



المجلس الأعلى
للمحكمة العليا
المكتب الفني

مجلة البحوث القضائية

مجلة علمية متخصصة تعنى بالبحوث والمراسل القانونية والشرعية

يصدرها
المكتب الفني بالمحكمة العليا اربع مرات في السنة

العدد: (2)
ديسمبر 2005م

رحلة البحوث القضائية

مجلة علمية متخصصة تعنى بالبحوث والدراسات القانونية والشرعية

يصدرها

المكتب الفني بالمحكمة العليا أربع مرات في السنة .

العدد : الثاني

ديسمبر ٢٠٠٥م

الآراء والتعليقات تعبر عن آراء الكتّاب، ولا تعبر
بالضرورة عن اتجاه قضائي لدى المحكمة، أو رأي الجهة
التي يعمل لديها الكاتب، ولا تعاد المواد لهم نشرت أو لم
تنشر .

المحتويات

رقم الصفحة	الكاتب	الموضوع
٤	القاضي / فيصل عمر مثنى	كلمة العدد
٧	القاضي / فيصل عمر مثنى	عوارض سير الخصومة
٣٥	القاضي / حسين محمد المهدي	العمل الولائي وصلاحيه القاضي
٨٥	القاضي / عمر حسين البار	عبء الإثبات وطرقه
١١١	القاضي د./ محفوظ عمر خميس	سلبيات تطبيق بعض المحاكم للقانون المقترحات العملية لتجاوزها .

يصدر هذا العدد من مجلة البحوث القضائية في نهاية العام ٢٠٠٥م حافظاً بالعديد من الأمور التي تحظى باهتمام القانونيين ، ومن هذه الأمور ، ما أصطلح في وسائل الإعلام على تسميته بالزواج السياحي. هذا الزواج الذي أخذ طريقة إلى مجتمعنا ، وكثر في محافظات معينة ، وظل بعيداً عن تناول وسائل الإعلام لأسباب متعلقة بتقاليد المجتمع اليمني ، حتى انفجر فجأة في وجوهنا في العام ٢٠٠٥م بكل أثاره السيئة ومآسيه .

كان زواج المتعة مثار جدل منذ مئات السنين بين فقهاء الشريعة الإسلامية ومذاهبها وفي السنوات القليلة الماضية ظهرت أنواع أخرى من الزواج - أن جاز التعبير - منها زواج المسيار و زواج "الفريند" وأخيراً الزواج السياحي ، وأنواع الزواج هذه في بعض صورها مصادرة لاختيار المرأة ، عندما لا يكون لها رأى فيه ، وفي صوره الأخرى من قبيل الحب الحر غايته إشباع الغريزة الجنسية بغلاف شرعي .

من يدري ما تخبؤه الأيام القادمة ، فربما يأتي يوم نسمع فيه عن نكاح التجربة أو الاختبار الذي تفضى في المجتمعات الغربية ، ونجد من يلبسه اللباس الشرعي - إيجاب وقبول ومهر وشهود - أما ما في الضمائر فلا يعلمه إلا الله .

لقد حظيت أسباب الزواج السياحي وآثاره بالنقاش وكيفية الحد منه ، غير أن كل المقترحات في هذا الشأن ظلت بعيدة عن التشريعات المنظمة للزواج .

إن كل المقترحات خارج إطار التشريعات تحتاج إلى جهد وزمن طويل حتى تتبلور ، والحاجة ملحة إلى البحث في مدى كفايتها للحد من هذه الزيجات ومعالجة آثارها إن حدثت ، قرار واحد يوجب أن يحضر غير اليمني الراغب في الزواج من يمينه موافقة من سفارة دولته غير كاف ، وهذا الزواج قد يكون طرفاه يمينيين إن المصلحة العامة تقتضي البحث في التشريعات القائمة ، وفي ما يمكن إضافته من شروط قانونية لم يشترطها الفقهاء ولا تمنعها أحكام الشريعة الإسلامية تحول دون التلاعب بأخطر واقدس عقد أراد الله للبشرية لإنشاء رابطة للحياة المشتركة والنسل .

أنها دعوة للباحثين لإعطاء هذا الأمر حقه من البحث والمناقشة بكل شفافية وجرأه
ومجلة البحوث القضائية تفتح صفحاتها لكل بحث جاد أو مداخلة جريئة في هذا
الموضوع الهام .

والله من وراء القصد ،،،،

**القاضي /
فيصل عمر مثنى
عضو المحكمة العليا
رئيس المكتب الفني**

عوارض سير الخصومة

القاضي / فيصل عمر مثنى
عضو المحكمة العليا
رئيس المكتب الفني

الخصومة كما عرفها قانون المرافعات والتنفيذ المدني النافذ (٢٠٠٢/٤٠م) هي مجموعة من الإجراءات القضائية تبدأ بالمطالبة وتنتهي بحكم (٢م مرافعات) .

ويعرفها الفقه القانوني بأنها الحالة القانونية الناشئة من مباشرة الدعوى^(١) أو هي مجموعة الأعمال التي ترمي إلى تطبيق القانون في حالة معينة بواسطة القضاء^(٢) أو هي مجموعة الإجراءات التي تستمر من وقت المطالبة القضائية إلى الفصل في الموضوع أو إلى انقضاء الإجراءات بمثل الترك أو الصلح أو السقوط^(٣) .

إن الخصومة التي تبدأ بالمطالبة القضائية قد لا تنتهي بحكم في الموضوع ، ولفظ " حكم " الوارد في تعريف الخصومة في قانون المرافعات ، لا يقصد به حكم فاصل في الموضوع ، فقانون المرافعات يصف كل قرار مكتوب صادر في خصومة من ذي ولاية قضائية حكماً (م ٢١٧ مرافعات) ، ومع ذلك نرى أن الخصومة قد تنتهي دون حكم كما في الصلح على الخصومة ، فقد نصت المادة (٢١٤) مرافعات على أنه يجوز للخصوم في أية حالة تكون عليها الخصومة أن يتصالحوا فيها ، ويقدموا ما اتفقوا عليه مكتوباً وموقعاً عليه منهم أو من وكلائهم المفوضين بالصلح وتقرر المحكمة إلحاقه بمحضر الجلسة للتصديق عليه ، واعتباره في قوة السند الواجب التنفيذ .

^١ - أحمد أبو الوفاء - المرافعات المدنية والتجارية - ص ٥٢٤ - الطبعة الخامسة عشر - منشأة المعارف بالإسكندرية .

^٢ - فتحي والي - المرافعات المدنية والتجارية - الكتاب الثاني ص ٣ - ١٩٧٦ - ١٩٧٧ - دار النهضة العربية .

^٣ - عبد المنعم الشرقاوي المرافعات المدنية والتجارية ، الكتاب الأول ص ٢٣ ، دار النهضة العربية .

إن تصديق المحكمة ليس حكماً ، وإنما المحكمة تقوم فيه بعمل الموثق ،
والتصديق لا يحول الصلح إلى حكم وإنما يعطيه الصفة الرسمية ، ولذلك لا
يطعن فيه بطرق الطعن في الأحكام .

وهناك مسائل قد تعترض سير الخصومة الطبيعي أو تتهيأ دون صدور
حكم فيها ، أي أن هناك عوامل وأحداث تحيد بالخصومة عن سيرها
الطبيعي نحو الفصل فيها فتؤدي إلى وقفها أو إلى انقضائها بغير حكم
فيها^(٤) .

وقد أورد قانون المرافعات والتنفيذ المدني أحكام عوارض سير الخصومة في
الباب السابع من الكتاب الأول منه (المواد ٢٠٤ - ٢١٦) وهي وقف
الخصومة ، انقطاع الخصومة ، التنازل عن الخصومة ، الصلح ، وسقوط
الخصومة .

^٤ - أبو الوفاء ، المرافعات المدنية ص ٥٢٤ ، المرجع السابق .

أولاً : وقف سير الخصومة .

تنص المادة (٢٠٤) مرافعات على أنه يجوز وقف الدعوى بناءً على اتفاق الخصوم على عدم السير فيها مدة لا تزيد على ستة أشهر من تاريخ إقرار المحكمة لاتفاقهم ، ولا يكون لهذا الوقف أثر في أي ميعاد يكون القانون قد حدده لإجراء ما ، وإذا لم يعجل السير في الخصومة في الثمانية الأيام التالية لنهاية الأجل اعتبر المدعي تاركاً دعواه والمستأنف تاركاً استئنافه .

وتنص المادة (٢٠٥) مرافعات على انه في غير الأحوال التي ينص فيها القانون على وقف الخصومة وجوباً أو جوازاً يجب على المحكمة أن تأمر بوقفها كلما رأت تعليق حكمها في موضوعها على الفصل في مسألة أخرى يتوقف عليها الحكم في الخصومة .

إن وقف الخصومة هو عدم السير فيها بسبب من أسباب الوقف المحددة في القانون ، وينتهي بانتهاء المدة المعينة في قرار الوقف أو بزوال السبب الذي أوجب الوقف .

ويستخلص من المادتين (٢٠٥، ٢٠٤) مرافعات ثلاثة أسباب للوقف وهي :

- ١- وقف الخصومة بناءً على نص في القانون يوجب أو يجيز للمحكمة وقف الخصومة .
- ٢- وقف الخصومة باتفاق طرفيها .
- ٣- وقف الخصومة حتى الفصل في مسألة أخرى يتوقف عليها الحكم فيها .

(١) وقف الخصومة بناءً على نص يوجب أو يجيز وقفها :

تنص المادة (١٦٢) مرافعات على أن على المحكمة إذا تخلف إياً من الخصوم عن القيام بإجراء من إجراءات المرافعات في الميعاد الذي حددته أن تحكم عليه بغرامة لا تقل عن خمسمائة ريال ولا تتجاوز ثلاثة آلاف ريال جزاءً

لإهماله ، وأجازت للمحكمة بدلاً من الحكم بالغرامة على المدعي أن تحكم بوقف الخصومة مدة لا تتجاوز ستة اشهر (الوقف الجزائي) بعد سماع أقوال المدعي عليه ، وإذا مضت مدة الوقف ولم ينفذ المدعي ما أمرت به المحكمة ، جاز لها الحكم باستبعاد الدعوى من جدول العمل واعتبارها كأن لم تكن^(٥). وهذا هو وقف الخصومة بناءً على نص يجيز للمحكمة وقف الخصومة .

وقد أوجب المشرع على المحكمة قبل الحكم بوقف الخصومة في هذه الحالة أن تسمع أقوال المدعى عليه ، لأن الوقف قد يضر بالمدعى عليه ويرى أبو الوفاء أن القاضي لا يجوز له الحكم بالوقف إذا عارض فيه المدعى عليه وإلا أصبح الحكم به عقوبة على المدعى عليه أيضاً فالخصومة ليست ملكاً للمدعي فحسب بل هي ملك له وللمدعى عليه^(٦). إن الحكم الصادر بوقف الخصومة هنا هو حكم منشئ للوقف ، ويترتب على انقضاء مدة الوقف المحكوم بها دون أن يقوم المدعي بتنفيذ ما أمرت به المحكمة جواز أن تحكم المحكمة باعتبار الخصومة كأن لم تكن ، أي زوال جميع الآثار

^٥ - جاء التعبير في المادة (١٦٢) مرافعات : استبعاد الدعوى من جدول العمل و اعتبارها كأن لم تكن . وجاء التعبير في المادة (١١٢) مرافعات : شطبها و اعتبارها كأن لم تكن إن شطب الدعوى لا يعني زوالها وإنما يعني استبعادها من جدول القضايا وعدم الفصل فيها فتظل الخصومة باقية منتجة للآثار المترتبة عليها فيعاد إلى نظرها عند تحريكها مع الاعتداد بالإجراءات والطلبات والدفع التي سبق الإدلاء بها ، والشطب مجرد قرار إدارة قضائية وليس حكماً قضائياً وهو يشبه في آثاره وقف الخصومة ، فالشطب في معناه يساوي استبعاد الدعوى من جدول القضايا أما اعتبار الخصومة كأن لم تكن فهو انقضاء للخصومة يترتب عليه نفس آثار سقوط الخصومة فتلغى جميع إجراءاتها ويعود الخصوم إلى الحالة التي كانوا عليها قبل رفع الدعوى ، ولذلك لا يستقيم القول بالشطب مع القول باعتبارها كأن لم تكن ، فإذا كان اعتبار الخصومة كأن لم تكن يلغي جميع إجراءاتها فالشطب لا ينهي الخصومة ، وإنما تظل منتجة لجميع آثارها إلى أن يعاد النظر فيها أو تسقط بمضي المدة المحددة في القانون لبقائها مشطوبة .

^٦ - أبو الوفاء ، المرافعات ص ٥٨٧ المرجع السابق .

المرتبة عليها ، ويعود الخصمان إلى الحالة التي كانا عليها قبل رفع الدعوى ويرى أبو الوفاء أنه في هذه الحالة يجب أن لا يحكم القاضي بالوقف إلا بعد موافقة المدعى عليه لأن الخصومة تعتبر ملكاً لطرفيها^(٧).

ويكون الحكم الصادر بوقف الدعوى قابلاً للطعن فيه من قبل المدعي وفقاً للقواعد العامة للطعن في الأحكام ، أما المدعى عليه فيجوز له الطعن فيه إذا صدر رغم معارضته للوقف ، أما إذا قبل الوقف فلا يجوز له الطعن في الحكم لأن القبول مانع من الطعن في الأحكام .

وينص القانون على حالات تقف فيها الخصومة بقوته ومنها ما أورده قانون المرافعات في المادة (١٤٣) من أن تقديم طلب رد القاضي يوقف الدعوى الأصلية إلى أن يحكم في طلب الرد.

وحكم المحكمة بالوقف هو حكم كاشف وليس منشئ ، وعليه يبدأ الوقف من تاريخ نشؤ السبب لا من تاريخ الحكم به.

٢) وقف الخصومة بناءً على اتفاق طرفيها (الوقف الاتفاقي):-

أجاز القانون للخصوم أن يتفقوا على وقف الخصومة مراعاة لأسباب تكون لمصلحتهم ، كأن تكون هناك مساعي للصلح ، على أن هناك شروطاً لهذا الوقف هي:

١- أن يكون الاتفاق بين خصوم الدعوى جميعهم .

٢- أن توافق المحكمة على هذا الاتفاق .

ويتضح من اشتراط موافقة المحكمة على الاتفاق ، أن للمحكمة أن ترفض الموافقة على الوقف ، على أن تبين تلك الأسباب التي دعته إلى عدم الموافقة على الوقف .

^٧ - أبو الوفاء ، المرافعات ص ٥٨٨ المراجع السابق .

وإذا أوقفت المحكمة الخصومة بناءً على طلب خصم دون موافقة الخصم الآخر ، جاز للخصم غير الموافق الطعن في قرار الوقف ، فالمادة (٢٧٤) مرافعات تجيز الطعن فيما تصدره المحكمة من أحكام بوقف الخصومة استثناء من قاعدة عدم جواز الطعن فيما تصدره المحكمة من أحكام غير منهية للخصومة إلا بعد صدور الحكم المنهي لها كلها ، أما رفضها الوقف فلا يجوز الطعن فيه لأن الوقف رخصة للمحكمة فالأمر جوازيًا لها ومتروكًا لمطلق تقديرها .

٣- أن لا تزيد مدة الوقف على ستة أشهر من تاريخ موافقة المحكمة على الوقف ، وإذا اتفق الخصوم على الوقف لأكثر من ستة أشهر كان على المحكمة أن تنقص المدة إلى ستة أشهر من تلقاء نفسها .

وقد أورد قانون المرافعات في المادة (١٧١) حكماً يجيز للخصوم الاتفاق على وقف الخصومة لمدة لا تزيد على سنة خروجاً على الأصل العام الذي أورده في المادة (٢٠٤) من جواز الاتفاق على الوقف لمدة لا تزيد على ستة أشهر ، وعليه فإن الاتفاق على وقف الخصومة لمدة تزيد على ستة أشهر ولا تزيد على سنة مرهون بموافقة المحكمة والسبب الذي أورده القانون في المادة (١٧١) وهو التمكين من الحصول على دليل تعذر تقديمه للمحكمة .

ولا يشترط في الاتفاق على وقف الخصومة شكلاً معيناً ، فيمكن أن يكون كتابة أو شفاهة .

ولا يغير الحكم بوقف الخصومة جراء تخلف المدعي عن تنفيذ إجراء كلفته به مع إضافة موافقة المدعي عليه في أسباب الحكم ، من وصف الوقف الجزائي ويحوّله إلى وقف اتفاقي ، مادام الغرض من هذه الإضافة هو إثبات

حصول موافقة المدعى عليه خشية أن تتأثر مصلحته بالإيقاف وتأخير الفصل في الدعوى^(٨).

ويترتب على الوقف أن الخصومة رغم الوقف تظل قائمة ويمتدح خلال مدة الوقف القيام بأي نشاط فيها ، وأي نشاط فيها أثناء مدة الوقف يعد باطلاً ، ولا تأثير لقرار الوقف على أي ميعاد يكون القانون قد حدده لإجراء ما وإذا انتهت مدة الوقف ولم تعجل الخصومة أمام المحكمة الابتدائية خلال الثمانية أيام التالية لانتهاء مدة الوقف اعتبر المدعي تاركاً دعواه .

ويترتب على الترك إلغاء جميع إجراءات الخصومة بما في ذلك إجراءات رفع الدعوى باستثناء مرور الزمن على سماعها ، وإذا كان الوقف أمام محكمة الاستئناف ومضت ثمانية أيام على انتهاء مدة الوقف اعتبر المستأنف تاركاً استئنافه ويكون الحكم الابتدائي نهائياً .

وإذا عجل المدعي السير في الخصومة بعد انقضاء ثمانية أيام من انتهاء مدة الوقف جاز للمدعى عليه أن يطلب اعتبار الخصومة كأن لم تكن ، ولكن طلبه يجب إبداءه قبل الكلام في الموضوع وإلا اعتبر متنازلاً عن التمسك به لسقوط الحق في الدفع المتعلقة بالإجراءات إذا لم تبد قبل الدخول في الموضوع ، ولا يجوز للمحكمة أن تحكم بسقوط الخصومة من تلقاء نفسها لعدم تعلق الأمر بالنظام العام .

٣) وقف الخصومة حتى الفصل في مسألة أولية يتوقف عليها الحكم فيها

(الوقف التعليقي):

قد تثار أمام المحكمة مسألة أولية يتوقف عليها الفصل في الدعوى ، ويكون الفصل في هذه المسألة مما لا يدخل في اختصاص المحكمة التي

^٨ - نقض مصري (٤٦) لسنة ٢٢٠٢ ق جلسة ١٦/٢/٥٦ ، الموسوعة الذهبية للقواعد القانونية ، الإصدار المدني ، الجزء السادس ص١٧٦ حسن الفكهاني وعبد المنعم حسني ، الدار العربية للموسوعات ١٩٨٢ م .

تنظر الدعوى ، والأصل أن الفصل في كل المسائل الأولية يكون للمحكمة التي تنظر الدعوى ، غير أن هذا مرهون بأن تكون المحكمة المختصة بالفصل في المسألة الأولية ، والمقصود بالاختصاص هنا الاختصاص النوعي ، أي الاختصاص المحدد على معيار نوع القضايا أو قيمتها أو طبقة المحكمة ، وهو من النظام العام .

فإذا أثيرت أمام المحكمة مسألة أولية لا تدخل في اختصاصها النوعي ، وكان الفصل في هذه المسألة يتوقف عليه الفصل في الدعوى ، وجب عليها وقف الخصومة حتى يفصل في هذه المسألة ، كأن يكون الفصل في المسألة الأولية من اختصاص المحكمة الجزائية .

ولا يشترط لوقف الخصومة حتى يفصل في المسألة الأولية من المحكمة المختصة نوعياً أن يكون الطلب بالفصل في المسألة الأولية قد رفع بالفعل بل يصح أن يكون لم يرفع بعد .

وعلى المحكمة لكي تقرر وقف الخصومة في هذه الحالة أن تتأكد من أمرين ، الأول جدية المنازعة في المسألة الأولية ، والثاني : أن يكون الفصل في المسألة الأولية لازماً للفصل في الدعوى .

إن أمر وجود ارتباط بين المسألة الأولية وبين الخصومة التي تنظرها المحكمة ، مسألة قانونية تخضع لرقابة المحكمة العليا .

وإذا اتخذت المحكمة قرار الوقف لم يعد جائزاً لها الرجوع عن قرارها ونظر الدعوى ، ذلك لأن تعليق أمر البت في الخصومة على إجراء آخر ترى المحكمة ضرورة اتخاذه واستيفائه ووقف الفصل فيها لهذا السبب حتى تتخذ هذا الإجراء أو يتم جعل حكم الوقف الصادر في هذا الشأن حكماً قطعياً فيما تضمنه من عدم جواز الفصل في موضوع الخصومة قبل تنفيذ مقتضاه ، ويتعين على المحكمة احترامه وعدم معاودة النظر في هذا الموضوع

دون أن يقدم لها الدليل على تنفيذ ذلك الحكم^(٩) إذ أن الحكم في الخصومة قبل تنفيذ مقتضى الحكم بالوقف مخالف للقانون لإهداره حجية ذلك الحكم السابق بوقف الخصومة .
وتستأنف الخصومة سيرها أمام المحكمة من تاريخ زوال سبب الوقف ، أي من تاريخ الفصل في المسألة الأولية .

^٩ - نقض مصري رقم (١٩، ٢٠) لسنة ٢٦ق، جلسة ٥٧/١١/٢٨م الفكهاني وحسني ، المرجع السابق ص١٧٨.

ثانياً : انقطاع سير الخصومة

تنص المادة (٢٠٧) مرافعات على ما يلي : إذا توفى أحد الخصوم أو فقد أهلية التقاضي أو زالت صفته في مباشرة إجراءات التقاضي قبل قفل باب المرافعة في الخصومة ، انقطع سير الخصومة ، وامتنع على المحكمة نظرها ، أما إذا توفى الوكيل في الدعوى أو انقضت وكالته فلا ينقطع سيرها ، وإنما يكون للموكل تعيين آخر وللمحكمة إذا قبلت عذر الخصم أن تمنحه أجلاً لذلك .

وتنص المادة (٢٠٨) على ما يلي : يترتب على انقطاع سير الخصومة وقف جميع المواعيد والإجراءات وبطلان ما يحصل منها أثناء الانقطاع .

وتنص المادة (٢٠٩) مرافعات على ما يلي : تستأنف الخصومة سيرها إذا حضر الجلسة التي كانت محددة لنظرها وارث المتوفى أو من يقوم مقام من فقد أهلية التقاضي أو من قام مقام من زالت عنه الصفة وباشر السير فيها أو بإعلانها بالطرق المقررة وفقاً لهذا القانون .

أن انقطاع سير الخصومة هو وقف سيرها بقوة القانون لأحد الأسباب المعطلة لمبدأ المواجهة المبينة في القانون .

وقد حددت المادة (٢٠٧) مرافعات ثلاثة أسباب لانقطاع الخصومة بعد بدئها وهي وفاة أحد الخصوم ، وفقد أحد الخصوم لأهلية التقاضي ، وزوال التمثيل القانوني لأحد الخصوم .

ويجب أن ينشأ سبب الوقف قبل أن تنتهي الخصومة للحكم ، وتكون الخصومة قد تهيأت للحكم متى قدم الخصوم للمحكمة أقوالهم وطلباتهم الختامية ، فإذا حصل الانقطاع قبل أن تنتهي الخصومة للحكم بطلت الإجراءات التي بوشرت بعد الانقطاع ، أما إذا حصل سبب الانقطاع بعد أن

تهيأت الخصومة للحكم فلا يوقف سيرها وعلى المحكمة أن تحكم في الخصومة على ما حصل من أقوال الخصوم وطلباتهم الختامية .
ويخلو قانوننا من إجازة للمحكمة في الحكم في الخصومة رغم نشوء سبب الانقطاع إذا كانت الخصومة قد تهيأت للحكم في موضوعها وهو حكم ورد صريحاً في المادة (١٣٠) من قانون المرافعات المصري .
ورغم ذلك فيؤخذ بما سبق ، إذ بتهيؤ الخصومة للحكم لا تعود للخصم فائدة من الانقطاع.

والبطلان المترتب على انقطاع سير الخصومة بطلان نسبي لا يجوز التمسك به إلا ممن شرع لمصلحته تمكيناً له من الدفاع عن حقوقه ، أي من وارث الخصم المتوفى ومن قام مقام فاقد الأهلية ومن زالت صفة من يمثله قانوناً .

١- وفاة أحد الخصوم : أي وفاة شخص طبيعي ولا محل لقياس وفاة الشخص الطبيعي بزوال الشخص الاعتباري ، إذ أن زوال الشخص الاعتباري يقتضي تصفيته ، وتعتبر شخصيته مستمرة ريثما تتم أعمال التصفية .

إن تقرير القانون انقطاع الخصومة بوفاة الخصم الطبيعي مردده أن الورثة قد لا يعلمون بوجود الخصومة .

ولا تتأثر صحة الإجراءات بوفاة المستأنف واستمرار محاميه في مباشرة الإجراءات رغم الوفاة حتى صدور الحكم دون إخبار المستأنف عليه بذلك^(١٠) .

٢- فقد أحد الخصوم لأهلية التقاضي :

أهلية التقاضي أو الأهلية الإجرائية هي صلاحية الخصم للقيام بعمل إجرائي باسمه أو في مصلحة غيره .

^{١٠} - نقض مصري رقم (٦٢) سنة (٩) ق جلسة ١٥/١/١٩٤٠م ، الفكهاني وحسني ص ١٩١

المرجع السابق

فإذا فقد الخصم أهليته الإجرائية بعد رفع الدعوى وجب على المحكمة وقف الدعوى ، فإذا حجر على شخص للجنون بعد رفع دعوى عليه أو منه انقطعت الخصومة إلى وقت علم القيم بالخصومة .

٣- زوال التمثيل القانوني لأحد الخصوم :

وقد عبر عنه قانون المرافعات في المادة (٢٠٧) بالقول : أو زال صفته أي الخصم- في مباشرته إجراءات التقاضي والصحيح هو القول: أو زالت صفة من باشر إجراءات التقاضي عن الخصم ، من النائبين عنه بحكم القانون أو القضاء .

فإذا زالت صفة الولي في تمثيل القاصر أو بلغ سن الرشد أثناء سير الخصومة ولم تعد له صفة في تمثيل القاصر انقطعت الخصومة .

وحكم أن استمرار حضور والد الخصم رغم بلوغه سن الرشد بعلمه و رضاه يجعل التمثيل ينتج أثره ويعتبر صحيحاً^(١١).

والحديث منصرف هنا إلى النائب القانوني و النائب القضائي ، أما النائب الإتفاقي (الوكيل) فإن توفيه أو انقضت وكالته بالتتحي أو العزل، لم تنقطع الخصومة ، وإنما للموكل تعيين وكيل آخر وللمحكمة أن تمنح الخصم الذي توفيه وكيله أو تتحي أو عزل أجالاً لتعيين وكيل آخر.

وإذا انقطع سير الخصومة لأحد الأسباب التي بينها ، وقفت جميع المواعيد والإجراءات ، وكل إجراء يتم خلال فترة الانقطاع يعد باطلاً (٢٠٨) مرافعات).

وتوقف الخصومة هنا هو توقف بقوة القانون ، ولا يحتاج إلى صدور حكم به ، وإذا صدر حكم أثناء فترة الانقطاع كان باطلاً .

^{١١} - نقض مصري رقم (٥٢) سنة ١٩٥٢م، جلسة ١٩٤٣/٥/١م، الفكهاني وحسني ص١٩٣ المرجع

السابق .

إن سبب الانقطاع يؤثر على سير الخصومة في أية مرحلة من مراحلها فتقف جميع المواعيد بما فيها مواعيد الطعن ، وقد نصت المادة (٢٧٧) مرافعات على أن يقف ميعاد الطعن بموت المحكوم عليه أو بفقد أهليته للتقاضي أو بزوال صفة من يباشر الخصومة نيابة عنه .

وبطلان الإجراءات أثناء فترة الانقطاع وبطلان الأحكام الصادرة خلال تلك الفترة هو بطلان مقرر لحماية ورثة المتوفى ومن قام مقام فاقد الأهلية ومن زالت صفة من يمثله قانوناً ، لذلك ليس للخصم الآخر التمسك بالبطلان ولا يجوز للمحكمة القضاء به من تلقاء نفسها .

ويسقط التمسك بالبطلان بالتنازل الصريح أو الضمني ممن تقرر الانقطاع لمصلحته. ومن قبيل التنازل الضمني أن يسير في الدعوى أثناء الانقطاع ويجب على الإجراءات باعتبارها صحيحة ، وتتص المادة (٥٤) مرافعات على أنه يزول البطلان إذا تنازل عنه من شرع لمصلحته صراحة أو ضمناً فيما عدا الحالات المتعلقة بالنظام العام .

وتستأنف الخصومة سيرها إذا حضر الجلسة المحددة لنظرها وارث المتوفى أو من يقوم مقام فاقد أهلية التقاضي أو من قام مقام من زالت عنه الصفة وباشر السير فيها ، كما تستأنف الخصومة سيرها بإعلان الخصم من خصمه طبقاً لقواعد الإعلان المقررة في القانون .

وبالإجراءات السابقة على الانقطاع وبالإجراءات التي تمت بعد تعجيل الخصومة بعد الانقطاع يكون الحكم ، فالإجراءات الجديدة تكمل الإجراءات التي تمت قبل الانقطاع ، فالانقطاع لا يؤثر على أية إجراءات سبقت الانقطاع .

ثالثاً : التنازل عن الخصومة (الترك)

ترك الخصومة هو تنازل المدعي عنها وعن كافة إجراءاتها بما في ذلك صحيفة افتتاحها مع احتفاظه بأصل الحق الذي يدعيه^(١٢) أو هي إعلان المدعي إرادته في النزول عن الخصومة بغير حكم في موضوع الدعوى^(١٣) ويجب التمييز بين التنازل عن الخصومة ، والتنازل عن إجراءاتها ، والتنازل عن الحكم ، والتنازل عن الحق المدعى به.

إن التنازل عن الخصومة الذي سنبحثه هنا يختلف عن التنازل عن إجراء من إجراءاتها ، فالتنازل عن إجراء من إجراءات الخصومة إنما يعني التنازل عن عمل من أعمال الخصومة ، كالتنازل عن طلب شاهد.

والتنازل قد يكون صريحاً أو ضمناً ، ولا يشترط فيه موافقة الخصم الآخر ، إلا إذا صار له مصلحة فيه ، وهو يصح من أي خصم في الدعوى ، ويترتب على التنازل عن إجراء من إجراءات الخصومة أو عن ورقة من أوراق المرافعات اعتبار الورقة أو الإجراء كأن لم يكن (م ٢١١ مرافعات) .

أما التنازل عن الحكم فيترتب عليه اعتبار الحق المدعى به متنازلاً عنه (م ٢٧٣ مرافعات) والأصل أن الحكم ورقة من أوراق المرافعات ، وأعمال القواعد العامة يقتضي اعتبار التنازل عن الحكم مؤدياً إلى زواله مع بقاء الخصومة ، وعودتها إلى الحالة التي كانت عليها قبل صدوره ، غير أن القانون نص على أن التنازل عن الحكم يستتبع التنازل عن الحق المدعى به^(١٤) ، وعليه لا يجوز لمن تنازل عن الحكم أن يجدد المطالبة بالحق به ، وإذا

١٢ - أبو الوفاء ، المرجع السابق ص ٦٤٣ .

١٣ - والي ، المرجع السابق الكتاب الثاني ص ١٧٧ .

١٤ - أبو الوفاء ، المرجع السابق ص ٦٥٢ .

تجددت الدعوى وجب على القاضي عدم نظرها ، إذ لا يجيز القانون للقاضي أن يفتح نزاعاً حسم بحكم قضائي (م ١٢ مرافعات) ولأن الأمر يتعلق بولاية القاضي وحدودها وجب على المحكمة أن تقضي بعدم جواز نظر الدعوى من تلقاء نفسها دون توقف على دفع من المدعى عليه .

أما التنازل عن الحق فهو إعلان المدعي أمام القضاء أن طلبه لا أساس له ، ويستتبع ذلك إنهاء إجراءات الخصومة ، إذ تكون الخصومة بلا موضوع ، إلا أن يكون المدعى عليه قد تقدم بطلب عارض فإن الخصومة لا تنتهي إلا بالفصل في الطلب ، إلا إذا تنازل المدعى عليه عن طلبه العارض .

والتنازل عن الحق المدعى به يستلزم توافر أهلية التصرف .

ويجب التتويه إلى ما قد يولد اللبس حين يعبر بالتنازل عن الحق في الدعوى مقصوداً به التنازل عن ما يمكن أن يكون موضوعاً لدعوى ، فالحق في الدعوى أو حق الإدعاء أو حق الالتجاء إلى القضاء لا يجوز التنازل عنه لتعلقه بالنظام العام ، فالحق في الإدعاء أحد الحقوق الأساسية العامة التي لا يجوز التنازل عنها ، وإن كان القانون يجيز تقييد حق استعمال الدعوى كأن يتفق متعاقدان على اللجوء إلى التحكيم أو عرض النزاع على موفق قبل رفع الدعوى.

أجاز القانون التنازل عن الخصومة لما يحققه التنازل من مصلحة للمدعي كأن يكون قد أخطأ في إجراء لا يمكن تصحيحه كما لو رفع الدعوى إلى محكمة غير مختصة أو كأن يكون قد استعجل في رفعها دون أن يكون لديه أدلة كافية لضمان كسبها .

والتنازل عن الخصومة جائز في أية مرحلة من مراحلها (م ٢١٠ مرافعات) والتنازل جائز في كل دعاوى إلا ما تعلق بالنظام العام وقد قررت محكمة النقض المصرية بأنه وإن كان ترك الخصومة جائز في كل الأحوال متى تنازل المدعي عن خصومته بغير تحفظ متخذاً الشكل الذي يقضي به

القانون ، ومتى قبل المدعى عليه هذا التنازل أو لم يكن في ميسوره الاعتراض عليه طالما لم تكن له مصلحة قانونية في المضي في الدعوى ، إلا انه يرد على هذا الأصل استثناء قوامه عدم إجازة الترك إذا تعلق موضوع الدعوى بالنظام العام اعتباراً بأن الخصومة المتصلة به ينبغي إلا يجعل مصيرها متوقفاً على اتفاقات متروك مصيرها لإرادة الأفراد^(١٥).

ويرى البعض أن التنازل جائز ولو تعلقت الدعوى بالنظام العام لعمومية النص وعدم تخصيصه للتنازل بنوع معين من الدعاوى^(١٦) فيما يرى آخرون عدم الاعتداد بالتنازل إذا مست الخصومة حالة قانونية تتعلق بشخص معين وتقضي المصلحة العامة تجلية الأمر بصددها أو إذا مست الخصومة حالة قانونية تتعلق بشخص معين وتقضي المصلحة العامة شهر هذه الحالة حتى يعلم جميع من يتعامل معه (الإفلاس)^(١٧).

ويشترط لصحة التنازل عن الخصومة أن يصدر التنازل من المدعى ، فمن غير المتصور أن يصدر التنازل من المدعى عليه ، فهو لم ينشئ الخصومة . وإذا تعدد المدعون جاز لأحدهم أو لبعضهم التنازل عن الخصومة ، ولا اثر لهذا التنازل على من لم يتنازل بشرط أن يكون موضوع الدعوى مما يقبل التجزئة ، وإذا تعدد المدعى عليهم جاز للمدعي ترك الخصومة أيضاً تجاه بعض المدعى عليهم دون الآخرين إذا كان موضوع الدعوى مما يقبل التجزئة ، أما إذا كان موضوع الدعوى لا يقبل التجزئة فإن الفقه يتجه إلى أن

١٥ - محكمة النقض المصرية ، طعن رقم ٢٢ سنة ٢٥ ق جلسة ٢٤/١١/٧٦ م ، المبادئ القانونية التي أقرتها محكمة النقض المصرية ، الجزء الثامن ص ١٨١ ، أنور طلبه ، دار الكتب القانونية طبعة ٢٠٠٤ م.

١٦ - أحمد خليل ، قانون المرافعات المدنية والتجارية ، القسم الثاني ص ٦٨٩ ، دار المطبوعات الجامعية ، ١٩٨٨ م .

١٧ - أبو الوفاء ، المرافعات ، المرجع السابق ص ٦٤٤ ، الحاشية .

التنازل عن الخصومة من جانب أحد المدعين وتجاه أحد المدعى عليهم لا ينشأ عنه أي أثر ، إذ يجب حينئذ لإنتاج أثره أن يحصل من جميع المدعين و ضد جميع المدعى عليهم^(١٨).

كما يشترط لصحة التنازل أن تتوافر في المتنازل أهلية التقاضي (الأهلية الإجرائية) على أنه لا يجوز للوكيل أن يتنازل عن الخصومة إلا بتفويض خاص (م ١٢٠ مرافعات).

ويشترط أيضاً أن يكون تنازل المدعي عن الخصومة بإحدى الطرق المحددة في المادة (٢١٠ مرافعات) وهي:

١- إعلان من المدعي لخصمه بالتنازل قبل الجلسة المحددة طبقاً لما هو مبين في باب الإعلان.

٢- أن يقرر المدعي ذلك في مواجهة خصمه ويثبت ذلك في محضرها .

٣- أن يبدي المدعي التنازل في بيان صريح في مذكرة موقعة منه أو من وكيله المأذون له بذلك ويطلع خصمه عليه .

ويجوز رجوع الخصم عن التنازل عن الخصومة برمتها صراحة أو ضمناً ، طالما لا يتضمن إسقاطاً لأصل الحق المرفوعة به الدعوى ، و لم يمس به ، ما دام خصمه لم يقبله أو يحكم القاضي باعتماده^(١٩).

وأخيراً يشترط لصحة التنازل قبول المدعى عليه إذا تعلقت مصلحته بالفصل في الدعوى ، فنص القانون في المادة (٢١٠) مرافعات على عدم جواز التنازل عن الخصومة إذا تعلق بها حق المدعى عليه إلا بموافقته .

^{١٨} - أحمد خليل ، المرجع السابق ص٤٣٢.

^{١٩} - نقض مصري (٨٥٤) لسنة ٤٥ ق جلسة ١١/٥/٧٨م ص ٢٣٥ الفاكهاني وحسني ، المرجع السابق.

ونلاحظ أن قانوننا لم يفرق في اشتراط موافقة المدعى عليه على التنازل إذا تعلق حق المدعى عليه بالخصومة ، بين التنازل قبل إبداء المدعى عليه طلباته ، وبين التنازل قبل ذلك .

والذي نراه أن مصلحة المدعى عليه هي مناط اشتراط قبوله للتنازل من عدمه ، فحين تكون له مصلحة في استمرار الخصومة وجب قبوله بالتنازل ، أما حيث لا تكون له مصلحة مشروعة فلا يشترط قبوله لصحة تنازل المدعى عن الخصومة ، ولذلك لا يلتفت إلى اعتراض المدعى عليه على تنازل المدعي عن الخصومة إذا كان قد قدم دعواً بعدم الاختصاص أو بالإحالة أو ببطلان صحيفة الدعوى أو أي طلب يكون القصد منه منع المحكمة من سماع الدعوى أو السير في الخصومة (م ٢١٠ مرافعات) إذ لا تكون له مصلحة مشروعة في بقاء الخصومة ويترتب على إعلان المحكمة إنهاء الخصومة بتنازل المدعي عنها ، أن الخصومة ، تنتهي بكافة إجراءاتها ، ولذلك فالتقادم الذي انقطع بالمطالبة القضائية يعود وكأنه لم ينقطع ، كما تسقط بالتنازل جميع الطلبات العارضة التي قدمها الخصوم غير أن التنازل عن الخصومة لا يمس أصل الحق الذي رفعت به الدعوى .

ولا يتأثر الحكم الابتدائي بالتنازل عن الاستئناف ، ويصبح الحكم الابتدائي بالتنازل عن الاستئناف نهائياً (م ٢١٣ مرافعات) .

ولا يشترط لصحة التنازل عن الاستئناف قبول المستأنف ضده .

وبالتنازل عن الاستئناف يمتنع الطعن على الحكم الابتدائي بالنقض ، إذ لا يقبل الطعن بطريق النقض إلا الأحكام الصادرة من محاكم الاستئناف أو من المحاكم الابتدائية التي لا تقبل الطعن بالاستئناف (م ٢٩٢ مرافعات) ويفترض هنا أن الحكم كان قابلاً للاستئناف وتنازل المحكوم عليه عن استئنافه.

أما الطعن بالتماس إعادة النظر فيجوز ، فالمادة ٢٧٣ مرافعات تنص على أنه لا يجوز أن يطعن في الأحكام إلا من المحكوم عليهم ، ولا يجوز أن يطعن فيها من قبل الحكم صراحة في محضر الجلسة أو في جلسة لاحقه أو من قام بتنفيذ الحكم من تلقاء نفسه خلال مدة الطعن ولا ممن حكم له بكل طلباته . فلا يعد تنازل المحكوم عليه عن الاستئناف قبولاً ضمناً يمتنع معه عليه الطعن على الحكم الابتدائي الذي تنازل عن استئنافه بالتماس إعادة النظر ، إذا لا يعد هذا التنازل قبولاً للحكم الابتدائي وفق ما نصت عليه المادة ٢٧٣ مرافعات (٢٠).

٢٠ - كان قانون المرافعات والتنفيذ المدني القديم في المادة ١٩٨ ينص على ما يلي : لا يجوز الطعن في الأحكام إلا من المحكوم عليهم ، ولا يجوز ممن قبل الحكم صراحة أو ضمناً بقرائن قاطعة ، ولا ممن حكم له بكل طلباته . أما قانون المرافعات والتنفيذ المدني النافذ فينص في المادة (٢٧٦) على ما يلي : لا يجوز أن يطعن في الأحكام إلا المحكوم عليهم ، ولا يجوز أن يطعن فيها من قبل الحكم صراحة في محضر الجلسة أو في جلسة لاحقه ، أو ممن قام بتنفيذ الحكم من تلقاء نفسه خلال مدة الطعن ولا ممن حكم له بكل طلباته . أن النص القديم لا يجيز الطعن في الأحكام ممن قبل الحكم صراحة أو ضمناً بقرائن قاطعة أما النص الجديد فيشترط في القبول الصريح أن يكون في محضر الجلسة أو في جلسة لاحقه ، أما القبول الضمني فلا يعتد به إلا في حالة واحدة هي تنفيذ المحكوم عليه من تلقاء نفسه للحكم خلال مدة الطعن . وجاء في تقرير لجنة العدل والأوقاف التابعة لمجلس النواب حول مشروع تعديل القانون القديم ، إنها حذفت عبارة " أو ضمناً " وأضافت بعد " صراحة " جملة " في محضر الجلسة أو في جلسة لاحقه " وبررت لذلك : ١ - بتحديد معنى الرضا صراحة لمنع أي لبس ، ولقطع أي شك حول كيفية الرضا الصريح ، حيث لا يتم قبول الحكم إلا في المحكمة ويثبت هذا القبول في محضر جلسة صدور الحكم أو في جلسة لاحقه ٢- لإزالة أية مشاكل قد تنشأ في تفسير الرضا الضمني وما يعتبر قرائن قاطعة وما لا يعتبر ، حيث أن المحكوم عليه إذا عمد لتنفيذ الحكم القابل للطعن من تلقاء نفسه فيدل دلالة فعلية على قبوله بالحكم سواء ابتدائياً أو انتهائياً . أن التعديل الذي أجري على النص القديم غير موفق ومبرراته غير مقنعة وتحتوي على تقريرات قانونية خاطئة ، ذلك أن القبول قد يكون صراحة ولا حقاً لجلسة صدور الحكم ، و من غير المتصور إن تعقد المحكمة جلسة بعد صدور الحكم لمجرد إثبات قبول المحكوم عليه للحكم في محضر خاص بهذه الجلسة . أن القبول الصريح قد يكون بإعلان المحكوم له على يد محضر أو في ورقة توجه إلى المحكوم له ، أو في

رابعاً : سقوط الخصومة

سقوط الخصومة هو زوالها أو اعتبارها كأن لم تكن بسبب عدم قيام المدعي بالنشاط اللازم لسيرها أو اعتبارها كذلك بالتقادم.

(١) سقوط الخصومة بسبب من أفعال المدعي أو امتناعه

تنص المادة (٢١٥ مرافعات) على أنه إذا توقف السير في الخصومة بفعل المدعي أو امتناعه ، وانقضت سنة من تاريخ آخر إجراء صحيح فيها سقطت الخصومة ، ولا تسري مدة السقوط في حالات الانقطاع المتعلقة بالمدعي إلا من تاريخ إعلان من قام بمقامة بوجود الخصومة المترددة بين الطرفين ، وفي حالة الوقف الجزائي تبدأ مدة السقوط من تاريخ انتهاء مدة الوقف ، ويتقرر السقوط بحكم بناء على طلب من الخصم موجه لجميع المدعين أو المستأنفين بالطريقة المعتادة لرفع الدعوى أو في مواجهتهم في الجلسة عند استئناف السير في الدعوى بعد انقضاء ميعاد سقوط الخصومة فيها.

مراسلات متبادلة ، والقبول الضمني قد يكون سابقاً للحكم يستفاد من صدور الحكم نتيجة طلب توجيه خصم اليمين لخصمه فاشتراط القبول الصريح أن يكون في محضر جلسة النطق بالحكم أو في جلسة لاحقة ، وعدم الاعتداد بأي = قبول ضمني إلا القبول المستفاد من تنفيذ المحكوم عليه للحكم من تلقاء نفسه خلال فترة الطعن ، ليس له في المنطق القانوني مبررات جديرة بالاعتبار ، والقول بقطع الشك حول كيفية الرضا و تفسيره وما يعد قرينة قاطعة وما لا يعد كذلك لا يعني الكثير، فالرضا و عيوبه و تفسيره وما يعد قرينة قاطعة أو غير ذلك هو جزء من طبيعة العمل القضائي ليس في شأن قبول الأحكام بل في كثير من مجالات العمل القضائي . ولعل مقترحي التعديل كانوا تحت تأثير الممارسة السابقة في بعض مناطق اليمن قبل تقنين إجراءات التقاضي ، حيث كان يطلب من الخصوم بعد النطق بالحكم تحديد موقفهم منه ويعبر عن القبول بالحكم بتشريف الحكم.

أما تنفيذ الحكم من قبل المحكوم عليه من تلقاء نفسه خلال فترة الطعن فلا يعد قبولاً ضمناً للحكم إلا إذا كان الحكم غير نهائي ، أما تنفيذ الحكم النهائي فمشكوك في دلالة على القبول لأن المحكوم عليه عند التنفيذ كان مهتماً بالتنفيذ الجبري .

إن السقوط هنا عبارة عن جزاء للمدعي لتعمده أو لإهماله اتخاذ إجراءات مطلوبة منه ، ورعاية لمصلحة المدعى عليه في أن لا يظل غير مستقر نتيجة دعوى خصمه

والسقوط هنا يسري على كل خصومة سواء كانت خصومة أمام محكمة أول درجة أو خصومة استئناف ، كما يسري على خصومة النقض وإن كان غير متصور لعدم اعتماد إجراءات خصومة النقض على نشاط الخصوم . كما تطبق أحكام السقوط الواردة في المادة (٢١٥ مرافعات) على كل خصومة تنظرها جهة القضاء المدني مهما كان موضوعها ، وكل خصومة معرضة للسقوط منذ بدئها أي منذ المطالبة القضائية حتى قفل باب المرافعة فيها ، فالوقت بين المطالبة القضائية وقفل باب المرافعة هو الوقت الذي يكون فيه نشاط الخصوم ، أما إجراءات التنفيذ فلا يجوز طلب إسقاطها لأنها لا تعتبر خصومة^(٢١) .

ونظام السقوط الوارد في المادة (٢١٥ مرافعات) يشترط فيه أن يكون عدم السير في الخصومة بسبب فعل المدعى أو امتناعه ويشترط أن لا تثار مسألة سقوط الخصومة بسبب فعل المدعى أو امتناعه قبل مضي سنة من تاريخ آخر إجراء صحيح سواء قام بهذا الإجراء الصحيح المدعى أو المدعى عليه أو المحكمة ، وبآخر إجراء صحيح في الخصومة تنقطع مدة السقوط لتبدأ مدة سقوط جديدة .

وإذا قام سبب انقطاع الخصومة في المدعى فإن مدة السقوط لا تبدأ إلا من تاريخ إعلان من قام مقامه بوجود الخصومة بينه وبين مورثه ، أو من يقوم مقامه ، وعليه فإذا قام سبب الانقطاع في المدعى عليه لم يستفد من النص ،

^{٢١} - نظرية الدفع ، أحمد أبو الوفاء ص ٥٩٩ منشأة المعارف بالإسكندرية طبعة ٢٠٠٠ م .

إذ الاستفادة منه قاصرة على وارث أو من يقوم مقام المدعي متى تعلق سبب الانقطاع به .

أما في حالة وقف سير الخصومة نتيجة تخلف المدعي عن القيام بأي إجراء من إجراءات المرافعات في الميعاد الذي حددته المحكمة (الوقف الجزائي م٦٢مرافعات) فإن مدة السقوط وهي سنة تبدأ من تاريخ انتهاء مدة الوقف . وإذا كان عدم السير في الخصومة يرجع إلى قوة قاهرة أو استحالة مطلقة تجعل المدعي في حالة عجز تام عن مزاولتها كالحرب و الفيضانات ، احتسبت مدة السقوط باحتساب مدة الوقف السابقة على قيام الحادث يضاف إليها مدة تبدأ من تاريخ زواله^(٢٢) .

وفي حالة وقف الدعوى للفصل في مسألة أولية فإن مدة السقوط تبدأ من تاريخ الفصل في المسألة الأولية على أنه إذا كان المدعي هو المكلف باستصدار الحكم في المسألة الأولية وانقضت سنة دون أن ترفع في خلالها الدعوى في هذه المسألة جاز إسقاط الخصومة^(٢٣) .

ويتقرر السقوط بحكم المحكمة نتيجة سلوك أحد طريقيين الأول : التقدم بطلب إلى المحكمة التي تنظر الخصومة المطلوب سقوطها ، بالإجراءات المعتادة لرفع الدعوى الثاني أن يدفع المدعى عليه بسقوط الخصومة إذا استأنف المدعي السير في الخصومة بعد انقضاء ميعاد السقوط .

والمدعى عليه وحده هو الذي يستطيع التمسك بسقوط الخصومة دون المدعي ، ويعتبر صاحب مصلحة قانونية في التمسك بسقوط الخصومة في صورة طلب أو دفع إلى جانب المدعى عليه ورثته و من يتدخل منضمًا إلى المدعى عليه وكل من يختصم فيها بناءً على طلب المدعى عليه باعتباره ضامنًا له ، وكل من تدخله المحكمة في الدعوى من تلقاء نفسها خشية أن يضر من

٢٢ - أبو الوفاء ، نظرية الدفع ص٦١٥ - ٦١٦ ، المرجع السابق

٢٣ - أبو الوفاء ، نظرية الدفع ص٦١٦ - ٦١٧ .

قيامها ، بشرط أن لا تكون له صفة المدعي ، وكل من أدخله المدعي ضامناً له ، وكل من تدخل اختصاصاً للمطالبة بذات الحق المدعى به لانه في حكم المدعى عليه بالنسبة للمدعي الأصلي^(٢٤) وليس للمحكمة من تلقاء نفسها أن تقضي بسقوط الخصومة ، ذلك لأن السقوط مقرر لمصلحة المدعى عليه ولا يتعلق بالنظام العام ، ويجب على المدعى عليه أن يبدي الدفع بسقوط الخصومة قبل الكلام في الموضوع تحت طائلة سقوط الحق في إبداء هذا الدفع بعد الكلام في الموضوع .

وإذا كان المدعون أو المستأنفون متعددين وجب تقديم طلب إسقاط الخصومة إليهم وإلى من في حكمهم وإلا كان غير مقبول ، فإذا لم يتمكن المدعى عليه من التمسك بالسقوط قبل جميع هؤلاء امتنع عليه تقديم هذا الطلب ، كما إذا قام بأحد هؤلاء سبب من أسباب انقطاع الخصومة^(٢٥) .

أما إذا تعدد المدعى عليهم جاز لبعضهم التمسك بإسقاط الخصومة دون البعض الآخر إذا كان موضوع الخصومة قابلاً للتجزئة ، فالخصومة تقبل التجزئة عند تعدد المدعى عليهم ، إذا كان موضوعها يقبل التجزئة أما إذا كان المدعون متعددون ، فالخصومة لا تقبل التجزئة ولو كانت بطبيعتها قابلة للتجزئة .

يترتب على سقوط الخصومة اعتبارها كأن لم تكن ، فتلغى جميع إجراءاتها ويعود الخصوم إلى الحالة التي كانوا عليها قبل رفع الدعوى ، فتلغى صحيفة الدعوى وتسقط الأحكام الصادرة بإجراء الإثبات لأنها أحكام إجرائية تدخل في مفهوم الأحكام الإجرائية غير القطعية^(٢٦) .

^{٢٤} - أحمد خليل ، المرجع السابق ص ٤٢٠ .

^{٢٥} - المرافعات ، أبو الوفاء ، المرجع السابق ص ٦٢٩ .

^{٢٦} - على خليل ، المرجع السابق ص ٤٢٢ .

وتسقط أيضاً الأحكام الوقتية ، إذ أن الحكم الوقتي هو أحد إجراءات الخصومة التي سقطت ، وتسقط كذلك الطلبات العارضة بوصفها تابعة للخصومة الأصلية ، تسقط بسقوطها ، ويزول الأثر القاطع للتقادم لصحيفة الدعوى .

وإذا كان سقوط الخصومة يجعل الخصومة كأن لم تكن فإن هذا السقوط لا يمس أصل الحق الذي رفعت الدعوى للمطالبة به ، فيستطيع المدعي رفع الدعوى من جديد إذا كان حقه لم يسقط بعد ، ولا تسقط الإجراءات السابقة على الخصومة كالإنذارات ولا تسقط الإقرارات و الأيمان التي حلفها الخصوم ولا تسقط الأحكام القطعية الصادرة حاسمة نقطة من نقاط النزاع ، ولا تسقط إجراءات التحقيق وأعمال الخبرة ما لم تكن في ذاتها باطلة.

ولم ينص القانون على ذلك صراحة ، إنما ليس هناك ما يمنع من الأخذ بذلك فهي إجراءات مستقلة عن إجراءات الخصومة الأصلية ، غير أن ذلك لا يعني سلب المحكمة سلطتها في تقديرها إذا ما عرضت عليها في الخصومة الجديدة.

٣- سقوط الخصومة بالتقادم :

رأينا فيما سبق أن الخصومة تسقط إذا توقف السير فيها بفعل المدعي أو امتناعه بمضي سنة من تاريخ آخر إجراء صحيح فيها ، غير أن الخصومة قد تظل راکدة بسبب لا يعود إلى فعل المدعي أو امتناعه ، كأن يتوقف السير فيها بانقطاعها لوفاة أحد الخصوم أو فقد أهلية التقاضي أو صفة ممثله القانوني ، أو لوقفها لحين الفصل في مسألة أولية يتوقف على الحكم فيها الحكم في الخصومة الأصلية ، فنص المشرع في المادة (٢١٦مرافعات) على أنه إذا توقف السير في الخصومة لمدة ثلاث سنوات من تاريخ آخر إجراء

صحيح تم فيها بدون سبب شرعي موجب لذلك ، دل على رغبة المدعي عن الخصومة فتسقط بقوة القانون ويتحمل نفقات المحاكمة وأي تعويض عن أضرار تكون قد لحقت بالمدعى عليه إذا طلبها وإذا أراد المدعي تجديد الخصومة فلا يتم قبولها إلا بإجراءات جديدة .

أن لسقوط الخصومة بالتقادم ثلاثة شروط أولها أن تكون الخصومة راکدة لسبب غير شرعي موجب للركود ومن قبيل السبب الشرعي الموجب أن تكون الخصومة متوقفة طوال مدة التقادم انتظاراً لحكم فاصل في مسألة أولية يتوقف عليها الحكم في الخصومة.

فالوقف التعليقي يوقف سريان مدة التقادم إلى أن يزول سبب الوقف فانقضاء الخصومة بالتقادم هو تقادم مسقط ترد عليه أسباب الوقف و الانقطاع ، والوقف التعليقي مؤداه وقف سريان مدة انقضاء الخصومة حتى زوال السبب الذي من أجله وقف نظر الدعوى .

والشرط الثاني هو انقضاء ثلاث سنوات على الأقل من تاريخ آخر إجراء صحيح في الخصومة .

أما الشرط الثالث والأخير فهو أن يتمسك الخصم صاحب المصلحة - ليس شرطاً أن يكون المدعى عليه - بسقوط الخصومة بالتقادم ، إما في شكل دعوى يرفعها إلى المحكمة التي تنظر الخصومة ولو كانت محكمة استئناف أو في شكل دفع على أن يبدي هذا الدفع قبل الكلام في الموضوع . ويترتب على سقوط الخصومة بالتقادم جميع الآثار التي سبق عرضها في سقوط الخصومة بفعل المدعي أو امتناعه .

خامساً : الصلح

الصلح عارض لسير الخصومة يؤدي إلى إنهاءها دون حكم فيها ، و عرفه القانون المدني في المادة ٦٦٨ بأنه عقد يرفع النزاع ويقطع الخصومة ، يحسم به الطرفان نزاعاً قائماً أو يتوقيان به نزاعاً محتملاً وذلك بأن يتنازل كل منهما عن جزء من ادعائه .

والصلح في الخصومة يصح في أية حالة تكون عليها الدعوى، وإنما يشترط القانون أن يكون الصلح مكتوباً موقعاً عليه من أطراف الخصومة أنفسهم أو من وكلائهم المفوضين بالصلح ، ويقدم الخصوم ما اتفقوا عليه إلى المحكمة التي تقوم بإحاقه بمحضر الجلسة للتصديق عليه (م٢١٤ مرافعات) .

والمحكمة عندما تصدق على الصلح تقوم بعمل الموثق أي أن القاضي وهو يصدق على الصلح لا يكون قائماً بوظيفة الفصل في الخصومة لأن مهمته تكون مقصورة على إثبات ما حصل أمامه من الاتفاق ، ومن ثم فإن هذا الاتفاق لا يعدو أن يكون عقداً ليس له حجية الشيء المحكوم فيه ، وأن كان يعطى شكل الأحكام عند إثباته^(٢٧).

وتصديق المحكمة على الصلح غير قابل للطعن فيه بطرق الطعن في الأحكام حتى لا يترتب على ذلك تفويت درجة من درجات التقاضي بصدد الدعوى بطلب بطلان التصرف^(٢٨) ، وهو لا يعد حكماً ، ذلك أن الحكم

^{٢٧} - محكمة النقض المصرية طعن (٤٦٦ سنة (٤٣ق) جلسة ٧٧/١/٢١ الموسوعة الذهبية، الإصدار

المدني، الجزء السابع صد١٦٤ طبعة ١٩٨٢م ، الدار العربية للموسوعات .

^{٢٨} - نظرية الأحكام في قانون المرافعات ، أحمد أبو الوفاء ، حاشية ص٥٨، دار المعرف بالإسكندرية

١٩٨٩م.

بمعناه الخاص لا تكون له صفته إلا إذا أوضح جهد المحكمة بصدده أي مضت بالفصل في الخصومة المطروحة أمامها^(٢٩).

ومحضر الصلح المصدق عليه بالمحكمة لا يخرج عن كونه عقداً فلذلك يكون قابلاً للتفسير من قبل المحكمة ولا معقب عليها فيما رآته فيه مادام مستساغاً .

ولما كان لا يجوز للمحكمة التصديق على الصلح إلا بحضور الخصمين ، لأن القاضي إنما يقوم بمهمة الموثق ، ولا يجوز توثيق عقد إلا بحضور الطرفين ، فإنه إذا غاب أحد الطرفين امتنع على القاضي التصديق على الصلح ، لكن ذلك لا يمنع من اعتبار محضر الصلح الموقع عليه من الطرف الغائب سنداً يصح الحكم بمقتضاه و إذا حضر الطرفان وعدل أحدهما عن الصلح لم يجز للقاضي التصديق عليه^(٣٠).

ويكون لمحضر الجلسة المثبت للصلح قوة السند التنفيذي (م ٢١٤ ، ٣٢٨ مرافعات) .

ويترتب على الصلح زوال الخصومة وعدم جواز رفع الدعوى بالحق الذي كان موضوعاً للخصومة التي انقضت بالصلح ، فإذا كان سقوط الخصومة بفعل المدعي أو امتناعه أو بالتقادم لا يمس الحق المدعى به ، فإن الصلح يرتب إضافة إلى زوال الخصومة انقضاء الخصومة والادعاءات التي تنازل عنها أي من الطرفين تنازلاً نهائياً (م ٦٧٧ مدني) .

وإذا رفعت الدعوى بعد انقضاء الخصومة بالصلح فإنه يجوز لأي من الخصمين أن يدفع بانقضاء الخصومة بالصلح ، غير أنه يجوز التنازل عن الدفع هذا صراحة أو ضمناً فهو مقرر لمصلحة كل من الطرفين .

^{٢٩} - نظرية الأحكام ، أبو الوفاء ص ٥٨ المرجع السابق

^{٣٠} - السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني ، الجزء الخامس ص ٥٢٤ ، دار أحياء التراث العربي.

العمل الولائي وصلاحية القاضي

القاضي /

حسين محمد المهدي
عضو المحكمة العليا
عضو المكتب الفني

مَهَيِّدٌ

الحمد لله رب العالمين ونصلي ونسلم على من أنزل عليه الكتاب بالحكمة
تبيانا لكل شيء ورحمة محمد المؤيد بالعصمة وعلى آله وصحبه وبعد :
فإنه معلوم ما يباشره القضاة ضمن أعمالهم اليومية من الأعمال الولائية التي
تتصل بهم نظراً لحاجة الناس إليها وتعويلهم عليها فيستمدون من القضاة
الأوامر التي يدار بها شئون القصر أو يطلبون ما يثبت به فيها حالة وفاة ، أو
انحصار وراثة أو يطلبون فيها من القضاة تقدير نفقة أو التصديق على وكالة
أو اتفاق إلى غير ذلك من الأمور التي لا تكاد تدرج تحت حصر وتتطلب
ضرورة الحياة استصدار أوامر قضائية فيها تقوم على ميزان العدل لتصبغ
تلك الأعمال بالصبغة الشرعية والقانونية ، ويلاحظ المتتبع للممارسة العملية
فيما يجري اليوم على ساحة القضاء عند استصدار هذه الأوامر وممارسة
تلك الأعمال أن هناك من يسيء استعمال سلطته التقديرية في ممارسة هذه
الأعمال خاصة عند التصديق على الوثائق والعقود فلا يراعى الضوابط
والشروط التي يجب توافرها بحيث تؤدي هذه الأعمال التي تقوم بها
المحاكم وظيفتها وتؤتي ثمرتها على الوجه المطلوب فإساءة استعمال السلطة
التقديرية عند البعض شائع ويتمثل ذلك في الغالب الأعم عند استصدار
الأوامر على العرائض دون توافر الضوابط والشروط التي يقضي الشرع
والقانون توافرها لإصدار هذه الأوامر وبما أن الأوامر على العرائض تكون
نافذة بقوة القانون بمجرد صدورها ولا يوقف التظلم منها قوتها التنفيذية ،
فإن ذلك مما يؤدي إلى نتائج ضارة قد يتعذر تداركها فيما بعد وبصفة
خاصة عند إساءة استعمال السلطة من جانب القضاة الذين يمارسون هذه
الأعمال بما لهم من سلطة ولائية ،

والأعمال الولائية وأن كانت ليست أعمالاً قضائية كما أنها ليست أعمالاً إدارية وإنما هي أعمال قانونية تنشئ مراكز قانونية جديدة لا تحتاج إلى رابطة قانونية سابقة مثلما تحتاج الأحكام القضائية ، وإنما تباشر المحاكم الوظيفة الولائية إلى جانب الوظيفة القضائية باعتبارها وظيفة ثانوية أو تبعية أسندت للقضاة باعتبارهم أفضل من يتولى هذه الأعمال نظراً لما يتمتعون به من الخبرة الشرعية والقانونية النظرية والتطبيقية وحسن التقدير ولما يمثلونه من حسن السلوك وحب الرعاية للصالح العام فمصدر سلطة القاضي في ممارسة الأعمال الولائية هو ولايته العامة باعتباره واحداً من الحكام أو ولاية الأمر الذين يملكون توجيه الناس والسيطرة عليهم تحقيقاً لما فيه مصلحتهم ومصلحة المجتمع الذين ينتمون إليه ، ومن هنا كان تسمية هذه الأعمال بالإعمال الولائية فهي أعمال تستند إلى ولاية القاضي^(٣١) .

وقد صرح قانون المرافعات اليمني رقم (٤٠) لسنة ٢٠٠٢م بأن الأوامر على العرائض تصدر في غير خصومة وفي غياب من صدر الأمر ضده بمقتضى السلطة الولائية لرئيس المحكمة أو القاضي المختص المادة (٢٤٦) مرافعات يمني كما جعل القانون اليمني الاختصاص للمحاكم الابتدائية وجعل المشرع السعودي في نظام المرافعات الشرعي السعودي إصدار حجج الاستحكام التي تدرج ضمن الأعمال الولائية المتعلقة بإقامة الأوصايا والنظار والأذن لهم بالتصرفات وفرض النفقة وتزويج من لا ولي لها وإثبات حصر الورثة للمحاكم العامة فيما لم ينص عليه في اختصاص المحاكم الجزئية كما هو صريح المادة (٣٢) من نظام المرافعات الشرعية السعودي رقم (١١٥) لسنة ١٤٢١هـ كما أناط المشرع العماني الأعمال الولائية للمحاكم الابتدائية على أن تصدر الأوامر على العرائض وفقاً لأحكام

^{٣١} - أنظر د/ عبد الباسط جميعي في سلطة القاضي الولائية مقالة منشورة بمجلة العلوم القانونية والاقتصادية تصدرها كلية الحقوق بجامعة عين شمس سنة ١٩٦٩م العدد الثاني بند ١٤٢ ص ٦٤٤ .

قانون المرافعات المدني والتجاري العماني رقم (٢٩) لسنة ٢٠٠٢م بالمادة (١٩٠ - ٢٠١) والتي تضمنت كيفية إصدار الأوامر على العرائض وأوامر الأداء وكيفية التظلم منها ويرى البعض أن هذه الأعمال لا تعتبر عملاً أساسياً للقضاة ولكن القضاة يمارسونها تفضلاً منهم لأنها لا تدخل في وظيفتهم العادية^(٣٢).

فهي تسمى بالأعمال التفضلية لأنها تصدر تفضلاً من القاضي^(٣٣) كما يسمى الاختصاص بها بالاختصاص الإرادي وذلك على أساس أنه يستند إلى إرادت طالب استصدارها والذي يلجأ إلى القضاء ليمارس عملاً يخرج عن نطاق وظيفته المعتادة والأصل هو أن يباشر القاضي الأعمال الولائية بما له من حق الولاية^(٣٤) وراجع في تقديرنا القول أن القاضي يباشر الأعمال الولائية بما له من حق الولاية لمجرد صدور قرار تعيينه رئيساً لمحكمة ابتدائية أو قاضياً فيها وتند إلى هذه الصلاحية بموجب قرار تعيينه حتى وإن كانت الأعمال الولائية ليست الأعمال الأساسية للقضاء لأن الأعمال الأساسية للقضاء تنحصر في الأعمال ذات الطبيعة القضائية ولكنه مع الأخذ في الاعتبار بأن القضائي أحد ولاة الأمر الذين يسند إليهم هذه الصلاحية ليمارسوا الأعمال الولائية وقد عد الماوردي من فقهاء الشافعية وأبو يعلى الفراء من فقهاء الحنابلة في ولاية القاضي إذا كانت عامة فصل المنازعات ، وقطع المشاجرات ، والخصومات واستيفاء الحقوق ممن مطل ، بها وثبوت الولاية ممن كان ممنوع التصرف لجنون أو صغر ، و الحجر على من يرى الحجر عليه ، حفظاً للأموال على مستحقيها وتصحيحاً لأحكام العقود ، والنظر في الأوقاف بحفظ فصولها ، وأن لم يكن تولاهها لانه لا يتعين

^{٣٢} - أنظر د/ فتحي وال في مبادئ قانون القضاء المدني الطبعة الثانية ١٩٧٥م دار النهضة العربية بند ١٦ ص ٣١.

^{٣٣} - محمد عبد الخالق عمر في قانون المرافعات المدنية التجارية طبعة ١٩٨٧م دار النهضة العربية ص ٦٤

^{٣٤} - أنظر د. محمد العشماوي في قواعد المرافعات من القانوني الأهلي والمختلط الجزء الأول الطبعة الأولى سنة

١٩٢٨م بند ٥٣٤ .

الخاص بها إن عمت ، وتنفيذ الوصايا على شروط الموصي ، فإن كان فيها وصي راعاه وإن لم يكن تولاه ، وتزويج الأيامي بالأكفاء ، إذا عدّ من الأولياء ، ولا يجعله أبو حنيفة رضي الله عنه من حقوق ولاية القاضي لتجويزه تفرد الأيم بعقد النكاح ، وإقامت الحدود على مستحقيها ، والنظر في مصالح عمله من الكف عن التعدي في الطرقات والأفنية ، وتصفح شهوده وأمناءه ، والتسوية في الحكم بين القوي والضعيف^(٣٥) .

وجاء في بعض كتب الحنابلة أيضا أنه إذا ثبتت الولاية أي ولاية القاضي وكانت عامة يستفاد بها النظر في عشرة أشياء :

- ١- فصل الخصومة . ٢- استيفاء الحق ممن هو عليه ودفعه إلى ربه .
- ٣- النظر في أموال اليتامى والمجانين والسفهاء والحجر على من يرى الحجر عليه لسفه أو فلس .
- ٤- النظر في الأوقاف للعمل بإجرائها على شرط الواقف .
- ٥- تزويج النساء التي لا ولي لهن .
- ٦- أقامت الحدود . ٧- أقامت الجمعة . ٨- النظر في مصالح عمله
- ٩- كف الأذى عن طرق المسلمين وأفنيتهم ١٠- تصفح حال شهوده وأمناءه والاستبدال لمن يثبت جرحه منهم^(٣٦) . ولا يكاد يخرج فقهاء الشريعة الإسلامية في مختلف المذاهب عن ذلك وفيما ذكره فقهاء الشريعة الإسلامية دلالة واضحة على اتساع اختصاص القضاء واستيعابه للأعمال

^{٣٥} - نظر الأحكام السلطانية لأبي الحسن علي ابن محمد ابن حبيب الماوردي طبعة وزارة الأوقاف بالعراق ١٣٩٢هـ ١٩٧٢م ص ٧٠ والأحكام السلطانية لأبي يعلى محمد ابن الحسن الفراء نشر مصطفى الباب الحلبي الطبعة الثانية ١٣٨٦هـ ١٩٦٦م ص ٦٥ بتصرف .

^{٣٦} - أنظر المغني على الشرح الكبير لموفق الدين ابن قدامة الناشر دار الكتاب العربي بيروت سنة ١٣٩٢هـ جزء ١١ ص ٣٨٠ والأنصاف في معرفة الراجح من الخلاف لعلاء الدين أبي الحسن علي بن سليمان المرادوي الناشر دار أحياء التراث العربي بيروت ١٣٧٧هـ جزء ١١ ص ١٦٣ - ١٦٥ ومطلب أولي النهى شرح غاية المنتهى لمصطفى الصيوطي الرحيباني الناشر المكتب الإسلامي جزء ٦ ص ٤٥٩

الولائية أضف إلى ذلك أن فقهاء الشريعة الإسلامية قد أخذوا عند تعريفهم للقضاء إلى جانب المعيار الموضوعي بالمعيار الشكلي الذي يدخل في القضاء أعمالاً غير قضائية لأن المعيار الشكلي في تعريف القضاء يدخل في أعمال القضاة الأعمال الولائية إذ أنه يجعل الأعمال الولائية التي ليس لها صفة الأعمال القضائية كإدارة أعمال القصر داخلة في دائرة الأعمال القضائية ، فالإعمال الولائية ينطبق عليها المعيار الشكلي عند تعريف القضاء لأنها صادرة من قاضي ولكنها في حقيقة الأمر ليست أعمالاً قضائية ، وكان فقهاء الشريعة الإسلامية من خلال ما ذكره من تعريفات للقضاء في حدود ما يناط به من إعمال قد أخذوا بالمعيار الشكلي أو المعيار الموضوعي منفردين أو مجتمعين لأن المعيار الشكلي وحدة يكشف فقط عن بعض عناصر القضاء كالهئية التي تصدر الحكم ، وكذلك الإجراءات التي تتبّع والإلزامية التي تترتب على الحكم ، وهذه العناصر وأن كانت ضرورية لقيام المعيار الشكلي إذ بدونها لا يتحقق وجود ، القضاء إلا أن هذه المعيار بمفرده لا يكون معياراً جامعاً مانعاً لتعريف القضاء دون إضافة العناصر الموضوعية كعنصر المنازعة باعتباره عنصراً هاماً وإبعاده من التعريف لا يجعله جامعاً مانعاً ولهذا نجد الكثير من فقهاء الشريعة الإسلامية المعاصرين يتجهون للأخذ بالمعيار المختلط فقد عرف القضاء الدكتور/ محمد الزحيلي " بأنه سلطة الفصل بين المتخاصمين وحماية الحقوق العامة بالأحكام الشرعية^(٣٧) . وعرفه القاضي علي قرعه " بأنه فصل الخصومات وقطع المنازعات على وجه خاص صادر عن ولاية عامة " ^(٣٨) . واختار هذه التعريف أنور العمروسي^(٣٩) . وعرفه الدكتور/ محمد نعيم عبد السلام

٣٧ - التنظيم القضائي للدكتور محمد مصطفى الزحيلي الناشر دار الفكر ص٣٧ .

٣٨ - الأصول القضائية في الأصول الشرعية لعلي قراة الناشر مطبعة النهضة الطبعة الثانية ص٢٧٦ .

٣٩ - أصول المرافعات الشرعية لأنوار العمروسي الطبعة الثانية ص١٢

ياسين " بأنه فصل الخصومات بإظهار حكم الشرع فيها على سبيل الإلزام^(٤٠). وعرفه الدكتور / سعود بن سعد فقال " القضاء هو إظهار الحكم الشرعي على وجه خاص ممن له الولاية فيما يقع فيه نزاع لمصالح الدنيا وذلك حسماً للتداعي وقطعاً للخصام^(٤١).

والذي يستفاد من هذه التعريفات ومما صرحت به بعض القوانين المنتزعة من الفقه الإسلامي أن القضاء " هو سلطة فصل الخصومات وقطع المنازعات وغيرها مما يظهر به الحق ممن له الولاية بحكم الشرع على سبيل الإلزام بطريق مخصوصة وأنه مما يندرج تحت سلطة القاضي الأعمال الولائية التي لا تستقيم العدالة دون مباشرتها غير أنه إذا أساء القاضي استعمال هذه السلطة فإن العدالة تصاب في مقتل ولهذا فإنه من الأمور التي يجب أن يتضلع بها القاضي ويدقق فيها هو استيفاء الشروط والضوابط التي يتطلبها الشرع والقانون عند قيامه بالعمل الولائي بما له من صفة ولاتية سواء كان ذلك في شكل أمر وقته أو تحفظيه أو في شكل مصادقة على وثائق ومحركات رسمية من قبل قاضي التوثيق من أجل أضياف الحجية على تلك المحركات وحتى لا تصير هذه الوثائق وسيلة للتنازع والاختلاف بدلاً من أن تكون وسيلة للاستظهار وحجة رسمية قاطعة للخلاف فإنه يتعين على القاضي المختص استيفاء الضوابط والشروط والأشرف على ما يقوم به الأمناء والموثقون ، ولما للأعمال الولائية التي تباشرها المحاكم من أهمية فقد خصصنا لها هذه الدارسة التي نعتزم فيها بيان ماهية الأعمال الولائية والطبيعة القانونية لها والتمييز بينها وبين الأعمال القضائية وطرق التظلم منها والتمسك ببطلانها

^{٤٠} - نظرية الدعوى بين الشريعة والمرافعات د. محمد نعيم عبد السلام ياسين الناشر وزارة الأوقاف الأردنية جزء ١ ص٤٧.

^{٤١} - التنظيم القضائي في المملكة العربية السعودية في ضوء الشريعة ونظام السلطة القضائية لفضيلة الدكتور/ سعيد بن سعد آل دريب مطابع حنيقة الرياض لسنة ١٤٠٠هـ ص٣٥.

في ضوء أحكام الشريعة الإسلامية ونصوص القانون وضوابط الفقه
والقضاء .

المبحث الأول

الأعمال الولائية طبيعتها القانونية ، والتمييز بينها وبين الأعمال القضائية

العمل الولائي عمل أمر يستند إلى السلطة التي أصدرته وتباشره المحاكم إلى جانب الأعمال القضائية بموجب السلطة الآمره المخولة لقضاة المحاكم بالدرجة الأولى في إصدار أوامر لحماية المصلحة العامة تحقيقاً للعدالة بين الأفراد كالأذن للقاصر في إدارة أمواله عند بلوغه سن الرشد وتعيين الأوصياء والقامة وإثبات الوفاة والورثة واتخاذ الإجراءات التحفظية دون المساس بأصل الحق كوضع الأختام على التركات وعزل الأوصياء وإيقاع البيع الجبري عند رسو المزاد والتصديق على الصلح بعد إثبات ذلك بمحضر الجلسة ، والخلاصة أن الأعمال الولائية تتعلق بالتصديق على التصرفات والعقود والأعمال المتعلقة بالمحافظة على أموال القصر والغائبين والمحجور عليهم واتخاذ الإجراءات الوقتية للمحافظة على الحقوق والأعمال المتعلقة بحالة الإنسان الشخصية كإثبات وفاة وورثة .

الطبيعة القانونية للأعمال الولائية :

الأعمال الولائية ليست أعمالاً قضائية كما أنها ليست أعمالاً إدارية وإنما هي أعمال قانونية تنشئ مراكز قانونية جديدة ويباشر القاضي الوظيفة الولائية إلى جانب الوظيفة القضائية وسلطة القاضي في ممارسة الأعمال الولائية هي سلطة إصدار أوامر للأفراد والجماعات يكون المقصود منها هو المحافظة على وضع معين لحين نظر النزاع القائم أو الذي سيقوم في شأنه أمام القضاء ، فاستعمال القاضي لسلطته الولائية لا يرتهن بسبق رفع دعوى قضائية موضوعية أمام القضاء بمعنى أنه لا يشترط تعاصر بين الدعوى

القضائية المرفوعة أمام القضاء بأصل الحق وبين استعمال القاضي لسلطته
الولائية^(٤٢).

فالصورة الرئيسية للأعمال الولائية هي الأوامر على العرائض المنصوص
عليها في الباب الثامن من قانون المرافعات اليمني في الفصل الرابع بالمادة
(٢٤٦) وما بعدها والتي يقابلها في قانون المرافعات المصري المواد المنصوص
عليها في الباب العاشر بالمادة (١٩٤) إلى المادة (٢٠٠) وما يقابل ذلك في الباب
العاشر من قانون المرافعات العماني المدني والتجاري بالمادة (١٩٠) وما بعدها
وما يقابل ذلك في القانون السعودي بالمادة (١٠٨) وما بعدها من نظام
المرافعات السعودي وهذه القواعد تطبق على جميع الأعمال الولائية إلا إذا
وجد نص تشريعي يضع أحكاماً خاصة للعمل الولائي فإنه حينئذ يتعين
اتباع القانون وترك العمل بالقواعد العامة فالخاص يقيد العام وإذا لم يوجد
تعيّن تطبيق العام ومع ذلك فإن هناك أعمالاً ولائية تتاط بموظفين عاديين ولا
تتاط بالقضاة إلا عرضاً وذلك بسبب اتصالها بالخصومة القضائية ومن ذلك
التصديق على الصلح بين الخصوم وغيرها^(٤٣).

التمييز بين الأعمال الولائية والقضائية :

يقع التفرقة بين الحكم القضائي والأمر الولائي من عدة وجوه وإن كان
كلاً من الأعمال القضائية والأعمال الولائية تصدر عن القضاء إلا أن
الحكم القضائي لا يصدره القاضي إلا في نزاع نتيجة خصومة بعد تحقيق
كامل وسماع للأدلة وتمحيص للوقائع وفقاً لإحكام القانون بينما التصدي
للعمل الولائي لا يخضع لأحكام قانون المرافعات والإثبات فيما يتعلق بإجراء

^{٤٢} - أنظر فتحي وآل في قانون القضاء المدني بند ٣٦ ص ٤٣ ونبييل إسماعيل عمر في الأوامر على العرائض ونظامه
القانوني في المرافعات المدنية والتجارية بند ١٣ ص ٢٣ الناشر منشأة المعارف الاسكندرية.

^{٤٣} - أنظر الدكتور/ أحمد محمد مليحي في أعمال القضاة الطبعة الثانية سنة ١٩٩٤ ص ١١٠ وما بعدها .

فض الخصومات غالباً ، فليس هناك حرية دفاع أو علانية أو مواجهات ولكن هذا لا يمنع القاضي من ممارسة حقه في تحري الحقيقة أو مطالبة مقدم الطلب لتدعيم الطلبات بأدلة الثبوت كما أن العمل الولائي على خلاف الحكم القضائي لا يحوز حجية الأمر المقضي به حتى ولو صدر بعد تحقيق تجريه المحكمة ومن ثم فإنه لا يجوز التمسك بهذه الحجية إذا أعيد عرض نفس الموضوع مرة ثانية أو رفعت دعوى موضوعية عنه كما أن للقاضي التصدي له مرة ثانية وقبول الطلب رغم سابق رفضه كما يجوز له تعديله بما يتوافق مع قوانين العدالة وأحكام الشرع بحسب ما يتبين له وتقتضيه المصلحة ولا يشترط أيضاً تسبب العمل الولائي إلا إذا كان مخالفاً لأمر سبق صدوره من المحكمة فيجب عند ذلك ذكر الأسباب التي أدت إلى إلغاء الأمر أو تعديله أو تأييده كما هو صريح المادة (٢٤٩) مرافعات يماني وسيأتي تفسير ذلك والذي نستفيده هنا من هذا العرض هو أن الأمر الولائي ليس بحكم قضائي حتى وإن أخذ شكل الحكم^(٤٤) ومن ثم فإنه لا يحوز الحجية ويجوز رفع دعوى أصلية بإبطال العمل الولائي والتظلم منه أو التمسك به في صورة دفع في خصومة قائمة وترفع دعوى البطلان بالطرق المعتادة أمام المحكمة الابتدائية ما لم ينص القانون على خلاف ذلك وهذا محذور بالنسبة للحكم القضائي لأن المحكمة تستنفذ به ولايتها لمجرد صدوره ويحوز الحجية ويخضع لطرق الطعن العادية و غير العادية .

^{٤٤} - لتفصل أوسع للتمييز بين العمل والقضائي والعمل الولائي أنظر مؤلفنا عمدة المسير جزء ٤ ص ٢١ وما بعدها .

المبحث الثاني نظام الأوامر على العرائض وبيان سلطة القاضي

يتمتع رؤساء المحاكم وقضااتها بسلطات واسعة تنبثق من طبيعة الوظيفة القضائية بموجب الصلاحية المخولة وفقاً لقواعد الشريعة ونصوص القانون ويمارس القضاة بمجرد صدور قرار تعيينهم وأدائهم اليمين وفقاً للقانون هذه السلطات من أجل تحقيق العدل ورفع الظلم وحماية الحقوق والحريات ورعاية الصالح العام .

وأول هذه السلطات التي يتمتع بها القاضي هي سلطة إصدار أحكام قضائية فاصلة في الموضوع ونعني بذلك الأحكام التي تفصل في طلبات الخصوم الموضوعية أو جزءاً منها سواء كانت الطلبات رسمية أو عارضة وسواء كانت بإجابة هذه الطلبات أو برفضها وكذلك الأحكام التي تفصل في الدفع الموضوعية ومن أمثلتها الأحكام التي تقرر حقاً أو مركزاً موضوعياً أو تلزم المحكوم عليه بالأداء المطلوب عليه في الدعوى أو تحدث تغييراً في المراكز الموضوعية للخصوم أو الأحكام التي تفصل في المسائل الإجرائية التي تثور أثناء الخصومة دون أن تفصل في موضوعها مثل الأحكام الفاصلة في مسائل الاختصاص أو بطلان الإجراءات أو الأحكام المنظمة لسير الخصومة أو وقفها فإن القاضي يتمتع بسلطة تقديرية في ذلك كله ويجب عليه عند إعمال سلطته مراعاة ما يرد على هذه السلطة من ضوابط وقيود واحترام مبدأ المساواة وعلنية الجلسات وكفالة حق الدفاع وفقاً لما تنص عليه القوانين الإجرائية والقاضي في هذه السلطة الاستقلال التام لا سلطان عليه غير سلطان الشرع والقانون الذي يجب عليه تطبيقه ومراعاة شروطه وأحكامه والتقيده بآدابه .

وثاني هذه السلطات التي يتمتع بها القاضي هي سلطة الإدارة : أي أعمال الإدارة القضائية والتي لا يختلف فقه الشريعة الإسلامية فيها عن فقه القانون الوضعي حول طبيعتها الإدارية المحضة وأن القاضي يمارسها بحرية تامة وصلاحيية واسعة بهدف تحقيق مصلحة المجتمع وتقوم الإدارة بواجبها في كل ما يتعلق بتنظيم مرفق القضاء وحسن سير العدالة فيه وأداة القاضي في ذلك هي القرارات الإدارية وهي لا تختلف في طبيعتها كثيراً عن طبيعة القرارات الإدارية التي تصدرها الجهات الإدارية في مختلف مرافق الدولة لتصريف أمورها وإدارة شؤونها لتحقيق سير الإدارة العامة القائمة عليها ومنها على سبيل المثال توزيع القضايا على قضاة المحكمة وتنظيم أعمال الكتبة والموثقين بموجب اللائحة التنفيذية للمحاكم مع مراعاة ما ينص عليه قانون السلطة القضائية وغيره من القوانين النافذة وكذلك تنظيم أعمال المحكمة اليومية وتحديد جداول الجلسات ومواعيدها وتحديد ساعات بدئها وإدارتها وتنظيم الواصلين وضبط النظام فيها وتحديد المواعيد التي تؤجل فيها القضايا إلى غير ذلك من أعمال الإدارة القضائية التي يباشرها القاضي وفقاً لأحكام القانون ولا خلاف على سلطة القاضي في ذلك بين فقهاء الشريعة الإسلامية وفقهاء القانون الوضعي .

وثالث هذه السلطات التي يتمتع بها القاضي هي سلطة إصدار أوامر ملزمة نتيجة لما تجريه من تحقيق غير كامل في خصومة ما ، وذلك من خلال عريضة تقدم إلى القاضي ويطلب فيها منه إصدار أمر في طلبات محددة ويرفق بها المستندات المؤيدة لها وينظرها القاضي دون دعوة الشخص المطلوب صدور الأمر في مواجهته للحضور أمامه ونقصد بهذه الأوامر الأوامر القضائية ، وتعتبر الأوامر على العرائض من أهم صور الأعمال الولائية ومن الأهمية بمكان معرفة العمل الصادر من القاضي وطبيعته .

فالأوامر القضائية التي تصدر في شكل أوامر على عرائض يطلق عليها الأوامر الولائية وتخضع للنظام القانوني للأوامر الولائية والذي يختلف عن نظام الأحكام القضائية كما سبق وأشارنا إلى ذلك لأنه لا يصدق عليه وصف العمل القضائي بالمعنى الفني الدقيق إذ لا يشترط فيه أن ينطوي على نزاع تسعى المحكمة إلى فضه أو خصومة تسعى المحكمة إلى الفصل فيها وإنما يصدره القاضي بمقتضاء سلطة الولائية وليس بمقتضاء سلطته القضائية وذلك في شكل أمر يتم وفقاً للأسلوب الولائي والذي يركز أساساً على فكرة الاختصاص وعدم التقييد بشكل الحكم القضائي فالعمل الولائي يشكل نهجاً إجرائياً متميزاً عن إجراءات الخصومة القضائية حيث تنحصر العلاقة بين الشخص طالب استصدار الأمر والقضاء ، ولا يوجد مدعى عليه يجب حضوره أمام القضاء غالباً حتى يتم مواجهته بالشخص طالب استصدار الأمر .

وبغض النظر عن الجدل الدائر بين رجال القانون بصدد هذه الأوامر والذي ينحصر في البحث حول طبيعة هذه الأوامر الفنية وصفة مصدرها وما يترتب على ذلك وينعكس عليه مباشرة وهل صلاحية القاضي تسند في ذلك إلى سلطته القضائية أم إلى سلطته الولائية وما هو العمل المحدد لفكرة السلطة الولائية .. الخ ما أورده رجال القانون من مجادلات وأثاروا فيه من تساؤلات فإن كل ذلك مما لا يهمننا في بحثنا هذا إذ أنه لا فائدة نحصل عليها من ذلك الخلاف البتة إذ قد سبق أن أوردنا ما يكفي لتوضيح طبيعة هذه الأوامر وما يهمننا هنا هو ما يتعلق بالجانب العملي هو استيفاء القاضي لشروط وضوابط استصدار هذه الأوامر بما يحقق المصلحة ويجعل منها أداة تمكن من ضبط الحقوق وحفظها وصيانتها ورعاية المصلحة التي يتحقق بها قيام العدل على وجه صحيح ، أما الخلاف حول طبيعتها هذه الأوامر الفنية وصفة مصدرها فقد سبق أن أوضحنا أن القاضي يتمتع بسلطة إصدار هذه الأوامر وأوردنا ما

يفيد حول طبيعتها القانونية بما يغني عن استعراض جدل فقهاء القانون الوضعي الإجرائي في هذه الشأن بما لا طائل تحته إذ يكفي أن تكون سلطة القاضي في ذلك محل اتفاق في النظام القانوني الذي تخضع له سواء أصدرها القاضي مستنداً إلى سلطته القضائية أو الولائية فالقوانين تعترف بسلطته وهي مع ذلك قد حددت الآثار المترتبة على صدور هذه الأوامر وأبانت خصائصها الفنية وطبيعتها القانونية والنظام الذي تخضع له سواءً من حيث الاختصاص أو الإجراءات أو كيفية إصدارها أو طرق التظلم منها وطلب إبطالها أما القانون اليمني فقد صرح أن القاضي يصدرها بصفته الولائية وحيث أن القوانين قد نظمت طرق استصدار هذه الأوامر وأبانت قيمتها القانونية وحجيتها وطرق التظلم منها فإن ذلك ما سنتعرض له هنا لما لذلك من أثر على حسن سير العدالة ويمكننا هنا تعريف الأوامر التي تصدر على العرائض وفقاً للقانون بالآتي:

- **الأمر على عريضة** : هو قرار مؤقت يصدره القاضي كتابة بما له من سلطة ولائية بناءً على طلب ذي صفة ومصالحة .

ويقصد من هذه الأوامر هو حفظ مال أو حق اقتضت الضرورة استصدار مثل هذه الأوامر والأمثلة على ذلك كثيرة فالأذن للوصي أو الولي مثلاً بإدارة جزء من مال القاصر أو حفظه أو إيداعه فترة من الزمن تحت إشراف القاضي هي ضرورة لا بد منها والأمر للزوج المطلق بتسليم أجرة حاضنة ولده فترة من الزمن بغرض حفظه هي ضرورة لا بد منها والإذن لولي القاصر أو وصية بتسليم مال القاصر إليه لإدارته عند بلوغه القاصر سن الرشد هي ضرورة لا بد منها وكذلك الأذن لولي القاصر إصلاح منزل قاصر يوشك أن يتهدم هو ضرورة لا بد منها وكذلك الأمر بإجراء حجز تحفظي على مال يخشى ضياعه أو فوته هو ضرورة لا بد منها إلى غير ذلك من الأمثلة التي لا تكاد تدرج تحت حصر وقد صرح قانون المرافعات اليمني بأن الأوامر على

العرائض هي عبارة عن قرارات وقتية أو تحفظية تصدر في غير خصومة وفي غياب من صدر الأمر ضده بمقتضى السلطة الولائية لرئيس المحكمة أو القاضي المختص المادة (٢٤٦) مرافعات يمّني وهذا النص يعتبر الأوامر على العرائض قرارات وقتية أو تحفظية لا تمس موضوع الحق وإن تعلقت به أو بتنفيذه سواءً تضمنت أذنًا أو تكليفًا أو إجازة لإجراء أو تنظيمه والنص يعطي قاضي المحكمة حق إصدار الأمر في كل حالة يثبت لدى المحكمة لزوم ذلك الأمر شرعاً وقانوناً بناءً على طلب ذوي المصلحة وفقاً لأحكام المادة (٢٤٧) مرافعات يمّني والنص قد أعطى القاضي صلاحية واسعة بحيث يستطيع ممارسة سلطته الولائية بقدر كبير من حرية التقدير ولكن ضمن الضوابط التي حددها القانون مع مراعاة أن يصدر ذلك الأمر في عريضة في شكل معين وأن يستوفي ضوابط محددة فلا بد أن يتوافق في الطالب للأمر الصفة والمصلحة ولا بد أن يقدم عريضة من نسختين وصور بقدر عدد الخصوم ولا بد أن يشتمل الطلب على أسانيد ووقائعه وبيان موطن طالب الأمر الأصلي أو المختار وأن يرفق بالطلب الوثائق التي تثبت صحة الطلب وأن يبين أيضاً فيه موطن المطلوب استصدار الأمر ضده وعلى القاضي أن يتحرى ويتأكد من جدية الطلب وصحة المستندات .

ضرورة تحري الاختصاص :

ويجب على القاضي التأكد من انعقاد الاختصاص للمحكمة التي يصدر منها الأمر لأنه يجب عليه أن يتقيد بالحدود التي رسمها القانون فإذا صدر الأمر على عريضة بالرغم من عدم الاختصاص الولائي فإنه يكون باطلاً لصدوره من قاض غير مختص وسوءً كان ذلك الأمر فيما يتعلق بإجراء حجر تحفظي أو في استيفاء حق أو في تقدير نفقة غير أن تقدير النفقة اعتبرها القانون اليمّني ضمن القضاء المستعجل والذي يلزم فيه رفع دعوى يتم

الإعلان به بواسطة محضر المحكمة إلى موطن المدعى عليه ويستوي في الإجراءات فيها وفقاً لأحكام المادة (٢٣٨) مرافعات يماني وما بعدها .

كتابة الأمر وإصداره في اليوم التالي لطلبه :

ويجب على القاضي التثبت عند إصداره الأمر على عريضة كما يجب عليه كتابة الأمر على أصل الطلب في اليوم التالي لتقديمه وهذا الميعاد هو ما أفادته المادة (٢٤٩) مرافعات يماني والمادة (١٩٥) مرافعات مصري والمادة (١٩١) مرافعات عماني وهذا الميعاد يعتبر ميعاداً تنظيمياً لا يترتب على مخالفته البطلان لأن المقصود منه هو حث القاضي المختص لإصدار الأوامر على العرائض بسرعة إصدارها وتسليم صورة الأمر بعد قيدها في سجل قيد الأوامر لطالب إصدار الأمر مؤشراً عليها في اليوم التالي لصدوره على الأكثر كما هو صريح المادة (٢٥٠) مرافعات يماني والمادة (١٩٦) مرافعات مصري التي أوجبت على قلم كتاب المحكمة تسليم طالب النسخة الثانية من عريضته مكتوب عليها صورة الأمر وذلك في اليوم التالي لصدورها على الأكثر ويرى بعض فقهاء القانون الوضعي أن التأخير في إصدار هذه الأوامر عن ما هو محدد لها يعتبر إهمالاً من جانب القاضي المختص قانوناً بإصدارها مما تجوز مسألته عنه إدارياً^(٤٥).

أما قانون المرافعات التجاري المدني العماني فإنه صرح في المادة (١٩٢) بأن على أمانة سر المحكمة تسليم الطالب النسخة الثانية من العريضة مدون عليها صورة الأمر وذلك في اليوم التالي لصدوره على الأكثر ويحفظ أصل العريضة الصادر عليها الأمر لدى أمانة السر في سجل خاص .

^{٤٥} - عبد الباسط جميعي في مبادئ المرافعات ص ٧١.

أما القانون اليمني فإنه أغفل ذكر التسليم سوءً كان لأمانة السر أو لقلم الكتاب وكان الأحرى بالمشرع اليمني أن يحذو حذو المشرع المصري أو العماني .

طرق التظلم من الأوامر الصادرة على العريضة :

لقد منحت القوانين الصادر ضده الأمر حق التظلم من الأمر الصادر على العريضة إلى مصدر الأمر أو إلى المحكمة استقلاً أو تبعاً للدعوى الأصلية في تقرير تذكر فيه أسباب التظلم كما هو صريح المادة (٢٥١) مرافعات يمني وذهب المشرع العماني إلى تقرير مثل هذه القاعدة التي تعطي الحق في التظلم من الأمر الصادر على عريضة وصرحت المادة (١٩٣) مرافعات بأنه لذوي الشأن الحق في التظلم من الأمر إلى المحكمة وذلك بالإجراءات المعتادة لرفع الدعوى أي أن عريضة التظلم لا بد أن تستوفي البيانات المطلوبة إلا إذا نص القانون على خلاف ذلك .

يقدم التظلم إلى المحكمة مصدرة الأمر أو إلى القاضي المختص :

لقد أوضحت القوانين بأن التظلم يرفع إلى المحكمة مصدرة الأمر أو إلى القاضي المختص كما أجاز القانون أيضاً طريقاً ثالثة وهي رفع التظلم تبعاً للدعوى الأصلية في أي حالة تكون عليها الدعوى ويجب أن يكون التظلم مسبباً وإلا كان باطلاً ولا تكاد تختلف القوانين على تقرير مثل هذه القواعد وعلى اشتراط تسبيب التظلم في مثل هذه الحالات وإلا كان باطلاً .

الأوامر على العرائض تكون قابلة للتنفيذ لجر صدورها والتظلم لا يوقف التنفيذ :

من خصائص هذه الأوامر أنها تكون قابلة للتنفيذ لمجرد صدورها والتظلم منها وفقاً للقانون لا يوقف التنفيذ كما أن القوانين لا تخضع للأوامر على عرائض لطرق الطعن التي يخضع له الحكم القضائي إذ ليس هناك فائدة عملية من استخدام طرق الطعن التي تخضع لها الأحكام القضائية ضد الأوامر على العرائض لأنه يفني عن ذلك ما خوله القانون في التظلم منها وطلب تعديلها أو إلغائها أو رفع دعوى قضائية رسمية لطلب أبطالها أو التمسك ببطلانها بطريقة الدفع .

سلطة القاضي في تعديل الأمر وإلغائه :

لقد أعطى القانون القاضي صلاحية واسعة فهو حينما أعطى الجهة الصادر عليها الأمر حق التظلم من الأمر فإنه قد أعطى القاضي مصدر الأمر سلطة تأييد الأمر أو تعديله أو إلغائه ويكون الحكم حينئذ الصادر بالإلغاء أو التعديل أو التأييد قابل للطعن فيه للاستئناف طبقاً للقواعد المقررة ويسقط الحق في التظلم بسقوط الخصومة الأصلية المادة (٢٥٠) مرافعات يماني وصرح القانون العماني بأنه في كل الأحوال يحكم بتأييد الأمر أو بتعديله أو بإلغائه ،

سلطة القاضي في الإلغاء أو التعديل بتقيد بشرطين :

الشرط الأول : أن تتغير الظروف التي صدر على ضوءها الأمر إما بالحصول على مستندات وأسانيد جديدة أو لظهور أن المعلومات أو البيانات التي بني عليها الأمر غير صحيحة .

الشرط الثاني : أن لا يتضمن الإلغاء أو التعديل أي مساس بحق الغير حسن النية.

الأوامر على العرائض تسقط وتكون غير قابلة للتنفيذ إذا لم يتم تقديم طلب التنفيذ خلال (٢٠) يوماً من تاريخ صدورها :

الأوامر على العرائض وفقاً للقانون تسقط وتكون غير قابلة للتنفيذ إذا لم يقدم طلب التنفيذ خلال (٢٠ يوماً) من تاريخ صدورها وفقاً لأحكام المادة (١٥٢) من قانون المرافعات اليمني غير أنه لا يمنع صدور الأمر من استصدار أمر جديد وذهب إلى تقرير مثل هذه القاعدة قانون المرافعات العماني غير أنه جعل المدة (٣٠ يوماً) وكذلك القانون المصري فإنه قرر ذات القاعدة وجعل مدة السقوط (٣٠ يوماً) .

سلطة القاضي في تفسير الحكم في التظلم من الأوامر وتصحيحه :

أن سلطة القاضي الصادر عنه الحكم في التظلم من الأمر الصادر عن العريضة تمتد بعد صدوره لتصلح أي خطأ كتابي أو مادي أو حسابي يقع فيه الحكم كما أن من حق القاضي تفسير ما قد يكتفه من غموض أو إبهام ويكون له كافة الصلاحيات التي يتمتع بها قاضي الحكم في تفسير الأحكام وتصحيحها وأن كانت القاعدة العامة أن الأوامر على عرائض لا تخضع لقواعد المراجعة الخاصة بالإحكام القضائية فإن الأحكام القضائية الوقتية الصادرة في التظلم من الأوامر على عرائض تخضع لهذه المراجعة .

حجية الأحكام التي تصدر في التظلم من الأمر على العريضة :

إذا حكمت المحكمة في التظلم من الأمر الصادر على عريضة أما بتأييده أو بتعديله أو بإلغائه فإن الحكم القضائي الوقتي يحوز على حجية قضائية مؤقتة على اعتبار أن الحكم القضائي الوقتي الذي يصدر في التظلم من الأمر على عريضة يعد حكماً قضائياً وقتياً لا يمس موضوع الحق ولا يقيد

قاضي الموضوع والذي يجوز له الحكم على خلاف ما قضى به الحكم في التظلم^(٤٦) إذا تبين له خطأه.

خضوع الأحكام الوقتية للقواعد العامة :

إن الحكم القضائي الوقتي كسائر الأحكام يقبل الطعن عليه بالاستئناف في كل الأحوال بغض النظر عن قيمة الحق الذي صدر الأمر على عريضة بمناسبته كما هو صريح المادة (٢٥١) من قانون المرافعات اليمني والمادة (١٩٩) فقرة (٢) من قانون المرافعات المصري والمادة (١٩٣) من قانون المرافعات العماني ويقف ميعاد الاستئناف ويمتد وفقاً للقواعد العامة وتختص محكمة الاستئناف التابعة لها المحكمة مصدرة الحكم بنظر الاستئناف وفقاً للقانون .

^{٤٦} - راجع في ذلك دكتور / مصطفى هرجه في الموجز في الأوامر على العرائض ومنازعتيها التنفيذية الناشر المكتبة القانونية بالإسكندرية سنة ١٩٩٤م ص٥٢ ، وأنظر أيضا مجموعة أحكام النقض المصرية المدنية س٣ جلسة ١٩٦٢/١٢/٦م ص١٠٩٢.

المبحث الثالث

نظام أوامر الأداء مع بيان الفرق بينها وبين نظام الأوامر على العرائض وفقاً للقانون

نظام أوامر الأداء هو نظام لاقتضاء حقوق ثابتة بالكتابة بدون حاجة للسير في الإجراءات العادية للخصومة بحيث يتمكن صاحب الحق من اللجوء إلى القضاء لاستصدار أمر بأداء حقه عند توافر شروط حددها القانون .

وأساس هذا النظام هو ثبوت الدين بالكتابة وحلول أجله فثبوت الدين بالكتابة وتعيين مقداره وتحديد أجله هو أمر يفيد العلم باستحقاق الدائن بما اشتمل عليه السند الكتابي ويتعين معه وجوب إيفائه فالثبوت بالكتابة يتحقق معه استحقاق الدين وحلوله ويغلب الظن معه بأن عدم الوفاء بالدين لا يرجع إلى عدم تحقق مقداره وحلول أجله وإنما يرجع في الغالب إلى اعتبارات أخرى يستوي في ذلك أن تكون هذه الاعتبارات قصد الجحود أو المماطلة أو ضيق ذات اليد ومع تحقق قدر الدين وحلوله فإن ذلك لا يفضي إلى قيام نزاع حقيقي فيه وقد سبق القرآن النظم الوضعية في تقرير حجة الكتابة ووجوب الوفاء بالدين عند حلول أجله وذلك في قوله جل شأنه " يا أيها الذين آمنوا إذا تداينتم بديناً إلى أجل مسمى فأكتبوه " وقوله تعالى " ولا تسأموا أن تكتبوه صغيراً أو كبيراً إلى أجله " آية (١٨٢) البقرة .

والأمر بالكتابة للصغير والكبير دليل مشروعيتها وحجيتها وقوله تعالى " ولا تسأموا " أي تملوا لأن ذلك يؤدي إلى ضياع الحقوق فالسأم والملل من الخصال التي تفوت على الإنسان أشياء كثيرة فالقرآن كنى بالسأم عن التساهل لأن السأم يكنى به عن الملل كما قال الشاعر :

سئمت تكاليف الحياة ومن يعش ثمانين حولاً لا أبا لك يسأم وإذا كان حجية الثبوت في الكتابة إلى أجل هو مما أرشد إليه القرآن لأن ذلك مما

يحفظ به الحقوق ويحدد موعد اقتضاءها ويجعل القضاء في غنى عن الاحتياج إلى تحقيقها ومعرفة مقدارها وحلول أجلها ولهذا فقد رأى كثير من المشرعين أن في ذلك ما يغني عن اتخاذ الإجراءات القضائية في الخصومة المعتادة لأن المدين ليس له في الظاهر ما يعارض إدعاء الدائن وأساس ذلك هو ثبوت الدين بالكتابة وحلول أجله فيغلب معه تحقق مقداره وحلول أجله مما يقتضي عدم رفعه للقضاء للتحقيق فيه والفصل فيه طبقاً للإجراءات المعتادة لما يتضمن ذلك من البطئ والتعقيد والتطويل الذي لا مبرر له مما يحول دون وصول صاحب الحق إلى حقه عند حلول أجل ذلك الحق من ثم فإنه لاستيفاء تلك الحقوق لا ينبغي للدائن أن يلتجأ إلى القضاء بطريق الدعوى القضائية وإنما سعت النظم القانونية إلى قاعدة تقرير استصدار أمر من القاضي بعد إعلان المدين فإن لم يتظلم الصادر ضده الأمر خلال ميعاد محدد فإنه يصبح ذلك الأمر حكماً قضائياً واجب النفاذ ولهذا ينبغي لصاحب الحق في التظلم أن يسلك هذا الطريق هذا هو أساس هذا النظام الذي جاء استثناءً من القواعد العامة فقد صرح قانون المرافعات اليمني بالمادة (٢٦٣) بقوله استثناءً من القواعد العامة يجب اتباع الأحكام الواردة في هذا الباب إذا كان حق الدائن ثابت بالكتابة وحال الأداء وكان المطالب به دين من النقود معين المقدار أو منقول معين بنوعيه ومقداره كما يجب اتباع هذه الأحكام إذا كان صاحب الحق دائناً بورقة تجارية واقتصر رجوعه على الساحب أو المحرر أو القابل أو الضامن الاحتياطي لأحدهم فإذا أرد الرجوع على غيرهم وجب عليه اتباع القواعد العامة لرفع الدعوى .

وبمثل هذا القواعد صرح قانون المرافعات المصري بالمادة (٢٠١) وكذا قانون المرافعات المدني التجاري عماني بالمادة (١٩٥) مع توافق في اللفظ والعبارة بين القوانين الثلاثة والهدف من هذه النصوص هو تبسيط الإجراءات عند

توافر شروط حددها القانون ومن هذه الشروط شروط موضوعية ومنها ما هو شروط شكلية .

أولاً : الشروط الموضوعية :

١- أن يكون محل الحق مالاً منقولاً معيناً تعييناً نافياً للجهالة أو منقولاً معيناً بذاته من المثليات أو معيناً بنوعه ومقداره فإذا لم يكن الدين معين المقدار فإنه لا يجوز استصدار أمر الأداء وإنما يجب على صاحب الحق رفع دعوى قضائية بالطريق العادي .

٢- أن يكون موضوع الأمر ثابت بالكتابة سواءً كانت الكتابة محرراً رسمياً أو عرفياً وسواءً كانت بخط الدائن أو بخط غيره إذا كان موقع عليها منه ويجوز أن يكون السند أو الورقة المحررة الثابت بالكتابة موضع الأمر بالأداء محررة باللغة العربية أو الإنجليزية أو الفرنسية أو الفارسية أو غيرها .. كما يجوز أن يكون مكتوبة باليد أو بالآلة الكاتبة أو بالطباعة أو بأي طريقة أخرى فإنها إذا كانت محرراً عرفياً فإنه لا بد من أن يتوافر عليها توقيع المدين وإلا فإنها لا تصلح لاستصدار أمر بالأداء وإن كانت تصلح كمبدأ ثبوت بالكتابة^(٤٧) .

ويجب أن تتوافر شروط الكتابة ولو كان محرر التزام المطالب به مبلغاً يسيراً وأن يكون المحرر صالحاً للدلالة على الوقائع المنشأة للطلب موضع الأمر بجميع صفاته فيتضح من الورقة وجود الحق وتحديد مقداره وميعاد استحقاقه^(٤٨) .

٣- أن يكون حق الدائن المطالب به موضوع الأمر بالأداء حال الأداء أي مستحقاً فإذا ثبت بالكتابة أن لدى المدين للدائن نقوداً محددة المقدار

^{٤٧} - عمدة المسير الجزء ٣ ص٣٣ - ٣٤ وأمر الأداء وفقاً لقانون المرافعات المدنية والتجارية للدكتور/محمود السيد عمر التحياوي الطبعة الأولى ص٩٨.

^{٤٨} - د. فضل عمر أبو الوفاء في إجراءات التنفيذ في المواد المدنية والتجارية الطبعة الثامنة ص٤٧ وما بعدها.

والنوع والصفة فإنه يجب أن تكون قد حل أجلها أي أصبح اقتضاءها مستحقاً وذلك ما أشار إليه القانون بقوله حال الأداء حتى ولو كان المال مثلياً أو منقولاً فلا بد أن يكون ذلك الحق موضع الأمر وقت المطالبة حالاً أي لا يكون هناك أجلاً أو شرطاً يمنع من الوفاء إلا إذا كان هناك شرطاً أو أجلاً يثبت حلول ذلك الدين غير مؤجل أو معلق على غيره وإذا تعددت التزامات المدين بعقد واحد أو أكثر وحل ميعاد الوفاء بها فإنه يتعين الالتجاء إلى طريق أوامر الأداء إذا كان بدفع مبلغ من النقود مثلاً أما إذا كانت بعض التزامات المدين هي بدفع مبلغ من النقود والبعض الآخر منها بشيء آخر فإن بعض فقهاء القانون يرون أنه لا يصلح الالتجاء إلى طريق الأوامر بالأداء بالنسبة للالتزام الأول والالتجاء إلى الإجراءات المعتادة في رفع الدعوى القضائية للأخر لأن ذلك يؤدي إلى تعقيد الإجراءات نظراً لتعدد القضايا التي رفعت بإجراءات مختلفة إلى محكمة واحدة وهي التي كان يلزم رفع الدعوى القضائية برمتها إليها في أول الأمر^(٤٩). ومع تقديرنا لهذا الرأي الذي راعى وحدة الإجراءات إلا أنه وفقاً للقانون اليمني لا يوجد ما يمنع من طلب ما حل أجله من النقود وثبت مقداره بالكتابة وفقاً لأحكام المادة (٢٦٣) مرافعات يماني وذلك ما يتفق أيضاً مع مقاصد الشريعة التي تأمر بالوفاء عند حلول الأجل فالمؤمنون عند شروطهم ولأن الضرر الذي يترتب عليه عدم الوفاء مما حل أجله قد يفوق ضرر تعدد الإجراءات الذي يلحق بالدائن والمدين ولأن شرط حلول الدين حكمته في ذلك هو استحقاق الدائن للدين على الفور عند حلول أجله ولأن حلول الأجل يجعل الثبوت فيما هو ثابت المقدار خالياً من شروط النزاع على نحو يسمح باتخاذ

^{٤٩} - أنظر أحمد أبو الوفاء في مواد المدنية والتجارية بند ٨٠ ص ١٤٢.

الإجراءات دون سماع أقوال المدين المراد استصدار أمر الأداء عند
مواجهته ودفاعه وهذه الشروط هي الشروط الموضوعية ،

الشروط الشكلية :

فإذا ما تحققت الشروط الموضوعية فإن للدائن الحق في طلب استصدار أمر
الأداء واتباعه الإجراءات المحددة في القانون وهي إجراءات شكلية تستلزم
تكليف الدائن المدين بالوفاء كتابة في موعد محدد كما صرح قانون
المرافعات اليمني بذلك في المادة (٢٦٥) أنه يقدم طلب استصدار الأمر بالأداء
إلى رئيس المحكمة المختصة بعريضة يقدمها الدائن مرفقاً بها سند الدين
وما يثبت وقت حلول الوفاء بالتكليف ويجب أن تحرر عريضة من نسختين
متطابقتين وأن تشتمل على الطلب وأسانيده واسم المدين كاملاً وموطنه
واسم الدائن كاملاً وموطنه فإن لم يكن له موطناً في دائرة المحكمة وجب
أن يكون له موطناً مختاراً في البلدة التي يكون فيها مقرها وقد جعل
القانون اليمني مدة الوفاء خمسة أيام كما هو صريح المادة (١٦٤) التي جاء
فيها أن على الدائن أن يكلف المدين أولاً بالوفاء في ميعاد خمسة أيام على
الأقل ويكفي أن يكون التكليف بكتاب بعلم الوصول أو على يد محضر
فإذا لم يتم الوفاء يتم اتخاذ الإجراءات لاستصدار أمر الأداء وقد تناول
القانون العماني ذات القواعد بالمادتين (١٩٧، ١٩٨) إلا أنه جعل موعد
التكليف بالوفاء ثمانية أيام بينما هي في القانون اليمني خمسة أيام وكذلك
القانون المصري الذي قرر ذات القواعد التي تناولها القانون اليمني وذلك
بالمادة (٢٠٢) مرافعات مصري والنصوص القانونية هنا توجب على الدائن
الذي يطلب استصدار أمر الأداء أولاً تكليف المدين بالوفاء خلال ميعاد
حددها القانون اليمني والمصري بخمسة أيام والعماني بثمانية أيام قبل تقديم
العريضة بطلب استصدار الأمر والحكمة من ذلك هو تفادي مفاجأة المدين
بصدور أمر بالأداء عليه بدفع دين لم يسبق أن كلف بالوفاء به فقد يقوم

بدفع الدين دون حاجة إلى استصدار أمر فالغاية من كتابة الدين إلى أجل معين هو وجوب الوفاء به عند حلوله وصحة اقتضائه في أجله فالتكليف بالوفاء هو شرط شكلي لصدور الأمر بالأداء وإذا شاب التكليف بالوفاء عيب من العيوب فإن ذلك لا يؤثر عليه إذا تم لأنها تتحقق الغاية منه ، والسبب في ذلك أن القانون لم يشترط شكلاً معيناً يستلزم للتكليف بالوفاء صدوره في هذا الشكل فإذا تم التكليف بالوفاء وعلم به المدين خلال المدة المحددة قانوناً اتصل ذلك بعلم المدين فإن ذلك يكفي ويحق للدائن بعد ذلك أن يتقدم للمحكمة بعريضة يطلب فيها استصدار الأمر بالأداء ، ويجب أن تشتمل العريضة على البيانات اللازمة التي أفصح عنها القانون ويرفق بها المستندات ودليل التكليف الوفاء .

سلطة القاضي في إصدار أمر الأداء :

لقد أعطى القانون القاضي سلطة إصدار أمر الأداء وسلطة القاضي في إصدار هذا الأمر مقيدة باستيفاء الضوابط والشروط التي نص عليها القانون فمتى قدم إليه طلب إصدار الأمر فشرط اتصال القاضي بالقضية هو تحرير طلب مستوفي للشروط التي حددها القانون فإذا لم تتوفر تعين رفض طلب إصدار الأمر وقد حدد القانون اليمني الكيفية التي يتم تقديم الطلب بها فصرح بأنه يتم تقديم الطلب إلى رئيس المحكمة المختصة مباشرة دون حاجة إلى إعلان المدين به وينظر القاضي طلب الدائن لإصدار أمر بالأداء دون ما حاجة إلى تحديد جلسة أو اتباع إجراءات معينة ولكنه يجب عليه التأكد من استيفاء الشروط الشكلية والموضوعية فإذا تبين للقاضي استيفاء الطلب للشروط أصدر أمراً بالأداء وفصل فيما يتعلق بطلبات الدائن إذا كان هناك نفقات أو نحوها ويصدر الأمر في الشكل الذي حدده القانون، وفقاً للقانون اليمني فإنه يصدر كتابة على أحدي نسختي العريضة خلال أسبوع على

الأكثر من تاريخ تقديم العريضة مع المرفقات وفقاً لنص المادة (٢٦٥) مرافعات يمّني كما يجب على القاضي أن يبين المبلغ الواجب أداءه من أصل وملحقات أو أمر بأداء من منقول حسب الأصول وكذا النفقات وإذا رأى رئيس المحكمة أن يجيب الطالب إلى طلباته كلها أو بعضها لعدم استيفاء بعض الشروط فإن القانون قد أعطاه صلاحية رفض إصدار الأمر وتحديد جلسة لنظر الدعوى أمام المحكمة وهذا يعني أن القاضي بما له من سلطة تقديرية فإنه يجب عليه أن يتحرى من تلقاء نفسه تحقق اختصاصه بإصدار الأمر وتحقق استيفاء الطلب لشروط الشكلية والموضوعية لأنه يفصل في مسألة موضوعية بصفته رئيساً للمحكمة مراعيّاً للأمر التالي :

- ١- أن يكون الأمر قد صدر كتابة على إحدى نسختين العريضة .
- ٢- أن يكون صدور الأمر خلال مدة زمنية محددة من تاريخ تقديم العريضة أقصاها أسبوعاً .
- ٣- أن يشمل الأمر على بيان المبلغ الواجب أداءه من أصل وملحقات أو ما أمر بأدائه من منقول حسب الأحوال وكذلك النفقات .
- ٤- تاريخ إصدار الأمر بالأداء وهو ضروري لأنه من هذا التاريخ يحسب ميعاد سقوطه إذا لم يتم إعلانه ويترتب على عدم التاريخ البطلان .
- ٥- يجب أن يشتمل الأمر على أسم القاضي مصدره أو رئيس المحكمة وأسم المحكمة التي يتبعها وذلك ليتأكد صدور ممن له الاختصاص بالإضافة إلى بيان ما إذا كان الأمر مشمولاً بالإنفاذ المعجل .
- ٦- لا بد أن يشتمل الأمر على اسم المدين الصادر ضده الأمر .

طرق إعلان الأمر بالأداء :

إذا كان القانون لا يشترط النطق بالأمر في جلسة علنية فإنه قد نظم طرق إعلان الصادر ضده الأمر بالأداء وأوجب على المحكمة أن تحتفظ بنسخة من عريضته التي صدر عليها الأمر وتسلم الصادر لمصلحة الأمر نسخة منه مؤشراً عليها بالأمر ومختومة بختم المحكمة في اليوم التالي على صدور الأمر على الأكثر وعلى الصادر لمصلحته الأمر إعلان المدعى عليه بها وبالأمر الصادر ضده بالأداء لشخصه أو في موطنه وفقاً لطرق الإعلان المقررة في القانون فإذا تعذر إعلان المدعى عليه لشخصه أو في موطنه أمرت المحكمة بنشرة في إحدى الصحف اليومية واسعة الانتشار لمدة ثلاثة أيام متتالية ، وتعتبر عريضة الأمر الصادر عليها كأن لم تكن إذا لم يتم الإعلان خلال ثلاثة أشهر من تاريخ صدور الأمر المادة (٢٦٧) مرافعات يماني وذهب قانون المرافعات العماني إلى تقرير ذات القواعد بالنسبة لإعلان المدين عدى أنه جعل مدة سقوط الأمر بالعريضة إذا لم يتم إعلان المدين خلال ستة أشهر أما القانون المصري فإنه صرح بأنه يعلن المدين بشخصه أو في موطنه بالعريضة وبالأمر الصادر ضده بالأداء وتعتبر العريضة والأمر الصادر عليها بالأداء إذا لم يتم إعلان المدين خلال ثلاثة أشهر من تاريخ صدور الأمر كأن تكن المادة (٢٠٥) مرافعات مصري .

التظلم من أمر الأداء :

إذا كان القانون قد خول القضاء بإصدار أمر الأداء دون مواجهه بين الدائن الذي يطلب استصدار أمر الأداء والمدين الصادر ضده الأمر وفي مواجهته دون تحديد جلسة بالنطق مكثفياً بإعلان المدين وفقاً للقواعد التي ينظمها القانون فإنه قد أعطى المدين الصادر ضده الأمر بالأداء حق الطعن في جميع الأحوال وبغض النظر عن قيمة الحق موضوع الأمر بالأداء أو نوعه فنظم

طريق الطعن وفقاً لاعتبار الأمر الصادر بالأداء بمثابة الفصل في دعوى إلزام قضائية بقبولها ، فجعله خاضعاً لما يخضع له حكم الإلزام فأجاز عليه الطعن بالاستئناف وعلاوة على ذلك فقد أجازت النظم القانونية التظلم منه فللمدين الصادر ضده الأمر أن يطعن فيه بطريق الاستئناف بمعنى أن المدين الذي صدر ضده الأمر بالخيار إما أن يتظلم منه أمام القاضي الذي أصدره وأما أن يستئناف ذلك أمام المحكمة الأعلى درجة مع ملاحظة أن الحق في التظلم من الأمر بالأداء يسقط إذا طعن فيه بالاستئناف فإذا سلك الصادر ضده الأمر طريق التظلم فإن القانون يشترط لقبول التظلم أن يرفع التظلم بالطرق المعتادة لرفع الدعوى القضائية بمعنى أنه يسري عليه القواعد المقررة لرفع الدعوى وتخضع لطرق الإعلان المعتادة والمقرر في الفصل السابع من قانون المرافعات اليمني في المادة (٣٩ - ٤٦) ويعتبر المتظلم في حكم المدعي المتظلم ضده في حكم المدعى عليه وعلى هذا فلا بد من أن تستوفي صحيفة التظلم البيانات المطلوب توافرها في صحيفة الدعوى المنصوص عليها في المادة (١٠٤) مرافعات يمني وهي البيانات التالية :

- ١- اسم المتظلم ولقبه ومهنته وموطنه واسم موكله ومهنته ووظيفته ولقبه .
- ٢- اسم المتظلم ضده لقبه ومهنته أو وظيفته وموطنه وأن لم يكن معلوماً فأخر موطن له.
- ٣- تاريخ تقديم صحيفة التظلم من الامر الصادر بالأداء .
- ٤- اسم المحكمة المرفوع أمامها التظلم .
- ٥- الموطن المختار للمتظلم في البلدة .
- ٦- بيان وقائع التظلم من الأمر الصادر بالأداء وطلبات المتظلم وأسانيده والأسباب التي يستند إليها وتوقيع المتظلم .

والقانون هنا حينما أعطى المدين حق التظلم واشترط استيفاء البيانات السالف الإشارة إليها فإنه مع ذلك حدد ميعاداً له واشترط أن يكون التظلم مسبباً وإلا كان باطلاً والحكمة من ذلك هو ضمان جدية التظلم وقد صرح قانون المرافعات اليمني (٢٦٨) بالآتي : " يجوز للمدين التظلم من الأمر إلى المحكمة المختصة خلال عشرة أيام من تاريخ إعلانه شخصياً أو في موطنه أو من اليوم التالي لآخر يوم تم فيه النشر ويتم التظلم وفقاً للأوضاع المعتادة لرفع الدعوى ويكون التظلم مسبباً وإلا كان باطلاً ويعتبر المتظلم في حكم المدعي وإذا تخلف عن حضور الجلسة الأولى لنظر التظلم تحكم المحكمة من تلقاء نفسها باعتبار التظلم كأن لم يكن وذهب المشرع العماني إلى تقرير ذات القواعد بالمادة (٢٠١) وكذلك القانون المصري بالمادة (٢٠٦) فالقانون المصري واليمني يتفقان على أن ميعاد التظلم عشرة أيام من تاريخ إعلان المدين به بينما القانون العماني يجعل ميعاد التظلم خمسة عشر يوماً من تاريخ إعلان المتظلم بالأمر بالأداء مع ملاحظة أن القانون المصري واليمني والعماني تتفق في أنه إذا تخلف المتظلم عن الحضور في الجلسة الأولى بنظر التظلم فإن المحكمة تحكم باعتبار التظلم كأن لم يكن من تلقاء نفسها كما هو صريح المادة (٢٠٧) مرافعات مصري والمادة (٢٦٧) يمني والمادة (٢٠١) عماني وأن التظلم يسقط في حالة مباشرة المتظلم الطعن بالاستئناف وأن مباشرة المتظلم الطعن وأنه يبدأ ميعاد استيفاء الأمر من تاريخ فوات ميعاد التظلم منه والحكم باعتباره كأن لم يكن ويكون الحكم الصادر في التظلم قابلاً للاستئناف وقد نص قانون المرافعات اليمني على أنه تسري على أمر الأداء وعلى الحكم الصادر منه الأحكام الخاصة بالتنفيذ المعجل حسب الأحوال التي بينها القانون ويجب على قاضي التنفيذ وقف إجراء التنفيذ لأمر الأداء المعجل كأثر مباشراً لرفع التظلم من أمر الأداء وإذا كان ميعاد الاستئناف بأمر الأداء يبدأ من تاريخ فوات ميعاد

التظلم أو من تاريخ اعتباره كأن لم يكن فإنه يمكن رفع الاستئناف عن الأمر الصادر بالأداء خلال سبعين يوماً وفقاً للقانون اليمني من تاريخ إعلان الأمر الصادر بالأداء وذلك بإضافة ميعاد التظلم من الأمر الصادر بالأداء " عشرة أيام " إلى ميعاد استئنافه التي هي ستون يوماً في قانون المرافعات اليمني وخمسون يوماً بالنسبة للقانون المصري لأن ميعاد الطعن في قانون المرافعات المصري هي أربعون يوماً يضاف إليها عشرة أيام " مدة التظلم " لتصبح خمسين يوماً وبالنسبة للقانون العماني أربعين يوماً إذ أن ميعاد الاستئناف في القانون العماني ثلاثون يوماً يضاف إليها عشرة أيام ميعاد التظلم لتصير أربعين يوماً ويشترط لقبول الاستئناف المرفوع عن الأمر الصادر بالأداء أن يتم رفعه صحيحاً خلال الميعاد المحدد قانوناً ويعتبر مرفوعاً من تاريخ تقديم صحيفة الاستئناف إلى قلم كتاب المحكمة المختصة بنظره والفصل فيه (٥٠).

٥٠ - أنظر أمين النمر في التظلم من أمر الأداء الطبعة الثانية لسنة ١٩٧٤م ص ٣٣١ .

اختصاص محكمة الاستئناف بنظر الطعن في المرفوع عن أمر الأداء

تختص محكمة الاستئناف بنظر الاستئناف المرفوع عن الأمر الصادر بالأداء وتسير في الإجراءات وفقاً لصلاحيات المقررة لمحكمة الاستئناف في كافة القضايا إذا لم ينص قانون المرافعات في باب أمر الأداء على إجراءات خاصة بالنسبة للطعن بالاستئناف المرفوع عن الأمر الصادر بالأداء ومن ثم فإنه يجب على محكمة الاستئناف أن تسير في نظر إجراءات الاستئناف وإعلانه وفقاً للقواعد المقررة في كافة القضايا ويترتب على رفع الطعن بالاستئناف عن الأمر الصادر بالأداء تحول خصومة الأداء وهي خصومة تحقيق غير كامل تمت دون مواجهة بين الأطراف ذوي الشأن إلى خصومة تحقيق كامل فيكون فيها المواجهة بين الخصوم في الإجراءات القضائية وتملك محكمة الاستئناف نفس السلطة التي تكون لها عندما تنظر طعناً بالاستئناف عن الحكم القضائي فلها أن تؤيد الأمر الصادر بالأداء أو أن تلغيه وإذا ألغته فإنه من صلاحيتها أن تعيد القضية إلى محكمة أول درجة إذ تبين لها أن محكمة أول درجة لم تستنفد ولايتها بحسب الأحوال أما إذا كانت محكمة أول درجة قد استنفدت ولايتها فإنه يتعين على محكمة الاستئناف أن تقضي في الموضوع وفقاً لما يكون مطابقاً لاستئناف الأحكام القضائية ومن ثم فإن المحكمة المختصة بنظر الطعن بالاستئناف المرفوع عن الأمر الصادر بالأداء تتصدى للموضوع إذا ألغت الأمر الصادر بالأداء لأسباب موضوعية .

الفرق بين الأمر الصادر بالأداء والصادر على العريضة :

يمكن أيجاز الفروق بين الأمر الصادر بالأداء والأمر الصادر على العريضة في الفروق التالية :

- ١- الأمر الصادر بالأداء يجب أن يسبقه تكليف المدين أولاً بالوفاء في الميعاد أقله خمسة أيام في القانون المصري واليمني وثمانية أيام في القانون العماني أما الأمر على العريضة فإن القانون لا يشترط أي تكليف سابق للشخص الصادر ضده الأمر .
- ٢- يصدر الأمر بالأداء على إحدى نسختي العريضة خلا أسبوع وفقاً للقانون اليمني على الأكثر وخلال ثلاثة أيام وفقاً للقانون المصري والعماني أما الأمر على العريضة فإنه يصدر كتابة على أصل الطلب في اليوم التالي لتقديمه على الأكثر وفقاً للقانون اليمني والمصري والعماني .
- ٣- يعتبر الأمر الصادر بالأداء كأن لم يكن إذ لم يتم الإعلان خلال ثلاثة أشهر وفقاً للقانون اليمني والمصري وخلال ستة أشهر طبقاً للقانون العماني أما الأمر على العريضة فإنه يسقط إذ لم يقدم لتنفيذ خلال عشرين يوماً وفقاً للقانون اليمني وثلاثين يوماً وفقاً للقانون المصري .
- ٤- يعتبر الأمر الصادر بالأداء بمثابة قضاء في أصل الحق ومن ثم فإنه يحوز الحجّة المؤقتة إلا إذا لم يتم الصادر الأمر لمصلحته بإعلانه خلال الفترة التي حددها القانون وهي ثلاثة أشهر فلا يجوز للخصوم بعد صدوره طرح ذات الموضوع مرة ثانية على القاضي الذي أصدره طالما أنه لم يسقط وفقاً لقواعد السقوط في القانون كما يكون للقاضي في هذه الحالة الامتناع عن إصدار أمر جديد بالأداء نتيجة لتمتع الأمر السابق بالحجّة والتي لم تسقط فالأمر الصادر بالأداء يؤدي إلى استنفاد سلطة القاضي الذي أصدره بشأن المسألة التي فصل فيها^(٥١) .

^{٥١} - أنظر فتحي والي في الوسيط في القانون المدني ص ٩٢٨ - محمود محمد هاشم في استنفاد ولاية القاضي ص ٢٢٠ - محمود السيد عمر التحيوي من أوامر الأداء ص ٨٢

المبحث الرابع

الإشراف على التصديق على الوثائق والأشرف على أعمال الوصايا والوقف وتحرير حالة الإثبات

أن مما يولد الثقة بين الناس ويكون عاملاً أساسياً في استقرار المعاملات وثباتها وبقائها ويشكل ركيزة أساسية لإصلاح أوضاعهم ونفي التظالم فيما بينهم وشعورهم بالأمان والراحة والسعادة هو قيام القاضي بممارسة صلاحيته القانونية المخولة له وهي صلاحية قضائية وولائية وإدارية واسعة كما سبق وأن أشرنا إلى ذلك سواءً ما كان منها يتعلق بمصادقة القاضي على الوثائق أو ما يتعلق بإثبات حالة الإنسان الشخصية أو ما يتعلق بحالة الإشراف على الوصايا والوقف ونوجز ذلك في النقاط التالية :

١- التصديق على العقود ومنها عقد الصلح الذي هو بالغ الأهمية ويترتب على ثبوته وصحة إجراءاته قطع دابر المنازعات واستقرار المعاملات وثبات مراكز قانونية محددة وعلى سبيل المثال فإن بعض الأعمال الولائية لا تتصل بالقضاء إلا عرضاً لأن النظام القانوني يعطي صلاحية القيام بها لغير القاضي ومن ذلك عقد الصلح أيضاً فإنه إنما يتصل بالقاضي عرضاً وذلك عند طلب المصادقة عليه أو تنفيذه أو عند نشوء خصومة أو أثناء نظرها أمام المحكمة ويتطلب الأمر حينذاك التصديق على الصلح والصلح من ناحية شرعية يتناول الحقوق والدماء والأعراض وعليه تدور رحى أمور كثيرة وتحل به إشكالات كبيرة وهو عقد يرفع النزاع ويحسمه وهو من الناحية الشرعية والقانونية جائز وواجب العمل به لما ثبت من هدي محمد صلى الله عليه وسلم أن الصلح جائز بين المسلم إلا صلح أحل حراماً أو حرم حلالاً وهو ما صرحت بالمادة (٦٦٩) من القانون المدني اليمني والتي تنص على أنه يتم الصلح بالتراضي في الدماء

والأموال والحقوق على أن لا يحل حراماً ولا يحرم حلالاً أو يثبت نسباً أو يسقط حداً ويجوز مع السكوت ومع الإقرار والإنكار وقد اشترط القانون فيمن يعقد صلحاً أن يكون أهلاً للتصرف في الحقوق التي يشملها الصلح وفصل القانون المدني الضوابط والشروط التي يجب أن يشتمل عليها الصلح بالمواد من (٦٧٠ - ٦٧٦) واعتبر القانون الصلح أنه عقد يرفع النزاع ويقطع الخصومة ويحسم بين الطرفين نزاعاً قائماً أو يتوقيان به نزاعاً محتملاً فصرحت المادة (١٧٦) مدني يمني بأنه يحسم صلح المنازعات التي يتناولها ويترتب عليه انقضاء الحقوق والادعاءات التي تنازل عنها كل من الطرفين تنازلاً نهائياً وقرر قانون المرافعات اليمني بالمادة (٢١٤) بأنه يجوز للخصوم في أي حالة تكون عليها الخصومة أن يتصالحوا ويقدموا ما اتفقوا عليه مكتوباً وموقعاً عليه منهم أو من وكلائهم المفوضين بالصلح وتقرر المحكمة إلحاقه بمحضر الجلسة للتصديق عليه واعتباره في قوة السند التنفيذي وهذه النصوص صريحة في أن الصلح يحسم المنازعات التي تنازلها ولكنه إذا لم يقم القاضي بالتأكد من صحة إجراءاته وأنه تم بالرضى وانتفت عنه شبهة الإكراه وشبهة إحلال الحرام وتحريم الحلال وأنه استوفى الشروط والضوابط فإنه سيكون عرضة للمنازعات والخلاف إذا لم تستوف الشروط فالقاضي بما له من سلطة وصلاحيه فإنه يجب عليه أن يتحرى استيفاء الشروط والضوابط حتى لا يضيع وقت وجهد الناس وتتأبد المنازعات فيما بينهم وحتى يصبح الصلح بعد المصادقة عليه سنداً تنفيذياً له من القوة ما يمكن المحكمة من تذييله بالصيغة التنفيذية بعد اعتباره في قوة السند الواجب التنفيذ وفقاً لأحكام قانون المرافعات والتنفيذ اليمني بالمادة (٤/٣٢٣) .

المصادقة على الوصايا : فإن كثيراً ما يلجأ الناس إلى المحاكم للمصادقة على الوصايا بقصد إضفاء الحجية على ما يحررونه من التصرفات المضافة إلى ما بعد الموت ومن ذلك المصادقة على الوصية وكثيراً ما تطرح عقود الوصية على المحاكم وفيها في بعض الحالات من التصرفات ما يتضمن ما هو جور فميول النفس البشرية إلى تحقيق رغباتها هو أمر فطري ولهذا وجدت قوانين العدالة لضبط التصرفات والأخلاق وتكسر جناح النفس الجامحة لتردها إلى جادة الصواب ولهذا ورد النهي عن الحيف في الوصية مع الترغيب فيها إذا كانت قائمة بالعدل فإذا تضمنت الوصية ما فيه تحايلاً على الورثة أو بعضهم سواء كان في أنفاق أموال في غير قرية أو في غير مبرة أو عرف منها الميل والتحايل بتخصيص شيء من هذه الأموال لأحد الورثة محاباة يترتب عليه حرمان بعضهم تحت أي ذريعة وبأي وسيلة ويذهب إلى المحكمة للمصادقة على ذلك فإن على المحكمة أن تمتنع عن المصادقة لأن في ذلك ما يسيئ إلى سمعة القضاء ويكون سبباً لمنازعات مستقبلية فضلاً عن كون ذلك العمل ظلماً يترتب عليه إثارة أمور كان الناس في غنى عنها ولهذا فأن الرسول صلى عليه وسلم حينما طلب إليه أحد الصحابة رضوان الله عليهم أن يشهد على نحلة فيها حيف بقصد إضفاء المشروعية عليها فإن الرسول صلى عليه وآله وسلم امتنع عن الشهادة وقال " لا أشهد على جور " ويستفاد من هذا أنه لا يجوز للقاضي باعتباره المشرف على أقامت العدل وتحقيقه بما له من سلطة تقديرية أن يصادق على وصية تشتمل على جور منعاً للظلم ولحدوث منازعات بين الورثة مستقبلية وعدم إقرار ولوج طريق تضر بمصلحة المجتمع وتمنع قيام العدالة بواجبها ولأن القاضي يمثل العدالة، فإن قانون الأحوال الشخصية في باب الوصية قد أناط

بالقاضي صلاحيات كثيرة وكبيرة وهي مما تتأى به عن المصادقة على ممارسة تخل بالعدل وتمنعه من الاستجابة لرغبات تضر بمصلحة العدالة وتحتم عليه أن يتحرى كل الشروط والضوابط التي ترجع إلى أحكام الوصية فالقانون قد أبان تفصيلاً ما لا تصح فيه الوصية وما يشترط في الموصي والموصى به والشروط الواجب توافرها في وصي القاصر وجعل رد الوصية بعد قبولها من الوصي مرتين بأذن القاضي لما له من الولاية وفقاً لأحكام المادة (٢٥٨) من قانون الوصية وما يشترط القانون في تطبيق العدالة في التسوية بين الأولاد فيما يتعلق بالزوجة والتعليم وغير ذلك وفي حالة عدم التسوية فإن القانون قد أعطى القاضي ولاية التسوية بينهم وفقاً لأحكام المادة (٢٦٠) من قانون الأحوال الشخصية اليمني في باب الوصية كما أناط القانون الولاية بالقاضي في تعيين منصوب أو وصي لمن لا وصي له وفقاً لأحكام المادة (٢٦٣) من قانون الأحوال الشخصية وكذلك أناط القانون بالقاضي الولاية في تعيين الوصي على القصر في حالة غياب الوصي أو وفاته سواءً كان بصفة مؤقتة أو دائمة وكذلك إذا حجز على الوصي أو أفلس وهو ما أفادته المادة (٢٦٤) من قانون الأحوال الشخصية اليمني أما إذا مات الشخص وعليه ديون وحقوق وورثته بالغين ولم يعين وصياً فإن للقاضي بما له من ولاية أن يعين من بين هؤلاء الورثة البالغين من يقوم بهذه الواجبات كما أن القانون خول المحكمة والقاضي المختص الإشراف المباشر على أموال القصر فإذا رأى ما يخشى معه الضرر من تصرف أو ما يهدد مصلحة القاصر فإن للقاضي بما له من ولاية أن يقوم بعزل الوصي وتعيين منصوب عنه " وصي آخر " وفي هذه الأحوال فإن المحكمة تكون مسئولة عن أموال القصر وفقاً للأحكام المواد (٢٧٢، ٢٧١) من قانون الأحوال

الشخصية اليميني وإذا كان هناك أوصياء قد اختلفوا ينوب عنهم القاضي إلا أن يجتمعوا ، أما إذا اشترط الموصي اجتماع وصيين ومات أحدهما فإنها تبطل الولاية للأخر وتكون الولاية للقاضي وكذلك إذا غاب أحد الوصيين أو تمرد كانت الولاية للقاضي وفقاً لأحكام المادة (٢٧٧) من قانون الأحوال الشخصية اليميني كما لا يجوز للوصي أن يتنازل عن دعاوى القاصر أو يسقط شيئاً من حقوقه إلا إذا كانت هناك مصلحة راجحة وبأذن القاضي كما صرحت بذلك المادة (٢٧٧) من قانون الأحوال الشخصية ولا يجوز له إدارة أموال القاصر إلا بأذن من القاضي كإيداع نقود أو سحب شيء منها أو نحو ذلك وهو ما أفادته المواد (٦ ، ٧ ، ٨ ، ٩) من القانون رقم ١١١٩ لسنة ١٩٥٢م من أحكام الولاية على المال في الباب الأول الفصل الأول من القانون المصري كما أن القانون اليميني يجعل الولاية على مال القاصر للأب ثم وصيه ثم الجد ثم وصيه ثم القاضي المادة (٤٢) من القانون رقم (٤٥) لسنة ٢٠٠٢م بشأن حقوق الطفل كما وأوجب على الوصي إبلاغ المحكمة عن كل من في يده مال من التركة إذا مات الموصي وله قصر لياًمر القاضي بحصر هذه الأموال وتسديدها في دفتر المحكمة وتسليم الوصي نسخة من ذلك، وأوجب على المحكمة المبادرة متى طلب منها ذلك وهو ما صرحت به المادة (٢٩١) من قانون الأحوال الشخصية اليميني الذي لم يقتصر على ذلك وإنما أوجب على الوصي تقديم حساب إلى المحكمة عن إدارته أموال القصر مؤيداً بمستندات كل عام كما صرح قانون الولاية على المال المصري بالمادة (١٦) أن على الولي أن يحرر قائمة بما يكون للقاصر من مال أو ما يؤول إليه وأن يودع هذه القائمة قلم كتاب المحكمة كما يتفق القانون اليميني والمصري أنها تنتهي ولاية الولي ببلوغ القاصر سن الرشد التي حددها

قانون حقوق الطفل اليمني بخمسة عشر سنة إذا بلغه الشخص متمتعاً بقواه العقلية رشيداً في تصرفاته ويكون كامل الأهلية لمباشرة حقوقه المدنية والتصرف فيها أما القانون المصري فقد جعل سن الرشد هي إحدى وعشرين سنة ومتى انتهت وصاية الوصي بالبلوغ وجب تقديم حساب ختامي مؤيداً بالمستندات بتسليم القاصر ما بيده من أموال، ولا تبرأ ذمة الوصي إلا باعتماد الحساب الختامي من المحكمة بعد بلوغه الرشد كما هو صريح (٢٩٨) من قانون الأحوال الشخصية اليمني وهناك أحوالاً تنتهي فيها وصاية الوصي بموته أو عزلة أو إعفائه بعذر مقبول وفي هذه الأحوال تعين المحكمة من يقوم بأعمال إدارة أموال القاصر وفي كل الأحوال فإنه عند المصادقة على الوصية والأشرف على إدارة أموال القاصر يتعين على القاضي أن يتحرى أولاً من صحة ثبوت الوصية والشروط التي ترجع إلى الوصي والشروط التي ترجع إلى الموصي والشروط التي ترجع إلى الموصى وهي شروط صرح بها قانون الأحوال الشخصية اليمني في الفصل الأول والثاني والثالث والرابع وتناولها أيضاً قانون حقوق الطفل بالمادة (٤٣) وما بعدها ولا تكاد تختلف على هذه الشروط قوانين الأحوال الشخصية المستمدة من الشريعة الإسلامية والتي يترتب على أعمالها تحرى القاضي بما له من سلطة في ثبوت الوصية قبل المصادقة عليها وفي الشروط التي تتعين في الأوصياء وفي متابعة ما يجب على الوصي وما يجوز له وما يحضر عليه وما يضمنه وما يتطلب منه الشرع والقانون في ذلك بحكم الصلاحية المخولة للقاضي كي تتحقق العدالة وتختفي المنازعات المتعلقة بالوصية أو تقل وكذلك ما يتعلق بعقود الهبة والنذر وما يتعلق بالمصادقة على عقود الانكحة والطلاق وحصر الورثة وما يتعلق بأحكام الرضاع والحضانة لأن للقاضي في ذلك كله

صلاحيات واسعة يجب أن لا تغيب عن ذهنه فإن القاضي إذ أعمل هذه الصلاحية وأحكم الرقابة على كل هذه التصرفات فإن هذه التصرفات حينما تسير وفقاً للمنهج الذي حدده الشرع والقانون تتسد أبواب المنازعات ويُحكم بذلك إغلاق أبواب ونوافذ المنازعات وتستقر حينئذ المعاملات ويتحقق الثبات للمراكز القانونية وفقاً لمقتضيات الحال وحينئذ تكون العدالة قد قامت بواجبها وقام القاضي بممارسة الصلاحيات المخولة وفقاً للقانون .

٣- صلاحية القاضي في الإشراف على أعمال الوقف والمصادقة عليها :

أن للقاضي فيما يتعلق بأعمال الوقف صلاحيات كبيرة حولها القانون له وقد كان للقاضي في الإشراف على الأوقاف وإدارة أمواله عبر التاريخ الإسلامي مساحة واسعة حتى عده الكثير من الفقهاء ضمن ولاية القاضي وضمن الأعمال المخولة له وذلك قبل أن تنشأ وزارة الأوقاف على النمط الموجود في العصر الحديث ما ذلك إلا لما للأوقاف من المكانة الرفيعة التي تسمو بالمجتمع وتقوم العدالة حينئذ بتسيير ورعاية أعمال البر والإشراف عليه إذ أنه يترتب على ذلك صلاح الأوضاع واستقرارها في كافة مناحي الحياة وها نحن نجد النظم القانونية تعطي القاضي صلاحيات واسعة سواءً كان في إثبات الوقف أو في نقله أو في محاسبة متوليه أو في تعيينه عند الالتباس وقد صرح قانون الوقف اليمني بالمادة (٢٢) " أنه إذا وقف أحد الشئيين ولم يعين الواقف في حياته واختلف الورثة في التعيين فإنه يكون للحاكم التعيين كما جوز قانون الوقف اليمني صرف الوقف المنقطع مصرفه في مبرة مماثلة بإشراف الجهة المختصة مرتين بتسوية الحاكم المادة (٣٠) من قانون الوقف اليمني وكم يجد المتتبع من الأوقاف المجهول أو المنقطع مصرفها في عصرنا الحديث والتي لا يجوز صرفها وفقاً للقواعد الشرعية والقانونية إلا بتعيين الحاكم وبحسب ما تقتضيه المصلحة كما أن نقل متولي الوقف للمصرف للمصلحة أناطه قانون الوقف بالمتولي وبإشراف الحاكم وبتسويغه كما هو صريح المادة (٢٧) من قانون الوقف اليمني وكذلك صرف ما يفيض من وقف الفقراء أو الغرباء فإنه يكون غير جائز للجهة المختصة دون تسوية الحاكم كما هو صريح المادة (٣٨) من قانون الوقف اليمني وصلاحية القضاء فيما يتعلق بإدارة أموال الأوقاف وتعيينها والإشراف عليها وتسويغها كبيرة باعتبارها أحد الأمور التي يمارس القاضي الإشراف عليها بما له من الولاية والصلاحية في ذلك بموجب قرار تعيينه وسواءً كان ذلك الوقف

متعلقاً بالمساجد أو الأوقاف الأهلية وعلى سبيل المثال فإننا نجد أن نقض المسجد لتوسيعه مع الحاجة والقدرة على إعادته لا تتم إلا بناءً على أذن الجهة المختصة والحاكم طبقاً لأحكام المادة (٤٣) من قانون الوقف اليمني كما لا يجوز إلا بإذن الحاكم وإشراف الجهة المختصة نقل مواد المسجد أو مصرفه من قفر إلى محل أهل بالسكان المادة (٤١) من قانون الوقف اليمني هذا بالنسبة لوقف المساجد التي هي جزءٌ من أعمال البر وكذلك الوقف الأهلي فإن القانون أجاز نقضها إذا تراضى أهل المصرف أو أغلبهم بحسب الاستحقاق غير أن ذلك لا يتم إلا بناءً على أذن الحاكم كما هو صريح المادة (٤٦) من قانون الوقف اليمني وكذلك تعيين الاستحقاق أو القسمة لما تم نقضه من الأوقاف فإن ذلك لا يتم إلا من خلال تعيين الحاكم .

للقضاء الحق في تعيين متولي الوقف في بعض الحالات ولا تبطل ولاية أصلها الحاكم:

أما الولاية على الوقف فإن القاعدة الشرعية والقانونية تعطي ذلك للواقف ثم لمنصوبة وصياً أو ولياً ثم للموقوف عليهم ثم لذي الولاية العامة والحاكم وهو ما أفصحت عنه المادة (٤٩) من قانون الوقف اليمني كما أن القانون يقرر قاعدة عدم بطلان الوصية إذا كان مصدرها صاحب الولاية العامة أو الحاكم كما هو صريح المادة (٥٢) من قانون الوقف اليمني وعند تعدد تعيين من يتولى الوقف فإن الحاكم هو الذي يختار أصلحهم طبقاً لأحكام المادة (٤٥) من قانون الوقف اليمني أما محاسبة متولي الوقف فمع إشارة قانون الوقف بقيام وزارة الأوقاف بالولاية المتعلقة بالمساجد التي تحت نظارتها وبقاء الولاية الخاصة المتعلقة بالمسجد وتوابعه لمن هو ثابت عليه شرعاً ومع ذلك فإنه أوجب على كل متول إبلاغ وزارة الأوقاف أو الحاكم المختص بالوقف وتعيين أملاكه وتسليم صور من مستنداته كما يجب على الجهة

المختصة أو الحاكم المختص فور إبلاغ أحدهما بإبلاغ الآخر وقيود بيانات الوقف المتعلقة بذلك في الدفتر المعد لذلك وذلك ما يشعر بأن القانون قد جعل للحاكم نشاطاً ذاتياً في سبيل حفظ مستندات الوقف وحصرها لأن تدوين المستندات الخاصة بالوقف والتصديق عليها بالشروط والضوابط الشرعية لا تتم وفقاً لقواعد الشرع والقانون إلا من خلال من تتوافر فيه الصلاحية وأفضل من يقوم بذلك هو القاضي وذلك ما يحقق حفظ أموال الوقف ويمنع أيضاً حدوث منازعات مستقبلية وفي كل الأحوال فإنه يجب تثبيت القاضي والمختصين في وزارة الأوقاف من صحة ما يطرح باسم الأوقاف لأن تدوين بيانات وهمية أو غير صحيحة أو غير مملوكة للأوقاف مما ينشئ خصومات لا حصر لها ويسيء إلى سمعة القائمين على الوقف وإلى سمعة القضاء في حالة واحدة .

التثبت من صحة تدوين البيانات المتعلقة بالوقف ضرورة لا بد منها :

إن صحة تدوين بيانات الأوقاف والتثبت من ذلك يكسب ثقة الناس ، ولقد أفصحت بعض القوانين عن ضرورة اتخاذ القضاء هذه الإجراءات بصفة صحيحة ودقيقة ولقد كان نظام المرافعات السعودي في تنظيمه لطرق تسجيل الأوقاف أكثر دقة في وضع القواعد التي تمنع حدوث المنازعات بسبب التقصير في التسجيل أو التجهيل فيه ، فصرح بالمادة (٢٤٦) أنه لا يجوز للقاضي تسجيل إنشاء أي وقف إلا بعد ثبوت تملك واقفه إياه وبعد التأكد من خلو سجله مما يمنع من إجراء التسجيل وصرحت المادة (٤٩) بأنه لا بد أن يكون الوقف طبقاً لمقتضيات الشريعة الإسلامية وأن يكون الوقف على جهة بر لا تتقطع ، وأن ينص في حجة الوقف أن يكون للمجلس الأعلى حق الإشراف على الوقف ، وأن يكون الوقف خاضعاً لنظام الأوقاف في المملكة ، كما صرحت المادة (٢٤٦) بأنه على طالب تسجيل الوقف أن يقدم طلباً

بذلك إلى المحكمة المختصة مشفوعاً بوثيقة رسمية تثبت تملكه لما يريد إيقافه ، وهذه الشروط هو مما يجب أن تتوافر فيما يراد تسجيله من الوقف فمن يريد تسجيل الوقف عند إبلاغه أو عند إظهاره نية إيقاف مال أو حق على مسجد أو غيره من جهة البر التي لا تتقطع غير أن ما يحدث اليوم من الممارسات العملية في هذه الأيام مختلف عن المنهاج القانوني والشرعي فيتولد من ذلك إشكاليات كبيرة سواءً عند قيام القضاة بالتصديق على ما يوقف الأشخاص دون التثبت من ملكية الشخص أو الأشخاص لما يوقف على جهة البر ، وكذلك ما تقوم به بعض الجهات عند التسجيل أو المصادقة سواءً كانت تابعة لوزارة الأوقاف أو غيرها هو أمر لا يتوافق مع مقاصد الشريعة ونصوص القانون ، والقانون السعودي فيما نص عليه في المواد السالف إيضاحها قد أصاب لب الأمر وروحه وحقق للشريعة الإسلامية مقاصدها وهو ما يتوافق مع أحكام وقواعد الشريعة وأحكام وقواعد الأحوال الشخصية والوقف اليمني المصرحة بما للقاضي من الولاية في الإشراف على ناظر الوقف والمنع من نقله أو التصرف فيه إلا بأذن القاضي وقد أفصحت المادة (٢٥٠) من نظام المرافعات السعودي أيضاً التي جاء فيها أنه إذا اقتضى الأمر نقل الواقف سواء كان ناظراً خاصاً أو كانت إدارة الأوقاف أن تجري معاملة النقل إلا بعد استئذان القاضي الشرعي في البلد وإثبات المسوغات الشرعية التي تجيز نقله على أن يجعل ثمنه في مثله في الحال وكل ذلك يتم بعد موافقة محكمة التمييز.

المصادقة على وثائق القسمة :

إذا كانت المصادقة على الوثائق والمحركات يكسبها حجية كبيرة ويجعلها تتمتع بقوة الإلزام الثبوتية والمنصوص عليها بالقانون فإنه فيما يتعلق بجانب المصادقة من قبل القضاة على القسمة الشرعية التي تتم بين الورثة له أهمية

كبيرة على استقرار العمل الذي يتم لذلك فإن التحري والتثبت من استيفاء كل وارث قدر حصته ومعرفة ما إذا كان هناك قصر أو غائبين قد تم إعطائهم حصصهم بعد إذن القاضي والتنصيب عنهم وما إذا كان هناك مفقودين أو غير ذلك من الأحوال فإنه إذا لم يتم التحري والبحث والتدقيق فإن القسمة ستكون عرضة للنقض مستقبلاً وسبباً لدخول الخصومة بين أبناء الوارث الواحد وتظهر القسمة مع الزمن وكأنها عرضة للخصومات لا تنتهي، فالقاضي ملزم بالتثبت فلا يكفي أن يكتب القاضي على ظاهر الوثيقة أنه يعتمد ما تحرر أدناه من فلان أو يكتب ما تحرر أدناه فبقلم فلان المعروف لدينا أو يكتب يعتمد ما تحرر من الكاتب الفلاني أو الأمين الفلاني والعهدة والمسئولية عليه كما يجري الآن في بعض المحاكم أو يكتب يعتمد وبالله الثقة والاعتماد لأن ذلك معلوم فإنه وبلا شك على الله سبحانه وتعالى الثقة والاعتماد في كل الأحوال يعلم ذلك كل مؤمن بالله ولا مشاحة في ذلك ولا ما يدعو لكتابة هذه العبارة طالما وإجراءات تدوين المحرر وما تضمنه غير صحيح فهذه الكتابة لا تصحح الإجراء الباطل والقاضي ملزم عند المصادقة بالتحري والتحقق من صحة إجراء المستند وموافقة ذلك للشرع والقانون ومعرفة ما إذا كانت هذه الوثيقة المختصة بالقسمة قد استوفت شروط وضوابط الصحة ومعرفة استحقاق كل وارث لحصته من التركة ذكوراً وإناثاً بعد تعديل الأنصبة وتقويمها وفقاً لمقتضيات العدالة وبيان حصر التركة وتقرير العدول منعاً لأي غرر أو غلط يحصل فيها لأن ذلك مما يترتب عليه إكساب المحرر الحجية فعدم استيفاء الضوابط والشروط الشرعية والقانونية يترتب عليه حدوث منازعات لا حصر لها فالمحرر لا يكون حجة إلا حينما يستوفي الشروط والضوابط التي يجب أن تتوافر فيه ولا يتم ذلك إلا بناءً أن على تحقيق وتمحيص ذي خبرة وعدالة ولا يعفي القضاة من مسؤوليتهم اعتمادهم على ما يضعه الكتبة أو الموثقون

دون مراجعة ولا تمحيص فالمسئولية هنا جسيمة وصلاحيه القاضي هي صلاحية واسعة ويترتب على الإهمال أضراراً تخل بميزان العدالة وتعصف بأصحاب الحقوق فإضفاء الحجية الرسمية على المحررات دون استيفاء شروطها مما يسيء إلى القائمين بهذه الأعمال وإلى القضاء والقضاة فضلاً على ما يترتب على ذلك من أضرار مادية وأدبية .

٤- تسجيل الوثائق والعقود والتصديق عليها :

سبق وأن أشرنا إلى أهمية تسجيل الوثائق والعقود عقارية كانت أو غير عقارية والتصديق عليها سوءً أكانت مما يتعلق بالبيع أو الشراء أو الوصية أو الهبة أو النذر أو غير ذلك من الأمور التي هي بالغة الأهمية ولها ارتباط بحياة الناس وبالتممية العقارية ، وإذا فتش الإنسان في حركة المضاربة والبيع والشراء في هذا المجال فإنه سيجدها واسعة الانتشار ، والمحاكم بأقسام التوثيق تقوم بالتسجيل والمصادقة على أعمال الأمناء والموثقين بمقتضى أحكام القانون رقم (٢٩) لسنة ١٩٩٢م بشأن التوثيق وتعديلاته بالقانون رقم (١٤) لسنة ١٩٩٤م والذي تتولى أقسام التوثيق والتسجيل بالمحاكم التوثيق والتسجيل بما يحرر من الوثائق والعقود من قبل الأمناء وغيرهم تحت إشراف رؤساء المحاكم الابتدائية وأشرافهم ويقوم بالتوثيق والتسجيل في مكاتب التوثيق وما يتبعها من أقسام قضاة ومساعدو قضاة يتم تعيينهم وندبهم وفقاً لقانون السلطة القضائية ولم يقتصر الأمر في أقسام التوثيق والتصديق على وثائق الطلاق والزواج و الوكالات وتحريرها وإثبات انحصار الوراثة ونحو ذلك وإنما تتناول كافة المحررات التي يتطلب القانون المصادقة عليها كالتصرفات المالية المتعلقة بالعقارات وغيرها وإعطاء الشهادات وحصول التصديق على التوقيعات وحفظ صورها وإثبات المحررات وقيدها في السجلات الخاصة والمعدة لذلك وقد فصلت المواد ٢٣ - ٢٦ من قانون التوثيق

الشروط التي يجب أن تتوافر في المحرر وصرحت المادة (٣٥) من ذات القانون بأنه يقوم القضاة بتوثيق المحررات في المحاكم التي لم تستحدث فيها أقلام التوثيق إلى حين أن تنشأ تلك الأقلام وفقاً لأحكام القانون كما أن مصلحة السجل العقاري تقوم بالتسجيل وفقاً للصلاحيات المناط بها بالقانون رقم (٣٩) لسنة ١٩٩١م وتقوم بالتسجيل للعقار وفقاً للنظام الشخصي أو العيني التي نص عليها القانون وقد أورد هذا القانون الضوابط والشروط التي يجب أن تتوافر عند التسجيل وبغض النظر عن الازدواجية القائمة بينما هو قائم في قانون التوثيق وما هو وارد في قانون السجل العقاري بخصوص توثيق وتسجيل الوثائق المتعلقة بالعقارات الذي كان يجب أن يوكل التسجيل في ذلك إلى جهة واحدة أو يعين ما لكل جهة من اختصاص على سبيل الحصر وإن كان في نظرنا أنه كان ينبغي أن يدمج اختصاص أقسام التوثيق ومصلحة السجل فيما يتعلق بتسجيل وتوثيق المحررات المتعلقة بالعقارات في قانون واحد ويربط ذلك كله بالقضاء فيكون القائمون والمشرفون والذين يرأسون أقسام التسجيل والتوثيق قضاة متخصصون ، لما لذلك من أهمية كبيرة في حفظ الحقوق وضبطها ومنع التلاعب فالحال أن كثيراً مما يتم المصادقة عليه وتسجيله من الوثائق العقارية لا تتم وفقاً للشروط والضوابط المطلوب توافرها وفقاً للقانون بحيث يتحقق عند التسجيل من أيلولة الملكية إلى من يتم التسجيل باسمه بالطرق القانونية ولم تستوف الكثير من المحررات الضوابط والشروط التي تكسبها الحجية وتدل على صحتها دلالة قطعية بحيث لا يتم التسجيل أو المصادقة لأشخاص متعددة في محل واحد كما يحدث في بعض الأحوال بحيث يدعي كل واحد أن ذلك العقار ملكيته وحده ويستدل على ذلك بمحرر رسمي حائز على الحجية في ذات المحل مما ينشئ في المحاكم الكثير من إشكاليات التسجيل، وكذلك التصديق على محررات مزورة أو غير مستوفية شروط الصحة أو مجهولة فإن ذلك كله

يؤدي إلى منازعات طويلة بل إنها أحياناً تكون سبباً إلى إزهاق نفوس فالتصديق الذي يكسب المحرر القوة الثبوتية وفقاً للقانون لا بد وأن يكون مستوفياً للشروط المنصوص عليها طبقاً للقانون حتى يكون حجة بما جاء فيه بل أن التلاعب الذي يحدث بعض الأحيان في التصديق على هذه المحررات أو التسجيل لها يشكل فاجعة وخطيئة لأنه يذهب مع ذلك العمل الحكمة من التسجيل ويجعلها تتناقض مع الهدف والغاية من تسجيل ذلك المحرر وذلك ما قد يفقد هذه المحررات الثقة التي يجب أن تتوافر فيها والقوة التي رتبها القانون عليها ولو أن كل من وكل إليهم القانون التوثيق والتسجيل من القضاة وغيرهم أعملوا صلاحيتهم وبذلوا الجهد في التحري عند قيامهم بهذه المهام الجسيمة وطبقوا النصوص القانونية ولم يقوموا بالتسجيل أو المصادقة إلا بعد التحقق من شخصية ذوي العلاقة وأهليتهم وعدم تحرير أي محرر بجميع التصرفات إلا بعد التأكد من أهلية المتصرف وملكيته للحق المتصرف فيه عقاراً كان أو غيره والتبين من مشروعية محله وصحة سببه وعدم تحرير أو توثيق أي محرر يخالف الشريعة الإسلامية أو القوانين المنظمة وسواءً كان ذلك فيما يتعلق بتحرير العقود المتعلقة بالسجل العقاري أو الأسرة أو الأمور التجارية أو غير ذلك ، لحال ذلك دون نشوء منازعات كثيرة ، ولترتب على ذلك حصول استقرار في المعاملات وثبات في المراكز القانونية فما يجري في بعض الحالات بسبب عدم التحري هو مما يؤدي بطبيعته إلى الفوضى والاضطراب وإلى وجود إشكالات تصيب العدالة في مقتل فضلاً عن إطالتها لأمد النزاع وما يسبب ذلك من إرهاب كبير للناس ولهذا فإننا ننصح القائمين على هذه الأعمال بمقتضى الصلاحية التي خولهم القانون إلى أعمال صلاحيتهم والتحري عند المصادقة على أي محرر حفاظاً على الواجب الديني والأخلاقي والقانوني وعلى هيبة القضاء ، وحرصاً على تسيير أمور الناس على الوجه الحسن وبعداً عن مضان الشبهة

والتهم التي تنشأ نتيجة لعدم التحري ولدفع تهمة التفريط في الواجب فإعمال هذه الصلاحيات هو مما يعود على الناس كافة بالنفع ويتحقق به قيام العدالة بواجبها ويفهم الكافة حرص القضاء على أداءه لواجباته على الوجه المطلوب.

نسأل الله أن يجعل ذلك محل نفعه ورضوانه وأن يوقف الجميع لما يحبه ويرضاه

عبء الأثبات وطرقه

القاضي/ عمر حسين البار
عضوا لمحكمة العلييا
عضوا المكتب الفني

ما هو الإثبات :

الإثبات لغة : جاء في لسان العرب ثبت في المكان إذا أقام به .. وتثبيت الفؤاد : تسكين القلب وإزالة الشك بالبرهان والدلالة .. والتثبيت (بالتحريك) الحجة والبينة .. وأثبت حجته إذا أقامها وأوضحها وأثبت الأمر إذا عرفه حق المعرفة .

والإثبات بالمعنى العام الجهد المبذول للوصول إلى الحقيقة .. أما الإثبات بالمعنى القانوني : فهو (إقامة الدليل أمام القضاء على وجود واقعة قانونية والواقعة القانونية : هي ذلك الوضع الذي يرتب حقاً أو يعدله أو ينظم انقضاءه - وقد يكون حقاً موضوعياً أو إجرائياً كما أن الواقعة القانونية قد تكون تصرفاً قانونياً - كما قد تكون مجرد فعل مادي للإنسان - كأرتكاب جريمة .. أما التصرف القانوني فإنه (اتجاه الإرادة إلى أحداث أثر قانوني معين - وقد يصدر عن طرفين - كعقود البيع أو الإيجار وغيرها من العقود كما قد يصدر عن جانب واحد - كالإقرار والوصية - أما الفعل المادي فهو الأمر المحسوس الذي ينشئ أثراً قانونياً - سواء أكان الفعل إرادياً أم غير إرادي - كالفعل الضار .

والمبادئ التي تحكم الإثبات بشكل عام هي :

١- حياد القاضي .

٢- الحق في الإثبات .

٣- محل الإثبات .

٤- عبء الإثبات .

ويقتضي مبدأ حياد القاضي - وقوف القاضي على الحياد بين الطرفين - والمساواة بينهما في المجلس والوجه والمقال وعدم التحيز لأحد الخصوم وألا يتدخل القاضي فيما يقدمه الخصوم من أدلة وألا يوجه أحد الخصوم أو

يشير عليه بتقديم دليل معين وإنما يستلزم مبدأ الحياد تكوين قناعته في النزاع على ضوء الأدلة المقدمة إليه وليس للقاضي أن يكون قناعته في النزاع على دليل لم يقدم إليه أو توصل إليه شخصياً وأن يأتي حكمه مسبباً تسبباً مقنعاً موضحاً موقفه من الأدلة التي قدمها الخصوم وأن يقرر ما يأخذ منها وما يدع مع تسبب ذلك .

ويستلزم مبدأ حياد القاضي ألا يحكم القاضي بعلمه الشخصي ويقصد بالعلم الشخصي ما توصل إليه من معلومات عن النزاع مما يتجاوز المعلومات التي يشترك فيها عامة الناس - وليس فيها تلك التي أحاط بها القاضي في مجلس قضاؤه أو النتائج التي استخلصها من أقوال الشهود أو المسائل الفنية التي يجب إرجاعها لذوي الخبرة .. لعدم جواز أن يكون القاضي شاهداً ولأنه إذا حكم بعلمه الشخصي كان بمثابة شاهد في القضية وهذا يتنافى مع دورة كقاضٍ ناظرٍ في النزاع .

وليس مبدأ حياد القاضي قيداً على القاضي فيما عدى ذلك - إذ أن له سلطة مطلقة في تقدير الأدلة ووزنها والترجيح فيما بينها وأخذ ما يأخذ وطرح ما سواه شريطة أن يكون حكمه بشأنها مسبباً تسبباً كافياً .. وله صلاحية تغيير الوصف القانوني للدعوى الجزائية أو إعادة تكييف الاتهام الموجه إلى المتهم كما له تصحيح الأخطاء الشكلية في صحيفة الدعوى وإحالتها إلى المحكمة المختصة .

وللقاضي سلطة اتخاذ ما يراه من إجراءات الإثبات التي توصله إلى قناعة صائبة في النزاع وله أن يرجع عما قرر اتخاذه منها شريطة تسبب الرجوع أو العدول عن الإجراء الذي سبق أن قرر اتخاذه ، ولهذا كانت الأحكام الصادرة باتخاذ إجراءات الإثبات غير منهيّة للنزاع ولا يجوز الطعن فيها استقلالاً وفقاً للمادة (١٩٩) مرافعات مدنية وتجارية ، وللمحكمة العدول عنها كما أنها تملك عدم التقيد بنتيجتها إذا تم تنفيذها أي تلك الأحكام .

أما الحق في الإثبات فأن مقتضاه أن لكل الخصمين حق إقامة الدليل أمام القضاء فللخصم المدعى حق إثبات ما يدعيه وللخصم المدعى عليه الحق في نفيه ويترتب على ذلك وجوباً تمكين كل من الخصمين من الوقوف كل على أدلة الآخر للرد عليها ومناقشتها تحت طائلة الإخلال بحق الخصوم في الإثبات وليس للمحكمة أن ترفض طلب تمكين الخصم من إثبات أو نفي دفاع جوهرى بطرق الإثبات المقررة قانوناً وإنما تلزم الاستجابة لهذا الطلب تحت طائلة الإخلال بحق الدفاع الذي يترتب عليه بطلان الحكم بطلاناً مطلقاً لتعلقه بالنظام العام كما يستلزم مبدأ (المجابهة بالدليل) أن يتخذ القاضي إجراءات الإثبات وجاهياً أي في مواجهة الخصوم ومنحهم الفرصة المتساوية للمناقشة والرد وليس للقاضي أن يحكم بناءً على دليل اصطنعة أحد الخصوم لنفسه وفقاً لقاعدة عدم جواز أن يخلق الإنسان دليلاً لنفسه باستثناء حق التاجر في الاستناد إلى بيانات دفاتره لإثبات ما تم توريده لعملائه شريطة أكمال ذلك باليمين المتممة من أحد الخصمين أو حق التاجر في الاستناد إلى دفاتره التجارية متى كانت منظمة لا تحمل على الشك فيها والقاضي ليس حراً في إجبار شخص على أن يقدم دليلاً ضد نفسه إلا إذا نص القانون على خلاف ذلك (وهي حالة ما إذا كان ذلك المستند أو الدليل مما يجوز تقديمه قانوناً أو كان مشتركاً بين الخصمين أو محرراً لصالح أحدهما أو متضمناً التزاماتهما وحقوقهما المتبادلة) .

ويترتب على حق الخصم في إثبات ما يدعيه وحق الخصم الآخر في نفيه حق كل منهما في الإطلاع على ما أدلى به الآخر وعدم جواز الحكم إلا من واقع الأدلة أو نفيها وبناءً عليه فإن عبء الإثبات واجب على الخصم الذي عليه أن يثبت ما يدعيه (وتتصرف عبارة المكلف بالإثبات) في الابتداء إلى المدعى إلا أن المدعى عليه قد يصبح مكلفاً بالإثبات إذا وضع نفسه في موضع الأذعاء عند ممارسة حقه في نفي أدلة خصمه وليس القضاء هو الذي يحدد الخصم

المكلف بالأثبات أي من يقع عليه عبء الإثبات وإنما يتحدد عبء الإثبات تبعاً للمركز القانوني لكل من المدعى والمدعى عليه ، الجاني أو المجني عليه والخصم الذي يقع عليه عبء الإثبات ليس حراً في اختيار طريقة الإثبات وإنما يجب عليه التقيد بالطرق المنصوص عليها قانوناً وتطبق قواعد الإثبات المنصوص عليها في قانون الإثبات على الدعوى المدنية والجزائية والإدارية والتجارية إلا إذا وجد نص يقضي بخلاف ذلك ومحل الإثبات هو الوقائع القانونية أي المصدر المنشئ للحق لأن مصدر الحقوق هو الوقائع القانونية وينصرف حق الإثبات إلى الواقعة القانونية التي أنشأت الحق أو الالتزام المدعى به متى أنكره الخصم المدعى عليه كالعقد أي القاعدة القانونية أو النص القانوني لأن الحكم ليس إلا تطبيق القاعدة القانونية على الواقعة فدعوى المشتري للحصول على الثمن تستلزم إثبات عقد البيع لتستخلص المحكمة التزام المشتري بدفع الثمن والتزام البائع بنقل ملكية المبيع إليه .

والوقائع المادية هي الأخرى محل للإثبات كالوفاة التي لا بد من إثباتها لتعلق الحق في الميراث بها ويدخل في الأفعال المادية كالفعل الضار الذي ينتج عنه حق الضرر في التعويض والوقائع المادية يحدد أثارها القانون سواء أكان لأرادة الإنسان دخل فيها أم لم يكن أما التصرفات القانونية فإن إرادة الإنسان هي التي تحدث أثارها القانونية وهي أما أن تصدر عن جانبين كالبيع والإيجار أو عن جانب واحد كالوصية والإقرار والعادات الاتفاقية والأعراف محل للإثبات أيضاً ومتى تمسك بها أحد الخصوم كان عليه عبء إثباتها .

ويشترط في الواقعة القانونية محل الإثبات شروط منها ، تعلقها بالدعوى فلا تكون بعيدة عنها وأن تكون منتجة فيها أو مؤثرة وأن يكون قبولها جائزاً فلا تكون مستحيلة الإثبات كدعوى بنوة الصغير للأكبر منه سناً وأن لا يكون إثباتها ممنوعاً قانونياً كدين البغاء والقمار والمخدرات وأن تكون

الواقعة محددة بما ينفي الجهالة وأن تكون متنازعاً عليها فإذا لم تكن كذلك لا تكون محلاً للإثبات (أنظر قانون الإثبات مبادئ الإثبات وطرقه للدكتور محمد حسين منصور (ص ٧- ٦٥) ويرى الدكتور السنهوري (أنه يترتب على حق الخصوم في مناقشة الأدلة التي تقدم في الدعوى - أنه لا يجوز للقاضي أن يقضي بعلمه ذلك أن علم القاضي هنا يكون دليلاً في القضية ولما كان للخصوم حق مناقشة هذا الدليل فمعنى هذا أن ينزل القاضي منزله الخصومة فيكون خصماً وحكماً) .

ويرى البعض أن منع القاضي من الحكم بناءً على علمه الشخصي ناتج عن حتمية تأثير ذلك في تقديره فلا يصلح بعدها أن يكون قاضياً لأن ذلك يستلزم - إيجاد قاضٍ آخر يقدر شهادة القاضي - الذي لا يصلح أن يكون شاهداً وقاضياً في نفس الوقت ونفس الدعوى . وأن حق الخصم في إثبات ما يدعه يوجب تمكين خصمه من نفيه وهذا يستلزم أن تتخذ إجراءات الإثبات في مواجهة الخصوم وهو ما يسمى بمبدأ (المجابهة بالدليل) ويختلف عبء الإثبات عن الحالات التي لا يجبر الشخص فيها على تقديم دليل ضد نفسه إلا إذا نص القانون على خلاف ذلك - كالحالة التي يوجب القانون فيها على الشخص تقديم مستند ما - وحق الخصم في إثبات ما يدعيه يتجاوز الأدلة التي يقدمها إلى إجبار الخصم على تقديم ما بحوزته من مستندات وأدلة وتطبق عبارة - على الخصم أن يثبت ما يدعيه - على أي خصم في الدعوى وعلى أي طلب أو دفع أو دفاع - كما أن عبارة الإدعاء تشمل الطلب والدفع .

ومحل الإثبات ليس الوضع العادي للأمر وهو ما يسمى بالظاهر لأن الدعوى خلاف الظاهر - وتطبيقاً لهذه القاعدة فإن على المدعي البينة إذ هو من يدعي خلاف الظاهر كما أن من تطبيقاتها أن الأصل براءة الذمة - وبناءً عليه فإن على الدائن أن يثبت الدين المدعي به - ويقع على المدين عبء

إثبات التخلص من الدين .. ومن تطبيقاتها أن العقد أو القرار صحيح وأن الظاهر أن واضح اليد - هو المالك وعلى من يدعي خلاف ذلك أن يثبته .. وبناءً على ما سبق فإن على الخصم أن يثبت ما يدعيه ولخصمه الحق في إثبات نفيه سواءً أكان هذا الخصم هو المدعى أو المدعى عليه - أو خصماً متدخلًا أو مختصماً فيها وسواءً أكان ما قدمه طلباً أصلياً أو عارضاً أو دفعاً بعدم قبول الدعوى..

ويعتبر الثابت - خلافاً للأصل - ثابتاً عرضاً كالدين الثابت بسند لأن الأصل براءة الذمة أو عدم المديونية وعليه فإن على من يدعي خلاف الثابت أصلاً عبء إثبات ما يدعيه .. وإذا وجد العارض كالسند بين الطرفين .. كان أصلاً بين الطرفين ولا يقع عبء الإثبات على الخصم المنكر إنكاراً مجرداً للدعوى لأنه معفي من الإثبات خلافاً للخصم الذي يتقدم بطلب أو دفع .

إذ يقع عليه عبء إثبات طلبه أو دفعه . ومثاله (إذا أقتصرت الوارث على إنكار توقيع مؤثرته فلا يقع عليه عبء الإثبات وإنما يقع عليه عبء الإثبات إذا هو أدعى تزوير التوقيع) .

وإقرار الخصم يعفى الخصم الآخر من إثبات الواقعة التي أقربها وليس الدليل المقدم ممن يقع عليه عبء الإثبات ملزماً للمحكمة في الأخذ به وإنما لها أن تأخذ بدليل قدمه الخصم الآخر .

ويقع عبء الإثبات على من يدعي خلاف الأصل الظاهر وقد سبق أن أوضحنا أن المعلومات العامة لا تعتبر من قبيل العلم الشخصي وبالتالي فلا حرج للقاضي إذا هو قضى بعلمه بناءً عليها .. ومن قبيل الأصل الذي يقع عبء الإثبات على من يدعي خلافاً له .

الأمثلة التالية :

- ١- الأصل في العقود والتصرفات أو الأحكام أو القرارات الصحة أو المشروعية وعلى من يدعي خلاف ذلك الأصل يقع عبء الإثبات .
- ٢- الأصل في الإجراءات الصحة - أي أنها قد تمت صحيحة وعلى من يدعي خلاف ذلك يقع عبء الإثبات .
- ٣- الأصل براءة الذمة وعلى من يدعي انشغال الذمة يقع عبء الإثبات .
- ٤- على الكفيل عبء إثبات ما يجب أن يخصم من الدين المطلوب من مكفوله أو ما تم الوفاء به منه وعلى مدعي تزوير الأوراق يقع عبء إثبات ذلك .
- ٥- الأصل أن الحائز للعين غير ملزم بإثبات ملكيتها فهو معتبر صاحب الحق حتى يقوم الدليل على خلاف ذلك وعلى من يدعى خلاف ذلك يقع عبء الإثبات .
- ٦- الأصل أن الحائز - حائز لنفسه وعلى من يدعي خلاف ذلك يقع عبء إثبات أن الحيازة للغير .
- ٧- الأصل أن صاحب الدفع أو الدفاع يقع عليه عبء إثباته إذ يصبح بالنسبة لهذا الدفع أو الدفاع في مركز المدعي .
- ٨- الأصل أن عبء إثبات الوكالة ونطاق الوكالة يقع على من يدعيه .
- ٩- الأصل أن التزام الطبيب التزام ببذل عناية لا بتحقيق غاية ويقع عبء إثبات عدم بذل العناية الواجبة على المريض أو على أهله - وكذا التزام صاحب الفندق بالمحافظة على سلامة نزلاء الفندق ويكفى أن يثبت أنه بذل عناية الرجل العادي .
- ١٠- الأصل أن من يدعى صورية عقد البيع أو التصرف يقع عليه عبء إثباتها .

- ١١- إذا كان الالتزام بتحقيق نتيجة أو تحقيق غاية كان على من يدعي ذلك عبء الإثبات .
- ١٢- على من يتمسك أو يحتج بورقة أنكر خصمه توقيعه أو توقيع مورثة عليها - عبء إثبات صحتها .
- ١٣- على الوارث يقع عبء إثبات أن التصرف صدر في مرض الموت بهدف الأضرار بحق الوارث في الإرث .
- ١٤- إذا تحقق الشرط الجزائي أصبح الضرر واقعاً وليس على المضرور عبء إثباته على أن عبء إثبات انتفاء الضرر أو المبالغة في تقدير التعويض يقع على من يدعيه.
- ١٥- الأصل أن للقاصر حق التمسك بأبطال العقد أو التصرف إذا بلغ سن الرشد فإذا أجازته بعد اكتمال أهليته أصبح نافذاً في حقه ويقع عبء إثبات أجازته العقد على من يدعيها .
- ١٦- الأصل أن استلام المرسل إليه البضاعة دون توجيه احتجاج إلى الناقل البحري أو وكيله في ميناء التفريغ بخصوص تلف البضاعة أو عجزها يعتبر قرينة على أن البضاعة مطابقة للأوصاف والشروط الموضحة في بوليصة الشحن .. وهي قرينة لمصلحة الناقل وينقل عبء الإثبات إلى المرسل إليه أو من ينوب عنه .
- ١٧- الأصل أن أجره العين لا تختلف عن أجره المثل زيادة أو نقصاً وعلى من يدعي خلاف ذلك يقع عبء الإثبات .
- ١٨- الأصل أن على المؤجر عبء إثبات مخالفة المستأجر لشروط العقد باستعمال العين لغير ما أعدت له أو ما نص عليه العقد أو تأجيرها من الباطن أو تخلي المستأجر عن العين للغير أو أن شخصاً آخر غير المستأجر يقيم فيها .

وتتطبق القواعد الموضحة آنفاً على عبء الإثبات في الإجراءات القضائية سواءً عند إقامة الدعوى أو تقديمها إلى المحكمة أو ما أوجب القانون مراعاته لقبول الدعوى من شروط شكلية وبيانات وكذلك الحال بالنسبة لبطلان الإجراءات لأن الأصل أنها قد تمت مراعاتها وعلى من يدعي خلاف ذلك يقع عبء إثباته . وبالنسبة للمواعيد يقع عبء الإثبات بالنسبة لفواتها على من يتمسك بفوات الميعاد وليس عليه ألا أن يثبت متى بدأ الميعاد ومتى انقضى - وبالنسبة للصفة فإن الأصل أن الإنسان يعمل لنفسه وعلى مدعى خلاف ذلك يقع عبء إثباته .. وبالنسبة للإجراءات أو أوراق المرافعات فإن الأصل هو الوضع الظاهر فيها ويقع عبء إثبات خلافه على من ادعاه .

ولا يقع عبء الإثبات على الخصم الذي أعفاه القانون من الإثبات كالحائز لأن الوضع الظاهر أن الحائز هو المالك حتى يقوم الدليل على خلافه وأن الحيازة المادية دليل على الحيازة القانونية ما لم يقيم الدليل على خلاف ذلك وعلى من يدعيه يقع عبء الإثبات وبناءً على ما سبق فإن الحق في الإثبات يتكون من عنصرين أولهما : العنصر الإيجابي وهو حق المدعي في إقامة الدليل على حقه أو إثبات الحق المدعى به .

وثانيهما : العنصر السلبي المقابل وهو حق المدعي عليه في إقامة الدليل على نفي الحق المدعى به إلا أن الإثبات بعنصرية الإيجابي والسلبي لا يمكن أن يتم إلا وفقاً للإجراءات وبالطرق القانونية المنصوص عليها في كل من القوانين الموضوعية والإجرائية .. وأيضاً لهذه الفكرة يمكن القول أن إثبات الحق أو نفيه لا يمكن تصورهما إلا في إطار الطريق الذي رسمه القانون وهو الدعوى .. وقد نصت المادة (١) من قانون الإثبات رقم (٢١) لعام ١٩٩٢م على أن (الدعوى هي طريق المدعي إلى القضاء للحصول على الحق الذي يدعيه قبل المدعى عليه ..) كما عرفت الإثبات بأنه إقامة الدليل بالطرق القانونية لإثبات الحق المتنازع عليه أو نفيه .

كما نصت المادة الثانية من قانون الإثبات (أن على الدائن إثبات الحق وعلى المدين إثبات التخلص منه وتكون واليمين على المدعى والبيينة على من أنكر) .

وبناءً على النص المشار إليه فإن عبء إثبات الحق المدعى به يقع على عاتق المدعي، كما أن عبء إثبات التخلص من الحق المدعى به يقع على المدين (المدعى عليه) كما أن عبء إثبات التخلص من الحق المدعى به يقع على المدين (المدعى عليه) .

كما يفهم من النص أن عنصري البيينة (أو الإثبات) هما إثبات الحق وإثبات التخلص منه ، إلا أن النص جعل اليمين طريقة من طرق الإثبات وسوف تأتي عليها بالتفصيل لاحقاً وقد سبق القول أن المدعي هو من ينازع في صحة الوضع الظاهر (الأصل) وأن المدعى عليه هو من يملك أخفى الأمرين وبالتالي فإنه الخصم المتمسك بالوضع الظاهر وتطبيقاً لذلك جاء نص المادة الثالثة من قانون الإثبات على أن (المدعي) هو من معه أخفى الأمرين وهو من يدعي خلاف الظاهر والمدعي عليه هو من معه أظهر الأمرين والقاعدة فيمن يحمل عبء الإثبات ما جاء في الجزء الثاني من الوسيط للدكتور السنهوري ص (٧٧) فقرة (٥٢) (أن من يتمسك بالثابت حكماً أصلاً أو ظاهراً أو فرضاً أو بالثابت فعلاً حقيقة أو ضمناً لا يقع عليه عبء الإثبات وإنما يقع عبء الإثبات على من يدعي خلاف الثابت حكماً أو فعلاً لأنه يدعي خلاف الأمر الظاهر أو المفروض أو الثابت فوجب أن يحمل عبء إثبات ما يدعيه) وقد يكون المدعى عليه هو من يحمل عبء الإثبات إذ ليس من الضروري أن يحمل عبء الإثبات من يرفع الدعوى لأن المدعى عليه الذي يدفع الدعوى يصبح مدعياً في هذا الدفع ومثال ذلك أن ترفع الدعوى من الدائن للمطالبة بالدين الذي يدعيه في ذمة المدين ، فإن المدعي هنا (رافع الدعوى هو من يقع عليه عبء الإثبات ولكن المدعى عليه قد يدفع الدعوى قائلاً أنه وفي الدين فيصبح

المدعي عليه مدعيًا بالنسبة لهذا الدفع (الدفع بالوفاء) وعندئذ ينتقل عب الإثبات إليه وحيث أن الأصل في الحقوق الشخصية هو براءة الذمة كما أسلفنا فإن المتمسك بالأصل لا إثبات عليه لأن الأصل براءة الذمة وإنما يقع عبء الإثبات على من يدعي خلاف الأصل .

وفي الحقوق العينية الأصل هو الظاهر ، فحائز العين لا يقع عليه عبء إثبات ملكيته لها ، لان الأصل الظاهر أن الحائز مالك للعين وإنما يقع عبء الإثبات على الخارج الذي يدعي ملكية العين حيث أنه هو مدعي خلاف الأمر الظاهر وتشتط المادة الثامنة من قانون الإثبات لسماع البينة صحة الدعوى بكامل شروطها ، وقد جاء النص (على أن ما لا تسمع فيه الدعوى لا تسمع فيه البينة لا العكس) ، وهذا يقتضي أن ما تسمع فيه الدعوى تسمع فيه البينة إذ لا بنية بلا دعوى .

طرق الإثبات

وقد حددت المادة (١٣) من قانون الإثبات طرق الإثبات على سبيل الحصر بأنها :

- ١- شهادة الشهود.
- ٢- الإقرار .
- ٣- الكتابة .
- ٤- اليمين وردها والنكول عنها .
- ٥- القرائن القاطعة.
- ٦- المعاينة والنظر .
- ٧- الخبرة (العدول) تقريرهم .
- ٨- استجواب الخصم .

وقد تناول القانون في الباب الثاني ، الشهادة وأحكامها .. وعرفت الماد (٢٦) من قانون الإثبات الباب الثاني الفصل الأول الشهادة بأنها (أخبار في مجلس القضاء من شخص بلفظ الشهادة لإثبات حق لغيره على غيره .. ونصت المادة (٢٧) في الفقرة (١) منها على الشروط التي يجب توافرها في الشاهد وهي : العقل والبلوغ - والاختيار والعدالة - ومعاينة المشهود به بنفسه- إلا ما يمكن إثباته بالسمع واللمس باستثناء النسب والموت والدخول بالزوجة واصل الوقف إذ يجوز إثباتها بالشهرة أو العلم المستفيض وأن لا يكون الشاهد مجبوراً في حد أو مجلوداً في عدالة وهي (الصلاح الظاهر) وأن لا يجز لنفسه نفعاً أو يدفع عنها ضرراً وأن لا يكون خصماً للمشهود عليه ، وأن لا يشهد على فعل نفسه وأن يكون عالماً بما يشهد به ذكراً له وقت أداء الشهادة - ونصت المادة (٢٨) على أن (العبرة في توافر الشروط

المذكورة في الشاهد حين أداء الشهادة) وليس شرطاً أن يظل الشاهد ممتعاً بتلك الشروط بعد أداء الشهادة .

ونص القانون في المواد (٢٩/٣٠/٣١/٣٢/٣٣/٣٤) على شهادة الأعمى والمرأة والطفل المميز والصبيان بعضهم على بعض والمثل على مثله والوصي - كما نصت المادة (٣٥) على عدم قبول الشهادة في الجنايات إلا من الشهود الذين ثبت أنهم كانوا حاضرين وقت ومكان الجناية - ونصت المادة (٣٦) على عدم قبول شهادة المتهم في قضية على غيره من المتهمين فيها - ونصت المادة (٤١) من قانون الإثبات على شروط الشهادة بأن تكون في مجلس القضاء في مواجهة المشهود عليه أو من يمثله وأن تكون بلفظ أشهد وأن تسبقها دعوى شاملة وأن لا يكذبها الواقع وأن لا تكون بالنفي المجرد - كما أجازت المادة (٤٤) من القانون المذكور للمحكمة استدعاء من ترى لزوم استدعائه لسماع شهادته إظهاراً للحقيقة - وحددت المادة (٤٥) نصاب الشهادة بأربعة رجال في الزناء ورجلين أو رجل وأمرأتان في بقية الحدود وفي الأموال والحقوق ، وأجازت قبول غير ذلك كشهادة المرأة في ما لا يطلع عليه إلا النساء وشهادة الصبيان على بعضهم وفقاً لنص المادة (٣٢) كما أجازت المادة (٤٦) شهادة الواحد في الأموال والحقوق - شريطة أن يقبلها المشهود عليه ، وأجازت المادة (٤٧) للخصم المشهود عليه مناهضة شهادة خصمه ودفعها بيينة كما أجازت له تقديم شهود لجرح شهود خصمه واعتبرت المادة (٤٩) الشهادة باطلة في الأحوال والشروط المنصوص عليها في الفقرات من ١ - ٤ وهي : اختلاف الشاهدين في الألفاظ وعدم اتفاقهما في المعنى أو اختلافهما في زمان ومكان الإقرار مع عدم احتمال التعدد أو اختلافهما في مقدار المشهود به ، مع تصحيح ما يتفقان عليه في المعنى باستثناء مقدار العوض في العقد إذا كان العقد مجحوداً حيث تبطل الشهادة إذا اختلفا فيه ، واختلاف الشاهدين في صفة المشهود به ، كما نص القانون في الفصل

الثاني والثالث منه على أحكام الرجوع في الشهادة قبل الحكم وبعده - وعلى أحكام الجرح والتعديل حيث اشترطت المادة (٥٣) في الجرح والمعدل الشروط اللازمة توافرها في الشاهد - ونصت المادة (٥٤) على عدم قبول جرح الشاهد بعد الحكم بشهادته إلا بالأحوال المنصوص عليها في الفقرات من ١ - ٤ وهي الغياب والخوف من عدم استطاعة الوصول إلى القاضي والسجن والمرض استعجال الحاكم بالحكم قبل اتمام النزاع واعتبرت قبول الجرح في الأحوال المشار عليها سبباً لإعادة النظر في الحكم .

كما تناول الفصل الرابع إجراءات الشهادة ، وما يجب على محتمل الشهادة وما يجب على الخصم طالب الإثبات بالشهادة بيانه من وقائع وعدد الشهود ومكان أداء الشهادة وجواز استمرار تحقيق المحكمة حتى الانتهاء من سماع شهود طرفي الخصومة ، وحالة ما إذا لم يحضر الخصم شاهده أو رفض الشاهد الحضور أو كان لديه عذر يمنعه من الحضور والشاهد الذي لا يستطيع الكلام وكيفية سماع الشهود أفراداً وجماعة ، والأسئلة التي توجهها المحكمة للشاهد عند أداء الشهادة وتحليف الشاهد اليمين قبل أدائها وما للمحكمة أن توجه من أسئلة لاستفءاء الشهادة ومن يوجه الأسئلة ، وحق الخصم في استجواب الشاهد وأداء الشهادة شفاهاً وجواز أدائها مكتوبة إذا أذنت المحكمة بذلك ، ومحضر سماع الشهادة وتقدير مصروفات الشهود ومشتملات المحضر كما تناول الباب الثالث من قانون الإثبات الإقرار ، تعريفه وأركانه وشروطه في المواد (٧٨ - ٨٦) وأحكام الإقرار من (٨٧ - ٩٦).

والإقرار إخبار من شخص شفاهاً أو كتابة بحق لغيره عليه المادة (٧٨) غير أن فقهاء القانون يرون أن الإقرار لا يعتبر طريقاً من طرق الإثبات لأنه تنازل من المقر عن حقه في مطالبة خصمه المدعي بإثبات ما يدعيه فهو بمثابة

الإعفاء من الإثبات وبالتالي فإنه مقبول في الوقائع المادية والتصرفات القانونية وهو حجة على من صدر عنه .

والإقرار في الفقه الإسلامي (أخبار بحق لأخر لا إثبات له عليه وهو خبر محتمل بين الصدق والكذب بناءً على ظاهرة ولا يكون حجة ، إلا إذا كان مصحوباً بدليل مقبول يرجح جانب الصدق على جانب الكذب ويجب أن يكون الإقرار بالخطاب والعبارة لا بالإشارة والكتابة وعلى القاضي مناقشة المقر في إقراره وله أن يلقيه الرجوع عن الإقرار في الحدود التي تعتبر خالصة حقاً لله تعالى وهو حجة على المقر فيؤخذ بإقراره ولا يكون حجة على غيره ويجب في الإقرار بالجناية أن يذكر المقر حقيقة الفعل لزوال الشبهة وأن يكون الإقرار خالياً من عيوب الإرادة (إقرار المكره) لأن إقراره بالضرب أو نحوه باطل وقد روى عن الخليفة عمر رضي الله عنه (ليس الرجل بأمين على نفسه إذا جوعته أو ضربته) ولا بد من الاحتراز في اعتبار الإقرار حجة والحكم بموجبه لأن الرجل المكره لا يصدر إقراره عن حرية رأي ويغلب الظن أنه إنما قصد بالإقرار دفع الضرر عن نفسه ويشترط الفقهاء أن تتعدد مجالس الإقرار أي تعدد الإقرارات وقد روي أن النبي صلوات الله عليه قال للسارق (ما إخالك سرقت) وعن علي رضي الله عنه أن رجلاً أقر عنده بالسرقة فأنتهره وروي أنه طرده والرجوع عن الإقرار في الحدود الخالصة لله ممكن لأن المقر مكذب له في إقراره فيقبل رجوعه عنه ولا نرى داعياً للتوسع أو التفصيل في الحديث عن الإقرار لأن محل ذلك الأبحاث الفقهية والقانونية .

وقد جعل القانون اليمني الشهادة أول طريق من طرق الإثبات ويرى علماء القانون أن الشهادة كانت من أقوى الأدلة في الماضي إلا أنها مع تغير أحوال الناس أصبحت ذات قوة محدودة في الإثبات حيث أنه لا يمكن اعتبارها طريقاً لإثبات التصرفات القانونية إلا في حالات استثنائية محددة وإنما تعتبر

طريقة في إثبات الوقائع القانونية باعتبارها وقائع مادية يجوز إثباتها بشهادة الشهود وفي الباب الرابع من قانون الإثبات تناول القانون الأدلة الكتابية وهي الطريق الثالث من طرق الإثبات فقسم الأدلة الكتابية إلى نوعين محررات رسمية ومحررات عرفية وعالج في الفصل الثاني أحكام المحررات الرسمية وفي الفصل الثالث أحكام المحررات العرفية وعرف في المادة (٩٨) منه المحررات الرسمية بأنها الأوراق التي يثبت فيها موظف عام أو شخص مكلف بخدمة عامة ما تم على يديه في حدود اختصاصه أو ما تلقاه من ذوي الشأن وذلك طبقاً للأوضاع القانونية وفي حدود سلطته واختصاصاته ويدخل في مفهوم تعريف المحررات الرسمية الأوراق الرسمية التي تثبت العقود والتصرفات المدنية والأوراق الرسمية العامة كالقرارات الإدارية والمعاهدات والقوانين والأوراق الرسمية القضائية كعرائض الدعوى وأوراق المحضرين ومحاضر الجلسات القضائية والأحكام (أنظر ص ١٠٦) الوسيط للسنهوري الجزء الثاني .

وعرفت المادة (٩٩) من قانون الإثبات المحررات العرفية بأنها تلك الأوراق التي تصدر من الأشخاص العاديين فيما بينهم والتي يجوز لهم تعميدها لدى الجهة المختصة في حضورهم وبعد التأكد من أشخاصهم وموافقهم على ما جاء فيها فعندئذ تأخذ حكم المحررات الرسمية وعالجت المادة (١٠٠) حجية المحرر الرسمي معتبرة أنه حجة بما جاء فيه من أمور قام بها محررها في حدود مهمته الرسمية أو وقعت من ذوي الشأن في حضوره أو صادق على توقيعاتهم عليها في حضورهم بعد التثبت من أشخاصهم وهي حجة في الإثبات ما لم يثبت تزويرها قانوناً واعتبرت المادة (١٠١) الصورة الرسمية لأصل المحرر الرسمي خطية أو فوتوغرافية حجة كما اعتبرت مطابقة لأصلها ما لم يناع أحد في ذلك فعندئذ تراجع إلى أصلها ولكي تصبح الصورة محرراً رسمياً لا بد من توقيع الموظف المختص بالمراجعة عليها وختمها بالختم

الرسمي مع بيان أنها مطابقة للأصل ، كما اعتبرت المادة (١٠٢) الصورة الرسمية المعتمدة والمؤشر فيها بالمطابقة لأصلها حجة عند عدم وجود أصل المحرر الرسمي ولها حكم أصلها إذا كان مظهرها الخارجي لا يثير الشك وكانت الصورة الأصلية المعتمدة منقولة من الأصل أما الصورة الرسمية المصدقة المنقولة من الصورة الأصلية فأن لها حجيتها مع جواز طلب مراجعتها على الصورة الأصلية المأخوذة منها أما الصورة الرسمية للصورة المأخوذة من الصورة الأصلية فلا حجية لها إلا إنه يمكن الاستئناس بها تبعاً للظروف

وقسمت المادة المحررات العرفية إلى ثلاثة أقسام هي :

١- مكتوبة بخط الخصم وموقع عليها منه .

٢- مكتوبة بخط الغير وموقع عليها منه .

٣- مكتوبة بخط الغير وغير موقعه من الخصم .

ويكون التوقيع بالخط أو الختم أو البصمة واعتبرت المادة (١٠٤) المحررات العرفية الموقعة من الخصم حجة عليه وعلى وارثه إلا إذا أنكر صراحة ما هو منسوب إليه من خط أو إمضاء أو بصمة أو ختم ونصت المادة (١٠٦) على أنه إذا كان المحرر العرفي مكتوباً بخط الغير وغير موقع من الخصم فلا بد من الأشهاد عليه ما لم يكن كاتبه معروفاً بالعدالة وحسن السيرة والأمانة وكان خطه معروفاً للقاضي لشهرته أو أقر أمامه بأنه كاتب المحرر أو شهد بصحة ما جاء فيه فإنه يجوز الاحتجاج به ما لم يثبت الخصم غير ذلك بينه قانونية وأعطت المادة (١١١) الرسائل الموقع عليها الحجية المحرر العرفي في الإثبات كما أعطت هذه الحجة للبرقيات إذا كان أصلها المودع في مكتب التصدير موقعاً عليه من المرسل واعتبرتها مطابقة لأصلها حتى يثبت خلاف ذلك أما إذا إنعدم أصلها فلا حجية لها وأجازت المادة (١١٢) للخصم طلب إلزام خصمه بتقديم أي محرر منتج في الدعوى تحت يده إذا كان القانون يجيز مطالبته بتقديمه أو تسليمه أو كان مشتركاً بينه وبين خصمه

ويعتبر كذلك إذا حرر لمصلحتها أو نص على إلزاماتها وحقوقهما المتبادلة وعالجت المواد (١١٨، ١١٧، ١١٦، ١١٤، ١١٤، ١١٣) أحكام طلب إلزام الخصم بتقديم أي محرر تحت يده كما أجازت المادة (١١٩) للمحكمة أثناء سير الدعوى ولو أمام محكمة الاستئناف أن تأذن بإدخال الغير لإلزامه بتقديم محرر تحت يده طبقاً لما هو منصوص عليه سابقاً واعتبرت المادة (١٢١) دفاتر التجار حجة عليهم لا على غيرهم ولا يجوز لمن يريد استخلاص دليل منها لنفسه تجزئة ما ورد فيها أو استبعاد ما يناقض دعواه إذا كانت هذه الدفاتر منظمه واعتبرت البيانات المثبتة في تلك الدفاتر عما ورده التجار أساساً يجيز للقاضي توجيه اليمين المتممة إلى أي من الطرفين فيما يجوز إثباته بالبينة وفي الفصل الرابع من قانون الإثبات المواد (١٢٨، ١٢٢) تناول القانون أحكام إنكار السند الكتابي والإدعاء بتزويره وتختلف المحررات الرسمية عن المحررات العرفية من ناحية الشكل حيث يشترط ان يقوم بتحرير المحرر الرسمي موظف عام مختص أما الورقة العرفية فشرط الصحة فيها هو توقيع المدين إذا كانت قد أعدت للإثبات وإلا فلا حاجة للتوقيع عليها إذا لم تكن كذلك ومن ناحية حجية الإثبات تعتبر الورقة الرسمية والعرفية حجة على الكافة من حيث صدورهما من موقعها إلا أن حجية المحرر الرسمي لا تسقط إلا بالإدعاء بالتزوير أما المحرر العرفي فيكفي لإسقاط حجيته إنكار الخط أو التوقيع كما أن ما ورد فيه قابل لإثبات العكس وتاريخه حجة على موقعه لأعلى الغير إلا إذا كان تاريخاً ثابتاً ويكون له تاريخ ثابت بقيده في السجل الرسمي المعد لإثبات التاريخ لدى الجهة المختصة أو من يوم إثبات مضمونه في ورقة أخرى ثابتة التاريخ أو في يوم التأشير عليه من موظف مختص مع بيان تاريخ تأشيرته أو من يوم وفاة أحد ممن لهم على المحرر أثر معترف به من خط أو إمضاء أو بصمة أو من يوم وقوع أي حادث آخر يقطع بأن الورقة حررت قبل وقوعه وقد نصت المادة

(١٠٩) من قانون الإثبات على ذلك وأجازت المادة (١١٠) للمحكمة عدم تطبيق أحكام المادة السابقة على المخالصات والآخذ بالتاريخ الثابت فيها كما يختلف المحرر الرسمي عن المحرر العرفي من ناحية القوة في التنفيذ إذ يعتبر المحرر الرسمي سنداً تنفيذياً لا يحتاج إلى حكم بالحق إذ يمكن التنفيذ به مباشرة حيث يستطيع البائع أن يطالب بالثمن بموجب الصورة التنفيذية للبيع الرسمي ويستطيع المشتري أن ينفذ مطالباً بتسليم المبيع ولا يجوز الشروع في التنفيذ قبل تكليف المدين بالوفاء .. الخ .

ويتبين من مما سبق أن المحرر الرسمي حجة بين طرفيه وعلى الناس كافة وتشمل حجية المحرر الرسمي القائمة حتى الطعن فيها بالتزوير نوعين من البيانات :

- ١- أمور قام بها الموظف الرسمي في حدود مهمته .
- ٢- بيانات عن أمور وقعت من ذوي الشأن في حضوره .
- ٣- أما الأمور التي يقوم بها الموظف الرسمي في حدود مهمته وبيئتها في المحرر الرسمي مثل التأكد من شخصية المتعاقدين أو رضائهما أو أهليتهما والتاريخ واسم الموظف الموثق ومكان التوثيق والشهود الحاضرين وأسمائهم وحضور أصحاب الشأن وأسمائهم وحضور مترجم عند اللزوم وقراءة الورقة أو المحرر عليهم والتوقيعات التي يحملها المحرر أما البيانات المدونة في المحرر الرسمي مما وقع من ذوي الشأن في حضور الموظف المختص فتتعلق بموضوع المحرر مثل أن البائع قد وافق على البيع وأن المشتري قرران يشترى وأنه دفع الثمن أمام الموظف وكل تلك البيانات المدونة في المحرر الرسمي ذات حجية في الإثبات حتى يطعن فيها بالتزوير وهناك بيانات قد يتضمنها المحرر الرسمي تكون لها الحجية حتى يقوم دليل على عكسها وهي ما أثبتته الموظف على لسان ذوي الشأن ويعتبر المحرر الرسمي حجة على الغير إذا تم الاحتجاج بالمحرر الرسمي فإن له الحجية على الغير حتى الإدعاء بتزويره

كما أن حجية المحرر الرسمي بالنسبة للغير لا تمنع الغير من إثبات عكس البيانات الواردة في المحرر أو عدم صحتها إذا كانت مما تلقاه الموظف من ذوي الشأن .

اليمين والرد والنكول :

واليمين لغة بمعنى القوة وهي اسم لليد اليمنى وأطلقت على الحلف وتسمى إحدى اليدين باليمين لأن قوتها تزيد على الأخرى كما يسمى الحلف بالله تعالى يمينا لأن أحد الطرفين يتقوى به . وفي الفقه الإسلامي تكون اليمين من المدعي كما تكون من المدعى عليه والشاهد أما يمين المدعي فمحلها القسامة في الدماء ويبدأ فيها بإيمان المدعي ويحكم بناءً عليها بالقصاص كما أنها تكون في الأموال وتكون اليمين من المدعي إذا ردت عليه كما تكون اليمين من المدعي عند وجود شاهد واحد وهي تقابل اليمين المتممة في الاصطلاح القانوني لأن المدعي إذا حلف مع شاهد استحق المدعى به أما يمين المدعى عليه فأنها لا تكون إلا إذا طلبها المدعي ولا تجوز إلا فيما يمكن القضاء فيه بالنكول أي الأمتاع عنها ولهذا لا تجوز في الحدود إذ لا قضاء فيها بالنكول ويرى البعض جواز الحكم بالنكول في الجرائم المتعلقة بحقوق العباد من قتل أو ضرب أو شتم سواءً أكانت عقوبتها القصاص أو الدية أو التعزير أما في جرائم الحدود فإن القاعدة عدم الحكم فيها بالنكول أما في الأموال والحقوق فيجوز الحكم فيها بالنكول ويرى الإمام الشافعي جواز إثبات القذف باليمين إذا لم يكن هناك دليل آخر لدى المقذوف فله استحلاف القاذف فإذا نكل أي امتنع عن اليمين ثبت القذف في حقه بالنكول وفي هذه الحالة خلاف مفصل بين الفقهاء ليس مجاله له هنا وفي رواية في الصحيحين أن الرسول صلوات الله عليه قضى باليمين من المدعى عليه وفي الحديث الشريف البينة على من أدعى واليمين على من

أنكر وفي صحيح مسلم عن ابن عباس قال الرسول صلوات الله عليه " لو يعطى الناس بدعواهم لأدعى أناس دماء رجال وأموالهم ولكن اليمين على المدعى عليه ويرى عموم الفقهاء أن اليمين دائماً على المنكر حتى في القسامة ولذلك فإن اليمين على المدعى عليه والثابت أن الرسول (ص) قضى باليمين على المدعى عليه أما يمين الشاهد فأنها تكون قبل أداء الشهادة أمام القاضي ويرتب الفقهاء المسؤولية والضمان على كاتم الشهادة إذا نتج عن أمتاعه عن أدائها تلف أو ضرر وعرف قانون الإثبات اليمين في المادة (١٢٩) منه بأنها حلف لإثبات الواقعة المتنازع عليها أو لنفيها تؤدي من الخصم الذي وجهت إليه بالصيغة التي تقررها المحكمة أما رد اليمين كما نصت عليه المادة (١٣٠) فهو طلب الخصم الذي وجهت إليه اليمين أصلاً ردها إلى خصمه ليحلفها هو بالصيغة التي تقررها المحكمة وفي المادة (١٣١) النكول هو امتناع الخصم الذي وجهت إليه اليمين عن حلفها الواجب عليه دون أن يردها على خصمه في الأحوال التي يجوز فيها الرد وتقسم المادة (١٣٢) اليمين إلى قسمين هما :

١- يمين يؤديها المدعى عليه ليدفع الدعوى أو لتصحيحها وهي (اليمين الحاسمة) على أنه يجوز أن يردها على المدعى .

٢- يمين يؤديها المدعى لإتمام البينة القانونية اللازمة لإثبات الحق الذي يدعيه (وهي اليمين المتممة) ولا يجوز ردها على الخصم الآخر .

وتناول القانون في الفصل الثاني منه المواد (١٣٣ ، ١٣٨) أركان اليمين وشروطه ، وأجازت المادة (١٣٩) للمدعى توجيه اليمين الحاسمة للمدعى عليه كما أجازت للمدعى عليه ردها على المدعى ويمتنع الرجوع ممن وجه اليمين أو ردها إذا قبل خصمه الحلف ونصت المادة (١٤٢) على كفاية اليمين الحاسمة لإثبات تخلص المدعى عليه من الدعوى كما نصت على عدم جواز إثبات الدعوى بالبينة بعد اليمين الحاسمة أو إثبات كذب اليمين بعد يؤديها

خصمه المادة (١٤٣) على أن من وجهت إليه اليمين فنكل عنها دون أن يردها على خصمه ومن ردت عليه اليمين فنكل عنها خسر الدعوى فإذا كان المدعى عليه هو الذي وجهت إليه اليمين فنكل عنها كانت النتيجة الحكم للمدعى بطلباته وأن كان المدعى هو الذي نكل عنها كانت النتيجة الحكم برفض الدعوى ويكون النكول صراحة بقولة لا أحلف أو ضمناً بالأمتناع عن أدائها بعد توجيهها إليه أو ردها عليه أما اليمين المتممة فأن المحكمة هي التي توجهها إلى المدعى الذي لم ترتفع البينة التي قدمها إلى مرتبة الدليل الكامل وهي جائزة في الحقوق والأموال وليس للمدعى ردها إلى المدعى عليه ولا تكون اليمين المتممة إلا في دعوى بينة المدعى فيها ناقصة لا خالية من البينة أو ذات بينة كاملة وإذا حلف المدعى اليمين المتممة وفقاً للمادة (١٤٩) بالصيغة التي توجهها المحكمة اعتبرت دعواه ثابتة وحكم له بطلباته ، ومن طرق الإثبات القرائن والقرائن في المفهوم القانوني نتيجة يستخلصها القاضي من واقعة معينة وهو ما يسمى الإستدلال بالقرائن أي استنتاج الوقائع المجهولة من الوقائع المعلومة وقد نص قانون الإثبات على تعريف القرائن في المادة (١٥٤) منه بأنها الأمر المعلوم من دلائل الحال التي صاحب الواقعة المراد إثباتها والدالة على ثبوتها وإذا كانت الدلالة قاطعة لا تقبل الاحتمال فإنها تسمى القرينة القاطعة وهي نوعان .

١- قرائن قاطعة قانونية : وهي التي لا تقبل إثبات العكس ويكتفى بها من تقررت لمصلحته عن الدليل الآخر (قرائن الولد للفراش ، وحجية الحكم القضائي ، والنكول عن اليمين) .

٢- قرائن قاطعة قضائية وهي تلك التي تستنتجها المحكمة من الوقائع المادية وأقوال الخصوم كخروج شخص من دارة وفي يده سكين يقطر دماً أو مسدس أو بندقية مع وجود قتيل في تلك الدار ليس بها غيره وتنتج المحكمة هذا النوع من القرائن أي القاطعة القضائية من واقع الحال

وللمحكمة اعتبارها دليلاً كاملاً على الواقعة المراد غثاتها فيما يجوز فيه في ذلك كالأموال والحقوق كما يجوز للخصم الآخر إثبات عدم صحتها بالبينة القانونية أما القرينة القاطعة القانونية فلا يجوز نقضها ويتوجب الأخذ بها والحكم بموجبها وقد نصت المادة (١٥٢) على نوع آخر من القرائن هو القرائن البسيطة غير القاطعة وهي التي لا تفيد قطعاً ثبوت الواقعة وإنما تحتمل ذلك كما تحتمل غيره وهي لا تعتبر دليلاً قاطعاً يستغني به عن البينة القانونية وإنما أجاز القانون للمحكمة الاستئناس بها استكمالاً للدليل ويعتبر فقهاء الشريعة الإسلامية القرينة مأخوذة من المقارنة أو المصاحبة وتختلف دلالتها قوة وضعفاً تبعاً لقوة المصاحبة أو ضعفها فقد ترتفع إلى درجة القطع أو تنزل إلى درجة الاحتمال البعيد ، وعن أبي هريرة عن الرسول قال (بينما امرأتان معهما أبناهما جاء ذئب فذهب بابن إحداهما فقالت لصاحبته إنما ذهب بابنك أنت وقالت الأخرى إنما ذهب بابنك فتحاكما إلى داود عليه السلام ف قضى به إلى الكبرى فخرجتا على سليمان ابن داود فأخبرته فقال أئتوني بالسكين أشقه بينكما فقالت الصغرى لا يرحمك الله هو أبناها ف قضى به للصغرى فقال أبو هريرة والله ما سمعت بالسكين إلا يومئذ ما كنا نقول إلا المدية وقد أعتبر مقال الصغرى قرينة ظاهرة وشفقة الصغرى عليه ورفضها شقه بالسكين قرينة ظاهرة دلت على أنها أمه مما حملها على سحب دعواها وقد رجم أمير المؤمنين عمر ابن الخطاب المرأة التي حملت ولا زوج لها ولا سيد اعتماداً على القرينة الظاهرة وهناك تطبيقات متعددة للأخذ بالقرينة في الاجتهاد القضائي الإسلامي والمتفق عليه عدم الحكم بالقرائن في جرائم الحدود كشرب الخمر فإنه لا يثبت إلا بالشهادة أو بالإقرار ولا حد على من وجدت به أو منه رائحة الخمر أو تقيأها ، جاء في فتح القدير (لا حد على من وجد به ريح الخمر أو تقيأها لأن الرائحة محتملة ولا يثبت الحد بالأحتمال لأنه يدرأ

بالشبهة كما أن الشرب قد يكون عن أكره وأن وجود الخمر في القيء لا يدل على الطواعية والاحتمال وارد في نفس الروائح ، وكذا القتل فإنه يثبت بالشهادة أو الإقرار عالج الباب السابع من قانون الإثبات في المواد من (١٦٠ - ١٦٤) المعاينة كطريق من طرق الإثبات والمعاينة هي نظر المحكمة في الأشياء التي تفيد في إثبات الدعوى والإطلاع عليها وتحققها للوصول إلى الحقيقية بشأنها ولها أثناء المعاينة الاستعانة بالخبرة والخبرة هي طريق من طرق الإثبات المنصوص عليها في القانون في المواد (١٦٥ - ١٧٥) المادة (١٧٥) ما توصل إليه الخبراء وأطمأنت إليه المحكمة دليلاً كاملاً في المسائل المعينين فيها من الأمور الفنية التي تستلزم خبرة وتأهيلاً علمياً وفنياً كالتطب والهندسة والحساب مما يساعد المحكمة على تكوين قناعة صحيحة في النزاع .

ونص الباب التاسع من قانون الإثبات في المادتين (١٧٦ - ١٧٧) على استجواب الخصوم كطريق من طرق الإثبات وقد أجاز للمحكمة بناء على طلب أحد الخصوم أو من تلقاء نفسها توجيه الأسئلة للخصم بهدف الإحاطة بالمسائل المتنازع عليها .

المراجع :

- ١- الوسيط في شرح القانون المدني (د. عبد الرزاق السنهوري ج٢)
- ٢- قانون الإثبات (مبادئ الإثبات وطرقه - د. محمد حسين منصور)
- ٣- أصول أحكام الالتزام والإثبات .
- ٤- الإثبات في المواد المدنية ولتجارية (د. نبيل إبراهيم سعد) .

سليات تطبيق بعض المحاكم للقانون والمقترحات العملية لتجاوزها

القاضي /

د. محفوظ عمر خميس

عضو المحكمة العليا

عضو المكتب الفني

سلبيات تطبيق بعض المحاكم للقانون والمقترحات العملية لتجاوزها

دور القضاء وفقاً لوظيفته الأساسية هي فض المنازعات بين المواطنين بعضهم البعض أو بينهم وبين الدولة أو مؤسساتها وشركاتها وهيئاتها أو بين الناس وأي من الأنشطة الاقتصادية والاجتماعية للقطاع الخاص أو بين المواطنين وبين الجمعيات والمؤسسات الأهلية في القطاع الثالث لمنظمات المجتمع المدني .

وقد توسع دور القضاء بحيث أصبحت وظيفته القضائية واسعة ومتنوعة في كافة المجالات نظراً للتوسع في مجالات الحياة من أنشطة كثيرة وواسعة ومتنوعة وفي كل هذه الأحوال فإن القضاء يقوم بفض المنازعات بالقانون على نحو ملزم .

هذه الوظيفة القضائية للقضاء أصبحت ضرورية لصيانة الحياة الاجتماعية ذلك أنه إذا كان من المحقق ضرورة القانون للمجتمع فإن مجرد تقرير القواعد القانونية لا يكفي لسلامة الحياة الاجتماعية وانتظامها فقد تواجه القضاء مشاكل قانونية متنوعة حيث قد يختلف الناس فيما بينهم على معنى القاعدة القانونية مع التسليم بوجودها وبوجوب احترامها ..

وقد يكون اختلافهم على الوقائع المادية التي يحكمها القاعدة القانونية وقد يكون الخلاف بأن ينكر بعضهم صراحة هذه القاعدة القانونية أو ينكر وجودها ..

ومن هذه المسائل الخلافية يجدي لهذه الشريحة الواسعة في المجتمع أن تفض نزاعاتها أما بالإفتاء بحكم القانون إذا كان بناء على الاختلاف في تفسير القاعدة القانونية .

وقد يجدي للبعض اللجوء إلى التحكيم في تحديد الوقائع المختلف عليها و تطبيق حكم القانون لفض النزاع بشروط وجود تفويض موقع من الخصوم للمحكم تعطيه الولاية في فض النزاع وحسمه .

وفي هاتين الحالتين فإن حسم النزاع بالإفتاء أو التحكيم يفترض صحة عزم المتنازعين على الامتثال لحكم القانون عن طواعية واختيار فضلاً عن التزامهم الاتفاق على الشخص أو المفتي أو المحكم .

أما إذا كان سبب النزاع التكرار لحكم القانون من أحد المتنازعين أو منهم معاً أو تعذر الاتفاق على التحكيم أو الإفتاء أو لم يمثل المتنازعون لحكم القانون كما قرره المفتي أو حكم به المحكم كان لا بد من وسيلة أنجع في فض المنازعات .

والوسيلة الوحيدة لحماية الحق هي الدعوى في اللجوء إلى القضاء لفض المنازعات ذلك أن القضاء وهو السلطة القضائية المعنية بنظر النزاع وحسمه تملك جبر المتنازعين في الامتثال لحكم القانون كما طبقة القضاء وحكم بمقتضاه ويستطيع تنفيذه جبراً عند الاقتضاء .

وكما سبق فإن ضرورة دور القضاء في المجتمع المدني مرادفة لضرورة القانون لتنظيم العلاقات التجارية والاقتصادية والاجتماعية والمدنية وغيرها من ضروريات الحياة اليومية .

أن القضاء بوظيفته القضائية يحقق أبرز خصائص القاعدة القانونية وهي صيغة الإلزام وبدون الإلزام والإكراه يفقد القانون أهميته وفاعليته في التطبيق لحماية الحقوق المقررة للمواطنين ذلك أنه مع توسع دور القضاء في هذه المرحلة وصدور الكثير من القوانين المنظمة للعلاقات المختلفة أصبح بذلك ينظر المنازعات المختلفة التي تنشأ في المجتمع خاصة تلك القضايا المدنية الكثيرة والمتنوعة وكذلك القضايا التجارية والشخصية وغيرها وهذا التوسع في دور القضاء يعد تقديراً من الدولة لهذا الجهاز الهام للاعتبارات العملية المستمدة من الثقة فيه لنزاهته وعلمه بالقانون وخبرته العملية الطويلة ومن هذا المنطلق فيجب أن يكون القضاء أهلاً لهذه الثقة والحرص على التطبيق السليم للقوانين القضائية وأن يعمل على تجاوز السلبيات التي رافقت عمله أو التي لا زالت بعضها قائمة كما تم ملاحظتها من خلال الإطلاع على الأحكام الصادرة عن المحاكم وأن تجاوز هذه السلبيات عامل مساعد للوصول إلى المستوى المطمئن للمتنازعين والمستثمرين على السواء وبما ينبغي أن يكون عليه وفي سبيل ذلك يمكن أن نشير إلى بعض الظواهر السلبية من خلال التطبيق للقوانين النافذة وخاصة القانون الذي يعد

ضمانة للمواطنين في نزاعاتهم وهي ضمانة الرابطة الإجرائية التي نجدها في قانون المرافعات والتنفيذ المدني رقم (٤٠) لعام ٢٠٠٢م وفي قانون الإجراءات الجزائية رقم (١٢) لعام ١٩٩٤م .

بعض السلبيات التي رافقت عمل المحاكم عند نظرها القضايا المختلفة والمتنوعة :

١- اجتهادات بعض القضاة وتفسيرهم للقوانين مع وضوحها :-

أن غياب اللوائح التنظيمية والتفسيرية للقوانين النافذة التي يطبقها القضاة ساعد البعض منهم على الاجتهادات الشخصية والتفسير حسب الفهم المحدد لهذا للقانون أو ذلك ويلاحظ أن البعض يتعمد التفسير أو الاجتهاد مع وضوح النصوص القانونية التي يطبقها على الوقائع المعروضة عليه عند نظره للنزاعات .

ولهذا حتى يكون تطبيق القاضي للقوانين الموضوعية والإجرائية سليماً يقتضي عليهم تطبيق النص القانوني كما هو مهماً بدت له نتائج هذا التطبيق شاذة لا يستسيغها المنطق أو خفيت عليه حكمت المشرع وهذا يتمشى مع القول بأنه لا مساع للاجتهاد والتفسير مع وضوح النص ..

أما إذا كان النص غامضاً ليعيب في صياغته أو لتضاربه مع نص آخر أو نصوص أخرى ففي هذه الحالة يقع على القضاة السعي إلى تجليه هذا الغموض أي بشرحه والاجتهاد في تفسيره بما يكشف حقيقة مدلوله ولهم في ذلك أن يسعون إلى الاستخدام لكل أساليب التفسير المتعارف عليها وليس القيام بالتفسير الذي يدخل ضمن صلاحيات الدائرة الدستورية عند تفسيرها للقوانين .. فنرى الرجوع إلى ما سبق النص أو ما يصاحبه أو صاحبه من الأعمال التشريعية التحضيرية واللوائح الإيضاحية أن وجدت ومقارنته بالنصوص الأخرى التي لها صلة بهذا النص الغامض وأيضاً في الاهتداء إلى الشروحات القانونية والفقهية وفي قرارات المحكمة العليا من خلال ما استقرت عليه قراراتها في القواعد القضائية المستخرجة من هذه القرارات أو الرجوع إلى المنشورات القضائية أو التعاميم الصادرة من رئيس المحكمة العليا أو من وزير العدل مع الاستفادة من خبرات الدول العربية التي تأخذ بنفس الاتجاه في التشريع وهذه المسائل جميعها تساعد

القاضي على وضوح النص الغامض ويساعد على التطبيق السليم للقانون ويهتدي بذلك إلى التوصل إلى قصد المشرع اليمني بحيث يطبق النص على أحسن وجه تحقيقاً للعدالة .

٢- لجوء بعض القضاة إلى التأجيلات غير المبررة :

أن كثيراً من القضاة يعمدون إلى التأجيلات الكثيرة والطويلة عند نظرهم القضايا المتنوعة وتكون أغلبية التأجيلات غير مبررة ومع علمهم أن القانون الإجرائي يلزمهم بالتسبيب عند كل تأجيل إلا أن ذلك لم يكن في الحسبان ورغم التنبهات والتوجيهات للبعض منهم فقد أصبحت التأجيلات الكثيرة والطويلة مزعجة للمتقاضين وتؤدي إلى إنكار العدالة ولتلافي ذلك يتطلب المتابعة المستمرة للعمل الإجرائي من قبل المحاكم الأعلى درجة عند تناولها الطعون بحيث توجه النقد للقاضي في الأحكام بذكر أسمه كاملاً .. وكما يتطلب المحاسبة التأديبية بمختلف صورها وأشكالها ضد كل من حاول أو يحاول أن يتسبب في التأجيلات الغير مبررة للقضايا وبصدد ذلك يجب تفعيل دور الرقابة والتفتيش القضائي من خلال رصد نماذج كثيرة من الملفات القضائية عند النزول الميداني لمراقبة تطبيق القاضي للقانون الإجرائي ومدى تقيده بالنصوص المتعلقة بهذا الجانب ومن خالف كان عرضه للمحاسبة استناداً لنص المادة (١٦٣) مرافعات .

٣- خضوع بعض القضاة للتدخلات التي تضعف سير القضية والأحكام الصادرة فيها:

أن الدستور اليمني قد أفرد نصاً خاصاً بشأن منع التدخلات في أعمال القضاة عند نظرهم القضايا فقد نصت المادة (١٤٩) من الدستور (القضاة سلطة مستقلة قضائياً ومالياً وإدارياً والنيابة العامة هيئة من هيئاته وتتولى المحاكم الفصل في جميع المنازعات والجرائم والقضاة مستقلون لا سلطان عليهم في قضائهم لغير القانون ولا يجوز لأية جهة وبأية صورة التدخل في القضايا أو في شأن من شؤون العدالة ويعتبر مثل هذا التدخل جريمة يعاقب عليها القانون ولا تسقط الدعوى فيها بالتقادم) .

رغم هذه الضمانات الدستورية الهامة فقد لوحظ أن بعض القضاة يتأثرون بهذه الوساطات من قبل المسؤولين ومشائخ القبائل في أعمالهم وأحياناً يصل الأمر إلى عدم احترام أحكام المحاكم وشهدت الفترة الماضية حالات كثيرة وملموسة من هذه النوع استجاب البعض من القضاة لهذه التدخلات ومن لم يستجب تعرض للاعتداء جسدياً ويبدل الجميع من المسؤولين في العدل والمحكمة العليا والمنتدى القضائي جهوداً مختلفة للحد منها لمساعدة القضاة وأعضاء النيابة العامة على تأدية مهامهم وأعمالهم على أحسن وجه بحيث يصدر عن أحكامهم بثقة تامة وطمأنينة كاملة ولتحقيق ذلك نرى أن تزود المحاكم بالقوة العسكرية لحماية القضاة وأعضاء النيابة العامة لسلامة أرواحهم حتى يساعد ذلك على الاستقرار الذهني لهم والاطمئنان والأمان بحيث يؤدون عملهم بدون خوف أو وجل على أن القاضي هو المهم في الموضوع فإذا تساهل واخضع نفسه للمؤثرات والتدخلات من قبل الغير ساعد ذلك على أرباك عمله وقناعاته وعلى ذلك فإن واجب المهنة يقتضي منه أن يرفض أي تدخل من الغير مهما كانت صفته ودرجته وعليه أن يجسد استقلاله ولا سلطان عليه في قضاؤه لغير القانون وفق هذا المنطلق تكون إجراءات التقاضي والحكم فيها عادلة وعنوان للحقيقة .

٤- عدم تطبيق بعض القضاة القوانين الإجرائية النافذة :

نصت المادة (٨) من قانون المرافعات والتنفيذ المدني رقم (٤٠) لعام ٢٠٠٢م بأن (يتقيد القاضي في قضاؤه بالقوانين النافذة ويجب عليه تطبيق أحكامها) ونصت المادة (٤٧) يترتب على مخالفة الأحكام الواردة في هذا الفصل بطلان العمل الإجرائي ..

وهذين النصين سبق أن أشار إليهما قانون المرافعات السابق رقم (٢٨) لعام ١٩٩٢م والحكمة من التأكيد عليه في القانون الجديد رقم (٤٠) لعام ٢٠٠٢م يعود إلى أهمية هذين النصين في عمل القاضي إذ بدون التقيد بالقوانين النافذة وخاصة قانون المرافعات والتنفيذ المدني يجعل العمل القضائي مجرداً من وظيفته الأساسية ويصبح أشبه بالعمل الإداري ولعل أبرز الأسباب في ضعف العمل

الإجرائي لدى بعض المحاكم وضعف المستوى الفني للأحكام هو عدم تقييد البعض بالقوانين الإجرائية بحيث ساعد ذلك حديث المواطنين والخصوم إلى تدني مستوى القضاء في اليمن ومن خلال معرفتنا لبعض القضاة ومستوى أدائهم توصلنا إلى بعض الأسباب منها :

(١) وجود تقليد راسخ لدى البعض في تطبيق كل ما اعتاد عليه وتدريب عليه منذ بداية عمله في تسير قضايا الناس وهو بذلك يرفض الأخذ بكل جديد سواء كان ذلك قانوناً أو منشوراً أو تعميماً أو سوابق قضائية .

(٢) رفض بعض القضاة صراحة بشيء اسمه قانون لأنه من صنع البشر مع علمه أن التشريع اليمني مقنن من أحكام الشريعة الإسلامية .

(٣) يهذب البعض من القضاة العمل بالتحكيم أو الصلح لحل القضايا بين الناس للتخلص من القواعد الإجرائية المنظمة للعمل القضائي والمنصوص عليها في قانون المرافعات لأنها قواعد طويلة ومعقدة من وجهة نظرهم .. كما يهذب التحكيم لوجود الحافز المالي وهي مكافأة مستحقة قانوناً مقابل التحكيم يحصل عليه المحكم عند صدور حكمه في التحكيم .

(٤) يعتمد البعض عدم تطبيق القوانين لأنه يرى فيها قيوداً على تصرفاته وأوامره وإجراءاته لأنه يرى أنه إذا لم تعط له مرونة أوسع وإمكانية استخدام الحبس والعنف والتهديد بالحبس أو الزجر يفقد هيئته كقاضي .

وأياً كان المبرر لهؤلاء البعض من القضاة فإنهم بعملهم القضائي هذا يكونوا قد قاموا بها بإجراءات باطلة بدون ضوابط محددة لأنه في تطبيق القانون الإجرائي تكون الضوابط وضمانات الرابطة الإجرائية مجسدة في عملة لهذا ولتلافي مثل هذه الصعوبات وللحفاظ على المكسب الجديد الذي جاء في الدستور الوطني وفي قانون السلطة القضائية رقم (١) لعام ١٩٩١م فإننا نقترح التالي :

أ- وضع حلول مرضية وفرض قناعات جديدة لدى البعض من هؤلاء بأن يكونوا عرضة للمساءلة التأديبية لإخلالهم بواجبات وظيفتهم القضائية التي نبهت إليها المواد (٨ ، ١٥) من قانون المرافعات رقم (٤٠) لعام ٢٠٠٢م.

ب- الإكثار من الدورات التدريبية للقضاة بشأن استيعاب القوانين الإجرائية وتفعيل القوانين الموضوعية المختلفة الجديدة التي تصدر وتعطي أهمية خاصة للقضاة وتزويدهم كافة القوانين وتعديلاتها أولاً بأول لكي ينظر المنازعات المختلفة مدنية كانت أو جنائية أو شخصية أو تجارية ليتسنى لهم التطبيق السليم للشريعة الإسلامية والقوانين النافذة المتنوعة .

ج- التقيد بنص المادة (١٤) من قانون المرافعات رقم (٤٠) لعام ٢٠٠٢م بأن (يحظر على القاضي أن يكون مفوضاً أو محكماً في قضية منظورة أمام القضاء)

د- تكثيف الرقابة والتفتيش على أعمال القضاة الراضين للقوانين الوضعية والإجرائية وإلزامهم بتطبيقها وتقييم الأداء لهم من خلال التقيد بها وتطبيقها .

هـ- تطبيق أحكام المواد (١٥ ، ٣٢) بشأن مخالفة القاضي أصول مهنته وأدائها أو أخل بشرفها بحيث يحاكم جنائياً أو تأديبياً طبقاً للمنصوص عليه في قانون السلطة القضائية وقانون المرافعات رقم (٤٠) لسنة ٢٠٠٢م .

هذه المقترحات كفيلة بتعزيز دور القضاء واستقلاله والثقة فيه بحيث تكون الأحكام والقرارات الصادرة عنه تعبر عنه الحقيقة المقنعة مجردة من الأخطاء في تطبيق القوانين أو في العمل الإجرائي عند حسمهم للنزاعات المطروحة عليهم .

(٥) طول مدة فترة إصدار الحكم في القضايا / الفترة بين حجز القضية للحكم والنطق به

كانت القوانين الشطرية في المحافظات الشمالية قد أفردت باباً مستقلاً بشأن إصدار الأحكام وبياناتها ولم تحدد الفترة الزمنية بين حجز القضية للحكم والنطق به في حين نرى أن قانون الإجراءات المدنية بالمحافظات الجنوبية والشرقية رقم (٩) لعام ٨٨م قد أشار بطريق الاستثناء في المادة (٣٧١) فقرة (٤) بأنه (يجوز وقف نظر القضية مؤقتاً إلى مدة أقصاها سبعة أيام للإعداد لصدور الحكم ..) وبعد الوحدة صدر قانون المرافعات والتنفيذ المدني رقم (٢٨) لعام ١٩٩٢م خالياً من أي نص يحدد مدة معينة بين حجز القضية للحكم والنطق به .

وقد نصت المادة (١٦٢) من هذا القانون (بعد أن تحجز المحكمة الدعوى للحكم أو القرار تتناولها بالبحث والمداولة وتكون المداولة في الأحكام سراً بين القضاة مجتمعين ولا يجوز أن يشترك فيها غير القضاة الذين سمعوا المرافعة وإلا كان الحكم باطلاً ولا يجوز للقضاة إفشاء سر المداولة وكان الأمل قوياً في أن يأتي القانون الإجرائي قانون المرافعات رقم (٤٠) لعام ٢٠٠٢م بجديد ويتحدد مدة معينة للقاضي بين حجز القضية للحكم والنطق به بحيث يمنعهم من التباطؤ في إصدار الأحكام والنطق بها لأن تأخير النطق بالحكم يعد من قبل إنكار العدالة وقد خاب إلا مل في عدم أي تحديد وصدر القانون الجديد بنفس الاتجاه السابق في التشريع فقد نصت المادة (٢٢٠) من قانون المرافعات رقم (٤٠) لعام ٢٠٠٢م "يجب على المحكمة عند حجز القضية للحكم أن تحدد موعداً للنطق به" ونصت المادة (٢٢٧) فقرة (٣) في ما عدا ما نصت عليه المادة (٢٢٤) لا يجوز للمحكمة تأجيل النطق بالحكم إلا لعذر قهري على أن يتم إثبات ذلك العذر في محضر الجلسة .

ويفهم من سكوت القوانين الإجرائية المدنية القديمة وكذلك القوانين الجديدة في عدم تحديد مدة معينة تهدف إلى صدور الأحكام والقرارات في مدد معقولة ومناسبة إلا أننا نلاحظ أن قصد المشرع اليمني هو الإسراع في إصدار الأحكام لا إلى التأخير وينطلق في ذلك من إدراكه التام في أن حسم النزاع لا يكون مجدداً إلا إذا صدر القاضي حكمه في الخصومة المنظورة أمامه على وجه السرعة لتحقيق أعلى قدر من العدالة والقاعدة هي صدور الأحكام مباشرة بعد حجزها في فترة زمنية معقولة تتناسب مع الوقائع المطروحة أمامه في الملف إلا أنه في الواقع من خلال الإطلاع على كثير من الأحكام والقرارات الصادرة من المحاكم فأنها لم تكن على وجه السرعة وأغلبيتها تكون بعد تأجيلات طويلة وغير مبررة وتصل بعض التأجيلات لإصدار الأحكام متكررة فظهر أن المحاكم تؤجل الجلسات شفوية للخصوم من قبل أمين السر دون تسجيل محضر رسمي للتأجيل وتحديد العذر المقبول لهذا التأجيل كما يشترطه القانون .

أن أي تأجيل أو تأخير للنطق بالإحكام في موعدها المحدد يجب أن يكون مسبباً
وبعذر مقبول إذا ما كانت القضية معقدة وصعبة أو إذا كانت المستندات والأدلة
فيها كثيرة تتطلب فحص دقيق لها أو الاستعانة بالخبراء وغيرها من الظروف
المحيطة بالقضية نفسها أما إذا كانت الأسباب واهية في التأجيلات لإصدار
الأحكام كما يلاحظ في عمل البعض من القضاة فهذه من الأخطاء والتقصير
من القضاة لأن مثل ذلك التصرف يؤدي إلى إطالة أمد التقاضي ويعد الحكم
والعمل الإجرائي معيباً ويترتب عنه مساءلة القاضي المخل بأصول مهنته كما
يؤدي أحياناً أن يكون الحكم ضعيفاً . أن تأجيل إصدار الأحكام في موعدها
يلحق ضرراً كبيراً بالمتقاضين وخاصة أولئك الذين يأتون من مناطق بعيدة عن
المحكمة .. كما أن خطورة ذلك أيضاً قد يتسبب في زوال الحقائق والقناعات
التي تكونت في ذهن القاضي أو القضاة في هيئة الحكم ولهذا نرى تحقيقاً
للعدالة أن لا تأخذ المدة بالتطويل المضر ولا بالسرعة أو قصر المدة فخير الأمور
أوساطها ونقترح بصدد ذلك التالي :

- ١- إلا تكون التأجيلات لإصدار الأحكام والنطق بها بالغة الطول فيتراخي أداء العدالة .
- ٢- وإلا تكون التأجيلات بالغة القصر فتفتقر فرص الاستعداد أو دراسة القضايا دراسة وافية وتحول دون الرؤية اللازمة لحسن أداء العدالة .
- ٣- إصدار تعاميم من المحكمة العليا أو من وزير العدل للمحاكم الأدنى درجة
بضرورة التفريق بين القضايا المعقدة والصعبة وبين القضايا السهلة
والبسيطة وإلا تتعامل المحاكم مع هذين النوعين بنفس الأسلوب في تحديد
المدد لصدور الأحكام ومن يخل بقواعد وأصول مهنته كان عرضة
للمساءلة الجنائية استناداً للمادة (٣٢٥) من قانون المرافعات والتنفيذ المدني
رقم (٤٠) لسنة ٢٠٠٢م وتسري في حقهم نفس المساءلة التأديبية والجنائية
عند تأجيل القضايا أكثر من مرة حيث نصت المادة (١٦٣) لا يجوز تأجيل

الدعوى أكثر من مرة لسبب واحد يرفع من أحد الخصوم على إلا تتجاوز
مدة التأجيل ثلاثة أسابيع .

أما التأجيلات بعذر وفقاً لنص المادة (١٦٩) من هذا القانون فلا مساءلة عليها ..
أما إذا كانت التأجيلات بسبب القاضي لغيابه عن العمل بدون مبرر أو كان
بسبب المحامي فالمسئولية واجبة على أيهما يتعمد التأجيلات .

٦ فتح نزاع جديداً في قضية أو قضايا صدرت بشأنها أحكام نهائية وباتة .

نصت المواد (١٢ ، ٥٧) من قانون المرافعات رقم (٢٨) لعام ١٩٩٢م على تنظيم هذه المسألة ومنعت المحاكم من فتح نزاع جديد تم حسمه بأحكام وقرارات نهائية وباتة وهكذا إذا ما كانت قد حسمت بحكم من محكم أو بصلح بين الخصوم في نفس الموضوع ومع نفس الخصوم .

كما أكدت المادة (١٢) من قانون المرافعات والتنفيذ المدني رقم (٤٠) لعام ٢٠٠٢م نفس القيد والمنع في عدم جواز فتح أي نزاع جديد في قضية صدرت بشأنها أحكام نهائية وباتة ويترتب على نظر مثل هذا النزاع البطلان لتعلقه بالنظام العام استناداً للمادة (٥٢) من نفس القانون .

وإذا ما رفعت أي دعوى جديدة جاز الدفع أمام المحكمة المختصة كما يجوز الدفع في أي مرحلة من مراحل التقاضي كون هذا الدفع من الدفع الجوهري الهامة لتعلقها بالنظام العام استناداً للمادة (٥٢) من قانون المرافعات والتنفيذ المدني .

وقد حددت المادة (١٨٦) من قانون المرافعات ست حالات من الدفع المتعلقة بالنظام العام ومن هذه الدفع المحددة على سبيل الحصر الدفع المتعلق بعدم جواز نظر الدعوى لسبق الفصل فيها .

وقد لوحظ أن بعض المحاكم تتجاهل عمداً مثل هذه الحالة وتعمل على نظر قضايا جديدة سبق أن حسمت بأحكام سابقة وكان اللازم عليها إذا ما ظهر لها ذلك سواء كانت بناءً على دفع من الدافع أو من تلقاء نفسها أن تشطب مثل هذه الدعاوى الجديدة لتعلق ذلك بالنظام العام أو لضمان استقرار المراكز القانونية للأطراف التي اكتسبت حقوقهم ومصالحهم بالأحكام السابقة الصادرة من المحاكم أو من المحكمين في قضايا التحكيم أو بالصلح ..

أن دوائر المحكمة العليا قد أصدرت عدداً كبيراً من القرارات في حالات كثيرة من هذا النوع عملت المحاكم الأدنى درجة على فتح نزاعات جديدة في قضايا

سبق أن حسمت بأحكام سابقة ونشير إلى نماذج منها فيما استطعنا الإطلاع عليها ..

أ- القرار رقم (٣١٩) لعام ١٤٢٤هـ مدني (ج) حيث أشار القرار بأنه لا يجوز للمحكمة أن تفتح شجاراً قد سبق الفصل فيه بحكم حاسم في نفس القضية

ب- القرار رقم (٢٦٤) لسنة ١٤٢٤هـ مدني في قضية تحكيم محكوم فيها قضى بأن التوقيع على الحكم وتشريفه حجة على من وقع عليه وارتضاه دون غيره من الأطراف .

ج- القرار رقم (٢٦٦) لسنة ١٤٢٤هـ مدني الصلح بين الأطراف منهي للنزاع وله .. أثره القانوني ويترتب عليه انقضاء الحقوق والادعاءات .

- قرار من الشعبة التجارية غيرت مجرى القضية من تنفيذ حكم المحكمين المنهي للنزاع تحول إلى دعوى بطلان بعد أن كان الحكم نهائي استنفذ طرق الطعن في الأحكام ، أدى هذا إلى فتح نزاع من جديد في القضية التي أصدر المحكمون حكمهم فيها والذي أصبح قابل للتنفيذ .

وهناك قضايا عديدة أخرى تنظر المحاكم فيها مجدداً بحجة وجود دعوى أمامها أو إنها تفتح النزاع وتنظر فيه بطريق الطعن بعد فوات المدة المقررة للطعون .

وفي التطبيق العملي الآن لا زالت بعض المحاكم تنظر في قضايا كانت محكوماً فيها من سابق ورغم توجيهات التفتيش القضائي والجهات المختصة على هذه المحاكم في عدم جواز فتح نزاع جديد في قضايا سبق أن حسمت بأحكام سابقة إلا أن مثل هذه المحاكم لا تعطي أهمية لمثل هذا التوجيه بل يعتبره بعض القضاة تدخل في أعمالهم واستقلاليتهم ، إلا أنه في هذا يكونوا قد خالفوا مبدأ استقلال القضاء لان استقلالية القاضي خاضعة للدستور والقانون وليس في التمرد على المشروعية فاللازم عليهم تجسيد مبدأ استقلال القضاء والقضاة وأن يتقيدوا بالدستور والقانون ولا نجد في التذرع بالاستقلالية لتمرير قناعات خاصة مبرر لمثل هؤلاء ويعد مثل هذا التصرف مخالفاً للدستور والقوانين النافذة .

أن على القاضي واجب احترام وتطبيق القانون تطبيقاً سليماً لأن في تطبيق القانون والنصوص المتعلقة بمثل هذا الموضوع يكون القضاء قد حقق الضمانات التي كفلها القانون للمواطنين وبدرجة خاصة حماية الحقوق والمراكز القانونية التي اكتسبها المتخاصمون .

نرى أنه إذا تكررت من بعض القضاة تصرفات من شأنها فتح نزاعات من جديد في قضايا حسمت بأحكام نهائية وباتة ورفض نظر الدفوع المتعلقة بها ، لا يكون جديراً باستمراره قاضياً طالما أنه لا يحرص على مراعاة النظام العام ، كما أنه يقع تحت طائلة المسؤولية التأديبية ويخضع للمحاسبة من مجلس المحاسبة بعد تحقيق في الواقعة يجريه التفتيش القضائي مع المخالف .

كما نرى أنه من المناسب في الأحوال التي يتعمد القاضي الاستمرار في المخالفة والإصرار على نظر القضية أن يفسح المجال للمتضرر بطلب رد القاضي ونقل القضية إلى قاض آخر للنظر في الدفع وإصدار القرار فيه لتعلقه بالنظام العام .

٧ أحكام المحكمين وعدم استقرار المراكز القانونية للخصوم

أجاز قانون التحكيم رقم (٢٢) لعام ١٩٩٢م المعدل بالقانون رقم (٣٢) ١٩٩٧م للخصوم الحق في اللجوء إلى التحكيم لفض نزاعاتهم وبتفويض المحكم أو المحكمين لحسم النزاع وقد شهدت تطبيقات بعض المحاكم عيوباً كثيرة ومتنوعة فلوحظ على سبيل المثال لا الحصر أن يلجأ المتنازعون إلى المحكمين ويطرح النزاع أمامهم ويسير المحكم في نظر النزاع وقبل أن يصدر المحكم حكمه يلجأ أحد الخصوم إلى محكمه الموضوع ويرفع دعوى من جديد أمام القاضي دون أن يصدر المحكم حكمه وبدون أن يقدم أمامه مخاصمة ضده سوى كان ذلك برده عن نظر النزاع أو بالتتحي أو بطلب عزله وبدلاً من أن تلتزم محكمة الموضوع في توجيه الخصوم باتباع الطريق القانوني السليم بالانتظار لصدور حكم المحكم أو تقديم طلب إليه برده أو تتحيته أو عزله نجد أن محكمة الموضوع قد قبلت دعواه ونظرت فيها مما عطلت المحكمة جهود

التحكيم وإصدار الحكم فيه وبتصرف المحكمة هذه تكون قد أخلت بقواعد العدالة وتجاوزت حدود ولايتها ، لأن النزاع لا زال ينظر أمام المحكمين باعتبار أن الولاية قد أعطيت لهم بموجب وثيقة التحكيم برضاء وقناعته الخصمين . كما لوحظ أن بعض أحكام المحكمين تكون قد مرت عليها سنوات كثيرة ويكون الأطراف قد شرفوا الحكم ، وفجأة يتقدم أحدهم بدعوى بطلان أمام محكمة الاستئناف وتعمل الشعبة المختصة بنظر دعوى البطلان ويترتب عن ذلك مشاركة طويلة ومستمرة وصدور أحكاماً مغايرة أضعفت استقرار المراكز القانونية لأحد الخصوم التي اكتسبت بموجب الأحكام القديمة معه . وقد يأخذ الموضوع شكلاً آخرأ بأن تعطي محكمة الموضوع لنفسها الحق في نظر تنفيذ حكم المحكم دون تفويض من محكمة الاستئناف المختصة والمعنية بالتنفيذ أو تفويض المحكمة الابتدائية بالقيام بذلك بما يتفق والنصوص الواردة في قانون التحكيم رقم (٢٢) لعام ١٩٩٢م وتعديلاته بالقانون رقم (٣٢) لعام ١٩٩٧م .

وهناك تطبيقات أخرى مخالفة للقانون وقد تم إطلاعنا على كثير من قرارات الدوائر بالمحكمة العليا تناولت الكثير من الأخطاء الإجرائية والموضوعية في تطبيقات بعض المحاكم ونشير إلى نماذج منها :

أ - قرار مدني رقم (٢٤٩) لسنة ١٤٢٤هـ الصادر بتاريخ ٢٢/٧/٢٠٠٣م أشار فيه بأن دعوى البطلان في أحكام المحكمين تختص به محاكم الاستئناف وفي الحثيات أوضح القرار " نصت المادة (٨) من قانون التحكيم رقم (٢٢) لعام ١٩٩٢م المعدل بالقانون رقم (٣٢) لعام ١٩٩٧م تختص المحاكم الاستئنافية بنظر القضايا التي يحيلها هذا القانون إلى القضاء .. الخ .

وعليه فإن الاختصاص في نظر أحكام المحكمين ينعقد لمحاكم الاستئناف دون غيرها وقد نظرت المحكمة الابتدائية وهي غير مختصة الأمر الذي يترتب عليه لزوم الإلغاء لحكمها في القضية .

ب- القرار المدني رقم (٢٦٤) لسنة ١٤٢٤هـ الصادر بتاريخ ٢٠٠٣/٨/٥م مضمونة التوقيع على الحكم وتشريفه حجة على من وقع عليه وهذا القرار يتعلق بحكم المحكم في النزاع وفي حيثيات هذا القرار توضيح بالمخالفة حيث أشار (وحيث أن التوقيع على الحكم وتشريفه هو حجة على من وقع عليه وارتضاه دون غيره من الأطراف فإن ما ذهبت إليه الشعبة الاستئنافية من إلغاء حكم المحكم دون مراعاة لذلك فإن هذا الإجراء لا يتفق وصحيح القانون لأن حكم التحكيم حجة على من حضر فيه وحيث أن الثابت من أوراق القضية بأن هناك أطراف آخرين لم يشملها حكم التحكيم فقد كان لزاماً على محكمة الموضوع الفصل في الدعوى المدنية المقدمة أمامها وفقاً للقانون .

ج- الصلح حكمه حكم المحكمة أو التحكيم ويترتب عنه إنهاء النزاع وله آثاره القانونية وفي ذلك قررت الدائرة المدنية في القرار رقم (٢٦٦) لسنة ١٤٢٤هـ الصادر بتاريخ ٢٠٠٣/٨/٥م .

أن محكمة الموضوع قد أسس حكمها على الصلح المبرم بين الأطراف بتاريخ ١٩٨٧/٨/٢٩م فإن ما ذهبت إليه يتفق وصحيح القانون لأن الصلح يعد حاسماً لأي نزاع ويترتب عليه انقضاء الحقوق والادعاءات .

د- القرار الصادر من الدائرة التجارية في الطعن رقم (٢١) لسنة ١٤١٣هـ أشار (كان على المحكمة الابتدائية عدم الخوض في الموضوع وخاصة أن الأمر يتعلق بحكم محكمين مستوفين للشروط وفقاً لقانون التحكيم إضافة إلى أن أساس الدعوى إلزام المدعى عليه بتنفيذ حكم المحكمين فقط وقد تلقاه الطرفان بالقبول)

هـ) وفي الطعن رقم (٢٤) لسنة ١٤١٨هـ الصادر بتاريخ ١٩٩٩/٢/١٥م أوضح (محكمة الاستئناف جانب الصواب عندما تجاوزت موضوع الخصومة وفصلت في موضوع النزاع ذلك أن محكمة الاستئناف مختصة بالفصل في دعوى البطلان لحكم التحكيم استناداً إلى المادتين (٥٤ ، ٥٥) من قانون التحكيم وحيث أنها

تتكبت سبيل أعمال النصوص القانونية التي أناطت بها الفصل في بطلان حكم التحكيم من عدمه دون أن ينعقد لها الاختصاص في التصدي لموضوع النزاع لأول مرة حفاظاً على حقوق الأطراف في درجتي التقاضي .

و- وجاء في قرار الدائرة التجارية بالمحكمة العليا في تطبيقات للمحاكم المخالفة للقانون : جاء في القرار في الطعن رقم (٤٠) لسنة ١٤٢٠هـ تجاري ما نصه (وحيث أن الطاعن لم يسلك إجراءات رد المحكم بعدم صلاحيته للحكم أو لعدم توافر الشروط المتعلقة المتفق عليها أو المنصوص عليها في قانون التحكيم شريطة أن تكون أسباب الرد قد ظهرت بعد تحرير وثيقة التحكيم وفقاً لنص المادة (٢٣) منه فإن ما ورد في عريضة الطعن بشأن عدم ولاية المحكم لا أساس له) وهذا يوضح تجاوز محكمة الاستئناف لصلاحياتها في نظر دعوى البطلان .

ز- ولو حظ في حكم آخر بشأن التطبيق لأحكام المحكمين في القرار في الطعن رقم (٤٥) لسنة ١٤٢٠هـ تجاري جاء فيه (النص في وثيقة التحكيم على أن حكم المحكم ملزم للإطراف غير قابل للطعن وواجب النفاذ الفوري لا يمنع أحد الأطراف من الإدعاء ببطلانه إذا توفرت إحدى الحالات المنصوص عليها في المادة (٥٢) من قانون التحكيم .

هذه النماذج المشار إليها في تطبيقات المحاكم وردت على سبيل المثال لا الحصر إذ أنه بالتتابع لأحكام القضاء وتطبيقاته نجد أن بعض هذه التطبيقات كثيرة ومختلفة ويلاحظ أن بعض القضاة بمختلف التخصصات النوعية للقضايا ليسوا على فهم موحد في تطبيق قانون التحكيم والتعامل مع أحكام المحكمين التي تحددت ولايتهم بمجرد التوقيع على وثيقة التحكيم بالتراضي والقناعة من الخصوم وفي سبيل تجاوز هذه السلبيات نقدم بعض المقترحات التي تساعد على تجاوز هذه السلبيات وهي :

(١) ضرورة توحيد الفهم لقانون التحكيم وتطبيق موحد لهذا القانون ويكون ذلك ممكناً من خلال تفعيل قانون التحكيم رقم (٢٢) لعام ١٩٩٢م

- وتعدلاته بالقانون رقم (٣٢) لعام ١٩٩٧م والقيام بالشروط اللازمة له وإصدار التعاميم والمنشورات في تسهيل بعض الجوانب الخلافية في التطبيق .
- (٢) القيام بعقد دورت كثيرة ومتنوعة لقضاة المحاكم المختلفة التجارية والمدنية والشخصية بشأن تطبيق قانون التحكيم وقانون المرافعات المدنية في الموضوعات المتصلة بالتحكيم وأحكام المحكمين .
- (٣) رصد المخالفات المتكررة من بعض القضاة بشأن تطبيق قانون التحكيم وكيفية التعامل مع التحكيم وأحكام المحكمين ودورهم في نظر الدعاوى ومحاسبة كل من تعمد المخالفة وفي إهدار الضمانات المقررة للمواطنين .
- (٤) الاستعانة بمركز التوفيق والتحكيم من خلال الدورات في المركز ، توزيع الأحكام الصادرة عنه و توزيعها للقضاة مع توزيع مجلته الدورية للقضاة .
- (٥) منع القضاة من نظر قضايا التحكيم إذا ما كانت القضية قد سبق رفعها في المحاكم سواء كانت منظورة أمامه أم غير منظورة لأن لجوء الأطراف إلى القضاء ابتداءً تكون النية قد انصرفت إلى حل النزاع وحسمه عبر القضاء صاحب الولاية العامة في نظر هذه القضايا وفقاً لوظيفته القضائية .
- (٦) أن تعمل قيادة المحكمة العليا على توزيع الكتب الخاصة باستخراج القواعد القضائية والقانونية الصادرة عن المكتب الفني لجميع القضاة في المحاكم والنيابة العامة والمحامين وكليات الشريعة والقانون والحقوق وكلية الشرطة للاستفادة من هذه القواعد في التطبيق العملي ولتلافي المخالفات مستقبلاً باعتبار أن هذه القواعد القضائية تعد سوابق قضائية يستأنس بها القضاة عند نظرهم المنازعات المماثلة مستقبلاً .
- (٧) أن يعدل النص في قانون التحكيم المتعلق بالتنفيذ لأحكام المحكمين من التنفيذ عبر محاكم الاستئناف ، بأن يناط بالتنفيذ مباشرة إلى المحاكم الابتدائية المختصة مكانياً ونوعياً كون هذا التعديل في المقترح يحقق السرعة في التنفيذ ومرونة واسعة وقدرة على التحرك من قبل قاضي التنفيذ في مواقع التنفيذ القريبة من المحاكم .

٨) للاستفادة من الكوادر القضائية اليمينية الذين عملوا في المحاكم التجارية بمختلف درجاتها منذ إنشاء المحاكم التجارية وحتى الآن نرى أن يتم رصدتهم من قبل التفتيش القضائي ويؤهلوا تأهيلاً عالياً لتوزيعهم على المحاكم التجارية بدرجاتها المختلفة بدلاً من توزيعهم على التخصصات الأخرى في كل حركة قضائية تصدر وكان البعض منهم قد تأهل وأخذ دورات في الداخل والخارج ونرى أن يظم إليهم كل من تكونت لديه خبرات واسعة وقادر على العطاء في هذا المجال بدلاً من تهميشهم أو وضعهم في أماكن غير مناسبة بدون موافقتهم المسبقة كما يشترطه قانون السلطة القضائية وهذه التجربة سوف تحقق نجاحاً عالياً في مجال القضاء التجاري لان الخبرات الطويلة والواسعة في المجالات القضائية المتنوعة تساعد القاضي على العمل في أي مجال قضائي وخاصة في القضاء التجاري .

والله ولي الهداية والتوفيق ، ، ،

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ