أ. د. مصطفى أحمد الدراجي

تحقّق الغاية الإجرائية

وسيلة الأشكال - والإعفاء من الجزاء

"دراسة" في قانون المرافعات الليبي[1]

أستاذ مشارك القانون الخاص

كلية القانون

جامعة عمر المختار

المستخلص

قد كان إطار هذه الدراسة يتضمن موضوع تحقق الغاية الإجرائية - وسيلة الأشكال والإعفاء من الجزاء دراسة في قانون المرافعات الليبي تناولنا فيها فكرة " تحقق الغاية من الإجراء الباطل " ، ذلك أن بعض التشريعات الإجرائية ، تربط شكل الإجراء بالغاية منه ، فتقرر بأنه لا بطلان إذا تحققت الغاية من العمل ، وناقشنا كيف أن المشرع الإجرائي الليبي وإن لم يقم بتقنين فكرة الغاية كمعيار للبطلان ، إلا أنه تجاوز عن البطلان الواقع في شكل الإجراء - وبنص صريح في بعض الحالات - إذا حقق الإجراء المقصود به ، وقمنا بتقسيم هذه الدراسة إلى مبحثين تناولنا في المبحث الأول مبدأ وسيلة الأشكال ومرونة الإجراء ، وتحليل فكرتي الضرر وجوهرية الإجراء، وفي المبحث الثانى، تناولنا الفرق بين تحقق الغاية من الإجراء والغاية من الشكل، وأخيراً فكرة التغاضي عن الإجراء المعيب والإعفاء من البطلان ، ناقشنا من خلالها كيف أن البطلان الإجرائي يتأرجح بين ضرورتين ، الأولى أن قواعد القانون المحددة للشكل ، تعد بلا شك قواعد قانونية وتكون لهذا واجبة الاحترام ما يستدعي توقيع الجزاء عند مخالفتها ، والثانية أن حماية الحقوق والمراكز القانونية تستلزم عدم التمسك بالشكليات .

[1] تاريخ استلام البحث 2020/04/11م، تاريخ إجازته 2020/04/25م.

الكلمات المفتاحية

قانون المرافعات الليبى ـ تحقق الغاية من الإجراء ـ مبدأ وسيلية الأشكال ومرونة الإجراء ـ الإعفاء من البطلان ـ جوهرية الإجراء

ABSTRACT

THE FRAMEWORK OF THIS STUDY INCLUDED THE TOPIC OF ACHIEVING THE PROCEDURAL PURPOSE – THE METHOD OF FORMS AND EXEMPTION FROM PUNISHMENT, A STUDY IN THE LIBYAN PROCEDURE LAW, IN WHICH WE DEALT WITH THE IDEA OF "ACHIEVING THE PURPOSE OF THE INVALID PROCEDURE", AS SOME PROCEDURAL LEGISLATION RELATES THE FORM OF THE PROCEDURE TO ITS PURPOSE, AND IT IS DECIDED THAT IT IS NOT INVALID IF IT IS FULFILLED. THE END OF THE WORK.

WE DISCUSSED HOW THE LIBYAN PROCEDURAL LEGISLATOR DID NOT CODIFY THE IDEA OF THE PURPOSE AS A CRITERION FOR INVALIDITY, BUT IT OVERLOOKED THE NULLITY IN THE FORM OF THE PROCEDURE – AND EXPLICITLY IN SOME CASES – IF IT ACHIEVED THE INTENDED PROCEDURE, AND WE DIVIDED THIS STUDY INTO TWO TOPICS. THE FLEXIBILITY OF THE PROCEDURE, AND THE ANALYSIS OF THE TWO IDEAS OF HARM AND THE ESSENCE OF THE PROCEDURE, AND IN THE SECOND TOPIC, WE DEALT WITH THE DIFFERENCE BETWEEN ACHIEVING THE PURPOSE OF THE PROCEDURE AND THE PURPOSE OF THE FORM, AND FINALLY THE IDEA OF OVERLOOKING THE DEFECTIVE PROCEDURE AND EXEMPTION FROM NULLITY.

WE DISCUSSED THROUGH IT HOW PROCEDURAL INVALIDITY FLUCTUATES BETWEEN TWO NECESSITIES. THE FIRST IS THAT THE RULES OF LAW THAT DEFINE THE FORM ARE UNDOUBTEDLY LEGAL RULES, AND FOR THIS THERE IS A DUTY TO RESPECT THAT CALLS FOR IMPOSING THE PENALTY WHEN VIOLATING THEM, AND THE SECOND IS THAT PROTECTING LEGAL RIGHTS AND POSITIONS REQUIRES NOT ADHERING TO FORMALITIES

KEY WORDS:

LIBYAN CIVIL PROCEDURE LAW ـ THE PURPOSE OF THE PROCEDURE ـ FLEXIBILITY OF PROCEDURE ـ EXEMPTION FROM NULLITY ـ PROCEDURES SUBSTANTIAL.

مقدمة

يدور موضوع هذا البحث حول فكرة " تحقق الغاية من الإجراء الباطل " ، ذلك أن بعض التشريعات الإجرائية ، تربط شكل الإجراء بالغاية منه ، فتقرر بأنه لا بطلان إذا تحققت الغاية من العمل ، وبذلك يحول تحقق الغاية دون صدور حكم تقريري ، يعلن أن الإجراء المتخذ لا يتوافق مع نموذجه القانوني .

والبطلان باعتباره أكثر الجزاءات الإجرائية شيوعاً وأشهرها على الإطلاق وتتحدد به وبغيره من الجزاءات مآلات الأعمال الإجرائية ـ ، لا يتقرر وفقاً للقانون الإجرائي الليبي ، إلا إذا نص القانون على بطلانه ، أو إذا ما شاب الإجراء عيب جوهري ترتب عليه ضرر للخصم م 21 مرافعات .

فظاهر النص لا يوحي بأن البطلان كجزاء إجرائي ـ في قانون المرافعات الليبى ـ يستمد من عدم تحقق الغاية ، وإنما تعليق الحكم به على وقوع الضرر بطالب البطلان ، أو المتمسك به كقاعدة عامة في حالة البطلان بغير نص ، إذ يجب على الطرف الذى يحتج بالبطلان إثبات أن مصالحه قد تضررت من العيب الشكلى ، وستنحصر المسألة في النهاية على بيان من يكون عليه إثبات الضرر وجوهرية الإجراء ، ويصبح من الصعوبة بمكان وجود ضابط ، يسمح بإيجاد تعادل أكثر بين النصوص القانونية والسلطة القضائية ، ويعطي نوعاً من المرونة والاستجابة لظروف العمل المختلفة لتقرير ما إذا كان سيتم تقرير بالبطلان من عدمه .

فمن المناسب الإشارة بشكل خاص هنا ، إلى أن المادة 21 من قانون المرافعات الليبي ، تتبنّى فى حالة عدم النص الوسيلة القضائية (معيار الضرر والشكل الجوهري) ، وذلك خلافاً لما عليه بعض التشريعات الإجرائية الأخرى كالتشريع الإيطالى فى المادة 156 مرافعات ، الذى تبنى الحكم بالبطلان إذا نقص العمل عناصر شكلية لا غنى عنها لبلوغ الغاية ، أي حينما تتخلف فيه إحدى المقتضيات الشكلية اللازمة لبلوغ الغاية ، وفي ذات الوقت استبعد الحكم به إذا كان العمل قد حقق الغاية التى يرمي إليها ، وهو ما عليه كذلك التشريع الإجرائي المصري الذي أخذ بمعيار الغاية ، سواء أكان البطلان خاصاً مقررا للصالح

الخاص ، أو متعلقا بالنظام العام ، م 20 مرافعات ، كل هذا يبدوا مفهوماً وواضحاً.

إلا أن ما يدعونا ـ وهو الغرض من هذه الدراسة ـ تقديم مساهمة فيما يتعلق بالتوضيح والتدقيق وعلى نطاق واسع فى الحالات التى يتخلف فيها مقتضى شكلي للعمل الإجرائي ، ومع ذلك تتحقق الغاية منه .

ويبدو من الضروري بالنسبة لنا في سياق هذه الملاحظات التمهيدية أن نشير إلى أننا سنعرض لفكرتي الضرر وجوهرية الإجراء ، وذلك من أجل الوصول إلى فهم محدد وواضح لفكرة تحقق الغاية من الإجراء .

فالمشرع الإجرائي الليبي ، ـ وإن وكما يبدوا وللوهلة الأولى ـ أنه لم يقم بتقنين " فكرة الغاية " ، وترك للقضاء مطلق الحرية في تقدير خصوصيات كل منازعة وظروفها وملابساتها ، فهل يعني ذلك أنه اكتفى بجوهرية الإجراء ـ الذى لا يكفي وحده لتقرير البطلان إذا لم يتحقق الضرر ، وهو ما أتى به نص المادة 21 مرافعات ليبي ـ ليستغنى عن تقنين فكرة الغاية ؟ أم أنه حقيقة تجاوز عن البطلان الواقع في شكل الإجراء ـ وبنص صريح في بعض الحالات ـ إذا حقق الإجراء المقصود به ؟

ليثار التساؤل بعد ذلك حول تفسير وتقدير ما هي الغاية من الشكل القانوني أو البيان وتحديد ماهية هذه الغاية باعتبارها مسألة قانونية ، يتعين على محكمة الموضوع التزام حكم القانون بشأنها ، وتحقق الغاية في حد ذاتها أو عدم تحققها باعتبارها مسألة موضوعية ، وما إذا كان ذلك يستلزم تسبيب حكمه فى هذا الشأن.

وسنشير هنا إلى مسألة مهمة مرتبطة بما نحن بصدد بيانه ، ألا وهي أن الأخذ بمعيار الغاية ، والذي تشير إليه على الأقل أحكام المحكمة العليا الليبية ـ ومنذ فترة طويلة ـ كضابط لصحة العمل الإجرائى من عدمه ، يزيد من المخاوف في هذا الشأن ، فهو يقوم على فكرة التغاضي عن الإجراء المعيب ، وبهذا يظل هذا الأخير منتجاً لآثاره كما ولو كان صحيحاً ، نتيجة لعدم صدور حكم تقريري يقرر عدم مطابقة الإجراء المتخذ لمفترض القاعدة الإجرائية .

وهكذا فإن البطلان الإجرائي يتأرجح بين ضرورتين ، الأولى أن قواعد القانون المحددة للشكل ، تعد بلا شك قواعد قانونية وتكون لهذا واجبة الاحترام ما يستدعي توقيع الجزاء عند مخالفتها ، والثانية أن حماية الحقوق والمراكز القانونية تستلزم عدم التمسك بالشكليات .

وهنا لا بد من مفاضلة صريحة بين احترام الإجراءات ، وبين صيانة الحقوق من المغالاة في التعلق بالشكليات ، غير أنه يمكن لهذه المخاوف أن تتلاشى - وعلى ما سيأتي بيانه تفصيلاً - بعد أن تناول الفقه الإجرائي الحديث ، مسألة تنظيم الإجراء المعيب لآثاره ، في ضوء المعايير التى ربطت بها بعض التشريعات الإبقاء على الإجراء المعيب وتوليده لآثاره على الرغم من تعيب الإجراء كفكرة الضرر ، وفكرة تحقق الغاية من الإجراء ، وهو ما سنعرج عليه في ثنايا هذه الدراسة ، لنرى النتائج التى توصل إليها هذا الفقه والسياسات التشريعية ، والأهداف التي تسعى التشريعات الإجرائية لتحقيقها حينما تغض النظر عن العيب وتتجاهل الخلل ، للمحافظة على المراكز الموضوعية ، حتى ولو كان ذلك على حساب سلامة الإجراء .

ومن ناحية أخرى فإنه لما كان مبدأ وسيلية الأشكال يقتضي عدم إبطال الإجراء إذا كانت الغاية التى يتوخاها القانون فيه قد تحققت في الواقع ، فإن التمسك ببطلان العمل لعدم الامتثال لبعض الشكليات يعني انحراف هذا الشكل عن غايته ، إذ لا يكون هناك والحالة هذه مجال للبطلان طالما أنه قد تحققت الغاية من الشكل ، على الرغم من أن العمل القضائى الأصل فيه أنه عمل شكلى وذلك بالنظر إلى الارتباط الكامل بين العمل الإجرائى وشكله .

هذا يتطلب منا أن نحدد معنى المبدأ والأساس الفني الذي يقوم عليه هذا المبدأ، على اعتبار أن معيار الغاية يعد نتيجة حتمية لهذا المبدأ ، وهو ما يدعونا أيضاً لتحديد الحالات التي يستبعد فيها هذا المعيار ، وللحديث عن كل مسألة من هذه المسائل سنقوم بقسمة البحث الذي نحن بصدده إلى مبحثين يضمان كلاً منهما مطلبين :

المبحث الأول : مبدأ وسيـليه الأشكـال وتحليل فكرتي العيب الجوهرى والضرر

المطلب الأول : مبدأ وسيلية الأشكال ومرونة شكلية الإجراء

المطلب الثاني : تحليل فكرتي العيب الجوهري والضرر

المبحث الثاني : تحقق الغــاية من الإجـراء والتغاضي عن الإجراء المعيب

المطلب الأول : التفرقة بين تحقق الغاية من الإجراء والغاية من الشكل

المطلب الثاني : التغاضي عن الإجراء المعيب والإعفاء من البطلان

المبحث الأول

مبدأ وسيليه الأشكال وتحليل فكرتي

العيب الجوهري والضرر

الشكلية الإجرائية سواء تمثلت في ضرورة كتابة الإجراءات ، أو اتخاذها بترتيب معين أو في مواعيد محددة ، تعد ضرورة لا غنى عنها للحيلولة دون تحكم القضاة وعبث الخصوم ، هذه الشكليات تقتضيها طبيعة الأعمال الإجرائية ، فالإجراءات الثابتة والمنضبطة التي يلتزم جميع الأشخاص باتباعها في جميع حالات الالتجاء إلى القضاء تحول دون سوء نية الخصوم وتحايلهم ، وإذا كان هذا هو الطابع المميز لأعمال المرافعات ؛ إلا أن هذه الشكلية الإجرائية ليست واحدة في جميع الأعمال الإجرائية ، وهو ما يدعو إلى تدقيق النظر في مبدأ وسيلية الأشكال ومرونة الإجراء (أولاً) ، ثم نخلص من ذلك إلى التعرض لفكرتي الضرر وجوهرية الإجراء ، كمدخل لفكرة تحقق الغاية من الشكل أو البيان (ثانياً) .

المطلب الأول

مبدأ وسيـليـة الأشكال

ومرونـة شكلية الإجراء

الشكل عنصر خارجي ملزم ، وصفة الإلزام فى الشكل هي التى تعطيه الصفة القانونية وتجعل منه شكلاً قانونياً ، على عكس الشكل الحر FORME LIBRE والذي لا يترتب على تخلفه أى أثر قانوني ، وقد وجدت الشكلية في أقدم النظم القانونية وهي لا زالت موجودة فى أحدثها ، وظهرت الشكلية في النظم القانونية البدائية بطريقة غريزية غير عقلية وهي شكلية رمزية SYMBOLIQUE تنطوي على اتخاذ مواقف معينة ، والقيام بطقوس خاصة ، وقد كان القانون الروماني أرضاً خصبة لهذه الشكلية الرمزية في المراحل الأولى من تطوره ، ثم حلت الشكلية

العقلية محل الشكلية الرمزية ، وبدأ الانسان يقيّم الأشكال ، ويحدد مدى فائدتها بدلاً من أن يتبعها بطريقة عمياء (1) .

ففي عهد دعاوى القانون كانت الغلبة للشكل ، إذ كان التقاضي يتم طبقاً لأوضاع معينة وصيغ وعبارات مقدسة ، يؤدي الخطأ فى أبسط لفظ إلى سقوط الدعوى [2] ، إذ تناول قانون الاثنى عشر لوحاً نظام الدعاوى في الألواح الثلاثة الأولى ، وهو نظام تم بناؤه على الرسمية فقد كان يتعين على الخصوم التّفوُهُ ببعض العبارات الرسمية ، وتأدية إشارات شكلية يترتب على أي خطأ في أدائها ضياع الحق [3]

على أن الشكلية في العصر الحديث ، تعتبر من الوسائل الأساسية التى يلجأ إليها المشرع لتحقيق اليقين والاستقرار في بعض المراكز القائونية ، ومن صور هذه الشكلية ، ما نحن بصده وهى الشكلية الإجرائية ، مما هو مقرر أمام القضاء ، والتى تنصرف إلى مجال ونطاق ووظيفة قانون المرافعات ، فهذا الأخير وكما يقال قانون القانون ، فهو بمثابة قانون للوسائل [4] .

فقواعد القانون الإجرائي تعتبر قواعد وسيلية ، توجه صاحب الحق الموضوعي إلى السبيل التي تؤدى به إلى الانتفاع بحقه دون أن تسبب في إهداره [5] ، والقاضي حينما يطبق القانون الموضوعي ، إنما يفعل هذا لأن القانون الإجرائي الذى يخوله وظيفته واختصاصه يفرض عليه واجب الحكم في المسألة المعروضة عليه وفقاً له ، أي أنه يطبق القانون الموضوعي تنفيذاً لأمر القانون الإجرائي المنظم للنشاط القضائي ، فهو كما قيل بحق ، هو قانون النفاذ القضائى للقانون الموضوعي [6] ، وعندما يقوم القاضي بإعمال القانون على النزاع المعروض عليه ويطبق حكم القانون ، ويصدر حكمه القضائى فإنه يزود الحماية القانونية بالحماية

---

[1]) د/ سمير تناغو : النظرية العامة للقانون ، منشأة المعارف بالإسكندرية ، 1974 ، ص 379 .

[2]) د/ أحمد السيد الصاوى : الوسيط فى شرح قانون المرافعات المدنية والتجارية ، دار النهضة العربية ، 1990 ، ص 452 .

[3]) انظر : د/ عمر ممدوح مصطفى : القانون الرومانى ، ج 1 ، ط 2 ، الإسكندرية 1954 ، ص 44 ، 45 ، ويضيف " ويحدثنا جايوس فى كتاب النظم عن شخص رفع دعواه على آخر قطع كرومه ولكنه خسر دعواه لأنه بدلاً من أن يذكر فى الصيغة الرسمية التى تلاها أمام الحاكم كلمة " أشجار " ذكر كلمة " كروم " .

[4]) انظر : د/ أحمد إبراهيم : غاية القانون ، دراسة فى فلسفة القانون ، دار المطبوعات الجامعية ، 2001 ، ص 200 وما يليها .

[5]) د/ أحمد أبو الوفا : نظرية الدفوع فى قانون المرافعات ، ط 1 ، 1954 ، دار المعارف ، ص 237 .

[6]) فى هذا المعنى : د/ وجدى راغب : النظرية العامة للعمل القضائى فى قانون المرافعات ، منشأة المعارف ، 1974 ، ص 146 وما بعدها .

القضائية التي تعيد لها فاعليتها ، وبالتالي يكون قانون المرافعات قانوناً وسيلياً ، فهو وسيلة القانون الموضوعي لحماية الحقوق الموضوعية [1] ، هذه المقدمة مفيدة في بحثنا لإبراز العلاقة بين القاعدة الإجرائية وأصل الحق ، كما سيأتي بيانه عند حديثنا عن التغاضي عن الإجراء المعيب والإعفاء من الجزاء .

ويرى جانب من الفقه أن الشكل ليس هو الإجراء ، ذلك أن الإجراء أو العمل الإجرائي هو عمل قانوني يجب أن تتوافر فيه شروط معينة من بينها الشكل الذى يحدده القانون [2] ، فعلى الصعيد الإجرائي فإن تنظيم الطريق الذى يجب أن يسلكه القاضي والخصوم للوصول إلى العدالة ، لا بد له من إجراءات وأوضاع شكلية معينة ، وإن كان قد تم ربطها في القانون الحديث ، بالحكمة المقصودة ، والمرونة اللازمتين ، مما يجعلها عاملاً من عوامل الثقة والطمأنينة ، وعنصراً من عناصر الائتمان بالنسبة للحقوق والمراكز القانونية ، فهي تحول دون تعسف أو كيد الخصوم في استعمال الحق فى التقاضي ، وتمنع تحكم القاضي أو تسرعه [3].

ولهذا فإنه من أجل أن ينتج العمل الإجرائي آثاره المحددة قانوناً ، لابد أن يتخذ ذات العمل المحدد في القانون ، ـ والذى صاغه المشرع وهو الممسك بزمام القواعد الإجرائية ـ ، إما لممارسة الحق الإجرائي أو الواجب أو المكنة الإجرائية ، كما يجب أن يكون العمل في ذاته ، وبالنظر إلى شروطه وظروفه صحيحاً ، فقانون المرافعات لا يتبنى فكرة الشكل الإجرائي الحر ، أي ذلك الشكل الأكثر ملائمة أو أنسب شكل لتحقيق آثار إجرائية معينة يراد تحقيقها ، ومن ثم فليس للقاضي أو الخصوم أية حرية في استعمال الأشكال الإجرائية ، فهم لا يتمتعون بالحرية الكاملة في استخدام الأشكال الإجرائية ، وإنما هم ملزمون باستخدام الأشكال المحددة في القانون لتوليد آثار إجرائية معينة [4] .

---

[1]) د/ نبيل إسماعيل عمر : قانون أصول المحاكمات المدنية ، ط1 ، 1996 ، الدار الجامعية ، ص 10 ، 11 .

(2)) انظر : محمد كمال عبد العزيز : تقنين المرافعات فى ضوء الفقه والقضاء ، مكتبة وهبة ، 1978 ، ص 96 .

(3)) فى هذا المعنى : د/ آدم وهيب النداوى : ، المرافعات المدنية جامعة بغداد ، 1988 ، ص 24

(4)) بهذا المعنى : د / نبيل إسماعيل عمر : الارتباط الإجرائى فى قانون المرافعات وآثاره الإجرائية والموضوعية ، ط 1 ، 1994 ، منشأة المعارف ، ص 40

فإذا كانت القاعدة في القانون هى مبدأ حرية الشكل ، بحيث يرتب القانون آثاره على مضمون العمل ، بغض النظر عن الوسائل التى يتم بها ، لأن " إجراء أي تصرف ما في نطاق القانون الموضوعي - وكما هو معروف - تحكمه كمبدأ عام قاعدة الرضائية " [1] ، فإن القاعدة في قانون المرافعات هى على العكس من ذلك ، قانونية الشكل في الأعمال الإجرائية ، " مما يعني أن جميع أوجه النشاط التى تتم في الخصومة ، يجب وكقاعدة عامة أن تتم لا تبعاً للوسيلة التي يختارها من يقوم بها ، بل تبعاً للوسيلة التي يحددها القانون " [2] ، وقد كرست محكمة النقض المصرية وجهة النظر هذه بقولها " أن الأصل في الأعمال الإجرائية هو قانونية الشكل فيجب أن تتم بالطريق الذي رسمه القانون باعتبار أن الشكلية مقررة لصحة العمل الإجرائي لا لإثباته " [3] ، فالشكلية التي يتطلبها القانون في العمل القضائي مثلاً ، لا تقتصر على وسيلة التعبير عن الإرادة القضائية في ورقة رسمية ، وإنما تمتد إلى وسيلة تكوين الإرادة القضائية ، حيث يتقيد القاضي بإجراءات التقاضي ، ولذا تعد الإجراءات شكلاً قانونياً لعمله [4] .

ومن أجل ذلك يرى جانب من الفقه ، أن الشكل الإجرائي للعمل القضائي يتمثل فيما يفرضه القانون من إجراءات ذات مضمون معين ، وتوفر بتتابعها ضمانات معينة ، أما شكلية الإجراء فهي درجة أبعد في شكل العمل القضائى وهي شكل الشكل أو شكل غير مباشر له ، وهي مجرد وسيلة لتحقيق الشكل الإجرائي المباشر للعمل القضائى ، ولهذا السبب يجد مبدأ وسيلية الأشكال أساساً فنياً في نظرية العمل القضائي [5] .

([1]) د/ آدم وهيب النداوى : ، المرافعات المدنية ، المؤلف آنف الذكر ، ص 16 ، مع ملاحظة أن " القانون التجارى يضفى على الظاهر أهمية بالغة ، ويرتب عليه آثارا قانونية أكثر مما يفعله القانون المدنى ، فيكفى ذوى الشأن حسنى النية أن يتأكدوا من الظاهر أو المظهر الخارجى حتى تترتب الآثار القانونية المتوقعة ، حتى ولو كان هذا الظاهر منافياً للجوهر أو غير صحيح فى الواقع ، ومن ثم فإن الشكلية ووسائل الشهر التى يشترطها المشرع التجارى جاءت ليس فقط من أجل تأمين وضمان حقوق الآخرين ، ولكن أيضاً من أجل إضفاء الشرعية القانونية ، وتبلغ هذه الشريعة المستندة إلى الشكلية أو المظهر الخارجى أوجها فى الالتزامات التجارية الصرفة المتولدة عن الأوراق التجارية ، إذ تقوم هذه الالتزامات وتنتج آثارها بمجرد التوقيع على تلك الأوراق دون اعتداد بما يخالط الإرادة من عيوب أو بما قد يلحق ركنى المحل والسبب من اختلال ، فهى كما قيل بحق شكلية متكيفة مع احتياجات الحياة التجارية تسعى إلى زيادة وتيرة السرعة ، وتأكيد ضمانات الدائن معاً " ، انظر بتفصيل أكثر : د/ محمد الجيلانى البدوى الأزهرى : قانون النشاط الاقتصادي ، 1 ، المبادئ والقواعد العامة ، الطبعة السادسة 2013 ، ص 66 ، 67 ، .. بتصرف ..

([2]) انظر : اسكندر سعد زغلول : قاضى التنفيذ علماً وعملاً ، دار الفكر العربى ، 1974 ص 297 .

[3]) طعن رقم : 2893 / 68 ق ، الدوائر المدنية ، جلسة 18 / 1 / 2016 .

[4]) انظر : د/ أمينة النمر : أوامر الأداء فى القانون المصرى والقوانين العربية والأجنبية ، منشأة المعارف ، 1975 ، ص 42 .

([5]) د/ وجدى راغب : النظرية العامة المؤلف آنف الذكر ، ص 634 .

ومع هذا وذاك ، فإنه وإن كان مسلك القوانين القديمة يهدف في المقام الأول إلى احترام الأشكال ، ويرتب البطلان على مخالفتها في كل الأحوال على اعتبار أن الأشكال مقدسة ، فإن مسلك التشريعات الحديثة يميل بالكفة إلى ناحية مصالح الخصوم ، ويعتبر أن الشكل مجرد وسيلة من صنع المشرع يقصد من ورائها تحقيق غايات معينة ، فإن تحققت تلك الغايات فلا يحكم بالبطلان تمسحاً بالشكل [1] ، فليس من الإنصاف أن تهدر حقوق المتقاضين لمجرد الخطأ فى لفظ [2] ، بل إنه كلما قطعت القوانين شوطاً فى طريق التقدم والمدنية ، فإنها تميل أكثر وأكثر إلى التخلص من الشكلية لمصلحة العدالة والقانون [3] .

فحتى ولو وجدت فى الحياة العملية الآن نماذج لمعظم الأعمال الإجرائية والتى تتم كتابة فإن هذه النماذج ـ و كما يقول الفقه إذا كان من الحيطة إتباعها ـ ليست ملزمة ، فلا يهم اللفظ المستعمل ، طالما أنه لا يثير الشك فى حقيقة المقصود به ، وليس بالضرورة أن تأتي هذه البيانات بترتيب معين ، وحتى في الحالات التي يحدث فيها نقص في أي من البيانات المنصوص عليها في القانون، فإن الشكل لا يعتبر معيباً [4] .

ذلك لأن هذه الشكلية في الواقع ليست واحدة بالنسبة لجميع الأعمال الإجرائية ، فقد تكون جامدة وكاملة إلى أقصى حد ، كما هو الشأن في الإعلان ، وقد تكون مرنة إلى حد ما ، وذلك حينما يخير المشرع أصحاب المصلحة ، بين وسيلتين على الأقل فى أداء العمل الإجرائي ، فالطلب العارض مثلاً ، فكما يجوز طرحه شفاهاً في الجلسة أثناء نظر الدعوى ، فإنه يمكن تقديمه بطريق الصحيفة [5] ، وتطبيقاً لذلك قضت المحكمة العليا فى أحد أحكامها " ويتم

([1]) د/ أحمد هندى : التمسك بالبطلان فى قانون المرافعات ، دار الجامعة الجديدة ، 2005 ، ص 9 .
([2]) انظر : د/ أحمد السيد الصاوى : الوسيط فى شرح قانون المرافعات ، آنف الذكر ، ص 452 .
([3]) د/ محمد عبد الخالق عمر: مبادئ التنفيذ ، دار النهضة العربية ، ط 4 ، 1978 ، ص 31 .
([4]) انظر : د/ فتحى والى : نظرية البطلان فى قانون المرافعات ، ط 2 ، 1977 ، منشورات الحلبى ، ص 186 .
([5]) أستاذنا الدكتور الكونى على اعبودة : قانون علم القضاء ، النشاط القضائى ـ الخصومة القضائية والعريضة ، المركز القومى للبحوث والدراسات العلمية ط 2 ، 2003 ، ص 142 ، 143 .

التدخل بالإجراءات المعتادة لرفع الدعوى قبل يوم الجلسة ، أو بطلب يقدم شفاهاً بالجلسة في مواجهة الخصوم ، ويثبت فى محضر الجلسة " [1] .

ويميز الفقه الإجرائي بين الشكل الإجرائي للعمل القضائي وبين شكلية الإجراء، فالأول يتحقق لمجرد التنظيم التشريعى لإجراءات العمل القضائي ، أما شكلية الإجراء القضائي فتعني أن المشرع لا يكتفي بوضع نظام لسير الإجراءات ، بل يحدد شكلاً لكل إجراء على حدة ، وهذا يعني بطبيعة الحال جمود الشكل الإجرائي للعمل القضائي ، بينما تملي مرونته إمكانية أدائه بأكثر من طريقة ، ولهذا فإن الشكلية فى الإجراءات القضائية ، يجب ألا تؤدى إلى جمود الشكل الإجرائي للعمل القضائي ، وتكون عبئاً ثقيلاً على المتقاضين [2] .

وبتعبير آخر فإن الشكل ليس إلا بعض عناصر العمل الإجرائى أى شرطاً من شروط صحته ، فالعناصر الشكلية بهذه المثابة ، هي مجموعة العناصر الخارجية اللازمة لإفراغ النشاط الإجرائى في داخلها وبه يتحقق المظهر الخارجى للعمل الإجرائي [3] .

ومن الناحية الإجرائية فإن الفقه والقضاء قد صاغا مبدأ مرونة وتكافؤ الأشكال القانونية ، والذي يسميه القضـاء الفرنسي principe des équipollents أو principe des équivalents [4] ، فلا يكون هناك خطأ أو نقص في بيان إلا إذا كان مجهلاً له مؤدياً إلى الشك في حقيقته ، ويمكن تكملة النقص أو الخطأ فى بيان من بيان آخر في الإجراء أو في أي ورقة معلنة معها مادام يحقق الغاية التى يريدها المشرع من هذا البيان [5] .

لذلك ، إذا كان القانون يتطلب بياناً معيناً أو يتطلب إتباع شكل معين ، فليس بالضرورة أن يأتي هذا البيان أو الشكل بلفظ معين ، فالبطلان لا يحكم به لمجرد استعمال لفظ غير اللفظ الذى عبر به القانون عن المعنى المطلوب ، ذلك أن كل

---

[1]) طعن أحوال شخصية ، رقم 5 ، لسنة 20 ق ، جلسة 15 / 11 / 1973 مكتب فنى 20 ، ج 2 ، ص 40 .

(2)) د/ آدم وهيب النداوى : ، المرافعات المدنية ، آنف الذكر ، ص 23 ، 24 .

(3)) محمد كمال عبد العزيز : نظرية البطلان فى قانون المرافعات الجديد ، بحث منشور فى مجلة المحاماة ، العدد الحادى عشر ، س 50 ، نوفمبر ، 1970 ص 63

(4)) د/ فتحى والى : البطلان ، آنف الذكر ، ص 190 وما يليها ، بند 102

(5)) د/ وجدى راغب : النظرية العامة المؤلف آنف الذكر ، ص 633 .

لفظ يؤدي إلى المعنى المقصود به يصح الاعتداد به [1] ، " وليس من الضرورة إتباع التسلسل الذى نص عليه القانون ، لأن مراعاته مسألة استحسان الهدف منها تيسير استظهار بيانات الورقة " [2] ، ومن تطبيقات ذلك ذكر التاريخ ، فكما يجوز أن يأتى في أول الورقة ، يجوز أيضاً أن يذكر في آخرها ، باستثناء توقيع القاضي على الحكم والذى يجب أن يأتي بعد مضمون العمل الإجرائي ، فهو مبدأ إذن له نتائج نظرية وعملية على حد سواء ، فمن نتائجه وكما أشرنا ، أنه إذا نقص بيان فى ورقة من أوراق المرافعات ، فإنه يمكن تكملة هذا النقص ليس فقط من بيان مماثل للبيان الناقص ، وإنما أيضاً من أي بيان آخر ، ولو لم يكن مماثلاً للبيان الناقص ، ما دام يؤدي الغاية التى أرادها المشرع من البيان الناقص ، وهو مبدأ ينطبق على الشكل في كل الأعمال الإجرائية ، ويسميه الفقه بمبدأ " المترادفات " [3] .

وبهذا توصل القضاء مستهدياً بروح التشريع ، إلى التقرير بأن بيانات الورقة الإجرائية يكمل بعضها بعضاً [4] ، حيث قررت المحكمة العليا في أحد أحكامها بأن النقص في بعض ما يجب أن تتضمنه ورقة الإعلان كإغفال الاسم أو اللقب أو المهنة أو الموطن لا يترتب عليه بطلان الإعلان ، طالما أن البيانات الأخرى التى تحويها الورقة لا تؤدى إلى الشك في حقيقة شخص المعلن أو المعلن إليه [5].

ومن أجل هذا فإن مبدأ وسيلية الأشكال يقتضي عدم إبطال الإجراء إذا كانت الغاية التى يتوخاها القانون فيه قد تحققت في الواقع ، فالقانون يفرض شكل الإجراء لتحقيق ضمانات معينة ، كحرية الدفاع أو مواجهة الخصوم ، ومتى حقق الإجراء هذه الضمانات فإن التمسك ببطلانه لعدم احترام الشكل يعنى انحراف الشكل عن غايته [6] ، فلا بطلان إذا ما تحققت الغاية من الإجراء ، ويعتبر هذا

([1]) د/ احمد مسلم د/ احمد مسلم : أصول المرافعات ـ التنظيم القضائى والإجراءات والأحكام ، مكتبة النهضة المصرية ، 1959 ، ص 455 .

([2]) أستاذنا الدكتور الكونى على اعبودة : قانون علم القضاء ، النشاط القضائى ، آنف الذكر ، ص 165 ، 166 .

([3]) لتفصيل أكثر انظر: د/ فتحى والى : الوسيط فى قانون القضاء المدنى ، دارا لنهضة العربية ، 1991 ، ص 400 ، 401 ، ويضيف أنه يجب لتطبيقه شرطان أن يوجد بيان مرادف للبيان الناقص ، بحيث يكفى أن يكون متكافئاً معه فى تحقيق الغاية التى يريدها المشرع منه ، وأن يكون البيان المرادف فى نفس الورقة ، أو فى ورقة أخرى معلنة مع الورقة المعيبة .

([4]) د/ احمد مسلم : أصول المرافعات المؤلف آنف الذكر ، ص 454 .

([5]) نقض مدنى : جلسة 21 / 12 / 1971 ، رقم 18 / 2 ق ، س 8 ، ع 2 .

([6]) د/ وجدى راغب : النظرية العامة المؤلف آنف الذكر ، ص 633 .

المبدأ ذروة تطور الفقه الإجرائي ، وتتويجاً لتطور السوابق القضائية لمعالجة معظلة البطلان ، حيث ينظر إلى الشكل على أنه غير مطلوب لذاته بل على أساس أنه يرمي إلى غاية معينة [1] ، فالشكل وكما تقول محكمة النقض المصرية " ليس سوى وسيلة لتحقيق غاية معينة في الخصومة ، فربط شكل الإجراء بالغاية منه يؤدي إلى جعل الشكل أداة نافعة في الخصومة ، وليس مجرد قالب جامد تتأذى منه العدالة " [2] ، ويعرقل سير الإجراءات كالشكليات التى كان يعرفها القانون الروماني فى عهد دعاوي القانون .

ويمكن تأصيل هذا المبدأ كما تقول المذكرة التفسيرية لقانون المرافعات المصري بنظرية التعسف في استعمال الحق التي تتسق مع مبدأ نسبية الحقوق الذي يعني أن الحق ليس غاية في ذاته وإنما هو وسيلة لتحقيق غاية معينة ، ولهذا فإنه إذا نص القانون على البطلان ، وتحقق عيب في الإجراء ، فنشأ عنه حق للشخص فى التمسك بالبطلان ، فإن هذا الحق إنما يقصد بإعطائه لصاحبه ضمان تحقيق الغاية من القاعدة المخالفة ، فإذا تمسك صاحب الحق بالبطلان رغم تحقق الغاية من الشكل أو البيان المطلوب ، فإنه يعتبر استعمالا غير مشروع للحق لأنه لا يتمسك به بقصد تحقيق الغاية التى أعطى الحق من أجلها إذ الغاية قد تحققت [3] .

فالأخذ بالمذهب الذى يلزم القاضي بالحكم بالبطلان ، لمجرد النص عليه دون تقدير يؤدي أحياناً إلى الإضرار بالعدالة ، ذلك أن القاعدة القانونية قاعدة عامة بطبيعتها ، وعندما ينص القانون على البطلان في حالة معينة ، فإنه يراعى ما يحدث في الظروف العادية ، ولكن من الناحية العملية إذا تحققت الغاية من الشكل في قضية معينة ، فإن البطلان يصبح لا ضرورة له ، وينتهي إلى أن يكون سلاحاً فى يد سيئ النية من الخصوم الذي يريد عرقلة الخصومة[4] .

---

(1) فى هذا المعنى انظر : د/ أحمد السيد الصاوى : الوسيط ، آنف الذكر ، ص 459

(2) انظر : طعن رقم 5480 ، لسنة 63 ، دوائر تجارية ، جلسة 11 / 3 / 2008

(3) انظر المذكرة الإيضاحية لمشروع قانون المرافعات المصرى .

(4) عبد الحميد الشواربى : البطلان المدنى الإجرائى والموضوعى ، المكتب الجامعى الحديث ، 2007 ، ص 36 .

وفي الواقع فإن معيار الغاية تمليه أيضاً فكرة السلطة التقديرية للقاضي التي تتقيد دائماً بالغاية المخصصة لها ، وهو أيضاً نتيجة حتمية لمبدأ وسيلية الأشكال [1] ، تلك السلطة التقديرية المنوحة للقضاء فى تحديد مدى تحقق الغاية من الإجراء وفق الشكل المقرر في القانون ، باعتبار أن كل عنصر من عناصره يحقق ضمانة معينة للخصم ، وللوصول إلى فهم أكثر عمقاً لفكرة تحقق الغاية من الشكل ، ـ والتى عليها مدار بحثنا ـ يجب أن نعرج على فكرتي العيب الجوهرى والضرر ، وهو ما سنتناوله فى المطلب الثاني .

المطلب الثاني

فكرتي العيب الجوهري

والضرر

وضع المشرع الليبي معياراً عاماً للبطلان في حالة عدم النص ، وهو معيار الضرر والذي يقابل قاعدة " لا بطلان بدون ضرر " في القانون الفرنسي م 114 / 2 [2] ، فنصت المادة 21 من قانون المرافعات الليبى علي انه " يكون الإجراء باطلا إذا نص القانون على بطلانه أو إذا شابه عيب جوهري ترتب عليه ضرر للخصم " ، ومن ثم فهي قد ربطت البطلان بشرط النص عليه ، أو وروده على بيان جوهري ترتب عليه ضرر للخصم .

وقد يكون من المفيد الإشارة هنا إلى أنه ، ومن أجل الوصول إلى فهم محدد ودقيق لفكرة تحقق الغاية من الإجراء ـ والتي أغفل المشرع الليبى النص عليها ـ ، أن نستعين بقانون المرافعات المصري الذى يعد مصدراً تاريخياً لهذا النص ، ومن ثم مصدراً تفسيرياً له ، وذلك قبل أن يعدل المشرع المصرى عن هذا النص بمضمونه ، ويضيف إليه ما انتهى إليه اجتهاد الفقه والقضاء ، كما سنرى .

([1]) د/ وجدى راغب : مبادئ القضاء المدنى ، ط 1 ، 1986 ، دار الفكر العربى ، 358 .

([2]) والتى جاء نصها على النحو التالى

La nullité ne peut être prononcée qu'à charge pour l'adversaire qui l'invoque de prouver le grief que lui cause l'irrégularité, même lorsqu'il s'agit d'une formalité substantielle ou d'ordre public

ويمكن لنا هنا أن نقتبس ما قاله الفقه الإجرائي قديماً حول مسائل البطلان وبالمواقف التى يجب أن يتبناها المشترعون والقضاة أمام صمت القانون في الموضوع " ، بأن يضعوا نصب أعينهم جميع مبادئ التفسير والتأويل القانونية ويسمحوا لأنفسهم التأثر بهذه المبادئ ، وفي هذه الأحوال ينفسح المجال أمام المفسر في تطبيق المبادئ القويمة المستنبطة من المسائل التاريخية ومن مقارنة الشرائع فيسترشدوا بما قضت به المحاكم ، ويستخلصوا القواعد القانونية من هذه الأحكام " [1] .

فمن الملاحظ أن القواعد التى كانت متبعة في التشريع المصرى السابق الصادر فى سنة 1949 ـ فى المادة 25 منه ـ ، هي ذات القواعد المعمول بها في قانون المرافعات الليبي الحالي ، حيث كان نص المادة 25 مرافعات مصري ، يجري على النحو التالي " يكون الإجراء باطلاً إذا نص القانون على بطلانه أو إذا شابه عيب جوهري ترتب عليه ضرر للخصم " ، وهو حكم مماثل أيضاً لحكم المادة 29 مرافعات سوري .

وقد كان الرأى يتجه في تفسيره لهذا النص بأن البطلان يترتب إذا نص عليه القانون صراحة ، أو كان النص يقتضيه دلالة بأن كان نصاً نافياً أو ناهياً ، أما إذا لم ينص القانون على البطلان ، فلا يترتب البطلان إلا إذا توافر شرطان أن يكون العيب جوهرياً ، وهو الذي ينشأ عن مخالفة وضع جوهري ، ويكون الوضع جوهرياً إذا كان متعلقاً بالنظام العام أو يترتب عليه وجود الإجراء أو توافر صفة من صفاته المميزة له أو تحقيق الغرض المقصود منه في القانون ، وأن يترتب على العيب ضرر بالخصم المتمسك بالبطلان [2] ، والمقصود بالضرر هنا كما عليه جانب من الفقه ، هو أن يكون من شأن العيب تفويت مصلحة الخصم التى قصد القانون صيانتها وحمايتها بما أو جبه وحصلت مخالفته ، ولا حاجة بعد ثبوت فوات هذه المصلحة إلى إثبات ضرر خاص [3] .

---

[1]) د/ عبد الحميد أبو هيف : المرافعات المدنية والتجارية والنظام القضائى فى مصر ، مطبعة الاعتماد ، 1921 ، ص 508

[2]) د/ وجدى راغب : النظرية العامة للعمل القضائى ، المؤلف آنف الذكر ، ص 636 .

[3]) انظر : د/ عبد العزيز عامر : شرح قانون المرافعات الليبى ، مكتبة غريب ، 1976 ، ص 285 .

ويرون أن حكم المادة 25 / 2 مرافعات مصرى ، لا ينطبق إلا في أحوال النقص أو الخطأ في استيفاء الإجراءات الجوهرية ، فلا شان له بالإجراءات غير الجوهرية ولو ترتب عليها ضرر بالخصم ، وهو يتناول البطلان المتعلق بالورقة أو الإجراء في ذاته بسبب كونه غير مستكمل شروط الصحة ، فلا علاقة له بالبطلان المترتب على ظروف خارجة عن الإجراء ، كفقدان الصفة أو الأهلية عند طرفي الخصوم ، لأن البطلان فى هذه الحالة يستند إلى القواعد العامة [1] .

وصحيح أن المشرع لم يحدد المقصود بالإجراء الجوهري ، وإنما ترك هذا التحديد لاجتهاد الفقه والقضاء يستنبطها مستهدياً بالحكمة التي تقف وراء كل قاعدة تقرر إجراءً ما ، وعلى ضوء هذه الحكمة يمكن استخلاص ما إذا كان الإجراء جوهرياً من عدمه [2] ، وهو ما تباينت بشأنه آراء الفقه والقضاء .

ويقرر جانب من الفقه في هذا المقام ، أن فكرتي الضرر وجوهرية الإجراء ليستا سوى وجهين لمسألة واحدة ، وان الشرط الثاني ليس إلا تكراراً للشرط الأول وإن بصورة أخرى أو بعبارة أخرى [3] ، وأن الضرر صورة من صور العيب الجوهري ، مما دعا بعض الأحكام إلى الاستغناء عن فكرة الضرر ، مادامت المخالفة لوضع جوهري [4] .

فالوضع الجوهري فى إجراءٍ ما هو الذي يترتب على مخالفته ضرر إجرائي لمن وجه إليه الإجراء ، والضرر الذى يعتد به لإبطال إجراءٍ ما ، هو ذلك الذى يترتب على مخالفة وضع إجرائي جوهري ، وعلى هذا فإنه إذا كانت فكرة الضرر ينظر فيها إلى "من وجه إليه الإجراء " ، فإن فكرة جوهرية الإجراء ينظر فيها إلى " كيان الإجراء ونوعه أو المقصود به " ، فعلى الرغم من التطابق بين أوصاف الوضع الجوهري ، ومظاهر الضرر ، فإنه يأتي في المقام الأول بالنسبة للضرر ما يتعلق بحكمة الإجراء أو المقصود به ، ثم يلي ذلك ما يتعلق بكيانه ، بينما يأتي

---

[1]) انظر : محمد العشماوى ، د/ عبد الوهاب العشماوى : قواعد المرافعات ، ج 2 ، المطبعة النموذجية ، 1958 ، ص 278 .
(2) د/ مأمون سلامة : الإجراءات الجنائية فى التشريع الليبى ، جامعة بنغازى ، 1974 ، ص 311 .
(3)) د/ عبد الباسط جميعى : شرح قانون الإجراءات المدنية ، دار الفكر العربى ، 1966 ، ص 448 .
(4)) د/ مصطفى كامل كيرة : قانون المرافعات الليبى ، دار صادر ، ص 313 .

في المقام الأول بالنسبة لجوهرية الإجراء ما يتعلق بكيانه ، ويلي ذلك ما يتعلق بنوعه وبالمقصود به [1] .

وبعبارة أوضح فإن جوهرية الإجراء ، هي كل وضع من شأنه أن يسبغ على الإجراء كيانه القانوني ، فالحكم مثلاً كإجراء يفتقد كيانه القانوني إذا لم يوقع عليه القاضي الذي أصدره ولو كان بالفعل هو الذي نطق به ، كذلك فإن توقيع المحضر على أصل الإعلان وصورته ، هو الذي يضفي على الورقة صفته الرسمية ، بل إن كل وضع إجرائي من شأنه أن يحقق ضمانة لأحد الخصوم .

وتطبيقاً لذلك قضت المحكمة العليا بأن " الفقرة الثانية من المادة 203 من قانون المرافعات الليبي ، تنص على أنه للخصوم أن يحضروا عمليات الخبرة بأنفسهم أو بواسطة محام ، وأن يقدموا للخبير ملاحظاتهم وطلباتهم كتابة أو شفاها ، ومقتضى هذا النص وما استقر عليه قضاء هذه المحكمة ، أنه على الخبير دعوة الخصوم لحضور أعمال الخبرة مع بيان زمان ومكان إجرائها ، سواء تمت بموجب حكم تمهيدي أو بناءً على أمر ولائي ، وأن إغفال الخبير لدعوتهم من شأنه أن يرتب البطلان طبقاً لنص المادة 21 من قانون المرافعات ، لما ينطوي عليه ذلك الإغفال من إخلال بحق الدفاع ، وما يلحقه بهم من ضرر لعدم تمكنهم من إبداء ملاحظاتهم وطلباتهم أثناء عملية الخبرة ، وهو حق كفله لهم القانون " [2] .

وقد ذهب جانب من الفقه إلى رفض اعتبار اللفظ الناهي مرادفاً للبطلان ـ وهو الاتجاه السائد في الفقه والقضاء المقارن ـ فعبارة النهى فى ذاتها لا تؤدي إلى البطلان ، ولا تؤدي إلى وجوب الحكم به ، وهو ما يستفاد من نص المادة 114 / 2 مرافعات فرنسي التى تقرر أنه لا يحكم بالبطلان إذا لم يكن القانون ينص عليه صراحة ، وهو ما قننته المادة 20 من قانون المرافعات المصري القائم ، والمقصود بالنص على البطلان هو النص عليه صراحة باللفظ ، فضلاً عن أنه لا توجد من الناحية المجردة أشكال جوهرية وأخرى غير جوهرية ، وإنما يكون الشكل جوهرياً إذا ترتب على تخلفه عدم تحقق الغاية منه في الواقع ، والشكل غير الجوهري هو

---

(1) د/ أحمد مسلم : أصول المرافعات ـ المؤلف آنف الذكر ، ص 452 ، 453 .
(2) انظر طعن مدنى رقم 1003 / 53 ق ، جلسة 25 / 7 / 2007 .

الذي لا يحول نخلفه دون تحقق هذه الغاية ، أو بحسب نص المادة 114 / 2 مرافعات فرنسي ، في وقوع ضررٍ بالخصم الذى يتمسك بالبطلان ، ويسرى هذا الشرط على كل الأشكال دون تفرقة بينها ، فالمناط في تقرير البطلان هو في عدم تحقق الغاية من الشكل [1] .

فالأساس إذن في تقرير البطلان وكما تقول محكمة النقض المصرية ، هو " تحقق الغاية من الشكل أو عدم تحققها ، دون تفرقة بين حالة النص على البطلان أو عدم النص عليه وذلك أياً كان العمل الإجرائي ، ولو كان حكماً قضائياً ، وسواء تعلق الشكل بالمصلحة الخاصة ، أو بالنظام العام حماية للمصلحة العامة عندما تكون مخالفة الشكل من شأنها المساس بأسس التقاضي وضمانات المتقاضي كتخلف مبدأ المواجهة القضائية سواء في الإجراءات أو في الإثبات بما يسمى حضورية الأدلة وكل ما يخل بحق الدفاع " [2] .

ومن ثم فإن ما انتهى إليه المشرع المصري ، وكما يقول الفقه ، إنما جاء تقنيناً لما ذهب إليه الفقه والقضاء المصريين ، قبل صدور التشريع القائم بتفسير معنى " العيب الجوهري الذي يترتب عليه ضرر للخصم " ، كشرط للبطلان عند عدم النص عليه بأنه العيب الذى لم تتحقق بسببه الغاية من الإجراء ، وهو أمر كان يعوز المحاكم في ظل القانون الملغي ، واستخدام المشرع المصري لتعبير تحقق الغاية من الإجراء في التشريع القائم ، بدلاً من تعبير " عيب جوهري يترتب عليه ضرر للخصم " ، ليس مجرد مغايرة في التعبير ، وإنما أراد المشرع أن يتجنب به ما أثير من خلاف فقهي وقضائي سواء في فرنسا أو في مصر فى ظل القانون الملغي ، حول ما يعتبر جوهرياً وما لا يعتبر كذلك [3] .

وهو ذات النهج الذي سارت عليه المحكمة العليا ، في تفسير نص المادة 21 مرافعات ليبي ، حتى وإن لم يكن المشرع قد عبر عن ذلك بلفظ صريح ، إذ يمكن أن يقال هنا أن هذه هي إرادة المشرع الحقيقية ، فقد جاء في حكمها ، إن المشرع الليبي وضع بهذا النص " حلاً موضوعياً للجدل الذي ثار حول الجزاء المترتب

---

(1) د/ فتحى والى : البطلان ، آنف الذكر ، ص 381 وما يليها .
(2) طعن مصرى : رقم 145 / 75 ق ، الدوائر التجارية ، جلسة 22 / 3 / 2011 .
(3) انظر : د/ أحمد السيد الصاوى : الوسيط فى شرح قانون المرافعات ، المؤلف آنف الذكر ، ص 467 .

على عدم مراعاة الإجراءات التي لم ينص على البطلان جزاءً لها صراحة ، وشرطها كما هو وارد في النص أن يشوب العيب إجراء جوهري ، وهو الشكل اللازم لتحقيق الغاية العملية التي رسمها القانون للعمل الإجرائي ، بحيث لا يكون العمل منتجاً لأثره بدون هذا الشكل " [1] ، بل إنها فسرت المقصود بالضرر في هذا النص ، بأنه " تخلف وظيفة الشكل أو تخلف الغاية التى قصدها القانون من تقريره ، هذا إلى أن تكون هناك علاقة سببية بين تخلف الشكل أو الإجراء الجوهري ، والضرر الذي لحق بالخصم " [2] ، ومما لا شك فيه أن هذا المسلك القضائي من جانب المحكمة العليا ، هو ما هيأ لقبول فكرة أن الأساس في تقرير البطلان هو تحقق الغاية من الشكل أو عدم تحققها .

كما أن الفقه في مجموعه قد سلم مع أحكام القضاء ، بأن العبرة في الحكم بالبطلان سواء كان منصوصاً عليه أو غير منصوص عليه بتحقق الغاية من الشكل المعيب أو عدم تحققه ، أى أن البطلان ـ سواء نص عليه أو لم ينص ـ لا يقضي به إذا تحققت الغاية من الإجراء ، وبذلك إذا نص القانون على البطلان وتحقق عيب فى الإجراء ينشأ عنه حق لشخص في التمسك بالبطلان ، فإن هذا الحق إنما يقصد بإعطائه لصاحبه ضمان تحقيق الغاية من القاعدة المخالفة [3] ، وترتيباً على ماتقدم فإنه إذا أوجب القانون توافر الشكل أو بيان في الإجراء فإن مناط الحكم بالبطلان هو التفطّن إلى مراد المشرع من هذا الإجراء ، وما يستهدفه من تحقيق غاية معينة ([4]) .

ومن ثم فإن الضرر الإجرائي الذي يصلح سندا للبطلان هو الذي يهدر ضمانة مكفولة بالإجراء ، أو تشكيكاً في حقيقة المقصود به ، وذلك حينما يكون النقص أو الخطأ المبطل للورقة مثلا مؤدياً إلى الشك في حقيقة البيانات الواردة بها ، ولا شك أن كل هذا يؤدي إلى الإضرار بمصالح الخصم المتمسك بالبطلان ، بتفويت لمصلحة معينة قصد القانون صيانتها أو حمايتها أو إهدار حق من حقوق الخصم

([1]) انظر : طعن مدنى رقم 15 / 16 ، ق جلسة 19 / مايو / 1970 ، المكتب الفنى ، ص 165 .

([2]) ذات الحكم المشار إليه .

([3]) د/ مصطفى كامل كيرة : قانون المرافعات ، آنف الذكر ، ص 309 .، وانظر كذلك : د/ عبد الباسط جميعى : شرح قانون الإجراءات المدنية ، آنف الذكر ، ص 448 ، وأيضاً محمد كمال عبد العزيز : تقنين المرافعات فى ضوء الفقه والقضاء ، آنف الذكر ، ص 106 .

([4]) طعن مدنى مصرى : رقم 7154 / 79 ق ، الدوائر المدنية ، جلسة 4 / 4 / 2010

، فالقانون مثلا يستلزم للتعريف بالمعلن إليه ذكر اسمه ولقبه او وظيفته وموطنه ، فإذا اغفل الاسم و اللقب واكتفى بذكر الوظيفة ولم يترتب على ذلك تجهيل ما ولم تكن هناك وظيفة مماثلة تلتبس بها فإنه لا يحكم بالبطلان [1] ، متى كانت البيانات الواردة كافية للتعريف به .

الطرح السابق يقودنا إلى مجموعة من التساؤلات ، وهي هل قام المشرع الإجرائي الليبي بتقنين فكرة الغاية ؟ أم انه اكتفى بجوهرية الإجراء الذي لا يكفي وحده لتقرير البطلان إذا لم يتحقق الضرر ليستغني عن تقنين فكرة الغاية ؟ أم أنه حقيقة تجاوز عن البطلان الواقع في شكل الإجراء - وبنص صريح في بعض الحالات - إذا حقق الإجراء المقصود به ؟ ، وهذا هو ما سيكون عليه مدار حديثنا في المبحث الثانى من هذه الدراسة .

(1) د/ أحمد مسلم : أصول المرافعات - المؤلف آنف الذكر ، ص 451 و 454 .

المبحث الثاني

تحقق الغاية من الإجراء

والتغاضي عن الإجراء المعيب

إذا كان المشرع الليبى في قانون المرافعات قد عمد إلى تقنين فكرة الضرر ، ـ وهو نفس مسلك المشرع الفرنسي ، الذي اقتصر في تحديد حالات البطلان عند عدم النص عليه على معيار الضرر ، وهو ما كان يأخذ به قانون المرافعات المصري الملغي ، قبل تعديل النص ـ حيث أرادها المشرع لذاتها كمعيار للحكم بالبطلان اقتنع به المشرع آنذاك ، وهي فكرة مهدت كما رأينا لتطبيق معيار الغاية لتقرير البطلان .

لكن الذي يمكن أن يثار حوله التساؤل من جديد هو هل تجاوز المشرع الليبي عن البطلان الواقع في شكل الإجراء ـ وبنص صريح في بعض الحالات ـ إذا حقق الإجراء المقصود به ؟ إن الإجابة على هذا التساؤل تقتضي الوقوف على توضيح المقصود بتحقق الغاية من الإجراء والتفرقة بين تحقق الغاية من الإجراء والغاية من الشكل (أولاً) ، ثم نعرج على مسألة مهمة ذات صلة وثيقة بهذا البحث ، ألا وهي أن الأخذ بمعيار الغاية لصحة العمل الإجرائي ، سيزيد من المخاوف في هذا الشأن ، فهو يقوم على فكرة التغاضي عن الإجراء المعيب ، وبهذا يظل هذا الأخير منتجاً لآثاره كما ولو كان صحيحاً (ثانياً) .

المطلب الأول

التفرقة بين تحقق الغاية من الإجراء

والغاية من الشكل

القانون ليس غاية في حد ذاته ، بل هو وسيلة لتحقيق غاية يسعى إليها ، ومن المعلوم أن القانون يعد جزءً من العلوم المعيارية أو التقعيدية ، والتي تتعارض مع العلوم التفسيرية البحتة ، والتي تشكل موضوعاً لمعرفة مباشرة ، تؤسس على مبدأ السببية ، على العكس من ذلك فإن العلوم التقعيدية أو المعيارية تحاول وضع أفضل القواعد على أساس حكم تقويمي ، هذا الحكم يبني في المقام الأول على

أساس تقدير الغاية المبتغاة ، وبعبارة موجزة فإن العلوم التقعيدية ، بما في ذلك القانون تؤسس على فكرة البحث عن غاية [1] .

ويقدم جانب من الفقه شكل الإجراء على أنه ليس سوى شكل غير مباشر للعمل القضائي ، ولذا لا يؤثر تخلفه طالما تحققت الغاية منه [2] ، فإذا تمسك صاحب الحق بالبطلان رغم تحقق الغاية من الشكل أو البيان المطلوب ، فإنه يعتبر استعمالاً غير مشروع للحق في إعمال الجزاء ، وهو ما دعا جانباً من الفقه إلى القول بأنه من الصعب التسليم بوجود نوعين من الأشكال الإجرائية لذات العمل الإجرائي ، فلا نستطيع بسهولة القول بوجود شكل مباشر للعمل وشكل غير مباشر هو شكل الشكل ، فالعمل الإجرائي أياً كان هو عمل قانوني يتخذ في خصومة ، ويولد آثاراً مباشرة فيها ، هذا العمل له مقتضيات موضوعية وشكل يتخذ فيه ، ولكي ينتج آثاره لا بد من توافر المقتضيات الموضوعية والعناصر الشكلية اللازمة لتوليد هذه الآثار [3] .

ذلك لأن المشرع قد وضع تنظيماً دقيقاً للخصومة ، حتى يسير بها نحو تحقيق هدفها ، إذ لم يكتف بتحديد أعمالها وعناصرها ، وإنما تولى بنفسه تحديد ما يجب أن يستوفيه العمل من شرائط حتى يرتب آثاره القانونية التي قصد المشرع إلى تحقيقها ، وإذا لم يستوف العمل هذه الشرائط ، فيكون باطلاً ولا يستطيع بالتالي أن يرتب الآثار التى كان يستطيع ترتيبها لو كان مستوفياً لهذه الشرائط [4] .

ولذا يجب التفرقة بين الغاية من الإجراء والغاية من الشكل أو البيان فالغاية من الإجراء تختلف عن الغاية من الشكل أو البيان ، فالأولى تهدف إلى إيصال مضمون ومحتوى العمل الإجرائي إلى الخصم الآخر ، وتحقيق هدف العمل الإجرائي من الناحية الموضوعية ، أما الغاية من الشكل فهي تتحقق باحترام الأشكال التى حددها القانون لتحقيق الغاية من الإجراء [5] ، بمعنى أن الغاية من الشكل هي الضمان الأساسي الجوهري المقرر لمصلحة الموجه إليه الإجراء ،

([1]) انظر : د/ أحمد إبراهيم : غاية القانون ، دراسة فى فلسفة القانون ، آنف الذكر ، ص 8 .
([2]) د/ وجدى راغب : النظرية العامة للعمل القضائى 1974، آنف الذكر ، ص 634 .
([3]) انظر : د/ نبيل إسماعيل عمر : عدم فعالية الجزاءات الإجرائية ، منشأة المعارف ، بدون تاريخ ، ص 125 .
([4]) د/ محمود محمد هاشم : اعتبار الخصومة كأن لم تكن ، مقال منشور بمجلة العلوم القانونية والاقتصادية ، العدد الأول والثانى ، يناير ويوليو سنة 1983 ، السنة الخامسة والعشرون ، ص 181 .
([5]) د/ نبيل إسماعيل عمر : قانون أصول المحاكمات المدنية ، ط1 ، آنف الذكر ، ص 430 .

وهي ما يهدف المشرع الإجرائي إلى تحقيقه فى القانون الإجرائي ، بينما الغاية من الإجراء هى ما يهدف مباشر الإجراء إلى تحقيقها ، وهذه الأخيرة قد تتحقق بدون أي شكل أو يشكل معدوم ، بينما الغاية من الإجراء لا تتحقق إلا بشكل صحيح ، وإن لم يكن هو ذات الشكل المطلوب [1] ، إذ يتعين أن يتم الوصول إليها بإجراء صحيح وليس بإجراء معيب ، " لأن لكل بيان ولكل وضع شكلي وظيفة معينة متميزة عن الغاية من الإجراء " [2] ، في حد ذاته كإجراء .

فإذا كان الإعلان (كإجراء) ، يحتوي على بيانات معينة لها وظيفة خاصة لكل منها وعلى سبيل المثال منها ، بيان تاريخ اليوم والشهر والسنة والساعة التى حصل فيها الإعلان ، (هذا البيان) يحقق وظيفة خاصة به ، إذ من خلاله يتم معرفة الوقت الذى تم فيه الإعلان ، وتحديد التاريخ الذى يبدأ منه سريان المواعيد التي تسرى من إعلان الورقة كميعاد الطعن إذا كان يبدأ من الإعلان ، ويهدف في ذات الوقت إلى تحقيق غاية معينة باعتباره وسيلة لعلم المعلن إليه بواقعة معينة ، ومع ذلك إذا ما تم الإعلان مع خلو الورقة من هذا البيان ، فإن الهدف أو الغاية من الإجراء يتحقق ، ولكن دون تحقق الغاية من (البيان) .

ومثل هذا المنطق ينطبق كذلك في حالة عدم توقيع المحضر ، فيكون الإعلان باطلاً لان الغاية من الشكل المقرر في التشريع أو الحكمة لم تتحقق وهي إلحاق صفة الرسمية بهذا العمل الإجرائي ، وأيضاً إذا ما صدر حكم دون تسبيب فإن الحكم يكون باطلا ، وذلك بسبب عدم تحقق الغاية من الأشكال ، وهي (ضمان جدية الحكم) ، بينما الغاية من الإجراء من الحكم قد تحققت بمجرد النطق بمنطوق الحكم الذي يبين حكم القانون في المسألة المتنازع عليها ، وحتى في الحالات التي يقوم فيها المحضر بإجراء إعلان ما ، دون أن يذكر فيه بالتفصيل إجراءات تمامه ، فإنه يكون باطلاً بسبب عدم تحقق الغاية من الشكل ، وهي

---

(1) د/ أحمد أبوالوفا : المرافعات المدنية والتجارية ، منشأة المعارف ، ط 14 ، 1986 ، ص 493 .

(2) د/ رمزى سيف : الوسيط فى شرح قانون المرافعات ، ط 8 ، دار النهضة العربية 1969 ، ص 494 .

ضمان احترام الخطوات التي قررها القانون للمحضر عند إجراء الإعلان ، فتنبعث الثقة في عمله [1] .

ومع وضوح الموقف الفقهي من مسألة المقصود بالغاية عند الحكم بالبطلان؛ بعد أن ثار التساؤل حول المقصود بالغاية في هذا الشأن وما إذا كان يقصد بذلك " الغاية من الشكل في خصوصه أم الغاية من الإجراء في عمومه ، وهل هى الغاية الموضوعية التى يقررها القانون أم الغاية الشخصية لمن يقوم بالإجراء ، وما إذا كانت هي الغاية المجردة أم هي الغاية الملموسة في الحالة الواقعية الخاصة"[2].

فإنه وفقاً لنص المادة 156 مرافعات إيطالي ، فإن العبرة هي بالنظر إلى الغاية من العمل الإجرائي ، ويقصد بها الوظيفة التى رسمها القانون للعمل بين مجموعة الأعمال المكونة للخصومة ، ولكن المشرع المصري لم يأخذ بوجهة النظر هذه ، ورأى أنه يجب النظر لا إلى الغاية من العمل ، وإنما إلى الغاية التى قصدها المشرع من الشكل كمقتضى من مقتضيات هذا العمل [3] .

إذ يجمع الفقه على أن الغاية هي الوظيفة الإجرائية للشكل أو البيان وليست الغاية النهائية التي هي حماية الحق الموضوعي [4] ، لان الإجراء إذا لم يتم وفقا للشكل المقرر في القانون فانه لا يكون قد حقق الوظيفة الإجرائية التي رسمها القانون فلا تكون به وبذاته قد تحققت المصلحة التي قصد القانون حمايتها وصيانتها ، فالمشرع وكما تقول محكمة النقض المصرية " قد يهدف بشكل العمل الإجرائي فضلاً عن تحقيق الغاية الموضوعية من العمل من خلال احترام الشكل إلى تحقيق ضمانات معينة لا تتصل اتصالاً مباشراً بالغاية من العمل الإجرائي وفي هذه الحالة يترتب على تخلف الشكل بطلان العمل الإجرائي وزوال كافة الآثار القانونية المترتبة عليه وكأنه لم يكن " [5] .

([1]) انظر : فى هذه الأمثلة وغيرها ، موسوعة القضاء والفقه للدول العربية ، المحامى حسن الفكهانى ، الدار العربية للموسوعات ، القاهرة ، ج 36 ، ص 166 وما يليها .

([2]) د/ فتحى والى : البطلان ، آنف الذكر ، ص 397 .

([3]) د/ فتحى والى : الوسيط فى قانون القضاء المدنى ، المؤلف آنف الذكر ، ص 406 .

([4]) د/ فتحى والى : توزيع حصيلة التنفيذ الجبرى فى قانون المرافعات المصرى ، 1966 ، مكتبة القاهرة ص 93 .

[5]) طعن رقم : 2893 / 68 ق ، الدوائر المدنية ، مشار إليه قبلاً

ومن أجل هذا أثير التساؤل من جانب من الفقه عما هو مراد المشرع المصري من المادة 20 / 2 مرافعات عندما يقول " ولا يحكم بالبطلان رغم النص عليه إذا ثبت تحقق الغاية من الإجراء " .

وما إذا كان هذا المنطق صحيحاً ، لأنه في مثل هذه الحالة من الممكن إثبات تحقق الغاية من الشكل المعيب ، ومن الاستحالة بمكان أن تتحقق هذه الغاية ، وسبب هذه الاستحالة يرجع إلى أن غاية الشكل لا يمكن أن تتحقق إذا كان الشكل هو الأداة الفنية الوحيدة التي حددها المشرع لتحقيق آثار الشكل الذي حدده المشرع كإطار قانوني للإجراء ، ورغم ذلك تخلف هذا الشكل أو اتخذ معيباً ، وسيثار التساؤل من جديد حول ماهية هذه الغاية ، إذ لا يمكن لشكل ضرورى حتماً لإنتاج غاية معينة ، أن يقال عند تخلفه ، أنه من الممكن رغم هذا الغياب أن تتولد ذات الغاية التى كان من الممكن وجودها لو كان هذا الشكل سليماً [1] .

إلا أن المثال التقليدي والنموذجي الذي يسوقه بعض الفقه للتدليل على إمكانية تحقق الغاية بتحقق واقعة مادية ، ولو عن غير طريق الشكل القانوني ، يمكن أن يوضح هذا المعنى ، فالشكل القانوني قد يرمي إلى ضمان تحقق واقعة مادية تتوافر بتحققها حماية قانونية معينة ، وعندئذ لا تعتبر الحماية القانونية مرتبطة ارتباطاً مباشراً بالشكل القانوني ، فيكفي تحقق الواقعة المادية ولو عن غير طريق الشكل القانوني ، لكى تتحقق الحماية التى يرمي إليها هذا الشكل ، كبيان تاريخ الجلسة للمدعى عليه ، فهذا الشكل يرمي إلى تحقق واقعة مادية معينة تتوافر بحضور المدعى عليه في الجلسة المحددة ، فإذا تحققت هذه الواقعة رغم تخلف الشكل ، فإن هذا كافٍ [2] ، وإن كان يمكن أن يقال هنا أن الغرض أو الغاية من الشكل تتم في معزل عن الشكل نفسه ، وبالتالى تعتبر هذه الغاية متولدة عن غير الشكل القانوني المطلوب [3] .

([1]) د/ نبيل إسماعيل عمر : عدم فعالية الجزاءات الإجرائية ، آنف الذكر ، ص 155 ، وما يليها .
([2]) د/ فتحى والى : الوسيط فى قانون القضاء المدنى ، المؤلف آنف الذكر ، ص 408 ، 409 .
([3]) د/ نبيل إسماعيل عمر : عدم فعالية الجزاءات الإجرائية ، آنف الذكر ، ص 161 .

الطرح السابق لهذه الأفكار يدعونا للقول بأنه ، وإن كانت فكرة الغاية مقننة في التشريعين الإيطالي والمصري ، ـ وإن اختلف كلا التشريعين في تفسير المقصود بالغاية عند الحكم بالبطلان ـ ؛ إلا هذا لا يعني أن المشرع الليبى لم يأخذ بفكرة الغاية على الإطلاق ، فنصوص المواد 88 ، 90 ، من قانون المرافعات الليبي تدل على أنه ، يتجاوز واستثناءً فى بعض الأحيان عن البطلان الإجرائى إذا حقق الإجراء الغرض المقصود منه .

فبعد أن نصت المادة 88 منه على أنه " إذا كان الخطأ أو النقص في بيانات صحيفة افتتاح الدعوى من شأنه أن يجهل بالمحكمة أو بالمدعى أو بالمدعى عليه أو بتاريخ الجلسة بطلت الصحيفة فإن وقع الخطأ أو النقص فيما عدا ذلك من بياناتها جاز الحكم بالبطلان " ، جاء نص المادة 90 ليقول " بطلان أوراق التكليف بالحضور الناشئ عن عيب فى الإعلان أو في بيان المحكمة أو تاريخ الجلسة أو عن عدم مراعاة مواعيد الحضور يزول بحضور المعلن إليه وذلك بغير إخلال بحقه في التأجيل لاستكمال ميعاد الحضور " .

فقد قدر المشرع أنه وطالما حقق الإجراء المعيب الغاية منه فإن البطلان يزول بحضور المعلن إليه ، ومن ناحية أخرى ينظر إلى أن " ترتيب البطلان على كل مخالفة إجرائية مهما قلت أهميتها يؤدي إلى كثرة إضاعة الحقوق ، تلك الحقوق التى يراد بالإجراءات صيانتها ، فكأن موت الحق الموضوعي كامن في وسيلة إحيائه " [1] ، وقد أشرنا قبلاً إلى أن قواعد الإجراءات هي قواعد وسيلية تهدف إلى خدمة الحق الموضوعى .

ويرى جانب من الفقه أن هذا الحضور " يفترض فيه علم الخصم الذى حضر بالدعوى وبميعاد نظرها ، لذلك فهو قد حضر ، ويترتب على الحضور إسقاط حقه في التمسك بالجزاء ، ولا يقال أن البطلان قد زال عن الإجراءات كما يقرر النص ، لأن البطلان وقع فى الماضي وما ترتب فى الماضي لا يمكن إزالته ، والأصح هو

(1) د/ أحمد مسلم ، المؤلف آنف الذكر ، ص 474 .

القول بسقوط حق الخصم في التمسك بإعمال آثار العيب الذى أصاب الإجراءات، وذلك شكل من أشكال الإعفاء القانوني من إعمال الجزاءات الإجرائية [1] .

وهذا صحيح فالحضور يسقط الحق في التمسك بالبطلان ولا يزيل العيب الذي اعتور الإجراء ، شأنه شأن التكلم في الموضوع ، لأن البطلان لا يصحح ، وإنما الذى يصحح هو الإجراء الباطل ، هذا مع ملاحظة أن الفقه والقضاء قد درج على القول بأن الحضور يصحح البطلان أو يزيل العيب أو أنه بالحضور يعتبر البطلان كأن لم يكن [2] .

وبحيث يبدوا في النهاية ، وكأنما هذا الحضور فرضاً قد أدى إلى استكمال الأشكال الإجرائية التي تخلفت أصلا في الإجراء المعيب ، ولم يكن إكمالها هنا بإضافة بيانات معينة ، ولكن عن طريق تحديد واقعة قانونية ، يترتب على حصولها تحقق الغاية من الأجراء [3] .

ومع هذا فإن المادة 90 مرافعات ، لا يعمل بها إلا في شأن البطلان الناشئ عن عيب من العيوب المقررة في النص ، وهي العيب في الإعلان أو في بيان المحكمة أو في تاريخ الجلسة المحددة لنظر الدعوى ، أو عن عدم مراعاة مواعيد الحضور ، كما أن المشرع لم يقرر هذا الحكم كقاعدة عامة ، وإنما قصره على أوراق التكليف بالحضور .

ونؤيد ما ذهب إليه الفقه من أن عبارة عيب في الإعلان لا تشمل إلا العيب في عملية الإعلان ، فلا تشمل العيب الناشئ عن النقص أو الخطأ في البيانات التي اوجب المشرع اشتمال أوراق المحضرين عليها بمقتضى المادة 10 من قانون المرافعات الليبي ، فالبيانات التي استلزم المشرع اشتمال أوراق المحضرين عليها كتاريخ الإعلان ليس الغرض منها تمكين الخصم من الحضور حتى يقال أنه إذا حضر رغم ما في هذه البيانات من نقص فقد تحقق الغرض ، وإنما قصد المشرع من هذه البيانات إلى أغراض أخرى لا تتصل بحضور الخصم [4] .

([1]) : د / نبيل إسماعيل عمر : الارتباط الإجرائى ، آنف الذكر ، ص 150 .

([2]) انظر : د/ أحمد أبو الوفا : الحضور المسقط لحق التمسك بالبطلان ، مقالة منشورة بمجلة المحاماة ، ع 6 ، 1970 س 50 ، ص 50 .

([3]) انظر : د/ نبيل إسماعيل عمر : عدم فعالية الجزاءات الإجرائية ، منشأة المعارف ، بدون تاريخ ، ص 134 .

([4]) د/ رمزى سيف : الوسيط فى شرح قانون المرافعات ، المؤلف آنف الذكر ، ص 410 .

أما العيوب الثلاثة الأخرى ، والتي يزول البطلان الناتج عنها بالحضور حسب تعبير المشرع هي العيب في بيان المحكمة ، " فيكون بإغفال ذكرها أصلا أو ذكرها خطأ أو بتحديدها تحديدا غير كافٍ للتعرف عليها على وجه قاطع ، أما العيب في التاريخ فيكون أيضا بإغفال تحديد تاريخ الجلسة أو تحديدها تحديدا خاطئاً ، وأخيرا يتحقق العيب في المواعيد إذا لم يمنع الخصم ميعاداً للحضور علي الإطلاق أو إذا لم تراع المسافات المنصوص عليها في القانون " [1] .

وقد مضت الإشارة إلى أن المحكمة العليا الليبية ، وعلى ما جرى به قضاؤها في تفسير نص المادة 21 مرافعات ليبي ، ارتأت بأن المشرع الليبي وضع بهذا النص " حلاً موضوعياً للجدل الذي ثار حول الجزاء المترتب على عدم مراعاة الإجراءات التى لم ينص على البطلان جزاءً لها صراحة ، وشرطها كما هو وارد في النص أن يشوب العيب إجراء جوهري ، وهو الشكل اللازم لتحقيق الغاية العملية التى رسمها القانون للعمل الإجرائي ، بحيث لا يكون العمل منتجاً لأثره بدون هذا الشكل " [2] ، بل إنها فسرت المقصود بالضرر في هذا النص ، بأنه " تخلف وظيفة الشكل أو تخلف الغاية التى قصدها القانون من تقريره ، هذا إلى أن تكون هناك علاقة سببية بين تخلف الشكل أو الإجراء الجوهري ، والضرر الذي لحق بالخصم " [3] .

لكن هذا لا ينفي أن هناك حالات لا يجوز فيها الاعتماد على معيار الغاية ، كما لو لم يكن العيب الذى يشوب الإجراء عيباً شكلياً ، إذ يترتب البطلان على تخلف المقتضيات الموضوعية فى الإجراء ، كما يترتب على تخلف صلاحية الشخص أو المفترضات القانونية دون نظر إلى تحقق الغاية أو عدم تحققها [4] ، ذلك أن نطاق تطبيق معيار الغاية ينحصر في العيوب الشكلية وحدها .

---

(1) أستاذنا الدكتور الكونى على اعبودة : قانون علم القضاء ، النشاط القضائى ، آنف الذكر ، ص 265 .
(2) انظر : طعن مدنى رقم 15 / 16 ، ق جلسة 19 / مايو / 1970 ، المكتب الفنى ، ص 165 .
(3) ذات الحكم المشار إليه .
(4) د/ وجدى راغب : مبادئ القضاء المدنى ، المؤلف آنف الذكر ، ص 363 .

وكذلك في الحالات التى يقرر فيها القانون جزاءً إجرائياً آخر للعيب الشكلى ، كعدم القبول أو سقوط الإجراء أو اعتباره كأن لم يكن ، فلا محل لإعمال هذا المعيار في هذه الحالات أيضاً ، وإنما يتم إعمال الجزاء الذي قرره المشرع حال توفر شروط إعماله ، دون النظر إلى تحقق الغاية من عدمها [1] ، على اعتبار أن المشرع قد صرح بذلك عند إخراج هذا العيب من دائرة تنظيم البطلان [2] .

ولا مجال أيضاً للبحث عن تحقق الغاية من الشكل أو عدم تحققها ، إذا كان مجرد غياب الشكل يترتب عليه عدم تحقق الغاية منه ، بحيث لا يجدي عند تخلفه إثبات تحقق الغاية من بوسيلة أخرى ، كخلو ورقة الإعلان من توقيع المحضر ، فهذا التوقيع فضلاً عن أنه يغني عن ذكر اسم المحضر إذا أغفل هو الذي يضفي على الورقة المعلنة صفة الرسمية ، بحيث يترتب على إغفاله بطلان الإعلان لعدم تحقق الغاية منه ، وهي غاية لا يمكن إثبات تحقيقها عن طريق آخر غير هذا التوقيع [3] .

من ناحية أخرى فإنه إذا تخلف عن الإجراء شكل من الأشكال التنظيمية ، فإنه يظل صحيحاً دون بحثٍ في تحقق الغاية أو عدم تحققها [4] ، ومن ذلك ما تنص عليه المادة 294 من قانون المرافعات الليبي من وجوب إصدار القاضي للأمر على عريضة فى اليوم التالي لتقديمها على الأكثر ، إذ هي مجرد قاعدة تنظيمية لا ترتب للخصم حقاً إجرائياً أو مركزاً قانونياً حتى يمكن التمسك بها بطريق البطلان .

ومن كل ما تقدم فإنه وإن كان قانون المرافعات قانون جزائي يقصد به تنظيم الجزاء الذى يرتبه القانون لحماية الحقوق ؛ إلا أننا قد رأينا بأن الفقه الإجرائي يسلم بعدم المغالاة في الأوضاع الشكلية ، وألا تتجاوز العلة فى تقريرها ، حتى لا ينقلب الغرض من فرضها بضياع حقوق لمجرد مخالفات شكلية لا ضرر منها ، أو لقيام مخالفة يمكن تداركها [5] .

([1]) د/ فتحى والى : البطلان ، آنف الذكر ، ص 405 .
([2]) محمد كمال عبد العزيز : تقنين المرافعات ، آنف الذكر ، ص 102
([3]) د/ أحمد السيد الصاوى : الوسيط فى شرح قانون المرافعات ، المؤلف آنف الذكر ، ص 466 .
([4]) د/ وجدى راغب : مبادئ القضاء المدنى ، المؤلف آنف الذكر ، ص 362 .
(5) د/ عبد المنعم الشرقاوى : الوجيز فى المرافعات المدنية ، دار النشر للجامعات المصرية ، 1951 ، ص 4 .

ليطرح على بساط البحث بعد ذلك كيفية تحقيق التوازن بين عدم الاعتداد بالمخالفة على تقدير تحقق الغاية ، والتغاضي عن الإجراء المعيب ، ومن ثم تفادي الحكم بالجزاء ، وبين اعتبار أن إقامة نوع من الجزاء على عدم مراعاة الإجراءات التى رسمها المشرع للوصول إلى الحق هو ما يضفي على تلك الإجراءات قيمة لها في الحياة العملية ، وهو ما سيؤثر من ناحية أخرى على أصل الحق كما ذكرنا مراراً وتكراراً ، وهو ما سنتاوله بالتفصيل فى المطلب التالي .

المطلب الثاني
التغاضي عن الإجراء المعيب
والإعفاء من البطلان

سنبدأ بالتذكير بما أشرنا إليه بالفعل أثناء التقديم لهذه الدراسة ، إذ مما لا شك فيه هو أن البطلان قد يترتب على مخالفة عناصر العمل الموضوعية لشرائط صحتها ، وفي هذه الحالة لا تثور أية مشكلة ، بيد أن الصعوبة تثور بالنسبة لترتيب البطلان لمخالفة الشكل الذي تطلب القانون توافره في العمل حتى يكون صحيحاً ، وهو ما يوحي بوجود تعارض بين أمرين ، الأول هو أن قواعد القانون المحددة للشكل ، تعد بلا شك قواعد قانونية وتكون لهذا واجبة الاحترام ما يستدعي توقيع الجزاء عند مخالفتها ، والثاني أن حماية الحقوق والمراكز القانونية تستلزم عدم التمسك بالشكليات ، وبالتالي عدم الحكم بالبطلان لمجرد المخالفات الشكلية التي تقع في الأعمال الإجرائية التي تتخذ للوصول إلى حماية القضاء لهذه الحقوق أو المراكز القانونية حتى لا تضيع هذه الحماية بسبب العيب الشكلي [1]، وحتى لا ينقلب الأمر إلى عكس الغرض المقصود .

(1) د/ محمود محمد هاشم : اعتبار الخصومة كأن لم تكن ، المقالة المشار إليها ، ص 181 .

فالبطلان وفق ما انتهى إليه الفقه هو تكييف قانوني أووصف لعمل إجرائي تم اتخاذه دون أن يكون مطابقاً لنموذجه القانوني ، ويترتب على قيام هذا الوصف عدم قدرة العمل الباطل على توليد الآثار القانونية التى يولدها العمل الإجرائي الصحيح ، وعدم القدرة هذا هو الجزاء الإجرائي [1] ، ومن هنا تبدو خطورة البطلان كجزاء ، الأمر الذي يقتضي عدم الإفراط فيه حتى لا يتجاوز الغاية من تقريره ، فإذا كان حسن سير القضاء واحترام حقوق المتقاضين يتطلبان ضرورة التقيد بما نص عليه المشرع من إجراءات ، فإن من المغالاة في الشكلية أن يفرض البطلان كجزاء على أي مخالفة ، ولو كانت ضئيلة ، الأمر الذى يترتب عليه ضياع الحقوق ويأباه في الوقت نفسه حسن سير القضاء [2] .

وفي مقابل ذلك نجد أنه حينما تحدث المخالفة ، ويغض النظر عنها ، وتتولد آثار الإجراء كما لم توجد من الأصل أية مخالفة ، فإن عدم فعالية الجزاء الإجرائي والحالة هذه يطيح بالاحترام الواجب للقواعد الإجرائية ، مع أنها قواعد واجبة الاحترام [3] .

وهكذا فإن البطلان الإجرائي يتأرجح بين هاتين الضرورتين ، وهنا لا بد من مفاضلة صريحة بين احترام الإجراءات ، وبين صيانة الحقوق من المغالاة فى التعلق بالشكليات ، وذلك بتقرير البطلان جزاء على بعض المخالفات ، وفي بعض الأحوال دون البعض الآخر ، وستثور صعوبة أخرى هنا تكمن فيمن يكون بيده زمام هذه المفاضلة ، فإما أن يترك زمام البطلان بيد القضاء ، يرتبه وفق ما يتبينه من ظروف الحال بالنسبة لجسامة المخالفة والضرر الذي قد ينجم عنها ، أو أن يكون البطلان بيد المشرع خشية من تحكم القضاء ، وحتى المشرع نفسه فهو إما أن يبالغ في الأمر إلى حد الاستئثار به ، وقد يتوسط فيه فلا يحرم القضاء من سلطة تقديرية وفي حدود ضوابط عامة بشأنه [4] ، فبصدد عيوب الإجراءات فقد ربطت التشريعات الإجرائية هذه العيوب بمعايير مختلفة ، منها معيار الضرر ،

([1]) د/ نبيل إسماعيل : قانون أصول المحاكمات ، آنف الذكر ، ص 423 .
([2]) د/ أحمد السيد الصاوى : الوسيط فى شرح قانون المرافعات ، المؤلف آنف الذكر ، ص 451 .
([3]) د/ نبيل إسماعيل عمر : عدم فعالية الجزاءات الإجرائية ، آنف الذكر ، ص 99 .
([4]) د/ أحمد مسلم ، المؤلف آنف الذكر ، ص 448 ، 449 .

ومنها معيار الغاية ، وكلاهما غامض ، وأناطت بهما تقرير بطلان الإجراء أو عدم إبطاله ، وبالتالي توليد الإجراء لآثاره أو عدم توليد هذه الآثار [1] .

وقد مضت الإشارة إلى أن المشرع قد وضع تنظيماً دقيقاً للخصومة ، حتى يسير بها نحو تحقيق هدفها ، إذ لم يكتف بتحديد أعمالها وعناصرها ، وإنما تولى بنفسه تحديد ما يجب أن يستوفيه العمل من شرائط حتى يرتب آثاره القانونية التي قصد المشرع إلى تحقيقها ، وإذا لم يستوف العمل هذه الشرائط ، فيكون باطلاً ولا يستطيع بالتالي أن يرتب الآثار التي كان يستطيع ترتيبها لو كان مستوفياً لهذه الشرائط [2] .

كما أن ما يميز قواعد المرافعات هو أنها قواعد كاملة أي أن مخالفتها يترتب عليها جزاء ، يضمن مراعاة الخصوم لهذه القواعد والتزام القضاة بها [3] ، والأصل أنه متى حصلت المخالفة تعين الحكم بالجزاء [4] ، إذ يوجد رباط منطقي وقانوني يربط مقومات الإجراء بآثاره وبجزائه في لحظة واحدة ، ففي مرحلة صناعة الإجراء نموذجياً وصياغته في القاعدة الإجرائية يحدد المشرع في ذات اللحظة أثر الإجراء إذا تم بالصورة المحددة له ، ويحدد الجزاء على تعيبه [5] ، إذا كان الإجراء المتخذ لا يتوافق مع نموذجه القانوني .

وبصدد البطلان فإن جانباً من الفقه ، يرى أن المشرع يجتهد لتجنب البطلان، إذا تحققت الغاية من الإجراء أو لم يحدث الضرر رغم المخالفة ، أي أن المشرع بعد أن نظم الأشكال الواجب اتباعها فى القيام بالأعمال الإجرائية ، وقرر البطلان جزاء على عدم مراعاة تلك الأشكال ، يعود ويحاول حصر هذا الجزاء في أضيق

([1]) د/ نبيل إسماعيل عمر : عدم فعالية الجزاءات الإجرائية ، آنف الذكر ، ص 119 .

([2]) د/ محمود محمد هاشم : اعتبار الخصومة كأن لم تكن ، المقالة السابقة ، ص 181 .

([3]) د/ أمينة النمر : قوانين المرافعات ، الكتاب الأول ، مؤسسة الثقافة الجامعية ، 1982 ، ص 23 .

([4]) د/ أحمد أبوالوفا : المرافعات ، آنف الذكر ، ص 507 ، والجزاء الإجرائى ليس واحداً وإنما تتعدد صوره ، فقد يتعلق بالخصومة كلها كوحدة يؤثر فيها ركوداً مثل شطب الخصومة ووقفها ، أو زوالها مثل سقوطها واعتبارها كأن لم تكن ، وقد يتعلق الجزاء الإجرائى بعمل واحد من أعمال الخصومة مثل سقوط الحق فى اتخاذ عمل معين لتجاوز الحدود اللازمة لمباشرته أو بطلان معين مثل صحيفة الدعوى أوالإعلان أو الحكم لتخلف مقتضى من مقتضياته الشكليــة إذا لم يكن قد تحققت الغاية من هذا المقتضى بسبب تخلفه ، وكذلك انعدام عمل من الأعمال لانتفاء عنصر جوهرى لازم لوجوده مثل انعدام الحكم لصدوره من غير قاض أو فى غير خصومة ، انظر د/ محمود محمد هاشم : المقال المشار إليه ، اعتبار الخصومة كأن لم تكن ، ص 109 ، وانظر كذلك بحثنا : نسبية الأثر المترتب على إجراءات المرافعات . بحث منشور .بمجلة دراسات قانونية . كلية القانون جامعة بنغازى ، العدد التاسع عشر، يناير 2016 .

([5]) د/ نبيل إسماعيل عمر : عدم فعالية الجزاءات الإجرائية ، آنف الذكر ، ص 63 .

نطاق ، فكأنه قرر جزاءً وقرر في نفس الوقت عدم فعالية هذا الجزاء [1] رغبة من المشرع في عدم التقيد خشية التأثير على أصل الحقوق ، فتضيع على أصحابها لمجرد احترام أشكال معينة والسير في أوضاع مرسومة [2] .

ولا يجب أن تطغى وسيلة حماية الحق على الحق ذاته ، حتى لا تعتبر سبباً في ضياع الحق وإهداره في حين أنها أداة لإسعاف الحق ، ففاعلية البطلان تقضي على فاعلية الحق الموضوعى ، بينما يجب الكفاح من أجل إضفاء الفاعلية على الحق الموضوعى بالتخفف قدر الإمكان من الشكل أو تهذيبه ليحقق هدفه ، دون أن يستفحل فيصبح داءً ، بينما المفروض أنه دواء [3] .

فحسن السياسة في القضاء يأبى المغالاة في التقيد بالشكل إلى حد إيقاع البطلان جزاءً على أية مخالفة مهما قلت أهميتها ، ومهما انتفى الضرر المترتب على وقوعها ، ومهما كان من الممكن إصلاحها [4] .

أو بعبارة أعم يمكن القول أنه إذا كان لابد من شكلية الإجراءات ، ووضع جزاء على مخالفة الأوضاع التي ينص عليها القانون بالحكم بالبطلان حتى تحترم تلك الأوضاع ، فمن الضروري مع ذلك منع المشرع من اتخاذ هذا الجزاء للإضرار بالحقوق ، ويتعين عليه إذن ألا يجيز الحكم بالبطلان في كل الأحوال ، لتصبح القوانين الإجرائية وسيلة سهلة توجه صاحب الحق الموضوعي إلى السبيل التي تؤدى به إلى الانتفاع بحقه دون أن تسبب في إهداره [5] .

ومن أجل ذلك ارتأت التشريعات الإجرائية أنه ليس من العدالة إهدار المراكز الموضوعية ، وليس من الحكمة إعمال البطلان على كل عيب مهما كان قدره أووزنه ، لهذا فهي قد اختارت صياغات غامضة تُبقِي الإجراء المعيب وتغض النظر عن العيب ، طالما لا يوجد ضرر ، أوطالما تتحقق الغاية من الإجراء [6] ، على اعتبار أنه من الممكن أن يكون لبطلان الأجراء ، تأثير على الإجراءات بل وعلى أصل الحق ذاته ، ذلك أن تقرير البطلان أو الحكم به ، لا يقتصر في

(1) د/ أحمد هندى : التمسك بالبطلان فى قانون المرافعات ، آنف الذكر ، ص 9 .
(2) د/ عبد المنعم الشرقاوى : الوجيز فى المرافعات المدنية ، آنف الذكر ، ص 274 .
(3) د/ أحمد هندى : التمسك بالبطلان فى قانون المرافعات ، آنف الذكر ، ص 281 .
(4) انظر:محمد حامد فهمى : المرافعات المدنية والتجارية ، القاهرة .1940 ، ص 445 .
(5) د/ أحمد أبو الوفا : نظرية الدفوع فى قانون المرافعات ، ط 1 ، 1954 ، دار المعارف ، ص 237 .
(6) د/ نبيل إسماعيل عمر : عدم فعالية الجزاءات الإجرائية ، آنف الذكر ، ص 120 .

بعض الأحيان على بطلان الإجراء ، وإنما قد يترتب عليه ضياع الحقوق التي يتم الاحتجاج بها أمام القضاء ، " وقد كان الغرض من الأساس من هذه الإجراءات هو منع سقوطها " [1] .

وكنا قد أشرنا إلى علاقة القواعد الإجرائية بأصل الحق المتنازع عليه أمام القضاء ، ووجدنا أن هذه القواعد ما هي إلا قواعد وسيلية ، خادمة للحقوق الموضوعية ، ولا يجوز ـ وكما يقال ـ للخادم الإضرار بسيده ، بمعنى أنه لا يجوز أن تؤدي الإجراءات إلى ضياع الحقوق الموضوعية ، لأن ذلك يتعارض مع الفلسفة الأساسية التي تقوم عليها فكرة الإجراءات [2] .

وقد رأينا فيما تقدم أن بعض أحكام المحكمة العليا الليبية ، تقدم فكرة واضحة عن معيار تحقق الغاية ، فلا يحكم بالبطلان إذا كانت الغاية من الإجراء قد تحققت ، رغم المخالفة الشكلية التي تمت ، فالبطلان يترتب إذا ما تخلفت الغاية من الإجراء ، وأن تخلف هذه الغاية هو الضرر الذي يترتب على إغفال ذلك الإجراء أو ذلك البيان [3] .

هذا مع ملاحظة أن تحديد الغاية من الشكل هي مسألة قانون ، وفي ذلك تقول محكمة النقض المصرية " ويعتبر تفسير ما هي الغاية من الشكل القانوني مسألة قانونية يخضع فيها القاضي لرقابة محكمة النقض ، فلا يستطيع أن يذهب إلى أن الغاية من الشكل غاية معينة غير التي أرادها المشرع ؛ إلا أن تحقق الغاية في حالة معينة أو عدم تحققها مسألة موضوعية من سلطة قاضي الموضوع الذي لا يلزم إلا بتسبيب حكمه تسبيباً كافياً ، بأن يبين بطريقة محددة تحقق الغاية من عدمه ، فإذا حكم بالبطلان المنصوص عليه رغم تحقق الغاية ، أو رفض الحكم بالبطلان غير المنصوص عليه ، رغم إثبات تخلف الغاية كان الحكم مخالفاً للقانون واجب الإلغاء إذا طعن فيه ، والسلطة التقديرية للقاضي لم تقرر لمصلحته، وإنما لصالح المتقاضين حتى يقوم بواجبه في تقدير خصوصيات كل منازعة

---

[1]) محمد العشماوى ، د/ عبد الوهاب العشماوى : قواعد المرافعات ، ج 2 ، آنف الذكر ، ص 281 .
[2]) د/ نبيل إسماعيل عمر : قانون أصول المحاكمات المدنية ، ط1 ، آنف الذكر ، ص 13 .
[3]) الأحكام المشار إليها فيما سبق ، وانظر كذلك د/ عبد الباسط جميعى : شرح قانون الإجراءات المدنية ، آنف الذكر ، ص 448 .

وظروفها وملابساتها ، واختيار الحل الأقرب إلى تحقيق العدالة باعتباره الحل المناسب الذي أوجب القانون إعماله " [1] .

وعلى أي فإنه مهما بلغت أهمية قواعد المرافعات ، فلا جدال في أنه يجب ألا يبالغ - الشارع - عند وضعها في تعقيد الإجراءات [2] ، بحجة السعي لتوفير الضمانات اللازمة لتحقيق العدل .

[1]) طعن مصرى : رقم 145 / 75 ق ، الدوائر التجارية ، جلسة 22 / 3 / 2011 ، وانظر كذلك : الطعن رقم : 1394 / 86 ق جلسة 13 / 6 / 2017 .

[2]) انظر : محمد حامد فهمى : المرافعات المدنية والتجارية ، آنف الذكر ، ص 3 ، وانظر بحثنا الاقتصاد فى إجراءات الخصومة ، دراسة فى قانون المرافعات الليبي ، مجلة البحوث القانونية مصراتة 2021 .

خاتمة

من خلال عرضنا السابق أن لنا أن نجمل النتائج

التي توصلنا إليها من خلال هذا البحث ، في الإطار الذي تمت فيه الدراسة الموسومة بـ " تحقق الغاية الإجرائية وسيلية الأشكال والإعقاء من الجزاء " وذلك على النحو التالي :

1ـ استبان لنا أن الشكلية الإجرائية سواء تمثلت في ضرورة كتابة الإجراءات ، أو اتخاذها بترتيب معين أو في مواعيد محددة ، تعد ضرورة لا غنى عنها للحيلولة دون تحكم القضاة وعبث الخصوم ، فهي شكلية تقتضيها طبيعة الأعمال الإجرائية ، فالإجراءات الثابتة والمنضبطة التي يلتزم جميع الأشخاص باتباعها في جميع حالات الالتجاء إلى القضاء تحول دون سوء نية الخصوم وتحايلهم ، وإذا كان الطابع المميز لقواعد المرافعات أنها قواعد شكلية ؛ إلا أن هذه الشكلية الإجرائية ليست واحدة في جميع الأعمال الإجرائية ، وقد وضحنا التفرقة بين الغاية من الإجراء والغاية من الشكل أو البيان ، وأوردنا كثيراً من الأمثلة الإجرائية التي تبرز هذه التفرقة بوضوح .

2 ـ كما تبين لنا من خلال هذه الدراسة ، أن مبدأ وسيلية الأشكال يقتضي عدم إبطال الإجراء إذا كانت الغاية التي يتوخاها القانون فيه قد تحققت في الواقع ، فالقانون يفرض شكل الإجراء لتحقيق ضمانات معينة ، كحرية الدفاع أو مواجهة الخصوم ، ومتى حقق الإجراء هذه الضمانات فإن التمسك ببطلانه لعدم احترام الشكل يعني انحراف الشكل عن غايته ، فلا بطلان إذا ما تحققت الغاية من الإجراء ، ويعتبر هذا المبدأ ذروة تطور الفقه الإجرائي ، وتتويجاً لتطور السوابق القضائية لمعالجة معظلة البطلان .

3 ـ واتضح لنا أنه وإن كان المشرع الليبي في قانون المرافعات قد عمد إلى تقنين فكرة الضرر ، وهو نفس مسلك المشرع الفرنسي ، الذي اقتصر فى تحديد حالات البطلان عند عدم النص عليه على معيار الضرر ، وهو ما كان يأخذ به قانون المرافعات المصري الملغي قبل تعديل النص ، حيث أرادها المشرع لذاتها كمعيار للحكم بالبطلان اقتنع به المشرع آنذاك ، وهي فكرة مهّدت كما رأينا

لتطبيق معيار الغاية لتقرير البطلان ، ورأينا أن المشرع الليبى تجاوز عن البطلان الواقع في شكل الإجراء - وبنص صريح في بعض الحالات - إذا حقق الإجراء المقصود به ، من خلال نصوص المواد 88 ، 90 ، من قانون المرافعات الليبي ، وهو ما وضحناه في ثنايا هذه الدراسة .

كما تتبعنا آراء الفقهاء حول مراد المشرع المصري من المادة 20 / 2 مرافعات عندما يقول " ولا يحكم بالبطلان رغم النص عليه إذا ثبت تحقق الغاية من الإجراء " ، وما إذا كان هذا المنطق صحيحاً ، لأنه في مثل هذه الحالة من الممكن إثبات تحقق الغاية من الشكل المعيب ، وهو ما فصل الفقه فيه القول ، واستدل عليه بأمثلة عملية أوردنا بعضها في هذه الدراسة .

4 - ووجدنا أن المحكمة العليا الليبية ، وعلى ما جرى به قضاؤها في تفسير نص المادة 21 مرافعات ليبي ، ارتأت بأن المشرع الليبي وضع بهذا النص " حلاً موضوعياً للجدل الذي ثار حول الجزاء المترتب على عدم مراعاة الإجراءات التي لم ينص على البطلان جزاءً لها صراحة ، وشرطها كما هو وارد في النص أن يشوب العيب إجراء جوهري ، وهو الشكل اللازم لتحقيق الغاية العملية التي رسمها القانون للعمل الإجرائي ، بحيث لا يكون العمل منتجاً لأثره بدون هذا الشكل "، بل إنها فسرت المقصود بالضرر في هذا النص ، بأنه " تخلف وظيفة الشكل أو تخلف الغاية التي قصدها القانون من تقريره ، هذا إلى أن تكون هناك علاقة سببية بين تخلف الشكل أو الإجراء الجوهري ، والضرر الذي لحق بالخصم " .

5 - كما تبين وبوضوح أن البطلان الإجرائي يتأرجح بين ضرورتين ، وكان لا بد من مفاضلة صريحة بين احترام الإجراءات ، وبين صيانة الحقوق من المغالاة في التعلق بالشكليات ، فما يميز قواعد المرافعات هو أنها قواعد كاملة أى أن مخالفتها يترتب عليها جزاء ، يضمن مراعاة الخصوم لهذه القواعد والتزام القضاة بها ، والأصل أنه متى حصلت المخالفة تعين الحكم بالجزاء .

ولذا فقد طرحنا على بساط البحث كيفية تحقيق التوازن بين عدم الاعتداد بالمخالفة على تقدير تحقق الغاية ، والتغاضي عن الإجراء المعيب ، ومن ثم

تفادي الحكم بالجزاء ، وبين اعتبار أن إقامة نوع من الجزاء على عدم مراعاة الإجراءات التي رسمها المشرع للوصول إلى الحق هو ما يضفي على تلك الإجراءات قيمة لها في الحياة العملية ، وهو ما سيؤثر من ناحية أخرى على أصل الحق ، وانتهينا إلى أن السياسة التشريعية تقتضي ألا يكون الحكم بالبطلان في كل الأحوال ، لتصبح القوانين الإجرائية وسيلة سهلة توجه صاحب الحق الموضوعي إلى السبيل التي تؤدي به إلى الانتفاع بحقه دون أن تسبب في إهداره ، على اعتبار أن تقرير البطلان أو الحكم به ، لا يقتصر في بعض الأحيان على بطلان الإجراء ، وإنما قد يترتب عليه ضياع الحقوق التي تم الاحتجاج بها أمام القضاء .

ثبت المراجع

- د/ أحمد ابراهيم : غاية القانون ، دراسة في فلسفة القانون ، دار المطبوعات الجامعية ، 2001 .
- د/ أحمد أبوالوفا : المرافعات المدنية والتجارية ، منشأة المعارف ، ط 14 ، 1986.
- د/ أحمد أبو الوفا : نظرية الدفوع في قانون المرافعات ، ط 1 ، 1954 ، دار المعارف .
- د/ أحمد السيد الصاوي : الوسيط في شرح قانون المرافعات المدنية والتجارية ، دار النهضة العربية ، 1990.
- د/ احمد مسلم : أصول المرافعات . التنظيم القضائي والإجراءات والأحكام ، مكتبة النهضة المصرية ، 1959.
- د/ أحمد هندي : التمسك بالبطلان في قانون المرافعات ، دار الجامعة الجديدة ، 2005
- د/ آدم وهيب النداوي : المرافعات المدنية جامعة بغداد ، 1988
- اسكندر سعد زغلول : قاضي التنفيذ علماً وعملاً ، دار الفكر العربي ، 1974 .
- د/ الكوني علي اعبودة : قانون علم القضاء ، النشاط القضائي . الخصومة القضائية والعريضة ، المركز القومي للبحوث والدراسات العلمية ط 2 ، 2003 .
- د/ أمينة النمر : قوانين المرافعات ، الكتاب الأول ، مؤسسة الثقافة الجامعية ، 1982 .
- أوامر الأداء في القانون المصري والقوانين العربية والأجنبية ، منشأة المعارف ، 1975
- حسن الفكهاني : موسوعة الفقه والقضاء للدول العربية ، الدار العربية للموسوعات ، القاهرة ، ج 36.
- د/ رمزي سيف : الوسيط في شرح قانون المرافعات ، ط 8 ، دار النهضة العربية 1969.
- د/ سمير تناغو : النظرية العامة للقانون ، منشأة المعارف بالإسكندرية ، 1974.
- د/ عبد الباسط جميعي : شرح قانون الإجراءات المدنية ، دار الفكر العربي ، 1966

- د/ عبد الحميد أبو هيف : المرافعات المدنية والتجارية والنظام القضائي في مصر ، مطبعة الاعتماد ، 1921

- عبد الحميد الشواربي : البطلان المدني الإجرائي والموضوعي ، المكتب الجامعى الحديث ، 2007 .

- د/ عبد العزيز عامر : شرح قانون المرافعات الليبي ، مكتبة غريب ، 1976 .

- د/ عبد المنعم الشرقاوي : الوجيز في المرافعات المدنية ، دار النشر للجامعات المصرية ، 1951.

- د/ عمر ممدوح مصطفى : القانون الروماني ، ج 1 ، ط 2 ، الإسكندرية 1954.

- د/ فتحي والي : نظرية البطلان في قانون المرافعات ، ط 2 ، 1977 ، منشورات الحلبي الحقوقية .

- د/ فتحي والي : الوسيط في قانون القضاء المدني ، دارالنهضة العربية ، 1991

- د/ فتحي والي : توزيع حصيلة التنفيذ الجبري في قانون المرافعات المصري .

- د/ مأمون سلامة : الإجراءات الجنائية في التشريع الليبي ، جامعة بنغازي ، 1974.

- د/ محمد الجيلاني البدوي الأزهري : قانون النشاط الاقتصادى ، 1 ، المبادئ والقواعد العامة ، الطبعة السادسة 2013 .

- محمد العشماوي ، د/ عبد الوهاب العشماوي : قواعد المرافعات ، ج 2 ، المطبعة النموذجية ، 1958.

- محمد حامد فهمي : المرافعات المدنية والتجارية ، القاهره .1940 .

- د/ محمد عبد الخالق عمر: مبادئ التنفيذ ، دار النهضة العربية ، ط 4 ، 1978 .

- محمد كمال عبد العزيز : تقنين المرافعات في ضوء الفقه والقضاء ، مكتبة وهبة ، 1978 .

- د/ مصطفى كامل كيرة : قانون المرافعات الليبي ، دار صادر.

- د / نبيل إسماعيل عمر : الارتباط الإجرائي في قانون المرافعات وآثاره الإجرائية والموضوعية ، ط 1 ، 1994 ، منشأة المعارف

- د/ نبيل إسماعيل عمر : قانون أصول المحاكمات المدنية ص 430

- د/ نبيل إسماعيل عمر : عدم فعالية الجزاءات الإجرائية ، منشأة المعارف ، بدون تاريخ .

- د/ وجدى راغب : النظرية العامة للعمل القضائي في قانون المرافعات ، منشأة المعارف ، 1974.

- د/ وجدى راغب : مبادئ القضاء المدني ، ط 1 ، 1986 ، دار الفكر العربي .

الدوريات والمقالات المنشورة :

- د/ أحمد أبوالوفا : الحضور المسقط لحق التمسك بالبطلان ، مقالة منشورة بمجلة المحاماة ، العدد السادس ، س 50 .

- محمد كمال عبد العزيز : نظرية البطلان في قانون المرافعات الجديد ، بحث منشور في مجلة المحاماة ، العدد الحادي عشر ، س 50 ، نوفمبر ، 1970.

- د/ محمود محمد هاشم : اعتبار الخصومة كأن لم تكن ، مقال منشور بمجلة العلوم القانونية والاقتصادية ، العدد الأول والثاني ، يناير ويوليو سنة 1983 ، السنة الخامسة والعشرون .

- د/ مصطفى الدراجي : نسبية الأثر المترتب على إجراءات المرافعات . بحث منتشور ، بمجلة دراسات قانونية . كلية القانون جامعة بنغازي ، العدد التاسع عشر ، يناير 2016 .

- د/ مصطفى الدراجي : الاقتصاد في إجراءات الخصومة ، دراسة في قانون المرافعات الليبي ، بحث مقدم للنشر ، مجلة البحوث القانونية مصراتة ، 2021 .

القرارات القضائية ومدونات القوانين :

- نقض مدني : جلسة 21 / 12 / 1971 ، رقم 18 / 2 ق ، س 8 ، ع 2 .

- طعن رقم 5480 ، لسنة 63 ، دوائر تجارية ، جلسة 11 / 3 / 2008

- طعن مدني رقم 1003 / 53 ق ، جلسة 25 / 7 / 2007 .

- طعن مدني مصري : رقم 7154 / 79 ق ، الدوائر المدنية ، جلسة 4 / 4 / 2010
- طعن مصري : رقم 145 / 75 ق ، الدوائر التجارية ، جلسة 22 / 3 / 2011 .
- طعن رقم : 2893 / 68 ق ، الدوائر المدنية ، جلسة 18 / 1 / 2016 .
- طعن مدني رقم 15 / 16 ، ق جلسة 19 / مايو / 1970 ، المكتب الفني .
- قانون المرافعات الليبي .
- قانون المرافعات المصري
- قانون المرافعات الفرنسي
- المذكرة الإيضاحية أو التفسيرية لمشروع قانون المرافعات المصري .