قاعدة علو حجية الأحكام على اعتبارات النظام العام

"دراسة تأصيلية وتحليلية نقدية"

د/ أحمد سيد أحمد محمود

أستاذ قانون المرافعات المساعد

كلية الحقوق – جامعة عين شمس

1441هـ-2020 م

مقدمة

1- موضوع الدراسة:

إن المجتمع في حاجة دائمة للاستقرار، فالاستقرار يعني الثقة في العلاقات القانونية والقدرة على توقع الأمور مقدماً ومن ثم إمكانية رسم وتخطيط العلاقات المستقبلية، والقانون يجب أن يحقق هذا الاستقرار في الحقوق والمراكز القانونية[1].

ويجب لتحقيق الاستقرار أو الأمن القانوني الالتزام ليس فقط بتطبيق القانون وتنفيذه، بل واحترام الأحكام القضائية التي تطبق هذا القانون من جانب الأفراد والجهات المنوط بها ذلك؛ فعدم تطبيق القانون يعني القضاء على الثقة في القانون والإخلال بالأمن والاستقرار وشيوع الفوضى في دولة يُفترض أنها قانونية.

ويربط الفقه بين فكرة الاستقرار في الحقوق والمراكز أو استبعاد التغييرات المفاجئة في تطبيق القانون بفكرة الأمن القانونيsecurité judirique . حيث إن مبدأ الأمن القانوني سبب وجود القانون، فالأمن القانوني يتعارض مع كون المراكز القانونية قابلة للتهديد إلى ما لا نهاية، فوظيفة القانون الأولى هي الأمن للشخص. ويتضمن مبدأ الأمن القانوني طائفتين من القواعد؛ أولهما تلك تهدف إلى ضمان استقرار المراكز القانونية أو الثبات النسبي لهذه المراكز من حيث الزمان، وثانيهما تلك التي تشترط فكرة اليقين في القواعد القانونية أي الوضوح والتحديد للقواعد

---

[1] حسام الدين كامل الاهوانى، أصول القانون، طبعة سنة 1988، بدون دار نشر، ص34-35، بند39.

القانونية وقرارات السلطة العامة، مما يعني توافر الجودة في هذه القواعد والقرارات[1].

إن الأمن القانوني هو هدف عالمي تسعى إلى تحقيقه الأنظمة القانونية المختلفة من خلال تفعيل آليات في القانونين الموضوعي والإجرائي، يطبقها القضاء[2]، كتقادم الحق، والأثر الفوري للقانون، والتسجيل العقاري، وحسن النية في تنفيذ العقد، والعلانية ، وتقادم الدعوى والخصومة[3]، والأدلة، والشكل في الإجراء، والتزام

---

(1) Michel FROMONT, « Le principe de sécurité juridique », A.J.D.A., 1996 (numéro spécial), 176-178.

مشار إليه في: محمد محمد عبد اللطيف، مبدأ الأمن القانوني، مجلة البحوث القانونية والاقتصادية، جامعة المنصورة – كلية الحقوق، المجلد/العدد: ع 36، 2004/10، ص 88-89.

(2) حيث قضت المحكمة الإدارية العليا في مصر بأنه: "أخطأ الحكم المطعون فيه حين قضى ببطلان العقد، بعد أن دخل حيز التنفيذ وبعد خمس سنوات من تمام التعاقد والتنفيذ، وبعد أن أصبح الحاجزون في المشروع بالآلاف من المواطنين، مخالفاً بذلك قواعد حسن النية في تنفيذ العقود، واحترام الحقوق والمراكز القانونية المستقرة، وهو ما يندرج ضمن السلام الاجتماعي والأمن القانوني للمجتمع، وهي مصلحة أولى بالاعتبار من أي مصلحة أخرى". حكم المحكمة الإدارية العليا – الطعن رقم 31314 – لسنة 56 قضائية – جلسة14-9-2010 – مكتب فني 55 – صـ614.

(3) على الرغم من أن التقادم في المجال المدني – عكس الجنائي– غير متعلق بالنظام العام (م 387 مدني مصري). ولكن وفقاً للقانون الفرنسي يتعلق التقادم بالنظام العام في بعض العقود الخاصة كعقد التأمين (راجع المادة3-114 .L من قانون التأمين) وعقود الاستهلاك (راجع المادة 1-218 .L من قانون الاستهلاك) وغيرها.

Jean-Jacques LEMOULAND : Ordre public et bonnes mœurs. Répertoire de droit civil, février 2019.n°66.

القاضي بتطبيق القانون الساري وقت تقديم صحيفة الدعوى، ومبدأ المواجهة[1]، و الأمانة الإجرائية، والحق في الطعن، وتسبيب الأحكام والحق في قضية عادلة أمام قاض محايد le droit à un procès équitable devant un juge impartial [2]، وغيرها من القواعد.

ومن الآليات القانونية الإجرائية، التي تحقق الأمن القانوني ابتغاء استقرار الحقوق والمراكز ووضع حداً للنزاع فيها، هي القوى المختلفة التي يتمتع بها الحكم القضائي المتضمن للحقوق أو المراكز[3]، عند توافر مفترضاتها وشروطها، ومن هذه القوى

---

[1] في مبدأ المواجهة باللغة الفرنسية انظر:

Sayed MAHMOUD. Le principe du contradictoire dans la procédure civile en France et en Egypte. Étude de droit comparé : doctorat d'état : droit privé : Rennes 1 : 1990.

وباللغة العربية انظر: عزمي عبد الفتاح، واجب القاضي في تحقيق مبدأ المواجهة باعتباره أهم تطبيق لحق الدفاع، دار النهضة العربية، 1992.

[2] BERGEL, J. (2008). LA SÉCURITÉ JURIDIQUE. Revue du notariat, 110, (2), 271–285. https://doi.org/10.7202/104553ar

[3] قوى تتعلق بالمحتوى الموضوعي للحكم وأخرى تتعلق بالحكم كإجراء، كاستنفاد سلطة القاضي، وحجية الأمر المقضي، وقوة الأمر المقضي، والبيتوتة (عدم القابلية للإلغاء irrévocabilité)، والقوة التنفيذية، والقوة الثبوتية force probante، كلٌ يعمل بمفترضاته، وشروطه، وفي نطاقه، بحيث يغلف الحكم القضائي بغلاف مانع من المساس أو العدول أو التعديل، إجرائياً وموضوعياً.

انظر: فتحي والي، المبسوط في قانون القضاء المدني علماً وعملاً، دار النهضة العربية، سنة 2017، جـ1، بند 137، ص326 وما بعدها. وسيد أحمد محمود، أصول التقاضي، دار النهضة، سنة 2009، ص744 وما بعدها.

"حجية الأمر المقضي[1] (Res Judicata باللغة الإنجليزية أو Autorité de la chose jugée باللغة الفرنسية)" كوصف attribut للحكم على الاختلاف الفقهي والقضائي في تحديد مفهومها ونطاقها وأثارها التي منها منع العودة من إثارة النزاع مرة أخرى.

وحجية الأمر المقضي تؤكدها قاعدة عدم جواز المساس بالحكم إلا من خلال طرق الطعن المحددة إجرائياً للموازنة بين اعتبار القاضي بشراً غير معصوم من الخطأ، ووضع حداً نهائياً للنزاع، فإذا كان تحقيق الأمن القانوني هو الغاية من حجية الأمر المقضي للحكم، فيكون عدم المساس بها إلا من خلال مسار إجرائي معين يكرس الأمن القانوني ويعزز منه.

وإذا كان احترام الحقوق والمراكز القانونية المستقرة، وهو مما يندرج ضمن السلام الاجتماعي والأمن القانوني للمجتمع، هو مصلحة أولى بالاعتبار من أي مصلحة أخرى[2]، فإن حجية الأمر المقضي كذلك، لأنها تغلف الحكم بغلاف تحصنه من الأخطاء والعيوب التي تصيب محتواه الموضوعي أو قالبه الإجرائي، حيث إن

---

[1] قد تكون الترجمة إلى اللغة العربية السليمة والدقيقة بعبارة: "سلطة (أو حجية) الشيء (أو الأمر) المقضي فيه (أو به)"، ولكن درج القضاء والفقه على استخدام مصطلح أو عبارة "حجية الأمر المقضي"، لذلك آثرنا هذا الاستخدام أيضاً.

[2] كما تقضي المحكمة الإدارية العليا في حكمها في الطعن رقم 31314 – لسنة 56 قضائية – جلسة14–9–2010 – مكتب فني 55 – صـ614.

مهمة القاضي الأساسية هي تطبيق القانون[1]، وما حكمه إلا تطبيقاً لإرادة القانون في الحالة المعينة[2]، كما أن القانون ينطبق ولو كان غير عادل[3]، فإن الحجية المبنية على القانون تنطبق ولو كان الحكم خاطئاً أو غير عادل[4].

ليس هذا فحسب، بل إن حجية الأمر المقضي تحصن الحكم حتى من الأخطاء الناتجة عن مخالفة النظام العام، لأن القاعدة المستقر عليها قضاء هي أن: "حجية الأمر المقضي تعلو على أي اعتبارات أخرى حتى على اعتبارات النظام العام"، أو "علو أو سمو حجية الأمر المقضي على النظام العام"، فإذا كانت حجية الأمر المقضي التي يحوزها الحكم تمنع من المساس به إلا بطريق الطعن، فعلوها على النظام العام تمنع المساس بالحكم ولو خالف قاعدة متعلقة بالنظام العام[5].

---

[1] أحمد ماهر زغلول، أعمال القاضي التي تحوز حجية الأمر المقضي وضوابط حجيتها: دراسات حول نطاق حجية الأمر المقضي في المواد المدنية والتجارية، دار النهضة العربية، سنة 1990، ص27، بند 13.

[2] ظهرت نظرية قديمة صورت الحكم القضائي على أنه تشريع أو قانون يحل محل القاعدة الموضوعية. انظر في ذلك: وجدي راغب، النظرية العامة للعمل القضائي في قانون المرافعات، منشأة المعارف بالإسكندرية، سنة 1974، ص206–207. فتحي والي (تأليف)، وأحمد ماهر زغلول(تحديث)، نظرية البطلان في قانون المرافعات، طبعة سنة 1997، ص788، بند 415.

[3] فتحي والي، المبسوط ج 1، ص 366، بند 148.

[4] فتحي والي، المبسوط ج 1، ص321، بند 135.

[5] ولأنه يفترض علم القاضي بالقانون Jura novit curia، وعليه التزام أن يتعمق في دراسة وتكييف الوقائع والاعمال المتنازع فيها والاعمال الإجرائية في علاقتها بقواعد القانون أو إعادة تكييفها تكييفاً صحيحاً، فمن باب أولى علمه وتمسكه بالقواعد القانونية متعلقة بالنظام العام من

لما تقدم، يتركز موضوع الدراسة على قاعدة قضائية مستقر عليها وهي قاعدة علو حجية الأمر المقضي للحكم على اعتبارات النظام العام، بحيث نعرض لتعريفها وأساسها ومفترضات تطبيقها، والوقوف على مدى إطلاق هذه القاعدة من خلال عرض نطاق تطبيقها إيجابياً وسلبياً.

تلقاء نفسه. انظر: سيد أحمد محمود، أصول التقاضي، ص123- 132، وبحثاً له باللغة الفرنسية عن علم المحكمة بالقانون Jura novit curia، 1987-1988.

2- أهمية الموضوع:

-إن الحجية لم تعد مسألة نظرية une question d'école لها أساس تاريخي فقط، بل لها تداعيات تطبيقية عملية؛ فهي فكرة وظيفية للثبات، وعدم مساس بالحكم القضائي ومعتمدة على ضرورات الحياة اليومية[1].

صحيح أن الفقه الإجرائي- بل حتى الموضوعي- المصري والمقارن سالت أحبار أقلامه على نظرية أو قاعدة أو مبدأ "حجية الأمر المقضي"، ولكن لم يعن الفقه الإجرائي بقاعدة "العلو" ذاتها أي علو حجية الأمر المقضي على النظام العام ونتائجها العملية، ونطاق هذه القاعدة وقيودها، ولم تظفر هذه القاعدة ببحث علمي مستقل -على حد علمنا- بل مجرد إشارات مقتضبة في بعض كتب المرافعات العامة أو أبحاث حجية الأمر المقضي الخاصة[2].

وتزداد أهميةً هذه الدراسة إذا وضعنا في الاعتبار أن قاعدة: "حجية الأحكام تعلو على النظام العام" من ابتداع القضاء الذي لم يقف عندها لتفصيلها، على الرغم من

---

(1) Corinne BLÉRY, Qu'est-ce que l'autorité de la chose jugée ? Une question d'école ? Procédures n° 8-9, Août 2007, étude 11.

(2) انظر: فتحي والي (تأليف)، وأحمد ماهر زغلول(تحديث)، نظرية البطلان، ص743 هامش (1). أحمد ماهر زغلول، الحجية الموقوفة أو تناقضات حجية الأمر المقضي في تطبيقات القضاء المصري، دراسة لقاعدة (ثبوت الحجية للحكم بمجرد صدوره) ونطاق تطبيقها في القانون المصري، الطبعة الثانية، ص 109 وهامش (1). كذلك انظر: محمود مصطفى يونس، نحو نظرية عامة لفكرة النظام العام في قانون المرافعات المدنية والتجارية، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، ص192-193، بند 75.

ترديده لها وتطبيقها في سوابق قضائية كثيرة، وعلى اختلاف أنواع الأقضية، سواء كانت مدنية أو تجارية أو جنائية أو إدارية. فقاعدة علو الحجية على النظام العام اعتبرها القضاء من قواعد المرافعات المدنية باعتبارها الشريعة العامة الإجرائية.

على الرغم من غموض فكرة علو الحجية على النظام العام، فإن القضاء لم يضع تحديداً واضحاً لماهية القواعد المتعلقة بالنظام العام التي تسمو عليها حجية الأحكام، كما لم يوضح نطاق هذه القاعدة أو قيودها، فبالاستقراء الهادئ لأحكام النقض واتجاهات الفقه نجد أن الحجية في بعض الأحيان لا تعلو على النظام العام[1].

-أما عن أهمية هذا الموضوع من الناحية العملية، فلقاعدة علو حجية الأمر المقضي على النظام العام نتائج وآثار عملية، ولكن عدم تحديد نطاقها يضفي على الحجية نوعاً من القدسية والإطلاق، حتى وصل الأمر إلى حد أنها أُعتبرت أسمى من النظام العام نفسه، الأمر الذي يمثل خطورة واضحة، فحجية الحكم ستعلو على القواعد حتى المتعلقة بالنظام العام وهي أعلى مراتب القواعد القانونية التي يسنها القانون أو يحددها القاضي بغية تحقيق مصالح عليا في الدولة.

---

[1] بل ذهبت إدارة الفتوى والتشريع بمجلس الدولة المصري إلى القول: "وإن صدور حكم من أحكام محكمة النقض وهو حكم بات يخالف قواعد النظام العام المستقرة في ضمير المجتمع والمستفادة من المبادئ الدستورية بل وتلك التي تعلو الدستور من شأنه أن يوجب إهدار هذا الحكم وهو ما يمثل قيداً على إطلاق حجية الأحكام". فتوى سنة 2004 - بتاريخ 10-12-2003 في الملف رقم 232/ 57 ص1262.

–كما أن التطبيق الأعمى والمطلق لقاعدة علو حجية الحكم على النظام العام يفضي أحياناً إلى نتائج غير منطقية، كما لو خالف الحكم النظام العام الإسلامي، أو خالف الدستور، أو خالف قانوناً يمس بحياة البشر على سبيل المثال.

3- إشكالية الدراسة ومعوقاتها ونطاقها:

إذا كان تعلق حجية الأمر المقضي بالنظام العام مسألة تعرّض لها الفقه الإجرائي بأبحاث عديدة، إلا أن فكرة علو تلك الحجية على أعلى مراتب النظام القانوني وهو النظام العام لم تكن محل اهتمام كافٍ من الفقه، فإزاء غموض قاعدة " علو حجية الحكم على النظام العام" وهي مقررة قضاءً في مصر وفرنسا و الأنظمة اللاتينية الأخرى بل والانجلوسكسونية، اخترنا دراستها تأصيلياً من خلال تعريف هذه القاعدة وأسسها ومبرراتها الفلسفية والفنية والقانونية، وكذلك مفترضاتها، وتحليلياً ببيان نطاق تطبيقها الإيجابي و السلبي أي القيود أو الاستثناءات التي ترد عليها.

بل إن لقاعدة علو حجية الحكم على النظام العام آثاراً عملية في نطاق فكرة القضية سواء أمام محكمة الدرجة الأولى والثانية ومحكمة النقض، وينتج عنها فرض التزامات إجرائية على الخصم تارة وعلى القاضي تارة أخرى، فقاعدة العلو، وبحق، ليست مجرد قاعدة نظرية وفلسفية، بل هي قاعدة عملية ترتب نتائج عملية.

إن القارئ لكلمات هذه القاعدة قد تبدو له من أول وهلة تعارضها مع المنطق القانوني، فعموماً، كيف لمسألة في القانون تعلو على النظام العام وهي أعلى السلم القانوني، وخصوصاً حجية الأمر المقضي، فهل توجد قاعدة متعلقة بالنظام العام

أعلى من قاعدة هي الأخرى متعلقة بالنظام العام؟ بمعنى آخر هل يوجد تدرج في فكرة النظام العام؟ هل يمكن القول بأن الحجية تعلو على قواعد الاختصاص النوعي، في حين أن الحجية وقواعد الاختصاص النوعي متعلقتان بالنظام العام؟

وإذا كان الفكر القانوني عامةً يأبى إطلاق القواعد القانونية، فهل تعلو حجية الأحكام على النظام العام بصفة مطلقة أم لهذه القاعدة قيود واستثناءات؟، وما نطاق هذه القاعدة من الناحية الإيجابية والسلبية؟، ومما يزيد المشكلة تعقيداً، غموض المقصود بالحجية التي تعلو النظام العام، خاصةً في ظل عدم وجود نص قانوني يحدد مفهوم تلك الحجية تمييزاً لها عن قوة الأمر المقضي وما تبع ذلك من اختلاف قضائي وفقهي. علاوة على ما هي القواعد المتعلقة بالنظام العام التي تعلو عليها الحجية؟، وهل توجد قواعد متعلقة بالنظام العام هي التي تعلو على الحجية؟ فمتى تكون الغلبة للحجية ومتى تكون الغلبة للنظام العام؟

إن معوقات الدراسة لا تنحصر فقط في عدم وجود بحث – على حد علمنا – في قاعدة علو الحجية على النظام العام لا داخل مصر ولا خارجها، على الرغم من اعتبارها من المسلمات القضائية الإجرائية التي تُردد وتُطبق دون قيود أو ضوابط أو حتى شرح، بل من المعوقات أيضاً أن هذه الدراسة بطريق اللزوم تمتد للتعرض لمفاهيم إجرائية مختلف عليها ليس فقط تشريعياً بل وقضائياً وفقهياً، وكأنها أفكار

غير حاسمة ورمادية سواء فيما يتعلق بالحجية أو حتى بفكرة النظام العام وهما مفترضا تطبيق القاعدة محل الدراسة[1].

إذن، الدراسة لا يتحدد نطاقها في حجية الأمر المقضي ذاتها التي تحوزها الأحكام، وإلا كانت غير ذي جدوى أو جديد، ولكن تركز على أثر من أثار حجية الأمر المقضي وهو علوها أو سموها على النظام العام، لذا آثرنا تسمية عنوان الدراسة "علو الحجية على النظام العام" عن " الحجية تعلو على النظام العام". كما أن الدراسة منصبة على علو حجية الأحكام القضائية وبالتالي سنستبعد من نطاق هذه الدراسة علو حجية أحكام التحكيم على النظام العام التي **نرى** بأن لها خصوصية حتمية وملازمة لطبيعتها الخاصة والمتميزة عن أحكام القضاء لتكون محلاً لدراسة أخرى للباحثين القانونيين.

---

[1] من أصعب المسائل في القانون هي مسألة المصطلحات القانونية، صحيح أنه لا مشاحة في الاصطلاح، ولكن شريطة ألا يترتب على الاختلاف في المصطلح نتائج قانونية خطيرة، ويزيد الأمر خطورةً عندما يقوم الفقه بالمطابقة و التقريب بين أفكار قانونية مختلفة، ومن هذه المسائل ، وقوة Autorité de la chose jugéeفي مجال قانون المرافعات هي حجية الأمر المقضي والقوة Force exécutoire و القوة التنفيذية Force de chose jugéeالأمر المقضي و أيضاً فاعلية Irrévocabilité de la chose jugée و البيتوتة Force probanteالثبوتية الحكمEfficacité du jugement.

Cédric BOUTY, chose jugée. Répertoire de procédure civile, mars 2018 n°.3-4.

4- منهج الدراسة وخطتها:

سنتّبع في دراسة قاعدة علو حجية الأمر المقضي على النظام العام المنهج التأصيلي والتحليلي النقدي المقارن، إذ سنحاول تأصيل هذه القاعدة ببيان مفهومها وطبيعتها، كذلك سنقوم بتحليل النتائج والآثار المترتبة على هذه القاعدة توضيحاً لأهميتها، ثم نبين الأسس التي تقوم عليها من الناحية التاريخية والفلسفية والفنية والقانونية.

وطالما أن قاعدة العلو من صنع القضاء، فوجب استقراء وتحليل الأحكام القضائية المصرية والمقارنة في فرنسا وبعض الدول العربية التي أظهرت تطبيقات هذه القاعدة، لنصل إلى مدى إطلاقها، ببيان النطاق الإيجابي لتفعيلها، وكذلك القيود أو الاستثناءات التي ترد عليها أي نطاقها السلبي.

وهذا كله وذاك بوضع الخطة الآتية:

المبحث الأول: ماهية قاعدة علو حجية الأحكام على النظام العام.

المبحث الثاني: مفترضات تطبيق قاعدة علو حجية الاحكام على النظام العام.

المبحث الثالث: تفعيل قاعدة علو حجية الأحكام على النظام العام.

المبحث الأول

ماهية قاعدة علو حجية الأحكام على النظام العام

للوقوف على ماهية قاعدة علو حجية الأحكام على النظام العام، وجب وضع مفهوماً واضحاً ومحدداً لها، إذ على الرغم من أن القضاء هو الذي ابتدع هذه القاعدة، ولكنه لم يحدد مفهومها أو تعريفها، وهذا أمر ليس بغريب، لأن مهمة التعريف وتوضيح المفاهيم القانونية، أياً كان منبعها، هي مهمة الفقه بالدرجة الأولى، وترجع أهمية تعريف القاعدة إلى تمييزها عن قاعدة الحجية ذاتها، فكما بيّنا في مقدمة هذه الدراسة أنها تتركز وحسب على "علو" حجية الحكم على النظام العام، وكذلك وجدنا أن لهذه القاعدة مجالات لتطبيقها خارج مجالات تفعيلها الحقيقية عندما تتبعنا التطبيقات القضائية، وكان ذلك بسبب الخلط في مفهوم القاعدة.

كما أن تحديد ماهية قاعدة علو حجية الأحكام على النظام العام يستدعي منا التطرق إلى طبيعة هذه القاعدة، إذ أن مصدر هذه القاعدة المباشر ليس القانون، أو التشريع بمعنى أدق، بل القضاء. ولا شك أن قاعدة علو حجية الأحكام على النظام العام ليست قاعدة نظرية بحتة بل لها أهداف ونتائج عملية بشأن عملية التقاضي وتطهيرها أولاً بأول من البطلان، ومواجهة مماطلات الخصوم وسلوكياتهم المثبطة للعدالة الناجزة (مطلب أول).

إن قاعدة علو حجية الأمر المقضي للحكم على النظام العام قد تبدو من أول وهلة عند قراءتها، ومن خلال تركيبها الاصطلاحي القانوني، غير منطقية، فكيف يكون هناك ما هو أعلى من النظام العام وهو أعلى سلم النظام القانوني في أي دولة، وإذا كانت حجية الأمر المقضي ذاتها قاعدة متعلقة بالنظام العام، فكيف إذن تعلو على النظام العام ذاته، لذلك وجدنا أن الوقوف على الأساس التاريخي والفلسفي لهذه القاعدة هما خير معين على إدراكها وفهم تبريراتها الفنية والقانونية (مطلب ثان).

المطلب الأول

مفهوم قاعدة علو حجية الأحكام على النظام العام وأهميتها ونتائجها

إن قاعدة علو الحجية على النظام العام قد تختلط بقاعدة الحجية ذاتها فكان لزاماً أن نحدد مفهوم هذه القاعدة في هذا المقام كتمهيد لتحديد مفترضات هذه القاعدة وعناصرها الأساسية فيما بعد (فرع اول). وآثرنا التعرض لطبيعة هذه القاعدة من حيث مدى تعلقها بالنظام العام، خاصةً وأن حجية الأمر المقضي ذاتها لم تكن ومنذ ابتداعها قاعدة متعلقة بالنظام العام، حيث مرت بتطور في هذا الشأن، من قاعدة غير متعلقة بالمصلحة العامة إلى قاعدة تستهدف هذه المصلحة، على عكس قاعدة علو الحجية فهي كانت ومنذ نشأة قاعدة الحجية ومازالت متعلقة بالنظام العام، أليس هذا تناقضاً؟! (فرع ثان).

الفرع الأول

مفهوم قاعدة علو حجية الأحكام على النظام العام

إن مفهوم قاعدة علو الحجية على النظام العام يجعلنا نتطرق إلى تعريف القاعدة والمقصود منها وكيف عبّر عنها القضاء في مصر وفرنسا، ومدى صحة التعبير عن القاعدة في مجالها الصحيح، وذلك على النحو التالي:

أولاً: تعريف قاعدة علو حجية الأحكام على النظام العام

1) المقصود من قاعدة علو حجية الأحكام على النظام العام:

إن مضمون حجية الأمر المقضي هو أن الحكم متى أصدرته المحكمة يعد عادلاً مطابقاً للحقيقة من الناحية الموضوعية، ويعبر عن ذلك بقاعدة لاتينية res judicata pro veritate accipitur (or habetur) وصحيحاً من الناحية الإجرائية، فالحكم صحيح في ذاته وهو نتيجة إجراءات صحيحة. فالأصل أن الإجراءات قد رُعيت (قرينة صحة الإجراءات).

لذلك، فالحكم يحوز حجية الأمر المقضي ولو كان غير عادل أو خاطئاً في تطبيق القانون أو قاعدة قانونية موضوعية كانت أو إجرائية، ولو كانت هذه القاعدة التي خالفها الحكم متعلقة بالنظام العام. فلو صدر الحكم باطلاً لصدوره مخالفاً للقانون الموضوعي أو الإجرائي فلا يتعارض ذلك مع تمتع أو الاستمرار في تمتع الحكم بحجية الأمر المقضي متى توافرت شروط الحجية، بل أن الحكم الحائز للحجية

يظل حائزاً لها ولو كان الحكم باطلاً لمخالفة قاعدة آمرة متعلقة بالنظام العام في القانون الإجرائي أو الموضوعي، كما لو صدر الحكم مخالفاً لقواعد الاختصاص النوعي أو لقوانين النقد في مصر[1].

وعلى الرغم من النظرة العلوية لفكرة النظام العام أو بمعنى أدق للقاعدة الموضوعية أو الإجرائية المتعلقة بالنظام العام باعتبارها أعلى القواعد القانونية وأسماها، أياً كان مصدرها، إلا أن حجية الأمر المقضي تعلو على النظام العام، فالنظام العام ليس هو الأعلى والأسمى، بل يوجد ما يعلو أو يسمو عليه أو يفوقه وهو حجية الأمر المقضي.

وقد يبدو من أول وهلة أن قاعدة علو الحجية على النظام العام تعارض المنطق القانوني للسبب السالف ذكره، ولكن يتلاشى هذا التعارض عند معرفة العلة منها، وهي أن تقويم اعوجاج الحكم موضوعياً أو إجرائياً يكون من خلال طرق الطعن أو المراجعة المقررة له قانوناً وفقاً لضوابطها وحدودها. ولذلك، فخارج طرق الطعن، باستغلاقها أو استنفادها، لا يجوز تقويم الحكم، فلا مساس به، ولو خالف قاعدة متعلقة بالنظام العام، بحيث إذا لم يجز الطعن في الحكم تحصن وصُحح البطلان

[1] انظر تطبيقات في القواعد المتعلقة بالنظام العام التي تعلو حجية الحكم عليها ما يلي الفرع الثاني من المطلب الأول من المبحث الثالث.

الذي شابه، سواء كان البطلان متعلقاً بالنظام العام ومن باب أولى إذا كان غير متعلق، وهذه هي النتيجة الإجرائية لحجية الأمر المقضي[1].

فإذا كانت حجية الأمر المقضي ذاتها قاعدة متعلقة بالنظام العام لاستقرار الحقوق والمراكز، فلذات الحكمة، تعد الحجية أكثر القواعد اتصالاً بالنظام العام مقارنة بمثيلاتها[2]، بمعنى أنه إذا تزاحمت أو تعارضت فكرة الحجية مع قاعدة قانونية هي

---

[1] فتحي والي (تأليف)، وأحمد ماهر زغلول(تحديث)، نظرية البطلان، ص735-736، بند391.

فقاعدة عدم جواز إبطال الاحكام ولو لمخالفة قواعد متعلقة بالنظام العام إلا بطرق الطعن المقررة قانوناً، وقاعدة عدم جواز رفع دعوى بطلان أصلية لمراجعتها هما قاعدتان معاضدتان ومؤكدتان لقاعدة علو الحجية على النظام العام. انظر في الأساس القانوني لقاعدة علو الحجية على النظام العام ما يلي الفرع الأول من المطلب الثاني التالي من هذا المبحث.

[2] وقد بينت المذكرة الايضاحية لقانون الاثبات رقم 25 لسنة 1968 أن الحجية أجدر بالاحترام وأكثر اتصالا بالنظام العام من أي أمر آخر لما يترتب على إهدارها من تأبيد المنازعات وعدم استقرار الحقوق لأصحابها، وقضت محكمة النقض المصرية مؤكدة على ذلك بأنه: "لما كان مفاد نص في المادة 116 من قانون المرافعات أن الدفع بعدم جواز نظر الدعوى لسابقة الفصل فيها قد أصبح وفقاً لهذا النص متعلقاً بالنظام العام وعلى ذلك حسبما جاء بالمذكرة الإيضاحية احترام حجية الحكم السابق صدوره في نفس الدعوى وهي حجية أجدر بالاحترام وأكثر اتصالاً بالنظام العام من أي أمر أخر لما يترتب على إهدارها من تأبيد المنازعات وعدم استقرار الحقوق لأصحابها". انظر: حكم محكمة النقض – مدني – الطعن رقم 278 – لسنة 72 قضائية – جلسة22-4-2003 – مكتب فني 54 – ص702).

وقضت أيضاً بأن: "هذه الحجية أجدر بالاحترام وأكثر اتصالا بالنظام العام من أي أمر آخر لما يترتب على إهدارها من تأبيد المنازعات وعدم استقرار الحقوق لا صحابها ". انظر حكم محكمة النقض – مدني – الطعن رقم 85 – لسنة 39 قضائية – بتاريخ 29 – 4 – 1974. ومحكمة النقض – مدني – الطعن رقم 424 – لسنة 43 قضائية – بتاريخ 26 – 1 – 1981.

الأخرى متعلقة بالنظام العام، فتعلو الأولى على الأخيرة، ويتصور التزاحم إذا صدر الحكم وأُدعي مخالفته لقاعدة متعلقة بالنظام العام خارج القضية التي صدر فيها، أو داخل القضية عند محاولة النيل منه أو النعي عليه للمخالفة ذاتها أمام المحكمة التي أصدرته أو محكمة الطعن بعد حيازته القوة الإجرائية المانعة من المساس به[1].

وتطبيقاً لما تقدم، إذا صدر الحكم مثلاً من محكمة غير مختصة نوعياً أي مخالفاً لقواعد الاختصاص النوعي المتعلقة بالنظام العام، فتعلو حجيته على تلك القواعد التي خالفها، فيتحصن الحكم من العيب الذي أصابه بسبب مخالفة قواعد الاختصاص خارج إطار الطعن، لأن الحجية التي تعلو على النظام العام لا تمنع من الطعن فيه[2]، كذلك الحال لو صدر الحكم مخالفاً لقواعد عدم صلاحية

---

[1] في مفترضات تطبيق قاعدة العلو، انظر ما يلي المطلب الثاني من المبحث الثاني.

[2] حيث قُضي بأنه: "كانت قوة الأمر المقضي التي تلحق بالأحكام النهائية – حتى ولو أقيمت على قاعدة غير صحيحة في القانون – تعلو على اعتبارات النظام العام". انظر: حكم محكمة النقض – مدني – الطعن رقم 16615 – لسنة 77 قضائية – بتاريخ 22 – 4 – 2012، وحكم محكمة النقض – مدني – الطعن رقم 6170 – لسنة 83 قضائية – بتاريخ 9 – 1 – 2018. وانظر: حكم محكمة النقض – مدني – الطعن رقم 7483 – لسنة 82 قضائية – بتاريخ 2 – 1 – 2016 – غير منشور (المصدر: www.eastlaws.com). وانظر: حكم المحكمة الإدارية العليا – الطعن رقم 12824 – لسنة 59 قضائية – بتاريخ 28 – 7 – 2015.

القاضي المطلقة بنظر الدعوى المتعلقة بالنظام العام أيضاً[1]، أو صدر الحكم باطلاً بطلاناً عاماً ناشئاً عن عدم توقيع المحامي على صحيفة الدعوى أو الطعن[2]، أو صدر الحكم مخالفاً لقاعدة موضوعية متعلقة بالنظام العام كقواعد قوانين النقد في مصر[3].

وفي اعتقادنا، يمكن تعريف قاعدة علو حجية الحكم على النظام العام بأنها: "القاعدة التي تمنع الادعاء أو النعي على الحكم، سواء خارج القضية التي صدر فيها أو داخلها، بمخالفة قاعدة متعلقة بالنظام العام- الموضوعي أو الإجرائي- إلا من خلال طرق الطعن والمراجعة المقررة له في القانون، لغايات استقرار الحقوق والمراكز وعدم تأبيد النزاع".

وسنعرض لمزيد من تطبيقات قاعدة علو الحجية على النظام العام لاحقاً[4]، غير أنه تجدر الإشارة هنا ابتداءً إلى وجوب الأخذ في الاعتبار أن مفهوم حجية الأمر المقضي، التي تعلو على النظام العام، في ظل التطبيقات القضائية وتتبعها، هو

---

[1] انظر: حكم محكمة النقض – مدني – الطعن رقم 8121 – لسنة 81 قضائية – بتاريخ 11 – 6 – 2013، غير منشور (المصدر: www.eastlaws.com).

[2] انظر: حكم محكمة النقض – مدني – الطعن رقم 132 – لسنة 65 قضائية – جلسة21-3-2000 – مكتب فني 51 – جـ 1 – صـ443.

[3] انظر: حكم محكمة النقض – مدني – الطعن رقم 200 – لسنة 29 قضائية – جلسة21-5-1964 – مكتب فني 15 – جـ 2 – صـ706.

[4] انظر ما يلي المبحث الثالث.

المفهوم القضائي له أي الذي يعتمده القضاء المصري اتساقاً مع نص المادة 101 إثبات الذي يعلق الحجية على اكتساب الحكم قوة الأمر المقضي[1].

2) التعبير القضائي والفقهي عن القاعدة:

يُعبر قضاءً وفقهاً عن قاعدة علو الحجية على النظام العام إما صراحةً أو بصفة مباشرة، أو ضمنياً أو بطريقة غير مباشرة، إذ تعبر عنها محكمة النقض الفرنسية بأن الحكم يحوز حجية الأمر المقضي حتى ولو خالف مبدأ متعلق بالنظام العام[2]. (L'autorité de la chose jugée s'impose même en cas de méconnaissance d'un principe d'ordre public) أو بتعبيرها بأن الأحكام التي لا تعد محلاً لأي طريق من طرق الطعن، أياً كانت العيوب التي تصيبها، تحوز حجية الأمر المقضي[3].

---

[1] في مفهوم الحجية كمفترض لقاعدة العلو انظر ما يلي المطلب الثاني من المبحث الثاني.

[2] Cass. 2e civ., 25 oct. 2007, n° 06-19.151 : JurisData n° 2007-040999 ; Bull. civ. II, 240.

L'autorité de la chose jugée, qui s'attache à un jugement dès son prononcé, s'impose même en cas de méconnaissance d'un principe d'ordre public. Cour de cassation – Chambre commerciale – 21 janvier 2014 – n° 12-25.887.

[3] « Le principe de l'autorité de la chose jugée est général et absolu et s'attache même aux décisions erronées » (Cass. 1ère Civ., 22 juillet 1986, Bull. civ. I, n° 225, p. 214) ; « l'autorité de la chose jugée s'attache aux jugements qui n'ont fait l'objet d'aucun recours, quels que

-وتستخدم محكمة النقض المصرية عبارات متنوعة في التعبير عن القاعدة ومنها أن الحجية تثبت للحكم حتى ولو كان قد خرج في قضائه على صحيح القانون أو خالف قاعدة من قواعد النظام العام[1]، وأنه إذا تعارضت قوة الأمر المقضي مع قاعدة من قواعد النظام العام كانت هي الأولى بالرعاية والاعتبار[2]، وتعبيراً عن قدسية حجية الأمر المقضي للأحكام، ذهبت بعض الأحكام العربية إلى اعتبار الحجية تعلو ليس فقط على اعتبارات النظام العام، بل وعلى أي اعتبار آخر[3].

-ويعبر الفقه كذلك عن قاعدة علو الحجية على النظام العام بأن الحجية مبدأ عام ومطلق[4]، فتحوز حجية الأمر المقضي القرارات الخاطئة فمن باب أولى الصحيحة

---

soient les vices dont ils sont affectés » (Cass. Com., 14 novembre 1989, Bull. civ. IV, n° 289, p. 195). Com. 19 oct. 1993, no 91-20634, Bull. civ. IV, no 341, JCP 1993. IV. 2657.

(1) انظر نقض 1957/5/23- المجموعة 8- 496، 1964/5/21- المجموعة 15- 716، 1965/5/27- المجموعة 16-651، 1968/1/9- المجموعة 19، مشار إليهم في: فتحي والي، نظرية البطلان، ص743، هامش (1).

(2) انظر: حكم محكمة النقض - مدني - الطعن رقم 343 - لسنة 23 قضائية - جلسة9-1-1958 - مكتب فني 9 - جـ 1 - صـ62.

(3) انظر: حكم محكمة التمييز الكويتية - الأحكام المدنية والتجارية - الطعن رقم 385 - لسنة 2001 قضائية - بتاريخ 26 - 1 - 2004.

(4) "C'est là, l'application de ce que le principe de l'autorité de la chose jugée est général et absolu" (Com. 30 mai 1985, Bull. civ. IV, n° 174). L. Dargent : Caractère général et absolu du principe de l'autorité de la

منها، لذلك وصف البعض قاعدة العلو بشدة حجية الأمر المقضي Les rigueurs de l'autorité de chose jugée[1]. ويعبر البعض الآخر عن القاعدة بتغطية الحجية التي تلازم الحكم ما يكون قد شابه من أسباب عوار حتى لو نتيجة مخالفة قاعدة متعلقة بالنظام العام[2].

كما أن لهذه القاعدة تطبيقات في النظام الانجلوسكسوني، فالمذاهب المتعلقة بالمطالباتThe doctrines of claim واستبعاد المسألة issue preclusion تمنع من إعادة النزاع في المسائل القانونية وكل أسباب الدعوى، حتى عندما يسفر النزاع السابق عن قرار خاطئ[3].

---

chose jugée. Civ. 2e, 25 octobre 2007, F-P+B, n° 06-19.151 (Décision en ligne). Dalloz actualité 23 novembre 2007.

(1) Jean-Michel Sommer et Claudette Nicoletis. Chronique de jurisprudence de la Cour de cassation Deuxième Chambre civile. Recueil Dalloz 2008 p.648.

(2) فتحي والي (تأليف)، وأحمد ماهر زغلول(تحديث)، نظرية البطلان، ص743، بند392.

(3) وقد عبرت المحاكم عن هذه الفكرة في مناسبات عديدة، حيث قيل مثلاً بأن حجية الأمر المقضي به تجعل الأسود أبيضاً والملتوي مستقيماً، لأنه في بعض القضايا تطبيقها يؤدي نتيجة غير صحيحة، ومع ذلك، إن المبدأ القائل بأن القضية يجب أن تصل إلى نهايتها، مهم جدا، وحقيقة أن بعض القرارات ستكون غير صحيحه بطريقه يمكن إثباتها لاحقا هو الثمن الضروري.
"It has been said that res judicata makes black white and crooked straight. In some cases its application produces a demonstrably incorrect result. The principle that litigation must come to an end, however, is a very important one, and the fact that some decisions will be incorrect in

3) تحديد المجال الدقيق للتعبير عن قاعدة العلو:

-في مواطن أخرى يُعبر عن قاعدة علو الحجية على النظام العام في غير موضعها، حيث يوجد خلط قضائي بين قاعدة علو الحجية على اعتبارات النظام العام، وتعلق الحجية ذاتها بالنظام العام، بحيث إذا أراد القضاء التعبير عن قاعدة تعلق الحجية بالنظام العام عبّر بدلاً من ذلك عن علوها على النظام العام، بحيث يكون منطقياً، بحسب هذا القضاء، تعلق الحجية بالنظام العام من باب أولى إذا كانت الحجية ذاتها تعلو على هذا النظام[1]. فاستخدام قاعدة علو الحجية على

---

a way that can later be demonstrated is a necessary price" .Velasquez v. Franz, 589 A.2d 143, 165 (N.J. 1991) (Stein, J., dissenting). https://www.courtlistener.com/opinion/2291291/velasquez-v-franz/ (زيارة مايو 2020)

وأبرز تعبير عن هذه الفكرة هو قرار المحكمة العليا الأمريكية في قضية Jeter v. Hewitt ففي ظل نظام هذه الدولة، يتطلب الحفاظ على النظام العام، وراحة المجتمع، وهدوء الأسر quiet of families، ان ما تم حسمه بحكم قطعي من قبل المحاكم المختصة كحقيقة قانونيه لا يمكن دحضها. ولا يمكن لأي دليل آخر أن بمنح القوة لافتراض الحقيقة التي تخلقها، ولا يمكن لأي حجه ان تنتقص من فعاليتها القانونية.

Jeter v. Hewitt, 63 U.S. 352, 363-66 (1859). See Taxing Dist. of Brownsville v. Loague, 129 U.S. 493, 505.(1889)

Solum, Lawrence B., Procedural Justice (January 1, 2004). 67 Souther California Law Review 181 (2004).p.246. Available at SSRN : https://ssrn.com/abstract=636721

[1] فقُضي مثلاً بأنه: "لما كان الثابت أن مصلحة الطاعنة اقتصرت في طعنها أمام محكمة أول درجة على تعييب قرار اللجنة فيما قضى به من عدم إعمال أحكام المادة (40) من القانون 157

النظام العام قضاءً لا يكون أحياناً في مجال تطبيقها الصحيح الذي يكون عند إثارة بطلان حكم خالف قاعدة متعلقة بالنظام العام في دعوى جديدة أي خارج القضية التي صدر فيها أو داخل القضية عند استنفاد ولاية القاضي أو استنفاد واستغلاق طرق الطعن.

لما سبق قُضي بـ: "إن المطالبة القضائية بمؤجل المهر تقوم على مفترض أولي هو تحقق إحدى هاتين الواقعتين، ...، ومن بينها صدور الحكم النهائي بالتفريق- ولو كان مطعونا عليه بطريق من طرق الطعن غير العادية- ولا تعيد تلك المطالبة طرح هذه الواقعة لبحثها من جديد، بعد أن حسمها حكم قضائي قرر- في قوة الحقيقة القانونية- تطليق الزوجة طلقة بائنة، وإلا كان ذلك هدماً لحجية هذا الحكم وهو ما لا يجوز قانوناً، لسمو تلك الحجية حتى على قواعد النظام العام"[1].

-بيد أنه لا ينفِ هذا الخلط القضائي على النحو السابق ذكره أن لكل من قاعدة تعلق الحجية ذاتها بالنظام العام و قاعدة علوها عليه مجالاً لإعمالهما، فقاعدة

لسنة 1981 على المطعون ضده عن سنة النزاع فإن قرار اللجنة فيما عدا ذلك . وأياً كان وجه الرأي فيه . يحوز حجية بشأن تقدير أرباح المطعون ضده التي لم تثر أمام محكمة أول درجة وهذه الحجية تمنع من العودة إلى مناقشة ما سبق أن قضى به في هذا الصدد إذ أن قوة الأمر المقضي تعلو اعتبارات النظام العام". انظر: حكم محكمة النقض - مدني - الطعن رقم 8136 - لسنة 65 قضائية - بتاريخ 14 - 4 - 2003 - غير منشور (المصدر: www.eastlaws.com).

[1] انظر: حكم المحكمة الدستورية العليا - الطعن رقم 7 لسنة 19 قضائية بتاريخ: 2-10-1999.

تعلق الحجية ذاتها بالنظام العام تنطبق بغية ترتيب النتائج المتمثلة في أن الحجية توجب أو تجيز للمحكمة أن تثيرها من تلقاء نفسها وفي أي مرحلة كانت عليها الدعوى، ولا يجوز التنازل عنها، بينما نجد أن نطاق إعمال قاعدة علو الحجية على النظام العام هو عند الادعاء ببطلان الحكم لمخالفته قاعدة متعلقة بالنظام العام خارج القضية التي صدر فيها الحكم أو داخل القضية أمام المحكمة التي أصدرته أو محكمة الطعن بعد استغلاق الطعن أو استنفاده، فيتحدد النطاق الخاص لقاعدة علو الحجية بغية منع المساس بالحكم لتحصنه ولو خالف قاعدة متعلقة بالنظام العام.

-وما يزيد من الأمر تعقيداً هو الخلط القضائي المستمر والشائع بين فكرتي الحجية وقوة الأمر المقضي من ناحية، وقوة الأمر المقضي و البيتوتة من ناحية أخرى[1]، حتى في إطار قاعدة علو الحجية على النظام العام، وهو أمر بديهي، فلن يتغير مفهوم الحجية عن مفهومها في إطار قاعدة علوها على النظام العام، فمعظم أحكام القضاء المصري ما تُقصر تطبيق قاعدة علو الحجية على النظام العام على الأحكام النهائية التي تحوز قوة الأمر المقضي، لأنها ببساطة تتبنى المفهوم

[1] انظر في مفترض قاعدة العلو وهو حيازة الحكم حجية الأمر المقضي ما يلي المطلب الثاني من المبحث الثاني.

القضائي للحجية الذي يطابقها بقوة الأمر المقضي، على عكس المفهوم الفقهي الدقيق للحجية كأثر للحكم الابتدائي الموضوعي (غير إجرائي)[1].

لذلك، وصلت قاعدة علو حجية الأمر المقضي على النظام العام في حدتها وقسوتها إلى درجة علوها حتى على الدفع بالحجية ذاته المتعلق بدوره بالنظام العام، حيث قُضي بأنه: "إذ كان الحكم الصادر من محكمة أول درجة بجلسة قد قضى برفض الدفع المبدى من الطاعنة بعدم جواز نظر الدعوى لسابقة الفصل فيها وكانت الطاعنة قد قبلت هذا القضاء وقصرت استئنافها على (باقي) ما قضى به الحكم الابتدائي وكان الاستئناف لا ينقل الدعوى إلى محكمة ثاني درجة إلا في حدود طلبات المستأنف فإن الدفع بعدم جواز نظر الدعوى لسابقة الفصل فيها لا يكون مطروحاً أمام محكمة الاستئناف ولو كان متعلقاً بالنظام العام؛ لأن قضاء محكمة أول درجة برفض هذا الدفع يكون قد حاز قوة الأمر المقضي وهي تسمو

---

[1] حيث قضت محكمة النقض بأنه: "إذا لم يطعن الخصوم في هذا الحكم بطرق الطعن المقررة قانوناً فإن قضاءها في هذا الشأن يحوز قوة الأمر المقضي ويمتنع عليهم العودة إلى مناقشة هذه المسألة ولو بأدلة قانونية أو واقعية لم يسبق إثارتها كما يمتنع على المحكمة معاودة النظر فيه لما هو مقرر أن حجية الأحكام تسمو على النظام العام". انظر: حكم محكمة النقض – مدني – الطعن رقم 731 – لسنة 60 قضائية – جلسة25-12-1994 – مكتب فني 45 – جـ 2 – صـ1661. راجع كذلك: حكم محكمة النقض – مدني – الطعن رقم 411 – لسنة 34 قضائية – بتاريخ 21 – 6 – 1972. كما قضت محكمة النقض بأنه: "وكانت قوة الأمر المقضي التي تلحق بالأحكام النهائية تعلو على اعتبارات النظام العام ومن ثم يكون لمحكمة النقض أن تثيرها من تلقاء نفسها ما دامت عناصرها كانت مطروحة على محكمة الموضوع". حكم محكمة النقض – مدني – الطعن رقم 1431 – لسنة 57 قضائية – بتاريخ 18 – 12 – 1988– غير منشور (المصدر: www.eastlaws.com).

على قواعد النظام العام ومن ثم لا يقبل من الطاعنة التحدي به أمام محكمة النقض"[1].

ثانياً: طبيعة قاعدة علو الحجية على النظام العام

1) قاعدة العلو هي قاعدة قضائية:

إن قاعدة علو حجية الحكم على النظام العام هي قاعدة غير منصوص عليها صراحةً في القانون ولكن ابتدعها القضاء، حيث إن أول حكم قضائي في مصر – على حد علمنا–طبّق قاعدة علو الحجية بالمفهوم القضائي (قوة الأمر المقضي) على النظام العام صدر سنة 1951 أي ما يجاوز السبعين عاماً[2]. فقاعدة علو

---

[1] انظر: حكم محكمة النقض – مدني – الطعن رقم 4653 – لسنة 62 قضائية – بتاريخ 2 – 3 – 2003– غير منشور (المصدر: www.eastlaws.com).

[2] حيث قضت محكمة النقض المصرية بأنه: "ومن حيث إن حاصل سبب الطعن في الحكم الثاني الصادر في 16 يناير سنة 1949 هو أن المحكمة أخطأت في تطبيق القانون إذ قضت برفض الدفع ببطلان صحيفة الاستئناف استنادا إلى أنها قضت في حكمها السابق الصادر في 28 من نوفمبر سنة 1948 بقبول الاستئناف شكلا مع أن هذا الدفع يتعلق بالنظام العام وكان يجب على المحكمة أن تقضي به من تلقاء نفسها، كما أخطأت إذ قررت أن المحامي الموقع على صحيفة الاستئناف مقرر للمرافعة أمامها في حين أن اسمه كان مستبعدا من الجدول منذ 3 من يونية سنة 1946 ومن مقتضى هذا الاستبعاد منع المحامي من المرافعة. ومن حيث إن هذا السبب بجميع أوجهه مردود أولا بما قرره الحكم المطعون فيه من أن المحكمة بعد أن استنفدت ولايتها في الفصل في شكل الاستئناف بقبوله شكلا لا تملك النظر في الدفع ببطلان صحيفته لتعلق هذا الدفع بشكل الاستئناف الذي سبق أن فصلت فيه لا بموضوعه، ومردود ثانيا بأن قول المحكمة بعد ذلك بأن المحامي الموقع على عريضة الاستئناف هو من المحامين المقررين

الحجية على النظام العام هي قاعدة عتيقة ومنذ القدم، وهي أيضاً قاعدة إجرائية عامة في قانون المرافعات الذي يعتبر الشريعة العامة الإجرائية، لأن قاعدة العلو ملازمة لحجية الحكم الموجودة في القوانين التي تنظم الإجراءات الجنائية والإدارية أو غيرها من المسائل الإجرائية.

ويترتب على اعتبار القضاء هو منشأ قاعدة علو الحجية على النظام العام، اتساع نطاق تطبيق وتفعيل هذه القاعدة، من حيث قوى الحكم والمحاكم المحتج أمامها بها، على أساس أن الحجية في مفهوم هذا القضاء ليس هو المفهوم الفني الضيق لها كأثر خارجي للحكم الموضوعي، بل اختلط بالقطعية وبالقوى الإجرائية الأخرى للحكم، كما سنبين لاحقاً[1].

ولا نقصد من الطبيعة القضائية لقاعدة العلو و بالتالي عدم النص عليها في التشريع أنها مخالفة للقانون، ولكن نقصد أن دور القضاء بالنسبة لهذه القاعدة لم يقتصر على التطبيق بل وقبل ذلك الإنشاء، وهي قاعدة تتفق مع القانون والمنطق

أمامها وإن استبعد اسمه من الجدول وإيرادها دفاع المطعون عليه في هذا الخصوص قد جاء منها تزيدا لا تأثير له على سلامة حكمها ومردود أخيرًا بأن تحدي الطاعنة بأن الدفع المشار إليه يتعلق بالنظام العام فكان على المحكمة أن تلاحظه من تلقاء نفسها – أن هذا التحدي إنما محله ألا يكون قد صدر منها حكم بقبول الاستئناف شكلا، ذلك أن قوة الأمر المقضي التي اكتسبها حكمها المذكور تحول دون جواز التمسك أمامها بدفع جديد خاص بشكل الاستئناف ولو كان ماسا بقواعد النظام العام ". حكم محكمة النقض – مدني – الطعن رقم 24 – لسنة 19 قضائية – جلسة15-11-1951 – مكتب فني 3 – جـ 1 – صـ37.

[1] انظر ما يلي الفرع الأول من المطلب الثاني من المبحث الثاني.

القانوني ولأسس قانونية وفنية مبررة سنوضحها لاحقاً، فكما قلنا لا المساس بالحكم حتى ولو خالف النظام العام خارج طرق طعن ومراجعة الأحكام المقررة قانوناً، ولكن طالما أن هذه القاعدة لم ينظمها المشرع ولم يضع لها نصوصاً، فقد ينجم عن ذلك، وبالفعل حدث، مشاكل في مفهومها ونطاق تطبيقها وتفعيلها وآثارها، لذلك بدايةً نوصي المشرع المصري بالتدخل لمعالجة هذه القاعدة الهامة لتحقيق غايات استقرار الحقوق والمراكز بالتنظيم على الوجه الذي سنبينه في ختام هذه الدراسة.

2) قاعدة العلو هي متعلقة بالنظام العام:

إن حجية الأمر المقضي تعلو على قواعد النظام العام حتى ولو كانت تلك القواعد المتعلقة بالنظام العام واجب على القاضي إثارتها من تلقاء نفسه، فطالما أن الحكم صدر منه فلا يجوز له المساس به حتى بحجة مخالفته للنظام العام، بمعنى أن حجية الحكم الذي صدر من القاضي أقوى من سلطة القاضي الذي أصدره، لأن المسائل المتعلقة بالنظام العام كان يمكن للخصم أيضاً – بجانب المحكمة–أن يثرها في أي حالة عليها الدعوى، أما وأنها لم تُثر، فيكون سبيل تدارك هذا الخطأ هو الطعن، وليس إهدار حجية الحكم.

والمثير للبحث والدراسة هو أن استقرار الحقوق والمراكز ليس غاية اعتبار الحجية متعلقة بالنظام العام فقط بل هو علوها على النظام العام ذاته[1]. فالحجية تعلو على النظام العام حتى فيما قبل النص على جواز إثارة المحكمة حجية الأمر المقضي من تلقاء نفسها صراحة في المادة 116 من قانون المرافعات المصري الحالي رقم 13 لسنة 1968 ونص المادة 101 من قانون الإثبات، إذ كانت تنص الفقرة الثانية من المادة 405 من التقنين المدني الملغي[2] على أنه لا يجوز للمحكمة أن تأخذ بهذه القرينة (الحجية) من تلقاء نفسها، فاعتبرت الحجية مسألة

---

[1] وللصالح الذي يوجب احترام ما ينطق به القاضي ممثل السلطة القضائية من أحكام ويوجب وضع حداً للمنازعات حتى تستقر الحقوق، ولا يقدح ذلك في جواز تنازل الخصم عن الحق الثابت في الحكم، فالتنازل عن الحكم جائز (م 145 مرافعات مصري)، بينما التنازل عن الحجية غير جائز، فالمسألة الأولى متعلقة بحق خاص، والثانية متعلقة بمرفق لما تقوم به الدولة.

وفي زمن سابق اعتبرت فيه الحجية غير متعلقة بالنظام العام، كما في التقنين المدني المصري الملغي بالمادة 405 منه، كانت قاعدة علو الحجية على النظام العام منطبقة، وذلك من خلال منع رفع دعوى بطلان أصلية ضد الحكم وتقضي المحكمة عندئذ بعدم قبول دعوى البطلان من تلقاء نفسها، والغريب أن الحكم قديماً الذي صدر خلافا لحكم سابق كان قابلاً للطعن بالنقض سواء دفع الخصوم بهذا الدفع أو لم يدفع، والغريب أيضاً أنه كان التناقض بين الأحكام محظوراً احتراماً لحجية الأحكام، كل ذلك في ظل قانون لم يجعل الحجية ذاتها متعلقة بالنظام العام. انظر: فتحي والي (تأليف)، وأحمد ماهر زغلول(تحديث)، نظرية البطلان، ص739–742، بند 392.

[2] كانت المادة 405 تنص على أنه: "1–الأحكام التي حازت قوة الأمر المقضي تكون حجّة بما فصلت فيه من الحقوق، ولا يجوز قبول دليل ينقض هذه القرينة. ولكن لا تكون لتلك الأحكام هذه الحجّية إلا في نزاع قام بين الخصوم أنفسهم، دون أن تتغير صفاتهم، وتعلّق بذات الحق محلاً وسبباً. 2– ولا يجوز للمحكمة أن تأخذ بهذه القرينة من تلقاء نفسها".

غير متعلقة بالنظام العام على إثر ذلك، ولكن وقتئذٍ كان القضاء، رغم ذلك، يسلّم بقاعدة علو الحجية على اعتبارات النظام العام[1].

كما أنه وفقاً لقانون المرافعات الفرنسي، إن حجية الأمر المقضي تعلو على اعتبارات النظام حتى في ظل اعتبار الحجية ذاتها مسألة غير متعلقة بالنظام العام، أي فيما قبل تعديل المادة 125 مرافعات فرنسي بالمرسوم سنة 2004، وبالتالي كان لا يجوز للقاضي أن يثرها من تلقاء نفسه[2]، وهو وضع كان منتقداً آنذاك[3].

---

[1] وانتقد البعض ذلك الوضع القديم الغريب مع إجازة قانون المرافعات وقتئذ وحتى الآن الطعن بالنقض على حكم نهائي صدر خلافا لحكم سابق حائز لقوة الأمر المقضي. انظر: أحمد أبو الوفا، نظرية الأحكام في قانون المرافعات، الطبعة السادسة، منشأة المعارف بالإسكندرية، بند 383، ص721. وأكدت محكمة النقض المصرية – في ظل حكم المادة 405 مدني الملغي– بأنه لا يعاب على المحكمة إذا أثارت من تلقاء نفسها عدم جواز القضاء في مسألة مرتين ولو كان الحكم الأول مخالفاً للقانون. انظر: حكم محكمة النقض – مدني – الطعن رقم 102 – لسنة 33 قضائية – جلسة8–2–1968 – مكتب فني 19 – جـ1 – ص237.

[2] من السوابق القضائية الفرنسية على ذلك منها:

Civ. 3 e , 20 mai 1992, no 90–13.598, Bull. civ. III, no 159 ; Civ. 2 e , 10 avril 1995, no 95–60.550, Bull. civ. II, no 121; Civ. 2 e, 4 December 2003, no 02–10.010, Bull. civ. II, no 365; Civ. 2 e, 4 Janvier 1990, no 88–10.406, Bull. civ. II, no 3 ; Civ. 2 e , 1er juillet 1992, no 90–21.659, Bull. civ. II, no 192; D. 1993.

[3] إن حجية الأمر المقضي في فرنسا قضائياً ولفترة طويلة كانت تعتبر قاعدة متعلقة بالمصلحة الخاصة، وما يترتب عليها ذلك من آثار، بناء على فكرة أن الخصومة ملك للخصوم Principe du dispositif، حتى عدل المرسوم المؤرخ 20 أغسطس 2004 المادة 125 من قانون المرافعات الفرنسي التي ينص فقرتها الأخيرة على أنه يجوزpeut للمحكمة أن تثيره من تلقاء

وكأن قاعدة علو الحجية على النظام العام وضعت من يعتبرون الحجية ذاتها غير متعلقة بالنظام العام في موضع إحراج، حيث يبدو التناقض وقتئذٍ الذي وقع فيه القضاءان الفرنسي والمصري بين الاعتراف بقاعدة علو الحجية على النظام العام،

نفسها في أية حالة عليه الإجراءات "Le juge peut relever d'office la fin de non-recevoir tirée du défaut d'intérêt, du défaut de qualité ou de la chose jugée."، وبناءً عليه، تم نسخ السوابق القضائية التي كانت ترى أن الحجية ليست متعلقة بالنظام العام. انظر الأحكام التالية:

Civ. 13 mai 1931, DH 1931. 379. – Com. 13 déc. 1949, Bull. civ. II, n° 392. – Civ. 2e, 18 juill. 1957, Bull. civ. II, n° 552. – Soc. 4 juill. 1967, Bull. civ. IV, n° 551. – Civ. 2e, 4 oct. 1972, Bull. civ. II, n° 230, D. 1973, somm. 35. – Soc. 3 févr. 1977, Bull. civ. II, n° 86. – Com. 19 juill. 1983, Bull. civ. IV, n° 225, D. 1984. IR 240, obs. P. Julien.

ولكن حتى في ظل الاعتداد بالحجية كمسألة غير متعلقة بالنظام العام، لا يعني ذلك أنه كان يتعين على القاضي ان يعرف كل الأحكام التي صدرت في هذه القضية أو في مسألة متفرعة عنها بالطبع وإنما معناه أن يحترم القاضي على الأقل حجية الأحكام الصادرة قبل الفصل في الموضوع. وفي كل الأحوال سواء كان يجب أم يجوز للمحكمة أن تثير عدم قبول الدعوى من تلقاء نفسها بسبب الحجية فإن القاضي عليه أن يفتح باب المرافعة، ويسمح للأطراف بالتعليق على الدفع بعدم القبول لسبق الفصل في الدعوى بحكم حاز حجية الأمر المقضي. راجع الحكم الآتي:

Civ. 2e, 27 févr. 1985, Bull. civ. II, n° 47.

والغريب، أنه حتى بعد تعديل الفقرة الثانية من المادة 125 مرافعات فرنسي لتجعل الحجية متعلقة بالنظام العام، ذهبت بعض أحكام قضاء النقض الفرنسي وأصرت على أن الحجية غير متعلقة بالنظام العام وبالتالي لا يجوز اثارتها لأول مرة أمام محكمة النقض. انظر على سبيل المثال الحكم الآتي:

Civ. 1re, 17 janv. 2006, n° 05-10.875, Bull. civ. I, n° 11.

رغم أن الحجية ذاتها لم يجز للمحكمة إثارتها من تلقاء نفسها. ولكن قد يخفف من غرابة هذا التناقض إذا عرفنا أن مفهوم الحجية وقتئذ كان غير متميز عن استنفاد الولاية[1] كأثر متعلق بالنظام العام، قبل أن تكون الحجية كذلك[2]، كما أن الفقه والقضاء وقتئذٍ أيضاً كانا يُسلما بقاعدة عدم جواز المساس بالحكم إلا بطريق الطعن المتعلقة بالنظام العام أيضاً ولو أنها أثر للحجية[3].

وهذا التخبط القديم يرجع في اعتقادنا إلى عدم وضوح التمييز بين المفاهيم الإجرائية التي نعيشها الآن ومنها استقلال فكرة الدعوى والخصومة التي ينتهي بها الحكم عن الحق الموضوعي، ولاعتبار الحجية في هذا الوقت القديم دليلاً للإثبات يجوز للخصم النزول عن الحكم، فكانت حجية الأمر المقضي دليلاً للإثبات، حيث إذ كانت كذلك فكان الدفع بها من طبيعة الدفع الموضوعي moyen de fond وليس كما يقرر الفقه والقانون حديثاً بأنه دفع بعدم القبول–une fin de non recevoir[4]. ولكن ماذا عن أهمية قاعدة العلو؟

---

[1] محمود محمد هاشم، مرجع سابق، ص266–267، بند 103. وجدي نظرية العمل ص 217.

[2] أحمد أبو الوفا، نظرية الأحكام، بند374، ص694.

[3] فتحي والي (تأليف)، وأحمد ماهر زغلول(تحديث)، نظرية البطلان، ص738–740، بند392.

[4] Cédric BOUTY, Chose jugée Répertoire de procédure civile .Mars 2018 n°306.

الفرع الثاني

أهمية قاعدة علو الحجية على النظام العام ونتائجها

إن أهمية قاعدة علو الحجية يكمن في أن لقاعدة العلو هدفاً واضحاً أساسياً وهو فض النزاع ووضع حداً نهائياً له، ولكن لهذه القاعدة أيضاً نتائج عملية تواجه بها تداعيات أخلاقية قانونية ناتجة عن سلوكيات الخصوم في القضية مما يساهم في مكافحة البطء في التقاضي، وتفتح باباً للطعن كان مغلقاً، وتبرر تعطيل تطبيق وتنفيذ قوانين وأحكام على حقوق ومراكز مستقرة، وكذلك تؤكد القاعدة على نظريات أو مفاهيم إجرائية، وذلك على النحو التالي:

أولاً: قاعدة العلو في مواجهة محاولات إطالة أمد النزاع والتطهير الإجرائي

تستهدف قاعدة علو الحجية على النظام العام، بجانب عدم تأبيد النزاع وهو الأساس الفني لها، إلى منع سلوكيات الخصوم في إثارة مسائل متأخراً للمماطلة والتسويف، ثم إبطال الحكم، بحيث تبتغي قاعدة العلو تطهير إجراءات الحكم من كل الشوائب وأولاً بأول.

وبتطبيق يوضح المقال، نذكر هنا حكم محكمة النقض مطبقةً قاعدة علو الحجية، عندما قصرت الطاعنة استئنافها على الشق الخاص برفض الحكم المستأنف القضاء بالفوائد القانونية على القيمة التعويضية عن شغل الأرض، فلا يجوز لمحكمة الاستئناف أن تتعرض للفصل في شرائط قبول الدعوى بدعوى تعلقها

بالنظام العام بعد أن سبق وحاز قضاء محكمة أول درجة بشأنها قوة الأمر المقضي، ذلك أن حجية الأحكام تعلو على اعتبارات النظام العام[1]. وفي هذه السابقة القضائية كان لا يمكن الاكتفاء بتطبيق قاعدة نسبية موضوع الطعن، فلهذه الأخيرة أثر مانع من إثارة المسائل أمام محكمة الاستئناف التي لم يشملها الطعن بالاستئناف، ولكن تظهر أهمية قاعدة العلو في تقييد سلطة محكمة الطعن بعدم التعرض حتى للمسألة القانونية المتعلقة بالنظام العام. وبمعنى آخر إذا كان يجوز إثارة الأسباب المتعلقة بالنظام العام ولو لأول مرة أمام محكمة الطعن، غير أن قيد ذلك هو ألا يكون الحكم الطعين قد حاز قوة (حجية) مانعة من إثارة تلك الأسباب أمامها.

ولكن لا ننسى القول هنا بأن قاعدة حجية الأمر المقضي تعلو على النظام العام يعضدها مبدأ نسبية الطعن موضوعياً (من حيث أسباب الطعن)، إذ قد يبدو عدم إثارة أسباب الطعن غير المتعلقة بالنظام العام أمر منطقي حال تطبيق مبدأ النسبية، ولكن تبدو عدم كفاية مبدأ نسبية الطعن لاستبعاد المساس بقوة الحكم الإجرائية لمخالفة قاعدة متعلقة بالنظام العام، فتأتي قاعدة العلو جنباً إلى جنب مبدأ نسبية الطعن، للحفاظ على قوة الحكم حتى لو خالف قاعدة متعلقة بالنظام العام. ويرجع الأساس الفني لأهمية قاعدة العلو في تطهير القضية في "أن الحجية واقعة

---

[1] حكم محكمة النقض – مدني – الطعن رقم 177 – لسنة 74 قضائية – بتاريخ 16 – 1 – 2013، غير منشور (المصدر: www.eastlaws.com).

مصححة للبطلان" كما سنبين[1]، فحجية الأمر المقضي، بمفهومها القضائي (المرادف لقوة الأمر المقضي)، تحول دون المساس بالأحكام خارج طرق الطعن المقررة في قانون المرافعات[2]، بحيث إذا استغلق طريق الطعن، فلا يجوز الادعاء بمخالفة الحكم لقاعدة قانونية ولو كانت متعلقة بالنظام العام[3].

وصحيح أن الدفوع المتعلقة بالنظام العام يجوز إبداؤها في أي حالة عليها الإجراءات ولو لأول مرة أمام محكمة الاستئناف أو النقض، ولكن شريطة ألا يكون من شأن إثارتها الإطاحة بحجية الأمر المقضي التي تعلو على النظام العام[4]. فقاعدة العلو قيد على سلطة محكمة النقض في إثارة الأسباب المتعلقة بالنظام العام

---

[1] انظر في الأساس المتعلق باعتبار الحجية واقعة مصححة للبطلان ما يلي الفرع الأول من المطلب الأول من هذا المبحث.

[2] وجدي راغب، نظرية، ص233.

[3] لذلك لا يجوز المطالبة بالتعويض عن الأضرار التي سببها الحكم المخالف للنظام العام، إذ لا يتصور عقلا الحكم بالتعويض في هذه الحالة إلا إذا ثبت خطأ الحكم المعوض عنه الأمر الذي يؤدي إلى المساس بحجيته بغير طريق الطعن. انظر: محمود محمد هاشم، مرجع سابق، ص80، بند 29.

إن البطلان المتعلق بالنظام العام يقبل التصحيح بحجية الشيء المحكوم فيه، لذا يرى البعض أنه لا يمكن وصف بطلان العمل الإجرائي المتعلق بالنظام لعام بالبطلان المطلق، إذ أن الأخير لا يرد عليه التصحيح. انظر: فتحي والي (تأليف)، وأحمد ماهر زغلول(تحديث)، نظرية البطلان، بند306، ص538.

[4]En revanche, l'invocation d'un moyen d'ordre public ne peut méconnaître l'autorité de la chose jugée (CE, 16 oct. 1992, Dupuis, Rec. CE, p. 371).

من تلقاء نفسها والتي لم ترد في صحيفة الطعن بالنقض، وهكذا بالاستئناف[1]، فلا يجوز للخصم الذي فوّت على نفسه طعناً عادياً أن يلجأ إلى الطعن العادي مرة أخرى أو غير العادي من باب أولى.

ثانياً: قاعدة العلو تفرض التزاماً إجرائياً بتركيز الخصومة حتى بشأن الوسائل المتعلقة بالنظام العام

إن من نتائج قاعدة علو الحجية على النظام العام وأهميتها أنها تُلقى- ضمنياً- على عاتق الخصوم التزاماً بتأسيس داعوهم بكل الوسائل والأسس القانونية حتى تلك المتعلقة بالنظام العام قبل صدور حكم في الدعوى تطبيقاً لمبدأ تركيز الخصومة، ولا يتعارض ذلك مع جواز التمسك بالمسائل المتعلقة بالنظام العام أمام محاكم الطعن، في حدود ما ورد عليه الطعن، إذ أن حجية الحكم لا تمنع من الطعن فيه، ويترتب على ذلك نتيجة هامة وهي أن مُكنة إثارة القواعد المتعلقة بالنظام العام في أي حالة عليها الإجراءات تقيدها قاعدة العلو.

---

[1] حيث قُضي بأن: "الدفع السالف بسقوط الحق في إقامة الدعوى بالتقادم الخمسي طبقاً لحكم المادة 140 من القانون رقم 79 لسنة 1975 لا يكون مطروحاً أمام محكمة الاستئناف، ولا يغير من ذلك أن أحكام هذا القانون من النظام العام لأن قضاء محكمة أول درجة برفضه قد حاز قوة الأمر المقضي التي تعلو على اعتبارات النظام العام ولا تكون محكمة الاستئناف قد أخطأت إن هي لم تعرض لهذا الدفع، ومن ثم فإن النعي بهذا الوجه يكون على غير أساس". حكم محكمة النقض – مدني – الطعن رقم 1075 – لسنة 72 قضائية – بتاريخ 6 – 4 – 2014- غير منشور (المصدر: www.eastlaws.com).

وقضت الهيئة العامة لمحكمة النقض الفرنسية في حكم شهير لها بتاريخ 7 يوليو 2006 في نطاق حجية الأمر المقضي للحكم في المسائل المدنية، ولا سيما بشأن مفهوم سبب الطلب بالمعنى المقصود في المادة 1351 من القانون المدني الفرنسي قبل تعديلها سنة 2016، وحيث كان السؤال المطروح على محكمة النقض هو ما إذا كان بإمكان الخصم، بعد صدور حكم في نزاع ما، أن يحيل المسألة مرة أخرى إلى القاضي لنفس الغرضaux mêmes fins ، خارج نطاق ممارسة طرق الطعن[1].

---

[1] وإذ أشارت محكمة النقض إلى قرار سابق لها أصدرته الهيئة العامة بكامل هيئتها في ٣ يونيو ١٩٩٤ اعترف فيه بهذه المُكنة، عندما جادل الخصم في دعواه الثانية بأساس قانوني fondement juridique مختلف تأييدا لطلبه، فرأت محكمة النقض أن من مسؤولية المدعي أن يقدم في الدعوى الأولى تأييداً لها جميع الوسائل moyens التي يعتبرها على هذا النحو أساساً للطلب، وإلا كان مجرد تغيير الأساس القانوني لا يكفي لوصفه "سبباً جديداً"، ونتيجة لذلك لا يمكن استبعاد حجية الأمر المقضي للحكم الصادر في الطلب الأصلي. انظر بالتفصيل في التعليق على هذا الحكم الموقع الإلكتروني الآتي:
https://www.courdecassation.fr/jurisprudence_2/assemblee_pleniere_22/communique_8705.html
وأكدت على ذلك محكمة النقض الفرنسية مرة أخرى عندما قضت بأن: "الالتزام بتركيز الوسائل moyens يمنع تقديم طلب جديد للغرض نفسه، هو أقل أهميه من التمسك بأساس قانوني مختلف طالما هناك وحدة في موضوع الطلب، والذي يخص السيدة س. المدعي عليها في دعوى الإعادة الجبرية للبيع réitération forcée de la vente هو تقديمها في هذه الدعوى ذاتها جميع الوسائل المرجح رفضها للطلب ودعواها الجديدة في الإنهاء البيع للضرر وبطلانه لسبب غير مشروع والغش في القانون يخالف حجية الأمر المقضي به في القرار السابق الصادر في 4 ديسمبر 2006 الذي أكد فعالية هذا البيع".

حيث صدر هذا القرار من محكمة النقض سنة 2006 الشهير بمناسبة نزاع بين شقيقين، يدعي أحدهما أنه دائن بأجر عمالي مؤجل salaire différé[1] ضد تركة والده، ويدعي أنه عمل لصالح هذا الأخير (الأب) دون أن يدفع له أجراً مقابل العمل المنجز. وهكذا، اختصم صاحب الحق أخاه بدفع المبلغ المقابل للمهام التي قام بها، ومع ذلك، فإن المدعي فشل في سبب طلبه، لأن المحكمة لم تعتبر نشاطه منفذاً في المزرعة. لم يترك المدعي الأمر عند هذا الحد واختصم أخاه على أساس قانوني آخر، ألا وهو الإثراء بلا سبب، إلا أن الحكم الصادر من محكمة

Cass 2ème civ. 12 juillet 2012 n°11-20.587

"l'obligation de concentration des moyens fait obstacle à ce que soit introduite une nouvelle action tendant aux mêmes fins, peu important que soit invoqué un fondement juridique différent dès lors qu'il y a identité d'objet de la demande, qu'il appartenait en l'espèce à Mme X..., défenderesse à l'action en réitération forcée de la vente, de présenter dans cette instance, l'ensemble des moyens qu'elle estimait susceptibles de faire obstacle à la demande et que son action nouvelle en rescision pour lésion et en nullité de la vente pour cause illicite et fraude à la loi se heurte à l'autorité de la chose jugée qui s'attache à l'arrêt du 4 décembre 2006 qui a constaté l'efficacité de la vente".

[1] ويعني ذلك المطالبة بالمرتب المؤجل هي مكافأة لاحقة، بسبب الخلف، الذي بقي في المزرعة مع والديه، وشارك مجانًا في تطوير موارد الأسرة. طالما لم يتم تسويتها، فإن الراتب المؤجل هو حق للخلف في مطالبة السلف. هذا الراتب لا يعتمد على حقوق الخلف في الميراث، ولكن يضاف إليها.

أول درجة قد صدر "حائزاً ومازال لحجية الأمر المقضي" مما يجعل الطلب الثاني غير مقبول قانوناً بسبب حجية الحكم الأول.

وهذا يعني أن الحكم الصادر من محكمة أول درجة لا يمكن أن يكون محلاً لطرق الطعن "العادية"، وأيدت محكمة الاستئناف ذلك، ثم قُدم طعن بعد ذلك ضد قرار محكمة الاستئناف. وذكر المدعي أن حجية الأمر المقضي للحكم الصادر ضده لا يمكن إعمالها إلا عند وحدة السبب، مما يعني أن الطلبات المقدمة يجب أن تستند جميعها إلى نفس الأساس القانوني أو على نفس المبدأ. لذلك أثير التساؤل حول مدى إمكانية التجاء الخصم إلى القاضي، في مناسبتين، لنفس الأغراض عندما يكون القاضي قد اتخذ قراراً تمهيدياً بمناسبة طعن لاستبعاد إمكانية ممارسة طعن عادي[1].

ونعتقد أنه يترتب على حكم محكمة النقض السابق عدم جواز المساس بحجية الحكم حتى ولو بأساس قانوني مختلف، ولو كان متعلقاً بالنظام العام، وهنا تظهر على السطح قاعدة علو الحجية على النظام العام وأهميتها في تكريس الالتزام

---

[1] ويبدو أن المادة 565 من قانون المرافعات الفرنسي كانت الدافع من وراء تبني هذا الحل من محكمة النقض الفرنسية والتي تنص على أنه: "لا تعد الادعاءات (الطلبات) ادعاءات جديدة إذا كانت تهدف إلى ذات الغايات التي تهدفها تلك الادعاءات التي قدمت أمام محكمة أول حتى لو بنيت على أساس قانوني مختلف". أي تحظر الطلب الواحد المقنع بشكل مصطنع

interdisant une «même demande artificiellement déguisée.

I. BEYNEIX, J. ROVINSKI, *Nouvelle controverse sur la notion d'autorité de la chose jugée, JCP*, n°8, 21 Février 2011, 220,386-389

بتركيز الخصومة[1]، وهو الالتزام الذي أكدته محكمة النقض الفرنسية في قرار آخر لها صادر في 25 أكتوبر 2007[2]، وهو الحل ذاته الذي تتبناه العديد من الأنظمة القانونية المقارنة كما في بلجيكا[3].

وتلقى قاعدة العلو إذن على عاتق الخصم الالتزام بتركيز كل أسباب ادعائه في ذات القضية المرفوعة دون أن يقيم قضية أخرى لذات الأسباب، وإلا قوبلت الدعوى الأخرى بعدم القبول لسبق الفصل فيها بحكم حاز الحجية التي تعلو على النظام العام.

وكذلك تفيد القاعدة في استراتيجيات دفاع الخصم، ومثال ذلك أن يصدر حكم من محكمة أول درجة أغفل الفصل في بعض الطلبات، فاستأنف الحكم بسبب الإغفال، فيصدر حكم محكمة الاستئناف مؤيداً حكم أول درجة، فمن سلوكيات الخصم أو محاميه الخاطئة أن يترك القضية بعد الاستئناف، دون أن يطعن بالنقض لذات

---

(1) فمن نتائج قاعدة الحجية تعلو على النظام العام إعمال القياس من باب أولى لو أثار الخصم مسائل تقل في المرتبة عن مرتبة النظام العام، أي حتى لو أثار الخصم وسائل واقعية، أو قانونية غير متعلقة بالنظام العام. فإذا كانت الحجية مانعة من اثارة مسائل ولو تعلقت بالنظام العام والحجية تعلو عليها، فإن الحجية مانعة لما هو أقل مرتبة منها.

(2) « Il incombe au demandeur à l'action de présenter dès la première demande l'ensemble des moyens qu'il estime de nature à fonder celle-ci ». Civ. 2e, 25 oct. 2007, pourvoi n° 06-19.524, FS-P+B(cassation).

(3) S. Bollée et P. Mayer : L'autorité de la chose jugée en droit comparé, Actes du colloque Autorité de chose jugée et arbitrage, Revue de l'arbitrage, n° 1, 2016, p. 27 et s.

السبب، متوجهاً إلى المحكمة لرفع دعوى جديدة عن الطلب الذي أغفل الفصل فيه، التي سيُقضى فيها بعدم قبولها لسبق الفصل فيها بحكم حاز قوة الأمر المقضي، حتى ولو خالف مبدأ التقاضي على درجتين، لأن قوة الأمر المقضي تعلو على النظام العام. بيد أن استراتيجية التقاضي الصحيحة في هذه الحال هي أن يطعن المحكوم عليه في حكم الاستئناف بالنقض ناعياً الحكم بالخطأ في تطيق القانون إذ كان يتعين على محكمة الاستئناف إحالة الطلب المغفل إلى محكمة أول درجة احتراماً لمبدأ التقاضي على درجتين[1].

وعلى مستوى خصومة الطعن، إن قاعدة علو قوة الأمر المقضي على النظام العام تلقي أيضاً على عاتق الخصوم تركيز خصومة الطعن، وإبداء كل أوجه المخالفة للقواعد المتعلقة بالنظام العام في صحيفة الطعن على الحكم الابتدائي، بحيث إذا لم ينعَ الطاعن مخالفة الحكم الطعين للنظام العام مستغلاً أن الاستئناف درجة ثانية

---

[1] وكذلك الأمر إذا صدر الحكم بعدم اختصاص المحكمة بنظر الدعوى والإحالة فإنه أنهى الخصومة أمام المحكمة ولم يطعن الخصوم في هذا الحكم بطرق الطعن المقررة قانوناً فإن قضاءها في هذا الشأن يحوز قوة الأمر المقضي ويمتنع عليهم وعلى المحكمة معاودة النظر فيه لما هو مقرر أن حجية الأحكام تسمو على النظام العام. انظر: حكم محكمة النقض – مدني – الطعن رقم 731 – لسنة 60 قضائية – جلسة25–12–1994 – مكتب فني 45 – جـ 2 – صـ1661.

من درجتي التقاضي، لم يجز له بعد ذلك إثارة هذه المخالفة أمام محكمة النقض، لأن الحكم قد حاز قوة الأمر المقضي التي تعلو على النظام العام[1].

ونعتقد أيضاً أنه يمكن سحب المبدأ القضائي الفرنسي السابق على النظام القانوني المصري خاصةً وأنه يجوز للمستأنف أن يبدي ولو لأول مرة في مرحلة الاستئناف أسساً وأسباباً قانونية مختلفة[2]، وبالتالي لا يجوز إثارة الدعوى مرة أخرى بعد سبق الفصل فيها بحكم ولو استناداً لسبب قانوني مختلف، مما يفرض – ضمنياً– التزاما على عاتق الخصم بتركيز الخصومة أمام محكمة أول درجة[3]، طالما أنه يُسمح

---

[1] فقُضي بأنه: "لما كان الثابت من الأوراق أن الحكم الابتدائي قضى بعدم قبول الدعوى لرفعها على غير ذي صفة قبل المطعون ضده الثاني ولم توجه إليه المطعون ضدها الأولى – على ما يبين من الحكم المطعون فيه – في الاستئناف الذي رفعته أي طعن لقضائه في هذا الخصوص فإن لازم ذلك أن يعد هذا القضاء بالنسبة له قد حاز قوة الأمر المقضي التي تعلو على اعتبارات النظام العام". حكم محكمة النقض – مدني – الطعن رقم 808 – لسنة 80 قضائية – بتاريخ 3 – 12 – 2017، غير منشور. حكم محكمة النقض – مدني – الطعن رقم 1254 – لسنة 68 قضائية – بتاريخ 25 – 11 – 1999، غير منشور (المصدر: www.eastlaws.com).

[2] تطبيقاً لنص المادة 235 مرافعات مصري أنه: "لا تقبل الطلبات الجديدة في الاستئناف وتحكم المحكمة من تلقاء نفسها بعدم قبولها...وكذلك يجوز مع بقاء موضوع الطلب الأصلي على حاله تغيير سببه والإضافة إليه".

[3] ولذلك نوصي المشرع بوضع نص صريح يفرض على الخصم واجب تركيز الخصومة وإبداء كل الوسائل القانونية المختلفة لدعم ادعائه أو رفض طلب خصمه امام محكمة أول درجة.

PROCÉDURES : Autorité de chose jugée : de la jurisprudence vers les codes par Loïc CADIET

La Semaine Juridique Edition Générale n° 2 - n° hors-série, 1er Décembre 2007 PROCÉDURES.

للخصم أن يعدل أو يغير أو يضيف في سبب طلبه أيضاً أمام محكمة الاستئناف استثناءً على قاعدة عدم جواز إبداء طلبات جديدة أمام محكمة الاستئناف.

ثالثاً: فتح باب الطعن المغلق بقوة القانون احتراماً لعلو حجية الحكم على النظام العام

إن قاعدة علو حجية الحكم على النظام العام من نتائجها العملية أنه قد يجبر احترامها فتح باب الطعن على حكم رغم نص القانون صراحة على عدم جواز الطعن فيه.

حيث إذ قضت محكمة النقض بجواز الطعن على الحكم الصادر من الدائرة الاستئنافية كمحكمة الدرجة الثانية الذي لم يلتزم بالحكم بعدم الاختصاص والإحالة إليها من المحكمة الابتدائية المدنية إذا كان الحكم الأخير لم يطعن فيه وأصبح باتاً. وذلك رغم النص صراحة في قانون المحاكم الاقتصادية بعدم جواز الطعن بالنقض على الحكم الصادر من الدائرة الاستئنافية من المحكمة الاقتصادية، وذلك نتيجة لأن البيتوتة التي يحوزها الحكم بعدم الاختصاص والإحالة تعلو على النظام العام[1].

[1] حيث قُضي بأن: "إذ كان الثابت بالأوراق أنه بتاريخ 2009/1/21 قررت محكمة .... القاهرة الابتدائية إحالة الدعوى الراهنة إلى محكمة ... الاقتصادية وذلك للاختصاص النوعي ثم قيدت الدعوى بالمحكمة ، وبتاريخ 2009/10/28 حكمت محكمة ... الاقتصادية بعدم اختصاصها نوعياً وإحالتها إلى محكمة ... القاهرة الابتدائية رغم أن قرار المحكمة لم يطعن عليه فأضحى

وأساس ذلك في اعتقادنا أن اعتبارات النظام العام لقاعدة علو قوة الحكم على النظام العام وهي استقرار الحقوق والمراكز تعلو على اعتبارات النظام العام المبتغاة من عدم جواز الطعن في الحكم المتمثلة في سرعة التقاضي أمام المحاكم الاقتصادية. ولكن ماذا لو كانت المحكمة المحال إليها كانت قد سبق لها أن حكمت بعدم اختصاصها بنظر الدعوى ذاتها والإحالة، فأي الحكمين تعلو حجيته على الآخر؟ سنجيب على هذا التساؤل لاحقاً عند التعرض لمدى اعتبار عدم التناقض استثناءً على قاعدة العلو[1].

نهائياً وباتاً وحائزاً لقوة الأمر المقضي التي تعلو على اعتبارات النظام العام ، ومن ثم فقد كان لزاماً على المحكمة المحال إليها أن تلتزم بالفصل في الدعوى باعتبار أن هذا القرار ينطوي على قضائه بعدم اختصاص المحكمة بنظر الدعوى ولا تتصدى من جديد لمسألة الاختصاص كما يمتنع على الخصوم معاودة الجدل فيه ، وإذ خالف الحكم المطعون فيه الصادر من الدائرة الاستئنافية هذا النظر ولم يتقيد بمسألة الاختصاص ، باعتبار أن الفصل في الاختصاص سابق على الفصل في الشكل وهو من النظام العام ، فإن قضاءه ينطوي على الموافقة ضمناً على عدم اختصاص محكمة القاهرة الاقتصادية ، وكان لا يمكن لمحكمة النقض التي تراقب صحة تطبيق القانون أن تساير الحكم المطعون فيه في خطئه وأن تفعل هذه القاعدة الأصولية سالفة البيان وأن يفلت هذا الحكم من الطعن عليه أمام محكمة النقض بل تقبل الطعن وتتصدى لما قضى به من خطأ ويضحى الطعن بالنقض جائزاً ، وإذ كان الحكم المطعون فيه الصادر من المحكمة الاقتصادية بهيئة استئنافية على هذا النحو قد خالف القانون وأخطأ في تطبيقه وفصل في شكل الاستئناف وموضوعة بما ينطوي قضاؤه على الموافقة ضمنياً على عدم اختصاص محكمة القاهرة الاقتصادية بنظر الدعوى ، فإنه يكون معيباً ". حكم محكمة النقض – مدني – الطعن رقم 6955 لسنة 80 قضائية – الدائرة المدنية والتجارية – بتاريخ 2014-05-21، غير منشور (المصدر: www.eastlaws.com).

[1] انظر في عدم التناقض استثناء على قاعدة العلو ما يلي الفرع الأخير من البحث.

رابعاً: قاعد العلو والأثر الرجعي لتطبيق قواعد متعلقة بالنظام العام أو غير دستورية

إن من نتائج الأثر الفوري لتطبيق أحكام قانون جديد عدم سريانها إلا على ما يقع من تاريخ العمل بها، ما لم تكن أحكامه متعلقة بالنظام العام فتسري بأثر فوري على المراكز والوقائع القانونية ولو كانت ناشئة قبل العمل به ما دامت لم تستقر بصدور حكم نهائي (حائز لقوة الأمر المقضي) فيها[1].

وهنا تظهر نتيجة من نتائج علو قوة الأمر المقضي على النظام العام وهي أن الحكم الحائز لقوة الأمر المقضي النهائي (المطابق لمفهوم القضائي للحجية) يمنع تطبيق أحكام قانون جديد متعلقة بالنظام العام بأثر رجعي على الوقائع التي نشأت قبل العمل بها؛ وعلة ذلك تكمن في أن اعتبارات النظام العام التي تبتغيها الحجية في استقرار الحقوق والمراكز ووضع حداً نهائياً للنزاع تعلو على أي اعتبارات أخرى للنظام العام حتى تلك التي تستدعي التطبيق بأثر رجعي لقواعد قانون جديد متعلقة بالنظام العام[2].

---

[1] انظر: حكم محكمة النقض – مدني – الطعن رقم 1239 – لسنة 55 قضائية – جلسة28–10–1991 – مكتب فني 42 – جـ 2 – صـ1557.

[2] بينما في الدول التي يتبنى قانون المرافعات (الإجراءات المدنية) فيها المفهوم الفقهي للحجية كأثر للحكم الموضوعي الابتدائي ولو كان محلاً للطعن العادي أو غير العادي فالأمر جد مختلف. فتنص المادة 49 من قانون الإثبات الاتحادي الإماراتي مثلاً على أن: "1– الأحكام التي حازت حجية الأمر المقضي تكون حجة فيما فصلت فيه من الخصومة ...".

وإذا صدر حكم من المحكمة الدستورية العليا بشأن وقائع نشأت قبل صدوره بعدم دستورية نص قانوني، فلا يجوز له المساس بتلك الوقائع طالما كانت محلاً لحكم قضائي حائز لقوة الأمر المقضي، وهنا تظهر أهمية ونتيجة من نتائج قاعدة علو قوة الأمر المقضي، إذ إن مفاد نص المادة 49 من القانون رقم48 لسنة1979 بإصدار قانون المحكمة الدستورية العليا أنه يترتب على الحكم بعدم دستورية نص في قانون أو لائحة عدم جواز تطبيقه من اليوم التالي لنشر الحكم، ومن ثم فإنه لا يمس . وعلى ما أفصحت عنه المذكرة الإيضاحية لقانون المحكمة الدستورية العليا . بالحقوق والمراكز التي تكون قد استقرت من قبل بحكم حاز قوة الأمر المقضي[1]، فتعلو قوة الأمر المقضي عندئذٍ على حجية الحكم بعدم دستورية القانون[1].

وبناءً عليه، قضت محكمة النقض بأبوظبي بأن: " مبدأ عدم رجعية القوانين يستوجب عدم المساس بإجراءات التقاضي التي تمت بصدور حكم وانتهت به، ولو كان هذا الحكم قابلا للطعن فيه بأي طريق من طرق الطعن العادية أو غير العادية، أو كان قد طعن فيه بالفعل. راجع: حكم إمارة أبو ظبي – محكمة النقض – الأحكام المدنية والتجارية – الطعن رقم 867 – لسنة 2010 قضائية – بتاريخ 20 – 1 – 2011.

[1] محكمة النقض – مدني – الطعن رقم 1980 – لسنة 54 قضائية – جلسة31-1-1993 – مكتب فني 44 – جـ 1 – صـ383. (1987/1/27 طعن 64 سنة 55 ق – 38- 178). مشار إليه في: شريف الطباخ، الموسوعة الشاملة في الدفوع المدنية، طبعة سنة 2015، ص200.

وإذا كان حكم المحكمة الدستورية ينسحب على الوقائع والعلاقات السابقة على صدوره، غير أنه يستثنى من هذا الأثر الرجعي الحقوق والمراكز التي تكون قد استقرت عند صدوره الحكم بحكم حائز لقوة الأمر المقضي (المفهوم القضائي لحجية الأمر المقضي). انظر: حكم محكمة النقض

خامساً: قاعدة علو الحجية تؤكد التمييز بين نظريتي بطلان الحكم وانعدامه

إن من مفترضات تطبيق قاعدة علو الحجية على النظام العام، كما سنرى لاحقاً[2]، أن تصل مخالفة الحكم إلى وصمه بالبطلان لا الانعدام[3]؛ لأن الحكم المنعدم تهدر حجيته أصلاً فلا حديث وقتئذٍ عن قاعدة علوها على النظام العام.

لذلك تؤيد قاعدة علو الحجية على النظام العام وجود تمييز بين البطلان والانعدام عكس الاتجاه[4] الذي أنكر نظرية الانعدام في الأحكام، لأنه لو سايرنا هذا الرأي لأصبحت الأحكام الباطلة بطلاناً عاماً تعلو على النظام العام، وهي مهدر حجيتها

– مدني – الطعن رقم 206 – لسنة 61 قضائية – جلسة4–7–2000 – مكتب فني 51 – جـ 1 – صـ72.

(1) بالتفصيل حول اعتبار الحكم بعدم الدستورية قيداً على قاعدة العلو ما يلي الفرع الأخير من البحث.

(2) انظر في مفترض قاعدة العلو: ألا يكون الحكم منعدماً ما يلي الفرع الأول من المطلب الأول من المبحث الثاني.

(3) في تعريف الانعدام في مجال العقود، قُضي بأن: "العقد الباطل منعدم وجوداً من الناحية القانونية، وهو انعدام لا تتعدد مراتبه أو تتدرج، بل هو درجه واحدة لا تفاوت فيها. وبه يعود المتعاقدان إلى الحالة التي كانا عليها عند التعاقد، ما لم يكن ذلك مستحيلاً، فيجوز عندئذ الحكم بتعويض عادل". حكم المحكمة الدستورية العليا | الطعن رقم: 22 لسنة: 12 قضائية بتاريخ: 1–1–1994.

(4) انظر: فتحي والي (تأليف)، وأحمد ماهر زغلول(تحديث)، نظرية البطلان، بند304، ص 529 وما بعدها. ويرى البعض من الفقه الإيطالي ولا نؤيده أن الحكم الباطل بطلانا مطلقاً لا يحوز حجية الأمر المقضي ويمكن التمسك ببطلانها بدعوى الطلان الأصلية ولو بعد فوات ميعاد الطعن، وعول الدكتور فتحي والي على هذا الرأي في رفض نظرية الانعدام وعلق بانه فما إذن الداعي إلى التفرقة بين البطلان المطلق والانعدام.

أصلاً، فلا يستقيم منطقياً أن تعلو حجية حكم قاض منتفية ولايته مثلاً على اعتبارات النظام العام[1].

سادساً: قاعدة العلو تكرس استقلال قانون المرافعات عن القانون الموضوعي

صحيح أن قانون المرافعات، باعتباره قانوناً إجرائياً، هو قانون خادم للقانون الموضوعي، ولكن يظل له استقلاليته وذاتيه، ومن مظاهر هذا الاستقلال والذاتية أن حجية الأمر المقضي تحوزها الأحكام حتى المخالفة للقانون الموضوعي والقواعد الموضوعية المتعلقة بالنظام العام[2].

ومن نتائج هذا الاستقلال أنه على الرغم من أن عدم دستورية القانون مسألة متعلقة بالنظام العام بحكم صادر من المحكمة الدستورية العليا، إلا أن حتى اعتبارات النظام العام يجب أن تنصاع في اتصال تلك المحكمة بها إلى القواعد الإجرائية المنصوص عليها في قانون المحكمة الدستورية العليا[3]، مما يعني أن تلك القواعد الإجرائية تعلو على مسألة عدم الدستورية.

---

[1] في الولاية مفترض قاعدة العلو انظر ما يلي الفرع الثاني من المطلب الأول من المبحث الثاني.

[2] Habscheid W.J. (1978) Les Principes Fondamentaux du Droit Judiciaire Privé. In: Storme M., Casman H. (eds) Towards a Justice with a Human Face. Springer, Dordrecht. P. 46-47.

[3] المحكمة الدستورية العليا - الطعن رقم 1 - لسنة 15 قضائية - جلسة7-5-1994 - مكتب فني 6 - جـ 1 - صـ277.

فالقاضي عندما يطبق القانون الموضوعي إنما يطبقه، لأن القانون الإجرائي، الذي يخوله وظيفته هذه واختصاصه، يفرض عليه واجب الحكم في المسألة المعروضة وفقاً له، أي يطبق القانون الموضوعي تنفيذاً لأمر القانون الإجرائي[1]. فالقانون الموضوعي لا يُعالج هنا في ذاته، وإنما من خلال أحكام القانون الإجرائي وحدود الإجراءات شخصياً وموضوعياً لترتيب آثارها[2]، ومنها حجية الأمر المقضي التي تعلو على القواعد الأمرة المتعلقة بالنظام العام.

---

[1] وجدي راغب، نظرية العمل القضائي، ص150.

[2] وهو ما يؤكد الاستقلال الفني للقانون الإجرائي عن القانون الموضوعي، وإن كان الأخير مخدوم من الأول. راجع في ذلك المعنى: وجدي راغب، مرجع سابق، ص157.

المطلب الثاني

أسس قاعدة علو حجية الأحكام على النظام العام وتدرج فكرة النظام العام

إن قاعدة علو حجية الأمر المقضي على النظام العام تفترض أن نكون أمام حكم حائز لحجية الأمر المقضي مُدعى ببطلانه لمخالفته النظام العام، بمعنى وجود تعارض بين حجية الحكم والنظام العام المتمثل في القاعدة التي خالفها الحكم وأدت لبطلانه، فتُغلّب الحجية على النظام العام، وهذا يتطلب منا أولاً أن نعرض للأسس الفينة والقانونية لحيازة الحكم الباطل حجية الأمر المقضي (فرع أول)، ثم نعرض ثانياً لأساس علو حجية الأمر المقضي على النظام العام مع الوضع في الاعتبار أن الحجية ذاتها قاعدة متعلقة بالنظام العام أيضاً، فهل يعني ذلك وجود تدرج في فكرة النظام العام؟ (فرع ثان).

الفرع الأول

الأسس الفنية والقانونية لحيازة الحكم الباطل حجية الأمر المقضي

إن حيازة الحكم لحجية الأمر المقضي رغم بطلانه سواء كان بطلاناً عاماً أو خاصاً له أسس فنية وقانونية عديدة في اعتقادنا، بجانب الأساس التاريخي[1]،

---

[1] أما عن الأساس التاريخي لفكرة علو حجية الحكم على النظام العام، فكانت الفكرة موجودة في المجتمعات القديمة سواء من حيث الاعتقاد الديني أو الاجتماعي. حيث أعتقد الأفراد بفكرة أن الأحكام إلهية، ولا يجوز مراجعة الآلهة في أحكامها، وإلا عد ذلك خطأ وليس من قبيل الإيمان. انظر: محمد سليم محمد سعد، حجية الأمر المقضي في القانون الروماني والفقه المقارن دراسة مقارنة، رسالة ماجستير، كلية الحقوق– جامعة حلوان، سنة 2011، ص6. مصطفى سيد احمد صقر، حجية الأمر المقضي، دراسة تأصيلية تحليلية في القانون الروماني، بدون دار نشر، 1995، ص32.

وفي الفقه الإسلامي، عُرف مبدأ الحجية تأسيساً على أنه مادام القاضي أعمل عقله وتفكيره في مزاعم الخصمين، وراجع أدلة الخصم ومستنداته، فالخطأ في العملية الاجتهادية، وتعقل النصوص التشريعية المنطقية مع واقعة النزاع أو الخطأ في العملية التقديرية في استنباط الواقعات في الدعوى، لا يجرد الحكم القضائي من حجيته، وهو ما انطبق في الشريعة الإسلامية، ما دام لم يخالف الحكم نصوص الشريعة القطعية وهو الكتاب أو السنة. وجاء في الأشباه والنظائر (ص 126 – ص 127): " لا يصح رجوع القاضي عن قضائه، فلو قال رجعت عن قضائي، أو وقعت في تلبيس الشهود، أو أبطلت حكمي، لم يصح، والقضاء ماض، كما في الخانية، وقيده في الخلاصة بما إذا كان مع شرائط الصحة، وفى الكنز بما إذا كان بعد دعوى صحيحة وشهادة مستقيمة ". وأنظر في أن قضاء القاضي لا ينقض برجوع الشاهد عن شهادته بعد القضاء، حتى قبل الإمضاء (أي تنفيذ الحكم)، إلا في القصاص والحدود لأنها تدرأ بالشبهات، إلى الأستاذ أحمد إبراهيم في طرق القضاء في الشريعة الإسلامية ص 404 – ص 407. ويذكر الأستاذ موران (Morand) في كتابه (دراسات في الفقه الإسلامي الجزائري ص 337 – ص 357) أن الفقه الإسلامي يقر مبدأ حجية الأمر المقضي، وأن القول بغير ذلك سببه كثرة الاستثناءات التي ترد

على هذا المبدأ، وأن المبدأ ذاته ليس من النظام العام كما هو الأمر في الفقه الحديث. ويقول الأستاذ موران بحق أن الاستثناءات الكثيرة التي ترد على المبدأ ليست في الواقع إلا وجوهاً للطعن في الحكم تقابل وجوه الطعن المعترف بها في القوانين الحديثة (أنظر أيضاً في هذه المسالة رسالة مارنير (Marneur) في نظرية الإثبات في الفقه الإسلامي ص 311 – ص 342)، كل ما سبق مشار إليه في: عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج2، نظرية الالتزام (الاثبات – آثار الالتزام)، تنقيح م أحمد مدحت المراغي، منشأة المعارف بالإسكندرية، بدون سنة، ص593، هامش (3). وانظر: محمد سليم محمد سعد، حجية الأمر المقضي في القانون الروماني والفقه المقارن دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، ص22. ويرى البعض أن علو حجية الحكم مبني على فطرة الظاهر لا يمكن نقضه لأن بصدوره فهو محق وعادل من حيث الظاهر. انظر: ابن أبي الدم، أدب القضاة–ط1 1978 ص111 مشار إليه في: إبراهيم أمين النفياوي، القوة التنفيذية للأحكام، طبعة ثانية، ص 104، هامش (12). وانظر ما يلي في القيود التي ترد على قاعدة علو الحجية على النظام العام، المطلب الثاني من المبحث الثالث.

وقد وجدت صدى لفكرة علو الحجية على النظام العام في العديد من القوانين القديمة سواء في الشرق أو الغرب، فمن جهة الشرق نجد الشريعة البابلية عرفت هذه الفكرة في وقت مبكر من الألفية الثالثة قبل الميلاد وتنفيذها بشكل عملي في نهاية الحكم، حيث يتفق الأطراف على بنود أكدها قسم serment بعدم المساس بحجية الحكم، وعدم إثارة دعوى جديدة لذات الوقائع، تحت زجر بعقوبة نقدية أو جسدية (حلق الشعر على الجبين مثل الرقيق). وقد وجدت هذه الفكرة صداها أيضاً في قانون حمورابي، حيث تحديد مبدأ حجية الأمر المقضي وجزاءاته، وذلك وفقاً للفقرة 5 من قانون حمورابي التي تنص على أنه: "إذا أعطى القاضي حكمًا وأصدر قرارًا وثبت على رقيم مختوم ثم غير حكمه بعدئذٍ فعليهم ان يثبتوا ان ذلك القاضي قد غير الحكم الذي أعطاه وعليه ان يدفع اثني عشر مثل الشكوى التي رفعت في تلك الدعوى وزيادة على ذلك عليهم ان يطردوه امام الجميع من فوق كرسيه للقضاء وعليه ان لا يجلس ثانية ابدا مع القضاة في دعوى". (انظر: ترجمة شريعة حمورابي على الموقع الإلكتروني الآتي:–http://uruk warka.dk/news/09–2014%20Specail/Hamourabi.pdf).

وتجدر الإشارة هنا إلى أنه كان يتعين على القاضي المثار أمامه دعوى جديدة في قضية سبق الفصل فيها، أن يصدر حكما مطابقاً للأول، وفي حالة عدم القيام بذلك، يتم تغريمه وعزله من منصبه.

أما من جهة الغرب فقد وجدت فكرة علو الحجية صدى في القانون الروماني، باعتبار أن الحجية مستهلك للدعوى La litis contestatio تمنع من معاودة رفع الدعوى من جديد، إلا من خلال طرق الطعن restitutio in integrum.

JOURDAN, La consommation du droit d'agir en justice dans la procédure romaine. Principe et sanction, thèse, Grenoble, 1900, Imprimerie Paul Legendre et Cie, Lyon. Cédric BOUTY, Chose jugée Répertoire de procédure civile. Mars 2018 n°2.

وقد أشترط القانون الروماني لحيازة الحكم حجية الأمر المقضي أن يكون صدر موافقا للقانون من حيث الشكل والموضوع، والمقصود بالموافقة للقانون ألا يتجاهل الحكم القانون كليا أو جزئيا أو الجهل المطلق بأحكامه، كأن يرفض القاضي تطبيق أحكام الولاية على قاصر بحجة أن القانون لا يعتد بالسن كسبب لقبول الولاية، ولا يكفي مجرد التطبيق الخاطئ للقانون. فالحكم غير الموافق للقانون هو حكم باطل هو والعدم سواء، ولا يوجد ثمة ما يدعو إلى الطعن فيه بالاستئناف. وقد تبدو أن التفرقة بين الأحكام المطابقة للقانون وغير المطابقة متوائمة مع المنطق القانوني، ولكنها تصطدم مع غاية الحجية في استقرار الحقوق والمراكز، ومن أجل ذلك رفضت التشريعات الحديثة هذه النظرية وتبنت اتجاها آخراً يقوم على أساس أن الحجية يحوزها الحكم ولو صدر من محكمة غير مختصة أو مخالفاً للقانون. (انظر: مصطفى سيد صقر، مرجع سابق، ص 59-61).

وتجدر الإشارة هنا إلى ظهور تصور مخالف في القانون الروماني مازال باقياً حتى الآن عن حجية الأمر المقضي، والغريب، أنه ينبع من سوء تفسير على ما يبدو، بسبب فقهاء العصور الوسطى glossateurs، من جملة أولبين Ulpien (مستشار حقوقي من روما القديمة) اتخذت من سياقه، وهي أن الحجية مفترض للحقيقة res judicata pro veritate accipitur (or habetur).

ونُص على هذه القاعدة من قبل الفقيهين Domat et Pothier في القانون المدني الفرنسي في المادة 1350، عندما كان هذا المفهوم هو مفهوم الأقلية في ذلك الوقت. وتصف هذه المادة حجية الأمر المقضي كقرينة قانونية، بينما تشير المادة 1351 إلى الشروط التي يمكن بموجبها الدفع بحجية الأمر المقضي. ولا حجية للأمر المقضي فيه إلا فيما يتعلق بموضوع الحكم، ويجب أن يكون الشيء المطلوب هو ذاته، والطلب مؤسس على السبب ذاته، وأن يكون الطلب بين الأطراف ذاتهم، ومقدمة من قبلهم وضد بعضهم بالصفة ذاتها. وهذه النصوص لم يتم تعديلها منذ عام 1804 وحتى سنة 2016 ثم ارتفعت أصوات انتقاد المفهوم الكلاسيكي لحجية الأمر المقضي واقتراح أصوات جديدة لبديل، حيث جاء الأمر رقم 131-2016 no بتاريخ 10 فبراير 2016 ليعيد تنظيم أحكام العقود، والنظام العام لإثبات الالتزام لاغِ إدراج الحجية من ضمن القرائن. والمادة 1355 الجديدة من القانون المدني الفرنسي تحدد عناصر حجية الأمر المقضي مرددةً التعريف القديم تحت عنوان " إثبات الالتزامات" «De la preuve des obligations» والمادة 1354 الجديدة من التقنين التي تعرف القرينة لا تشر صراحة لحجية الأمر المقضي. الرابط بين قرينة الحقيقة كانت منتقدا مع الأخذ في الاعتبار السوابق القضائية التي تضفي حجية الأمر المقضي حتى على القرارات الخاطئة.

ROLAND et BOYER, Adages du droit français, 4e éd., 1999, Litec, no 396. Cédric BOUTY, Chose jugée Répertoire de procédure civile. Mars 2018 no.3.

وسرعان ما تطور مفهوم الحجية ليصبح الحكم عنواناً للحقيقة، فلا يجوز أن يخالف حكماً سابق، ثم حلت قرينة الحقيقة محل مبدأ استنفاد الحق في الدعوى، فالحجية لا يتطلب تطبيقها أن تكون هناك وحدة بين الدعويين وإنما يكفي معرفة مضمون الحكم الصادر في الدعوى الأولى للتحقق من عدم وجود تعارض بينه وبين الدعوى الثانية، وإذا صدر الحكم بناء على غش أو تدليس يجوز للطرف المضرور أن يرفع دعوى على القاضي للمطالبة بالتعويض. (انظر: مصطفى سيد أحمد صقر، مرجع سابق، ص47، ص54).

أما من جهة النظام الإنجليزي، انتهج منهجاً مغايراً حيث عرف تنظيماً إجرائياً للدعاوى التي يجب من خلالها اتباع أوضاع وشكليات معينة يترتب على الاخلال بها سقوط الدعوى وبات لكل دعوى صيغتها الخاصة التي تقررت بحكم العادة في المرات التي أقيمت فيها وهي قواعد نظامية

تتمثل في استقرار الحقوق والمراكز وعدم تأبيد النزاع، وكذلك إلى دور الحجية في تغطية الأخطاء أو العيوب القانونية في الحكم والتي تحول دون المساس به بغير طرق الطعن، كما سنعرض لمدى اعتبار الحجية قرينة على الحقيقية كأساس لقاعدة علوها على النظام العام، على التفصيل التالي:

– تشبه قواعد النظام العام اللاتيني– تفوق غيرها من القواعد النظامية الموضوعية بحسبانها السبيل الوحيد لاستحقاق الحقوق وأي خلل بها قد يفضي إلى ضياع الحق الموضوعي برمته. (انظر: عماد طارق البشري، فكرة النظام العام في النظرية والتطبيق دراسة مقارنة بين القوانين الوضعية والفقه الاسلامي، المكتب الإسلامي، ص56).

أولاً: استقرار الحقوق والمراكز وعدم تأبيد النزاع

الأصل طبقاً للقانون الطبيعي هو احترام الحقوق المكتسبة، وهذا ما تقضي به العدالة ويستلزمه الصالح العام، إذ ليس من العدل في شيء أن تهدر الحقوق، كما لا يتفق والصالح العام أن يفقد الناس الثقة والاطمئنان على استقرار حقوقهم[1]، لذلك جاء الدستور مؤكداً هذا الأصل الطبيعي (مواد الدستور المصري الحال: 94، 100، 184)[2].

---

[1] وفي القضاء الإداري، فإن الأساس الفني لتحصن القرارات الإدارية أياً كان العيب الذي أصابها طالما لم يؤد إلى انعدامها هو أيضاً استقرار الحقوق والمراكز. حكم المحكمة الإدارية العليا – الطعن رقم 913 – لسنة 60 قضائية – جلسة4–2–2015 – مكتب فني 60 – جـ 1 – صـ340. وانظر: حكم المحكمة الإدارية العليا – الطعن رقم 1587 – لسنة 33 قضائية – جلسة29–4–1995 – مكتب فني 40 – جـ 2 – صـ1657. و "لا يخرج عن ذلك الأصل العام إلا أن يكون القرار الإداري معدومًا، أو صدر نتيجة غش أو تدليس من جانب صاحب الشأن أو بمشاركته، ففي هاتين الحالتين لا يتقيد سحب القرار الإداري بالميعاد المذكور– الغش يُفسِدُ كلَّ شيءٍ". حكم المحكمة الإدارية العليا – الطعن رقم 11704 – لسنة 59 قضائية – جلسة18–5–2014 – مكتب فني 59 – جـ 2 – صـ807. كذلك انظر: حكم المحكمة الإدارية العليا – الطعن رقم 1756 – لسنة 43 قضائية – جلسة19–12–1999 – مكتب فني 45 – جـ0 – ص293.

[2] وقُضي بأنه: "وإذ تصدر أحكام القضاء باسم الشعب – فإن احترامها ووجوب تنفيذها يضحى واجبا يسمو على النظام العام ذاته بحسبان أن تحقيق العدل بصفة عامة والإداري بصفة خاصة يغدو من أهم مظاهر احترام المشروعية وسيادة القانون ... لما يمثله ذلك كله من احترام للدستور وإعلاءٍ لفكرة الاحتكام إلى القانون والقضاء سبيلا للفصل في ألأنزغه ومنعا لتطاول محظور على القضاء وأحكامه". حكم محكمة القضاء الإداري – الطعن رقم 24625 – لسنة 62 قضائية – بتاريخ 1 – 4 – 2008.

إن فكرة استقرار الحقوق و المراكز القانونية تستوجب عدم مباشرة القاضي لوظيفته إلا مرة واحدة بالنسبة للمسألة التي فصل فيها، فيمتنع عليه إعادة نظر ما سبق من مسائل، إذ لم يعد يملك السلطة التي تخوله نظر المسألة مرة أخرى، ولو تبين له خطأ ما قضى به أو كان باطلاً أو غير عادل؛ فإذا كان لنا أن نفاضل بين اليقين القانوني الذي يحققه الحكم، وبين الأضرار التي تنتج عما يقع فيه القاضي من أخطاء، فإنه لا شك في غلبة الأولى أي تغليب الاستقرار القانوني الذي يحققه الحكم، فلا يستطيع القاضي أن يعود إلى ما سبق وأن قضى به، خاصة في ظل وجود مكنة الطعن، ويعتبر البعض، وبحق، أن هذه قاعدة أصولية من قواعد القانون تنطبق بالرغم من عدم النص عليها[1].

وأكدت على ما سبق من أساس فني المذكرة الايضاحية لقانون الاثبات المصري رقم 25 لسنة 1968 حيث ذكرت أن الحجية أجدر بالاحترام وأكثر اتصالاً بالنظام العام من أي أمر آخر لما يترتب على إهدارها من تأبيد المنازعات وعدم استقرار الحقوق لأصحابها[2]. فكقاعدة، بمجرد استنفاد طرق الطعن أو استغلاقها، يتم فض

---

[1] محمود محمد هاشم، استنفاد ولاية القاضي المدني في قانون القضاء المدني، طبعة 80/79، ص11، بند 4، ص29- ص33، بنود8-11.

[2] لم يصف القضاء المصري أي أمر بأنه أجدر بالاحترام وأكثر اتصالاً بالنظام العام من أي أمر آخر كحجية الأمر المقضي لما يترتب على إهدارها من تأبيد المنازعات وعدم استقرار الحقوق لأصحابها. انظر الأحكام التالية: محكمة النقض – مدني – الطعن رقم 1006 – لسنة 60 قضائية – جلسة7-4-1996 – مكتب فني 47 – جـ1 – ص633. محكمة النقض – مدني – الطعن رقم 284 – لسنة 72 قضائية – جلسة22-4-2003 – مكتب فني 54 –

النزاع وتسويته مرة واحدة وإلى الأبد، مما يضمن الاستقرار والأمن والسلام بين الناس[1].

ويربط الفقه في فرنسا بين حجية الأمر المقضي وفكرة الأمن القانوني la sécurité juridique التي تقتضي احترام الأحكام وعدم المساس بها وأن تكتسب الحجية حتى ولو خالفت القانون ولو كانت قواعده متعلقة بالنظام العام[2].

ص702. محكمة النقض – مدني – الطعن رقم 4229 – لسنة 70 قضائية – جلسة20–6–2001 – مكتب فني 52 – جـ2 – ص965. محكمة النقض – مدني – الطعن رقم 499 – لسنة 74 قضائية – جلسة25–5–2009 – مكتب فني 60 – ص646. محكمة النقض – مدني – الطعن رقم 498 – لسنة 60 قضائية – جلسة9–2–1995 – مكتب فني 46 – جـ1 – ص375. محكمة النقض – مدني – الطعن رقم 607 – لسنة 40 قضائية – جلسة21–4–1980 – مكتب فني 31 – جـ1 – ص1154.

(1) "Le litige, dès lors que les voies de recours sont épuisées, est vidé, tranché une fois pour toutes, ce qui garantit stabilité, sécurité et paix entre les hommes ". J. Carbonnier, Droit Civil, introduction, Thémis, PUF, n° 192.

(2) فوفقاً للفقيه الفرنسي G. CORNU إن فكرة الأمان القانوني تشير إلى " أي ضمان، أي نظام قانوني للحماية يهدف إلى ضمان، دون مفاجأة، الأداء السليم للالتزام، لاستبعاد أو على الأقل الحد من الشك في إعمال القانون". وفي ظاهر الأمر، يشير اليقين القانوني إلى فكرة الوصول إلى الحق، والتنبؤ به واستقراره نسبياً، ويجب أن يكون المستفيدون من القواعد القانونية قادرين على أن يحددوا، دون بذل جهد كبير، ما هو جائز وما يمكن الدفاع عنه. وفي هذا الصدد، يعرّف THOMAS PIAZZONاليقين القانوني بأنه: "المثل الأعلى لموثوقية حق يسهل الوصول إليه ومفهوم، مما يسمح للأشخاص القانونيين بأن يتوقعوا بصورة معقولة العواقب

وحتى في ظل النظام الانجلوسكسوني، فإن الحكم يحوز الحجية، ولو كان مخالفاً للقانون، لوضع حد نهائي للنزاع؛ لأن الخصوم أتيحت لهم الفرصة الكاملة والعادلة لعرض موقفهم في المسألة محل النزاع، فلا يُسمح لهم عرض ذات المسألة مرة أخرى أمام المحكمة لفضها، لأن يوم كامل وعادل في المحكمة كافٍ لوضع حد نهائي للنزاع حتى ولو كان الحكم السابق صدوره خاطئاً[1].

القانونية لأفعالهم أو سلوكهم، والتي تحترم التوقعات المشروعة التي بنيت بالفعل من قبل الأشخاص من القانون الذي يعزز تنفيذه".

G. CORNU, Vocabulaire juridique, Association Henri Capitant, PUF, 1990, p.750. TH. PIAZZON, La sécurité juridique, LGDJ, 2009, spécial, n°48.

ومن الآليات التي تستهدف الأمن القانوني للأفراد في علاقاتهم الإنسانية والاقتصادية والاجتماعية متنوعة للغاية، كالتقادم، والشكليات، وقوة الأمر المقضي والبيتوتة (عدم القابلية للإلغاء) وعدم رجعية القانون، فالمساس بالحقوق والمراكز القانونية المكتسبة محظور إلا إذا وُجد نص خاص في القانون (فتقرير الرجعية رخصة التشريعية من اختصاص السلطة التشريعية وحدها لما يتوافر فيها من ضمانات. راجع: حكم المحكمة الإدارية العليا – الطعن رقم 1050 – لسنة 7 قضائية – بتاريخ 21 – 11 – 1965، غير منشور (المصدر: www.eastlaws.com). والتزام القاضي بتطبيق القانون الساري وقت تقديم صحيفة الدعوى ومبدأ المواجهة والأمانة الإجرائية وعلانية العدالة والحق في الطعن وتسبيب الأحكام والحق في قضية عادلة أمام قاض محايد.

BERGEL, J. (2008). LA SÉCURITÉ JURIDIQUE. Revue du notariat, 110, (2), 271–285.

https://doi.org/10.7202/1045538ar

[1] "The parties have had a full and fair opportunity to present their positions on the issues in dispute . . . [and] given the costliness of

كما أن استقرار الحقوق والمراكز القانونية هو ذات الأساس المحدد لنطاق قاعدة علو الحجية على النظام العام، إذ لا تنطبق هذه القاعدة على الأحكام المنعدمة[1]، فمن غير المقبول أن تستقر المراكز القانونية التي أكدها حكم مشوب بعيب يبلغ من الجسامة حداً يجعل ما ورد به من تقريرات قضائية غير جديرة بالاحترام الواجب، إذ يكون الحكم هنا غير صالح لأداء وظيفته[2].

---

relitigation, the same parties should not be allowed to present the same matter for resolution to a court again. One full and fair day in court is enough. There must be an end to litigation, even if the first judgment was actually erroneous".

ROBERT C. CASAD & KEVIN M. CLERMONT, RES JUDICATA: A HANDBOOK ON ITS THEORY, DOCTRINE, AND PRACTICE (2001). at 30.

"Question or right distinctly adjudged in the original action cannot be disputed in a subsequent action, even though the determination was reached upon an erroneous view or by an erroneous application of the law". UNITED STATES v. MOSER 266 .U.S. 236 (45 S.Ct. 66, 69 L.Ed. 262).

https://www.law.cornell.edu/supremecourt/text/266/236

[1] انظر في مفترض قاعدة العلو: ألا يكون الحكم منعدماً ما يلي الفرع الأول من المطلب الأول من المبحث الثاني.

[2] فتحي والي (تأليف)، وأحمد ماهر زغلول(تحديث)، نظرية البطلان، ص804 وما بعدها، بند 427. وانظر ذات المؤلف، المبسوط، ج1، ص884، بند 384. محمود محمد هاشم، مرجع سابق، ص108، بند35.

وأخيراً نود القول بأنه إذا كانت الحجية ذاتها تتعلق بالنظام العام لتغليب المصلحة العامة، المتمثلة في استقرار الأوضاع والحقوق والمراكز، على المصلحة الخاصة، فإن علو الحجية على النظام العام فيه أيضاً تغليب لمصلحة عامة على مصلحة عامة أولى بالاعتبار والرعاية.

ولا يُحاج ذلك، عند علو الحجية على النظام العام المتجسد في قاعدة موضوعية، بأن القاعدة الإجرائية (الحجية) إذا تعارضت مع قاعدة موضوعية فالغلبة دائماً للأخيرة على اعتبار أن القاعدة الإجرائية ما وُجدت إلا لخدمة القاعدة الموضوعية، لأن المسألة هنا ليست تغليباً لقاعدة على أخرى، ولكن تغليباً لمصلحة أولى بالاعتبار والرعاية على الأخرى، وهي استقرار الحقوق والمراكز التي تأكدت باليقين القانوني، فأينما تحققت هذه المصلحة، فلا حديث عن تغليب أي القاعدتين.

ثانياً: الحجية تغطي الخطأ في تطبيق القانون (واقعة مصححة للبطلان)

إن الحجية التي تثبت للحكم ليست حجية دائمة. فإذا كانت المصلحة العامة تقتضي ثبات الحقوق والمراكز، فلا نغفل أن القاضي بشر، وللتوفيق بين هذين الاعتبارين رسم المشرع طرقاً للطعن في الأحكام، بقيود معينة، ولا يمنع الطعن في الحكم من حيازة الحجية، ولكنها حجية قلقة أو موقوتة عند الطعن في الحكم[1].

[1] فتحي والي (تأليف)، وأحمد ماهر زغلول(تحديث)، نظرية البطلان، ص733-734، بند 391.

وعُبّر عن وظيفة الحجية في تصحيح بطلان الحكم وتطهيره من عيوبه [1] la purge des vices بعدة تعبيرات قانونية مختلفة ومنها أن الحجية مستقلة عن بطلان الأحكام التي تحوزها[2]، وأن الحجية ليست عنصراً من عناصر سلامة الحكم أو عدالته[3]، وصحة الأحكام لا تؤثر على حجيتها كأصل عام[4]، وصحة

---

[1] وقضت محكمة النقض الفرنسية بأن الحكم يحوز حجية في كل أجزاء منطوقه بغض النظر عن الموضوع. انظر:

civ. 1ère, 14 juin 1966, *Bull. civ.* I, n° 363.

وقضت بأن مبدأ الحجية هو مبدأ عام ومطلق تحوزه حتى الأحكام الباطلة:

حيث قضي بأنه عندما تقضي المحكمة بإلزام الزوج بنفقة مادية لمصلحة زوجته، لا يجوز، بدون مخالفة حجية الأمر المقضي للحكم، رفض طلب مراجعة الحكم بسبب أن الإيجار الشهري المتفق عليه يدخل أيضا من ضمن البدل التعويضي. انظر حكم محكمة النقض الفرنسية:

civ. 2ème, 7 janv. 1981, *RTD civ.* 1981, p. 436, obs. J. NORMAND ; civ. 1ère, 22 juill. 1986, *Bull. civ.* I, n° 225.

وقَضي أيضاً بأن حجية الأمر المقضي تحوزها الاحكام التي لم يُطعن فيها بأي طريق من طرق الطعن، أياً كانت العيوب التي شابها.

com., 14 nov. 1989, *Bull. civ.* IV, n° 289, *JCP* 1990, IV, p. 14.

[2] Juliana KARILA DE VAN ; Nicolas GERBAY.Répertoire de droit civil Février 2017, n°2.

[3] أحمد حشيش، مبدأ عدم جواز تناقض الأحكام، دار النهضة العربية، سنة 1997، ص28، بند 20.

[4] Cass. 1re civ., 22 juill. 1986 : Bull. civ. I, n° 225. – Cass. 3e civ., 7 déc. 1988: JCP G 1989, IV, p. 48. – Cass. com., 19 oct. 1993: Bull. civ. IV, n° 341; JCP G 1993, IV, 2657.

الحكم ليس شرطاً لحيازته حجية الأمر المقضي، والحكم يحوز الحجية حتى يُلغى من محكمة الطعن[1].

والحجية تغطي عوار الأحكام وأوجه البطلان التي تشوبها وتعد واقعة مصححة للبطلان، وبغض النظر عن نوع البطلان الذي أصاب الحكم أو طبيعة القاعدة التي خالفها الحكم سواء كان البطلان بطلاناً عاماً لمخالفة قواعد متعلقة بالنظام العام أو بطلاناً خاصاً لمخالفة قواعد متعلقة بالمصلحة الخاصة[2].

وهذا الأساس يقره القضاء الفرنسي، حيث تغطي حجية الأمر المقضي أي بطلان في الإجراءات أثّر في الحكم[3] أو بطلان في الحكم ذاته طالما لم يُلغَ بالطعن

---

(1) Soc., 19 mars 1998, Bull., V, n° 158. 3e Civ., 4 mars 1998, pourvoi n° 96-11.399.

(2) أحمد ماهر زغلول، الحجية الموقوفة، ص109، بند 73 وانظر الهامش (1) من ذات الصفحة السابقة. وانظر فتحي والي (تأليف)، وأحمد ماهر زغلول(تحديث)، نظرية البطلان، ص804 وما بعدها، بند 427. وانظر ذات المؤلف، المبسوط، ج1، ص884، بند 384. كذلك انظر: حكم محكمة النقض – مدني – الطعن رقم 1045 – لسنة 64 قضائية – جلسة29-3-2001 غير منشور (المصدر: www.eastlaws.com)، وحكم محكمة النقض – مدني – الطعن رقم 1045 – لسنة 64 قضائية – جلسة29-3-2001 – مكتب فني 52 – جـ1 – ص466. إلا إذا كانت أوجه العوار هي التي تغطي الحجية وتغلبها وتسحبها إلى درك الانعدام، انظر في مفترض قاعدة العلو: ألا يكون الحكم منعدماً ما يلي الفرع الأول من المطلب الأول من المبحث الثاني.

(3) حيث قضت محكمة النقض الفرنسية بأنه: "لا يعد البطلان في الإجراءات المؤثر في الحكم القضائي مانعاً من حيازته حجية الأمر المقضي، إذا لم يتم إلغاؤه بطرق الطعن؛ ولما كان الحكم الصادر في 25 أكتوبر 2001 الذي وضع المدين في تصفية قضائية redressement

فيه[1]، فتغطي الحجية حكم الاستئناف حتى ولو رفع استئناف باسم خصم متوفى[2]، أو خالف الحكم قواعد الولاية النسبية المتعلقة بالنظام العام[3]، أو قواعد

---

judiciaire أصبح غير قابل للإلغاء (باتاً) irrévocable، فيكون رفض محكمه الاستئناف الدفع بالبطلان سديد قانوناً".

Cour de cassation Chambre commerciale Rejet20 octobre 2009 N° 08-18.321.

[1] تنص المادة 460 من قانون المرافعات الفرنسي على أنه: "لا يجوز طلب إبطال حكم إلا بطرق الطعن المقررة في القانون".

" La nullité d'un jugement ne peut être demandée que par les voies de recours prévues par la loi".

[2] Amiens, 28 juill. 1947, S. 1948. 2. 21, note Solus, RTD civ. 1948. 366 ; et, sur pourvoi, Com. 19 juill. 1950, JCP 1951. II. 5952, note H. Motulsky. – Com. 26 juill. 1948, JCP 1948. II. 4473, note P. Lescot, RTD civ. 1949. 126; V. Com. 14 nov. 1989, D. 1989. IR 305.

بشأن مدة منع إدارة الشركة التجارية انظر:

Com. 20 oct. 2009, no 08-18.321, D. 2009. 2609, obs. A. Lienhard ; RTD com. 2010. 188, obs. C. Saint-Alary-Houin.

[3] لذلك قضي بأنه: "لما كان الحكم التمهيدي الصادر من محكمة الدرجة الأولى قد قضى بقبول الطعن شكلاً وهو قضاء قطعي باختصاصها بنظر الطعن في قرار اللجنة وكانت الطاعنة لم تستأنف هذا القضاء واقتصر استئناف المطعون ضده على القضاء في موضوع الطعن فإنه يكون قد حاز قوة الأمر المقضي والتي تسمو على اعتبارات النظام العام وتغطى الخطأ في القانون فلا يجوز للطاعنة أن تتمسك في طعنها أمام هذه المحكمة بعدم ولاية المحاكم العادية". حكم محكمة النقض – مدني – الطعن رقم 1045 – لسنة 64 قضائية – جلسة29-3-2001، غير منشور (المصدر: www.eastlaws.com)، وحكم محكمة النقض – مدني – الطعن رقم 436 – لسنة 30 قضائية – جلسة27-5-1965 – مكتب فني 16 – جـ2 – ص651.

الاختصاص المتعلقة بالنظام العام[1]، كما تغطي الحجية البطلان الشكلي[2]، حتى لو كان الحكم غامضاً[3].

وذهب البعض[1] إلى أن الحجية ما وُجدت أصلاً إلا لتغطية القرارات الخاطئة، وللتأكيد على احتمالية وجود أخطاء قضائية، ولو أن الحجية هي حقيقة دائمة، ما

المحكمة الإدارية العليا – الطعن رقم 29373 – لسنة 54 قضائية – جلسة12-11-2011 – مكتب فني 57 – جـ1 – ص143.

(1) Req. 1er août 1872, DP 1872. 1. 340. – Soc. 11 janv. 1962, Bull. civ. IV, no 48. – Civ. 2e, 8 juin 1967, Bull. civ. II, no 216. – Com. 16 nov. 2010, no 09-71.935 , Procédures 2011, no 47, obs. R. Perrot)

الذي magistrat conciliateurوهذا صحيح بالنسبة لأمر صدر من "قاضي الصلح أو موفق" أعلن قبول دعوى الطلاق، في حين القاضي كان غير مختص بإعلان وجود رابطة الزواج. (Civ. 1re, 15 nov. 1978, Bull. civ. I, no 348, Gaz. Pal. 1979. 1. Somm. 96).

حتى لو كانت قاعد الاختصاص التي خالفها الحكم متعلقة بالنظام العام.

Civ. 26 févr. 1921 et 9 mai 1922, DP 1925. 1. 158. – Civ. 13 nov. 1952, D. 1953. 113 ; T. civ. Saint-Mihiel, 12 juill. 1955, JCP 1955. II. 8879, note R. Meurisse. – Civ. 1re, 3 nov. 1966, JCP 1966. II. 14880, note J.A. – Civ. 1re, 22 juill. 1986, Bull. civ. I, no 225.

(2) Civ. 11 nov. 1873, DP 1873. 1. 455. – Rouen, 17 avr. 1878, DP 1878. 2. 232 ; C. GARSONNET et C. CÉZAR-BRU, Traité théorique et pratique de procédure civile et commerciale, t. 3, 4e éd., 1913, Sirey, no 710).

(3) Com. 19 janv. 1983, Bull. civ. IV, no 24.

كان هناك داع لحملها على الحقيقة[2]، وإذا كانت جميع الأحكام تتوافق مع الحقيقة، فلم يكن هناك داعٍ إلى تحديد طرق للطعن[3].

وهكذا، يجب أن تكون للمحاكمات نهاية وعندما يستنفد طريق للطعن، فالطعن على الطعن ممنوع. لذلك، إن حجية الأمر المقضي هي التي تضمن عدم قابلية الحكم

---

(1) Cass. 1re civ., 22 juill. 1986, Bull. civ. I, n° 225; Cass. com., 14 nov. 1989, Bull. civ. IV, n° 289; D.1989, IR p. 305.

(2) Christian Atias, L'erreur grossière du juge. Recueil Dalloz 1998 p.280.

(3) إن الحجية تحوزها القرارات حتى الخاطئة أو الأحكام التي لم تكن محلاً للطعن أياً كانت أوجه البطلان التي تشوبها.

Soc., 19 mars 1998, Bull., V, n° 158.

وصدر القرار 6 يوليو 2010 يشير، فيما يتعلق بقرار ما، إلى أنه " يحوز حجية الأمر المقضي فيما يتعلق بمنطوقه، مهما كان خاطئاً، حيث خلص إلى استمرار الخصومة".

Com. 6 juill. 2010, n° 09-16.403, NP.

وقد تثير هذه النتيجة تحفظات عندما يخالف الحكم القواعد الأساسية règles essentielles بشكل خطير، ولكن لا يمكن اعتبار الحكم غير ذي فعالية دون تدخل قاض ليعلن بطلان أو، في بعض الحالات، انعدام القرار (مثل الحكم الصادر من معاون قاضي un (auxiliaire de justice.

Paris, 1er juin 1979, Gaz. Pal. 1979. 2. 357 ; RTD civ. 1976. 403, obs. Perrot. 3e Civ., 4 mars 1998, pourvoi n° 96-11.399 : Cass. Com., 14 novembre 1989, Bull. civ. IV, n° 289, p. 195).

للتغيير فيه وثباته، حتى لو كان منطوياً على خطأ، فإنه سيكون بمثابة قانوناً لأطراف هذا الحكم[1].

ثالثاً: الحجية تحول دون المساس بالحكم بغير طريق الطعن

في اعتقادنا أن من الأسس الفنية التي تقوم عليها قاعدة علو الحجية على النظام العام هي أن الحجية تحول دون المساس بالحكم بغير طريق الطعن[2]، بمعنى أنه حتى ولو صدر الحكم مخالفا للنظام العام، فلا يعني ذلك أن الحكم سيظل دائما وأبداً مخالفا للنظام العام أو أن القانون يسمح بهذه المخالفة، ولكن يعطي القانون للخصم حق تعديل هذا الوضع و المخالفة فقط من خلال طرق الطعن، ولذلك عدم المساس بالحجية بغير الطعن يؤكد على أن من مفترضات تطبيق قاعدة العلو أن

---

(1) Corinne BLÉRY : Qu'est-ce que l'autorité de la chose jugée ? Une question d'école ? Procédures n° 8-9, Août 2007, étude 11.

(2) ويعبر عنها بالفرنسية عدم جواز رفع دعوى بطلان حكم أو الدفع ببطلانه Voies de nullité n'ont lieu contre les jugements ورددها قانون المرافعات الفرنسي في المادة 460 التي تنص على ألا يجوز التمسك ببطلان الحكم بغير طرق الطعن التي ينظمها القانون.
ومن المقرر قضاءً في مصر أنه: "لا يقبل الطعن في الأحكام بالبطلان بدعوى مبتدأه ما دام أن القانون قد نظم طرقا للطعن عليها وذلك تقديرا لحجيتها". حكم محكمة النقض – مدني – الطعن رقم 93 – لسنة 32 قضائية – جلسة9-1-1968 – مكتب فني 19 – جـ1 – ص5. انظر: أحمد ماهر زغلول، الحجية الموقوفة، ص108، بند 73، بالذات هامش (1).

تظل حجية الحكم قائمة حتى يتم إلغاء الحكم، ويؤكد في الوقت ذاته على استبعاد تطبيق قاعدة العلو عندما يكون الحكم معدوماً[1].

فإن لم يكن حق الطعن موجود لاستنفاده او استغلاقه، فلا طريق لتصحيح بطلان الحكم، فتبقى حجية الحكم قائمة تغلفه بغلاف مانع من المساس به، وإن خالف قاعدة متعلقة بالنظام العام. لذلك، إذا لم يعد باب الطعن مفتوحاً، فإن الحكم غير القانوني (الباطل) يحوز قطعاً حجية الأمر المقضي[2]، لذلك تعين ألا يكون لممارسة طرق الطعن بالبطلان أثر واقف لحجية الأمر المقضي التي يحوزها الحكم الطعين إلى أن يتم إلغائه فعلاً أو تصحيحه[3].

ولأن الحجية تحول دون المساس بالحكم بغير طريق الطعن هو أساس علوها على النظام العام، نجد المشرع تارةً يفتح باب الطعن على مصراعيه إما بعدم ذكر حالات محددة له كما في الاستئناف، أو يفتح باب الطعن في أحوال استثنائية كفتحه باب الاستئناف للحكم الانتهائي إذا كان باطلاً في ذاته، أو باطلاً لبطلان في الإجراءات أثّر فيه أو لمخالفته قواعد الاختصاص المتعلقة بالنظام العام (م

---

(1) انظر في مفترض قاعدة العلو: ألا يكون الحكم منعدماً ما يلي الفرع الأول من المطلب الأول من المبحث الثاني.

(2) Civ. 1re, 14 juin 1966, Bull. civ. I, n° 363 – Com. 14 nov. 1989, n° 88-17.188 , Bull. civ. IV, n° 289; JCP 1990. IV. 14.

(3) Civ. 1re, 4 juin 1996, n° 93-21.135 , Bull. civ. I, n° 232.

221 مرافعات مصري)، علاوة على تخويل قاضي الطعن سلطة إثارة النظام العام الذي خالفه الحكم من تلقاء نفسه، ولكن بضوابط[1].

والحجية تمنع المساس بالحكم الباطل بغير طريق الطعن أياً كان نوع البطلان أو سببه، سواء كان البطلان بطلاناً خاصاً لمخالفة قواعد متعلقة بالمصلحة الخاصة[2]، أو كان عاماً لمخالفة قاعدة موضوعية أو إجرائية متعلقة بالنظام العام،

---

[1] مثال ذلك جواز إثارة المسألة المتعلقة بالنظام العام لأول مرة أمام محكمة النقض متى كان مبنياً على سبب قانوني بحت أو يخالطه عنصر واقعي سبق عرضه على محكمة الموضوع أو كانت العناصر التي تتمكن بها تلك المحكمة من تلقاء نفسها من الإلمام بهذا السبب تحت نظرها عند الحكم في الدعوى. حكم محكمة النقض المصرية – مدني – الطعن رقم 6564 – لسنة 79 قضائية – جلسة13-3-2011.

[2] أحمد ماهر زغلول، الحجية الموقوفة، ص109، بند 73 وانظر الهامش (1) من ذات الصفحة السابقة.

إن الحكم، كما قضت محكمة النقض الفرنسية، يحوز حجية الأمر المقضي لكل حكم قطعي حسم نزاع أيا كان أصل هذا الحكم سواء كان صادراً من محكمة ذات اختصاص عام أو خاص من محكمة كلية (مكونة من أكثر من قاض) أو جزئية (مكونة من قاض فرد)، سواء من محكمة أول درجة أو ثاني درجة ومن باب أولى من محكمة النقض. وتلك الحجية لا تخضع لصحة الحكم فطالما أن الحكم لم يلغ أو يعدل بطرق الطعن المقررة فالحكم يحوز الحجية بغض النظر عن العيب الذي يصيبه أو العيب الذي يؤثر فيه.

3e Civ., 4 mars 1998, pourvoi n° 96-11.399 ; Soc., 19 mars 1998, Bull. 1998, V, n° 158 ; Com., 14 novembre 1989, Bull. 1989, IV, n° 289 ; 2e Civ., 18 décembre 2003, pourvoi n° 02-17.069.

https://www.courdecassation.fr/publications_26/rapport_annuel_36/rapport_2004_173/deuxieme_partie_tudes_documents_176/tudes_theme_verite_178/jugee_m._6392.html

أو سواء كان البطلان لعيب في موضوع الدعوى أو لعيب إجرائي في الحكم ذاته أو في الإجراءات أثّر في الحكم[1].

رابعاً: مدى اعتبار الحجية قرينة على الحقيقة والصحة كأساس لعلوها على النظام العام

ما دام الحكم هو خاتمة المطاف، بعد أن أدلى الخصوم بطلباتهم ودفوعهم، حاسماً كل خلاف بينهم، يكون الوضع الطبيعي أن يستقر الأمر المقضي، فيحوز الحكم الحجية ليعد عنواناً للحقيقة والصحة[2]. وفي فرنسا، اختلف الفقه الفرنسي

القرارات المعيبة بعيب جسيم لا يمكن أن تحوز في كل الأحوال حجية الأمر المقضي. ولكن السوابق القضائية لها موقف العكس انظر على سبيل المثال:

Civ. 2e, 27 mai 2004, n° 03-04.070, Bull. civ. II, n° 243 – Civ. 2e, 25 oct. 2007, n° 06-19.151, Bull. civ. II, n° 240.

[1] وتعتبر هذه القاعدة من القواعد الأساسية في القوانين الحديثة وهي تمثل النتيجة الإجرائية لحجية الشيء المحكوم فيه. انظر: فتحي والي (تأليف)، وأحمد ماهر زغلول(تحديث)، نظرية البطلان، ص736، بند 391.

[2] وابتدعت العديد من النظريات لتأسيس فكرة أن الحجية قرينة على الحقيقة، ومنها نظرية العقد القضائي، إذ أن الحجية تقوم على أساس عقد أو شبه عقد بين طرفي الخصومة بموجبه يلتزم الطرفان مقدما بقبول الحكم لو كان غير عادل. في تفاصيل هذه النظرية ونقدها انظر: فتحي والي، المبسوط، ج1، ص365، بند 148.

وفي رأي بعض الفقهاء أن أساس الحجية هو أن الحكم القضائي عندما يكون غير عادل فإنه ينتج واقعة قانونية موضوعية جديدة بدل الرابطة القانونية السابقة التي تنقضي كأثر له ولهذا فإن الحجية التي تمنح للحكم غير العادل أساسها الأثر المنشئ لهذا الحكم (ونظرية الأثر المنشئ).

الموضوعي في مدى اعتبار الحجية قرينة قاطعة أم بسيطة [1]، لأن بعض فقه القانون الموضوعي[1] يعتبر الحجية قرينة قانونية على الحقيقة عملاً بالمادة

بحيث لا يجب النظر بعد صدوره إلى الرابطة القانونية السابقة. انظر: فتحي والي، المبسوط، ج1، ص364، بند148.

[1] حيث يرى البعض – رغم نص المادة 1351 إثبات فرنسي – قبل تعديلها بموجب القانون سنة 2016 كما سنرى لاحقاً بالمتن– أنه لا يعني أن الحكم حقيقة مطلقة، ولكن، على العكس من ذلك، حقيقة قانونية بسيطة من قبل المشرع، كما يشرح عميد كاربونييه، في الإسهاب: " (...) وما يعطي الحكم قيمته الكاملة ... ليس مطابقة الحكم للحقيقة المطلقة (وأين الحقيقة المطلقة؟)، ولكن منح الدولة الحكم قوة خاصة تمنع من إثارة المسألة محل الحكم مرة أخرى، لوضع حد لإنهاء النزاع. فيتم حسم النزاع (باستنفاد طرق الطعن)، والبت في كل شتاته مرة واحدة، مما يضمن الاستقرار والأمن والسلام بين الأفراد "، وقال إن " حجية الأمر المقضي ليست هي الحقيقة ذاتها؛ بل يستلمها الشخص الجيد مكان الحقيقة."

J. Carbonnier, Droit civil, Introduction, 27e éd., PUF, 2002, n° 192 . CARBONNIER J., Droit civil, Vol. 1, PUF, collection Quadrige, 2004, nº 46, apud : CADIET Loïc, NORMAND Jacques et AMRANI-MEKKI Soraya, Théorie générale du procès, préc., pp. 893-894.

بينما يرى البعض الآخر أن حجية الأمر المقضي هي القرينة القانونية القاطعة للحقيقة تحوزها القرارات القطعية التي تفرض على القاضي والخصوم، وفقاً للحكمة القائلة بأن الحكم المقضي به الذي يُعتبر أمراً حقيقياً res judicata pro veritate habetur.. إن منع "إعادة الدعوى"، إلا بطرق الطعن، واستنفاد الولاية هما القاعدتان اللتان تضمنتا قوة الحقيقة القضائية حتى وإن كانت نسبية فقط.

Regards croisés sur l'autorité de la chose jugée », colloque publié dans : Procédures, août-sept. 2007.

P. Hugonet, La vérité judiciaire, préf. S. Rozès, Litec, 1986 .R. Japiot, Traité élémentaire de procédure civile et commerciale, 2e éd., A.

1351 من القانون المدني الفرنسي[2]، فالحجية قرينة قانونية قاطعة irréfragable لا تقبل إثبات العكس، لأن الحجية دليل، ولذلك فإن الحكم مفترض

Rousseau, 1929, p. 120 s. – R. Morel, Traité élément de procédure civile,2e éd., Sirey, 1949, p. 450.

(1) G. JÈZE, « De la force de vérité légale attachée par la loi à l'acte juridictionnel », RDP, 1913, p. 437 ; P. HÉBRAUD, « L'exécution des jugements civils », RIDC, 1957, p. 170. V. J.-L. AUBERT et SAVIAUX É., Introduction au droit et thèmes fondamentaux du droit civil, Coll. Université, 15ème éd., Sirey, 2014, n°151, p. 154 ; F. TÉRRÉ, Introduction générale au droit, Coll. : Précis, 9ème éd., Dalloz, 2014, n° 745, p. 600.

قارن ذلك بالفقه الإجرائي:

G. COUCHEZ et X. LAGARDE, Procédure civile, Coll. Université, 17ème éd., Dalloz, 2014, n° 213, p. 223 ; S. AMRANI-MEKKI et Yves STRICKLER, Procédure civile, Coll. : Thémis Droit, PUF, 2014, n° 482, p. 749 ; L. CADIET et E. JEULAND, Droit judiciaire privé, 5ème éd., Litec, 2006, n°725 et s., pp. 462 et s. ; n° 763, p. 482. E. COUTURE, « La chose jugée comme présomption légale – Critique des articles 1349 à 1350 du Code civil », in RIDC, Vol. 6 n°4, Octobre-décembre 1954. pp. 681-701 ; J. FOYER, De l'autorité de la chose jugée en matière civile – Essai d'une définition, Thèse, Paris, 1954.

(2) تنص على أنه: "لا حجية للأمر المقضي فيه إلا فيما يتعلق بموضوع الحكم. يجب ان يكون الشيء المطلوب هو ذاته، والطلب مؤسس على السبب ذاته، وأن يكون الطلب بين الأطراف ذاتهم، ومقدمة من قبلهم وضد بعضهم بالصفة ذاتها". والنص باللغة الفرنسية:

فيه الصحة أو هو عنوان الحقيقة. ولكن يرى البعض الآخر أن الحكم يعد قرينة بسيطة على الحقيقة ولكن يتحول إلى قرينة قاطعة عندما يغلق باب الطعن[1]، ولكن كل هذا التأسيس يتناقض مع ما كانت تنص عليه المادة 1352 /2 من القانون المدني الفرنسي من معاملة الحجية على أنها قرينة قاطعة قبل تعديل سنة 2016.

وعلى نهج الفقه الفرنسي الموضوعي ذاته، يرى الفقه المصري الموضوعي، والبعض من الفقه الإجرائي[2]، أن الحجية قرينة الحقيقة القضائية Vérité judiciaire دون الحقيقة الواقعية، ودفعهم إلى ذلك المشرع في التقنين المدني المصري الملغي الذي صور الحجية على أنها قرينة قانونية قاطعة، إذ كان نص المشرع صريحاً في أن: "الأحكام التي حازت قوة الأمر المقضي تكون حجة بما فصلت فيه من الحقوق، ولا يجوز قبول دليل ينقض هذه القرينة ". فتنحرف الحقيقة

" 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".

(1) AUBRY et RAU, *Cours de droit civil français d'après la méthode de Zachariae*, t. 12, par E. BARTIN, LGDJ, 5ème éd., 1922, p. 452.

(2) الحجية هو قرينة قانونية لا تقبل إثبات العكس مقتضاها أن الحكم يصدر صحيحا من ناحية الشكل وعلى حق من ناحية الموضوع. في الفقه المصري فالحجية قرينة قانونية لا تقبل إثبات العكس، فالحكم الحائز لحجية الأمر المقضي صحيح شكلا وحقيقي موضوعا حتى يضع حدا للخصومة فلا تتأبد. انظر: أحمد أبو الوفا، نظرية الأحكام، ص25، ص374، بند 174.

القضائية، في القلة النادرة من الأحوال، عن الحقيقة الواقعة، ولكنها في الكثرة الغالبة من الأحوال تطابقها. فتكون القرينة إذن –ككل قرينة قانونية أخرى – على الراجح الغالب الوقوع، لاعتبارين أولهم عدم تأبد الخصومات وثانيهما منع التناقض في الأحكام[1].

وأكد القضاء المصري في بعض أحكامه على اعتبار الحجية قرينة الحقيقة والصحة أساساً لقاعدة علو الحجية على النظام العام، حيث قضت محكمة النقض المصرية بأن: "... فإن القرار المطعون فيه يكون قد جاء حسب الظاهر من الأوراق غير قائم على سبب صحيح يبرره ومخالفا مخالفة صريحة لحجية الاحكام القضائية والتي تعلو على النظام العام، بحسبان أنها تمثل عنوان الحقيقة لا تقبل صل المناقشة وعنوان صحة لا تقبل المجادلة ..."[2].

---

[1] راجع في ذلك السنهوري، ج2، ص590– 592 بند 344.

[2] انظر: حكم محكمة القضاء الإداري – الطعن رقم 15477 – لسنة 58 قضائية – بتاريخ 11 – 5 – 2004. بل بالغت محكمة النقض المصرية في القول بأن الحجية هي أقوى من الحقيقة نفسها، فأصبح بذلك حكم القضاء عنواناً للحقيقة التي هي أقوى من الحقيقة نفسها، مما لا يصح معه النيل منها بمجرد دعوى غير حاسمة، كما لا يجوز أن تكون محلا للمساومة بين الأفراد. والقول بغير ذلك مضيعة لوقت القضاء وهيبته ومجلبة لتناقض أحكامه ما بقي الأمر معلقا بمشيئة المحكوم عليهم كلما حلا لهم تجديد النزاع وإعادة طرحه على القضاء". حكم محكمة النقض – جنائي – الطعن رقم 13196 – لسنة 76 قضائية – جلسة16–10–2011 – مكتب فني 62 – صـ285. وحكم نقض مصري 3 مايو 1966 مشار إليه في: محمد حسام محمود لطفي، سحب أحكام محكمة النقض، دراسة تحليلية لأحكام القضاء المصري والفرنسي، هرة عام 2004، بدون دار نشر، ص 8.

بيد أنه في اعتقادنا أن الحجية لا تعد قرينة على الحقيقة والصحة من حيث المبدأ وبالتالي عدم صلاحية ذلك كأساس لعلو الحجية على النظام العام[1]، وذلك للأسباب الآتية:

أولاً: فصل المشرع المصري مسائل الإثبات عن المجموعة المدنية وخصها بقانون مستقل رقم 25 لسنة 1968 ونقل المشرع نص المادة 405 ملغاة من التقنين المدني إلى نص المادة 101 إثبات[2] مع تعديلين. الأول وهو إضافة فقرة تقرر سلطة المحكمة من تلقاء نفسها في القضاء بالحجية والتعديل الثاني هو تخصيص فصل مستقل (الفصل الثاني من الكتاب الرابع) للحجية بعيداً عن الفصل الخاص بالقرائن، ليؤكد على عدم اعتبار الحجية من ضمن القرائن[3]، ورغم ذلك يصر القضاء المصري على أن الحجية قرينة ودليل[1].

---

[1] على الرغم من وجود اتجاه قديم يعتبر فكرة الحقيقة أساساً لاحترام حجية الحكم ولو كان غير عادل، ولكن يرى البعض أنها لا تصلح صياغة فنية لفكرة الحجية تفسر نظامها القانوني. في ذلك انظر: وجدي راغب، نظرية العمل القضائي، ص192-196.

[2] إن المادة 101 من قانون الإثبات رقم 25 لسنة 1968 تنص على أن: "الأحكام التي حازت قوة الأمر المقضي تكون حجة فيما فصلت فيه من الحقوق، ولا يجوز قبول دليل ينقض هذه الحجية، ولكن لا تكون لتلك الأحكام هذه الحجية إلا في نزاع قام بين الخصوم أنفسهم دون أن تتغير صفاتهم وتتعلق بذات الحق محلا وسببا. وتقضي المحكمة بهذه الحجية من تلقاء نفسها".

[3] وفي الحقيقة أن التعديلين مترابطان ولا يمكن فصلهما حيث اعتبار الحجية وسيلة لفرض إرادة القانون وليست قرينة أو دليل إثبات عل الحقوق والمراكز فلا يعني الربط بين الحجية والمصالح الخاصة، بل الربط بين الحجية والمصلحة العامة في تحقيق فاعلية للحماية القضائية التي ترتبط

ثانياً: في القضاء المصري بأن الحجية قرينة تأكيد على غموض فكرة الحجية لديه وعدم تمييزها عن قوى الحكم الأخرى[2]، وإذا كانت حجية الأمر المقضي تهدف إلى عدم تأبيد المنازعات ومنع تناقض الأحكام، فلذات الغاية والمنطق تنسحب

بأسس النظام القضائي والاستقرار لقانوني في المجتمع. انظر: أحمد ماهر زغلول، أعمال القاضي...، ص54-55، بند 27 وهوامش الصفحتين.

[1] قُضي: "ومن حيث إنه من المبادئ المقررة أن الدفع بعدم جواز نظر الدعوى لسابقة الفصل فيها أحد الدفوع الشكلية الجوهرية التي تتصل اتصالا وثيقا بمبدأ حجية الأحكام القضائية ويقترن بأحد طرق الإثبات وهو "القرائن" ويسمى بقرينة الأمر المقضي المنصوص عليها في المادة 1/101 من قانون الإثبات سالف الذكر، حيث اعتبر المشرع حجية الأمر المقضي قرينة قانونية قاطعة مؤداها مطابقة الحقيقة القضائية للحقيقة الواقعية". حكم المحكمة الاقتصادية – الدائرة الثانية الاستئنافية –الطعن رقم 810 – لسنة 2 قضائية – جلسة14-2-2013.

يرى العلامة السنهوري أن حجية الأمر المقضي قاعدة موضوعية (Règle de Fond)، فالحقيقة التي قررها الحكم هي الحقيقة الواقعة، والذي يقطع في أن حجية الأمر المقضي ينبغي أن تكون قاعدة موضوعية لا قرينة قانونية، أن هذه الحجية لا تدحض، لا بالإقرار ولا باليمين. وهذه علامة حاسمة على أنها قاعدة موضوعية، فالقرائن القانونية ولو كانت قاطعة تدحض دائماً، بالإقرار واليمين. انظر: السنهوري، مرجع سابق، ج2، ص592- 593، بند 344.

[2] وبالنظر إلى التطبيقات القضائية لاسيما تلك الصادرة من محكمة النقض المصرية وهي أعلى الهرم القضائي والمنوط بها توحيد كلمة القانون، تخلط بين الحجية ومفاهيم قانونية أخرى تارة، وتوسع أو تضيق من نطاقها أو موضوعها تارة ثانية، وتخرج الحجية من فلسفتها وأهدافها تارة ثالثة. فأحيانا الخلط بين الحجية والقوى أو الآثار الأخرى المترتبة على الحكم القضائي، فتخلط بين الحجية والقوة والبيتوتة (البيتوتة).

الحجية لكل ما يكون حكماً قضائياً أيا كان نوعه أو طبيعته او المحكمة التي أصدرته أو مدى قابليته للتنفيذ[1].

ثالثاً: مؤخراً في القانون الفرنسي، المصدر التاريخي للقانون المصري، كان نص المادة 1350 مدني قديماً يحدد عناصر ونطاق حجية الأمر المقضي، مدرجاً تحت الفقرة الخاصة بالقرائن القانونية، حتى صدر الأمر رقم131-2016 بتاريخ 10 فبراير 2016 ليعيد تنظيم أحكام العقود، والنظام العام لإثبات الالتزام، لاغٍ إدراج الحجية من ضمن القرائن، واضحت المادة 1355 الجديدة من القانون المدني الفرنسي هي المحددة لعناصر حجية الأمر المقضي مرددة كلمة كلمةً التعريف

---

[1] ويرى البعض أن الحكم البات فقط هو الذي يصلح وصفه بأنه عنوان الحقيقة على أساس انه غير قابل للتعديل أو التغيير، أي لا يربط الاستقرار بالحجية بل بالبيتوتة. انظر: محمد سعيد عبد الرحمن، الرجوع عن الأحكام الباتة: دراسة مقارنة في فرنسا ومصر ولبنان، مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق، جامعة الاسكندرية، العدد الثاني، 2012، ص178. وسبب التخبط القضائي كما قلنا هو المشرع المصري في قانون الإثبات الذي جعل الحجية دليلاً ونوصيه بأن يحذف مواد الحجية من قانون الإثبات والاقتصار على تنظيمها في قانون المرافعات.

والنص صراحة على اعتبار الحجية – لا قوة الأمر المقضي– حجة فيما فصلت فيه – في قانون المرافعات على غرار قانون المرافعات الفرنسي وليس كما هو الحال في المادة 53 من القانون الكويتي رقم 39/1980 م بشأن الإثبات في المواد المدنية و التجارية التي تنص على أن: "الأحكام التي حازت حجية الأمر المقضي تكون حجة فيما فصلت فيه من الخصومة و لا يجوز قبول دليل ينقض هذه القرينة ، و لكن لا تكون لتلك الأحكام هذه الحجية إلا في نزاع قام بين الخصوم أنفسهم دون أن تتغير صفاتهم و تعلق بذات الحق محلاً و سبباً ، و تقضى المحكمة بهذه الحجية من تلقاء نفسها ".

القديم تحت عنوان " إثبات الالتزامات" « De la preuve des obligations » والمادة 1354 الجديدة من التقنين المدني والتي تعرّف القرينة لم تشر صراحة لحجية الأمر المقضي، لأن الرابط بين الحجية وقرينة الحقيقة كان منتقداً مع الأخذ في الاعتبار السوابق القضائية التي تضفي حجية الأمر المقضي حتى على القرارات الخاطئة، لذلك يرى الفقه الفرنسي الإجرائي أن الحجية ما هي إلا صفة تمنح للأحكام التي ينتج عنها الدفع بعدم قبول الدعوى لسبق الفصل فيها، وظيفتها منع تجديد ذات القضية [1].

رابعاً: إذا اعتبرنا الحجية دليلاً مستقلاً[2] أو قرينةً لكانت الحجية غير متعلقة بالنظام العام[3] وهو الأمر الذي يستحيل معه منطقياً أن نقرر في ظلها قاعدة علو الحجية على النظام العام، والعكس بالعكس، أي لو اعتبرنا الحجية قاعدة إجرائية،

---

[1] Christophe LEFORT, Procédure civile, 5ème éd., Dalloz, 2014, n° 573, p. 396 et s ; J. HÉRON et T. LE BARS, Droit judiciaire privé, 5ème éd., Coll. : Domat Droit privé, Montchrestien, 2010, n° 330, p. 275 et s ; N. FRICÉRO, Procédure civile, Coll. : Mémentos LMD, 11ème éd., Gualino Editeur, 2014, p. 193 ; C. BLÉRY, L'efficacité substantielle des jugements, Thèse, LGDJ, 2000, n° 168 et s., p. 115 et s. G. COUCHEZ et X. LAGARDE, Procédure civile, 17ème éd., Dalloz-Sirey, 2014, n° 213-1, p. 223.

[2] لذلك يميز الفقه بين حجية الأمر المقضي والقوة الثبوتية force probante للحكم كورقة رسمية. انظر: فتحي والي، المبسوط، ج1، ص331، بند 140.

[3] فالحجية تختلف عن الإثبات، إذ أن الأخير هو إقامة الدليل أمام القضاء بالطرق التي حددها القانون على وجود واقعة قانونية ترتب آثارها.

فللغايات التي تستهدفها من استقرار الحقوق والمراكز ومنع التناقض يمكن أن نتصور قاعدة علو الحجية على النظام العام.

خامساً: أساس حديث للحجية (استهلاك الدعوى – منع تجديد الدعوى)

تطور أساس الحجية من اعتبارها قرينة الحقيقة إلى تحقيق استهلاك الدعوى. فحجية الأمر المقضي وصف إجرائي للحكم، الذي يضمن الأمان القانوني يمنح المحكوم له الحكم للتمسك به دون منازعة محتملة ويمنع الأطراف من إثارة المسألة المقضي فيها، وإذا لم تُكيّف حجية الأمر المقضي على أنها قرينة على الحقيقة[1] في هذا الزمن، فإنه وصف أساسي يلحق بالحكم.

وبناءً عليه، مهمة القاضي تبقى في وضع حد نهائي للنزاع بطريقة قطعية façon définitive، ولضمان ثبات المركز القانوني الذي أنشأه أو قرره الحكم، يتعين الاهتمام بمنع إثارة المسألة محل الحكم مرة أخرى أكثر من مجرد التعويل على مدى حقيقة حكم القاضي، فبعد استنفاد طرق الطعن أو فواتها يكون من الضروري منع كل احتمالات نقد قرار القاضي والسماح لمن صدر لصالحه الحكم الاحتجاج

---

(1) D. Tomasin, Essai sur l'autorité de la chose jugée en matière civile, th. publ., LDGJ, 1975, n° 324 – J. Héron, « Localisation de l'autorité de la chose jugée ou rejet de l'autorité positive de la chose jugée ? », Mél. Perrot, Dalloz, 1996, spéc^{t} p. 137.

به، وتلعب حجية الأمر المقضي هذا الدور بغض النظر عن مضمون القرار سواء كان صحيحاً أو خاطئاً أو باطلاً[1].

إن فكرة استهلاك الدعوى تعني أنه إذا استعمل الشخص الحق في الدعوى للمطالبة بحق أو مركز فلا يجوز له معاودة رفع دعوى أخرى لاستهلاكها. فأساس الحجية هو عدم جواز رفع دعويين عن حق واحد[2]. فكما أن الحجية تهدف إلى غلق الطريق على المدعي الجريء، فهو يهدف إلى تحقيق استقرار للحقوق المعترف بها للمدعى عليه[3].

وإذا كانت فكرة استهلاك الدعوى أو منع تجديدها تعبر عن فكرة الحجية كأثر مانع من تجديد الدعوى سواء أمام القاضي المرفوعة أمامه الدعوى الأولى أو القاضي المرفوعة أمامه الدعوى الجديدة، إلا أن البعض[4] يعبر عنها، في إطار فكرة الخصومة لا الدعوى، ولكن بفكرة "سقوط المراكز أو المكنات الإجرائية"، فيسقط

---

(1) Natalie Fricero ; Serge Guinchard Dalloz action Droit et pratique de la procédure civile – 2017-2018 : n°421.05. P 1366.

(2)" Le fondement de l'autorité de la chose jugée est tout simplement à rechercher dans le principe général non bis in idem" (P. MAYER, «Réflexions sur l'autorité négative de chose jugée », in Mélanges Héron, 2008, LGDJ, p. 331 s.).

(3) راجع أحمد ماهر زغلول الحجية الموقوفة ص 85-86.

(4) وجدي راغب، مبادئ القضاء المدني، الطبعة الرابعة، دار النهضة العربية، سنة 2004، ص 466، وجدي راغب، نظرية العمل القضائي، ص217-219.أحمد ماهر زغلول، اعمال القاضي ...، ص366، بند 179-1.

الحق الإجرائي ليس فقط بسبب فوات مواعيد وإخلال بترتيب معين بل لسبق مباشرته، فإذ قام الخصم بالإجراء وفصلت فيه المحكمة بحكم قطعي سقط الحق في مباشرة هذا الإجراء مرة ثانية منعاً لتكرار الإجراءات ووضع نهاية حتمية لها، وينصرف السقوط إلى القاضي و الخصوم.

صحيح أن فكرة السقوط تصلح أساساً لاستنفاد الولاية، فبعد صدور الحكم من القاضي لا يصبح قاضياً، أي لا ولاية له، حتى ولو كان الحكم مخالفاً للنظام العام، فلا يجوز المساس به إلا بالطرق المقررة قانوناً لمراجعة الحكم بطرق الطعن أو غيرها[1]، غير أن فكرة السقوط لا تصلح أساساً لعلو الحجية بالمعنى الفني لها كأثر للحكم الموضوعي على النظام العام، ولكن لاعتبار عدم المساس بالحكم داخلياً (القطعية) هي التي تعلو على النظام العام.

سادساً: رأينا الخاص

نعتقد أن الحجية ليست قرينة، بل أنها قاعدة قانونية إجرائية من ناحية، وموضوعية من ناحية أخرى[2]. فهي قاعدة إجرائية ذات أثر موضوعي. فالحجية تسبغ حماية

---

[1] لذلك فإن استنفاد الولاية يتعلق بالنظام العام يقضي به القاضي من تلقاء نفسه. انظر: فتحي والي، المبسوط، ج1، ص 327، بند 137.

[2] يرى العلامة السنهوري أن حجية الأمر المقضي ينبغي أن تكون قاعدة موضوعية (Règle de Fond) لا قرينة قانونية، أن هذه الحجية لا تدحض، لا بالإقرار ولا باليمين. وهذه علامة حاسمة على أنها قاعدة موضوعية، فالقرائن القانونية ولو كانت قاطعة تدحض دائماً، بالإقرار واليمين. انظر: السنهوري، مرجع سابق، ج2، ص592– 593، بند 344.

إجرائية على الحقوق والمراكز الموضوعية لم تكن لها من قبل، وتصبح محصنة بفضلها[1].

إن الحكم هو قرار القاضي المطبق للقانون (الإجرائي والموضوعي) على الحقوق والمراكز والمتنازع فيها حاسماً لها، وبالتالي محله الحقوق أو المراكز التي نالت الحماية القضائية التأكيدية، بما يضمن استقرار المعاملات وعدم تأبيد المنازعات.

إن لحجية الحكم هدفاً واضحاً ومحدداً وهو تحقيق الحقيقة القانونية الموضوعية بشأن الحقوق أو المراكز المدعاة استناداً إلى قواعد قانون الموضوعي، ولكن قبل ذلك الحقيقة القانونية الإجرائية، لأن حكم القاضي قبل أن يقضي في الموضوع يطبق قواعد القانون الإجرائي على إجراءات القضية لكي يتحقق من مدى صحتها ومراعاة مبادئ التقاضي بشأنها. فالحجية يمكن تأسيسها على الحقيقة القانونية الإجرائية والموضوعية[2].

وترتيباً عما سبق، فإن الحكم الفاصل في الموضوع يحوز حجية، متعلقة بالنظام العام، تحصنه ولو كان باطلاً نتيجة مخالفة قواعد القانون الموضوعي أو الإجرائي. ولكن ما هو الأساس في حيازة الحكم للحجية حتى ولو خالف قواعد القانون

---

[1] وجدي راغب، مبادئ القضاء المدني، الطبعة الرابعة، دار النهضة العربية، سنة 2004، ص58.

[2] أي تحقق اليقين القانوني الموضوعي والإجرائي. انظر: سيد أحمد محمود، أصول التقاضي، ص752، 754.

(الموضوعي أو الإجرائي) المتعلقة بالنظام العام، أي ما هو أساس علو الحجية على النظام العام، والحجية ذاتها متعلقة بالنظام العام؟

الفرع الثاني

التدرج في اعتبارات النظام العام كأساس لقاعدة العلو

إذا كان النظام العام يهدف إلى تحقيق المصالح العليا في البلاد مما يجعله في أعلى سلم النظام في الدولة، فهل هناك ما هو أعلى من النظام العام ذاته؟ وإذا كانت الحجية وهي متعلقة بالنظام العام تعلو على النظام العام ذاته، فهل ذلك يعني وجود قواعد تعلو على النظام العام أصلاً؟، أم تفيد قاعدة علو الحجية على النظام العام في أن هناك تدرج في النظام العام، فهل للنظام العام درجات؟ أم تدرج في مدى اتصال القواعد بالنظام العام، بحيث نقول إن الحجية هي الأكثر اتصالا بالنظام العام؟ [1] نجيب على هذه التساؤلات على النحو التالي:

أولاً: التدرج Gradation في فكرة النظام العام ظاهرة موجودة

إن تدرج اعتبارات النظام العام أو بمعنى أصح تدرج اتصال القواعد القانونية بالنظام العام ظاهرة موجودة. فالنظام الذي يتعلق بالمصالح العليا للبلاد أو المجتمع يعلو على القواعد المتعلقة بالنظام العام التي تخص فئة من المجتمع، والأخيرة تعلو على القواعد المتعلقة بالنظام العام التي تخص الأفراد. كما أن فكرة النظام العام

[1] مفترض التدرج ان يوجد تزاحم بين قاعدتين متعلقتين بالنظام العام، وبالتالي نستبعد التزاحم بين قاعدة غير متعلقة وأخرى متعلقة او قاعدتين غير متعلقتين.

الدولي[1] تعلو على النظام العام الإقليمي communautaire (النظام العام الأوروبي)[2] واللذين يعلوان على النظام العام الداخلي[3].

---

[1] فليس كل نظام عام داخلي يعد بالضرورة من حالات النظام العام الدولي والعكس صحيح، انظر: محمود مصطفى يونس، نحو نظرية عامة لفكرة النظام العام في قانون المرافعات المدنية والتجارية، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، ص30، بند 9.

[2] انظر المادة 55 من الدستور الفرنسي التي تنص على أن: "المعاهدات أو الاتفاقيات المصدق عليها أو الموافق عليها حسب الأصول لها، منذ نشرها، سلطة أعلى من سلطة القوانين، وتخضع لكل اتفاق أو معاهدة، لتطبيقها من قبل الطرف الآخر".

"Les traités ou accords régulièrement ratifiés ou approuvés ont, dès leur publication, une autorité supérieure à celle des lois, sous réserve, pour chaque accord ou traité, de son application par l'autre partie".

وعلى سبيل المثال النظام العام الإجرائي الأوروبي ما تنص عليه المادة 1/6 من الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان التي تضمن مبادئ التقاضي الأساسية التي جعلتها محكمة النقض الفرنسية من النظام العام الدولي في فرنسا.

Jean-Jacques LEMOULAND : Ordre public et bonnes mœurs. Répertoire de droit civil, février 2019.n°66. (Civ. 1re, 16 mars 1999, no 97-17.598, Rev. Crit. DIP 2000. 181.

وفي السوابق القضائية الأوروبية أمام محكمة العدل الأوروبية انظر:

CJCE 28 mars 2000, Krombach et Bamberski, aff. C-7/98, RTD civ. 2000. 944, obs. Raynard).

[3] أو أن يعلو النظام العام الاتحادي على النظام العام المحلي في الدول الاتحادية أو المركبة. فقضي في القضاء الإماراتي بأن: "الاختصاص الولائي للقضاء الاتحادي من النظام العام الاتحادي الذي يعلو على النظام العام المحلي، ولاتصال هذه الاختصاص بالقضاء الاتحادي الذي هو سلطة من سلطات دولة الاتحاد، وإذ خالف الحكم المطعون فيه – ومن قبله الحكم المستأنف – هذا النظر وقضى بإحالة النزاع إلى القضاء المحلي بإمارة أبوظبي فإنه يكون قد

إن التدرج في القواعد المتعلقة بالنظام العام قد يكون راجعاً – في اعتقادنا–إلى تدرج مصادر هذه القواعد؛ فالقاعدة المتعلقة بالنظام العام التي يكون مصدرها الدستور تكون أعلى من تلك التي يكون مصدرها القانون؛ لأن نصوص الدستور– كما تقضي المحكمة الدستورية العليا[1]– إنما تمثل القواعد والأصول التي يقوم عليها نظام الحكم في الدولة، وهي باعتبارها كذلك تتبوأ مقام الصدارة بين قواعد النظام العام التي يتعين احترامها والعمل بموجبها، باعتبارها أسمى القواعد الأمرة وأحقها بالنزول على أحكامها.

إن لفكرة التدرج في النظام العام – في رأينا–تطبيقات على المستوى الأفقي أو الرأسي. أما عن التدرج الافقي في النظام العام نقصد منه أن يكون تدرجاً بين "أنظمة عامة متدرجة"، بحيث نكون أمام نظام عام يعلو على نظام عام آخر من مصدر مختلف، وهو تدرج مبني لا على وزن القاعدة بل على مصدرها، كما هو في علو النظام العام الإسلامي على أي نظام عام آخر.

أما التدرج الرأسي يعني أن يكون التدرج داخل إطار "نظام عام واحد متدرج"، وهو تدرج مبني على وزن القاعدة لا مصدرها، بحيث نجد قواعد متدرجة من حيث درجة

خالف القانون وأخطأ في تطبيقه وتأويله، مما يتعين معه نقضه، على أن يكون مع النقض الإحالة إلى المحكمة المختصة عملاً بالمادة (85) من قانون الإجراءات المدنية".(دولة الإمارات العربية المتحدة – المحكمة الإتحادية العليا – الأحكام الإدارية – الطعن رقم 277 – لسنة 2011 قضائية – بتاريخ 5 – 10 – 2011).

[1] المحكمة الدستورية العليا – الطعن رقم 15 – لسنة 8 قضائية – جلسة7–12–1991 – مكتب فني 5 – جـ1 – ص35.

الاتصال به، كما هو الحال في قواعد النظام العام الدستوري وقواعد النظام العام الإجرائي. وفلسفة التدرج في كل الأحوال تكمن في تغليب مصلحة عامة على مصلحة عامة أخرى، بحسب الأهداف والغايات. ونضرب مثالاً على التدرج الرأسي والأفقي تباعاً:

1) التدرج في النظام العام الدستوري ذاته (مثال على التدرج الرأسي):

إن نصوص الدستور– كما تقضي المحكمة الدستورية العليا– إنما تمثل القواعد والأصول التي يقوم عليها نظام الحكم في الدولة، وهي باعتبارها كذلك تتبوأ مقام الصدارة بين قواعد النظام العام التي يتعين احترامها والعمل بموجبها، باعتبارها أسمى القواعد الأمرة وأحقها بالنزول على أحكامها[1]، ويترتب على ما سبق اعتلاء القواعد الدستورية على القواعد غير الدستورية المتعلقة النظام العام، لينم عن وجود تدرج في القواعد المتعلقة بالنظام العام، بحيث تكون أعلاها القواعد الدستورية.

علاوة على ذلك، إن القواعد الدستورية ذاتها، المتعلقة بالنظام العام، متدرجة فيما بينها في مدى اتصالها بالنظام العام. إذ انتهت بعض الدراسات إلى وجود تدرج

---

[1] فقُضي بأنه: "لا يمكن أن تكون النصوص الدستورية – وتلكم غاياتها – مجرد نصوص تصدر لقيم مثالية ترنو الأجيال إليها، وإنما هي قواعد ملزمة لا يجوز تهميشها أو تجريدها من آثارها، ويجب أن يعلو الدستور ولا يعلى عليه وأن يسمو ولا يسمى عليه. انظر: حكم المحكمة الدستورية العليا المصرية قضية رقم 76 لسنة 29 قضائية المحكمة الدستورية العليا "دستورية" الأول من أكتوبر سنة 2007، وحكم المحكمة الدستورية العليا | الطعن رقم: 15 لسنة: 8 قضائية بتاريخ: 7–12–1991.

مادي بين القواعد الدستورية التي تعد بلا أدنى شك متعلقة بالنظام العام، وهذا التدرج يعكس الاختلاف في القيم التي تعبر عنها النصوص والمبادئ الدستورية، دون أن يخل ذلك بمبدأ وحدة الدستور، فهو تدرج في الوزن دون المصدر، وفي المضمون دون الشكل[1].

ويضرب الفقه الدستوري مثالاً على ذلك في المادة الثانية من دستور مصر التي تنص على أن الإسلام دين الدولة و اللغة العربية لغتها الرسمية، ومبادئ الشريعة الإسلامية المصدر الرئيسي للتشريع[2]، وهذه المادة التي وردت في تحديد نظام

---

[1] فبعض النصوص تعبر عن قيم هامة وعظيمة بحيث تبلغ أهميتها إلى درجة النص في الدساتير على عدم إمكانية تعديل بعض النصوص الدستورية المنظمة لها. وفي هذه الحالة يمكن القول بتعلق بعض نصوص الدستور بالنظام العام الدستوري، ومع ما يترتب عليه من ضرورة فرض احترامها على سلطة تعديل الدستور من ناحية وعلى القاضي الدستوري من ناحية أخرى، وذلك بغرض فرض علوها على غيرها من بقية نصوص الدستور، لاتصالها الأوثق بالنظام العام الدستوري. انظر: عيد أحمد الغفلول، فكرة النظام العام الدستوري وأثرها في تحديد نطاق الدعوى الدستورية: دراسة مقارنة، الطبعة الثالثة، دار النهضة العربية، ص32.

[2] بعد أن كانت مصدراً رئيسياً للتشريع، ثم تعدل الأمر في 22 مايو 1980 لتصبح الشريعة المصدر الرئيسي للتشريع، ورتب البعض على هذا التعديل نتيجة هامة وهي أن الرقابة على دستورية القوانين في مصر أصبحت تتم ليس فقط بالرجوع إلى نصوص الدستور بل وبالرجوع أيضا إلى مبادئ الشريعة الإسلامية التي أصبحت تكتسب قيمة القواعد الدستورية المكتوبة بل وتعلوها من وجهة نظرهم. انظر: صوفي أبو طالب، تطبيق الشريعة الإسلامية في البلاد العربية، دار النهضة العربية، الطبعة الثالثة، 1987، ص13. مشار إليه في عيد أحمد الغفلول، مرجع سابق، ص44.

وقضت المحكمة الدستورية العليا بأن: "... ما نص عليه الدستور في مادته الثانية بعد تعديلها – وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة – من سريان حكمها على التشريعات الصادرة بعد العمل

الدولة السياسي هي قمة المواد الدستورية وتفسر ألفاظها بكل دقة وعناية وهي تعلو على المواد المتعلقة بمقومات المجتمع والحريات و الحقوق والواجبات وسيادة القانون لأنها نتيجة نظام الدولة الأساسي ومترتبة عليه، ومقيدة به، كما أنها – من باب أولى–أعلى من سائر الأحكام المتعلقة بتنظيم السلطات العليا وسير العمل بها[1].

بها، ومن بينها أحكام القانون رقم 100 لسنة 1985 – ومؤداه أنه لا يجوز لنص تشريعي أن يناقض الأحكام الشرعية القطعية في ثبوتها ودلالتها، فهذه الأحكام وحدها هي التي لا يجوز الاجتهاد فيها، وهي تمثل من الشريعة الإسلامية مبادئها الكلية وأصولها الثابتة التي لا تحتمل تأويلا أو تبديلا، من غير المتصور بالتالي أن يتغير مفهومها تبعا لتغير الزمان والمكان، إذ هي عصية على التعديل ولا يجوز الخروج عليها وتقتصر ولاية المحكمة الدستورية العليا في شأنها على مراقبة التقيد بها وتغليبها على كل قاعدة قانونية تعارضها، ذلك أن المادة الثانية من، الدستور تقدم على هذه القواعد، أحكام الشريعة الإسلامية في، أصولها ومبادئها الكلية، إذ هي إطارها العام وركائزها الثابتة التي تفرض متطلباتها دوما بما يحول دون إقرار أية قاعدة قانونية على خلافها وإلا اعتبر ذلك تشويهاً وإهداراً لما علم من الدين بالضرورة وعلى خلاف هذا، الأحكام الظنية سواء في ثبوتها أو دلالتها أو فيهما معا، ذلك أن دائرة الاجتهاد تنحصر فيها ولا تمتد إلى سواها، وهي بتغير الزمان والمكان لضمان مرونتها وحيويتها، ولمواجهة النوازل على اختلافها تنظيما لشئون العباد بما يكفل مصالحهم المعتبرة شرعا، وعلى أن يكون هذا الاجتهاد واقعا في إطار الأصول الكلية للشريعة الإسلامية، بما لا يجاوزها، مقيماً الأحكام العملية بالاعتماد في استنباطها على الأدلة الشرعية، متوخيا من خلالها تحقيق المقاصد العامة للشريعة بما تقوم عليه من صون الدين والنفس والعقل والعرض والمال...". حكم المحكمة الدستورية العليا – الطعن رقم 18 – لسنة 10 قضائية – جلسة15–5–1993، مجموعة أحكام المحكمة، جـ5، المجلد الثاني، ص 260.

[1] انظر: عيد أحمد الغفلول، مرجع سابق، ص41.

2) علو النظام العام الإسلامي على أي نظام عام آخر (مثال على التدرج الأفقي):

إن المقصود بالنظام العام الإسلامي– كما عرفته محكمة النقض المصرية– هو النظام العام المرتبط بقواعد قطعية من القرآن أو السنة التي لا تختلف باختلاف الزمان والمكان، وعللت محكمة النقض المصرية علو النظام العام الإسلامي على سائر الأنظمة العامة، كالنظام العام الاجتماعي والسياسي والاقتصادي، بأن الأنظمة الأخيرة – عكس النظام العام الإسلامي– تختلف باختلاف الزمان والمكان فهي تعبر عن ضمير الجماعة[1]، ويظهر جلياً هنا أن حكم محكمة النقض يتبنى التدرج الأفقي[2].

---

[1] وبناءً عليه، قضت محكمة النقض المصرية بأنه: "إذا كانت أحكام المواريث تستند إلى نصوص شرعية قطعية الثبوت والدلالة وبينها القرآن الكريم بيانا محكما وقد أستمد منها قانون المواريث أحكامه، فإنها تعتبر بذلك متعلقة بالنظام العام لصلتها الوثيقة بالدعائم القانونية والاجتماعية المستقرة في ضمير المجتمع بما يمتنع معه التحايل عليها أو تبديلها مهما أختلف الزمان والمكان ومن ثم يكون لذوي الشأن إثارة ما قد يخالف هذه الأحكام سواء أكان ذلك في صورة دعوى مبتدأه أو في صورة دفع". حكم محكمة النقض – مدني – الطعن رقم 36 – لسنة 61 قضائية – جلسة25–12–1995 – مكتب فني 43 – جـ 2 – صـ1037.

[2] وقد يُتصور رأي قائل بأن علو النظام العام الإسلامي على أي نظام عام آخر لا يعني أنه نظام مستقل عن النظام العام بمفهومه الكلاسيكي، لأن النظام العام يقصد منه الأسس العليا التي يقوم عليها لمجتمع و من هذه الأسس بل وأعلاها النظام العام الإسلامي، وإذا كان الدستور المصري يعتبر الشريعة الإسلامية المصدر الرئيسي للتشريع ، فهذا يعني أن الشريعة الإسلامية جزءاً من النظام العام المصري، ولكن إذا كانت الشريعة الإسلامية من النظام العام المصري، إلا أنه يعلو على سائر الأنظمة العامة المصرية، لدى من يتصور أن النظام العام ليس مكوناً واحداً

وبالتطبيق في إطار قاعدة علو الحجية على النظام العام، فإذا كان النظام العام الإسلامي يعلو على نظام عام آخر، فهذا يعني أن قاعدة علو الحجية على النظام العام يحدها أو يقيدها النظام العام الإسلامي، بمعنى أنه لا تعلو حجية الحكم على قواعد الشريعة الإسلامية القطعية إذا خالفها الحكم، وبالتالي نستبعد من قاعدة علو الحجية مخالفة الحكم لقواعد شرعية قطعية، كما سنبين لاحقاً[1].

وبعد أن بيّنا وجود التدرج في النظام العام واعتباراته، فإن هذا التدرج يصلح كأساس لعلو حجية الأمر المقضي – كفكرة إجرائية– على النظام العام الموضوعي والإجرائي ونقصد هنا التدرج الرأسي، وهو أساس لعلو الحجية على النظام العام الإجرائي، ونقصد هنا التدرج الأفقي، وفي اعتقادنا أن أساس قاعدة علو حجية الأمر المقضي على النظام العام يكون في التدرج الرأسي والأفقي معاً، ليس فقط لتبرير القاعدة ذاتها، بل ولتحديد نطاقها، وذلك على التفصيل التالي:

بل هو متعدد، بل هو أعلى اعتبارات النظام العام عند من يرى أن النظام العام مكون واحد ولكن تتعدد اعتباراته.

[1] انظر في اعتبار النظام العام الإسلامي قيداً على قاعدة العلو ما يلي الفرع الأول من المطلب الثاني من المبحث الثالث و الأخير.

ثانياً: التدرج الرأسي في النظام العام الإجرائي كأساس لقاعدة العلو

1) فكرة التدرج الرأسي في النظام العام الإجرائي

صحيح أن فكرة النظام العام تتجسد في بعض قواعد قانون المرافعات فتجعلها أكثر أهمية من البعض الآخر، تغليبا للمصلحة العامة على الخاصة[1]، غير أن التقسيم بين القواعد المتعلقة بالنظام العام وغير المتعلقة به أضحى تقسيماً كلاسيكياً ليس سهلاً ومحسوماً، لمرونة قانون المرافعات، بسبب التداخل بين المصلحتين العامة والخاصة[2].

وفي رأينا أنه حتى في نطاق قواعد قانون المرافعات المتعلقة بالنظام العام، فمنها ما يتصل بالنظام العام أكثر من غيرها، لنكون أمام تدرج في النظام العام الإجرائي، فمع أنهم جميعا يدورن في فلك النظام العام، ولكن لكل منها مسار أو مدار يقترب

---

[1] فقُضي بأنه: "من المقرر أنه إذا دلت عبارة النص التشريعي أو إشارته على اتجاه قصد المشرع من تقرير القاعدة القانونية الواردة به إلى تنظيم وضع بذاته على نحو محدد لا يجوز الخروج عليه، التزاماً بمقتضيات الصالح العام، وترجيحاً لها على ما قد يكون لبعض الأفراد من مصالح خاصة مغايرة، فإن هذه القاعدة تعتبر من القواعد الأمرة المتعلقة بالنظام العام". حكم محكمة النقض – مدني – الطعن رقم 931 – لسنة 45 قضائية – جلسة5-5-1979 – مكتب فني 30 – جـ2 – ص280

[2] فنجد عدم ترتيب القاعدة المتعلقة بالنظام العام او تلك غير المتعلقة لكل آثارها؛ فعلى سبيل المثال يمنع المشرع الاتفاق مقدماً على خلاف أحكام بعض القواعد المتعلقة بالمصلحة الخاصة، ولكنه يجيز الاتفاق أثناء الإجراءات. انظر: وجدي راغب، مبادئ القضاء المدني، ص13.

أو يبتعد أكثر من غيره من هذا النظام، وينتج عن ذلك وجود قاعدة أكثر اتصالا بالنظام العام الإجرائي مقارنة بقاعدة أقل اتصالاً، فتعلو الأولى على الثانية.

وإذا كانت فكرة النظام العام فكرة نسبية تختلف بحسب الزمان أو المكان، فتوجد قواعد لا تختلف بحسب الزمان والمكان، واعتقد أن هذا النوع من القواعد هي الأكثر اتصالا بالنظام العام، فمثلاً فكرة منع تناقض الأحكام هي فكرة ليست فقط متعلقة بالنظام العام، بل تعلو على أي فكرة إجرائية أخرى متعلقة بالنظام العام؛ فالتناقض في الأحكام المسبب للفوضى وعدم الاستقرار أو الأمان القانوني لا يختلف من حيث الزمان والمكان، كما أن القواعد الإجرائية المتعلقة بالنظام العام ذات الأثر المطلق تعلو على القواعد المتعلقة بالنظام العام ذات الأثر النسبي.

2) تطبيقات التدرج الرأسي في النظام العام الإجرائي:

يكشف البعض من الفقه الفرنسي عن التدرج في النظام العام الإجرائي، حيث لديه إذا كان التنظيم القضائي والولاية من النظام العام لأنها تتعلق بتوزيع السلطة القضائية، فإن تعلق قواعد الاختصاص القضائي بالنظام العام أمر غير محسوم، وإذا كانت قواعد الاختصاص النوعي تخدم المصلحة العامة، ولكن يبدو أن البعض منها يكون أقل آمريه moins impératives من البعض الآخر[1]، كما أن قواعد

(1) « Il semble bien que certaines de ces règles soient moins impératives que d'autres » COUCHEZ et LAGARDE, Procédure civile, 17e éd., 2014, Sirey, nos 4-1 et 98 s.

الاختصاص النوعي تكون أكثر اتصالاً بالنظام العام من بعض قواعد الاختصاص المحلي[1].

ويرى البعض في الفقه المصري أنه توجد مبادئ في قانون المرافعات لا تتعلق بالنظام العام فحسب، ولكن تتصل بالنظام الأساسي لمرفق القضاء، وقد يوحي ذلك بأن النظام الأساسي لمرفق القضاء أعلى من النظام العام ذاته، كمبدأ عدم جواز أن يكمل القاضي عمل زميله، وأن القاضي الذي يصدر الحكم هو ذات القاضي الذي سمع المرافعة إذ لا يصدر حكمه ويكتبه إلا وفق ما يطمئن إليه ضميره[2].

كما أن محكمة النقض المصرية عبرت عن هذا التدرج حينما قضت بأن خروج المحكمة بحكمها عن نطاق طلبات الخصوم يعد مخالفة لقاعدة إجرائية، وهي قاعدة عدم جواز أن يحكم القاضي بما لم يطلب Infra petita أو بأكثر مما طلبه

---

(1) L. CADIET et E. JEULAND, Droit judiciaire privé, 10e éd., 2017, LexisNexis, n° 48], n° 259.

وتنص المادة 48 من قانون المرافعات الفرنسي على أن: "كل شرط يخالف، بطريق مباشر أو غير مباشر، قواعد الاختصاص المحلي يعد غير مكتوب (كأن لم يكن) إلا إذا كان مبرماً بين متعاقدين تجار وكان غير محدد بطريقة ظاهرة في التزام الطرف الذي يُواجه أو يُحاج به ".

« Toute clause qui, directement ou indirectement, déroge aux règles de compétence territoriale est réputée non écrite à moins qu'elle n'ait été convenue entre des personnes ayant toutes contracté en qualité de commerçant et qu'elle n'ait été spécifiée de façon très apparente dans l'engagement de la partie à qui elle est opposée ».

(2) أحمد أبو الوفا، مرجع سابق، بند 45، ص108.

الخصمultra petita، التي تعلو على سائر القواعد الإجرائية الأخرى أو القواعد الموضوعية المتعلقة بالنظام العام[1]، وكان ذلك بمناسبة حكم صدر في المطالبة بمبلغ أجرة أماكن أقل من المحدد في القانون والمتعلق بالنظام العام الموضوعي، غير أن قاعدة عدم جواز الحكم بأكثر أو بما لم يطلبه الخصم تعلو عليها حجية الأمر المقضي، كما سنرى بالتفصيل[2].

وللتدليل على وجود التدرج في النظام العام الإجرائي، نذكر تطبيقات عديدة أخرى له، كالتالي:

---

[1] وعبرت عن ذلك محكمة النقض بقولها عند تجاوز الحكم حدود الطلبات: " باطلاً بطلاناً أساسياً ومن ثم مخالفاً للنظام العام مخالفة تعلو على سائر ما عداها من صور الخطأ في الحكم فيما يدخل في نطاق الخصومة المطروحة على المحكمة ". حكم محكمة النقض – مدني – الطعن رقم 1776 – لسنة 49 قضائية – جلسة21-6-1980 – مكتب فني 31 – جـ 2 – صـ1801.

[2] ويرى البعض أن انعدام الحكم إذا كان صدر الحكم على من كان خارجاً عن الخصومة على وجه الإطلاق أو على من اختصم ثم أخرجته المحكمة من الدعوى. انظر: أحمد أبو الوفا، مرجع سابق، بند 30م، ص60. بينما يميز البعض الآخر بين القضاء بما لم يطلبه الخصم والقضاء بأكثر مما طلبه الخصم، حيث يكون الحكم منعدماً في الحالة الأولى وموجوداً ولكنه باطل في الحالة الثانية. انظر: أحمد ماهر زغلول، أعمال القاضي مرجع سابق، ص415، بند 209.

Com. 23 déc. 1947, RTD civ. 1948. 501, obs. P. Hébraud et P. Raynaud. – Civ. 1re, 3 nov. 1966, Bull. civ. I, no 492.

ويتجه رأي البعض إلى أن ما يرد في الحكم على سبيل التزيد وعلى غير سبيل القضاء لا يحوز الحجية أي معدوما. انظر: أحمد أبو الوفا، مرجع سابق، بند 8، ص28، بند138، ص329.

1- إن قاعدة علنية المرافعات متعلقة بالنظام العام ولكن يمكن الخروج عنها لاعتبارات النظام العام[1]، وتقدير علو اعتبارات النظام العام على قاعدة العلنية يكون من تقدير المحكمة ما لم ينص القانون على غير ذلك، فقد تقتضي اعتبارات متعلقة بالنظام العام وأسرار الدولة مثلا جعل الجلسة سرية[2]، على اعتبار أن مصلحة الدولة العليا تعلو على المصلحة العامة التي تقتضيها علنية المرافعات، وقد يقدر المشرع مقدماً ذلك[3].

---

[1] فالمادة 101 مرافعات مصري تنص على أن: "تكون المرافعة علنية إلا إذا رأت المحكمة من تلقاء نفسها أو بناء على طلب أحد الخصوم إجراءها سراً محافظةً على النظام العام أو مراعاة للآداب أو لحرمة الأسرة". وقُضي بأنه: "بالنظر للأهمية البالغة لهذه القاعدة الأصلية . علانية الجلسات . لما فيها من ضمان حقوق الدفاع المقدسة لم يكتف المشرع بالنص عليها في المادة 101 من قانون المرافعات المشار إليها بل ضمنها دساتير الدولة المتعاقبة وآخرها المادة 169 من دستور جمهورية مصر العربية في سنة 1971 لتكون بعيدة عن إمكان العبث بها ومن ثم فإنها تعد من الإجراءات المتعلقة بنظم التقاضي الأساسية المتصلة بالنظام العام التي يترتب عليها بطلان الأحكام الصادرة بالمخالفة لأحكامها". حكم محكمة النقض – مدني – الطعن رقم 7588 – لسنة 63 قضائية – جلسة20-11-1997 – مكتب فني 48 – جـ 2 – صـ1273.
وتنص المادة 187 من الدستور المصري الحالي على أن: "جلسات المحاكم علنية، إلا إذا قررت المحكمة سريتها مراعاة للنظام العام أو الآداب، وفي جميع الأحوال يكون النطق بالحكم في جلسة علنية".

[2] مع أن البعض يرى أن المقصود من النظام العام في هذا النص لا أن تلتزم المحكمة نطاق النظام العام المقرر في الفقه والقضاء، بل يمكن جعل الجلسة سرية لأسباب سائغة مقبولة. انظر: ديناصوري وعكاز، ج 1 ص 1045 في التعليق على المادة 101.

[3] فتحي والي، المبسوط، ج2، ص272- 273، بند 98.

2- وفي فرنسا أيضاً لا يجوز للقاضي أن يثير مخالفة العيب الشكلي في الإجراء من تلقاء نفسه، حتى لو كان الشكل الذي تمت مخالفته متعلقا بالنظام العام، مقارنة بالبطلان الناتج عن عيب موضوعي في الإجراء إذا تعلقت المخالفة بالنظام العام[1]، فيمكن أن نستنتج هنا أن القواعد التي تحكم العيوب الموضوعية للإجراء المتعلقة بالنظام العام تعلو على القواعد الشكلية المتعلقة بالنظام العام في حال تعارضها.

3- إن تحقيق معيار الغاية من الإجراء، أو بمعنى أدق، شكل الإجراء، حتى لو كان الإجراء باطلاً بطلاناً عاماً، فيه تغليب للغاية وهي الحد من البطلان وتطهير الإجراءات على المصلحة العامة التي يستهدفها اتخاذ الإجراء أو شكله، وهو مسلك لم يكن المشرع ليقدم عليه لولا إدراكه لخطورة البطلان[2]، فعلى الرغم من أن البطلان أتى نتيجة مخالفة قاعدة متعلقة بالنظام العام، إلا أن المصلحة العامة التي شرعت من أجلها هذه القاعدة قد تحققت تطبيقا لمعيار الغاية[3]. مثال ذلك: عدم

---

[1] فتحي والي (تأليف)، وأحمد ماهر زغلول(تحديث)، نظرية البطلان، ص566-567، بند 321.

[2] أحمد هندي، التمسك بالبطلان في قانون المرافعات، طبعة 1999، دار الجامعة الجديدة للنشر، ص59، بند 10.

[3] إبراهيم نجيب سعد، القانون القضائي الخاص، ج1، منشأة المعارف اسكندرية، سنة 1974، ص754-755، بند 2. ويعتبر هذا الرأي أن جميع القواعد المتعلقة بالتنظيم القضائي تتعلق بالنظام العام والقواعد التي تتصل بالمقتضيات الموضوعية للعمل الإجرائي وكل الأشكال التي ترمي ضمان حسن سير القضاء كمرفق عام أو تتصل بالتنظيم العام للخصومة كتقرير بعض المواعيد التي من شأنها وضع حداً للنزاع أو احترام حقوق الدفاع.

حاجة الطاعن لتوكيل محام بالنقض إذا كان هو نفسه محامياً بالنقض[1]، فالمشرع هنا يغلب–في اعتقادنا –مصلحة تطهير الإجراءات وحسن إدارة العدالة الناجزة، وهي اعتبارات بلا أدنى شك تتعلق بالنظام لعام تعلو على اعتبارات النظام العام التي تحققها قاعدة اشتراط توقيع محام نقض على صحيفة النقض والمتمثلة في ضمان جدية الطعن وكتابة أسباب الطعن بالنقض على نحو يتفق مع الأسباب التي ينص عليها القانون[2]، فإذا تحققت الغاية منه فلا بطلان ولو تعلق بالنظام العام[3].

بينما يرى البعض الآخر أن قواعد التنظيم القضائي وقواعد الاهلية والتمثيل القانوني متعلقة بالنظام العام، أما القواعد الشكلية فهي متعلقة بالمصلحة الخاصة غالباً إلا الاشكال التي ترمي إلى ضمان حسن سير القضاء. انظر: فتحي والي، المبسوط، ج1، ص887، بند 384. وجدي راغب، مبادئ القضاء المدني، ص12.

[1] فتحققت الغاية من الشكل على الرغم من أن الشكل هنا متعلق بالنظام العام وبالتالي يترتب على مخالفته البطلان العام. انظر: الهيئة العامة للمواد المدنية والتجارية 4 مارس 1974 – مجموعة النقض 25–3–1. والنقض المدني 2014/6/12 في الطعن رقم 20 لسنة 82 ق. مشار إليهما في: فتحي والي، المبسوط، ج 2، سنة 2017، ص644–645، بند 218.

[2] وهو ما يفسر في اعتقادنا نص المادة 74 من قانون المرافعات الفرنسي التي تتطلب التمسك بالبطلان الناتج عن مخالفة الشكل في بداية النزاع ولو كان يستند إلى قواعد متعلقة بالنظام العام. وهو ما دعا البعض إلى تبني ذات الفكرة فتصفية العيوب الشكلية من بداية النزاع، ووجوب أن تفصل المحكمة في هذه الدفوع قبل الفصل في الموضوع وليس في ذلك إهداراً للمصلحة العامة فتلك المصلحة أولى بالمحكمة حمايتها. انظر: أحمد هندي، مرجع سابق، ص89–93، بند 14–15.

[3] حكم محكمة النقض – مدني – الطعن رقم 145 – لسنة 74 قضائية – جلسة22–3–2011 – مكتب فني 62 – صـ369.

4- إن قاعدة منع التناقض في الأحكام تعلو على النظام العام[1].

5- إن قاعدة "لا يضار الطاعن بطعنه" تعلو أيضاً على النظام العام، فلو صدر الحكم رافضاً جزئياً لبعض الطلبات، فاستأنف الطاعن الحكم كله بحجة عدم القضاء بطلباته كلها، فلا يجوز لمحكمة الاستئناف أن تلغي الحكم المستأنف وتحكم بعدم اختصاص محكمة أول درجة، لأنه لا يضار الطاعن بطعنه حتى ولو كان الطعن المضر يستدعي تطبيق القواعد المتعلقة بالنظام العام مثل قواعد الاختصاص النوعي[2].

---

[1] وقُضي بأن: "منع تقطيع أوصال المسألة الواحدة وتوزيعها بين مختلف المحاكم سدا لأي ذريعة قد تؤدي إلى قيام تناقض الأحكام فيهتز مفهوم العدالة وتعصف بالثقة العامة في القضاء. وهي غاية جعلها المشرع في الذروة لتعلو ما عداها من الاعتبارات المتعلقة بالنظام العام ...". حكم محكمة النقض – مدني –الطعن رقم: 1532 لسنة: 68 قضائية بتاريخ: 4–10–1999.

[2] قضت محكمة التمييز دبي بأنه: "من المقرر وفق ما تقضي به المادة 2/150 من قانون الإجراءات المدنية أن – الطاعن لا يضار بطعنه – وهي قاعدة تعلو على النظام العام. لما كان ذلك وكان البين من مطالعة الحكم المستأنف أنه أجاب الطاعنة إلى بعض طلباتها فاستأنفته بالاستئناف رقم 2006/311 أحوال شخصية بطلب القضاء لها بكل طلباتها. وإذ قضى الحكم المطعون فيه بإلغاء الحكم المستأنف وبعدم اختصاص محاكم دبي بنظر الدعوى – رغم أنها هي المستأنفة، فإنه يكون قد ضرها باستئنافها وهو ما لا يجوز بما يعيبه ويستوجب نقضه مع الإحالة إلى محكمة الاستئناف عملا بالمادة 2/13 من قانون الأحوال الشخصية رقم 2005/28". دبي – محكمة التمييز – الأحكام المدنية – الطعن رقم 81 – لسنة 2007 قضائية – بتاريخ 4 – 12 – 2007.

ولا تنطبق هذه القاعدة إذا كان الطاعن هو النيابة العامة التي تطعن لمصلحة القانون لا للمصلحة الخاصة.

6- توجد في قانون المرافعات قواعد نسميها بـ "قواعد النظام العام الإجرائي الحمائي" –التي سيأتي لاحقاً التفصيل عنها[1]– مثل بعض قواعد الاختصاص المحلي وقواعد نقصان الأهلية التي تعد في نظرنا أقل اتصالاً بالنظام العام من القواعد المتعلقة بالنظام العام الإجرائي التقليدي مثل قاعدة حجية الأمر المقضي، وهو ما يفسر علوها على القواعد الأولى.

صفوة القول إذن، أن أساس قاعدة علو الحجية على النظام العام يكمن في أن للنظام العام تدرج في اعتباراته، جعل المشرع الحجية في أعلاها لتعلو على قواعد إجرائية وموضوعية هي الأخرى متصلة بالنظام العام، ولكن الحجية أشدها وأوثقها اتصالاً به؛ لأن المصالح العليا التي تبتغي حجية الأمر المقضي تحقيقيها وهي الاستقرار أعلى من المصالح العامة الأخرى التي ترنو إليها القواعد الأخرى المتعلقة بالنظام العام.

وقد عبر البعض عن ذات الفكرة عند مخالفة حكم حائز لحجية الأمر المقضي لقاعدة الاختصاص النوعي المتعلقة بالنظام العام، بقوله: "إن قاعدة الحجية تهم النظام العام أكثر مما يهمه مراعاة قواعد الاختصاص، فعدم مراعاة هذه القواعد

---

[1] في النظام العام الإجرائي الحمائي انظر ما يلي الفرع الأول من المطلب الثالث من المبحث الثاني.

يؤدي إلى عدالة سيئة في حين أن إنكار الحجية يعني إنكار العدالة وفوضى قضائية"[1].

فبمجرد المنازعة أمام المحكمة يفقد الرأي الذاتي لأطراف النزاع صلاحيته في تحقيق اليقين القانوني، ويخضع أطراف النزاع للنظام الذي يعده قانون المرافعات لتحقيق هذا الغرض وفي إطار هذا النظام يعترف القانون لأطراف النزاع بمكنة طرح ادعاءاتهم بوسيلة الدعوى أمام قاض ذي ولاية ومختص من خلال إجراءات تصل إلى نهايته بصدور حكم يحوز حجية الأمر المقضي. وفي إطار فكرة القضية، القاضي يتدرج لبحث الولاية والاختصاص ثم الخصومة ثم الموضوع ليصل لحكم حائز حجية الأمر المقضي، لذلك تعلو قواعد الحجية على قواعد قبول الدعوى ثم قواعد الخصومة ثم قواعد الولاية والاختصاص، بل وحتى على القواعد المتعلقة بالنظام العام الموضوعي[2].

---

[1] رمزي سيف، رسالته للدكتوراه بعنوان Ramzi Seif, Les conflits déjuridiction entre les tribunaux mixtes et les tribunaux indigènes (en matières civiles et commerciales). Thèse Le Caire, 1938, مشار إليها في وجدي راغب، نظرية العمل القضائي، ص588- 589.

[2] بل وتعلو على النظام العام الدستوري، وتطبيقا لذلك، يعلو النظام العام الإجرائي حتى على قواعد الدستور المتعلقة بالنظام العام، حيث أكدت المحكمة الدستورية العليا على خضوع النظام العام الدستوري ذاته للنظام العام الإجرائي للمحكمة، إذ قضت بانه: "يتعين التمييز بقدر كبير من العناية، بين الآثار المتولدة عن سمو القاعدة الدستورية، وبين الشروط التي يتطلبها الدستور أو المشرع، أو كلاهما، لاتصال الدعوى بالهيئة القضائية التي تتولى الفصل فيها، إذ لا صلة لهذه الشروط "بنوع" القواعد القانونية التي يجوز التمسك بها أثناء نظرها، ولا تقيل القاعدة القانونية التي

لذلك جاءت المذكرة الايضاحية لقانون الاثبات رقم 25 لسنة 1968 مؤكدة على ما سبق بنصها على أن: "الحجية ... أكثر اتصالاً بالنظام العام من أي أمر آخر لما يترتب على إهدارها من تأبيد المنازعات وعدم استقرار الحقوق لأصحابها".

يتم تطبيقها في النزاع شرط المصلحة الشخصية المباشرة أو تنحيه جانبا، بل إن إعمالها رهن بتوافره، وهو بعد شرط لا ينافي طبيعة الدعوى الدستورية، ولا يحول بمداه أو محتواه، دون مباشرة الرقابة القضائية على الدستورية التي لم يطلقها المشرع من الضوابط التي تنظمها، وإنما أحاطها بأوضاع محددة لا تقام الدعوى الدستورية إلا من خلالها، باعتبارها من مقوماتها، حتى ينتظم التداعي في المسائل الدستورية وفقا لها، بما لا مخالفة فيه للدستور". حكم المحكمة الدستورية العليا – الطعن رقم 1 – لسنة 15 قضائية – جلسة7–5–1994 – مكتب فني 6 – جـ 1 – صـ277.

المبحث الثاني

مفترضات تطبيق قاعدة علو حجية الأحكام على النظام العام

إن لتطبيق قاعدة علو حجية الأحكام على النظام العام مفترضات عديدة، وهي أن نكون أمام حكم قضائي[1] موجود أولاً، أي ألا يكون الحكم معدوماً، فإذا كان كذلك من الأساس فلا حديث عن الحجية أصلاً، وبالتالي لا يفترض تطبيق قاعدة علو الحجية على النظام العام في هذه الحالة، بينما تفترض قاعدة العلو بطلان الحكم الموجود، لأن قاعدة العلو ما ابتدعت إلا لمواجهة بطلان الحكم لمخالفة النظام العام، كما أن استمرار وجود الحكم أي عدم إلغائه أيضاً يعد مفترضاً لتطبيق قاعدة العلو (مطلب أول).

كما أن من مفترضات تطبيق قاعدة علو حجية الحكم على النظام العام، بعد أن افترضنا وجود الحكم، أن يكون حائزاً لحجية الأمر المقضي التي ستعلو على النظام العام، ولكن ما يصعّب علينا المسألة أن مفهوم حجية الأمر المقضي ونطاقها أيضاً كانا ولا يزالان محل اختلاف ليس فقط على مستوى النصوص

---

[1] لا فتوى صادرة من الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع بمجلس الدولة إذ لا تعتبر قضاءً حائزاً لحجية الأمر المقضي. (حكم المحكمة الدستورية العليا 1981/17 في القضية رقم 15 لسنة 1 قز "تنازع" مشار إليه في: فتحي والي، المبسوط، ج1، ص487. هامش (2). ولا قراراً إداريا أو من قبيل أعمال الإدارة القضائية وإلا لا تعلو على النظام العام. انظر: حكم محكمة النقض – مدني – الطعن رقم 3083 – لسنة 81 قضائية – بتاريخ 27 – 12 – 2011، انظر هامش (207).

التشريعية ولكن بصفة تبعية على الموقف القضائي منهما، ولكن على أية حال، توجد علاقة طردية بين اتساع أو تضييق مفهوم الحجية، ونطاق تطبيق قاعدة العلو على النظام العام (مطلب ثان).

وأخيراً، يفترض تطبيق قاعدة علو حجية الحكم على النظام العام التعارض بين حجية الحكم والنظام العام، ويتجسد هذا التعارض في الادعاء أو النعي على الحكم الحائز للحجية بمخالفته للنظام العام، ولكن يرتبط هذ المفترض بما يسبقه، إذ لو تبنينا المفهوم الضيق للحجية كأثر للحكم الموضوعي فقط، فيفترض تطبيق قاعدة العلو الادعاء بمخالفة النظام العام خارج القضية التي صدر فيها الحكم، بينما لو تبنينا المفهوم الواسع للحجية على اعتبار أنه أثر لكل حكم يتضمن تأكيداً قضائياً موضوعياً كان أو غير موضوعي (إجرائي)، فيفترض تطبيق قاعدة العلو الادعاء بمخالفة النظام العام داخل القضية التي صدر فيها الحكم (مطلب ثالث).

المطلب الأول

ألا يكون الحكم معدوماً وملغياً بسبب الطعن فيه ويصدر من محكمة ذات ولاية

يفترض تطبيق قاعدة علو الحجية على النظام العام ألا يكون الحكم منعدماً، بل باطلاً، فالحكم الذي يخالف قاعدة متعلقة بالنظام العام تسحبه إلى درك الانعدام لا يمكن أن تعلو حجيته عليها، لأن الحكم المعدوم تهدر حجيته أصلاً، على عكس الحال لو كان الحكم معيباً بعيب يقتصر على إبطاله، فإذا كانت نظرية البطلان تعضد من إعمال قاعدة العلو كما بيّنا، فعلى العكس تماماً، إن نظرية الانعدام تمنع إعمالها. كما أن قاعدة علو الحجية تفترض أن يظل الحكم قائماً غير لاغٍ (فرع أول)، كما أن وجود الحكم يفترض صدوره من محكمة ذات ولاية حتى تنطبق قاعدة علو الحجية على النظام العام، بمعنى أنه إذا خالف الحكم قواعد الولاية المتعلقة بالنظام العام، فلا تعلو حجيته عليها (فرع ثان).

الفرع الأول

ألا يكون الحكم محل تطبيق قاعدة العلو معدوماً أو ملغياً

من مفترضات علو حجية الأمر المقضي للحكم على النظام العام ألا يكون منعدماً بمعنى أن يكون الحكم موجوداً، ووجود الحكم يعني توافر أركانه الأساسية[1]، بغض النظر عن وجوده بصفة صريحة أو ضمنية، كما تفترض القاعدة عدم زوال الحكم بالطعن فيه، وذلك على التفصيل التالي:

أولاً: التمييز بين الحكم المعدوم والباطل في إطار قاعدة العلو

إذا كان التمييز بين نظرية البطلان ونظرية الانعدام لم يكن محلاً للإجماع الفقهي[2]، إلا أن نظرية الانعدام نظرية قضائية واقعية ومفيدة[1]، وحتى مع الرأي[2]

---

[1] في أركان الحكم الثلاثة أن يصدر من محكمة تتبع جهة قضائية وأن يصدر بما للمحكمة من سلطة قضائية أي في خصومة وأن يكون مكتوباً انظر بالتفصيل: أحمد أبو الوفا، مرجع سابق، بند 11، ص34-36.

[2] وفي فرنسا، إن العمل القضائي المنعدم، وفقاً للفقه الفرنسي، ليس هو الباطل بطلانا مطلقاً le néant ولكنه معيب بعيب يفقد موضوعه وهدفه تماما لافتقار العناصر الأساسية المكونة له التي تمنع وضعه في فئة الأعمال الإجرائية المعروفة.

Jean Beauchard, jurisClasseur Procédure civile Fasc. 600-45 : NULLITÉ DES ACTES DE PROCÉDURE. – Généralités, Novembre 2018, no.29.

كما إن السوابق القضائية في فرنسا تبدو أنها تخفف من نطاق قاعدة البطلان الذي يصيب الحكم «voies de nullité n'ont lieu contre les jugements» وبالتالي تخفف من نطاق المادة 460 مرافعات التي تجعل طريق الطعن هو الوسيلة الوحيدة للنعي عليه، كما في حالات الحكم

التي يفقد فيها العناصر التي تميز الأحكام كما لو كان منعدماً inexistant وعندئذ لا يحوز حجية الأمر المقضي. وقد استخدمت الغرفة الأولى المدنية من محكمة النقض الفرنسية حجة أخرى في قرارها 17 أكتوبر 1995 لانعدام القرار عندما قضت بأن الحكم الذي صدر دون الدعوة المسبقة للأطراف وبناء على مستندات قدمها المدين لا تحوز حجية الأمر المقضي لأن هذه الحجية لا يحوزها سوى القرارات القضائية الصادرة في نزاع وفي مسائل يتناضل الأطراف عليها أو المدعوين للتناضل في شأنها. وكأن محكمة النقض الفرنسية أضافت للمادة 1355 مدني التي تنص على الحجية مبدأ من مبادئ التقاضي الأساسية وهو المواجهة وحق الدفاع، فحجية الأمر المقضي لا تحوزها إلا القرارات القضائية الصادرة في منازعة بين أطراف على مسألة تناقشوها.

Article 460: La nullité d'un jugement ne peut être demandée que par les voies de recours prévues par la loi.

R. PERROT, obs. RTD civ. 1976. 403. Civ. 1re, 17 oct. 1995, no 94-04.025, Bull. civ. I, no 367, D. 1995. IR 240.V. R. PERROT et N. FRICÉRO, J.-Cl. Proc. civ., fasc. pré. Recueil Dalloz 1995 p.240.

Arrêt rendu par Cour de cassation, 1re civ1995-10-17 .

وفي النظام الانجلوسكسوني، قُضي بأنه لن تنطبق حجية الأمر المقضي بالنسبة للحكم المنعدم الذي يعد ملغياً تماما ولا يرتب أي أثر قانوني.

"Res judicata consequences will not be applied to a void judgment which is one which, from its inception, is a complete nullity and without legal effect".

People v. Sales, 551 N.E.2d 1359 (Ill.App. 2 Dist. 1990). Jaffe and Asher v. Van Brunt, S.D.N.Y.1994, 158 F.R.D. 278.

وقُضي بولاية أركانساس بالولايات المتحدة الأمريكية أيضاً بأن الحكم المنعدم لا يرقى إلى شيء ولا يحوز حجية الأمر المقضي

غير المقتنع بالتمييز بين النظريتين على أساس أن هناك بطلاناً يقبل التصحيح بواقعة معينة وبطلان لا يقبل التصحيح بهذه الواقعة، فإن الحكم الباطل بطلاناً لا يقبل التصحيح (المرادف لفكرة الحكم المعدوم) لا يحوز أيضا حجية الأمر المقضي من الأساس.

ونعتقد أن نظرية الانعدام، وتوفيقاً بين الرأي المؤيد والمعارض لها، لا تختلط بنظرية البطلان، فهي تعمل خارج إطارها وتبقى –في اعتقادنا– وسيلة إجرائية فنية احتياطية تلعب دورها حال عدم إمكانية انطباق وسيلة البطلان[3]. فالأصل أن

"A void judgment amounts to nothing and has no force as res judicata." Arkansas State Highway Commission v. Coffelt, 301 Ark. 112, 782 S.W.2d 45 (1990)

[1]فتحي والي، المبسوط، ج1، ص884–885، بند 384، هامش 2. ويرجع أساس هذا الرأي إلى العلامة السنهوري، نظرية الالتزام، مصادر الالتزام، جـ1، بند 300. كذلك انظر: فتحي والي (تأليف)، وأحمد ماهر زغلول(تحديث)، نظرية البطلان، بند304، ص 529 وما بعدها. ويرى البعض من الفقه الإيطالي ولا نؤيده ان الحكم الباطل بطلانا مطلقاً لا يحوز حجية الأمر المقضي ويمكن التمسك ببطلانها بدعوى الطلان الأصلية ولو بعد فوات ميعاد الطعن، وعول الدكتور فتحي والي على هذا الرأي في رفض نظرية الانعدام وعلق بانه فما إذن الداعي إلى التفرقة بين البطلان المطلق والانعدام.

[2] فتحي والي، المبسوط، ج1، ص884، بند 383. وإن كنا نرى أنه إذا كان البطلان الذي لا يقبل التصحيح هو والانعدام واحد في النتائج المترتبة عليهما فلا مشاحة في الاصطلاح.

[3] Lucie MAYER, Nullité, Juin 2016 (actualisation : Janvier 2019). No 72.

يُعمل بنظرية البطلان إذا أصاب الحكم عيب– سواء كان موضوعياً[1] أو إجرائياً– يصلح كسبب للطعن فيه بطرق الطعن في الحكم أو مراجعته المنصوص عليها في قانون المرافعات[2]، بينما خارج هذه العيوب، إذا فقد الحكم ركناً من أركانه الأساسية أو فقد وظيفته كحكم[3]، فتُهدر حجيته بأسهل الطرق كمجرد إنكاره أو رفع دعوى البطلان بشأنه، وعندها وعلى حد تعبير القضاء تختل قرينة الصحة التي تلحق به قانونا، فلا يصبح عنوانا للحقيقة ولا يتحقق به أن يكون هو عين الحقيقة وحق اليقين[4]، وعلى العكس عندما تُحترم الحجية لا تهدر إلا بطريق خاص وهو الطعن[1].

---

[1] ويقصد منه ما يعيب مضمون الحكم أو موضوعه وتندرج تحت احتمالات الخطأ في تطبيق القانون وتفسيره وتأويله، أو اقتصر الطعن على مناقشة الأدلة التي استند إليها الحكم الطعين.

[2] ولكن السؤال لو اغلق باب الطعن لفوات الميعاد، هل يجوز الاعتداد بالعيب المعدم للحكم كسبب لدعوى البطلان الأصلية؟

في اعتقادي أن الإجابة بالرفض، لأن ميعاد الطعن يظل مفتوحاً طالما أصاب الحكم الغش، ويبدأ ميعاد الطعن من يوم ظهور الغش (المادة 228 مرافعات قياسا على ذلك في كل الطعون).

[3] فتحي والي (تأليف)، وأحمد ماهر زغلول(تحديث)، نظرية البطلان، ص804 وما بعدها، بند 427. وانظر ذات المؤلف، المبسوط، ج1، ص884، بند 384. ولو أننا نرى أن كلا من الرأيين اللذين أرجعا سبب الانعدام إلى فقد الحكم لركن من أركانه الأساسية أو إلى فقد وظيفته كحكم مكملان لبعضهما البعض، فمن البديهي إذا فقد الحكم ركناً أساسياً فقد الحكم وظيفته لأن الحكم لن يقوم بوظيفته إلا إذا توافرت أركانه الأساسية.

[4] ويجب أن يكون الخطأ الذي شاب الحكم ثمرة غلط فاضح يكشف بذاته عن أمره ويقلب ميزان العدالة على نحو لا يستقيم معه صدور حكم من نفس المحكمة تعيد فيه الأمور إلى نصابها الصحيح، كأن يصدر الحكم من محكمة غير مكتملة التشكيل، أو أن يصدر الحكم دون انعقاد

الخصومة. أما إذا قام الطعن بدعوى البطلان على أسباب موضوعية تندرج تحت احتمالات الخطأ والصواب في تفسير القانون وتأويله، أو اقتصر الطعن على مناقشة الأدلة التي استند إليها الحكم الطعين، فإن هذه الأسباب لا تمثل إهدارا للعدالة يفقد معها الحكم وظيفته، وبالتالي لا تصمه بعيب ينحدر به إلى درك الانعدام، مما تكون معه دعوى البطلان في هذه الحالات لا عاصم لها من الرفض. انظر: حكم المحكمة الإدارية العليا – الطعن رقم 16787 – لسنة 59 قضائية – بتاريخ 18 – 2 – 2018، غير منشور (المصدر: www.eastlaws.com). وحكم المحكمة الإدارية العليا – الطعن رقم 14613 – لسنة 50 قضائية – جلسة2–7–2006 – مكتب فني 51 – جـ1 – ص65.

(1) حيث قضت محكمة النقض بأن: "القاعدة أن الحكم القضائي متى صدر صحيحاً يظل منتجاً آثاره فيمتنع بحث أسباب العوار التي تلحقه إلا عن طريق التظلم منها بطرق الطعن المثار به، ولا سبيل لإهدار هذه الأحكام بدعوى بطلان أصلية أو الدفع به في دعوى أخرى ومن المسلم به استثناء من هذا الأصل العام في بعض الصور القول بإمكان رفع دعوى بطلان أصلية أو الدفع بذلك، إذا تجرد الحكم من أركانه الأساسية بحيث يشوبه عيب جوهري جسيم يصيب كيانه ويفقده صفته كحكم، ويحول دون اعتباره موجوداً منذ صدوره، فلا يستنفد القاضي سلطته. ولا يرتب الحكم حجية الأمر المقضي ولا يرد عليه التصحيح، لأن المعدوم لا يمكن رأب صدعه، ومن قبيل ذلك صدور الحكم على من ثبت وفاته قبل رفع الدعوى". حكم محكمة النقض – مدني – الطعن رقم 1017 – لسنة 48 قضائية – جلسة14–2–1979 – مكتب فني 30 – جـ1 – ص520. كذلك انظر: حكم المحكمة الإدارية العليا – الطعن رقم 2512 – لسنة 34 قضائية – جلسة24–2–1990 – مكتب فني 35 – جـ 1 – صـ1223.

بل أن انعدام الحكم قد يصلح سبباً لدعويين بطلان أصليتين. انظر: حكم المحكمة الإدارية العليا – الطعن رقم 92806 – لسنة 62 قضائية – جلسة27–1–2018، غير منشور (المصدر: www.eastlaws.com).

ويترتب على عدم إعمال قاعدة علو الحجية على النظام العام حال انعدام الحكم وفقده الخصائص الأساسية للحكم[1]، النتائج العكسية لإعمالها بمعنى أنه يجوز لقاضي التنفيذ تقديره[2]، وأي محكمة أخرى سواء ذات المحكمة أو محكمة الطعن، علاوة على أن في استبعاد تطبيق قاعدة العلو عند انعدام الحكم تأكيداً على أن أساس قاعدة علو الحجية تتمثل في عدم جواز المساس بالحكم بالبطلان كما بيّنا[3]، لذلك إذا أنعدم الحكم فلا حجية له، وبالتالي لا يعلو على النظام العام، فالانعدام استثناء على قاعدة علو الحجية على النظام العام[4].

---

(1) Juliana KARILA DE VAN ; Nicolas GERBAY. Répertoire de droit civil Février 2017.

(2) أحمد ماهر، اعمال القاضي ....، ص68، بند 35، انظر نقض مدني 1953/2/19 – الطعن رقم 24 لسنة 21 ق، ونقض مدني 13/4/ 1977 – الطعن رقم 16 لسنة 44 ق، 1977/4/27 الطعن رقم 427 لسنة 41 ق.

(3) بالمادة 460 من قانون المرافعات الفرنسي المنظمة للطعن ببطلان الحكم والتي تتيح للطاعن إلغاء آثار الحكم المعيب. والنتيجة هي إذا كانت محكمة الطعن بالبطلان لم تزل العيب في الحكم وبالتبعية لم تلغ آثاره فيظل الحكم، بعيبه، حائزاً لحجية الأمر المقضي.

Juliana KARILA DE VAN ; Nicolas GERBAY. Répertoire de droit civil Février 2017.

(4) انظر في مفترض قاعدة العلو: ألا يكون الحكم منعدماً ما يلي الفرع الأول من المطلب الأول من المبحث الثاني.

وذهب رأي[1] إلى أن العيب الجسيم الذي يحول دون تحقيق الحكم لوظيفته هو العيب الجسيم الذي يجرد العمل من حجيته ويتيح التمسك ببطلانه بغير طريق الطعن، ورغم ذلك يؤكد هذا الرأي على أن الحكم المجرد من حجيته يبقى موجوداً – غير منعدم– قائماً ومرتباً آثاره حتى يُقضى ببطلانه فلا تترتب آثار البطلان إلا إذا قُضي به[2]، ويترتب على ذلك الرأي نتيجة غير منطقية مؤداها أن الحكم المخالف لقاعدة متعلقة بالنظام العام مما أفقده صلاحيته كحكم يبقى قائماً منتجاً لآثاره ومنها علوه على النظام العام حتى يُقضى بإبطاله، على الرغم من أن العيب الذي أصابه لا يقبل التصحيح.

---

[1] فلا يوجد ما يسمى بالانعدام ولكن يوجد بطلان قابل للتصحيح بواقعة معينة وبطلان لا يقبل التصحيح بهذه الواقعة، فليس هناك أي مبرر فني للقول بالانعدام لنصل إلى هذه النتائج. فتحي والي (تأليف)، وأحمد ماهر زغلول(تحديث)، نظرية البطلان 1997، ص804 وما بعدها، بند 427. وانظر ذات المؤلف، المبسوط، ج1، ص884، بند 384.

في تفاصيل أسباب انتقاد هذا الرأي انظر: أحمد ماهر زغلول، الحجية الموقوفة، ص113–114، بند 79. فكيف يكون مجردا من الحجية وفي ذات الوقت غير منعدم، فمهما كانت درجة جسامة العيب الحكم يظل محتفظا بآثاره ومتمتعا بها.

[2] فالحكم وفقا لهذا الرأي ليس معدوما منذ صدوره، عكس ما هو مقرر قضاءً. إذ تقضي محكمة النقض بأنه: "المقرر – في قضاء محكمة النقض – أنه ولئن كان الأصل عدم جواز إهدار حجية الأحكام إلا بطريق التظلم منها بطرق الطعن المناسبة تقديراً لتلك الحجية إلا أنه يُستثنى من هذا الأصل حالة تجرد الحكم من أركانه الأساسية، بحيث يشوبه عيب جوهري جسيم يصيب كيانه ويفقده صفته كحكم ويحول دون اعتباره موجوداً منذ صدوره". حكم محكمة النقض – مدني – الطعن رقم 10158 – لسنة 78 قضائية – جلسة8–1–2012 – مكتب فني 63 – ص80. وحكم محكمة النقض – مدني – الطعن رقم 1017 – لسنة 48 قضائية – جلسة14–2–1979 – مكتب فني 30 – جـ1 – ص520.

بينما لو سايرنا الرأي الذي نميل إليه من أن الانعدام يجرد الحكم من حجيته ومن وجوده نتيجة عيب جسيم يفقد الحكم معه ركنا من أركانه، متميزاً عن البطلان كأثر لعيب يلحق شروط صحة الحكم يؤثر في أداء وظيفته على الوجه الأكمل ويبقى الحكم معه موجودًا ومرتباً لآثاره ومنها علوه على النظام العام حتى يُقضى بإبطاله[1]، فنصل إلى نتيجة هامة وهي أن عدم انعدام (الوجود) الحكم مفترضاً لقاعدة علو الحكم على اعتبارات النظام العام.

وجدير بالإشارة هنا أيضاً أنه ذهب البعض[2] ممن يؤيدون فكرة الانعدام إلى الاعتراف بمكنة الطعن في الحكم، فلا تلازم بين الطعن والحجية، ولكن مكنة الطعن تفترض وبحق أن نكون أمام حكم، وليس شبهة حكم كما قيل[3] أو ليس حكمًا منعدمًا تنعدم طبيعته القضائية على اعتباره عملاً مادياً acte matériel أو

---

[1] هو الأمر المستقر عليه في معظم الفقه الإجرائي والقضاء. انظر: وجدي راغب، نظرية العمل القضائي، ص403 وما يليها، محمود هاشم، استنفاد ولاية القاضي، بند 22-23، أحمد ماهر زغلول، الحجية الموقوفة، ص114-116، بنود 80-83. وقضاء انظر الهامش السابق.

[2] ذهب البعض إلى أن الحكم المعدوم يظل له وجود مادي يحوز قوة الشيء المقضي ويتعين تنفيذه حتى ولو كان معدوما. انظر: أحمد السيد صاوي، الوسيط، ص602 والاحكام المشار إليها في هامش الصفحة. بينما ذهب رأي آخر إلى ألا يجوز الالتجاء إلى دعوى البطلان الأصلية طالما باب الطعن مفتوح، وإذا فوت الخصم على نفسه باب الطعن فيفوت عليه باب دعوى البطلان. عاشور مبروك، دروس في أصول قانون القضاء، مكتبة الجلاء الجديدة – المنصورة، ص 769.

[3] أحمد ماهر زغلول، الحجية الموقوفة، ص119، بند 84.

واقعة قانونية بحتة fait juridique يرتب القانون عليها أثار محددة[1]، ويترتب على الرأي السابق نتيجة هامة وهي اعتبار انعدام الحكم قيداً أو استثناءً على قاعدة العلو، ولم يعتبره مفترضاً لتطبيقها، وهذا القيد هو قيد عام ينطبق على جميع المسائل المدنية والتجارية والأحوال الشخصية وغيرها[2].

ولا نذهب مع هذا الرأي السابق، حيث **نرى** عدم جواز الطعن في الحكم المنعدم أو على الأقل عدم التقيد بنظام الطعن الإجرائي، ولكن تبقى طرق غير اعتيادية لهذا الظرف الخاص (الانعدام) وهي دعوى البطلان الأصلية والدفع بالبطلان والمنازعة في تنفيذه أو حتى إنكاره عند التمسك بما اشتمل عليه من آثار[3] وهي الآليات المواجهة للحكم المنعدم، أما الطعن في الحكم المنعدم على العكس يؤيد نظرية إنكار الانعدام سالفة الذكر.

وفي اعتقادنا حتى ولو كان الخصم صاحب المصلحة في التمسك بالانعدام قدم طعناً للمحكمة (وإن كانت المحكمة الأعلى في الدرجة من المحكمة التي أصدرت الحكم المنعدم) فتعين من وجهة نظرنا تكييفه تكييفاً قانونياً صحيحاً – لأن العبرة بالحقيقة والواقع وليس بما يطلقه الخصوم على العمل الإجرائي من وصف– على

---

[1] وجدي راغب، نظرية العمل القضائي، ص407–408.

[2] على عكس قيد عدم مخالفة القواعد القطعية بشريعتنا الإسلامية الغراء التي يرى البعض أنه قيد في مسائل الأحوال الشخصية فقط، في تفاصيل ذلك انظر ما يلي الفرع الأول من المطلب الثاني من المبحث الثالث.

[3] سيد أحمد محمود، أصول التقاضي، ص466.

أنه دعوى بطلان حتى لا تتقيد تلك المحكمة بأحكام الطعون، بل تتحرر منها، من حيث المواعيد[1] وسلطة محكمة الطعن وغيرها[2]، وذلك بدلاً من القول بأنه يجوز الطعن فيه وإذا فات الميعاد فيجوز رفع دعوى البطلان. وبدلا من ممارسة حق الطعن بإجراءاته ثم دعوى البطلان بإجراءاتها، نُعمل نظرية التحول الإجرائي للطعن لتصير دعوى بطلان أصلية أمام محكمة الطعن، اختصاراً للوقت والإجراءات والجهد الذين لا يستحقهم حكم منعدم[3].

ثانياً: تطبيق قاعدة علو الحجية على الحكم الصريح والضمني

وطالما أن من مفترضات تطبيق قاعدة علو الحجية أن يكون الحكم موجوداً وقائماً، فلا يهم بعد ذلك أن يكون هذا الحكم صريحاً أو ضمنياً، فإن مناط حجية الحكم

---

[1] عكس ذلك: فتحي والي (تأليف)، وأحمد ماهر زغلول(تحديث)، نظرية البطلان، ص805، بند 427. يرى أنه يجب على المحكوم عليه أن يتقيد بميعاد الطعن وإذا انقضى فلا يبقى أمامه سوى رفع دعوى أصلية بالبطلان.

[2] بل ونتفادى بذلك مشاكل قد تنتج عن إجازة الطعن في الحكم المنعدم كالاختصاص المشترك (محكمة الطعن ومحكمة دعوى البطلان الأصلية) وما قد ينجم عنه من تناقض في الأحكام. انظر في مشكلة الاختصاص المشترك وحلها بآلية وقف الخصومة انظر: احمد ماهر زغلول، الحجية الموقوفة، ص123-125، بند 88.

[3] حيث قُضي بأن: "بطلان الحكم الناشئ عن أن أحد القضاة الذين سمعوا المرافعة لم يحضر النطق به ولم يوقع على مسودته، بل الذي حضر تلاوته وأمضى مسودته هو قاض آخر هو بطلان متعلق بأسس النظام القضائي، أي بالنظام العام. فالطعن بهذا البطلان جائز في أي وقت، بل إن على المحكمة أن تتعرض له من تلقاء نفسها". حكم محكمة النقض – مدني – الطعن رقم 94 – لسنة 2 قضائية – جلسة2-2-1933 – مكتب فني 1 (مجموعة عمر) – جـ 1 – صـ176.

المانعة من إعادة طرح النزاع في ذات المسألة المقضي فيها أن يكون الحكم قد فصل في النزاع المطروح بصفة صريحة أو بصفة ضمنية حتمية بعد أن تناقش فيه الطرفان، واستقرت حقيقته بينهما بهذا الحكم استقراراً مانعاً من إعادة طرحه من جديد في أي دعوى تالية محلها أي حقوق متفرعة من هذه المسألة المشتركة بين الدعويين أو مترتبة عليها، والبت فيه بحكم ثان، وعلى ذلك وكما قُضي فإنه متى حاز الحكم قوة الأمر المقضي فإنه يكون حجة فيما فصل فيه من مسائل ويعتبر عنواناً للحقيقة فقوة الأمر المقضي للحكم تسمو على قواعد النظام العام[1].

ومن تطبيقات علو حجية الأمر المقضي للحكم الضمني على النظام العام[2]، قرار الإحالة إلى دائرة أفرد لها المشرع اختصاصاً نوعياً محدداً الذي يتضمن حكماً بعدم الاختصاص والإحالة الذي يعلو – عند حيازته قوة الأمر المقضي لعدم الطعن فيه بالاستئناف– على النظام العام، حيث إن قرار الإحالة من المحكمة المدنية العادية

---

[1] انظر: حكم المحاكم الاقتصادية – الدائرة الثانية الاستئنافية –الطعن رقم 810 – لسنة 2 قضائية – جلسة14–2–2013، غير منشور (المصدر: www.eastlaws.com).

[2] كذلك كان لهذه المسألة تطبيق لدى محكمة النقض المصرية بشأن الحكم النهائي الصادر عن القضاء العادي بالوقف التعليقي على مسألة أولية (الجنسية) تدخل في ولاية القضاء الإداري يتضمن حكماً بعدم اختصاصها الولائي بنظر مسألة الجنسية بحيث لا تملك المحكمة التي أصدرته أن تعدل عنه وتقضى باختصاص جهة القضاء العادي بالفصل في هذه المسألة ، كما يمتنع على الخصوم إعادة طرحها من جديد على المحاكم العادية ولا يغير من ذلك ادعاء الطاعن أن القضاء العادي هو المختص دون القضاء الإداري على خلاف مذهب الحكم ، لأن الحكم النهائي و لو اشتمل على خطأ في القانون تكون له قوة الأمر المقضي التي تعلو على اعتبارات النظام العام. حكم محكمة النقض – مدني – الطعن رقم 38 – لسنة 40 قضائية – جلسة17–4–1974 – مكتب فني 25 – جـ 1 – صـ698.

– الذي كيفته هكذا كقرار إحالة– إلى المحكمة الاقتصادية التي أفرد لها المشرع اختصاصاً استئثارياً ولم يطعن فيه بالاستئناف فحاز قوة الأمر المقضي التي تمنع على الخصوم والمحكمة الاقتصادية إعادة مناقشة مسألة اختصاصها لأن قوة الأمر المقضي تعلو على النظام العام[1]. ويتبين من هذه القضية أن السبب الرئيسي الذي أدى إلى انطباق قاعدة علو قوة الأمر المقضي على النظام العام، وحرمان الخصوم ومنع المحكمة من المساس بقرار الإحالة بالتبعية، هو التكييف القانوني له على أنه حكم ضمني بعدم الاختصاص النوعي والإحالة[2].

وتطبيق آخر هو الحكم الصادر من المحكمة الابتدائية في موضوع الدعوى ولم يثر الخصم مسألة الولاية في الاستئناف حاز الحكم في مسألة الولاية قوة الأمر

---

[1] فقُضي بأنه: "فلا تعتبر إحالة الدعوى من المحكمة المدنية إليها مجرد قرار بإحالة الدعوى إداريا من دائرة من دوائر المحكمة إلى دائرة أخرى من دوائرها، وإنما هو في حقيقته قضاء ضمني بعدم اختصاص تلك المحكمة نوعيا بنظر الدعوى، وبإحالتها إلى المحكمة الاقتصادية باعتبارها المختصة بنظرها، ومن ثم يقبل الطعن المباشر تطبيقا لحكم المادة 212 من قانون المرافعات، فإذا لم يطعن الخصوم فيه بطرق الطعن المقررة قانونا فإن قضاءها في هذا الشأن يحوز قوة الأمر المقضي ويمتنع عليهم العودة إلى مناقشة هذه المسألة ولو بأدلة قانونية أو واقعية لم تسبق إثارتها كما يمتنع على المحكمة معاودة النظر فيه لما هو مقرر أن حجية الأحكام تسمو على اعتبارات النظام العام". حكم محكمة النقض – مدني – الطعن رقم 3083 – لسنة 81 قضائية – بتاريخ 27 – 12 – 2011).

[2] وبتطبيق قضائي آخر. انظر: حكم محكمة النقض – غير منشور (المصدر: www.eastlaws.com) – مدني – الطعن رقم 4758 – لسنة 65 قضائية – بتاريخ 26 – 11 – 2001.

المقضي وبالتالي لا يجوز إثارتها أمام محكمة الاستئناف أو محكمة النقض لأول مرة، تطبيقاً لقاعدة علو قوة الأمر المقضي على النظام العام[1].

ثالثاً: أن يستمر الحكم قائماً (عدم زواله بالطعن فيه)

ونقصد من اعتبار الحكم قائماً أي عدم إلغائه بالطعن، فمن مفترضات نطاق تطبيق قاعدة العلو أن تظل حجية الحكم قائمة حتى يتم إلغاؤه.

وإذا كان الاتجاه القضائي لمحكمة النقض أن مجرد الطعن بالنقض – وقياساً الطعن بالتماس إعادة النظر– في الأحكام النهائية لا ينال من حجية الأمر

---

[1] انظر: حكم محكمة النقض – مدني – الطعن رقم 948 – لسنة 44 قضائية – بتاريخ 22 – 3 – 1980. كذلك انظر في الاتجاه القضائي المعاكس ما يلي الفرع الثاني من المطلب الثاني من المبحث الثالث و الأخير.

وبتطبيق ثالث، قضت محكمة النقض بأنه: " وكان الحكم التمهيدي الصادر من محكمة الدرجة الأولى بتاريخ 13 فبراير سنة 1991 قد قضى بقبول الطعن شكلاً وهو قضاء قطعي باختصاصها بنظر الطعن في قرار اللجنة وكانت الطاعنة لم تستأنف هذا القضاء واقتصر استئناف المطعون ضده على القضاء في موضوع الطعن فإنه يكون قد حاز قوة الأمر المقضي والتي تسمو على اعتبارات النظام العام وتغطي الخطأ في القانون فلا يجوز للطاعنة أن تتمسك في طعنها أمام هذه المحكمة بعدم ولاية المحاكم العادية". حكم محكمة النقض – مدني – الطعن رقم 1045 – لسنة 64 قضائية – جلسة29–3–2001 – مكتب فني 52 – جـ 1 – صـ466. والملاحظ هنا أن قوة الأمر المقضي، التي تعلو على قواعد الولاية المتعلقة بالنظام العام، حزها الحكم بقبول الطعن شكلاً المتضمن حكماً ضمنياً قطعياً بالاختصاص.

المقضي[1]. بيد أن المسألة بالنسبة للاستئناف عكسية، فمجرد الطعن بالاستئناف– وفقاُ لاتجاهات محكمة النقض[2] – يوقف الحجية وبالتبيعة تتعطل قاعدة علو الحجية على النظام العام لتعطل ووقف الحجية ذاتها.

وقد انتقد الفقه الإجرائي[3] – ونؤيده– هذا الاتجاه القضائي؛ لأن مجرد الطعن عموماً لا يوقف حجية الأمر المقضي للحكم، بينما إن ممارسة الطعن أو عدم ممارسته يؤثر على قوة الحكم الإجرائية، فالحكم الابتدائي إذا لم يُطعن فيه يكتسب قوة الأمر المقضي والحكم الحائز لقوة الأمر المقضي إذا لم يُطعن فيه خلال المدة يحوز البيتوتة وهي قوة إجرائية أو حصانة أعلى من قوة الأمر المقضي.

---

[1] انظر: حكم محكمة النقض – مدني – الطعن رقم 1412 – لسنة 50 قضائية – جلسة29–4–1986 – مكتب فني 37 – جـ 1 – صـ495، وتقضي به المحكمة الدستورية العليا أيضاً. انظر: حكم المحكمة الدستورية العليا – الطعن رقم 2 – لسنة 5 قضائية – بتاريخ 2 – 4 – 1988).

[2] ومن قبل استئناف مختلط 30 أكتوبر سنة 1912 م 25 ص 3، مشار إليه في السنهوري، تنقيح المستشار أحمد مدحت المراغي، منشاة المعارف بالإسكندرية، ج2 (الإثبات – آثار الالتزام)، ص586، هامش (2). وقد عبرت عن وقف الحجية بالاستئناف محكمة النقض في حكم لها واضح بأن: " أن هذه الحجية مؤقته تقف بمجرد اعتباره مستأنفاً وتظل موقوفه إلى أن يقضى في الاستئناف، فإذا تأيد ما قطع فيه عادت إليه حجيته وإذا ألغى – ولو ضمنياً – زالت عنه هذه الحجية ويترتب على وقف حجية هذين الحكمين فيما فصلا فيه نتيجة لاعتبارهما مستأنفين أن محكمة الاستئناف التي يرفع إليها النزاع لا تتقيد بهذه الحجية". حكم محكمة النقض – مدني – الطعن رقم 66 – لسنة 50 قضائية – جلسة9–2–1984 – مكتب فني 35 – جـ 1 – صـ446.

[3] أحمد ماهر زغلول، الحجية الموقوفة، بند 60 وما بعده.

كذلك فإن إلغاء الحكم قد يكون بسبب التقادم إذا نص عليه المشرع صراحةً، لأن الأحكام لا تتقادم ولا تسقط بطريقة الاستنتاج لما يترتب على سقوطها من المساس بالحقوق المكتسبة للخصوم[1]، والمشرع المصري لا يعترف بتقادم الحكم وسقوطه كقاعدة[2].

وجدير بالذكر أخيراً أنه إذا سمح قانون المرافعات بالنزول عن الحكم بموجب المادة 145 مرافعات، فهذا لا يعني نزوله عن الحكم كإجراء بل فقط عن الحق الثابت

---

[1] والمقصود بالإلغاء هو الإلغاء من محكمة الطعن سواء كان كلياً أو جزئياً، وفي الحالة الأخيرة يبقى الحكم قائماً في شقه غير الملغي، ولذلك يبقى الحكم حائزاً لحجيته بصفة عامة ولو كان محلاً الطعن ولم يُلغى بعد، فمجرد الطعن لا يلغي حجية الحكم وحصانته الخارجية بل يظل متمتعاً بالحجية وآثارها والتي منها علوها على النظام العام عند الادعاء بمخالفته أمام محكمة أخرى من ذات الدرجة، حتى يصدر حكم آخر من محكمة الطعن بإلغائه. وقضت محكمة النقض بأنه: "طالما أن المشرع لم ينص صراحة على إسقاط هذه الأحكام فإنها لا تسقط بطريقة الاستنتاج لما يترتب على سقوطها من المساس بالحقوق المكتسبة للخصوم، وأن مجرد الطعن بالنقض في هذه الأحكام لا ينال من حجيتها ولا يترتب عليه إعادة عرض النزاع على محكمة النقض وإنما تظل هذه الأحكام محتفظة بحجيتها التي تعلو على اعتبارات النظام العام وهي حجية لا تسقط إلا بنقض الحكم إذ أنه في هذه الحالة فقط يسقط عن الحكم النهائي حصانته ". حكم محكمة النقض – مدني – الطعن رقم 1412 – لسنة 50 قضائية – جلسة29-4-1986 – مكتب فني 37 – جـ 1 – صـ495.

[2] توجد بعض الاستثناءات في قانون التجارة (م68). في تقادم الأحكام انظر: محمد سعيد عبد الرحمن، تقادم الأحكام القضائية في المواد المدنية والتجارية "دراسة مقارنة في فرنسا ومصر ولبنان "، دار النهضة العربية، سنة 2015، ص42 وما بعدها.

فيه، ولا يفيد النزول عن الحجية التي تعلو على النظام العام[1]، ولكن يفيد النزول عن الحكم قبوله ويسقط الحق في الطعن فيه، وبالتالي يكتسب الحكم عندئذٍ-

---

[1] لا يعني التنازل عن الحكم، بموجب المادة 145 مرافعات، عدم اعتباره قائماً، لأن التنازل عن الحكم لا يعني التنازل عن حجية الأمر المقضي التي يحوزها وبالتالي تظل تعلو على النظام العام، فالحجية لا تحمي آثار الحكم أو مضمونه من التغيير الذي يمكن أن يحدثه أطراف الخصومة التي فصل فيها وإنما تحميها فقط من تجديد منازعتهم بشأنها أمام القضاء في المستقبل. بمعنى أن الحكم بجانب ما يتضمنه من حق موضوعي يعبر عن مصلحة خاصة بالمحكوم له، إلا كإجراء (قالب إجرائي) ينشئ ويسبغ حماية (حصانة) إجرائية تمنع من إعادة النزاع لغايات استقرار الحقوق والمراكز تعبيراً عن المصلحة العامة، فالتنازل يشمل الحق لا تلك الحصانة، وبالتالي إذا جددت الدعوى فلا تقبل لسبق الفصل فيها.

وذهب قضاء النقض إلى أن: "التأخير في تمسك الخصم بالورقة الرسمية للحكم الذي صدر لصالحه ينبئ عن تنازله عن الحق الثابت به فإنه يتعين عدم الاعتداد بأثره على المراكز القانونية التي استقرت لخصمه في تاريخ لاحق على صدور هذا الحكم الذي ساهم بفعله في تحققها اتساقا مع القاعدة الأصولية التي تقضي بأن من سعى في نقض ما تم من جهته فسعيه مردود عليه". حكم محكمة النقض – مدني – الطعن رقم 76 – لسنة 73 قضائية – جلسة13-3-2007 – مكتب فني 58 – صـ261. وذهب حكم آخر إلى إجازة أن يورد الطاعن في اتفاق التحكيم تنازله عن الحكم الصادر لصالحه. حكم محكمة النقض – مدني – الطعن رقم 1626 – لسنة 74 قضائية – بتاريخ 20 – 4 – 2006).

هذا الحكم منتقد من وجهة نظري لأن النزول عن الحكم يعني النزول عن الحق الثابت في الحكم وفي اعتقادنا أيضاً يعني النزول عن القوة التنفيذية وعن الطعن في الحكم (انظر: حكم محكمة النقض – مدني- الطعن رقم 4654 لسنة 63 قضائية بتاريخ 1995-12-06 مكتب فني 46 جـ 2 صـ 1312)، ولا يعني التنازل عن الحجية، ولكن يبقى الحكم محل التنازل حائزاً للحجية المانعة من إعادة المطالبة بذات الحق، وبالتالي للحجية أثر مستقبل ومن هذه الزاوية تعلو على اعتبارات النظام العام.

بالإضافة إلى الحجية التي تمنع من رفع الدعوى مرة أخرى– البيتوتة التي تعلو على النظام العام، بحيث لا يجوز رفع الدعوى أو المساس بالحكم محل النزول ولو خالف النظام العام.

وهذا الاتجاه لمحكمة النقض وإن كان يمكن انطباقه على حكم التحكيم مع اختلاف وجهات النظر للطبيعة الخاصة لعملية التحكيم إلا أنه حتماً غير جائز في حكم القضاء، لأن التنازل المقصود هنا هو التنازل عن الحق الثابت في الحكم القضائي الذي لا يمتد إلى حجية الأمر المقضي التي يحوزها الحكم القضائي السابق صدوره لأن الحجية متعلقة بالنظام العام. وقضت المحكمة الإدارية العليا بأن: "الحكم لو كان قابلا للطعن فيه بطرق الطعن العادية يحوز حجية الأمر المقضي وان التأخر في التمسك بحجية الحكم السابق لا يعني التنازل عنه لأنه يجوز للمحكمة الإدارية العليا أن تثيره من تلقاء نفسها لتعلق الحجية بالنظام العام". حكم المحكمة الإدارية العليا – الطعن رقم 18234 – لسنة 51 قضائية – جلسة6–1–2018، غير منشور (المصدر: www.eastlaws.com). لذلك إذا دفع الخصم المقابل، للخصم المتنازل، بعدم جواز تجديد المطالبة يكون هذا الدفع متعلق بالنظام العام. انظر: حكم محكمة النقض – مدني – الطعن رقم 611 – لسنة 63 قضائية – جلسة3–3–1997 – مكتب فني 48 – جـ 1 – صـ418.

الفرع الثاني

أن يكون الحكم صدر من محكمة ذات ولاية

إن الولاية القضائية هي الصلاحية المجردة التي يعترف بها القانون لجهة المحاكم لمباشرة أعمال القضاء، وهي مسألة متعلقة بالنظام العام لارتباطها بأسس التنظيم القضائي في الدولة واعتبارات المصالح العليا[1]. ويجعل القضاء الولاية مفترض للحجية، فلكي يتمتع الحكم بها يجب أن يصدر من محكمة لها ولاية، فمفترض قاعدة علو الحجية على النظام العام هو أن يصدر الحكم من محكمة ذات ولاية[2].

---

[1] انظر: حكم محكمة النقض – مدني – الطعن رقم 3438 – لسنة 78 قضائية – جلسة26–10–2009 – مكتب فني 60 – صـ829. وأنظر كذلك: وجدي راغب، مبادئ القضاء المدني، مرجع سابق، ص263، 281. أحمد ماهر زغلول، أعمال القاضي ...، ص228، بند 119.

[2] طعن رقم 1977/6 مدني، جلسة 1977/6/27، مجموعة القواعد القانونية حتى 1979، ص30، طعن رقم 1976/9، تجاري، 1977/10/26، المجموعة السابقة، ص160، طعن رقم 74/37 تجاري جلسة 1976/3/3 المجموعة السابقة، ص161. مشار إليه في: غنام محمد غنام، نظرية الانعدام في الإجراءات الجزائية: مقارنة بالانعدام في قانون المرافعات المدنية والتجارية (دراسة في القانونين الكويتي والمصري)، ط1، جامعة الكويت – مجلس النشر العلمي – لجنة التأليف والتعريب والنشر 1999، ص53– 54. وهذا المبدأ القانوني في وجوب احترام حجية الأمر المقضي به لا يتعارض بالضرورة مع دعوى البطلان الأصلية مادام سندها هو عيب الانعدام. د. أحمد أبو الوفا، نظرية الأحكام، 1958، ص275.

إن ولاية القضاء تتحدد بطريقة سلبية، فالأصل أن لجهة القضاء في الدولة ولاية فض كل الدعاوى و المنازعات باستثناء ما يخرج عن ولايتها[1]، والخروج إما أن يكون خروجاً عن ولاية عامة للقضاء، وعندئذٍ تنتفي ولاية المحكمة مطلقاً، كأعمال السيادة[2]، أو أن تدخل عموماً في ولاية القضاء المصري ولكن تخرج عن الاختصاص الولائي(الوظيفي)[3] لجهة قضاء إلى أخرى كجهة القضاء الإداري(مجلس الدولة م 190 من الدستور الحالي) أو المحكمة الخاصة (كالمحكمة الدستورية العليا م 191 من الدستور الحالي)، بحيث إذا خرجت المحكمة عن حدود ذلك الاختصاص الولائي شاب حكمها عيب الانتفاء النسبي للولاية[4].

---

[1] فتحي والي، المبسوط ج1، بند 181، ص457. انظر: المواد 94، 97، 184، 188 من الدستور المصري الحالي، وكذلك المادة 15 من قانون السلطة القضائية المصري.

[2] وبالنسبة للاختصاص القضائي الدولي للمحاكم فيرى البعض انها قواعد غير متعلقة بالنظام العام (أحمد عبد الكريم، بند 181 وما يلي مشار إليه في أحمد ماهر زغلول، أعمال القاضي...، ص282، بند 146، هامش (473) ورتب البعض الآخر على تلك الفكرة – وإن كان معارضاً لها – نتيجة مؤداها اعتبار العمل الذي يصدره القاضي رغم تخلف عنصر اختصاصه بالدعوى عملا قضائيا تغطي حجيته عيب عدم الاختصاص فتضفي عليه حصانة تحول دون مهاجمته بغير طرق الطعن المعتمدة. (أحمد ماهر زغلول، أعمال القاضي ...، ص228، بند 119).

[3] نقصد من مصطلح "الاختصاص الولائي" الاختصاص الوظيفي لجهة قضاء كجزء من "ولاية" القضاء عموماً.

[4] وجدي راغب، مبادئ القضاء المدني، ص264.

وفي حال الانتفاء المطلق للولاية، يعد حكم المحكمة منعدماً، ولا يحوز حجية الأمر المقضي، وعندئذٍ لا تنطبق قاعدة علو حجية الحكم على قواعد الولاية المطلقة المتعلقة بالنظام العام بل على العكس فتعلو الأخيرة على الحجية، لأن بانتفاء الولاية العامة للقضاء يجعل العمل القضائي منعدماً لتخلف الركن أو العنصر الشخصي[1]، أو يجعل العمل القضائي معيباً بعيب جسيم غير قابل للتصحيح ويحول دون ترتيب الحجية[2]، وبالتالي لا تنطبق عندئذٍ قاعدة علو الحجية، لأنه لا حجية له من الأساس.

وتطبيقاً لما سبق إذا صدر حكم من المحكمة في عمل من أعمال السيادة فلا تعلو حجية هذا الحكم على أعمال السيادة المتعلقة بالنظام العام، لأن اعتبارات المصالح العليا التي تملي تنظيم الولاية العامة للمحاكم تعلو على اعتبارات النظام العام التي تملي حجية الأمر المقضي، فصحيح أن كلاً من تنظيم الولاية العامة للمحاكم وحجية الأمر المقضي متعلقان بالنظام العام، غير أن اعتبارات النظام العام المتصلة بالسلطة القضائية للدولة وسلطان تلك الدولة وسيادتها لاسيما في مواجهة السلطات القضائية للدول الأخرى تعلو على اعتبارات النظام العام المتصلة بالحجية التي تحقق استقرار الحقوق ومراكز الأشخاص، مما يدل ذلك كله على وجود تدرج

---

[1] وجدي راغب، نظرية العمل القضائي، ص584 وما يليها.

[2] وإذا انتفت الحجية فلا تنطبق على الحكم قاعدة عدم جواز التمسك ببطلان الحكم بغير طريق الطعن voies de nullité n'ont lieu contre les jugements. انظر: أحمد ماهر زغلول، اعمال القاضي ...، ص281، بند 145.

–في اعتقادنا وكما رأينا – في تعلق واتصال القواعد بالنظام العام[1]. لذلك نقول بأن الولاية العامة للقضاء أحد مفترضات تطبيق قاعدة علو الحجية على النظام العام[2]، لأنها من مفترضات الحجية من الأساس، ففي حال انتفائها لا حجية أصلاً للحكم حتى تعلو على النظام العام.

بيد أن البعض[3] يرى أن المشرع أحيانا يفوض القضاء في تقدير المسألة التي تخرج عن الولاية العامة للقضاء ومنها أعمال السيادة ولذلك إذا صدر حكم من المحاكم باعتبار العمل سيادياً أو غير ذلك يحوز حجية الأمر المقضي التي تعلو على اعتبارات النظام العام، لأن الحكم لا تنتفي عنه الصفة القضائية بل هو عمل قضائي ولا يجوز مهاجمته بغير طرق الطعن، أما المسائل التي لم يفوض فيه المشرع القضاء في تقديرها وهو الوضع الغالب فيها كحالة التصديق على المعاهدات، فإن القاضي يكون قد فصل في مسألة لا تدخل في ولايته يتجرد عمله

---

[1] في فكرة التدرج في النظام العام ما سبق الفرع الثاني من المطلب الثاني من المبحث الأول.

[2] وهو ما نستنتجه بمفهوم المخالفة لما هو مقرر قضاءً من أنه: "متى صدر الحكم من محكمة ذات ولاية وصار نهائيا غير قابل للطعن فيه بأي طريق من طرق الطعن المقررة قانونا، فلا يجوز إهدار حجيته بمقولة أنه صدر باطلا لمخالفته حكم القانون أو لعدم تمثيل الخصوم في الدعوى التي صدر فيها تمثيلا صحيحا، لأن الحجية تسمو حتى على قواعد النظام العام". طعن رقم 1975/43 تجاري، جلسة 1977/1/12، مجموعة القواعد القانونية حتى1979، ص28. وانظر حكم محكمة النقض – مدني – الطعن رقم 1059 – لسنة 45 قضائية – جلسة2–2–1976 – مكتب فني 27 – جـ 1 – صـ371.

[3] أحمد ماهر زغلول، أعمال القاضي...، ص286، بند 147.

فيها بالتالي من حجية الأمر المقضي، بينما يذهب البعض الآخر[1] – ونؤيده[2]– إلى إطلاق انعدام الحكم في المسائل التي تنتفي فيها ولاية القضاء عموماً سواء كان محلاً للتفويض التشريعي أو ليس كذلك.

صفوة القول إذن إن احترام قواعد الولاية العامة للقضاء عموماً هي أحد مفترضات وجود الحكم، واحترام الحكم لهذه القواعد هو مفترض لتطبيق قاعدة علو الحجية على النظام العام، بحيث إذا صدر الحكم وقد خالف هذه القواعد المتعلقة بالنظام العام لسحبته إلى درك الانعدام وهنا تعلو قواعد الولاية على حجية الأمر المقضي[3].

بينما قواعد الاختصاص القضائي فهي لا تعد من مفترضات الحجية قضاءً وفقهاً[4]، بل إن الحجية تعلو عليها فإذا صدر الحكم الحائز لحجية الأمر المقضي

---

[1] وجدي راغب، مبادئ القضاء المدني، ص264. ونظرية العمل القضائي، ص586.

[2] استناداً إلى ما تنص عليه المادة 17 من قانون السلطة القضائية المصري من أنه: "ليس للمحاكم أن تنظر بطريقة مباشرة أو غير مباشرة في اعمال السيادة". وما تنص عليه المادة 11 من قانون مجلس الدولة من أنه: "لا يختص مجلس الدولة ... بالنظر في الطلبات المتعلقة بأعمال السيادة".

[3] ولكن ماذا عن الاختصاص الولائي(الوظيفي)؟ هل هو أيضاً مفترض لقاعدة العلو أم لا؟ انظر ما يلي الفرع الثاني من المطلب الثالث من المبحث الثالث والأخير.

[4] أما قواعد الاختصاص القضائي المتعلقة بالنظام العام، ذهب رأي قديم مرجوح إلى أنه يشترط للاعتراف بحجية الحكم أن يكون صادراً من محكمة مختصة اختصاصا لا يعد مخالفا للنظام العام، ويترتب على ذلك الرأي عدم الاعتراف بقاعدة علو الحجية على قواعد الاختصاص المتعلقة بالنظام العام، بل إنه وفقاً لهذا الرأي فاعتبارات النظام العام التي تمليها قواعد

مخالفاً لقواعد الاختصاص النوعي فتعلو الحجية عليها، لأن اعتبارات النظام العام المتمثلة في استقرار حقوق ومراكز الأشخاص تعلو على اعتبارات النظام العام التي تستهدفها قواعد الاختصاص القضائي للمحاكم كنصيب من ولاية القضاء للتوزيع على محاكمها[1].

الاختصاص القضائي تعلو على حجية الأمر المقضي، كما أن قواعد الاختصاص لا تعد فقط حداً أو سقفاً لحجية الحكم لا يتعداها بل شرطاً للاعتراف بها. انظر: السنهوري الموجز بند 707، أحمد نشأت بند 535 مشار إليهم في أحمد ماهر زغلول، أعمال القاضي ...، ص308، بند 155، هامش (532).

[1] انظر التطبيقات القضائية في علو الحجية على قواعد الاختصاص ما يلي الفرع الثاني من المطلب الأول من المبحث الثالث و الأخير.

المطلب الثاني

حيازة الحكم لحجية الأمر المقضي

لا شك أن مفهوم الحجية لا يجب أن يختلف عن معناه بخصوص قاعدة العلو؛ لأن قاعدة العلو ببساطة هي أثر لتلك الحجية، ويترتب على اعتبار حيازة الحكم لحجية الأمر المقضي مفترض لتطبيق قاعدة العلو أن تتحقق مفترضات إعمال فكرة الحجية ذاتها أولا حتى تعلو على النظام العام ثانياً وهي كما حددتها المادة 101 إثبات بوحدة الأشخاص والمحل والسبب.

ولما كان مفهوم الحجية، كقوة من قوى الحكم[1]، مختلفة في التشريع الفرنسي[2] عن التشريع المصري، بل وحتى في نطاق النظام المصري، فالحجية مختلف عليها

---

[1] إذ أن للحكم قوى عديدة سواء كانت حجية الأمر المقضي (للحكم الموضوعي فقهاً) وقوة الأمر المقضي (للحكم الذي لا يجوز استئنافه) والبيتوتة (للحكم الذي لا يجوز الطعن فيه بأي طريق طعن) واستنفاد الولاية (للحكم الذي لا يجوز للمحكمة أن ترجع فيه) والقوة الثبوتية (لأن الحكم يعد ورقة رسمية). انظر في ذلك بالتفصيل: سيد أحمد محمود، أصول التقاضي، ص744.

[2] حجية الحكم المدني تتميز عن حجية الحكم الجنائي حيث يحوز الحكم بمجرد صدوره والنطق به فقهاً، بينما يحوزها الحكم الجنائي بعد غلق أبواب الطعن.

B. BOULOC, *Procédure pénale*, Dalloz, 20ème éd., 2006, n° 971 et 981 ; J. PRADEL, *Procédure pénale*, Cujas, 13ème éd., 2006, n° 1032. ; Ph. CONTE et P. MAISTRE DU CHAMBON, *Procédure pénale*, Armand Colin, 4ème éd., 2002, n° 663 ; J. DERRUPPE, « La notion particulière de décision définitive en procédure pénale », *in Quelques aspects de*

بين القضاء والفقه من حيث مفهومها، ونطاقها، وأثرها، فمن البديهي أن يكون لهذا الاختلاف صدى في مفترض قاعدة علو الحجية على النظام العام ونطاقها وتطبيقاتها.

خلافاً للفقه الإجرائي في مصر، يتسع نطاق الحجية قضاءً فيها وقانونياً في فرنسا، ليشمل الحكم الذي يتضمن تأكيداً قضائياً سواء كان موضوعياً أو إجرائياً. والآن نعرض للخلط في مفهوم الحجية كمفترض لتطبيق قاعدة العلو (فرع أول)، وكيفية رفع الخلط (فرع ثان)، وذلك على النحو التالي:

---

l'autonomie du droit pénal, dira. G. STEFANI, Dalloz, 1956, pp. 117-154, spéc. Nos 24 et 25.

عكس هذا الرأي انظر:

LACOSTE, n° 889 ; S. GUINCHARD et J. BUISSON, *Procédure pénale*, Litec, 3ème éd., 2005, n° 2206.

الفرع الأول

الخلط في مفهوم الحجية مفترض قاعدة العلو

إن القضاء المصري لا يميز بين حجية الأمر المقضي وقوة الأمر المقضي؛ فالحكم لا يجوز الحجية إلا إذا كان حائزاً لقوة الأمر المقضي أي أن يكون الحكم نهائياً لا يجوز استئنافه [1]، أو على الأقل لديه إذا لم يُطعن فيه بالاستئناف ذا الأثر الواقف للحجية[2]، والحجية الموقوفة بديهية لهذا الخلط.

---

[1] ذلك أنه وإن كانت الأحكام التي تحوز قوة الأمر المقضي حجة بما فصلت فيه من الحقوق، ولا يجوز ثبوت دليل ينقض هذه الحجية – على ما نصت المادة 101 من قانون الإثبات – إلا أن تلك الأحكام لا تكتسب هذه القوة إلا بعد صيرورتها نهائية باستنفاد طريق الطعن العادي المقرر قانونا – وهو الاستئناف – أو بفوات مواعيده... ". حكم محكمة النقض – مدني – الطعن رقم 1104 لسنة 48 قضائية بتاريخ 1980-01-05 مكتب فني 31 جـ 1 صـ 89، وحكم محكمة النقض – مدني – الطعن رقم 9595 لسنة 83 قضائية – الدائرة المدنية والتجارية – بتاريخ 2015-03-22، غير منشور (المصدر: www.eastlaws.com). وقضت أيضاً بأن: " وكانت الحجية تثبت للحكم النهائي متى صدر من محكمة ذات ولاية ولو لم تكن مختصة نوعياً بإصداره لأن قوة الأمر المقضي تسمو على اعتبارات النظام العام، لما كان ما تقدم وكانت الحجية تقضي بها المحكمة من تلقاء نفسها وفقاً لنص المادتين 116 من قانون المرافعات و101 من قانون الإثبات فإنه يتعين القضاء بعدم جواز نظر الدعوى لسابقة الفصل فيها بالحكم الصادر في الاستئناف رقم 430 لسنة 91ق تجاري القاهرة.". حكم محكمة النقض – مدني – الطعن رقم 1059 لسنة 45 قضائية بتاريخ 1976-02-02 مكتب فني 27 جـ 1 صـ 371.

[2] انظر: حكم محكمة النقض – مدني – الطعن رقم 66 – لسنة 50 قضائية – جلسة9-2-1984 – مكتب فني 35 – جـ 1 – صـ446.

ويرجع الأصل التاريخي لهذا الخلط حينما اشترط المشرع المصري للاعتراف بحجية الحكم أن يحوز قوة إجرائية معينة في المواد 297/232 من المجموعة المدنية الأهلية والمختلطة بأن يكون الحكم انتهائيًا والمواد 418 من مشروع القانون المدني و405 الملغاة من المجموعة المدنية بأن يكون الحكم حائزاً لقوة الشيء المقضي به، أما الأحكام الابتدائية فتحوز حجية مؤقتة أو موقوفة تقف بمجرد الاستئناف[1]، بل استمر هذا الخلط حتى وقتنا الحاضر بسبب المادة 101 من قانون الإثبات المصري سنة 1968 التي تنص على أن: "الأحكام التي حازت قوة الأمر المقضي تكون حجة فيما فصلت فيه من الحقوق، ولا يجوز قبول دليل ينقض هذه الحجية... وتقضي المحكمة بهذه الحجية من تلقاء نفسها".

ويحوز الحكم قوة الأمر المقضي (المفهوم القضائي لحجية الأمر المقضي) سواء كان موضوعياً أو إجرائياً[2]، وتبعاً لذلك، فإن القضاء المصري لا يميز بين قوة

---

[1] أحمد ماهر زغلول، الحجية الموقوفة ...، ص 29، بند 13. ويبدو أن موقف القضاء المصري كان بسبب الأخذ بما يجري عليه العمل أمام محكمة النقض الفرنسية، ولكن الوضع في فرنسا مختلف عن مصر، حيث إن للاستئناف أثراً واقفاً للقوة التنفيذية للحكم المرتبطة بالضرورة و التي تفترض حيازة الحكم لقوة الأمر المقضي(انظر المادة 539 مرافعات فرنسي)، ومحكمة النقض المصرية ترى أن الاستئناف يوقف القوة التنفيذية أي يوقف قوة الأمر المقضي (التي إذا اكتسبها الحكم صار حجة في فصل فيه عملا بالمادة 101 إثبات)، بينما الاستئناف – في قانون المرافعات المصري الحالي– ليس له أثر واقف على القوة التنفيذية بل يجوز لمحكمة الاستئناف أن توقف تنفيذ الحكم الابتدائي حال توافر شروطه وفقاً لإجراءات محددة.

[2] فقُضي بأن: "قضاء محكمة القضاء العادي أن النزاع حول جنسية الموصية مسألة أولية يتوقف عليها الفصل في الدعوى وتخرج عن اختصاصها الولائي فقضت بحكم نهائي بوقفها مع

الأمر المقضي (المفهوم القضائي لحجية الأمر المقضي) واستنفاد الولاية التي تحوزها القواعد القطعية[1].

تكليف الطاعن باستصدار حكم في خلال سنة من المحكمة الإدارية المختصة، فإن الحكم يكون قد قطع في أن الفصل في مسألة جنسية الموصية – وهي من مسائل الواقع – يخرج عن الاختصاص الولائي للمحكمة، وينعقد لمحكمة القضاء الإداري، وتكون له في هذا النطاق حجية الأمر المقضي". حكم محكمة النقض – مدني – الطعن رقم 38 – لسنة 40 قضائية – جلسة17–4–1974 – مكتب فني 25 – جـ 1 – صـ698. (هامش 205)

[1] إن فكرة استقرار الحقوق والمراكز لا تستغرقها فقط حجية الأمر المقضي بل أفكار قانونية إجرائية أخرى مثل استنفاد السلطة (عدم العدول أو الرجوع)، لأن كليهما يعمل على عدم معاودة النزاع تحقيقا للاستقرار الذي يستلزم وحدة الرأي في فهم قواعد القانون بالنسبة للمسألة المحددة، وهذا لا يتأتى إلا بإعمال هاتين الفكرتين. لذلك كلا من فكرة الاستنفاد والحجية تقتضيها اعتبارات النظام العام، هو ما دفع القضاء المصري إلى الخلط بينهما، وكذلك بعض الفقه إلى عدم التمييز بين الحجية واستنفاد الولاية بل اعتبر الثانية وجهاً من وجوه حجية الأمر المقضي. مثال انظر: حكم محكمة النقض– مدني– الطعن رقم 308 لسنة 59 قضائية بتاريخ 1994–03–31 مكتب فني 45 جـ 1 صـ 612. وانظر: رمزي سيف، الوسيط، 1969 ص 696 بند 510، مشار إليه في محمود محمد هاشم، استنفاد ولاية القاضي، مرجع سابق، ص36، بند 11، ص74، بند27، ص102، بند 33.

فحجية الأمر المقضي تضمن ثبات مضمون التأكيد القضائي، فهي تمنع إعادة المنازعة على خلاف بيتوتة l'irrévocabilité de la chose jugée التي تحدد من لحظتها عدم جواز الطعن في الحكم. هاتان الوظيفتان تضمنان إنهاء القضية وتمنعا إثارتها مرة أخرى وهما متكاملتان في تحقيق هدف مشترك لمنع طرح حجية الحكم من جديد، لذلك، هما ذاتا طبيعة آمرة للأمن القانوني.

TOMASIN, Essai sur l'autorité de la chose jugée en matière civile, préf. HÉBRAUD, 1975, LGDJ, no 207, 289.

ونجم عن هذا الخلط القضائي بين الحجية والقوة، انتفاء الحجية عن الحكم الابتدائي على غير الصحة[1]، بينما الحجية وفقا للقواعد العامة والفقه الإجرائي الحديث الذي نؤيده لا تسري على محكمة الطعن أي المحكمة التي تنظر الطعن في الحكم، على خلاف المحاكم التي ترفع أمامها الدعوى التي تعاد فيها مناقشة الحجية والتي تلتزم بإعمال حجية الحكم حال توافر شروطها[2].

وبين الموقف المطابق بين الحجية وقوة الأمر المقضي والمفرق بينها، اتخذ القضاء المصري بعد ذلك موقفاً ثالثاً بتبني فكرة "الحجية الموقوفة" حيث تتلاشى الحجية بمجرد الطعن فيه وللخصم أن يبدأ في دعوى جديدة ولا يتقيد القاضي الجديد بحجية الحكم الأول، ولكن منعاً لحدوث تناقض، يلتزم قاضي الخصومة الجديدة، خلافاً للحجية الحكم الأول، بوقفها لحين الفصل في الطعن في هذا الحكم، وفي ظل هذا الوضع اهتزت فكرة الحجية في النظام القانوني المصري[3] فيما قبل صدور قانون المرافعات رقم 13 لسنة 1968 الذي تضمن المادة 116 حيث تنص على أن الدفع بعدم جواز نظر الدعوى لسبق الفصل فيها يجوز للمحكمة أن تثيره

---

[1] ويرجع المصدر التاريخي لهذا القضاء هو القضاء الفرنسي القديم الذي يقضي بأن: "حجية الأمر المقضي تحوزها الاحكام التي لم يُطعن فيها بأي طريق من طرق الطعن، أياً كانت العيوب التي شابها".

com., 14 nov. 1989, *Bull. civ.* IV, n° 289, *JCP* 1990, IV, p. 14.

[2] أحمد ماهر زغلول، الحجية الموقوفة، ص 35- 36، بند 18.

[3] أحمد ماهر زغلول، مرجع سابق، ص73- 74، بند 45.

من تلقاء نفسها والتي يستنتج منها البعض[1]– ولا أؤيده– أن المشرع جعل للحكم الحجية منذ صدوره طالما فصل في الدعوى.

ولكن في اعتقادنا مازالت الحجية، وللأسف، مهتزة حتى بعد صدور القانون الحالي سنة 1968، لأن المادة 116 سالفة الذكر لا تعبّر عن مفهوم ونطاق الحجية ولكن فقط عن طبيعة الحجية والدفع به[2] على اعتبار أن الدفع بالحجية متعلق بالنظام العام ويجوز للمحكمة أن تثيرها من تلقاء نفسها. أما عن نطاق الحجية والأحكام التي تحوزها فأساسها القانوني هو المادة 101 إثبات التي تربط بين القوة والحجية، وبالجمع بين النصين 116 مرافعات و101 إثبات نخلص إلى نتيجة مؤداها أن الدفع عدم جواز نظر الدعوى– الذي يجوز للمحكمة أن تثيره من تلقاء نفسها– لسبق الفصل فيها يكون نتيجة صدور حكم حائز لحجية والحجية لا تكون إلا لحكم حائز لقوة الأمر المقضي إعمالاً للمادة 101 إثبات[3].

---

[1] أحمد ماهر زغلول، الحجية الموقوفة، ص 78– 79، بند 48.

[2] ذهب رأي إلى عدم الخلط بين الدفع بسبق الفصل في الدعوى والحجية، فالحجية يتمسك بها في مواجهة الكافة، بينما الدفع بسبق الفصل في الدعوى لا يجوز التمسك به إلا في مواجهة من كان طرفا في الدعوى التي سبق الفصل فيها. والخلط بينهما يؤدي إلى نتيجة خاطئة وهي أن الحكم لا أثر له بالنسبة للغير. أحمد السيد صاوي – أثر الأحكام بالنسبة للغير – دار النهضة العربية، ص127.

[3] ولا نذهب مع القول (أحمد ماهر زغلول، الحجية الموقوفة، ص79، بند 49، هامش 1) بأن المادة 116 مرافعات تؤسس درجة من الحجية تختلف من حيث المضمون والشروط عن الحجية التي وردت في المادة 101 إثبات، على أساس أن الحجية المقررة في المادة 116 هي حجية منقوصة تنحصر في أثرها السلبي. ونعتقد أن المادة 116 مرافعات ليس لها أي علاقة بمضمون

لذلك يؤكد القضاء المصري حتى الآن[1]، مضطراً إلى ذلك وليس استصحاباً فقط لتنظيم قانوني ملغ[2]، على فكرة الحجية الموقوفة بسبب نص المادة 101 إثبات الذي لا اجتهاد مع صراحته[3]، بل وصل الأمر لدرجة أن بعض أحكام النقض

وشروط الحجية بل لها علاقة بطبيعة الدفع بالحجية وأثره السلبي فقط. بينما المادة 101 إثبات – بنصها الحالي المنتقد سبب الخلط – تعالج الحجية بشروطها ومضمونها ونطاقها وأثريها الإيجابي والسلبي. لذلك يفضل أن ينص في قانون المرافعات المصري، كما هو الحال في فرنسا، على نطاق الحجية وشروطها ومضمونها (راجع المادة 480 مرافعات فرنسي). وإذا كان ذلك كله وفقا للرأي السابق فما الداعي وراء تركيز نص المادة 116 على طبيعة الحجية، لا على أثرها المانع، ولماذا افترض المشرع المصري وجود قاعدة حيازة الحكم للحجية بمجرد صدورها فراح ينظم طبيعة الدفع بسبق الفصل في الدعوى، ثم قفز على تنظيم طبيعة الدفع بسبق الفصل في الدعوى بحكم دون أن يحدد شروط ووقت ونطاق حجية هذا الحكم بأثرها المانع. كما أن عبارة "سبق الفصل فيها" في المادة 116 سالفة الذكر تكملتها المفترضة البديهية هي "بحكم حائز للحجية"، ومتى يحوز الحكم هذه الحجية؟ لم تجب المادة 116 ولكن المادة 101 إثبات فقط حددت الوقت الزمني بحيازة الحكم للحجية عند حيازته قوة الأمر المقضي، ولا يتصور الاحتجاج بقاعدة الخاص (م116 مرافعات) يقيد العام (م101 إثبات)، لأنها تفترض أن النص الخاص والعام يتعامدا على محلٍ واحد.

[1] فتتبع التطبيقات القضائية يؤدي إلى هذه النتيجة. وهو ليس استصحاباً لوضع قديم في ظل قانون جديد، بل الوضع الجديد كالقديم دون أي تعديل. انظر: أحمد ماهر زغلول، الحجية الموقوفة، ص94 بند 60. انظر: حكم محكمة النقض – مدني – الطعن رقم 6465 – لسنة 79 قضائية – جلسة22–2–2017 ، غير منشور (المصدر: www.eastlaws.com). وحكم محكمة النقض – مدني – الطعن رقم 7857 – لسنة 65 قضائية – جلسة25–3–2008 – مكتب فني 59 – ص335.

[2] انظر: أحمد ماهر زغلول، الحجية الموقوفة، بند 13 وما يليه.

[3] وبناء عليه، لا نتفق مع نتيجة قراءة النصين بأن هناك تدرج في حجية الأحكام كما قيل (انظر: أحمد ماهر زغلول، مرجع سابق، ص80، بند 50) بأن المادة 116 مرافعات تنص على

ذهبت إلى أن المحكمة إذا احترمت حجية الحكم السابق – وهو محل للطعن بالاستئناف– فإن حكمها معيب يتعين إلغاؤه[1].

وبمزيد من التخبط القضائي، على الرغم من أن الاتجاه السائد لدى محكمة النقض أن الحكم الابتدائي محل الاستئناف الذي لم يحز قوة الأمر المقضي، لا يلتزم مضمونه القاضي المقام أمامه الدعوى الجديدة، طالما لم يقض برفض الاستئناف قبل صدور حكمه في الدعوى[2].

حجية منقوصة للأحكام بمجرد صدورها، ثم تتكامل الحجية بحيازة الحكم قوة الأمر المقضي عملا بالمادة 101 إثبات. كما أن صاحب هذا الرأي نفسه يؤيد فكرة أن الأثر السلبي والإيجابي لا ينفكان عن بعضهما، فكيف إذن يكون للحكم بمجرد صدوره أثر مانع دون أن يكون له أثر إيجابي، وهما وجهان لعملة واحدة. فما الأثر المانع من إقامة دعوى جديدة إلا احتراماً للحكم السابق الذي فصل فيه، ولكن بحكم حائز لقوة الأمر المقضي وفقا للمادة 101 إثبات وهي بمثابة التنظيم القانوني الوحيد في نظرنا– رغم هذا الوضع المنتقد وبشدة– لماهية الحجية. فحتى الأثر السلبي للحجية (الأثر المانع) يشترط القضاء لإعماله أن يكون الحكم حائزاً لقوة الأمر المقضي وليس بمجرد صدوره. راجع: حكم محكمة النقض – مدني – الطعن رقم 7857 – لسنة 65 قضائية – جلسة25–3–2008 – مكتب فني 59 – ص335.

وفي اعتقادنا لا يمكن تصور أن الحجية التي يمكن أن تعلو إلى مرتبة النظام أو الفقه، تنظم ماهيتها وشروطها ونطاقها مادة واحدة لا توجد في قانون المرافعات بل في قانون الإثبات!

[1] انظر: محكمة النقض – مدني – الطعن رقم 269 – لسنة 44 قضائية – جلسة25–1–1978 – مكتب فني 29 – ج1 – ص322.

[2] أنظر: حكم محكمة النقض – مدني – الطعن رقم 6465 – لسنة 79 قضائية – جلسة22–2–2017. محكمة النقض – مدني – الطعن رقم 7857 – لسنة 65 قضائية – جلسة25–3–2008 – مكتب فني 59 – ص335. ويمكن ان نستشف الاعتراف الضمني لحيازة الحكم حجيته منذ صدوره. راجع: حكم لمحكمة النقض – مدني – الطعن رقم 713 – لسنة 45

وفي فرنسا، إن الحجية تشمل القرارات بمجرد صدورها التي تفصل في الدفوع الإجرائية وبعدم القبول وكذلك العوارض الإجرائية التي تثار أثناء سير الدعوى ويجد هذا الاتساع أساسه في تحديد مفهوم واسع للأحكام الفاصلة في الموضوع طبقا للمادة 480 /1 مرافعات فرنسي[1]، فالحجية في فرنسا تنسب لمطلق التأكيد الذي يصدر عن القاضي أياً كان محله، سواء ورد على حقوق أو مراكز موضوعية أو إجرائية أو بين ذلك[2].

قضائية – جلسة15-1-1980 – مكتب فني 31 – جـ1 – ص162. وهو ذات الوضع لدى المحكمة الإدارية العليا. راجع: حكم المحكمة الإدارية العليا – الطعن رقم 18234 – لسنة 51 قضائية – جلسة6-1-2018، غير منشور (المصدر: www.eastlaws.com).

[1] تنص 1/480 تحت عنوان الأحكام الفاصلة في الموضوع Les jugements sur le fond على أن: " الحكم، منذ صدوره، الذي يفصل في المسألة الأصلية المقامة بها الدعوى أو في جزء منها، أو الأحكام التي تفصل في الدفع الإجرائي أو في الدفع بعدم القبول أو في أي عارض آخر، يحوز حجية الأمر المقضي بالنسبة للمنازعة التي يفصل فيها".

“Le jugement qui tranche dans son dispositif tout ou partie du principal, ou celui qui statue sur une exception de procédure, une fin de non-recevoir ou tout autre incident a, dès son prononcé, l'autorité de la chose jugée relativement à la contestation qu'il tranche”.

ويبدو أن مصطلح الموضوع لا يتعلق فقط بالحق أو المركز الموضوعي ولكن يمتد لموضوع القضية من دعوى وإجراءات وحق أو مركز.

[2] 1-أن القانون الفرنسي يطابق بين فكرة الحجية والقطعية في الأحكام، فالحكم القطعي – سواء كان موضوعياً أو إجرائياً- يحوز حجية الأمر المقضي، وما يؤكد على ذلك أن من آثار الاستئناف أنه يضع حجية الأمر المقضي محل مراجعة أمام محكمة الاستئناف من حيث الواقع والقانون (انظر المادة 561 مرافعات فرنسي) والاستئناف قد يرد على حكم موضوعي أو إجرائي.

ويترتب على التفسير القضائي الخالط بين حجية الأمر المقضي والقوى الأخرى للحكم، خلط آخر بشأن قاعدة علو الحجية على النظام العام، فتارة تعلو الحجية على النظام العام، وتارة ثانية قوة الأمر المقضي هي التي تعلو على النظام العام، وتارة ثالثة البتية هي التي تعلو ورابعة استنفاد الولاية (القطعية) هي التي تعلو على النظام العام، نتيجة الخلط بين هذه القوى الأربعة، كما سنبين عند عرض نطاق تطبيق قاعدة العلو لاحقاً[1].

2–وبالتبعية إن المشرع الفرنسي يقرّب بين فكرتي الحجية واستنفاد سلطة المحكمة إلى بعضهما البعض، على الرغم من أن الفقه المصري يرى أن الحكم القطعي يحوز استنفاد سلطة المحكمة وليست الحجية، لذلك صحيح أن المشرع الفرنسي فرّق بينهما نصاً حيث خصص لكل منها مادة مستقلة عن الأخرى ولكن دون تمييز على عكس البعض الذي يرى رغم ذلك أن المشرع الفرنسي يميز بين الحجية واستنفاد الولاية. انظر: أحمد أبو الوفا، نظرية الاحكام، بند374، ص695.

[1] في نطاق تطبيق قاعدة العلو من حيث قوى الحكم التي تعلو على النظام العام انظر ما يلي الفرع الأول من المطلب الأول من المبحث الثالث والأخير.

الفرع الثاني

رفع الخلط في مفاهيم قوى الحكم التي ستعلو على النظام العام

إن السبب الرئيسي الدافع لهذا التخبط القضائي في اعتقادنا هو عدم وجود نص صريح[1] قائم بذاته لتنظيم الحجية، بسبب أن المادة 116 في اعتقادنا لا تشر، ولو ضمنياً، إلى حيازة الحكم بمجرد صدوره للحجية، مما اضطر القضاء منعاً من تناقض الأحكام إلى تبني نظرية الحجية الموقوفة، فهذا التخبط القضائي إذن نتيجة طبيعية لافتقار المعالجة التشريعية لوقت حيازة الحكم للحجية، فيما إذا كان منذ صدوره أم منذ صيرورته نهائياً حائزاً لقوة الأمر المقضي.

وحان الوقت أن نعترف، وبحق، بوجود فراغ تشريعي يعالج حيازة الحكم للحجية بمجرد صدوره، كأول علاج، وهذا الاعتراف أخف وطأة من مد نص المادة 116 مرافعات إليها، أو تحميل هذه المادة ما لا تطيقه. فالاعتراف بوجود فراغ تشريعي يحفز المشرع إلى وجوب التدخل، حتى لا نترك القضاء في خلط، مثل ما قام به

---

[1] يرى البعض أن قواعد الحجية يمكن أن تُستخلص من مجموع المواد 101 إثبات و116، 222، 249 مرافعات. (انظر: أحمد ماهر زغلول، الحجية الموقوفة، ص159). ولكن لا نؤيد هذا الرأي لأن المادة 101 إثبات تربط الحجية بقوة الأمر المقضي، بينما المادة 222 التي تجيز استئناف الحكم الانتهائي الذي صدر خلاف حكم سابق لم يحز قوة الأمر المقضي، لذا لا تعد هذه المادة تنظيما للحجية، لأنه لا تلازم بين إجازة الطعن والحجية، كما أن نطاق إعمالها لا يتسع لكل الأحكام بل الحكم الانتهائي فقط.

قانون المرافعات في بعض الدول العربية[1]، والمشرع الفرنسي في المادة 480 من قانون المرافعات الفرنسي عندما نصت على اكتساب الحكم للحجية منذ النطق به dès son prononcé. فالتفسير الخالط للحجية مع قوة الأمر المقضي، وإن كان القضاء المصري واقعاً فيه وبعض فقه القانون الموضوعي[2]، إلا أن الخطأ الأكبر من المشرع أنه لم يعالج صراحة وبصفة مباشرة الحجية مضموناً ونطاقاً ووقت حيازتها.

إن الحجية، وفقاً لوجهة نظر الفقه الإجرائي ونؤيده، أثر قاصر على القضاء التأكيدي الموضوعي[3] بنص خاص وتفسر تفسيراً ضيقا[1] ويقتصر إعمالها على

---

[1] انظر موقف المشرع الكويتي في المادة 53 من قانون الإثبات والمشرع الإماراتي المادة 49 من قانون الإثبات الاتحادي الإماراتي، في التمييز بين الحجية وقوة الأمر المقضي، حيث تنصان على أن: "1- الأحكام التي حازت حجية الأمر المقضي تكون حجة فيما فصلت فيه من الخصومة ...".

[2] ورغم ذلك ذكر العلامة السنهوري أن: " ومن ذلك يتبين أن كل حكم يحوز قوة الأمر المقضي يكون حتماً حائزا لحجية الأمر المقضي، والعكس غير صحيح". الوجيز للسنهوري ج 1 ص 732. ورددته المحكمة الإدارية العليا بقضائها أنه مبرر بسبب المادة 52 من قانون مجلس الدولة رقم 47 لسنة 1972، حيث قُضي بأن: "كل حكم حاز قوة الأمر المقضي يكون حتماً قد حاز حجية الأمر المقضي، والعكس غير صحيح، لأن قوة الأمر المقضي أعم وأشمل من حجية الأمر المقضي". حكم المحكمة الإدارية العليا – الطعن رقم 18234 – لسنة 51 قضائية – جلسة6-1-2018، غير منشور (المصدر: www.eastlaws.com).

[3] أحمد ماهر زغلول، أعمال القاضي ...، ص60-61، بند 30. وهو المعمول به في النظام الانجلوسكسوني، كما هو الحال في الولايات المتحدة الأمريكية، انظر:

الحدود التي بينتها المادة 101 إثبات مصري[2]. ففي الفقه الإجرائي، الحجية لا تعني عدم المساس بالحكم من المحكمة التي أصدرته أو من محكمة الطعن[1]،

" adjudication "on the merits" is a prerequisite to the application of res judicata". State of Ohio ex rel. Susan Boggs, et al. v. City of Cleveland, 655 F.3d 516 (6th Cir. 2011).

http://www.opn.ca6.uscourts.gov/opinions.pdf/11a0236p-06.pdf

"The general rule is that the claim preclusive (res judicata) effect is given only to judgments that are on the merits". 18 JAMES WM. MOORE, MOORE'S FEDERAL PRACTICE § 131.30 (3d ed. 1997). Solum, supra note 37, at 198. Available at SSRN: https://ssrn.com/abstract=636721

[1] كما قضت المحكمة الإدارية العليا بأن: "القواعد الخاصة بقوة الأمر المقضي هي من القواعد الضيقة التفسير التي يجب الاحتراس من توسيع مداها؛ منعا للأضرار التي قد تترتب على هذا التوسع، فكلما اختل أي شرط من شروط قاعدة الحكم بعدم جواز نظر الدعوى لسابقة الفصل فيها كالمحل أو السبب أو الخصوم، بأن اختلف أي منها في الدعوى الثانية عما كان عليه في الدعوى الأولى، وجب الحكم بأن لا قوة للحكم الأول تمنع من نظر الدعوى الثانية، ومن ثم تعين رفض الدفع بعدم جواز نظر الدعوى لسابقة الفصل فيها". حكم المحكمة الإدارية العليا في الطعن رقم 3024 لسنة 35ق. ع بجلسة 1996/6/16 وحكم المحكمة الإدارية العليا – الطعن رقم 26096 – لسنة 55 قضائية – جلسة2015-1-10 – مكتب فني 60 – جـ 1 – صـ207.

[2] محمود محمد هاشم، مرجع سابق، ص98، بند 32. أحمد ماهر زغلول، أعمال القاضي ...، ص167، بند 82. على عكس البعض الذي يرى أن الحجية أثر مطلق لكل عمل قضائي يتضمن فحصاً قضائياً Verification juridictionnelle كما هو الحال في نهج المشرع الفرنسي بموجب المادة 480 مرافعات فرنسي، فحجية الأحكام نوعان: (1) حجية موضوعية تثبت للحكم الموضوعي لها فاعلية خارج إجراءات الخصومة، و(2) حجية شكلية (تقابل فكرة استنفاد الولاية) لها فاعلية داخل الخصومة التي صدر فيها الحكم تثبت للحكم الإجرائي. في هذه

فالحجية صفة للعمل القضائي أي للأثر القانوني الذي يحدثه الحكم الموضوعي خارج القضية التي صدر فيها فقط، لأنه لا رابط بين حجية الأمر المقضي التي يُعمل بها خارج القضية وعدم قابلية للحكم للمساس داخل إجراءات القضية الواحدة. فبينما قوة العمل الإجرائي صفة للحكم كعمل إجرائي في الخصومة[2]، فإن مجال الحجية والهدف الأساسي والوحيد من وجودها هو منع تجديد الخصومة في المستقبل بإجراءات دعوى مبتدأه، وبناءً عليه لا مجال لإثارة الحجية داخل إجراءات الخصومة التي صدر فيها الحكم والتي لا تنتهي إلا بصيرورة الحكم باتاً، فالطعن وإن كانت خصومته لها ذاتية إذ تعد امتداداً للخصومة في درجة التقاضي الأدنى وتكوّن معها قضية واحدة، لذا فلا تسري حجية الحكم– بالمعنى الضيق الفني لها– في خصوص خصومة الطعن ولا يتقيد بها قاضي الطعن[3].

فنظام الطعن، ليس استثناء على نظام الحجية، عكس ما يجري عليه القول والعمل في محاكمنا المصرية وأدى إلى هذا الخلط الإجرائي في قوى الحكم، بل هو أي الطعن استثناء على قاعدة أخرى يسميها البعض بـ "حصانة الحكم" أو "قوة العمل الإجرائي للحكم"، المتميزة عن الحجية، والتي تعمل داخل إجراءات الخصومة، بُغية

الآراء بالتفصيل انظر: أحمد ماهر زغلول، أعمال القاضي ...، ص58، بند 28، هامش 6، وص163، بند 81، هامش 193.

[1] وجدي راغب، نظرية العمل القضائي، ص212 وما يليها.

[2] فتحي والي، المبسوط، ج1، ص329، بند 138.

[3] أحمد ماهر زغلول، الحجية الموقوفة، ص 96–98، بند 62–64.

دفع هذه الإجراءات إلى نهاية حتمية لها[1]، بمعنى أن حصانة الحكم أو عدم قابليته للمساس به داخل إجراءات الخصومة متدرجة من القطعية، ثم قوة الأمر المقضي، ثم إلى البيتوتة [2]. ولكل من الفاعلية الداخلية (حصانة الحكم) والفاعلية الخارجية (حجية الحكم) [3] نطاقه وموجباته فلا يتداخلان على الرغم من وحدة

---

[1] انظر: حكم المحكمة الدستورية العليا – الطعن رقم 2 – لسنة 5 قضائية – بتاريخ 2 – 4 – 1988).

[2] أحمد ماهر زغلول، الحجية الموقوفة، ص 98– 100، بند 64– 67. وبشأن حصانة الحكم وعدم المساس به داخل الإجراءات انظر: وجدي راغب، نظرية العمل القضائي، ص 212 وما بعدها. ويسميها البعض ب "الحجية الداخلية" أنظر: أحمد أبو الوفا، نظرية الأحكام، بند 174. والبعض الآخر يسميها "القوة الإجرائية للحكم" انظر: سيد أحمد محمود، أصول التقاضي، ص745.

حتى وإن كان القانون يعطي في أحوال استثنائية لهذه القوة الإجرائية (عدم المساس) فاعلية خارجية كالحكم الصادر بعدم الاختصاص والإحالة عملاً بالمادة 110 مرافعات ولكن لا يعني اختلاطه بالحجية فهي قوة تشبه الحجية ففي الفاعلية الخارجية فقط. انظر: فتحي والي، المبسوط، ج1، ص338، بند141، وخاصةً هامش (2).

والتمييز بين الحجية والبيتوتة يرجع إلى التمييز بين الحجية الموضوعية (الحجية بالمعنى الضيق) والحجية الشكلية (البيتوتة) الذي تتبناه بعض النظم القانونية المقارنة، كالقانون الإيطالي، والألماني، والإسباني.

VALTICOS, L'autorité de la chose jugée au criminel sur le civil, 1948, Sirey, 1953, spéc. p. 31–42.

[3] على الرغم من أن الفاعلية الخارجية للحكم لا تكون مرتبطة بحجية الأمر المقضي في كل الأحوال، إذ قد يمنح المشرع الفاعلية الخارجية – صراحةً واستثناءً– للحكم الإجرائي، وهو لا يحوز الحجية، كما في الحكم بعدم الاختصاص والإحالة (م 110 مرافعات)، والحكم القطعي الإجرائي صدر في خصومة سقطت (م 137 مرافعات)، وذلك لاعتبارات الاقتصاد في الإجراءات والوقت والجهد والنفقات والتيسير على المتقاضين.

الغاية منهما وهي استقرار الحقوق والمراكز. فليس كل حكم حائز للحجية هو حائز لقوة الأمر المقضي والعكس أيضا صحيح[1].

رأينا إذن أن حصانة الحكم الداخلية متدرجة، لا تبدأ من الانتهائية[2]، بل تبدأ من استنفاد الولاية مروراً بقوة الأمر المقضي وتنتهي بالبيتوتة[3]، للوصول بالقضية إلى حدها النهائي منذ رفعها أمام محكمة أول درجة، فحصانة الحكم "الداخلية" (أي داخل إجراءات القضية الواحدة بتعدد خصوماتها أول درجة والطعن) تبدأ منذ صدور الحكم القطعي – موضوعياً كان أو إجرائياً – من محكمة أول درجة لتمنع المساس به من ذات المحكمة التي أصدرته، لاستنفاد ولايتها[4]، ولكن مع إمكانية

---

[1] على عكس ما ينص عليه المشرع المصري في المادة 101 إثبات وما يحكم به القضاء المصري، انظر: حكم محكمة النقض – مدني – الطعن رقم 4229 – لسنة 70 قضائية – جلسة20–6–2001 – مكتب فني 52 – جـ2 – ص965.. وحكم المحكمة الإدارية العليا – الطعن رقم 29373 – لسنة 54 قضائية – جلسة12–11–2011 – مكتب فني 57 – جـ1 – ص143.

[2] وهي درجة حصانة الحكم التي تفيد عدم قابليته للاستئناف، بينما قوة الأمر المقضي تفيد عدم قابليته للطعن فيه بطرق الطعن العادية. انظر: أحمد ماهر زغلول، الحجية الموقوفة، ص100، بند 66.

[3] وفي رأينا أن استنفاد الولاية يتميز عن قوة الأمر المقضي والبيتوتة في أن الأخيرتين قد تنسب للحكم بعمل إيجابي وهو صدور الحكم من محكمة الاستئناف أو النقض بحسب الأحوال (استنفاد الطعن) أو بعمل سلبي وهو الامتناع عن الطعن في المواعيد المقررة له، بينما استنفاد الولاية لا يتصور نسبه للحكم إلا بعمل إيجابي وهو صدور حكم قطعي.

[4] فإذا كانت قوة الأمر المقضي ليست درجة من درجات الحجية فهي درجة من درجات استنفاد الولاية، بينما تمنع حجية الحكم المساس به خارج إجراءات القضية امام محكمة أخرى في ذات

نقل القضية إلى مرحلة الاستئناف، إذ أن استنفاد الولاية لا تقيد المحكمة الأعلى من المساس بالحكم عن طريق نظام الطعن، وعند استنفاد الاستئناف أو إغلاقه يتمتع الحكم بحصانة داخلية درجتها أكبر من درجة الاستنفاد وهي قوة الأمر المقضي التي تمنع محكمة الاستئناف –ومن باب أولى محكمة أول درجة– من المساس به، حتى يمكن نقل القضية إلى مرحلة ثالثة وأخيرة وهي مرحلة النقض حال توافر مقوماتها، ثم إذا استنفد الطعن بالنقض أو استغلق، فيتمتع الحكم بقوة تعلو على قوة الأمر المقضي وهي أعلى مراتب القوة الإجرائية للحكم وحصانته ألا وهي البيتوتة التي تمنع أعلى محكمة وهي محكمة النقض ذاتها – ومحكمة الاستئناف ومحكمة أول درجة من باب أولى– من المساس بالحكم فيتمتع بحصانة داخلية وصلت إلى ذروتها وحدها النهائي، حتى نكون أمام استقرار بات في المراكز والحقوق[1].

وفي كل هذه المراحل السابقة يظل الحكم الذي صدر في موضوع النزاع متمتعاً بحجية الأمر المقضي التي تعلو هي الأخرى على النظام العام، أي تمنع من إثارة

الدرجة، إلا إذا أضفى المشرع – استثناءً – لاستنفاد الولاية حصانة خارج الإجراءات كالحكم بعدم الاختصاص والإحالة لحسن سير العدالة.

[1] قد يُقال إن الاستقرار في الحقوق والمراكز لا يكون إلا بحكم بات، ونرى عكس ذلك حيث إن الاستقرار يكون بصدور حكم موضوعي حائز للحجية، وإن كان الاستقرار يهدده الطعن، ودليل ذلك أنه بمجرد صدور الحكم الموضوعي، يمنع من المساس به بإعادة رفع الدعوى مرة أخرى، كما أن الحكم الحائز للحجية قد يحوز– على سبيل الاستثناء– قوة تنفيذية في إطار احكام النفاذ المعجل.

النزاع في قضية أخرى خارج نطاق القضية التي صدر فيها، ولو خالف الحكم قاعدة متعلقة بالنظام العام، حتى يُلغى عن طريق من طرق الطعن المقررة قانوناً، وهي لا تتأثر بمجرد الطعن.

ويترتب على ما سبق ذكره، أن الصياغة الصحيحة لقاعدة علو حجية الحكم على النظام العام هي أن حصانة الحكم، بنوعيها الداخلية (من استنفاد الولاية وحتى البيتوتة) والخارجية (حجية الأمر المقضي)، تعلو على النظام العام. فحجية الأمر المقضي كمفترض لقاعدة علوها على النظام لعام مفهومها هو المفهوم القضائي الواسع والعام الشامل للقطعية وقوة الأمر المقضي والبيتوتة، وليس فقط الحجية بمفهومها الفقهي الضيق كأثر للحكم الموضوعي[1]، مما ينتج عنه توسعة في نطاق تفعيل قاعدة علو الحجية– كما سنرى لاحقاً– ليس فقط من حيث الأحكام (التي لا يقتصر على الاحكام الموضوعية فقط) ولكن من حيث درجة المحكمة المحتج أمامها بالقاعدة (أي لا يقتصر على المحكمة خارج القضية التي صدر فيها الحكم)[2].

---

[1] لذلك كان الأمر غريباً ومتناقضاً عندما كانت النصوص القديمة لا تعد الحجية من النظام العام في الوقت الذي كان فيه استنفاد الولاية من النظام العام، لأن كليهما يعملان على فكرة واحدة وهي استقرار الحقوق والمراكز ولكن لكل مجاله فالحجية تعمل خارج القضية واستنفاد الولاية تعمل داخل القضية الواحدة بحسب الأصل، لذلك اضطر إلى تعديل المادة 116 مرافعات لتجعل الحجية مسألة يجوز للمحكمة أن تتمسك بها من تلقاء نفسها.

[2] انظر في نطاق تطبيق قاعدة العلو من حيث المحكمة المحتج أمامها بالقاعدة ما يلي الفرع الأول من المطلب الأول من المبحث الثالث والأخير.

المطلب الثالث

الادعاء بتعارض حجية الأمر المقضي مع قاعدة متعلقة بالنظام العام

إن بطلان الحكم قد ينتج عن مخالفة قاعدة قانونية متعلقة بالنظام العام وقاعدة أخرى غير متعلقة، ويفترض إعمال قاعدة علو الحجية على النظام العام الادعاء والنعي بمخالفة الحكم الحائز للحجية لقاعدة متعلقة بالنظام العام سواء كان النظام العام الموضوعي أو النظام العام الإجرائي (فرع أول). كما أن الادعاء بمخالفة الحكم لقاعدة متعلقة بالنظام العام قد يكون تارةً محل دعوى جديدة خارج القضية التي صدر فيها وهنا الحديث عن قاعدة علو حجية الأمر المقضي (بالمعنى الفني الدقيق لها) على النظام العام، وقد يكون داخل القضية التي صدر فيها الحكم، وهنا يكون الحديث عن علو القوة الإجرائية للحكم على النظام العام تارة ثانية (فرع ثان).

الفرع الأول

القواعد المتعلقة بالنظام العام الموضوعي والإجرائي

يفترض تطبيق قاعد علو الحجية على النظام العام أن يُنعى على الحكم بالبطلان لمخالفته قاعدة متعلقة بالنظام العام، فما المقصود بتلك القواعد المتعلقة بالنظام العام؟ وهل تقتصر على القواعد المتعلقة بالنظام العام التقليدي؟

أولاً: المقصود من القواعد المتعلقة بالنظام العام الموضوعي(التقليدي)

خلا القانون من تحديد المقصود من النظام العام، حتى نحدد القواعد المتعلقة به، إلا أن المتفق عليه فقهاً والمستقر عليه قضاءً أنه يشمل القواعد التي ترمى إلى تحقيق المصلحة العامة للبلاد سواء من الناحية السياسية أو الاجتماعية أو الاقتصادية والتي تتعلق بالوضع الطبيعي المادي والمعنوي لمجتمع منظم وتعلو فيه على مصالح الأفراد[1]. ومفهوم النظام العام نسبي، فالقاضي في تحديد مضمونه مقيد بالتيار العام السائد بشأنه في بلده وزمانه[2]، مما يعتبر معه مسألة قانونية

---

[1] انظر حكم محكمة النقض – مدني – الطعن رقم 16 – لسنة 48 قضائية – جلسة17–1–1979 – مكتب فني 30 – جـ 1 – صـ276.

[2] وفكرة النظام العام– كما تقضي المحكمة الدستورية العليا– "يرجع مرونتها وتعدد مجلاتها إلى أنها ليست فقط من خلق المشرع، ولكن للقاضي دور في إدخال القواعد في النظام العام، فيقدر منها ما يتعلق بالمصلحة العامة، بل إن المسألة الواحدة قد تكون متعلقة بالنظام العام وغير متعلقة في ذات الوقت ولكن في مجال قانوني آخر كفكرة التقادم فهي متعلقة بالنظام العام في المجال الجنائي دون المجال المدني. راجع في ذلك حكم المحكمة الدستورية العليا –الطعن رقم

تخضع لرقابة محكمة النقض، وفي ذلك ضمانة كبرى لإقامة هذا التحديد على أسس موضوعية[1]، ففكرة النظام لعام يكاد يستحيل تعريفها لمرونتها ونسبيتها من حيث الزمان والمكان، فهي بطبيعتها غير قابلة للتحديد[2].

ومدى تعلق القواعد بالنظام العام قد يحددها المشرع وفي حالة سكوته يُترك الأمر للقاضي واضعاً في اعتباره المصلحة التي تبغي القاعدة تحقيقها، فإن أمر تحديد أيهم أكثر صلة بالنظام العام يتدخل فيها المشرع وإلا القاضي.

بيد أن القواعد الأمرة لا تتصل جميعها بالضرورة بالنظام العام[3]، فإذا كانت القواعد المتعلقة بالنظام العام كلها آمرة، إلا أن العكس غير صحيح[4]، حيث إنه نتيجة

---

253 –لسنة 24 قضائية –جلسة15–4–2007 –مكتب فني 12 –جـ 1 –صـ314. وحكم المحكمة الدستورية العليا | الطعن رقم: 84 لسنة: 17 قضائية بتاريخ: 15–3–1997.

(1) محكمة النقض – مدني – الطعن رقم 10132 – لسنة 78 قضائية – جلسة11–5–2010 – مكتب فني 61 – صـ665.

(2) فتحي والي (تأليف)، وأحمد ماهر زغلول(تحديث)، نظرية البطلان، ص539، بند 307.

(3) وللنظام العام مفهومان في قاموس العميد كورنو Doyen Cornu.الأول حالة اجتماعية لا يُمس فيها السلام والهدوء والأمن العام"، "لبلد ما، في زمن ما". وبمعنى ثان، فإن مصطلح "النظام العام" يعني "توصيف قواعد معينة تفرض بقوة معينة" "في إطار نظام قانوني". والنظام العام في تعريفه الأول هدف ينبغي تحقيقه، في حين أنه في تعريفه الثاني هو طابع القوانين التي تحظر الاتفاق على مخالفتها. والمعنى الثاني هو المعنى الذي يستخدمه لترتيب النتائج ومنها عدم جواز الاتفاق على مخالفتها.

CORNU Gérard .Vocabulaire juridique, Association H. CAPITANT, PUF, 4e éd., 2003 .

(4) حسام الدين كامل الاهوانى، أصول القانون...، ص98، بند 117.

تدخل الدولة المتزايد في الأنشطة الاقتصادية، ظهرت قواعد آمرة لا تتعلق بالمصالح العامة، بل تتعلق بالمصالح الخاصة الاقتصادية أو الاجتماعية، وفرضت قيوداً عديدة على مبدأ سلطان الإرادة[1]. كذلك، وظهرت القواعد المتعلقة بالنظام العام الحمائي أي تلك التي تحمي فئة ضعيفة (عامل أو مستهلك أو مؤمن له أو غيرهم) في العلاقات القانونية ليحقق النظام العام هذا التوازن بين أطراف هذه العلاقات، ولا يستطع القاضي إثارة تلك القواعد من تلقاء نفسه، مع أنها من النظام العام، على عكس القواعد الأمرة المتعلقة بالنظام العام التقليدي[2].

---

[1] ويترتب على مخالفة قواعد النظام العام الاقتصادي أو الاجتماعي البطلان الجزئي حيث يقصر البطلان على الاتفاق المخالف ويظل الاتفاق على فيما يجاوز الشرط.

وقصدت فكرة النظام العام الاقتصادي حماية طبقات اجتماعية ضعيفة وهو ما يعرف بالنظام العام الحمائي، ثم ظهرت فكرة النظام العام الاقتصادي التوجيهي لتوجيه الأشخاص نحو احترام سياسة. انظر: محمد حسين عبدالعال، الاتجاهات الحديثة لفكرة النظام العام ومدى الحماية الدستورية لمبدأ حرية التعاقد، دار النهضة العربية، سنة 1998، ص79-80، بند 44، 45.

[2] ولم تعد فكرة النظام العام كما كانت من قبل، فالآن يُنظر إلى النظام العام على أنه يشمل الأسس الجوهرية للمجتمع مثل كون اللغة العربية هي اللغة الرسمية، وأن نظام الدولة هو النظام الجمهوري، وغير ذلك من أسس المجتمع الرئيسية، أما غيرها فيجب النظر على مدى تعلق القاعدة بالنظام العام من عدمه من منظور الحق الذي تحميه، فإذا كان هذا الحق خاص يجوز التنازل عنه أو التصالح بشأنه أضحت القاعدة – ولو كانت ضمن قواعد القانون الجنائي مثلاً– غير متعلقة بالنظام العام. انظر: رضا السيد عبد الحميد، مسائل في التحكيم، الكتاب الرابع: التحكيم في الشيك في ضوء أحكام قانون التجارة رقم 17 لسنة 1999، الطبعة الثانية، 2007، دار النهضة العربية، ص11-12.

ولقد حددت المادة الثالثة من قانون المعاملات المدنية الإماراتي الحالات بأنها: "يعتبر من النظام العام الأحكام المتعلقة بالأحوال الشخصية كالزواج والميراث والنسب والأحكام المتعلقة بنظام

والقانون قد ينص على اعتبار القاعدة متعلقة بالنظام العام الموضوعي عندما يستشف البطلان العام عند مخالفتها، فيفرض القانون على القاضي الحكم بالبطلان عند المخالفة من تلقاء نفسه، وإذا لم يوجد نص تشريعي ترك الأمر للقاضي، وعلى القاضي أن يضع في نصب عينه نوع المصلحة التي يرمي المشرع إلى حمايتها بالقاعدة المخالفة[1].

ثانياً: النظام العام الإجرائي

إن النظام العام لا يوجد فقط في القوانين الموضوعية بل والإجرائية، لذلك يوجد ما يسمى بالنظام العام الإجرائي الذي يُوصف هكذا ليس بالنظر إلى مصدره وهو القانون الإجرائي فقط[2]، بل أيضاً بالنظر إلى وظيفته وهي تنظيم حق التقاضي إما

الحكم وحرية التجارة وتداول الثروات وقواعد الملكية الفردية وغيرها من القواعد والأسس التي يقوم عليها المجتمع وذلك بما لا يخالف الأحكام القطعية والمبادئ الأساسية للشريعة الإسلامية".

فكل اتفاق يرد خلاف ما يقضي به النظام العام في الدولة يقع باطلا سواء أكانت هناك قاعدة قانونية تقرر الأمر الذي يمس النظام العام، وبالتالي تكون آمرة لا يسوغ الاتفاق على خلافها، أم لم تكن هناك مثل هذه القاعدة. انظر: سليمان مرقص، المدخل إلى العلوم القانونية، طبعة رابعة، 1961، بند 55.

[1] فتحي والي، المبسوط، ج1، ص885، بند 384. ولكن لا يجب الخلط بين النظام العام والمصلحة العامة، فهناك من المصالح الخاصة التي تكون حمايتها من النظام العام، أما القواعد المتعلقة بالنظام العام فإنها تعتبر جميعها جزءا من القواعد الأمرة، بل تمثل الجانب الرئيسي للقواعد الأمرة. انظر: حسام الدين كامل الاهوانى، مرجع سابق، ص98، بند117.

[2] يرى البعض أن فكرة النظام العام في قانون المرافعات هو تجسيد لإعمال ما يمكن تسميته بقاعدة تغليب مصلحة العدالة على المصلحة الذاتية للخصوم، وإعمال قواعد القانون على المبادرة الإرادية لهؤلاء، وهذه تشمل أسس التنظيم القضائي وأعمال الوظيفة القضائية وإدارة وتوزيع العدالة

لتحديد دور إرادة المتقاضين أو حماية تلك الإرادة في توجيه الإجراءات وصولاً إلى العدالة[1].

وعلى أي حال، يظهر النظام العام الإجرائي في قواعد كثيرة بقانون المرافعات، فإذا كان المقصود منها القواعد القانونية الأمرة التي تستهدف تحقيق المصالح العامة للبلاد والتي لا يجوز للأفراد الاتفاق على مخالفتها ولا يقبل منهم التنازل عنها ولا يسقط الحق في التمسك بها، فمنها القواعد المنظمة لحق التقاضي وأصول التداعي أمام المحاكم وطرق الطعن وتحديد الجهات ذات الولاية في الفصل في المنازعات وحدود هذه الولاية[2]. ويظهر النظام العام الإجرائي في مجال الأسباب المتعلقة بالنظام العام «moyen d'ordre public» التي يثيرها القاضي من تلقاء نفسه وفي أي حالة عليها الإجراءات، ويجوز إثارتها أمام محكمة الاستئناف والنقض لأول مرة، طالما كانت عناصرها معروضة على محكمة الموضوع، وفيما ورد عليه الطعن، كما يمكن أن يستدل على قواعد النظام العام الإجرائي من خلال دور

وأصول القيم القضائية وتحقيق الاستقرار القانوني بما فيها استقرار الحماية القضائية. انظر: محمود مصطفى يونس، مرجع سابق، ص27، بند8.

[1] غير أن البعض أنكر على النظام العام وصفه الإجرائي لنكون أمام "نظام عام إجرائي"، بل أن الإجراءات هي التي تضمن احترام النظام العام.

" ce n'est pas l'ordre public qui est procédural en lui-même, c'est la procédure qui garantit le respect de l'ordre public". Pierre Delvolvé. L'ordre public immatériel — RFDA 2015. 890.

[2] لنظر: حكم محكمة النقض – مدني – الطعن رقم 3438 – لسنة 78 قضائية – جلسة26-10-2009 – مكتب فني 60 – صـ829.

النيابة العامة في القضية خاصة فيما يتعلق بتدخلها في القضية أو في الطعن في الحكم[1].

وفي اعتقادنا أن مبادئ التقاضي الأساسية التي تنطبق على المنازعات أيا كانت طبيعتها أو نوعتها أو نوع القضاء أو المحكمة التي تنظرها تعد من النظام العام الإجرائي، مثل مبدأ المساواة والمواجهة وحق الدفاع و علنية الجلسات[2] و سرية المداولات و تسبيب الحكم القضائي و حياد القاضي واستقلاله و حجية الأمر

---

[1] على سبيل المثال، تنص المادة 423 من قانون المرافعات الفرنسي على أنه: " خارج هذه الحالات، للنيابة العامة أن تدعي دفاعاً عن النظام العام بمناسبة واقعات تتضمن مخالفته".

« En dehors de ces cas, il peut agir pour la défense de l'ordre public à l'occasion des faits qui portent atteinte à celui-ci ».

FARBELOT, L'action d'office du ministère public prévue à l'article 423 du code de procédure civile, JCP 2014. 698.

ليس ذلك فقط بل من حق النيابة العامة الطعن في بعض الحالات المنصوص عليها حصرا ومنها إذا خالف الحكم قاعدة من قواعد النظام العام، وتصير النيابة العامة طرفا أصليا في خصومة الطعن يكون لها مركز إجرائي كمركز الخصم (م 6/189- 96 من قانون المرافعات)، بل ويجوز للنائب العام أن يطعن بالنقض في هذه الحالة دون ميعاد محدد (م 2/88، 95، 96، 250، 252 مرافعات).

[2] حيث قضت محكمة النقض بأنه: "وبالنظر للأهمية البالغة لهذه القاعدة الأصلية . علانية الجلسات . لما فيها من ضمان حقوق الدفاع المقدسة لم يكتف المشرع بالنص عليها في المادة 101 من قانون المرافعات المشار إليها بل ضمنها دساتير الدولة المتعاقبة وآخرها المادة 169 من دستور جمهورية مصر العربية في سنة 1971 لتكون بعيدة عن إمكان العبث بها ومن ثم فإنها تعد من الإجراءات المتعلقة بنظم التقاضي الأساسية المتصلة بالنظام العام التي يترتب عليها بطلان الأحكام الصادرة بالمخالفة لأحكامها". حكم محكمة النقض – مدني – الطعن رقم 7588 – لسنة 63 قضائية – جلسة20-11-1997 – مكتب فني 48 – جـ 2 – صـ1273.

المقضي، وغيرها، مع الوضع في الاعتبار – كما قلنا سلفاً– أن النظام العام لا يختلط مع النظام الآمر أو الناهي، لأنه من الممكن أن يكون له مصدر آخر خلاف القانون، مثل إرادة القاضي خاضعاً في ذلك لرقابة محكمة النقض، والمشرع الإجرائي أحياناً يفرض قواعد إجرائية آمرة في قانون المرافعات يترتب على مخالفتها البطلان المطلق، ولكنها لا تتعلق بالنظام العام، كالشكلية التي تفرضها النصوص الأمرة[1].

ثالثاً: النظام العام الإجرائي الحمائي

إن النظام العام الإجرائي، كالنظام العام الموضوعي، مر بتطور ملحوظ في رأينا من مجرد نظام عام إجرائي تقليدي قائم على أساس خدمة العدالة وهي خدمة عامة يكون نطاق دور إرادة المتقاضين فيها ضيقاً[2]، إلى نظام عام إجرائي – نتيجة التجارة الدولية و الرقمنة و التنويع الاقتصادي– بدأ ينحسر لصالح اتساع نطاق دور إرادة المتقاضين واتفاقاتهم في القضية La «contractualisation» ou « privatisation » du procès ، مع عدم المساس بمبادئ التقاضي الأساسية، خاصةً لمكافحة ظاهرة البطء في التقاضي التي باتت عائقاً ليس فقط في سبيل تحقيق العدالة الناجزة كمصلحة اجتماعية بل وكمصلحة اقتصادية في عالم الاستثمار و التجارة.

---

(1) حسام الدين كامل الاهوانى، مرجع سابق، ص98، بند117.

(2) L. CADIET et E. JEULAND, Droit judiciaire privé, 10e éd., 2017, LexisNexis, n° 17.

وفي مجال قانون المرافعات توجد في اعتقادنا قواعد إجرائية لا هي آمرة، ولا هي مكملة، ولكن عوانٌ بين ذلك، ويمكن الكشف عنها من خلال تجزئة الآثار المترتبة على اعتبارها من النظام العام، بحيث ينتج عنها بعض نتائج القواعد المكملة وبعض نتائج القواعد الأمرة، وهي غالباً ما تتصل بالنظام العام الحمائي الإجرائي[1] على حد تعبيرنا.

وتلك القواعد المتعلقة بالنظام العام الإجرائي الحمائي، ليست أكثر اتصالا بالمصالح العليا للدولة، بل أقلها اتصالاً مقارنة بالقواعد المتعلقة بالنظام العام

---

[1] كما في مجال القانون الموضوعي، ليس كل قاعدة آمرة متعلقة بالنظام العام، حيث توجد قواعد آمرة لا تتعلق بالمصلحة العامة بل بالمصلحة الشخصية للأفراد؛ مثل القواعد المتعلقة بالنظام العام الحمائي فهي آمرة وفي ذات الوقت يجوز الاتفاق على مخالفتها بما يحقق مصلحة الطرف الضعيف، فقرر المشرع جزاءً على مخالفتها وهو بطلان من نوع خاص، فيبطل كل شرط مخالف لها بطلانا مطلقا إلا إذا كان يحقق مصلحة الطرف المستهدف من الحماية كالعامل في عقد العمل و المستهلك وغيرهم، كما أنه بطلان جزئي، لأنه يبطل الشرط فقط مع إبقاء العقد، لذلك فيمكن القول بأن القواعد المتعلقة بالنظام العام تعلو على القواعد المتعلقة بالنظام العام الحمائي حال التعارض فيما بينها.

وكأن تلك القاعدة المتعلقة بالنظام العام الحمائي تعد الحد الأدنى الاجتماعي، كما في مجال قانون العمل أو المستأجر بتوفير سكن له فلا يجوز الاتفاق على زيادة الأجرة عن حد قانوني فالمشرع يحمي الفرد ضد ضعف نفسه أو ضد إضعافه من الغير. قرب ذلك: حسام الدين كامل الاهوانى، مرجع سابق، ص99، بند 118. لذلك ميز البعض من الفقه الفرنسي بين قواعد النظام العام وقواعد النظام الخاص الأمر «l'ordre public impératif» et «l'ordre privé impératif».

J. Mestre, « L'ordre public dans les relations économiques », in Th. Revet (dir.), L'ordre public à la fin du XXe siècle, Dalloz, 1996, p. 33.

التقليدي، حال التعارض فيما بينها، لأن المصالح التي تبغي القواعد الأخيرة حمايتها تعلو على المصالح التي تبغي حمايتها القواعد الأولى[1]، لذلك فليس كل قاعدة إجرائية آمرة بالضرورة متعلقة بالنظام العام الإجرائي، كما في النظام العام الموضوعي.

لذلك نود أن نرتب نتيجة هامة هنا وهي أنه في حال التعارض بين الحجية والقواعد المتعلقة النظام العام الحمائي، فتعلو الحجية عليها لأن الحجية تتعلق بالنظام العام الإجرائي التقليدي أي المصالح العليا للدولة بسبب وظيفتها في تحقيق الأمن القانوني والاستقرار[2].

والقواعد المتعلقة بالنظام العام الإجرائي الحمائي، إما تكون كذلك نتيجة خدمتها وتأثرها بالنظام العام الحمائي الموضوعي من ناحية، أو تكون متعلقة بالنظام العام الإجرائي الحمائي ذاتياً دون تأثر بنظيره النظام الموضوعي من ناحية ثانية[3].

---

[1] ويدلل البعض من الفقه الفرنسي على ذلك بالتطور الملحوظ في مبدأ الأمانة الإجرائية في الإثبات، انظر:

« Le principe de loyauté irrigue le droit de la preuve et forme son ADN » (BRETZNER, D. 2013. Pan. 2802).

[2] راجع فكرة التدرج في اعتبارات النظام العام ما سبق الفرع الثاني من المطلب الثاني من المبحث الأول.

[3] ويمكن ان تستشف قواعد النظام العام الحمائي الإجرائي من خلال الجزاء وهو البطلان الذي لا هو عام ولا وهو خاص ففيه من خصائص هذا وذاك وكذلك من خلال النص على جواز – لا وجوب – أن يثير القاضي قواعده من تلقاء نفسه. فتنص المادة الثالثة من قانون المرافعات على

وجوب ان تقضي المحكمة من تلقاء نفسها بعدم قبول الدعوى "وتقضي المحكمة من تلقاء نفسها، في أي حالة تكون عليها الدعوى، بعدم القبول في حالة عدم توافر الشروط المنصوص عليها في الفقرتين السابقتين" (انظر: حكم محكمة النقض في الطعنين رقمي 5870، 7251 لسنة 66 ق، جلسة12 يونيو 1997- مجموعة احكام محكمة النقض السنة 48 – ج2 – ص879. كذلك انظر المواد 35، 46، 116، 215، 235، 253 من قانون المرافعات، والمادة 101 من قانون الإثبات بينما في مواضع أخرى تنص على جواز أن تقضي بها من تلقاء نفسها كما هو الحال في المادة 101 من قانون المرافعات التي تنص على أن: "تكون المرافعة علنية إلا إذا رأت المحكمة من تلقاء نفسها أو بناء على طلب أحد الخصوم إجراءها سراً محافظةً على النظام العام أو مراعاة للآداب أو لحرمة الأسرة". وتنص المادة 105 على أنه: "للمحكمة ولو من تلقاء نفسها أن تأمر بمحو العبارات الخارجة أو المخالفة للآداب أو النظام العام من أية ورقة من أوراق المرافعات أو المذكرات". وفي قانون الإثبات تنص المادة 2/28 على أنه: "وإذا كانت صحة المحرر محل شك في نظر المحكمة جاز لها من تلقاء نفسها أن تدعو الموظف الذي صدر عنه أو الشخص الذي حرره ليبدي ما يوضح حقيقة الأمر فيه". وتنص المادة 70 من ذات القانون على أنه: "للمحكمة من تلقاء نفسها أن تأمر بالإثبات بشهادة الشهود في الأحوال التي يجيز القانون فيها الإثبات بشهادة الشهود متى رأت في ذلك فائدة للحقيقة".

وفي فرنسا، قضت محكمة النقض الفرنسية بأن مسألة إعادة تكييف للوقائع والأعمال التي يقدمها الخصوم هي مسألة يجوز إثارتها من تلقاء نفسه إلا إذا أثارت قاعده متعلقة بالنظام لعام فوجب على القاضي إعادة التكييف من تلقاء نفسه.

Cass., ass. plén., 21 déc. 2007, n° 06-11.343 , Bull. ass. plén., n° 10 ; RTD civ. 2008. 317, obs. Gautier ; JCP 2008. II. 1006, note Weiller ; Procédures 2008, n° 70, obs. Perrot. LAGARDE, Office du juge et ordre public, JCP 2001. I. 312. MONACHON DUCHÊNE, L'ordre public au risque de l'impartialité, JCP 2015. 819.

وأمثلة على القواعد الأولى: قواعد الاختصاص المحلي في دعاوى النفقات ودعاوى إيجار أماكن أو المورد أو المؤمن له[1] ، إذ أن قواعد الاختصاص المحلي التي يمنع القانون (م2/62 مرافعات)[2] الاتفاق مقدماً على مخالفتها رغم أن قواعد الاختصاص المحلي بحسب الاصل قواعد مكملة قررت لمصلحة الخصوم.

وأمثلة على القواعد الثانية: مبدأ التقاضي على درجتين، فيجيز المشرع الاتفاق على مخالفتها بالاتفاق على إسقاط الحق في الاستئناف، ولو قبل رفع الدعوى (م

---

[1] حيث يجوز للأطراف الضعيفة، كأصحاب دين النفقة والعمال والصناع والمستفيد، اختيار المحكمة المختصة محلياً بين محاكم متعددة ومنها محكمة موطنهم كمدعيين خلافاً للقاعدة العامة (م49 مرافعات). انظر المواد 56– 58 من قانون المرافعات. حيث تنص المادة 56 على أن: "في المنازعات المتعلقة بالتوريدات والمقاولات وأجرة المساكن وأجور العمال والصناع والإجراء يكون الاختصاص لمحكمة موطن المدعى عليه أو للمحكمة التي تم الاتفاق أو نفذ في دائرتها متى كان فيها موطن المدعى". وتنص المادة 57 على أن: "في الدعاوى المتعلقة بالنفقات يكون الاختصاص للمحكمة التي يقع في دائرتها موطن المدعى علبه أو موطن المدعى". وتنص المادة 58 على أن: "في المنازعات المتعلقة بطلب قيمة التأمين يكون الاختصاص للمحكمة التي يقع في دائرتها موطن المستفيد أو مكان المال المؤمن عليه".

[2] تنطبق هذه المادة ليس على الحالة التي يحدد فيها المشرع محكمة واحدة على خلاف محكمة موطن المدعى عليه، بل تمتد إلى الحالات التي يحدد فيها المشرع محكمة أو محاكم اخرى بجانب محكمة موطن المدعى عليه. انظر: فتحي والي، المبسوط، ج 1، ص641 وانظر أحكام محكمة النقض المصرية التي تؤيد ذلك وهي (حكم 3/25/ 2006 في الطعن رقم 2507 لسنة 61 ق. ونقض تجاري 2006/6/27 في الطعن رقم 11324 لسنة 75 ق، ووصف الحكم الأخير قواعد الاختصاص المحلي في هذه الحالة بانها متعلقة بالنظام العام).

2/219 مرافعات) بأن تقصر درجتي التقاضي على درجة واحدة، على أساس أن المشرع لم يضع درجتي التقاضي إلا لمصلحة المتقاضين أنفسهم وحمايتهم[1].

وبمثال أكثر توضيحاً لفكرة النظام العام الإجرائي الحمائي في قانون المرافعات، قواعد نقصان أهلية التقاضي (على عكس قواعد الأهلية المدنية وفقاً للمادة 48 من القانون المدني[2])، فإذا كانت قواعد الأهلية تتعلق بالنظام العام، غير أن أثر هذا التعلق يكون بالقدر اللازم لحماية هذا النظام، لذلك تتجزأ آثار التعلق بالنظام العام، فيترتب عليها أنه لا يجوز التمسك بها إلا ممن قررت القاعدة لمصلحته و يترتب على مخالفتها البطلان غير المتعلق بالنظام العام، وفي المقابل يجوز للخصم الآخر أن يتمسك بالبطلان حتى لا يُلزم بالاستمرار في خصومة مهددة بالبطلان بسبب تمسك الخصم ناقص الأهلية، أما إذا قاربت الخصومة على نهايتها فليس

---

[1] ولكن تعد قاعدة التقاضي آمرة في عدم جواز التقاضي على درجات إضافية عن درجتي التقاضي. ولكن لا يجوز الاتفاق على التنازل عن الطعن بالنقض لان الطعن يكون لمراقبة تطبيق القانون وهي مسألة متعلقة بالنظام العام راجع المادة 2/219 من قانون المرافعات المصري وهو ذات ما نصت عليه المادة 556 من قانون المرافعات الفرنسي انظر: أحمد هندي، مبدأ التقاضي على درجتين، دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديدة سنة 2009، ص33، وما بعدها.

Jean-Jacques LEMOULAND : Ordre public et bonnes mœurs. Répertoire de droit civil, février 2019.n°65.

[2] تنص المادة 48 من القانون المدني على أن: "ليس لأحد النزول عن أهليته ولا التعديل في أحكامها".

للخصم الآخر أن يتمسك بالبطلان لانتفاء العلة السابقة كما لو تمسك بالطعن في الحكم[1].

وفي فرنسا، مع أنه يجوز أن يثير القاضي نقصان الأهلية من تلقاء نفسه، وفي أي حالة عليها الإجراءات ما لم يتم تصحيحها، ونقصان أهلية التقاضي من العيوب الموضوعية[2] لا الشكلية[3]، ولكن في المقابل، يجوز النزول عن عيب نقصان

---

[1] وحيث إن هذا النعي في محله، ذلك أنه وإن كان بطلان إجراءات الخصومة لنقص أهلية أحد أطرافها هو مما يقع بحكم القانون، إلا أنه بطلان نسبي مقرر لمصلحة من شرع الانقطاع لحمايته". حكم محكمة النقض – مدني – الطعن رقم 834 – لسنة 53 قضائية – جلسة13–1–1987 – مكتب فني 38 – جـ 1 – صـ95.

وانظر: حكم محكمة النقض – مدني – الطعن رقم 136 – لسنة 22 قضائية – جلسة16–6–1955 – مكتب فني 6 – جـ 3 – صـ1256

وحكم المحكمة الإدارية العليا – الطعن رقم 1119 – لسنة 10 قضائية – جلسة24–12–1966 – مكتب فني 12 – جـ 1 – صـ467.

[2] انظر المواد 117 –121 مرافعات فرنسي. النص الفرنسي لا يتحدث عن انتفاء في أهلية التقاضي

Le défaut de pouvoir d'une partie ابل انتفاء أهلية الاختصام Le défaut de capacité d'ester en justice.

[3] انظر في الفقه الفرنسي الذي يرتب آثار البطلان عن العيب الموضوعي حال العيب الشكلي الذي ينتج عنه إهدار المبادئ الأساسية للخصومة.

وكذلك الفقه والقضاء الفرنسي والإيطالي. فتحي والي (تأليف)، وأحمد ماهر زغلول(تحديث)، نظرية البطلان، صـ542 –543، بند 309، صـ567، هامش (2).

الأهلية ويصحح البطلان الناشئ عن مخالفتها، ومن هنا يتبين نسبية أثر النظام العام بمعنى أن النظام العام يتدخل فقط بالقدر اللازم لحمايته، فأثره ليس مطلقاً[1].

وقد يتصور البعض أن حجية الأمر المقضي قد تعد هي أيضاً من النظام العام الإجرائي الحمائي، وليس من النظام العام التقليدي، خاصةً وأنه يجوز النزول عن الحكم بموجب المادة 145 مرافعات مصري، ولكن يمكن الرد على ذلك بأن النزول عن الحكم لا يعد نزولاً عن الحجية المتعلقة بالنظام العام الإجرائي التقليدي لغايات استقرار الحقوق والمراكز، فرغم النزول عن الحكم تترتب كافة آثار حجيته القائمة، منها عدم جواز إثارة النزاع في الحق المتنازل عنه مرة أخرى ولو خالف الحكم النظام العام، ولكن كل ما يرتبه النزول من آثار هو النزول عن القوة التنفيذية للحكم وعن الطعن في الحكم[2]حال توافر مفترضاتهما وشروطهما[3].

---

[1] فتحي والي (تأليف)، وأحمد ماهر زغلول(تحديث)، نظرية البطلان، ص544-545، بند 309.

[2] إذا كان الحكم المتنازل عنه لم يقض بكل ما طلبه المتنازل، كأن يصدر بأقل من المبلغ الذي طالب به هذا المتنازل، ولكن مع الوضع في الاعتبار أنه إذا كان التنازل عن الحكم يفيد قبوله، ولكن قبول الحكم لا يفيد النزول عن الحق الثابت فيه. وهل هناك فارق بين اصطلاح التنازل عن الحكم و الآخر النزول عنه (الذي ورد في المادة 145 مرافعات)، أم أن كلاً منهما مرادفاً للآخر؟!.

[3] وإن كان يمكن الاختلاف في الرأي حول مدى تعلق حجية الأمر المقضي لحكم التحكيم بالنظام العام الإجرائي الحمائي نظراً للطابع الاتفاقي للتحكيم مقارنة بالقضاء.

الفرع الثاني

الادعاء ببطلان الحكم لمخالفته قاعدة متعلقة بالنظام العام

ويفترض بدايةً إعمال قاعدة علو الحجية على النظام العام، أن تؤثر القاعدة المتعلقة بالنظام العام – المدعى مخالفة الحكم لها– في صحة المضمون الموضوعي للحكم أو قبول الدعوى أو الإجراءات المؤثرة في الحكم أو في صحة الحكم ذاته كعمل إجرائي[1]، كأن يُدعى مخالفة للحكم لقواعد الاختصاص النوعي[2] أو لقواعد قبول الدعوى للتقادم[3] أو لانتفاء صفة المدعى عليه مثلاً [1]أو

---

[1] وهذا على اعتبار المفهوم الواسع القضائي لحجية الأمر المقضي الممتد للأحكام الإجرائية بجانب الموضوعية منها. راجع الحجية مفترض لقاعدة العلو ما سبق الفرع الأول من المطلب الثاني من هذا المبحث.

[2] حكم محكمة النقض – مدني – الطعن رقم 6170 – لسنة 83 قضائية – بتاريخ 9 – 1 – 2018. وانظر حكم المحكمة الإدارية العليا – الطعن رقم 12824 – لسنة 59 قضائية – بتاريخ 28 – 7 – 2015، غير منشور. وحكم محكمة النقض – مدني – الطعن رقم 7483 – لسنة 82 قضائية – بتاريخ 2 – 1 – 2016، غير منشور. وحكم محكمة النقض – مدني – الطعن رقم 16615 – لسنة 77 قضائية – بتاريخ 22 – 4 – 2012، غير منشور (المصدر: www.eastlaws.com).

وفي فرنسا، قضت محكمة النقض الفرنسية بعلو الحجية على قواعد الاختصاص انظر:

com., 19 juill. 1950, *RTD civ.* 1951, p. 125, obs. P. RAYNAUD ; civ. 2ème, 13 nov. 1952, *D* 1953, p. 113.

[3] حكم محكمة النقض – مدني – الطعن رقم 1075 – لسنة 72 قضائية – بتاريخ 6 – 4 – 2014، غير منشور (المصدر: www.eastlaws.com).

قاعدة اشتمال الحكم لبيان أن القاضي الذى حضر النطق بالحكم قد اشترك في المداولة و وقع على مسودته[2] أو لقواعد قواعد تحديد أجرة الأماكن المؤجرة المتعلقة بالنظام العام[3]. وسنعرض بالتفصيل لتطبيقات قاعدة العلو من حيث القواعد المتعلقة بالنظام العام التي تعلو عليها الحجية فيما بعد.

ولكن نستبعد هنا من تطبيق قاعدة العلو لو كانت القاعدة المتعلقة بالنظام العام المدعى مخالفة الحكم لها تنطبق فيما بعد صدور الحكم[4] أو كانت تنطبق على الإجراءات فيما بعد صدور الحكم، كإعلان الحكم أو تنفيذه، حيث لا تتأثر حجية

---

[1] حكم محكمة النقض – مدني – الطعن رقم 808 – لسنة 80 قضائية – بتاريخ 3 – 12 – 2017، غير منشور (المصدر: www.eastlaws.com).

وفي فرنسا، قضت محكمة النقض الفرنسية بعلو حجية الأمر المقضي على بطلان الاستئناف موقع من شخص متوفى:

civ., 15 nov. 1904, *D* 1905, 1ère partie, p. 254 ; Amiens, 28 juill. 1947, *S* 1948, p. 21, note H. SOLUS.

[2] حكم محكمة النقض – مدني – الطعن رقم 15 – لسنة 43 قضائية – بتاريخ 20 – 4 – 1977).

[3] محكمة النقض – مدني – الطعن رقم 1776 – لسنة 49 قضائية – جلسة21–6–1980 – مكتب فني 31 – جـ 2 – صـ1801.

[4] كما هو الحال – كقاعدة –عند صدور حكمين متناقضين أحدهما يسبق الآخر، فلا يتصور الحديث عن قاعدة العلو إلا بشأن الحكم اللاحق الذي صدر مخالفا لحكم سابق حاز حجية تتعلق بالنظام العام. انظر في قاعدة عدم التناقض قيد على قاعدة العلو ما يلي الفرع الثاني من المبحث الثالث و الأخير.

الحكم بإعلان أو تنفيذ القرار من عدمه[1]، ما لم ينص المشرع على غير ذلك صراحةً واستثناءً.

ومن هذا الاستثناء، نص قانون المرافعات على بطلان الحكم حال عدم إيداعه (والإيداع واقعة لاحقة على صدوره) في قلم كتاب المحكمة خلال مدة معينة وإذا لم يطعن فيه لهذا السبب تحصن ولو خالف هذه القاعدة المتعلقة بالنظام العام، لأن الحجية تعلو على النظام العام، وعلة البطلان هنا أن في عدم إيداع الحكم في الميعاد دلالة على أن الحكم قد صدر بغير استظهار أسبابه واتفاق القضاة عليه[2].

---

[1] انظر: حكم محكمة النقض الفرنسية في ذلك:

Dans le même ordre d'idées, l'autorité de la chose jugée ne dépend pas du fait que la décision ait ou non été signifiée (Cass. 1re civ., 25 févr. 1997 : D. 1997, inf. rap. p. 92 ; JCP G 1997, IV, 859 ; Gaz. Pal. 1997, pan. Jurispr. p. 270. – Cass. 3e civ., 20 juin 2007, n° 06-12.569 : Bull. civ. III, n° 110).

[2] انظر: حكم محكمة النقض – مدني – الطعن رقم 1143 – لسنة 67 قضائية – جلسة23-5-2006، غير منشور (المصدر:www.eastlaws.com)، ولا يصل بالحكم إلى درجة انعدامه. انظر: حكم محكمة النقض – مدني – الطعن رقم 2430 – لسنة 57 قضائية – جلسة6-3-1994 – مكتب فني 45 – جـ1 – ص459.

المبحث الثالث

تفعيل قاعدة علو حجية الأحكام على النظام العام

بعد أن عرضنا لماهية قاعدة علو حجية الحكم على النظام العام ومفترضات تطبيقها وهي دراسة لقاعدة العلو في حالة الثبات، نعرض الآن لتفعيل قاعدة العلو على أرض الواقع، أي دراستها في حالة الحركة، التي تستدعي تتبع التطبيقات القضائية لهذه القاعدة لسببين هامين: أولهما للتدليل على أن هذه القاعدة ليست قاعدة نظرية بحتة بل لها واقع عملي كبير، وثانيهما أن تتبع تطبيقات القاعدة أمام القضاء يكون أمراً بديهياً على اعتبار أن منبت هذه القاعدة هو القضاء.

إن تبني مفهوم واسع للحجية قضاءً وعدم اعتباره أثراً قاصراً على الحكم الموضوعي بل أثر لأي حكم يتضمن تأكيداً قضائياً موضوعياً أو غير موضوعي، هو السبب الرئيسي في التوسع من نطاق تفعيل القاعدة وتطبيقاتها، حيث إن قاعدة الحجية التي تعلو على النظام لعام، لا تقتصر على حجية الحكم بالمعنى الضيق لها ولكن تمتد لعلو حصانة الحكم – بصفة عامة– على النظام العام، لذلك سنعرض لتطبيقات القاعدة من حيث قوى الحكم والمحكمة المحتج أمامها بها والقواعد المتعلقة بالنظام العام التي تعلو عليها تلك الحجية (مطلب أول).

وطالما أيدنا وصف علو حجية الأحكام على النظام العام أنها قاعدة، ولكنها ليست قاعدة مطلقة، بل هي قاعدة عامة يرد عليها استثناءات تؤكد القاعدة، لذلك سنعرض للحالات التي لا يمكن فيها تفعيل قاعدة علو الحجية على النظام العام،

ونعتقد أنها من أهم نتائج هذه الدراسة، وما سبقها من مسائل في مباحث سالفة كانت مقدمات للوصول إليها. ونقصد من عرض هذه الاستثناءات القول بأنه كما أن الحجية تعلو على النظام العام كقاعدة تارةً، ولكن يعلو النظام العام على حجية الأمر المقضي استثناءً تارةً أخرى (مطلب ثان).

المطلب الأول

النطاق الإيجابي لتفعيل قاعدة علو الحجية على النظام العام

قلنا فيما سبق أن حجية الأمر المقضي فكرة إجرائية مضطربة ومتخبطة قضائياً، لا فقهياً، حيث إن قضاء النقض يخلط بينها وبين قوى الحكم الأخرى كاستنفاد الولاية للحكم القطعي، وقوة الأمر المقضي للحكم النهائي، والبيتوتة للحكم البات. ونعالج هنا كيف أن لهذا الخلط صدى وتأثير على اتساع نطاق تفعيل قاعدة الحجية تعلو على النظام العام؟ وبالتبعية اتسع نطاق المحاكم التي تُفعل قاعدة العلو أمامها (فرع أول)، كما أن قاعدة العلو استدعت تطبيقات قضائية عديدة لقواعد متعلقة بالنظام العام تعلو عليها الحجية (فرع ثان).

الفرع الأول

تطبيقات قاعدة العلو من حيث قوى الحكم والمحكمة المحتج أمامها

إن الخلط أو عدم التمييز بين قوى الحكم المختلفة أدى إلى اتساع نطاق تفعيل قاعدة علو الحجية على النظام العام، بحيث لم يقتصر تفعيلها على حجية الأمر المقضي بالمعني الفني الضيق لها، بل امتد لقوى أخرى، ونتج عن ذلك اتساع في نطاق قاعدة العلو من حيث المحاكم المحتج أمامها، مما استدعى إعادة صياغة قاعدة العلو، وذلك على النحو التالي:

أولاً: تطبيقات قاعدة العلو من حيث قوى الحكم:

1) علو حجية الحكم واستنفاد الولاية على النظام العام

نتيجة الخلط القضائي بين استنفاد الولاية والحجية، يسحب القضاء المصري قاعدة العلو على النظام العام حتى على القواعد القطعية التي حازت قوة استنفاد الولاية سواء كانت موضوعية أو إجرائية. فوفقاً للقضاء فإن حكم محكمة الاستئناف بقبول الاستئناف شكلاً، لا يصح معه لمحكمة الاستئناف ذاتها أن ترجع فيه للادعاء بمخالفته لقاعدة توجب توقيع محامي مقبول أمام محكمة الاستئناف، وهي متعلقة بالنظام العام، حيث قضت محكمة النقض بأنه: "لأن قوة الأمر المقضي التي اكتسبها حكمها (أي محكمة الاستئناف) هذا تحول دون جواز التمسك أمامها بدفع جديد خاص بشكل الاستئناف ولو كان ماساً بقواعد النظام العام، بحسبان أن حجية

الأحكام تعلو على اعتبارات النظام العام، كما أنه بصدور ذلك الحكم يمتنع على المحكمة التي أصدرته العدول عما قضت به، ويعمل بهذه القاعدة لسائر القواعد القطعية – موضوعية كانت أو فرعية – أنهت الخصومة أو لم تنهها، ذلك لأن القاضي نفسه لا يسلط على قضائه ولا يملك تعديله أو إلغاءه إلا إذا نص القانون صراحة على ذلك"[1].

ومن هذا الحكم يتبين أن استنفاد الولاية، كمفهوم مختلط بالحجية قضاءً، يعلو هو الآخر على النظام العام، ويرجع ذلك إلى أن استنفاد الولاية كأثر داخلي للحكم القطعي يمنع من الرجوع فيه بالعدول أو التعديل، بسبب مخالفة النظام العام. ولكن فكرة استنفاد الولاية في هذه القضية وصلت إلى درجة قوة الأمر المقضي، لأن الحكم صادر عن محكمة الاستئناف، وبالتالي يمكن القول أيضاً هنا أن قوة الأمر المقضي تعلو على النظام العام.

وهدياً بما تقدم، إذا صدر حكم حاز استنفاد الولاية فلا يجوز المساس به من المحكمة التي أصدرته ولو خالف النظام العام تطبيقاً لقاعدة استنفاد الولاية يعلو على النظام العام، وإذا كانت الأخيرة من متفرعات ونتائج قاعدة علو الحجية على

---

[1] وقُضي بأن: "غرض الشارع من هذا النهي هو رعاية الصالح العام وتحقيق الصالح الخاص في ذات الوقت لأن إشراف المحامي المقرر أمام محاكم الاستئناف على تحرير صحف الاستئناف من شأنه مراعاة أحكام القانون عند تحريرها، وبذلك تنقطع المنازعات التي كثيراً ما تنشأ بسبب قيام من لا خبرة لهم بممارسة هذه الشئون ذات الطبيعة القانونية مما يعود بالضرر على ذوي الشأن". حكم محكمة النقض – مدني – الطعن رقم 8596 – لسنة 84 قضائية – بتاريخ 8 – 3 – 2015، غير منشور (المصدر: www.eastlaws.com).

النظام العام قضاءً، فهي بالنسبة لنا من متفرعات قاعدة حصانة الحكم أو قوته تعلو على النظام العام.

2) علو القوة الإجرائية (قوة الأمر المقضي والبيتوتة) على النظام العام

أما عن الخلط بين قوة الأمر المقضي والبيتوتة[1] اللتين تعلوان على النظام العام[2]، حيث قضت محكمة النقض بأنه: " إذا قضى الحكم المطعون فيه بقبول الاستئناف شكلاً ثم قضى قضاءه في الموضوع وكان تقرير الطعن(بالنقض) لم ينحو إلا نعياً على ما قضى به الحكم في موضوع الاستئناف فلا يجوز للمطعون عليه أن يتمسك في دفاعه أمام محكمة النقض ببطلان الاستئناف بناء على تعلقه بالنظام العام ذلك، لأن ما قضي به من قبول الاستئناف شكلاً هو قضاء قطعي لم يكن محلاً للطعن فحاز قوة الأمر المقضي وهي تسمو على قواعد النظام العام"[3].

وتعليقاً على حكم النقض السابق، صحيح أن الحكم محل القاعدة صادر من محكمة الاستئناف ويحوز قوة الأمر المقضي، إلا أنه بعدم شموله في الطعن

---

[1] والبعض يصف الحجية بالحجية القضائية بالنسبة لأحكام محكمة النقض كسابقة قضائية. في ذلك انظر: أحمد هندي، أحكام محكمة النقض مرجع سابق، بند 34، ص276.

[2] وقُضي بأنه: "وإن كان يجوز للمطعون عليه كما يجوز للنيابة العامة ولمحكمة النقض أن تثير في الطعن ما يتعلق بالنظام العام إلا أن ذلك مشروط بأن يكون وارداً على ما رفع عنه الطعن في الحكم المطعون فيه". انظر: حكم محكمة النقض – مدني – الطعن رقم 411 – لسنة 34 قضائية – بتاريخ 21 – 6 – 1972.

[3] حكم محكمة النقض – مدني – الطعن رقم 411 – لسنة 34 قضائية – بتاريخ 21 – 6 – 1972.

بالنقض اكتسب قوة إجرائية أعلى وهي البيتوتة التي تعلو هي الأخرى على النظام العام، لأن تمتع الحكم الاستئنافي بقوة الأمر المقضي فقط لا يمنع محكمة النقض من المساس بالحكم لمخالفته النظام العام، وبالتالي لا تعلو قوة الأمر المقضي على النظام العام في مواجهة محكمة النقض، بل محكمة الاستئناف فقط، بينما البيتوتة هي التي تمنع من المساس بالحكم لمخالفة النظام العام أمام محكمة النقض والاستئناف من باب أولى[1].

صفوة القول إذن، أن قاعدة علو حجية الأمر المقضي على النظام العام تتسع قضاءً بحيث لا يقتصر تفعيلها خارج نطاق القضية التي صدر فيها الحكم، وعندئذٍ نتحدث وبدقة عن علو الحجية بالمفهوم الفني الضيق لها على النظام العام، بل تشمل كل أنواع القوى والحصانات التي يتمتع بها الحكم داخل القضية التي صدر فيها أو خارجها. فلا يجوز المساس به من محكمة الاستئناف – ومن باب أولى من محكمة أول درجة– ولو خالف النظام العام تطبيقاً لقاعدة قوة الأمر المقضي تعلو على النظام العام. وإذا صدر حكم حاز البيتوتة فلا يجوز المساس به من

---

[1] وفي حكم يؤكد على الخلط بين قوة الأمر المقضي والبيتوتة، قضت محكمة النقض بأن: "صدر حكم بعدم الاختصاص والإحالة نهائي ثم دفع أمام المحكمة المحال إليها بعدم اختصاصها فيُرفض هذا الدفع المتعلق بالنظام العام أمام المحكمة النقض لأن قوة الأمر المقضي تعلو على اعتبارات النظام العام". حكم محكمة النقض – مدني – الطعن رقم 7483 – لسنة 82 قضائية – بتاريخ 2 – 1 – 2016، غير منشور. وحكم محكمة النقض – مدني – الطعن رقم 967 – لسنة 52 قضائية – بتاريخ 22 – 12 – 1991، غير منشور (المصدر: www.eastlaws.com).

محكمة النقض – ومن باب أولى من محكمة الاستئناف ومحكمة أول درجة– ولو خالف النظام العام تطبيقاً لقاعدة البيتوتة تعلو على النظام العام.

3) مدى علو قوة الأمر المقضي الإرادية بسبب الاتفاق على النظام العام

إن الفقرة الثانية من المادة 219 من قانون المرافعات المصري تنص على أنه: "يجوز الاتفاق ولو قبل رفع الدعوى على أن يكون حكم محكمة الدرجة الأولى انتهائياً"، مما مفاده أن المشرع قد أجاز الاتفاق مقدماً بين الخصمين على التنازل عن استئناف الحكم ولم يرد في ذلك مخالفة للنظام العام، لما بررته المذكرة الإيضاحية من أن" الاستئناف كغيره من الحقوق يجوز النزول عنه، فضلاً عن أن هذا النزول يكون أقرب شبهاً بنظام التحكيم، ولا يعتبر من جهة أخرى حرماناً للخصم من حق الالتجاء إلى القضاء، بقدر ما هو منظم لهذا الحق، فضلاً عن أن حكم هذه الفقرة مسلم به في كثير من التشريعات الحديثة"[1]. ولكن هل تعلو قوة الحكم التي يحوزها بسبب اتفاق الخصوم على النظام العام؟ حتى لو صدر هذا الحكم وقد خالف قاعدة موضوعية أو إجرائية متعلقة بالنظام العام؟

الفرض مثلاً لو الحكم الابتدائي قضى برفض الدفع المبدى من (أ) بعدم جواز نظر الدعوى لسابقة الفصل فيها وكان (أ) و(ب) قد اتفقا على النزول عن استئنافه ومن ثم قصر (أ) استئنافه على (باقي) ما قضى به الحكم الابتدائي فهل يجوز طرح الدفع بعدم جواز نظر الدعوى لسابقة الفصل فيها أمام محكمة الاستئناف ولو كان متعلقاً بالنظام العام؟

---

[1] ذُكر ذلك في: حكم محكمة النقض – مدني – الطعن رقم 32 – لسنة 45 قضائية – جلسة24–11–1976 – مكتب فني 27 – جـ 2 – صـ1649.

أجابت محكمة النقض بالنفي، على هذا الفرض بخصوص قبول الحكم بالإرادة المنفردة، حيث قضاء محكمة أول درجة برفض هذا الدفع يكون قد حاز قوة الأمر المقضي، بسبب قبوله، وهي تسمو على قواعد النظام العام ومن ثم لا يقبل من الطاعنة التحدي به أمام محكمة النقض[1]، ولكن هل سيكون الحل هو ذاته لو كان الحكم اضحى انتهائياً بسبب الاتفاق؟

سبب التساؤل هو ذهاب البعض[2] إلى أن الانتهائية بسبب الاتفاق (بناء على إرادتين) مسألة غير متعلقة بالنظام العام، على عكس منع الاستئناف النوعي أو القيمي (بقوة القانون) له، مما يعني أن قوة الأمر المقضي التي يحوزها الحكم اتفاقاً غير متعلقة بالنظام العام، وسيترتب على هذا الرأي نتيجة غير منطقية في إطار قاعدة العلو، إذ كيف ستعلو قوة الأمر المقضي على النظام العام، مع أن تلك القوة أصلاً غير متعلقة بالنظام العام.

بينما يذهب الاتجاه الآخر إلى أن الانتهائية أياً كانت سببها ولو بسبب الاتفاق مسألة متعلقة بالنظام العام[3]، ويترتب على ذلك أن تلك القوة المستندة على اتفاق

---

[1] حكم محكمة النقض – مدني – الطعن رقم 4653 – لسنة 62 قضائية – بتاريخ 2 – 3 – 2003– غير منشور (المصدر: www.eastlaws.com).

[2] حيث لا يمكن للمحكمة أن تحكم بعدم قبول الطعن في الحكم الانتهائي بسبب الاتفاق من تلقاء نفسها. انظر: أحمد هندي، مبدأ التقاضي على درجتين، ص35.

[3] فعدم قبول الاستئناف نتيجة الاتفاق يتعلق بالنظام العام، فيمكن التمسك به في أي حالة عليها الإجراءات، وعلى القاضي الحكم به من تلقاء نفسه، ويمكن اثارته لأول مرة أمام محكمة النقض. انظر: فتحي والي، المبسوط في قانون القضاء المدني، ج 2، ص540 بند 181.

الخصوم ستعلو على النظام العام عند التعارض فيما بينها وقاعدة متعلقة بالنظام العام.

ونؤيد الاتجاه الأخير، على اعتبار أن الاتفاق على اعتبار الحكم انتهائياً هو اتفاق استثنائي يجب أن يُفسر في أضيق الحدود والآثار، وفي اعتقادي أن الاتفاق الإجرائي هذا يقتصر أثره على النزول عن مكنة الاستئناف ذاتها كإجراء جعله القانون بنص صريح مقرر لمصلحة المتقاضين، ولا ينسحب على الآثار المتعلقة بالنظام العام ومنها علو قوة الأمر المقضي على النظام العام، بحيث إذا خالف هذا الحكم قاعدة متعلقة بالنظام العام، فلا يجوز المساس به إلا بالاستئناف الاستثنائي المحدد بالحالات المنصوص عليها في المادة 221 – بعد تعديلها سنة 2007[1]– التي أجازت استئناف الحكم الانتهائي بسبب مخالفة قواعد الاختصاص المتعلقة بالنظام العام، أو وقوع بطلان في الحكم، أو بطلان في الإجراءات أثّر في الحكم،

[1] وكان النص قبل تعديل قانون المرافعات المصري في 06-06-2007 ينص على أنه: "يجوز استئناف الأحكام الصادرة بصفة انتهائية من محاكم الدرجة الأولى بسبب وقوع بطلان في الحكم أو بطلان في الإجراءات أثر في الحكم". وأصبح بعد التعديل كالتالي: " يجوز استئناف الأحكام الصادرة بصفة انتهائية من محاكم الدرجة الأولى بسبب مخالفة قواعد الاختصاص المتعلقة بالنظام العام، أو وقوع بطلان في الحكم، أو بطلان في الإجراءات أثر في الحكم ".
وهو استئناف استثنائي، لذلك نصت المادة في باقي فقراتها على أنه: "وعلى المستأنف في هذه الأحوال أن يودع خزانة المحكمة الاستئنافية عند تقديم الاستئناف على سبيل الكفالة مائة جنيه، ويكفي إيداع أمانة واحدة في حالة تعدد الطاعنين إذا أقاموا طعنهم بصحيفة واحدة ولو اختلفت أسباب الطعن ويعفى من إيداع الكفالة من أعفي من أداء الرسوم القضائية. ولا يقبل قلم الكتّاب صحيفة الطعن إذا لم تصحب بما يثبت هذا الإيداع، وتصادر الكفالة بقوة القانون متى حكم بعدم جواز الاستئناف لعدم مخالفة قواعد الاختصاص أو لانتفاء البطلان".

وهو ما يخفف من قساوة قاعدة العلو على النظام العام، بالإضافة إلى جواز استئنافه عملاً بالمادة 222 مرافعات لرفع التناقض [1]. كما أن قوة الأمر المقضي تعلو على النظام العام، ولو كانت القوة بسبب قبول الحكم بالإرادة المنفردة [2]، فما من باب أولى لو بإرادتين أي باتفاق الخصمين.

وقد يُقال إنه إذا كانت قوة الأمر المقضي التي وصل إليها الحكم بالإرادة (قبول الحكم) أو إرادتين (اتفاق) تعلو على النظام العام، فهذا يجعل قوة الأمر المقضي بسبب الإرادة باباً خلفياً لمخالفة النظام العام، ويُرد على ذلك أنه إذا صدر الحكم الابتدائي وقد خالف النظام العام ثم أضحى الحكم محلاً للاتفاق على اعتباره انتهائياً لا يعني أن الاتفاق شمل مخالفة النظام العام، لأن السبب المباشر في مخالفة النظام العام هو الحكم وليس الاتفاق.

ولما سبق كله يمكن صياغة قاعدة أن حصانة الحكم – التي تمنع المساس به سواء داخل أو خارج القضية التي صدر فيها – تعلو على النظام العام، وذلك لغايات استقرار الحقوق والمراكز وكذا عدم تأبيد النزاع.

وعلى أية حال، فإن قوة الحكم تعلو على النظام العام، أياً سبب حيازة الحكم لهذه القوة كقاعدة، فمثلا قاعدة العلو تنطبق بشأن قوة الأمر المقضي التي يحوزها الحكم

---

[1] ويجوز الطعن فيه بالنقض لرفع التناقض مع حكم آخر حائز لقوة الأمر المقضي أو النقض من النائب العام م 249، 250 مرافعات مصري.

[2] راجع حكم محكمة النقض – مدني – الطعن رقم 4653 – لسنة 62 قضائية – بتاريخ 2 – 3 – 2003– غير منشور (المصدر: www.eastlaws.com) هامش (362).

بسبب فوات الميعاد[1]، أو قبول الحكم، أو بالاتفاق، أو بقوة القانون[2]، على الرغم من أننا وجدنا التطبيقات القضائية أكثرها في صيغة علو قوة الأمر المقضي على النظام العام، وفي نطاق القضية الواحدة، أما التطبيقات فيما بين القضيتين كانت نادرة، ويرجع ذلك كما أسلفنا إلى الخلط القضائي بين حجية الأمر المقضي وسائر قوى الحكم.

كما أنه في إطار علو قوة الحكم الإجرائية (قوة الأمر المقضي أو البيتوتة) على النظام العام، فإن غالبية التطبيقات القضائية منصبة على حيازة الحكم هذه القوة الإجرائية بالعمل السلبي أي نتيجة استغلاق الطعن، فكما هو معلوم أن الحكم يحوز القوة الإجرائية إما بالعمل الإيجابي وهو ممارسة الطعن واستنفاده، أو بالعمل السلبي وهو استغلاق الطعن بسبب الإرادة كقبول الحكم أو تفويت الميعاد أو بقوة القانون، ويرجع ذلك إلى أن الهدف الأساسي من وراء قاعدة علو الحجية هو

---

[1] انظر: حكم محكمة النقض – مدني – الطعن رقم 3083 – لسنة 81 قضائية – بتاريخ 27 – 12 – 2011– غير منشور (المصدر: www.eastlaws.com) في هامش (207).

[2] وقُضي في الإمارات بأن: "نص في المادة 32 من القانون الاتحادي رقم 1976/9 في شأن الأحداث الجانحين والمشردين،...،فهو نص مطلق صريح أغلق باب الطعن بالاستئناف على الأحكام الصادرة على الحدث والمتعلقة بالإبعاد أو التوبيخ أو تسليم الحدث وأن هذا الإغلاق نهائي سواء ذلك المرفوع من النيابة العامة أو الحدث وإذا انغلق طريق الاستئناف حاز الحكم الصادر من محكمة أول درجة قوة الأمر المقضي به، وبما مؤداه أن الحكم الابتدائي الذي يصدر بهذا التدبير (تسليم الحدث) كما هو عليه الحال في هذه القضية يكون نهائياً وينغلق باب الطعن بالاستئناف في هذا الحكم أيا كانت مدى صحته ما دام أنه ليس معدوماً لأن حجية الأحكام تعلو على اعتبارات النظام العام". انظر: حكم المحكمة الاتحادية العليا – الأحكام الجزائية – الطعن رقم 140 – لسنة 15 قضائية – بتاريخ 1 – 12 – 1993.

مواجهة سلوك الخصم الخاطئ الباغي زعزعة استقرار الحقوق والمراكز، خاصةً بعد منحه حق الطعن الذي يحكمه مبدأ الطعن على الطعن غير جائز[1].

ثانياً: تطبيقات قاعدة العلو من حيث المحكمة المحتج أمامها

يترتب على اتساع نطاق تطبيق قاعدة علو حجية الأمر المقضي على النظام العام، كما بيّنا، لتشمل حصانة الحكم نتيجة صدوره عند حيازته الحجية بالمعنى الفني الضيق لها أو استنفاد الولاية، أو المرتبطة بالطعن كقوة الأمر المقضي، أو البيتوتة، نتيجة هامة مؤداها جواز التمسك بقاعدة علو الحجية أمام المحاكم باختلاف درجاتها ومراحلها.

وفي اعتقادنا أنه يمكن تفعيل قاعدة العلو عند الادعاء بمخالفة الحكم للنظام العام إما فيما بين قضيتين inter-procès أي خارج القضية التي صدر فيها الحكم أو على مستوى القضية الواحدة intra-procès أو على مستوى الخصومة الواحدة أو حتى في مرحلة تنفيذ الحكم، وذلك على التفصيل التالي:

---

[1] راجع: قاعدة العلو في مواجهة محاولات إطالة أمد النزاع والتطهير الإجرائي ما سبق الفرع الثاني من المطلب الثاني من المبحث الأول.

1) تفعيل قاعدة العلو عند الادعاء بمخالفة الحكم للنظام العام فيما بين قضيتين inter-procès

تنطبق قاعدة علو الحجية على النظام العام عند الادعاء بمخالفة الحكم فيما بين قضيتين، أي عند رفع دعوى جديدة والادعاء فيها بمخالفة الحكم السابق للنظام العام، فتُدفع الدعوى الجديدة بقاعدة علو الحجية على النظام العام، ونقصد هنا الحجية بالمعني الفني الدقيق لها ذات الأثر الخارجي للحكم الموضوعي، وهنا يُتمسك بقاعدة العلو أمام المحكمة التي تتبع ذات درجة المحكمة التي أصدرت الحكم[1]، أي خارج القضية التي صدر فيها الحكم بمناسبة قضية أخرى.

ومن تطبيقات ذلك، قضت محكمة الأمور المستعجلة[2] الجزئية بالقاهرة بعدم جواز تقديم طلب عارض بتعيين حارس قضائي من المدعى عليه استناداً إلى أن بطلان الحكم الصادر بالملكية لصالح المدعى كان باطلا لمخالفة قواعد الاختصاص المتعلقة بالنظام العام[3].

---

[1] ولكن يجوز لها إذا كانت اعتبارات النظام العام تعلو وتغلب الحجية، فتسحب الحكم الذي يحوزها إلى الانعدام، راجع مفترض قاعدة العلو: ألا يكون الحكم منعدماً الفرع الأول من المطلب الأول من المبحث الثاني.

[2] ونرى بأن الحكم المستعجل يحوز حجية الأمر المقضي التي تمنع إثارة المنازعة المستعجلة مجدداً طالما ثبتت الظروف، ولكنها حجية ناقصة، لأنه لا حجية للحكم المستعجل أمام محكمة الموضوع.

[3] حكم محكمة الأمور المستعجلة الجزئية بالقاهرة 27 نوفمبر سنة 1952- المحاماة 33-1623-722 مشار إليه في: فتحي والي، نظرية البطلان، ص 735، بند 391.

وفي صورة أخرى لتفعيل قاعدة العلو فيما بين قضيتين، يجوز كذلك التمسك بقاعدة العلو أمام المحكمة المحال إليها بسبب حكم من المحكمة المحيلة بعدم اختصاصها، إذ يمتنع على المحكمة المحال إليها الدعوى، إثر الحكم بعدم الاختصاص، المجادلة في الحكم بعدم الاختصاص، ولو كان مخالفاً لقواعد متعلقة بالنظام العام[1]، فتلتزم المحكمة المحال إليها بحكم المحكمة المحيلة فيما يخص الحكم بعدم الاختصاص[2].

---

[1] قُضي بأنه: "صدر حكم بعدم الاختصاص والإحالة نهائي ثم دفع أمام المحكمة المحال إليها بعدم اختصاصها فيُرفض هذا الدفع المتعلق بالنظام العام أمام المحكمة النقض لأن قوة الأمر المقضي تعلو على اعتبارات النظام العام". حكم محكمة النقض – مدني – الطعن رقم 7483 – لسنة 82 قضائية – بتاريخ 2 – 1 – 2016. وقُضي أيضاً بأنه: "إذ كان الثابت من الأوراق أن المحكمة الجزئية قضت بتاريخ 14/2/1973 بعدم اختصاصها قيمياً بنظر الدعوى بإحالتها إلى المحكمة الابتدائية ، و قد أصبح هذا الحكم انتهائياً بعدم الطعن فيه و حاز بذلك قوة الأمر المقضي،...، و إذ لم يطعن أحد من الخصوم في تقدير المحكمة الجزئية لقيمة الدعوى عن طريق استئناف الحكم الصادر به فإن قوة الأمر المقضي التي يحوزها هذا الحكم لا تقتصر على ما قضى به في منطوقه من عدم اختصاص المحكمة الجزئية و الإحالة إلى المحكمة الابتدائية بل تلحق أيضاً ما ورد في أسبابه من تقدير قيمة الدعوى،...، و مقتضى ذلك أن تتقيد المحكمة المحالة إليها الدعوى بذلك التقدير و لو كان قد بنى على قاعدة غير صحيحة في القانون". حكم محكمة النقض – مدني – الطعن رقم 592 – لسنة 44 قضائية – جلسة29–11–1977 – مكتب فني 28 – جـ2 – ص1714. محكمة النقض – مدني – الطعن رقم 338 – لسنة 37 قضائية – جلسة9–5–1972 – مكتب فني 23 – جـ2 – ص828.

[2] بل وتتابع الدعوى سيرها أمام المحكمة المحال إليها من حيث انتهت إجراءات أمام المحكمة المحيلة وتحترم الأحكام التي سبق وأن صدرت في الدعوى قبل الإحالة وبالأوصاف والتكييفات القانونية التي تضمنتها ولو بنيت على أسباب غير صحيحة في القانون. انظر: نقض مدني

على الرغم من أن الحجية هنا – كما يرى البعض– لحكم إجرائي على سبيل الاستثناء وبنص خاص ويُفسر تفسيراً ضيقاً ويقتصر إعمال الحجية على الحدود التي بينتها النصوص التي أوردتها ومنها نص المادة 110 مرافعات[1]؛ لأن الحجية، كقاعدة، أثر قاصر على القضاء التأكيدي الموضوعي، وهو اتجاه محل انتقادنا[2].

1981/11/3– الطعن رقم 1172 لسنة 47 ق. ،1982/1/4 – مجموعة القواعد 1–1– 1068– 714، مشار إليهما في أحمد ماهر زغلول، أعمال القاضي...، ص165–166، بند 82 وهامش 199 بالذات. كذلك انظر: محكمة النقض – مدني – الطعن رقم 1188 – لسنة 49 قضائية – جلسة10–12–1984 – مكتب فني 35 – جـ 2 – صـ2020.

[1] أحمد ماهر زغلول، أعمال القاضي ...، ص167، بند 82، ص58، بند 28، هامش 6، ص163، بند 81، هامش 193.

[2] ولا نؤيد الرأي السابق في مد حجية الأمر المقضي للحكم بعدم الاختصاص والإحالة، على الرغم من تأييدنا بعلو قوته على النظام العام، لأن الحكم الصادر بعدم الاختصاص و الإحالة هو حكم قطعي إجرائي استنفدت به المحكمة ولايتها ولكن آثر المشرع أن يكون لهذا الاستنفاد – استثناءً على القاعدة وبقوة القانون– أثر خارج القضية التي صدر فيها الحكم بحيث يستنفد ولاية المحكمة المحال إليها بجانب المحكمة المحيلة استثناء، بغية تبسيط الإجراءات وحتى يوفر على المدعي عبء رفع الدعوى من جديد، فقد تقضي المحكمة المحال إليها أيضا بعدم الاختصاص فتضعه في مأزق حقيقي . والحكم الصادر بعدم الاختصاص والإحالة يستنفد به ولاية المحكمة المحال إليها التي تعلو على النظام العام منذ صدوره – وفق صريح المادة 110 مرافعات لا المادة 101 إثبات– وليس فقط منذ صيرورته نهائياً حائزاً لقوة الأمر المقضي عكس ما هو مقرر في قضاء النقض، لذا على المحكمة المحال إليها الدعوى أن تلتزم بالحكم الصادر من المحكمة المحيلة بعدم الاختصاص التي يحوزها من صدوره ولو خالف قواعد الاختصاص المتعلقة بالنظام العام، بمعنى أنه لا يشترط أن يصير الحكم نهائياً حائزاً لقوة الأمر المقضي حتى يعلو على النظام العام.

ونتيجة لذلك، رتب البعض [1] نتائج الحجية على الحكم بعدم الاختصاص والإحالة وذهب إلى أنه يجوز للمحكمة المحال إليها أن تجادل في الاختصاص مرة أخرى ولكن لأسباب غير التي وردت في الحكم لأن حجيته، التي تعلو على النظام العام، تتحدد بنطاقه من حيث وحدة السبب[2].

---

[1] أبو الوفا – بند 215 ص 245، فتحي والي، المبسوط، بند 304، ص651. إبراهيم نجيب سعد، مرجع سابق، ص525، بند 213.

[2] وتنص المادة 89 من قانون الإجراءات المدنية الاتحادي الإماراتي على أنه: "فإن المحكمة المحالة إليها الدعوى تلتزم بنظرها ما لم تكن غير مختصة بنظرها ولائيا أو نوعيا" مما مفاده أن قوة الأمر المقضي تعلو على النظام العام، ما لم تقدر المحكمة المحال إليها عدم اختصاصها. فهو قيد على تطبيق قاعدة العلو على النظام العام، وكأن المشرع الإماراتي يغلب قواعد الاختصاص النوعي والولائي على قوة الأمر المقضي. هذا الوضع منتقد. الغريب في الأمر في قانون الإجراءات المدنية أنه لم يلزم المحكمة المحال إليها بحكم المحكمة المحيلة، مما قد ينجم عنه ضياع الخصوم بين المحكمتين المحيلة والمحال إليها، على عكس الوضع في قانون المرافعات المصري.

لذلك، قضي في الإمارات بأنه وحيث إن المقرر أن لمحكمة النقض سلطة التصدي من تلقاء نفسها للمسائل المتعلقة بالنظام العام ومنها الاختصاص، وإنه عملا بأحكام الفقرة الثالثة من المادة 89 من قانون الإجراءات المدنية "فإن المحكمة المحالة إليها الدعوى تلتزم بنظرها ما لم تكن غير مختصة بنظرها ولائيا أو نوعيا" ومؤدى ذلك – بمفهوم المخالفة – أن المحكمة المحالة إليها الدعوى – سواء بصفتها محكمة طعن أو محكمة إحالة – تملك التصريح بعدم اختصاصها ولائيا أو نوعيا متى كان لذلك موجب قانوني. وإن عدم طعن أحد طرفي الخصومة في الحكم الصادر بالإحالة، عملا بما هو مقرر بنص الفقرة الثالثة من المادة المشار إليها، لا يغل يد المحكمة المحالة إليها الدعوى في تقرير مدى انعقاد اختصاصها الولائي أو النوعي بالنظر للقانون الواجب التطبيق. وإذا كان صحيحا وفقا لما هو مقرر في قضاء النقض أن حجية الأحكام تعلو على اعتبارات النظام العام وتقضي بها المحكمة من تلقاء نفسها حتى ولو لم يثرها

ومما يخفف من حدة علو حجية الحكم بعدم الاختصاص والإحالة على النظام العام أمام المحكمة المحال إليها الدعوى أنه يحق للخصم الطعن فيه طعناً فورياً بموجب المادة 212 مرافعات[1]، ولو كان الحكم غير منه للخصومة، فإن لم يطعن فيه،

أي من الخصوم، فإن تطبيق هذا المبدأ رهين بعدم وجود أساس تشريعي يقرر خلاف ذلك. (إمارة أبو ظبي – محكمة النقض – الأحكام الإدارية – الطعن رقم 21 – لسنة 2014 قضائية – بتاريخ 9 – 6 – 2014).

وفي عكس ذلك الحكم، قضت ذات المحكمة، ولكن قبل صدور الحكم السابق سنة 2012، بما يجري عليه العمل في القضاء المصري، غافلةً التمييز بين النص المصري و الإماراتي، بأنه: " لما كان المقرر أن الحكم بعدم الاختصاص القيمي والإحالة إلى المحكمة المختصة – وفقا لنص المادة 85 من قانون الإجراءات المدنية ينهي الخصومة كلها فيما يفصل فيه ويحسمه بصدد الاختصاص ولا يعقبه حكم آخر في موضوع الدعوى من المحكمة التي أصدرته، ومن ثم يكون قابلا للاستئناف في حينه، فإن لم يستأنف أصبح نهائيا والتزمت به المحكمة التي قضى باختصاصها ولو خالف حجية حكم سابق لها في هذا الشأن أو بني على قاعدة أخرى غير صحيحة في القانون، لأن قوة الأمر المقضي تعلو على اعتبارات النظام العام".(إمارة أبوظبي – محكمة النقض – الأحكام المدنية والتجارية – الطعن رقم 1399 – لسنة 2011 قضائية – بتاريخ 21 – 2 – 2012).

[1] تنص المادة 212 مرافعات على أنه: " لا يجوز الطعن في الأحكام التي تصدر أثناء سير الدعوى ولا تنتهي بها الخصومة إلا بعد صدور الحكم المنهي للخصومة كلها، وذلك عدا الأحكام الوقتية والمستعجلة والصادرة بوقف الدعوى والأحكام القابلة للتنفيذ الجبري، والأحكام الصادرة بعدم الاختصاص والإحالة إلى المحكمة المختصة، وفي الحالة الأخيرة يجب على المحكمة المحالة إليها الدعوى أن توقفها حتى يفصل في الطعن".

وحسمت هذه المادة اختلافا فقهياً وقضائياً قبل ذلك بسبب الشك حول اعتبار الحكم بعدم الاختصاص والإحالة حكماً منهياً للخصومة، وأي خصومة هل الخصومة أمام المحكمة المحيلة، أم بالنظر للخصومة أمام المحكمة المحال إليها. في هذا الاختلاف انظر: أحمد ماهر زغلول، أعمال القاضي...، ص166، بند 82، هامش (199).

ولم يقبله صراحةً، فلا يلومن إلا نفسه نتيجة تحصن الحكم حتى من مخالفة النظام العام[1].

وقُضي أيضاً بأنه: "من المقرر في قضاء هذه المحكمة أن الحكم الصادر بعدم الاختصاص والإحالة هو حكم منه للخصومة كليا أمام المحكمة التي أصدرته ومن ثم يجوز الطعن فيه استقلالا، وإذا كان ذلك الحكم لم يستأنف، ومن ثم حاز قوة الأمر المقضي فتتقيد المحكمة الابتدائية التي أحيلت إليها الدعوى بما جاء به حتى ولو كان قد بني علي قاعدة غير صحيحة في القانون لأن قوة الأمر المقضي تعلو على اعتبارات النظام العام وبالتالي يمتنع على هذه المحكمة كما يمتنع على الخصوم الجدل فيه". حكم محكمة النقض – مدني – الطعن رقم 2010 – لسنة 51 قضائية – بتاريخ 24 – 4 – 1988، غير منشور (المصدر: www.eastlaws.com).

[1] ومن التطبيقات الأخرى لتفعيل قاعدة العلو فيما بين قضيتين، علو حجية الحكم الجنائي على النظام العام في مواجهة المحكمة المدنية، حيث قضت محكمة النقض المصرية، في واقعات الدعوى بإدانة المتهم بالحبس استناداً لسداد لقيمة المحجوز عليه "الأتربة" وأضحى هذا القضاء باتاً وحائزاً لقوة الأمر المقضي بعدم الطعن عليه بطريق النقض، بأن: "الحكم الجنائي سالف البيان يكون قد فصل في قضائه فصلاً لازماً في واقعة هي الأساس المشترك بين الدعويين الجنائية والمدنية فيحوز في شأن هذه الواقعة ونسبتها إلى فاعلها والعقوبة التي قضى بها حجية الشيء المحكوم فيه أمام المحكمة المدنية فتتقيد به هذه المحكمة الأخيرة ويمتنع عليها أن تخالفه أو تعيد بحثه احتراماً لحجية الأحكام التي تعلو على النظام العام". حكم محكمة النقض – مدني – الطعن رقم 6047 – لسنة 70 قضائية – جلسة3-7-2016، غير منشور (المصدر: www.eastlaws.com).

2) تفعيل قاعدة العلو عند الادعاء بمخالفة الحكم للنظام العام على مستوى القضية الواحدة intra-procès

أ-تفعيل قاعدة علو الحجية في مواجهة المحكمة ذاتها التي أصدرت الحكم (الخصومة ذاتها)

أما على مستوى الخصومة الواحدة، فقد يُبدى الادعاء بمخالفة الحكم للنظام العام أمام ذات المحكمة التي أصدرت الحكم، وهنا نقصد قاعدة علو استنفاد الولاية (القطعية) على النظام العام، لذلك إن محكمة التفسير وهي ذات المحكمة التي أصدرت الحكم الغامض تلتزم بحجية الحكم ولو كان مخالفا للنظام العام، حيث قُضي بأنه: "ولا يصح من باب اولى أن تتخذ دعوى طلب التفسير سبيلا الى مناقشة ما فصل فيه الحكم او تعديل ما قضى به او / تبديل له ولو كان قضاؤه في ذلك خاطئاً أيًا كان وجه ذلك الخطأ واساسه ان الحكم متى اصبح حائزا لقوة الشيء المقضي به اعتبر عنوان الحقيقة فيما قضى به أيا كانت الحقيقة الموضوعية فيه ولا محيص عن احترامه"[1].

كذلك فإن الحكم الاستئنافي بقبول الاستئناف شكلاً هو مانع من النعي عليه مرة أخرى، ومن الدفع بدفع جديد خاص بشكل الاستئناف، أمام محكمة الاستئناف التي

---

[1] حكم المحكمة الإدارية العليا - الطعن رقم 827 - لسنة 22 قضائية - جلسة24-12-1978 - مكتب فني 24 - جـ1 - ص26.

أصدرته ولو خالف النظام العام، لا بسبب قوة الأمر المقضي فقط ولكن بسبب استنفاد الولاية[1].

ب–تفعيل قاعدة علو الحجية في مواجهة محكمة الطعن ومحكمة الإحالة في القضية الواحدة (فيما بين خصومتين):

صحيح أن الطعن في الحكم يمكّن صاحبه من النعي فيه لمخالفة النظام العام أمام محكمة الطعن، كأن يطعن في الحكم الصادر من محكمة أول درجة لمخالفته النظام العام أمام محكمة الاستئناف، أو يطعن في الحكم الصادر عن محكمة الاستئناف أمام محكمة النقض أو أمام المحكمة المحال إليها عند الإحالة إليها من محكمة النقض، ولكن إثارة مخالفة الحكم للنظام العام أمام محكمة الطعن تقيدها قاعدة علو الحجية ونقصد هنا علو قوة الأمر المقضي أو البيتوتة – بحسب الأحوال–على النظام العام.

فإذا صدر حكم من محكمة أول درجة ولم يكن شق منه محلاً للطعن بالاستئناف أو قبله المحكوم عليه، فلا يجوز الادعاء بمخالفة هذا الشق من الحكم للنظام العام أمام محكمة الاستئناف، لأن هذا الشق من الحكم قد حاز قوة الأمر المقضي، باستغلاق الطعن، التي تعلو على النظام العام[2]، ولا يجوز النعي – كقاعدة– بهذه

---

[1] حكم محكمة النقض – مدني – الطعن رقم 24 – لسنة 19 قضائية – جلسة15–11–1951 – مكتب فني 3 – جـ 1 – صـ37.

[2] وكان الثابت في الأوراق أن الطاعنة قد دفعت أمام محكمة أول درجة بسقوط الحق في إقامة الدعوى بالتقادم الخمسي طبقاً لحكم المادة 140 من القانون رقم 79 لسنة 1975 وقضت

المخالفة حتى أمام محكمة النقض، لأن هذا الحكم قد حاز البيتوتة التي تعلو على النظام العام[1]، ولا يتعارض ذلك مع سلطة محكمة الاستئناف أو النقض في إثارة مخالفة الحكم للنظام العام من تلقاء نفسها، لأن هذه السلطة مقيدة بقيود منها أن تكون في حدود ما ورد عليه الطعن بالاستئناف أو النقض من حكم أو شق منه،

المحكمة برفض هذا الدفع، وكانت الطاعنة قد قبلت هذا القضاء ...فإن الدفع السالف بسقوط الحق في إقامة الدعوى بالتقادم الخمسي طبقاً لحكم المادة 140 من القانون رقم 79 لسنة 1975 لا يكون مطروحاً أمام محكمة الاستئناف، ولا يغير من ذلك أن أحكام هذا القانون من النظام العام، لأن قضاء محكمة أول درجة برفضه قد حاز قوة الأمر المقضي التي تعلو على اعتبارات النظام العام، ولا تكون محكمة الاستئناف قد أخطأت إن هي لم تعرض لهذا الدفع، ومن ثم فإن النعي بهذا الوجه يكون على غير أساس". حكم محكمة النقض – مدني – الطعن رقم 1075 – لسنة 72 قضائية – بتاريخ 6 – 4 – 2014، غير منشور (المصدر: www.eastlaws.com).

وقُضي أيضاً بأنه: "لما كان ذلك، وكان الثابت من الأوراق أن الهيئة الطاعنة قد قصرت استئنافها على الشق الخاص برفض الحكم المستأنف القضاء بالفوائد القانونية على القيمة التعويضية عن شغل الأرض، ومن ثم فإن نطاق الاستئناف يكون قد تحدد بهذا الشق فحسب ولا يجوز لتلك المحكمة أن تتعرض للفصل في شرائط قبول الدعوى بدعوى تعلقها بالنظام العام بعد أن سبق وحاز قضاء محكمة أول درجة بشأنها قوة الأمر المقضي، ذلك أن حجية الأحكام تعلو على اعتبارات النظام العام". حكم محكمة النقض – مدني – الطعن رقم 177 – لسنة 74 قضائية – بتاريخ 16 – 1 – 2013، غير منشور (المصدر: www.eastlaws.com).

[1] تخلط محكمة النقض في هذه الحالة بين قوة الأمر المقضي والبيتوتة، إذ تقضي دائماً بأن قوة الأمر المقضي تعلو على النظام العام. حكم محكمة النقض – مدني –الطعن رقم: 890 لسنة: 53 قضائية بتاريخ: 12-12-1984، غير منشور. وحكم محكمة النقض – مدني – الطعن رقم 7483 – لسنة 82 قضائية – بتاريخ 2 – 1 – 2016، غير منشور (المصدر: www.eastlaws.com).

بحيث إذا لم يشمله الطعن حاز الحصانة التي تعلو على النظام العام سواء كانت قوة الأمر المقضي أو البيتوتة[1].

كذلك يمكن التمسك بقاعدة علو الحجية أمام محكمة الإحالة بعد نقض الحكم، إذ أن لقاعدة علو الحجية على النظام العام أثر داخل الإجراءات كما هو حال بعد نقض الحكم من قبل محكمة النقض وإحالتها إلى محكمة الموضوع، فهذه الأخيرة تتقيد بما يحوزه الحكم المنقوض من قوة الأمر المقضي التي تعلو على اعتبارات النظام العام، وهنا نحن نتحدث عن البيتوتة – لا الحجية– التي تعلو على النظام العام[2].

ج– تفعيل قاعدة علو الحجية على النظام العام في مواجهة قاضي التنفيذ:

إن قاعدة علو الحجية على النظام العام تُفعل حتى أمام **قاضي التنفيذ**، وسبب ذلك أنه حتى يحوز الحكم قوة تنفيذية، يفترض أن يكون حائزاً حجية الأمر المقضي،

---

[1] راجع: نتائج او أهمية قاعدة العلو ما سبق الفرع الثاني من المطلب الأول من المبحث الأول.

[2] انظر دولة الإمارات العربية المتحدة – المحكمة الاتحادية العليا – الأحكام الجزائية – الطعن رقم 172 – لسنة 26 قضائية – بتاريخ 31 – 12 – 2006. والمسألة المتعلقة بالنظام العام في هذه القضية هي– كما يدعي الطاعن– الإخلال بحق الطاعن الرابع في الدفاع عنه بمحام مستقل عن محامي الطاعنين الأول والثاني مما يصم حكمها المطعون فيه وما بني عليه من إجراءات بالبطلان لخرقه قاعدة جوهرية من قواعد التقاضي الأساسية المتعلقة بالنظام العام ويوجب نقضه دون حاجه لبحث أسباب الطعون الثلاثة على أن يكون مع النقض الإحالة.

لأن الحكم محل القوة التنفيذية يكون دائماً موضوعياً (ليس إجرائياً)[1] إلزامياً، وقاضي التنفيذ ليس جهة طعن، فلا يجوز له المساس بحجية الحكم ولو خالف الحكم قاعدة متعلقة بالنظام العام، فإذا قام المحكوم له بتنفيذ الحكم، فليس للمحكوم عليه التمسك ببطلان الحكم، ولو خالف النظام العام[2]، كما لا يجوز النيل من الحجية بالإشكال في التنفيذ حتى ولو كان مستنداً إلى مخالفة النظام العام[3]،

---

[1] وأميل إلى القول بأن الحكم المستعجل يحوز استنفاد الولاية متى ثبتت الظروف والملابسات التي صدر فيها وكذلك يحوز حجية الأمر المقضي.

[2] طالما أن الحكم لم يلغ أو يعدل بالطعن فيه يظل حائزاً لحجية الأمر المقضي، بل ويمكن تنفيذه إذا كان صالحاً كسند تنفيذي، كأن يكون حكم صادر من المحاكم الابتدائية في موضوع النزاع ومشمول بالنفاذ المعجل

Juliana KARILA DE VAN ; Nicolas GERBAY. Répertoire de droit civil Février 2017.

[3] لذلك قُضي بأنه: "لما كان من المقرر أن مناط إجابة طلب وقف التنفيذ في الإشكال الوقتي في تنفيذ الحكم المنفذ بمقتضاه هو أن يكون سببه واقعاً جد بعد صدوره، أما إذا كانت أسبابه تتعلق بأمور سابقة على الحكم فإنه يكون مرفوضاً سواء كانت هذه الأمور قد عرضت على محكمة الموضوع أو لم تعرض، فصلت فيها أم لم تفصل ما دامت إنها كانت موجودة فعلاً قبل صدور الحكم وذلك حتى لا يتخذ الإشكال وسيلة للنيل من حجية الأحكام وهي تعلو على النظام العام. ولا ينال من حجية الأحكام التي تعلو على النظام العام الإشكال الذي يقدم أمام محكمة الجهة الأخرى". حكم محكمة القضاء الإداري – الطعن رقم 23770 – لسنة 58 قضائية – جلسة12-6-2004، غير منشور (المصدر: www.eastlaws.com).

بشرط –أو قيد عام على تطبيق قاعدة العلو– وهو عدم مخالفة الحكم لقاعدة متعلقة بالنظام العام تسحبه إلى درك الانعدام[1].

رغم ما سبق، فلا **نميل** إلى القول بأن القوة التنفيذية للحكم هي أيضاً تعلو على النظام العام، ولكن علو حجية الحكم كقاعدة يُحتج به في مواجهة قاضي التنفيذ، لأن مفترض وسبب العلو المباشر هو حجية الأمر المقضي للحكم، وليست القوة التنفيذية ذاتها، فكل حكم حائز للقوة التنفيذية هو حكم حائز لحجية الأمر المقضي و العكس غير صحيح، وما يؤكد عما سبق أن القوة التنفيذية لحكم أُدعي بطلانه لمخالفته قاعدة متعلقة بالنظام العام، قد يكون محل نزول من المحكوم له، ولكن هذا النزول سينصب على القوة التنفيذية للحكم دون حجيته المتعلقة بالنظام العام التي ستبقى سداً مانعاً النعي بمخالفة النظام العام، لأنها أي الحجية – رغم انسحاب القوة التنفيذية للحكم بالنزول– تعلو على النظام العام.

لما سبق كله، يمكن صياغة قاعدة علو حجية الحكم على النظام صياغة أعم وأشمل، يشمل نطاقها الإيجابي على النحو السابق ذكره، وهي أن **حصانة** الحكم، سواء كانت حجية الأمر المقضي (بالمعنى الفني الضيق لها) أو استنفاد الولاية أو قوة الأمر المقضي أو البيتوتة يعلوا على النظام العام.

---

[1] النظام العام تعلوه الأحكام القضائية الوطنية، ولكن لا يعلوه الاحكام الأجنبية، فشرط عدم تنفيذها ألا يتعارض مع النظام العام الداخلي لدولة التنفيذ. انظر المادة 298 مرافعات. ولكن لا يعني ذلك أن الحكم الأجنبي لا يحوز حجية بل إن القوة التنفيذية للحكم الأجنبي لا تعلو على النظام العام لدولة التنفيذ.

الفرع الثاني

تطبيقات قاعدة العلو من حيث قواعد النظام العام

إن علو حجية الحكم على النظام العام تُفعل عند النعي على الحكم بمخالفته القواعد المتعلقة بالنظام العام الموضوعي وهنا تندر التطبيقات القضائية لقاعدة علو الحجية، وكذا عند مخالفة القواعد المتعلقة بالنظام العام الإجرائي، وهي على العكس تحظى بتطبيقات قضائية عديدة، وفي نطاق الأخيرة، سواء كان النعي بالبطلان بعيب يشوب الحكم ذاته أو بطلان في الإجراءات أثر في الحكم، وذلك على النحو التالي:

أولاً: تطبيقات لعلو الحجية على القواعد المتعلقة بالنظام العام الموضوعي

إن حجية الأمر المقضي تعلو على النظام العام الموضوعي، عند الادعاء بمخالفة الحكم الحائز للحجية لقاعدة موضوعية متعلقة بالنظام العام، سواء وردت في قانون خاص أو عام، كالقانون المدني أو الأحوال الشخصية أو قانون النقد.

حيث قضت محكمة النقض المصرية بأنه لا يجدي الطاعنين نفعاً التمسك ببطلان عقد المطعون ضده الأول لأي سبب كان ولو كان متعلقاً بالنظام العام، لأن قوة الأمر المقضي التي اكتسبها الحكم المشار إليه تعلو على اعتبارات النظام العام،

ومن ثم يكون النعي على الحكم المطعون فيه بهذا السبب – أياً كان وجه الرأي فيه– غير منتج[1].

كذلك قضت محكمة النقض بأنه: "وكان الثابت من مدونات الحكم المطعون فيه أن المطعون عليه قد حدد طلباته في الدعوى بتخفيض أجرة العين المؤجرة منه إلى 310 قرشاً شهرياً، فإنه بذلك يكون قد حدد نطاق الخصومة بينه وبين الطاعن بما لا يجوز للمحكمة الخروج عليها – أياً كان مبلغ تعلق قواعد تحديد أجرة الأماكن المؤجرة بالنظام العام. ولما كان الحكم المطعون فيه قد حاد عن هذا المنهج في قضائه بمقولة أن اعتبارات النظام العام تعلو على اعتبارات الحكم بما يطلبه أولا يطلبه الخصوم، وهو ما سلف البيان قول غير صحيح، فإن في ذلك ما يوجب نقض الحكم في هذا الجزء من قضائه[2].

---

[1] الطعن المدني رقم 2530 لسنة 58 ق جلسة 1991/2/28 – المكتب الفني س 41 مشار إليه في: علي عوض حسن، الدفع بعدم جواز نظر الدعوى لسبق الفصل فيها، دار المطبوعات الجامعية، سنة 1996، ص28، وهامش (1).

[2] حكم محكمة النقض – مدني – الطعن رقم 1776 – لسنة 49 قضائية – جلسة21–6–1980 – مكتب فني 31 – جـ 2 – صـ1801.

كما قضت محكمة النقض أيضاً بعلو قوة الأمر المقضي للحكم على قوانين النقد في مصر التي تعتبر من النظام العام [1]، وعلى إجراءات ربط الضريبة إعمالاً لأحكام المادة 40 من القانون رقم 157 لسنة 1981[2].

وقُضي أيضاً بأنه: "إذا تعارضت قوة الأمر المقضي مع قاعدة من قواعد النظام العام كانت هي الأولى بالرعاية والاعتبار. وعلى ذلك فمتى اتفق في عقد البيع على الوفاء بالثمن بما يعادل الليرة العثمانية الذهب من النقد السوري أو الجنيهات المصرية وانتهى الحكم إلى أن هذا الاتفاق لا ينطوي على شرط الدفع بالذهب وحاز الحكم قوة الأمر المقضي في هذا الخصوص فإنه لا يجوز المجادلة فيه بعد ذلك بحجة تعلق بطلان هذا الشرط بالنظام العام"[3].

كما أن قوة الأمر المقضي للحكم تعلو على مخالفته لقاعدة موضوعية في قانون الأحوال الشخصية تتعلق بالنظام العام، ولكن تجد مصدرها في القواعد الشرعية الاجتهادية التي تقع في مرتبة أدنى من النظام العام الإسلامي المتجسد في القواعد

---

[1] حكم محكمة النقض – مدني – الطعن رقم 200 – لسنة 29 قضائية – جلسة21-5-1964 – مكتب فني 15 – جـ 2 – صـ706.

[2] حكم محكمة النقض – مدني – الطعن رقم 4758 – لسنة 65 قضائية – بتاريخ 26 – 11 – 2001، غير منشور (المصدر: www.eastlaws.com).

[3] حكم محكمة النقض – مدني – الطعن رقم 343 – لسنة 23 قضائية – جلسة9-1-1958 – مكتب فني 9 – جـ 1 – صـ62.

القطعية (القرآن والسنة والإجماع)، لذلك وُصم الحكم بالبطلان – لا الانعدام–الذي تحصن بقوة الأمر المقضي[1].

وفي فرنسا، قضت محكمة النقض أن الحكم يحوز حجية الأمر المقضي طالما لم يكن محلاً للطعن، أياً كانت العيوب التي تصيب الحكم ؛ حيث قررت أن المعاملة التي أُبرمت في 30 سبتمبر 1986 بين سنديك تصفية الأموال المشتركة لـ MX .. ، ولشركة Sadca و SCI Canal و حدائق Gambetta، وبنك Hervet الدائن المرتهن برهن عقاري ودائن المجموعة، لا تطبق إلا في حدود، والحكم ينص على أن هذه الصفقة لا يمكن أن يكون لها موضوع أو أثر مخالفة قواعد النظام العام ذات الصلة بقانون إجراءات الإعسار وخاصة تلك المتعلقة بالمساواة بين الدائنين ورتبة الامتيازات ؛ ولما كان الفصل في هذه المسألة مرة أخرى، دون

---

[1] حيث قضت محكمة التمييز الكويتية بأنه: "إذ كان الثابت من مدونات الحكم المطعون فيه . وله سنده من صورة الحكم السابق الصادر في الدعوى رقم 5372 المقدمة إلى محكمة الموضوع . أن الحكم المشار إليه قضى بإثبات طلاق الطاعن للمطعون ضدها بتاريخ 1994/9/11 طلاقا رجعيا ثم مراجعتها إلى عصمته مرة ثانية بتاريخ 1994/9/12 وأن هذا القضاء أصبح نهائيا وحاز قوة الأمر المقضي، فإنه يتعين على المحاكم . في أي نزاع آخر يثور بين نفس الخصوم . أن تتبعه وتتقيد به ولا تقضي على خلافه حتى لو كان قد خالف صحيح القانون لأن حجية الأمر المقضي تسمو على اعتبارات النظام العام. لما كان ذلك، وكان اعتبار الطلاق السابق طلاقا على مال لا يثبت به للطاعن حق مراجعة المطعون ضدها يخالف حجية الحكم سالف البيان، فإنه لا على الحكم المطعون فيه إذ اعتبر الطلاق الحاصل في 1994/9/11 رجعيا واعتد بمراجعة الطاعن للمطعون ضدها من بعده ورتب عليها آثارها، ويضحي النعي عليه بهذا السبب على غير أساس". حكم محكمة التمييز – الأحكام المدنية والتجارية – الطعن رقم 10 – لسنة 1996 قضائية – بتاريخ 8 – 3 – 1997.

البحث كما دعا البنك، عما إذا كان الحكم المسبب الصادر عن المحكمة التجارية في 5 نوفمبر 1986 الذي اعتمد المعاملة، لم يحز حجية الأمر المقضي ولم ينتج عنه منع أي تقدير لصحة المعاملة، فإن حكم محكمة الاستئناف يكون مفتقداً للأساس القانوني[1].

---

(1) Cour de cassation – Chambre commerciale – 19 octobre 1993 – n° 91-20.634.

كذلك قُضي في فرنسا بأنه: "حيث إنه وفقًا للحكم المستأنف ، أبرمت شركة Bérard ، المتخصصة في إعادة تدوير السيارات ، اتفاقية لاسترداد السيارة مع شركة التأمين Aviva France (شركة Aviva) ؛ وأنه في 9 يناير 2007 ، أنهت الشركة الأخيرة العقد بإشعار مدته شهرين ،وفقًا للبند 8 من العقد ؛ وأن شركة Bérard قد استدعت الشركة Aviva للمطالبة بدفع تعويضات عن الإنهاء المفاجئ لعلاقة تجارية أمام المحكمة التجارية Salon-de-Provence التي بحكم لها في 23 مايو 2008 صحح في 28 فبراير 2012 في الدفع بعدم اختصاص الذي أثارته شركة Aviva قضت عدم اختصاصها والإحالة إلى محكمة باريس التجارية على أساس أن المسؤولية مسؤولية عقدية وليست تقصيرية ؛ ثم طعنت شركة Aviva في الحكم الذي قضى عليها بدفع تعويضات لشركة Bérard ؛ في حين لرفض دفاع شركة Aviva التي استفادت من الحكم التصحيحي الذي أصدرته محكمة Salon-de-Provence التجارية بأن الشركتين قطعتا علاقاتهما ضمن إطار تعاقدي وليس مبنياً على المسؤولية التقصيرية لعدم الإشعار المسبق في خلال المدة المقررة، فإن قرار الاستئناف بتحليل حكم التعويض القطعي بحجة مخالفة أحكام المادة L. 442-6، I، 5 ° من القانون التجاري ، والتي هي من النظام العام ، التي تنطبق على العلاقات بين الطرفين ، حتى وإن وجد شرط تعاقدي مخالف. وعلى الرغم من القضاء بذلك، في حين أن حجية الأمر المقضي، التي يتمتع بها الحكم بمجرد صدوره، لابد أن تحترم ولو خالف مبدأ من مبادئ النظام العام، فإن محكمة الاستئناف خالفت النصوص المذكورة أعلاه المادة 480 مرافعات والمادة 1350 مدني".

كذلك قضت محكمة النقض الفرنسية بأن الحكم الصادر بقبول الدين حائز لحجية الأمر المقضي بالنسبة لما تضمنه هذا القرار، وبناء عليه لا يمكن إعادة النظر في هذا القبول، ولو بناء على مخالفة قاعدة متعلقة بالنظام العام كقاعدة منع الدائن من طلب مد المهلة الزمنية المانعة (التقادم) بعد انقضاء المدة اللازمة لإبداء مثل هذا الطلب (طلب مد المهلة)[1].

وأخيراً، في سابقة أمام محكمة النقض الفرنسية، المدعى عليه أصيب في حادث أثناء وضعه تحت تصرف(إعارته) لشركة ERT من قبل وكالة عمل مؤقتة

Cour de cassation – Chambre commerciale – 21 janvier 2014 – n° 12-25.887.

https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?idTexte=JURITEXT000028518025

[1] حيث قضت محكمة الاستئناف بالإجابة إلى طلب مصفي الشركة الذي ادعى فيه بحقوق شركة SAPAM (البائع والدائن) في ثمن بيع محل تجاري التي تم قبولها من قبل بصفة قطعية بناء على أمر صادر من قاضي التفليسة بمحكمة "تولون" التجارية بتاريخ 22 يوليو 2008 و 15 ابريل 2009، ولما كان طرح طلب مصفي الشركة في مد مهلة التقادم فيما بعد بناء على الأحكام المنصوص عليها في المادة R. 622-25 من قانون التجارة الفرنسي، فإن محكمة الاستئناف تكون قد خالفت حجية الأمر المقضي التي يتمتع بها قراري قاضي التفليسة وخالفت المادة 1351 من القانون المدني (التي تنص على حجية الأمر المقضي).

Cour de cassation, civile, Chambre commerciale, 31 mai 2011, 10-15.721, Inédit

على الموقع التالي:

https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?idTexte=JURITEXT000024122691.2019 آخر زيارة 30 أغسطس

entreprise de travail temporaire ATS، قضت محكمة الضمان الاجتماعيtribunal des affaires de sécurité sociale إن الحادث كان بسبب خطأ غير مغتفرla faute inexcusable لرب العمل ، وخصص للموظف تعويضات مختلفة، وقُضي ضد الشركةERT، الخاضعة لإجراءات التقويم ثم التصفية القضائيين redressement puis en liquidation judiciaire بتاريخ سابق على صدور الحكم، أن تضمن الأداءات الملقاة على شركة ATS، ولكن بعد فحص الضحية من قبل خبير ندبته المحكمة طلبت وكالة العمل المؤقت ATS ضد الشركة ERTضمان الإدانات الصادرة ضدها. ولرفض طلب الوكالة، قررت محكمة الاستئناف بأن الوكالة المؤقتة ATS لم تعلن مديونيتها في إجراءات التقويم القضائي للشركةERT ، ولكن لما كان قرار محكمة الضمان الاجتماعي قد قضى بحقوق حق الوكالة المؤقتة ATSضد الشركةERT بحكم حائز لحجية الأمر المقضي منذ صدوره حتى ولو خالف مبدأ من النظام العام (وهي إجراءات التقويم القضائي)، فإن قرار محكمة الاستئناف قد خالف المادتين 1351 من القانون المدني و480 من قانون المرافعات الفرنسي[1].

ثانياً: تطبيقات لعلو حجية الحكم على القواعد المتعلقة بالنظام العام الإجرائي

إن لقاعدة علو حجية الحكم على النظام العام الإجرائي تطبيقات عديدة وهي الأكثر عملاً، عند مخالفة الحكم لقواعد إجرائية متصلة بالقضية في مفترضها وهو

[1] Recueil Dalloz 2007 p.2955 Arrêt rendu par Cour de cassation, 2e civ. 2007-10-25 n° 06-19.151 (n° 1560 F-P+B).

اختصاص المحكمة، وعنصرها الموضوعي (الدعوى)، وفي عنصرها الإجرائي (الخصومة)، سواء خصومة الدرجة الأولى أو خصومة الطعن، ولكن توجد قواعد متعلقة بالنظام العام الإجرائي اختلف الفقه على سمو الحجية عليها.

1) علو الحجية على بعض قواعد الاختصاص والدعوى والخصومة المتعلقة بالنظام العام:

تعلو حجية الحكم على قواعد الاختصاص النوعي المتعلقة بالنظام العام في مصر[1]، كما هو الحال في فرنسا[1].

---

[1] وحيث إن هذا النعي غير سديد، ذلك أنه لما كان من المقرر – في قضاء هذه المحكمة – أن الحكم بعدم الاختصاص القيمي والإحالة إلى المحكمة المختصة وفقاً لنص المادة 110 من قانون المرافعات ينهى الخصومة كلها فيما فصل فيه وحسمه بصدد الاختصاص، إذ لا يعقبه حكم آخر في موضوع الدعوى من المحكمة التي أصدرته ويكون قابلاً للاستئناف في حينه، فإذا لم يستأنف أصبح نهائياً والتزمت به المحكمة التي قضى باختصاصها ولو خالف حجية حكم سابق لها في هذا الشأن أو بني على قاعدة أخرى غير صحيحة في القانون، لأن قوة الأمر المقضي تعلو على اعتبارات النظام العام. حكم محكمة النقض – مدني – الطعن رقم 7483 – لسنة 82 قضائية – بتاريخ 2 – 1 – 2016، غير منشور، وحكم محكمة النقض – مدني – الطعن رقم 16615 – لسنة 77 قضائية – بتاريخ 22 – 4 – 2012، غير منشور وانظر: حكم محكمة النقض – مدني – الطعن رقم 1744 – لسنة 80 قضائية – بتاريخ 5 – 12 – 2013، غير منشور، وحكم محكمة النقض – مدني – الطعن رقم 6170 – لسنة 83 قضائية – بتاريخ 9 – 1 – 2018، غير منشور (المصدر: www.eastlaws.com). وحكم محكمة النقض – مدني – الطعن رقم 1059 – لسنة 45 قضائية – جلسة2–2–1976 – مكتب فني 27 – جـ 1 – صـ371. وانظر حكم المحكمة الإدارية العليا – الطعن رقم 12824 – لسنة 59 قضائية – بتاريخ 28 – 7 – 2015.

وفي إطار القواعد المتعلقة بالنظام العام المتصلة بفكرة الدعوى، تعلو الحجية على قواعد عدم قبول الدعوى لانتفاء صفة المدعى عليه[2] أو لتقادم الدعوى[3] أو لعدم اتخاذ الشكل القانوني[4] أو لعدم الالتجاء إلى الجهة المختصة[1] أو لعدم دفع

---

[1] com., 19 juill. 1950, *RTD civ.* 1951, p. 125, obs. P. RAYNAUD ; civ. 2ème, 13 nov. 1952, *D* 1953, p. 113.

[2] حيث قُضي بأنه: "لما كان الثابت من الأوراق أن الحكم الابتدائي قضى بعدم قبول الدعوى لرفعها على غير ذي صفة قبل المطعون ضده الثاني ولم توجه إليه المطعون ضدها الأولى – على ما يبين من الحكم المطعون فيه – في الاستئناف الذي رفعته أي طعن لقضائه في هذا الخصوص فإن لازم ذلك أن يعد هذا القضاء بالنسبة له قد حاز قوة الأمر المقضي التي تعلو على اعتبارات النظام العام". حكم محكمة النقض – مدني – الطعن رقم 808 – لسنة 80 قضائية – بتاريخ 3 – 12 – 2017، غير منشور (المصدر: www.eastlaws.com).

[3] حيث قُضي بأنه: "وكان الثابت في الأوراق أن الطاعنة قد دفعت أمام محكمة أول درجة بسقوط الحق في إقامة الدعوى بالتقادم الخمسي طبقاً لحكم المادة 140 من القانون رقم 79 لسنة 1975 وقضت المحكمة برفض هذا الدفع، وكانت الطاعنة قد قبلت هذا القضاء وقصرت استئنافها على ما قضي به من رفض الدفعين بعدم القبول وفقاً للمادة 142 من ذات القانون والتقادم الخمسي وفقاً للمادة 375 مدني وكذا قضائه في الموضوع بتعديل المعاش بإضافة كافة عناصر الأجور المتغيرة وإلزام الطاعنة بأداء الفروق المالية المترتبة على ذلك, فإن الدفع السالف بسقوط الحق في إقامة الدعوى بالتقادم الخمسي طبقاً لحكم المادة 140 من القانون رقم 79 لسنة 1975 لا يكون مطروحاً أمام محكمة الاستئناف, ولا يغير من ذلك أن أحكام هذا القانون من النظام العام لأن قضاء محكمة أول درجة برفضه قد حاز قوة الأمر المقضي التي تعلو على اعتبارات النظام العام". حكم محكمة النقض – مدني – الطعن رقم 1075 – لسنة 72 قضائية – بتاريخ 6 – 4 – 2014، غير منشور (المصدر: www.eastlaws.com).

[4] حيث قُضي بأنه: "إزاء عدم تمسك المستأنف عليها لدى محكمة الموضوع بعدم قبول التظلم في صورته الماثلة لعدم رفعه على مقتضى الأوضاع المقررة قانوناً وعدم انتباه تلك المحكمة إلى هذا الدفع باعتباره من الدفوع المتعلقة بالنظام العام، وكان من المقرر أن تمييز الحكم لا يتناول

الرسوم[2] أو حتى لسبق الفصل فيها[3]، وتعلو الحجية على قاعدة عدم جواز الجمع بين دعوى الحق ودعوى الحيازة[1]، وعلى عدم قبول طلب عارض من مدعى عليه إلى مدعى عليه آخر[1].

منه إلا ما تناولته أسباب الطعن المقبولة، أما ما عدا ذلك فإنه يحوز قوة الأمر المقضي فقد تعين على المحكمة ألا تعيد النظر في هذا الدفع باعتبار أن قوة الأمر المقضي تعلو على اعتبارات النظام العام". حكم محكمة التمييز الكويتية – الأحكام المدنية والتجارية – الطعن رقم 89 – لسنة 1984 قضائية – بتاريخ 26 – 12 – 1984.

[1] حيث قُضي بأنه: "وكان الثابت من الأوراق أن الهيئة الطاعنة قد قصرت استئنافها على الشق الخاص برفض الحكم المستأنف القضاء بالفوائد القانونية على القيمة التعويضية عن شغل الأرض، ومن ثم فإن نطاق الاستئناف يكون قد تحدد بهذا الشق فحسب ولا يجوز لتلك المحكمة أن تتعرض للفصل في شرائط قبول الدعوى بدعوى تعلقها بالنظام العام بعد أن سبق وحاز قضاء محكمة أول درجة بشأنها قوة الأمر المقضي، ذلك أن حجية الأحكام تعلو على اعتبارات النظام العام". حكم محكمة النقض – مدني – الطعن رقم 177 – لسنة 74 قضائية – بتاريخ 16 – 1 – 2013، غير منشور (المصدر: www.eastlaws.com).

[2] حيث قُضي بأنه: "لما كان ذلك وكانت الطاعنة قد قصرت استئنافها على ما قضى به في الموضوع ومن ثم يحوز حكم أول درجة حجية الأمر المقضي في شأن قبول الدعوى، فإن ما تثيره الطاعنة بسبب النعي من الدفع بعدم قبول الدعوى أمام محكمة أول درجة لعدم سداد فرق الرسم على الطلبات المعدلة وأياً كان وجه الرأي فيه يكون غير مقبول ولا يغير من ذلك القول بأن ذلك الدفع يتعلق بالنظام العام لأن حجية الأمر المقضي تعلو على اعتبارات النظام العام". إمارة رأس الخيمة – محكمة التمييز – الأحكام المدنية – الطعن رقم 19 – لسنة 3 قضائية – بتاريخ 26 – 10 – 2008.

[3] "وكان الاستئناف لا ينقل الدعوى إلى محكمة ثاني درجة إلا في حدود طلبات المستأنف فإن الدفع بعدم جواز نظر الدعوى لسابقة الفصل فيها لا يكون مطروحاً أمام محكمة الاستئناف ولو كان متعلقاً بالنظام العام لأن قضاء محكمة أول درجة برفض هذا الدفع يكون قد حاز قوة الأمر المقضي وهي تسمو على قواعد النظام العام ومن ثم لا يقبل من الطاعنة التحدي به أمام محكمة

النقض". (حكم محكمة النقض – مدني – الطعن رقم 4653 – لسنة 62 قضائية – بتاريخ 2 – 3 – 2003)

(1)https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000006964992&fastReqId=569641466&fastPos=11

بالنسبة للسبب الأول في النعي على الحكم المطعون فيه وفقا للمادة 1351 من القانون المدني، وحيث إن القرار الصادر من محكمة غير مختصة يحوز قوة الأمر المقضي عند فوات مواعيد الطعن المقررة قانوناً.

وحيث إنه تم الفصل في الدعوى السلبية المرفوعة من LAMBERTY لتقرير عدم أحقية جاره BOUCHET لأي حق للاستغلال أو الاستعمال للساحة التي بُنيت خلف عقاره والمطل على طريق مسدود بقرار مفاده ملكية المدعي تلك الساحة بقرار تقريري لاغٍ أمر الخبرة والعريضة. وحيث إن المدعى عليه BOUCHET استند في استئنافه على القرار السابق بأن النزاع يمكن حسمه فوراً بتطبيق السند الذي قُدم كأساس للادعاء بالحيازة الذي واجه به الأطراف سابقاً والذي لا يمكن أنكاره. وحيث إنه في الخصومة المذكورة، المحكمة المدنية (قاضي الحيازة الاستئنافي) قضى في منطوق قراره أن الحق في المرور المتنازع عليه الذي تم إدراجه، بشكل واضح، في اتفاق معترف بها من قبل الطرفين في العديد من الرسائل المتبادلة بينهما سنة 1930 التي تستبعد ممارسة حق المرور بالتسامح وتمنح تلك الرسائل سندا لوجود اتفاق مؤكد على وجود طريق يمكن ل BOUCHETأن يمر عليه مترجلا أو بواسطة سيارة.

وحيث إنه، بحكم القانون، قاضي الحيازة قد فصل في موضوع الحق مخالفاً الحظر المنصوص عليه في المادة 25 من قانون المرافعات وقضى بوجود حق للاستغلال فإنه يكون قد حاز في شقه هذا أيضاً قوة الأمر المقضي FORCE DE CHOSE JUGEE. وحيث إن ادعاء BOUCHET بتمتعه بحق الارتفاق على الممر بسبب ما قُضي به في الحيازة ليس له تأثير على الملكية، فإن القرار الطعين خالف المادة المذكورة أعلاه. ولهذه الأسباب حكمت المحكمة بنقض وإلغاء القرار الصادر بين الطرفين عن محكمة LIMOGES الاستئناف بتاريخ 30 نوفمبر 1960.

ويتبين من هذه القضية، أن حكم محكمة الاستئناف ألغي من محكمة النقض بسبب أنه لم يحترم قوة الأمر المقضي لقرار الصادر عن قاضي الحيازة الاستئنافي والتي تضمن الاعتراف للمدعي

وفي إطار القواعد المتعلقة بالنظام العام المتصلة بالخصومة سواء كانت أول درجة أو خصومة الطعن، فتعلو الحجية على حق الخصم في توكيل محام مستقل عن محاميي الخصوم[2]. كما تعلو حجية الحكم على قواعد إصدار الحكم، مثل قاعدة

عليه بحق المرور حتى ولو خالف قواعد الاختصاص (باعتبار أن القضية لا تخص الحيازة بل الملكية) ولو خالف قاعدة عدم جواز الجمع بين الملكية والحيازة في دعوى واحدة وهما قاعدتان متعلقتان بالنظام العام، فقوة الأمر المقضي تعلو عليهما.

.Civ. 1re, 25 févr. 1964, Bull. civ. I, no 110; D. 1964

[1] حيث قُضي بأنه: "من المقرر أن حجية الأحكام تعلو على اعتبارات النظام العام لما كان ذلك وكان الثابت بالأوراق إنه ولئن كانت الشركة الطاعنة قد طعنت بالاستئناف على قضاء محكمة أول درجة في الدعوى الأصلية والطلب العارض إلا أنها قصرت استئنافها فيما يتعلق بالطلب العارض على الحكم الصادر في موضوعه دون أن تنعي على قضائه الضمني بقبوله شكلا ومن ثم فإن هذا الحكم فيما يتعلق بجواز أو عدم جواز توجيه الطلب العارض من مدعى عليه إلى مدعى عليه آخر يكون قد حاز قوة الأمر المقضي مما يحول دون إثارته لأول مرة أمام محكمة التمييز رغم تعلقه بالنظام العام". دبي – محكمة التمييز – الأحكام المدنية – الطعن رقم 107 – لسنة 2004 قضائية – بتاريخ 13 – 2 – 2005.

[2] حيث قُضي بأنه: "وإن كان البطلان لا يتجزأ إلا أنه ليس من شأنه أن ينال مما قضي به الحكم المستأنف المؤيد بالحكم المطعون فيه من براءة الطاعن من جريمتي الاشتراك مع الطاعن الرابع في جلب مخدر الحشيش المضبوط وتسهيله للطاعن الأول تعاطي هذا المخدر والذي حاز حجية الأمر المقضي به في هذا الشق بانغلاق باب الطعن عليه بالنقض من قبل النيابة العامة لعدم ولوجها طريق الطعن عليه بالاستئناف إذ أن حجية الأحكام – على ما هو مقرر – تعلو اعتبارات النظام العام وهو ما يتعين على محكمة الإحالة أن تتقيد به". انظر دولة الإمارات العربية المتحدة – المحكمة الإتحادية العليا – الأحكام الجزائية – الطعن رقم 172 – لسنة 26 قضائية – بتاريخ 31 – 12 – 2006.

والمسألة المتعلقة بالنظام العام هنا هي– كما يدعي الطاعن– الإخلال بحق الطاعن الرابع في الدفاع عنه بمحام مستقل عن محامي الطاعنين الأول والثاني مما يصم حكمها المطعون فيه وما

وجوب اشتراك من سمع المرافعة في المداولة[1]، وعلى قاعدة وجوب توقيع القاضي على مسودة الحكم[2]، وعلى قاعدة إيداع الحكم قلم الكتاب خلال مدة[1].

بني عليه من إجراءات بالبطلان لخرقه قاعدة جوهرية من قواعد التقاضي الأساسية المتعلقة بالنظام العام ويوجب نقضه دون حاجه لبحث أسباب الطعون الثلاثة على أن يكون مع النقض الإحالة.

[1] قُضي بأن: "المقرر بنص المادة 167 من قانون المرافعات أن الحكم يكون باطلاً إذا اشترك في المداولة غير القضاة الذين سمعوا المرافعة وأن هذا البطلان متعلق بالنظام العام ...ولما كان ذلك ، وكان الطاعن لم يتمسك أمام محكمة الاستئناف ببطلان الحكم الابتدائي المؤيد بالحكم المطعون فيه فإن هذا الحكم يكون قد حاز قوة الأمر المقضي في هذا الخصوص والتي تسمو على قواعد النظام العام ولا سبيل إلى إهدارها بادعاء أن الحكم الابتدائي الذى تأيد بالحكم المطعون فيه قد صدر باطلاً بطلاناً مطلقاً متعلقاً بالنظام العام وأن هذا البطلان يسرى على الحكم المطعون فيه ومن ثم يكون النعي عليه في هذا الشأن . وأياً كان وجه الرأي فيه . غير منتج وبالتالي غير مقبول". حكم محكمة النقض – مدني – الطعن رقم 306 – لسنة 65 قضائية – بتاريخ 11 – 11 – 2002، غير منشور (المصدر: www.eastlaws.com).

[2] قُضي بأنه: "إذا كان الثابت من مطالعة محاضر جلسات محكمة أول درجة أن أحد السادة القضاة الذين سمعوا المرافعة لم يحضر تلاوة الحكم الابتدائي و حل محله آخر، وخلا الحكم الابتدائي من بيان أن القاضي الذى لم يحضر النطق بالحكم قد اشترك في المداولة و وقع على مسودته إلا أنه لما كان بطلان الحكم لا يقبل التجزئة و القضاء به يؤدى إلى انعدامه برمته و كانت الطاعنة قد قبلت الحكم الابتدائي في شق منه فحاز هذا الشق قوة الأمر المقضي فيه التي تعلو عن النظام العام فإنه يمتنع معه النظر في إبطاله في شقه الآخر الذى قصرت – الطاعنة – استئنافها عليه ". حكم محكمة النقض – مدني – الطعن رقم 15 – لسنة 43 قضائية – بتاريخ 20 – 4 – 1977.

وقُضي أيضاً بأنه: "ولئن كان من المقرر طبقا لنص المادة 175 من قانون المرافعات أن الحكم يكون باطلا إذا لم توقع مسودته من الرئيس ومن القضاة الذين اشتركوا في المداولة عند النطق بالحكم، وأن هذا البطلان متعلق بالنظام العام ويجوز التمسك به أمام محكمة النقض، وللمحكمة

أن تقضي به من تلقاء نفسها، إلا أن ذلك مشروط بأن يكون النعي بالبطلان على الحكم الابتدائي مطروحا أمام محكمة الاستئناف. لما كان ذلك، وكان الاستئناف ينقل الدعوى لمحكمة ثاني درجة في حدود طلبات المستأنِف، وكان الثابت في الأوراق أن أحدا لم يتمسك أمام محكمة الاستئناف ببطلان الحكم الابتدائي وجاءت الأوراق والحكم المطعون فيه خلوا مما يفيد إلمامها بعناصره فقد حاز الحكم الابتدائي قوة الأمر المقضي في هذا الخصوص والتي تسمو على قواعد النظام العام، ومن ثم فإن النعي يكون غير سديد". حكم محكمة النقض – مدني – الطعن رقم 1254 – لسنة 68 قضائية – بتاريخ 25 – 11 – 1999.

ولكن لا تعلو حجية الحكم حال انعدامه إذا لم توقع نسخة الحكم الأصلية من رئيس الجلسة وكاتبها فيعد الحكم معدوما لا باطلا فقط، وإذا تبين من محضر الجلسة أن الحكم صدر من عضويين فقط فيعد الحكم معدوماً. انظر: أحمد أبو الوفا، نظرية الاحكام، بند 48، ص124، وبند 137، ص323.

وإذا لم يصدر الحكم إلا من رئيس الدائرة وحده أي موقعا منه وحده يكون الحكم منعدماً. انظر: استئناف مصر 16 ديسمبر 1902 مرجع القضاء رقم 7683، وقُضي بأن الحكم لكي يكون له وجود قانوني ... يجب أن يكون موقعا عليه من القاضي الذي أصدره ....، لأن توقيع القاضي يضفي عليه الصفة القانونية. أسيوط استئناف 30 أكتوبر 1944 المجموعة الرسمية 45 ص89 مشار إليهما في: أحمد أبو الوفا، مرجع سابق، بند 35، ص80، هامش (3)، وبند 41، ص102 هامش (3).

[1] وهو سبب لبطلان الحكم لا انعدامه وفقاً لما استقرت عليه محكمة النقض المصرية أيضاً (وحيث إن هذا النعي سديد، ذلك بأن المقرر – في قضاء هذه المحكمة – أنه لما كان النص في المادة 175 من قانون المرافعات على أنه "يجب في جميع الأحوال أن تودع مسودة الحكم المشتملة على أسبابه موقعة من الرئيس ومن القضاة عند النطق بالحكم وإلا كان الحكم باطلاً ....، وهو بطلان يتعلق بالنظام العام). حكم محكمة النقض – مدني – الطعن رقم 1143 – لسنة 67 قضائية – جلسة23–5–2006، غير منشور (المصدر: www.eastlaws.com). ولا يصل بالحكم إلى درجة انعدامه في هذه الحالة. حكم محكمة النقض – مدني – الطعن رقم 2430 – لسنة 57 قضائية – جلسة6–3–1994 – مكتب فني 45 – جـ1 – ص459.

كما تعلو قوة الأمر المقضي على قاعدة "الحكم الجنائي يوقف المدني"[1]، وتعلو حجية الحكم على قواعد الطعن المتعلقة بالنظام العام، مثل قاعدة ألا يُضار الطاعن بطعنه[2]، وعلى قاعدة عدم جواز الطعن الفوري إلا على الأحكام غير المنهية للخصومة[3] أو عدم جواز الطعن بنص القانون[1]، وعلى قواعد الأحكام

---

[1] وقُضي بأنه: "كان الثابت من مدونات الحكم المطعون فيه أن جنحة إصدار المطعون ضده الشيك محل المطالبة أمام القضاء المدني 2001/6636 جنح أبو ظبي ما زال غيابيا – مما كان يوجب على محكمة الاستئناف أن تقضي بوقف الدعوى تعليقا حتى يصبح هذا الحكم باتا لما له من أثر على الدعوى المدنية المرفوعة عليه فيما يتعلق بوقوع الجريمة ووصفها القانوني ونسبتها إلى فاعلها ومنعا من تضارب الأحكام ولحسن سير العدالة وهو ما يوجب نقض الحكم جزئيا بالنسبة للمطعون ضده الثاني باعتبار أن الحكم المستأنف قد صار نهائيا بالنسبة للمحكوم عليها الأولى التي لم تستأنفه ولأن الحجية تعلو على اعتبارات النظام العام". دولة الإمارات العربية المتحدة – المحكمة الإتحادية العليا – الأحكام المدنية والتجار – الطعن رقم 142 – لسنة 26 قضائية – بتاريخ 23 – 5 – 2005.

[2] حيث قُضي بأنه: "كان طلب التفسير والطعن المقام بشأنه الذي قال عنه الطاعنون أنه يتعذر معرفة ما يلتزم به كل منهم من المبلغ المحكوم به فهو غير جائز لأن ذلك تحدده قواعد التنفيذ المقررة في قانون المرافعات المدنية والتجارية طالما لم يطعن في الحكم بالطريق المقرر قانوناً ولا بديل عن الطعن باللجوء لطلب التفسير لمساسه بحجية الأمر المقضي مما تقضي معه المحكمة بعدم قبول طلب التفسير، ولا يغير من ذلك قاعدة ألا يضار الطاعن بطعنه المتعلقة بالنظام العام، لأن قواعد الحجية تسمو على قواعد النظام العام ويقع باطلاً بطلاناً مطلقاً أي حكم يخالف قواعد الحجية".(دولة قطر – محكمة التمييز – الأحكام المدنية – الطعن رقم 175 – لسنة 2013 قضائية – بتاريخ 7 – 1 – 2014).

[3] حيث قُضي بأنه: "إن مبنى الدفع بعدم جواز الطعن أن التظلم من أمر الحجز تم شفاهه بالجلسة فلا يجوز الطعن فيه استقلالاً إلا مع الحكم الذي يصدر في الدعوى الأصلية وذلك عملاً بنص المادة 198 من قانون المرافعات... فلا يجوز للمطعون عليهم أن يتمسكوا في دفاعهم أمام محكمة النقض بعدم جواز الاستئناف بناء على تعلقه بالنظام العام، ذلك لأن ما

التي يجوز استئنافها[2]، وعلى قاعدة اشتراط توقيع محام على صحيفة الاستئناف[3]، وعلى قبول الاستئناف شكلاً لعدم اختصام الغير[1]. وفي فرنسا،

قضى به من قبول الاستئناف شكلاً هو قضاء قطعي لم يكن محلاً للطعن، فحاز قوة الأمر المقضي وهي تسمو على قواعد النظام العام، لما كان ذلك وكان الحكم المطعون فيه هو حكم وقتي يجوز الطعن فيه على استقلال إعمالاً لنص المادة 212 من قانون المرافعات فإن الدفع يكون على غير أساس". حكم محكمة النقض المصرية – مدني – الطعن رقم 806 – لسنة 45 قضائية – جلسة6–4–1978 – مكتب فني 29 – جـ 1 – صـ972.

[1] إذ قضت محكمة النقض بجواز الطعن على الحكم الصادر من الدائرة الاستئنافية كمحكمة الدرجة الثانية الذي لم يلتزم بالحكم بعدم الاختصاص والإحالة إليها من المحكمة الابتدائية المدنية إذا كان الحكم الأخير لم يطعن فيه وأصبح باتاً. وذلك رغم النص صراحة في قانون المحاكم الاقتصادية بعدم جواز الطعن بالنقض على الحكم الصادر من الدائرة الاستئنافية من المحكمة الاقتصادية، وذلك نتيجة لأن البيتوتة التي يجوزها الحكم بعدم الاختصاص والإحالة تعلو على النظام العام. انظر: حكم محكمة النقض – مدني – الطعن رقم 6955 لسنة 80 قضائية – الدائرة المدنية والتجارية – بتاريخ 2014–05–21، غير منشور (المصدر: www.eastlaws.com).

[2] حيث قُضي بأنه: "فلا يجوز للطاعن في مرافعته أمام محكمة النقض أن يتمسك بأن الاستئناف لم يكن جائزا قبوله بمقولة إن جواز الاستئناف من المسائل المتعلقة بالنظام العام ذلك لأن ما قضى به من قبول الاستئناف شكلاً هو قضاء قطعي لم يكن محلا للطعن فحاز قوة الأمر المقضي وهي تسمو على قواعد النظام العام". حكم محكمة النقض – مدني – الطعن رقم 126 – لسنة 24 قضائية – بتاريخ 8 – 5 – 1958، وحكم محكمة النقض – مدني – الطعن رقم 18 – لسنة 63 قضائية – بتاريخ 25 – 11 – 1996.

[3] حيث قُضي بأن: "المقرر – في قضاء هذه المحكمة – أنه ولئن كان نص الفقرة الثانية ... وتعديلاته صريحة في النهي عن تقديم صحف الاستئناف إلا إذا كانت موقعة من أحد المحامين المقررين أمام محكمة الاستئناف، ورتبت البطلان على مخالفة ذلك مما مفاده أن هذا البطلان يقع حتما إذا ما أغفل هذا الإجراء، وهو بطلان يتعلق بالنظام العام لا يسقط الحق في التمسك به

قضت محكمة النقض الفرنسية بعلو حجية (قوة) الأمر المقضي على بطلان الاستئناف موقع من شخص متوفى[2].

بالتكلم في موضوع الدعوى، ...،إلا أن ذلك محله ألا يكون قد صدر من قبل من المحكمة حكم بقبول الاستئناف شكلاً، لأن قوة الأمر المقضي التي اكتسبها حكمها هذه تحول دون جواز التمسك أمامها بدفع جديد خاص بشكل الاستئناف ولو كان ماساً بقواعد النظام العام، بحسبان أن حجية الأحكام تعلو على اعتبارات النظام العام". حكم محكمة النقض – مدني – الطعن رقم 8596 – لسنة 84 قضائية – بتاريخ 8 – 3 – 2015، غير منشور (المصدر: www.eastlaws.com).

وقُضي أيضاً بأن: "المقرر – في قضاء محكمة النقض – أن التحدي ببطلان صحيفة الاستئناف لعدم توقيعها من محام مقبول أمام محكمة الاستئناف، محله ألا يكون قد صدر من المحكمة حكم بقبول الاستئناف شكلا، لأن قوة الأمر المقضي التي اكتسبها حكمها هذه تحول دون جواز التمسك أمامها بدفع جديد خاص بشكل الاستئناف ولو كان ماسا بقواعد النظام العام". حكم محكمة النقض – مدني – الطعن رقم 132 – لسنة 65 قضائية – جلسة21–3–2000 – مكتب فني 51 – جـ 1 – صـ443.

[1] حيث قُضي بأنه: "وكان الحكم المطعون فيه قد قضى بقبول الاستئناف شكلاً ثم قضى في الموضوع وكانت صحيفة الطعن قد اقتصرت في أسبابها على ما قضى به الحكم في موضوع الاستئناف فإن قضاءه بقبول الاستئناف شكلاً يكون قد حاز قوة الأمر المقضي ويكون ما تثيره النيابة في خصوص شكل الاستئناف من عدم اختصام المحكوم عليها التي لم تطعن بالاستئناف غير مقبول". حكم محكمة النقض – مدني – الطعن رقم 1376 – لسنة 73 قضائية – بتاريخ 2 – 6 – 2005.

[2] Civ., 15 nov. 1904, *D* 1905, 1ère partie, p. 254 ; Amiens, 28 juill. 1947, *S* 1948, p. 21, note H. SOLUS.

2) قواعد متعلقة بالنظام العام اختلف الفقه في سمو الحجية عليها:

أ-علو الحجية على قواعد الولاية:

إذا كنا قد بينّا أن الانتفاء المطلق للولاية، بمعنى المسائل التي تخرج عن القضاء عموماً، تعد مفترضاً لتطبيق قاعدة علو الحجية على النظام العام[1]، وبالتالي إذا صدر حكم من المحكمة انتفت ولايتها القضائية فيعد منعدماً ولا يتصور الحديث عن الحجية لأنها مهدرة، غير أن المسألة مختلف عليها بشأن قواعد الاختصاص الولائي (الوظيفي)، أي الولاية الخاصة، التي تحكم توزيع الولاية القضائية على جهات خاصة كالقضاء الإداري، حيث توجد اتجاهات قضائية متباينة تحتاج إلى مزيد من العناية البحثية.

إن القضاء المصري مستقر على أن مخالفة الحكم لقواعد الولاية النسبية لا يؤدي إلى انعدام الحكم على مستوى الجهة القضائية الواحدة[2]، وبالتالي تنطبق قاعدة

---

[1] راجع: الولاية مفترض لتطبيق قاعدة العلو ما سبق الفرع الثاني من المطلب الأول من المبحث الثاني.

[2] عكس ذلك، قُضي بأن: "الحكم الصادر عن المحكمة التأديبية (خطأ) بعدم اختصاصها ولائياً (اعتقاداً منها بأن محكمة طنطا الابتدائية الدائرة العمالية هي المختصة) في مسألة تدخل في اختصاصها، لا يحوز حجية عند إعادة طرح النزاع مرة أخرى أمامها". حكم المحكمة الإدارية العليا – الطعن رقم 26096 – لسنة 55 قضائية – جلسة10-1-2015 – مكتب فني 60 – جـ 1 – صـ207.

علو الحجية على قواعد الولاية النسبية، فإذا خالف الحكم قواعد الاختصاص الولائي (الوظيفي) فتعلو حجيتها على هذه القواعد[1].

بيد أنه بالنسبة لبقاء حيازة الحكم الصادر عن محكمة جهة انتفت ولايتها نسبياً (أو اختصاصها الولائي أو الوظيفي) للحجية أمام الجهة الأخرى، فتتعدد التوجهات

---

[1] انظر: حكم محكمة النقض – مدني – الطعن رقم 216 – لسنة 35 قضائية – جلسة6–5–1969 – مكتب فني 20 – جـ 2 – صـ712. وحكم محكمة النقض – مدني – الطعن رقم 5 – لسنة 38 قضائية – جلسة29–3–1972 – مكتب فني 23 – جـ1 – ص564. وحكم محكمة النقض – مدني – الطعن رقم 38 – لسنة 40 قضائية – جلسة17–4–1974 – مكتب فني 25 – جـ 1 – صـ698.

وقضت محكمة النقض أيضاً بأن ما أثارته النيابة من أن القضاء الإداري هو المختص ولائياً بنظر الدعوى يكون غير مقبول. (حكم محكمة النقض – مدني – الطعن رقم 948 – لسنة 44 قضائية – بتاريخ 22 – 3 – 1980 وانظر: حكم محكمة النقض – مدني – الطعن رقم 2845 – لسنة 59 قضائية – بتاريخ 23 – 11 – 1995، وحكم محكمة النقض – مدني – الطعن رقم 1045 – لسنة 64 قضائية – جلسة29–3–2001 – مكتب فني 52 – جـ 1 – صـ466.حكم محكمة النقض – مدني – الطعن رقم 3018 – لسنة 71 قضائية – بتاريخ 2 – 4 – 2012.

كما أن هذا الأمر معمول به أمام مجلس الدولة (القضاء الإداري) حيث قضت المحكمة الإدارية العليا بأنه: "متى حاز الحكم قوة الأمر المقضي فأنه يكون حجة فيما فصل فيه ويعتبر عنواناً للحقيقة حتى ولو كان قد تتكب وجه الصواب في مسائل تتصل بالنظام العام كرفض الدفع بعدم الاختصاص المتعلق بالوظيفة ذلك أن حجية الأمر المقضي تسمو على قواعد النظام العام فلا يصح إهدار تلك الحجية بمقولة أن الاختصاص المتعلق بالولاية يتصل بالنظام العام". راجع: حكم المحكمة الإدارية العليا – الطعن رقم 1157 – لسنة 9 قضائية – بتاريخ 7 – 1 – 1967، غير منشور (المصدر: www.eastlaws.com).

القضائية والفقهية، وفي اعتقادنا توجد ثلاث توجهات يعضدها القضاء في مصر وهي:

التوجه الأول (تجزئة الولاية):

وبحسب هذا التوجه فإن ولاية القضاء مجزأة على جهتي القضاء الرئيسيتين العادي والإداري، فولاية القضاء العادي تقف حدودها عند ولاية القضاء الإداري والعكس. ويترتب على ذلك إنه إذا صدر حكم من أيهما متجاوزاً حدود الولاية، فيكتسب الحكم حجية منقوصة l'autorité de la chose jugée imperfaite ويوجد الأساس الفني لذلك في قاعدة أصولية تعد من مفترضات فكرة الولاية المقيدة والتنظيم الذي يصدر استناداً إليها. فتعدُد جهات التقاضي واستئثار كل جهة بقدر معين من الولاية القضائية تمارسها على وجه الاستقلال في مواجهة الجهات الأخرى يقتضي الاعتراف لكل جهة بسلطة الفصل في مسألة اختصاصها الولائي، ولكن هذا التحديد لا يلزم الجهة الأخرى التي لها بدورها حق تحديد نطاق اختصاصها الولائي، ولذلك يجوز لمحكمة الجهة الأخرى أن تصدر حكماً على وجه مخالف لما قضى به الحكم الصادر من الجهة الأخرى، ويحوز الحكمان الصادران في الموضوع من الجهتين حجية منقوصة ينحصر نطاق فاعلية العمل في حدود الجهة التي أصدرته، ويُسوى هذا الوضع عن طريق نظام فض التنازع في الولاية[1]، وهذا الحل يلقى تأييداً فقهياً وقضائياً واسعاً[2].

---

[1] أحمد ماهر زغلول، اعمال القاضي...، ص306-307، بند 155.

[2] انظر: محمود محمد هاشم، استنفاد ولاية القاضي، مرجع سابق، ص68-69، بند 25. أحمد ماهر زغلول، أعمال القاضي....، هامش (532)، و(533)، ص308-309، بند155. محمود

ويترتب على ذلك بشأن قاعدة علو الحجية، أن حجية الحكم الصادر من جهة ما ستعلو على النظام العام وقواعد الولاية في حدود هذه الجهة فقط، بينما لن يتمتع الحكم بهذه الحجية لانعدامه، وبالتالي لن تعلو على النظام العام، في مواجهة جهة القضاء الآخر، وهو ما تؤيده بعض أحكام محكمة النقض كما بينا.

التوجه الثاني (وحدة الولاية) [1]:

إن الولاية بين جهتي القضاء العادي و الإداري هي ولاية قضائية واحدة ولكنها موزعة، أي أن الولاية ليست مجزأة، وسبب ذلك عدم استقامة النتيجة المترتبة على

مصطفى يونس، نظرات في الإحالة لعدم الاختصاص القضائي، دراسة فقهية وتحليلية مقارنة، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، ص45-46.

وقد حاولت أحكام للقضاء المدني التوفيق بين الاعتبارين المتعارضين-وهما إعمال أثر الانعدام وثانيهما احترام حجية الأمر المقضي به- ذلك عن طريق تقرير حجية منقوصة للأحكام الصادرة من جهات قضائية لا ولاية لها بنظر الدعوى. فتقضي محكمة النقض (الدائرة المدنية) "أنه وإن كان الاختصاص الولائي يتعلق بالنظام العام وصدور حكم حائز لقوة الأمر المقضي من جهة قضائية غير مختصة ولائيا لا يحوز للحجية أمام محاكم الجهة القضائية الأخرى المختصة، إلا أن ذلك الحكم يظل محتفظا بحجيته أمام جميع محاكم الجهة القضائية التي أصدرته إحدى محاكمها، فلا تجوز المجادلة فيه أمامها، بل يجب عليها أن تتقيد به لأن قوة الأمر المقضي تسمو على النظام العام". نقض مدني 28 يناير سنة1980، مجموعة أحكام محكمة النقض، س31، ص312، 24 فبراير سنة1966، س17، رقم1، ص412، وحكم محكمة النقض - مدني - الطعن رقم 109 - لسنة 43 قضائية - جلسة28-1-1980 - مكتب فني 31 - جـ 1 - صـ312.

[1] رمزي سيف، الوسيط، رقم 314. ويؤيده البعض: وجدي راغب، نظرية العمل القضائي، ص590. أحمد أبو الوفا، مرجع سابق، بند 12، ص37.

التوجه الأول، لأنه يجعل الحكم قائماً بالنسبة لجهة قضائية، ومنعدماً بالنسبة لجهة أخرى مما يثير مشكلة التنازع في الولاية، والمصدر التاريخي في توجه التجزئة في الولاية هو أن تلك التجزئة كانت قديماً في مصر بين المحاكم الأهلية والمختلطة و القنصلية و الشرعية والملية و الحسبية تستمد كل منها سلطتها من سيادات مختلفة وامتيازات مما أدى بكل جهة أن تعد نفسها دولة داخل الدولة فلا تعترف بقضاء غيرها من الجهات. ولا محل له بعد زوال هذا الوضع الشاذ وانحصار الولاية في جهات تستمد سلطتها من السيادة المصرية الموحدة[1]. فولاية القضاء تنحصر الآن في جهة المحاكم (القضاء العادي) والقضاء الإداري والمحاكم الخاصة (كالمحكمة الدستورية العليا) تستمد ولايتها من السيادة المصرية، لا سيما بعد أن أصبح رجال القضاء تتوافر فيهم شروط واحدة.

ونرى صحة هذا الاتجاه، للأسباب سالفة الذكر، ويؤكد ذلك فرض قانون المرافعات في المادة 110 منه على كل من جهتي القضاء الإحالة إلى الجهة الأخرى تبعاً للحكم بعدم اختصاصها الولائي[2]. فتفرض وحدة النظام القانوني للحكم الصادر

---

[1] حيث قُضي بأنه: "كان القضاء قد استقر في ظل القانون القائم على عدم جواز الإحالة بعد الحكم بعدم الاختصاص إذا كان ذلك راجعا إلى سبب متعلق بالوظيفة – وكان مبنى هذا القضاء فكرة استقلال الجهات القضائية بعضها عن البعض الآخر وهي فكرة لم يعد لها محل بعد تطور القضاء وانحصاره في جهتين تتبعان سيادة واحدة". انظر: حكم محكمة النقض – مدني – الطعن رقم 651 – لسنة 61 قضائية – جلسة5-6-1995 – مكتب فني 46 – جـ 2 – صـ835.

[2] أحمد أبو الوفا، نظرية الأحكام، بند 137، ص325.

منها بحيث يكون موجوداً أو معدوماً بالنسبة لكافة القضاة في الدولة في آن واحد[1].

ويترتب عما سبق أنه إذا صدر الحكم من جهة ما في دعوى تدخل في ولاية جهة أخرى لن يكون منعدماً بل يشوبه البطلان، وبالتالي يحوز الحجية التي تعلو على النظام العام في مواجهة كل من الجهتين، وهو اتجاه ايدته محكمة النقض المصرية في حكم لها[2].

وعلى الرغم من أن دائرة توحيد المبادئ بمجلس الدولة ذهبت إلى ما سبق من وجوب انصياع محاكمها للمادة 110 مرافعات، ما لم يكن الحكم الصادر بعدم الاختصاص والإحالة إليها من محاكم القضاء العادي منعدماً، إلا أنها قضت بأنه:

---

[1] وجدي راغب، نظرية العمل القضائي، ص589-590.

[2] حيث قُضي بأنه: "المقرر – في قضاء هذه المحكمة – ان الحكم النهائي له قوة الأمر المقضي التي تعلو على اعتبارات النظام العام، وكان الثابت من الحكم الصادر من المحكمة التأديبية بمجلس الدولة، ان المحكمة قضت في 27/6/1987 بعدم اختصاصها ولائيا بنظر الدعوى وبإحالتها الى محكمة دمنهور الابتدائية، بعد ان قطعت في اسباب حكمها والمرتبطة بمنطوقه ان القرار الصادر بإنهاء خدمة الطاعن وهو من العاملين بالقطاع العام بسبب العمل بدون اذن لدى جهة اجنبية او للانقطاع عن العمل لا يعد جزاء تأديبيا بالفصل من الخدمة، وكان هذا القضاء قد اصبح نهائيا بعدم الطعن عليه، وكانت المحكمة المحال اليها تلتزم بنظرها تطبيقا لنص المادة 110 من قانون المرافعات، فانه يمتنع على الطاعن العودة الى المجادلة في طبيعة القرار الصادر من المطعون ضده او اعادة طرح مسألة الاختصاص الولائي بنظر الطعن عنه، واذ التزم الحكم المطعون فيه هذا النظر، فان النعي عليه بهذين السببين يكون على غير أساس". حكم محكمة النقض – مدني – الطعن رقم 2691 – لسنة 60 قضائية – بتاريخ 1 – 12 – 1996.

"من الإنصاف في هذا الصدد القول بأنه من الأوفق تشريعياً أن يترك حكم الإحالة بين جهتي القضاء ومن حيث مدى التزام المحكمة المحال إليها الدعوى بنظرها للقواعد العامة ومواد الدستور والقانون المحددة لولاية كل جهة قضائية فلا تلتزم بها المحكمة المحال إليها إلا إذا كان موضوع الدعوى المحالة مما يدخل ضمن ولايتها الفصل فيه، احتراماً لقواعد الاختصاص المتعلقة بالولاية وهي دقيقة الصلة بالنظام العام الدستوري والقضائي في البلاد بذات الدرجة المقررة لقاعدة حجية الشيء المحكوم فيه"[1].

وإذا كنا نؤيد حكم دائرة توحيد المبادئ سالف الذكر في إنكار فكرة عدم تجزئة الولاية بين جهتي القضاء، ولكن لنا تعليق وتحفظ، أما عن التعليق فلا يُقصد من عبارة "ما لم يكن الحكم بعدم الاختصاص والإحالة منعدماً" أن يكون منعدماً بسبب عدم احترام الاختصاص الولائي (الوظيفي) لكل من الجهتين، وإلا أُفرغ الحكم سالف الذكر من مضمونه، ولكن يُقصد منها ألا يكون الحكم منعدماً بسبب الحكم في مسألة تخرج عن ولاية القضاء المصري عموماً. أما عن التحفظ، فمحله مساواة حكم مجلس الدولة اتصال قواعد الاختصاص الولائي بالنظام العام بذات درجة اتصال حجية الأمر المقضي، إذ نؤيد علو الحجية على قواعد الاختصاص الولائي (الوظيفي) الموزع على الجهتين، على أساس علو اعتبارات النظام العام التي تمليها الحجية من استقرار الحقوق والمراكز على اعتبارات النظام العام التي تمليها قواعد

---

[1] حكم المحكمة الإدارية العليا – الطعن رقم 3803 لسنة 35 قضائية – دائرة توحيد المبادئ – بتاريخ 1992-06-06 مكتب فني 37 جـ 1 صـ 22.

التنظيم القضائي التي تهدف تنظيم العمل داخل مرفق القضاء المصري على عكس الحال بالنسبة لاعتبارات النظام العام التي تمليها ولاية القضاء العامة المرتبطة بسيادة الدولة المرتبطة بالمصالح العليا في البلاد.

التوجه الثالث (علاقة القاعدة بالاستثناء) [1]:

مضمونه أن الولاية لا تتجزأ بصفة مطلقة ولا تتوزع أيضاً بصفة مطلقة، فيعتبر هذا التوجه العلاقة بين القضاء العادي وغيرها من الجهات الأخرى، علاقة القاعدة بالاستثناء[2]، وأساس ذلك أن القضاء العادي هو صاحب الولاية القضائية العامة في جميع المنازعات ما لم يستثن القانون غير ذلك بموجب المادة 190 دستور والمادة 15 من قانون السلطة القضائية[3].

---

[1] وجدي راغب، مبادئ القضاء المدني، ص 264-265. سيد أحمد محمود، أصول التقاضي، طبعة منقحة سنة 2009، ص571- 572.

[2] حيث قُضي بأن: " المحاكم هي صاحبة الولاية العامة للقضاء فتختص بالفصل في كافة المنازعات أياً كانت نوعها وأياً كان أطرافها ما لم تكن إدارية أو يكون الاختصاص بالفصل فيها مقرراً بنص الدستور أو القانون لجهة أخرى استثناء لعلة أو لأخرى فليست العبرة بثبوت العلة وإنما بوجود النص ". حكم محكمة النقض – مدني – الطعن رقم 538 – لسنة 46 قضائية – جلسة27-2-1983 – مكتب فني 34 – جـ1 – ص561.

[3] المادة 190 من الدستور المصري الحالي تنص على أن: "مجلس الدولة جهة قضائية مستقلة، يختص دون غيره بالفصل في المنازعات الإدارية، ومنازعات التنفيذ المتعلقة بجميع أحكامه، كما يختص بالفصل في الدعاوى والطعون التأديبية، ويتولى الإفتاء في المسائل القانونية للجهات التي يحددها القانون، ومراجعة مشروعات القوانين والقرارات ذات الصفة التشريعية، التي

وبناءً عليه، إذا صدر حكم من القضاء العادي متعدياً على ولاية جهة القضاء الأخرى أو الخاصة، فحكمها يحوز حجية التي تعلو على النظام العام أمام كل جهات القضاء، والعكس غير صحيح فإذا صدر حكم من الجهات الأخرى – غير القضاء العادي– متعدياً على ولاية القضاء العادي فيعد الحكم منعدماً، لأن ولايتها محددة وقاصرة على مسائل أنشئت من أجلها[1]، وبالتالي تفقد قاعدة علو الحجية أحد مفترضاتها وهو وجود الحكم.

ب–علو حجية الحكم على قواعد عدم صلاحية القاضي المطلقة:

إن علو حجية الحكم على قواعد عدم صلاحية القاضي المطلقة ليس محل إجماع فقهي وقضائي، حيث يرى جانب من الفقه أن انتفاء صلاحية القاضي لنظر الدعوى والفصل فيها مطلقاً يؤدي إلى انعدام الحكم وتجريده من آثاره القانونية منذ

تحال اليها، ومراجعة مشروعات العقود التي يحددها ويحدد قيمتها القانون وتكون الدولة أو إحدى الهيئات العامة طرفاً فيها، ويحدد القانون اختصاصاته الأخرى".

[1] بينما يذهب البعض الآخر إلى ان هذه العلاقة أي علاقة القاعدة بالاستثناء مستبعد منها علاقة القضاء العادي بالمحكمة الخاصة (الدستورية العليا). انظر: وجدي راغب الإشارة السابقة في رسالته للدكتوراه.

صدوره[1]، أو عيب جسيم في الحكم يمكن رفع دعوى أصلية ببطلانه[2]، وهو الاتجاه الذي يؤيده القضاء المصري العادي والإداري[3].

بينما يرى الاتجاه الآخر مؤيداً من بعض الأحكام القضائية ومنها حكم من المحكمة الدستورية العليا[4] أن هذا العيب لا يؤثر في وجود الحكم، بل يظل قائماً يرتب

---

[1] أحمد فتحي سرور، نظرية البطلان في قانون الإجراءات الجنائية، رسالة الدكتوراه، جامعة القاهرة 1959 –بند 349.

[2] فتحي والي، المبسوط، ج1، ص417، بند 166.

[3] حكم محكمة النقض – مدني – الطعن رقم 10029 – لسنة 83 قضائية – جلسة24–3–2014، غير منشور (المصدر: www.eastlaws.com)، وحكم محكمة النقض – مدني – الطعن رقم 2353 – لسنة 55 قضائية – جلسة22–3–1990 – مكتب فني 41 – جـ1 – ص819. وفي القضاء الإداري انظر: حكم المحكمة الإدارية العليا – الطعن رقم 2170 – لسنة 31 قضائية – جلسة21–4–1991 – مكتب فني 36 – جـ 1 – صـ32.

[4] رمزي سيف، الوسيط – ط6–1965، بند 58. أحمد أبو الوفا، المرافعات المدنية والتجارية، ط1964، بند 61. وجدي راغب، نظرية العمل القضائي، ص596. وقُضي بأن: "قيام حالة من أحوال عدم الصلاحية لدى القاضي من شأنه أن يعرض عمله أو قضاؤه للبطلان الذي لا يكون التمسك به أصلاً إلا عن طريق الطعن في الحكم بطرق الطعن المقررة ووفقاً للإجراءات والمواعيد التي رسمها القانون وذلك نأيا عن المساس بحجية الأمر المقضي". حكم المحكمة الدستورية العليا – الطعن رقم 2 – لسنة 5 قضائية – جلسة7–4–1984 – مكتب فني 3 – جـ1 – ص395.

كما قضت محكمة النقض المصرية بأن: "ذلك أن الفقرة الخامسة من المادة 146 من قانون المرافعات تنص على أن يكون القاضي غير صالح لنظر الدعوى ممنوعاً من سماعها ولو لم يرده أحد من الخصوم في الأحوال الآتية: – إذا كان قد أفتى أو ترافع عن أحد الخصوم في الدعوى أو كتب فيها ولو كان ذلك قبل اشتغاله بالقضاء، أو كان قد سبق له نظرها قاضياً أو خبيراً.... إلخ"، ونصت المادة 147/ 1 من القانون المذكور على أن "يقع باطلاً عمل القاضي

آثاره، ومنها الحجية التي تعلو على النظام العام وإن كان العيب مؤثراً في صحته[1].

وفي اعتقادنا، وكما قلنا سابقاً[2] أنه لا يُلتجأ إلى نظرية الانعدام إلا على سبيل الاحتياط، وحيث لا تسعف نظرية البطلان، وإذا كان المشرع نص على البطلان في المادة 147 مرافعات نتيجة توافر حالة من حالات عدم الصلاحية المطلقة، فلا مجال لإعمال الانعدام، ولا يُحاج ذلك بأن البطلان المنصوص عليه في المادة 147 هو بطلان مطلق، ولو كان المقصود من النص هو الانعدام ما كان نص على هذا البطلان الذي إذا أصاب حكم محكمة النقض الذي يجيز للخصم طلب إلغائه، ولذا يبقى الحكم قائماً حتى يتم إلغاؤه.

أو قضاؤه في الأحوال المتقدمة المذكورة ولو تم باتفاق الخصوم" ومؤدى هذين النصين أن القاضي إذا ما كشف عن اعتناقه لرأي معين في دعوى سابقة متصلة بالدعوى المطروحة عليه فإن ذلك يفقده صلاحيته للحكم فيها وإذا ما حكم وقع حكمه باطلاً، ولما كانت أسباب عدم صلاحية القاضي لنظر الدعوى تتعلق بالنظام العام فيجوز التمسك بها أو بإحداها لأول مرة أمام محكمة النقض بشرط أن يثبت أنه كان تحت نظر محكمة الموضوع عند الحكم في الدعوى جميع العناصر التي يتمكن بها من تلقاء نفسها من الإلمام بهذا السبب والحكم في الدعوى على موجبه". حكم محكمة النقض – مدني – الطعن رقم 1371 – لسنة 48 قضائية – جلسة20–6–1979 – مكتب فني 30 – جـ2 – ص718.كذلك انظر: حكم محكمة النقض – مدني – الطعن رقم 1152 – لسنة 47 قضائية – جلسة28–5–1979 – مكتب فني 30 – جـ2 – ص464.

[1] انظر: أحمد ماهر زغلول، الحجية الموقوفة، ص65، هامش (1). محمود مصطفى يونس، نحو نظرية عامة لفكرة النظام العام مرجع سابق، ص81–82، بند 25.

[2] راجع الفرع الأول من المطلب الأول من المبحث الثاني.

ونضيف أيضاً أنه في نص قانون المرافعات على إعادة النظر في حكم محكمة النقض حال توافر إحدى حالات عدم الصلاحية المطلقة في أحد قضاتها[1] تأكيدٌ على قاعدة العلو ذاتها، لأن إعادة النظر تفترض أن يرد على حكم موجود وليس منعدماً[2]، وما يعضد من ذلك أن المشرع جعل إعادة النظر في الحكم المعيب

---

[1] وهي حالة وحيدة تسحب فيها محكمة النقض حكمها ويطلق عليه الفقه تعبير دعوى بطلان أصلية يمكن تقديمه في أي وقت ولا يخضع لميعاد الطعن بالنقض لان إعادة النظر أو السحب أو دعوى البطلان ليس طعناً. انظر: أحمد هندي، أحكام محكمة النقض آثارها وقوتها دراسة تحليلية في القانونين المصري والفرنسي، دار الجامعة الجديدة، سنة 2006، بند 32، ص255-256.

[2] يرى البعض أنه في حال توافر إحدى حالات عدم الصلاحية المطلقة في أحد قضاة محكمة النقض فيكون الحكم منعدماً على الرغم من أنه ذهب إلى أن الأصل أنها تؤدي إلى إبطال الحكم. انظر: محمود مصطفى يونس، مرجع سابق، ص81-81، بند25.

قال بعض الفقه الفرنسي أن يجب على محكمة النقض أن ترتكن إلى نفسها لتقويض آثار حكم صدر مخالفة لقواعد آمرة. انظر: محمد حسام محمود لطفي، سحب أحكام محكمة النقض، ص17.

إن محكمة النقض المصرية ترفض سحب أحكامها في المواد المدنية، حتى ولو خالف الحكم قاعدة آمرة أو قاعدة متعلقة بالنظام العام على عكس الدوائر الجنائية في محكمة النقض أجازت السحب في بعض الأحوال مغلبه الصالح العام.

بينما في الدوائر المدنية، رفضت محكمة النقض تعيب حكمها ولو كان سند الطالب في ذلك هو العدول عن مبدأ قانوني قررته أحكام سابقة وصدر الحكم دون إحالة إلى الهيئة العامة المختصة على خلاف ما تنص عليه المادة الرابعة من القانون 56 لسنة 1959 أو حتى مجرد سبق صدور حكم آخر لمحكمة النقض أو عدم دستورية القانون الذي على أساسه حكم النقض أو انعدام حكم النقض لبطلان إعلان تقرير الطعن او بطلان صحيفة الطعن لعدم التوقيع عليها من محام مقرر أمام محكمة النقض.

نقض مدني 2 ديسمبر 1969، مجموعة المكتب الفني س 20، رقم 173، ص1127، ونقض مدني 2 فبراير 1977، مجموعة المكتب الفني، س28، رقم 71، ص359. نقض مدني 10

بسبب عدم صلاحية القاضي مطلقاً الصادر من محكمة النقض أمام ذات المحكمة كطريق طعن خاص، وليس أمام محكمة أدنى كما في حالة دعوى البطلان لانعدام

مارس 1985، طعن رقم 591، س51 ق (حكم غير منشور (المصدر: www.eastlaws.com). نقض مدني 7 فبراير 1974، مجموعة المكتب فني، س25، رقم 7، ص45. نقض مدني،30 يونيو 1970، مجموعة المكتب الفني، س21، رقم 175، ص1092. مشار إليهم في: محمد حسام محمود لطفي، مرجع سابق، ص29.

وقضت محكمة النقض بأنه: " لما كان المشرع لم يخول حق السحب لمحكمة النقض، بصريح نص المادة 147 من قانون المرافعات القائم – والمقابلة للمادة 314 من قانون المرافعات السابق – إلا في حالة قيام سبب من أسباب عدم الصلاحية بأحد قضاتها الذين أصدروا الحكم،...، أن هذه هي الحالة الوحيدة التي يحق فيها للدائرة المدنية بالمحكمة أن ترجع عن قضائها وتسحب حكمها ولئن ذهبت الدائرة الجنائية لمحكمة النقض إلى سحب الأحكام الصادرة فيها إذا وقع فيها خطأ مادى بناء على تظلم المحكوم عليه، فإن القضاء الجنائي يتعلق في صميم بالأرواح والحريات وللنيابة العامة دور هام فيها باعتبارها الممثلة للمجتمع بخلاف القضاء المدني الذى تعرض عليه خصومات مرددة بين الأفراد وتتصل بأموالهم ويدعى كل خصم فيها حقا يناهض حق الآخر، ويوازن القاضي بين دفاع كل منهما ويرجح أحدهما، الأمر الذى يستلزم بطبيعة الحال استقرار المراكز القانونية وعدم قلقلتها، فلا تجوز المحاجة بما درجت عليه الدائرة الجنائية للمحكمة في هذا الخصوص. لما كان ما سلف وكانت أحكام محكمة النقض – طبقا للمستقر في قضاء هذه المحكمة – لا يجوز تعييبها بأي وجه من الوجوه، وهى واجبة الاحترام فيما خلصت إليه اخطأت أم أصابت، وكان ما ينعها الطاعن على الحكم الصادر من محكمة النقض بتاريخ 7/ 5/ 1974 من أنه تضمن العدول عن مبادئ قانونية قررتها أحكام سابقة دون إحالة على الهيئة العامة خلافا لما يقضى به قانون السلطة القضائية، أو أن من حقه طلب سحب الحكم لارتكازه أساسا على بطلان صحيفة الطعن تبعا لعدم التوقيع عليها من محام مقرر أمام محكمة النقض لا تندرج ضمن أسباب عدم الصلاحية المنصوص عليها تحديدا وحصرا في المادة 147 من قانون المرافعات، فإن الطعن يكون غير مقبول". حكم محكمة النقض – مدني – الطعن رقم 770 – لسنة 44 قضائية – جلسة2–2–1977 – مكتب فني 28 – جـ 1 – صـ359. ولمزيد من التفاصيل انظر: أحمد هندي، أحكام محكمة النقض مرجع سابق، ص256.

الحكم، كإصرار من المشرع على عدم الخروج عن قاعدة عدم جواز مهاجمة الحكم بدعوى البطلان نتيجة اكتسابه للحجية.

ونتيجة لما سبق، إذا سايرنا الاتجاه الأول فلا مجال لتطبيق قاعدة علو الحجية على النظام العام لانتفاء أحد مفترضاتها وهو أن نكون أمام حكم موجود (غير منعدم)، بينما وفقاً للاتجاه الثاني الذي نؤيده يمكن تطبيق القاعدة، بحيث إذا صدر الحكم من قاض غير صالح لنظر الدعوى مطلقاً فتعلو قواه على النظام العام[1].

---

[1] تطبيقاً لذلك قُضي بأنه: " لئن كان ظاهر نص المادة 146 المشار إليه يفيد أن إبداء الرأي يلزم أن يكون في ذات القضية المطروحة، إلا أنه ينبغي أن يفسر ذلك بالمعنى الواسع، فيؤخذ به متى كانت الخصومة الحالية مرددة بين نفس الخصوم ويستدعي الفصل فيها الإدلاء بالرأي في الحجج والأسانيد التي أثيرت في خصومة سابقة يكون القاضي قد عرض لها وأدلى برأيه لدى فصله فيها، مما تعتبر معه الخصومة الحالية استمراراً لها فيصبح بالتالي هذا القاضي غير صالح لنظرها ممنوعاً من الفصل فيها. أما إذا كان القضاء في الدعوى السابقة توافرت فيه مقومات القضاء الحائز لقوة الأمر المقضي بصيرورته نهائياً فإن إصدار القاضي لهذا القضاء لا يحول دونه والفصل في الخصومة الحالية والمثار فيها ذات الحجج والأسانيد السابق له إبداء الرأي فيها، باعتبار أن حجية الأحكام تعلو على اعتبارات النظام العام وأن حجية الحكم الصادر في الدعوى السابقة تلتزم بها المحكمة التي أصدرته وكذلك أي محكمة أخرى غيرها". حكم محكمة النقض – مدني – الطعن رقم 8121 – لسنة 81 قضائية – بتاريخ 11 – 6 – 2013، غير منشور (المصدر: www.eastlaws.com).

المطلب الثاني

النطاق السلبي لتفعيل قاعدة علو الحجية على النظام العام

(الاستثناءات التي ترد على قاعدة علو الحجية على النظام العام)

صحيح أن التفسير القضائي الواسع لحجية الحكم التي تعلو على النظام العام وسع من شأن تطبيق القاعدة وتفعيلها، ولكن قاعدة العلو ليست قاعدة مطلقة تُفعل في كل الحالات التي تتعارض فيها الحجية مع النظام العام، بل عليها استثناءات وقيود تحد من تفعيلها، ونقصد من هذه الاستثناءات أنه في إطارها لن تعلو الحجية على النظام العام، بل سيكون تفعيلها عكسياً، أي أن النظام العام هو الذي يغلب حجية الأمر المقضي و يسمو عليها، فكما قلنا عند التعرض للتدرج في اعتبارات النظام العام كأساس فني لقاعدة العلو، فتوجد اعتبارات للنظام العام تكون لها الغلبة عن اعتبارات النظام العام التي ترمي لها حجية الأمر المقضي، وهي اعتبارات تُناقض فكرة الاستقرار في الحقوق والمراكز، وهذه الاستثناءات هي النظام العام الإسلامي والغش (فرع أول)، والطعن، وعدم التناقض، والحكم بعدم الدستورية (فرع ثان)، وذلك على النحو التالي:

الفرع الأول

القواعد القطعية في الشريعة الإسلامية (النظام العام الإسلامي) والغش

من الاستثناءات أو القيود التي ترد على قاعدة علو الحجية على النظام العام القواعد القطعية في الشريعة الإسلامية المتعلقة بالنظام العام الإسلامي، فيبدو أن الأخيرة هي التي تعلو على الحجية. كما أنه إذا كانت القاعدة أن الغش يفسد كل شيء، فهل الغش يفسد الحجية بحيث تكون قيداً على علو على النظام العام؟ وذلك على التفصيل التالي:

أولاً: النظام العام الإسلامي قيد على قاعدة العلو

إن القواعد قطعية الثبوت والدلالة في الشريعة الإسلامية هي التي يكون مصدرها الكتاب أو السنة أو الإجماع وتشكل النظام العام الإسلامي[1]، ونسبة الحجية للحكم القضائي مشروط بعدم مخالفته لتلك القواعد، فالأخيرة تعد قيداً على قاعدة علو الحجية على النظام العام، وبالتالي إذا صدر حكم مخالفاً لهذه القواعد القطعية فلا تعلو حجية الحكم، بل تعلو القواعد القطعية.

---

[1] لذلك قُضي بأن: "مدد العدة الشرعية وهي مقررة حقًا لله تعالى وتنزل منزلة النظام العام الإسلامي، بما يحقق مصلحة مشتركة للمطلق والمطلقة كليهما، وللغير حسن النية". (جمهورية مصر العربية | المحكمة الدستورية العليا | الطعن رقم: 14 لسنة: 30 قضائية بتاريخ: 5-12-2015). وكنا قد تعرضنا إلى علو النظام العام الإسلامي على أي نظام عام آخر وسبب ذلك، راجع ما سبق الفرع الثاني من المطلب الثاني من المبحث الأول.

ويؤسس البعض قيد القواعد القطعية الشرعية على قاعدة علو الحجية من منظور قانوني على أن القضاء الذي خالف تلك الأحكام شابه عيب تجاوز القاضي لسلطته[1] واعتدائه على السلطة التشريعية وهو ما يؤدي إلى انعدام الحكم وتجرده من آثاره[2]. أما إذا صدر القاضي حكمه في المجتهدات أي في قواعد ظنية الثبوت

---

[1] وهو بموجب المادة 3-639من قانون المرافعات الفرنسي طريق طعن خاص مفتوح مدته يُقدم من النائب العام، بالتفصيل في الطعن لتجاوز السلطة انظر: سحر عبد الستار، آليات تدعيم دور محكمة النقض الفرنسية في تحقيق العدالة (طلب إبداء الرأي –الطعن لتجاوز السلطة)، دار النهضة العربية، دون سنة نشر.

[2] حيث قُضي بأن: "فقهاء الشريعة الإسلامية – وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة – وإن لم يجمعوا على الأخذ بمبدأ حجية الأحكام على إطلاقه إلا أنه بإمعان النظر في الاستثناءات التي وردت عليه يتضح أنها ليست في الواقع إلا وجوها لإعادة النظر في النزاع تقابل وجوه الطعن في الأحكام المقررة في القوانين الحديثة ومنها لائحة ترتيب المحاكم الشرعية التي أفردت باباً خاصاً لطرق الطعن فيها وذلك فيما عدا حالة ما إذا خالف الحكم نصاً في القرآن أو السنة أو خالف الإجماع فقد أوجبوا على القاضي إبطاله وإهدار ماله من حجية". حكم محكمة النقض– مدني –الطعن رقم 61– لسنة 56قضائية –جلسة– 1988-3-29 مكتب فني 39– جـ1– ص541.

وقضت محكمة النقض أيضاً بأن: "...الحكم المتعلق بمسألة من مسائل الأحوال الشخصية باعتبارها دليلاً يخضع من ناحية صحته و قوته و أثره القانوني – و على ما جرى به قضاء هذه المحكمة – لأحكام الشريعة الإسلامية و مقتضاها أنه إذا خالف الحكم نصاً من القرآن أو السنة أو خالف الإجماع فإنه يبطل ، و إذا عرض على من أصدره أبطله و إذا عرض على غيره أهدره و لم يعمله لأنه لا يحوز قوة الأمر المقضي إلا إذا اتصل به قضاء في محل مجتهد فيه ، لما كان ذلك ، و كان الحكم الصادر في الدعوى رقم ... ... أحوال شخصية كلى ... ... المشار إليه قد خالف نص المادة 11 فقرة أولى من قانون المواريث رقم 77 لسنة 1943 التي تنص على أن " للزوج فرض النصف عند عدم الولد و ولد الابن و إن نزل " عملاً بقوله تعالى في سورة النساء و لكم نصف ما ترك أزواجكم إن لم يكن لهن ولد " بأن خص والدة المتوفاة –

والدلالة فهو يرتب آثاره، وإن خالفها حتى لو بان في وقت لاحق خطأ اجتهاد القاضي، والاجتهاد لا يُنقض بالاجتهاد[1]، ولذلك فإن قيد النظام العام الإسلامي يرتبط ارتباطاً وثيقاً بقيد انعدام الحكم وفقاً لهذا التأسيس.

ولدينا، كما بيّنا من قبل، أن أساس اعتبار القواعد القطعية في الشريعة الإسلامية قيداً على علو الحجية على النظام العام هو علو تلك القواعد المتعلقة بالنظام العام الإسلامي الثابت على سائر الأنظمة العامة المتغيرة زمنياً ومكانياً، كالنظام العام

المطعون ضدها الأولى – بمقدار 8 ط من 24 ط تنقسم إليها التركة و الأخت الشقيقة بمقدار 12 ط من 24 ط من التركة و لم يحدد نصيباً للزوج إذ لم يفطن إلى أنه باحتساب نصيب الزوج تعول المسألة و يكون نصيب الأم – المطعون ضدها – 8 ط من 32 ط تنقسم إليها التركة و ليس من 24 قيراطاً و ترتب على ذلك أن الحكم المذكور قد إفتات على النصيب الشرعي للزوج – المطعون ضده الأخير – فخرج على النص و ما انتهى إليه الإجماع في حالة العول بعد ثبوت انتفاء شبهة المخالفة عن ابن عباس بما ينقصه و إذ خالف الحكم المطعون فيه هذا النظر فحجب نفسه عن بحث ما يترتب على إهدار الحكم رقم ... أحوال شخصية كلى... و بيان النصيب الشرعي ميراثاً لأطراف الخصومة فإنه يكون قد أخطأ في تطبيق القانون". حكم محكمة النقض – مدني – الطعن رقم 258 – لسنة 40 قضائية – جلسة23-6-1975 – مكتب فني 26 – جـ2 – ص1241.

[1] احمد ماهر زغلول، الحجية الموقوفة، ص110-111، بند 75.

وفي اعتقادنا فإن حجية الأمر المقضي للحكم تعلو على القواعد المتعلقة بالنظام العام المبنية على القواعد الشرعية الاجتهادية حتى لو أجبر القانون القاضي على تطبيق مذهب معين مثل المذهب الحنفي وفقاً للقانون المصري، إذ لا يعد الحكم عندئذٍ معدوماً.

الاجتماعي والسياسي والاقتصادي، التي تقف في أعلى مراتبها حجية الأمر المقضي كما بينا سابقاً تطبيقاً لفكرة التدرج في الأنظمة العامة[1].

لذلك قُضي بأن: "مسائل الأحوال الشخصية ...الأحكام الصادرة فيها تكون لها حجية مطلقة قبل الكافة، إلا أن تلك الحجية وإن كانت من الأمور المتعلقة بالنظام العام، بل وتسمو على اعتباراته، مشروطة – وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة – بألا يخالف الحكم نصاً في القرآن أو السنة أو إجماع الفقهاء وإلا كان باطلاً، فإذا عرض على من أصدره إبطاله، وإذا عرض على غيره إهداره ولم يعمله لأنه لا يحوز قوة الأمر المقضي"[2].

ولكن هل قيد القواعد القطعية في الشريعة الإسلامية يعد قيداً خاصاً على علو حجية الأحكام القضائية في مسائل الأحوال الشخصية فقط كما يدعي البعض[3] أم

---

[1] راجع: فكرة التدرج في النظام العام ما سبق الفرع الثاني من المطلب الثاني من المبحث الأول.

[2] انظر: حكم محكمة النقض – مدني – الطعن رقم 111 – لسنة 54 قضائية – جلسة27–12–1984 – مكتب فني 35 – جـ 2 – صـ2268.

[3] أحمد ماهر زغلول، الحجية الموقوفة، ص110، بند 75. ويقصد بها مسائل الأسرة مثل الزواج والطلاق والبنوة انظر: حسام كمال الدين الاهوانى، مرجع سابق، ص153. وعرفتها محكمة النقض بقضائها: "هي مجموعة متميزة من الصفات الطبيعية أو العائلية والتي رتب القانون عليها أثر في حياته الاجتماعية لكونه إنساناً ذكراً أو أنثى، وكونه زوجاً أو أرملاً أو مطلقاً، وكونه أباً أو أبناً، وكونه كامل الأهلية أو ناقصها لصغر سن أوعته أو جنون، باعتبار أنها تقوم على تقرير مراكز قانونية، أو حالات أو صفات معينة يرتب عليها القانون أثراً في حياة

أنه قيد عام في كل المسائل حتى العينية التي يكون مصدرها المباشر قواعد الشريعة الإسلامية؟

صحيح أن المقصود بالنظام العام الإسلامي الذي يعد قيداً على علو الحجية ويهدر ما للحكم من حجية ليس مبادئ الشريعة الإسلامية عامة، بل القواعد الشرعية قطعية الثبوت[1]، إلا أن مفهوم القواعد الشرعية القطعية في اعتقادنا لا ينحصر فقط في القواعد المستمدة مباشرة من القرآن أو السنة أو الإجماع، بل تمتد أيضاً لكل القواعد المستنبطة من تلك القواعد القطعية المتعلقة بالأحوال الشخصية والأسرة وغيرهما، لأنها متعلقة بالنظام العام الإسلامي الذي يعلو على سائر اعتبارات النظام العام الأخرى.

ويترتب على ما سبق، أن القواعد المتعلقة بالنظام العام الإسلامي التي تعلو على حجية الأمر المقضي، لا تقتصر فقط على قواعد الأحوال الشخصية، بل كل القواعد شريطة أن يكون مصدرها النصوص الشرعية القطعية إما بشكل مباشر

الأشخاص الاجتماعية". حكم محكمة النقض – مدني – الطعن رقم 111 – لسنة 54 قضائية – جلسة27–12–1984 – مكتب فني 35 – جـ 2 – صـ2268.

[1] حيث قضي بأن: "إيراد الدستور لاصطلاح "مبادئ الشريعة الإسلامية" في إطلاقه، يكشف عن أن مقصود المشرع الدستوري هو أن يجمع بهذا الاصطلاح بين مصادر الشريعة الإسلامية بدرجات القطعية في ثبوتها ودلالتها، وبين فقه الشريعة الإسلامية بتنوع مناهجه وثراء اجتهاداته وتباين نتائجه زمانا ومكانا". حكم محكمة النقض – مدني – الطعن رقم 8365 – لسنة 64 قضائية – جلسة26–2–2001 – مكتب فني 52 – جـ 1 – صـ366.

(كالمواريث مثلاً[1])، أو غير مباشر، على اعتبار الشريعة الإسلامية هو مصدر أصلي أو احتياطي كما ينص على ذلك القانون المدني وقانون الأحوال الشخصية[2].

وتطبيقاً لذلك، توجد قواعد متعلقة بالنظام العام الإسلامي تعلو أيضاً على حجية الأمر المقضي للحكم في المسائل الإجرائية، التي لم يرد بها نص في قانون

---

[1] تنص المادة 875/ 1 من القانون المدني المصري على أن: "1- تعيين الورثة وتحديد أنصبائهم في الإرث وانتقال أموال التركة إليهم تسري في شأنها أحكام الشريعة الإسلامية والقوانين الصادرة في شأنها". وتنص المادة 1/915 على أنه: "تسري على الوصية أحكام الشريعة الإسلامية والقوانين الصادرة في شأنها".

[2] تنص المادة 1/ 2 من القانون المدني على أنه: " فإذا لم يوجد نص تشريعي يمكن تطبيقه، حكم القاضي بمقتضى العرف، فإذا لم يوجد، فبمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية، فإذا لم توجد، فبمقتضى مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة". وتنص المادة 32 من ذات القانون على أنه: "يسري في شأن المفقود والغائب الأحكام المقررة في قوانين خاصة، فإن لم توجد فأحكام الشريعة الإسلامية".

قد يكون مصدر قيد النظام العام الإسلامي (أحكام الشريعة الإسلامية القطعية) على قاعدة علو الحجية بنص القانون ذاته، فيكون مصدر علو أحكام الشريعة على القانون وبالتالي على حجية الأحكام هو القانون ذاته، كأن ينص القانون على عدم تطبيقه فيما يتعارض مع أحكام الشريعة الإسلامية، كما هو الحال في قوانين العقوبات في بعض الدول العربية مثل دولة الإمارات. وتطبيقاً لذلك، ستعلو القواعد المتعلقة بالنظام العام الإسلامي على حجية الأمر المقضي للحكم في المسائل الجنائية، فاعتبارات النظام العام لعفو أولياء الـدم عن القصاص يعلو على اعتبارات حجية حكم القصاص. دولة الإمارات العربية المتحدة – المحكمة الاتحادية العليا – الأحكام الجزائية – الطعن رقم 161 – لسنة 2010 قضائية – بتاريخ 3 – 2 – 2014. وحكم المحكمة الاتحادية العليا – الأحكام الجزائية – الطعن رقم 73 – لسنة 2010 قضائية – بتاريخ 17 – 2 – 2014.

المرافعات، كمسألة الاعتداد بأي الحكمين المتناقضين النهائيين[1] أو في قانون الإثبات، كمسألة عدم جواز الشهادة عند وجود خصومة بين الشاهد والمشهود عليه لما ورد في الحديث النبوي الشريف[2]، وعندئذٍ تعلو هذه القاعدة المستمدة من السنة على حجية الحكم.

---

[1] كما هو الحال عند الاعتداد بأي من حكمين نهائيين متناقضين. حيث قضت محكمة النقض المصرية بأن: "صدور حكمين متناقضين في نزاع بذاته وبين الخصوم أنفسهم وإزاء خلو التشريع والعرف من حكم منظم لتلك الحالة فإنه إعمالاً للفقرة الثانية من المادة الأولى من القانون المدني تعين اللجوء لمبادئ الشريعة الإسلامية، ومؤداها إذا سقط الأصل يصار إلى البدل ولا حجية مع تناقض، فإذا تناقض متساويان تساقطا وتماحيا ووجب الرجوع للأصل باسترداد محكمة الموضوع لسلطتها في الفصل في النزاع على هدي من الأدلة المطروحة تحقيقاً للعدالة دون تقيد بأي من هذين الحكمين، وعلى ذلك فلا وجه للرأي الذي يعتد بالحكم الأسبق بمقولة إنه الأولى لأنه لم يخالف غيره ولا للحكم اللاحق لتضمنه نزول المحكوم له عن حقه في السابق بل الأولى هو إطراحها والعودة للأصل بأن يتحرى القاضي وجه الحق في الدعوى على ضوء الأدلة المطروحة". حكم محكمة النقض – مدني – الطعن رقم 2204 – لسنة 76 قضائية – جلسة10–9–2007 – مكتب فني 58 – صـ671).

[2] قضت محكمة النقض بأنه: " فقد ورد في الحديث الشريف (لا تقبل شهادة خصم ولا ظنين ولا ذي إحفة) وإذ خلت مواد قانون الإثبات المنظمة لشهادة الشهود من نص يعالج أثر وجود خصومة بين الشاهد والخصم المشهود عليه فليس أمام القاضي من سبيل إلا أن يلتجئ إلى مبادئ الشريعة الإسلامية التي تقضي بأن قيام هذه الخصومة يعد مانعاً للشهادة باعتبار هذه المبادئ المصدر الرئيسي للتشريع بنص المادة الثانية من الدستور والمرجع الأصيل للقضاء عند غياب النص وعدم وجود العرف طبقاً لنص المادة الأولى من القانون المدني". حكم محكمة النقض – مدني – الطعن رقم 2843 – لسنة 61 قضائية – جلسة28–1–1996 – مكتب فني 47 – جـ 1 – صـ240.

ثانياً: مدى اعتبار الغش قيداً على تطبيق قاعدة العلو

إذا كان المسلم به أن الغش يفسد كل شيء fraus omnia corrumpit (fraud spoils everything)، فهل الغش يفسد حجية الحكم أم الحجية تعلو على الغش؟

الاتجاه الأول: يرى البعض أن الحجية لا تعلو على النظام العام إذا كان الحكم منطوياً على غش أو التواطؤ بين الخصمين، فيحوز الحكم حجية الأمر المقضي

على الرغم من أن محكمة النقض في رفضها فكرة "سحب أحكام محكمة النقض" المخطئة قانوناً قضت بأنه لا مجال لتطبيق نص المادة الأولى من القانون المدني لما كان ما تقدم كانت القوانين المتعلقة بالتنظيم القضائي والمرافعات المدنية وهى المشتملة على الإجراءات والأوضاع التي تلزم مراعاتها عند الالتجاء إلى القضاء وبكيفية الفصل في الدعوى وقواعد إصدار الأحكام والطعن فيها وتنفيذها لا شأن لها بجوهر الحقوق الموضوعية ولا بالنصوص القانونية المنظمة لها، وكان المصدر الوحيد لهذه القوانين هو التشريع المتمثل أساسا في مجموعة المرافعات المدنية والتجارية الصادر بها القانون رقم 13 لسنة 1968 والتشريعات المكملة دون ما اعتداد بأية مصادر أخرى، فأنه لا محل للمحاجة في هذا المجال بما تقتضى به المادة الأولى من التقنين المدني من استناد إلى بعض المصادر عند تخلف النص التشريعي، باعتبار القانون الأخير من القوانين الموضوعية المقررة للحقوق التي تبينتها وتحدد كيفية نشوئها وطريقة انقضائها، بينما قانون المرافعات يقرر الوسيلة التي بمقتضاها تؤدى هذه الحقوق، بحيث تلزم الشكلية كي يطمئن الأفراد إلى المحافظة على حقوقهم متى اتخذوا الأوضاع التي نص عليها القانون ضمانا لسير القضاء ومنعا من أن يترك الأمر فيه لمطلق التقدير. حكم محكمة النقض – مدني – الطعن رقم 770 – لسنة 44 قضائية – جلسة2–2–1977 – مكتب فني 28 – جـ 1 – صـ359.

حتى لو كان البطلان بسبب مخالفة النظام العام، ما لم يكن مشوباً بالغش أو كان نتيجة تواطؤ بين الخصمين[1].

ويؤسس القضاء المصري هذا الاتجاه على نظرية الانعدام، إذ قضت محكمة النقض المصرية بأنه إذا كانت صحيفة افتتاح الدعوى هي الأساس الذي تقوم عليه إجراءاتها فإن عدم إعلانها أو إعلانها للخصم بطريق الغش في موطن آخر غير الموطن الواجب إعلانه بها فيه يترتب عليه اعتبار الحكم الصادر فيها منعدماً، ولا تكون له قوة الأمر المقضي، ولا يلزم الطعن فيه أو رفع دعوى أصلية ببطلانه بل يكفي إنكاره والتمسك بعدم وجوده[2].

---

[1] سليمان مرقس، أصول الإثبات، فقرة 177، ص306 مشار إليه في السنهوري، مرجع سابق، بند 351، ص605. وانظر أحكام القضاء المشار إليها في هامش (1).

[2] انظر: حكم محكمة النقض – مدني – الطعن رقم 2384 – لسنة 54 قضائية – جلسة4–4–1990 – مكتب فني 41 – جـ 1 – صـ917، وحكم محكمة النقض – مدني – الطعن رقم 886 – لسنة 69 قضائية – جلسة25–1–2001، غير منشور (المصدر: www.eastlaws.com). وانظر: سيد أحمد محمود، الغش الإجرائي (الغش في التقاضي والتنفيذ)، دار النهضة العربية، ص248، وحكم محكمة النقض – مدني – الطعن رقم 10158 – لسنة 78 قضائية – جلسة8–1–2012 – مكتب فني 63 – صـ80، وحكم محكمة النقض – مدني – الطعن رقم 17118 – لسنة 79 قضائية – جلسة22–1–2011.

وفي القضاء الانجلوسكسوني، وفي حين أن القرارات الخاطئة إلى حد كبير يمكن أن تتمتع بدرجه عالية من الحصانة من التغيير اللاحق، فإن هذه الحصانة لا تشمل القرارات التي يتم الحصول عليها عن طريق الممارسة غير العادلة أو الغش. وفي الحالات التي يكون فيها الفائز بمسابقة الطب الشرعي متورطا في نوع من "اللعب الكريه"، فان الاكتشاف اللاحق والكشف عن سوء

الاتجاه الثاني: يرى أن الغش لا يعتبر سبباً لدعوى بطلان الحكم، يعني أنه لا يؤدي إلى انعدام الحكم بل يصلح أن يكون سبباً للالتماس إعادة النظر[1]، وقضت محكمة النقض الفرنسية أن الحكم النهائي المبني على ورقة مزورة يظل حائزاً لحجية الأمر المقضي، طالما لم يتم رفع التماس بشأنه، لأن قاعدة أن الغش يفسد

سلوكه قد يعيد إثارة النزاع الذي وضع كسند للقرار. حجية الأمر المقضي به Res judicata تفقد إلزاميتها عندما لا تنبع عن منازعة عادلة: الغش يفسد كل شيء.

" While even substantively erroneous decisions can enjoy a high degree of immunity from subsequent change, this immunity does not extend to decisions obtained through unfair practice or fraud. Where the winner of the forensic contest has engaged in some sort of "foul play," subsequent discovery and revelation of his misconduct may revive the dispute laid to rest in the decision. Res judicata loses its bindingness when it does not emanate from a fair contest: fraus omnia corrumpit (fraud spoils everything)".

MIRJAN R. DAMASKA, THE FACES OF JUSTICE AND STATE AUTHORITY 145-46 (1986).at 145

[1] انظر: نقض مدني 1990/11/20 في الطعن رقم 162 لسنة 58 ق مشار إليه في: فتحي والي، المبسوط، بند 157، ص 453 والهامش رقم (5).

فالغش بفرض وقوعه لا يعتبر سبباً لإلغاء الأحكام الانتهائية عن طريق رفع دعوى مستقلة أو في صورة دفع لدعوى مبتدأه، وإنما هو سبب لالتماس إعادة النظر فيها، وهذا الطريق لا يقبل في أحكام محكمة النقض التي لا يجوز الطعن فيها بأي طريق من طرق الطعن وهي نهاية المطاف في الخصومة. (محكمة النقض – مدني – الطعن رقم 290 – لسنة 35 قضائية – جلسة11-6-1970 – مكتب فني 21 – جـ 2 – صـ1031).

كل شيء، ولكن الغش لا يفسد الحجية ولا يمنع من تطبيقها إلا إذا رفع التماس بناء على هذا السبب[1].

وهدياً بما تقدم، فنحن أمام اتجاهين قضائيين فقهيين رئيسيين الأول يرى أنه ورغم إمكانية الالتجاء إلى طرق الطعن، فيمكن رفع دعوى أصلية ببطلانه، ويعتبر الغش سبباً للانعدام فهنا يعلو الغش على حجية الحكم وليس العكس. بينما يرى الاتجاه

---

[1] Cour de cassation Chambre commerciale Cassation16 novembre 2010 N° 09-71.935. « qu'il en résulte que la décision judiciaire du Tribunal de grande instance de Toulon du 2 février 1998, même rendue sur une pièce reconnue fausse produit ses effets sans que l'adage fraus omnia corrompit puisse faire écarter l'application de l'article 1351 du code civil, sauf à provoquer la révision sur ce fondement ; que, sans méconnaître le principe de loyauté, après avoir relevé que la déclaration de créance se fondait, non sur l'acte faux, mais sur une décision de justice ayant condamné M. X... dont il n'a pas relevé appel et dont il a été, en conséquence, débouté de la procédure en révision, la décision de justice devenant ainsi définitive, la cour d'appel a, à bon droit, statué ».

وهكذا في النظام القضائي الانجلوسكسوني، حيث قضت محكمة الاباما العليا بأن يظل يحوز الحكم الحجية والأثر المانع من تجديد الدعوى وأطرافها لم يحظوا بفرصة المشاركة. راجع الحكم:

The Alabama Supreme Court gave claim-preclusive effect to a prior judgment that the parties to be bound did not have an opportunity to participate. Richards v. Jefferson County, 517 U.S. 793 (1996). 797 n.4. https://supreme.justia.com/cases/federal/us/517/793/. Solum, supra note 37, at 255.

الثاني بأن الغش ليس سبباً لانعدام الحكم، ويترتب على هذا الاتجاه عدم اعتبار الغش قيداً على علو حجية الحكم على النظام العام، لأن حجية الحكم تصلح سبباً لطرق الطعن العادي وغير العادي.

وفي اعتقادنا – وتوفيقاً بين الاتجاهين السابقين– أن الغش إذا أصاب الإجراءات المؤثرة في الحكم أو أصاب الحكم ذاته، فيؤدي ذلك بحسب الأصل إلى بطلان الحكم لا انعدامه، لأن الغش يمكن معالجته قانوناً بطرق الطعن سواء بالاستئناف أو الالتماس أو النقض، وبالتالي يظل الحكم الذي أصابه الغش متمتعاً بالحجية التي تعلو على النظام العام، حتى يُلغى بطرق الطعن المقررة، إلا في حالتين:

الحالة الأولى: إذا أدى الغش ذاته إلى حرمان الخصم من ممارسة مُكنة معالجته، كما لو حرم الخصم حق الطعن ذاته كوسيلة معالجة للغش، كأن يُغلق باب الطعن لسبب بعيد عن إرادة الخصم ضحية الغش، كما لو صدر الحكم ضد الخصم في قضية لم تصل إلى علمه بسبب الغش، ولم يتمكن بالتالي من ممارسة الطعن. فالغش هنا لم يصب الحكم فقط بل حرمه حتى من النعي عليه بالطعن فيه، فمن العدالة عندئذ أن يُفتح المجال له للنعي على الحكم، بآلية استثنائية خاصة، تنصت لصوت العدالة تخرج من العباءة الإجرائية لنظام الطعن، تعتبر الحكم الصادر منعدماً يصلح محلاً لدعوى أصلية ببطلانه، بل يكفي إنكاره والتمسك بعدم وجوده، وفي هذه الحال، لا يمكن الاحتجاج بأن حجية الحكم المصاب بالغش تعلو على اعتبارات النظام العام.

الحالة الثانية: إذا كان الغش صدر من القاضي نفسه أو اشترك فيه لا من الخصم. فكما يرى البعض[1]– ويؤيده القضاء[2]– أنه إذا تبين الغش بعد صدور حكم القاضي، واشترك فيه القاضي، يمكن رفع دعوى ببطلان الحكم مع التعويض ضد القاضي وتسمى بـ "دعوى المخاصمة" المقررة في (م 495 وما يليها من قانون المرافعات)، على الرغم من أن هذا الرأي يجيز الطعن على الحكم المبني على غش من الخصم بطريق الطعن العادي وغير العادي[3].

---

[1] سيد أحمد محمود، الغش الإجرائي مرجع سابق، ص254.

[2] انظر: حكم محكمة النقض – مدني – الطعن رقم 2384 – لسنة 54 قضائية – جلسة4–4–1990 – مكتب فني 41 – جـ 1 – صـ917، وحكم محكمة النقض – مدني – الطعن رقم 886 – لسنة 69 قضائية – جلسة25–1–2001. وانظر: سيد أحمد محمود، الغش الإجرائي (الغش في التقاضي والتنفيذ)، دار النهضة العربية، ص248. لنفس المؤلف، الغش نحو القانون، مكتبة دار الحافظ– الإمارات، طبعة 2020.

[3] سواء بالاستئناف (م 221 مرافعات) أو بالتماس إعادة النظر (م241 مرافعات) أو النقض (م248) لا سيما لو كان الغش إجرائياً أثّر في الحكم ذاته أو في الإجراءات المؤثرة في الحكم. أنظر: سيد أحمد محمود، مرجع سابق، ص262–269.

الفرع الثاني

الطعن وعدم التناقض وعدم الدستورية قيود على قاعدة العلو

إن قاعدة علو الحجية على النظام العام يحد من إطلاقها استثناءات أخرى وهي الطعن كقيد على علو القوة الإجرائية للحكم. كما أن التناقض إذا كان يعصف بالثقة العامة وعدم التناقض من غايات الحجية، فلا يتصور الحديث عن علو الأخيرة على النظام العام إذا أدى هذا العلو ذاته إلى التناقض. وأخيراً، نثير التساؤل عما إذا صدر الحكم الحائز للحجية وطبق نصاً قانوناً ما قُضي بعدم دستوريته، فهل يعد القضاء بعدم الدستورية قيداً على قاعدة علو الحجية على النظام العام؟، وذلك على التفصيل التالي:

أولاً: الطعن قيد على قاعدة علو قوة الحكم على النظام العام

بدايةً، عندما نتحدث عن مدى اعتبار الطعن قيداً على علو الحجية، فلا يتصور الحديث عن الحجية بالمعنى الفني لها كأثر للحكم الابتدائي الموضوعي إذ لا تعارض بينها وبين الطعن، ولكن الحديث عن علو القوة الإجرائية (الحجية بالمفهوم القضائي) للحكم التي إما تكون في درجة قوة الأمر المقضي أو البيتوتة، وهما درجتان من درجات حصانة الحكم بمعنى عدم المساس به عن طريق الطعن، يصل إليهما الحكم إما بفعل إيجابي وهو استنفاد الطعن في الحكم وصدور قرار في الطعن، أو بفعل سلبي وهو عدم الطعن فيه، وعندئذ لا يجوز المساس بالحكم أمام

محكمة الاستئناف حال حيازته لقوة الأمر المقضي، أو أمام محكمة النقض حال حيازة الحكم البيتوتة، كقاعدة، ولو خالف الحكم النظام العام.

وبمفهوم المخالفة، فإن قبول الطعن في الحكم يحول دون حيازته القوة الإجرائية التي يتمتع بها الحكم لولا قبول هذا الطعن، والتي ستعلو على النظام العام، لأن عدم المساس بالحكم بطريق الطعن هو أصلاً السبب في منح الحكم تلك القوة الإجرائية.

وبمثال يوضح المقال، إذا صدر حكم من محكمة أول درجة باختصاصها (رداً على الدفع بعدم الاختصاص) ثم قضى في موضوع النزاع، فإذا لم يشمل الاستئناف الحكم باختصاص المحكمة تمتع بقوة الأمر المقضي التي تمنع أي خصم من إثارة مسألة اختصاص المحكمة مرة أخرى أمام محكمة الاستئناف أو حتى محكمة النقض، ولو خالف الحكم المستأنف أو المطعون فيه بالنقض قواعد الاختصاص المتعلقة بالنظام العام، تطبيقاً لقاعدة العلو، بينما لو شمل الاستئناف هذا الحكم لن يكون حائزاً لقوة الأمر المقضي وبالتالي البيتوتة، وبالتالي لن يجوز الاحتجاج أمام محكمة الاستئناف أو النقض بعلو قوة الأمر المقضي أو البيتوتة على النظام العام[1].

---

[1] وبالمثل، إذا صدر حكم بقبول الاستئناف شكلاً ثم قضى في الموضوع، وكان تقرير الطعن بالنقض لم يشمل سوى الحكم في الموضوع، فحاز الحكم بقبول الاستئناف شكلاً البيتوتة التي تعلو على النظام العام، والتي تمنع التمسك بمخالفة هذا الحكم لقاعدة متعلقة بالنظام العام أمام محكمة النقض. بينما لو قُبل الطعن في الحكم الحائز لقوة الأمر المقضي كان الطعن بالنقض

وإذا كان الطعن المقبول على الحكم الصريح يعد قيداً على قاعدة العلو، فهل يعد قيداً على ما يتضمنه الحكم الصريح من حكم ضمني؟ ويُثار هذا السؤال بصدد مسألة الولاية، فإذا صدر حكم طعين في موضوع النزاع، ولم يشمل الطعن مسألة الولاية، فما مدى علو حجية الحكم الطعين على قواعد الولاية أمام محكمة الطعن، وبالتالي مدى جواز الاحتجاج بهذه القواعد أمامها؟

يوجد اتجاهان متضادان لمحكمة النقض في هذه المسألة، ففي اتجاه غالب، ذهبت إلى أن الولاية مسألة مطروحة حتماً على محكمة النقض، وداخلة في نطاق الطعن ضمنياً، لأن كل قضاء في الموضوع يشمل قضاءً ضمنياً في الاختصاص الولائي (الوظيفي) سواء أثارها الخصوم في الطعن أم لم يثروها[1]، ويترتب على ذلك أنه لا مجال للاحتجاج بقاعدة العلو على قواعد الولاية المتعلقة بالنظام العام[2].

مشمولاً بقبول الاستئناف لجاز التمسك بمخالفة الحكم للنظام العام وبالتالي لا محل لإعمال قاعدة علو الحجية (بتفسيره القضائي) على النظام العام.

[1] انظر: حكم محكمة النقض – مدني – الطعن رقم 3438 – لسنة 78 قضائية – جلسة26–10–2009 – مكتب فني 60 – صـ829، وحكم محكمة النقض – مدني – الطعن رقم 1363 – لسنة 54 قضائية – جلسة15–5–1990 – مكتب فني 37 – جـ1 – ص7، والطعن رقم 195 لسنة 44 ق جلسة 1/4/ 1981، الطعن رقم 944 لسنة 51 ق جلسة 1983/11/28، الطعن رقم 1110 لسنة 51 ق جلسة 6/1/ 1987، الطعن رقم 2283 لسنة 50 ق جلسة 1987/6/15.

[2] وقضت محكمة النقض (الدائرة التجارية والاقتصادية) في أحد ث حكم لها بأنه: " وكان الاختصاص يعد مطروحا على محكمة النقض ولو لم يرد بشأنه نعي في صحيفة الطعن، ومن ثم فإن النقض الكلي في الموضوع يشمل صحة اختصاص المحكمة التي أصدرت الحكم

بينما الاتجاه الآخر من محكمة النقض، وهو المغلوب، يتبنى في الحالة السابقة إعمال قاعدة علو قوة الحكم الإجرائية على النظام العام، بحيث إذا صدر حكم من المحكمة الابتدائية في موضوع الدعوى ولم يثر الخصم مسألة الولاية في الاستئناف حاز الحكم في مسألة الولاية قوة الأمر المقضي، وبالتالي لا يجوز إثارتها أمام محكمة الاستئناف أو محكمة النقض لأول مرة، تطبيقاً لقاعدة علو قوة الأمر المقضي على النظام العام[1]، إذ قضت محكمة النقض بأنه وإن كان لمحكمة النقض من تلقاء نفسها أن تثير في الطعن ما يتعلق بالنظام العام، إلا أن ذلك مشروط بأن يكون وارداً على الجزء المطعون عليه من الحكم، وإذ كان الثابت أن صحيفة الطعن تقتصر على ما قضى به الحكم في الموضوع ولم تشتمل نعياً على

المطعون فيه ويحوز حكم النقض حجية الشيء المحكوم فيه في هذه المسألة ويمتنع على محكمة الإحالة عند إعادة نظر الدعوى المساس بهذه الحجية". انظر: حكم محكمة النقض الدائرة التجارية والاقتصادية، في الطعن رقم 18615 لسنة 88 ق، جلسة 10 ديسمبر 2019، غير منشور (المصدر: www.eastlaws.com).

[1] حكم محكمة النقض – مدني – الطعن رقم 948 – لسنة 44 قضائية – بتاريخ 22 – 3 – 1980. وفي حكم آخر مؤكد قضت محكمة النقض بأنه: " وكان الحكم التمهيدي الصادر من محكمة الدرجة الأولى بتاريخ 13 فبراير سنة 1991 قد قضى بقبول الطعن شكلاً وهو قضاء قطعي باختصاصها بنظر الطعن في قرار اللجنة وكانت الطاعنة لم تستأنف هذا القضاء واقتصر استئناف المطعون ضده على القضاء في موضوع الطعن فإنه يكون قد حاز قوة الأمر المقضي والتي تسمو على اعتبارات النظام العام وتغطي الخطأ في القانون فلا يجوز للطاعنة أن تتمسك في طعنها أمام هذه المحكمة بعدم ولاية المحاكم العادية". انظر: حكم محكمة النقض – مدني – الطعن رقم 1045 – لسنة 64 قضائية – جلسة29–3–2001 – مكتب فني 52 – جـ 1 – صـ466. والملاحظ هنا أن قوة الأمر المقضي، التي تعلو على قواعد الولاية المتعلقة بالنظام العام، حزها الحكم بقبول الطعن شكلاً المتضمن حكماً ضمنياً قطعياً بالاختصاص.

ما قضى به في شأن الاختصاص الولائي، فإن ما حكم به ضمناً عن هذا الاختصاص هو قضاء قطعي لم يكن محلاً للطعن، فحاز قوة الأمر المقضي وهي تسمو على قواعد النظام العام، ومن ثم فإن ما أثارته النيابة من أن القضاء الإداري هو المختص ولائياً بنظر الدعوى يكون غير مقبول[1].

إذن تعتبر مسألة الولاية غير مطروحة بالضرورة على محكمة النقض، وفقاً للاتجاه الثاني، طالما لم يشملها الطاعن في طعنه صراحةً، وعندئذٍ فقط يشكل الطعن على الحكم الموضوعي طعناً على الحكم الضمني في مسألة الولاية وقيداً على علو حجية الحكم على قواعد الولاية المتعلقة بالنظام العام.

وهكذا يتبين التخبط القضائي في أحكام محكمة النقض فتارة تعد مسألة الولاية المتعلقة بالنظام العام تعلو على قوة الأمر المقضي على أساس أن الولاية سبب متعلق بالنظام العام مطروح دائماً على محكمة النقض بغض النظر عما إذا كان الحكم في شقه الضمني بشأن الولاية محلاً للنعي في الطعن أم لا، وتارة أخرى تُعلو قوة الأمر المقضي ذاتها على قواعد الولاية المتعلقة النظام العام، إذا لم يكن

---

[1] انظر: حكم محكمة التمييز الكويتية – الأحكام المدنية والتجارية – الطعن رقم 283 – لسنة 2005 قضائية – بتاريخ 12 – 1 – 2009). على الرغم من أن هذا الحكم عالج مسألة الاختصاص – لا الولاية– من المسائل التي تعرض ضمنا في الحكم في موضوع الدعوى، مثل مسألة الولاية، ولكن عند الطعن فلا بد من أن يرد صراحةً وإلا حاز قوة الأمر المقضي، بينما توجد تطبيقات قضائية ذهبت إلى عكس هذه المنهجية في مسألة الولاية، رغم تعلق الاختصاص والولاية بالنظام العام.

الطعن منصباً صراحةً على الشق الضمني الخاص بشأن الولاية عند القضاء في موضوع النزاع أو الطعن.

وفي اعتقادنا أنه يمكن حل هذا التعارض، بتحديد نطاق لكل اتجاه من اتجاهي محكمة النقض سالفي الذكر، إذ أن قواعد الولاية صحيح أنها متعلقة بالنظام العام، ولكن اتصالها بالنظام العام متدرج[1]، فالبعض منها ما يكون أكثر اتصالاً من البعض الآخر، ويظهر التدرج في هذا الاتصال في أثر مخالفة هذه القواعد، فقد يترتب على مخالفة بعض قواعدها بطلان الحكم كما عند مخالفة الحكم لقواعد الاختصاص الولائي (أي عند الانتفاء النسبي للولاية) وقد تسحب مخالفة البعض الآخر منها الحكم إلى درك الانعدام كما هو الحال عند مخالفة قواعد الولاية العامة للقضاء (أي عند الانتفاء المطلق للولاية) على تفصيل ورد ذكره من قبل[2]، لذلك تكون لقاعدة علو الحجية على النظام العام مجال للتطبيق في حالة بطلان الحكم لمخالفة قواعد الولاية الخاصة (الاختصاص الولائي)، تمشياً مع الاتجاه الثاني لمحكمة النقض، ولكن لا مجال لإعمال قاعدة العلو في حالة انعدام الحكم لمخالفة قواعد الولاية القضائية العامة، لانعدام الحجية من الأساس، وعندئذٍ ينطبق الاتجاه الأول لمحكمة النقض.

---

[1] راجع: فكرة التدرج في النظام العام ما سبق الفرع الثاني من المطلب الثاني من المبحث الأول.

[2] راجع: الولاية مفترض تطبيق قاعدة العلو ما سبق الفرع الثاني من المطلب الأول من المبحث الثاني.

والسؤال الهام الآخر هو إذا كانت الولاية– الولاية العامة للقضاء كما ذهبنا– مطروحة دائماً على محكمة النقض سواء شملها الطعن أم لا يشمله بحسب القضاء الغالب، فهل يمكن وضع قاعدة عامة مؤداها أن كل مسألة –غير الولاية– متعلقة بالنظام العام فهي تعلو على الحجية، بحيث تهدرها ويمكن إثارتها أمام محكمة الطعن أثارها الطاعن أو لم يثرها؟

في اعتقادنا أن كل مسألة متعلقة بالنظام العام شريطة أن تعلو على الحجية تعد دائماً مطروحة على محكمة الطعن، أثارها الخصوم أو لم يثروها، بل وفي رأينا ولو فات ميعاد الطعن، لأن هذه المسألة المتعلقة بالنظام العام التي تعلو على حجية الحكم يكمن سبب علوها في أنها تصيب الحكم الطعين بعيب جسيم يهدر حجيته، وبالتالي يتحول الطعن – وهو طعن ظاهري– إلى دعوى بطلان أصلية منصبة على حكم منعدم، ولو رُفع الطعن الذي تحول إلى دعوى بطلان أصلية أمام محكمة الطعن، والمسلم به في الفقه والقضاء أنه لا ميعاد لرفع هذه الدعوى، غير أنه تبقى مسألة تحديد العيب الذي يعدم الحكم محلاً لاجتهاد الفقه والقضاء غالباً[1].

[1] لأنه قد يشير القانون أحياناً إلى درجة جسامة العيب التي وصلت إلى إهدار حجية الحكم بطريقة ضمنية عندما يجيز مراجعة حكم صادر من محكمة النقض، كالحالة التي يصدر فيها حكم النقض من قاض تتوافر حالة من حالات عدم الصلاحية المطلقة تطبيقاً للنص المادة 147 مرافعات.

وهذا التأسيس السابق هو ما يدعونا، بمفهوم المخالفة، إلى تأييد الاتجاه القضائي بأن قواعد الاختصاص الولائي (الوظيفي) – لا الولاية القضائية العامة– لا تعد مطروحة دائماً على محكمة الطعن، لأننا نميل إلى اعتبار الاختصاص الولائي – لا الولاية العامة– سبباً لإبطال الحكم دون انعدامه، وما سبق يبرر لنا أيضاً عدم اعتبار قواعد الاختصاص المتعلقة بالنظام العام مطروحة على محكمة الطعن سواء شملها الطعن أو لم يشملها مع أن الحكم في الموضوع يتضمن قضاءً ضمنياً بالاختصاص، فقواعد الاختصاص الولائي(الوظيفي) وقواعد الاختصاص النوعي لا يعلوان على الحجية بل تعلو عليهما الأخيرة، عكس الحال بشأن ولاية القضاء العامة التي تعد ركناً في الحكم القضائي[1].

صفوة القول إذن أن الطعن المقبول على الحكم يعطل من تفعيل قاعدة علو قوة الحكم على النظام العام، وسواء كان الطعن صريحاً أو ضمنياً، أصلياً كان أو ممتداً بسبب عدم التجزئة، ومنعاً للتناقض، كامتداد استئناف الحكم الصادر في

[1] حيث إن قواعد الولاية العامة تعلو على الحجية إذ أنها تهدر حجية الحكم حال مخالفته إياها، بينما قواعد الاختصاص الولائي (الوظيفي) تعلو حجية الحكم عليها. راجع: الولاية مفترض تطبيق قاعدة العلو ما سبق الفرع الثاني من المطلب الأول من المبحث الثاني.

موضوع الدعوى لاستئناف جميع الأحكام التي سبق صدورها في القضية ما لم تكن قد قبلت صراحة[1].

[1] هو الأمر الذي لا ينسحب على الطعن بالنقض. أنظر: أحمد سيد أحمد محمود، "نحو نظرية للامتداد الإجرائي في قانون المرافعات"، رسالة للدكتوراه، كلية الحقوق – جامعة عين شمس، سنة 2011، ص 558–559. عكس ذلك: أحمد أبو الوفا، نظرية الأحكام، بند 230، ص493.

وحيث قُضي بأن: "حكم محكمة أبو حماد الجزئية بعدم الاختصاص والإحالة قد انهى الخصومة كلها أمام المحكمة التي أصدرته فيما فصل وحسمه بصدد عدم الاختصاص، ولن يعقبه حكم آخر في موضوع الدعوى من المحكمة التي أصدرته، ومن ثم فيجوز الطعن فيه على استقلال باستئنافه في حين عملا بالأصل العام المقرر في قانون المرافعات – وهو ما لم يتم على ما يبين من الأوراق – وإذ صار هذا القضاء نهائيا بعدم الطعن عليه خلال الميعاد القانوني، فإنه يحوز قوة الأمر المقضي، ومن أثر ذلك التزام المحكمة المحال إليها الدعوى بنظرها ولو كان القضاء في مسألة الاختصاص قد بني على قاعدة غير صحيحة في القانون ذلك أن قوة الأمر المقضي تعلو على اعتبارات النظام العام ومن ثم يمتنع على المحكمة المحال إليها، كما يمتنع على الخصوم الجدل فيه من جديد ولا يغير من ذلك ما ورد بنص المادة 229 من قانون المرافعات من أن استئناف الحكم المنهي للخصومة يستتبع حتما استئناف جميع الأحكام التي سبق صدورها في القضية ما لم تكن قد قبلت صراحة لأن حكم هذه المادة إنما ينصرف إلى الأحكام الصادرة قبل الفصل في الموضوع ولا تنتهي بها الخصومة كلها، وهي بذلك تكمل القاعدة الواردة في المادة 212 من قانون المرافعات، وإذ التزم الحكم المطعون فيه هذا النظر وقضى في موضوع الدعوى، فإنه لا يكون قد خالف القانون. حكم محكمة النقض – مدني – الطعن رقم 425 – لسنة 49 قضائية – بتاريخ 28 – 5 – 1984.

هذا الحكم يعني بمفهوم مخالفته أن الحكم لو حاز قوة الأمر المقضي لن تعلو على النظام العام إذا شملها الطعن بالامتداد الإجرائي منعاً للتناقض، والملاحظ هنا من هذا الحكم أن المحكمة فسرت المادة 229 في حدود نطاق القضية الواحدة ولا تشمل القضية الأخرى المرفوعة أمام المحكمة الأخرى.

ثانياً: عدم التناقض استثناء على قاعدة العلو

إذا كان من مبررات قاعدة علو الحجية على اعتبارات النظام العام منع التناقض في الأحكام، فماذا لو أدت قاعدة علو حجية الأمر المقضي على النظام العام ذاتها إلى التناقض؟ فأي منهما يُغلب على الآخر منع التناقض أم قاعدة العلو؟

سبب إثارة السؤال بادئ ذي بدء هو أنه إذا كانت حجية الأحكام تعلو على النظام العام، فإن قاعدة منع التناقض في الأحكام هي الأخرى جعلها المشرع – كما وصفت محكمة النقض– في الذروة لتعلو ما عداها من الاعتبارات المتعلقة بالنظام العام[1]، ولكن كيف قاعدة علو الحجية تؤدي إلى التناقض سبب التساؤل؟

إن قوة الحكم الإجرائية التي يحوزها الحكم الذي لم يُطعن فيه لن تعلو على النظام العام لو ترتب على حيازة هذه القوة الإجرائية للحكم تناقضاً مع حكم آخر لاحق. فلا إعمال لقاعدة سمو قوة الأمر المقضي على النظام العام، طالما في إعمالها بشأن الحكمين تناقض، كما لو في إعمال قاعدة العلو – كما ذكرت المحكمة الإدارية العليا –أن يسمو الحكم الحائز لقوة الأمر المقضي وهو صادر من محكمة

[1] حكم محكمة النقض – مدني– الطعن رقم 1532 لسنة 68 قضائية بتاريخ 4–10–1999، غير منشور (المصدر: www.eastlaws.com).

أدنى على حكم المحكمة الادارية العليا، وحتى يُشل إعمال قاعدة العلو، استخدمت هذه المحكمة هنا آلية امتداد نطاق الطعن لكل حكم مرتبط ارتباطاً وثيقاً[1].

---

[1] كما قلنا سابقاً وبيّنا أن الطعن الممتد بسبب عدم التجزئة ومنعاً للتناقض لا يمكن إعمال قاعدة علو قوة الحكم الإجرائية الطعين على النظام العام أمام محكمة الطعن، فقُضي بأن: "الطعن في الحكم أمام المحكمة الإدارية العليا خلال الميعاد يحرك بالضرورة الطعن في أي حكم مرتبط به ارتباطاً وثيقاً و لو لم يطعن فيه خلال هذا الميعاد حتى تسلط المحكمة رقابتها على الحكمين معا لبيان وجه الحق فيهما و توحيد كلمة القانون بينهما و وضعاً للأمور في نصابها و تحقيقا للعدالة و نزولاً على سيادة القانون العام – لا وجه للتحدي أمام المحكمة بحجية الحكم النهائي الذى لم يطعن فيه خلال الميعاد القانوني حتى لا تظل يدها عن إعمال ولايتها في التعقيب بحرية على الحكم المطعون فيه أمامها و حتى لا يعلو الحكم الذى لم يطعن فيه و هو صادر من محكمة أدنى على حكم المحكمة الادارية العليا و هي خاتمة المطاف في نظام التدرج القضائي بمجلس الدولة لمجرد أن الحكم الأول لم يطعن فيه إذ لا يتصور اختلاف الحكم القانوني في سألة قانونية واحدة بحكمين قضائيين طعن في أحدهما و لم يطعن في الأخر خلال الميعاد القانوني". حكم المحكمة الإدارية العليا – الطعن رقم 397 – لسنة 33 قضائية – جلسة25–3–1989 – مكتب فني 34 – جـ 2 – صـ778، وحكم المحكمة الإدارية العليا – الطعن رقم 4391 – لسنة 49 قضائية – جلسة12–1–2002.

عكس فكرة الامتداد بسبب عدم التناقض، حيث قُضي بأنه: " إذ كان الثابت أن الحكم الصادر من محكمة أول درجة قضى في أسبابه لصالح المدعين . المطعون ضدهم . بعدم نفاذ الاتفاق المؤرخ 1986/11/8 وإن انتهى في منطوقة إلى الحكم برفض طلبهم طرد الطاعن من الحجرة محل النزاع وكانوا هم الذين استأنفوا وحدهم هذا القضاء وبما لازمه قصر استئنافهم على هذا الجزء الأخير وبالتالي فإن قضاء أول درجة بعدم نفاذ الاتفاق المؤرخ 1986/11/8 يصبح حائزا لحجية الأمر المقضي التي تعلو على اعتبارات النظام العام ويكون تعرض الحكم المطعون فيه لهذا الجزء من الحكم رغم عدم استئنافه من الطاعن مجرد استطراد زائد عن نطاق الاستئناف ولا يجوز له الطعن عليه مع الحكم الصادر ضده في الجزء الآخر من طلبات خصومه". حكم

وفي التناقض بين حكمين الذي يفترض تعامدهما على محل واحد يمكن معالجة الفروض الآتية:

الفرض الأول: التناقض بين حكمين ابتدائيين، فإذا رُفع استئناف عن الحكم اللاحق دون أن يمتد إلى الحكم السابق صدوره وتلتزم محكمة الاستئناف بإعمال حجية الحكم السابق كما هو مقرر قضاءً[1].

بينما، إذا أصبح الحكم الابتدائي السابق محلا للاستئناف (أوقفت حجيته)، ثم صدر حكم ابتدائي لاحق مناقض فيجوز استئناف الحكم الأخير دون امتداد، وعندها، على محكمة الاستئناف، وفقا لرأي البعض[2]، أن تقف خصومة الاستئناف في الحكم الثاني انتظارا لنتيجة الطعن في الحكم الأول منعا للتناقض، إلا إذا مُضي في استئناف الحكم الأول والثاني على التوازي فمن يحز قوة الأمر المقضي أولا هو من يحز الحجية، وفقاً لما يجري عليه القضاء، ولا يجوز القضاء

محكمة النقض – مدني – الطعن رقم 2322 – لسنة 71 قضائية – بتاريخ 28 – 7 – 2002، غير منشور (المصدر: www.eastlaws.com).

[1] انظر: حكم محكمة النقض – مدني – الطعن رقم 7 – لسنة 16 قضائية – بتاريخ 6 – 3 – 1947 (حكم غير مشور). وحكم محكمة النقض – مدني – الطعن رقم 10 – لسنة 44 قضائية – بتاريخ 28 – 1 – 1976، غير منشور (المصدر: www.eastlaws.com).

[2] أحمد ماهر زغلول، الحجية الموقوفة، ص64، بند 37.

مناقضا له[1]، تطبيقا لفكرة الحجية الموقوفة بسبب الاستئناف المعتمدة في القضاء المصري.

وبناء على ما سبق، يمكن القول بأن حجية الحكم الثاني تعلو على حجية الحكم السابق الموقوفة بالاستئناف، فيبقى الحكم الثاني متمتعاً بحجيته ولو خالف حجية الحكم السابق، ودليل ذلك أن الطعن بالاستئناف على الحكم الثاني – ولو كان انتهائياً– جائز، والحكم اللاحق موجود غير موصم بالانعدام رغم صدوره في دعوى سبق الفصل فيها بحكم حاز الحجية.

ولكننا نرى أن سبق صدور حكم في الموضوع يؤدي إلى انقضاء حق الخصم في الدعوى في خصوص ذات الموضوع أي عدم صلاحيته ليكون محلاً لنشاط قضائي فالحكم صدر في غير وجود دعوى أصلا[2]، وهنا يوصم الحكم – في **اعتقادنا**– بالانعدام لمخالفة حجية الحكم السابق، وبالتالي فلا إعمال لقاعدة العلو بالنسبة للحكم الثاني، وتعلو حجية الحكم الأول على حجية الحكم اللاحق المتعلقة بالنظام العام، منعاً للتناقض، لأن الحجية لدينا تتوافر في الحكم الموضوعي منذ صدوره من محكمة أول درجة.

---

[1] وإذا تناقض الحكمان الحائزان لقوة الأمر المقضي فيجوز الطعن بالنقض وفقا للمادة 249 مرافعات، وعندئذ رغم امتداد الطعن بالنقض، إلا أنه يتعين على محكمة النقض احترام حجية الحكم السابق في صدوره، لأنه السابق في حيازته لقوة الأمر المقضي.

[2] أحمد ماهر زغلول، الحجية الموقوفة، ص59، هامش (5). ولكن لم يوصف صاحب الرأي الحكم عندئذ بالمنعدم.

الفرض الثاني: التناقض بين حكم ابتدائي سابق وحكم انتهائي لاحق، فوفقا للتطبيقات القضائية فيكون للحكم النهائي قوة الأمر المقضي التي تعلو على حجية الحكم السابق[1]، ما لم يكن الحكمان محلاً للاستئناف وعندها لا تتقيد محكمة الاستئناف بأي من الحكمين لأن كليهما ذوا حجية موقوفة بالاستئناف. ولا تتقيد بإلغاء الحكم الثاني لأنه خالف الحكم الأول– على عكس الفرض الأول قضاءً– وفقا لصراحة المادة 222 مرافعات؛ لأن الحكم السابق لم يحز قوة الأمر المقضي وبالتالي فلا حجية له في نظر المشرع المصري. وهنا لا يمكن القول بأن قوة الأمر المقضي التي يحوزها الحكم الثاني تعلو على حجية الحكم السابق، إلا إذا وضعنا في الاعتبار منطق المشرع المصري في اعتبار الحكم الحائز لقوة الأمر المقضي هو فقط الحائز للحجية.

الفرض الثالث: إذا صار الحكم السابق انتهائيا أثناء نظر استئناف الحكم الثاني (الانتهائي أيضاً) فلا يمتد الاستئناف في الحكم الثاني للحكم الأول، وعلى محكمة الاستئناف أن تحترم حجية الحكم الأول الذي صار انتهائياً أولاً. وهنا لا يمكن القول بعلو حجية الحكم الثاني (ذا الحجية الموقوفة بالاستئناف) على حجية الحكم الأول المتعلقة بالنظام العام لأنه ببساطة الحكم الثاني لم يحز قوة الأمر المقضي (الحجية بالمفهوم القضائي).

---

[1] انظر: حكم محكمة النقض – مدني – الطعن رقم 6170 – لسنة 83 قضائية – بتاريخ 9 – 1 – 2018 غير منشور وانظر: حكم المحكمة الإدارية العليا – الطعن رقم 12824 – لسنة 59 قضائية – بتاريخ 28 – 7 – 2015 غير منشور (المصدر: www.eastlaws.com).

الفرض الرابع: إذا صدر الحكم الابتدائي اللاحق مخالفاً لحكم سابق حائز لقوة الأمر المقضي، فلا مجال لإعمال قاعدة العلو لأن الحكم اللاحق منعدم بسبب هذا التناقض[1].

الفرض الخامس: إذا صدر حكم حائز لقوة الأمر المقضي مخالفاً لحكم انتهائي سابق حائز لقوة الأمر المقضي، فهنا لا تعلو حجية الأمر المقضي لأي من الحكمين على الآخر، ويمكن أن يكونا محلا للطعن بالنقض[2].

---

[1] نقض مدني 2013/3/20 في الطعن رقم 10140 لسنة 76 ق. مشار إليه في: فتحي والي، المبسوط، جـ2، البند 157، ص457. هامش (3).

[2] حيث قُضي بأنه: "بموجب المادة 249 من قانون المرافعات قد أجازت الطعن في الحكم إذا صدر على خلاف حكم سابق ، فإنه يجوز للخصوم أن يطعنوا أمام محكمة النقض في أي حكم انتهائي قضى على خلاف حكم صادر سابق صدر بين الخصوم أنفسهم و في ذات النزاع و حاز قوة الأمر المقضي سواء دفع بهذا لدى محكمة الموضوع أو لم يدفع ، و سواء كانت عناصره الواقعية تحت نظر تلك المحكمة أم لم تكن مطروحة عليها ، و علة ذلك احترام حجية الحكم السابق صدوره في نفس الدعوى ، إذ هي أجدر بالاحترام، و حتى لا يترتب على إهدارها تأبيد المنازعات و عدم استقرار الحقوق لأصحابها". حكم محكمة النقض – مدني – الطعن رقم 607 – لسنة 40 قضائية – بتاريخ 21 – 4 – 1980، غير منشور (المصدر: www.eastlaws.com).

فقُضي بأنه: "يتعين احترام قوة الأمر المقضي للحكم لو كان صادرا على خلاف حكم انتهائي سابق حائز لقوة الأمر المقضي وأن سبيل إزالة هذا التعارض هو الطعن بطريق النقض على الحكم الانتهائي الأخير الصادر على خلاف الحكم السابق ومن ثم فليس لمحكمة الاستئناف وهي بصدد النزاع المطروح عليها أن تهدر قوة الأمر المقضي للحكم الثاني. بحجة صدوره بالمخالفة لحكم سابق حائز لتلك القوة بين ذات الخصوم، لأنها ليست جهة طعن على الأحكام الانتهائية التي حازت قوة الأمر المقضي. (الطعن رقم 260 لسنة 49 ق جلسة 1984/5/10)

الفرض السادس: التناقض بين حكمين باتين، فإن هذا التناقض لا يعدمهما، وبالتالي تظل حجيتهما تعلوان على النظام العام[1] داخل الإجراءات التي صدر

حكم غير منشور مشار إليه في: إبراهيم سيد أحمد، حجية الأحكام فقها وقضاء، دار الفكر الجامعي، طبعة الأولى 2001، ص86.

وأكدت محكمة النقض في حكم لها سنة 2007 على ذلك بقولها: " كما هو الحال عند الاعتداد بأي من حكمين نهائيين متناقضين. حيث قضت محكمة النقض المصرية صدور حكمين متناقضين في نزاع بذاته وبين الخصوم أنفسهم وإزاء خلو التشريع والعرف من حكم منظم لتلك الحالة فإنه إعمالاً للفقرة الثانية من المادة الأولى من القانون المدني تعين اللجوء لمبادئ الشريعة الإسلامية، ومؤداها إذا سقط الأصل يصار إلى البدل ولا حجية مع تناقض، فإذا تناقض متساويان تساقطا وتماحيا ووجب الرجوع للأصل باسترداد محكمة الموضوع لسلطتها في الفصل في النزاع على هدي من الأدلة المطروحة تحقيقاً للعدالة دون تقيد بأي من هذين الحكمين، وعلى ذلك فلا وجه للرأي الذي يعتد بالحكم الأسبق بمقولة إنه الأولى لأنه لم يخالف غيره ولا للحكم اللاحق لتضمنه نزول المحكوم له عن حقه في السابق بل الأولى هو إطراحها والعودة للأصل بأن يتحرى القاضي وجه الحق في الدعوى على ضوء الأدلة المطروحة". حكم محكمة النقض – مدني – الطعن رقم 2204 – لسنة 76 قضائية – جلسة10–9–2007 – مكتب فني 58 – صـ671.

[1] حيث قُضي بأنه وحتى إذا صدر الحكم عل خلاف حكم آخر حائز لقوة الأمر المقضي به فإن هذه الأسباب لا تمثل إهداراً للعدالة يفتقد معها الحكم وظيفته وبالتالي لا تصمه بأي عيب ينحدر به إلى درجة الانعدام مما يجعل الطعن فيه بعد ذلك غير مقبول. وحكم المحكمة الإدارية العليا – الطعن رقم 2881 – لسنة 47 قضائية – جلسة6–7–2003، غير منشور (المصدر: www.eastlaws.com).

فيها الحكمان، بينما خارج الإجراءات التي صدرا فيها تهدر حجيتهما معاً[1]، ولا حديث عندئذ على علو الحجية.

وبمناسبة التناقض كاستثناء على قاعدة علو الحجية على النظام العام، نثير هنا تساؤل بشأن مدى التزام المحكمة المحال إليها الدعوى بالحكم بعدم الاختصاص والإحالة من المحكمة المحيلة، على الرغم من أن المحكمة الأولى سبق وأن قضت بعدم الاختصاص والإحالة؟

في اتجاه أول، ذهب البعض[2]إلى أن المحكمة المحال إليها إذا كان قد سبق لها الحكم بعدم اختصاصها الولائي مثلاً والإحالة، فإن حكمها هذا يحوز الحجية،

---

[1] انظر: حكم محكمة النقض – مدني – الطعن رقم 2204 – لسنة 76 قضائية – جلسة10–9–2007 – مكتب فني 58 – صـ671. (هامش 438). كما قُضي بأنه: "إذا ما تبين أن هناك تناقضا واقع لا محالة بين حكم جنائي وحكم جنائي آخر سبقه أو أعقبه بأن لغي أحدهما ما أثبته الآخر أو خالف ما قرره بقضاء صار فيهما باتا وكان لازما وضروريا للفصل في موضوع الدعوى المدنية المطروحة على المحكمة المدنية، ...، إذا ما وقع تناقض بين حكمين جنائيين فلا تنعقد به لهما على السواء حجية مانعة، مما مقتضاه ألا يعتد القاضي المدني بحجتيهما معا وأن يسترد كامل حريته ومطلق سلطانه عند الفصل في موضوع الدعوى المدنية دون أن يتقيد في تقدير الأدلة وتكوين عقيدته فيها بما قام عليه قضاء الحكمين الجنائيين المتناقضين، لأن من شأن ما لابسهما من تناقض أن تضحي قاعدة حجية الأحكام في هذه الحالة عديمة الجدوى حابطة الأثر قانونا". حكم محكمة النقض – مدني – الطعن رقم 4703 – لسنة 61 قضائية – جلسة1–11–1992.

[2] فتحي والي، المبسوط، ج1، بند304، ص651.

ويمتنع عليها نظر الدعوى، ذلك أن حجية الأحكام تسمو على اعتبارات النظام العام، وعلى الرغم من استناد الرأي على حكم لمحكمة النقض يؤيده[1].

بيد أنه في اتجاه ثان، تؤيد أحكام نقض عديدة احترام حجية الحكم السابق بعدم اختصاص المحكمة المحال إليها والإحالة، إذ تقضي بالتزام المحكمة المحال إليه بسبب الحكم بعدم الاختصاص والإحالة إذا لم يستأنف ولو خالف حجية حكم سابق لها في هذا الشأن أو بني على قاعدة أخرى غير صحيحة في القانون لأن قوة الأمر المقضي تعلو على اعتبارات النظام العام[2].

---

[1] واستند الرأي إلى حكم محكمة النقض بأنه: " لئن كان المشرع بنصه في المادة 110 من قانون المرافعات على أنه " على المحكمة إذا قضت بعدم اختصاصها أن تأمر بإحالة الدعوى بحالتها إلى المحكمة المختصة و لو كان عدم الاختصاص متعلقاً بالولاية و تلتزم المحكمة المحال إليها الدعوى بنظرها" ، قد هدف إلى تبسيط الإجراءات في صدد الأحكام المتعلقة بالاختصاص و لو كان ولائياً إلا أنه متى كانت المحكمة المحال إليها الدعوى قد سبق لها القضاء بعدم اختصاصها بنظر النزاع لخروجه عن ولايتها و لم يطعن الخصوم في هذا الحكم بطرق الطعن المقررة قانوناً فإن قضاءها في هذا الشأن يصير حائزاً قوة الأمر المقضي و يمتنع عليها معاودة النظر فيه و ذلك لما هو مقرر من أن حجية الأحكام تسمو على اعتبارات النظام العام". حكم محكمة النقض – مدني – الطعن رقم 2056 لسنة 52 قضائية بتاريخ 1986-06-25 مكتب فني 37 جـ 2 صـ 764.

[2] حكم محكمة النقض- مدني – الطعن رقم 649 لسنة 54 قضائية بتاريخ 1987-12-29 مكتب فني 38 جـ 2 صـ 1191. وفي الطعن رقم 1744 لسنة 80 قضائية – الدائرة المدنية والتجارية – بتاريخ 2013-12-05. وفي الطعن رقم 4204 لسنة 83 قضائية – الدائرة المدنية والتجارية – بتاريخ 2014-11-27، وفي الطعن رقم 7483 لسنة 82 قضائية – الدائرة المدنية

ولكن نؤيد الاتجاه الأول، لأنه إذا كانت المحكمة المحال إليها سبق وإن قضت بعدم الاختصاص والإحالة وحاز قوة الأمر المقضي أيضاً أولاً فيجب احترام قضائها للسبب ذاته وهو علو قوة الأمر المقضي على النظام العام، بالإضافة إلى أن احترام الحكم السابق الصادر من المحكمة المحال إليها سببه المباشر هو نص القانون (م 110 مرافعات)، مما يعني أن التناقض هنا بين حكم المحكمة المحيلة وحكم المحكمة المحال إليها بشأن عدم الاختصاص والإحالة يعد استثناءً على علو قوة الأمر المقضي لحكم المحكمة المحيلة، كما أن الاتجاه الثاني بما تضمنه من عبارة " ولو خالف حجية حكم سابق لها" يجب أن يُفسر في حدود الحكم بعدم الاختصاص فقط دون الإحالة لنخرج من عباءة المادة 110 مرافعات. لأن الحكم بعدم الاختصاص من محكمة لا يقيد المحكمة الأخرى[1].

وفي نطاق التناقض بين حكمين صادرين بعدم الاختصاص الولائي والإحالة، لا يُحاج باختصاص المحكمة الدستورية العليا عملاً بالمادة 25 من قانونها رقم 48 لسنة 1979 بفض التنازع السلبي في الولاية، لأن "التناقض بين حكمين صادرين بعدم الاختصاص الولائي بين جهتين" لا يرقى إلى مرتبة "التنازع السلبي في الولاية" الذي يستدعي تدخل المحكمة الدستورية العليا إلا في حالتين وهما إذا صدر الحكم بعدم الاختصاص الولائي دون الإحالة لعدم احترام المادة 110 مرافعات، أو أن

والتجارية – بتاريخ 2016-01-02، وفي الطعن رقم 6170 لسنة 83 قضائية – الدائرة التجارية والاقتصادية – بتاريخ 2018-01-09.

[1] فتحي والي، المبسوط، ج1، ص660، بند306.

ترفض إحدى الجهتين الإحالة، ويشترط في الحالتين السابقتين صدور حكمين نهائيين من الجهتين، لا من إحداهما[1].

ثالثاً: مدى اعتبار حجية الحكم بعدم دستورية القانون استثناءً على قاعدة العلو

إذا صدر حكم حائزاً لحجية الأمر المقضي وطبّق قاعدة قانونية قُضي بعدم دستوريتها، هل يكون لهذا الحكم الحجية على أساس أنها تعلو على النظام العام المتمثل في مسألة دستورية القانون؟

للإجابة عن هذا السؤال، يجب التمييز بين فرضين:

الفرض الأول: صدر حكم من المحكمة مخالفاً لحكم المحكمة الدستورية العليا بشأن وقائع نشأت قبل صدور الأخير، لما استقر عليه قضاء المحكمة الدستورية العليا فإن الأحكام الصادرة في الدعاوى الدستورية وهي بطبيعتها دعاوى عينية توجه الخصومة فيها إلى النصوص التشريعية المطعون فيها بعيب دستوري تكون لها حجية مطلقة ولا يقتصر أثرها على الخصوم في الدعاوى التي صدرت فيها، وإنما ينصرف هذا الأثر إلى الكافة وكذلك إلى الدولة بكامل سلطتها وتنظيماتها لتعمل بوسائلها وأدواتها من خلال السلطة التشريعية كلما كان ذلك ضروريا على

---

[1] فلا يكون ثمة مبرر لتعيين المحكمة المختصة إذ تكون هذه الجهة قد استنفدت ولايتها وخرجت الخصومة من يدها بصدور الحكم النهائي منها، ومن ثم لا تكون الدعوى قائمة إلا أمام جهة قضائية واحدة. حكم لمحكمة الدستورية العليا – القضية رقم 7 لسنة 4 قضائية – تنازع – بتاريخ 1983-05-07 مكتب فني 2 جـ 1 صـ 263. انظر كذلك: وجدي راغب، مبادئ القضاء المدني، ص266.

تطبيقها، والأصل أن القضاء بعدم دستورية نص تشريعي غير جنائي عدا النصوص الضريبية يكون له أثر رجعي ينسحب على الوقائع والعلائق التي اتصل بها ويؤثر فيها، حتى ما كان منها سابقا على نشرها في الجريدة الرسمية؛ ما لم تكن تلك الحقوق والمراكز قد استقرت عند صدوره بحكم حاز قوة الأمر المقضي أو بانقضاء مدة تقادم[1].

وذكرت المذكرة الإيضاحية لقانون المحكمة الدستورية العليا، بعد أن استثنت من هذا الأثر الرجعى للحكم بعدم الدستورية الحقوق والمراكز التي تكون قد استقرت عند صدوره بحكم حاز قوة الأمر المقضي أو بانقضاء مدة تقادم، أنه إذا كان

---

[1] يراجع في هذا المعنى أحكام المحكمة الدستورية العليا الصادرة بجلسة 2003/1/12 في الدعوى رقم 192لسنة 21ق.دستورية، وبجلسة 2001/1/6 في الدعوى رقم 92لسنة 21ق.دستورية، وبجلسة 1983/6/11 في الدعوى رقم 48لسنة 3ق. دستورية. وحكم المحكمة الإدارية العليا – الطعن رقم 74677 لسنة 64 قضائية – الإدارية العليا– الدائرة الثانية – موضوعي – بتاريخ 2019–08–01، غير منشور (المصدر: www.eastlaws.com).
وانظر: حكم المحكمة الدستورية العليا في القضية رقم 16 لسنة 3 قضائية – دستورية – بتاريخ 1982–06–05 مكتب فني 2 جـ 1 صـ63. وإذا كان حكم المحكمة الدستورية ينسحب على الوقائع والعلاقات السابقة على صدوره، غير أنه يستثنى من هذا الأثر الرجعي الحقوق والمراكز التي تكون قد استقرت عند صدوره الحكم بحكم حائز لقوة الأمر المقضي. انظر: حكم محكمة النقض – مدني – الطعن رقم 206 – لسنة 61 قضائية – جلسة4–7–2000 – مكتب فني 51 – جـ 1 – صـ72. المحكمة الدستورية العليا – القضية رقم 37 لسنة 9 قضائية – دستورية – بتاريخ 1990–05–19 مكتب فني 4 جـ 1 صـ 256.
وانظر: حكم محكمة النقض – مدني– الطعن رقم 5098 لسنة 61 قضائية بتاريخ 2005–06–02 مكتب فني 56 صـ 559. وحكم محكمة النقض – مدني – الطعن رقم 1980 – لسنة 54 قضائية – جلسة31–1–1993 – مكتب فني 44 – جـ 1 – صـ383.

الحكم بعدم الدستورية متعلقاً بنص جنائي فإن جميع الأحكام التي صدرت بالإدانة استنادا إلى ذلك النص تعتبر كأن لم تكن، ولو كانت أحكاماً باتة[1].

ورتبت محكمة النقض بهيئتها العامة نتيجة هامة وهي أن الحكم بعدم دستورية نص في القانون من اليوم التالي لنشره لا يجوز تطبيقه مادام قد أدرك الدعوى أثناء نظر الطعن أمام محكمة النقض، وهو أمر متعلق بالنظام العام تعمله محكمة النقض من تلقاء نفسها[2]، هذا بالإضافة إلى أن احترام محكمة الطعن ولو كانت محكمة النقض، حكم المحكمة الدستورية العليا يأتي كمظهر من مظاهر قاعدة أن "القاضي يعلم القانون".

ومما سبق كله، يمكن القول بأن الحكم لو أضحى باتاً قبل صدور حكم المحكمة الدستورية العليا- لاستنفاد كل طرق الطعن أو استغلاقها- فتُغلب بيتوتة الحكم على مسألة عدم دستورية القانون محل حكم المحكمة الدستورية العليا، تطبيقاً لقاعدة علو البيتوتة على النظام العام، لاستقرار الحقوق والمراكز. وبمفهوم المخالفة إذا لم يحز الحكم بعد البيتوتة بأن كان محلاً لطعن، فلا يعلو الحكم على النظام العام أمام حكم المحكمة الدستورية العليا، ولكن ماذا لو صدر الحكم بصدد وقائع حدثت بعد صدور حكم المحكمة الدستورية العليا؟

---

[1] حكم المحكمة الدستورية العليا – القضية رقم 78 لسنة 25 قضائية – دستورية – بتاريخ 13-01-2008 مكتب فني 12 جـ 1 صـ 827.

[2] حكم محكمة النقض – مدني – الطعن رقم 6516 لسنة 63 قضائية بتاريخ 1999-11-18 مكتب فني 50 جـ 2 صـ 1109.

الفرض الثاني: صدر حكم من المحكمة مخالفاً لحكم المحكمة الدستورية العليا بشأن وقائع نشأت بعد صدور الأخير، فتهدر حجية حكم محكمة الموضوع، إذ استقرت المحكمة الدستورية العليا على أن أحكام محكمة النقض – ومن باب أولى أي محكمة أدنى– تهدر لو خالفت حكم المحكمة الدستورية العليا، على اعتبار أن حكم النقض عقبة أمام تنفيذ حكم المحكمة الدستورية العليا تصلح أساساً لرفع منازعة تنفيذ أمام تلك المحكمة الأخيرة[1].

صفوة القول إذن أن حكم المحكمة الدستورية العليا يعد قيداً على علو حجية الحكم على النظام العام، لأن الحكم الأول يغلب على الثاني بل أكثر من ذلك يسحبه إلى درك الانعدام، إذا كان بشأن وقائع لاحقة على صدور الحكم بعدم الدستورية، بينما تعلو قوة الحكم البات على حجية الحكم الصادر بعدم الدستورية بشأن الوقائع السابقة على صدور الحكم الأخير.

---

[1] انظر: حكم المحكمة الدستورية العليا – الطعن رقم 4 – لسنة 38 قضائية – جلسة5–5–2018 – صـ140.كذلك أنظر حكم المحكمة الدستورية العليا 1/6/ 2014 الطعن رقم 7366. وحكم المحكمة الدستورية العليا – الطعن رقم 2 – لسنة 40 قضائية – جلسة2–2–2019 – صـ149.

خاتمة

(نتائج الدراسة وتوصياتها)

أولاً: النتائج

بعد أن طفنا بقاعدة علو حجية الأحكام على النظام العام، يمكن أن نستخلص النتائج الهامة الآتية:

1) إن عدالةً سيئة خيرٌ من عدالةٍ مُنكَرَةٍ، والبطلان خير من الفوضى، وأن يحوز حكم باطل الحجية خير من أن تهدر حجيته وتعم الفوضى، لذلك منع المساس بقوى الأحكام أجدر بالاهتمام من مجرد التعويل على مدى حقيقتها وصحتها.

2) إن قاعدة علو حجية الحكم على النظام العام هي القاعدة التي بمقتضاها يُمنع الادعاء أو النعي على الحكم، سواء خارج القضية التي صدر فيها أو داخلها، بمخالفة قاعدة متعلقة بالنظام العام– الموضوعي أو الإجرائي– إلا من خلال طرق الطعن والمراجعة المقررة في القانون.

3) إن تمييزاً واضحاً موجود بين قاعدة علو الحجية على النظام العام و قاعدة تعلق الحجية ذاتها بالنظام العام، فلكل منهما مجال لإعمالها، فقاعدة تعلق الحجية ذاتها بالنظام العام تنطبق لترتيب النتائج المترتبة على أي قاعدة قانونية متعلقة بالنظام العام، ومنها جواز إثارة المحكمة لها من تلقاء نفسها، وفي أي مرحلة عليها الدعوى، وعدم جواز التنازل عنها، بينما نطاق تفعيل قاعدة علو الحجية على

النظام العام محدد بمواجهة الادعاء بمخالفة الحكم لقاعدة متعلقة بالنظام العام خارج القضية التي صدر فيها، أو داخل القضية بمحاولات النيل منه أو النعي عليه أمام ذات المحكمة التي أصدرته أو أمام محكمة الطعن بعد حيازته القوة الإجرائية المانعة من المساس به.

4) إن قاعدة علو حجية الحكم على النظام العام تعد قاعدة من ابتداع القضاء منذ ما يقارب أكثر من سبعين عاماً، وهي قاعدة إجرائية عامة في قانون المرافعات الشريعة العامة الإجرائية، ولكنها قاعدة متفقة والقانون أيضاً.

5) الاعتراف بقاعدة علو الحجية على النظام العام حتى في الحقبة الزمنية التي كانت لا يجوز للمحكمة إثارتها من تلقاء نفسها، كان بسبب عدم وضوح التمييز بين المفاهيم الإجرائية كالحجية، والاستنفاد، والدعوى، والخصومة، والحق ودليله.

6) إن قاعدة العلو ليست مجرد قاعدة نظرية، بل لها نتائج عملية حيث تلقي على الخصوم واجب تركيز الخصومة، وقد تفتح استثناءً باب الطعن المغلق، وتبرر تعطيل تطبيق وتنفيذ قوانين وأحكام على حقوق ومراكز مستقرة، وكذلك تؤكد القاعدة على نظريات أو مفاهيم إجرائية عديدة.

7) إن لقاعدة العلو مبررات وهي استقرار الحقوق والمراكز وعدم تأبيد النزاع، وتقوم على دور الحجية في تغطية بطلان الحكم والتي تحول دون المساس به بغير طرق الطعن، وكذا فكرة استهلاك الدعوى.

8) إن الأساس الفني لعلو الحجية على النظام العام يكمن في أن للنظام العام تدرج في اعتباراته، إذ جعل المشرع الحجية في أعلاها لتعلو على قواعد إجرائية وموضوعية هي الأخرى متصلة بالنظام العام، ولكن الحجية أشدها وأوثقها اتصالاً به؛ تغليباً لمصلحة عامة على أخرى.

9) إن مفترضات علو حجية الحكم على النظام العام، أن يكون الحكم موجوداً، بغض النظر عن وجوده بصفة صريحة أو ضمنية، وصادراً من محكمة ذات ولاية، وألا يزول بالطعن فيه.

10) إذا كانت حجية الحكم لا تعلو على قواعد الولاية العامة المتعلقة بالنظام العام بل على العكس فتعلو الأخيرة على الحجية، إلا أن الحجية تعلو على قواعد الاختصاص الولائي (الوظيفي) والنوعي، لأن اعتبارات النظام العام المتمثلة في استقرار حقوق ومراكز الأشخاص تعلو على اعتبارات النظام العام التي تستهدفها قواعد الاختصاص القضائي للمحاكم كنصيب من ولاية القضاء للتوزيع على محاكمها.

11) كشفت هذه الدراسة عن رخو تنظيم الحجية ذاتها كمفترض لقاعدة علوها على النظام العام، بسبب الخلط الذي تضمنته المادة 101 إثبات بين قوة الأمر المقضي والحجية ومعاملتها كدليل من الأدلة في قانون الإثبات، وعدم كفاية المادة 116 من قانون مرافعات في وضع مفهوم لها ونطاقها ووقت حيازتها.

12) لم يعالج قانون المرافعات قاعدة علو قوى الحكم على النظام العام صراحةً في نصوصه، وهو المكان الطبيعي لمعالجته بعد تنظيم الحجية، مع التسليم بقانونية قاعدة العلو وفعاليتها على أرض الواقع، مع النص صراحة على الاستثناءات الواردة عليها.

13) ترتب على التفسير القضائي الخالط بين حجية الأمر المقضي والقوى الأخرى للحكم، أن تكون الصياغة الصحيحة لقاعدة علو حجية الحكم على النظام العام هي أن حصانة الحكم، بنوعيها الداخلية (من استنفاد الولاية وحتى البيتوتة) والخارجية (حجية الأمر المقضي)، تعلو على النظام العام.

14) يفترض إعمال قاعدة علو الحجية على النظام العام، أن تؤثر القاعدة المتعلقة بالنظام العام – المدعى مخالفة الحكم لها– في صحة المضمون الموضوعي للحكم أو قبول الدعوى أو الإجراءات المؤثرة في الحكم أو في صحة الحكم ذاته كعمل إجرائي.

15) إن قوة الحكم تعلو على النظام العام، سواء لاستنفاد الطعن أو استغلاقه، وأياً سبب حيازة الحكم لهذه القوة كقاعدة، فمثلا قاعدة العلو تنطبق بشأن قوة الأمر المقضي التي يحوزها الحكم بسبب فوات الميعاد، أو قبول الحكم، أو بالاتفاق، أو بقوة القانون.

16) إن باستقراء وتحليل التطبيقات القضائية لقاعدة العلو وجد أن أكثرها في صيغة علو قوة الأمر المقضي على النظام العام، وفي نطاق القضية الواحدة، أما

التطبيقات فيما بين قضيتين inter–procès كانت نادرة مقارنةً بتطبيقاتها على مستوى القضية الواحدة intra–procès، وذلك نتيجة الخلط القضائي بين حجية الأمر المقضي وسائر قوى الحكم.

17) إن غالبية التطبيقات منصبة على حيازة الحكم هذه القوة الإجرائية بالعمل السلبي أي نتيجة استغلاق الطعن، ويرجع ذلك إلى أن الهدف الأساسي من وراء قاعدة علو الحجية هو مواجهة سلوك الخصم الخاطئ الباغي زعزعة استقرار الحقوق والمراكز.

18) إن حجية الأمر المقضي تعلو على النظام العام الموضوعي، ولكن التطبيقات انصب أكثرها على علو حجية الحكم على النظام العام الإجرائي عند مخالفة الحكم لقواعد إجرائية متصلة بالقضية في مفترضها وهو اختصاص المحكمة، وعنصرها الموضوعي (الدعوى)، وفي عنصرها الإجرائي (الخصومة)، سواء خصومة الدرجة الأولى أو خصومة الطعن، ولكن توجد قواعد متعلقة بالنظام العام الإجرائي اختلف الفقه على سمو الحجية عليها.

19) يرد على قاعدة علو حجية الحكم على النظام العام استثناءات وقيود وهي النظام العام الإسلامي المتمثل في قواعد الشريعة الإسلامية القطعية، والغش إذا أدى إلى حرمان الخصم من ممارسة وسيلة معالجته، أو صدر من القاضي نفسه أو اشترك فيه، وكذلك التناقض، والطعن في الحكم يعد استثناء على علو قوته على النظام العام.

20) إن حجية حكم المحكمة الدستورية العليا يعد استثناءً على قاعدة علو حجية الحكم على النظام العام، لأن حجية الحكم الأول يغلب الثاني، بل أكثر من ذلك يسحبه إلى درك الانعدام، بشأن وقائع لاحقة على صدور الحكم بعدم الدستورية، بينما تعلو قوة الحكم البات على حجية الحكم الصادر بعدم الدستورية بشأن الوقائع السابقة على صدور الحكم الأخير.

ثانياً: التوصيات

في نهاية هذه الدراسة، نرى أنها كشفت عن أوجه نقص تشريعي عديدة، لذا نوصي بما يأتي:

1-حذف المادة 101 من قانون الإثبات المصري بشأن حجية الأمر المقضي ليحكمها قانون المرافعات المكان الطبيعي لها، لتخضع القوة الثبوتية للحكم (كورقة رسمية) لنصوص الورقة الرسمية في قانون الإثبات.

2-لم يخصص المشرع المصري نصاً لآثار الحكم وقواه في قانون المرافعات، لذا نوصي بتعديل عنوان الفصل الأول (إصدار الأحكام) من الباب التاسع (الأحكام) من الكتاب الأول من قانون المرافعات، ليكون عنوانه: (إصدار الأحكام وآثارها).

3-بغية وضع تنظيم واضح لا لبس فيه بشأن حجية الأمر المقضي في قانون المرافعات – لا قانون الإثبات- نوصي باستحداث نص المادة 180 مكرر، في الفصل سابق الإشارة، مضمونه:

" تحوز الأحكام، بمجرد صدورها، الحجية فيما فصلت فيه من حقوق أو مراكز موضوعية، في نزاع قام بين الخصوم أنفسهم دون أن تتغير صفاتهم وتعلق بذات الحق أو المركز محلاً وسبباً. وتقضى المحكمة بهذه الحجية من تلقاء نفسها".

4-منعاً من اختلاط قوى الحكم ببعضها البعض، خاصةً حجية الأمر المقضي بالقطعية (استنفاد ولاية القاضي) والنهائية والبيتوتة، نوصي باستحداث نص المادة 180 مكرر (1) مضمونه:

" تحوز الأحكام، منذ صدورها، التي حسمت نزاعاً أو جزءاً منه، استنفاد ولاية القاضي، دون الإخلال بقواعد التصحيح والتفسير والاستكمال المنصوص عليها في المواد 191-193. ويجوز الرجوع في الحكم في الأحوال المنصوص عليها في القانون.

الحكم الحائز لقوة الأمر المقضي هو الحكم الذي لا يجوز استئنافه، والحكم البات هو الحكم الذي لا يجوز الطعن فيه بأي طريق من طرق الطعن".

5-النص صراحةً في قانون المرافعات على قاعدة علو حجية الأحكام على اعتبارات النظام العام ونطاقها، باستحداث نص المادة 180 مكرر (2) مضمونه:

" لا محل لإبطال الحكم إلا بطرق الطعن المقررة في القانون. وتعلو قوى الأحكام على اعتبارات النظام العام، ما لم تخالف القواعد القطعية في الشريعة الإسلامية أو

حكماً للمحكمة الدستورية العليا، أو كانت مبنية على غش من القاضي أو غش أدى إلى عدم إمكانية الطعن، أو تناقضت مع أحكام أخرى تحوز القوى ذاتها".

6- استحداث نص صريح يفرض على الخصم واجب تركيز الخصومة وإبداء كل الوسائل القانونية المختلفة (المتعلقة وغير المتعلقة بالنظام العام) لدعم ادعائه أو رفض طلب خصمه أمام محكمة أول درجة، وذلك كنتيجة من نتائج قاعدة علو حجية الحكم على اعتبارات النظام العام.

7- تجنب القضاء المصري الشامخ صياغة بعض العبارات في أحكامه التي توحي بإطلاق علو حجية الأحكام على اعتبارات النظام العام، مثل "أن الحجية هي أقوى من الحقيقة نفسها"، والتعبير عن قاعدة حجية الاحكام تعلو على اعتبارات النظام العام على أنها ليست مطلقة بل يحدها بعض القيود والاستثناءات التي تكون فيها اعتبارات النظام هي التي تعلو على حجية الأحكام.

قائمة المراجع

أولاً: المراجع العربية

1) إبراهيم سيد أحمد، حجية الأحكام فقها وقضاء، دار الفكر الجامعي، طبعة الأولى، سنة 2001.

2) إبراهيم نجيب سعد، القانون القضائي الخاص، ج1، منشأة المعارف اسكندرية، سنة 1974.

3) أحمد أبو الوفا، نظرية الأحكام في قانون المرافعات، الطبعة السادسة، منشأة المعارف بالإسكندرية.

4) أحمد السيد صاوي، أثر الأحكام بالنسبة للغير، دار النهضة العربية، دون سنة نشر.

5) أحمد حشيش، مبدأ عدم جواز تناقض الأحكام، دار النهضة العربية، سنة 1997.

6) أحمد سيد أحمد محمود، "نحو نظرية للامتداد الإجرائي في قانون المرافعات"، رسالة للدكتوراه، كلية الحقوق – جامعة عين شمس، سنة 2011.

7) أحمد ماهر زغلول، أعمال القاضي التي تحوز حجية الأمر المقضي وضوابط حجيتها: دراسات حول نطاق حجية الأمر المقضي في المواد المدنية والتجارية، دار النهضة العربية، سنة 1990.

8) أحمد ماهر زغلول، الحجية الموقوفة أو تناقضات حجية الأمر المقضي في تطبيقات القضاء المصري، دراسة لقاعدة (ثبوت الحجية للحكم بمجرد صدوره) ونطاق تطبيقها في القانون المصري، الطبعة الثانية.

9) أحمد هندي، أحكام محكمة النقض آثارها وقوتها دراسة تحليلية في القانونين المصري والفرنسي، دار الجامعة الجديدة، سنة 2006.

10) أحمد هندي، التمسك بالبطلان في قانون المرافعات، دار الجامعة الجديدة للنشر، طبعة 1999.

11) أحمد هندي، مبدأ التقاضي على درجتين، دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديدة سنة 2009.

12) حسام الدين كامل الاهوانى، أصول القانون، طبعة سنة 1988، بدون دار نشر.

13) رضا السيد عبد الحميد، مسائل في التحكيم، الكتاب الرابع: التحكيم في الشيك في ضوء أحكام قانون التجارة رقم 17 لسنة 1999، الطبعة الثانية، 2007، دار النهضة العربية.

14) سحر عبد الستار، آليات تدعيم دور محكمة النقض الفرنسية في تحقيق العدالة (طلب إبداء الرأي –الطعن لتجاوز السلطة)، دار النهضة العربية، دون سنة نشر.

15) سليمان مرقص، المدخل إلى العلوم القانونية، طبعة رابعة، 1961.

16) سيد أحمد محمود، أصول التقاضي، دار النهضة العربية، سنة 2009.

17) سيد أحمد محمود، الغش الإجرائي (الغش في التقاضي والتنفيذ)، دار النهضة العربية، بدون سنة نشر.

18) عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج1 – ج2، نظرية الالتزام، تنقيح م أحمد مدحت المراغي، منشأة المعارف بالإسكندرية، بدون سنة.

19) علي عوض حسن، الدفع بعدم جواز نظر الدعوى لسبق الفصل فيها، دار المطبوعات الجامعية، سنة 1996.

20) عماد طارق البشري، فكرة النظام العام في النظرية والتطبيق دراسة مقارنة بين القوانين الوضعية والفقه الاسلامي، المكتب الإسلامي، سنة 2005.

21) عيد أحمد الغفلول، فكرة النظام العام الدستوري وأثرها في تحديد نطاق الدعوى الدستورية: دراسة مقارنة، الطبعة الثالثة، دار النهضة العربية.

22) غنام محمد غنام، نظرية الانعدام في الإجراءات الجزائية: مقارنة بالانعدام في قانون المرافعات المدنية والتجارية (دراسة في القانونين الكويتي والمصري)، ط1، جامعة الكويت – مجلس النشر العلمي – لجنة التأليف والتعريب والنشر 1999.

23) فتحي والي (تأليف)، وأحمد ماهر زغلول(تحديث)، نظرية البطلان في قانون المرافعات، طبعة سنة 1997.

24) فتحي والي، المبسوط في قانون القضاء المدني علماً وعملاً، ج 1، ج2، دار النهضة العربية، سنة 2017.

25) محمد حسام محمود لطفي، سحب أحكام محكمة النقض، دراسة تحليلية لأحكام القضاء المصري والفرنسي، هرة عام 2004، بدون دار نشر.

26) محمد حسين عبدالعال، الاتجاهات الحديثة لفكرة النظام العام ومدى الحماية الدستورية لمبدأ حرية التعاقد، دار النهضة العربية، سنة 1998.

27) محمد سعيد عبد الرحمن، الرجوع عن الأحكام الباتة: دراسة مقارنة في فرنسا ومصر ولبنان، مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق، جامعة الاسكندرية، العدد الثاني، 2012.

28) محمد سعيد عبد الرحمن، تقادم الاحكام القضائية في المواد المدنية والتجارية "دراسة مقارنة في فرنسا ومصر ولبنان "، دار النهضة العربية، سنة 2015.

29) محمد سليم محمد سعد، حجية الأمر المقضي في القانون الروماني والفقه المقارن دراسة مقارنة، رسالة ماجستير، كلية الحقوق– جامعة حلوان، سنة 2011.

30) محمد محمد عبد اللطيف، مبدأ الأمن القانوني، مجلة البحوث القانونية والاقتصادية، جامعة المنصورة – كلية الحقوق، المجلد/العدد: ع 36، 2004/10.

31) محمود محمد هاشم، استنفاد ولاية القاضي المدني في قانون القضاء المدني، طبعة 80/79.

32) محمود مصطفى يونس، نحو نظرية عامة لفكرة النظام العام في قانون المرافعات المدنية والتجارية، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية.

33) محمود مصطفى يونس، نظرات في الإحالة لعدم الاختصاص القضائي، دراسة فقهية وتحليلية مقارنة، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية.

34) مصطفى سيد احمد صقر، حجية الأمر المقضي، دراسة تأصيلية تحليلية في القانون الروماني، بدون دار نشر، 1995.

35) وجدي راغب، النظرية العامة للعمل القضائي في قانون المرافعات، منشأة المعارف بالإسكندرية، سنة 1974.

36) وجدي راغب، مبادئ القضاء المدني، الطبعة الرابعة، دار النهضة العربية، سنة 2004.

ثانياً: المراجع الفرنسية

1) BERGEL, J. (2008). LA SÉCURITÉ JURIDIQUE. Revue du notariat, 110, (2), 271–285. https://doi.org/10.7202/1045538ar

2) BEYNEIX, J. ROVINSKI, Nouvelle controverse sur la notion d'autorité de la chose jugée, JCP, n°8, 21 Février 2011.

3) BLÉRY, L'efficacité substantielle des jugements, Thèse, LGDJ, 2000.

4) C. Natalie Fricero ; Serge Guinchard Dalloz action Droit et pratique de la procédure civile – 2017-2018.

5) CADIET Loïc, NORMAND Jacques et AMRANI-MEKKI Soraya, Théorie générale du procès, préc.

6) CARBONNIER J., Droit civil, Vol. 1, PUF, collection Quadrige, 2004.

7) Cédric BOUTY, Chose jugée Répertoire de procédure civile .Mars 2018.

8) Christian Atias, L'erreur grossière du juge. Recueil Dalloz 1998.

9) Christophe LEFORT, Procédure civile, 5ème éd., Dalloz, 2014.

10) Corinne BLÉRY : Qu'est-ce que l'autorité de la chose jugée ? Une question d'école ? Procédures n° 8-9, Août 2007, étude 11.

11) COUCHEZ et X. LAGARDE, Procédure civile, 17ème éd., Dalloz-Sirey, 2014.

12) D. Tomasin, Essai sur l'autorité de la chose jugée en matière civile, th. publ., LDGJ, 1975.

13) E. COUTURE, « La chose jugée comme présomption légale – Critique des articles 1349 à 1350 du Code civil », in RIDC, Vol. 6 n°4, Octobre-décembre 1954.

14) F. TÉRRÉ, Introduction générale au droit, Coll. : Précis, 9ème éd., Dalloz, 2014.

15) FARBELOT, L'action d'office du ministère public prévue à l'article 423 du code de procédure civile, JCP 2014. 698.

16) G. CORNU, Vocabulaire juridique, Association Henri Capitant, PUF, 1990.

17) G. CORNU .Vocabulaire juridique, Association H. CAPITANT, PUF, 4e éd., 2003.

18) Habscheid W.J. (1978) Les Principes Fondamentaux du Droit Judiciaire Prive. In: Storme M., Casman H. (eds) Towards a Justice with a Human Face. Springer, Dordrecht.

19) https://doi.org/10.7202/1045538ar

20) J. Carbonnier, Droit civil, Introduction, 27e éd., PUF, 2002 .

21) J. FOYER, De l'autorité de la chose jugée en matière civile – Essai d'une définition, Thèse, Paris, 1954.

22) J. HÉRON et T. LE BARS, Droit judiciaire privé, 5ème éd., Coll. : Domat Droit privé, Montchrestien, 2010.

23) J. Mestre, « L'ordre public dans les relations économiques », in Th. Revet (dir.), L'ordre public à la fin du XXe siècle, Dalloz, 1996.

24) J. Héron, « Localisation de l'autorité de la chose jugée ou rejet de l'autorité positive de la chose jugée ? », Mél. Perrot, Dalloz, 1996.

25) J.-L. AUBERT et SAVIAUX É., Introduction au droit et thèmes fondamentaux du droit civil, Coll. Université, 15ème éd., Sirey, 2014.

26) Jean Beauchard, jurisClasseur Procédure civile Fasc. 600-45 : NULLITÉ DES ACTES DE PROCÉDURE. – Généralités, Novembre 2018.

27) Jean-Jacques LEMOULAND : Ordre public et bonnes mœurs. Répertoire de droit civil, février 2019.

28) Juliana KARILA DE VAN ; Nicolas GERBAY. Répertoire de droit civil Février 2017.

29) L. CADIET et E. JEULAND, Droit judiciaire privé, 10e éd., 2017, LexisNexis.

30) L. CADIET et E. JEULAND, Droit judiciaire privé, 5ème éd., Litec, 2006.

31) Lucie MAYER, Nullité , Juin 2016 (actualisation : Janvier 2019).

32) N. FRICÉRO, Procédure civile, Coll. : Mémentos LMD, 11ème éd., Gualino Editeur, 2014.

33) P. HÉBRAUD, « L'exécution des jugements civils », RIDC, 1957.

34) P. Hugonet, La vérité judiciaire, préf. S. Rozès, Litec, 1986 .

35) P. MAYER, « Réflexions sur l'autorité négative de chose jugée », in Mélanges Héron, 2008, LGDJ.

36) ROLAND et BOYER, Adages du droit français, 4e éd., 1999, Litec.

37) S. AMRANI-MEKKI et Yves STRICKLER, Procédure civile, Coll. : Thémis Droit, PUF, 2014.

38) S. Bollée et P. Mayer : L'autorité de la chose jugée en droit comparé, Actes du colloque Autorité de chose jugée et arbitrage, Revue de l'arbitrage, n° 1, 2016.

39) TH. PIAZZON, La sécurité juridique, LGDJ, 2009.

40) TOMASIN, Essai sur l'autorité de la chose jugée en matière civile, préf. HÉBRAUD, 1975, LGDJ.

41) VALTICOS, L'autorité de la chose jugée au criminel sur le civil, 1948, Sirey, 1953.

ثالثاً: المراجع الإنجليزية

1) MIRJAN R. DAMASKA, THE FACES OF JUSTICE AND STATE AUTHORITY 145-46 (1986).

2) ROBERT C. CASAD & KEVIN M. CLERMONT, RES JUDICATA: A HANDBOOK ON ITS THEORY, DOCTRINE, AND PRACTICE (2001).

3) Solum, Lawrence B., Procedural Justice (January 1, 2004). 67 Souther California Law Review 181 (2004).p.246. Available at SSRN : https://ssrn.com/abstract=636721