابقا سببا من أسباب الطعن ويحق للخصوم أن يطعنوا في الدعوى بطرق الطعن المقررة في هذه الأحوال (٩١) .

وعلينا الآن بعد هذه العجالة السريعة أن نتتبع الأمثلة التي ذكرها فقهاؤنا المسلمون لبطلان الحكم اذا ما اعترته شبهة من شأنها أن تطعن في نزاهة القاضى وحيدته وذلك لكي نوضح تقرير هذه القواعد في مختلف المذاهب الاسلامية .

منها ما قرره الامام الخطيب الشرييني بقوله « ولا ينفذ حكمة لنفسه لأنه - أى حكم القاضى لنفسه - من خصائصه صلى الله عليه وسلم » (٩٢) .

فاذا حكم القاضى لنفسه في الدعوى ، فان ذلك من شأنه نقض الحكم لعدم تحقق حيدة القاضى ، لأنه ميمما توفر حسن الظن به فحكمه لنفسه مظنة للشبهة في ميل القاضى ومثارا للشك والريبة وهو الأمر الذى يجب أن يتنزه عنه القاضى .

ومنها أيضا ما قرره ابن عرفة الدسوقي بقوله بأن « تحكيم خصم من الخصمين لا يجوز ويقرر أيضا بأنه لو حكم أحد الخصمين خصمه فحكم لنفسه أو عليها جاز تحكيمه ابتداء ومضى حكمه مطلقا ان لم يكن جورا ، وقيل يكره تحكيمه ابتداء ان كان ذلك الخصم المحكم هو القاضى ، ويمضى حكمه بعد الوقوع والنزول ان كان غير جور ، وقيل لا يجوز تحكيمه فلا ينفذ حكمه ان كان ذلك الخصم المحكم هو القاضى سواء كان حكمه جورا أو غير جور » (٩٣) .

(٩٠) الدكتور فتحي والى قانون القضاء المدني ص ٣٦٠ .

(٩١) يراجع الهامش السابق المشار اليه .

(٩٢) الخطيب الشرييني معنى المحتاج ج ٤ ص ٢٩٢ .

(٩٣) ابن عرفة الدسوقي حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ج ٤ ص ١٣٥ .

ومما ذكره ابن عرفه الدسوقي نجد أن الأمر قد اختلف فيه على

وجيين :

الوجه الأول :

وينتفى فيه ابن عرفه الى جواز حكم القاضى لنفسه أو عليها اذا لم يكن

حكمة جورا .

الوجه الثانى :

وينتفى فيه الى عدم نفاذ الحكم سواء كان الحكم الصادر من القاضى

جائرا أو غير جائر .

ومن ثم فانه على الراى الثانى نستطيع القول بأن حكم القاضى لنفسه

أو عليها يمكن أن يكون مثارا للتهمة والشبهة الأمر الذى يجعل الحكم قابلا

للطعن فيه .

ومن الأمثلة التى قررها ابن عرفه الدسوقي أيضا لبطلان الحكم للشبهة

الحكم على من بينه وبين القاضى عداوة ، وذلك لأن العداوة من شأنها أن توغر

صدر القاضى وتثير حفيظته ضد خصمه ، كما أن من شأنها أيضا زعزعة ثقة

الخصم الآخر فى نزاهة القاضى وحيدهته ولتأكيد هذه القاعدة يقول ابن عرفه

« ٠٠٠ وحكم على عدو - أى حكم القاضى على عدوه - عداوة دنيوية ٠٠٠٠ أو

ميراث ذى رحم كعمة وخانة فينقض - أيضا - أو ميراث مولى أسفل من

معتقه » (٩٤) .

ومما ذكره ابن عرفه نجد أن مما يثير الشبهة فى حكم القاضى حالة

توفر العداوة بينه وبين خصمه ، أو كانت له مصلحة فى الدعوى ، أو أحد

أقاربه ، أو مواليه فهذه الحالات كلها من شأنها أن تؤثر فى الحكم وتثير

الشبهة فيه ، وهو ما يؤدى الى عدم نفاذه أو جواز نقضه .

ومن الحالات التي تؤدي الى الشبهة في حكم القاضى ما قرره الامام ابن القيم الجوزيه في تعليقه على خطاب عمر بن الخطاب لشريح قاضيه حالة عدم المساواة بين الخصوم في مجلس القضاء ، وفي هذا الشأن يذكر ابن القيم قول سيدنا عمر بن الخطاب لشريح « آس الناس في مجلسك وفي وجهك وقضائك حتى لا يطمع شريف في حيفك ولا يئأس ضعيف من عدلك » ويعلق ابن القيم على ذلك بقوله « اذا عدل الحاكم - أى القاضى - فى هذا بين الخصمين فهو عنوان عدله فى الحكومة - أى الدعوى - فمتى خص أحد الخصمين بالدخول عليه أو القيام له ، أو بصدر المجلس والاقبال عليه ، واليشاشة له ، والنظر اليه كان عنوان حيفه وظلمه ٠٠٠٠ » ، ويستطرد ابن القيم لتقرير هذه القاعدة فى الفقه الاسلامى بقوله « وفى تخصيص أحد الخصمين بمجلس أو اقبال أو اكرام مفسدتان ، احدهما طمعه فى أن تكون الحكومة له فيتوى قلبه وجنانه ، والثانية ان الآخر يئأس من عدله ويضعف قلبه وتنكسر حجته » (٩٥) .

ونستطيع أن نستنبط مما قرره ابن القيم ما يلي :

أولاً : أن مساواة الخصوم أمام القاضى قاعدة مقررة لا شك فيها منذ بداية الدعوة الاسلامية ، ولا يجوز للقاضى أن يخل بهذه القاعدة ميمًا كان شأن الخصوم ، والتزام القاضى بهذا المبدأ هو عنوان عدله وحيادته فى المنازعات التى ترفع اليه .

ثانياً : أن الاخلال بقاعدة التسوية بين الخصوم يؤدي الى نتائج فى غاية الخطورة ، لأن الاخلال فى هذه الحالة يؤدي الى طمع ذوى المكانة العليا عند القاضى فيتجرؤن على الباطل وتقوى حجبتهم بغير حق ، كما يؤدي - عدم

(٩٥) ابن القيم الجوزيه اعلام الموقعين ج ١ ص ٨٩ وانظر أيضا كتاب سيدنا عمر لشريح القاضى فى سبيل السلام شرح بلوغ المرام من أدلة الأحكام على متن بلوغ المرام من أدلة الأحكام للحافظ شهاب الدين أحمد بن على بن محمد بن حجر العسقلانى ج ٤ ص ١١٩ وما بعدها - وكذلك كتاب مقصد النبيه فى شرح خطبة النبيه للامام محمد بن جماعة ص ١٤٤ ، ١٤٥ ، ١٤٦ - والسراج الوهاج للزهري . و متن المنهاج للدنورى ص ٥٩٤ - ومجمع الأنهر ج ٢ ص ١٥٨ ، ١٥٩ -

التسوية - من الناحية المقابلة الى يأس غيرهم من عامة الناس من عدل القاضى ونزاهته ، ومن شأن ذلك كله أن يؤدي الى ضعفهم فى اثبات حقوقهم لما يثور فى نفوسهم من يأس فى عدالة القاضى الأمر الذى يؤدي الى ضياع الحقسوق بالباطل .

وقد قرر صاحب الأنهر هذه القاعدة التى تؤكدها ، وأضاف الى ذلك أيضا أن القاضى لا يجوز له أن « يلقنه - بمعنى عدم جواز تلقين أحد الخصوم - حجته لأن هذه الأشياء كلها تهمة وعليه الاحتراز عنها ، ولأن فيه كسر القلب للآخر ، كما أنه لا يجوز للقاضى أن يلقن أحد الشهود ، لأن الشاهد فى هذه الحالة يستعين من قول القاضى زيادة علم ٠٠٠٠ وهى تهمة (٩٦) .

وهذا الحكم نستنبطه أيضا من مسلك الخلفاء الراشدين رضى الله عنهم حيث كانوا يحرصون على ضرورة تحقق المساواة التامة بين الخصوم حتى فى الحالات التى يكون أحدهم - أى أحد الخلفاء طرفا فى الدعوى - ومن الأمثلة الحية التى نسوقها فى هذا المجال مسلك الامام على بن أبى طالب كرم الله وجهه حينما تخاصم مع اليهودى (٩٧) .

وفى الفقه الحنفى يقرر صاحب كتاب اللباب بأن « حكم الحاكم مطلقا لأبويه وان عليا وولده وان سفلى وزوجته باطل ، لانه لا تقبل شهادته لهؤلاء لئكان التهمة فلا يصح القضاء لهم ٠٠٠٠ » (٩٨) .

وقد أكد صاحب كتاب أدب القضاء هذه القاعدة بأنه لا ينفذ قضاؤه - أى قضاء القاضى - لوالده وان علا ولا لولده وان سفلى كما لا يسمع شهادة

(٩٦) مجمع الأنهر المصدر السابق ج ٢ ص ١٥٩ وللمزيد من التفصيل تراجع المصادر الآتية : بدائع الصنائع للامام الكاسانى ج ٩ ص ٤٠٩٤ وما بعدها - الخطيب الشربينى معنى المحتاج ص ٤٠٠ ، ٤٠١ . والمنقى لابن قدامة ج ٩ ص ٨٠ وما بعدها .
(٩٧) تزييد من التفصيل يراجع كتاب السنن الكبرى للبيهقى ، مع الجوهر النقى لابن التيركمان ج ١٠ ص ١٣٦ وبها هذه القصة .
(٩٨) كتاب اللباب للشيخ عبد الغنى الميدانى فى شرح الكتاب لآبى الحسن القدورى فى فقه السادة الحنفية ص ٣٥٧ .

بعضهم لبعض ولو رفعت قضية لوالده على ولده لا يحكم
لوالده على ولده للبعضية والتهمة (٩٩) :

وبالمجمل لا يجوز للقاضي في الفقه الاسلامي بمذاهبه المختلفة أن يضع
نفسه موضع شبهة بالنسبة لأحد الخصوم ، كما لا يجوز له أن يضيف أحد
الخصمين ، أو حضور وليمة لأحدهما حتى ولو كانت هذه الوليمة في غير
محل ولايته (١٠٠) ، كما لا يجوز كما سبق أن أشرنا أن يحكم للأصول أو
الفروع لعدم جواز الشهادة لهم مطلقا ، (١٠١) .

وننتهي من عرض هذه الحالات الى تقرير أن كل ما من شأنه أن يثير
الشك في نزاهة القاضي وحيدته يؤدي أيضا الى الحساق شبهة بالحكم ، قد
تؤدي الى نقضه وعدم نفاذه وهذه الحالات ليست على سبيل الحصر كما هو
مقرر في القانون الوضعي .

رابعا : سقوط ولاية القاضي :

هناك حالات عديدة في الفقه الاسلامي ، يمكن أن تنتهي بتحقيق أي حالة
منها ولاية القاضي بقوة القانون الاسلامي ، حتى ولو لم يصدر قرار بذلك
من السلطة المختصة في الدولة الاسلامية ، ومن هذه الحالات زدة القاضي عن
الاسلام - الكفر - وأصابة القاضي بعارض من عوارض الأهلية كجنون أو
عته ، وكقاعدة عامة ينتهي ولاية القاضي بقوة القانون في حالة افتقاده
للشروط المقررة في القاضي ، حسبما حددتها الشريعة الاسلامية (١٠٢) .

(٩٩) أدب القضاء المصدر السابق ص ١٢٠ ونفس الحكم انتهى اليه الامام النووي والشيخ
الزهري بأن قور أنه « لا ينفذ حكمه لنفسه وزقيقه وشريكه في المشترك وكذا أصله وفرعه على
الصحيح » لمزيد من التفصيل يراجع السراج الوهاج ومتم المنهاج ص ٥٩٢ . كما قرر
صاحب بدائع الصنائع أنه « لا يجوز قضاؤه لنفسه ولا لمن لا تقبل شهادته به لأن القضاء له
قضاء لنفسه من وجهه » ج ٩ ص ٤٠٩٢ .

(١٠٠) أدب القضاء المصدر السابق ص ٧٠ ، ٧١ .
(١٠١) أدب القضاء المصدر السابق ص ٧٢ وللمزيد من التفصيل في هذا الموضوع كتاب
مجمع الأنهر ج ٢ ص ١٥٢ .
(١٠٢) لشروط القضاء حسبما انتهى الى ذلك الرأي الراجح في الفقه عشرة شروط هي

كما أن هنالك حالات أخرى تقتضى ممن له ولاية على القاضى أن ينهى ولايته بحيث اذا لم يفعل ولم يتدخل فان الحكم الصادر من القاضى فى هذه الحالة يمكن أن يكون قابلا للنقض والالغاء .

وهذه الحالات ليست محل اتفاق بين فقهاء المذاهب الاسلامية المختلفة الا أنها على الأقل يمكن أن تكون سببا لانتهاء ولاية القاضى ونقض الحكم الصادر منه ، كأن يكون القاضى جاهلا أو جائرا ، أو مقلدا تقليدا أعمى دون أن تتوفر لديه القدرة على التمييز بين الآراء المختلفة والاجتهادات المتعددة فى المسألة محل النزاع .

فبالنسبة لحالة الكفر فان القاضى اذا ارتد عن دين الاسلام فحكمه يكون باطلا بطلانا مطلقا بلا خلاف ، وبمعنى أدق فإن هذا الحكم يكون منعذما ليس من شأنه أن يرتب أى أثر قانونى ، وذلك لأن النصوص قاطعة فى الدلالة فى عدم جواز ولاية الكافر لقوله عز وجل « ولن يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلا » (١٠٣) كما أن مثل هذا القاضى من الواجب أن يوقع عليه حد الردة وهو القتل ، ومن ثم فان ولايته على القضاء تنتهى وتكون الأحكام التى صدرت منه منذ وقت رده غير نافذة .

نخلص من ذلك بأنه لا تجوز تولية الكافر مطلقا سواء كان كفره ابتداء ، أو كان هذا الكفر طارئا على منازعات المسلمين ، وهو حكم مجمع عليه عند كل المذاهب والفرق الاسلامية بلا خلاف .

وفى حالة اصابة القاضى بعارض من عوارض الأهلية كالجنون والعتة تسقط ولايته أيضا ، وذلك لأن المجنون والمعتوه يعتبر فى مثل هذه الحالة:

الاسلام ، الحرية ، الذكورة ، والتكليف ، والعدالة ، والبصر ، السمع ، والنطق ، أى سلامة الحواس - والكتابة ، والعلم بالأحكام الشرعية ومن ثم اذا توفرت هذه الشروط وعين القضى ممن له الولاية على التمتع ، ثم انشأ أحد هذه الشروط فلا يعد الشخص من أهل القضاء ولا تنفذ ولايته ولا تنفذ أحكامه . للمزيد من التفصيل يراجع كتاب أدب القضاء ص ٢٦ . وبدائع الصنائع للإمام الكاسانى ج ٩ ص ٤٠٧٩ ، والغنى لابن قدامة ج ٩ ص ٣٦ وما بعدها .

في حاجة ماسية لمن يمارس الولاية عليه ، لعدم قدرته على التمييز ومن ثم فان أحكامه تكون باطلة بطلانا مطلقا حتى قبل اصدار القرار بانتهاء ولايته وهو أمر مجمع عليه أيضا بلا خلاف في المذاهب والفرق الاسلامية المختلفة (١٠٤) .

وفي الحالات التي يقتضى فيها صدور قرار بانتهاء ولاية القاضي لجبل . أو عجز ، أو جور ، أو تقليد ، أو تقليد ، فان القاضي في مثل هذه الحالة وان كانت له ولاية على المنازعات التي ترفع اليه ، الا أن الأحكام الصادرة منه في رأى جمهور غفير من الفقهاء تكون قابلة للنقض وسوف نكتفى بذكر بعض الأمثلة التي انتهى فيها فقهاء المسلمين الى وجوب نقض الحكم للعيوب السابقة .

منها ما قرره الامام ابن عرفه الدسوقي بقوله « قوله - أى قول الامام الدردير المصنف - نبذ أى طرح وألقى وقوله حكم الجائر أى حكم من شأنه الجور وان كان حكمه مستقيما في ظاهر الحال ، أى لم تثبت صحة باطنه ، لأن الجائر قد يتحيل ويوقع الصورة صحيحة وان كانت في الواقع ليست كذلك كما هو مشاهد ولو وافق الحق أى في الظاهر ولم نعلم صحة باطنه ، أما اذا ثبت بالبينه صحة باطنه فلا ينقض كما ذكره في الجائر عن ابن رشد ونقله المواق فان الجاهل غايته ، أنهم أخطوه بالجائر ، » .

ويقرر ابن عرفه الدسوقي أيضا بأن « الجاهل ينقض أحكامه وان كان ظاهره صوابا - ويؤكد - أن - الجاهل تنقض أحكامه مطلقا » (١٠٥) .

وقد أعطى ابن عرفه هذا الحكم أيضا بالنسبة للمقلد الذي يخرج عن رأى امامه الذي يقلده ، وذلك في الحالات التي لا تتوافر في المقلد صفة

(١٠٤) الخطيب الشربيني معنى المحتاج ج ٤ ص ٣٨٠ - أدب القضاء ص ٢١ . ٢٢ .
السراج الوهاج للزهري و متن المنهاج للامام النووي ص ٥٨٨ ، ٥٨٩ . المعنى لابن قدامة ج ٩ ص ١٠٤ ، المصدر السابق .

(١٠٥) ابن عرفه الدسوقي حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ج ٤ ص ١٥٢ .

الاجتهاد ، وعلى القاضى فى هذه الحالة أن يلتزم برأى امامه (١٠٦) - ومن ثم ، فان القاضى اذا لم يلتزم برأى امامه والفرض فيه أنه مقلدا ، فان حكمه يكون قابلا للنقض .

وسبب نقض الحكم فى الحالة السابقة يرجع الى أن القاضى كما يقرر الفقهاء يجب أن يكون عالماً بالاحكام الشرعية أى بأدلة الاحكام ، وغيرها من المدارك العقلية التى توفر له معرفة حكم الشارع من هذه الأدلة ، كما يجب أن يكون ملماً بالواقع محيطاً به وهو ما قرره الامام ابن القيم حينما قرر بأنه « لا يتمكن المفتى ولا الحاكم - القاضى - من الفتوى والحكم بالحق الا بنوعين من الفهم أحدهما : فهم الواقع والتفقه فيه واستنباط علم حقيقة ما وقع بالفرائض والامارات والعلامات حتى يحيط بها . والنوع الثانى : فهم الواجب فى الواقع ، وهو فهم حكم الله الذى حكم به فى كتابه أو على لسان رسوله فى هذا الواقع ثم يطبق أحدهما على الآخر ومن سلك غير هذا أضع على الناس حقوقهم » (١٠٧) .

لكل هذا فان القاضى يجب « أن يكون عالماً بالكتاب والسنة والاجماع والقياس وأقاويل الناس ولسان العرب » ومعرفته لآيات الكتاب تقتضى أن يكون ملماً بآيات الاحكام والناسخ والمنسوخ ، والخاص والعام ، والمطلق والمقيد ، والمجمل والمحكم ، والمبين والمفصل ، كما يتحتم أن يعلم من السنة أحاديث الاحكام ، والتواتر والآحاد والمستفيض والمرسل ، والمنقطع والمتصل فوق ما ذكرنا بالنسبة لآيات الاحكام .

وتنصرف ضرورة العلم الى سائر الأدلة الشرعية كلاجماع ، والقياس ، وغيرها من الأدلة (١٠٨) .

(١٠٦) يراجع بالتفصيل حاشية الدسوقى على الشرح الكبير ج ٤ ص ١٥٥ ، ١٥٦ .
وكتاب مغنى المحتاج ج ٤ ص ٣٨٠ . المصدر السابق .
(١٠٧) ابن القيم الجوزية ، اعلام الثوقين ج ١ ص ٨٧ ، ٨٨ .
(١٠٨) أدب القضاء ص ٢٧ وما بعدها وكذلك السراج الوهاج للشيخ محمد الزهرى .
العمراوى على متن المنهاج للامام النووى ص ٥٨٨ . مجمع الأنهر ج ٢ ص ١٥٣ ، ١٥٤ . المغنى لابن قدامة ج ٩ ص ٤٩ ، ٤٢ .

ولا يقتصر في القاضى لكى يكون حكمه نافذا أن يكون ملما بالأحكام الشرعية فحسب ، وإنما يجب أن يكون قادرا على معرفة الأدلة ووضعها وترتيبها ، متمكنا من ترجيح الأدلة بعضها على بعض ، وذلك لأن قواعد المشروعية الإسلامية ، تتدرج من حيث التطبيق بحيث لا يلجأ الى تطبيق القاعدة الأدنى الا حيث يخلو الدليل الأعلى من نص يحكم المنازعة ، وهذا التدرج يمكن استخلاصه بوضوح من قول الرسول صلى الله عليه وسلم لعاذ حينما بعثه الى اليمن قاضيا « قال له : كيف تقضى اذا عرض لك قضاء قال : اقضى بكتاب الله قال : فان لم تجده فى كتاب الله قال : اقضى بسنة رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : فان لم تجده فى سنة رسول الله قال : اجتهد برأى لآلو ، قال : فضرب بيده فى صدره وقال : الحمد لله الذى وفق رسول الله صلى الله عليه وسلم لما يرضى رسول الله صلى الله عليه وسلم » (١٠٩) .

ومن الحالات التى يمكن أن تنهى ولاية القاضى أيضا بقوة القانون فى الفقه الإسلامى اتصاف القاضى بالفسق حيث لا تصح ولاية الفاسق فى رأى جمبوز غفير من الفقهاء ، وكما يعبر صاحب كتاب أدب القضاء بأن القاضى الفاسق « لا تصح ولايته ولا ينفذ حكمه ، ولا يقبل قوله لأنه لا تقبل شهادته فعدم قبول حكمه أولا ، فلو ولاه الامام أو نائبه : فحكم بين الناس على فسقه لم تنفذ أحكامه قطعا لا شك فيه لا نعرف فيه خلافا » (١١٠) . ومن هذا يتبين أن الفسق يؤدى الى بطلان الحكم الصادر من القاضى ويجعل هذا الحكم غير قابلا للنفذ مطلقا (١١١) .

كذلك يبطل الحكم اذا ثبت ارتشاء القاضى فولاية على القضاء فى هذه

(١٠٩) البيهقى السنن الكبرى ج ١٠ ص ١٧٥ . وقد ورد بهذا اللفظ .
(١١٠) أدب القضاء ص ٢٢ . مجمع الأنهر شرح ملتقى الأبحر ج ٢ ص ١٥١ ، ١٥٢ .
(١١١) يراجع فى ذلك رأيا خلافا للامام الغزالي يقرر فيه أنه يجوز نفاذ حكم الفاسق للضرورة وان كان صاحب كتاب أدب القضاء يقتصر هذا الرأى على الامام الغزالي وحده ، للمزيد من التفصيل أدب القضاء ص ٢٢ ، ٢٥ . بدائع الصنائع للكشافى ج ٩ ص ٤١١ . المغنى لابن قدامة ج ٩ ص ٢٩ ، ٤٠ ، ج ٩ ص ٦٩ ، ج ٩ ص ١٠٤ .

بحيث يختص كلا منهم بالموضع الذي فوض له النظر في منازعاته ، ومن ثم اذا « خرج منه الى محلة فوضت الى غيره لم ينفذ حكمه فيها » كذلك لو اقتضت ولاية القاضى على نوع معين من القضايا فانه يجب عليه فى هذه الحالة أن يتقيد بما خصص له من القضايا ، بحيث اذا خالف ذلك « لا ينفذ حكمه اذا تعداه الى غيره » (١٢٠) .

الى جانب أن ولاية القاضى تنتهى أيضا بنقله الى بلد آخر ومن ثم لا يجوز له أن يمارس القضاء فى البلد الذى نقل منه وهو ما قرره صاحب كتاب أدب القضاء حينما قرر من أنه « لو خرج من عمله الى بلد آخر لم يقبل منه - أى القضاء - » (١٢١) .

سادسا : بطلان الحكم لحكم القاضى بعلم سابق :

لا يجوز للقاضى حسب القواعد المتفق عليها فى الفقه الاسلامى ، أن يحكم فى موضوع الدعوى بعلم سابق له فيها (١٢٢) لأن القاضى مقيد بالأدلة التى تقدم اليه من الخصوم ، لذلك اذا حكم القاضى بعلم سابق له فان من شأن الحكم بعلم سابق أن يفقده حيده ، كما يشكك فى نزاهته .

ومن هنا ينتهى الفقه الاسلامى الى بطلان الحكم اذا حكم القاضى بما توفر لديه من علم سابق فى موضوع الدعوى ، خارج مجلس القضاء ، وهو ما أكده الامام ابن عرفة الدسوقى حينما قرر بأن الحكم ينقضى اذا « حكم بشىء من غير اسناد ليينة ، أو اقرار بل بعلم منه سبق مجلسه قبل ولايته أو بعدها » (١٢٣) .

(١٢٠) أدب القضاء ص ٥٤ ، ٥٥ . ولزويد من التفصيل فى هذا المعنى مجمع الأنهر شرح ملتقى الأبحر ج ٢ ص ١٥١ . المصدر السابق .
(١٢١) أدب القضاء المصدر السابق ص ١٤٢ . ولزويد من التفصيل فى هذا الموضوع كتاب المذهب فى أحكام المذهب تأليف القاضى أحمد بن قاسم العيسى اليماني الصنعاني ج ٤ ص ١٨٦ .

(١٢٢) ابن جماعة مقصد النبى فى شرح خطبة التنبيه ص ١٤٧ .
(١٢٣) ابن عرفة الدسوقى حاشية الدسوقى على الشرح الكبير ج ٤ ص ١٥٤ .

ولكى يؤكد الامام ابن عرفه هذه القاعدة بطريقة حاسمة لا تقبل الجدل
أو التشكك فيها ، فانه ينتهي الى القول بأن القاضى ليس له « سماع إبيينة
قبل الحصومة (١٢٤) » .

ونفس الحكم قرره الامام الخطيب الشربيني حينما جتم اعادة سماع
يعلم سماعه من شأنه أنه قد بطلان الحكم على النجم الذى بيناه بالتفصيل
فى حديثنا عن بطلان الحكم لعدم اتخاذ اجراء واجب (١٢٥) .

وهذه القاعدة أكدها أيضا العديد من الفقهاء منهم ما انتهى اليه صاحب
أدب القضاء بحيث يمكن لنا أن نقول ان عدم حكم القاضى بعلمه يمثل اتجاها
عاما فى المذاهب الاسلاميه المختلفه ، وفى هذا المقام يقول صاحب الكتاب
أن القاضى « ليس له أن يحكم على المقر الا أن يشهد باقراره شاهدان لئلا
يسير حاكما بعلمه » (١٢٦) .

ويقرر الامام الكاسانى أحد اعلام الفقه الحنفى عدم جواز قضاء
القاضى بعلم سابق فيقول « فاما اذا قضى بعلم استفاده فى غير زمن
القضاء ومكانه أو فى زمان القضاء فى غير مكانه ، وذلك قبل أن يصل الى
البلد الذى ولى قضاؤه فانه لا يجوز عند أبى حنيفة أصلا ولعندهما - أى

~~البلد الذى ولى قضاؤه سوى الحدود الخالصة ، فأما فى الحدود الخالصة فلا
يجوز وقد علل الامام أبى حنيفة ذلك بقوله والحاصل قبل زمن
القضاء أن يصل الوصول الى مكانه حاصل فى وقت هو غير مكلف بالقضاء
لأنه يكره فى حقه إبيينة ولم يجز القضاء به فهو فرق بين العلمين » (١٢٧) .~~

(١٢٤) ابن عرفه المصدر السابق نفس الموقع والصفحة وللمزيد من التفصيل ص ١٤٨ .
(١٢٥) الخطيب الشربيني معنى المحتاج ج ٤ ص ٤١٥ .
(١٢٦) أدب القضاء ص ١٠٦ المصدر السابق .
(١٢٧) بدائع الصنائع للامام الكاسانى ج ٩ ص ٤٠٨٦ . المصدر السابق .

الحالة تسقط ولا يصير قاضيا كما لا تنفذ أحكامه وهو ما قرره الشيخ قاضي زاده حينما قرر بأنه « لو أخذ القاضي الرشوة وقضى لا ينفذ قضاءه بالإجماع » (١١٢) وذلك اعمالا لقوله صلى الله عليه وسلم فى حديث عبد الله ابن عمر من أن رسول الله صلى الله عليه وسلم « لعن الراشئ والمرتشئ » (١١٣).

كما لا يجوز للقاضئ أن يتقبل هدايا من أحد الخصوم لان ذلك من شأنه أن يورث التهمة فى القاضئ ، ولأن اليدية فى هذه الحالة بمثابة الرشوة ، فلا تجوز (١١٤) . وقد أكد الامام الكاسانى ذلك بقوله « وكذا اذا قضئ فى حادثة برشوة لا ينفذ قضاؤه وان قضئ بالحق الثابت عند الله جل وعلا من حكم الحادثة لأنه اذا أخذ على القضاء رشوة فقد قضئ لنفسه لا لله عز اسمه فلم يصح » (١١٥) .

خامسا : بطلان الحكم لانعدام ولاية القاضئ المكانية (فى غير دائرته) والزمانية أو الأفضية التى حددت له :

تهديد :

يمكن حسب القواعد العامة فى الفقه الاسلامى أن يحدد اختصاص للقاضئ لا يجوز له أن يتعداه ، أو يخرج عليه سواء كان هذا الاختصاص ، اختصاصا مكانيا ، أو زمانيا ، كما يمكن أن يكون نوعا معيننا من الأفضية وفى الحالة الأولى ، لا يسوغ للقاضئ أن يحكم فى غير المحلة التى حددت له ، وفى الحالة الثانية ، فان احكام القاضئ قبل زمن ولايته أو بعدها لا تجوز وذلك لان أحكامه يجب أن تتحدد بالزمان الذى حدد له فان خالف ذلك لا ينفذ حكمه ، ويكون قابلا للنقض ، وفى الحالة الأخيرة ، وهى التى يحدد

(١١٢) مجمع الأنهر شرح ملتقى الأبحر للقاضئ زاده ج ٢ ص ١٥٢ .

(١١٣) البيهقى السنن الكبرى ج ١٠ ص ١٣٩ . وابن قدامة فى المفتئ ج ٩ ص ٧٨ .
لزبد من التفصيل نيل الأوطار للامام المجتهد قاضئ قضاء القطر اليمانى محمد بن على الشوكانى

الطبعة الأخيرة ، باب نهى الحاكم عن الرشوة ج ٨ ص ٣٠٠ .

(١١٤) مجمع الأنهر المصدر السابق ج ٢ ص ١٥٢ .

(١١٥) بدائع الصنائع ج ٩ ص ٤٠٩٢ ، المفتئ لابن قدامة ج ٩ ص ٧٧ وما بعدها .

للقاضي فيها نوع معين من الأفضية ، فلا يجوز له أن يتجاوزها الى غيرها (١١٦) .

وقد ذكر صاحب كتاب المغني من أن القاضي « لا ترفع اليه خصمان ، في غير ولايته لم يكن له الحكم بينهما بحكم ولايته » (١١٧) .

لا يسنذ حكمه في أكثر منها ، (١١٨) .

وترتبا على ذلك فاذا حدد للقاضي منطقة من المناطق ، أو نوعا معينا من الأفضية ، أو حدد لقضائه زمنا معينا ، ففي كل هذه الحالات السابقة لا يجوز أن يخالف ما حدد له من حيث الزمان أو المكان أو الأفضية والا فان حكمه يصير باطلا لانه في هذه الحالة يكون شأنه شأن من لا ولاية له على قضاء وهو ما قرره الامام الخطيب الشربيني بقوله « فاذا كان في غير محل ولاية فكمعزول ، فالمعزول لا ولاية له على القضاء ، فحكمه في ذلك حكم القاضي المعزول وذلك « لعدم قدرته على الانشاء » بمعنى أن حكمه لا يترتب عليه أي أثر قانوني (١١٩) .

~~وهو نفس الحكم الذي عرّفه صاحب كتاب أدب القضاء حيث يجيز أن
تحدد القضاء في المكان الواحد بحيث يعنى لكل واحد عملا مستقلا يفرده~~

(١١٦) السراج الوهاج للشيخ الزهري و متن المنهاج للامام النووي ص ٥٨٩ . المصدر

السابق .

(١١٧) ابن قدامة المغني ج ٩ ص ٦٨ كتاب المغني والشرح الكبير .

(١١٨) ابن قدامة المصدر السابق ج ٩ ص ١٠٥ وما بعدها .

(١١٩) الخطيب الشربيني مغني المحتاج شرح المنهاج ج ٤ ص ٣٨٤ ، ونزيد من التفصيلات

في الآراء الخلافية في هذه المسألة نفس المصدر ص ٣٩٣ وما بعدها . كتاب السراج الوهاج

للزهري و متن المنهاج للنووي ص ٥٩٣ . المصدر السابق .

الأول :

أن القاضى لا يبدى رأيه فى المنازعة قبل استكمالها وابداء كل خصم أدلته ودفوعه وردوده فى الدعوى وهو المقرر فى فقه قانون المرافعات بتغل باب المرافعة فى الدعوى .

الثانى :

أن ابداء القاضى رأيه أثناء الخصومة من شأنه أن يشبط هم الخصوم ، ويجعلهم يتقاعدون عن تقديم أدلتهم ودفوعهم لعدم جدوى ذلك لسبق القاضى ابداء رأيه فى المنازعة .

لذلك انتهى فقهاء المسلمين الى تقرير هذه القاعدة ، للمخاطر التى تترتب على خلافها ، ويقرر الامام ابن القيم أنه « يكبر للقاضى أن يفتى فى مسائل الأحكام المتعلقة به واحتج أرباب هذا القول بأن فتياه تصير كالحكم منه على الخصم ، ولا يمكن نقضه وقت المحاكمة قالوا ولأنه قد يتغير اجتهاده وقت الحكومة - أى وقت الحكم فى الدعوى - أو تظهر له قرائن عند الافتاء ، فإن أصر على فتياه والحكم بموجبها حكم بخلاف بما يعتقد صحته وإن حكم بخلافها طرق الخصم الى تهمة والتشنيع عليه بأنه يحكم بخلاف ما يعتقد ويفتى به » لذلك ينسب ابن القيم لندى شريح أنه قال « أنا أنسى لكم ولا أفتى » (١٣٣) .

ومما قرره الامام ابن القيم الجوزية نستخلص النتائج الآتية :

النتيجة الأولى :

أن مؤدى ابداء القاضى رأيه فى منازعة معروضة عليه تكون بمثابة الحكم فى موضوع الدعوى قبل صدور الحكم فيها ، وقد تقدم له أدلة جديدة ، ومن ثم يكون قد سحك فى القضية قبل نضجها ، وفهم الواقع فيها ، واستنباط علم حقيقتها ، كما أنه من ناحية ثانية قد يتغير اجتهاد القاضى نتيجة ما قدم

له من بينات وقرائن وأمارات وإعلامات ومن ثم فإن موقف القاضى فى
الحالتين : لا يخرج عن أحد أمرين :

الأول : أن يصر على رأيه السابق وذلك مخالف للحقيقة وحكم بالباطل
وهو أمر غير جائز .

الثانى : أن يعدل عن رأيه وهو ما يؤدي الى الشك فيه وتيمته كما أن
من شأن ذلك أن يضيع هيبة القضاء .

النتيجة الثانية :

أن مثل هذا الموقف فوق أنه يؤدي الى اثاره التيمية بالنسبة للقاضى ،
يؤدي أيضا الى التشنيع عليه والتشكك فى صحة قضائه السابق ، وهو
ما يمكن أن يؤثر على القضاء بصفة عامة ، ذلك أن ما انتهى اليه القاضى يمكن
أن يؤدي الى القول بأن القاضى يحكم بخلاف ما يعتقد .

من ذلك نتبين أن العلة التى انتهت اليها تشريعات المرافعات فى الفقه
المعاصر فى عدم جواز ابداء القاضى رأيه فى موضوع الدعوى قبل نياتها هى
نفس العلة التى انتهت اليها الامام ابن القيم الجوزية فى عدم جواز افناء القاضى
فى منازعة معروضة عليه .

الفرع الثانى

حالات بطلان الحكم لبطلان فى الاجراءات فى الفقه الاسلامى

تمهيد :

إذا كان الحكم الصادر من القاضى يمكن أن يكون باطلا إذا خالف قاعدة
من القواعد الموضوعية فى الشريعة الاسلامية ، فإن نفس النتيجة يمكن أن
تتحقق إذا خالف الحكم اجراء من الاجراءات الواجب اتباعها شرعا .

وهناك حالات عديدة تؤدي الى بطلان الحكم لبطلان لحق بالاجراءات منها
فيما نرى حالة عدم اتخاذ القاضى لاجراء واجب حتمت اتباعه الشريعة

كما أن الحنابلة أيضا يقرون هذه القاعدة وذلك حينما انتبوا الى أن
« الحاكم - أي القاضي - لا يحكم بعلمه في حد ولا غيره ، لا فيما علمه قبل
الولاية ولا بعدها » (١٢٨) .

ومن ثم فإن الحنابلة مبدؤهم واضح ومحدد في عدم جواز قضاء القاضي
بعلمه مطلقا سواء آكان قبل توليته للقضاء أم بعدها .

ولو تتبعنا كافة المذاهب والفرق الاسلامية لما خرجنا عن هذه الأقوال
التي تنتهي كلها الى بطلان الحكم اذا حكم القاضي بعلم سابق له قبل مجلس
القضاء .

سابعاً : بطلان الحكم لعدم التثبت من صحة دليل الاثبات :

ومن الحالات التي يمكن أن تؤدي الى بطلان الحكم حالة كون الدليل
المقدم في الخصومة قد أخذ به القاضي على ظاهره دون أن يتثبت من الشرائط
الشرعية التي تجعل الدليل مؤثرا ومرتباً لآثاره القانونية ، وذلك لكون
الدليل لا يوصل الى الحكم الا اذا كان هذا الدليل معتبراً من الشارع ، والا
فانه لا يوصل الى الحكم الذي انتهى اليه القاضي ، ومن ثم فان القاضي اذا كان
قد حكم بدليل من أدلة الاثبات الا أن هذا الدليل غير معتبر لبطلان قد لحقه ،
فان النتيجة كما يعبر فقهاء المسلمين هي نقض الحكم .

ومن الأمثلة التي ساقيا الفقهاء في هذا الشأن ما انتهى اليه الامام ابن
عرفه بوجوب نقض الحكم اذا حكم القاضي « بمجرد الشهادة من غير نظر
لتعديل ولا تجريح » (١٢٩) .

والعلة في بطلان الحكم في هذه الحالة أن الشاهد قد يكون فاسقا أو
شاهد زور ، أو ممن أهدرت الشريعة شهادتهم ومن ثم فان استناد القاضي

(١٢٨) ابن قدامة المغني ج ٩ ص ٥٣ وما بعدها ، المصدر السابق .

(١٢٩) ابن عرفه المصدر السابق ج ٤ ص ١٥٢ . أيضا كتاب أدب القضاء ص ١١٧ .

السراج الوجاه ومقتضى المنهاج ص ٥٩٤ ، ٥٩٥ .

على البينة المقدمة من هؤلاء جميعا غير معتبره وهو الأمر الذى يمكن أن يؤثر فى الحكم ، ويؤدى الى بطلانه (١٣٠) .

كما يقرر صاحب كتاب أدب القضاء هذه النتيجة أيضا بتقريره بأن القاضى لو قدمت له بينة لم تتوفر فيها شروط اعتبارها شرعا فانها لا تكفى للوصول الى الحكم حتى ولو كانت هذه البينة يمكن أن تستوفى شرائطها اذا ما اعتبرنا علم القاضى السابق لاستيفاء شروط البينة . لذلك يقرر المؤلف بأنه « لو شهد عنده - أى القاضى - شاهد واحد بما يعلمه القاضى ، هل يعنى علمه عن شاهد آخر حتى يكون القاضى - كشاهد آخر ، ويقضى ؟ فيه وجبان أصحهما لا يكفى » (١٣١) .

ومن القول السابق نورد الملاحظتين الآتيتين :

الملاحظة الأولى : أن وجود شاهد واحد لا يكفى للحكم لعدم استيفاء شروط اعتبار الشهادة اعمالا لقوله عز وجل « ... واستشهدوا شهيدين من رجالكم » (١٣٢) .

الملاحظة الثانية : أن القاضى لا يجوز أن يحكم بعلمه مع الشاهد الآخر لاستكمال البينة الشرعية ، فاذا فعل ذلك فانه يفقد حيده وشمكته فى نزاعته أمام الخصوم . كما أن من شأن ذلك أن يجعله محلا للتشكيك فى حكمه قضاء بعلم سابق وهو غير جائز كما سبق أن بينا .

ثامنا : بطلان الحكم لسبب ابداء القاضى رايه فى المنازعة :

من القواعد المقررة فقها أن القاضى لا يجوز له أن يبدي رايه مسبقا فى موضوع الدعوى قبل نطقه بالحكم فيها ، فاذا ما أبدى رايه أثناء نظرها فان بطلان ذلك ان يؤدى الى بطلان الحكم والعلة فى ذلك أمران :

(١٣٠) أدب القضاء ص ١٢٦ وما بعدها . مقصد التنبه فى شرح خطبة التنبه ص ١٤٦

المصدر السابق . المنفى لابن قدامة ج ٩ ص ٦٣ وما بعدها .

(١٣١) أدب القضاء ص ١١٩ .

(١٣٢) سورة البقرة بعض آية ٢٨٢ .

الاسلامية ، وبطلان الحكم لعيب في ذات الحكم أو منطوقه ، كما أن العيب يمكن أن يكون في المداولة مما يمكن أن يؤثر في الحكم ويؤدي الى بطلانه .

وإذا كنا نسوق هذه الحالات الثلاث كأمثلة لبطلان الحكم نتيجة بطلان الاجراءات فان ذلك لا يعنى أننا نحصر حالات بطلان الحكم للاجراءات في هذه الصور الثلاث ، وانما هي أمثلة فحسب نوردها هنا في هذا المقام لتدل على

يؤدي الى بطلان الحكم ، وفيما يلي نبين هذه الصور التي أشرنا اليها :

أولاً : بطلان الحكم لعدم اتخاذ اجراء واجب :

إذا كانت الشريعة الاسلامية تستلزم وجوب اتخاذ اجراء معين ولسم يتخذ هذا الاجراء بأن صدر الحكم بدونه فان الحكم في هذه الحالة يكون باطلا لتخلف ابراء جوهرى يجب اتخاذه ، وهناك أمثلة عديدة في كتب الفقه المختلفة لدى مختلف المذاهب والفرق الاسلامية ، انتهى فيها الفقهاء الى وجوب نقض الحكم لهذا السبب منها ما ذكره الخطيب الشربيني في قوله « ولو عزل قاض بعد سماح بينة ثم ولى وجبت الاستعادة قطعاً ولا يحكم بالسماع الأول فيبطلانه بالعزل » (١٣٤)

ومن هنا ونتيجة لما قرره الامام الشربيني فان القاضى اذا حكم بمقتضى

سماعة الأول مع الدعوى فان حكمه يكون باطلا لعدم التزامه بشكل واجب

السماع اتباعه ، لذلك فان الامام الشربيني هنا يقرر وجوب الاستعادة قطعاً

وهو ما يحتم استعادة الدعوى من جديد ، ويرجع ذلك لأن السماع الأول

زال بانتهاى ولاية القاضى لعزله لأن ولايته على القضاء يستلزمها من له

(١٣٤) الخطيب الشربيني معنى المحتاج ج ٤ ص ٤١٥ ويلاحظ أننا قد سبق وأن

استشهدنا بقول الامام الشربيني هذا في حالة بطلان الحكم لانتهاء ولاية القاضى وذلك لأن هذا

القول يصلح للاستشهاد به في الحالتين ويراجع أيضا كتاب مجمع الأنهر ج ٢ ص ١٥٦ ، ١٥٧

الولاية على التعمين وبدونها لا يكون له أدنى ولاية الأمر الذي يرتب على ذلك أن تعيينه من جديد بعد العزل يستوجب إعادة الاجراءات من جديد .

ومن الحالات أيضا التي تبطل الحكم لفوات الاجراء ما ذكره الامام ابن عرفه الدسوقي من ان الحكم ينقض اذا حكم القاضى بيينة نافية متجاهلا ، بذلك ترتيب البيانات الشرعية وضرورة أن تسبق البيينة المثبتة على النافية ، وذلك لأن « القواعد الشرعية تقدم المثبتة على النافية » (١٣٥) .

ومقتضى هذا القول أن الحكم يبطل لأن التباؤى لم يتخذ اجراء واجبا شرعا ، أو اتخذ هذا الاجراء متجاهلا الترتيب الذى حدده الشارع وهو تقديم سماع البيينة المثبتة قبل النافية اعمالا لقوله صلى الله عليه وسلم « البيينة على المدعى واليمين على من انكر » (١٣٦) .

كما يبطل الحكم أيضا لفوات الاجراء مطلقا كما لو حكم القاضى من غير استناد لبيينة أو اقرار (١٣٧) .

ومن الاجراءات الواجب اتخاذها بحيث اذا فات أحدها يبطل الحكم أن اجراءات الخصومة وما يثار بها من دفع ورددود بين الخصوم يتحتتم أن تكون فى جلسة القضاء بحيث لا يجوز للقاضى أن يتخذ هذه الاجراءات ، أو يقبل دفعات أو ردودا من الخصوم فى غير جلسة القضاء ، وان فعل ذلك فان الحكم يكون باطلا ، لفوات الاجراءات الواجب اتباعها شرعا ، وهو ما قرره ابن جماعة حينما قال « ولا يسمع البيينة فى غير عمله فان فعل ذلك لم يعتد به » (١٣٨) .

ومن الحالات التى يمكن أن تؤدى الى بطلان الحكم لعدم اتخاذ اجراء

(١٣٥) ابن عرفه الدسوقي حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ج ٤ ص ١٥٣ ، المصدر السابق .

(١٣٦) البيهقى السنن الكبرى ج ١٠ ص ١٧٥ . ومنه النبيه لابن جماعة ص ١٤٧ .

(١٣٧) ابن عرفه الدسوقي المصدر السابق الاشارة اليه ج ٤ ص ١٥٤ .

(١٣٨) مقصد النبيه فى شرح خطبة التنبيه لمحمد بن جماعة ص ١٤٥ ، المصدر السابق .

واجب ما قرره صاحب بدائع الصنائع ، عدم اعطاء الخصوم مهلة معقولة لاثبات ما يدعونه في مجلس القضاء ، فاذا حكم القاضي دون المهلة وكان لها ما يبروها فان من شأن ذلك أن يبطل الحكم ، لأن الخصم لو أتاحت له مهلة لكان من الممكن أن يثبت ما يدعيه أو ما يثبت حقه ، وفي هذا الشأن يقرر الامام الكاساني « ان المدعى اذا اقام البينة فادعى المدعى عليه الدفع ، وقال لي بينة حاضرة أمهله زمانا لقول سيدنا عمر رضي الله عنه في كتاب السياسة

انجلس ، وان شاء الى الغد ، وان شاء الى بعد الغد ٠٠٠٠ » (١٣٩) .

ومن الحالات التي يمكن أن تبطل الحكم لعدم اتخاذ اجراء واجب حالة قضاء القاضي بناء على قول خصم واحد دون أن يسمع أدلة الخصم الآخر وذلك اعمالاً لقوله صلى الله عليه وسلم قال : فيما رواه الامام علي كرم الله وجهه من أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : « اذا تقاضى اليك رجلان فلا تقضى للأول حتى تسمع كلام الآخر وسوف ترى كيف تقضى فانك اذا سمعت ما يقول الآخر عرفت كيف تقضى ان الله سيثبت لسانك ويهدى قلبك ، قال علي كرم الله وجهه : فما زلت قاضيا بعد » (١٤٠) .

ثانياً - بطلان الحكم لعيب في ذات الحكم أو متطوقه :

يمكن أن يبطل الحكم اذا كان هناك عيب في ذات الحكم ، كما لو صدر الحكم دون علانية كما يمكن أن يبطل الحكم اذا ما شابته عيب في متطوقه ، بان صدر على خلاف المتورقة التي امرت شأنها أن تجعل الحكم نافذاً كملأه كانت صيغة الحكم عوجازمة، فهو قابل للتعريف، ويعني أن الصيغة صالحة غير مفصحة عن حق الخصم الذي صدر الحكم لصالحه أو كانت صيغته صيغت

(١٣٩) بدائع الصنائع للكاساني ج ٩ ص ٤١٠٢ ، المصدر السابق .

(١٤٠) السنن الكبرى للبيهقي ج ١٠ ص ١٤١ .

ببطريقة انشائية غير مفصحة عن ثبوت الحق ، أو كانت المقدمات ، والبيانات المقدمة فى الدعوى لا توصل الى صيغة الحكم التى انتهى اليها القاضى ، وقد أكد هذه النتيجة صاحب كتاب أدب القضاء حينما قرر « ان الحاكم - أى القاضى - اذا ثبت عنده الحق بشهادة عدلين ولم يقل حكمت ، ولا الزمت ... فان هذا ليس بحكم » (١٤١) .

فلو أن القاضى فى منطوق الحكم اقتصر على ذكر أن الحق قد ثبت لديه دون ذكر الصيغة المألوفة للحكم ، فان مثل هذه الصيغة لا تعد حكما منه فى الحق المتنازع عليه ، لأن - كما يقرر بعض الفقهاء - ثبوت الحق لدى القاضى دون أن يلزم به الحضور فى منطوق حكمه لا يعد على أرجح الآراء حكما قابلا للتنفيذ (١٤٢) .

أما فيما يتعلق بالعيب الذى يلحق ذات الحكم فهو يمكن أن يتحقق فيما لو تمت اجراءات الدعوى فى سرية دون أن يكون ذلك لازما ، لأن القاعدة العامة فى الفقه الاسلامى توجب أن يتم مجلس القضاء فى علانية أمام الجمهور ، والمتقاضين ، فاذا ما عقد القاضى جلسة القضاء فى سرية دون أن يكون هناك دواع تحتم ذلك ، فان من شأن ذلك أن يورث التهمة فى القاضى وهو ما قرره صاحب كتاب مجمع الأنهر حيث أوجب أن « ويجلس معه - أى القاضى - من كان معه فى المجلس ، ولا يجلس وحده لأنه يورث التهمة » (١٤٣) .

ثالثا : بطلان الحكم لعيب فى المداولة :

يجب أن تكون المداولة صحيحة ، لئى يكون الحكم مؤثرا فى انسياء الخصومة أى منتجا لآثاره القانونية ، فاذا كانت المداولة بين القضاة للوصول الى رأى محدد فى الدعوى قد شابها عيب جوهري يؤثر فى الحكم ، فان ذلك

(١٤١) أدب القضاء ص ١٢٢ ، المصدر السابق .

(١٤٢) أدب القضاء ص ١٢٢ ، ١٢٤ .

(١٤٣) مجمع الأنهر ج ٣ ص ١٩٥٧ .

يمكن أن يؤدي الى بطلانه كما لو تمت المداولة علانية أمام المتقاضين والجمهور لأن العلانية قد تظهر جيل القاضى أو عدم احاطته بموضوع الدعوى ووقائعها وحكم الشارع فيها ، كما ان من شأن العلانية أيضا ، أن تظهر اختلاف القضاة فى رأى مما يمكن أن يؤثر فى هيئة القضاء وهذا ما انتبى اليه الامام الكاسانى حينما قرر « وينبغى أن يجلس معه من يوثق بدينه وأمانته لئلا يظن بما عنده من الحق والثواب ، بل يهديه الى ذلك اذا رفع اليه ، ولا ينبغى أن يشاورهم بحضرة الناس ، لأن ذلك يذهب بمناجاة المجلس ، والناس يتيمونه بالجبل ، ولكن يقيم الناس عن المجلس ثم يشاورهم ، أو يكتب فى رقعة فيدفع اليهم ، أو يكلمهم بلغة لا يفهمها الخصمان » (١٤٤) .

وما انتبى اليه الامام الكاسانى يحافظ على عدم علانية المداولة لان كتابة ما يريده من رأى فى ورقة لغيره من القضاة أو يكلمهم برموز لا يفهمها الخصوم فكل هذا لا يؤثر فى سرية التداول .

(١٤٤) بدائع الصنائع ج ٩ ص ٤١٠٠ ، المصدر السابق . ولزيد من التفصيل المذهب

فى أحكام المذهب ، المصدر السابق ج ٤ ص ١٩١ .

الفصل الثاني

البطلان في قانون المرافعات

- وسوف تقسم هذا الفصل الى المباحث الآتية :
- المبحث الأول : البطلان في قانون المرافعات :
- المبحث الثاني : مبدأ تعدد درجات التقاضي .
- المبحث الثالث : الكلام عن المادة ٢٢١ مرافعات .

المبحث الأول

البطلان في قانون المرافعات

تمهد للحديث في البطلان في قانون المرافعات أننا لا نتعرض لنظرية البطلان بصفة عامة ، وإنما نقصر الحديث عن البطلان حسبما حدده قانون المرافعات الجديد رقم ١٣ سنة ١٩٦٨ .

وسوف نتعرض للمسائل الآتية :

- أولا : تعريف البطلان .
- ثانيا : أنواع البطلان .
- ثالثا : من له حق التمسك به .
- رابعا : تصحيح البطلان وزواله .
- خامسا : الآثار التي تترتب عليه .

وسوف نخصص لكل موضوع من هذه الموضوعات فرعا خاصا :

الفرع الأول : تعريف البطلان :

يعرف البعض البطلان في قانون المرافعات أنه الحالة التي تلحق الورقة

المعيبة بسبب عدم استيفائها الشروط والقواعد التي أوجبها القانون سواء من حيث تحريرها أو البيانات المشتملة عليها أو طريقة اعلانها أو المواعيد الواجب مراعاتها (١) .

غير أن هذا التعريف قاصر على أوراق المرافعات ولا يغطي سائر صور البطلان في قانون المرافعات ، فهو لا يشمل البطلان الذي يلحق الحكم أو البطلان الذي يلحق اجراء من الاجراءات التي تؤثر في الحكم .

ونرى أن التعريف الصحيح هو ما ذهب اليه البعض بأنه « تكييف قانوني لعمل يخالف نمودجه القانوني مخالفة تؤدي الى عدم انتاج الآثار التي يرتبها عليه القانون اذا كان كاملا » (٢) .

ومن هذا التعريف نتبين انه يجب التفرقة بين العيب من ناحية والبطلان من ناحية أخرى ، كما يجب التفرقة بين البطلان ، وعدم انتاج العمل لآثاره القانونية .

فمن ناحية التفرقة بين العيب والبطلان ، فالعمل القانوني قد يكون معيبا اذا خالف نمودجه القانوني ، غير أنه في الحياة العملية توجد أعمال معيبة لا تتطابق مع النمودج القانوني ومع ذلك تنتج آثارها القانونية ومن ثم لا توصف هذه الأعمال بالبطلان . لذلك توجد كثير من أعمال الخصوم

(١) قواعد المرافعات في التشريع المصري المقارن تأليف الأستاذ محمد العشماوى والدكتور عبد الوهاب العشماوى ج ٢ المطبعة النموذجية ، القاهرة ١٩٥٨ ص ٢٦٦ ، ٢٦٧ ، وقريب من هذا المعنى ما ذهب اليه الدكتور مصطفى كامل كيره حيث يعرف البطلان بأنه عيب يمتد أوراق المرافعات جميعا وهو جزء على عدم احترام الأوضاع الشكلية التي فرض الشارع اتباعها . يراجع قانون المرافعات الليبي للدكتور مصطفى كامل كيره دار صادر ، بيروت ، منشورات الجامعة الليبية ص ٢٨٠ .

(٢) الدكتور نسي وائ نظرية البطلان في قانون المرافعات ص ٧ منشأة المعارف بالاسكندرية ١٩٥٩ . وهذا التعريف هو بعينه الذي ورد في قانون القضاء المدني لنفس المؤلف ص ٧٨٠ الطبعة الثانية ١٩٧٥ . وقريب من هذا المعنى ما انتهى اليه الدكتور رمزي سيف ، وللمزيد من التفصيل ، الوسيط في شرح قانون المرافعات المدنية التجارية ص ٥٣١ . وكذلك الدكتور ابراهيم نجيب سعد في كتابه القانون القضائي الخاص ، منشأة المعارف بالاسكندرية .

أعمالاً معيبة ، ولا تكون باطلة ، وذلك لاعتبارات يراها المشرع بمقتضاها يكون العمل صحيحاً رغم العيب الذي لحقه أى عدم كماله .

أما بالنسبة للتفرقة بين البطلان وعدم انتاج الأثر القانوني ، فذلك يرجع الى أن عدم كمال التصرف لا يعنى دائماً وأبداً البطلان لانه من ناحية قد يكون العمل صحيحاً ومع ذلك لا ينتج أثره ، وذلك اذا كان هذا الأثر متوقفاً على وقائع أخرى لاحقة للعمل .

وهذه الحقيقة نراها كثيراً فى الخصومة ، وذلك لكونها - أى الخصومة - تتكون من أعمال متتابعة ، ومن ثم قد يكون العمل صحيحاً ، ولكن لا ينتج أثره لعدم القيام بالأعمال اللاحقة (٣) .

الفرع الثانى : أنواع البطلان :

يقسم الفقه (٤) البطلان الى قسمين : الأول : وهو البطلان الوجوبى .

والثانى : وهو البطلان الجوازى .

وقبل أن ندخل فى بيان هذه التفرقة فانه يجدر بنا أن نميز بين نوعين من البطلان الوجوبى ، وهى التفرقة بين الأحكام الباطلة ، والأحكام المدومة فالأخيرة لكونها معروفة فلا يلزم الطعن فيها بل ولا يلزم - كما يرى البعض -

(٣) للمزيد من التفصيل تراجع نظرية البطلان للأستاذ الدكتور فتحى والى المرجع.

المشار إليه ص ٨ ، ٩ .

(٤) يراجع فى هذا الصدد قواعد المرافعات لمحمد العشماوى وعبد الوهاب العشماوى ، المصدر السابق الإشارة إليه ص ٢٧٨ وما بعدها . الدكتور أحمد أبو الوفا المرافعات المدنية والتجارية طبعة ١٢ ، منشأة المعارف ، الاسكندرية ص ٤٩١ وما بعدها . الأستاذ الدكتور فتحى والى . مبادئ قانون القضاء المدنى ص ٣٧٤ وما بعدها ، المصدر السابق . الدكتور عبد الباسط جيمى مبادئ المرافعات فى قانون المرافعات الجديد ، دار الفكر العربى ١٩٧٣ - ١٩٧٤ ص ٢٨١ وما بعدها . الدكتور أحمد مسنم أصول المرافعات التنظيم القضائى ١٩٦٩ دار الفكر العربى ، القاهرة ص ٤٧٥ وما بعدها ، الدكتور عبد العزيز عامر شرح قانون المرافعات اللىلى ٢٨٣ وما يليه ، الدكتور زمرى سيف ، الوسيط فى قانون المرافعات المدنية والتجارية دار النهضة العربية طبعة ١٩٦٤ ص ٥٣٨ .

رفع دعوى بطلب بطلانها ، وإنما يكفي فقط انكارها ، والتمسك بعدم وجودها
كما أنه من الجائز أيضا اقامة دعوى أصلية بطلب بطلانها(٥) .

واهدار أثر الأحكام المنعقدة يرجع الى كون العمل القانوني لكي يتصف
بالصحة أو البطلان يجب أن يوجد ، فإذا لم يوجد فإن من المنطق عدم جواز
أن نطلق عليه أحد هذين التكييفين(٦) .

ويرى أنصار فكرة الانعدام في قانون المرافعات أنه يترتب عليه
النتائج الآتية :

١ - أنه لا يحتاج الى قرار من القاضي لانه ميت وليس بحاجة الى من
يقرر ذلك .

٢ - لكل ذي مصلحة التمسك به ، وعلى القاضي أن يحكم به من تلقاء
نفسه دون طلب من الخصوم .

٣ - لكون المنعدم لا وجود له ، الأمر الذي لا يقبل تصحيحا أو
اجازة .

(٥) الدكتور أحمد أبو الوفا المرافعات المدنية والسجوية المصدر السابق الإشارة اليه
ص ٤٦١ .

(٦) الأستاذ الدكتور فتحي والى ، مبادئ القانون القضائي المدني ص ٣٧٤ . ويعارض
الأستاذ الدكتور فتحي والى فكرة الانعدام في قانون المرافعات وذلك للأسباب الآتية :
أ - أن القانون ينظم البطلان ويقصد بالعمل المناقض . العمل الذي لا تتوافر فيه المتعضيات
التي يتطلبها القانون في عين معين ، مما يؤدي الى عدم انتاج آثاره القانونية ، ولا يمكن أن
يقصد بالانعدام القانوني غير هذا . ولزيد من التفصيل يراجع كتاب : نظرية الدفوع للدكتور
أبو الوفا ص ٥٠٨ وما بعدها .

ب - كما أن فكرة الانعدام غير مفيدة كما أن النتائج التي يترتبها إصدارها عليها بعضها
محل شك ، والبعض الآخر منها يمكن أن يترتب على فكرة الانعدام . فمن ناحية يجب التقرير
القضائي دائما ، وإذا كانت هناك حالات لا يلجأ فيها الى تدخل القضاء ، فذلك يرجع لسكون
الحاجة العملية لا تتطلب ذلك لكون الميعب قد بلغ درجة لا ينازع فيها أحد ومن ناحية أخرى
فإن باقى النتائج يمكن أن تترتب على البطلان ، وينتهى الأستاذ الدكتور فتحي والى من ذلك
كله الى انه ليس هناك أى مبرر فني للقول بفكرة الانعدام لتقرير هذه النتائج ، وللمزيد من
التفصيل المصدر السابق ص ٣٧٥ .

٤ - اذا لحق الانعدام صحيفه الدعوى فانها لا تنشئ التزاما على القاضى بنظرها ولو كان ذلك يتعلق بتقرير بطلانها كما انه اذا أنكرها ، فلا يعد منكرا للعدالة وفى الوقت نفسه يستطيع رافعها أن ينزل عنها دون موافقة المدعى عليه كما يمكن له حتى قبل النزول عنها رفع نفس الدعوى أمام نفس المحكمة أو أمام محكمة أخرى .

نعود بعد الاشارة الى فكرة الانعدام الى التفرقة بين أنواع البطلان حسبما انتهى اليه شراح قانون المرافعات حيث يقسمونه الى قسمين :

القسم الأول : البطلان المتعلق بالنظام العام وكما يطلق عليه البعض البطلان الوجوبى (٧) .

والقسم الثانى : البطلان المتعلق بالمصلحة الخاصة ، أو يطلق عليه البطلان الجوازى (٨) .

وفيما يلي نشير الى نوعى البطلان :

١ - البطلان الوجوبى ، أو المتعلق بالنظام العام :

فكرة النظام العام تعنى كل ما يتعلق بالمصالح الأساسية التى يتوقف علينا كيان المجتمع سواء كانت سياسية أو اجتماعية أو اقتصادية أو خلقية . وعى فكرة نسبية غير محددة تختلف من نظام الى آخر كما تختلف من وقت الى آخر ، وفى النظام القانونى الواحد يمكن أن تختلف فكرة النظام العام بحسب تطور هذا المجتمع .

وتعتبر فكرة النظام العام معبرة عن مصالح المجتمع العليا ، ولما كانت

(٧) الدكتور عبد الباسط جيمى المصدر السابق ص ٢٨١ .

(٨) المشماوى المصدر السابق ص ٢٨٠ ، والدكتور عبد الباسط جيمى المصدر السابق .

ص ٢٨١ ، والدكتور أحمد أبو الوفا المصدر السابق ص ٤٥٨ .

هذه الفكرة نسبية - أي غير محددة - فإننا نلاحظ أن المشرع لم يحدد مقدما في قانون المرافعات الحالات التي يعتبر فيها البطلان متعلقا بالنظام العام (٩) .
على أننا نرى أنه في كل الحالات التي ينص فيها المشرع على تعلق البطلان بالنظام العام ، فإن القاضي يجب أن يحكم به من تلقاء نفسه .

أما إذا لم يحدد المشرع هذه الحالات فإن الأمر في هذه الحالة متروك للقاضي ليقضى ببطلان التصرف المخالف للقواعد الأساسية التي تتعلق بكيان المجتمع تجسيدا لفكرة النظام العام وهو في ذلك يخضع لرقابة محكمة النقض .

ولما كانت فكرة النظام العام فكرة غير محددة كما أشرنا ، كما أنها تعطى للقاضي سلطة تقديرية لتقرير البطلان فإننا سنكتفي بالحديث عن البطلان الوجوبي الذي يقرره المشرع بنص لأن الحالة الأولى التي أشرنا إليها تعطى للقاضي تقرير البطلان بغير نص إذا ما تعلق ذلك بالنظام العام .

والبطلان الوجوبي الذي يتقرر بنص قد يكون النص به صريحا في تقرير البطلان ، وقد يفهم ضمنا بطريق الدلالة كما لو كانت عبارة النص ناهية ، ومن الأمثلة على النصوص الناهية التي يترتب البطلان كجزء على مخالفتها ما قرره المادة - ١٨٨ مرافعات ليبى من أنه لا يجوز لأحد الزوجين

(٩) الأستاذ الدكتور فتحي والى ص ٣٧٥ وما بعدها مبعوث مرافعات المصدر السابق : حيث يرى أن قواعد التنظيم القضائي تتعلق بالنظام العام لأنها تتعلق بسلطة من سلطات الدولة وهي السلطة القضائية ، ومن ثم فإن الحكم الذي يصدر من محكمة مشكلة تشكيلا غير صحيح ، أو من شخص ليست لديه ولاية القضاء ، يكون باطلا بطلانا متعلقا بالنظام العام ، كذلك يعتبر متعلقا بالنظام العام قواعد الأهلية ، والتمثيل القانوني لذلك يجب على القاضي أن يتحقق من توافر أهلية الخصوم ، وصحة تمثيلهم لتعلق ذلك بالنظام العام ، كما يبين الأستاذ الدكتور فتحي والى ، بعض العيوب الشكلية المتعلقة بالنظام العام . منها جميع الأشكال التي ترمي إلى ضمان حسن سير القضاء كمرقق من مرافق الدولة ، كوجوب أن تكون الجلسة علنية ، وأن يصدر الحكم في جلسة ، وكفالة حق الدفاع ، كما أن من المواعيد ما يتعلق بالنظام العام ، وهي التي تتعلق بالتنظيم العام للخصومة التي تستهدف وضع حسد للنزاع كمواعيد الطعن في الأحكام . والدكتور أحمد عمام المصدر السابق ص ٤٧٥ ، ٤٧٦ .

أن يفشى - بغير رضاء الآخر - ما أبلغه اليه أثناء الزوجية ، ونص المادة
- ٢٠٠ - من هذا القانون التي قررت أنه لا يجوز تسليم صورة من محضر
التحقيق ولا تقديمه للقضاء الا بأمر من محكمة الموضوع (١٠) .

كما أن البعض يرى أنه قد يتقرر أيضا البطلان - خارج فكرة النظام
العام - حتى ولو لم يوجد نص صريح أو دال في الحالات التي لا تتحقق فيها
الغاية من الاجراء (١١) .

وفي حالات النص على البطلان ، أو عدم تحقق الغاية من الاجراء فان
على المحكمة أن تقضى بالبطلان اذا ما توفرت الشروط التي استلزمها القانون
وفي بعض الحالات تعمل المحاكم على التخفيف من البطلان مع النص
عليه ، وذلك اذا ما تبينت المحكمة أن البيان الناقص يمكن الاستعاضة عنه ،
وأنه لا يؤدي الى التجهيل ، أو أن التمسك بالبطلان مؤسس على حجة
لفظية (١٢) .

والغاية التي أخذ بها المشرع المصري والتي ترتب البطلان لتخلفها حتى
مع وجود النص ليست هي الغاية من العمل الاجرائي ، وانما تتحدد في الغاية
التي قصد المشرع تحقيقها من الشكل المقرر كمقتضى من مقتضيات العمل
الاجرائي فلا يستطيع القاضي أن يذهب الى أن الغاية من الشكل غاية أخرى
غير الغاية التي قصدتها الشارع (١٣) .

وذلك يرجع الى أنه في بعض الأحوال قد تتفق الغاية من العمل ،
والغاية التي قصدتها المشرع دون تحقق الشكل وهنا فلا يكون اشكالا ،
ومثالها بيان تاريخ الجلسة للبدعي عليه ، فهذا الشكل يرمى الى تحقيق واقعة
مادية معينة تتوافر بحضوره في الجلسة المحددة ، فاذا تحققت هذه الواقعة
رغم تخلف الشكل فان ذلك يكون كافيا (١٤) .

(١٠) الدكتور مصطفى كامل كبره ص ٢١١ اصدار السابق .

(١١) الدكتور عبد الباسط جيمى ص ٢٧٦ ، ٢٧٧ ، والدكتور أحمد أبو الوفا ص ٤٥٧ .

(١٢) الدكتور عبد الباسط جيمى اصدار السابق ص ٢٨١ ، ٢٨٢ .

(١٣) الدكتور فتحي والى المصدر السابق ص ٢٧٢ .

(١٤) الدكتور فتحي والى ص ٢٧١ ، وعلم ذلك بقوله : وتفسير هذا أن الشكل

الا ان هناك حالات أخرى يكون فيها الشكل مستهدفا تحقيق غاية مختلفة عن الغاية من العمل ففي هذه الحالة يكون الاجراء باطلا رغم تحقق الغاية من العمل وذلك لتخلف الغاية التي استهدفها المشرع ومن أمثلة ذلك توقيع المحضر على ورقة الاعلان فان هذا التوقيع لا شأن له بالغاية من الاعلان ، وهو اوصول الواقعة الى علم المعلن اليه ، لذلك اذا تحققت الغاية من الاعلان فان هذا لا يمنع من الحكم بالبطلان عند عدم توقيع المحضر على الورقة (١٥) .

والبطلان لتخلف الغاية من العمل يتطلب بحث كل حالة على حدة ومن ثم لا ينظر الى أهمية الشكل في حد ذاته ، بل بحسب ما اذا كانت الغاية التي أرادها القانون منه قد توفرت في الحالة المعروضة رغم تخلف الشكل (١٦) .

غير أنه يلاحظ أن هناك أشكالا لا تعد كذلك بالمعنى الفنى ، وانما هي

القانونى قد يرمى الى ضمان تحقيق واقعة مادية يتوافر بتحققها حماية قانونية معينة وعندئذ لا تعتبر الحماية القانونية مرتبطة ارتباطا مباشرا بالشكل القانونى فيكيف تحقق الواقعة المادية ولو عن غير طريق الشكل ، فلمزيد من التفصيل يراجع المصدر السابق .

(١٥) وذلك لأن توقيع المحضر يعطى ورقة الاعلان صفة الرسمية ، ومن التطبيقات القضائية للأشكال التي يترتب على تخلفها حتما البطلان :

١ - تسبب الأحكام : وذلك لأنها عنصر لازم لتحقيق الغاية منه ، لأن الحكم يهدف الى بيان وجه القانون فى قضية معينة وعلى نحو مؤكد ، وعدم التسبب يؤدي الى اثاره الشك وزعزعة الثقة فيه .

٢ - توقيع القاضى على الحكم : وهو شكل لازم لتحقيق الهدف من الحكم وهو كونه - أى الحكم - صادرا عنه .

٣ - وجوب الاعلان فى الساعات الجائز فيها : لأن الغاية من ذلك هى عدم ازعاج الشخص المعلن اليه .

٤ - مراعاة الترتيب بين الأعمال الاجرائية : نقض مدنى ٢٨ مارس ١٦٦٣ - مجموعة النقض ١٤ - ٢٧٢ - ٥٨ .

(١٦) الأستاذ الدكتور عبد الباسط جيمى ص ٢٧٧ ، ٢٧٨ ، والدكتور فتحي وائى المحضر السابق ص ٢٧١ وما بعدها ، الدكتور أحمد أبو الوفا مرافعات ص ٣٥٤ .

أشكال تنظيمية الأمر الذي لا يؤدي تخلفنا الى البطلان ، ومن ذلك تحديد أيام معينة لانعقاد جلسات المحكمة (١٧) .

فإذا ما تخلفت الغاية التي استهدفها المشرع فان ذلك يوجب البطلان بغض النظر عن خطأ من قام بالعمل الاجرائي أو عدمه كما لأهمية لتحقيق حسن النية أو سوئها ، ومن ثم لا يجديهِ في دفع البطلان التمسك بحسن النية (١٨) .

٣ - البطلان الجوازي :

قد يرى المشرع في بعض الحالات الاستثنائية جعل الحكم بالبطلان جوازيا تقضى به المحكمة أو لا تقضى به حسب ما يتبين لها من ظروف كل دعوى ومن جسامه خطأ الخصم أو عذره في المخالفة رغم تحقق المخالفة ، وفي هذه الحالة يكون للمحكمة سلطة تقديرية في الحكم بالبطلان من عدمه وفقا لما تراه (١٩) .

فالبطلان في هذه الحالات ليس وجوبيا كما لا تلزم المحكمة بالقضاء به حتى ولو طلبه الخصم صاحب الحق فيه ، فان للمحكمة ألا تقضى به وفقا لظروف المخالفة وملابساتها (٢٠) .

وفيصل التفرقة بين البطلان الوجوبي والجوازي هو النص فهو الذي يبين ما اذا كان الحكم بالبطلان جوازيا أو وجوبيا . فاذا ما قرر النص البطلان اجزاء للمخالفة ولم يشر لسلطة المحكمة ففي هذه الحالة يكون البطلان

(١٧) نقض مدني ١٦ يناير سنة ١٩٦٤ مجموعة النقض ١٥ - ٨٦ - ١٧ - (دون الغاية من الشخصية للخصم) . للمزيد من التفصيل الأستاذ دكتور فتحي والي نظرية البطلان ص ٣١٥ .

(١٨) للمزيد من التفصيل الدكتور الامتياز فتحي والي ص ٣٧٢ وما بعدها . ميسادي ، قانون القضاء المدني .

(١٩) الدكتور أحمد أبو الوفا المصدر السابق ص ٤٥٨ . دكتور عبد الباسط جيمعي المصدر السابق ص ٣٨١ .

(٢٠) العسماوي ، المصدر السابق ص ٢٨٠ .

وتجوبيا . اعمالا للقاعدة الأصولية في البطلان وهي أنه يجب على المحكمة أن تقضى به متى تحقق سببه (٢١) .

الفرع الثالث : من له التمسك بالبطلان :

يتحدد من له الحق في التمسك بالبطلان حسب نوعه .

فإذا كان البطلان مقررا كجزء لمخالفة المصلحة العامة وهي تتحقق في الحالات التي سبق أن أشرنا إليها ، وهي التي يكون فيها تقرير البطلان متعلقا بالنظام العام ، أو منصوفاً عليه ، أو تخلفت الغاية التي قصدها المشرع منه ، فللمحكمة في كل هذه الحالات السابقة أن تقضى بالبطلان من تلقاء نفسها وذلك حماية للمصالح والنظام العام الذي يعتبر مخالفة القاعدة القانونية انتهاكا لمبادئه دون طلب من الخصوم (٢٢) .

وقد تعطى المحكمة سلطة تقرير البطلان من تلقاء نفسها غير أنه في كل الحالات التي يكون تقرير البطلان متعلقا بالنظام العام ، فإن المحكمة تقضى به من تلقاء نفسها حتى ولو لم يعطها القانون هذه السلطة (٢٣) .

وعلى ذلك فإن للمحكمة أن تقضى ببطلان الحكم الذي حضر تلاوته ووقع مسودته قاض لم يكن من القضاة الذين سمعوا المرافعة ، وببطلان صحيفة الاستئناف التي لم يوقعها محام مقبول أمام هذه المحكمة أو التي رفعت بعد فوات الميعاد (٢٤) .

كما أنه يكون للنيابة العامة التمسك بالبطلان سواء كانت مدعية أو مدعى عليها أو طاعنة في الحكم أو مطعوناً ضدها ، كما لها الحق أيضاً أن تطلب

(٢١) الدكتور عبد الباسط جيمبي ص ٣٨١ .

(٢٢) الأستاذ الدكتور فتحى والى المصدر السابق ص ٣٧٨ . الأستاذ الدكتور عبد الباسط

جيمبي ص ٣٨٢ المصدر السابق .

(٢٣) الدكتور أحمد أبو الوفا مرافعات ص ٣٥٧ .

(٢٤) الأستاذ الدكتور فتحى والى المصدر السابق ص ٣٧٨ . الدكتور ديمزى سيف ،

المصدر السابق ص ٥٣٦ ، الدكتور مصطفى كامل كبره المصدر السابق ص ٣١٠ .

به حتى ولو كان وجودها في الخصومة قد تحقق بطريق التدخل طالما أن
البطلان هنا متعلقا بالنظام العام ، حتى ولو لم يتمسك به أحد الخصوم .
والى جانب ذلك فإن لكل ذي مصلحة التمسك بالبطلان المتعلق بالنظام
العام ويكون له هذا الحق سواء كان طرفا أصليا في الخصومة أو مت دخلا فيها ،
كما يستوى في ذلك أن يكون هو الذي قام بالعمل الباطل أو تسبب فيه أو
كان هذا العمل قد تم ضده (٢٥) .

نخلص من ذلك أن من له التمسك بالبطلان في حالة تعلقه بالنظام
العام يمكن أن تكون المحكمة ، أو النيابة العامة ، أو كل ذي مصلحة حسب
ما بيناه .

أما في حالة البطلان الجوازي ، أو المقرر لمصلحة خاصة ، فإنه لا يجوز
التمسك بالبطلان إلا لمن تقرر البطلان لمصلحته ، وليس لغيره هذا الحق ولا
للنيابة العامة فوق أن القاضي لا يجوز أن يحكم به من تلقاء نفسه (٢٦) (مادة
٢١/مرافعات) ونصها « لا يجوز أن يتمسك بالبطلان إلا من شرع البطلان
لمصلحته » .

ومن هنا فإنه في نطاق البطلان الجوازي يجب التمسك به من ذوي
السلطان (٢٧) ليجوز الحكم به من المحكمة .

والبطلان الجوازي قد يكون جوازيا أيضا بالنسبة للقاضي وقد يكون
وجوبيا إذا ما تمسك به الخصم ويجب على المحكمة أن تقضى به (٢٨) .

(٢٦) - المقتضى من ٢٨٢ .
(٢٧) - وليس لتلك المحكمة أن تقضى من نفسها ببطلان أوراق التكليف بالاحضاد لغيره في
الإعلان من نقض مدعيه في ١٩٧٢ ، مجموعة النقض ٢٣ - ٧٦٨ - ١٢٠ ، الدكتور أحمد
معلم والدكتور فتحي زالي من ٢٧٦ مبادئ المرافعات المصدر السابق ، الدكتور رمزي سيف
ص ٥٢٨ وما بعدها الوسيط المصدر السابق .
(٢٨) بشرط ألا يصدر من الطاعن قبول الحكم لمزيد من التفصيل الأستاذ الدكتور أحمد
بو الرافعات المدنية والتجارية ج ٧٠٦ وما بعدها .

ففى النوع الأول وهو الجوازي لذوى الشأن وللمحكمة نجد أنه فى بعض الأحوال مع تمسك ذوى الشأن بطلب البطلان فان المحكمة قد تقضى به لو قد لا تقضى رغم تحقق سببه وذلك لتمتع المحكمة بسلطة تقديرية فى الاستجابة لطلب الخصوم . وهو من تقرر البطلان لمصلحتهم أو تقدير المحكمة عدم ملاءمة ذلك .

ومن أمثلة ذلك ما قرره المادة (٢/٤٩ من قانون الاثبات) . من أنه يجب أن يعلن مدعى التزوير خصمه فى ثمانية الأيام التالية للتقرير بمذكرة يبين فيها شواهد التزوير واجراءات التحقيق التى يطلب اثباته بها والا جاز احكم يسقط ادعائه . ومن هنا فان هذا النوع من البطلان جوازي بمعنى الكرمه ، ومن كل الوجوه (٢٠) .

أما الحالة الثانية فهى تعتبر الأصل بالنسبة لوجوب تقرير البطلان ورغم كونه جوازي لصاحبه فانه وجوبى على المحكمة أصلا يجب عليها اذا ما تحققت من العيب الذى لحق التصرف أو الاجراء أن تقضى به .

وهذا هو الأصل فى البطلان الجوازي الذى تقرر لمصلحة خاصة (٣٠) .

أما تحديد من تقرر البطلان لمصلحته فانه يرجع فيه الى ارادة المشرع ويتبع فى الكشف عن ارادة المشرع المبادئ العامة فى تفسير قواعد القانون ونظيما لهذا المبدأ كما يقرر البعض حكم بأن بطلان الاجراءات التى تتخذ بعد انقطاع سير الخصومة ، قرره القانون لمصلحة من شرع الانقطاع لمصلحتهم ، فليس لغيرهم التمسك به .

كما أن البطلان المترتب على عدم اعلان أحد الخصوم بمنطوق الحكم باجراء تحقيق مقرر لمصلحته فله وحده التمسك به ، غير أنه ليس لمن كان سببا فى البطلان أن يتمسك به حتى ولو كان مقررا لمصلحته لأن القاعدة

(٢٩) اندتيوز أحمد مسلم ص ٤٧٩ ، ٤٨٠ ، المصدر السابق .

(٣٠) اندتيوز أحمد مسلم المصدر السابق ص ٤٧٦ .

أنه لا يجوز للشخص أن يدعى ضد فعله (٣١) (مادة ٢/٢١ - مرافعات) والتي تنص « ولا يجوز التمسك بالبطلان من الخصم الذي تسبب فيه » يستوى في ذلك أن يكون من تسبب فيه الخصم نفسه أو شخص آخر يعمل باسمه (٣٢) .

الفرع الرابع : زوال البطلان وتصحيحه :

ويتحقق ذلك بأمرين :

• الأول : التصحيح .

الثاني : زواله اذا ما تنازل عنه من شرع ذلك البطلان لصلحته ونقما

بلى نوضح ذلك تفصيلا :

الأول : تصحيح البطلان :

ويتحقق التصحيح بتكملة العمل الاجرائي المغيب ، ومن ثم اذا أضيف النقص الذي أدى الى تعييب العمل الاجرائي أو صحح العمل ذاته ، فهنا يصبح غير مغيب ، ولا يحكم ببطلانه ويستوى في ذلك أن يكون العيب أو النقص عوضوعيا كعيب في الأهلية أو التمثيل القانوني ، أو كان العيب شكليا كما لو كانت الصحيفة باطلة لرفعها باسم شركة تحت التصفية دون ذكر من يمثلها قانونا وعلى ذلك اذا تدخل ممثل الشركة أثناء المرافعة فإن ذلك يصحح العمل المغيب .

والتصحيح في هذه الحالة يرفع العيب الذي حُق العمل ويعتبر كأنه

قد تم صحيحا منذ تاريخ تصحيحه ، كما أنه يصحح رغم ما لحقه من عيب

ابتداء حتى ولو كان الخصوم قد دفعوا بالبطلان أي تمسكوا به .

(٣١) نظرية البطلان ، للأستاذ الدكتور فتحي والي ص ٥٠٥ - ٥٠٦ ، بند ٢٧٤ .

(٣٢) الأستاذ الدكتور فتحي والي ص ٢٧٦ ، ٢٧٧ ومن الأمثلة على ذلك فان الخصم

الذي يعمل المحامي أو المحضر الذي قام بالعمل باسمه ليس له التمسك بالبطلان - مبادئ قانون القضاء المدني - كذلك الأمر اذا كان من تسبب في البطلان وفي الخصم أو وصيه أو ممثل

ويجب لكي ينتج التصحيح أثره أن يتم في الميعاد القانوني المقرر للاجراء
فإذا ما تم تصحيحه بعد انتهاء الموعد فليس من شأنه ذلك أن يزيل العيب .

أما إذا لم يكن هناك موعد محدد لتصحيح العيب الذي لحق الاجراء
فإن المحكمة تحدد موعدا مناسباً لتصحيحه ، وهو ما تضمنته وقضت به
المادة - ٢٣ مرافعات - « يجوز تصحيح الاجراء الباطل ولو بعد التمسك
البطلان على أن يتم ذلك في الميعاد المقرر قانونا لاتخاذ الاجراء فإذا لم يكن
للاجراء ميعاد مقرر في القانون حددت المحكمة ميعادا مناسباً لتصحيحه ، ولا
يعتد بالاجراء الا من تاريخ تصحيحه » .

وهناك ملاحظة جديرة بالاهتمام وهي أن تصحيح النقص يسرى على
كافة أنواع البطلان ، ومن ثم فإن تصحيح الاجراء الباطل بتكاملته جائز حتى
ولو كان البطلان متعلقا بالنظام العام ، كما أن التصحيح بالكلمة لا يكون بأثر
رجعي (٣٣) .

الثاني : زوال البطلان :

وفي هذه الحالة يصحح العمل بتحقيق الغاية منه بطريق آخر كما
يصحح بتنازل من شرع ذلك البطلان لمصلحته (٣٤) سواء أكان تنازله عنه
صريحا كأن يطلب ذلك صراحة .

والتنازل الصريح عن التمسك بالبطلان يتحقق بإعلان الخصم ارادته
صراحة على التنازل عن حقه في التمسك به سواء كان ذلك أمام المحكمة كما

(٣٣) للمزيد عن التفصيل تراجع المصادر الآتية : الأستاذ الدكتور فتحي والي ص ٢٧٩
المصدر السابق ، الدكتور عبد الباسط جيمبي ص ٢٨٢ وما بعدها المصدر السابق ، الدكتور
أحمد أبو الوفا عرافات ص ٤٦٥ وما بعدها ، الدكتور أحمد مسلم ص ٢٨١ وما بعدها .
الدكتور رمزي سيف ص ٥٢٧ .

(٣٤) التصحيح بالتنازل لا يتحقق الا اذا كان هذا الحق لخصم واحد ، أو اذا كان لأكثر
من خصم ، فإن نزول أحدهم عن حقه يعتبر صحيحا ولكنه لا يترتب أثرا الا له فقط أما بقية
الخصوم فلا يحرمون من حقه في التمسك بالبطلان كما أنه اذا ترتب على النزول تصحيح
العمل الباطل فإن هذا التصحيح يترتب بأثر رجعي . للمزيد من التفصيل الأستاذ الدكتور
فتحي والي ، مبادئ ص ٢٨١ .

يمكن أن يتحقق باتفاق سابق قبل رفع الدعوى ، وإذا أبداه من له الحق فيه أمام المحكمة فلا يشترط فيه شكل خاص حيث يمكن أن يتم ذلك شفاهة أو بمذكرة كتابية مقدمة للقاضي .

أو ضمنا وذلك بأن يرد ممن له التمسك بالبطلان ما يدل على أنه قد اعتبره صحيحا أو يقوم بعمل أو اجراء لاحق يفهم منه أنه قد اعتبره صحيحا .
ومن الأمثلة على ذلك مناقشة الخصم في تقرير خبير مناقشة موضوعية دون أن يشر ما وقع من بطلان في اجراءات الخبير (٣٥) . المادة ٢٢ - مرافعات ونصنا) - « يزول البطلان اذا نزل عنه من شرع لمصلحته صراحة أو ضمنا وذلك فيما عدا الحالات التي يتعلق فيها البطلان بالنظام العام » .

كما يزول البطلان ويسقط الحق في التمسك به اذا ما أبدى صاحب المصلحة دفعا موضوعيا أو دفعا بعدم القبول وذلك لأن الدفع بالبطلان يعتبر دفعا شكليا يجب أن يبديه الخصم قبل الكلام في الموضوع وقبل الدفع بعدم القبول (٣٦) .

ويقرر البعض أن لبطلان صحف الدعاوى واعلانها وبطالان أوراق التكييف بالحضور حكم خاص ، اذ أن بطلان هذه الأوراق يمكن أن يزول بالحضور لتحقق الغرض من ابلاغ المعلن اليه بالدعوى كما يزول اذا أودع المدعى عليه مذكرة بدفاعه لأن ذلك يعتبر مساويا للحضور (٣٧) .

الفرع الخامس : آثار البطلان :

يعتبر العمل الاجرائي صحيحا منتجا لكافة آثاره القانونية حتى يقضى القاضي ببطالانه ، وهذا الحكم يسرى ايا كان نوع البطلان ، فيستوى أن يكون البطلان متعلقا بالنظام العام ، أو كان متعلقا بمصلحة خاصة (٣٨) .

(٣٥) القشماوي ، ج ٢ ، ص ٢٨٢ ، الدكتور عبد الباسط جيمى ص ٢٨٢ ، الأستاذ

الدكتور فتحى والى ص ٢٨١ ، الدكتور مصطفى كامل كبره ص ٢١٢ وما بعدها .

(٣٦) الدكتور عبد الباسط جيمى ص ٢٨٢ .

(٣٧) الدكتور القشماوي ص ٢٨٤ وما بعدها . الدكتور عبد الباسط جيمى ص ٢٨٢ .

الدكتور فتحى والى الفصل السابق ص ٢٨٢ .

وإذا قضى بالبطلان ، فإن الاجراء يعتبر كأن لم يكن ، وتزول كافة آثاره المترتبة عليه ، كما تبطل أيضا جميع الاجراءات اللاحقة والتي بنيت عليه ، اعمالا للقاعدة التي تقول : بأن ما بنى على باطل فهو باطل (٣٩) .

وترتبيا على ذلك فإن الاجراءات السابقة على الاجراء الباطل لا يترتب على القضاء ببطلانه بطلانها ، الى جانب أن الاجراءات اللاحقة على الاجراء الباطل والتي لها كيان مستقل بحيث لم تترتب على الاجراء الباطل لا تبطل ببطلان الاجراء .

فوق أن الاجراءات المعاصرة للاجراء الباطل وغير المرتبطة به لا تتأثر ببطلانه (٤٠) . كل ذلك ما لم ينص القانون على خلافه (٤١) . على أنه رغم الحكم ببطلان الاجراء فإنه قد ينتج بعض الآثار كما قد تترتب عليه آثار قانونية ، وهذه قد تكون نتيجة آثار لعمل آخر يتحول اليه العمل الباطل . اذن فاننا أمام صورتين تترتبان على الاجراء الباطل . الأولى : وهي ما تعرف بالتحول . والثانية : وهي ما تعرف بالانتقاص .

ففي الصورة الأولى ، وهي التحول فإنه ليس سوى تكييف للاجراءات غير المعيبة لعمل قانوني ما ، فمتى قضى ببطلان اجراء ما ، وأمكن أن يصح في جزء منه فإن هذا الجزء يعتبر صحيحا طالما توفرت فيه عناصر اجراء (٤٢) . وهو ما نصت عليه المادة (١ / ٢٤) التي قررت أنه « اذا كان اجراء باطلا وتوفرت فيه عناصر اجراء آخر فإنه يكون صحيحا باعتباره الاجراء الذي توفرت عناصره » .

أما الصورة الثانية :

ففيها نجد أن الاجراءات غير المعيبة لا تكفي لتكون اجراء صحيح ، الا

(٣٩) الدكتور عبد الباسط جيمى ص ٢٨٤ .

(٤٠) للمزيد من التفصيل الدكتور أحمد أبو الوفا المصدر السابق ص ٤٦٤ .

(٤١) الدكتور عبد الباسط جيمى المصدر السابق نفس الموقع والصفحة .

(٤٢) الدكتور أحمد مسلم المصدر السابق ص ٤٨٤ ، ٤٨٥ . الأستاذ الدكتور فتحى زالى

المصدر السابق ص ٢٨٢ .

انه رغم عدم اذكان التحول فانه ينتج آثارا قانونية ، وهنا يختلف الانتقاص عن التحول فى كون الأخير لا تعد هذه الآثار نتيجة للإجراء الذى أبطل ، وإنما نتيجة للإجراء الجديد الذى تحول إليه الإجراء الباطل ، وذلك على خلاف الصورة الأولى وهى الانتقاص التى تعتبر الآثار التى تترتب عليه نتيجة للعمل الباطل نفسه ، ويتحقق ذلك فى حالتين :

الأولى :

أن يكون العمل الإجرائى مركبا من مجموعة أجزاء قابلة للانقسام ويكون أحدها معيبا فتبقى الأجزاء الأخرى صحيحة (٤٣) وهو ما نصت عليه المادة (٢/٢٤) حيث قررت « وإذا كان إجراء باطلا فى شق منه فإن هذا الشق وحده هو الذى يبطل » .

ومثالها أن يصدر حكم فى أكثر من موضوع ، ويطن الحكم عليه بالنسبة لشق منه فقط فتقضى المحكمة ببطلان الحكم المطعون فيه فعندئذ يكون الحكم صحيحا بالنسبة لما لم يطن فيه ، باطلا بالنسبة لما طعن فيه وقضى فيه بالبطلان (٤٤) .

الثانية :

أن يكون العمل الإجرائى بسيطا غير أنه ينتج آثارا متعددة ومن ثم تتحقق عليه بعض الآثار رغم الحكم ببطلانه ، ويقرر الدكتور فتحى والى : أن قانون المرافعات الجديد لم ينص على هذه الحالة ولكن يمكن الأخذ بها رغم عدم وجود نص اعمالا للقواعد العامة ويضرب مثلا لذلك بالمطالبة القضائية ، فرغم القضاء ببطلانها ، فإن القاضى يلتزم باصدار حكم فيها ولو كان ذلك ببطلانها ، والا اعتبر منكرا للعدالة (٤٥) .

(٤٣) الأستاذ الدكتور فتحى والى - مبادئ ص ٨٣ المصدر السابق . الدكتور أحمد

أبو الوفا - المصدر السابق ص ٤٦٤ .

(٤٤) . (٤٥) الأستاذ الدكتور فتحى والى المصدر السابق ص ٨٣ ، ٢٨٣ .

(٤٥) الدكتور أحمد محمد عبد الله - المصدر السابق ص ٨٣ ، ٢٨٣ .

وفى نهاية حديثنا عن آثار البطلان فاننا نشير الى أن بطلان اجراء من الاجراءات قد يؤدي الى أن يجر وراءه بطلانا آخر بسبب ارتباط بعض الاجراءات ببعضها ، وتماسكها وتساندها وهو ما يطلق عليه فى فقه قانون المرافعات التداعى^(٥٥) مكرز) وهذا ما قررته المادة (٢٤/٢) التى قررت بأنه « لا يترتب على بطلان الاجراء بطلان الاجراءات السابقة عليه أو الاجراءات اللاحقة اذا لم تكن بنيت عليه » واعمالا لهذا النص فانه يفهم ان الاجراءات السابقة أو اللاحقة أو المعاصرة اذا كانت مبنية على الاجراء الباطل بحيث ساندت بعضها ولم يمكن الفصل بينها ففى هذه الحالة يتحقق التداعى وتبطل جميعا .

المبحث الثانى

مبدأ تعدد درجات التقاضى

الأصل انه متى أصدرت المحكمة حكما فى منازعة ما ، فان هذه المحكمة ينتهى دورها على هذا النزاع ، ويعد الحكم الصادر منها كلمة القانون بحيث لا يقبل تبديلا حتى من المحكمة التى أصدرته ، وهذا ما يعبر عنه بفكرة خروج النزاع من ولاية المحكمة لسبق الفصل فيه ، غير أن المشرع راعى من ناحية أخرى احتمال خطأ المحكمة فى الحكم الذى أصدرته ومن ثم أجاز الطعن فيه وهو ما يسمى بتعدد درجات التقاضى^(٤٦) .

وعلى ذلك فان نظام تعدد درجات التقاضى يقوم على اعطاء الخصم الذى أخفق فى دعواه فرصة طرح النزاع من جديد أمام محكمة أعلى درجة ، ومن هنا يتحقق نظر الدعوى مرتين أمام القضاء^(٤٧) .

وتعدد درجات التقاضى يحقق مجموعة من الفوائد أهمها :

١ - ان الحكم الصادر من القضاء عمل بشرى معرض للخطأ ، ومن ثم واعمالا لقواعد العدالة ، فانه يجب عرض القضية على محكمة أخرى غير التى

(٥٦) دكتور أحمد مسلم ص ٥٦ وما بعدها المصدر السابق .

(٥٧) الدكتور مصطفى كامل كبره ص ٦٠٦ .

تأصدرته لرفع هذا الخطأ ، والتول بغير ذلك ينتهي بنا الى عسمة القضاء عن النزول ، وهو أمر غير متصور .

٢ - ان نظام التقاضى على درجتين يستند الى أساس آخر وهو ضمان حسن سير العدالة ، فالتقاضى حينما يعلم أن حكمه معرض للتعديل من محكمة أخرى ، فإنه سينبذل حرصا وعناية ، وهو ما يمكن أن يحقق حسن سير العدالة كما نوهنا .

٣ - ان مبدأ تعدد درجات التقاضى يمكن عن طريقه اعطاء اهتمام بالقضايا الأكثر أهمية ، وذلك لأن القضايا من نفس النوع تختلف في أهميتها الاقتصادية والقانونية الأمر الذى يمكن عن طريق مبدأ تعدد درجات التقاضى ، أن يقصر التعدد على القضايا الأكثر أهمية .

٤ - وقد يقال بأن امكان مراجعة القاضى بنفسه للحكم الصادر منه يقوم مقام مبدأ تعدد درجات التقاضى ، وهذا غير صحيح لأن القاضى قد يصر مكابرة منه على رأيه الأول ، ومن ثم فإن مراجعته للحكم ليس من شأنها أن تزيل خطأ القاضى فى هذه الحالة .

٥ - كما قيل أيضا بأن تعدد درجات التقاضى يتيح نظر القضية مرة أخرى أمام قضاة يعيدون عن موطن الخصومة ، ومحل الخصومة ، ومن ثم يكونون بمنأى من الخضوع لأى مؤثرات (٤٨) .

ورغم هذه المزايا فإن بعض الفقه يوجه نقدا لهذا المبدأ وأهم ما استند اليه معارضوه ، وأهم ما وجه اليه ما يلي :

١ - أنه اذا كانت محكمة أعلى درجة أكثر تدقيقا وتحقيقا للعدالة فلماذا

(٤٨) للمزيد من التفصيل فى فائدة مبدأ تعدد درجات التقاضى تراجع المصادر الآتية : الأستاذ الدكتور فتحى والى ص ٢٠١ وما بعدها المصدر السابق ، الدكتور مصطفى كامل كبره ص ١٠١ وما بعدها ، الدكتور أحمد أبو الوفا ص ٤٦ وما بعدها ، الدكتور رمزى سيف ص ٧٤ وما بعده ، الدكتور عبد الباسط جميعى .

لا يرفع إليها النزاع مباشرة ، ومن ثم توفر الوقت والجهد والنفقات أمام محكمة أول درجة ، وبالتالي نعرض المنازعة على المحكمة الأعلى درجة باعتبارها المحكمة الوحيدة المختصة بالنزاع ، ومن ثم ينظر النزاع على درجة واحدة .

٢ - كما انه من ناحية أخرى ليس من المؤكد أن تكون المحكمة الأعلى درجة أكثر عدالة ، فقضايتها بشر ومعرضون للخطأ كقضاة المحكمة الأولى بل قد يحدث أن يكون هؤلاء أكثر تعرضا للخطأ من قضاة محكمة الدرجة الأولى ومن ثم لا تتحقق الحكمة من تعدد درجات التقاضى وذلك لاحتمال وجود الخطأ فى الحالتين .

وقد رد الفقه على هذه الانتقادات لانها لا تستند الى أسس معقولة أو سليمة ، فمن ناحية نجد أن أهمية تعدد درجات التقاضى لا ترجع الى كون محكمة ثانى درجة محكمة أعلى وانما تكمن فى أنها محكمة أخرى وهى اذ تتصدى للنزاع فانها تفعل ذلك بعد أن تكون المنازعة قد نوقشت أمام محكمة الدرجة الأولى ومن هذه الناحية يمكن استكمال أى نقص أو قصور ولا يمكن أن يتحقق هذا بجعل التقاضى على درجة واحدة .

أما من ناحية إمكان أن يكون قضاة محكمة الدرجة الثانية أكثر خطأ فيرد على ذلك بأن محكمة الدرجة الثانية فرصة تحقيقها للعدالة أكثر ، فوق أنها تشكل من قضاة أكثر خبرة ، وأكثر عددا مما يجعل مظنة تحقيق العدالة أكثر احتمالا .

لكل هذه الاعتبارات انتهت التشريعات فى كافة الدول المتقدمة كما سلم أغلبها لمبدأ تعدد درجات التقاضى .

المبحث الثالث

استئناف الأحكام الباطلة والمبنيّة على إجراءات باطلة مادة (٢٢١) من قانون المرافعات الجديد (٤٩)

وتنص هذه المادة على أنه « يجوز استئناف الأحكام الصادرة بصفة
الانتهاية من محاكم الدرجة الأولى بسبب وقوع بطلان في الحكم أو بطلان في
الاجراءات أثر في الحكم . وعلى المستأنف في هذه الأحوال أن يودع خزانة
المحكمة الاستئنافية عند تقديم الاستئناف على سبيل الكفالة خمسة جنيّيات
ويكفي ايداع أمانة واحدة في حالة تعدد الطاعنين إذا أقاموا طعنهم بصحيفة
واحدة ولو اختلفت أسباب الطعن .

ولا يقبل قلم الكتاب صحيفة الطعن إذا لم تصحب بما يثبت هذا
الايدياع . وتصادر الكفالة بقوة القانون متى حكم بعدم جواز الاستثناء لانقضاء
البطلان . »

ونود قبل أن نتكلم عن هذا النص أن نورد في عجالة سريعة الكلام عن
القاعدة في الاستئناف من حيث النضابذة ، ثم نبين في مختصر غير بعيد عن الأحكام التي
يجوز فيها الاستئناف استثناء من القاعدة العامة رغم كونها أحكاماً انتهاية ،
ثم الكلام عن النص المماثل أمامنا من حيث تاريخه ومراحلته حتى وصل الى
ما هو عليه الآن .

وتنوّي تقسيم هذا المبحث الى الفروع الآتية :

الفرع الأول : في معنى الاستئناف .

الفرع الثاني : في الأحكام التي يجوز أو لا يجوز استئنافها .

الفرع الثالث : في المادة ٢٢١ مرافعات .

(٤٩). القانون رقم ١٣ لسنة ١٩٦٨ باصدار قانون المرافعات المدنية والتجارية .

الفرع الأول : معنى الاستئناف

سبق أن بينا القول بأنه من المبادئ الأساسية المسلم بها في معظم تشريعات العالم - ومنها المشرع المصري - مبدأ نظام التقاضي على درجتين وبمقتضى هذا المبدأ يحق للخصم الذى حكم عليه كلياً أو جزئياً أن يقوم بطرح قضيته كلياً أو جزء منها أمام محكمة أعلى من تلك المحكمة التى أصدرت الحكم (٥٠) لتعيد بحث هذه القضية والفصل فيها من جديد .

وهذا الحق المخول للمحكوم عليه يسمى بالاستئناف ، كما تسمى المحكمة التى يرفع اليها الاستئناف بمحكمة الدرجة الثانية ، والمحكمة التى فصلت فى الدعوى أولاً بمحكمة الدرجة الأولى .

والاستئناف طريق من طرق الطعن العادية ويكون أصلاً فى الأحكام الابتدائية (٥١) بالتظلم منها أمام المحكمة الأعلى بقصد الغاء الحكم المطعون فيه أو تعديله (٥٢) .

ولا يمنع هذا القول بأن الحكم القضائى يتمتع بحجية من شأنها أن تمنع إعادة طرح النزاع من جديد على القضاء بحجة توفير الاستقرار والثبات فى المراكز القانونية التى صدر فيها حكم .

وكذلك القول القائم على افتراض أن الأحكام هى عنسوان الحقيقة ولا يخفى ما فى هذا من تحكم (٥٣) .

(٥٠) الدكتور فتحى والى المصدر السابق ص ٥٨٩ ، الدكتور رمزى سيف الوسيط المصدر السابق ص ٨٢٩ .

(٥١) الحكم الابتدائى هو الذى يصدر من محكمة أو لدرجة جزئية - كانت أو كلية ، ويكون قابلاً للطعن فيه بالاستئناف .

(٥٢) الدكتور رمزى سيف المصدر السابق ص ٨٢٩ .

(٥٣) الدكتور عبد الباقى جميعى المصدر السابق ص ٤٠١ .

وذلك لأن الحكم قد يكون مجانيا للصواب فعلا ، ولأن المصدرين له وهم
القضاة بشر غير معصومين من الخطأ(٥٤) .

وفكرة الاستئناف تقوم أساسا على أن حكما واجدا في النزاع لا يقدم
للخصوم ضمانات كافية . ومن هنا فمحل الاستئناف ليس حكم أول درجة
ولكن نفس القضية التي نظرها قاضي أول درجة(٥٥) .

وعلى هذا فإنه إذا كان الحكم الصادر من محكمة أول درجة معيبا واطعن
فيه بالاستئناف ، فإن محكمة ثاني درجة - محكمة الاستئناف - تبحث
موضوع القضية مباشرة ومن غير حاجة لبثت عيوب هذا الحكم . ومن ثم فإنها
عندما تصدر حكما في موضوع هذه الدعوى فإنه يحل محل حكم محكمة أول
درجة ، ويكون هو الحكم الوحيد في القضية(٥٦) .

ولما كان مبدأ التقاضي على درجتين هو مبدأ مسلم به حديثا وهو يعنى
أن النزاع لا يطرح على القضاء الا مرتين فقط فإن هذا يعنى من ناحية أخرى
أن الاستئناف لا يكون الا مرة واحدة(٥٧) . وذلك لاستقرار الأوضاع ووضوح
حد معين للنزاع بين الخصوم ، ومن ثم فلا يكون هناك تماذ منهم فى عرض
النزاع القائم بينهم الا ما لا نية بحثا عن العدالة التي قد تكون نسبية
لأحدهم حسب ما يراه ، وهذا من الناحية النظرية ممكن .

ولهذا فإن التنظيم القانونى ليس تنظيما نظريا وإنما ينظر الى
الإعتبارات العملية ، ومن ثم فإن حرصه على العدالة لا يكون بقدر حرصه
على استقرار الروابط والمراكز القانونية(٥٨) .

(٥٤) الدكتور عبد الباسط جيمى ، المصدر السابق ص ٤٠٩ .
(٥٥) الدكتور فتحى والى الذى قرر أنه من الناحية النظرية يمكن تصور قضاء ثانى درجة
بما كوسيلة لمراقبة حكم أول درجة ، وبهذا ينتهى حكم ثانى درجة - بتأييد أو عدم تأييد ذلك
الحكم ، وإنما كوسيلة لاعادة نظر نفس القضية بنفس السلطات التي كانت لقاضي أول درجة .
لمزيد من التفصيل المصدر السابق الإشارة اليه ص ٥٨٩ .

(٥٦) لمزيد من التفصيل الدكتور فتحى والى المصدر السابق ص ٥٩٠ .

(٥٧) الدكتور أحمد مسلم أصول المرافعات المصدر السابق ص ٦٩٣ .

(٥٨) الدكتور فتحى والى المصدر السابق ص ٥٩٠ للمزيد من التفصيل .

ومن هنا اكتفت التشريعات بتقرير كفاية درجتين فقط للتقاضى لتحقيق قدر معقول من العدالة .

وعلى هذا فانه لا يجوز - ولو باتفاق الخصوم - استئناف حكم صادر من محكمة باعتبارها محكمة ثانى درجة . كما انه لا يجوز من ناحية أخرى - ولو باتفاق الخصوم - الالتجاء مباشرة الى محكمة الدرجة الثانية . وذلك لأن المحكمة الاستئنافية لا تنظر الا قضية سبق نظرها من محكمة أول درجة (٥٩) .

الفرع الثانى : الأحكام القابلة للاستئناف

معلوم أن الاستئناف وسيلة فعالة لتحقيق العدالة ، كما أنه ضمان من ضمانات الحرية الشخصية للخصوم (٦٠) لذلك فإن الأصل أن الأحكام الصادرة من محاكم الدرجة الأولى يجوز استئنافها بغية تحقيق ذلك .

الا أن المشرع لاحظ اعتبارات عملية تتصل بحسن سير القضاء كما تقوم أيضا لرعاية مصلحة الخصوم ، الحد من بعض الدعاوى وقصرها على درجة واحدة فقط من التقاضى وهى الدعاوى قليلة الأهمية - بمعنى أنها قليلة القيمة - وذلك لأنها لا تحتمل مصاريف طرحها مرة ثانية على القضاء أى التقاضى على درجتين .

كما قدر من ناحية أخرى أنه كثيرا ما يلجأ الخصوم فى هذه الدعاوى القليلة الأهمية للطعن فى الأحكام الصادرة فيها رغبة فى الانتقام أو اشباعا لشهواتهم فمنع الطعن فيها حماية لهم من ذلك .

(٥٩) الدكتور فتحى والى ص ٥٩٠ .

(٦٠) الدكتور زمرى سيف المصدر السابق ص ٨٣٠ .

ومن ناحية أخرى فإن حسن سير القضاء يتطلب تفرغ محاكم الدرجة الثانية للدعاوى الهامة (٦١) .

فالقاعدة اذن هي أن جميع الأحكام الصادرة من محاكم الدرجة الأولى تقبل الطعن بالاستئناف ما لم ينص القانون على خلاف ذلك (مادة ١/٢١٩) (٦٢) .

وقد نص القانون في هذا على مبلغ معين يكون الحكم الصادر في قضية واقعة في حدوده نياتيا بمعنى أنه يكون غير قابل للاستئناف . ويسمى هذا المبلغ بالنصاب النياتي للمحكمة . وهو يختلف - في قدره - في المحاكم الجزئية عنه في المحاكم الكلية .

ففي المحاكم الجزئية خمسون جنيها ، وفي المحاكم الكلية مائتان وخمسون جنيها فالدعوى الصادرة من محكمة جزئية ولا تتجاوز قيمتها هذا القدر المحدد وهو خمسون جنيها ، يكون الحكم الصادر فيها انتهايا .

وكذلك الدعوى التي تصدر من محكمة كلية ولا تتجاوز قيمتها هذا القدر المحدد لها وهو مائتان وخمسون جنيها يكون الحكم الصادر فيها انتهايا أيضا (٦٣) .

ولا يهم في الدعاوى هنا أن تكون دعاوى شخصية أو دعاوى عينية ، منقولة أو عقارية ، ما دامت ليست من دعاوى الأحوال الشخصية والوقف التي كانت من اختصاص المحاكم الشرعية والمجالس المليية (٦٤) .

(٦١) الدكتور رمزي سيف المصدر السابق ص ٨٢٠ وقد عقب على ذلك بقوله « خصوصا اذا لوحظ أن الدعاوى قليلة الأهمية لا تثير في الغالب من الصعوبات ما يقتضى عرض النزاع فيها على درجتين » .

(٦٢) ونصها كالآتي : « للخصوم في غير الأحوال المستثناءة بنص في القانون أن يستأنفوا أحكام محاكم الدرجة الأولى الصادرة في اختصاصها الابتدائي . . . » .

(٦٣) تراجع المادتان ٨٤٣ و٨٤٧ - المادة ٤٧ - من قانون المرافعات الجديد .

(٦٤) الدكتور فتحى ولى المصدر السابق ص ٥٩١ وقد ذكر في الهامش قوله اذ تكون

ومن المعلوم أن الأحكام الصادرة من المحكمة الجزئية تستأنف أمام المحكمة الكلية باعتبارها محكمة استئنافية . وأحكام المحكمة الكلية باعتبارها بمحكمة أول درجة تستأنف أحكامها أمام محكمة الاستئناف العالي . أما أحكام المحكمة التنفيذية في المنازعات الموضوعية فإنها تستأنف أمام المحكمة الكلية إذا لم تتجاوز قيمة النزاع مائتين وخمسين جنيها ، وإني محكمة الاستئناف إذا زادت قيمتها عن ذلك أما أحكامها في المنازعات الوقتية فإنها تستأنف إلى المحكمة الكلية (مادة ٢٧٧ ، مرافعات) (٦٥) .

ونعلم مما سبق أن الأحكام الانتهائية لا يجوز استئنافها خروجيا عن هذا الجواز ينص القانون علينا - وهي في الدعاوى مقدرة القيمة - إلا أننا نجد خروجيا عن المؤلف في القانون الجديد أن المشرع أقر جواز الاتفاق مقدما على التنازل عن الاستئناف (٦٦) . وقد عبرت عن ذلك المادة ٢/٢١٩ مرافعات بقولها « ويجوز الاتفاق ولو قبل رفع الدعوى على أن يكون حكم محكمة الدرجة الأولى انتهائيا » .

وهذا الاتفاق يجوز ولو قبل بدء الخصومة أمام محكمة أول درجة ، وذلك لأن الاستئناف حق لأصحابه فيجوز لهم التنازل عنه (٦٧) وبديهي أن هذا الحق في الاستئناف لا ينشأ إلا بعد صدور الحكم . هذا كله في الأحكام التي تقبل الاستئناف حسب القاعدة العامة .

هذه خاصة بالنسبة للقابلية للاستئناف للائحة ترتيب ، الحاكم الشرعية ، وانظر أيضا (نقض مدني ٩ مارس ١٩٦٦ - مجموعة النقض ١٧ - ٥١٥ - ٧٢) .

(٦٥) الدكتور أحمد مسلم أصول المرافعات المصدر السابق ص ٦٩٣ . وتنص المادة ٢٧٧ على أنه « تستأنف أحكام قاضي التنفيذ في المنازعات الموضوعية إلى المحكمة الابتدائية إذا زادت قيمة النزاع على خمسين جنيها ولم تتجاوز مائتين وخمسين جنيها وإلى محكمة الاستئناف إذا زادت على ذلك » . وتستأنف أحكامها في المنازعات الوقتية إلى المحكمة الابتدائية . والاستئناف هنا استثناء من القواعد العامة .

(٦٦) الدكتور أحمد مسلم أصول المرافعات ص ٦٩٣ ويبين ذلك بقوله والأحكام المتعلقة بجواز الاستئناف أو عدم جوازه كانت تعتبر من النظام العام بمعنى أنه حيث يجوز أو يمنع الاستئناف قانونا . للمزيد من التفصيل يرجع المصدر السابق .

أما إذا كان الحكم لا يقبل الاستثناء أصلا فإن عدم قابليته لذلك ناشئ عن نص القانون وليس عن اتفاق الأطراف على ذلك (٦٨) .

• وما تجدر الإشارة إليه أن الاتفاق وإن كان يجعل الحكم في الخصومة نهائيا إلا أنه لا يحصنه إذا كان الحكم المتفق عليه باطلا أو كانت إجراءاته التي بنى عليها باطلة ، أو كان مخالفا لحكم سابق بين الخصوم وكان الحكم السابق قد حاز قوة الأمر المقضي (٦٩) .

الأحكام المستثناة من القواعد العامة :

قدمنا آنفا أن المشرع جعل منأط استئناف الحكم الصادر في الدعوى إنما يكون بتجاوز قيمتها للنصاب الانتهائي ، أو عدم تجاورها .

إلا أن المشرع استثنى من القاعدة المتقدمة أحكاما خرج بها من هذه القاعدة من ناحيتين (٧٠) .

الأولى :

أنه منع استئناف بعض الأحكام مهما بلغت قيمة الدعاوى الصادرة فيها ، وذلك لرغبته في سرعة الفصل في النزاع بصفة انتهائية ومثاليا ما نصت عليه المادة ٤٦ مرافعات من أن الحكم الصادر من المحكمة الجزئية باحالة كل من الطلب الأصلي والطلب العارض الى المحكمة الابتدائية لا يقبل الطعن (المادة ٤٦ مرافعات) والتي تنص ٠٠٠٠٠٠ حكم الاحالة يكون غير قابل للطعن ، .

(٦٧) الدكتور فتحي والى المصدر السابق ص ٥٩٥ وقد أورد في الهامش من نفس الصفحة قوله ويشترط لذلك أن تتوافر في المنازل ، سواء بإرادته المنفردة أو في اتفاق أهلية التصرف في الحق محل النزاع ، ذلك أن النزول عن الاستئناف قد يؤدي الى النزول عن الحق .

(٦٨) الدكتور فتحي والى المصدر السابق ص ٥٩٦ .

(٦٩) أحمد مسلم أصول المرافعات المصدر السابق ص ٦٩٩ .

(٧٠) الدكتور رمزي سيف المصدر السابق ص ٨٢٧ .

ومن أمثلتها أيضا الحكم الذي يصدر في المنازعة في اقتدار الكفيل أو الخارس (٧١) . اذ تقرر المادة ٢٩٥ مرافعات أن حكم قاضي التنفيذ في هذه المنازعة يكون انتهائيا . وكذلك الحكم الصادر من قاضي التنفيذ في طلب وقف البيع أو بالمضى فيه (٧٢) مادة ٤٥٦ مرافعات والتي تقرر انه « لا يجوز الطعن بأي طريق في الأحكام الصادرة وفقا للمادة السابقة بإيقاف البيع أو المضى فيه » .

الثانية :

أما الناحية الثالثة فهي أن المشرع أباح استئناف بعض الأحكام فيما قلت قيمة الدعاوى الصادرة فيها . أي ولو لم تتجاوز النصاب الانتهائي لمحكمة الدرجة الأولى . والحكمة من ذلك هي أن المشرع يحرص على أن تكون الأحكام الصادرة فيها بقدر المستطاع بعيدة عن الخطأ .
وهذه الأحكام هي :

١ - الأحكام الصادرة في الدعاوى المستعجلة :

سواء كانت الدعاوى المستعجلة رفعت كدعوى أصلية ، أو رفعت بطريق التبعية لدعوى موضوعية ، وأيا كانت المحكمة التي حكمت فيها وأصدرت الحكم الوقتي مادة (٢٢٠) مرافعات « يجوز استئناف الأحكام الصادرة في المواد المستعجلة أيا كانت المحكمة التي أصدرتها » .

فهذا الحكم يقبل الاستئناف دائما بصرف النظر عن قيمة الدعوى

الموضوعية التي تخدمها الدعوى الوقتية (٧٣) .

(٧١) الدكتور أحمد أبدي الوفا المصدر السابق ص ٧٦١ . الدكتور أحمد مسلم المصدر السابق ص ٦٩٧ . الدكتور فتحى والى الذى أضاف فى هامش قوله أن من الأحكام التي لا تقبل الاستئناف الأحكام الصادرة في المنازعات الناشئة عن تطبيق قانون إيجار الأماكن لمزيد من التفصيل مباحث قانون القضاء المدني هامش صفحة ٥٩٥ .
(٧٢) الدكتور أحمد أبو الوفا المصدر السابق ص ٧٦١ .
(٧٣) الدكتور فتحى والى المصدر السابق ص ٥٩٤ ، الدكتور أحمد مسلم المصدر السابق ص ٦٩٧ وقد ذكر فى هامش هذه الصحيفة قوله عدا الحكم المستعجل الصادر من قاضي التنفيذ فى طلب المدين المحجوز عليه قصر الحجز على بعض الأموال المحجوزة ، فليس قابلا لاي طعن .
مادة ٣/٣٠٤ .

٢ - الحكم الصادر في حدود النصاب الابتدائي على خلاف حكم سابق لم يحز بعد قوة الأمر المقضى مادة (٢٢٢) مرافعات • ونصها « ويجوز أيضا استئناف جميع الأحكام الصادرة في حدود النصاب الانتهائي إذا كان الحكم صادرا على خلاف حكم سابق لم يحز قوة الأمر المقضى ، وفي هذه الحالة يعتبر الحكم السابق مستأنفا بقوة القانون إذا لم يكن قد صار انتهائيا عند دفع الاستئناف » •

ويعنى هذا أن تكون المخالفة لحكم سابق بين نفس الخصوم بشرط ألا يكون الحكم السابق عند صدورها قد حاز قوة الأمر المقضى •

أما إذا كان الحكم السابق قد حاز قوة الأمر المقضى ففي هذه الحالة يكون الحكم الانتهائي قابلا للطعن فيه بالنقض لا بالاستئناف (٧٤) •

ويعتبر الحكمان عند نظر الاستئناف معروضين على محكمة الاستئناف غير أنه إذا كان الحكم السابق قد حاز قوة الأمر المقضى عند نظر الاستئناف فإن سنطة هذه المحكمة - الاستئنافية - تقتصر على تعديل الحكم الانتهائي بما لا يتعارض معه (٧٥) •

٣ - الأحكام الصادرة في طلب رد القضاة :

يجوز أيضا استئنافها من طالب الرد ولو كان موضوع الدعوى مما يحكم فيه نهائيا ، وذلك لاتصال مسائل رد القضاة بحسن سير العدالة وبثقة المتقاضين في القضاء (٧٦) مادة ١٦٠ مرافعات التي قضت بأنه « يجوز

(٧٤) مادة ٢٤٩ ونصها كالتالي : « للخصوم أن يظنوا أمام محكمة النقض في أي حكم انتهائي أو كانت المحكمة التي أصدرته - فصل في نزاع خلافا لحكم آخر سبق أن صدر بين الخصوم لعدم حياز قوة الأمر المقضى » •

(٧٥) الدكتور أحمد مسلم المصدر السابق ٦٩٨ • وللمزيد من التفصيل تراجع المصادر الآتية : الأستاذ الدكتور عبد الباسط جيمع المصدر السابق ص ٤١٩ وما بعدها • الأستاذ الدكتور فتحي والي ص ٥٩٤ ، الأستاذ الدكتور أحمد أبو الوفا المرافعات ص ٧٦٠ ، الأستاذ الدكتور رمزي سيف المصدر السابق ص ٨٤٣ •

(٧٦) تراجع الأستاذ الدكتور أحمد أبو الوفا - المرافعات ص ٧٦١ ، الدكتور رمزي سيف المصدر السابق ص ٨٤٧ •

لطالب الرد استئناف الحكم الصادر في طلبه برد قاضي محكمة المواد الجزئية
أو قضاة المحكمة الابتدائية ولو كان موضوع الدعوى مما يحكم فيه نهائيا ،
والحكمة من جواز استئناف هذه الأحكام استثناء من القاعدة العامة هي
ما لوحظ من أن أهمية النزاع فيما لا ترتبط بقيمة الدعوى لخطورة موضوع
الدعوى في ذاته أو لدقة المسائل التي يثيرها (٢٧) .

الفرع الثالث : المادة (٢٢١) مرافعات

ونصها الآتي • يجوز استئناف الأحكام الصادرة بصفة انتهائية من
محاكم الدرجة الأولى بسبب وقوع بطلان في الحكم أو بطلان في الاجراءات
أثر في الحكم • وعلى المستأنف في هذه الأحوال أن يودع خزانة المحكمة
الاستئنافية عند تقديم الاستئناف على سبيل الكفالة خمسة جنيهاً ، ويكفي
إيداع أمانة واحدة في حالة تعدد الطاعنين إذا أقاموا طعنهم بصحيفة واحدة
ولو اختلفت أسباب الطعن •

ولا يقبل قلم الكتاب صحيفة الطعن إذ لم تصحب بما يثبت هذا
الإيداع • وتصادر الكفالة بقوة القانون متى حكم بعدم جواز الاستئناف
لانتفاء البطلان ، •

وسنتناول هنا النص بالكلام على النقاط الآتية :

أولاً : نبذة عن تاريخه •

ثانياً : الأحكام الباطلة •

ثالثاً : الأحكام المبنية على اجراءات باطلة •

رابعاً : حكم الكفالة فيه •

خامساً : الآثار المترتبة عليه •

أولاً : تاريخ المادة (٢٢٨) مرافعات :

هذا النص كان مستحدثاً في قانون المرافعات الصادر سنة ١٩٤٩ .
فقد ورد فيه المادة (٣٩٦) وكان نصها مقصوداً تطبيقه على الأحكام الانتهائية
الصادرة من المحاكم الجزئية فقط دون الأحكام الانتهائية الصادرة من المحاكم
الكلية وذلك إذا كانت هذه الأحكام باطلة أو بنيت على إجراءات باطلة .

أما أحكام المحاكم الكلية والتي صدرت باطلة أو مبنية على إجراءات
باطلة فإنها لا تستأنف ولا سبيل لإصلاح العيب الذي شابها إلا بطريق
الطعن بالنقض . وذلك لأن الطعن بالنقض طبقاً لأحكام هذا القانون كان
جائزاً في الأحكام التي تصدر من محاكم الاستئناف أو من المحاكم الابتدائية .

ثم صدر القانون رقم (٣٥٤) لسنة ١٩٥٢ بتاريخ ٢٥ من ديسمبر
لسنة ١٩٥٢ متضمناً تعديل قواعد الطعن بالنقض وقاصراً الطعن بهذا الطريق
على الأحكام التي تصدر من محاكم الاستئناف فقط . دون الأحكام التي تصدر
من المحاكم الابتدائية بصفة انتهائية لا سبيل لإصلاحهما بطريق النقض
- عملاً بهذا القانون السالف الذكر - ولا بطريق الاستئناف أيضاً - وذلك
لأنها أحكام انتهائية - وقانون ١٩٤٩ لم يستثنها كما فعل بأحكام المحاكم
الجزئية ، وينبنى على هذا أن هذه الأحكام تظل على ما هي عليه ميماً شابها من
عيب في الحكم أو في الإجراءات التي بنى عليها هذا الحكم .

ثم استدرك المشرع هذا العيب في النص فعدل المادة ٣٩٦ بالقانون
رقم ١٣٧ لسنة ١٩٥٦ الصادر في ٢٥ من مارس سنة ١٩٥٦ بحيث
جعلها شاملة للأحكام التي تصدر من المحاكم الكلية أيضاً والتي شابها عيب
في الحكم أو في الإجراءات التي بنى عليها هذا الحكم ، ومن ثم فإنه بحسب
هذا التعديل وجد سبيل لإصلاح الأحكام الصادرة من المحاكم الابتدائية وهو
استئناف أحكامها أيضاً (٧٨) فكان نصها يجرى كالاتي « يجوز استئناف

(٧٨) يلاحظ أن قانون المرافعات الذي تكلم في الأحكام الجائز استئنافها استثناءً
وجعلها فاصرة على الأحكام التي تصدر من المحاكم الجزئية دون الكلية فقد نصت المادة ٣٠٦
منه على قصر الاستئناف على أحكام المحاكم الجزئية أما الأحكام الصادرة من المحاكم الابتدائية .

الأحكام الصادرة بصفة انتهائية من المحاكم الجزئية أو من المحاكم الابتدائية بسبب وقوع بطلان في الحكم أو بطلان في الإجراءات أثر في الحكم ،

ثم صدر القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٦٢ معدلا النص السابق فجرى كالاتي « يجوز استئناف الأحكام الصادرة من المحاكم الجزئية أو الابتدائية في حدود نصابها الانتهائي »

فقد استبدل المشرع عبارة « بصفة انتهائية » الواردة في القانون السابق بعبارة « في حدود نصابها الانتهائي » حتى يبين لنا أن الذي قصده من ذلك استئناف الأحكام الصادرة في حدود النصاب الانتهائي لمحاكم الدرجة الأولى ، وليس المقصود به الأحكام الصادرة في استئناف أحكام المحاكم الجزئية (٧٩) فحكم ثاني درجة ولو كان باطلا لا يقبل الطعن فيه بالاستئناف (٨٠) .

كما أن هذا النص (٣٩٦) المعدل بمقتضى القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٦٢ نص على وجوب ايداع كفالة من الخصم المستأنف - لضمان جدية الطعن - قدرها خمسة جنيهاً إذا كان الحكم المستأنف صادرا من محكمة

ولانت نهائية فلا تستأنف مع وجود العيب فيها . لمزيد من التفصيل تراجع الدكتور مصطفى كامل كبره قانون المرافعات الليبي ص ٧٧٥ . بخلاف قانون المرافعات اليمني فقد ذكرت المادة ٢/١٩٨ جواز إستئناف الأحكام الصادرة من المحاكم الجزئية أو محاكم اللواء - الابتدائية - إذا صدرت باطلة أو مبنية على إجراءات باطلة قانون ١٢١ لسنة ١٩٧٦ .

(٧٩) الدكتور أحمد أبو الوفا المرافعات المدنية والتجارية الطبعة السابعة ص ٩٨٠ .
(٨٠) الدكتور قنحي والى مبادئ قانون المرافعات المصدر السابق ص ٥٩٤ ، الدكتور رمزي سيف الوسيط المصدر السابق ص ٨٣٩ . وقد قرر الدكتور عبد الوهاب العشماوى قوله « ويقصد بالأحكام الصادرة بصفة انتهائية من المحاكم الجزئية أو من المحاكم الابتدائية تلك التى صدرت فى صدور النصاب النهائى للمحكمة الجزئية وتلك التى صدرت بصفة انتهائية من المحكمة الابتدائية سواء بوصفها درجة ابتدائية (أول درجة) أو بوصفها درجة استئنافية وذلك تحقياً لمراد الشارع من إتاحة الفرصة بالنسبة لهذه الأحكام لنوع من النقض وان سمي استئنافاً يمكن به تدارك ما لحق بها من بطلان هذا الراى لا نسلم به لأنه من ناحية لو أن المشرع أراد أن يبيح لهذه الأحكام الطعن بالنقض لصرح بذلك . ومن ناحية أخرى فإن هذا التفسير يخالف ما استقر عليه الفقه فى تحديد مفهوم الأحكام التى يجوز فيها الاستثناء استثناء من القواعد العامة . للمزيد من تفصيل العشماوى ص ٨٥٥ وما بعدها .

جزئية ، أو عشرة جنهيات اذا كان الحكم المستأنف صادرا من محكمة
كلية .

ونص أيضا على أن هذه الكفالة تصادر بقوة القانون متى حكم بعدم
قبول الاستئناف أو عدم جوازه ، أو بطلانه .

ومن جهة أخرى فإن هذا النص تضمن عدم الإخلال بحق المستأنف عليه
في طلب التضمينات اذا وجد ما يبررها (٨١) .

ثم صدر القانون رقم ١٣ لسنة ١٩٦٨ متضمنا المادة (٢٢١) ، والتي
سبق ذكر نصها ومن هذه المادة نستطيع استخلاص ما استحدث فيها .

أولا : ذكر في هذا النص الجديد عبارة « الأحكام الصادرة بصفة
انتهاية » ليبين لنا المشرع أن النص هذا ينصرف الى استئناف الأحكام
الصادرة في حدود النصاب الانتهايي لمحاكم الدرجة الأولى حتى ولو جاوزت
حدود نصابها الانتهايي (٨٢) .

ثانيا : جعل هذا النص مقدار الكفالة خمسة جنهيات فقط لاستئناف
الأحكام الباطلة سواء كانت صادرة عن محكمة جزئية أو من محكمة كلية .

ثالثا : كذلك ذكرت هذه المادة الاكتفاء بإيداع أمانة واحدة في حالة
تعدد الطاعنين في الحكم بشرط أن يقدموا طعنهم بصحيفة واحدة حتى ولو
اختلفت أسباب الطعن (٨٣) .

هذا وقد ذكر أستاذنا الدكتور أبو الوفا أيضا أن هذه المادة استحدثت

(٨١) الدكتور أحمد أبو الوفا المرافعات المدنية والتجارية ص ٩٨٠ ، ٩٨١ الطبعة
السابعة .

(٨٢) تراجع المذكرة التفسيرية في هذا الصدد .

(٨٣) لمزيد من التفصيل الاستاذ الدكتور أحمد أبو الوفا قانون المرافعات المدنية والتجارية

ص ٧٥٨ وما بعدها وكتاب نظرية المرفوع ص ٥١٨ وما بعدها ، الدكتور رمزي سيف الوسيط
في قانون المرافعات ص ٨٤٠ ، الدكتور أحمد مسلم همت ص ٦٩٨ المصدر السابق .

فيها عدم جواز استئناف الأحكام الصادرة بمقتضى قانون المساكن رقم ١٢١ لسنة ١٩٤٧ ولو كانت باطلة أو مبنية على اجراءات باطلة .

وستعرض للكلام عن هذه الحالة فيما بعد .

ثانيا : الأحكام الباطلة :

المقصود بالأحكام الباطلة انها تلك التي صدرت من محاكم الدرجة الأولى بصفة انتهائية ، سواء صدرت في حدود النصاب الانتهائي لها - والذي سبق أن أشرنا إليه - أو تجاوزت حدود هذا النصاب ، وذلك كالأحكام التي يفتق (٨٤) - اخصوم مقدها - على التنازل عن حق الاستئناف مادة (٢/٢١٩) فيصدر انتهائية من غير اعتبارها صادرة في حدود النصاب الانتهائي محكمة الدرجة الأولى .

وكذلك الأحكام التي ينص المشرع في جميع الأحوال مهما تكن قيمة الدعوى على انها انتهائية ، وقد سبق لنا أن مثلنا لها .

وعلى هذا فان الأحكام الباطلة اذا كانت صادرة من محكمة جزئية فانها تستأنف أمام المحكمة الابتدائية - باعتبارها محكمة درجة ثانية - والأحكام الباطلة الصادرة من المحاكم الابتدائية تستأنف، أمام محكمة الاستئناف ، ولا يجوز استئناف حكم صادر من محكمة ابتدائية بصفتها محكمة ثاني درجة - كأن يكون هذا الحكم صادرا أولا من محكمة جزئية واستأنف أمام المحكمة الابتدائية - وذلك لان الاستئناف لا يجوز الا مرة واحدة ، فدرجات التقاضي كما قدمنا درجتان فقط (٨٥) .

(٨٤) ننبه الى ان القانون القديم كان لا يجيز الاتفاق على التنازل عن الاستئناف بين الخصوم وكان يعتبر الاستئناف من النظام العام ، لمزيد من التفصيل الدكتور أحمد مسلم أصول المرافعات ص ٦٩٣ ، والدكتور فتحي والى مبادئ قانون القضاء المدني ص ٥٩٤ علما بان المشرع اليمني لم ينص على حالة الاتفاق بالنسبة للاستئناف .

(٨٥) الدكتور وعزى سيف المصدر السابق ص ٨٣٩ ، الأستاذ الدكتور أحمد أبو الوفا المرافعات المدنية والتجارية ص ٧٥٨ ، ٧٥٩ ، الدكتور أحمد مسلم المصدر السابق ص ٦٩٣ .

وإذا أردنا أن نبين أو نعرف الحكم الباطل فأننا نستطيع أن نقول انه الحكم الذي لحقه عيب في ذاته هو (٨٦) ، بمعنى أن كل الاجراءات التي كانت في الدعوى والتي انتهت بهذا الحكم المعيب كانت صحيحة ولم يلحقها عيب ، وانما العيب كان في نفس الحكم . ولا نعنى هنا وجود العيب في ذات النطق بالحكم وانما المقصود من ذلك هو مخالفة الإوضاع المحددة لاصدازه وتحريره (٨٧) .

على أنه لا يشترط في البطلان أن يكون على درجة معينة من الجسامة ، أو أن يكون غير قابل للتصحيح ، وإنما الذي يجب أن يكون هذا الحكم قد صدر انتهايا ، بمعنى أنه غير قابل للطعن فيه بالاستئناف (٨٨) .

ولنضرب أمثلة للحكم الباطل وهي أن ينطق به في جلسة سرية مادة (١٧٤) أو ألا يشتمل على الأسباب التي بنى عليها (٨٩) مادة (١٧٦) . أو أن يصدره قاض غير القاضى الذى سمع المرافعة ، أو أن يصدره قاض لم يحلف بعد اليمين ، أو قاض بمحكمة أخرى ولم يندب بطريقة صحيحة ، أو لا يوقع رئيس المحكمة على مسودته المشتملة على أسبابه ، أو ألا تودع مسودته المشتملة على أسبابه فى الميعاد الذى نص عليه القانون مادة (١٧٥) . أو ألا يشتمل على البيانات التى أوجب القانون اشتماله عليها مادة (١٧٨) (٩٠) . أو أن يكون القاضى غير صالح لنظر الدعوى ممنوعا من سماعيا عملا بنص

(٨٦) الدكتور عبد الجبار جيمعى ص ٤١٩ المصدر السابق .

(٨٧) الدكتور أحمد محمد السيد المصدر السابق ص ٦٥١ .

(٨٨) الدكتور فتحى وائى ص ٥٩٤ المصدر السابق .

(٨٩) شيبان الكوم الابتدائية ٢٧ فبراير ١٩٥١ الحاماه ٣٢ ص ٢٧٢ .

(٩٠) هذا وقد بين الأستاذ الدكتور فتحى وائى فى كتابه مبادئ القضاء ص ٥٤٣ أن بطلان أى عمل إجرائى لعيب شكلى يفترض نقص أو خطأ عنصر شكلى تطلبه القانون ولهذا لا يبطل الحكم بسبب عدم اشتماله على بيان رقم الدعوى التى صدر فيها ، أو على بيان اسم كاتب الجلسة ، أو على بيان أن الحكم صادر بعد الدولة فكل هذه البيانات لم تنص عليها المادة ١٧٨ ضمن بيانات الحكم . لمزيد من التفصيل يراجع المصدر السابق .

المادة (١٤٧) • أو إذا لم تتدخل النيابة في قضية يوجب فيها القانون تدخلها
المادة (٨٨)(٩١) •

ومن هنا يتبين أن الحكم الباطل قد ينحقه العيب في شكله أو في
البراهين المستندة إليه (٩٢) •

وقد بينا أنه يكون كذلك بسبب مخالفة الأوضاع المحددة لاصدائه
وتحريره إلا أننا ننبه إلى أنه إذا كان خطأ المحكمة ينحصر في تحصيل
الوقائع أو في فهم القانون فإنه لا يترتب على ذلك بطلان في الحكم نفسه (٩٣) •

ثالثاً : الأحكام المبنية على إجراءات باطلة :

وهي أيضاً أحكام صادرة من محكمة أول درجة وأنها انتهائية كذلك
كما بيناه آنفاً كما أنها حسب القواعد العامة غير قابلة للطعن فيها بالاستئناف
وإذا أردنا أن نعرف ما هو الحكم المبنى على إجراء باطل حتى نميز بينه
وبين الحكم الباطل في ذاته ، فإنه يمكن لنا أن نقول أن الحكم المبنى على إجراء
باطل هو الحكم الصحيح في ذاته إلا أن إجراءاته التي بنى عليها هي
الباطلة (٩٤) •

وقد أجاز المشرع استئناف هذه الأحكام والتي صدرت بصفة انتهائية
- الأحكام الباطلة والأحكام المبنية على إجراءات باطلة - استثناء • وذلك
لتصدي رعاية تتعلق بالنظام العام ، وهي سلامة الإجراءات ، وعدم تناقض
الأحكام (٩٥) •

(٩١) لمزيد من التفصيل تراجع المصادر الآتية : الأستاذ الدكتور أحمد أبو الوفا قانون
المرافعات المدنية والتجارية ص ٧٥٦ وكتاب نظرية الدفوع ص ٥١٩ ، ٥٢٠ • وكتاب التعليق
على نصوص قانون المرافعات ص ٦٦٧٨ ، الدكتور رمزي سيف الوسيط في قانون المرافعات
ص ٨٣٩ ، ٨٤٠ • الدكتور عبد الباسط جيمعي مبادئ المرافعات ص ٤١٨ ، ٤١٩ • الدكتور
أحمد مسلم أصول المرافعات ص ٦٩٨ •

(٩٢) الدكتور عبد الباسط جيمعي المصدر السابق ص ٤١٩ •

(٩٣) الدكتور أحمد مسلم المصدر السابق ص ٦٩٨ •

(٩٤) الأستاذ الدكتور عبد الباسط جيمعي مبادئ قانون المرافعات ص ٤١٩ •

(٨٥) الأستاذ الدكتور أحمد مسلم ، أصول المرافعات ص ٦٩٩ •

والحكمة من ذلك هي أن المشرع تدارك أن الحكم الباطل ، أو الحكم الذي بنى على اجراء باطل ، ليس أيهما جدير بأن يحوز حجية الشيء المحكوم به (٩٦) ، كما أن الاستئناف هنا في هاتين الخالتين ، هو الوسيلة الوحيدة لتظلم المحصم - المحكوم عليه - من صدور حكم باطل يعوضه عن الحرمان الذي لحقه من الطعن بالنقض (٩٧) ففتح له هذا الباب - استثناء - وهو الاستثناء في مثل هذه الأحوال ، وهذه ضمانات حسنة من المشرع (٩٨) لرعاية من حكم عليهم بمثل هذه الأحكام ، والذين قفل في وجيبهم أي سبيل أو طريق لرفع هذا الظلم عنهم . وذلك لأن تصحيح هذا الحكم - أي الحكم الباطل أو الحكم المبني على اجراء باطل - لا يجوز رفع دعوى مبتدأة بطلب ابطاله ، كما أنه من ناحية أخرى لا يسوغ قانوناً أن يظل هذا الحكم رغم العيب الذي لحقه بعيداً عن الطعن ، فيكتسب حجية مستقرة ، وينجو من رقابة القضاء لمجرد أنه قد صدر في حدود النصاب الانتبائي لمحاكم الدرجة الأولى (٩٩) .

ومما تجدر الإشارة إليه أن الاستئناف لا يجوز قبوله الا اذا كانت الاجراءات الباطلة ، أو بمعنى آخر اذا كان بطلان هذه الاجراءات قد أثر في الحكم .

وقد بين أستاذنا الدكتور أحمد أبو الوف باسنياب وتوضيح هذه الحالة بضرب أمثلة متعددة لبيان كون الاجراءات أثرت في الحكم فيبطل لذلك وتنطبق عليه أحكام المادة (٢٢١) ، أو أنها لم تؤثر فيه فلا وجه لتطبيق نص هذه المادة المذكورة (١٠٠) .

(٩٦) الدكتور زمرى سيف التوسيط في المرافعات ص ٨٢٦ .
(٩٧) الدكتور زمرى سيف التوسيط السابق نفس الموضع والصفحة ، الأستاذ الدكتور أحمد أبو الوف المرافعات المدنية والتجارية ص ٧٥٦ .
(٩٨) الأستاذ الدكتور أحمد أبو الوف المرافعات المدنية والتجارية نفس المرجع والصفحة .
(٩٩) الأستاذ الدكتور عبد الباسط جيمع مبادئ المرافعات ص ٤١٨ .
(١٠٠) الأستاذ الدكتور أحمد أبو الوف نظرية الدعوى في قانون المرافعات الطبعة الخامسة ، المزيد من التفصيل ص ٥٢١ وما بعدها .

فمثال الحكم المبني على اجراءات باطلة أثرت فيه ، انه اذا صدر أمر أداء من قاضي محكمة المواد الجزئية ، وتمسك المحكوم عليه عند التظلم منه ببطلانه لأن خصمه لم يكلفه بالوفاء بكتاب موسى عليه مع علم الوصول كما يشترط القانون ولم تلتفت المحكمة الى هذا الدفاع ، ولم تجب على ما تمسك به الخصم من أربى البطلان . رأست سكرتها بتأييد الأمر . فان للمحكوم عليه أن يستأنف هذا الحكم مهما تكن قيمة الدعوى وذلك عملاً بالمادة (٢٢١) . وعلى اعتبار أنه بني على اجراءات باطلة - وذلك لأن المحكمة أخأت بحقوق الدفاع - وبني على حكمها الضمني بصحة الاجراءات حكم باطل لانه لم يشتمل على الاسباب التي تؤيده .

ومثال الحكم المبني على اجراءات باطلة ولكنها لم تؤثر فيه حالة ما اذا لم يدع الحبير الخصوم عند مباشرته مهتمه ، ولم تعتمد المحكمة في حكمها على ما في ملف الدعوى من قرائن ومستندات ، واعتمدت على ما أمرت به من اجراءات أخرى ، فلا يجوز استئناف الحكم عملاً بالمادة (٢٢١) لانه وان كان قد وقع بطلان في اجراء من الاجراءات الا أن هذا الاجراء لم يؤثر اطلاقاً في الحكم الصادر في الموضوع .

حتى أنه اذا ثبت أن المحكمة بنت حكمها على أسباب تتعلق بالنتيجة المستخلصة من تقرير الحبير الباطل واعتمدت أيضاً على أسباب استخلصتها من ظروف القضية . وكانت الأسباب الأخيرة كافية في ذاتها لاقامة الحكم عليها ، والأسباب الأخرى قد جاءت في الحكم على سبيل التزويد ، فلا يجوز استئناف الحكم عملاً بالمادة (٢٢١) لأن بطلان الاجراء هنا لم يؤثر أيضاً في الحكم .

ومن أمثلة الحكم المبني على اجراءات باطلة أن تكون صحيفة الدعوى التي صدر فيها الحكم باطلة ولم تبين المحكمة هذا البطلان قبل صدور الحكم في غيبة المدعى عليه ، أو اذا أذن لأحد الخصوم بإثبات واقعة بشهادة الشهود

ولم يتمكن الخصم الآخر من نفيها بهذا الطريق ، أو اذا لم يدع الخصم الخصوم
عند مباشرته مهجته (١٠١) .

ومنها أيضا اذا صدر الحكم أثناء انقطاع الخصومة لقيام سبب من أسباب
الانقطاع (١٠٢) أو اذا سمعت المحكمة دفاع أحد الخصوم أثناء المداولة دون
حضور الخصم الآخر ، أو قبلت أوراقا أو مذكرات منه دون أن يطلع عليها
الخصم الآخر (١٠٣) .

هذه أمثلة لبيان أن الحكم هنا يكون باطلا اذا صدر من المحكمة مع
تحقق أى حالة من هذه الحالات السابقة وذلك لأن الحكم هنا سببى عليها
وهى اجراءات باطلة بنص القانون ، وأحب أن أنوه الى أن هذه الأمثلة التى
سقتناها إنما هي على سبيل المثال فقط .

وتجدر الإشارة هنا الى أن الذى يملك الاستئناف هنا - أى فى
الاستئناف الاستثنائى هو الخصم الذى شرع البطلان لمصلحته . أما الخصم
الآخر فظالما أن البطلان غير مقرر لمصلحته فلا يمكن رفع هذا الاستئناف
الاستثنائى ولا حتى رفع استئناف فرعى أو استئناف مقابل ، والعلة فى
ذلك أن الاستئناف المقرر فى المادة (٢٢١) هو استثناء من القواعد العامة ،
قصد به الغاء الحكم الباطل ولم يقصد به تصحيح القضاء الموضوعى
للحكم (١٠٤) .

(١٠١) ويشترط فى هذه الأحوال المذكورة ألا يكون الحق فى التمسك بالبطلان قد سقط
لمزيد من التفصيل تراجع نظرية الدعوى رقم ٣٢٠ . وكتاب التعليق على نصوص المرافعات
للاستاذ الدكتور أحمد أبو الوفا تعليق على المادة ٢٢١ .

(١٠٢) ومن المعلوم أن أسباب انقطاع سير الخصومة يكون لوفاة أحد الخصوم ، أو نقده
للاهلية أو زوال صفته ، يراجع الأستاذ الدكتور عبد الباسط جيمى المصدر السابق
ص ٣١٦ وما بعدها .

(١٠٣) وهو ما يعبر عنه بالإخلال بحق الدفاع .

(١٠٤) لمزيد من التفصيل يراجع كتاب المرافعات المدنية والتجارية ص ٧٠٣ ، ٧٠٧ .
للدكتور أحمد أبو الوفا .

وجدبر بالذكر أن حق الخصم في التمسك بالبطلان هنا في حالة ما إذا لم يكن البطلان متعلقا بالنظام العام (١٠٥) . وقد سبق حكمه .

• مما تقدم يتضح لنا أنه إذا طعن في الحكم المبني على إجراء باطل (١٠٦) ، يكون قابلا للإلغاء حسب نص المادة (٢٢١) - أي الحكم النهائي - بتوافر شروط تطبيق هذا النص ، وهي أن يتخذ في الدعوى إجراء باطل ، وإلا يكون الخصم صاحب المصلحة في التمسك ببطلانه قد أسقط حقه فيه (١٠٧) ، وإلا تكون المحكمة قد قضت بصحة الإجراء وأن يبى الحكم على ذات الإجراء الباطل ، وأن يكون الطاعن هو ذات الخصم الذي مسه الإجراء الباطل ، وأن يتمسك الطاعن بالبطلان قبل تعرضه للموضوع (١٠٨) .

• هذا كله طبعا في حالة ما إذا لم يكن البطلان من النظام العام (١٠٩) .

رابعاً : الكفالة :

لقد كان نص المادة ٣٩٦ والخاص بالاستئناف الاستثنائي للأحكام الباطلة ، لم ينص على أن من يطعن في هذه الأحكام ملزم بتقديم كفالة إذا ما حكم بعدم قبول طعنه ، وذلك كما قدمنا في تاريخ النص .

ولما عدل المشرع هذا النص بالقانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٦٢ استحدثت فسخ من ما استحدثت في هذا التعديل وجوب تقديم كفالة من المستأنف يودعها عند تقديم استئنافه على سبيل الكفالة .

(١٠٥) فالخصم الذي مسه المخالفة هو وحده الذي يملك استئناف الحكم عملاً بالمادة ٢٢١ بخلاف حالة النظام العام . الدكتور أحمد أبو الوفا . نظرية الدفوع ص ٥٢٠ .
(١٠٦) وفي هذه الحالة يكون الحكم نفسه من ناحية الشكل صحيحاً ولكن المسبب له لايقنائه على إجراء باطل .
(١٠٧) كما قدمنا ذلك فيما سبق .
(١٠٨) وذلك لأنه رقم شكلي ويسقط كما هو معلوم بكلام الخصم في الموضوع قبل إبدائه .
لزيد من التفصيل نظرية البطلان الدكتور فتحى والى ص ٥٧٠ وما بعدها .
(١٠٩) لزيد من التفصيل يراجع كتاب التعليق على نصوص قانون المرافعات ص ٦٧٩ ، ٦٨٠ ، وكتاب نظرية الأحكام رقم ١٢١ ، وكتاب نظرية الدفوع رقم ٢٧٢ ص ٥٢٣ ، ٥٢٤ ، للدكتور أحمد أبو الوفا .

وكان هذا النص المعدل يفرق في مقدار هذه الكفالة بين الأحكام فإذا كان الحكم المستأنف صادرا من محكمة جزئية فان مقدار الكفالة عند استئنافه - اذا كان باطلا - خمسة جنيهاً ، واذا كان صادرا من محكمة كلية ، فان مقدار الكفالة عشرة جنيهاً .

ولما صدر القانون ١٣٠ لسنة ١٩٦٨ جاء بنص المادة ٢٢١ لتخلف النص السابق ٣٩٦ موحدا مقدار الكفالة . بمعنى أنه لم يفرق بين الحكم الصادر من المحكمة الجزئية والحكم الصادر من المحكمة الكلية فنص على أنه على المستأنف ايداع كفالة قدرها خمسة جنيهاً خزانة المحكمة الاستئنافية (١١٠) .

كما أن هذا النص استحدث أيضا حكم آخر في حالة تعدد الطاعنين بالنسبة للكفالة وهو الاكتفاء بتقديم هذه الكفالة من أى خصم منهم وعدم الزام بقية الخصوم بتقديمها بشرط أن يقدموا استئنافهم بصحيفة واحدة ، حتى ولو اختلفت أسباب طعنهم بالاستئناف (١١١) .

والحكمة التي أرادها المشرع من ذلك هي ضمان جدية الطعن بالاستئناف (١١٢) . وأضاف النص أيضا أن هذه الكفالة تصادر بقوة القانون متى حكم بعدم جواز الاستئناف لانتفاء البطلان (١١٣) .

وقد كان النص القديم يجعل مصادرة الكفالة في حالة الحكم بعدم قبول الاستئناف أو بعدم جوازه أو بطلانه .

(١١٠) سبق أن تلمنا عن ذلك فيما سبق عند ذكرنا تاريخ النص .
(١١١) الدكتور أبو الوفا المرافعات المدنية والتجارية ص ٧٦٠ . الدكتور أحمد مسلم الوسيط في قانون المرافعات هامش ص ٦٩٨ .
(١١٢) الدكتور عبد الباسط جيمى مبادئ المرافعات ص ٤١٩ . الدكتور أحمد أبو الوفا قانون المرافعات المصدر السابق ص ٧٥٩ ، الدكتور رمزي سيف الوسيط المصدر السابق ص ٨٤٠ .
(١١٣) أى بغير حاجة إلى صدور حكم ينص على ذلك ، وقد ذكر الدكتور رمزي سيف على أن النص على مصادرة الكفالة في حالة الحكم ببطلان الاستئناف نص منتقد لأن بطلان الاستئناف لا يعنى حتما عدم جديته الوسيط ص ٨٤٠ .

والعلة في استبدال العبارة الأخيرة بالعبارة السابقة هي قصر مصادرة الكفالة على حالة عدم الحكم بعدم جواز الاستئناف لانتفاء البطلان لأن هذه الحالة (١١٤) وحدها هي التي تتفق مع الغرض المقصود من النص (١١٥) .

وحكم هذه الكفالة أنها ليست من قبيل الرسوم القضائية ، ومن ثم فإنه يترتب إذا ما رفع استئناف بدونها - أي بدون ايداع الكفالة خزانة المحكمة - بطلان أو عدم قبول للاستئناف ، وذلك لأن المشرع لم يجعل هذه الكفالة ضمن الشروط اللازمة لرفع الاستئناف والتي رتب على الإخلال بها البطلان (١١٦) وكل ما هنالك أن قلم كتاب المحكمة عليه القيام بتحصيلها من الخصم المستأنف ولو بعد فوات ميعاد الاستئناف (١١٧) .

ومما هو جدير بالذكر أن المشرع نص في هذه المادة (٢٢١) على أن قلم الكتاب في المحكمة لا يقبل صحيفة الطعن من رافعها إلا إذا اصطحبت بما يثبت ايداع الكفالة .

وينبني على أن الكفالة هنا - في هذا المقام - ليست ضمن الرسوم القضائية أن الخصم المستأنف لا يعفى منها ، لأنه من الجائز اعفاؤه من الرسوم الأخرى القضائية ، وذلك لأن نص المادة المذكورة ليس فيه ما يفيد ذلك ، ولو أراد المشرع اعفاؤه لنص على ذلك كما فعل بالنسبة للطعن بالنقض حيث نص على ذلك صراحة في المادة (٢٥٤) والتي تقرر « ولا يقبل قلم الكتاب صحيفة الطعن إذا لم تصحب بما يثبت هذا الايداع ويعفى من

(١١٤) أي حانة البطلان .

(١١٥) تقرير اللجنة التشريعية بمجلس الشعب . وقد استهجن هذا التقرير استناداً الدكتور أحمد أبو الوفا وقال انه يستوى أن يكون عدم قبول الطعن أو عدم جوازه لرفعه قبل الميعاد أو بعده ، أو لوقعه من غير ذي صفة أو على غير ذي صفة ، أو لكون اجراءات الطعن باطلة . لمزيد من التصيل كتاب نظرية الدفوع هامش ص ٥١٩ .

(١١٦) وهي شمول صحيفة الاستئناف على بيان الحكم المستأنف وتاريخه وأسباب الاستئناف والطلبات ، وقد رتب البطلان على الإخلال بذلك مادة ٢٣٠ مرافعات .

(١١٧) الدكتور أحمد أبو الوفا المرافعات المدنية والتجارية ص ٧٥٩ .

أداء الكفالة من يعفى من أداء الرسوم ، • فيستفاد من هذا النص أن الطاعن بالنقض إذا أعفى من الرسوم أعفى من الكفالة ، وهو ما لم ينص المشرع عليه في المادة (٢٢١) كما يستفاد منه أيضا أن الكفالة ليست ضمن الرسوم القضائية .

خامسا : الآثار المترتبة على ذلك :

إذا رفع الخصم الذي حكم عليه طعنا بالاستئناف ، في الحكم الباطل أو المبنى على اجراء باطل ، لتنظيم من هذا الحكم ، فينبني على هذا طرح موضوع الدعوى الذي فصلت فيه محكمة أول درجة على المحكمة الاستئنافية - ثاني درجة - عملا بالقاعدة العامة في الأثر الذي يترتب على الاستئناف (١١٨) .

فالأصل أن المحكمة الاستئنافية عندما تقضى في الاستئناف تتناول الموضوع - موضوع الدعوى - وتفصل فيه ، سواء قضت ببطان الحكم المنطوق فيه ، أو ببطان الاجراءات التي اعتمد عليها الحكم (١١٩) . وذلك من سلطة محكمة الدرجة الثانية - الاستئنافية - في نظر الحكم المستأنف . سلطة شاملة ، تتناول الوقائع كما تتناول تطبيق القوانين على هذه الوقائع .

ففي كمحكمة أول درجة ، محكمة قانون وواقع معا (١٢٠) .

وبمعنى آخر أوسع وأشمل ، أن الأحكام التي تكون قد صدرت في الدعوى من محكمة الدرجة الأولى قبل الحكم الفاصل في الموضوع تعتبر بقوة

(١١٨) الدكتور رمزي صاحب المصدر السابق هـ من ص ٨٤٠ .
(١١٩) الدكتور أحمد أبو الوفا المرافعات المدنية والتجارية ص ٧٥٧ وقد ذكر في هامش نفس الصفحة تأييدا لذلك حكم محكمة النقض بأنه إذا ما استندت محكمة أول درجة ولايتها بالحكم في موضوع واثت محكمة الدرجة الثانية أن الحكم باطل لغيره في الاجراءات - إذا لم تتدخل الثانية في مسألة تتعلق بالأحوال الشخصية بالنسبة للأجانب - فإن الاستئناف ينقض الدعوى بوجهها إن محكمة الدرجة الثانية ولا يجوز التخلي عن الفصل في موضوعها . انقضاء لا ابتدائية في ٢٢ ديسمبر ١٩٥٧ - الجريدة الرسمية السنة ٣٨ ص ٤٢٥ .

(١٢٠) الدكتور عبد الواسع جيبين المصدر السابق ص ٤٢٥ .

القانون مستأنفة ، ومطروحة على المحكمة الاستئنافية بمجرد استئناف الحكم الصادر فى الموضوع ، وتعود المناقشة فى المسائل التى فصلت فيها تلك الأحكام من جديد (١٢١) .

ولا يستثنى من ذلك الا اذا كان هناك حكم فرعى وقبل صراحة كما نصت على ذلك المادة (١/٢٢٩) مرافعات بقولها « استئناف الحكم المنهى للخصومة يستتبع حتما استئناف جميع الأحكام التى سبق صدورها فى القضية ما لم تكن قد قبلت صراحة . مع مراعاة ما نصت عليه المادة (٢٣٢) » . وهو ما طلب فقط فى الاستئناف .

وبمعنى آخر فان الحكم الذى يرضى به المستأنف ولم يستأنفه ، فليس له ولا للمحكمة الاستئنافية المساس به .

ومن ثم فانه لا يطرح على المحكمة الاستئنافية - ثانى درجة - طلبات موضوعية جديدة لم ييدها الخصم أمام محكمة أول درجة ، كما أنه لا يطرح على المحكمة الاستئنافية الا الطلبات التى فصلت فيها محكمة أول درجة ، والتى رفع عنها الاستئناف . وذلك لان الاستئناف قصد بشرعيته تجريح الحكم المطعون فيه (١٢٢) .

وهذا ما يفهم من نص المادة (٢٣٢) والتى تقرر أن « الاستئناف ينقل الدعوى بحالتها التى كانت عليها قبل صدور الحكم المستأنف بالنسبة لما رفع عنه الاستئناف فقط » .

ومن هنا يتبين لنا عدم قبول طلبات جديدة فى الاستئناف (١٢٣) لأن من شأن ذلك تقويت درجة من درجات التقاضى على الخصم الذى يوجه اليه ذلك الطلب الجديد .

(١٢١) الدكتور أحمد مسلم المصدر السابق ص ٧٠٥ .
(١٢٢) لمزيد من التفصيل الدكتور أبو الوفا المرافعات المصدر السابق ص ٧٧٦ ، ٧٧٧ .
الدكتور أحمد مسلم المصدر السابق ص ٧٠٦ .
(١٢٣) نقض مدني ٥ مارس ١٩٦٤ السنة ١٥ ص ٢٨٠ .

كما أن من شأنه أيضا - الطلب الجديد - الإخلال بمبدأ تعدد درجات التقاضي علما بأنه من المبادئ الأساسية التي يقوم عليها النظام القضائي في مصر (١٢٤) . وقد نصت المادة (٢٣٥) على ذلك بقولها « لا تقبل الطلبات الجديدة في الاستئناف وتحكم المحكمة من تلقاء نفسها بعدم قبولها . . . » .

وإذا كان الحظر منصبا على تقديم طلبات جديدة في الاستئناف ، فإنه لا يكون منصبا على اجازة ابداء أدلة ، ودفع ، وأوجه دفاع جديدة ، وذلك لأن الغرض من الاستئناف هو أن يمكن الخصم المحكوم عليه من ابداء ما يظهر له من وسائل دفاع جديدة ، واستدراكه ما سبأ عنه (١٢٥) .

ولم يستثن المشرع من الطلبات الجديدة الا أشياء قصد منها التيسير على المتقاضين (١٢٦) . وهي :

أولا :

جواز اضافة طلب الأجور والفوائد والمرتببات ، وسائر الملحقات التي تستحق بعد تقديم الطلبات الختامية أمام محكمة الدرجة الأولى .
وهذا استثناء على غير وجهه الحقيقي ، وذلك لأن هذا الطلب الجديد - أمام

(١٢٤) الأستاذ الدكتور أحمد أبو الوفا المرافعات المصدر السابق ص ٧٧٧ .
(١٢٥) الدكتور أحمد أبو الوفا ، وقد فرق بين الطلب الجديد ووسيلة الدفاع فقال :
الطلب الجديد هو الطلب الذي يختلف عن الطلب الأصلي في موضوعه أو أطرافه أو سببه ، أما وسيلة الدفاع فهي الحجة التي يستند إليها الخصم في تأييد ما يدعيه دون أن يحدث بها تغييرا في مطلوبه . لمزيد من التفصيل المرافعات المصدر السابق ص ٧٧٩ . والأستاذ الدكتور عبد الباسط جيمبي حيث قرر ، ولا يعتبر الطلب جديدا إذا لم يكن يختلف عن الطلب أمام محكمة أول درجة من ناحية الخصوم أو الموضوع أو السبب ، بحيث إذا رفعت به دعوى مبتدئة حالت حجة الشيء المقضي دون قبولها . لمزيد من التفصيل مبادئ المرافعات المصدر السابق ص ٤٢٦ ، ٤٢٧ . الأستاذ الدكتور أحمد مسلم والذي قرر في اباحة ابداء دفع جديدة أن الاستئناف استثناء بمحكمة الدرجة الثانية من محكمة الدرجة الأولى . لمزيد من التفصيل أصول المرافعات ص ٧٠٥ ، ٧٠٦ .

(١٢٦) الأستاذ الدكتور عبد الباسط جيمبي المصدر السابق ص ٤٢٧ .

(١٢٧) الأستاذ الدكتور أحمد مسلم المصدر السابق ص ٧٠٧ .

محكمة الدرجة الثانية - له جذور سابقة لدى محكمة الدرجة الأولى ، ومن هنا لا يسمى طلبا جديدا (١٢٧) .

ثانيا : :

جواز اضافة سبب جديد فى الاستئناف الى جانب السبب الذى كان يسند الطلب أمام محكمة الدرجة الأولى ، ويمكن هنا اعتباره تديما للدفاع (١٢٨) . فالذى يطالب بملكية عين باعتباره وارثا لهما ، لا بأس أن يضيف أمام المحكمة الاستئنافية الى الورثة مضى المدة كسبب آخر للملكية .

الا أن المشرع يبيّن له أكثر من ذلك ، وهو أن يعدل عن الاستناد الى الميراث ويستند لأول مرة أمام المحكمة الاستئنافية الى مضى المدة وحده بحجة أن موضوع الطلب الأصيل وهو الملكية لم يتغير (١٢٩) . وقد بينت المادة (٢/٢٣٥) مرافعات هاتين الحاليتين ، حيث كان نصها « ومع ذلك يجوز أن يضاف الى الطلب الأصيل الأجور والفوائد والمرتببات وسائر الملحقات التى تستحق بعد تقديم الطلبات الحتمية أمام محكمة الدرجة الأولى ، وما يزيد من التعويضات بعد تقديم هذه الطلبات » .

ومن هنا نعلم أن الطعن فى الحكم بالاستئناف اذا كان باطلا أو مبنيا على اجراءات باطلة ، يطرح على المحكمة الاستئنافية موضوع الدعوى الذى فصلت فيه محكمة أول درجة .

ويبنى على هذا أن المحكمة الاستئنافية اذا حكمت بالغاء الحكم لما يشوبه من بطلان كان عليها أن تفصل فى الموضوع ، ولا يجوز لها أن تعيد الدعوى لمحكمة أول درجة للفصل فى موضوعها من جديد ، وذلك لأن محكمة أول درجة قد استنفذت ولايتها بحكمها السابق فى الموضوع (١٣٠) .

(١٢٨) للمزيد من التفصيل الدكتور أحمد مسلم نفس الموقع والصفحة ، وقد أضاف أن تغيير السبب كلية يجعلنا فى الواقع أمام طلب جديد ، وهنا يكون استثناء فاطح .
(١٢٩) الدكتور أحمد مسلم نفس الموقع والصفحة المصدر السابق .
(١٣٠) راجع حكم محكمة النقض فى ٢٦ مارس سنة ١٩٥٢ - المعاماة - سنة ٢٥ - صفحة ١١٠ .

وفي نياية كلامنا نشير في لمحة سريعة الى أن تطبيق نص المادة (٢٢١) مرافعات . وكما هو الأمر في ظل قانون المرافعات السابق في المادة (٣٩٦) يشتر صعوبة بالنسبة للأحكام الصادرة في حالات منع المشرع بنص خاص الطعن فيها ، ومن ثم هل يجوز الطعن فيها بالاستئناف استثناء عن القواعد العامة إذا وقع فيها بطلان ، أو وقع بطلان في الاجراءات أثر في الحكم .

يرى الأستاذ الدكتور رمزي سيف أن هذه الأحكام يجوز استئنافها استثناء لنص المادة (٣٩٦) من باب أولى ، ويبرر ذلك بأنه إذا كان الحكم الذي لا يجوز الطعن فيه بالاستئناف طبقاً للقاعدة العامة التي تحسددها نص المادة (٢٢١) يجوز استئنافه إذا شابته بطلان ، فمن باب أولى يجوز استئناف هذا الحكم إذا صدر في موضوع يقبل الاستئناف طبقاً للقاعدة العامة ، والمشرع إنما منع استئنافه استثناء من القاعدة العامة .

وينتهي الى ذلك بأن مثل هذا الحكم غير جدير بأى حجية في أية حالة يصدر فيها .

واعمالاً لهذا التفسير يذهب الدكتور رمزي سيف الى أن الأحكام الصادرة من المحاكم الابتدائية في المنازعات الخاضعة لأحكام القانون رقم (١٢١) لسنة ١٩٤٧ الخاص بإيجار الأماكن يجوز الطعن فيها بالاستئناف إذا وقع في الحكم بطلان ، أو في الاجراءات بطلان أثر في الحكم ، مع أن القانون سالف الذكر منع الطعن في هذه الأحكام بأى طريق من طرق الطعن .

ويشير الى أن بعض الأحكام الصادرة من المحاكم الاستئنافية أخذت بذلك ، والبعض الآخر رفض الأخذ به (١٣١) .

وهذا الرأي الذي ذكره الدكتور رمزي سيف جاء على خلاف ما انتهى اليه الفقه من عدم جواز استئنافه ، ويبرر ذلك بما يأتي :

(١٣١) لمزيد من التفصيل الدكتور رمزي سيف ، الوسيط، ص ٨٤٠ وما بعدها .

١ - أن المشرع لو أراد أن يجعل هذه الأحكام قابلة للاستثناء استثناء
لنص على ذلك صراحة ، الأمر الذي يجعل التفسير السابق غير منطقي .

٢ - أن القانون رقم (١٢١) لسنة ١٩٤٧ الخاص بإيجار الأماكن قانون
خاص (١٣٢) ، وطبقا للقواعد العامة فإن احصاء يجب العام . ومن ثم لا ينطبق
القواعد العامة الواردة في قانون المرافعات على القانون الخاص - إيجار الأماكن
- باعتبار أن الأخير تنظم نصوصه الأحكام الواردة فيه .

٣ - أن الأحكام المسادرة في خصوص إيجار الأماكن أحكام
خاصة (١٣٢) ، التي تنطبق عندما كثر أنواع الطعن أو كان سببها
لغة تمارس بين قانون إيجار الأماكن ونص المادة (٢٢١) من قانون المرافعات
السابق ، أو المادة (٢٢١) من القانون الجديد ، وذلك لأن قانون إيجار
المساكن - السابق - لا ينص على أحكام بدائرة المساكن تعتبر انتبائية ، كما
أن المادة (٢٢١) لا تجيز استثناء الأحكام الباتة بصفة استثنائية .

ومن هنا ينتهي معظم الفقه الى أن هذه الأحكام لا يجوز استثناءها عملا
لنص المادة (٣٩٦) من القانون السابق أو المادة (٢٢١) من القانون الحالي (١٣٤) .

ويلاحظ أن قانون إيجار الأماكن الجديد رقم (٥٢) لسنة ١٩٦٩ لم
يجعل مثل هذه الأحكام غير قابلة للطعن فيها بأي طريق من طرق الطعن
وإنما أباح الطعن فيها ، ومن ثم فلا مجال لهذا الجدل في ظل هذا القانون .

خاتمة

وتتعرض فيها للموازنة بين منهج الفقه الإسلامي في تنظيمه للبطلان ،
والأحكام الباطلة ، لبطلان في الحكم أو بطلان في الاجراءات أثر في الحكم ،

- (١٣٢) الدكتور فتحي والى المصدر السابق هامش ص ٥٩٤ ، ٥٩٥ .
(١٣٣) الأستاذ الدكتور أحمد أبو الوفا ، التعليق على نصوص قانون المرافعات ص ٦٧٨ .
(١٣٤) مزيد من التفصيل في هذا الموضوع تراجع المصادر الآتية : الدكتور أحمد أبو الوفا
كتاب التعليق على نصوص المرافعات المصدر السابق ص ٧٧٧ وما بعدها ، كتاب المرافعات
هامش ص ٧٥٩ ، الدكتور فتحي والى مبادئ قانون القضاء المدني هامش ص ٥٩٤ ، ٥٩٥ .

وبين منهج قانون المرافعات حسبما أشرنا الى ذلك تفصيلا في الفصلين السابقين .

وسوف نتعرض أولا للنتائج التي تتعلق بالبطلان في الفقه الاسلامي وقانون المرافعات ، وثانيا لمبدأ تعدد درجات التقاضي بين الفقهاء .

وفي النهاية نقارن بين حالات بطلان الحكم وبطالان الاجراءات الذي أثر في الحكم ، وبين هذه الحالات في القانون الوضعي .

أولا : البطلان في الفقه الاسلامي وقانون المرافعات :

سبق أن تعرضنا بالتفصيل الى معنى البطلان في الفقه الاسلامي لدى كافة المذاهب والفرق الاسلامية ، ومدارج هذا البطلان ، ورأينا معنى البطلان في فقه المرافعات .

وإذا كان لنا أن نعقب على الفقهاء فإننا نجد أن الشريعة الاسلامية وإن كانت قد اتفقت مع القانون الوضعي في كون البطلان يعني كون التصرف على خلاف ما طلبه الشارع ، الأمر الذي يؤدي الى عدم ترتيب آثارها علينا ، إلا أن البطلان في الفقه الاسلامي من ناحية نجده شاملا يغطي كافة صور العيب الذي يلحق التصرف أو الفعل سواء كان يتعلق ببطلان في الحكم أو ببطلان في الاجراءات لأن المعيار الذي وضعته الشريعة هو كون الفعل جاء على خلاف ما طلبه الشارع ، وحتى لو أن الفعل استكمل مظاهره الخارجية التي طلبها الشارع الاسلامي ، إلا أنه لا يحقق مقصود الشارع وأهدافه فإنه يكون باطلا أيضا .

هذه الفكرة الأخيرة بالنسبة لقانون المرافعات لم تعرف الا في وقت حديث نسبيا ربط بين البطلان وبين النظام العام مع أن هذه الفكرة واضحة ومحددة لدى جميع المذاهب والفرق الاسلامية .

فالبطلان لا يتقرر فحسب إذا ما كان الحكم مخالفا للنموذج القانوني كما يعبر رجال القانون ، وإنما يمكن أن يكون باطلا ، مع اتفاقه مع هذا

النموذج اذا ما كان التصرف غير محقق للمصالح-المعتبرة التي استهدفها
الشارع الاسلامي او مخالفا لها .

هذا فيما يتعلق بشمول البطلان في الفقه الاسلامي ، وفوق ذلك فان
البطلان في الفقه الاسلامي يتم بالاصالة ، وان الشريعة الاسلامية قد سبقت
كافة الشرائع الوضعية الحديثة في تقسيم البطلان حسب جنامة العيب من
عدمه ، ويكفي أن نشير الى أن فكرة الانعدام التي لم يعرفها فقه القانون
الا في وقت حديث نسبيا ، كما أنه محل شك وجدل كبيرين في فقه القانون
الخاص وقانون المرافعات نجد هذه الفكرة واضحة ومحددة ، ولها آثارها
التي تترتب عليها وذلك واضح مما بيناه حينما ذكرنا آراء فقهاء الحنفية
حينما ميزوا بين العيب الذي يلحق ركنا من أركان التصرف ، وبين العيب
الذي يلحق شرطا من شروط الصحة ، فالأول يقدم التصرف لقوات ركنه
لأن الركن كما يعبر علماء الشريعة ما ترتب على وجوده الوجود ويترتب على
عدمه العدم .

أما الثاني فان التصرف موجود لتكامل أركانه الا أنه جاء على خلاف ما
طلب الشارع .

لذلك نجد أن الفقه الاسلامي أكثر دقة وأصالة في تقسيم مدارج
البطلان على النحو الذي بيناه تفصيليا في موضعه .

فوق أن تكامل نظرية البطلان في القانون الوضعي لم تتضح الا في
عهد قريب نسبيا وبعد مرورها بتطورات كثيرة يقف عليها كل دارس
لللقانون الوضعي ولم يسلم الفقه والمشرعون بنتائج البطلان التي نعرفها الا
في وقت قريب كما أنها أي فكرة البطلان يمكن أن تتغير مستقبلا ، وهو أمر
يرتبط بطبيعة المشرع الوضعي .

وعلى خلاف ذلك نجد نظرية البطلان في الفقه الاسلامي ثابتة ثابتة
قواعد الشريعة الاسلامية ، كما أنها من ناحية أخرى غير جامدة بحيث يمكن
أن تكون صالحة لكل زمان ومكان ، وهذه الصفة تستلزمها نظرية البطلان .

في الفقه الاسلامي من قواعد الشريعة الاسلامية ذاتها ، الصالحة لكل زمان
ومكان .

اما فيما يتعلق بمن له الحق في التمسك بالبطلان فان ذلك يرتبط
كما سبق ان بينا بنوع البطلان فيما يتعلق بقانون المرافعات ، فاذا كان
البطلان متعلقا بالنظام العام فهو وحده فحسب الذي يستطيع القاضى في
نطاقه ان يحكم بالبطلان من تلقاء نفسه او من النيابة العامة او كل ذى صفة ،
لكن انواع البطلان الاخرى لا يجوز للقاضى الحكم به الا اذا طلب ذوى الشأن
اصحاب المصلحة في التمسك به بحيث لا يجوز لغيرهم ان يطلبوه .

اما في الشريعة الاسلامية فان الامر على خلاف ذلك لان الوضع هنا
يتعلق بمخالفة قواعد الشريعة الاسلامية ، وعلى ذلك فان هذا الحق وهو
التمسك بالبطلان يكون للجميع فالقاضى له ان يحكم به من تلقاء نفسه طنب
الخصوم ذلك او لم يطلبوا ، كما ان لذوى الشأن التمسك به ، وفوق ذلك
بل وقبل ذلك كله فان عامة المسلمين وخاصتهم لهم الحق في التمسك به ،
العامة اذا كانت المخالفة واضحة لا تخفى على اى مسلم ، كما هو الحال في
مخالفة شيء عام من الدين بالضرورة ، والخاصة ، وذلك اذا كانت المخالفة
في نطاق الامور الاجتهادية التي لا يقف عليها سوى العلماء والمجتهدون .

ويرجع اتساع من له الحق في التمسك بالبطلان في الشريعة الاسلامية ،
على هذا الوضع الى كون ذلك من قبيل دعاوى الحسبة التي تعد من الالتزامات
الواجبة على الحكام والمحكومين .

اما فيما يتعلق بتصحيح البطلان وزواله فاننا نجد ان الفقه الاسلامي
بحسب أعمال قواعده العامة ان التصحيح هو حكم الاولى وهو الحكم الواجب
التطبيق لان الحكم الباطل تقتضى ازالته .

ولذلك فان التصحيح واجب حتمى طالما انه ياتى فى اطار احترام قواعد
الشريعة الاسلامية ، وهذا الحكم ينصرف أيضا على تكملة الاجراء او التصرف
المعيب .

وفيما يتعلق بالتداعي فإنه أمر قررته الشريعة منذ أربعة عشر قرناً
من الزمان اعمالاً للقاعدة الشرعية التي تقرر أن ما بنى على باطل فهو باطل .
وتخرج من ذلك بالقول أن الإطار الذي عرفه قانون المرافعات فيما
يتعلق بتصحيح البطلان وزواله فقد عرفته الشريعة الإسلامية لأن ذلك تتطلبه
ضرورة احترام قواعد المشروعية في الفقه الإسلامي .

ثانياً : الموازنة بين مبدأ تعدد درجات التقاضي :

التعدد في الفقه الإسلامي مبدأ غير قابل للجدل أو الشك وذلك يرجع
إلى أنه في الشريعة الإسلامية لا يمكن أن يوجد حكم يمكن أن يكون باطلاً أو
نياثياً إذا كان مخالفاً لأحكامها .

وإذا كان التعدد يعد أصلاً عاماً في التقاضي في الفقه الإسلامي ، فإنه
هذا المبدأ مبدأ مطلق بمعنى أن التعدد جائز لأكثر من مرة فكلما كان الحكم
معيباً مهما تعددت مرات نظره فهو لا يتحصن لأن الضرر يجب إزالته حسب
قواعد الشريعة الإسلامية .

وهو على خلاف القانون الوضعي فالتعدد كقاعدة عامة محكوم بدرجتين
مع ما وجه لمبدأ التعدد من نقد حسبما أشرنا إلى ذلك في حينه .
وترجع حكمة مبدأ التعدد في الفقه الإسلامي إلى أمرين :

الأول :

ضرورة احترام قواعد الشريعة الإسلامية ، وأن أي حكم مهما كانت
مرات نظره لا يتحصن إذا كان مخالفاً لأحكامها .

الثاني :

عدم العصمة بالقضاة بشر ومن طبيعتهم الخطأ وهو ما يجب إزالته .
أما في القانون فإنه يمكن أن يكون الحكم نياثياً عند محكمة أول درجة
لذلك في الحالات التي يكون فيها التقاضي على درجة واحدة من الدعاوى قليلة
الأهمية .

وعلى ذلك تكون الأحكام الصادرة من هذه المحاكم انتهائية بمعنى أنها تكون غير قابلة للطعن فيها كقاعدة عامة وهو أمر على خلاف ما تنتهجه الشريعة اعمالا للمبدأ العام الذى نوهنا عنه .

كما أنه من ناحية أخرى وإن كانت الشريعة الإسلامية قد عرفت نظام تحديد الاختصاص النوعى كما أشرنا إلا أن الأحكام الصادرة تقبل الطعن مهما قلت قيمة الدعوى .

وتجدر الإشارة الى أن هناك فرقا أساسيا بين منهج الشريعة الإسلامية ومنهج قوانين المرافعات فيما يتعلق بارتباط تعدد درجات التقاضى بمواعيد محددة ، فالشريعة الإسلامية ، لا يوجد فى تنظيمها لمبدأ التعدد ميعاد معين يمكن أن يتحصن بمقتضاه حكم معيب وذلك لأن المخالفة تقتضى الإزالة وليس من مقتضى فوات الوقت أن يصبغ عليها الصحة أو المشروعية ، فى حين أنه فى قانون المرافعات اذا انقضى ميعاد الطعن فان الحكم يجوز حجية الأمر المقضى مع ما شابته من عيب .

ولأصالة الشريعة الإسلامية فى بيانها لمبدأ التعدد فان فقهاءها قد وضعوا لنا العديد من المصطلحات التى قد تكون غريبة على رجال القانون إلا أنها تعمن فى التأكيد على ضرورة التعدد وعدم انتاج الحكم الباطل لآثاره القانونية . فى حين أن رجال القانون قد وقفوا عند مصطلحات محددة .

وفى النهاية فيما يتعلق بهذه الجزئية فاننا نعلم أن قانون المرافعات الجديد قد رخص للخصوم الاتفاق على جعل الحكم نهائيا مع كونه بحسب الأصل يقبل الطعن ، وقد يصدر الحكم فى هذه الحالة مشوبا بعيب من العيوب ومع ذلك يكون مخصنا غير قابل للطعن فيه . وهو أمر لا تعرفه الشريعة الإسلامية ولا تفره لأنه لا يجوز الاتفاق على ما يخالف قواعد الشريعة الإسلامية .

ثالثا - الموازنة بين حالات بطلان الحكم وبطلان الاجراءات التى أثرت فى الحكم: وإذا كان لنا أن نوازن بين منهج الشريعة الإسلامية وما انتهى اليه فقه

المرافعات فيما يتعلق بهذه الجزئية فاننا نقرر بأن الشريعة الاسلامية كتأعده عامة حوت كافة صور البطلان الذي يمكن أن يلحق الحكم ، كما حوت كافة صور البطلان في الاجراءات التي تؤثر في الحكم .

وهذه الصور التي حوتها الشريعة الاسلامية تستوعب كل ما يمكن أن يقع من مخالفة لأحكامها أو الاجراءات التي تتطلبها ، والمخالفات ليست محددة ولا تقع تحت حصر .

أما في القانون فان هذه الصور محدودة ومحصورة في مسائل معينة لا يجوز للقاضي أن يحكم بالبطلان الا في نطاقها احتراماً للنصوص الواردة في هذا الشأن .

وبعد فبذره محاولة منى للوقوف على رافدين عظيمين من روافد العلم والعرفة غير أن أوليما هو الشريعة الاسلامية التي ارتضاها الله عز وجل لتكون الحكم الواجب التطبيق اعمالاً لقوله جل شأنه « وما اختلفتم فيه من شيء فردوه الى الله والرسول » .

ومنتيج الشريعة كما هو مسلم به يتسم بالسمو والكمال لأنه منزل للبشر من خالقيم الذي يعلم ما يصلحهم .

أما الرافد الثاني فهو اجتياذ وضعى من صنع البشر يقبل الخطأ كما يقبل الصواب .

وقد سبق أن وقفنا على أصالة الشريعة الاسلامية وسموها واذا كنا قد انتبينا الى ذلك فان ذلك لا يمنع من أن نستعين بما انتهى اليه المشرع الوضعى فى كل أمر لا يتعلق بمخالفة نص من نصوص الشريعة الاسلامية أو يمثل خروجاً على مقاصدها العامة وما ارتضاها الله عز وجل .

والله تعالى أسأله التوفيق والسداد . . .

1 2 3 4

5 6 7 8