

وتحلف المحكمة من تلقاء نفسها في الأحوال الآتية : ١ - إذا ادعى أحد في التركة حقاً وأثبتته ، فتحلفه المحكمة بيمين الاستظهار على أنه لم يستوف هذا الحق بنفسه ولا بغيره من الميت بوجه ، ولا أبراه ، ولا أحاله على غيره ، ولا استوفى دينه من الغير ، وليس للميت في مقابلة هذا الحق رهن . ب - إذا استحق أحد المال وأثبت دعواه ، حلفته المحكمة على أنه لم يبيع هذا المال ، ولم يهبه لأحد ، ولم يخرج من ملكه بوجه من الوجوه . ج - إذا أراد المشتري رد المبيع لعيب ، حلفته المحكمة على أنه لم يرض بالعيب صراحة أو دلالة . ثم نقل قانون البينات السوري (م ١٢٣) هذا النص وأضاف إليه حالة رابعة هي : إذا طالب الشفيع بالشفعة حلفته المحكمة بأنه لم يسقط حق شفيعته بوجه من الوجوه .

وهذه الحقوق المذكورة في النص تجتمع في أنها تنطوي على شيء من الخفاء فن يدعى في التركة حقاً ، ومعه الدليل الذي يثبت هذا الحق ، لا يواجه خصمه الحقيقي ، وهو الميت ، ليبدى هذا ما عنده من دفع لهذا الحق . والورثة قد يجهلون هذه الدفع أو يجهلون بعضها . لذلك عندما يقيم المدعى الدليل على حقه في التركة ، يعتبر القانون هذا الدليل غير كامل ، ويوجب تعزيزه بيمين متممة ، هي يمين الاستظهار ، على أن المدعى لم يستوف حقه بأية صورة من الصور . والمستحق للمال إنما قدم دليلاً نسبياً على الملك . فينبى أن يعزز هذا الدليل بيمين متممة ، هي يمين الاستظهار ، على أن المال لم يخرج من ملكه بوجه من الوجوه . والمشتري الذي يرد المبيع لعيب ، ويقدم الدليل على هذا العيب ، يحتمل أن يكون قد رضى به . فعليه أن يعزز دليله بيمين متممة ، هي يمين الاستظهار ، على أنه لم يرض بالعيب صراحة أو دلالة . والشفيع عندما يطالب بالشفعة يحتمل أن يكون قد أسقط شفيعته فعليه أن يعزز مطالبته بيمين متممة ، هي يمين الاستظهار ، على أنه لم يسقط حق شفيعته بحال من الأحوال . فيمين الاستظهار في الأحوال المنصوص عليها إنما هي ، كما نراها ، يمين متممة . ولكنها يمين متممة لها خصائص يمين الاستيثاق : فهي يمين إجبارية ، يوجهها القاضى إلى خصم بالذات يعينه القانون ، وإذا حلفها الخصم كسب حتماً دعواه .

٣١٩ - يمين التفويم - النصوص القانونية : تنص المادة ٤١٧

(٢٨ الوسيط - ج ٢)

من التقنين المدني على ما يأتي :

١ - لا يجوز للقاضي أن يوجه إلى المدعى اليمين المتممة لتحديد قيمة المدعى به إلا إذا استحال تحديد هذه القيمة بطريقة أخرى .

٢ - ويحدد القاضي ، حتى في هذه الحالة ، حداً أقصى للقيمة التي يصدق فيها المدعى بيمينه^(١) .

وهذا نص استحدثه التقنين المدني الجديد . ويقابل في التقنينات المدنية العربية الأخرى : في قانون البيئات السوري المادة ١٢٢ ، وفي التقنين المدني العراقي المادة ٤٨٣ ، وفي تقنين أصول المحاكمات المدنية اللبناني المادة ٢٤٠ ، وفي التقنين المدني الليبي المادة ٤٠٦^(٢) . ويقابل في التقنين المدني الفرنسي المادة ١٣٦٩^(٣) .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ٥٥٥ من المشروع التمهيدى على الوجه الآتى :
١٥ - لا يجوز للقاضي أن يوجه إلى المدعى اليمين المتممة لتحديد قيمة المدعى به إلا إذا تعذر تحديد هذه القيمة بطريقة أخرى . ٢ - ويحدد القاضي ، حتى في هذه الحالة ، حداً أقصى للقيمة التي يهلف عليها المدعى . وفي لجنة المراجعة حور النص تحويراً لفظياً ، فأصبح مطابقاً لما استقر عليه في التقنين الجديد ، وصار رقمه ٤٣٠ في المشروع النهائي . ووافق عليه مجلس النواب ، فلجنة مجلس الشيوخ تحت رقم ٤١٧ ، لمجلس الشيوخ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٤٦٥ - ص ٤٦٦) .

(٢) التقنينات المدنية العربية الأخرى : قانون البيئات السوري م ١٢٢ : مطابقة لنص التقنين المصري .

التقنين المدني العراقي م ٤٨٣ : مطابقة لنص التقنين المصري .

تقنين أصول المحاكمات المدنية اللبناني م ٢٤٠ : لا يجوز للقاضي أن يستهلف المدعى مباشرة على قيمة الشيء المطلوب إلا إذا استحال إثباتها بطريقة أخرى . ويجب على القاضي أيضاً في هذه الحالة أن يمين الحد الأقصى للمبلغ الذي يصدق عليه المدعى بيمينته . (والحكم واحد في التقنينين اللبناني والمصري) .

التقنين المدني للمملكة الليبية المتحدة م ٤٠٦ : مطابقة لنص التقنين المصري .

(٣) التقنين المدني الفرنسي م ١٣٦٩ : لا يوجه القاضي اليمين إلى المدعى على قيمة الشيء المطلوب إلا إذا استحال تقديرها بطريق آخر . وحتى في هذه الحالة يمين القاضي حداً أقصى للمبلغ الذي يصدق فيه المدعى بيمينته .

Art. 1369 : Le serment sur la valeur de la chose demandée, ne peut être déféré par le juge au demandeur que lorsqu'il est d'ailleurs impossible de constater autrement cette valeur. Le juge doit même, en ce cas, déterminer la somme jusqu'à concurrence de laquelle le demandeur en sera cru sur son serment.

وموضوع يمين التقويم هو ، كما نرى من النص ، تقدير قيمة شيء واجب الرد وتقدر رده ، فيقضى بقيمته . مثل ذلك ودبعة أو عارية هلكت بتعد ، فيقضى بقيمتها للمودع أو المعير . ومثل ذلك أيضاً بيع أو إيجار فسخ ، وتقدر رد المبيع أو العين المؤجرة بتقصير من المشتري أو المستأجر ، فيقضى بالقيمة للبائع أو المؤجر^(١) . ولكن هذه القيمة استحالة تقديرها بأى طريق - ولو بطريق الخبراء على أساس تعيينها بالوصف - فلم يعد مناص من الرجوع في قيمتها إلى المدعى ، فيوجه إليه القاضي يمين التقويم . ومن هنا نرى أن الخصم الذي توجه إليه هذه اليمين المتممة هو دائماً المدعى الذي يطالب باسترداد الشيء^(٢) ، دون المدعى عليه المطلوب منه الرد . ثم أن موضوع اليمين هو دائماً المبلغ الذي يقدر به المدعى قيمة الشيء المطلوب رده ، على ألا يجاوز هذا المبلغ حداً أقصى يعينه القاضي بحسب تقديره وفقاً لما يستلخصه من ظروف الدعوى^(٣) . وفي هاتين الحقيقتين تختلف أحكام يمين التقويم عن أحكام اليمين المتممة الأصلية .

(١) وبأن كولان وكابيتان يمثل لذلك : يفقد شخص حقيقته أثناء نقلها بالسكة للمديونية بخطأ من الشركة ، فيحلف يمين التقويم على قيمة ما كانت هذه الحقيبة تشمل عليه من طاع (كولان وكابيتان ومورانديير ٢ فقرة ٨٢١) .

(٢) بلانيسول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٥٨٦ ص ١٠٦٠ - بودرى وبارد ٤ فقرة ٢٧٨٢ - بيدان وپرو ٩ فقرة ١٣٣٥ ص ٤٣٢ - ويجوز توجيه اليمين إلى نائب المدعى أو وارثه إذا كان عالماً بقيمة الشيء المدعى به (أنسيكلوبيدى دالوز في القانون المدنى ٤ لفظ Preuve فقرة ١٢٤١ - فقرة ١٢٤٢) .

(٣) وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في هذا الصدد ما يأتى : «وتنصب يمين التقويم على تحديد قيمة الشيء المدعى به . فهى تفترض أن الوفاء بالشيء عيناً قد استحالة وإلا كان التقويم عديم الجدوى ، ولذلك لا توجه هذه اليمين إلا للمدعى . وقد تكفل النص بتعيين الشروط الواجب توافرها لقبول يمين التقويم ، فاشترط أولاً أن يكون تحديد القيمة بطريقة أخرى متقدراً ، واشترط كذلك أن يعين القاضي حداً أقصى للقيمة التى يحلف عليها المدعى . وحلة هذا التقيد أن القاضي يركن إلى ذمة المدعى لتقدير قيمة مصالحه الذاتية ، (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٤٦٥ - ص ٤٦٦) .

ويقرر الفقيهان أوبرى ورو أن القاضي لا يعتبر إلا قيمة الشيء الحقيقية لا قيمته الذاتية بالنسبة إلى المدعى ، ويدخل في هذا الاعتبار ما أصاب المدعى من ضرر من جراء تفويت الفرصة عليه في استرداد الشيء عيناً (أوبرى ورو ١٢ فقرة ٧٦٨ ص ٣٩٥) . ويجوز للقاضي ، في تقدير الحد الأقصى الذى يمينه للمدعى للحلف عليه ، أن يلجأ إلى الشهادة بالتسامع (commune renommée) (بودرى وبارد ٤ فقرة ٢٧٨٠ مكررة - ديمولومب ٣٠ فقرة ٧٢٨ - لوران ٢٠ فقرة ٣٠٢) .

ولكن أحكام هذه اليمين تتفق مع أحكام اليمين المتممة الأصلية في أنها لا يجوز ردها على الخصم الآخر ، وفي أن القاضى لا يتقيد بموجبها . فللقاضى أن يحكم بأقل من المبلغ الذى حلف عليه الخصم أو بأكثر ، لا سيما إذا قدم أحد الخصمين بعد الحلف عناصر جديدة يستطيع القاضى أن يستهدى بها في تقدير قيمة الشيء . كذلك للمحكمة الاستئنافية أن تنقص أو تزيد في المبلغ الذى قضت به المحكمة الابتدائية^(١) .

ولما كان النص مستحدثاً كما قدمنا ، فلا يكون له أثر رجعى ، وهو لا يسرى بما له من خصائص يختلف فيها عن اليمين المتممة الأصلية ، إلا من ١٥ من شهر أكتوبر سنة ١٩٤٩ ، عن التزامات بالرد نشأت منذ هذا التاريخ .

(١) أوبرى ورو ١٢ فقرة ٧٦٨ ص ٣٩٥ — بلانيول وريير وجابولد ٧ فقرة ١٥٨٦ ص ١٠٦٠ — بودرى وبارد ٤ فقرة ٢٧٨١ .

وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في هذا الصدد ما يأتى : «أما فيما يتعلق بالحجية فيمين التقوم واليمين المتممة بمنزلة سواء . فيمين التقوم لا تقيد القاضى ، فله أن يقضى بمبلغ أقل من المبلغ المهلوف عليه إذا آنس مبالغة في تقدير هذا المبلغ» . (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٤٦٦) .

الفصل الثالث

القرائن القانونية وحجية الأمر المقضى

٣٢٠ - موضوعه للبحث : عرض الفصل الثالث فى الإثبات ، من التقنين المدنى ، للقرائن . فتناول القرائن القانونية ، وذكر من بينها حجية الأمر المقضى وارتباط القاضى المدنى بالحكم الجنائى . ثم تناول القرائن القضائية . ولما كنا قد فرغنا من الكلام فى القرائن القضائية فيما تقدم ، وتناولنا موضوع ارتباط القاضى المدنى بالحكم الجنائى فى الجزء الأول من هذا الكتاب (١) ، فلا يبقى للبحث إلا موضوعان :

(١) القرائن القانونية .

(٢) حجية الأمر المقضى ، وهى قرينة من أبرز القرائن القانونية .

ونتناول كلا من هذين الموضوعين .

الفرع الأول

القرائن القانونية

٣٢١ - النصوص القانونية : تنص المادة ٤٠٤ من التقنين المدنى

على ما يأتى :

« القرينة القانونية تعنى من تقررت لمصلحته عن أية طريقة أخرى من طرق الإثبات . على أنه يجوز نقض هذه القرينة بالدليل العكسى ، ما لم يوجد نص يقضى بغير ذلك (٢) . »

(١) الوسيط جزء أول فقرة ٦٣١ - فقرة ٦٣٤ .

(٢) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ٤٠٢ هـ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق .

وأقرته لجنة المراجعة فأصبح المادة ٤١٧ من المشروع النهائى . ووافق عليه مجلس النواب ، للجنة =

ولا مقابل لهذا النص في التقنين المدني السابق . على أن الأحكام تكاد تكون واحدة في القانونين القديم والجديد ، إلا أن التقنين الجديد حسم الأمر في خصوص القرينة القاطعة أو المطلقة ، فقرر ، كما نرى ، أن القرينة لا تكون قاطعة إلا بنص القانون ، أي إلا إذا نص القانون على أنها لا تقبل النقص .

وبقابل النص في التقنينات العربية الأخرى : في قانون الينيات السورى المادة ٨٩ ، وفي التقنين المدني العراقى المادة ٥٠٢ ، وفي تقنين أصول المحاكمات المدنية اللبناى المادتين ٣٠٣ و ٣٠٦ ، وفي التقنين اللبى المادة ٣٩٢ (١) .

وبقابل في التقنين المدني الفرنسى المادتين ١٣٥٠ و ١٣٥٢ (٢) .

= مجلس الشيوخ تحت رقم ٤٠٤ ، فجلس الشيوخ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٤١٦ و ص ٤١٩) .

(انظر المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٤١٦ - ص ٤١٧) .

(١) التقنينات المدنية العربية الأخرى : قانون الينيات السورى م ٨٩ : مطابقة لنص التقنين المصرى .

التقنين المدني العراقى م ٥٠٢ : مطابقة لنص التقنين المصرى .

تقنين أصول المحاكمات المدنية اللبناى م ٣٠٣ : يراد بالقرينة القانونية القرينة التى يملقها القانون على بعض الأعمال والوقائع : (أولاً) الأعمال التى يصرح القانون ببطانها بتقدير أنها أجريت خلافاً لأحكامه وبالنظر إلى صفتها فقط . (ثانياً) الأعمال التى يصرح القانون فى شأنها بأن حق الملكية وإبراء اللمة ناتج عن بعض ظروف معينة . (ثالثاً) القوة التى يمنحها القانون للقضية المحكمة - م ٣٠٦ : إن القرينة القانونية تغنى من تقوم فى مصلحته عن كل بيعة . لا تقبل أية بيعة ضد القرينة القانونية عندما يستند القانون إلى هذه القرينة فى إبطال بعض الأعمال أو منع التفاضى ، إلا إذا كان القانون قد احتفظ بقبول البيعة على العكس أو إذا نتجت هذه البيعة عن إقرار أو يمين قضائيين فى جميع الأحوال التى لا تختص بالنظام العام .

(والتقنين اللبناى يكاد يطابق فى نصوصه فى هذه المسألة التقنين الفرنسى كما سنرى . ويقرب على كل حال من أحكام التقنين المصرى . ويلاحظ أن التقنين اللبناى أورد فى المواد التالية - م ٣٠٧ - ٣٠٩ - القاعدة التى تقضى بأن الحيازة فى المنقول سند الملكية على أساس أن الحيازة هنا قرينة قانونية قاطعة) .

التقنين المدني للمملكة اللبية المتحدة م ٣٩٢ : مطابقة لنص التقنين المصرى .

(٢) التقنين المدني الفرنسى م ١٣٥٠ : القرينة القانونية هى التى يجعلها نص القانون تتعلق

بتصرفات أو وقائع معينة . من ذلك : (١) التصرفات التى يقرر القانون أنها باطلة ، مفروضاً أنها أبرمت للاحتيال على أحكامه ، وذلك نظراً لصفاتها وحدها . (٢) الأحوال التى يقرر فيها =

ونتكلم في مسألتين : (١) ركن القرينة القانونية والمهمة التي تقوم بها هذه القرينة (٢) حجية القرينة القانونية في الإثبات .

المبحث الأول

ركن القرينة القانونية والمهمة التي تقوم بها هذه القرينة

٣٢٢ - ركن القرينة القانونية هو نص القانون - القرينة

القانونية والقرينة الفضائية : قدمنا ، عند الكلام في القرائن القضائية ، أن للقرينة القضائية عنصرين : (١) واقعة ثابتة يختارها القاضي وتسمى علامة أو أمانة (indice) (٢) وعملية استنباط يقوم بها القاضي ليصل من هذه الواقعة الثابتة إلى الواقعة المراد إثباتها . وقلنا إن هذين العنصرين هما من عمل القاضي : الواقعة الثابتة هو الذي يختارها ، وعملية الاستنباط هو الذي يجريها . وللقاضي سلطة واسعة في كل ذلك .

- القانون أن كسب الملكية أو براءة الذمة تنتج من بعض ظروف معينة . (٣) الحجية التي يرتبها القانون على الأمر المقضي . (٤) القوة التي يجعلها القانون لإقرار الخصم أو بيمينه - م ١٣٥٢ : القرينة القانونية نفى من تقررت لمصلحته من أى دليل . ولا يجوز إثبات ما ينقض القرينة القانونية إذا كان القانون يبطل على أساسها بعض التصرفات أو يجعل الدعوى غير مقبولة . هذا ما لم يحفظ القانون الحق في إقامة الدليل العكسي ، وذلك مع عدم الإخلال بما يستقر في خصوص اليمين والإقرار القضائين .

Art. 1350 : La présomption légale est celle qui est attachée par une loi spéciale à certains actes ou à certains faits ; tels sont : 1° Les actes que la loi déclare nuls, comme présumés faits en fraude de ses dispositions, d'après leur seule qualité. 2° Les cas dans lesquels la loi déclare la propriété ou la libération résulter de certaines circonstances déterminées. 3° L'autorité que la loi attribue à la chose jugée. 4° La force que la loi attache à l'aveu de la partie ou à son serment.

Art. 1352 : La présomption légale dispense de toute preuve celui au profit duquel elle existe. Nulle preuve n'est admise contre la présomption de la loi, lorsque sur le fondement de cette présomption, elle annule certains actes ou dénie l'action en justice, à moins qu'elle n'ait réservé la preuve contraire, et sauf ce qui sera dit sur le serment et l'aveu judiciaires.

أما القرينة القانونية فعلى العكس من ذلك لا عمل فيها للقاضي ، بل ان العمل كله للقانون . فركن القرينة القانونية هو نص القانون وحده . فهو الذى يختار العنصر الأول ، أى الواقعة الثابتة . وهو الذى يجرى عملية الاستنباط فيقول : ما دامت هذه الواقعة قد ثبتت ، فان واقعة أخرى معينة تثبت بثبوتها . مثل ذلك ما تنص عليه المادة ٩١ من التقنين المدنى من أن وصول التعبير عن الإرادة إلى من وجه إليه هذا التعبير قرينة على علمه به . فالواقعة التى ثبتت هى وصول التعبير عن الإرادة . ويستنبط منها القانون واقعة أخرى ، هى العلم بهذا التعبير ، يعتبرها القانون هى أيضاً ثابتة . وقس على ذلك القرائن القانونية التى أقامها التقنين المدنى فى المادتين ٢٣٨ و٢٣٩ وغيرهما من النصوص .

فعنصر القرينة القانونية إذن هو نص القانون ، ولا شئ غير ذلك . ولا يمكن أن تقوم قرينة قانونية بغير نص من القانون . وإذا وجد النص ، فقامت القرينة القانونية ، فانه لا يمكن أن يقاس عليها قرينة قانونية أخرى بغير نص ، اعتماداً على المماثلة أو الأولوية . بل لا بد من نص خاص أو مجموع من النصوص لكل قرينة قانونية (١) .

ولا سلطة للقاضي فى القرينة القانونية كما قدمنا . ويغلب أن تكون القرينة

(١) بوتيهه فقرة ٨٣٧ - ديمولومب ٣٠ فقرة ٢٥٢ - بودرى وبارد ٤ فقرة ٢٦٥٣ - بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٥٤٨ ص ١٠١١ وهامش رقم ٣ — عل أن القضاء ، فى فرنسا وفى مصر ، لا يتقيد بمجرد هذه القساعدة . فقد يستمير قرينه قانونية ، وضعت فى مكان معين ، لمكان آخر ، وقد فعل ذلك عندما افترض قيام حسن النية دائماً مع أن المشرع لم يفترض حسن النية إلا فى مواضع معينة . ويفترض القضاء ، فى بعض الأحيان ، وجود بعض العناصر التى تقوم عليها القرينة القانونية . فعل القضاء الفرنسى ذلك فى قرينة نسلم السند إلى المدين ، فافترض أن هذا التسليم اختيارى . وفعل كل من القضاء الفرنسى والمصرى ذلك فى قرينة المسئولية عن فعل الحيوان والأشياء ، فافترض أن الضرر قد حدث بفعل الحيوان أو الشئ (انظر بيدان وبيرو ٩ فقرة ١٢٩٢) . ويقول حتى فى هذا الصدد أن القرائن القانونية فى أصلها قد نبتت فى تربة العرف والقضاء ، وتحولت لتكون قرائن قانونية . فلا عجب إذا هى بقيت تستمد فلدها من تربتها الأصلية ، وهى تربة قوية خصبة (حتى فى العلم والصياغة فى القانون الخاص ٢ فقرة ٢٣٥) .

هذا ويمتد الباحث فى نصوص الفقه الإسلامى على طالفة من القرائن الشرعية تصدق القرائن القانونية ، وهى منتشرة فى كتب الفقه . وقد جمع منها الأستاذ أحمد إبراهيم فى كتابه « طرف القضاء فى الشريعة الإسلامية ص ٤٢٧) — ص ٤٢٠ جملة صالحة ، منها :

القانونية في الأصل قرينة قضائية ، انتزعتها القانون لحسابه ، فنص عليها ، وحدد مداها ، ونظم حجيتها ، ولم يدع للقاضي فيها عملاً (١) . فالحقيقة القضائية هنا هي من عمل القانون وحده ، يفرضها على القاضي وعلى الخصوم . وذلك على خلاف الحقيقة القضائية المستمدة من القرينة القضائية ، فهي من عمل القاضي (٢) .

ومن هنا تتبين خطورة القرائن القانونية . فهي ، وإن كانت تقام على فكرة ما هو راجح الوقوع (idée de probabilité) ، يقيمها القانون مقدماً ، ويعممها ، دون أن تكون أمامه الحالة بالذات التي تطبق فيها كما هو الأمر في القرائن القضائية . ومن ثم تتخلف حالات - تتفاوت قلة وكثرة - لا تستقيم فيها القرينة القانونية (٣) .

- ١- ثبوت نسب الولد من أبيه وهو الزوج شرعاً ، فالولد للفراش ، وقيام الزوجية قرينة على أن الولد من الزوج . وهذه القرينة تقبل إثبات العكس ، ولكن بطريق خاص هو طريق العان .
- ٢- الحكم بموت المفقود إذا مات أقرانه ، واتخاذ ذلك قرينة على موته .
- ٣- التصرف في مرض الموت قرينة على أن التصرف وصية .
- ٤- تصرفات المفلس الضارة بالدائنين مردودة لقيام القرينة على سوء قصده .
- ٥- وجود سند الدين تحت يد المدين قرينة ظاهرة على إيفاء المدين . وقد نص على ذلك ابن فرحون في باب القرائن ، وحكى خلافاً في المسألة .

(١) وقد قدمنا أن القرينة القانونية لم تكن في الأصل إلا قرينة قضائية ، عممها القانون بعد أن نظمها (بارتان على أوبري ورو ١٢ فقرة ٧٥٠ هامش رقم ١ مكرر) ، بل هناك من القرائن القانونية مانزل عن مرتبته وعاد إلى ما كان عليه قرينة قضائية .

(٢) ويرتب بارتان على ذلك نتيجة هامة في قواعد الإسناد وتنازع القوانين . فالقرينة القانونية تتصل بموضوع الحق اتصالاً وثيقاً ، ومن ثم تخضع لقانون الموضوع . أما القرينة القضائية فهي من عمل القاضي كما قدمنا ، ولذلك تخضع لقانون القاضي (بارتان على أوبري ورو ١٢ فقرة ٧٥٠ هامش رقم ١ مكرر) . كذلك إذا أنشأ القانون قرينة قانونية جديدة ، فلا يكون لها أثر رجعي ، إذ هي تتصل بموضوع الحق اتصالاً وثيقاً ، فهي ككل القواعد الموضوعية لا يجوز أن يكون لها أثر رجعي إلا بنص خاص يقضى بذلك (جنى : العلم والصيغة في القانون الخاص ٣ ص ٣٢٢ - ص ٣٣٤) .

(٣) بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٥٤٨ ص ١٠١٠ .

وبعد جنى مقارنة شيقة بين القرينة القانونية والحيلة في القانون (fiction) . فالقرينة القانونية قاعدة من قواعد الإثبات تقبل في العادة إثبات العكس . ويجعلها القانون في بعض الأحوال لتقبل إثبات العكس ، بل يقلبها في أحوال أخرى من قاعدة إثبات إلى قاعدة موضوعية تصحح هي أيضا غير قابلة لإثبات العكس . ولكنها في كل هذه الأحوال تبقى قائمة على فكرة -

٣٢٣ - صفة القرينة القانونية هي الاعفاء من الإثبات : وتختلف القرينة الضمائية عن القرينة القانونية في أن الأولى تعتبر دليلاً إيجابياً في الإثبات ، وإن كانت دليلاً غير مباشر . هي أولاً دليل إيجابي : لأن الخصم يتوسل بها إلى إثبات دعواه ، وعليه هو أن يستجمع عناصرها ويلم شتاتها ويتقدم إلى القاضي باستنباط الواقعة المراد استخلاصها منها ، والقاضي بعد حر في مسامرة الخصم ، فقد يسلم بثبوت الواقعة التي هي أساس القرينة وقد لا يسلم ، وقد يقر استنباط الخصم وقد لا يقر ، ولكنه على كل حال ليس ملزماً أن يستجمع هو بنفسه القرائن وأن يستخلص منها دلالتها ، بل على الخصم يقع عبء تقديم القرينة ، وإن كان للقاضي أن يأخذ من تلقاء نفسه بقرينة في الدعوى لم يتقدم بها الخصم . والقرينة القضائية ثانياً دليل غير مباشر : لأن الواقعة الثابتة ليست هي نفس الواقعة المراد إثباتها ، بل واقعة أخرى قريبة منها ومتعلقة بها ، بحيث إن ثبوت الواقعة الأولى على هذا النحو المباشر يعتبر اثباتاً للواقعة الثانية على نحو غير مباشر .

أما القرينة القانونية فهي ليست دليلاً للإثبات ، بل هي اعفاء منه (dispense de preuve) . فالخصم الذي تقوم لمصلحته قرينة قانونية يسقط عن كاهله عبء الإثبات ، إذ القانون هو الذي تكفل باعتبار الواقعة المراد إثباتها

= الراجح الغالب الوقوع (idée de probabilité) . أما الحيلة فتختلف عن القرينة في أنها لا أساس لها من الواقع ، بل هي من خلق المشرع ، فرضها فرضاً حتمياً ، فاستمعت طبيعتها بدهاة على قول إثبات العكس . فهي أقوى من القرينة القانونية ، ولكنها أشد خطراً . ومن ثم لا يلجأ إليها المشرع إلا حيث تضيق القرينة القانونية . ويأتي جنحاً بأشلة على ما قدمه : حجية الأمر المقضي قامت على قرينة قانونية لا تقبل إثبات العكس ، بل هي في الواقع قد تحولت إلى قاعدة موضوعية ، ولكنها بقيت قائمة على فكرة الراجح الغالب الوقوع . كذلك مسئولية رب العمل عن سلامة العمال ، وهي قائمة على تحمل التبعة ، خرجت عن أن تكون قرينة إلى أن تكون قاعدة موضوعية ، ولكنها هي أيضاً بقيت قائمة على فكرة الراجح الغالب الوقوع . أما القاعدة التي تقضى بأنه لا يفترض الجهل بالقانون (nul n'est censé ignorer la loi) ، فهي قاعدة لا تقوم على الراجح الغالب الوقوع ، بل تقوم على الحيلة (fiction) ، إذ يفرض المشرع فرضاً حتمياً أن الشخص عالم بأحكام القانون ، لا يقبل في ذلك خطأ ، حتى تستقيم أمور نظمها بقاعدة تقوم على الحيلة ، وتضيق بها القرينة . (جنح في العلم والصياغة في القانون الخاص ٣ فقرة ٢٤٣ ص ٣٨٩ - ص ٣٩٠) .

ثابتة بقيام القرينة ، وأعني الخصم من تقديم الدليل عليها . وتستوى في ذلك القرينة القانونية القاطعة والقرينة القانونية البسيطة ، فسرى أن القرينة القانونية البسيطة هي أيضاً إعفاء من الإثبات ، وأن جواز إقامة الدليل على عكسها ليس إلا نزولاً على أصل من أصول الإثبات يقضى بجواز نقض الدليل بالدليل .

والقرينة القانونية تعني من الإثبات في الدائرة التي رسمها لها القانون ، ولو في تصرف قانوني تزيد قيمته على عشرة جنهات ، أي في دائرة لا تقبل فيها القرينة القضائية .

٣٢٤ - ولكن يجب على الخصم إثبات الواقعة التي تقوم عليها

القرينة القانونية : على أن القرينة القانونية إذا كانت إعفاء من إثبات الواقعة المراد إثباتها ، فهي ليست إعفاء من إثبات الواقعة التي تقوم عليها القرينة ، والتي يعتبر القانون أن إثباتها هو إثبات للواقعة الأولى .

مثل ذلك أن التمتع المدفي ، في المادة ٥٨٧ ، يقضى بأن الوفاء بقسط من الأجرة قرينة على الوفاء بالأقساط السابقة على هذا القسط . فالقانون هنا أقام قرينة قانونية على واقعة الوفاء بقسط سابق من الأجرة ، وأقامها على واقعة الوفاء بقسط لاحق . فواقعة الوفاء بقسط سابق هي الواقعة المراد إثباتها ، وقد اعتبرها القانون ثابتة وأعني المستأجر من إثباتها . وواقعة الوفاء بقسط لاحق هي الواقعة التي تقوم عليها القرينة ، ولم يعف القانون المستأجر من إثباتها ، بل يجب على هذا أن يثبتها وفقاً للقواعد العامة^(١) . فان كان القسط اللاحق لا يزيد على عشرة جنهات كان للمستأجر أن يثبت الوفاء به بجميع الطرق ، وإن زاد على هذا المبلغ لم يجز إثبات الوفاء به إلا بالكتابة .

(١) وفي هذا المعنى تقول المذكرة الإيضاحية لمشروع التمهيدى : « ولا يعد موقف من يتمسك بقرينة عن مجرد الاستناد إلى واقعة قانونية ، يفترض القانون قيامها ، ويقبل بذلك من تحمل عبء إقامة الدليل عليها . بيد أن هذه الإقالة لا تتناول إلا تلك الواقعة بثبوتها في القرينة القانونية ذاتها ، بمعنى أن من واجب من يتمسك بقرينة من الفرائض أن يقيم الدليل على اجتماع الشروط التي يتطلبها القانون لقيامها » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٤١٧) . انظر أيضاً بودرى وبارد ، فقرة ٢٦٥٩ .

٣٢٥ - فالقربة القانونية هي نقل الإثبات من محل إلى آخر :

وزى من ذلك أن القربة القانونية ليست في الواقع إلا نقلاً للإثبات من محله الأصلي إلى محل آخر (déplacement de preuve) . فالواقعة المراد إثباتها - وهي المحل الأصلي - يزحزح القانون عنها الإثبات ، ويحوله إلى واقعة أخرى قريبة منها . فإذا ثبتت هذه الواقعة الأخرى ، اعتبرت الواقعة الأولى ثابتة بحكم القانون .

٣٢٦ - المحكمة في الفرائض القانونية : وترجع المحكمة في النص على

القرائن القانونية إلى أمور ، منها ما يتعلق بالمصلحة العامة ، ومنها ما يتعلق بمصالح الأفراد .

أما ما يتعلق بالمصلحة العامة ، فقد يكون ذلك :

(١) لتحقيق هذه المصلحة ، كما هو الأمر في حجية الأمر المقضي . فقد وضع الشارع قربة قانونية تقضى بأن الحكم صحيح فيما قضى به ، فلا تجوز العودة إلى مناقشته إلا بطريق من طرق الطعن المقررة . ولو لم يفعل الشارع ذلك لأصبحت الأحكام القضائية مقلقة مزعزعة ، ولما اطمأن المحكوم له إلى حقه الثابت بالحكم ، فوجب وضع هذه القربة القانونية تحقيقاً لمصلحة عامة ، هي احترام الأحكام ووضع حد للخصومة والنزاع .

(٢) لتضييق السبل على من يحاول الاحتيال على القانون . ذلك أن القانون قد يضع أحكاماً يعتبرها من النظام العام ، ويحتاط حتى لا تخالفها الناس في تعاملها ولو بطريق غير مباشر ، فيضع قرائن قانونية تبطل ضرورياً من التعامل تراد بها مخالفة هذه الأحكام . مثل ذلك القاعدة التي تقضى بأن الوصية لا يجوز أن تزيد على ثلث التركة ، قد تحتال الناس على مخالفتها بتسمية الوصية بيعاً أو هبة أو أى تصرف قانوني آخر . فوضع الشارع قربة قانونية ، في المادة ٩١٦ من التقنين المدني ، تقضى بأن «كل عمل قانوني يصدر من شخص في مرض الموت ، ويكون مقصوداً به التبرع ، يعتبر تصرفاً مضافاً إلى ما بعد الموت ، وتسرى عليه أحكام الوصية أيا كانت التسمية التي تعطى لهذا التصرف» . فجعل صدور التبرع

في مرض الموت قرينة على أن التبرع وصية^(١).

وأما ما يتعلق بمصالح الأفراد ، فقد يكون ذلك :

(١) لتعذر الإثبات في بعض الأحوال تعذراً قد يصل إلى درجة الاستحالة ، فيعمد الشارع إلى وضع قرينة تعنى من هذا العيب . مثل ذلك مسئولية المتبوع عن تابعه ، فهي - كما يقال - مبنية على خطأ مفترض : علاقة التبعية وكون خطأ التابع قد وقع في حال تأدية وظيفته أو بسببها قد جعلهما الشارع قرينة قانونية على الخطأ الصادر من المتبوع في الرقابة على أعمال تابعه ، لتعذر إثبات هذا الخطأ في أكثر الأحوال . ومثل ذلك أيضاً القاعدة التي تقضى بأن الولد للفراش ، فإن المرأة المتزوجة هو ابن زوجها ، والزوجة قرينة قانونية على بنوة الابن لأبيه ، لتعذر إثبات البنوة من الأب^(٢).

(٢) للأخذ بالمألوف المتعارف بين الناس . فإذا جعل الشارع المخالصة بالأجرة عن قسط لاحق قرينة على الوفاء بالقسط السابق ، فذلك لأن المألوف بين الناس في التعامل هو أن المؤجر لا يعطى المستأجر مخالصة عن قسط لاحق إلا بعد أن يكون قد استوفى جميع الأقساط السابقة^(٣).

المبحث الثاني

حجية القرينة القانونية في الإثبات

٣٢٧ - القرينة القانونية القاطعة والقرينة القانونية غير القاطعة :

قدمنا أن القرينة القانونية هي إعفاء من الإثبات . فالخصم الذي تقوم القرينة القانونية لصالحه معنى من إثبات الواقعة التي يستخلصها القانون من هذه القرينة .

(١) وسرى فيما يلي أن الأمر هنا إنما يتعلق بقاعدة موضوعية ، لا بقرينة قانونية .
(٢) وهنا أيضاً نسار بعض الآراء الدائمة في الفقه ، وإلا فإن مسئولية المتبوع عن التابع إنما هي مسئولية عن الغير ، وليست تقوم على خطأ مفترض . وهي القاعدة التي تقضى بأن الولد للفراش من القواعد الموضوعية ، لا من قواعد الإثبات . وسرى ذلك فيما يلي .
(٣) الموجز للمؤلف فقرة ٧٠٠ - قارن جني (Gény) في العلم والصياغة في القانون الملخص جزء ٣ فقرة ٢٣٣ .

ولكن لما كان الأصل هو أن كل دليل يقبل لإثبات العكس ، فالدليل الكتابي يقبل لإثبات العكس بدليل كتابي مثله ، والبيئة تقبل لإثبات العكس بينة مثله أو بدليل كتابي ، والقرائن القضائية تقبل لإثبات العكس بقرائن مثلها أو بينا أو بدليل كتابي ، وذلك كله وفقاً لمبدأ أساسى فى الإثبات هو حرية الدفاع ، (liberté de défense) ، فان هذا يؤدى بنا إلى النتيجة الآتية : كل قرينة قانونية - وقد أثبتت واقعة معينة - تقبل فى الأصل لإثبات عكس هذه الواقعة (١) وإذا كان الدليل الكتابي والبيئة - وهما يثبتان الواقعة بطريق مباشر - يقبلان لإثبات العكس ، فأولى بالقرينة القانونية - وهى تقتصر على الإعفاء من الإثبات - أن تقبل هى الأخرى لإثبات العكس (٢) .

ويتبين من ذلك أن الأصل فى القرينة القانونية أن تكون غير قاطعة ،

(١) وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد ما يأتى : « والأصل أن كل قرينة قانونية يجوز نقض دلالتها بإثبات العكس . وقد حرص المشروع على إبراز هذا الأصل ، ولو أن نصوص التفهيمات الأجنبية لا تجزم به فى عبارة صريحة . بل إن التزام ظاهر هذه النصوص يوحى على نقض ذلك أن الأصل ، فى منطقتها ، أن تكون القرائن قاطعة ، وأن البساطة فيها ليست سوى مجرد استثناء . بيد أن أمثال تلك النصوص ونظيرها فى المشروع الفرنسى الإيطالى (المادة ٣٠٤) لاتواجه إلا طائفة خاصة من القرائن القانونية ، وهى التى يرتب القانون على قيامها بطلان بعض التصرفات أو نفى حق التقاضى . وقد يكون فى حظر نقض دلالة هذه الطائفة الخاصة من القرائن القانونية من طريق إقامة الدليل العكسى ما يفيد أن الأصل ، فيما عدا هذا الحظر الذى خص بالنص ، أن تكون القرائن بسيطة ، وأن يباح إقامة الدليل على خلاف دلالتها . ثم إن المشاهد أن القرائن البسيطة بوجه عام أكثر عدداً من القرائن القاطعة ، وإزاء ذلك تكون بساطة القرينة هى القاعدة . هل أن القواعد العامة فى الإثبات تمنح لتوجيه هذا الأصل . ذلك أن الدليل الكتابي يجوز نقضه إما بطريق الطعن بالتزوير وإما بإقامة الدليل العكسى ، والقرينة القانونية ليست إلا حجة يقيها الشارع ، فإذا لم يقم الدليل بوجه عام على صحة هذه الحجة ، فهى لا تعدو أن تكون احتمالاً يصح فيه الخطأ فى بعض الأحوال . ولذلك يكون الأصل هو جواز إقامة الدليل العكسى لنقض القرينة ، فيما عدا الأحوال التى ينص فيها القانون صراحة على عدم جواز ذلك والأحوال التى تؤسس فيها القرينة على النظام العام » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٤١٧ - ص ٤١٨) .

(٢) ومعنى إثبات العكس هنا هو إثباته فى الحالة الخاصة التى يكون الخصم بصددها . وإلا فإنه لا يجوز إثبات عكس القرينة فى عمومها ، وبوصفها قاعدة تشريعية ، فإن هذا الإثبات معناه إلغاء التشريع ذاته الذى أقام القرينة القانونية ، ولا يلغى التشريع إلا بتشريع مثله (أوبرى ورو ١٢ فقرة ٧٥٠ هامش رقم ٧) .

أى أنها تقبل إثبات العكس . فإذا هي لم تقبل لإثبات العكس ، فذلك هو الاستثناء (١) .

فتى إذن نعتبر استثناء أن القرينة قاطعة ؟ يقودنا هذا إلى الكلام فى القرينة القاطعة ثم فى القرينة غير القاطعة .

المطلب الأول

القرينة القانونية القاطعة أو المطلقة

(présomption irréfragable, absolue, juris et de juré)

٣٢٨ - التقنين المرنى الفرنسى : حاول التقنين المدنى الفرنسى أن يضع معياراً للقرينة القانونية القاطعة ، فنص فى الفقرة الثانية من المادة ١٣٥٢ على أنه « لا يجوز إثبات ما ينقض القرينة القانونية إذا كان القانون يبطل على أساسها بعض التصرفات أو يجعل الدعوى غير مقبولة ، هذا ما لم يحفظ القانون الحق فى إقامة الدليل العكسى ، وذلك مع عدم الإخلال بما سينتقرر فى خصوص البين والإقرار القضائين » .

ويمثل الفقهاء الفرنسيون للقرينة القانونية التى يبطل القانون على أساسها تصرفاً قانونياً بالمادة ٩١١ من التقنين المدنى الفرنسى ، وتنص على أن « كل تبرع صادر لعديم الأهلية يكون باطلاً، سواء ستر فى صورة عقد معارضة أو صدر لشخص مسخر (personne interposée) . ويعتبر شخصاً مسخراً لعديم الأهلية أبوه وأمه وأولاده وفروعه وزوجه » . فهنا يبطل القانون تصرفاً قانونياً على أساس قرينة قانونية . إذ الهبة تكون باطلة إذا صدرت لعديم الأهلية . ويقم القانون قرينة قانونية ، إذا صدرت الهبة لأحد من أقارب عديم الأهلية المذكورين فى النص ، على أن الصادر له الهبة هو شخص مسخر لعديم الأهلية ، وتكون الهبة قد صدرت فى الواقع من الأمر لعديم الأهلية نفسه ، ومن ثم تكون باطلة .

(١) فى هذا المعنى حتى فى عهد التقنين المدنى السابق الذى لم يشتمل على نص صريح فى المسألة : الأستاذ سليمان مرقس فى أصول الإثبات ص ٢٧٢ - ص ٢٧٤ - قارن الأستاذ أحمد نشأت فى الإثبات ٢ فقرة ٦١٨ .

فالقريئة القانونية التي نص عليها القانون قد أبطل على أساسها تصرفاً قانونياً هو عقد الهبة . ولذلك تكون هذه القرينة قاطعة لا تقبل لإثبات العكس ، فلا يجوز للشخص المسخر (الاسم المستعار) الذي تلقى الهبة أن يثبت أنه ليس شخصاً مسخراً لعدم الأهلية وأنه هو المقصود حقيقة بالهبة (١) . ويمثلون أيضاً بالمادة ٤٧٢ من التقنين المدني الفرنسي ، وتنص على أن « كل تعامل بين الوصي والقاصر بعد بلوغه سن الرشد يكون باطلاً إذا لم يسبقه تقديم حساب مفصل مصحوب بالسندات المؤيدة له ، ويكون كل هذا ثابتاً بإيصال من ذى الشأن قبل التعامل بعشرة أيام على الأقل » . فالقانون هنا أبطل تصرفاً قانونياً . هو التعامل ما بين الوصي والقاصر بعد بلوغه سن الرشد ، على أساس قرينة قانونية ، هي العلاقة القائمة ما بين الوصي ومحجوره السابق دون أن يقدم له الوصي حساباً مفصلاً عن إدارته لأمواله ، وفي هذا مظنة استغلال الوصي لمحجوره السابق في التعامل الذي جرى بينهما قبل تقديم الحساب . فتكون القرينة القانونية قاطعة لا تقبل لإثبات العكس ، ولا يجوز للوصي أن يثبت أن التعامل الذي تم كان تعاملًا جدياً لا استغلال فيه .

ويمثل الفقهاء الفرنسيون للقرينة القانونية التي يجعل القانون على أساسها الدعوى غير مقبولة بحجة الأمر المقضي وبالتقدم وبتسليم سند الدين للمدين . فحجة الأمر المقضي تقوم على قرينة قانونية غير قابلة لإثبات العكس ، لأن الدعوى التي تدفع بهذه الحجة لا يجوز سماعها . والتقدم يقوم على قرينة قانونية غير قابلة لإثبات العكس ، لأن الدعوى تكون غير مقبولة إذا دفعت بالتقدم . وتسليم الدائن باختياره سند الدين للمدين قرينة على براءة ذمة المدين ، والقرينة قاطعة لا تقبل لإثبات العكس ، لأن الدائن إذا رفع دعوى على مدينه بعد أن سلمه سند الدين ، ودفع المدين بهذه القرينة ، تكون الدعوى غير مقبولة . وسننم لا يجوز للمحكوم عليه ، في حجة الأمر المقضي ، أن يثبت أن الحكم الذي يحتج عليه به غير صحيح . ولا يجوز للدائن ، في التقدم ، أن يثبت أن الدين

(١) انظر أيضاً المادة ١١٠٠ من التقنين المدني الفرنسي في تسخير أشخاص معينين في الهبة ما بين الزوجين . وانظر في هذه المسألة ديكوتينييس (Decottignies) والقرائن في القانون الخاص باريس سنة ١٩٥٠ ص ١٠١ - ص ١٠٣ .

موجود بالرغم من تقادمه . ولا يجوز للدائن ، في تسليم سند الدين ، أن يثبت عدم براءة ذمة المدين بالرغم من تسلمه للسند .

ويخلص مما تقدم أن القانون إذا أبطل تصرفاً قانونياً أو جعل الدعوى غير مقبولة على أساس قرينة قانونية ، كانت هذه القرينة غير قابلة لإثبات العكس (١) .

٣٢٩ - انتقاد التقنين الفرنسي : وهذا المعيار الذي اختاره التقنين

المدنى الفرنسي للقرينة القانونية القاطعة كان محل انتقاد شديد من الفقهاء الفرنسيين ، وبخاصة من جنى (Gény) في كتابه المعروف : العلم والصياغة في القانون الخاص (٢) .

فيقول عن الشق الأول من المعيار - إبطال التصرف القانونى على أساس القرينة القانونية - انه لا يعبر بأمانة عن الغرض الحقيقى للمشرع . فقد أراد هذا أن يجعل القرينة قاطعة ليسد بها السبيل على ضروب التحايل للخروج على نواهي القانون المبنية على النظام العام (٣) . وهناك صلة وثيقة بين ما ورد عن إبطال التصرف في المادة ١٣٥٠ وما ورد عن ذلك في المادة ١٣٥٢ . فقد ذكرت المادة ١٣٥٠ صراحة في هذا الصدد التصرفات التي يقرر القانون أنها باطلة مفترضاً أنها أبرمت للاحتيال على أحكامه ، وهذا هو عين ما قصد إليه بذكره إبطال التصرف في المادة ١٣٥٢ .

وأما عن الشق الثاني من المعيار - جعل الدعوى غير مقبولة على أساس القرينة القانونية - فيقول جنى ان المقصود بهذا المعيار أن يكون هناك دفع يمنع

(١) وقد استدركت المادة ١٣٥٢ من التقنين الفرنسي بأن استثنت حالة ما إذا كان القانون قد حفظ الحق في إقامة الدليل العكسى . ويمثل الفقيهان أوبرى ورو على هذه الحالة المستثناة بالمادة ١٢٨٣ من التقنين الفرنسي ، وتنص على أن « تسليم الصورة التنفيذية للسند تسليمياً اختيارياً يفيد الإبرام أو الوفاء ، ما لم يقيم الدليل على العكس » . فهنا يجعل القانون الدعوى غير مقبولة على أساس قرينة قانونية ، فكان ينبغي أن تكون هذه القرينة غير قابلة لإثبات العكس ، ولكن القانون نص صراحة على جواز ذلك . ولا يوجد ، في التقنين الفرنسي ، مثل لقرينة قانونية يبطل القانون على أساسها تصرفاً قانونياً وينص القانون مع ذلك على أنها قابلة لإثبات العكس (أوبرى ورو ١٢ فقرة ٧٥٠ هامش رقم ١٠) .

(٢) انظر بنوع خاص في هذا الموضوع : جنى في العلم والصياغة في القانون الخاص الجزء الثالث في القرائن . ديهكوتينيس في القرائن في القانون الخاص .

(٣) جنى في العلم والصياغة ٣ ص ٣٠٦ .

من الدخول في موضوع الدعوى فترفض على هذا الأساس ، لا إلا ترفع الدعوى أصلاً فإن أية دعوى ترفع يجب نظرها وإلا كان هذا إنكاراً لأداء العدالة . ولما كان الدفع بأية قرينة قانونية - قاطعة كانت أو غير قاطعة - يؤدي إلى عدم الدخول في الموضوع والوقوف عند هذه القرينة ، كان هذا المعيار إن فهم على المعنى الأول يتناول كل القرائن القانونية القاطعة وغير القاطعة دون تمييز فيما بينها ، وإن فهم على المعنى الثاني فإنه لا يتناول شيئاً منها على الإطلاق^(١).

٣٣٠ - **الرأى الصحيح** : والرأى الذى يبدو صحيحاً ، ويتجه إليه الفقه

الفرنسى المعاصر ، في معيار القرائن القانونية القاطعة يمكن بسطه على النحو الآتى :

الأصل أن تكون القرينة القانونية غير قاطعة ، فتقبل لإثبات العكس ؛ وهذا شأن كل دليل ينظمه القانون . ولكن هناك قرائن أقامها المشرع لاعتبارات هامة خطيرة ، يحرص كل الحرص على عدم الإخلال بها ، ومن ثم يجعل هذه للقرائن غير قابلة لإثبات العكس حتى يستقيم له غرضه . ولا يرجع ذلك ضرورة إلى أن القرينة القانونية القاطعة هي أكثر انطباقاً على الواقع من غيرها ، بل يرجع لاعتبارات يستقل بتقديرها المشرع ، فهو وحده الذى وضع القرينة القانونية ، وهو وحده الذى يقدر ما إذا كان يجعلها غير قابلة لإثبات العكس . ومن ثم كان واجباً على المشرع عندما يقيم قرينة قانونية ، ويريد أن يحكم تشريعه ، أن ينظر ما إذا كانت الاعتبارات التى اقتضت النص على هذه القرينة هي من الأهمية والخطورة بحيث تستوجب أن تبقى القرينة قائمة في جميع الأحوال ، فعند ذلك ينص على عدم جواز إثبات العكس . فان سكت عن ذلك ، كانت القرينة القانونية قابلة لإثبات العكس رجوعاً إلى الأصل^(٢) .

(١) جنى في العلم والصياغة ٣ ص ٣٠٧ - ص ٢٩٩ - بيدان وپرو ٩ فقرة ١٢٩٤

ص ٣٨٢ - ص ٣٨٣ .

(٢) ويقول جنى في هذا المعنى أن المشرع الحكيم عندما يقيم قرينة قانونية ينبغي في الأصل أن يجعلها قابلة لإثبات العكس . فالقرينة القانونية دليل يقوم على الرجح الغالب الوقوع لا على التأكيد المطلق ، فوجب إنساح المجال لمن قامت ضده القرينة أن يثبت أن حاله لا تندرج تحت =

٣٣١ - التفتين المرئي المصري : وهذا هو عين ما فعله المشرع المصري في التفتين المدنى الجديد . إذ نص ، كما رأينا ، في المادة ٤٠٤ على أنه يجوز نقض هذه القرينة (أى القرينة القانونية) بالدليل العكسى ، ما لم يوجد نص يقضى بغير ذلك ،

والسياسة التشريعية التى جرى عليها المشرع المصرى فى التفتين المدنى الجديد هى أنه عندما يقف عند قرينة قانونية يريد جعلها قاطعة لا تقبل لإثبات العكس ينص على ذلك ، وإن كان النص يأتى بطريق غير مباشر . فعل ذلك فى القرآن القانونية على الخطأ التى تقوم عليها المسئولية عن الحيوان والمسئولية عن الأشياء والمسئولية العقيدية ومسئولية المستأجر عن الحريق .

فقد نصت المادة ١٧٦ على أن « حارس الحيوان ، ولو لم يكن مالكا له ، مسئول عما يحدثه الحيوان من ضرر ، ولو ضل الحيوان أو تسرب ، ما لم يثبت الحارس أن وقوع الحادث كان بسبب أجنبي لا يد له فيه » . فأقام المشرع مسئولية حارس الحيوان على قرينة قانونية تفيد خطأ الحارس ، ولم يسمح للحارس أن يزحزح المسئولية عن عاتقه إلا بإثبات السبب الأجنبي . ومقتضى هذا أن الحارس - وقوام مسئوليته الخطأ والضرر وعلاقة السببية فيما بينهما - يستطيع أن يبنى علاقة السببية بإثبات عكسها وهو السبب الأجنبي ، ولا يستطيع أن يبنى الخطأ لأن قرينته القانونية غير قابلة لإثبات العكس . وعلى هذا المنوال جرى فى المسئولية عن الأشياء (م ١٧٨) ، وفى المسئولية العقيدية (م ٢١٥) ، وفى

= هذا الراجع الغالب الوقوع ، فإذا ما أراد المشرع أن يجعل القرينة غير قابلة لإثبات العكس ، فلا بد أن يكون عنده من الأسباب الجوهرية ما يدعو إلى إفعال الباب دون نقض القرينة، وقلب الراجع الغالب الوقوع إلى التأكيد المطلق ، حتى يجعل القرينة تسيطر فى كل حالة دون أن يمكن دحضها . ثم ينبغى إلى جانب ذلك أن ينص المشرع على أن القرينة لا تقبل لإثبات العكس ، كما فعل المشرع الألمانى فى المادة ٢٩٢ من تفتين المرافعات . وينبغى حتى على المشرع الفرنسى إنه لم يخط هذه الخطأ ، بل لجأ إلى ميارين ينطويان على درجة كبيرة من الإبهام والغموض . ثم يقول إن هذا الغموض قد أفسح المجال للقضاء والفقهاء فى تفسير النصوص بما يتفق مع القواعد الصحيحة ، لتكون القرينة قاطعة أو غير قاطعة تبعا للاعتبارات التى حلت المشرع على إقامتها (حتى فى العلم والصحة فى القانون الخاص جزء ٣ ص ٢٩٨ - ص ٣٠١ و ص ٣٠٩ - ص ٣١٢ - وانظر أيضا فى هذا المعنى بلانبول وريير وجاهولد ٧ فقرة ١٥٤٩ ص ١٠١٢) .

مسئولية المستأجر عن الحريق (م ٥٨٤) (١).

بل إن التقنين المصرى كثيراً ما ينص على أن قرينة قانونية معينة قابلة لإثبات العكس ، في غير ضرورة ، إذ هي قابلة لإثبات العكس ولو لم ينص على ذلك ، رجوعاً إلى الأصل كما قدمنا . ولكنه يفعل ذلك منعاً للبس . نص في الفقرة الثالثة من المادة ١٧٣ على أن « يستطيع المكلف بالرقابة أن يخلص من المسؤولية إذا أثبت أنه قام بواجب الرقابة ، أو أثبت أن الضرر كان لا بد واقعاً ولو قام بهذا الواجب بما ينبغي من العناية » . فأقام مسؤولية المكلف بالرقابة على قرينة قانونية تفيد الخطأ ، ولكنه نص على جواز نفي الخطأ بإثبات عكس هذه القرينة ويكفي لذلك أن يثبت المكلف بالرقابة أنه قام بواجبه في هذا الصدد . ونص في الفقرة الأولى من المادة ١٣٧ على أن « كل التزام لم يذكر له سبب في العقد يفترض أن له سبباً مشروعاً ، ما لم يقيم الدليل على غير ذلك » . ونص في المادة ٩١ على أن « ينتج التعبير عن الإرادة أثره في الوقت الذى يتصل فيه بعلم من وجه إليه ، ويعتبر وصول التعبير قرينة على العلم به ، ما لم يقيم الدليل على عكس ذلك » . وهو بعد أن نص على أن وصول التعبير قرينة على العلم وأن هذه القرينة القانونية قابلة لإثبات العكس ، لم يرحج في أن يعود إلى النص على جواز إثبات العكس ، بعد أن زال كل لبس في ذلك ، عندما عرض للتعاقد ما بين الغائبين في المادة ٩٧ ، فنص في الفقرة الثانية من هذه المادة على أن « يفترض أن

(١) وسرى فيما يل أن كثيراً ما يوصف بأنه قرينة قانونية قاطعة كحجية الأمر المقضى والتقدم ، ليمز في الواقع إلا قواعد موضوعية . ويبقى معدوداً في القرائن القانونية القاطعة هذه القرائن الأربع . وهي كلها مسئوليات يقيمها القانون على قرينة الخطأ . ويمكن التساؤل عما إذا كان من الجائز ، عندما يفرض المشرع الخطأ في جانب المسئول ، أن يقفل في وجهه الباب فلا يستطيع أن يثبت أنه لم يخطئ . وهذا مادعا طائفة من الفقهاء أن يدلوا عن فكرة الخطأ المفروض إلى فكرة الخطأ الثابت . فالمسئولية عن الحيوان وعن الأشياء وعن حريق العين الموقرة إنما تقوم على خطأ ثابت في الحراسة (faute dans la garde) . والمسئولية المقعدة إنما تقوم ، في حالة الالتزام المقدى بتحقيق غاية وهي الحالة التي تعيننا ، على خطأ ثابت ، إذ أن عدم تحقيق الغاية المتعاقدة عليها هي هذا الخطأ نفسه ، أي كانت الأسباب التي أدت إلى عدم تحقيق هذه الغاية (انظر الوسيط الجزء الأول فقرة ٤٢٨ ، وفقرة ٧٠٨ وفقرة ٧٣٥ - وقارن ديكونتيليس في القرائن في القانون الخاص فقرة ٥٩ وفقرة ٦١)

الموجب قد علم بالقبول في المكان وفي الزمان اللذين وصل إليه فهما هذا القبول (١) .

وإذا وقفنا عند مسئولية المتبوع عن تابعه ، فرأينا الفقرة الأولى من المادة ١٧٤ تنص على أن « يكون المتبوع مسئولاً عن الضرر الذي يحدثه تابعه بعمله غير المشروع ، متى كان واقعاً منه في حال تأدية وظيفته أو بسببها » ، ولم ير المشرع ينص على عدم جواز إثبات العكس ، فلا نتوهم أننا أمام قرينة قانونية لم ينص المشرع على عدم جواز إثبات عكسها ، فتكون قابلة لإثبات العكس . فسرى أن مسئولية المتبوع عن التابع إنما هي قاعدة موضوعية ، وليست قائمة على قرينة قانونية ، والأصل في القواعد الموضوعية أنها لا تقبل إثبات العكس . كذلك التقادم ، مكسباً كان أو مسقطاً ، لا حاجة فيه إلى النص على عدم جواز إثبات العكس ، لأن الأمر فيه أمر قاعدة موضوعية لا أمر قرينة قانونية (٢) . وسنعود إلى هذه المسألة ببيان أوفى .

٣٣٢ - القرينة القانونية القاطعة بجزء دحضها بالافراء واليمين:

وإذا قلنا ان القرينة القانونية القاطعة لا تقبل إثبات العكس ، فليس معنى ذلك أنها لا تدحض أبداً . ذلك أن عدم القابلية للدحض لا يكون إلا للقواعد الموضوعية على ما سنرى . أما القرائن القانونية ، ولو كانت قاطعة ، فهي قواعد

(١) ومن النصوص التي تقيم قرائن قانونية غير قاطعة وتذكر مع ذلك جواز إثبات العكس : المادة ١٧٧ التي تنص على مسئولية حارس البناء ، والمادة ٢٣٨ التي تقيم قرائن قانونية غير قاطعة في الدعوى البولصية ، والمادة ٢٣٩ التي تقيم قرينة قانونية غير قاطعة على إعمار المدين ، والمادة ٨١٧ التي تجعل من كون الحائط فاصلاً ما بين بنائين قرينة قانونية غير قاطعة على أن الحائط مشترك ، والفقرة الثالثة من المادة ٩١٦ التي تجعل من صدور التصرف في مرض الموت قرينة قانونية غير قاطعة على أن المقصود به التبرع ، والمادة ٩١٧ التي تجعل الاحتفاظ في التصرف لأحد الورثة بجزء العين وبالحن في الانتفاع قرينة غير قاطعة على أن التصرف مضاف إلى ما بعد الموت ، والمادة ٩٦٣ التي تجعل الحيابة المادية قرينة غير قاطعة على الحيابة القانونية ، والمادة ٩٦٤ التي تجعل الحيابة القانونية قرينة غير قاطعة على الملكية ، والمادة ٩٦٥ التي تقيم قرينة غير قاطعة على حسن النية في الحيابة ، والمادة ٩٦٧ التي تقيم قرينة غير قاطعة على احتفاظ الحيابة بالصفة التي بدأت بها .

(٢) وسنرى ، على العكس من ذلك ، أن التقادم المسقط بسنة واحدة في حقوق مبتها المادة ٣٧٨ إنما يقوم على قرينة قانونية قاطعة ، لا على قاعدة موضوعية .

إثبات . وأياً كانت المرتبة التي أرادها المشرع لها في القطع والحسم ، فهي لا تستعصى على أن تدحض بالإقرار واليمين ، ما دام المشرع قد شاء أن يقيها في حظيرة قواعد الإثبات ، ولم يرق بها إلى منزلة القواعد الموضوعية . وقد نص على ذلك صراحة التقنين المدني الفرنسي في المادة ١٣٥٢ ، إذ قضى بعدم جواز إثبات ما ينقض القرينة القانونية القاطعة « مع عدم الإخلال بما سيتقرر في خصوص اليمين والإقرار القضائيين » . وجمهرة الفقهاء في فرنسا يفسرون هذا النص بأن إثبات عكس القرينة القانونية القاطعة لا يجوز إلا عن طريق الإقرار أو اليمين (١) . وهذا الحكم يسرى أيضاً في القانون المصري دون نص صريح ، وقد انعقد عليه الإجماع (٢) . ذلك أن القرينة القانونية القاطعة لا تزال دليلاً من أدلة الإثبات ، بل هي لا تعدو أن تكون دليلاً سلبياً إذ تقتصر على الإعفاء من الإثبات كما قدمنا . فاذا نقضها من تقررت لمصلحته بإقراره أو يمينه ، فقد دحضها ، ولم يعد هناك محل لإعفائه من إثبات لم يقبل هو أن يعنى نفسه منه .

وينبئ على ذلك أن المسئول مسئولية قائمة على قرينة قانونية قاطعة - كما في المسئولية عن الحيوان وعن الأشياء والمسئولية العقدية ومسئولية المستأجر عن الحريق - لا يستطيع أن يثبت عكس هذه القرينة كما قدمنا ، ولكنه يستطيع دحضها بإقرار يصدر من خصمه أو يمين يوجهها إلى هذا الخصم فينكل (٣) .

وقد نصت المادة ٣٧٨ فقرة أولى من التقنين المدني على حقوق تتقادم بسنة

(١) أوبري ورو ١٢ فقرة ٧٥٠ ص ١٠٤ وهامش رقم ١١ - لوران ١٩ فقرة ٦٢١ - بونيه فقرة ٧٤٤ - بلانيول وريبير وبولانجيه ٢ فقرة ٢١٨٣ - بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٥٥١ ص ١٠١٣ - بيدان روبرو ٩ فقرة ١٢٩٥ - جنس في العلم والصياغة ٣ ص ٢١٢ - ص ٢١٣ - ديكرتينيس في القرائن في القانون الخاص فقرة ٥٣ - فقرة ٥٥ .

(٢) الموجز للمؤلف فقرة ٧٠١ - الأستاذ أحمد نشأت في الإثبات ٢ فقرة ٦٢٣ - الأستاذ سليمان مرقس في أصول الإثبات فقرة ١٦٣ - الأستاذ عبد الباسط جيمس في الإثبات فقرة ١٠٢ ص ١٠٦ - ص ١٠٧ .

(٣) وهذا أمر لا يقع في العمل . ومن ثم يرجع ما قدمناه من أن المسئولية عن الحيوان وعن الأشياء ومن الحريق لا تقوم على خطأ مفروض فرضاً لا يقبل إثبات العكس ، بل على خطأ ثابت هو الخطأ في الحراسة . كذلك المسئولية العقدية تقوم على خطأ ثابت هو عدم تحقيق الغاية التي التزم المعاملد بتحقيقها .

واحدة ، ثم أضافت الفقرة الثانية من هذه المادة أنه ويجب على من يتمكن بأن الحق قد تقادم بسنة أن يحلف اليمين على أنه أدى الدين فعلاً . . . وهذا يدل على أن المشرع قد جعل هذا التقادم القصير قائماً على قرينة قانونية قاطعة تفيد الوفاء بالحق، ومن ثم أجاز دحض هذه القرينة بالنكول عن اليمين ، فيجوز من باب أولى دحضها بالإقرار (١).

٣٣٣ - ما لا يجوز دحضه بالإقرار أو اليمين لبس من القرائن

القانونية بل هو من القواعد الموضوعية : على أن الفقه الفرنسي يذهب إلى أن القرينة القانونية القاطعة إذا كانت قائمة على اعتبارات روعيت فيها المصلحة العامة ، كحجية الأمر المقضي والتقادم ، فإنه لا يجوز دحضها ، حتى بالإقرار أو اليمين ، لأن هذين الطريقتين لا يجوز قبولهما فيما هو معتبر من النظام العام كما قدمنا (٢) . فيبقى الحكم قرينة قاطعة على ما قضى به ، حتى لو أقر من صدر الحكم لمصلحته بأنه حكم خاطيء . ويبقى الحق مقضياً أو مكسوباً بالتقادم ، حتى لو أقر من تم التقادم لمصلحته بأن الحق لم يقض أو لم يكسب ، وذلك فيما هذا التقادم المسقط بسنة واحدة الذي تقدم ذكره عند من يراه قائماً على قرينة قانونية (٣) .

(١) وذلك سواء اعتبرنا اليمين حاسمة أو متسمة ، فالنكول عنها في كلا الاعتبارين يكون دحضاً للقرينة . قارن ديكوتينيس في القرائن في القانون الخاص فقرة ٥٥ ص ١٣١ - ص ١٣٤ . أما غير ذلك من ظروف التقادم المسقط ، وكذلك التقادم المكسب ، فيقوم على قواعد موضوعية لا على قرائن قانونية كما سنرى .

(٢) (٢) أوبري ورو ١٢ فقرة ٧٥٠ ص ١٠٤ - ديولومب ٣٠ فقرة ٢٧٧ - لوران ١٩ فقرة ٦٢١ - بودرى وبارد ٤ فقرة ٢٦٦٤ - بلانيرول وريبير وجابولك ٧ فقرة ١٥٥١ ص ١٠١٣ - بيدان وپرو ٩ فقرة ١٢٩٥ ص ٣٨٤ - ص ٣٨٥ .

وانظر أيضاً المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٤١٨ . (٣) وإذا سلمنا جدلاً بأن هناك قرائن قانونية قاطعة لا تقبل الدحض حتى بالإقرار أو اليمين ، وهي القرائن المتعلقة بالنظام العام ، فإنه يبنى مع ذلك ممكناً أن هذه القرائن . ولا يكون ذلك بطبيعة الحال من طريق إثبات للمكسب ، فإن هذا ممنوع حتى عن طريق الإقرار واليمين . ولكن يكون ذلك عن طريق إثبات أن الواقعة التي تقوم عليها القرينة لم توجد أو لم تنوافر لشرطها . لئن من يصح عليه بالأمر المقضى أن هناك حكماً حاز هذه الحجية ، أو ثبت أن هذا الحكم لم -

والصحيح أن القرينة القانونية القاطعة يجوز دائماً دحضها بالإقرار أو اليمين. أما الذي لا يدحض بالإقرار أو اليمين ، كحجية الأمر المقضي والتقدم ، فليس بقرينة قانونية ، بل هو قاعدة موضوعية ، تقوم ، هي أيضاً كالقرينة القانونية ، على فكرة الراجح الغالب الوقوع (idée de probabilité) .

٣٣٤ - القاطعة الموضوعية والقرينة القانونية : ذلك أنه يجب التمييز في كثير من العناية بين القاعدة الموضوعية (règle de fond) والقرينة القانونية (١) . إذ توجد قواعد موضوعية بينها المشرع على الكثرة الغالبة من الأحوال فيقلبها إلى حقائق ثابتة (probabilités transférées en certitudes) ، مثلها في ذلك مثل القرائن القانونية (٢) . فبلوغ الرشد تتفاوت فيه الناس ، ولا تكون سن الرشد واحدة للجميع ، ولكن المشرع لا يسعه أن يكل تحديد هذه السن - وأهميتها في التعامل معروفة - إلى الظروف الذاتية لكل إنسان . فوجب أن يجعل بلوغ الرشد لجميع الناس عند سن معينة - الحادية والعشرين مثلاً - مراعيًا في ذلك الكثرة الغالبة من الأحوال ، متجاوزاً عن التفاوت ما بين إنسان وآخر ، حتى ينضبط التعامل ويستقر (٣) . وهذا مثل للقاعدة الموضوعية التي يبينها المشرع على فكرة الراجح الغالب الوقوع .

أما القرينة القانونية فقد قدمنا أنها قاعدة لإثبات لا قاعدة موضوعية . خذ مثلاً

= تتوافر فيه الشروط اللازمة . وينبغي من يمتنع عليه بالتقدم أن التقدم قد اكتمل ، أو يثبت أن شروطه لم تتوافر . فإذا نجح من يدعى ذلك في إثبات ما يدعيه - وله الإثبات بجميع الطرق لأنه يثبت واقعة مادية - لم يكن بذلك قد أثبت عكس القرينة ، بل يكون قد أثبت أن القرينة ذاتها غير موجودة ، والفرق واضح بين الأمرين .

(١) ويرجع الفضل في جلاء هذا التمييز إلى جنى في كتابه العلم والصحافة في القانون الخاص الجزء الثالث في القرائن ، ثم إلى ديكونينيس في رسالته المعروفة في القرائن في القانون الخاص وهي الرسالة التي تكررت الإشارة إليها . وتبعهما بيدان وپرو ٩ فقرة ١٢٩٠ .

انظر أيضاً في هذا التمييز الأستاذ سليمان مرقس في أصول الإثبات فقرة ١٥٩ مكرر - الأستاذ عبد المنعم فرج الصدة في الإثبات فقرة ٢٢٧ - الأستاذ عبد الباسط جيمى في الإثبات فقرة ١٠١ .

(٢) قارن بودرى وبارد ٤ فقرة ٢٦٥٧ مكررة .

(٣) جنى في العلم والصحافة في القانون الخاص جزء ٣ ص ٢٢٦ - ص ٢٢٩ .

القريئة القانونية التي تقضى بأن الوفاء بقسط الأجرة اللاحق دليل على الوفاء بالقسط السابق . هذه قاعدة وضعها المشرع ، لافي موضوع الحق وهو الوفاء بالأجرة وما يتصل به من أحكام ، بل في إثباته أى كيف يثبت المستأجر أنه قام بوفاء الأجرة . وقد راعى المشرع في وضعها - هنا أيضاً - الكثرة الغالبة من الأحوال ، إذ وجد أن المؤجر لا يعطى عادة محالصة عن قسط لاحق إلا بعد أن يستوفى الأقساط السابقة ، فجعل من الوفاء بقسط لاحق قريئة قانونية على الوفاء بقسط سابق .

٣٣٥ - كيف يكون التمييز بين القاعدة الموضوعية والقريئة القانونية :
والذى يقارب ما بين القاعدة الموضوعية والقريئة القانونية هو - كما قدمنا - أن كلا منهما يقوم على الكثرة الغالبة من الأحوال أو على الراجح الغالب الوقوع . ولذلك يقع اللبس بينهما كثيراً . ولكنهما يختلفان في أمرين جوهرين :
(الأمر الأول) أن عامل الراجح الغالب الوقوع يختفى وراء القاعدة القانونية فتستغرقه ، ويكون منها بمثابة العلة (motif) من المعلوم ، فتنى تقررت القاعدة توارت العلة خلفها ، ولم يعد لها بعد ذلك مجال للظهور (١) . أما هذا العامل في القريئة القانونية فهو نفسه موضوع (objet) القريئة ، وإنما قامت القريئة لتقريره ، فيبقى دائماً بارزاً لا يختفى وراءها (٢) .

فاذا قلنا إن الإنسان يبلغ رشده في الحادية والعشرين ، فقد دفع المشرع إلى تقرير هذه القاعدة الموضوعية أن هذا هو الذى يقع في العادة . ولكن هذا الدافع ، أو هذه العلة ، تختفى وراء القاعدة ، وسواء وقع هذا فعلاً أو لم يقع ، فالإنسان يبلغ رشده - قانوناً - في الحادية والعشرين ، ولو بلغ - طبيعة - قبل ذلك أو بعد ذلك .

وإذا قلنا إن الوفاء بقسط لاحق دليل على الوفاء بقسط سابق ، فقد راعى المشرع في ذلك أيضاً أن هذا هو الذى يقع في العادة ، ولكن هذه العلة لا تختفى وراء القريئة ، بل تبقى بارزة تعمل بعملها كما سيأتى .

(١) جنى في العلم والصياغة في القانون الخاص المرجع السابق - ديكونينيس في القرائن في القانون الخاص ص ٤٤ .

(٢) ديكونينيس في القرائن في القانون الخاص ص ٤٥ وص ٥٢ .

فالقانون لا يتقدم بالقرينة القانونية إلا مسببة (causée) ، أما القاعدة الموضوعية فيتقدم بها مجردة (abs traite) .

(والأمر الثاني) يترتب على الأمر الأول . ذلك أن القاعدة الموضوعية لا تجوز معارضتها بالعلة في تقريرها ، فقد اختلفت هذه العلة واستغرقت القاعدة . فاذا برز إنسان في التاسعة عشرة من عمره ، ودل بتفوقه في الذكاء والعلم أنه أرشد ممن بلغ الحادية والعشرين ، فلا يزال هذا الإنسان قاصراً في نظر القانون ، مهما بلغت منزلته من التفوق . وإذا وجد ، على العكس من ذلك ، إنسان في الحادية والعشرين ، وقد بدت عليه علامات القصور العقلي ، فإنه يعتبر بالرغم من ذلك بالغاً سن الرشد ، إلا إذا كان القصور العقلي قد وصل به إلى حد الغفلة أو العتة ، فعندئذ يحجر عليه . فالقاعدة الموضوعية قد استغرقت علتها ، ولم يعد للعلة مجال للعمل .

أما القرينة القانونية فتجوز معارضتها بعلتها ، فإن العلة لم تستغرقتها القرينة ، بل بقيت إلى جانبها بارزة . فاذا تقدم المؤجر بدليل يثبت أنه ، بالرغم من استيفائه للقسط اللاحق ، لم يستوف القسط السابق ، سمع منه ذلك ، وانهارت قرينة الوفاء بالقسط السابق . ذلك أن القرينة يتقدم بها المشرع مسببة بعلتها كما تقدم القول ، وكون الوفاء بالقسط اللاحق يكون ، في الكثرة الغالبة من الأحوال ، بعد الوفاء بالقسط السابق لا يمنع ، في القلة النادرة من الأحوال ، أن يستوفى المؤجر القسط اللاحق دون أن يستوفى القسط السابق . وقد أثبت المؤجر أن حاله هذه تدرج في القلة من الأحوال لا في الكثرة ، ففي خصوص هذه الحالة تخلفت القرينة لتخلف علتها ، فلا يعمل بها بعد أن دحضها المؤجر (١) .

على أنه لا يجوز أن يفهم من ذلك أن كل قاعدة موضوعية هي قاعدة إجبارية يتحتم تطبيقها ولا يجوز استبعادها ، وأن كل قرينة قانونية تقبل الاستبعاد بالدليل العكسي . فان في القواعد الموضوعية ما لا يفرضه المشرع فرضاً حتمياً في كل الأحوال ، بل ينزل فيه أولاً عند إرادة أصحاب الشأن . فاذا قرر المشرع - في المادة ٤٦٢ من التقنين المدني - أن نفقات عقد البيع تكون على المشتري ، فهو

قد قرر بذلك قاعدة موضوعية استغرقت عنها. ولكنه لم يرد أعمال هذه القاعدة إلا عندما لا يكون للمتعاقدين أية إرادة في هذه المسألة. فإذا لم يكن بينهما اتفاق صريح أو ضمني أو عرف على أن المصروفات يدفعها غير المشتري، فالمشتري هو الذي يدفعها، ما من ذلك بد، ولا يجوز له أن يرفض دفعها بدعوى أن القاعدة الموضوعية التي تلزمه بها قد تخلفت عنها، وأن حالته تندرج في القلة من الأحوال التي لا يدفع فيها المشتري المصروفات، ما دام لم يتفق مع البائع على ذلك. وهنا نرى أن القاعدة إنما هي قاعدة موضوعية قد استغرقت عنها^(١). لكن إذا اتفق المشتري مع البائع اتفاقاً صريحاً أو ضمناً، أو قام عرف، على أن البائع هو الذي يدفع المصروفات، فالمرجع لا يفرض قاعدته على إرادة المتعاقدين، وتخلى القاعدة مكانها للاتفاق أو العرف. وهنا نرى أن هذه القاعدة الموضوعية ليست قاعدة إجبارية (règle impérative)، بل هي قاعدة تكميلية (règle supplétive)، لا تهمل الإرادة لتحل محلها، بل تملأ الفراغ الذي تركه^(٢).

كذلك ليس صحيحاً أن كل قرينة قانونية تقبل الاستبعاد بالدليل العكسي. فن القرائن القانونية ما جعله المشرع قاطعاً لا يجوز أن يستبعد، حتى يستقيم له فرضه من استمرار التعامل. مثل ذلك ما فعله عندما اتخذ من التقادم بسنة واحدة قرينة قاطعة على الوفاء بحق ذكرها في المادة ٣٧٨ من التكوين المدني. فهنا اتخذ التقادم قرينة على الوفاء بحق معينة، كما اتخذ الوفاء بالقسط اللاحق قرينة على الوفاء بالقسط السابق. إلا أنه جعل القرينة الأولى قاطعة، ولم يجز إثبات عكسها. وجعل القرينة الثانية، كما رأينا، قرينة غير قاطعة، وأجاز إثبات عكسها. ولكن تبقى القرينة الأولى، ولو كانت قاطعة، قاعدة للإثبات، فتوافق في ذلك القرائن غير القاطعة، وتنفارق القواعد الموضوعية. فالتقادم بسنة قرينة

(١) ديكوتينيس في القرائن في القانون الخاص ص ٥١.

(٢) ومن القواعد الموضوعية التكميلية (supplétives) أيضاً ما نصت عليه المواد ١٠٣ (دفع العهرون يفيد جواز المدول عن المقدم) و ٣٠٩ (ضمان الهيل ليسار المدين) و ٣١٩ (ضمان المدين الأصل ليسار المال عليه) و ٣٢٢ (عدم انتقال الدين المضمون بالرهن مع العقار المرهون إل ذمة المشتري) و ٣٤٥ (كيفية احتساب خصم الديون عند تعددها) (imputation des paiements) و ٣٤٦ - ٣٤٨ (زمان ومكان ونفقات الوفاء بالدين).

قاطعة على الوفاء بحق معين ، ولكن هذه القرينة لا تعدو أن تكون طريقاً للإثبات ، أو إعفاء منه على الأصح . ويترتب على ذلك أن الخصم الذي تقررت القرينة القاطعة لمصلحته إذا نزل عنها ، وقال إن الدين باق في ذمته ، أو نكل عن البمين التي توجه إليه في ذلك ، فإن إقراره هذا - الصريح أو الضمني - يجعل القرينة تنهار ، بالرغم من أنها قاطعة . ومن ثم تكون كل القرائن القاطعة قابلة للدحض بالإقرار أو البمين كما قدمنا (١) .

٣٣٦ - الانتقال من القاعدة الموضوعية الى القرينة القانونية

ومن القرينة القانونية الى القاعدة الموضوعية رهون بارادة المشرع :
والانتقال من القاعدة الموضوعية الى القرينة القانونية ، أو من القرينة القانونية الى القاعدة الموضوعية ، أمر موكول الى المشرع . فكل من القاعدة الموضوعية والقرينة القانونية من صنعه . فهو إن شاء جعل ما يقرره من ذلك قاعدة موضوعية ، وإن شاء جمعه قرينة قانونية ، وفقاً لما يقدر من الاعتبارات التي تتفاوت في القوة والضعف فنحمله على المسلك الأول أو على المسلك الثاني . وله كذلك ، إن شاء ، أن يهبط بقاعدة موضوعية الى قرينة قانونية ، وأن يرتفع بقرينة قانونية الى قاعدة موضوعية .

وقد هبط المشرع المصري فعلاً بالتقادم ، وهو في الأصل قاعدة موضوعية ، الى أن جعله قرينة قانونية في حالة من حالاته . فعل ذلك كما قدمنا في التقادم المسقط لحقوق معينة بسنة واحدة ، إذ أجاز دحض القرينة بالإقرار أو البمين . ولو استنبى التقادم هنا قاعدة موضوعية ، كما هو شأن سائر حالات التقادم المسقط

(١) وقد سبق أن أشرنا الى المقارنة التي عقدها جنى ما بين القرينة القانونية والهيئة (fiction) . ويمكن الآن تسمي المقارنة وجعلها تنتظم القرينة القانونية والقاعدة الموضوعية والهيئة . فكل من القرينة القانونية والقاعدة الموضوعية تقوم على الراجح الغالب الوقوع ، ولكن هذا العامل يبق بارزاً الى جانب القرينة القانونية ، بينما هو يختص وراء القاعدة القانونية . أما الهيئة فلا شأن لها بالراجح الغالب الوقوع ، بل هي لا أساس لها من الواقع ، إذ تقوم على فرض خلقه المشرع دون أن يلقى بالا هل هذا الفرض يتفق مع الواقع أو ينحرف عنه . فافتراض العلم بالقانون لا أساس له من الواقع ، وكذلك افتراض العلم بالأوراق التي أعلنت لجهة الإدارة أو لجهة النيابة العامة فيما يميزه القانون من ذلك . وأشد هذه الثلاثة خطراً هي الهيئة لأنها لا تقوم على الواقع ، ثم القاعدة الموضوعية لأنها وهي تقوم على الواقع بخنق الواقع ورامعا ، وأقلها خطراً القرينة القانونية فهي تقوم على الواقع ويبقى الواقع بارزاً الى جانبها .

وكل حالات التقادم المكسب ، لما أجاز ذلك .

وارتفع المشرع المصرى بقرينة قانونية إلى منزلة القاعدة الموضوعية ، عندما قرر، في المادة ٩٤٨ من التقنين المدنى، أن الحق في الأخذ بالشفعة يسقط بانقضاء أربعة أشهر من يوم تسجيل عقد البيع . فقد كان في وسع المشرع أن يقتصر على جعل انقضاء هذه المدة قرينة قانونية قاطعة على أن الشفيع قد علم بالبيع ولم يأخذ بالشفعة فسقط حقه . ولكنه لو جعل القاعدة قرينة قانونية على هذا النحو ، لاقتضى ذلك أن يجز للشفيع دحض هذه القرينة باقرار المشتري أو يمينه . فإذا أقر المشتري أن الشفيع لا يعلم بالبيع بالرغم من انقضاء أربعة أشهر على تسجيله ، أو نكل عن اليمين التي توجه إليه في ذلك ، فإن القرينة القانونية القاطعة تنهار ، إذ يدحضها الإقرار أو اليمين ، ويستبقى الشفيع حقه في الأخذ بالشفعة . من أجل ذلك لم ير المشرع أن يختار هذا الطريق ، بل ارتفع بهذه القرينة إلى منزلة القاعدة الموضوعية ، فاستعصبت بذلك على النقص ، ولم يجز دحضها حتى بالإقرار أو اليمين . وبمجرد أن ينقضى على تسجيل البيع أربعة أشهر دون أن يأخذ الشفيع بالشفعة فقد سقط حقه ، حتى لو أقر المشتري - صراحة ، أو ضمناً بأن نكل عن اليمين - أن الشفيع لم يعلم بالبيع .

والذى يحمل المشرع على الانتقال بالقاعدة من مرتبة إلى مرتبة أخرى اعتبارات يراها هو ، وترك إلى محض تقديره كما قدمنا . فقد رأى ، في التقادم سنة واحدة ، نظراً لاحتمال أن المدين لم يكن قد وفى بالدين في هذه المدة القصيرة ، أن يحكم في ذلك ضميره . فنزل بالقاعدة إلى مرتبة القرينة القانونية القاطعة ، ليجز دحضها بالإقرار واليمين . وكان يستطيع أن ينزل بها إلى مرتبة أدنى ، فيجعلها قرينة قانونية غير قاطعة يجوز دحضها ، لا بالإقرار واليمين فحسب ، بل أيضاً بجميع الطرق التي قررها القانون (١) ورأى ، في سقوط الشفعة بأربعة أشهر ، أن الشفعة حق غير مرغوب فيه ، وأراد أن يحجم النزاع في شأنه ، وأن يجعل سقوطه بهذه المدة أمراً لا يحتمل الجدل . فارتفع بالقاعدة إلى أن تكون قاعدة موضوعية ، وجعلها بذلك لا تقبل الدحض حتى بالإقرار أو اليمين .

(١) فلان ديكوتينيس ص ١٢١ - ص ١٢٢ .

٣٣٦ - قواعد موضوعية تكفي خطأ بأنها قرائن قانونية :

ويتبين من كل ذلك وجوب التمييز ما بين القواعد الموضوعية والقرائن القانونية . فكثيراً ما يقع الخلط بينها : تخلط القاعدة الموضوعية الإجبارية بالقرينة القانونية القاطعة ، وتخلط القاعدة الموضوعية التكميلية بالقرينة القانونية غير القاطعة (١) .

وقد أسىء فهم بعض القواعد الموضوعية ، فكيفت خطأ بأنها قرائن قانونية . وجعلت قرائن قاطعة لا يجوز إثبات عكسها . ولما كانت هذه القواعد قواعد إجبارية لا يجوز دحضها حتى بالإقرار واليمين ، مع أن القرائن القاطعة يجوز دائماً دحضها بهذين الطريقتين كما قدمنا ، فقد قيل في تبرير عدم قابليتها للدحض أنها قرائن قانونية قاطعة تتعلق بالنظام العام ، وقد سبقت الإشارة إلى ذلك . والصحيح أنها قواعد موضوعية إجبارية ، لا قرائن قانونية قاطعة ، وهذا وحده هو الذي يبرر أنها لا تدحض حتى بالإقرار واليمين . ومن هذه القواعد - عدا حجة الأمر المقضي والتقدم اللذين تقدم ذكرهما - الحيازة في المنقول ، والتصرف في مرض الموت ، ومسئولية المتبوع عن التابع (٢) .

فالحيازة في المنقول قاعدة موضوعية إجبارية ، لا قرينة قانونية قاطعة . فقد رأى المشرع أن يحمي حائز المنقول حسن النية بسلاح أقوى من سلاح القرينة القانونية ولو كانت قاطعة . ومن ثم أصبح من يجوز المنقول وهو حسن النية ، بفضل هذه القاعدة الموضوعية ، مالكاً له . وأصبحت ملكيته ثابتة مستقرة ، لا يزهرعها حتى بالإقرار أو اليمين . أراد المشرع أن يستقر التعامل في المنقول ، وتلك اعتبارات عليا مستقل بتقديرها ، وبملك زمامها ، فيضغ من القواعد ما يراه مناسباً لحماية الأوضاع القانونية المختلفة . تارة بكتني بقرينة قانونية غير قاطعة . وطوراً يجعل القرينة القانونية قاطعة . وأخرى يرتفع عن نطاق القرائن وقواعد الإثبات ، ويرى أن الحماية المناسبة هي قاعدة موضوعية لا تقبل النقص

(١) ديكوتينيس ص ٤٥ - ص ٤٦ .

(٢) ونذكر منها أيضاً القواعد التي نصت عليها المواد ٤٤ إلى ٤٦ و ١١٢ إلى ١١٦ (المسوى

المميز والهجور والبالغ من الرشد) و ٢٢٨ (وجود ضرر تعرض عنه الفوائد) و ٢٣٦ (نهاية

للثان عن مديته في الدعوى غير المباشرة) و ٩٣٦ (الأخذ بالشفعة للفق أي الجوار) .

بحال من الأحوال . هذا هو التدرج في الحماية ، درجة فوق درجة ، يؤتيها المشرع من يشاء كما يشاء ، وهو في كل ذلك يتوخى أن يكون لكل وضع قانوني الحماية التي تناسبه . ونذكر من ذلك الصلة ما بين القرائن القانونية والقواعد الموضوعية ، فليس بينها من حجاب كثيف ، ولكنها مراحل متدرجة في الحماية : القرينة القانونية غير القاطعة في المرتبة الدنيا ، ثم القرينة القانونية القاطعة في مرتبة أعلى ، ثم القاعدة الموضوعية في القمة من مدارج الحماية .

وكذلك قل عن التصرف الصادر في مرض الموت إذا قصد به التبرع . وضع له المشرع ، في الفقرة الأولى من المادة ٩١٦ من التقنين المدني ، قاعدة موضوعية نجعله تصرفاً مضافاً إلى ما بعد الموت . وهي قاعدة لا تقبل النقص ، ولو كان عن طريق الإقرار أو اليمين . والمشرع ليس في حاجة هنا إلى التصريح بعدم جواز إثبات العكس ، لأنه في صدد قاعدة موضوعية إجبارية ، لا في صدد قرينة قانونية قاطعة . أما مجرد صدور التصرف في مرض الموت ، فقد جعل منه المشرع ، في الفقرة الثالثة من المادة ٩١٦ ، قرينة قانونية غير قاطعة تفيد أن التصرف قصد به التبرع ، ما لم يثبت من صدر له التبرع أن التصرف معاوضة .

ومسئولية المتبوع عن التابع لا تقوم على قرينة قانونية قاطعة بالخطأ كما يذهب الكثيرون ، بل هي مبنية على قاعدة موضوعية . وهذه القاعدة تقضي بأن المتبوع مسئول عن التابع على أساس الضمان أو النيابة أو الحلول . فهي مسئولية عن الغير ، بل لعلها هي الحالة الوحيدة في المسئولية عن الغير^(١) . ولم يجد المشرع حاجة ، وهو في صدد قاعدة موضوعية إجبارية لا قرينة قانونية قاطعة ، أن ينص على عدم جواز إثبات العكس كما فعل عند ما واجه القرائن القانونية القاطعة في مسئولية حارس الحيوان (م ١٧٦ مدني) وفي مسئولية حارس الأشياء (م ١٧٨ مدني) .

والتقادم ، مكسباً كان أو مسقطاً ، عدا التقادم المسقط بسنة واحدة وقد

(٢) انظر الوسيط الجزء الأول فقرة ٦٩١ - وانظر أيضاً جني في العلم والسياسة في القانون الخاص جزء ٢ ص ٣١٠ - ص ٣١١ - ديكتينيس في القرائن في القانون الخاص فقرة ٦٠ ص ١٤٥ - ص ١٤٧ .

تقدم ذكره ، قاعدة قانونية إجبارية ، لا قرينة قانونية قاطعة . ومن ثم لا يقبل أن يدحض ، حتى بالإقرار واليمين .

وحجة الأمر المقضى لا تستند إلى قرينة قانونية قاطعة . بل هي قاعدة موضوعية ، لا تقبل النقض ، ولو بالإقرار أو اليمين . وقد وضعها التقنين المدني المصري - الجديد والقديم - خطأ بين القرائن القانونية ، ونص على عدم جواز نقضها بالدليل العكسي ، فجارى في ذلك أكثر التقنينات ، ولم يتحرر من هذا الخطأ الشائع (١) .

المطلب الثاني

القرينة القانونية غير القاطعة أو النسبية أو البسيطة

(présomption relative, simple, juris vel juris tantum)

٣٣٨ - القرينة القانونية غير القاطعة تعنى مع الإثبات بالقرينة

القانونية القاطعة: القرينة القانونية غير القاطعة تعنى من تقررت القرينة لمصلحته من الإثبات : تعفيه إعفاء تاماً ولا تقتصر على نقل عبء الإثبات إلى خصمه ، شأنها في ذلك شأن القرينة القانونية القاطعة (٢) .

(١) فارن الأستاذ سليمان مرقس في أصول الإثبات فقرة ١٥٩ مكررة ص ٢٦٦ وفقرة ١٦٨ .

(٢) ديكونينيس في القرائن في القانون الخاص فقرة ٩٣ ص ٢٣٠ - ص ٢٣٣ .

وقد قسم ديكونينيس القرائن القانونية غير القاطعة إلى (١) قرائن تقوم على افتراض أولي (à priori) يضمه المشرع ليصل منه إلى تطبيق قاعدة قانونية فييسر من أعمال هذه القاعدة ، كافتراض أن الأصل في الملك ألا يكون مثقلاً بحق للغير ، وأن الأصل في المهتم البراءة ، وأن الولد للفراش ، وأن أعمال التاجر تعد في الأصل أعمالاً تجارية ، وأن حسن النية مفروض في الحياة (ب) وقرائن مستقلة عن تطبيق قاعدة قانونية تقوم على فكرة الراجع الغالب الوقوع ، وقد ارتفع بها المشرع من مرتبة القرينة القضائية إلى مرتبة القرينة القانونية حتى يلزم بها القاضى والمصوم ، فيجعلها بمنأى عن النزاع والجدل ، ويقتصد فيما يبذل من جهد في الإثبات (économie de preuve) : وذلك كافتراض العلم بالتعبير عن الإرادة بمجرد وصول التعبير إلى من وجه إليه ، وافتراض الوفاء بقسط الأجرة السابق إذا أثبت المستأجر أنه دفع القسط اللاحق (ديكونينيس في القرائن في القانون الخاص ص ١٨٦ - ص ٢١١) .

مثل ذلك : تنص الفقرة الأولى من المادة ١٣٧ من التقنين المدني على أن وكل التزام لم يذكر له سبب في العقد يفترض أن له سبباً مشروعاً ، ما لم يقيم الدليل على غير ذلك . فهنا أعني القانون الدائن من إثبات أن للالتزام الذي يطالب به المدين سبباً مشروعاً ، مع أن السبب المشروع ركن في الالتزام ، وكان ينبغي أن يقوم الدائن بإثباته . وليس الأمر هنا هو نقل عبء الإثبات إلى عاتق المدين ، بل إن الدائن - وقد أعني من الإثبات - يعتبر أنه قدم إثباتاً كاملاً على وجود السبب المشروع . وإذا كان النص يقول : « ما لم يقيم دليل على غير ذلك » ، فليس ذلك إلاجرياً على الأصل من أن كل دائل تمكن معارضته بدليل ينقضه . فالخصم إذا قدم دليلاً كتابياً أو بيّنه على ما يدعيه فإنه يكون قد قدم دليلاً كاملاً ، ولكن هذا لا يمنع خصمه من أن يقدم دليلاً ينقض دليله . فالدليل العكسي في القرينة غير القاطعة ليس نتيجة لنقل عبء الإثبات إلى الخصم الآخر ، بل هو تطبيق لأصل من أصول الإثبات يقضى بمقارعة الدليل بالدليل . ومن ثم يكون جواز إثبات العكس في القرينة غير القاطعة هو استصحاب للأصل ، وعدم جواز ذلك في القرينة القاطعة هو خروج على الأصل فاقضى نصاً خاصاً كما قدمنا .

ثم تنص الفقرة الثانية من نفس المادة على أن « يعتبر السبب المذكور في العقد هو السبب الحقيقي حتى يقوم الدليل على ما يخالف ذلك ، فإذا قام الدليل على صورة السبب ، فعلى من يدعى أن للالتزام سبباً آخر مشروعاً أن يثبت ما يدعيه . فهنا أيضاً يعني القانون الدائن من إثبات أن السبب المذكور في العقد هو السبب الحقيقي ، وتقوم قرينة قانونية على أن السبب الحقيقي هو السبب المذكور في العقد . ولما كانت القرينة غير قاطعة ، وجب التزام الأصل ، والترخيص للخصم الآخر أن ينقض الدليل المستفاد من هذه القرينة . وقد بين المشرع طريقاً خاصاً لنقض هذا الدليل ، هو أن يثبت المدين أن السبب المذكور في العقد إنما هو سبب صوري لا حقيقة له . عند ذلك ينهار الدليل المستفاد من القرينة القانونية المتقدمة الذكر ، ولا يصبح السبب المذكور في العقد هو السبب الحقيقي ، ويبقى السبب الحقيقي غير ثابت ، وعلى الدائن ، وهو الذي يدعى الدين في ذمة مدینه ، أن يثبت أحد أركان هذا الدين وهو وجود السبب المشروع (١) .

(١) وقد نضت محكمة النقض بأن إذا ذكر في سند الدين أن القيمة دفعت نقداً ونفى المدين -

إثبات عكسها بالبينة أو بالقرائن القضاية ، الى جانب الطرق المتقدمة ، وذلك وفقاً للقواعد العامة في الإثبات^(١) .

ويقتصر الشك على ما إذا كانت القرينة القانونية غير القاطعة قد استخدمت في إثبات تصرف قانوني تزيد قيمته على عشرة جنيهات ، فهل يجوز إثبات العكس بالبينة أو بالقرائن القضاية على خلاف ما تقضى به القواعد العامة في الإثبات ، أو أنه يجب التزام هذه القواعد فلا يجوز إثبات العكس إلا بالكتابة أو الإقرار أو اليمين؟ يرى بعض الفقهاء جواز إثبات العكس في هذه الحالة بالبينة أو القرائن القضاية ، لأن القرينة القانونية لا تعدو أن تكون قرينة كسائر القرائن ، والقرينة تنقض بقرينة مثلها ولو كانت قرينة قضاية ، ومتى أمكن إثبات العكس بالقرينة القضاية جاز الإثبات أيضاً بالبينة^(٢) . وكنا ممن يقول بهذا الرأي^(٣) . ولكن

(١) ولما كان حسن النية واقعة مادية ، فإنه يجوز إثبات العكس ، أى سوء النية ، بجميع طرق الإثبات (استئناف مختلط ١٢ أبريل سنة ١٩٤٥ م ٥٧ ص ١٢٢) . وإذا كانت القرينة القانونية مستفادة من ورقة مكتوبة ، كالمخالصة بقسط الأجرة اللاحق وهي قرينة حل الوفاء بالقسط السابق ، واستخدمت في إثبات تصرف قانوني لا تزيد قيمته حل عشرة جنيهات ، فإنه يمكن إثبات عكس القرينة بالبينة ، وليس في هذا إثبات لعكس المكتوب ، بل هو إثبات لعكس القرينة القانونية المستفادة من المكتوب .

وهناك قلة من الفقهاء الفرنسيين يذهبون إلى أنه لا يجوز إثبات عكس القرينة القانونية غير القاطعة بقرينة قضاية (تولىه ١٠ فقرة ٦٣ — زاخاريه فقرة ٧٦٦) ، ولكن الكثرة الدالبة من الفقهاء يجيزون ذلك ، عندما تكون القرينة القانونية قد استخدمت في إثبات ما يجوز إثباته بالبينة أو بالقرائن القضاية (أوبري ورو ١٢ فقرة ٧٥٠ ص ١٠٢ وهامش رقم ٦ — دهرانتون ١٣ فقرة ٤١٢ — بونيه ٢ فقرة ٨٤١ — لارومبيير ٧ م ١٣٥٢ فقرة ٨ — ديمولومب ٣٠ فقرة ٢٦٨ — لوران ١٩ فقرة ٦١٦ — بودرى وبارد ٤ فقرة ٢٢٦١ — بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٥٥٠ ص ١٠١٢ — ص ١٠١٣ — بيدان وپرو ٩ فقرة ١٢٩٦ ص ٣٨٥) .

(٢) انظر في هذا المعنى الأستاذ سليمان مرقس في أصول الإثبات فقرة ١٦٤ — الأستاذ أحد نشأت في الإثبات ٢ فقرة ٧٤٥ . الأستاذ عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٢٢٩ . وكانت المادة ٢٨٤/٢١٩ من التفتين المدنى السابق قد أقامت كما قدمنا قرينة قانونية غير قاطعة بجعل تسليم سند الدين للمدين دليلاً على برامة ذمته ، ثم أجازت المادة ٢٨٥/٢٢٠ من هذا التفتين إثبات عكس هذه القرينة بالبينة في جميع الأحوال (استئناف مختلط ٢٥ أبريل سنة ١٨٩٤ م ٦ ص ٢٤٧—١٣ فبراير سنة ١٨٩٦ م ٨ ص ١١٧—١٨ ديسمبر سنة ١٩٢٩ م ٤٢ ص ١٠٨ — الموجز للمؤلف فقرة ٦٨٩) .

(٣) الموجز فقرة ٧٠٢ .

متى تقرر أن القرينة القانونية تعني من الإثبات، ولو كانت غير قاطعة، وترتب على ذلك أن من تقرر لمصلحته هذه القرينة يعتبر أنه قدم إثباتاً كاملاً على ما بدعيه، كما قدمنا، كانت النتيجة اللازمة أن الخصم الآخر أصبح هو المكلف بالإثبات، فعليه أن يعارض الدليل بالدليل، وعليه أن يفعل ذلك وفقاً للقواعد العامة في الإثبات لأن القانون لم ينص على شيء يخالف هذه القواعد في هذه المسألة. ومن ثم إذا كانت القرينة القانونية غير القاطعة قد استخدمت في إثبات تصرف قانوني تزيد قيمته على عشرة جنيهات، لم يجوز إثبات عكسها إلا بالكتابة أو الإقرار أو اليمين^(١). فلو أن المستأجر قدم اثباتاً للوفاء بقسط سابق من الأجرة يزيد على عشرة جنيهات القرينة القانونية المستفادة من وفائه بالقسط اللاحق، فانه يجوز للمؤجر أن يثبت أن المستأجر، بالرغم من أنه وفي بالقسط اللاحق، لم يقم بوفاء القسط السابق. ولكن لما كان هذا القسط السابق يزيد على عشرة جنيهات، ولم يكن من الممكن إثبات وفائه بالبينة أو بالقرائن، كذلك لا يجوز إثبات عدم وفائه إلا بالطرق التي يجوز بها إثبات الوفاء^(٢).

٣٤٠ - بعض القرائن القانونية غير القاطعة لا يجوز اثبات

عكسها إلا على نحو خاص: ويوجد في التقنين المدني الفرنسي قرائن قانونية غير قاطعة يجوز إثبات عكسها، ولكن المشرع نص على أن يكون هذا الإثبات على نحو خاص. ويذكر الفقهاء الفرنسيون عادة مثلاً لذلك القرينة التي تقضي بأن الولد للفراش، وهي القرينة المنصوص عليها في الفقرة الأولى من المادة ٣١٢ من التقنين المدني الفرنسي. فهذه القرينة لا يجوز إثبات عكسها إلا على النحو

(١) انظر في هذا المعنى أوبري ورو ١٢ فقرة ٧٥٠ ص ١٠٢ وهامش رقم ٦ - بودرى وبادر ٤ فقرة ٢٦٦١ - بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٥٥٠ ص ١٠١٢ - ص ١٠١٣ - وقارب بيدان وپرو ٩ فقرة ١٢٩٦ ص ٢٨٥.

(٢) أما إذا أريد إثبات عكس قرينة قانونية مستفادة من ورقة مكتوبة، وكان الذي يراد إثباته سبباً غير مشروع، فيجوز إثبات ذلك بالبينة، وفقاً للقواعد العامة (انظر نقض مدني ٢ أبريل سنة ١٩٥٣ مجموعة أحكام النقض ٤ رقم ١٢٠ ص ٨٤٢ وقد سبقت الإشارة إلى هذا الحكم).

الذي قررته المادتان ٣١٢ و ٣١٣ من التقنين المدني الفرنسي^(١). ويذكرون أيضاً القرينة التي تقضى بأن الحائط الذي يفصل ما بين بنائين يعد مشتركاً. وهي القرينة المنصوص عليها في المادة ٦٥٣ من التقنين المدني الفرنسي. وهي أيضاً لا يجوز إثبات عكسها إلا بطرق معينة ذكرتها المواد ٦٥٣ و ٦٦٦ و ٦٧٠ من هذا التقنين^(٢).

ويمكن أن نجد في التقنين المدني المصري نظائر لهذه القرائن. نذكر من ذلك: (١) ما نصت عليه المادة ٢٣٩ من أنه « إذا ادعى الدائن إعسار المدين فليس عليه إلا أن يثبت مقدار ما في ذمته من ديون ، وعلى المدين نفسه أن يثبت أن له مالا يساوي قيمة الديون أو يزيد عليها ». ويتبين من هذا النص أن الدائن إذا أثبت أى مقدار من الديون في ذمة مدينه، قامت قرينة قانونية على أن هذا المدين معسر، ولكنها قرينة غير قاطعة أجاز النص إثبات عكسها على نحو خاص ، بأن يثبت المدين أن عنده مالا يساوي قيمة هذه الديون أو يزيد عليها. (٢) ما نصت عليه المادة ٩٦٣ من أنه « إذا تنازع أشخاص متعددون على حيازة حق واحد اعتبر بصفة مؤقتة أن حائزه هو من له الحيازة المادية، إلا إذا ظهر أنه قد حصل على هذه الحيازة بطريقة معينة ». وهذا نص يجعل الحيازة المادية قرينة على الحيازة القانونية، وهي قرينة غير قاطعة، جعل القانون الطريق لنقضها هو إثبات عيب في الحصول على الحيازة المادية. (٣) ما نص عليه التقنين المدني في مواطن كثيرة (مثلاً المادة ١٧٦ و المادة ١٧٨ و المادة ٢١٥) من أن علاقة السببية ما بين الخطأ والضرر - وتقوم على قرينة غير قاطعة - تنقض باثبات السبب الأجنبي. (٤) ما نصت عليه الفقرة الثانية من المادة ٥٨٤ من أنه « إذا تعدد المستأجرون لعقار واحد ، كان كل منهم مسئولاً عن الحريق بنسبه الجزء الذي يشغله، ويتناول ذلك المؤجر

(١) وفي الفقه الإسلامى توجد أيضاً قاصدة شرعية تقضى بأن الولد للفراش ، والعمان هو الطريق المقرر لنقض هذه القرينة .

(٢) أما في التقنين المدني المصري (م ٨١٧) فلم يعين المشرع طرقاً معينة لإثبات العكس . انظر في هذه القرائن في التقنين المدني الفرنسي أوبرى ورو ١٢ فقرة ٧٥٠ ص ١٠٦ - بلانول وريير وجابولد ٧ فقرة ١٥٥٠ ص ١٠١٣ و هامش رقم ١ - بيدان وپر ٩ فقرة ١٢٩٦ - ويجعل أوبرى ورو هذه القرائن في مرتبة وسطى ما بين القرائن القانونية القاطعة والقرائن القانونية غير القاطعة (انظر المرجع المتقدم) . ويدهوها ديكوتينيس بالقرائن النسبية (relatives) (ديكوتينيس في القرائن في القانون الخاص ص ١٣٥ - ص ١٨٢) .

إن كان مقبياً في العقار ، هذا ما لم يثبت أن النار ابتدأ شوبها في الجزء الذي يشغله أحد المستأجرين فيكون وحده مسئولاً عن الحريق . فالمستأجر مسئول عن حريق العين المؤجرة مسئولة قائمة على خطأ عقدي مفروض ، يجوز نفيه باثبات أن النار ابتدأ شوبها في جزء يشغله أحد المستأجرين الآخرين (١) .

الفرع الثاني

حجية الأمر المقضى

(L'autorité de la chose jugée)

تمهيد

٣٤١ - مطار هذا الموضوع هو قانونه المرافعات : سنرى أن حجية الأمر المقضى تكون غالباً في صورة دفع بعدم جواز سماع الدعوى ، أو بعدم قبولها ، لسبق الفصل فيها . وكان هذا التكييف يقتضى أن يدرس الموضوع في مباحث قانون المرافعات مع سائر أوجه الدفع بعدم قبول الدعوى (٢) . والدفع بعدم جواز سماع الدعوى لسبق الفصل فيها أساسه على كل حال قاعدة موضوعية ، لا قرينة قانونية .

(١) ويمكن في هذه المناسبة عقد مقارنة بين الورقة كدليل كتابي والقرينة القانونية من حيث جواز إثبات العكس . فالورقة العرفية يمكن إثبات عكسها بالكتابة والإقرار واليمين ، والقرينة القانونية - ما لم تكن قاطعة - يجوز أيضاً إثبات عكسها بالكتابة والإقرار واليمين بل وبالبيئة والقرائن القضاية إذا استخدمت في إثبات غير التصرفات القانونية التي تزيد قيمتها على عشرة جنيهات كما قدمنا . والورقة الرسمية تشمل على أجزاء لا يجوز إثبات عكسها إلا بطريق معين هو طريق الطعن بالتزوير ، ومن القرائن القانونية ما لا يجوز إثبات عكسها إلا بطريق معين كذلك (قارن الأستاذ سليمان مرقس في أصول الإثبات ص ٢٧٠ هامش رقم ١) .

وغيره عن البيان أن تعيين القرائن القانونية ، وتحديد ما هو قاطع منها وما هو غير قاطع ، وكيف يجوز إثبات العكس ، كل هذه مسائل قانون تخضع لرقابة محكمة النقض .

(٢) انظر جارسونه وسيزاربريه ٣ فقرة ٧٠٣ وما بعدها - جلاسون وتيسيه وموريل ٣

فقرة ٧٧٤ وما بعدها - بلانبول وريبير وجابولد ٧ ص ١٠١٤ هامش رقم ٣ .

ولكن التقنين المدني الجديد - وهو في ذلك يساير التقنين المدني السابق والتقنين المدني الفرنسي والتقنينات المدنية الحديثة - خرج بحجة الأمر المقضي عن أن تكون قاعدة موضوعية^(١) (règle de fond) الى جعلها قرينة قانونية^(٢) (présomption légale). وهي قرينة قانونية قاطعة ، فقد نص صراحة على عدم جواز قبول دليل ينقض هذه القرينة .

ولما كان المشرع ، كما قدمنا ، هو الذي يمسك في يده زمام القواعد الموضوعية والقرائن القانونية ، فيرتفع إن شاء بالقرينة القانونية إلى منزلة القاعدة الموضوعية ، ويهبط إن شاء بالقاعدة الموضوعية إلى مرتبة القرينة القانونية ، فلا بد إذن من بحث حجة الأمر المقضي متصلة بالقرائن القانونية ، نزولاً على حكم القانون^(٣).

٣٤٢ - حجية الأمر المقضي وقوة الأمر المقضي : ولما كانت

(١) ويقول بلانيول وريبير وجابولد أن هذه القرينة القانونية تستر في الحقيقة قاعدة موضوعية ، ولا تقوم الحجية النسبية للحكم على أساس قرينة تفيد أن الحكم هو عنوان الحقيقة ، وإلا لكان عنوان الحقيقة بالنسبة إلى الجميع . ولكن الحجية النسبية تقوم على الاعتبار الآتي : لما كان القاضي معاهداً وكان المحصوم هم الذين يقدمون الأدلة ، فالحقيقة القضائية مرهونة بما يقدمون من ذلك ، ومن أجل هذا كان الحكم حجة عليهم هم دون غيرهم (بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٥٥٦ ص ١٠٢٣) . انظر أيضاً بيدان وپرو ٩ فقرة ١٣٢٧ - فقرة ١٣٣٨ .
(٢) وتفيد هذه القرينة أن الحكم هو عنوان الحقيقة : Resjudicata pro veritate habetur .

(٣) وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى تبيراً لوضع حجية الأمر المقضي في التقنين المدني ما يأتي : «تصل حجية الشيء المقضي به بآثار الأحكام ، ويدخل تنظيمها من هذا الوجه في قانون المرافعات . بيد أن تقنين المرافعات المصري قد أغفل هذا التنظيم ، في حين عرض له التقنين المدني المصري في المادة ٢٣٢/٢٩٧ . ولم تقتصر هذه المادة على إقامة قرينة الحجية دون جواز قبول أي دليل لنقضها ، بل تناولت أيضاً موضوع هذه الحجية وشروطها . ولما هو منسحق التقنين الفرنسي ، والتقنين الإيطالي (م ١٣٥١) ، والتقنين الهولندي (م ١٩٥٤) والتقنين الإسباني (١٢٥٢م) والتقنين الكندي (م ١٢٤١) والتقنين المراكشي (م ٤٥١م) والمشروع الفرنسي الإيطالي (م ٣٠٢) . على أن التقنين البرتغالي لا يدرج حجية الشيء المقضي به في هذا القرائن (م ٢٥٠٢-٢٥٠٥) بل يدخلها في نطاق الأدلة الكتابية . والواقع أن حجية الشيء المقضي به تنطوي على معنى الدليل ، وإن كانت قاعدة من قواعد نظام القضاء ، ولذلك روي إبقاء النص الخاص بها في مشروع التقنين المدق بين النصوص الخاصة بالقرائن القانونية على فرار ما هو متبع في أكثر التقنينات» (مجموعة الأعمال المحضرة ٣ ص ٤٢٠-٤٢١) .

التعبيرات الفنية في هذا الموضوع مضطربة ، وقد أدى اضطرابها إلى وقوع كثير من اللبس ، وجب البدء في تحرير هذه التعبيرات ، وتنقية الموضوع مما يحوطه من إبهام واضطراب .

فيجب التمييز بين حجية الأمر المقضى (autorité de la chose jugée) وقوة الأمر المقضى (force de la chose jugée) .

فحجية الأمر المقضى معناه أن للحكم حجية فيما بين الخصوم وبالنسبة إلى ذات الحق محلاً وسبباً . فيكون الحكم حجة في هذه الحدود ، حجة لا تقبل الدحض ولا تزحزح إلا بطريق من طرق الطعن في الحكم . وثبتت هذه الحجية لكل حكم قطعي ، أي لكل حكم موضوعي يفصل في خصومة ، سواء كان هذا الحكم نهائياً أو ابتدائياً ، حضورياً أو غيابياً . وتبقى للحكم حجيته إلى أن يزول ، فإن كان غيابياً حتى يزول بالغائه في المعارضة ، وإن كان ابتدائياً حتى يزول بالغائه في الاستئناف ، وإن كان نهائياً حتى يزول بنقضه أو بقبول التماس إعادة النظر فيه (١) .

وقوة الأمر المقضى مرتبة يصل إليها الحكم إذا أصبح نهائياً غير قابل لا للمعارضة ولا للاستئناف ، أي غير قابل للطعن فيه بطريق من طرق الطعن الاعتيادية ، وإن ظل قابلاً للطعن فيه بطريق غير اعتيادي .

ويجب التمييز في كثير من العناية بين حجية الأمر المقضى وقوة الأمر المقضى ، فكثيراً ما يقع الخلط بينهما في الفقه والقضاء والتشريع (٢) ، وكثيراً ما تستعمل

(١) ولحجية الأمر المقضى معنى آخر في القانون الفرنسي : قابلية الحكم للتنفيذ إلى أن يطعن فيه . ذلك أن الأحكام في القانون الفرنسي تكون قابلة للتنفيذ إلى أن يطعن فيها ، فالذي يقف تنفيذها ليس هو ميعاد الطعن بل هو الطعن ذاته (دي باج ٣ فقرة ٩٤٠ ص ٩٣٧ - ص ٩٣٨) . ويقول دي باج في موضع آخر (جزء ثالث فقره ٩٤٠ ص ٩٤٢) إن الحكم القابل للطعن فيه تكون له حجية الأمر المقضى بالمعنيين ، فهو حجة على الخصوم وقابل للتنفيذ . فإذا ما طعن فيه فعلا ، زال المعنى الثاني - القابلية للتنفيذ - وبقي المعنى الأول ، إذ يكون حجة على الخصوم إلا أن يؤدي الطعن إلى إلغائه (انظر أيضاً في هذا المعنى أوبري ورو ١٢ فقرة ٧٦٩ ص ٤٥١ وهامش رقم ١١١ مكرر) .

(٢) ومن أسباب هذا الخلط ما يرجع إلى لغة القانون الفرنسي . فالحكم القطعي (définitif) يحوز الحجية (autorité) ، والحكم النهائي (définitif) يحوز القوة (force) ، فوهم الخلط من استعمال لفظ (définitif) بمعنى القطعي والنهائي في وقت واحد . أما في لغتنا العربية =

إحدى العبارتين ويكون المقصود بها العبارة الأخرى . والتقنين المدني الجديد نفسه قد وقع في هذا الخلط حين قال في الفقرة الأولى من المادة ٤٠٥ :
«الأحكام التي حازت قوة الأمر المقضى، وهو يقصد حجبية الأمر المقضى» (١) .
فالحكم القطعي ، نهائياً كان أو ابتدائياً ، حضورياً أو غيبياً ، تثبت له حجبية الأمر المقضى كما قدمنا ، لأنه حكم قضائي فصل في خصومة . ولكن هذا الحكم لا يجوز قوة الأمر المقضى إلا إذا أصبح نهائياً غير قابل للمعارضة ولا للاستئناف ، بأن كان في ذاته غير قابل للطعن ، أو كان يقبل الطعن وانقضت مواعيده ، أو طعن فيه ورفض الطعن . ففي جميع هذه الأحوال يكون الحكم نهائياً حائزاً لقوة الأمر المقضى ، ولو كان قابلاً للطعن بطريق غير اعتيادي كما أسلفنا . أما إذا كان الحكم قابلاً للمعارضة أو للاستئناف فانه لا يجوز قوة الأمر المقضى ، ولكن تكون له حجبية الأمر المقضى ، وتبقى هذه الحجبية قائمة ما دام الحكم قائماً ، حتى لو طعن فيه بالمعارضة أو الاستئناف (٢) . فإذا ألغى نتيجة للطعن ، زال وزالت معه حجبيته . أما إذا تأيد ، ولم يعد قابلاً للمعارضة ولا للاستئناف ، بقيت له حجبية الأمر المقضى وانضافت لها قوة الأمر المقضى . ومن ثم يتبين أن كل حكم يجوز قوة الأمر المقضى يكون حتماً حائزاً لحجبية الأمر المقضى ، والعكس غير صحيح . ويتبين كذلك أن الحكم القطعي في أدنى مراتبه - وهي مرتبة الحكم الابتدائي الغيابي - يكون : (أولاً) له حجبية الأمر المقضى ، ولا تزول هذه الحجبية إلا بالغاء الحكم عن طريق الطعن فيه . (ثانياً) ليست له قوة الأمر المقضى ، إلى أن يصبح نهائياً (passé en force de chose jugée) ،

= فيسهل التمييز بين الحكم القطعي ويجوز الحجبية دون القوة ، والحكم النهائي ويجوز الحجبية والقوة معاً .

(١) وكثيراً ما توهم لفة الأحكام القضائية أن الحكم لا يجوز حجبية الأمر المقضى إلا إذا أصبح نهائياً حائزاً لقوة الأمر المقضى : انظر استئناف مختلط ١٢ يناير سنة ١٩٢٠ م ٣٢ ص ١١٢ - ٢٦ يناير سنة ١٩٢٦ م ٣٨ ص ١٩٥ - ١٤ يونيو سنة ١٩٢٨ م ٤٠ ص ٤٢٧ - ٢٢ مايو سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٥١٤ - ٢٦ فبراير سنة ١٩٣١ م ٤٣ ص ٢٥٧ - ٣ ديسمبر سنة ١٩٣٦ م ٤٩ ص ٣٣ - ٣١ مارس سنة ١٩٤٢ م ٥٤ ص ١٥٦ .

(٢) ومع ذلك انظر استئناف مختلط ٣٠ أكتوبر سنة ١٩١٢ م ٢٥ ص ٣ (وهو يوقف حجبية الحكم بمجرد الطعن فيه ، فإذا ما قبل الطعن زالت الحجبية نهائياً) .

فيحوز هذه القوة بالإضافة إلى الحجية . (ثالثاً) على أن الحكم ، حتى إذا وصل إلى هذه المرتبة من القوة ، يبقى ، بالرغم من حيازته لحجية الأمر المقضى ولقوة الأمر المقضى ، معرضاً للإلغاء عن طريق طعن غير اعتيادي . فإذا لم يبلغ ، أوقات الميعاد دون أن يطعن فيه ، أو كان منذ البداية غير قابل للطعن فيه . بطريق غير اعتيادي ، استقرت له الحجية والقوة على وجه غير قابل للزوال (١) و(٢) .

(١) ويذهب رأى إلى أن الحكم ، حتى في هذه المرتبة القصوى من الحجية والقوة ، يجوز إلغاؤه بدعوى بطلان (action en nullité) إذا ثبت أن الخصم قد حصل عليه بطريق الغش ، وذلك تطبيقاً للقاعدة التي تقضى بأن الغش يفسد العمل (fraus omnia corrumpit) (بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٥٥٤ ص ١٠١٧ هامش رقم ٢ وقد أشير إلى حكيمين من محكمة النقض الفرنسية : ٦ ديسمبر سنة ١٨٥٩ دالوز ٦٠ — ١ — ١٧ — ١٦ فبراير سنة ١٩٢١ سيريه ١٩٢١ — ١ — ٣٦٤ ، وإلى حكم من محكمة الاستئناف المختلطة : ١٩ يناير سنة ١٩٢٦ م ٣٨ ص ١٨١) . انظر أيضاً الأستاذ سليمان مرقس في أصول الإثبات ص ٢٨٧ هامش رقم ٣ — أما القضاء المختلط الذي أشار إليه بلانيول وريبير وجابولد فيما قدمنا ، فبعض أحكامه تجيز إلغاء الحكم المشوب بالغش عن طريق دعوى بطلان أصلية : استئناف مختلط ٢٧ أبريل سنة ١٩١٥ م ٢٧ ص ٢٩٥ — ٢٥ يناير سنة ١٩١٧ م ٢٩ ص ١٧٥ — ١٢ ديسمبر سنة ١٩١٨ م ٣١ ص ٦٦ — ٢٢ مايو سنة ١٩١٩ م ٣١ ص ٣١٢ — ١٩ يناير سنة ١٩٢٦ م ٣٨ ص ١٨١ وهو الحكم الذي أشير إليه — ٧ مارس سنة ١٩٣٣ م ٤٥ ص ١٩٤ — ٢٠ أبريل سنة ١٩٣٧ م ٤٩ ص ١٩٩ . وأحكام أخرى لا تجيز الطعن في الحكم عن طريق دعوى بطلان أصلية حتى لو كان هذا الحكم مشوباً بالغش ، فلا يطعن في الحكم إلا بطرق الطعن التي قررهما القانون لا بدعوى البطلان ، وإذا كانت طرق الطعن هذه قد استنفدت جميعها ، لم يبق للخصم إلا أن يرفع دعوى تعويض مبتدأة عن الضرر الذي لحق به بسبب الغش : استئناف مختلط ١٣ يناير سنة ١٩٢٠ م ٣٢ ص ١٨٨ — ٨ مايو سنة ١٩٢٣ م ٣٥ ص ٤٢٧ — ١٦ مايو سنة ١٩٢٣ م ٣٥ ص ٤٥٣ — ٢٧ فبراير سنة ١٩٢٩ م ٤١ ص ٢٧٩ — ٩ يناير سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ١٧٣ — ١١ ديسمبر سنة ١٩٣٠ م ٤٣ ص ٧٧ — ٢٤ ديسمبر سنة ١٩٣١ م ٤٤ ص ٩٠ — ٦ مارس سنة ١٩٣٤ م ٤٦ ص ٢٠١ — ١٩ مايو سنة ١٩٣٧ م ٤٩ ص ٢٢٨ .

(٢) وإلى جانب حجية الأمر المقضى (autorité de la chose jugée) وقوة الأمر المقضى (force de la chose jugée) يوجد قوة الحكم في الإثبات (force probante du jugement) : فالحكم بما يشتمل عليه من وقائع (qualités) وأسباب (motifs) ومنطوق (dispositif) وثيقة رسمية لا تقل في قوة الإثبات عن الأوراق الرسمية الأخرى . وهو في هذا المعنى حجة على الكافة ، لا على الخصوم فحسب . فادونه القاضي من الوقائع على أنه وقع تحت سمه أو بصره لا يجوز إثبات عكسه إلا عن طريق الطعن بالتزوير . وما ادونه رواية عن الغير يعتبر صحيحاً إلى أن يثبت =

٣٤٣ - الرفع بحجية الأمر المقضى والتحكيم بحجية الأمر المقضى :

والذى نفى عنده هو حجية الأمر المقضى ، فهو وحده الذى يعيننا هنا (١) .

فللحكم حجية على الخصوم تمنع من طرح النزاع بينهم من جديد . ومنى صدر حكم ، ولو كان حكماً ابتدائياً غيبياً ، وجب على الخصوم احترامه ، فلا يجوز لأحد منهم أن يجدد النزاع بدعوى مبتدأة . ولو رفعت هذه الدعوى لم يجز قبولها ، بل تدفع بحجية الأمر المقضى ، ويطلب الحكم بعدم جواز سماعها لسبق الفصل فيها . ولكن حجية الأمر المقضى لا تمنع من الطعن فى الحكم بالطرق المقررة ، سواء كانت طرقاً عادية أو طرقاً غير عادية . وعند ذلك يطرح النزاع

= حكمه ، ويجوز الإثبات هنا بجميع الطرق ، لأن صاحب الشأن لم يشترك فى تحرير الحكم فهو من الغير . وأسباب الحكم بعضها يتصل اتصالاً وثيقاً بالمنطوق على ما سئى فيعتبر جزءاً منه ، وبعضها يبتنى منفصلاً عن المنطوق ويعتبر من بين أدلة الإثبات التى يقدر القاضى دلالتها وقوتها كما يقدر أى دليل آخر . أما منطوق الحكم فهو أيضاً حجة على الكافة ، لا على الخصوم فحسب . ولكن لغير الخصوم ، من يصرى فى حكمه ، دحض هذه الحجية بإثبات حكمها ، إما عن طريق دعوى مبتدأة ، وإما عن طريق اعتراض الخارج عن الخصومة (tierce-opposition) . ويثبت مما تقدم أنه يجوز لهكئة الاستئناف ، وهى تؤيد الحكم الابتدائى ، أن تحمل على ما جاء فيه ، وأن تتخذ من أسبابها أسباباً لحكمها باعتبار أن هذه الأسباب أدلة إثبات اقتضت بها محكمة الاستئناف (بلانبول ورهبر وجاهولد ٧ فقرة ١٥٥٣ ص ١٠١٦ هامش رقم ٣ - وقد أشير إلى حكم لهكئة النقض الفرنسية فى هذا المعنى : ١٤ يونيو سنة ١٩٥٠ دالوز ١٩٥٠ - ٢٢٠) . وقضت محكمة النقض فى مصر بأن لهكئة الاستئناف ، إذ هى تؤيد الحكم الابتدائى ، أن تحمل على ما جاء فيه ، سواء فى بيان وقائع الدعوى أو فى الأسباب التى أقيم عليها متى كانت تكفى لحمله . وإذ لم تكن كان الحكم الاستئنافى ، إذ يؤيد الحكم الابتدائى فيما قضى به من رفض دعوى الطاعنين وأحال على أسباب هذا الحكم الأخير ، قد استند إلى أن الطاعنين لم يثيروا فى استئنافهم جديداً يسوغ العدول من الحكم الابتدائى ، وكانت هذه الأسباب قد تضمنت بياناً كافياً لوقائع الدعوى ، وكان من شأن هذه الأسباب أن تؤدى إلى النتيجة التى انتهى إليها الحكم ، وكان دفاع الطاعنين أمام لهكئة الاستئناف لا يخرج فى جوهره عنه أمام لهكئة الابتدائية ، وكانوا لم يقدموا صورة رسمية من صحيفة استئنافهم لتأييد ما يدعون من أنهم استندوا إلى أسباب جديدة لم يسبق عرضها على محكمة الدرجة الأولى ، مما يعتبر معه حجة غير منقوضة ما قالت محكمة الاستئناف من أنهم لم يثيروا جديداً فى استئنافهم ، فإن الطعن فى الحكم الاستئنافى لقصوره يكون على غير أساس (نقض مدنى ١٨ يناير سنة ١٩٥١ مجموعة أحكام النقض ٢ رقم ٥١ ص ٢٦٤) .

(١) وبالمنى الأول ، أى أن يكون الحكم حجة على الخصوم ، لا بالمنى الثانى وهو قابلية الحكم للتشهاد .

من جديد أمام القضاء ، المحكمة ذاتها التي أصدرت الحكم أو محكمة أعلى ، فتزويد الحكم أو تلغيه . ولكنها في الحالتين لا تكون قد أصدرت حكماً قائماً إلى جانب الحكم الأول ، فهي إذا أيدته بقي الحكم واحداً ، وإذا ألغته زال الحكم الأول وبقي الحكم الثاني وحده . فالذي لا يجوز ، بمقتضى حجية الأمر المقضى ، هو رفع دعوى مبتدأة بالخصومة ذاتها ، أو رفع دعوى ببطلان الحكم الذي ثبتت له الحجية^(١) . بل إنه لا يجوز ، بعد أن تدفع الدعوى الجديدة بحجية الأمر المقضى ، أن يطلب المدعى استجواب خصمه للحصول منه على إقرار بأن الحكم الذي صدر في الدعوى الأولى غير صحيح ، أو أن يوجه إليه اليمين الحاسمة ليحلف على أن هذا الحكم صحيح فيما يعلم ، فالحكم عنوان الحقيقة ، ولا تدخض حجيته حتى بالإقرار أو اليمين^(٢) .

وقد أخذ الفقه أخيراً يميز ، في حجية الأمر المقضى ، بين الدفع بهذه الحجية وبين التمسك بها . فهذان شيان منفصلان . الأول هو ، كما رأينا ، دفع موضوعي بهدف إلى عدم قبول الدعوى الجديدة ، والمدعى عليه هو الذي يدفع به هذه الدعوى . أما الثاني فليس بدفع ، بل هي حجية الأمر المقضى ذاتها يتمسك بها المدعى في دعوى بقيمها هو . فقد يكون مجنياً عليه في جريمة وصدر حكم جنائي بادانة المتهم ، فيتمسك في دعوى التعويض المدنية التي يرفعها ضد المحكوم عليه بحجية الحكم الجنائي فيما يتعلق بالوقائع التي فصل فيها هذا الحكم وكان فصله فيها ضرورياً (م ٤٠٦ مدني) . وقد يستصدر حكماً من المحكمة الشرعية بثبوت نسبه من المورث في مواجهة الورثة ، ثم يرفع على هؤلاء الورثة دعوى استحقاق لنصيبه في الإرث ، يتمسك فيها بحجية الحكم الصادر من المحكمة الشرعية . ففي الحالتين يتمسك بحجية الأمر المقضى كمدع - ولا يدفع بها كمدعى عليه - أمام المحكمة المدنية . غير أنه في الحالة الأولى يتمسك بحجية الأمر المقضى في حكم

(١) أما إذا كان الحكم قد شابه النشر فهناك قول يجوز رفع دعوى البطلان ، وقد سبق أن أشرنا إلى اختلاف أحكام القضاء المختلط في هذه المسألة .

(٢) ويقول دى باج إنه لا يصح الفلو في إبراز أهمية عدم جواز دحض حجية الأمر المقضى بالإقرار واليمين ، فالأمر في ذلك لا يبدو أن يكون مألوقاً ، إذ اليمين هنا لا يجوز توجيهها لمن صدر الحكم لمصلحته ، فإنه لا يستطيع أن يحلف على صحة الحكم وهو أمر لا يتعلق بشخصه بل يتعلق بالقاضي ، أما بالنسبة إلى الإقرار فيصعب أن نتصور المحكوم له يقر بعدم صحة الحكم الصادر لمصلحته (دى باج ٣ فقرة ٩٤٢ ص ٩٤٦) .

صدر من محكمة جنائية ، وفي الحالة الثانية يتمسك بهذه الحجية في حكم صدر من محكمة شرعية . ويجوز أن يتمسك بهذه الحجية أمام المحكمة المدنية في حكم صدر من محكمة مدنية أخرى . ويتحقق ذلك في الفرض الآتي : يحصل المستأجر على حكم بصحة عقد الإيجار في مواجهة المؤجر ، وقبل أن يتسلم العين المؤجرة يبيعها المؤجر من آخر ، فيرفع المستأجر دعوى على المشتري يطالبه فيها بتسليمه العين ، ويتمسك في هذه الدعوى بحجية الحكم الصادر بصحة عقد الإيجار في الدعوى السابقة (١) .

وقد قيل ، إمعاناً في التمييز بين التمسك بحجية الأمر المقضى والدفع بهذه الحجية ، ان لكل منهما شروطاً تتميز عن شروط الآخر . فالشروط الواجب توافرها في الحكم لتثبت له الحجية ، وسندكرها فيما يلي ، هي شروط التمسك بحجية الأمر المقضى . أما شروط الدفع فهي الشروط الواجب توافرها في الخصوم والمحل والسبب ، التي سيرد ذكرها تفصيلاً . وقيل أيضاً ان هناك أحكاماً يمكن فيها التمسك بالحجية دون الدفع ، وهي الأحكام التي يقتصر فيها القاضى على أن يقرر ثبوت بعض الوقائع أو نفيها دون إصدار أمر إلى الخصوم ، كالحكم بصحة التوقيع والحكم بصحة التعاقد . وعلى العكس من ذلك هناك أحكام يمكن فيها استعمال الدفع دون التمسك بالحجية ، وهي الأحكام التي يقتصر فيها القاضى على إصدار أمر للخصوم دون أن يقرر شيئاً من حيث ثبوت الوقائع المتنازع عليها أو نفيها ، كالحكم بتعيين خبير أو بالإحالة على التحقيق أو بفرض نفقة مؤقتة (٢) .

على أننا لا نرى الإغراق في التمييز ما بين الدفع بحجية الأمر المقضى والتمسك بهذه الحجية . فهما وجهان متقابلان لشيء واحد . وحجية الأمر المقضى قد يتمسك بها المدعى كما رأينا في الأمثلة المتقدمة ، وقد يتمسك بها المدعى عليه كدفع يطلب فيه عدم جواز سماع الدعوى لسبق الفصل فيها وهذا ما يقع في

(١) انظر بيدان وپرو ٩ فقرة ١٣٢٦ : ويقولان ان الدفع بحجية الأمر المقضى سبق في الظهور التمسك بحجية الأمر المقضى .

(٢) انظر في هذا المعنى الأستاذ سليمان مرقس في أصول الإثبات فقرة ١٦٦ ص ٢٧٩ وفقرة ١٧٣ ص ٢٩٥ .

الغالب . وفي الحالتين تبني حجبة الأمر المقضي شيئاً واحداً ، له شروط واحدة ، دفماً كان أو غير دفع (١) .

٣٤٤ - الأساس الذي تقوم عليه حجبة الأمر المقضي : تقوم

حجبة الأمر المقضي ، دفماً كانت أو غير دفع ، كما صورها المشرع في التقنين المدني المصري ، على أساس قرينة قانونية قاطعة ، ما في ذلك من شك . فقد جاء نص المشرع صريحاً في هذا المعنى ، إذ يقرر أن الأحكام التي حازت قوة الأمر المقضي تكون حجة بما فصلت فيه من الحقوق ، ولا يجوز قبول دليل ينقض هذه القرينة . فالمشرع يفرض فرضاً غير قابل لإثبات العكس أن الحكم هو عنوان الحقيقة ، وأن الحقيقة القضائية قرينة قاطعة على الحقيقة الواقعة (Res judicata pro veritate habetur) . قد تنحرف الحقيقة القضائية ، في القلة النادرة من الأحوال ، عن الحقيقة الواقعة ، ولكنها في الكثرة الغالبة من الأحوال تطابقها . فتقوم القرينة إذن - ككل قرينة قانونية أخرى - على الراجع الغالب الوقوع . ووجب أن تكون هذه القرينة قاطعة لا يجوز دحضها ، بصريح النص ، لاعتبارين أساسيين :

(الاعتبار الأول) أن الحكم متى فصل في خصومة كان لا بد من الوقوف عنده ، لوضع حد لتجدد الخصومات والمنازعات . فلا يجوز للخصم المحكوم عليه أن يعيد طرح النزاع على القضاء بدعوى مبتدأة . ولو سمح القانون بذلك لما أمكن أن يقف عند حد . إذ يصبح لكل من الخصمين أن يجدد النزاع مرة بعد أخرى : هذا يحصل على حكم لمصلحته ، ثم يعيد خصمه طرح النزاع بدعوى جديدة وقد يحصل هو الآخر على حكم لمصلحته ، ثم يعود الخصم الأول إلى تجديد النزاع فيحصل على حكم ثالث ، وهكذا . فتأبد الخصومات والمنازعات ، وليس هذا من مصلحة الناس في شيء .

(الاعتبار الثاني) أنه إذا سمح القانون بتجديد النزاع بدعوى مبتدأة ، لجاز

(١) انظر بيدان وپرو ٩ فقرة ١٣٣٦ - وقارن التمييز بين حجبة الأحكام أو قوتها في الإثبات بوجه عام وبين أثر الأحكام الملزم أو الدفع بسبق الفصل عند الأستاذ سليمان مرقس في أصول الإثبات فقرة ١٦٦ - فقرة ١٧٢ .

لكل من الخصمين أن يحصل على حكم يتعارض مع الحكم الذي حصل عليه الخصم الآخر . فتقوم أحكام متعارضة في ذات النزاع وبين نفس الخصوم . ولاشك في أن هذا التعارض يجعل من المتعذر تنفيذ الأحكام القضائية ، إذ لا يعرف على وجه اليقين من من الخصمين صاحب الحق ، فكل منهما قد نفي لصالحه . هذا إلى أن التعارض ما بين الأحكام من شأنه أن يفض من كرامة القضاء ، وأن يفقده احترامه في النفوس (١) .

والصحيح أن حجية الأمر المقضي ، كما قدمنا ، قاعدة موضوعية

(١) وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في هذا الصدد ما يأتي : « وقوام حجية الشيء المقضى به هو ما يفرضه القانون من صحة مطلقة في حكومة القاضى . فهذه الحجة تفترض تنازعا بين المصالح يستتبع الترافع إلى القضاء ، وليس شك في أن صحة الحكومة لا تعتبر حجة تقتضيه طبيعة الأشياء . ذلك أن القضاة تموزم العصمة ، شأنهم في هذه الناحية شأن البشر كافة . بيد أن المشرع أطلق قرينة الصحة في حكومة القاضى رعاية لحسن سير العدالة واتقاء لتأييد المحصومات . فأساس هذه القرينة هو النص المقرر لحجية الشيء المقضى به ، وقد نصت المادة ٢٩٧/٢٣٢ من التقنين المدق (السابق) صراحة على أن الأحكام التى صارت انتهاية تكون حجة بالحقوق الثابتة بها ، ولا يجوز قبول إثبات ما يخالفها » . ويرى الشارع من وراء تقرير حجية الشيء المقضى به إلى كفاية حسن سير العدالة وضمان الاستقرار من الناحيتين الاقتصادية والاجتماعية . فحكومة القضاء يجب أن تضع حداً لكل نزاع مادامت طرق الطعن المقررة قد استنقلت بلائها ، ويجب كذلك أن تكون بآمن من التعارض مع حكومة لاحقة ، وهو أمر يصبح يسير الوقوع لو أتيح عود المحصوم أنفسهم إلى عين الدهرى التى قضى فيها نهائياً . وينحصر أثر القرينة القانونية الخاصة بحجية الشيء المقضى به في تخويل المحصوم حق الدفع سبق الفصل « وتخويل المحاكم حق إثارته من تلقاء نفسها (وهذا عكس ما تقرر في المشروع التمهيدى) . ويرامى أن هذا الدفع يعتبر دفعا قطعياً بعدم القبول ، يترتب عليه امتناع التقاضى باللحبة لكل طلب أو ادعاء جديد بين المحصوم أنفسهم متى اتحد مع ما سبق الفصل فيه سبباً وموضوعاً . وعمل هذا النحو يمنع على المحصوم الترافع إلى القضاء لإعادة طرح نزاع سبق الفصل له ، (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٤٢١ - ص ٤٢٢) .

هذا ويلاحظ أن المشروع الأولى للإثبات - الذى تكررت الإشارة إليه - كان يتضمن نصاً (المادة ٢٩ من هذا المشروع) يقضى بأن حجية الأمر المقضى من النظام العام . وقد برز أثر هذا النص في المذكرة الإيضاحية حيث تقول : « وتخويل المحاكم حق إثارته من تلقاء نفسها » . ولكن المشروع التمهيدى أخذ بوجهة النظر العكسية ، وقرر أنه « لا يجوز للمحكمة أن تأخذ بهذه القرينة من تلقاء نفسها » . وبالرغم من ذلك لم تعدل المذكرة الإيضاحية التمديد الذى يساهم ما أخذ به المشروع التمهيدى (انظر الأستاذ سليمان مرقس في أصول الإثبات ص ٢٩٢ هامش رقم ١ و ص ٢٩٩ هامش رقم ٢) .

(règle de fond) العلة فيها قد اختفت ، ولم تعد بارزة كما تبرز العلة إلى جانب القرينة القانونية . وهى ، ككل قاعدة موضوعية أخرى ، قد استغرقت عنها ، ولم يعد للعلة محل للعمل معها . فالمشرع ، عندما يقرر حجبية الأمر المقضى ، يقرر - كما يقرر فى أية قاعدة موضوعية - أن الحقيقة التى قررها الحكم هى الحقيقة الواقعة ، ما فى ذلك من معدى ولا من مناص ، كما يقرر أن حازر المنقول مالك له ، وأن من حاز عقاراً مدة معينة يكون هو المالك ، وما إلى ذلك من القواعد الموضوعية التى سبقت الإشارة إليها . والذى يقطع فى أن حجبية الأمر المقضى ينبغى أن تكون قاعدة موضوعية لا قرينة قانونية ، أن هذه الحجبية لا تدحض ، كما رأينا ، لا بالإقرار ولا باليمين^(١) . وهذه علامة حاسمة على أنها قاعدة موضوعية ، فالقرائن القانونية ولو كانت قاطعة تدحض دائماً ، كما قدمنا ، بالإقرار واليمين^(٢) .

ومهما يكن من أمر ، فالمشرع هو الذى يمسك بزمام القواعد الموضوعية والقرائن القانونية ، كما سبق القول ، وقد رأى أن يجعل من حجبية الأمر المقضى قرينة قانونية ، فلا بد من التسليم بهذا التكييف ، وقد مضت الإشارة إلى ذلك^(٣) .

(١) وحتى لو سائرنا الرأى الذى يذهب إلى أن القرينة القانونية القاطعة لا يجوز دحضها بالإقرار واليمين إذا كانت متعلقة بالنظام العام ، فإن حجبية الأمر المقضى لا تعتبر من النظام العام ، كما هو مقتضى نص الفقرة الثانية من المادة ٤٠٥ ، فكان الواجب إذن جواز دحضها بالإقرار واليمين لو أنها كانت قرينة قانونية . وسرى فيما يلى أن حجبية الأمر المقضى ليست من النظام العام فى المسائل المدنية .

(٢) بيدان وپرو ٩ فقرة ١٣٣٧ - انسيكلويدى دالوز ١ لفظ Chose jugée فقرة ٢ - ديكتينيس فى القرائن فى القانون الخاص فقرة ٤٩ ص ١١٠ - ص ١١٦ (ويبحث بنوع خاص أهمية القول بأن حجبية الأمر المقضى قاعدة موضوعية لا قرينة قانونية من ناحية تنفيذ الأحكام الأجنبية) .

(٣) هذا ولا يجمل الفقه الإسلامى مبدأ حجبية الأمر المقضى . جاء فى الأشباه والنظائر (ص ١٢٦ - ص ١٢٧) : « لا يصح رجوع القاضى عن قضائه ، فلو قال رجعت عن قضائى ، أو وقتت فى تلبيس اليهود ، أو أبطلت حكى ، لم يصح ، والقضاء ماض ، كما فى الخانية . وقيده فى الخلاصة بما إذا كان مع شرائط الصحة ، وفى الكنز بما إذا كان بعد دعوى صحيحة وشهادة مستقيمة » . وجاء أيضاً فى الأشباه والنظائر فى مكان آخر (ص ١١٩) : « المقضى عليه فى حادثة لا تسمع دعواه ولا بيته ، إلا إذا ادعى تلقى الملك من المدعى أو التناج أو برهن =

٣٤٥ - حجبة الأمر المقضى ليست من النظام العام في المسائل

المرتب: قد يبدو لأول وهلة ، بعد أن استعرضنا الاعتبارين الأساسيين اللذين تقوم عليهما حجبة الأمر المقضى ، أن هذه الحجبة هي من النظام العام ، فوضع حد لتجدد الخصومات ، وعدم جواز قيام أحكام متعارضة مما يفض من كرامة القضاء ، كل هذه اعتبارات تتعلق بالمصلحة العامة .

ولو قلنا إن حجبة الأمر المقضى هي من النظام العام لترتب على ذلك أن الخصوم لا يملكون النزول عن التمسك بها ، وأنه يجوز للقاضي إثارة هذه الحجبة من تلقاء نفسه دون أن يتمسك بها الخصوم ، بل ويجوز للخصوم أن يتمسكوا بها لأول مرة أمام محكمة النقض . أما إذا لم تتعلق حجبة الأمر المقضى بالنظام العام ، فإن عكس هذه النتائج هو الذى يترتب : فيجوز للخصوم النزول عنها ، ولا يجوز للقاضي إثارتها من تلقاء نفسه إذا لم يتمسك بها الخصوم ، ولا يجوز للخصوم أن يتمسكوا بها لأول مرة أمام محكمة النقض .

هناك مسألة انعقد عليها الإجماع ، هي أن حجبة الأمر المقضى تعتبر من

= حل إبطال القضاء ، كما ذكره الهادى ، والدفع بمد القضاء بواحد ما ذكر صحيح وينقض القضاء . فكما يسمع الدفع قبله يسمع بعده ، لكن هذه الثلاث . وانظر في أن قضاء القاضي لا ينفذ برجوع الشاهد من شهادته بمد القضاء ، حتى قبل الإيضاح (أى تنفيذ الحكم) ، إلا في الفصاح والحدود لأنها تدرأ بالشبهات ، إلى الأستاذ أحمد إبراهيم في طرق القضاء في الشريعة الإسلامية ص ٤٠٤ - ص ٤٠٧ .

ولكن يرد على مبدأ حجبة الأمر المقضى في الفقه الإسلامى استثناءات بلغت من الكثرة حداً جعل الفكرة السائدة أن الفقه الإسلامى لا يقر المبدأ ذاته . ويذكر الأستاذ موران (Morand) في كتابه « دراسات في الفقه الإسلامى الجزائرى ص ٣٣٧ - ص ٣٥٧) أن الفقه الإسلامى يقر مبدأ حجبة الأمر المقضى ، وأن القول بنفي ذلك سببه كثرة الاستثناءات التى ترد على هذا المبدأ ، وأن المبدأ ذاته ليس من النظام العام كما هو الأمر في الفقه الحديث على ما سئرى . فلو صدر حكم في قضية ، وعاد المحكوم عليه إلى رفها من جديد ، ولم يتمسك المحكوم له بحجبة الأمر المقضى ، أعاد القاضي النظر في القضية لأنه لا يستطيع أن يثير هذا الدفع من تلقاء نفسه . أما إذا تمسك المحكوم له بحجبة الأمر المقضى ، فإنه يجب على القاضي أن يجيبه إلى طلبه : ويقول الأستاذ موران بحق أن الاستثناءات الكثيرة التى ترد على المبدأ ليست في الواقع إلا وجوهاً للظن في الحكم تقابل وجوه الظن المعترف بها في القوانين الحديثة (انظر أيضاً في هذه المسألة رسالة مارنيير (Marneur) في نظرية الإثبات في الفقه الإسلامى ص ٣١١ - ص ٣٢٢) .

النظام العام في المسائل الجنائية^(١) ، أى في حكم يصدر من محكمة جنائية ويحتج به أمام محكمة جنائية . والعلة في ذلك ظاهرة . فإن الحكم الذى يصدر في جريمة بالإدانة أو بالبراءة يعنى النظام العام في المقام الأول ، ولا يجوز أن يترك أمر هذا الحكم للخصوم يتصرفون فيه كما يشاءون . بل متى صدر الحكم الجنائى وجب أن تكون له حجية مطلقة ، لا بالنسبة إلى الخصوم فحسب ، بل أيضا في حق الكافة (erga omnes) . ذلك أن المتهم إنما يدان أو يبرأ باسم المجتمع ولمصلحة المجتمع العليا ، فالمجتمع ممثل دائما في المحاكم الجنائية . ولهذا المحاكم سلطة واسعة في تهمى الحقائق ، فما تكشفه منها يكون أقرب إلى الصدق ، وهو حجة على المحاكم المدنية والجنائية ، بل هو حجة على الناس جميعا^(٢) . ومن ثم كان للقاضي في الدعوى الجنائية أن يثير من تلقاء نفسه حجية الأمر المقضى ولو لم تتمسك بها الخصوم ، ويجوز للخصوم التمسك بها لأول مرة أمام محكمة النقض^(٣) ، ولا يجوز لهم النزول عنها .

أما في الدعوى المدنية ، ولو كانت تنظر أمام المحاكم الجنائية ، فيكاد الإجماع يذهب على أن حجية الأمر المقضى ليست من النظام العام^(٤) . بل هي لا تعدو أن

(١) استئناف مخطوط ١٠ مايو سنة ١٩١٦ م ٢٨ ص ٣٠٨ .

(٢) دى پاچ ٣ فقرة ٩٤٢ ص ٩٤٤ .

(٣) استئناف مخطوط ٦ نوفمبر سنة ١٩٣٣ م ٤٦ ص ١٣ .

(٤) قلنا يكاد ، لأن هناك رأيا مرجوحا يعتبر حجية الأمر المقضى من النظام العام في الدعوى المدنية ، فيجوز للقاضي إثارتها من تلقاء نفسه ، ويجوز التمسك بها لأول مرة أمام محكمة النقض ، ولا يجوز النزول عنها (استئناف أهل ٢٨ فبراير سنة ١٩١٤ الشرائع ١ ص ٢٩٤ — ١٥ فبراير سنة ١٩١٥ الشرائع ٢ ص ١٨٣ — محكمة الزقازيق الجزئية ٢٠ مايو سنة ١٩٤٤ الهامة ٢٤ رقم ١٣٣ ص ٤٠٩ — استئناف مخطوط ١٤ نوفمبر سنة ١٩٢٢ م ٣٥ ص ٢٢) .

على أن التسليم بأن حجية الأمر المقضى قريبة لا يجوز نقضها لا بالإقرار ولا باليمين لا يجعل القول بأن هذه القرينة ليست من النظام العام مستقيما من الناحية الفقهية . فالقرائن التي لا يجوز نقضها لا بالإقرار ولا باليمين لا بد أن تكون من النظام العام . ومن ثم اضطرب الأمر وتضاربت الآراء في تعليل هذا التعارض .

فأرى يذهب إلى أن حجية الأمر المقضى ، بالرغم من أنها شرعت لمصلحة عامة من الناحية الاجتماعية (intérêt général d'ordre social) ، إلا أنها لا تتعلق بالنظام العام (ordre public) إلا من ناحية عدم جواز دحضها بالإقرار واليمين (دى پاچ ٣ فقرة ٩٤٢ ص ٩٤٤ -

تكون دليلاً على الحق، والحصم يملك الحق نفسه ، ويملك النزول عنه، ويستطيع أن يتفق مع خصمه على الطرق التي تتبع لإثباته كما قدمنا . فيجوز إذن للخصم أن ينزل عن حجية الأمر المقضى^(١) ، ولا يجوز للقاضي إثارتها من تلقاء نفسه

= ص ٩٤٦ - أوبري ورو ١٢ فقرة ٧٦٩ ص ٤٥٧ - ص ٤٥٨ - لوران ٢٠ فقرة ١٢٥ - بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٥٥٢ ص ١٠١٥ - ص ١٠١٦ - جارشوني و سيزاردي ٢ فقرة ٧٠٣ وهامش رقم ٥ - الأستاذ سليمان مرقس في أصول الإثبات فقرة ١٧٤ .

ورأى آخبر يذهب إلى أن حجية الأمر المقضى من حيث إنها قرينة قانونية تعتبر من النظام العام فلا تدحض حتى بالإقرار أو اليمين ، ومن حيث إنها دفع لا تعتبر من النظام العام فلا يجوز للقاضي إثارتها من تلقاء نفسه ولا يجوز التمسك بها لأول مرة أمام محكمة النقض ويجوز للخصم النزول عنها . وكنا من القائلين بهذا الرأي في الموجز (ص ٧٣١ هامش رقم ٢ - ويذهب الأستاذ أحمد نشأت في الإثبات ٢ فقرة ٧٣١ - فقرة ٧٣٢ إلى أن حق الدفع بقوة الشيء المحكوم فيه مبنى على النظام العام ، إلا أن الدفع ذاته ليس من النظام العام) . ويؤخذ على هذا الرأي أنه ما دام الدفع مترتباً على القرينة ، وما دامت القرينة من النظام العام ، فكان الواجب أن يكون الدفع هو أيضاً من النظام العام .

والذي يزيل التعارض في نظرنا هو أن حجية الأمر المقضى ، كما مضى القول ، قاعدة موضوعية (règle de fond) . لا قرينة قانونية من قواعد الإثبات (règle de preuve) . وهي في الوقت ذاته قاعدة ليست من النظام العام ، لأنها إنما تعنى بمصالح الأفراد الخاصة ولا تتعلق بمصلحة المجتمع العليا . فهي كقاعدة موضوعية لا تدحض بالإقرار أو اليمين ، وهي كقاعدة ليست من النظام العام لا يجوز للقاضي إثارتها من تلقاء نفسه ولا يجوز التمسك بها لأول مرة أمام محكمة النقض ويجوز للخصم النزول عنها . ثم هي دفع موضوعي لا دفع شكل ، ومن ثم جاز إبداء هذا الدفع في أية حالة كانت عليها الدعوى ولو لأول مرة أمام محكمة الاستئناف (لا أمام محكمة النقض) ، ولو كان الدفع شكلياً لسقط حق التمسك به إذا لم يبد قبل الدخول في الموضوع (استئناف مختلط ٨ فبراير سنة ١٩١١ م ٢٣ ص ١٥٧) .

(١) صراحة أو ضمناً ، ومتى نزل الخصم عنها فلا يجوز له الرجوع فيما نزل . وقد قضت محكمة النقض بأن التنازل البات عن الدفع بقوة الشيء المحكوم فيه لا يجوز الرجوع فيه ، إذ أن هذا الدفع ليس من النظام العام ، ولا هو وسيلة من وسائل الدفاع يتركها صاحبها بمشيئته ، بل هو حق من الحقوق الخاصة إن شاء صاحبه استمسك به أو شاء عدل عنه . وليس للقاضي أن يقضى به من تلقاء نفسه . فإذا ما تنازل عنه صاحبه فلا سبيل له للرجوع إليه ، لأن التنازل عن الحق هو عمل فردي ملزم لصاحبه بدون حاجة إلى قبول يصدر من الآخر . وإذا استنبطت محكمة الموضوع تنازل أحد الخصوم عن الدفع بقوة الشيء المحكوم فيه من عبارة صدرت منه صالحة لإفادة هذا التنازل ، فلا رقابة لهكئة النقض عليها في ذلك (نقض مدني ٥ يناير سنة ١٩٢٣ مجموعة ص ٩٠ رقم ١٦٢) . انظر أيضاً لهكئة الفشن ٢٤ فبراير سنة ١٩١٥ المجموعة الرسمية ١٦ رقم ٦٥) .

إذا لم يتمسك بها الخصم^(١) ، ولا يجوز للخصم التمسك بها لأول مرة أمام محكمة النقض^(٢) ، وإن كان يجوز له التمسك بها في أية حالة كانت عليها الدعوى أمام

(١) وقد قضت محكمة النقض بأن حجية الأحكام يجب لاعتبارها أن يتمسك بها ذور الشأن . فإذا كان الثابت بالحكم أن النزاع في صحة عقد الإيجار قد أثير أمام المحكمة ، فكان ردعا في خصوصه رداً موضوعياً مبنياً على أن العقد صحيح ملزم ، دون أية إشارة إلى حصول تمسك من الخصوم بحجية حكم سابق قضى بصحة هذا العقد ، فإن استناد المطعون عليه إلى هذا الحكم السابق في طلب إبرام الحكم المطعون فيه لا يكون له محل (نقض مدني ٢٠ فبراير سنة ١٩٤٧ مجموعة عمر ٥ رقم ١٥٨ ص ٣٥٤ مع تعليق الأستاذ محمد حامد فهمي في هامش ص ٣٥٦) . انظر أيضاً : استئناف أهل ٢٨ فبراير سنة ١٩١٤ الشرائع ١ ص ٢٩٤ - ١٥ فبراير سنة ١٩١٥ الشرائع ٢ ص ١٨٣ - طنطا ٢٧ نوفمبر سنة ١٩٠٦ المجموعة الرسمية ٨ ص ١٢ - استئناف مختلط ٢٢ فبراير سنة ١٩١١ م ٢٣ ص ١٨٧ - ١٤ نوفمبر سنة ١٩٢٢ م ٢٥ ص ٢٢ .

(٢) نقض جنائي ١٦ ديسمبر سنة ١٩٤٠ المحاماة ٢١ رقم ٣٠٢ ص ٦٩٠ . نقض مدني ٢٠ فبراير سنة ١٩٤٧ مجموعة عمر ٥ رقم ١٥٨ ص ٣٥٤ (وهو الحكم الذي سبقت الإشارة إليه) - انظر أيضاً بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٥٥٢ ص ١٠١٦ هامش رقم ٢ . هذا ويلاحظ أن المادة ٤٠٦ من تقنين المرافعات تنص على أن « للخصوم أن يطعنوا أمام محكمة النقض في أي حكم انتهائي - أي كانت المحكمة التي أصدرته - فصل في نزاع خلافاً لحكم آخر سبق أن صدر بين الخصوم أنفسهم وحاز قوة الشيء المحكوم به (passé en force de chose jugée) ، سواء أذفع بهذا الدفع أم لم يدفع » - وليس هذا معناه أنه يجوز التمسك بالدفع لأول مرة أمام محكمة النقض . بل إن هذا وجه خاص للطنن بالنقض ، يختلف عن إمكان إبداء الدفع لأول مرة أمام محكمة النقض فيما يأتي : (١) للتمسك بهذا الوجه يجب صدور حكم سابق حائز لقوة الشيء المحكوم فيه ، أي حكم نهائي . ولو كان هذا دفعاً يبدى لأول مرة أمام محكمة النقض ، لكان يكفي أن يكون هناك حكم قطعي حائز لحجية الأمر المقضى ولو لم يكن حكماً نهائياً . (ب) في الحكم النهائي المطعون فيه أمام محكمة النقض بهذا الوجه الخاص لم يكن يجوز للمحكّم أول درجة ولا لمحكمة الاستئناف أن تثير الدفع من تلقاء نفسها ، ولو كان هذا دفعاً يبدى لأول مرة أمام محكمة النقض لكان من النظام للعام ، ولجاز لمحكمة الموضوع أن تثيره ولو لم يتمسك به الخصوم . انظر في هذا الوجه الخاص من الطعن : نقض مدني ٢ يونيو سنة ١٩٣٢ مجموعة عمر ١ رقم ٥٦ ص ١٢٦ - ٢٦ أكتوبر سنة ١٩٣٣ مجموعة عمر ١ رقم ١٣٨ ص ٢٥٢ - ٢ مايو سنة ١٩٣٥ مجموعة عمر ١ رقم ٢٥٨ ص ٧٤٩ - ١٦ يناير سنة ١٩٣٦ مجموعة عمر ١ رقم ٣١٧ ص ١٠٤٢ - ٢١ يناير سنة ١٩٣٧ مجموعة عمر ٢ رقم ٣٠ ص ٧٦ - ١١ نوفمبر سنة ١٩٣٧ مجموعة عمر ٢ رقم ٧١ ص ١٩٣ - ٢٥ يناير سنة ١٩٤٠ مجموعة عمر ٣ رقم ٢٥ ص ٥٦ - ٢٥ أبريل سنة ١٩٤٠ مجموعة عمر ٣ رقم ٥٣ ص ١٧٨ - ١٧ مايو سنة ١٩٤٥ مجموعة عمر ٤ رقم ٢٥٣ ص ٦٧٥ - ٣١ يناير سنة ١٩٤٦ مجموعة عمر ٥ رقم ٣٤ ص ٩١ - ٢٤ أبريل سنة ١٩٤٧ مجموعة عمر ٥ رقم ١٩٢ ص ٤٢١ - ١٨ يناير سنة ١٩٥١ مجموعة

محكمة الموضوع في الدرجة الابتدائية وفي الدرجة الاستئنافية (١) . وقد قضت
الفقرة الثانية من المادة ٤٠٥ من التقنين المدني ، تأييداً لهذا الحكم ، بأنه لا يجوز
للمحكمة أن تأخذ بحجية الأمر المقضى من تلقاء نفسها (٢) .

٣٤٦ - حجية الأمر المقضى لا تمنع من تفسير الحكم ولا من تصحيحه :

ولا تمنع حجية الأمر المقضى من تفسير الحكم الذي ثبتت له هذه الحجية ، وفقاً
للأوضاع المقررة في تقنين المرافعات (م ٣٦٦ - ٣٦٧) ، ولا من الفصل فيما
عسى أن تكون المحكمة قد أغفلت الفصل فيه من بعض الطلبات الموضوعية
(م ٣٦٨ مرافعات) ، ولا من تصحيح ما عسى أن يكون قد وقع في الحكم من
أخطاء مادية بحتة ، كتابية كانت أو حسابية ، بشرط ألا يتخذ التصحيح ذريعة
لإعادة النظر في موضوع الحكم (٣) .

- أحكام النقض ٢ رقم ٥١ ص ٢٦٤ - ١٩ أبريل سنة ١٩٥١ مجموعة أحكام النقض ٢
رقم ١١٢ ص ٦٧٤ - ٢٤ يناير سنة ١٩٥٢ مجموعة أحكام النقض ٣ رقم ٦٧ ص ٣٩٦ .
ويلاحظ أن هذا الوجه الخاص من وجود النقض يقابله في فرنسا وجه مماثل ، ولكنه يفتح
باب التماس إعادة النظر لا باب النقض ، بشرط أن يكون المكان المتعارضان قد صدرا من محكمة
واحدة (أوربي ورو ١٢ فقرة ٧٦٩ ص ٤٥٩) .

(١) استئناف أهل ٢٨ فبراير سنة ١٩١٤ الشرائع ١ ص ٢٩٤ - ١٥ فبراير سنة ١٩١٥
الشرائع ٢ ص ١٨٣ (وقد سبقت الإشارة إلى هذين الحكمين ، ويلاحظ أنهما يزيدان أن الدفع
يجوز التمسك به لأول مرة أمام محكمة النقض كما قدمنا ، وهذا خطأ لأن الدفع ليس من النظام
العام) - جرجا ٧ مارس سنة ١٩٠٣ المجموعة الرسمية ٤ رقم ١٠٩ - طنطا الجزئية ١٦ أبريل
سنة ١٩٠٣ المجموعة الرسمية ٥ رقم ٦٩ - استئناف مختلط ٦ أبريل سنة ١٩٢٠ م ٣٢
ص ٢٥٢ - ٢١ أبريل سنة ١٩٢٧ م ٣٩ ص ٤٠٨ - أنظر أيضاً : نقض فرنسي ١٤ يونيو
سنة ١٩٥٠ دالوز ١٩٥٠ - ٥٣٤ - وقارن حكم محكمة القضاء الإداري ٢٢ مارس سنة ١٩٤٩
الهاما ٣٢ رقم ٤٢ ص ١٥٩ .

(٢) وقد قدمنا أن المشروع الأول للإببات كان يقضى في المادة ٢٩ منه بأن حجية الأمر
المقضى من النظام العام ، وأن هذا كان له أثره في المذكرة الإيضاحية (انظر مجموعة الأعمال
التحضيرية ٣ ص ٤٢٢ - ص ٤٢٣) حيث تكرر في أكثر من موضع أن هذه الحجية من النظام
العام . ولم تعدل المذكرة لتساير النص بعد تعديله ، وقد سبق التنبؤ إلى ذلك .

(٣) استئناف مختلط ٢٩ أبريل سنة ١٨٩٦ م ٨ ص ٢٥٣ - ١٩ مايو سنة ١٨٩٧
١٢ ص ٣٤٧ - أول أبريل سنة ١٩٠٣ م ١٥ ص ٣٤٨ - ١١ يونيو سنة ١٩٠٣ م ١٥
ص ٣٤٨ - ١٨ يونيو سنة ١٩١٣ م ٢٥ ص ٤٥٠ - ٢٦ يناير سنة ١٩٢١ م ٣٢٢

٣٤٧ - الصور المختلفة لحماية الأمر المقضى : ولحجية الأمر المقضى صور مختلفة . فقد يحتاج بحكم جنائى أمام محكمة جنائية ، وهذا لاشأن لنا به وهو من مباحث القانون الجنائى . والذي يعيننا هو أن يحتاج بالحكم أمام محكمة مدنية . سواء صدر هذا الحكم من محكمة مدنية (١) أو من محكمة جنائية .

أما الاحتجاج بالحكم الصادر من محكمة جنائية أمام محكمة مدنية - وهو ما عرضت له المادة ٤٠٦ من التقنين المدنى إذ تنص على أنه « لا يرتبط القاضى المدنى بالحكم الجنائى إلا فى الوقائع التى فصل فيها هذا الحكم وكان فصله فيها ضرورياً » - فقد مضى القول فيه فى الجزء الأول من الوسيط (٢) .

فلا يبقى إلا الاحتجاج بحكم صادر من محكمة مدنية أمام محكمة مدنية . وهذا الذى تقتصر عليه فى محثنا هنا .

٣٤٨ - النصوص القانونية : وفى هذا الصدد تنص المادة ٤٠٥ من التقنين المدنى على ما يأتى :

١٠ - الأحكام التى حازت قوة الأمر المقضى تكون حجة بما فصلت فيه من الحقوق ، ولا يجوز قبول دليل ينقض هذه القرينة . ولكن لا تكون لتلك

= ص ١٥٢ - ٣٠ ديسمبر سنة ١٩٣٠ م ٤٣ ص ١٢٠ - ٥ مايو سنة ١٩٣١ م ٤٣ ص ٣٧١ - ٢٧ مايو سنة ١٩٣١ م ٤٣ ص ٤١٥ - ٧ يونيو سنة ١٩٣٢ م ٤٤ ص ٣٥٨ - ١١ ديسمبر سنة ١٩٣٤ م ٤٧ ص ٦٧ - ٩ أبريل سنة ١٩٣٥ م ٤٧ ص ٢٢٩ - ٣ يونيو سنة ١٩٣٧ م ٤٩ ص ٢٤٨ - ١٤ أبريل سنة ١٩٣٨ م ٥٠ ص ٢٣٦ - ١٩ أبريل سنة ١٩٣٨ م ٥٠ ص ٢٤٥ - ٢٨ أبريل سنة ١٩٣٨ م ٥٠ ص ٢٦٣ - ١٢ أبريل سنة ١٩٤٥ م ٥٧ ص ١٢٤ .

ولما كانت حجبية الأمر المقضى تنفى عن الدخول فى موضوع الدعوى ، لذلك يجب البت فى هذا الدفع قبل البت فى الموضوع ذاته (استئناف مختلط ١٥ مارس سنة ١٩٠٦ م ١٨ ص ١٥٠) . وإذا كان هناك شك فيما إذا كانت هذه الحجبية قائمة ، وجب تفسير الشك لمصلحة من وجه الدفع ضده (استئناف مختلط ٦ نوفمبر سنة ١٩٢٣ م ٣٦ ص ٨) .

(١) والمقصود بالهكئة المدنية هنا هو المعنى الواسع ، أى ألا تكون الهكئة محكمة جنائية . فقد تكون محكمة مدنية أو تجارية أو إدارية أو شرعية أو ملية أو غير ذلك .

(٢) الوسيط الجزء الأول لفقرة ٦٣١ - فقرة ٦٣٤ ص ٩٤٢ - ٩٥٦ .

الأحكام هذه الحجية إلا في نزاع قام بين الخصوم أنفسهم ، دون أن تتغير صفاتهم ، وتعلق بذات الحق محلاً وسبباً .

٢٥ - ولا يجوز للمحكمة أن تأخذ بهذه القرينة من تلقاء نفسها^(١) .

ويقابل هذا النص في التقنين المدني السابق المادة ٢٣٢/٢٩٧^(٢) .

ويقابل في التقنينات المدنية العربية الأخرى : في قانون البينات السوري

المادة ٩٠ ، وفي التقنين المدني العراقي المادة ٥٠٣ ، وفي تقنين أصول المحاكمات

المدنية اللبناني المادة ٣٠٤ ، وفي التقنين المدني الليبي المادة ٣٩٣^(٣) .

ويقابل في التقنين المدني الفرنسي المادة ١٣٥١^(٤) .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ٥٤٣ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر

عليه في التقنين الجديد إلا في بعض فروق لفظية طفيفة . وفي لجنة المراجعة زالت هذه الفروق ، وأصبح

النص هو المادة ١٨٤ من المشروع النهائي . ووافق عليه مجلس النواب ، ثم لجنة مجلس الشيوخ تحت

رقم ٤٠٥ ، ثم مجلس الشيوخ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٤٢٠ رص ٤٢٣ - ٤٢٤) .

(٢) وكانت المادة ٢٣٢/٢٩٧ من التقنين المدني السابق تجرى على الوجه الآتي : « الأحكام

التي صارت انتهاية تكون حجة بالحقوق الثابتة بها ، ولا يجوز قبول إثبات على ما يخالفها إذا لم

يكن اختلاف في الحقوق المدعى بها ولا في الموضوع ولا في السبب ولا في الصفة المنتصف بها

الأخصام » . وإذا كان نص التقنين المدني الجديد أكثر دقة وأوسع إحاطة من هذا النص ، فإنه

مع ذلك لم يستحدث من الأحكام جديداً . فالتقنينان الجديد والقديم سواء من حيث الأحكام

في هذا الموضوع . .

(٣) التقنينات المدنية العربية الأخرى : قانون البينات السوري م ٩٠ : مطابق لنص التقنين

المدني المصري .

التقنين المدني العراقي م ٥٠٣ : مطابق لنص التقنين المدني المصري .

تقنين أصول المحاكمات المدنية اللبناني م ٣٠٤ : « لا قوة للقضية المحكمة إلا فيما يختص بالشئ

الذي كان موضوعاً للحكم ، فيجب أن يكون الشئ المطلوب هو ذاته ، وأن يكون الطلب مبنياً

على السبب نفسه ، وأن تكون الدعوى بين المتداعين أنفسهم ، وأن تكون مقامة منهم أو عليهم

بالصفة نفسها . ولا يختلف هذا النص في حكمه عن نص التقنين المدني المصري .

التقنين المدني للمملكة الليبية المتحدة م ٣٩٣ : مطابق لنص التقنين المدني المصري .

(٤) التقنين المدني الفرنسي م ١٣٥١ : « لا تقوم حجية الأمر المقضى إلا بالنسبة إلى موضوع

الدعوى . ويجب أن يكون الشئ المطلوب واحداً ، وأن يكون الطلب مبنياً على السبب نفسه ،

ولأنما بين الخصوم أنفسهم ، ومقاماً منهم أو عليهم بالصفة نفسها .

Art. 1351 : L'autorité de la chose jugée n'a lieu qu'à l'égard de ce qui a fait l'objet du jugement. Il faut que la chose demandée soit la même; que la demande soit fondée sur la même cause; que la demande soit entre les mêmes parties, et formée par elles et contre elles en la même qualité.

٣٤٩ - شروط قيام حجية الأمر المقضى : ويتبين من نص التقنين المدني المصري المتقدم الذكر أن هناك شروطاً يجب أن تتوافر لقيام حجية الأمر المقضى .
وهذه الشروط قسمان : قسم يتعلق بالحكم ، وآخر يتعلق بالحق المدعى به (١) .

المبحث الأول

الشروط الواجب توافرها في الحكم

٣٥٠ - شروط ثلثة : لا تقوم حجية الأمر المقضى إلا إذا توافر في الحكم شروط ثلاثة :
(أولاً) أن يكون حكماً قضائياً .
(ثانياً) أن يكون حكماً قطعياً .
(ثالثاً) أن يكون التمسك بالحجية في منطوق الحكم لافي أسبابه .

المطلب الأول

حكم قضائي

٣٥١ - حكم صادر من جهة قضائية : يجب للتمسك بحجية الأمر المقضى أن يكون هناك حكم صادر من جهة قضائية .
فالفتوى - أيا كانت جهة الإفتاء - لاجبية لها (٢) .

(١) ويحصل الأستاذ سليمان مرقس الشروط المتعلقة بالحكم شروطاً لحجية الأمر المقضى (أصول الإثبات فقرة ١٧٥) ، والشروط المتعلقة بالحق المدعى به شروطاً للدفع بحجية الأمر المقضى (أصول الإثبات فقرة ١٨٠) .

(٢) لاجبية للفتوى الشرعية ، وإن كان من الجائز الاستئناس بها (استئناف مختلط ٢ يناير

والقرار الإداري ، وهو صادر من جهة إدارية لا من جهة قضائية ، لا تكون له حجية الأمر المقضي . فيجوز للجهة الإدارية التي أصدرته ، أو جهة إدارية أعلى منها ، أن تسحب . ولكن هناك جهات إدارية ذات اختصاص قضائي ، كـلجان مخالفات الري ولجان الشياخات ولجان الإجراءات ، فهذه تكون القرارات الصادرة منها حائزة لحجية الأمر المقضي مادامت قد صدرت في حدود اختصاص الجهة التي أصدرتها (١) . ولا حجية لهذه القرارات فيما جاوز هذه الحدود . فجالس التأديب جهات إدارية ذات اختصاص قضائي ، ولكن اختصاصها مقصور على المحاكمة التأديبية ، فلا تحول القرارات الصادرة من الهيئات التأديبية إذن دون المحاكمة أمام المحاكم الجنائية بالنسبة إلى العقوبة الجنائية ، ولا دون المحاكمة أمام المحاكم المدنية بالنسبة إلى التعويض (٢) .

ولا يكون لقرارات الحفظ الصادرة من النيابة العامة أو قاضي التحقيق أو غرفة الاتهام حجية الأمر المقضي (٣) .

فلا بد إذن أن يصدر الحكم من جهة قضائية . ويستوى في ذلك أن تكون جهة القضاء مدنية أو تجارية أو شرعية أو ملية أو إدارية (٤)

كما يستوى أن تكون جهة قضاء عادية أو جهة قضاء استثنائية ، فتثبت حجية الأمر المقضي للأحكام الصادرة من المحاكم العسكرية (٥) ، وذلك بشرط

(١) استئناف مصر ٢٢ مايو سنة ١٩٢٢ الهامة ٤ رقم ٤٢٩ ص ٤٥٢ — ٢١ ديسمبر سنة ١٩٢٠ المجموعة الرسمية ٢٢ رقم ٤ ص ٨٨ — ١٦ مايو ١٩٢١ الهامة ١٢ رقم ١٦٤ ص ٢١٠ — مصر الكلية ٣٠ أبريل سنة ١٩٢٧ الهامة ٧ رقم ٤٤٦ ص ٧٢٢ .

(٢) استئناف مجلس تأديب المهامين ٦ مارس سنة ١٩٢٠ المجموعة الرسمية ٢١ ص ١٩٠ — وقد قضت دائرة النقض الجنائية بأن الأحكام أو القرارات الصادرة من الهيئات التأديبية لا تحول دون المحاكمة أمام المحاكم النظامية (٣٠ أغسطس سنة ١٩٢٠ الهامة ١ رقم ٥١ ص ٢٩٥) .

(٣) نقض ملف ٢٧ أكتوبر سنة ١٩٤٩ مجموعة أحكام النقض ١ رقم ٣ ص ٧ — استئناف مخطط ٢٤ مايو سنة ١٩٢٢ م ٤٤ ص ٣٢٧ — ٢ مايو سنة ١٩٤٥ م ٥٧ ص ١٥٢ — بنى صوف الكلية ١٢ ديسمبر سنة ١٨٩٩ المجموعة الرسمية ١ ص ١٦٩ — محكمة البان ٢١ فبراير سنة ١٩٢٤ الهامة ٤ ص ٦٦٨ .

(٤) بالنسبة إلى الأحكام الصادرة من محكمة القضاء الإداري أنظر : استئناف مخطط ١٧ فبراير سنة ١٩٤٨ م ٦١ ص ١ .

(٥) قلارن استئناف مخطط ٣٠ مايو سنة ١٩٤٥ م ٥٧ ص ١٩٢ — وقد قضت محكمة استئناف مصر بأن القرارات التي تصدر من لجان مخصوصة عهد إليها بالفصل في مسائل معينة =

ألا تجاوز الجهات الاستثنائية حدود اختصاصها^(١) . كذلك تثبت حجبة الأمر
للمنحى لجهة قضاء كانت موجودة ثم ألغيت ، كمجلس الأحكام في الماضي^(٢)
وكالمحاكم المختلطة منذ عهد قريب .

ويكون للحكم الصادر من المحكمين حجبة الأمر المقضى ، إذ التحكيم جهة
قضاء نظمها القانون^(٣) .

أما الحكم الصادر من محكمة أجنبية ، ففي فرنسا يجوز حجبة الأمر المقضى
إذا ذيل بالصيغة التنفيذية^(٤) (exequatur) ، وفي مصر يميل القضاء إلى تطبيق
مبدأ المعاملة بالمثل^(٥) .

= لا تكون لها حجبة الأمر المقضى إذا هي تجاوزت حدود اختصاصها (٣١ يناير سنة ١٩٢٣
المجموعة الرسمية ٢٥ ص ٩٢ — محكمة استئناف مصر في دوائرها المجتمعة ٣٠ أبريل سنة ١٩٢٥
المجموعة الرسمية ٢٦ ص ١٢٧) .

(١) وقد تكون هذه الجهات الاستثنائية لجنا إدارية لها اختصاص قضائي ، وقد بينا فيما
تقدم أن للقرارات الصادرة من هذه الجهات حجبة الأمر المقضى ، ما دامت قد صدرت في حدود
اختصاصها .

(٢) استئناف مختلط ٣ يناير سنة ١٨٩٥ م ٧ ص ٧٢ .

(٣) استئناف مختلط ٢ يونيو سنة ١٩١٥ م ٢٧ ص ٣٨١ - ٢٦ ديسمبر سنة ١٩٢٩ م
٤٢ ص ١١٧ . ويشترط في فرنسا ، حتى يكون لحكم المحكمين حجبة الأمر المقضى ، أن يوضع
عليه أمر التنفيذ (ديراتون ١٣ فقرة ٤٦٠ — أوبري ورو ١٢ فقرة ٧٦٩ ص ٣٩٨ —
لوران ٢٠ فقرة ٦ — بودري وبارد ٤ فقرة ٢٦٦٨ — نقض فرنسي ٣ نوفمبر سنة ١٩٣٦
دالوز الأسبوعي ١٩٣٦ — ٥٦٩) . وينتقد الفقه الفرنسي المعاصر هذا المبدأ ، لأنه لا يميز
بين صلاحية حكم المحكمين للتنفيذ ، إذ يجب فيه الحصول على الأمر التنفيذي ، وبين حجبة الحكم
ولاشأن لها بالصلاحية فلا يشترط لقيامها الحصول على هذا الأمر (جلاسون وموريل وتيسيه ٥
فقرة ١٨٤٠ — بيدان وپرو ٩ ص ٤٣٩ هامش رقم ٤) . وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة
بعدم اشتراط الحصول على أمر التنفيذ ليكون لحكم المحكمين حجبة الأمر المقضى ، وبأن
هذا الأمر ليس ضرورياً إلا لجعل الحكم صالحاً للتنفيذ (استئناف مختلط ٤ فبراير سنة ١٨٩٧
٩ م ص ١٧٩) .

(٤) بلانيول وريبير وجابولد ٧ ص ١٠١٧ .

(٥) ومع ذلك فقد قضت محكمة مصر الكلية بأن الحكم الصادر من محكمة أجنبية لا يجوز
حجبة الأمر المقضى ، وكل ما يترتب عليه من أثر هو أن يعتبر مجرد أداة للإثبات يصح إقامة
الدليل على حكمها (٢٦ مايو سنة ١٩٤٩ مجلة التشريع والقضاء ٢ رقم ٦٠ ص ١١١ -
الأستاذ سليمان مرقس في أصول الإثبات فقرة ١٧٦ ص ٣٠٢ وانظر أيضاً الأستاذ
أحمد نشأت في الإثبات ٢ فقرة ٦٣٣ ص ٩٠) . وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأنه =

ويجوز الحكم حجية الأمر المقضى حتى لو كان مشوباً بعيب في الشكل ، أو صادراً ضد خصم غير أهل للتقاضى ، أو اشتمل على خطأ في تطبيق القانون (١) ، وحتى لو كان البطلان بسبب مخالفة النظام العام ، مالم يكن الحكم مشوباً بالغش أو كان نتيجة تواطؤ بين الخصمين (٢) .

٣٥٢ - ومهزة قضائية لها الولاية في الحكم الذى أصدرته : ويجب

أن تكون جهة القضاء التى أصدرت الحكم لها الولاية (jurisdiction) فى الحكم الذى أصدرته . فإذا لم تكن للمحكمة ولاية ، لم يكن لحكمها حجية الأمر

.. لا يجوز الاحتجاج بحكم أجنبى يتعارض مع حكم صادر من جهة قضاء مصرية (استئناف مختلط ٢١ مايو سنة ١٩١٣ م ٢٥ ص ٢٨٩) ، وبأنه يتمين على القضاء المصرى أن يعيد النظر فى موضوع الحكم الأجنبى قبل أن يجعله نافذاً فى مصر (استئناف مختلط ٢٨ ديسمبر سنة ١٩١٠ م ٢٣ ص ٩٠) . ولكن محكمة الاستئناف المختلطة قضت بمسد ذلك بوجوب تطبيق مبدأ المعاملة بالمثل (réciprocité) فى جعل الأحكام الأجنبية نافذة فى مصر ، وبأنه مادام القانون الألمانى يجعل الأحكام الأجنبية نافذة دون إعادة بحث فى موضوعها ، إذا كانت المحكمة الأجنبية التى أصدرت الحكم مختصة بإصداره وكان المدعى عليه قد أعلن إعلاناً صحيحاً للحضور أمامها ، فوتمين تطبيق مبدأ المعاملة بالمثل ، وجعل الحكم الأجنبى الصادر فى ألمانيا نافذاً فى مصر بأمر من رئيس المحكمة إذا توافر فيه الشرطان المتقدمان الذكر ، ومن ثم يكون لهذا الحكم حجية الأمر المقضى (استئناف مختلط ١٥ يناير سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ١٩٤) — ويستخلص مما تقدم أن الحكم الأجنبى متى صار قابلاً للتطبيق فى مصر فإنه يجوز حجية الأمر المقضى . ذلك أنه إذا جاز أن يكون للحكم غير القابل للتطبيق حجية الأمر المقضى ، فلا يجوز أن يكون الحكم القابل للتطبيق مجرداً من هذه الحجية .

(١) استئناف مختلط ٢٨ فبراير سنة ١٨٩٥ م ٧ ص ١٦٢ — ٢٢ مايو سنة ١٩٤٨ م ٦٠ ص ١٢٥ — أوبرى ورو ١٢ فقرة ٧٦٩ ص ٤٠١ وهامش رقم ١٤ — وقد قضت محكمة الاستئناف الأهلية بأن الأحكام القطعية الصادرة من هيئة لها ولاية الفصل فى الخصومات تكون حائزة لحجية الأمر المقضى مهما كانت أوجه البطلان اللاحقة بهذه الأحكام (٢٢ فبراير سنة ١٩٠٠ المجموعة الرسمية ٢ رقم ١/٨٦) . وقضت محكمة النقض بأن الحكم الصادر من محكمة شرعية مختصة يجوز حجية الأمر المقضى حتى لو خالف فيما قضى به المنهج الشرعى ، إذ قضى ببطلان وصية لعتة الموصى مع أن الموصى له جهة بر لا جهة أهلية (نقض مدنى ١٦ نوفمبر سنة ١٩٥٠ مجموعة أحكام النقض ٢ رقم ٨ ص ٤٣) .

(٢) استئناف مختلط ٢٧ أبريل سنة ١٩١٦ م ٢٨ ص ٢٨٣ — نقض فرنسى ٦ ديسمبر سنة ١٨٥٩ دالوز ٦٠-١-١٧-١٩- فبراير سنة ١٩٢١ ميرييه ١٩٢١-١-٣٦٤-٢١ يولييه سنة ١٩٤١ ميرييه ١٩٤٢-١-١٤١- الأستاذ سليمان مرقس فى أصول الإثبات فقرة ١٧٧ ص ٣٠٩ .

المقضى . ومن ثم لا تثبت حجية الأمر المقضى لحكم صدر من محكمة مدنية أو مجلس ملى فى مسألة تدخل فى ولاية المحاكم الشرعية ، ولالحكم صدر من محكمة شرعية أو مجلس ملى فى مسألة تدخل فى ولاية المحاكم الوطنية ، ولالحكم صدر من محكمة مدنية فى مسألة تدخل فى ولاية القضاء الإدارى . على أنه إذا صدر الحكم من محكمة لا ولاية لها ، كانت له مع ذلك حجية الأمر المقضى بالنسبة إلى هذه المحكمة أو إلى غيرها من محاكم الجهة ذاتها ، ولكن لا حجية للحكم بالنسبة إلى الجهات القضائية الأخرى (١) .

(١) وهذا محل إجماع فيما إذا كان الحكم قد صدر من جهة قضاء غير عادية كالمجالس المليية . أما إذا صدر الحكم من جهة قضاء عادية كالمحاكم الوطنية ، فهناك رأى يذهب إلى أن الحكم يجوز حجية الأمر المقضى حتى بالنسبة إلى الجهات القضائية الأخرى غير العادية . فالحكم الصادر من مجلس ملى فى غير حدود ولايته لا يكون حجة أمام المحكمة الوطنية ، أما الحكم الصادر من محكمة وطنية ليكون حجة أمام المجلس الملى حتى لو رأى هذا المجلس أن المحكمة الوطنية لا ولاية لها فى إصدار الحكم . ويرجع ذلك إلى أن القضاء العادى هو الأصل فى ولاية القضاء ، أما القضاء غير العادى فهو استثناء من الأصل لوجب ألا يخرج من الدائرة التى رسمت له (نقض مدنى ٥ مارس سنة ١٩٤٢ مجموعة ص ٣ رقم ١٤٥ ص ٤١٥ — الأستاذ سليمان مرقس فى أصول الإثبات فقرة ١٧٧ ص ٣٠٥ هامش رقم ١) .

ولكن جرى قضاء المحاكم المختلطة ، عندما كانت هذه المحاكم قائمة ، بأنه إذا صدر حكم من محكمة وطنية فى نزاع يدخل فى ولاية المحاكم المختلطة ، فليس لهذا الحكم أمام المحاكم المختلطة حجية الأمر المقضى ، استئناف مختلط ٢٦ مارس سنة ١٨٩٠ م ٣ ص ٦٠ — ١١ و٤ يونيو سنة ١٨٩٠ م ٢ ص ١٨٥ — ١٠ ديسمبر سنة ١٨٩٠ م ٣ ص ٦٠ — ٨ أبريل سنة ١٨٩١ م ٣ ص ٢٩٨ — ١٦ مايو سنة ١٨٩٣ م ٥ ص ٢٤٧ — ٢٨ فبراير سنة ١٨٩٤ م ٦ ص ١٧٢ — ٣٠ أبريل سنة ١٨٩٦ م ٨ ص ٢٦٦ — ١٣ ديسمبر سنة ١٨٩٩ م ١٢ ص ٣٩ — ١٧ مايو سنة ١٩٠٣ م ١٥ ص ٣١١ — ٢٢ أبريل سنة ١٩٠٨ م ٢٠ ص ١٨٤ — ١٨ فبراير سنة ١٩٠٩ م ٢١ ص ١٩٩ — ١٨ يناير سنة ١٩١١ م ٢٣ ص ١١٤ — ٢٢ مارس سنة ١٩١١ م ٢٣ ص ٢٣٠ — ٢ مايو سنة ١٩٢٢ م ٣٤ ص ٣٧٥ — ٦ يناير سنة ١٩٣١ م ٤٣ ص ١٣٦ — ٣ يناير سنة ١٩٣٤ م ٤٦ ص ١١٤ — ولو أن هذا الحكم يصلح لاستئناف المحكمة المختلطة به (استئناف مختلط ١٢ أبريل سنة ١٨٩٣ م ٥ ص ١٨٦ — ٢٠ ديسمبر سنة ١٨٩٤ م ٦ ص ٣٨ — ٨ يناير سنة ١٨٩٦ م ٨ ص ٦٨) — لا سيما إذا صدر هذا الحكم بين وطنيين وأقربة الأجنبي (استئناف مختلط ٢٠ ديسمبر سنة ١٨٩٣ م ٦ ص ٧١) — أو كان الحكم مبنياً على سندات لم تعارضها سندات ضدها (استئناف مختلط ٨ فبراير سنة ١٨٩٤ م ٦ ص ١٦٧) — ويكون حجة على الأجنبي إذا كان بخطئه قد ترك المحكمة الوطنية تفصل فى قضية وهى غير مختصة (استئناف مختلط ١٩ مارس ١٩٠٨ م ٥٨ ص ٦١) .

ويكون للحكم حجية الأمر المقضى إذا صدر من محكمة لها الولاية في إصداره ، حتى لو كانت هذه المحكمة غير مختصة ، سواء رجع عدم الاختصاص إلى

= ولكن الحكم الذى صدر من محكمة مختلطة بين وطنيين تكون له حجية الأمر المقضى أمام المحاكم المختلطة لأن ولايتها تتناول الأجانب والوطنيين (استئناف مختلط ١٦ مايو سنة ١٨٩٤ م ٦ ص ٢٩٤ - ٢٠ فبراير سنة ١٩١٧ م ٢٩ ص ٢٣٥) ، وكذلك أمام المحاكم الوطنية (استئناف أهل ١٥ يونيو سنة ١٩٠٩ المجموعة الرسمية ١١ رقم ١٣) .

أما الحكم الصادر بين وطنيين من محكمة وطنية فيكون حجة أمام المحاكم المختلطة (استئناف مختلط ١٤ مايو سنة ١٩٠٣ م ١٥ ص ٢٨٨ - ٢٥ فبراير سنة ١٩٠٤ م ١٦ ص ١٤٤ - ٨ يونيو سنة ١٩٠٤ م ١٦ ص ٣٠١ - ١٨ أبريل سنة ١٩٠٦ م ١٨ ص ٢٠٠ - ٢٢ نوفمبر سنة ١٩٠٦ م ١٩ ص ١٩ - ١٠ مارس سنة ١٩١٠ م ٢٢ ص ١٩٥ - ١٦ يونيو سنة ١٩١٠ م ٢٢ ص ٣٦٧ - ٢٣ يناير سنة ١٩١٧ م ٢٩ ص ٧٢ - ٢٥ يناير سنة ١٩٢١ م ٣٣ ص ١٤٧ - ٢٥ مارس ١٩٢٣ م ٣٤ ص ٢٤٦ - ١٣ نوفمبر سنة ١٩٢٣ م ٣٦ ص ١٧ - ٥ يونيو سنة ١٩٣٠ م ٤٣ ص ٢ - ٢٤ أبريل سنة ١٩٣١ م ٤٣ ص ٣٩٧ - ١١ مايو سنة ١٩٣٣ م ٤٥ ص ٢٧٨) .

كذلك إذا صدر حكم من المحكمة المختلطة في حدود ولايتها كان حجة أمام المحاكم الوطنية (نقض مدنى ٢١ مايو سنة ١٩٤٢ مجموعة عمر ٣ رقم ١٥١ ص ١٦١) . أما إذا صدر الحكم من المحكمة المختلطة في غير حدود ولايتها فلا حجية له (نقض مدنى ٢٢ يونيو سنة ١٩٥٠ مجموعة أحكام النقض ١ رقم ١٥٤ ص ٦١٩) . وإذا صدر حكم من القضاء المختلط على خلاف حكم سابق صدر من القضاء الوطنى ، فلا يجوز لمن كان محكوماً عليه في الدعوى الوطنية ولم ينضم أمام المحكمة المختلطة أن يتمسك بالحكم المختلط أمام القضاء الوطنى في نزاع مندرج من أصل النزاع الذى كسب الحكم الوطنى السابق صدوره فيه حجية الشيء المحكوم به بالنسبة لذلك الحكم (نقض مدنى ٢٢ يونيو سنة ١٩٣٣ مجموعة عمر ١ رقم ١٣٤ ص ٢٤٠) .

وإذا صدر حكم من محكمة شرعية في حدود ولايتها كانت له الحجية أمام المحاكم المدنية (نقض مدنى ٢ مايو سنة ١٩٤٠ مجموعة عمر ٣ رقم ٥٥ ص ١٨٩ - ١٧ مايو سنة ١٩٤٥ مجموعة عمر ٤ رقم ٢٥٢ ص ٦٧٥ - ٣٠ فبراير سنة ١٩٤٧ مجموعة عمر ٥ رقم ١٥٨ ص ٣٥٤ استئناف مصر ١٠ ديسمبر سنة ١٩٣٢ الهامة ١٣ رقم ٤٢٩ ص ٨٧١ - استئناف مختلط ٢٤ ديسمبر سنة ١٩١٤ م ٢٧ ص ٨١) ، وبالقدر الذى تكون المحكمة الشرعية قد فصلت فيه (نقض مدنى ١١ مارس سنة ١٩٣٧ مجموعة عمر ٢ رقم ٤٣ ص ١١١) ، حتى لو كانت المحكمة الشرعية قد أخطأت في قضائها - مادامت هى المختصة أصلاً - بأن لم تطبق أحكام معاهدة الإقامة بين مصر وتركيا (نقض مدنى ١٩ مايو سنة ١٩٤٩ مجموعة عمر ٥ رقم ٤٢١ ص ٧٧٠) ، ولو كان اختصاص المحكمة الشرعية قائماً على تراضى الخصوم مادام أن هذا لا يتجانى مع طبيعة ولايتها (نقض مدنى ٥ مارس ١٩٤٢ مجموعة عمر ٣ رقم ١٤٥ ص ٤١٥) ، ولا تلزم المحكمة المدنية إلا بما قضت فيه المحكمة الشرعية وفصلت فيه فصلاً حقيقياً (نقض مدنى ٥ أبريل سنة ١٩٤٥ -

الموضوع أو رجوع إلى المكان . فالحكم الصادر من محكمة مدنية تكون له حجبة الأمر المقضى ولو كان المختص هو القضاء التجارى . كذلك الحكم الصادر من محكمة جزئية تكون له هذه الحجبة ولو كان المختص هو المحكمة الكلية . ومن باب أولى يجوز حجبة الأمر المقضى الحكم الصادر من محكمة كلية وهو من اختصاص محكمة كلية أخرى ، أو من محكمة جزئية وهو من اختصاص محكمة جزئية أخرى (١) :

= مجموعة عمر ٤ رقم ٢٣٢ ص ٦١٤ - ٢٣ مايو سنة ١٩٤٦ مجموعة عمر ٥ رقم ٨٦ ص ١٨٠) - أما إذا صدر الحكم من محكمة شرعية أو من مجلس مل في غير حدود الولاية فلا يكون الحكم حجة أمام المحكمة المدنية (نقض مدنى ٢١ يونيو سنة ١٩٣٤ مجموعة عمر ١ رقم ٢٠٠ ص ٤٥٤ - ٢٤ يناير سنة ١٩٣٥ مجموعة عمر ١ رقم ٢٢٤ ص ٥٦٧ - ١٠ يناير سنة ١٩٤٦ مجموعة عمر ٥ رقم ٢٣ ص ٤٢ - ٢٨ فبراير سنة ١٩٤٦ مجموعة عمر ٥ رقم ٤١ ص ١٠٨ - استئناف أهل ٢٢ أبريل سنة ١٩١٣ المجموعة الرسمية ١٤ رقم ٩١ . وإذا فصلت المحكمة المختلطة في ملكية قطعة أرض يتنازها شخصان ، كان حكمها مانعاً للمحكمة الشرعية من سماع الدعوى مرة أخرى أمامها (المحكمة العليا الشرعية ٢٠ نوفمبر سنة ١٩٢٤ الهامة ٥ رقم ٢٣٧ ص ٢٨٣) .

والأحكام التي تصدر من جهات قضائية استثنائية كالبطركخانات لا حجبة لها إلا فيما يتعلق بولايتها ، وذلك على الأقل بالنسبة إلى الجهات القضائية الأخرى (استئناف مختلط ١٧ مارس سنة ١٩٤٢ م ٥٤ ص ١٣٧ - طهطا ٧ نوفمبر سنة ١٩٢٧ الهامة ١٠ رقم ٣٨٥ ص ٧٧٣) ، وهذا راجع إلى أن هذه الهيئات لا تملك في الأصل ولاية القضاء ، فإذا ما تجاوزت حدود الاختصاص المرسومة لها فقدت كل أهلية للقضاء (اسكندرية الوطنية ٣١ يولييه سنة ١٩٣٢ الهامة ١٤ رقم ٢/٦٤ ص ١٣١) .

والقرارات الصادرة من لجان الإجازات المشكلة بقانوني نمرة ١٤ سنة ١٩٢١ و ١٦ سنة ١٩٢٢ لا تحوز حجبة الأمر المقضى إذا تعدت الحدود الموضوعية لها في قانون إنشائها ، بل إن مثل هذه القرارات لا تكون مجرد أحكام باطلة صادرة من جهات غير مختصة ، وإنما تعتبر معدومة لصدورها من جهة لا ولاية قضائية لها فيما قضت به ، وتكون اللجان المذكورة بإصدارها تلك القرارات تعدت سلطة الشارع الذي أنشأها ، فهي معدومة بانعدام صفة القاضى وصفة الحكم (استئناف مصر دوائر مجتمعة ٣٠ أبريل سنة ١٩٢٥ المجموعة الرسمية ٢٦ رقم ٧٤ - استئناف مصر ٣١ يناير سنة ١٩٢٣ المجموعة الرسمية ٢٥ رقم ٥٤ - أسيوط الكلية ٣ مايو سنة ١٩٢٢ المجموعة الرسمية ٢٣ رقم ٣٢) - وإذا فصلت لجنة مخالفات الرى في أمر غير داخل في اختصاصها فلا يكون لحكمها حجبة الأمر المقضى ، ويكون للمحاكم أن تفصل في الأمر من جديد إذا طرح النزاع عليها (مصر الكلية ٢ يناير سنة ١٩٢٣ المجموعة الرسمية ٢٦ رقم ١١٢) .

(١) الحكم الصادر من محكمة ذات ولاية، ولكن غير ذات اختصاص محل أو موضوعي، =

٣٥٣ - وبموجب سلطتها القضائية لا سلطتها الولائية : ثم أن المحكمة ذات الولاية يجب أن تكون قد أصدرت الحكم بموجب سلطتها القضائية (juridiction contentieuse) لا بموجب سلطتها الولائية (juridiction gracieuse).

ومعرفة ما إذا كان الحكم صادراً بموجب السلطة القضائية للمحكمة من مباحث قانون المرافعات . ولكن يمكن القول بوجه عام ان العبرة بطبيعة الموضوع الذي يصدر فيه أمر القاضي وطبيعة ما يجريه القاضي في إصداره ، فان كان الأمر يتعلق بخصومة بين طرفين فصل فيها فهو قضاء ، وإلا فهو أمر ولائي^(١) .

فالتصديق على الصلح^(٢) ، وإجراء القسمة قضائياً ، والتصديق على القسمة إذا كان بين الشركاء غائب أو كان بينهم من لم تتوافر فيه الأهلية (م ٨٤٠ مدني)^(٣) ، وتصديق المحكمة الحسبية على الحساب الذي يقدمه الأوصياء والقوام^(٤) ، كل هذه أوامر تصدر من المحكمة بموجب سلطتها الولائية فلا تحوز

= يحوز حجية الأمر المقضي: استئناف مختلط ١١ ديسمبر سنة ١٨٩٠ م ٣ ص ٦٣-٢٢ يناير سنة ١٨٩١ م ٣ ص ١٤٣ - ٢ نونبر سنة ١٨٩٣ م ٦ ص ٥ - ٦ أبريل سنة ١٨٩٨ م ١٠ ص ٢٢٨ - ٢٢ فبراير سنة ١٩١٢ م ٢٤ ص ١٤٩ - ٢ يونيو سنة ١٩١٥ م ٢٧ ص ٢٨٠ - ٩ فبراير سنة ١٩٢٦ م ٣٨ ص ٢١٩ - ٢٥ مارس سنة ١٩٢٦ م ٣٨ ص ٣٠٩ - ١٤ يونيو سنة ١٩٢٨ م ٤٠ ص ٤٢٧ - ٢١ أبريل سنة ١٩٣٢ م ٤٤ ص ٢٨٢ .
قارن الأستاذ أحمد نشأت ٢ فقرة ٦٣٣ ص ٩٠ وانظر الأستاذ سليمان مرقس فقرة ١٧٧ ص ٣٠٥ - ص ٣٠٦ .

(١) الأستاذ محمد حامد نهمي في المرافعات فقرة ٢٤ - ويذهب الأستاذ عبد الحميد أبو هيف (المرافعات فقرة ٩٥) إلى أن الأمر الولائي هو ما تصدره المحكمة بناء هل طلب طرف دون أن تستدعي الطرف الآخر لسباع أقواله .

(٢) استئناف ٦ يناير سنة ١٩٢٠ المحاماة ١ رقم ٩٣ ص ٤٧٠ - وقارن استئناف مختلط ٢٢ مارس سنة ١٩٣٢ م ٤٤ ص ٢٣٩ - انظر الأستاذ عبد السلام ذهني في الأدلة جزء ٢ ص ١٥٧ - ص ١٦١ .

(٣) بنى سوييف استئناف ١٢ فبراير سنة ١٩١٤ المجموعة الرسمية ١٥ رقم ٦٤ . ولكن الحكم بإيهام الشيوع عن طريق القسمة يحوز حجية الأمر المقضي (استئناف مختلط ٣٠ ديسمبر سنة ١٩٣٠ م ٤٣ ص ١١٢) .

(٤) وقد قضت دائرة النقض الجنائية بأن تصديق المجلس الحسبي على الحساب الذي يقدمه =

حجية الامر المقضى ، وذلك ما لم تفصل في خصومة بين طرفين^(١) . فاذا فصلت المحكمة في المنازعات التي قد تعترض دعوى القسمة (م ٨٣٨ مدني) ، فهذا فصل في خصومة يحوز حجية الأمر المقضى . أما التصديق على الصلح مع المفلس

= إليه الوصي لا يمد حكماً حائزاً لحجية الأمر المقضى ، ولا يمنع ذوى الشأن من الطعن في صحة هذا الحساب أمام المحاكم الأهلية (نقض جنائي ١١ مايو سنة ١٩١٨ المجموعة الرسمية ١٩ رقم ٢/٨٨ - انظر أيضاً : استئناف مصر ٢ أبريل سنة ١٩٣٠ المحاماة ١٠ رقم ٣٥٣ ص ٧١١) - وتقتضت محكمة النقض بأن ما يثار عادة من أن قرارات المجالس الحسبية في مسائل الحساب تحوز حجية الأمر المقضى أو لا تحوز إنما هي إثارة بحث لا محل له . ذلك بأن المجالس الحسبية لا تصدر أحكاماً بالملزومية حتى تكون لها حجية الأمر المقضى أو لا تكون ، وإنما هي عقب فحصها للحساب ، إذا ما قررت اعتمادها ، فان اعتمادها يكون تسمية لاتفاق رسمي بين عديم الأهلية الحالة هي محله بقوة القانون من جهة وبين وليه من جهة أخرى . وهذا الاتفاق هو وحده الذي يحتاج به كل طرف من طرفيه على الآخر ككل العقود والاتفاقات . أما نتيجة هذا الاتفاق ، إذا كانت موجبة لدين على عديم الأهلية أو على وليه ، فإن هذا الدين إذا لم يسدد وديماً من أحدهما للآخر ، فالمحاكم العادية هي التي تحكم به تنفيذاً لذلك الاتفاق (نقض مدني ٥ ديسمبر سنة ١٩٣٥ مجموعة محر ١ رقم ٣٠٦ ص ٩٥٧) . ولكن متى اعتدت المحكمة الحسبية الحساب ، فقد تم الاتفاق الرسمي بين ناقص الأهلية ونائبه ، ولا يجوز للمحكمة الحسبية أن ترجع في اعتمادها إلا إذا ظهرت أسباب جديدة تسوغ هذا الرجوع . وقد قلمت محكمة النقض بأن ليس للمجلس الحسبي ، بعد أن ينتشر عمل الوصي ويحيزه ، أو يفحص الحساب ويمتده ، أن يرجع مما قرره ، ما لم تظهر أسباب جديدة تسوغ ذلك (نقض مدني ٢٦ ديسمبر سنة ١٩٤٠ مجموعة محر ٣ رقم ٨٥ ص ٢٩٣) .

(١) وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن الأحكام التي تصدر بالتصديق على اتفاقات الخصوم (jugement d'expédient) نوعان . نوع تقتصر المحكمة فيه على إثبات الاتفاق الذي تم بين الخصمين . ونوع تستند فيه المحكمة إلى هذا الاتفاق للفصل في الخصومة المطروحة أمامها ، فتتبنى اتفاق الخصمين ، ومن ثم يحوز الاتفاق حجية الأمر المقضى . أما النوع الأول الذي تقتصر فيه المحكمة على إثبات الاتفاق ، فكل ما ينطوي عليه أن الخصمين اتفقا على صلح يحسم الخصومة ، فأضفت المحكمة على هذا الصلح صفة الرسمية ، وأكسبته القوة التنفيذية ، شأنها في ذلك شأن الموثق ، فلم تفصل المحكمة في خصومة ، وإنما أثبتت اتفاقاً تم ، فلا يقبل مثل هذا الحكم استئنافاً (استئناف مختلط ٦ مارس سنة ١٩٤٥ م ٥٧ ص ٨٢) . قارن مع ذلك بودري وبارد ، فقرة ٢٦٦٩ حيث لا يميزان بين حكم فصل في خصومة وحكم اقتصر على إثبات الاتفاق ، فكلا الحكيمين يحوز حجية الأمر المقضى . وانظر بيدان وپرو ٩ فقرة ١٣٤١ ص ٩٣٨ - ص ٩٣٩ حيث يميزان بين الأحكام المصدقة على اتفاقات الخصوم والتي تفصل في الخصومة (jugements d'expédient) وبين العقود القضائية (contrats judiciaires) التي تقتصر فيها المحكمة على إثبات اتفاقات الخصوم .

(concordat) فقد كانت محكمة الاستئناف المختلطة تميل إلى اعتباره منظوياً على فصل في خصومة ، فيحوز حجية الأمر المقضى^(١)

والحكم بتعيين وصى أو قيم في غير خصومة^(٢) ، وإقامة ناظر على الوقف في غير خصومة كذلك ، كل هذه أوامر ولائبة لا تحوز حجية الأمر المقضى . أما الحكم بتوقيع الحجز فهو حكم قطعى يحوز حجية الأمر المقضى^(٣) .

والإذن للأوصياء والقوام في مباشرة التصرفات^(٤) ، والإذن في استبدال الوقف^(٥) ، لا يعتبر أى منهما حكماً قضائياً ، بل هو أمر ولائى لا يحوز حجية الأمر المقضى ، إذ هو لا يفصل في خصومة بل يمكن من إجراء تصرف معين . وكذلك الحكم بمرسى المزداد ليس إلا إجراء تصرف فى العين التى رسا فيها المزداد ، فهو أمر ولائى لا يحوز حجية الأمر المقضى^(٦) .

والأمر الصادر من رئيس المحكمة باعطاء الدائن حق اختصاص بعقارات مدينه ، وقائمة التوزيع بين الدائنين فى غير ما يفصل فيه من مناقضات

(١) استئناف مختلط ٢٤ أبريل سنة ١٩٣٥ م ٤٧ ص ٢٦٨ - ١٨ يونيو سنة ١٩٣٥ م ٤٧ ص ٣٧٤ .

(٢) وقد قضت محكمة استئناف أسبوط بأن الحكم بتعيين قيم ليس حكماً صادراً من المحكمة باعتبارها سلطة قضائية قاطعة فى خصومة معينة ، بل هو صادر منها بإمالة من حق الولاية العامة فى حدود سلطتها الإدارية ، ومثل هذه الأحكام لا تحوز حجية الأمر المقضى ولا تستأنف (١٩ نوفمبر سنة ١٩٣٠ المجموعة الرسمية ٣٢ رقم ٢ ص ٢٦) . وانظر فى حجية قرارات المجالس الحسينية : المجلس الحسى المال ٤ فبراير سنة ١٩٢٣ الهامة ٣ رقم ٢١٠ ص ٢٧٨ - ٢٥ مايو سنة ١٩٢٣ الهامة ٤ رقم ١٦ ص ٢٣ - ٢١ يناير سنة ١٩٢٦ الهامة ٦ رقم ٣٣٨ ص ٥٠٠ - استئناف مصر ١١ فبراير سنة ١٩٣٢ الهامة ١٣ رقم ٣١ ص ٨٢ .

(٣) استئناف مختلط ١٢ يناير سنة ١٩٣٢ م ٤٤ ص ١١٠ .

(٤) وقد تقدم أنه لا يجوز للمحكمة الحسينية بعد أن تنظر فى عمل الوصى وتجيئه أن ترجع فيما قررت ما لم تظهر أسباب جديدة تسوغ ذلك (نقض مدنى ٢٦ ديسمبر سنة ١٩٤٠ بمجموعة عمر ٣ رقم ٨٥ ص ٢٩٣) .

(٥) ومع ذلك فقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن إذن المحكمة الشرعية فى استبدال الوقف له حجية الأمر المقضى (استئناف مختلط ٤ يونيو سنة ١٩٠٢ م ١٤ ص ٣٣٧) ، ومعنى قصد بذلك أن هذا الإذن لا يجوز الرجوع فيه ، كما لا يجوز الرجوع فى العقد لافى الحكم .

(٦) استئناف أسبوط ١٩ نوفمبر سنة ١٩٣٠ المجموعة الرسمية ٣١ ص ٦١ - قارن استئناف مختلط ١٧ يناير سنة ١٩٣٥ م ٤٧ ص ١٢٣ .

ومعارضات (١) ، كل هذه أوامر ولائية لا تخوز حجبية الأمر المقضى .
كذلك تعتبر أوامر ولائية لا تخوز حجبية الأمر المقضى قرارات لجان المعافاة
من الرسوم القضائية (٢) ، وأوامر رئيس محكمة القضاء الإدارى بتقصير الموايد .
أما حكم محكمة القضاء الإدارى بوقف تنفيذ أمر إدارى ، وكذلك حكم محكمة
النقض بوقف تنفيذ حكم نهائى ، فهذا فصل فى خصومة يخوز حجبية الأمر المقضى .

المطلب الثانى

حكم قطعى

٣٥٤ - الحكم القطعى والحكم النهائى : لا تكون حجبية الأمر
المقضى إلا للحكم قطعى (٣) (jugement définitif) ، وهو الحكم الصادر فى الموضوع
بالبت فيه ، ولو كان حكماً ابتدائياً غيائياً قابلاً للطعن فيه بالمعارضة وبالاستئناف .
ولا ضرورة ، حتى تكون للحكم حجبية الأمر المقضى ، أن يصبح الحكم القطعى
حكماً نهائياً (jugement passé en force de chose jugée) ، باستنفاده لطرق
الطعن العادية من معارضة واستئناف . فالحجبية تثبت للحكم الغيائى ثبوتها للحكم
الحضورى ، وللحكم الابتدائى ثبوتها للحكم النهائى (٤) ، وتثبت للحكم النهائى حتى
لو طعن فيه بالنقض أو بالتماس إعادة النظر أو باعتراض الخارج عن الخصومة .
وقد سبق أن أشرنا إلى وجوب التمييز بين حجبية الحكم (autorité) ونهائيته
(irrévocabilité) ، فالنهائية لاشان لها بالحجبية ، بل هى تتصل بقابلية الحكم
للتنفيذ (٥) .

-
- (١) أوبرى ورو ١٢ فقرة ٧٦٩ هامش رقم ٧ .
(٢) طنطا استئناف ٢٦ يونيه سنة ١٩٢٩ الهامة ٩ رقم ٥٩٨ ص ١٠٩٨ .
(٣) استئناف مصر ٢٤ فبراير سنة ١٩٣٠ الهامة ١٠ رقم ٤٣٠ ص ٨٥٦ .
(٤) قارن استئناف مختلط ٢٦ يناير سنة ١٩٢٦ م ٣٨ ص ١٩٥ (حيث ينكر حل الحكم
حجبية الأمر المقضى إذا كان قابلاً للاستئناف) و١٣ يناير سنة ١٩٢٠ م ٣٢ ص ١١٣ - ١٤
يونيه سنة ١٩٢٨ م ٤٠ ص ٤٢٧ .
(٥) ومع ذلك فقد كانت المادة ٢٩٧/٢٣٢ من التقتين المدنى السابق تملط بين الشيتين .
انظر أيضاً المادة ٤٠٥ من التقتين المدنى الجديد حيث ورد فيها «قوة الأمر المقضى» بدلا من
«حجبية الأمر المقضى» ، وقد سبقت الإشارة إلى ذلك .

٣٥٥ - متى يثبت للحكم القطعي هيبة الأمر المقضى : وكل حكم

قطعي بت في الخصومة يجوز حجبة الأمر المقضى . فالحكم القطعي الصادر في الموضوع بالبت فيه ، كله أو بعضه (١) ، تكون له هذه الحجية . كذلك تثبت الحجية للحكم القطعي الذي يبت في الدفع ، سواء كان الدفع موضوعياً أو شكلياً ، كالحكم بعدم الاختصاص وبعدم قبول الدعوى وبعدم جواز نظر الدعوى وببطلان صحيفة الدعوى . وتثبت الحجية كذلك للحكم القطعي الذي يبت في نزاع يتصل باجراءات الدعوى ، كالحكم بسقوط الخصومة وبانقضائها بمضي المدة وبتركها وباعتبار الدعوى كأن لم تكن (٢) .

(١) وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا قضى المحكم المدعى ببعض طلباته ، فظمن في قضاؤه برفض البعض الآخر ، وقبل المدعى عليه المحكم ولم يظمن فيه ، ثم قضى بقبول الظمن ونقض المحكم ، فإن هذا النقض هو نقض جزئي لا يتناول ما كان قضى المحكم بإيجابته من طلبات الظامن ، ولذلك لا يجوز لهككة الإحالة أن تميد النظر في هذا البعض من الطلبات (نقض مدني ٨ أبريل سنة ١٩٤٨ مجموعة عمر ٥ رقم ٢٩٧ ص ٥٨٨) . انظر أيضاً : نقض مدني ٢٠ يونيو سنة ١٩٣٥ مجموعة عمر ١ رقم ٢٨٨ ص ٨٧٤ - ٨ يناير سنة ١٩٤٨ مجموعة عمر ٥ رقم ٢٥٤ ص ٥١٥ وتعليق الأستاذ محمد حامد فهمي ص ٥١٦ .

كذلك يعتبر بتاً في بعض الدعوى القضاء بقيام المسئولية وإحالة الدعوى إلى التحقيق أو إلى غير لتقدير قيمة الضرر ، فيكون للحكم حجبة فيما يتعلق بثبوت المسئولية . وإذا قضى المحكم بأحقية المدعى للنفقة ، وأجلت القضية لتحديد قيمة النفقة في جلسة أخرى ، حاز المحكم حجبة الأمر المقضى فيما يتعلق بأحقية المدعى للنفقة (استئناف مختلط ٢٦ فبراير سنة ١٩٣١ م ٤٣ ص ٢٥٧) .

(٢) ويقول الأستاذ محمد حامد فهمي في كتابه المرافعات (فقرة ٦١٤) : والحكم القطعي هو الذي يفصل في جملة النزاع أو في جزء منه أو في مسألة متفرعة عنه فصلاً حاسماً لا رجوع فيه من جانب المحكمة التي أصدرته ، كالحكم للمدعى بطلباته أو المحكم عليه برفضها ، والحكم في الدفع بعدم الاختصاص أو الدفع بانقضاء الحق بالتقادم أو بسقوط الدعوى أو ببعدم جواز الإثبات بالبينة والحكم في طلب رد القضاة أو طلب دخول خصم ثالث أو طلب وقف الدعوى انتظاراً للفصل في مسألة أولية من محكمة أخرى والحكم في دعوى التزوير الفرعية . ذلك بأن كلا من هذه الأحكام (وأشغالها) يحسم النزاع في موضوع الدعوى أو في بعض منه ، أو يقطع - في مسألة فرعية - زواهاً يعتبر في هذا الصدد مستقلاً وقائماً بذاته .

ويعتبر الحكم بتوجيه العيين الحاسمة قطعياً يجوز حجبة الأمر المقضى (استئناف مختلط ٣ يونيو سنة ١٩٠٩ م ٢١ ص ٢٨٦) - ويعد حكماً قطعياً حائزاً لحجية الأمر المقضى المحكم في المراضات في تنبيه نزع الملكية وفي قوائم التوزيع (استئناف مختلط ١٦ مايو سنة ١٩٢٩ م ٤١ ص ٤٠٤ - ١٨ فبراير سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٣٤٦ - ١٨ مارس سنة ١٩٣٠ م ٤٢ -

ولكن هناك أحكاماً قطعية لا تبت في الخصومة على وجه حاسم ، فهذه لا تجوز حجية الأمر المقضى . مثل ذلك الأحكام التهديدية (jugements comminatoires) ، فالحكم بغرامة تهديدية (astreintes) لا يجوز حجية الأمر المقضى ، إذ أن الغرامة التهديدية تجوز إعادة النظر فيها بالزيادة أو الإنقاص أو الإلغاء (م ٢١٣ و ٢١٤ مدني) (١) . ومثل ذلك أيضاً الحكم برفض الدعوى بالحالة التي هي عليها ، فإنه لا يجوز الحجية إذ هو لم يبت فيه النزاع على وجه حاسم ، وإن كانت له حجية فهي حجية مقصورة على الحالة التي كانت عليها الدعوى حين رفعها أول مرة ، فيجوز رفع الدعوى من جديد بعد تصحيح هذه الحالة أو تغييرها (٢) . كذلك الحكم باخراج خصم من الدعوى ، أو بعدم قبول تدخله ، لا يجوز حجية الأمر المقضى في موضوع الدعوى ، لأنه لم يبت في هذا الموضوع أصلاً ؛ بل اقتصر على البت في رفض اشتراك شخص معين في خصومة قائمة ، والحكم بذلك لا يمنع هذا الشخص من رفع دعوى مستقلة بطلباته دون أن يدخل في الخصومة التي حكم برفض اشتراكه فيها (٣) .

- من ٣٦٢ - ١٨ مارس سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٤٣٤ - ١٣ يناير سنة ١٩٣١ م ٤٣ ص ١٤٨ - ٢٦ مايو سنة ١٩٣٦ م ٤٨ ص ٢٨١ .

(١) استئناف مصر ٦ مارس سنة ١٩٢٤ المحاماة ٤ ص ٦٤٦ - الاسكندرية الكلية الوطنية ١٦ يناير ١٩٣٢ المجموعة الرسمية ٢٣ رقم ٦ ص ١٤٧ - استئناف مختلط ١٨ أبريل سنة ١٩٢٩ م ٤١ ص ٣٦٦ .

(٢) استئناف مصر ٢٤ فبراير سنة ١٩٣٠ المحاماة ١٠ ص ٨٥٦ - مصر الكلية الوطنية ٢١ يولييه سنة ١٩٣٠ المجلة القضائية ٣٢ ص ١٠ - بنى سويف الجزئية ٨ فبراير سنة ١٩٣٢ المجموعة الرسمية ٢٣ رقم ٩ ص ٢٢٥ - استئناف مختلط ١٤ نوفمبر ١٨٩٤ م ٧ ص ١٧ - ٢٢ نوفمبر سنة ١٩٣٣ م ٤٦ ص ٤٥ . ولكن قارن أوبري ورو ١٢ فقرة ٧٦٩ ص ٤٠٠ وهامش رقم ١٣ .

ومن أمثلة رفض الدعوى بالحالة التي هي عليها أن ترفع الدعوى من غير ذي صفة ، فيحكم بعدم قبولها ، وتقبل بعد ذلك إذا رفعت من ذي الصفة . كذلك قد ترفع الدعوى من شخص لم تحصل على الإذن اللازم من المحكمة الحسبية مثلاً ، فترفض الدعوى في الحالة التي هي عليها حتى يحصل المدعى على الإذن . وقد ترفع الدعوى أمام محكمة القضاء الإداري بإلغاء قرار إداري لم يصدر بعد ، فترفض الدعوى لرفعها قبل الأوان .

(٣) استئناف مختلط ٢٥ مارس سنة ١٩٣٦ م ٤٨ ص ٢٠٠ - هذا وإذا لم تفصل المحكمة في أحد الطلبات ، وكان الحكم مخالفاً من التفرغ لهذا الطلب بالرفض أو القبول ، سواء في أسبابه أو في مطونه ، جاز أن ترفع به دعوى جديدة ، ولا محل للمسك بحجية الأمر المقضى =

٣٥٦ - الأوامر الصادرة قبل الفصل في الموضوع : أما الأحكام

الصادرة قبل الفصل في الموضوع (jugements d'avant-dire droit) فهي ليست بأحكام قطعية ، ولا يجوز حجبة الأمر المقضى^(١) .

وهذه الأحكام هي : الأحكام التحضيرية (jugements préparatoires) ، والأحكام التمهيدية (jugements interlocutoires) والأحكام الوقفية (jugements provisoires) .

٣٥٧ - الأوامر التحضيرية : وهي أحكام تسبق الحكم في الموضوع

تحضيراً لهذا الحكم ، دون أن تبين رأى المحكمة في نقطة النزاع . وذلك كالحكم بتعيين خبير لمعاينة محل النزاع ، أو الحكم بانتقال المحكمة إلى محل النزاع ، أو الحكم بالإحالة على التحقيق . مثل هذه الأحكام لا تكون لها حجبة الأمر المقضى ، بل يجوز للمحكمة العدول عنها بعد إصدارها وقبل تنفيذها ، وإذا هي نفذتها لم تنقيد بالنتيجة التي أدت إليها .

٣٥٨ - الأوامر التمهيدية : وهي أحكام تسبق الحكم في الموضوع

= (استئناف أسبوط ٥ ديسمبر سنة ١٩٢٨ المجموعة الرسمية ٢٠ رقم ٧) - وقضت محكمة النقض بأن ما لم تنظر فيه المحكمة بالفعل لا يمكن أن يكون موضوعاً لحكم يجوز حجبة الأمر المقضى . فإذا كانت المحكمة التي نظرت في دعوى إثبات البدل في أرض قد قالت في أسباب حكمها إن ما أثاره أحد المتبادلين من نزاع في ملكية المتبادل الآخر لما بادل به ليس محله دعوى إثبات التعاقد ، ثم قضت بإثبات البدل بناء على تسليم طرفيه بوقوعه ، فإن حكمها هذا لا يحول دون النظر في ذلك النزاع نفسه بدعوى أخرى تقام بفسخ عقد البدل . وكذلك تفريماً على هذا الأصل إذا كانت المحكمة في دعوى الضمان الفرعية قد قالت في أسباب حكمها إن الدعوى المذكورة ليست صالحة للنظر فيها ، وحكمت في منطوقه برفضها بحالتها ، فإن حكمها هذا - وهو ليس إلا حكماً مؤقتاً - لا يمكن أن يحول دون النظر فيما أثبت في الدعوى من وجوه النزاع (نقض مدني ٢٦ فبراير سنة ١٩٤٨ مجموعة عمر ٥ رقم ٢٧٣ ص ٥٤٧) - وقضت أيضاً بأنه إذا طلب المدعي عليه احتياطياً الحكم بالمبلغ المطالب به هو على شخص بصفته ضماناً له ، فقضت المحكمة برفض هذا الطلب لعدم توجيه دعوى الضمان توجيهاً صحيحاً ، فقضاؤها بذلك لا يمكن أن يجوز حجبة الأمر المقضى بالنسبة إلى موضوع الطلب ، إذ الحكم لم يتعرض للفصل فيه (نقض مدني ٩ مايو سنة ١٩٤٦ مجموعة عمر ٥ رقم ٧٣ ص ١٥٩) .

(١) سألوط ١٢ أكتوبر سنة ١٩٢٤ الهامة ٥ رقم ٢٢٩ ص ٢٦٨ .

تمهيدا لهذا الحكم ، وتبين رأى المحكمة في نقطة النزاع . وذلك كالحكم بتعيين خبير لتقدير الضرر الذى أصاب المدعى ، أو بإحالة القضية على التحقيق لإثبات وقوع الفعل الموجب للمسئولية ، فان المحكمة إذا قضت بذلك قبل أن تقضى في قيام المسئولية ذاتها تكون ، دون أن تقطع في قيام المسئولية ، قد كشفت عن ميلها للقضاء بذلك ، ومن أجل هذا عينت خبيراً لتقدير الضرر أو أحالت القضية على التحقيق لإثبات وقوع الفعل الموجب للمسئولية .

وكان الأمر في تقنين المرافعات السابق أن الحكم التمهيدى ، إذا أصدرته المحكمة من تلقاء نفسها دون طلب أحد من الخصوم ، فلا تكون له حجية الأمر المقضى ، ويجوز للمحكمة العدول عن تنفيذه . أما إذا كان صادراً بناء على طلب أحد الخصوم ، فإنه يعتبر قد فصل في أمر متنازع فيه ، وتثبت له الحجية ، فلا يبرز للمحكمة العدول عن تنفيذه^(١) على أنه إذا نفذ في الحالتين لم يقيد

(١) الموجز المؤلف فقرة ٧٠٨ - وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأنه إذا قضت المحكمة بضم ملف الأوراق وتبين أن هذا الملف قد أعدم لانقضاء الوقت القانونى ، فان لها أن تعدل عن تكلة الدليل بالملف إلى تكلته بأى طريق آخر ، كالإقرار أو القرائن ، لأن حكمها الأول تمهيدى ولها العدول عنه ، فن باب أول إذا كان سبب العدول تنفيذ الحكم التمهيدى (استئناف مختلط ٢١ يوليه سنة ١٩٢٣ م ٣٥ ص ٥٢١) .

وكان هناك رأى - في عهد تقنين المرافعات السابق - يذهب إلى عدم جواز العدول عن تنفيذ الحكم التمهيدى بعد صدوره ، حتى لو كانت المحكمة قد أصدرته من تلقاء نفسها . وقد قضت محكمة الاستئناف الأهلية بأن المحكمة مقيدة بحكمها التمهيدى ، ولا يكون لها أن تنظر في الموضوع قبل تنفيذه ، ما لم يصبح التنفيذ غير ممكن أو لا محل له ، ولكن يجوز للمحكمة أن تأمر ، عند النظر في تعيين خلف لأحد أعضائها المنتدب للتحقيق ، أن يجرى التحقيق أمامها هي (٧ يناير سنة ١٩٠٢ المجموعة الرسمية ٣ رقم ٨٤ - انظر أيضا نقض مدنى ٢٠ مارس سنة ١٩٤٧ مجموعة عمر ٥ رقم ١٧٣ ص ٣٨٢ - الأستاذ محمد حامد فهمى في المرافعات ص ٦٤٠) - النظر في حجية الحكم التمهيدى : لنقض مدنى ٨ أبريل سنة ١٩٤٨ مجموعة عمر ٥ رقم ٢٩٧ ص ٥٨٨ (وتطبيق الأستاذ محمد حامد فهمى في هامش ص ٥٨٩) - استئناف مختلط ٢١ ديسمبر سنة ١٨٩٢ م ٥ ص ٧١-٧ مايو سنة ١٩٠٣ م ١٥ ص ٢٧٠ - ٢٠ ديسمبر سنة ١٩١١ م ٢٤ ص ٥٤ - ٢٤ يوليه سنة ١٩١٥ م ٢٧ ص ٤٣٨ - ١٥ يوليه سنة ١٩٢١ م ٣٣ ص ٢٩٦ - ١٩ مارس سنة ١٩٢٣ م ٣٥ ص ٣٠٣ - ١٧ يناير سنة ١٩٢٤ م ٣٦ ص ١٥٨ - ٦ أبريل سنة ١٩٢٦ م ٣٨ ص ٣٢٦ - ١٠ أبريل سنة ١٩٤٨ م ٦٠ ص ١١٤ .

المهكمة بالنتيجة التي أدى إليها (١) .

ولكن تقنين المرافعات الجديد نص في المادة ١٦٥ منه على أن للمهكمة أن تعدل عما أمرت به من إجراءات الإثبات ، بشرط أن تبين أسباب العدول بالمخسر . ويجوز لها ألا تأخذ بنتيجة الإجراء ، بشرط أن تبين أسباب ذلك في حكمها . فألحق الحكم التمهيدى بالحكم التحضيري ، وأزل الحكمان منزلة سواء في جواز عدول المهكمة عن تنفيذ الحكم بعد إصداره ، ولو كان حكماً تمهيدياً صدر بناء على طلب أحد الخصوم . وقد نبذ تقنين المرافعات الجديد تقسيم الأحكام إلى تحضيرية وتمهيدية بعد أن سوى بينها في الحكم . فلا يجوز الحكم التمهيدى حجية الأمر المقضى ، سواء أصدرته المهكمة من تلقاء نفسها أو صدر بناء على طلب أحد الخصوم ، ففي الحالتين يجوز للمهكمة العدول عن تنفيذه ، وإذا هي نفذته لم تتقيد بالنتيجة التي أدى إليها كما سبق القول .

غير أنه يجوز أن يتضمن الحكم التمهيدى - أو الحكم التحضيري - حكماً قطعياً يفصل في مسألة من مسائل النزاع ، فيحوز هذا الحكم القطعى في هذه

(١) وقد قضت مهكمة النقض بأن الحكم التمهيدى لا تكون له حجية الأمر المقضى ، وليس القاضى الذى أصدره ملزماً حتماً بالاعتداد على نتيجة التحقيق الذى يحصل تنفيذاً له (نقض ملف ٢٧ أبريل سنة ١٩٣٣ مجموعة عمر ١ رقم ١٢٠ ص ٢٠٦) . وقضت أيضاً بأن المهكمة ، وإن كانت ملزمة بتنفيذ حكمها التمهيدى ومنوعة من الرجوع فيه ، لها كامل الحرية في تقدير أهمية الوقائع التي أمرت بتحقيقها ، ثم تقضى في موضوع الدعوى بما تراه حقاً وعدلاً مهما تكن النتيجة التي أسفر عنها التحقيق . فلها ، حتى مع ثبوت الوقائع المأمور بتحقيقها ، أن تقضى في الموضوع على خلاف ما يشير به حكمها التمهيدى ، معتمدة في ذلك على عناصر أخرى من عناصر الإثبات في الدعوى ، كما لها أن تعتبر الوقائع التي كانت تراها فاصلة ليست كذلك . وإذن فالحكم التمهيدى في دعوى الملكية بالإحالة إلى التحقيق لإثبات وضع اليد على العين المتنازع عليها لا يحول دون القضاء في موضوع الدعوى على أساس صورية عقد البيع الذى يتمسك به أحد الخصوم في إثبات ملكيته . وكذلك لا تترتب على المهكمة إذا هي اعتدت في القول بالصورية على شهادة شهود سوا تنفيذاً للحكم التمهيدى الذى أمر بتحقيق واقعة وضع اليد ، إذ أن لها - بعد تنفيذ الحكم التمهيدى - أن تستند في قضائها في الموضوع إلى جميع عناصر الإثبات الموجودة في الدعوى ، ومنها شهادة أولئك الشهود (نقض ملف ٢٠ مارس سنة ١٩٤٧ مجموعة عمر ٥ رقم ١٧٢ ص ٢٨٢) .

الظر أيضاً : استئناف مصر ٢ مارس سنة ١٩٣٣ الهامة ١٣ ص ١٢٣٨ - استئناف مخط ١٧ يناير سنة ١٩٢٤ م ٣٦ ص ١٥٨ - ٦ أبريل سنة ١٩٢٦ م ٢٨ ص ٢٢٦ .

الحالة حجية الأمر المقضى . وذلك كالحكم الصادر بإحالة القضية على التحقيق ، قد تصرح فيه المحكمة بجواز إثبات الحق المتنازع فيه بالبيننة ، أو بتحميل أحد الخصمين عبء الإثبات ، أو برفض الدفع بعدم قبول الدعوى ، أو بغير ذلك من الأحكام القطعية^(١) .

٣٥٩ - الامتياز الوقفية : وهى أحكام تسبق الحكم فى الموضوع

للفصل فى مسائل وقتية لاتمس جوهر النزاع . وذلك كالحكم فى دعاوى إثبات الحالة^(٢) ، والحكم بالحراسة^(٣) ، والحكم بنفقة وقتية للمصاب حتى يفصل فى دعوى التعويض ، والحكم بالزام ناظر الوقف أن يدفع لأحد المستحقين نفقة شهرية إلى أن يفصل فى دعوى الحساب^(٤) .

(١) اوبرى ورو ١٢ فقرة ٧٢٩ ص ٣٩٩ - ص ٤٠٠ وهامش رقم ١٠ - بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٥٥٤ ص ١٠١٩ - ص ١٠٢٠ - الأستاذ محمد حامد فهمى فى المرافعات فقرة ٦٤٠ - وقد قضت محكمة استئناف مصر بأن القاضى لا يكون ملزماً بإعطاء الدعوى فى حكمه النهائى الحل الذى كان يرى إليه بإصدار حكمه التمهيدى ، فإذا أمرت المحكمة بإحالة الدعوى على التحقيق لإثبات التخلص من الدين بالبيننة ، جاز لها بعد إتمام التحقيق أن تصرف النظر عن مسألة التخالص ، ونحكم بسقوط الحق بمضى المدة . ولكن إذا لم يكن هناك محل لإعطاء القضية حلاً آخر ، فليس للمحكمة أن تمود وتقرر فى نفس الموضوع عدم جواز إثبات التخالص بالبيننة خلافاً لما حكمت به أولاً ، لأن هذا يعد تناقضاً منها وإخلالاً بحجية الشيء المقضى (٢ مارس سنة ١٩٣٣ الهامة ١٣ ص ١٢٣٨) .

(٢) أسيوط ٢٨ أبريل سنة ١٩٢٣ المجموعة الرسمية ٢٦ ص ٨٦

(٣) طنطا ١٩ مارس سنة ١٩٠٨ المجموعة الرسمية ٩ رقم ٧٩ - مصر الأهلية ١٥ أغسطس سنة ١٩٢٧ الهامة ٨ ص ٢١٨ - وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن الحكم فى دعوى حراسة مرفوعة من المدين المهبوز عليه قبل مرمى المزداد لا يمنع المدين من رفع دعوى حراسة أخرى بعد مرمى المزداد لتغير الظروف (استئناف مختلط ٢١ نوفمبر سنة ١٨٨٩ م ٢ ص ٣٨) .

(٤) استئناف أهل ٢٩ مارس سنة ١٩١٧ الشرائع ٤ ص ٤٢٧ - والحكم الذى يعين من أى وقت يكون بدء الحساب حكم وقفى لا يجوز حجبة الأمر المقضى (استئناف مختلط ٢٥ يناير سنة ١٩٠٥ م ١٧ ص ٨٩) - والحكم بوقف السير فى الدعوى هو كذلك حكم وقفى لا يجوز الحجبة (استئناف مختلط ٩ أبريل سنة ١٩٠٨ م ٢٠ ص ١٦٨) - وقضت محكمة النقض بأنه إذا ادعى شخص بحق مدنى أمام محكمة الجنب ، وطلب القضاء له بمبلغ بصفة تعويض مؤقت مما أصابه من ضرر بفعل المتهم ، فالحكم الذى يصدر فى صالحه لا يمنعه من المطالبة بتكئة التعويض بعد ما تبين مدى الضرر الذى لحقه (نقض مدنى ٢٦ مارس سنة ١٩٤٢ مجموعة عمر ٣ رقم ١٥٠ ص ٤٢٢) - وقضت أيضاً بأن الحكم الصادر فى التظلم بتأييد أمر الحجز التحفظى الموقع من ما -

ويعتبر الحكم الصادر من قاضي الأمور المستعجلة أو في المسائل المستعجلة حكماً وقتياً لا يجوز حجبة الأمر المقضي (١).

على أنه يلاحظ ألا محل للمساس بحكم وقتي إذا بقي سببه قائماً ، ولا يجوز

المدين لدى الغير هو حكم وقتي غير ملزم للمحكمة إذا ما تراخى لها عند الفصل في الموضوع أن الجزم لم يكن في محله (نقض مدني ٢٠ مارس سنة ١٩٥٢ مجموعة أحكام النقض ٣ رقم ١١٤ ص ٦٦٥).

(١) والحكم الصادر من القضاء المستعجل ليس حجة هل قضاء الموضوع (استئناف مختلط ١٤ نوفمبر سنة ١٩١٢ م ٢٥ ص ٢١ - ٢٠ مايو سنة ١٩١٩ م ٣١ ص ٣٠٤ - ١٨ ديسمبر سنة ١٩٣٠ م ٤٣ ص ٩٤ - ٢٠ مايو سنة ١٩٤٧ م ٥٩ ص ٢٠٠) - وليس حجة هل القضاء المستعجل ذاته إذا تغيرت الظروف (استئناف مختلط أول فبراير سنة ١٩١١ م ٢٣ ص ١٥٠ - ١٣ ديسمبر سنة ١٩١١ م ٢٤ ص ٤٩ - ٥ يونيو سنة ١٩١٢ م ٢٤ ص ٣٩٠ - ١٢ مارس سنة ١٩١٣ م ٢٥ ص ٢٢٨ - ٦ ديسمبر سنة ١٩١٦ م ٢٩ ص ٨٧ - ١٤ نوفمبر سنة ١٩١٧ م ٣٠ ص ٣٤ - ١٠ نوفمبر سنة ١٩٢٠ م ٣٣ ص ١٢ - ١٦ مارس سنة ١٩٢١ م ٣٣ ص ٢١٨ - ٣١ ديسمبر سنة ١٩٣٠ م ٤٣ ص ١٢٨ - ١٢ يناير سنة ١٩٣٢ م ٤٤ ص ١١٣ - ١٨ مايو سنة ١٩٣٢ م ٤٤ ص ٣٣٠ - ٢٩ نوفمبر سنة ١٩٣٣ م ٤٦ ص ٥٥ - ١٩ يونيو سنة ١٩٣٥ م ٤٧ ص ٣٨٤ - ٢٠ مايو سنة ١٩٤٧ م ٥٩ ص ٢٠٠).

وقد نفت محكمة النقض بأن الأحكام التي تصدر من قاضي الأمور المستعجلة هي أحكام وقتية بطبيعتها ، ولا تكون لها حجبة متى تغيرت ظروف الطلب . وإذن فتي كان موضوع طلب المسام هو في الدعويين تكليف الخبير بحضور انعقاد الجمعية العمومية للشركة لإثبات ما يدور فيها من مناقشات ، وكان الحكم في الدعوى الأولى ، وأن قضي بعدم اختصاص قاضي الأمور المستعجلة بنظر هذا الطلب ، إلا أنه كان خاصاً بانعقاد سابق للجمعية العمومية ، فإنه لا يكون له حجبة الأمر المقضي في أية دعوى تالية خاصة بحضور الخبير أي انعقاد آخر للجمعية بعد أن تفادى النزاع بين مجلس إدارة الشركة والمسام وقامت الخصومة الموضوعية بينهما (نقض مدني ١١ مارس سنة ١٩٥٤ مجموعة أحكام النقض ٥ رقم ١٠٠ ص ٦١٥) . وقضت أيضاً بأن القضاء بإجراء أمر وقتي لا يجوز حجبة الأمر المقضي في أصل موضوع النزاع ، فهو بطبيعته هذه لا يمكن أن يقع تناقض بينه وبين حكم آخر يصدر في موضوع النزاع المقضي باتخاذ ذلك الإجراء فيه . فإذا صدر نهائياً من القضاء المستعجل حكم بإيقاف تنفيذ حكم نهائي حين البت في مسألة موضوعية ، فالحكم النهائي الذي تصدره محكمة الموضوع من بعد قاضياً باعتبار ذلك الحكم الموقف تنفيذه واجب التخليه لا يصح الطعن فيه بدعوى أنه خالف الحكم السابق صدوره من القضاء المستعجل (نقض مدني ١٦ فبراير سنة ١٩٣٣ مجموعة عمر ١ رقم ١٠٣ ص ١٨٩) . أنظر أيضاً : استئناف مختلط ٢٦ مارس سنة ١٩٠٣ م ١٥ ص ٢١٨ - أوبري ورو ١٢ فقرة ٧٦٩ هامش رقم ١١ - وفي علم جواز الطعن بالبطلان في حكم مستعجل بدعوى مستقلة : استئناف مختلط ١٦ مايو سنة ١٩٢٩ م ٤١ ص ٤٠١ .

الجدول عنه إلا إذا تغيرت الظروف التي أدت إلى إصداره . فالحكم الوقي تكون له إذن حجية مؤقتة ، وتبقى هذه الحجية ما دام سببه المؤقت قائماً ، فإذا زال السبب زالت الحجية^(١) .

المطلب الثالث

التمسك بالحجية في منطوق الحكم لا في أسبابه

٣٦٠ - منطوق الحكم : لا تثبت الحجية في الأصل إلا لمنطوق الحكم

(dispositif) دون أسبابه (motifs) ، والمنطوق هو الجزء من الحكم الذي يفصل في نقط النزاع^(٢) .

(١) وقد قضت محكمة النقض بأن الحكم الصادر بتقرير نفقة مؤقتة يدور مع طه . وجوداً وعلماً . فم كان الواقع أنه قضى للطاعة في دعوى حساب حل المظنون عليه وآخر بصفتها ناظرى وقف بأن يدفعها إليها نفقة شهرية من ربيع الوقف حتى يفصل نهائياً في دعوى الحساب المرفوعة منها ، وكان الحكم قد بنى وقت صدوره على نزع ناظرى الوقف أطيافاً كانت الطاعة تضع اليد عليها ، ثم زال مبرره بوضع يدها على هذه الأطياف وباستمرار حيازتها لها قبل رفع الدعوى بانتهاء النفقة ، فانه يكون في غير محله تمسكها بما جاء في منطوق حكم النفقة من توقيته بانتهاء دعوى الحساب ونميتها على الحكم القاضي بانتهاء النفقة لإصداره حجية الحكم الصادر بتقريرها (نقض طلف ٣١ يناير سنة ١٩٥٢ مجموعة أحكام النقض ٣ رقم ٧٥ ص ٤٣٨) .

وقضى بأنه وإن كان الأصل في الأحكام الصادرة في الأمور المستعجلة أنها لا تحوز حجية الأمر المقضى باعتبارها وقتية ولا تؤثر في أصل الموضوع ، إلا أنه ليس معنى هذا جواز إثارة النزاع الذي فصل فيه قاضي الأمور المستعجلة من جديد متى كان مركز الخصام هو والظروف التي انتهت بالحكم هي بعينها ولم يطرأ عليها أى تغيير ، إذ هنسا يضع الحكم المستعجل طرف الخصومة في وضع ماضى يجب احترامه بمقتضى حجية الأمر المقضى بالنسبة لنفس الظروف التي أوجبه ولذات الموضوع الذي كان محل بحث الحكم المستعجل السابق صدوره ، طالما لم يحصل تغيير ماضى أو قانونى في مركز الطرفين يسوغ إجراء مؤقتاً للحالة الجديدة الطارئة (مصر الكلية قضاء مستعجل ٢٨ أغسطس سنة ١٩٣٩ الهامة ٢٠ رقم ٩٤ ص ٢٦٦) .

انظر أيضاً بلانهورل ورهبير وجابولد ٧ فقرة ١٠٢٩ حكمش رقم ١ .

(٢) استئناف مختلط ١٨ مايو سنة ١٨٩٩ م ١١ ص ٢٣٣ - ٢٤ مايو سنة ١٨٩٩

١١ م ص ٢٢٢ - ٣٠ مايو سنة ١٩٠٣ م ١٥ ص ٣٢٨ - ١٧ فبراير سنة ١٩٠٤ م ١٦

ص ١٣٦ - ٢٦ مايو سنة ١٩٠٤ م ١٦ ص ٢٨٧ - ٨ يونيو سنة ١٩٠٤ م ١٦

ص ٣٠٤ - ١٥ مارس سنة ١٩٠٦ م ١٨ ص ١٥٠ - ١٠ فبراير سنة ١٩١٦ م ٢٨ -

وقد يفصل المنطوق في بعض نقط النزاع ، لاعلى وجه صريح ، بل بطريق ضمني (implicitement) ، فتثبت الحجية لهذا المنطوق الضمني مادام هو النتيجة الحتمية للمنطوق الصريح^(١) (suite nécessaire d'une disposition expresse) . فالحكم الذي يقضى بصحة الإجراءات التي اتخذت لتنفيذ سند تكون له حجية الأمر المقضى في صحة هذا السند ونفاذه ، لأنه مادام قد حكم بصحة الإجراءات التي اتخذت لتنفيذ سند فان هذا يقتضى ضرورة صحة هذا السند وقابليته للتنفيذ^(٢) . أما الحكم الذي يصدر برفض دعوى الاستحقاق لعجز المدعى عن إثبات ملكيته للعين فلا تثبت له حجية الأمر المقضى ، إذا أتبع للمدعى أن يصبح والحائز ، فأقام الخصم الآخر دعوى الاستحقاق بدوره وأراد أن يستند إلى الحكم الأول لإثبات ملكيته ، لأن هذا الحكم إنما قضى بأن خصمه غير مالك والحكم بذلك لا يستتبع حتماً أن يكون هو المالك . لكن إذا كان هذا الخصم الآخر قد تمسك في الدعوى الأولى بملكيته للعين ، وأمكنه إثبات سبب الملكية ، ورفضت دعوى المدعى على هذا الأساس ، كان لهذا الحكم الأول حجية الأمر المقضى في الدعوى الثانية^(٣) .

ص ١٤٧ - ٢٧ أبريل سنة ١٩٢٢ م ٣٤ ص ٣٧٣ - ١١ مايو سنة ١٩٢٢ م ٤٥ ص ٢٨٠ .
أما ما يذكره الحكم من أنه صدر حضورياً أو نهائياً فلا يجوز حجية الأمر المقضى، والحكمة من التي تبين، يطبق القواعد القانونية، ما إذا كان الحكم حضورياً أو نهائياً (استئناف مخطط ٩ يناير سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ١٧٢) .

(١) استئناف مخطط ٢٤ يونيو سنة ١٩١٥ م ٢٧ ص ٤٣٨ - ١٨ فبراير سنة ١٩١٩ م ٣١٢ ص ١٧٠ - ٧ نوفمبر سنة ١٩٢٢ م ٣٥ ص ١٤ - ١٢ مايو سنة ١٩٢٢ م ٣٥ ص ٤٢٢ .

(٢) وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا لم تكف المحكمة بتعيين إقرارات الخصوم ، بل بحثها وحددت حقيقة معناها، ثم عرضت لها مرة أخرى لتبين المشوول من مصروفات الدعوى، ثم حكمت في الدعوى بمد استعراض ظروفها وأدلتها ومن بينها إقرارات الخصوم ، كان ذلك نقضاً حاسماً للنزاع يجوز حجية الأمر المقضى لا مجرد توثيق وإثبات لتلك الإقرارات (نقض مطلق ٢٤ فبراير سنة ١٩٤٤ مجموعة ممر ٤ رقم ١٠٢ ص ٢٦٦) .

(٣) أوبري ورو ١٢ فقرة ٧٦٩ ص ٤٠٥ وهامش رقم ٢٤ - ونستعرض بعضاً من نقض محكمة النقض في المنطوق الضمني الذي تثبت له الحجية .

لهذا أحكام قضت بوجود منطوق ضمني تثبت له الحجية . من ذلك ما قضت به محكمة النقض من أنه إذا طلب الدائن الحكم بإعلان الرهن الصادر من مدينه إلى دائن آخر بمقولة إن هذا الرهن على لواطاً للهروب من الوفاء بهينه ، وكان الطلب مقصوداً به القضاء ضمناً بإعلان القرض =

كذلك يشمل المنطوق الذي ثبت له الحجية ما قضى به في الدعوى الأصلية وفي الدعاوى والدفع التبعية . فاذا دفع المدعى عليه الدعوى بدفع ، أو أقام

== أيضاً ، وقضى برفض الدعوى بناء على انعدام الدليل على علم الدائن المرتهن بالدين السابق أو توافقه مع المدين ، كان هذا قضاء ضمنيّاً بصحة القرض المضون بالرهن . فإذا عاد المدعى إلى طلب الحكم بطلان عقد القرض نفسه ، كان الحكم بعدم جواز نظر هذه الدعوى لسبق الفصل فيها نهائياً بين الخصوم أنفسهم سليماً قانوناً (نقض مدني ١٨ فبراير سنة ١٩٤٣ مجموعة عمر ٤ رقم ٢٦ ص ٥٧) . وقضت أيضاً بأنه إذا كان عقد الإيجار متفقاً فيه على التجاوز عن بعض الأجرة في حالة دفعها في مواعيدها ، فإن هذا التجاوز يكون متعلقاً بذات الحق المطالب به ومرتبلاً بشروط الوفاء به . فإذا قضت المحكمة لمؤجر بباقي الأجرة المستحقة على المستأجر بمسءلتها من إنشغال ذمته ، فإنها تكون قد قضت في ذات الوقت ضمناً بعدم استحقاق هذا المستأجر لتجاوز المشتراط ، وتكون دعوى المستأجر بعد ذلك ببراءة ذمته منه عوداً إلى موضوع سبق الفصل فيه (نقض مدني أول أبريل سنة ١٩٤٣ مجموعة عمر ٤ رقم ٤٠ ص ٩٦) . وقضت أيضاً بأنه إذا رفع المشتري دعواه على البائع بطلب تثبيت ملكيته للمعين المبيعة وتسليمها إليه بما عليها من مبان ، وقضت له المحكمة بطلانها ، وأقامت قضاهاً بذلك على أن البائع الذي يمنع من تسليم العقار المبيع ، ويبنى فيه قبل تسجيل عقد البيع مع مطالبة المشتري له بنقل الملكية ، يعتبر كالباني في ملك غيره ، ولا يحق له لسوء نيته حبس البناء لاستيفاء مصاريفه ، ثم رفع البائع على المشتري دعواه بطلب قيمة تكاليف البناء كاملة ، فقضت له المحكمة بطلانها ، وأقامت قضاهاً بذلك على أن البائع إذ بنى قبل تسجيل عقد البيع كان حسن النية في هذا البناء لاعتقاده أنه يبنى في أرض مملوكة له وأن هذا الاعتقاد يرفع عنه سوء النية الخاص الذي يشترطه القانون ، فإن هذا الحكم يقع مخالفاً للحكم السابق الخائر حجية الأمر المقضي (نقض مدني ٢٩ مارس سنة ١٩٤٥ مجموعة عمر ٤ رقم ٢٢٨ ص ٦٠١) . وقضت كذلك بأنه إذا صدر بناء على طلب بعض الورثة في مواجهة الباقين حكم نهائي باعتبار الفدان المتنازع في شأنه تركه يتقاسمونها جميعاً ، وذلك بناء على اعتبار العقد الصادر به من الوالدة لأحدهم وصية لو ارث لم يجرها باقي الورثة ، وكان نصاً بحسب المحكمة في حكمها هذا ، واستندت إليه في اعتبار ذلك التصرف وصية ، فقد محرر أثناء حياة الوالدة بين الابن الذي صدر له التصرف وبين أخوته الذكور الثلاثة نص فيه ، فيما نص عليه به ، على أن هذا الفدان يكون بعد حياة الوالدة لهؤلاء الأربعة ، ثم رفع بعد ذلك اثنان من الأربعة دعواهما على الاثنين الآخرين (ومنهما الصادر له التصرف) بطلب تثبيت ملكيتهما إلى النصف في هذا الفدان الذي هو موضوع التصرف ، وحكم في هذه الدعوى باعتبار الفساد المذكور بمنوكاً لهؤلاء الأخوة الأربعة دون باقي الورثة ، وذلك طبقاً لعقد المحرر بينهم السالف ذكره ، فهذا الحكم في صورته هذه يكون قد جاء على خلاف الحكم السابق الصادر بين الخصوم أنفسهم والجائز لحجية الأمر المقضي ، ويكون متيناً نقضه (نقض مدني ٢٦ أبريل سنة ١٩٤٥ مجموعة عمر ٤ رقم ٢٤٤ ص ٦٤١) .

وهناك أحكام نفت وجود منطوق ضمني تثبت له الحجية . من ذلك ما قضت به محكمة النقض من أنه إذا قضى الحكم للمدعى بتفويض الحساب من غلة عين يملكها دون أن يرد في منطوقه ولا في ==

دهوى عارضة^(١) (demande reconventionnelle) ، أو أثرت مسألة أولية (question préjudicielle) من أى الخصمين ، ففضى الحكم فى كل هذا ، فان المنطوق الصادر فى جميع هذه المسائل الفرعية تكون له حجية الأمر المقضى كالمنطوق الصادر فى الدعوى الأصلية^(٢) .

- أسبابه ذكر لتكاليف ما أنشأ المدعى عليه فى العين من المباني أثناء وضع يده ، فهذا الحكم لا يمنع المدعى عليه المذكور من مطالبة المدعى فيما بعد بتكاليف هذا الذى أنشأه من ماله الخاص ، مادامت الملكية شيئاً وتكاليف البناء شيئاً آخر ، وما دام الحكم لا يؤخذ منه حتماً وبطريق اللزوم العقلي أنه قسم ، فى شأن هذه التكاليف (نقض مدنى ١٣ ديسمبر سنة ١٩٤٣ مجموعة عمر ١ رقم ٢١٢ ص ٥٠٩) . وقضت أيضاً بأنه إذا دار النزاع فى دعوى قسمة حول سبق وقوع القسمة بالتراضى ، ثم أصدرت المحكمة حكمها بتدب خبير لإجراء القسمة ، فإن حجية هذا الحكم تقف عند حد نفي القسمة التى كانت وحدها موضع الجدل والتدافع بين طرفي الخصومة . والاحترام الواجب لهذا الحكم فى حدود هذه الحجية ليس من شأنه أن يمنع المدعى عليهم فى دعوى القسمة ، وهم من صدر الحكم عليهم ، من أن يدعوا ملكية بعض الأعيان التى قالوا بقسمتها تأسيساً على أنهم وضموها يدهم على هذه الأعيان مفرزة بنية تملكها بالمدة الطويلة المكسبة للملكية . فإذا قضى لهم بالملكية على هذا الأساس ، فلا يكون هذا القضاء مخالفاً لما قضى به من قبل من نفي وقوع القسمة . فإن نفي القسمة لا يقتضى حتماً قيام الشروع إلى اليوم الذى صدر فيه الحكم الذى نفي القسمة ، إذ لا تلازم بين انقضاء القسمة وقيام الشروع ، لأن واحداً من الملاك المشاعين أو بعضهم قد يستقل بوضع يده على جزء من الملك الشائع بنية تملكه لنفسه ، وقد يتم له هذا التملك بإنقضاء المدة الطويلة المكسبة للملك ، وفى هذه الصورة لا يوجد شروع ، على أن قسمة لم تقع (نقض مدنى ٤ أبريل سنة ١٩٤٦ مجموعة عمر ٥ رقم ١٤٧) . وقضت أيضاً بأنه إذا طعن فى عقد بالتزوير ثم أخفق الطاعن ، فذلك لا يمتنع من أن يطعن فى ذات العقد بأنه وصية ، لأن الطعن فى العقد بأنه وصية لا ينافى صدوره من أسند إليه (نقض مدنى ١٦ مايو سنة ١٩٤٦ مجموعة عمر ٥ رقم ٧٨ ص ١٧٤) . وقضت كذلك بأنه إذا صدر حكم بإجراء القسمة على أساس حكم بتقسيم الميراث صدر من المحكمة الشرعية فى حق بعض الورثة وحكم من محكمة الاستئناف المدنية بالتمويل فى حق وارث آخر على حكم المحكمة الشرعية ، فإن صيرورة حكم القسمة نهائياً حائزاً قوة الأمر المقضى لا يحول دون الطعن بالنقض فى حكم محكمة الاستئناف ، لأن مصير هذا الحكم إذ يكون مطلقاً بنتيجة الفصل فى الطعن فيه فإن حكم القسمة يتلقى بهذا المصير نفسه (نقض مدنى ١٩ مايو سنة ١٩٤٩ مجموعة عمر ٥ رقم ٤٢١ ص ٧٧٠ مع تطبيق الأستاذ محمد حامد فهمى جامش صفحة ٧٧١) .

(١) نقض مدنى ٢٢ يونيو سنة ١٩٥٠ مجموعة أحكام النقض ١ رقم ١٥٥ ص ٦٢٢ .

(٢) أوبرى ورو ١٢ فقرة ٧٦٩ ص ٤٠٤ — ولكن الحكم بإجابة الطلب الأصل لا يكون حجة فى رفض الطلب الاحتياطي . وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا كان المدعى قد تقدم إلى المحكمة بطلبين أحدهما أصل والآخر احتياطي ، فانه إذا ما أجيب الطلب الأصل سقط الطلب الاحتياطي من تلقاء نفسه وانقطع عن الدعوى فأصبح غير مائل فى الخصومة ، إذ المدعى لا يريد =

على أن المنطوق لا تكون له حجية الأمر المقضى إلا حيث يفصل في مسألة واقع لا في مسألة قانون^(١). ويجب أن يفصل في نزاع كان محل مناقشة بين الخصمين ، وتقدم فيه كل منهما بدفاعه وطلباته^(٢). أما ما عسى أن يرد في المنطوق من عبارات عارضة لم تكن محل مناقشة، فليست لها حجية الأمر المقضى^(٣). مثل ذلك أن يقضى الحكم على المدين بدفع فوائد الدين دون أن يناقش مقدار هذا الدين بين الخصمين في الدعوى ، فالمنطوق الذي يرد فيه ذكر مقدار الدين

أن يتصل القاضي بالطلب الاحتياطي إلا إذا لم يقض له بالطلب الأصل . وإذا كانت المحكمة حينئذ لم تدمي بالطلب الأصل قد أسست ذلك على سبب واحد هو قولها : « إن الدعوى صحيحة من المستندات المقدمة من المدعي وعدم تقديم ما ينفيها ، ثم ختمت منطوق الحكم بعبارة « ورفضت طلبات من الطلبات » ، ولم يكن فيما أوردت في حكمها ما يفيد أنها أرادت أن تبت في موضوع تلك الطلبات الاحتياطية ، فان غاية ما تحمل عليه هذه العبارة أنها من قبيل مجرد التحرز الذي جرى القضاء على اختتام أحكامهم به ، إذ أنه لا محل للطلبات الاحتياطية بعد قبول الطلبات الأصلية . وإذن فلا يعتبر الطلب الاحتياطي مقضياً برفضه ، ولا يمتنع تجديد المطالبة به في دعوى ثانية . وحل ذلك فإذا رفع الدائن حل مدنيه دعوى طالباً إلزامهم أصلياً بتسليم مقدار من المحصولات لبيعه واستيفاء دينه من ثمنه بطريق الامتياز تنفيذاً لعقد المديونية ، واحتياطياً إلزامهم بدفع مبلغ الدين متضامين ، ورفضت المحكمة له بطلبه الأصل ، ثم لما لم يستوف بتفيل الحكم كل دينه رفع دعوى ثانية بطلب إلزام المدينين بدفع باقي الدين متضامين ، فان موضوع الدعوى الثانية يكون مختلفاً من الموضوع المقضى فيه في الدعوى الأولى . فإذا حكم في الدعوى الثانية بعدم جواز نظرها بقوله إنه بالحكم الصادر في الدعوى الأولى قد سبق الفصل برفض طلب التضامن في المديونية ، لهذا الحكم يكون مخطئاً في تطبيق القانون (نقض مدني ٤ نوفمبر سنة ١٩٤٨ مجموعة عمر ٥ رقم ٣٢٢ ص ٦٥٤) — وكذلك رفض الدفع بحجية الأمر المقضى لا يعتبر فصلاً في سائر الدفوع التي لم يكن قد فصل فيها . وقد قضت محكمة النقض بأن قرار محكمة الاستئناف برفض الدفع بحجية الأمر المقضى وبإحالة القضية على محكمة الدرجة الأولى لنظر الموضوع ، ليس معناه رفض ما عسى يكون قدم فيها من دفوع أخرى لم يكن فصل فيها ، بل معناه نظر القضية من جديد من حيث الشكل ومن حيث الموضوع ، فلكل خصم أن يبدى ما يشاء من الدفوع بشرط ألا تتعارض مع ما قضت به محكمة الاستئناف في حكمها المطعون فيه (نقض مدني ٥ يناير سنة ١٩٣٣ مجموعة عمر ١ رقم ٩٠ ص ١٦٢) .

(١) استئناف مخطئ ١٢ مارس سنة ١٩٤٦ م ٥٨ ص ١١٨ — ويكون للحكم حجية الأمر المقضى ولو اشتمل على خطأ في الثانون (استئناف مخطئ ٢٢ مايو سنة ١٩٤٨ م ٦٠ ص ١٢٥) ، ولو قضى بما لم يطلبه الخصوم ولم يطقن فيه بالالتباس (بني سويف الكلية ١٩ مايو سنة ١٩٢٩ المهامة ٩ رقم ٦٠٠ ص ١١٠٠) ، وقد سبقت الإشارة إلى ذلك .

(٢) استئناف مخطئ ١٢ مارس سنة ١٩٤٢ م ٥٤ ص ١٣١ .

(٣) استئناف مخطئ ٢٥ يولييه سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٥٨٦ .

على نحو عارض لا تكون له حجية الأمر المقضى بالنسبة إلى هذه المسألة (١).

٣٦١ - أسباب الحكم : أما أسباب الحكم فلا تكون لها حجية الأمر المقضى فيما عرضت له من المسائل ، أياً كانت هذه المسائل ، ومهما بلغ من صراحة الأسباب ، ما لم تكن هذه المسائل قد ذكرت في منطوق الحكم قبولاً أو رفضاً على النحو الذى بيناه فيما تقدم (٢).

على أن هناك من الأسباب ما تكون له الحجية . وهى الأسباب التى ترتبط ارتباطاً وثيقاً بمنطوق الحكم ، تحدد معناه أو تكمله ، بحيث لا يقوم المنطوق بدون هذه الأسباب ، وبحيث إذا عزل عنها صار مبهماً أو ناقصاً . وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا كان منطوق الحكم مرتبطاً ارتباطاً وثيقاً بأسبابه ونتيجة لازمة لها ، فإن هذه الأسباب يجوز حجية الأمر المقضى ، فإذا كان مدار النزاع فى الدعوى هو ما إذا كانت ملكية المدعى للأرض خالصة له وحده أو أن له

(١) ولا حجية لحكم ذكر الورثة ولم يفصل فى نصيب كل منهم (استئناف مختلط ٢٨ نولبر سنة ١٩١٢ م ٢٥ ص ٣٨) ، أو وصف دائناً للشركة بأنه دائن غير مباشر ثم أضاف أن هذه المسألة ليست محل بحث (استئناف مختلط ٢١ نولبر سنة ١٩١٧ م ٣٠ ص ٥٠) ، أو وصف الخصم بأنه نائب نيابة قانونية دون أن تكون هذه الصفة محل مناقشة بين الخصوم (استئناف مختلط ٢٤ ديسمبر سنة ١٩١٧ م ٣٠ ص ١٠٠) ، أو قضى بالنفقة دون أن يناقش قرابة المحكوم عليه للمحكوم له فلا حجية للحكم بالنسبة إلى هذه القرابة (أوبرى ورو ١٢ فقرة ٧٦٩ ص ٤٠٣ - ص ٤٠٤) ، أو ذكر عرضاً أن المدعى عجز عن إثبات حقه فى الميراث دون أن يطرح موضوع الميراث على بساط البحث بين الخصمين ودون أن يستلزم طرحه الدفاع فى الدعوى (سوهاج الكلية ٣١ مارس سنة ١٩٤٠ الهامة ٢٠ رقم ٥٠٤ ص ١١٩٦) .

انظر أيضاً فى هذه المسألة : نقض مدنى ٤ مارس سنة ١٩٤٨ مجموعة عمر رقم ٢٧٨ ص ٥٥٢ - ٢٦ مارس سنة ١٩٥٤ مجموعة أحكام النقض ٤ رقم ١٠٧ ص ٧٢٠ - بنى سويف ٢٩ مايو سنة ١٩٢٩ الهامة ٩ ص ١١٠٠ - شبين الكوم ١١ مارس سنة ١٩٣١ الهامة ١٢ رقم ٣٢٩ ص ٦٤٦ . استئناف مختلط ١٠ فبراير سنة ١٩١٦ م ٢٨ ص ٢٧١ - ٢٧ أبريل سنة ١٩١٦ م ٢٨ ص ٢٨٠ - ٨ يناير سنة ١٩١٨ م ٣٠ ص ١٣٢ . (٢) استئناف مختلط ٧ أبريل سنة ١٩١٥ م ٢٧ ص ٢٦٥ - ١١ نوفمبر سنة ١٩١٥ م ٢٨ ص ٢٠ - ٣ فبراير سنة ١٩١٦ م ٢٨ ص ١٣٨ - ١٠ أبريل سنة ١٩١٩ م ٣١ ص ٢٤٤ - ٢ مارس سنة ١٩٣٢ م ٤٤ ص ٢٠٧ - ٣٠ نوفمبر سنة ١٩٤٨ م ٦١ ص ٢١ - ومن ثم لا يجوز استئناف أسباب الحكم وحدها دون المنطوق ، إذ المنطوق هو الذى يجوز حجية الأمر المقضى (استئناف مختلط ٢٧ ديسمبر سنة ١٩٠٥ م ١٨ ص ٦٧) .

شركاء على الشبوع فيها ، وقد قضت المحكمة للمدعى بطلانته أخذاً بما انتهى إليه الخبير من أن الأرض موضوع النزاع هي ضمن مساحة مملوكة كلها للمدعى ومحدودة وغير شائعة في أطيان أخرى وكان هذا الحكم نتيجة لازمة لما قدمته المحكمة في أسباب حكمها المشار إليه من أن قسمة نهائية واقعية حصلت بين المدعى وشركائه في الملك الشائع اختص بموجبها المدعى بأطيانه مفرزة ، فان هذا الحكم يكون حازراً في خصوص مسألة القسمة حجية الأمر المقضى ، مانعاً من العود إلى المناقشة فيها في أى دعوى تالية يثار فيها هذا النزاع^(١) . وقضت أيضاً بأنه لا مانع من أن بعض المقضى به يكون في الأسباب ، فاذا قضت المحكمة ببطلان عقد بيع بعد أن استعرضت في أسباب حكمها الأوجه التي دار النزاع حولها طلباً ودفعاً ، وبمحت هذه الأوجه ، وفصلت فيها فصلاً قاطعاً ، وخلصت من بحثها إلى النتيجة التي حكمت بها ، فعنى ذلك أنها بعد أن قضت في هذه المسائل وضعت قضاءها فيها في أسباب الحكم ، ثم وضعت بالمنطوق الحكم ببطلان البيع ، وهو نتيجة ما وضعت في الأسباب ، فأصبح الحكم فاصلاً في جميع نقط النزاع المتقدمة الذكر طلباً ودفعاً^(٢) . أما إذا كانت المحكمة قد عرضت ، تزيداً

(١) نقض مدني ٨ يناير سنة ١٩٥٣ مجموعة أحكام النقض ٤ رقم ٤٢ ص ٢٩٣ .
(٢) نقض مدني ١٤ يونيو سنة ١٩٣٤ مجموعة عمر ١ رقم ١٩٦ ص ٤٢٨ — وقضت أيضاً بأنه متى كان يبين من الحكم أنه فصل في أسبابه فصلاً قاطعاً (أولاً) في أن الأرض القضاء لا تدخل ضمن عقد إيجار المنزل و(ثانياً) في وجوب الأخذ بأجر المثل في تحديد أجره المنزل و(ثالثاً) في اعتبار عقد الإيجار منتهياً ، فان المحكمة لا تكون قد أخطأت إذ قضت بعدم قبول استئناف هذا الحكم لفوات ميماده فيما يختص بهذه المسائل (نقض مدني ١٢ فبراير سنة ١٩٥٣ مجموعة أحكام النقض ٤ رقم ٧٠ ص ٤٨٢) . وقضت بأن الأسباب المرتبطة بالمنطوق ارتباطاً وثيقاً بحيث لا تقوم له قائمة إلا بها تكون معه وحدة لا تتجزأ (نقض مدني ١٨ مارس سنة ١٩٣٧ مجموعة عمر ٢ رقم ٤٥ ص ١٣٨) . وقضت أيضاً بأنه إذا قرر المجلس الحسبي الموافقة على صلح عقد بين أخ وجميع ورثة أخيه ومنهم قصر ، ولم توافق وزارة العدل على هذا الصلح ، ورفع الأمر إلى القضاء ، وتمسك ورثة الأخ الأول بأن الصلح صحيح بالنسبة للبالغين ، فحكمت المحكمة في الدعوى على هذا الأساس برفض دعوى البالغ وتأييد ندم خبير لتصفية حساب القصر وحدهم ، فهذا الحكم وإن كان منطوقه لم يرد به ذكر للصلح ، إلا أنه ، ما دام قد عرض في أسبابه للصلح وفصل فيه فصلاً قاطعاً ورتب قضاءه على ذلك ، يجوز حجية الأمر المقضى فيما يختص بالصلح ، لارتباط تلك الأسباب بالمنطوق ارتباطاً وثيقاً ، وإذن فلا يصح فيما يمد التمسك بهذا الصلح في مواجهة القصر ، قولاً بأن قرار المجلس الحسبي بالتصديق على الصلح هو قرار نافذ ما دامت وزارة العدل لم تظن في هذا القرار بالاستئناف ، وهو الطريقة الوحيدة لإبطال أثره =

على أن أسباب الحكم التي لا تخوز حجية الأمر المقضى ، وهى التي لا تتصل اتصالاً وثيقاً بالمنطوق ، قد يتمسك بها الخصوم أنفسهم في دعوى أخرى تالية ، وتكون من بين أدلة الإثبات التي يتقدمون بها ، فيقدر القاضي دلالتها كما يقدر أى دليل آخر (١) .

٣٦٢ - وقائع الدهوى : أما وقائع الدعوى فهى في الأصل

لاحجية لها في دعوى أخرى . وإنما هى حجة بما جاء فيها في نفس الدعوى إذا طعن في الحكم بالنقض ، فتتقيد محكمة النقض بما أثبتته محكمة الموضوع من الوقائع ولا تستطيع أن تحيد عنها . ولا تبسط رقابتها إلا في مسائل القانون .

ولكن قد تكمل بعض وقائع الدعوى منطوق الحكم بحيث يكون المنطوق ناقصاً بدونها ، فتكون للوقائع عندئذ حجية الأمر المقضى فيما تكمل فيه المنطوق . وقد قضت محكمة استئناف مصر بأنه إذا لم يوضح في منطوق الحكم مقدار الشيء المحكوم به ، وكان هذا المقدار مبيناً في عريضة افتتاح الدهوى وفي وقائع الحكم ، ولم ينازع فيه الخصم ، ولم تمس المحكمة من جهتها المقدار المذكور بأى نقصان ، فإنه في هذه الحالة الخاصة يتعين اعتبار وقائع الحكم ومنطوقه مكونين في هذه النقطة لمجموع واحد لا يتجزأ ، بحيث يكون للحكم فيما يختص بذلك المقدار حجية الأمر المقضى (٢) .

= مل حاجة الدعوى، وهو مل هذا الاعتبار لا يجوز كالمنطوق حجية الأمر المقضى (نقض مدنى ١٨ مارس سنة ١٩٣٧ مجموعة عمر ٢ رقم ٤٥ ص ١٣٨) - وقضت أيضاً بأنه إذا كان المدعون قد طالبوا بمبلغ ما مل اعتبار أنه استحقاقهم في ربيع وقف من مدة معينة، ففضى لهم بهذا المبلغ، وجاء في الحكم القاضي بذلك إشارة في أسبابه إل أنه كان يحق لهم أن يطالبوا بمبلغ أكبر منه الحكم ، وصار هذا الحكم نهائياً ، فطالبوا بالفرق بين ما حكم لهم به وبين هذا المبلغ الذى عينه الحكم ، فرفضت المحكمة دعواهم مل أساس ما أوردته في حكمها من أسباب ، منها أن تلك الإشارة في أسباب الحكم الأول لاحجية لها لخروجها عن نطاق الدعوى وعدم لزومها للفصل فيها ، وإنما إنما كانت دليلاً للقضاء بموجبه لهم بالمبلغ الذى طلبوه مل أنه كل ما يستحقون لا جزء من استحقاقهم ، فلا تريب في ذلك مل المحكمة (نقض مدنى ١٥ نوفمبر سنة ١٩٥١ مجموعة أحكام النقض ٣ رقم ١٠ ص ٥٤ - انظر أيضاً : نقض مدنى ١١ ديسمبر سنة ١٩٤١ مجموعة عمر ٣ رقم ١٢٩ ص ٣٩٢) .

(١) أوبرى ورو ١٢ فقرة ٧٦٩ ص ٤٠٣ .

(٢) استئناف مصر ٣٠ نوفمبر سنة ١٩٢٥ المجموعة الرسمية ٢٧ رقم ١٠٤ ص ١٦٣ .

المبحث الثاني

الشروط الواجب توافرها في الحق المدعى به

٣٦٣ - شروط ثلثة : لا يكون للحكم حجية الأمر المقضى إلا إذا توافر أيضاً في الحق المدعى به شروط ثلثة :

- (أولاً) اتحاد الخصوم (identité de personnes) .
- (ثانياً) اتحاد المهل (identité d'objet) .
- (ثالثاً) اتحاد السبب (identité de cause)

وهذا هو ما نصت عليه المادة ٤٠٥ من التقنين المدني فيما قدمناه إذ تقول
ولكن لا تكون لتلك الأحكام هذه الحجية إلا في نزاع قام بين الخصوم
أنفسهم دون أن تتغير صفاتهم ، وتعلق بدات الحق محلاً وسبباً (١) .

(١) وقد قضت محكمة النقض بأن القواعد الخاصة بحجية الأمر المقضى هي من القواعد الضيقة التفسير التي يجب الاحتراس من توسيع مدى شمولها ، منعا للأضرار التي قد تترتب على هذا التوسيع .
وإذن فكلما اختلف أي شرط من شروط تلك القاعدة ، كالسبب أو الموضوع أو الأخصام ، بأن اختلف أيها في الدعوى الثانية مما كان عليه في الدعوى الأولى ، وجب التقرير بالأحجية للحكم الأول تمنع الدعوى الثانية (نقض مدني ١١ أبريل سنة ١٩٣٥ مجموعة عمر ١ رقم ٢٤٦ ص ٦٧٤ - ٣ يناير سنة ١٩٤٦ مجموعة عمر ٥ رقم ١٩ ص ٣٧) - انظر أيضاً : استئناف مخلط ٢ يناير سنة ١٨٩٠ م ٢ ص ٢١٢ - ١٥ يناير سنة ١٨٩٠ م ٢ ص ٣٥٨ - ٢٥ نوفمبر سنة ١٨٩١ م ٤ ص ٢١ - ٢٣ مايو سنة ١٨٩٤ م ٦ ص ٣٠٦ - ٢٤ أبريل سنة ١٨٩٥ م ٧ ص ٢٤٤ - ٣٠ أبريل سنة ١٨٩٦ م ٨ ص ٢٦٧ - ٢ يونيو سنة ١٨٩٨ م ١٠ ص ٣٠٦ - ١٨ مايو سنة ١٨٩٩ م ١١ ص ٢٥٧ - ٣٠ يناير سنة ١٩٠٨ م ٢٠ ص ٧٦ - ٢٣ مارس سنة ١٩١٠ م ٢٢ ص ٢٠٦ - ٢٧ أبريل سنة ١٩١٥ م ٢٧ ص ٢٩٥ .

ومن ثم فدعوى البتة المرفوعة أمام المحكمة الشرعية ودعوى شهادة الزور المرفوعة أمام محكمة الجنب يطلب عقاب الشهود الذين شهدوا في دعوى البتة هما دعويان مختلفتان طلباً وسبباً وخصوصاً ، والبحث في أقوال الشهود أمام محكمة الجنب لا يعتبر تجديداً لنزاع في البتة التي ثبتت نهائياً بالحكم الشرعي ، لأن وحدة المسألة المبحوث فيها في الدعويين وفي استنكار أو اعتبار شهادة الشهود لا تغير شيئاً من اختلاف الدعويين في موضوعهما ، لا سيما أن الفقه الإسلامي إنما يوجب الضمان فقط على شهادة الزور ولكن لا يفسخ الحكم القائم على شهادتهم (دائرة النقض الجنائية ٢٩ نوفمبر سنة ١٩٢٨ المجموعة الرسمية ٣٠ رقم ٥) .

المطلب الأول

اتحاد الخصوم

٣٦٤ - الحكم موجه على الخصوم أنفسهم : لا يكون للحكم حجية إلا بالنسبة إلى الخصوم أنفسهم . فالحكم كالعقد لا يسرى أثره إلا في حق من كان طرفاً فيه ، ولا يمتد هذا الأثر إلى الغير . فاذا حصل المستأجر على حكم ضد المؤجر بتسليمه العين المؤجرة ، فإن هذا الحكم لا يكون حجة إلا على من كان خصماً في الدعوى ، أى على المؤجر والمستأجر . أما غير هذين ، كالمشتري للعين المؤجرة ، فلا يكون الحكم حجة عليه ، وله بالرغم من هذا الحكم أن يرفع دعوى على المستأجر يطالبه فيها بالعين إذا لم يكن لعقد الإيجار تاريخ ثابت سابق على البيع . أما المؤجر ، وهو أحد الخصوم في الحكم ، فلا يستطيع أن يرفع الدعوى من جديد على المستأجر ليطرح نفس النزاع الذي سبق أن فصل فيه الحكم (١) .

ويرجع اشتراط اتحاد الخصوم في حجية الأمر المقضى إلى مبدأ حياد القاضي الذي أسلفنا الإشارة إليه ، لا إلى الخشية من تعارض الأحكام . فقد كان يكفي لمنع تعارض الأحكام أن نشترط اتحاد المحل واتحاد السبب ، فيكون الحكم في مسألة معينة حجة في نفس المسألة متى اتحد المحل والسبب ، ويمتنع بذلك صدور حكم متعارض مع الحكم الأول . ولكننا اشترطنا أيضاً اتحاد الخصوم ، حتى إذا ما اختلف الخصوم لا يكون الحكم حجة ولو مع اتحاد المحل والسبب . ذلك بأن الخصوم في الحكم الأول هم الذين تقدموا باثبات ادعائهم ودفعهم بالطرق التي ارتأوها والتي كانت في أيديهم ، والقاضي محايد في كل ذلك ، يترك الخصوم إلى أنفسهم يقوم كل بما يستطيع القيام به لإثبات ما يدعيه . فلا يجوز أن يكون الحكم الذي يصدره في هذا الجو المحايد حجة على خصوم آخرين لم يدخلوا في الدعوى الأولى، ولم يتمكنوا من تقدير ما بأيديهم من وسائل

(١) الموجز للمؤلف فقرة ٧١٢ ص ٧٢٧ .

لإثبات ما يدعون . والحقيقة القضائية ليست حقيقة مطلقة ، بل هي حقيقة نسبية كما سبق القول .

٣٦٥ - وعلى الخصوم بنفس صفاتهم : والمراد باتخاذ الخصوم

هو اتخاذهم قانوناً لا طبيعة . فاذا كان لأحد الخصوم نائب مثله في الدعوى - وكيل أو وصي أو قيم أو سنديك أو غير ذلك^(١) - فالحكم حجة على الأصل لا على النائب . ولا تمنع هذه الحجية النائب من أن يعود إلى رفع الدعوى من جديد بصفته أصيلاً لا نائباً . فاذا طالب أب بحق ادعاه لابنه بصفته ولياً عليه ، فرفضت دعواه ، فإن هذا الحكم لا يمنع الأب من أن يعود إلى المطالبة بهذا الحق لنفسه هو بصفته أصيلاً^(٢) . والحكم على سنديك بهذه الصفة ليس حجة عليه بصفته الشخصية^(٣) . والحكم على مستحق في الوقف ليس حجة على الوقف ذاته ، ولا مقاصة بين حق للوقف ودين على أحد

(١) وقد يكون هذا المثل هو الوارث الظاهر . فالحكم الصادر في مواجهة الوارث الظاهر ، له أو عليه ، يكون حجة للوارث الحقيقي أو حجة عليه ، وذلك وفقاً لنظرية الوارث الظاهر (أوبري ورو ١٢ فقرة ٧٦٩ ص ٤١٥) .

(٢) الموجز للمؤلف فقرة ٧١١ ص ٧٣٨ - ولكن الحكم يكون حجة على الابن ، فلا يستطيع بعد بلوغه سن الرشد أن يعود إلى رفع الدعوى من جديد . ويشترط لذلك أن يكون الأب قد سار في الدعوى في حدود نيابته ولم يجاوز سلطته الشرعية . وقد قضت محكمة النقض بأن الأحكام الانتهائية الصادرة في مواجهة مثل الخصم لا تسرى على نفس الخصم إلا في حدود نيابة الممثل والسلطة الموهولة له . وإذن فالقيم إذا عقد اتفاقاً عن محجوره واشترط فيه التقاضي في كل نزاع بشأنه أمام محكمة جزئية بيمينها تفصل فيه نهائياً ، فإنه يكون متجاوزاً في ذلك حدود سلطته بتنازله عن حق محجوره في نظر النزاع أمام المحكمة المختصة بالفصل فيه ، جزئية كانت أو كلية حسب القانون ، وفي نظره أمام جميع درجات التقاضي ، ذلك التنازل الذي لا يملكه القيم إلا بإذن من المجلس الحسبي لما فيه من الأضرار بالمحجور عليه ، قياساً على الصلح الذي أوجب القانون صراحة الإذن به وما ذلك إلا لما فيه من التنازل عن بعض الحقوق . وإذن فالحكم الذي يبنى على هذا الاتفاق لا يلتزم به المحجور عليه ، بل يعتبر أنه صدر على شخص القيم مجرداً من صفته ، وإعلانه إلى القيم الجديد لا يترتب عليه أي أثر من الإطلاق ، فهو لا يمنعه من أن يخاصم باسم محجوره بدعوى أخرى (نقض مدني ١٦ مايو سنة ١٩٤٠ مجموعة ص ٣ رقم ٦١ ص ٢٠٩) .

(٣) استئناف مختلط ١٠ نوفمبر سنة ١٨٩٧ م ١٠ ص ٦ - ٨ يونية سنة ١٩٠٤ م ١٦ ص ٣١٧ - ولكن الحكم على السنديك بهذه الصفة حجة على جميع الدائنين ، إلا إذا وجد لأحد منهم صالح خاص (استئناف مختلط ١٥ يونية سنة ١٩٢١ م ٢٢ ص ٣٩٤) .

المستحقين^(١). والحكم على خصم بصفته صاحب الحق المدعى به لا يكون حجة عليه إذا رفع الدعوى من جديد باعتباره متنازلاً له عن هذا الحق من صاحبه^(٢).

(١) استئناف مختلط ٢٨ فبراير سنة ١٩٠٧ م ١٩ ص ١٩٦ - وقد قضت محكمة النقض بأن العبرة في اتحاد الخصوم فيما يتعلق بحجية الأمر المقضى إنما هي بالخصوم من حيث صفاتهم لا من حيث أشخاصهم ، وإذن فالحكم الصادر في وجه خصم بصفته الشخصية لا تكون له حجة قبل هذا الخصم باعتباره ناظراً على وقف ، فإن صفة النظارة للخصم قد تتعارض مع صفة الشخصية (نقض مدني ٧ مارس سنة ١٩٤٠ مجموعة عمر ٣ رقم ٣٩ ص ١١٤) . وقضت أيضاً بأن الحكم الصادر قبل ناظر الوقف بصفته الشخصية لا يؤثر على وضع يد الوقف ولا يجوز حجية الأمر المقضى بالنسبة إليه (نقض مدني ١٠ مارس سنة ١٩٥٥ مجموعة أحكام النقض ٦ رقم ١٠٣ ص ٧٩٦) .

(٢) أوبري ورو ١٢ فقرة ٧٦٩ ص ٤٢٨ - ص ٤٢٩ - وقضت محكمة النقض بأن الحكم الذي يصدر في دعوى الاستحقاق الفرعية في إجراءات التنفيذ على المقار يكون حجة على المدين المنزوعة ملكيته المحتصم فيها ، لأنه خصم حقيق فيها ولا تنعقد الخصومة بدونها ، إذ أوجبت المادة ٥٩٥ مرافعات (٧٠٥ جديد) إقامة الدعوى عليه (نقض مدني ٢٨ أكتوبر سنة ١٩٤٨ مجموعة عمر ٥ رقم ٣٣٠ ص ٦٤٩) . وقضت أيضاً بأن الحكم الصادر في دعوى الاسترداد غيابياً بالنسبة إلى بعض الخصوم يصبح نهائياً بالنسبة إلى هذا البعض إذا لم يستأنفوه في خلال خمسة عشر يوماً من تاريخ صدوره ، متى أصبح نهائياً فلا يجوز إهدار حججه بمقولة إنه صدر بالتواطؤ بين من صدر له وأحد الخصوم (نقض مدني ٢٢ نوفمبر سنة ١٩٥١ مجموعة أحكام النقض ٣ رقم ١٩ ص ٩٨) - وقضت أيضاً بأنه إذا رفع دائن دعواه على مدينه المؤجر وعلى المستأجر منه طالباً بإلغاء عقد الإيجار المبرم بينهما لصوريته ، ورفع المستأجر دعوى فرعية طلب فيها الحكم بصحة العقد وإلزام الدائن والحارس المعين ببناء على تحليه بتعويض ، ففرض بصورية العقد وبرفض الدعوى الفرعية ، ثم رفع المستأجر دعوى على المؤجر طلب فيها الحكم عليه بمبلغ عينه ، هو ما عجله له من أجره الأرض وما تكلفه من المصاريف وما قدره لنفسه من التعويض ، فدفع المؤجر بعدم جواز نظر الدعوى لسبق الفصل فيها ، ففرض برفض هذا الدفع على أساس ما هو ثابت من أنه في الدعوى الأولى لم يوجه المستأجر إلى المؤجر أى طلب وأن الحارس لا يمثل المؤجر فيما وجهه إليه المستأجر من طلبات ، فهذا الحكم لا يكون مخلاً بحجية الأمر المقضى ، إذ الخصمان في الدعوى التي صدر فيها لم يكن أحدهما خصماً للآخر في الدعوى السابق الفصل فيها (نقض مدني ١٣ مارس سنة ١٩٤٧ مجموعة عمر ٥ رقم ١٧١ ص ٣٨١ مع تعليق الأستاذ محمد حامد فهمي بهامش ص ٣٨١ - ص ٣٨٢) - وقضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن الحكم على شركة بالتضامن حجة على جميع الشركاء بأشخاصهم ، ويجوز تنفيذه على كل منهم بمفرده دون حاجة إلى حكم آخر عليه (٤ أبريل سنة ١٩٠٦ م ١٨ ص ١٨٠) . وقضت أيضاً بأنه إذا كان تظهير الكيالة لا يعدل إلا توكيلاً ، فالحكم على حامل الكيالة (الوكيل) حجة على المظهر (الموكل) . (استئناف مختلط ١٣ مايو سنة ١٩٣١ م ٤٣ ص ٣٩٤) - وقضت محكمة الإسكندرية الكلية بأن اختلاف الحاضرين في دعوى استرداد يخل =

٣٦٦- وهو صيغة على خلف الخصوم : وليس الحكم حجة على الخصوم وحدهم ، بل هو حجة أيضاً على خلف الخصم ، سواء كان الخلف عاماً أو خاصاً .

فهو حجة على الخلف العام . وتكون له حجية الأمر المقضي بالنسبة إلى ورثة كل من الخصمين ، والموصى لهم بجزء من مجموع التركة . فهؤلاء يكونون محكوماً لهم أو محكوماً عليهم تبعاً لما إذا كان السلف هو الخصم الذي كسب الدعوى أو الخصم الذي خسرها . ولكنهم لا يكونون خلفاً عاماً إلا باعتبار أنهم يتلقون هذا الحق من مورثهم . فلو أن المورث باع عيناً واحتفظ بحيازتها وبحق الانتفاع فيها ، ثم رفع عليه المشتري دعوى يطلب الحكم فيها بصحة البيع ، فحكم له بذلك ، فإن هذا الحكم لا يكون حجة على الورثة الذين يتمسكون بأن البيع حقيقته وصية تزيد على الثلث ، مستندين في ذلك إلى المادة ٩١٧ من التقنين المدني . ذلك بأن الورثة ، وهم يطعنون في البيع ، يستعملون حقاً خاصاً بهم لا حقاً تلقوه عن مورثهم ، فلا يكون الحكم الصادر في مواجهة مورثهم حجة عليهم (١) .

وهو حجة على الخلف الخاص . وبشرط في ذلك أن يكون الحكم متعلقاً بالعين التي انتقلت إلى الخلف الخاص ، وأن تكون الدعوى التي صدر فيها الحكم قد رفعت وسجلت صحيفتها قبل انتقال العين إلى الخلف الخاص (٢) . مثل ذلك

= بشرط اتحاد الخصوم إخلالاً جوهرياً ، حتى لو كان المدين المهجور عليه والمتردد فيهما واحداً ، وذلك لأن الحاجز في دعوى الاسترداد هو الخصم المهاجم وهو صاحب المصلحة الحقيقية (٧ ديسمبر سنة ١٩٣٦ المهامة ١٧ ص ٨٩٥) .

(١) وعند ما كان الوقف الأهل قائماً ، كانت ورثة المستحق في الوقف الذين يلونه في الاستحقاق لا يتلقون حقهم في الاستحقاق عن مورثهم ، بل عن الواقف رأساً . وقد قضت محكمة مصر الأهلية بأن الأحكام الصادرة في مواجهة مستحق في الوقف لا تسرى على ورثته ، لأن الصفة في الدعوى غير متعدية (٢٩ مايو سنة ١٨٩٨ الحقوق ١٣ ص ٣١٩) - وقضت محكمة النقض بأن الحكم الصادر في وجه إنسان لا يكون حجة على من يخلفه من وارث أو مشتر أو متلق عنه إذا استند هذا الخلف في إثبات ملكيته إلى سبب آخر غير التلقى ، مستغنياً بهذا السبب الأخير عن التلقى (نقض مدني ٢٤ مايو سنة ١٩٣٤ مجموعة عمر ١ رقم ١٨٤ ص ٤٠٣) .

(٢) استئناف مختلط ١٣ مارس سنة ١٩٠٢ م ١٤ ص ١٩٠ - ١٤ مارس سنة ١٩١٢ م ٢٤ ص ١٩٨ - ٧ نوفمبر سنة ١٩١٢ م ٢٥ ص ١٣ - ٩ يونيو سنة ١٩١٣ م ٢٥ ص ٤٢٣ - ١٢ ديسمبر سنة ١٩١٦ م ٢٩ ص ٩٨ - ٧ أبريل سنة ١٩٢٢ م ٤٤ ص ٢٦٨ .

أن يصدر حكم على مالك أرض بوجود حق ارتفاع على هذه الأرض ، وبعد رفع الدعوى وتسجيل صحيفتها ، يبيع المالك الأرض ، فيكون الحكم في هذه الحالة حجة على المشتري لأنه الخلف الخاص للبائع^(١). أما إذا كان تسجيل البيع سابقاً على تسجيل صحيفة الدعوى التي صدر فيها الحكم ، فلا يكون المشتري خلفاً خاصاً ، ولا يكون الحكم حجة عليه^(٢). وقد قضت محكمة النقض بأن الحكم الصادر في نزاع على ملكية عقار لا يكون نافذاً على من اشتروا وسجلوا عقدهم قبل رفع الدعوى التي صدر فيها هذا الحكم ، لأن من اشتروا قد أصبحوا بعد البيع ذوى حق خاص ، ولم يبق للبائع صفة في المحاصمة بالنيابة عنهم بشأن هذا الحق ، وعلى ذلك فلا يكون للحكم الصادر في دعوى تثبيت الملكية ضد البائع خجية الأمر المقضى بالنسبة إلى المشتري^(٣). وعلى العكس من ذلك ، إذا

(١) وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن الحكم الصادر في مواجهة البائع حجة على المشتري إذا كان البيع تالياً لصدور الحكم ، ولو كان هذا الحكم غير نهائى (٥ مايو سنة ١٨٩٨ م ١٠ ص ٢٦٥) - ولو كان هذا الحكم صادراً من محكمة أهلية بين وطنيين وكان الخلف الخاص أجنبياً (٣ يونية سنة ١٨٩٦ م ٣ ص ٣٥٠ - ٢٣ مايو سنة ١٨٩٤ م ٦ ص ٣٠٦ - ٢٨ نوفمبر سنة ١٨٩٥ م ٨ ص ٢٠ - ١١ نوفمبر سنة ١٨٩٦ م ٩ ص ٨) - ولو لم يسجل المحكوم له الحكم الصادر لصالحه (استئناف مختلط ٧ مارس سنة ١٩٠٧ م ١٩ ص ١٤٨ - ٢٩ يونية سنة ١٩١٠ م ٢٢ ص ٣٩٠ - ٧ نوفمبر سنة ١٩١٢ م ٢٥ ص ٦ - ٢٣ يناير سنة ١٩١٣ م ٢٥ ص ١٤٣ - ٢٠ مارس سنة ١٩١٣ م ٢٥ ص ٢٤٩) .

والحكم الصادر لدائن التركة على الوارث حجة على المشتري من الوارث (استئناف مختلط ٩ أبريل سنة ١٩٢٧ م ٣٩ ص ٣٨٠) - والحكم على المستأجر المنوع من الإيجار من الباطن بالإخلاء حجة على المستأجر من الباطن ولو لم يدخل في الدعوى (استئناف مختلط ١٧ ديسمبر سنة ١٩٠٢ م ١٥ ص ٦٠ - ١٥ ديسمبر سنة ١٩٠٩ م ٢٢ ص ٤٥) - والحكم بالشفعة على شتر حجة على المشتري من هذا المشتري (استئناف مختلط ١٧ مايو سنة ١٩٠٠ م ١٢ ص ٢٥٤) .

(٢) استئناف مختلط أول يونية سنة ١٩١٠ م ٢٢ ص ٣٥١ - ١٢ يناير سنة ١٩١٥ م ٢٧ ص ١١٤ - ١٠ يناير سنة ١٩١٦ م ٢٨ ص ١٤٨ - أما إذا كان تسجيل البيع في أثناء رفع الدعوى وبعد تسجيل صحيفتها فالحكم حجة (استئناف مختلط ٦ ديسمبر سنة ١٩٠٠ م ١٣ ص ٣٠ - ٧ مارس سنة ١٩١٢ م ٢٤ ص ١٧٤ - ١٣ فبراير سنة ١٩٢٣ م ٣٥ ص ٢١٤ - ٢٢ مايو سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٥١٤) .

(٣) نقض مدنى ١٩ نوفمبر سنة ١٩٣١ مجموعة عمر ١ رقم ٤ ص ١٣ - انظر أيضاً : نقض مدنى ٢ نوفمبر سنة ١٩٣٩ مجموعة عمر ٣ رقم ٢ ص ١٠ - ٢ يناير سنة ١٩٤١ مجموعة عمر ٣ رقم ٨٧ ص ٢٩٤ - ٥ أبريل ١٩٥١ مجموعة أحكام النقض ٢ رقم ٩٨ ص ٥٩٢ -

رفع شخص دعوى استحقاق على المشتري دون إدخال البائع خصماً في الدعوى ،
وحكم للمدعى بالاستحقاق ، فان هذا الحكم لا يكون حجة على البائع (١) .

٣٦٧ - كاهو صيغة على الدائنين : ويكون الحكم حجة أيضاً على

= رقت محكمة النقض أيضاً بأن الدعوى المقامة من الدائن المرتهن حيازياً على المدين الراهن بمطالبته بالدین وحبس العين المرهونة لا يكون للحكم الصادر فيها بطلبات المدعى حجة قبل من اشترى الأرض بعقد مسجل قبل الرهن . فإذا باع هذا المشتري الأرض المذكورة إلى آخر بعقد غير مسجل ، وأقام المشتري الثاني دعوى على البائع له وعلى المرتهن طالباً بالحكم له بصحة العقد المرقي الصادر له ونفاذه وشطب التسجيلات الموقفة على الأرض ومحوها ، بانياً دعواه على أن عقد الرهن صدر من غير مالك بعد عقد الشراء المسجل الصادر لبائعه ، فحكم في هذه الدعوى بطلباته ، فهذا الحكم لا يعتبر مخالفاً للحكم السابق صدوره بإلزام المدين بالدین وحبس العين (نقض مدني ١٧ مارس سنة ١٩٤٩ مجموعة عمر ٥ رقم ٣٩٥ ص ٧٣٣) . وقضت أيضاً بأن الشريك في ملك شائع الذي يتصرف في حصته الشائعة بعد رفع دعوى القسمة لا يعتبر مثلاً للمشتري منه من سجل هذا الأخير عقد شرائه وانتقلت إليه بذلك ملكية الحصص المبيعة قبل انتهاء إجراءات القسمة . وإذن فتي كان أحد الشركاء في ملك شائع رفع دعوى بفرز وتجنيد نصيبه في هذا الملك ، وأثناء سير الدعوى اشترى المطعون عليهما الأولان الحصص الشائعة لأحد الشركاء ، وأراد التدخل في دعوى القسمة فرفضت المحكمة تدخلهما بناء على اعتراض أحد الشركاء ، وسارت إجراءات القسمة في غير مواجهتهما ، فلا يكون الحكم الصادر في دعوى القسمة المنار إليها بتخصيص كل من طالبي القسمة بفرز حصة عليهما (نقض مدني ٢٢ يناير سنة ١٩٥٣ مجموعة أحكام النقض ٤ ص ٣٧٠) .

انظر أيضاً : محكمة الاستئناف الأهلية ١٧ مارس سنة ١٩١٠ المجموعة الرسمية ١١ رقم ٩٩ - ٣٠ ديسمبر سنة ١٩١٤ الشرائع ٢ ص ١٥١ - استئناف مختلط ٥ ديسمبر سنة ١٩٠٠ م ١٣ ص ٢٩ - ١٢ يناير سنة ١٩١٥ م ٢٧ ص ١١٤ - ١٠ فبراير سنة ١٩١٦ م ٢٨٢ ص ١٤٨ - ١٢ ديسمبر سنة ١٩١٦ م ٢٩ ص ٩٨ - ٢ فبراير سنة ١٩٢٢ م ٤٤ ص ١٥٤ - وقارن : استئناف أهل ١٠ أبريل سنة ١٩١٢ المجموعة الرسمية ١٣ رقم ١١٣ . والحكم الصادر بانقضاء الدين يكون حجة على المتنازل له عن هذا الدين إذا كان إعلان هذا المتنازل إلى المدين لاحقاً لصحيفة الدعوى بانقضاء الدين (أوبري ررر ١٢ فقرة ٧٦٩ ص ٤٠٨) .

وانظر في هذا الموضوع الأستاذ عبد السلام ذهني في الأدلة جزء ٢ ص ٢٤٦ - ص ٢٧٦ .
(١) نقض مدني ١٢ مارس سنة ١٩٥٣ مجموعة أحكام النقض ٤ رقم ٩٧ ص ٦٣٥ -
استئناف أهل ١٠ مايو سنة ١٩١٠ المجموعة الرسمية ١١ رقم ١٣٣ - مصر الأهلية ٢٣ يناير سنة ١٩٢٤ الهامات ١٥ رقم ٢/١٧ ص ٣٧ - استئناف مختلط ٢٩ ديسمبر سنة ١٨٩٨ ص ١١٢ .

دائني الخصم . فاذا صدر حكم على شخص باستحقاق العين التي وضع يده عليها ، فان هذا الحكم يكون حجة على دائني هذا الشخص ، ومن ثم لا تعتبر العين مملوكة لمدينهم ، ولا يستطيعون التنفيذ عليها . ويستوى في ذلك أن تكون حقوق الدائنين تالية لرفع دعوى الاستحقاق أو سابقة عليها^(١) . كذلك إذا صدر الحكم في دعوى الاستحقاق لصالح المدين وقضى برفض دعوى المستحق ، فان هذا الحكم يكون حجة للدائنين . وإذا كان المدين يمثل دائنه في الأحكام التي تصدر عليه أو له ، فان الدائن على العكس من ذلك لا يمثل المدين^(٢) . ويترتب على ذلك أنه إذا رفع الدائن دعوى باسم مدينه ، مستعملاً حق المدين وفقاً للمادة ٢٣٥ من التقنين المدني ، فان الحكم الذي يصدر في هذه الدعوى لا يكون حجة على المدين ما لم يكن قد أدخل في الدعوى ، وبذلك قضت المادة ٢٣٥ سالفه الذكر إذ نصت على أنه « لا بشرط إعدار المدين لاستعمال حقه ، ولكن يجب إدخاله خصماً في الدعوى » . ولا يكون الحكم كذلك حجة على الدائنين الآخرين إلا إذا أدخلهم المدعى عليه في الدعوى^(٣) .

على أن تمثيل المدين لدائنه ، في الأحكام التي تصدر عليه ، لا يستقيم في جميع الأحوال . فهناك أحوال ثلاثة يكون الدائن فيها من الغير بالنسبة إلى الحكم الذي يصدر ضد المدين ، ولا يسرى هذا الحكم في حقه :

(الحالة الأولى) إذا تواطأ المدين مع خصمه في الدعوى التي صدر فيها الحكم ضده ، أو تعمد خسارة الدعوى لإضراراً بدائنه ، أو أهمل إهمالاً جسيماً في الدفاع عن حقه . ففي هذه الحالة يحق للدائن أن يطلب اعتباره من الغير ، فلا يسرى الحكم في حقه . وهذا ما يفعله الدائن أيضاً في الدعوى البولصية عندما يطعن في التصرف الصادر من مدينه لإضراراً بحقه . وهو إذا كان يلجأ في اعتبار التصرف غير سار في حقه إلى الدعوى البولصية ، فانه يلجأ في اعتبار الحكم غير سار في حقه إلى اعتراض الخارج عن الخصومة (tierce-opposition) .

(١) استئناف مختلط ٢٦ نوفمبر سنة ١٨٩١ م ٤ ص ٢٥ (ولو كان الحكم ، وقت قيام

الحاكم المختلطة ، صادراً من محكمة وطنية بين وطنيين وكان الدائن أجنبياً) .

(٢) عل أن الدائن يمثل الدائنين الآخرين عند مباشرته لإجراءات نزع الملكية في كل

ما يفيد هؤلاء (استئناف مختلط ٢٢ مايو سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٥١٤) .

(٣) استئناف مختلط ٥ يونيو سنة ١٩٣٠ م ٤٣ ص ٢ - وهذا ما لم تدفع الدعوى بعلم

نبوها لعدم ادخال المدين خصماً فيها .

وتنص الفقرة الأولى من المادة ٤٥٠ من تقنين المرافعات على أنه « يجوز لمن يعتبر الحكم الصادر في الدعوى حجة عليه ، ولم يكن قد أدخل أو تدخل فيها ، أن يفترض على هذا الحكم بشرط إثبات غش من كان يمثله أو تواطئه أو إهماله الجسيم »^(١) . وسنرى فيما يلي أن الغير الذي لا يسرى الحكم في حقه ، كالدائن المتضامن والمدين المتضامن ، يستطيع أيضاً أن يلجأ إلى اعتراض الخارج عن الخصومة^(٢) . ولكن هناك فرقاً جوهرياً بين الدائن والغير . فالحكم الصادر ضد المدين يسرى في حق الدائن ، إلى أن يتمكن هذا من إلقائه عن طريق اعتراض الخارج عن الخصومة ، وهو الطريق الوحيد المفتوح أمامه لتحقيق هذا تفرض . أما الغير - والحكم لا يسرى في حقه - يستطيع أن يتجاهل هذا الحكم دون أن يلجأ إلى اعتراض الخارج عن الخصومة ، ويستطيع أن يرفع دعوى مبتدأة دون أن يحتج عليه بالحكم فهو غير سار في حقه كما قدمنا^(٣) .

وبلاحظ أن الدائن ، عندما يطعن في الحكم الصادر ضد المدين باعتراض الخارج عن الخصومة ، إنما يستعمل حقاً خاصاً به جعله القانون لحمايته ، لا حقاً مستمداً من المدين^(٤) . وهذا هو أيضاً ما يفعل في الدعوى البولصية ، فهو يستعمل حقاً خاصاً به ، لا حقاً مستمداً من المدين ، عندما يطعن في التصرف الصادر من هذا المدين .

(الحالة الثانية) إذا صدر حكم فيما بين المدين وأحد دائنيه بأن للدائن حق

(١) وتنص المادة ٤٥٣ من تقنين المرافعات على أنه « يبق للخارج عن الخصومة الحق في الاعتراض على الحكم ما لم يسقط حقه بمضى المدة » . وتنص المادة ٤٥٥ على أنه « يترتب على الاعتراض على الحكم إعادة طرح الخصومة على المحكمة من جديد ، ولا يستفيد من الحكم الصادر فيه غير من رضه ، ما لم ينص القانون على خلاف ذلك » .

(٢) ولا يشترط إثبات التواطؤ أو الغش أو الإهمال الجسيم كما سنرى .

(٣) انظر في هذه المسألة جان ماري أوصل (Aussel) في رسالته عن الغير في القانون المدني الفرنسي موبيليه سنة ١٩٥٢ ص ٢٣٤ - ص ٢٤١ - دي باج جزء ٣ ص ١٠١٢ - ص ١٠١٤ - الأستاذ عبد السلام ذهني في الأدلة ٢ ص ٤١٥ - ص ٤٢٤ - الأستاذ عبد النعم الشرقاوي في المرافعات فقرة ٣٢ ص ٥٩٩ - الأستاذ أحمد أبو الوفا في المرافعات ص ٦٥١ .

(٤) استئناف مختلط ١٢ يونيو سنة ١٩٠٢ م ١٤ ص ٣٤٦ - ٢٣ نوفمبر سنة ١٩٠٤ ص ١٧٢ .

امتياز أو حق أولوية من أى نوع كان . فان هذا الحكم لا يكون حجة على بقية الدائنين . ذلك أن التفاضل ما بين الدائنين أمر يخص هؤلاء الدائنين وحدهم ، ولا يمثلهم فيه المدين . فالدائن الذى لا يدخل خصماً فى الدعوى لا يكون الحكم بتأخره عن دائن آخر حجة عليه^(١). بل إن الحكم بصحة الدين الصادر فى مواجهة المدين لا يمنع دائناً آخر لنفس المدين من أن يطعن فى هذا الدين بالصورية^(٢) والدائنين ، وهو يتمسك بصحة الدين أو بحق الأولوية ، إنما يستعمل هنا أيضاً حقاً خاصاً به ، لاحقاً مستمداً من المدين^(٣) .

(الحالة الثالثة) الدائن المرتهن لا يمثل المدين ، بالنسبة إلى العين المرهونة ، إذا كان حق الرهن قد أصبح نافذاً فى حق الغير قبل رفع الدعوى ، فإذا رفعت على للمدين دعوى باستحقاق العين المرهونة ، وكسب المدعى دعواه ، فان الحكم الصادر باستحقاق العين لا يكون حجة على الدائن المرتهن الذى قيد رهنه قبل تسجيل صحيفة دعوى الاستحقاق ، ما لم يكن هذا الدائن قد أدخل خصماً فى هذه الدعوى . وزى من ذلك أن الدائن المرتهن يعامل ، بالنسبة إلى العين المرهونة ، معاملة الخلف الخاص^(٤) .

(١) استئناف مختلط ٨ يونيو سنة ١٩٠٤ م ١٦ ص ٣١٧ .

(٢) استئناف مختلط ٢٠ نوفمبر سنة ١٩١٧ م ٣٠ ص ٤٥ — ٢٦ يونيو سنة ١٩٢٨ م ٤٠ ص ٤٦٦ — ١٤ يناير سنة ١٩٣٧ م ٤٩ ص ٧١ . وقارب : نقض ملف ٥ فبراير سنة ١٩٤٢ مجموعة عمر ٣ رقم ١٤١ ص ٤١٢ .

(٣) أوبرى ورو ١٢ فقرة ٧٦٩ ص ٤٠٩ وهاش رقم ٣٧ .

(٤) وهذا ما يذهب إليه الفقه الفرنسى (ديرانثون ١٣ فقرة ٥٠٧ — ماركاديه م ١٣٥١ فقرة ١٢ — أوبرى ورو ١٢ فقرة ٧٦٩ ص ٤١١ — بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٥٥٧ ص ١٠٢٤ — هكس ذلك : لارومبيير ٥ م ١٣٥١ فقرة ١١٧) . أما القضاء الفرنسى فيعتبر الدائن المرتهن كالدائن العادى من حيث سريان الحكم الصادر ضد المدين فى حقه (نقض فرنسى ٢٥ أكتوبر سنة ١٨٩٣ دالوز ٩٤-١-٣٤ — محكمة باريس الاستئنافية ١٩ نوفمبر سنة ١٩٢٣ دالوز ١٩٢٤-٢-١٥٤) .

وكان القضاء المختلط فى مصر يذهب ، فى أكثر أحكامه ، إلى أن الدائن المرتهن لا يسرى فى حقه ، بالنسبة إلى العين المرهونة ، الحكم الصادر ضد المدين ، شأنه فى ذلك شأن الخلف الخاص : استئناف مختلط ٢٧ أبريل سنة ١٨٩٣ م ٥ ص ٢٣٠ — ٣ نوفمبر سنة ١٩١٦ م ٢٩ ص ٨٣ — ٣٠ يناير سنة ١٩١٩ م ١٣ ص ١٤٣ — ٢٠ أبريل سنة ١٩٢٠ م ٣٢ ص ٢٨٢ — ٤ يناير سنة ١٩٤٥ م ٥٧ ص ٣٥ — ٤ فبراير سنة ١٩٤٧ م ٥٩ ص ٩٠ —

٣٦٨ - ولكنه ليس مميزاً على الغير : أما غير الخلف العام والخلف الخاص والدائن العادي ، فلا يكون الحكم حجة عليه (Res inter alios) (١) judicata). فالغيرية في الحكم لا تختلف في جوهرها عن الغيرية في العقد (٢) .
ومن الأمثلة على الغير ، الذي لا يسرى في حقه الحكم الصادر ضد المدين ، المالك في الشبوع ، والمدين المتضامن ، والدائن المتضامن ، والكفيل ، والوارث بالنسبة إلى سائر الورثة .

فلو صدر حكم ضد أحد الملاك في الشبوع ، فإنه لا يكون حجة على بقية ذلك في الشبوع الآخرين ما داموا لم يختصموا في الدعوى (٣) .

أما المدينون المتضامنون أو الدائنون المتضامنون ، والكفلاء واو كانوا متضامين (٤) ، فإن الحكم الصادر لمصلحة أحد منهم يفيد الباقي ، ولكن الحكم الصادر ضد أحد لا يكون حجة على الباقي . وقد طبقت المادة ٢٩٦

= انظر عكس ذلك : استئناف مختلط ٦ نوفمبر سنة ١٩٠١ م ١٤ ص ٣ - ٩ يناير سنة ١٩١٣ م ٢٥ ص ١٢٤ - ٩ يونيو سنة ١٩١٥ م ٢٧ ص ٣٩٦ - وعلى كل حال يجوز للدائن المرتهن أن يطعن باعتراض الخارج عن الخصومة في الحكم الصادر ضد المدين ، عن طريق التواطؤ أو الفسح أو الإهمال الجسيم ، حتى يجعل هذا الحكم لا يسرى في حقه . وهذا ما يملكه حتى الدائن العادي ، فأول أن يملكه الدائن المرتهن (استئناف مختلط ٦ ديسمبر سنة ١٩٢٨ م ٤١ ص ٧٩ - ٤ يونيو سنة ١٩٢٩ م ٤١ ص ٤٢٨) .

(١) وذلك لا يمنع من أن يواجه الغير بالحكم كدليل من أدلة الإثبات يقدره القاضي ، والغير أن ينقضه بدليل عكسي (أوبري ورو ١٢ فقرة ٧٦٩ ص ٤٣٠) .

(٢) قارن جان ماري أوصل (Aussel) في رسالته عن الغير في القانون المدني للفرنسي فقرة ٢٢٢ ص ٢٣٧ - ص ٢٣٨ .

(٣) استئناف أهل ١٨ أبريل سنة ١٩٠٥ المجموعة الرسمية ٦ رقم ١/١٠٢ - قارن استئناف مختلط ٢٩ ديسمبر سنة ١٨٩٨ م ١١ ص ٧٣ .

(٤) ويذهب القضاء وغالبية الفقه في فرنسا إلى أن الكفيل يسرى في حقه الحكم الصادر ضد المدين ، ويجوز للكفيل أن يطعن في هذا الحكم باعتراض الخارج عن الخصومة (تولييه ١٠ فقرة ٢١١ - بونيه ٢ فقرة ٨٨٦ - لاروميبيير ٥ م ١٣٥١ فقرة ١٠٠ - وانظر عكس ذلك أوبري ورو ١٢ فقرة ٧٦٩ هامش رقم ٥٠ وهما يفندان بالتفصيل حجج القائلين بريان الحكم في حق الكفيل) . وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن الحكم الذي يعين مبلغ الدين القائم فذمة المدين يكون حجة على الكفيل (استئناف مختلط ٢٠ مارس سنة ١٨٩٥ م ٧ ص ٢٩٦ - ٢١ مارس سنة ١٩١٤ م ٢٦ ص ٢٩٨) .

من التقنين المدني هذا المبدأ على المدين المتضامين ، فنصت على ما يأتي :
١ - إذا صدر حكم على أحد المدين المتضامين ، فلا يحتاج بهذا الحكم على
الباقي . ٢ - أما إذا صدر الحكم لصالح أحدهم ، فيستفيد منه الباقي ، إلا
إذا كان الحكم مبنياً على سبب خاص بالمدين الذي صدر الحكم لصالحه .
والأصل في ذلك أن التضامن فيه معنى النيابة فيما ينفع لافياً بضر (١) .
والتضامن عدم قابلية الالتزام للتجزئة .

أما الورثة فلا يمثل بعضهم بعضاً ، ولا يسرى الحكم الصادر في مواجهة
أحدهم في حق الباقي ، إلا إذا ثبت أن الوارث قد كان خصماً في الدعوى
باعتباره ممثلاً للتركة . وقد قضت محكمة النقض بأن القاعدة الشرعية التي تقضي
بأن الوارث ينتصب خصماً عن باقي الورثة في الدعاوى التي ترفع من التركة
أو عليها قد تكون صحيحة ممكناً الأخذ بها لو أن الوارث الواحد كان قد خصم
أو خصم في الدعوى طالباً الحكم للتركة نفسها بكل حقها أو مطلوباً في
مواجهته الحكم على التركة نفسها بكل ما عليها ، أما إذا كانت دعوى الوارث
لم يكن مقصوده الأول منها سوى تبرئة ذمته من نصيبه في الدين ، ذلك النصيب
المحدد المطلوب منه في الدعوى ، فإن الواضح أنه يعمل لنفسه فقط في حدود
هذا النصيب المطلوب منه ولمصلحته الشخصية فقط في تلك الحدود ، لا لمصلحة
عموم التركة كنائب شرعي عنها وقائم في الخصومة مقامها ومقام باقي الورثة (٢) .

(١) استئناف مختلط أول مارس سنة ١٩٤٩ م ٦١ ص ٨٨ . ولكن إذا كان كل المدين
المتضامين قد دخلوا في الدعوى ، فحكم بعضهم ، فلا يفيد هذا الحكم من لم يحكم له منهم
(بنو سويف ٢٩ مايو سنة ١٩٢٩ الهامة ٩ ص ١٠٠) .

(٢) نقض مدني ١١ أبريل سنة ١٩٣٥ مجموعة عمر ١ رقم ٢٤٦ ص ٦٧٤ - وقضت محكمة
النقض بأن الوارث الذي لم يظهر في الخصومة يعتبر ممثلاً فيها عن طريق نيابة الوارث الآخر ،
أو بعبارة أدق عن طريق المورث الذي يتلقى الحق عنه ، إلا أنه مع ذلك لا يعتبر محكوماً عليه
مباشرة بل يكون من الغير الذي له حق الطعن بالتعدي فلا يجوز الحكم قبله حجية ما . فالحكم
الذي يعتبر حكماً شرعياً متعدياً إلى أحد الورثة ، وأنه يجوز قبله حجية الأمر المقضي أسوأ
بأخويه المحكوم عليهم في نفس الحكم ، يكون مخطئاً (نقض مدني ١٩ مايو سنة ١٩٤٩
مجموعة عمر ٥ رقم ٤٢١ ص ٧٧٠) ، وقضت محكمة النقض أيضاً بأنه إذا رفع أحد الدائنين
دعواه على مدينه وعمل من تصرف له المدين من أولاده بطلب إبطال هذا التصرف ، فإن الخصوم
في هذه الدعوى يعتبرون مختلفين عن الخصوم في دعوى المنازعة في صحة التصرف التي تقوم فيما به
بين بعض ورثة المدين وبين من صدر إليهم التصرف . فإذا كان قد حكم في الدعوى الأولى ،

وقد قدمنا أن الغير لا يجبر على الطعن في الحكم الصادر ضد المدين باعتراض الخارج عن الخصومة ، لأن هذا الحكم ليس حجة عليه ولا يسرى في حقه ، فهو في غير حاجة إلى مهاجمته . ولكنه مع ذلك يستطيع أن يستبق الحوادث وأن يهاجم هذا الحكم ، فيطعن فيه باعتراض الخارج عن الخصومة ، ويؤكد عن طريق القضاء أنه من الغير بالنسبة إليه فلا يجوز أن يسرى في حقه . ولا يشترط لنجاح هذا الطعن إثبات التواطؤ أو الغش أو الإهمال الجسيم كما يشترط ذلك في نجاح طعن الدائن . وقد قضت الفقرة الثانية من المادة ٤٥٠ من تفنين المرافعات بذلك إذ نصت على ما يأتي : « وكذلك يجوز للدائنين والمدين المتضامنين وللدائنين والمدين بالتزام غير قابل للتجزئة الاعتراض على الحكم الصادر على دائن أو مدني آخر منهم (١) » .

ويلاحظ أن هناك أحكاماً لا تثبت لها الحجية حتى بالنسبة إلى أشخاص دخلوا في الدعوى ، وهناك على العكس من ذلك أحكام تثبت لها الحجية حتى

بيطان التصرف ، ثم حكم في الدعوى الثانية بصحته ونفاذه ، فلا يعد الحكم الثاني مخلاً بحجية الحكم الأول ، ولذلك يكون القضاء بإهدار الحكم الثاني بمقولة مخالفتها لحجية الأمر المقضي خطأً في تطبيق القانون (نقض مدني ٩ مايو سنة ١٩٤٦ بمجموعة عمر ٥ رقم ٧١ ص ١٥٨) . أما المالك تحت شرط فاسخ فيمثل من يكون مالكاً إذا تحقق الشرط ، وذلك في الأحكام التي تصدر لصالحه لا في الأحكام التي تصدر ضده (أوبري ورو ١٢ فقرة ٧٦٩ هامش رقم ٥٥ ص ٤٢٢) .

وقد قضت محكمة النقض الفرنسية بأنه في التأمين على المسئولية يكون الحكم الصادر بتحقيق مسئولية المؤمن له سارياً في حق شركة التأمين (نقض فرنسي ١١ مايو سنة ١٩٤٧ دالوز ١٩٤٧ - ٢٦٥ - سيريه ١٩٤٧ - ١ - ١٣١) .

وقضت محكمة النقض في مصر بأن حكم مرسى المزداد لا يسرى إلا في حق من كان ممثلاً فيه ، وبأن القانون يحمي وضع اليد من كل تعرض له ، يستوي في ذلك أن يكون التعرض اعتداءً محضاً من المتعرض أو بناء على حكم مرسى مزداد لم يكن واضح اليد خصماً فيه ، إذ الأحكام لاحجية لها إلا هل الخصوم ، ولا يضار بها من لم يكن طرفاً فيها ، لا فرق في ذلك بين حكم مرسى المزداد وغيره من الأحكام (نقض مدني ١٧ يناير سنة ١٩٤٦ بمجموعة عمر ٥ رقم ٢٦ ص ٥٩ مع تعليق الأستاذ محمد حامد فهمي بهامش ص ٦٠) .

وانظر في هذا الموضوع الأستاذ عبد السلام ذهني في الأدلة ٢ ص ٤٣٢ - ص ٤٥٨ .
(١) ويبدو أن قصر الاعتراض على حالتي التضامن وعدم القابلية للتجزئة إما أن يكون راجعاً إلى أن نصوص تفنين المرافعات الجديد في هذا الموضوع لم تتفق مع نصوص التفنين المدني الجديد ، وهذه تقضي بأن المدين المتضامن لا يسرى في حقه الحكم الصادر على مدني متضامن معه ، فلم يكن المدين المتضامن ومن ألق به في حاجة ، كالدائن ، إلا حق الاعتراض ليعتبر من الغير ، وإما -

بالنسبة إلى أشخاص لم يدخلوا . مثل الحالة الأولى أن يكون الشخص الذي دخل في الدعوى ليس خصماً حقيقياً فيها (١) . ومثل الحالة الثانية أن يكون الخ

أن يكون راجعاً إلى أن الغير في هاتين الحالتين أقرب إلى الشبهة في أن يسرى الحكم في حقه ففتح له باب الاعتراض حتى يدرأ عن نفسه بطريق جديد نظمه القانون ما عسى أن يمس من آد حكم لا يسرى في حقه . وغنى عن البيان أن باب اعتراض الخارج عن الخصومة لا يقفل أمام الغير الأبواب الأخرى التي يفتحها له القانون لدفع الاحتجاج عليه بحكم لا يسرى في حقه . وصرحت بذلك المذكرة الإيضاحية لمشروع تقنين المرافعات إذ تقول : « لم ير المشروع حاجة إلى النص على أن من يكون له طريق الاعتراض ولا يسلكه لا يحرم بذلك من حقه في الالتجاء إلى الوسائل الأخرى التي يسمح له القانون بها لدفع الاحتجاج عليه بالحكم ، لم ير المشروع حاجة إلى هذا النص لأنه لا يمدو أن يكون تقريراً لقاعدة مقررة يكاد ينعقد الإجماع عليها » (قارن الأستاذ عبد المنعم الشرقاوي في المرافعات فقرة ٤٣٣ ص ٦٠١ - وانظر الأستاذ أحمد أبو الوفا في المرافعات فقرة ٥٣٩ ص ٦٥٣) . هذا واعتراض الخارج عن الخصومة ، كما كان في تقنين المرافعات المختلط وكما هو في لائحة المحاكم الشرعية وفي تقنين المرافعات الفرنسية ، أو نطقاً من اعتراض الخارج عن الخصومة في تقنين المرافعات الجديد ، إذ هو لا يقتصر على طائفة محدودة من الغير .

(١) وقد قضت محكمة مصر الأهلية بأنه إذا حصل نزاع بين بعض الملاك في الشيوع بالنسبة إلى ملكية بعض الحصص ، ورفع أحد المتنازعين أمر هذا النزاع إلى القضاء ، وأعلن بدعواه ، ينازعه في ملكية حصته ومن لا ينازعه من الملاك على الشيوع ، كان ذلك الحكم حجة بينه وبين من ينازعه فقط دون الباقيين ، بحيث إذا نشأ نزاع جديد عن ملكية تلك الحصة بين رافع القرض الأول وبين الشائمين الذين كانوا سلموا له بملكيتها لحقه في تلك القضية ، فليس طؤلاه أن يحتج عليه بالحكم السابق (١٤ ديسمبر سنة ١٩٢٦ المحاماة ٧ ص ٣٥٦) — وقضت محكمة النقض بأنه لا يجوز الحكم بحجية الأمر المقضي إلا بالنسبة إلى الخصوم الحقيقيين في الدعوى الذين كالتنازع قائماً بينهم وفصلت فيه المحكمة لمصلحة أيهم . ومن ثم لا يصح اعتبار الحكم حائزاً لحجية الأمر المقضي بالنسبة إلى خصم أدخل في الدعوى ولم توجه إليه طلبات . ولا يقال إنه كان إمكانه أن يبدى في الدعوى ما يشاء ، فإن كان قد أهمل فهو المعلوم — هذا القول لا وزن قانوناً ، فإن كل شخص حر في اختيار الوقت والظروف التي يقاضى فيها خصمه ، وليس لغيره أن يجبره على أن يفعل ذلك في وقت أو ظرف معين أو أن يسأله على أساس أنه لم يفعل (نقطة مدني ٢٢ مارس سنة ١٩٤٥ مجموعة عمر ٥ رقم ٢٢٢ ص ٥٩٣) .

وقضت محكمة النقض من جهة أخرى بأنه إذا كان يبين من الحكم الصادر لطاعن في دعوى صحة التعاقد أنه أقام تلك الدعوى على البائع له وباقي إخوته من الورثة الذين كانت الأطنان المبيعة له مكلفة باسم مورثهم ، واستند في دعواه إلى عقد البيع الصادر له وإلى أن البائع له اخته بالأطنان المبيعة بموجب قسمة حصلت بينه وبين إخوته ، فلم ينازعه سوى واحد من هؤلاء الإخوة ، ولم يكن ثمة ما يمنع أيّاً منهم من منازعته لو كان له وجه ، فإحجامهم عن منازعته لا ينفي أنهم كانوا خصوماً حقيقيين (نقض مدني ٥ فبراير سنة ١٩٥٣ مجموعة أحكام النقض رقم ٦٤ ص ٤٤٩) .

منشأ لحالة مدنية (état civil) ، كالحكم الصادر بتوقيع الحجر فإنه يكون حجة على الناس كافة ، من دخل الدعوى ومن لم يدخل ، وسيأتي تفصيل ذلك .

المطلب الثاني

اتحاد المحل

٣٦٩ - العبرة بما طلبه الخصم لا بما لم يطلبه أو بما اختلف به : ولا يكون للحكم حجية الأمر المقضى إلا بالنسبة إلى المحل ذاته الذى سبق طلبه فى الدعوى التى صدر فيها الحكم . فاذا رفعت دعوى جديدة بهذا المحل ذاته ، أمكن دفعها بحجية الأمر المقضى . ويترتب على ذلك أن الحكم بتعويض عن ضرر يمنع من تجديد المطالبة بالتعويض عن نفس الضرر ، ولكنه لا يمنع من الحكم بتعويض آخر عن ضرر استجد من نفس العمل الضار^(١) . وإذا صدر حكم يقضى بصحة عقد إيجار ، فلا يجوز بعد ذلك للمؤجر أو للمستأجر أن يرفع الدعوى من جديد يناقش فى حجة هذا العقد . أما إذا صدر حكم للمؤجر باستحقاق الأجرة عن مدة معينة ، فإن هذا الحكم لا يجوز حجية الأمر المقضى بالنسبة إلى استحقاق الأجرة عن مدة أخرى ، إذ محل الدعوى هنا يختلف عن المحل فى الدعوى الأولى^(٢) . وإذا قضى فى حساب الدين عن مدة مضت ، فلا يجوز الرجوع إلى حساب الدين مرة أخرى وإعادة تقدير ريع الأرض المرهونة والموازنة بين هذا الربيع والفائدة عن المدة التى قضى فى حسابها^(٣) .

(١) استئناف مختلط ٢٣ ديسمبر سنة ١٩٣٧ م ٥٠ ص ٦٣ .

(٢) محكمة البان ١٠ يونيو سنة ١٩٢٦ المحاماة ٧ ص ٤٦ - ولكن لا يجوز أن يدفع استحقاق الأجرة عن المدة الأخرى بنفس الدفع الذى رفض فى استحقاق الأجرة عن المدة الأولى ، كأن يدفع مثلاً فى الدعويين بدم صحة عقد الإيجار . وقد قضت محكمة النقض بأنه لا يمنع من وحدة الموضوع فى الدعويين الصادر فىهما الحكمان اللذان جادا على خلاف اختلاف المدة المطالب برميها ، ما دام الموضوع فى الدعويين هو مقابل الانتفاع ويد المتفعين مستمرة على الأرض ، ولا يمنع من وحدة الموضوع إدخال ضمان فى الدعوى الثانية لم يكونوا خصوما فى الدعوى الأولى (نقض مدنى ٢٥ يناير سنة ١٩٤٥ مجموعة عمر ٤ رقم ١٩٩ ص ٥٥٣) .

(٣) استئناف مصر ٤ مايو سنة ١٩٣٥ المحاماة ٥ ص ٧٤٦ .

ووحدة المحل تبقى قائمة ، أيا كانت التغيرات التي تصيب هذا المحل بعد ذلك من نقص أو زيادة أو تعديل (١) .

والقاعدة في معرفة ما إذا كان محل الدعويين متحداً أن يتحقق القاضي من أن قضاءه في الدعوى الجديدة لا يعدو أن يكون مجرد تكرار للحكم السابق فلا تكون هناك فائدة منه ، أو أن يكون مناقضاً للحكم السابق سواء باقرار حق أنكره أو بانكار حق أقره فيكون هناك حكمان متناقضان (٢) .

والعبرة بطلبات الخصوم التي فصل فيها الحكم . فاذا لم يطلب الخصم الحكم

(١) . أوبرى ورو ١٢ فقرة ٧٦٩ ص ٤٣٦ . وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأنه لا يلزم بأن يحتفظ الشيء بذاتيته على وجه مطلق (٢٠ مايو سنة ١٩٤٣ م ٥٥ ص ١٩٥) . ولا تعتبر العين الموقوفة قد تغيرت بإجراء الاستبدال فيها (استئناف مختلط ٢٩ مارس سنة ١٩٠٠ م ١٢ ص ١٨٧) .

(٢) استئناف مختلط ١٤ مارس سنة ١٩١٨ م ٣٠ ص ٢٨٤ — ١٩ أبريل سنة ١٩٣٨ م ٥٠ ص ٢٤٥ — سمالوط ٨ نوفمبر سنة ١٩٢٥ المحاماة ٦ ص ٢٧٩ — وتطبيقاً لهذا المبدأ قضت محكمة استئناف مصر بأنه لا يكون للحكم الصادر بعدم قبول دعوى تثبيت الملكية المبنية على عقد غير مسجل لرفعها قبل الأوان تأثير في دعوى المطالبة بالريع ، سواء أكانت هذه الدعوى الأخيرة مرفوعة تبعاً لدعوى الملكية أم مستقلة عنها . ويتمين الحكم للمشتري بالريع متى كان البائع غير منازع في صحة عقد البيع نزاعاً جدياً (٤ فبراير سنة ١٩٣٣ المجموعة الرسمية ٣٤ رقم ٦ ص ١٤٠) — وقضت أيضاً بأنه إذا كان حكم القاضي بالدين لم يتناول إلا البحث في وجود الدين ، ولم يتمرض للبحث في سداده أو عدم سداده ، فالحكم الصادر بالدين لا يمكن أن يكسب حجة الأمر المقضى بالنسبة إلى سداد الدين لأنه لم يفصل فيه (٣٠ أبريل سنة ١٩٣٣ المجموعة الرسمية ٣٥ رقم ١٠ ص ١٩) — وقضت محكمة أسيوط الكلية بأن الحكم الصادر في دعوى الريع ليس حجة في الملكية (٢٨ ديسمبر سنة ١٩٢٧ المحاماة ٨ رقم ٣٦٠ ص ٥٤٨) — وقضت محكمة سوهاج الكلية بأنه إذا كان الموضوع في الدعوى الأولى جزءاً مفرزاً في عقار ، وكان في الثانية نصيباً شاملاً فيه ، فلا يمكن القول بوحدة الموضوع (٣١ مارس سنة ١٩٤٠ المحاماة ٢٠ رقم ٥٠٤ ص ١١٩٦) . والحكم برفض تثبيت الملكية شاملاً لعدم قيام الشبوع لا يمنع من المطالبة بعد ذلك بتثبيت الملكية مفرزة (نقض مدني ١٠ ديسمبر سنة ١٩٣٦ مجموعة عمر ٢ رقم ١٨ ص ٤٥) . وقضت محكمة النقض بأنه إذا قام النزاع على كون قطعة لأرض داخلة مادياً وواقعياً ضمن حدود أرض كان متنازعا عليها ومقضيها فيها بين الطرفين في دعوى سابقة أو غير داخلة ضمنها ، فقضت محكمة الاستئناف بعدم دخولها محصلة فهمها من عناصر الواقع ، فإن حكما هذا لاساس فيه بحجية الحكم الصادر في الدعوى السابقة (نقض مدني ١١ أبريل سنة ١٩٣٥ مجموعة عمر ١ رقم ٢٤٥ ص ٦٧٣ — ١٥ نوفمبر سنة ١٩٥١ مجموعة أحكام للنقض ٣ رقم ١٠ ص ٥٤) .

على المدين وكفيله المتضامن بالتضامن ، فان الحكم الصادر باعتبار الكفيل غير متضامن لا يمنع من العودة إلى المطالبة بالتضامن ، فان هذا طلب جديد لم يكن موضوعاً للمصومة الأولى (١) .

كذلك إذا حفظ المدعى لنفسه الحق في بعض الطلبات ، فالحكم فيما قدمه من الطلبات لا يمنع من رفع دعوى جديدة للمطالبة بما احتفظ به من قبل . وقد قضت محكمة الاستئناف الأهلية بأنه إذا طلب المدعى الحكم برد العين المصوبة ، وحفظ لنفسه الحق في طلب الربيع بدعوى على حدثها ، وحكمت المحكمة له بالعين ولم تذكر شيئاً من الربيع ، وختمت الحكم بقولها « ورفضت باقي الطلبات » ، فلا يعتبر هذا الرفض سارياً على طلب « حفظ الحق » ومانعاً من طلب الربيع في المستقبل ، لأن هذا الحق محفوظ للمدعى دون أن تحكم له المحكمة بحفظه ، وتكون عبارة « رفضت باقي الطلبات » عبارة زائدة مكتوبة حسب العادة الجارية ولا تأثير لها (٢) . وإذا حفظ الحكم الصادر في دعوى التملك لأحد الخصوم الحق في رفع دعوى الربيع أو بالتعويض ، فذلك لا يعتبر فصلاً في المسؤولية عن الربيع أو التعويض (٣) .

(١) محكمة الاستئناف الأهلية ١١ نوفمبر سنة ١٩١٥ المجموعة الرسمية ١٧ ص ٥٨ — والحكم بالزام الكفيل بهذه الصفة أن يدفع الدين لا يمنعه من التملك وقت التنفيذ بحق التجريد وبحق التقسيم (أوبري ورو ١٢ فقرة ٧٦٩ ص ٤٣٥) — والحكم بصحة التوقيع لا يمنع من رفع دعوى بصورية العقد (نقض مدني ٢٢ أبريل سنة ١٩٤٨ مجموعة عمر ٥ رقم ٣٠٥ ص ٦١٠) — والحكم برفض تدخل الدائن لا يمنعه من رفع الدعوى بصحة دينه (استئناف مختلط ٧ مايو سنة ١٩١٣ م ٢٥ ص ٣٦٩) — والحكم برفض دعوى الإبطال لا يمنع من رفع دعوى الفسخ (استئناف مختلط ١١ يونيو سنة ١٩١٤ م ٢٦ ص ٤٢٣) . والحكم برفض إلغاء قرار إداري لا يمنع من المطالبة بالتعويض أو تسوية الحالة (محكمة القضاء الإداري ٢٣ يونيو سنة ١٩٤٩ الهامة ٣٣ رقم ٤٩ ص ٦٤) .

وقد قضت محكمة استئناف مصر بأن العبرة في حجية الأمر المقضى ليست بطلبات الخصوم في ذاتها، ولكن بما فصلت فيه المحكمة من هذه الطلبات . فإذا كانت المحكمة فصلت فقط في طلب تأجيل دفع الإيجار ولم يتعرض الحكم لا في منطوقه ولا في أسبابه إلى طلب التخفيض المبني على قانون تخفيض إيجارات الأراضي الزراعية والذي نص صريحاً أنه في حالة التنفيذ بحكم أو سند أو عقد رسي لا يجوز التنفيذ بأكثر من المبلغ المصرح به في القانون ، فإن الحكم لا يجوز حجية الأمر المقضى (١٢ يناير سنة ١٩٣٧ الهامة ١٧ رقم ٣١٣ ص ٦٤٨) .

(٢) محكمة الاستئناف الأهلية ٣ يونيو سنة ١٨٩٣ الحقوق ١٢ ص ٢٦٥ .

(٣) نقض مدني ١٠ نوفمبر سنة ١٩٣٢ مجموعة عمر ١ رقم ٦٩ ص ١٣٩ .

٣٧٠ - الحكم في شيء حكم فيما يتفرع عنه : والحكم في شيء

يعتبر حكماً فيه وفيما يتفرع عنه . فلا يجوز رفع الدعوى من جديد للمطالبة بما يتفرع عن شيء حكم برفضه .

ويترتب على ذلك أنه إذا صدر حكم برفض الإيداع بملكية عين أو برفض الإيداع بالدين ، فلا يجوز بعد ذلك رفع الدعوى من جديد للمطالبة ببيع العين أو بفوائد الدين . وإذا صدر حكم ببطلان سند الدين ، فلا تجوز المطالبة بعد ذلك بقسط جديد غير القسط الذي صدر فيه الحكم السابق . وقد قضت محكمة النقض بأن المسألة الواحدة بعينها إذا كانت كلية شاملة ، وكان ثبوتها أو عدم ثبوتها هو الذي ترتب عليه القضاء بثبوت الحق الجزئي المطلوب في الدعوى أو بانتفائه ، فإن هذا القضاء يجوز حجبه الأمر المقضي في تلك المسألة الكلية الشاملة بين الخصوم أنفسهم ، ويمنع الخصوم أنفسهم من التنازع بطريق الدعوى أو بطريق الدفع في شأن حق جزئي آخر متوقف ثبوته أو انتفاؤه على ثبوت تلك المسألة الكلية السابق الفصل فيها بين الخصوم أنفسهم أو على انتفائها (١) .

٣٧١ - الحكم في الكل والحكم في الجزء : كذلك إذا كان الكل

متكوناً من أجزاء تعتبر ، بطبيعتها أو بطريق العادة ، غير متجزئة ، فالحكم في الكل حكم في الجزء ، والحكم في الجزء حكم في الكل .

فاذا حكم برفض دعوى الملك في أرض زراعية بما يتبعها من أبنية وآلات ومواسير ونحو ذلك ، فلا تجوز المطالبة بعد ذلك بملكية شيء من هذه الأشياء التابعة . والحكم بالدين حكم بكل قسط من أقساطه (٢) والحكم بصحة بيع

(١) نقض مدني ١١ أبريل سنة ١٩٣٥ مجموعة عمر ١ رقم ٢٤٦ ص ٦٧٤ - محكمة الاستئناف الأهلية ٢ مايو سنة ١٩٠١ المجموعة الرسمية ٢ ص ٢٩٣ - محكمة استئناف مصر ١٥ فبراير سنة ١٩٢٣ المحاماة ٣ رقم ٢٠٧ ص ٢٧٥ - أوبري، ورو ١٢ فقرة ٧٦٩ ص ٤٣٥ - ص ٤٣٦ .

(٢) أوبري ورو ١٢ فقرة ٧٦٩ ص ٤٣٦ - ٤٣٨ - وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن الحكم بصحة الدين في قسطين منه حجة بصحة في القسط الثالث (استئناف مختلط ١٥ فبراير سنة ١٨٩١ م ٦ ص ١٣٨) .