

إمارة أبوظبي - دائرة القضاء
Emirate of Abu Dhabi - Judicial Department
مركز البحوث والدراسات الفقهية والتشريعية والقضائية
Center of Judicial, Legislative and
Jurisprudential Researches and Studies



إمارة أبوظبي - دائرة القضاء
Emirate of Abu Dhabi - Judicial Department
مركز البحوث والدراسات الفقهية والتشريعية والقضائية
Center of Judicial, Legislative and
Jurisprudential Researches and Studies

مِجَلَّةُ

الْفِقْهُ وَالْقَضَاءُ وَالْفُتُوحَاتُ

مجلة دورية علمية محكمة
تعنى بنشر البحوث والدراسات الفقهية
والقانونية والقضائية وأنشطة المركز العلمية

الْفِقْهُ
وَالْقَضَاءُ وَالْفُتُوحَاتُ

مجلة دورية علمية محكمة
تعنى بنشر البحوث
والدراسات الفقهية
والقانونية والقضائية
وأنشطة المركز العلمية

رجب - شعبان ١٤٣٣ - يونيو ٢٠١٢

العدد الأول

السنة الأولى

السنة الأولى
العدد الأول
يونيو ٢٠١٢



مُجَلَّةُ الْفِقْهِ وَالْقَضَاءِ وَالْفُتُوحَاتِ

مجلة دورية علمية محكمة
تعنى بنشر البحوث والدراسات الفقهية
والقانونية والقضائية وأنشطة المركز العلمية

افتتاحية العدد

إن إشاعة الثقافة القانونية، ودعم الفكر القانوني لركيزة أساسية لكل نظام قضائي متمسك بسيادة القانون، ومتشبع بمبادئ العدل والإنصاف، ومؤهل لأداء رسالته السامية في صيانة الحقوق والحريات.

وفي هذا السياق والرؤية المتكاملة التي حققت بها دائرة القضاء منجزات هامة ومكاسب جمة بفضل القيادة الرشيدة ورعايتها الحكيمة أحدث مركز البحوث والدراسات الفقهية والتشريعية والقضائية لتنمية البحث العلمي، وتعميق الدراسة المتخصصة، وتعزيز التوعية القانونية، ورصد مدى ملاءمة التشريعات المعمول بها للتطورات الحديثة، ودعم النظام القضائي بالمستجدات القانونية لمواكبة التحولات الاقتصادية والاجتماعية بما تفرزه من إشكاليات ونوازل تتطلب توفير المعارف والتقنيات القضائية لمعالجتها.

وتحقيقاً لهذه المرامي والغايات يصدر المركز هذه المجلة التي تعنى بتشجيع الأبحاث والدراسات في مختلف مجالات الفقه والقضاء والقانون، وإثرائها بالمعارف والاتجاهات الفكرية المعاصرة ونشرها، وكذا بالاجتهادات القضائية التي تبرز المبادئ القانونية المقررة، وتوجهات محكمة النقض في تأويل النصوص القانونية بما يوافق روحها، وغير ذلك من المواضيع الهامة التي ستسهم لا محالة في إيجاد تواصل قانوني وقضائي وتعميمه.

ولا ريب في أن ما دأبت عليه دائرة القضاء منذ إنشائها من تطوير مستمر لأجهزتها والارتقاء بها إلى أوج الأنظمة العالمية، وما تحرص عليه من رفع مستوى الأداء وتحسين المردودية وفق نهج محكم، وتصميم منظم، و أفضل المبادرات والبرامج والتنظيمات قد أفضت إلى إنجازات ثرة تفصح عنها مختلف التقارير والمجلات التي تصدر عن هذه الدائرة، والتي تبرز كل واحدة منها جوانبها المتعددة مساهمة منها كلها في خلق فضاء مناسب لتبادل الآراء والمعلومات والخبرات، وإغنائها بما يستجيب للأمال والتطلعات خدمة للعدل والقضاء.

هيئة التحرير

الْفِقْهُ وَالْقَضَاءُ وَالْإِفْئَادَةُ

مجلة دورية علمية محكمة تعنى بنشر البحوث والدراسات الفقهية والقانونية والقضائية وأنشطة المركز العلمية - تصدر عن دائرة القضاء - أبوظبي



إمارة أبوظبي - دائرة القضاء Emirate of Abu Dhabi - Judicial Department

هيئة التحرير:

المستشار:	عبدالعزیز يعكوبي أمين عام مجلس القضاء رئيس هيئة التحرير
المستشار:	نبيل محمد فتحي عمران القاضي بمحكمة النقض
المستشار:	عز الدين السقاط مدير مركز البحوث
المستشار:	د. خيرى الكباش القاضي بمحكمة الاستئناف

إدارة التحرير:

مدير التحرير:	أحمد صفى الدين
التحرير الفني:	حاتم القاضي

المراسلات:

العنوان:	إ.م.ص ب 84 أبوظبى
الرقم المجاني:	8002353
الموقع الإلكتروني:	www.adjd.gov.ae
البريد الإلكتروني:	mag@adjd.gov.ae
الاشتراكات:	الأفراد: ٠٠ درهم المؤسسات: ٠٠ درهم

تمت الطباعة:

الراء المنشورة في مجلة الفقه والقضاء والقانون تعبر عن أصحابها ولا تعبر بالضرورة عن توجه المجلة أو دائرة القضاء، جميع الحقوق محفوظة، لا يسمح بإعادة نشر أو حفظ أو تخزين أو نقل أو استخدام أي من محتويات المجلة بأي شكل من الأشكال دون إذن مسبق.

القسم الاول أبحاث ودراسات

08	الزواج المختلط والإشكاليات المحتفة به
42	الأحكام العامة والمبادئ الأساسية في القانون النموذجي للإفلاس العابر للحدود
86	طبيعة العمل في العقود محددة المدة وغير محددة المدة من خلال التشريعين المغربي والإماراتي
110	إطالة على فلسفة التسامح ومنهجية تطبيقه بين الشريعة والقانون
124	التوقيع الإلكتروني و حجته القانونية في ضوء التشريع الإماراتي
150	معيير أجنبية حكم التحكيم

القسم الثاني الاجتهاد القضائي

168	مجموعة الأحكام والمبادئ القانونية الصادرة عن محكمة النقض من دوائر المواد المدنية
272	مجموعة الأحكام والمبادئ القانونية الصادرة عن محكمة النقض من دوائر المواد التجارية
420	مجموعة الأحكام والمبادئ القانونية الصادرة عن محكمة النقض من دوائر المواد الجزائية
440	مجموعة الأحكام والمبادئ القانونية الصادرة عن محكمة النقض من دوائر المواد لأحوال الشخصية
668	مجموعة الأحكام والمبادئ القانونية الصادرة عن محكمة النقض من دوائر المواد الإدارية

القسم الثالث حكم وتعليق

726	حكم وتعليق

القسم الرابع أعلام الفقه والقضاء وأمهات كتبهم

730	أعلام الفقه والقضاء وأمهات كتبهم

القسم الخامس آفاق قانونية

744	آفاق قانونية
748	النظام الأساسي لهيئات تسوية النزاعات الخاصة بالنشاط الرياضي أحكام عامة

القسم السادس منجزات دائرة القضاء أنشطة المركز

778	أنشطة مركز البحوث والدراسات الفقهية والتشريعية والقضائية

القسم الأول أبحاث ودراسات

الزواج المختلط والإشكاليات المحتفة به

المستشار:

عبدالعزیز سلاوي حسناوي

مستشار بمحكمة استئناف العين

استعمل لفظ الزواج في اللغة للدلالة على اقتران احد الشئيين بالآخر بعد أن كان كل منهما منفردا عن الآخر ومنه قوله تعالى «وإذا النفوس زوجت»^(١) ثم شاع استعماله في اقتران الرجل بالمرأة على وجه مخصوص لتكوين أسرة حتى أصبح عند إطلاقه لا يفهم منه إلا ذلك المعنى بعد أن كان يستعمل في كل اقتران سواء كان بين الرجل والمرأة أو بين غيرهما.

واستعمل في الاصطلاح بمعنى النكاح للدلالة على عقد وضعه الشارع ليفيد بطريق الأصالة اختصاص الرجل بالتمتع بامرأة لم يمنع مانع شرعي من العقد عليها وحل استمتاع المرأة به بمعنى أن الزواج يحل استمتاع كل من الزوجين بالآخر متى تم العقد وان الزوج يختص بالتمتع بزوجه فلا يحل لأحد أن يتمتع بها ما دام العقد قائما ولو حكما أما الزوجة فيحل لها التمتع بزوجه دون أن تختص بذلك التمتع حيث يباح له أن يضم إليها ثانية وثالثة ورابعة لقوله تعالى «فانكحوا ما طاب لكم من النساء مثنى وثلاث ورباع»^(٢) وقد عنى الإسلام بهذا العقد عناية خاصة وأضفى عليه قدسية تجعله فريدا بين سائر العقود الأخرى لما يترتب عليه من آثار خطيرة لا تقتصر على عاقديه ولا على الأسرة التي توجد بوجوده بل يمتد إلى المجتمع فهو أهم علاقة ينشئها الإنسان في حياته لذلك تولاه الشارع بالرعاية من حين التفكير فيه إلى أن ينتهي بالموت والطلاق حيث بين الطريقة المثلى لاختيار الزوجة وكيفية إنشاء العقد ورسم طريقة المعاشرة الزوجية مبينا ما لكل من الزوجين قبل الآخر من حقوق وما عليه من واجبات،

لقد امتن الله علينا أن خلقنا معشر الرجال والنساء من نفس واحدة وهذه النفس الواحدة هي آدم ولذلك أمرنا سبحانه وتعالى بمراعاة هذه الوحدة في الأصل عند تعامل الرجال والنساء فقال في سورة النساء «يأياها الناس اتقوا الذي خلقكم من نفس واحدة وخلق منها زوجها وبث منهما رجالا كثيرا ونساء واتقوا الله الذي تساءلون به والأرحام إن الله كان عليكم رقيبا»^(٣) كما أمرنا أن نتذكر نعمته في خلقنا على هذا النحو بان خلق فينا هذا الميل من بعضنا لبعض وغرس في القلوب الحب والرحمة بين الزوجين فقال سبحانه وتعالى في سورة الروم «ومن آياته أن خلق لكم من أنفسكم أزواجا لتسكنوا إليها وجعل بينكم مودة ورحمة إن في ذلك لآيات لقوم يتفكرون»^(٤)

ولما كان الإسلام دين الفطرة ودين الله الذي أراد عمارة الأرض على هذا النحو فقد جاء بتحريم التبتل والحث على الزواج لكل قادر عليه يدل على ذلك أحاديث كثيرة منها:

«يا معشر الشباب من استطاع منكم الباءة فليتزوج فإنه أغض للبصر وأحصن للفرج، ومن لم يستطع فعليه بالصوم فإنه له وجاء»^(٥)

٢ سورة النساء الآية رقم (٣)

٤ الروم - الآية رقم ٢١

١ سورة التكوين الآية رقم (٧)

٣ النساء - الآية رقم ١

٥ رواه البخاري ومسلم

حديث سعد بن أبي وقاص رضي الله عنه قال « رد رسول الله صلى الله عليه وسلم على عثمان بن مظعون التبتل ولو أذن له لاختصينا»^(١)

حديث انس بن مالك رضي الله عنه أن: ثلاثة نفر من أصحاب النبي صلى الله عليه وسلم قال بعضهم لا أتزوج النساء، وقال بعضهم أصلي ولا أنام ، وقال بعضهم أصوم ولا افطر ، فبلغ ذلك النبي صلى الله عليه وسلم فقال «ما بال أقوام قالوا كذا وكذا ولكني أصوم وافطر واصلي وأنام وأتزوج النساء فمن رغب عن سنتي فليس مني»

وقد بعث رسول الله صلى الله عليه وسلم والعرب يتزوجون بطرق شتى بعضها يتفق وفهم العقلاء وبعضها لا يفعله إلا السفهاء فالغى فاسده وأقر صحيحه وكان من الطبيعي مع البعثة المحمدية وظهور الإسلام وانتشاره أن تطفو على السطح ظاهرة الزواج المختلط في كثير من أقطار المعمور يجمع بين زوجين مسلمين مختلفين في الجنسية أو بين مسلم وكتابية يختلفان في الدين والجنسية معا وان يتصدى الشارع لبيان أحكامه وأثاره وفق أحكام الشريعة الإسلامية والقانون الواجب التطبيق بحسب الأحوال مع ما أصبحت تفرزه هذه الظاهرة في ظل العولة والهجرة واتساع وسائل الاتصال من إشكاليات عميقة وخطيرة في ذات الوقت تهدد كيان العلاقة الزوجية وتنعكس سلبا على حضانة الأولاد وتربيتهم وتنشئتهم التنشئة الصالحة من جهة وتلفت نظر المسؤولين في أي بلد إليها لما لها من اثر داخل البلاد إن على المستوى الاجتماعي والاقتصادي والثقافي أحيانا أو على المستوى الأمني والسياسي أحيانا أخرى بهدف إيجاد الحلول المناسبة لها واتخاذ الإجراءات الكفيلة لاحتوائها وتفادي مخاطرها بما يحقق مصالحها العليا من جهة أخرى .

ولئن كان الزواج المختلط يعتبر ظاهرة اجتماعية تزداد حالاتها يوما بعد يوم فهو بهذا الشكل قد يكون زواجا حقيقيا بحيث إن الطرفين - الزوج والزوجة - يسعيان من ورائه إلى تكوين أسرة يتحملان المسؤولية كاملة داخلها على الوجه المطلوب شرعا^(٢) وقد يكون زواجا صوريا الغاية من عقده الحصول فقط على وثائق إدارية تؤهل الزوج بالخصوص في هذا الزواج إلى تسوية وضعيته القانونية في البلد الأجنبي وهو ما يصطلح على تسميته عادة ب (الزواج الأبيض) علما بأن الاجتهاد القضائي الفرنسي اعتبره زواجا باطلا لانعدام محل التراضي فيه^(٣)

وبغض النظر عن التحايل الذي قد يرتكب في هذا المضمار فإن للزواج المختلط شروطا شكلية وأخرى

١ التبتل: الانقطاع عن الزواج عبادة وندينا وتقربا إلى الله بالصبر على ذلك والبعد عما في الزواج من متعة

٢ عرف قانون الأحوال الشخصية الزواج في المادة ١٩ بأنه: «عقد يفيد حل استمتاع أحد الزوجين بالآخر شرعا غايته الإحصان وإنشاء أسرة مستقرة برعاية الزوج على أسس تكفل لهما تحمل أعبائها بمودة ورحمة»

٣ فقد جاء في حكم للمحكمة الابتدائية الكبرى بباريس أن الزواج الذي يهدف فقط إلى الحصول على تأشيرة الدخول إلى فرنسا يعتبر باطلا .

موضوعية وأثارا حددها القانون يرجع إليها في النزاعات المرتبطة به ، فقد تعرض تلك النزاعات على محاكم الدولة التي ينتمي إليها الزوج بجنسيته ، وقد تعرض على محاكم الدولة التي تنتمي إليها الزوجة بجنسيتها ، فتصدر أحكام كثيرا ما تختلف من هذا القضاء لذاك انطلاقا من نصوص قانونه وفلسفة مجتمعه والقيم التي يؤمن بها باستعمال وسيلة فنية تتمثل في تعطيل قاعدة الإسناد بدعوى أن القانون الأجنبي الذي تحيل عليه يخالف النظام العام في دولة القاضي . وفي هذا الصدد فقد نص المشرع الإماراتي في المادة الأولى (فقرة ٢) من قانون الأحوال الشخصية على أنه « تسري أحكام هذا القانون على مواطني دولة الإمارات العربية المتحدة» أي أنه اخذ بمبدأ شخصية القانون فيطبق القانون على المواطنين المنتمين إليها سواء كانوا موجودين على إقليمها أم كانوا موجودين خارج الإقليم واستثنى غير المسلمين من المواطنين فلم يجعل هذا القانون ساريا عليهم إذا كانت لهم قوانين في الدولة قد صدرت تتعلق بطائفتهم وملتهم وإلا كان القانون الواجب التطبيق هو هذا القانون^(١)

كما اخذ المشرع بمبدأ إقليمية قانون الأحوال الشخصية حينما نص بذات المادة الأولى منه على أنه يسري على غير المواطنين المقيمين في الدولة ما لم يتمسك الخصم بتطبيق قانونه الأجنبي ويقيم الدليل عليه ، مع مراعاة أحكام الشريعة الإسلامية القطعية أو النظام العام أو الآداب العامة للدولة^(٢)

ولعالجة هذا الموضوع حسبما تقتضيه طبيعته نقسمه إلى فصلين نتناول في الفصل الأول الزواج المختلط من حيث تعريفه وأنواعه وأثاره وفي الفصل الثاني الإشكاليات المحتفة به

١ مجموعة القوانين الاتحادية - المذكرة الإيضاحية لقانون الأحوال الشخصية الصادر بتاريخ ١٩/نوفمبر ٢٠٠٥م ص رقم ٤

٢ نفس المرجع السابق ص رقم ٤

الفصل الأول

الزواج المختلط

المبحث الأول

تعريفه:

لم يفرد المشرع الإماراتي الزواج المختلط بتعريف خاص وحسب علمنا أن القضاء بدوره لم يسبق له أن قام بذلك غير أن الفقه اهتم بهذا النوع من الزواج فكان يطلق في المجتمعات الإسلامية القديمة على ذلك الزواج الذي يتم بين المسلم والمرأة الكتابية (١). أما الزواج المختلط حديثاً فقد اتفق بعض الفقه على أنه هو ذلك الذي يبرم بين رجل وامرأة يفترض في أحدهما أنه يحمل جنسية الدولة والآخر جنسية دولة أخرى إذ أن معيار الجنسية هو الذي يحدد معناه (٢) وقد لخص الأستاذ موسى عبود في كتابه الوجيز في القانون الدولي الخاص المغربي تعريف الزواج المختلط في ذلك الذي يفترض وجود طرف مغربي (٣) كما عرفه الأستاذ محمد الكشبور في كتابه الوسيط في قانون الأحوال الشخصية المغربي بأنه كل زواج يبرم بالمغرب أو بالخارج بين شخص يحمل الجنسية المغربية وعنصر آخر يحمل جنسية دولة أجنبية (٤) أما الدكتور مثنى محمد القيسي فقد عرفه بأنه هو الذي لا تتحد فيه جنسية الزوجين عند انعقاده أو بعد انعقاده (٥) ويبدو من خلال هذه التعاريف أن المعيار الديني لم تعد له تلك الأهمية في تحديد مفهوم الزواج المختلط باعتبار أن هذا المعيار تراجع بتراجع مفهوم دار الإسلام ودار الحرب وأصبح معيار الجنسية هو المعتمد لدى أغلب الفقهاء في تحديد ملامح الزواج المختلط.

ومن ثم يكون حسب هذا الاتجاه الفقهي أن زواج المواطن الإماراتي المسلم بامرأة كتابية من جنسية أخرى أو زواج مواطنة إماراتية مسلمة من مسلم غير إماراتي يعتبر زواجا مختلطاً بينما زواج المواطن المسلم بمواطنة كتابية لا يعتبر زواجا مختلطاً لاتحاد جنسية الزوجين فيه

ونخلص من هذه التعريفات إلى أن الزواج المختلط يركز في الوقت الحاضر على عنصر الجنسية كمعيار أساسي محدد له دون إغفال عنصر الدين كعامل مؤثر في التنظيم القانوني لهذا النوع من الزواج الذي بدأت أولى حالاته بين المسلمين والكتابيات مع بداية الفتوحات الإسلامية.

١ الأستاذة لطيفة شميل : ظاهرة الزواج المختلط في المغرب - مجلة البحوث ، العدد ١ مارس ٢٠٠٢ ص رقم ١٧٧.

٢ الأستاذة السعدية بلمير : الروابط العائلية في القانون الدولي الخاص (منشورات تنمية البحوث والدراسات القضائية ١٩٨٨ ص ٢٦ - ٢٧)

٣ الطبعة الأولى المركز الثقافي العربي أكتوبر ١٩٩٤ ص رقم ٢٣٦

٤ الطبعة الرابعة ١٩٩٩ ص رقم ٦١ و ٦٢

٥ أطروحة للمؤلف بعنوان أثر الزواج المختلط على جنسية الزوجة.

المبحث الثاني

أسبابه:

أولاً: أسباب الزواج المختلط قديماً

مع بداية الفتوحات الإسلامية انطلاقاً من شبه الجزيرة العربية شمالاً وغرباً وجنوباً كان المسلمون الفاتحون تطول غيبتهم لسنوات وكانوا يستقرون في البلاد التي دخلوها فاتحين حاملين راية الإسلام وذلك لتعليم سكان هذه البقاع وإطلاعهم على أمور دينهم الجديد لمن اختار منهم الدخول في الإسلام ، ولم يكن في استطاع أغلب المجاهدين الفاتحين استقدام نسائهم وأسرههم معهم خلال حروبهم ، كما أن العزاب منهم لم يكن بمقدورهم العيش بعيداً عن الدفء الذي يمنح لهم السكنية والاستقرار النفسي لأداء رسالتهم وحمايتهم من الوقوع في الشبهات فانتفعوا من الرخصة التي يوفرها لهم دينهم لقوله تعالى في محكم كتابه «اليوم أحل لكم الطيبات وطعام الذين أوتوا الكتاب حل لكم وطعامكم حل لهم والمحصنات من المؤمنات والمحصنات من الذين أوتوا الكتاب من قبلكم»^(١) وانتشرت بسبب تلك الفتوحات ظاهرة الزواج المختلط

ولعل أقرب مثال يمكن أن نسوقه في هذا المجال هو ما وقع بعد فتح الأندلس حيث امتزجت دماء المسلمين الفاتحين بدماء أهل الأندلس ونشأ من هذه المصاهرة جيل جديد انحدر من آباء المسلمين وأمهات إسبانيات حديثات العهد بالإسلام أو مسيحيات احتفظن بدينهن

وقد نهج نفس النهج الجيل الثاني مما جعل السلالة المنحدرة من هذا التمازج تتميز بالصفات الأوروبية أكثر منها عربية سواء من حيث لون البشرة والعيون ونقل بعض مظاهر الحياة من أطلعة وفنون العيش لم تكن في الطبيعة العربية البدوية ولكنها بطبيعة الحال لا تتنافى مع مبادئ الدين الإسلامي وجوهر العقيدة

وقد كان لهذا الزواج المختلط أثر كبير في سرعة انتشار الإسلام داخل الأسر المتصاهرة مع مسلمين لما كانوا يقفون عليه وعن كتب من تسامح وأخلاق رفيعة وحسن معاشرة والدعوة بالتي هي أحسن كما تولد عنه جيل يتقن إلى جانب اللغة العربية لغة الأم أيضاً سواء الإسبانية أو غيرها مما جعله قناة مهمة لتغلغل الثقافة الإسلامية في الأعراق الأخرى كما نقل إلى الثقافة الإسلامية علوم هذه الأعراق فتميزت الأندلس في هذه الحقبة التاريخية بإشعاع ثقافي لا يكاد يخفى، غير أنه لا يفوتنا التأكيد أن الدولة الإسلامية كانت - إبان ذلك - في أوج قوتها وازدهارها وكان الأمر محسوماً بالنسبة للزوجة غير المسلمة التي تتزوج بمسلم فهي التي عليها الاندماج داخل المجتمع الإسلامي ، وأنها أم لأطفال مسلمين أباً عن جد وإن الابن الناتج عن هذا الزواج لا يعتبر نفسه نصف مسلم - كما هو الحال الآن - وإنما يكون تشبته بالإسلام بدرجة قد تكون أقوى، فتعليم

الطفل يبدأ بحفظ القرآن الكريم والسنة النبوية والتفقه في الدين أولاً قبل الاتجاه إلى العلوم الأخرى للنهل منها،، وما كان يخطر على بال أي مسلم ولو تزوج بأربع كتابيات أن يأتي يوم يؤخذ منه أطفاله قسراً ليرحلوا إلى بلد غير مسلم دون رضاه ليعيشوا ويتربوا تربية لا علاقة لها بالإسلام^(١)

ثانياً: أسباب الزواج المختلط حديثاً

اعتباراً للتحويلات الخطيرة التي يشهدها العالم حالياً من حيث تغير مفهوم الأخلاق واستبدال الثوابت الدينية بثوابت مادية والسعي بكل الطرق للمنفعة الآنية على حساب كل القيم الإنسانية بحيث أصبح الكل يلهث وراء

الحل السريع والسهل لمشاكله المادية بالخصوص ويسعى لتحسين حالته الاجتماعية بأية وسيلة كانت فان الدول الإسلامية والعربية - وهي جزء من هذا العالم - كان لا بد أن تتأثر وتتجاوب مع هذه الأفكار المنتشرة بحكم قربها واحتكاكها بالثقافة الغربية سواء من حيث قربها الجغرافي أو الغزو الإعلامي الكبير.. ومع الأزمة الاقتصادية التي تتخطى فيها دول العالم الثالث ووصول نسبة البطالة فيها إلى معدلات مخيفة بحيث لم يعد الشباب العاطل بها يجد فرص عمل تحقق طموحاته وتضمن مستقبله داخل بلده مما جعله في حالة انتظار طويلة للفرصة التي تنقله مرة واحدة إلى الدخل الكبير والسيارة وغيرها من الكماليات وأصبح من غير المستغرب أن نسمع عن شباب تجاوز الأربعين وهو ما زال يعتمد على والده في مصروفه اليومي .. وحالة الانتظار هاته التي يعيشها الشباب انعكست بصورة آلية على الفتاة فكان طبيعياً أن يصيبها ما أصاب الشاب من انسداد الأفق أمامها وانتشار العنوسة وتبعاتها الاجتماعية الخطيرة وحتى وإن فكر هؤلاء الشباب في الزواج في هاته الظروف فان الأسرة ترفض الفكرة لأنها لا يمكن لها أن تضيف إلى عبء الابن عبء الزوجة والأبناء ومن هنا جاءت موجات الهجرة لطلب الرزق وأصبحت اغلب الدول المستقبلية مع توالي الأيام تقفل أبوابها أمام الراغبين في الهجرة إليها لانحسار فرص العمل في وجه العمالة غير المتخصصة وبذلك لم يعد يجد الراغب أو الراغبة في العمل بها من وسيلة أسهل للحصول على وثائق الإقامة سوى الزواج بشخص يحمل جنسية الدولة المراد الهجرة إليها^(٢)

١ نقلاً عن موضوع ظاهرة الزواج المختلط في المغرب للأستاذة شاول لطيفة المنشور بـ «مجلة البحوث»

٢ نفس المرجع السابق

المبحث الثالث

أنواعه وحالاته

نص الفقهاء على أن الزواج يعتبر صحيحاً ولا يحكم ببطلانه أو فسادِه إلا إذا ثبت أنه فاقد لركن أو شرط ولهذا يقولون: محمل النكاح على الصحة حتى يتبين الفساد^(١)

وقد أشار قانون الأحوال الشخصية الإماراتي في المادة ٥٧ إلى أن الزواج إما أن يكون صحيحاً أو غير صحيح وغير الصحيح يشمل الفاسد والباطل كما تعرض في المواد ٥٨ و٥٩ و٦١ على التوالي إلى كل نوع من أنواعه على حدة فنص على أن الصحيح منه هو ما توافرت أركانه وشروطه وانتفت موانعه وأن الفاسد منه هو ما اختلت بعض شروطه أما الباطل منه فهو ما اختل ركن من أركانه

ولئن كان تفصيل الحديث عن كل واحد من هذه الأنواع يخرج عن نطاق البحث لتعلقه بمؤسسة الزواج عامة سواء كان مختلطاً أو غير مختلط فإن الذي يهمنا في هذا المقام من تحديد أنواع الزواج المختلط سواء كان صحيحاً أو غير صحيح هو حالاته التي نرى حصرها فيما يلي :

أ - زواج المصلحة: وهو معروف ويكون لأسباب عديدة منها الحصول على الجنسية أو الإقامة أو العمل أو غيره ويندرج تحت هذه الحالة ما يصطلح عليه بالزواج الأبيض

ب - الزواج الاضطراري: وهو زواج الطلبة أثناء فترة الدراسة لحالات وظروف معينة

ج - الزواج الناتج عن اقتناع بالطرف المقابل عقلاً وقلباً وهو الذي يكتب له الدوام وتكون لدرجة الثقافة والتعليم لدى طرفيه دور مهم في تحقيق التوافق والانسجام بينهما والشعور بالاحترام المتبادل

١- ومن المفيد أن نعلم أن الديانات اليهودية أو المسيحية تتضمن أحكاماً لتحريم بعض حالات الزواج

فالتوراة تحرم الزواج المختلط بين اليهود وغير اليهود وذلك حتى لا يختلط دم «شعب الله المختار» بغيره وقد صيغت تعليمات التوراة في شكل مشروع قانون تقدم به إلى الكنيست رجل الدين مايير كارهان في سبتمبر ١٩٨٤ ومن فقرات هذا القانون:

(يمنع على المواطنين والمستوطنين اليهود رجالاً ونساءً أن يتزوجوا من غير اليهود في إسرائيل أو خارجها وكل زواج مختلط من هذا النوع فهو غير معترف به قانوناً).

٢- أما بالنسبة للمسلمين فإن الموضوع تحكمه ثلاث آيات في القرآن الكريم وهي على التوالي قول الله تبارك وتعالى:

«ولا تنكحوا المشركات حتى يؤمن ولأمة مؤمنة خير من مشركة ولو أعجبتكم ولا تنكحوا المشركين حتى يؤمنوا ولعبد مؤمن خير من مشرك ولو أعجبكم أولئك يدعون إلى النار والله يدعو إلى الجنة والمغفرة بإذنه ويبين آياته للناس لعلهم يتذكرون»^(١)

«يأبىها الذين آمنوا إذا جاءكم المؤمنات مهاجرات فامتحنوهن الله اعلم بإيمانهن، فإن علمتموهن مؤمنات فلا ترجعهن إلى الكفار، لا هن حل لهم ولا هم يحلون لهن، وآتوهن ما أنفقوا ولا جناح عليكم أن تنكحوهن إذا أتيتموهن أجورهن ولا تمسكوا بعصم الكوافر واسئلوا ما أنفقتم، وليسئلوا ما أنفقوا نلكم حكم الله يحكم بينكم والله عليم خبير»^(٢)

«اليوم احل لكم الطيبات وطعام الذين أوتوا الكتاب حل لكم وطعامكم حل لهم والمحصنات من المؤمنات والمحصنات من الذين أوتوا الكتاب من قبلكم إذا أتيتموهن أجورهن محصنين غير مسافحين ولا متخذي أخدان، ومن يكفر بالإيمان فقد حبط عمله وهو في الآخرة من الخاسرين»^(٣)

ومن هذه الآيات الثلاث استنبط علماء الشريعة مجموعة من الأحكام ما زال العمل جاريا بها إلى الآن في البلدان العربية والإسلامية فبالنسبة للمشرقة فإن الإجماع حاصل بين المسلمين سنة وشيعة على تحريم الزواج بالمشرقة ويعللون هذا التحريم بكون اختلاف العقيدة بين الزوج والزوجة على هذا المستوى الخطير الذي بين التوحيد والشرك سينعكس لا محالة على الحياة الزوجية ويؤدي إلى مشاكل لا يبقى معها أمل في التعايش ، كما انه سينعكس على الأولاد ، بل ربما أدى إلى تعريض عقيدة الزوج نفسه للخطر بفعل الإغراء المستمر الذي تمارسه عليه المرأة

٣- وبالنسبة للكتابية فإن العقيدة الإيمانية المشتركة بينها وبين الزوج تشكل قاعدة راسخة للتفاهم، لذلك أباح أهل السنة الزواج بالكتابية.

٤- وأما زواج المسلمة بغير المسلم فالإجماع حاصل بين المسلمين سنة وشيعة على تحريم زواج المسلمة بغير المسلم سواء كان مشركا أو كتابيا ويعللون ذلك بكون هؤلاء لا يؤمنون بنبوة سيدنا محمد صلى الله عليه وسلم وان المرأة المسلمة ستكون في وضعية تشعرها بالدونية والنقص وهذا من شأنه خلق متاعب و مشاكل تهدد الحياة الزوجية .

١ سورة البقرة الآية ٢٢١

٢ سورة الممتحنة الآية ١٠

٣ سورة المائدة الآية ٥

وفي حالة ما إذا أسلمت المرأة وبقي زوجها على دينه إن كان كتابيا أو بقي مشركا إن لم يكن كذلك فإنه يدعى إلى الدخول في الإسلام فإن أسلم بقي الزواج قائما وإن أبى يفسخ الزواج فإن عاد الزوج إلى الإسلام عادت له زوجته بينما إذا ارتدت الزوجة فإن الزواج يفسخ ويرى بعض الفقه أنه لا يفسخ مخافة أن تكون إنما أظهرت الردة وهي تخفي إيمانها توسلا إلى فراق الزوج الذي لم تعد تطيق عشرته أو تفضل عليه غيره^(١)

ولقد تعرض قانون الأحوال الشخصية في المادة ٤٧ إلى موانع الزواج المؤقتة وعدد من بينها في الفقرة السابعة والثامنة حالتين ممنوعتين في الزواج المختلط القائم على عنصر الاختلاف في الدين وهما زواج المرأة غير المسلمة ما لم تكن كتابية وزواج المسلمة بغير المسلم كما ورد بشأن هاتين الحالتين في المذكرة الإيضاحية لهذا القانون ما يلي :

المرأة التي لا تدين بدين سماوي وهي التي لا تؤمن بنبي مرسل ولا تؤمن بكتاب منزل لا يجوز نكاحها ما دامت على ذلك وفقا لصريح نصوص القرآن الكريم والسنة الصحيحة ودلالاتها وقد اتفق الفقهاء على عدم صحة زواج المسلم ممن لا تدين بدين سماوي أي دين كان له كتاب منزل في زمن نشأته وله نبي مبعوث ذكر في القرآن الكريم فمن كانت يهودية أو نصرانية جاز التزوج منها أما الوثنية أو البوذية فلا يحل نكاحها ما دامت على تلك العقيدة ،، ومع هذا فإن الأولى بالمسلم والأجدر ألا يتزوج بغير مسلمة، ولقد كان عمر رضي الله عنه ينهى عن الزواج من الكتابيات ألا لغرض هام أو ضرورة

هذا وإن المرتدة عن الإسلام لا تعتبر ذات دين ولو انتقلت من الإسلام إلى دين كتابي فلا يصح زواج المسلم من مرتدة كما لا تتزوج المسلمة مرتدا

زواج المسلمة بغير المسلم فقد اتفق الفقهاء على عدم جواز تزويج المسلمة من غير مسلم سواء كان مشركا أم كتابيا والتحریم ثابت بنص القرآن والسنة والإجماع.

وباستقراء هاتين الحالتين والوقوف على ما ورد بشأنهما في المذكرة الإيضاحية لقانون الأحوال الشخصية يمكن تلخيص الصور المحظورة في الزواج المختلط القائم على عنصر الاختلاف في الدين في خمس صور

الصورة الأولى: تحريم زواج المسلمة بغير المسلم

الصورة الثانية: تحريم زواج المسلم بالمشرقة

الصورة الثالثة: إسلام زوج المشرقة

الصورة الرابعة: إسلام زوجة الكتابي أو المشرک

الصورة الخامسة: ردة أحد الزوجين

١ انظر كتاب المرأة بين أحكام الفقه والدعوة إلى التغيير لمؤلفه الدكتور عبد الكبير العلوي المدغري ص رقم ٤٨ و ٥٠

المبحث الرابع

آثاره

من المعلوم أن آثار كل عقد هي الأحكام الشرعية التي تترتب عليه كنتيجة لانعقاده ولكل عقد آثاره الخاصة به حسب نوعه فآثار عقد البيع تختلف عن آثار عقد الإجارة وهو يختلف عن آثار عقد الرهن وكلها تختلف عن آثار عقد النكاح وهكذا ...

وقد فصل الفقهاء الكلام عن عقود النكاح المختلفة وبينوا أحكامها الشرعية في كل منها وهي التي بلورها قانون الأحوال الشخصية لدولة الإمارات العربية المتحدة في بابه الخامس وافرد لها المواد ما بين ٦٢ و ٩٧ بعدما بين في المادة ٥٨ قبله أن الزواج الصحيح تترتب عنه كافة آثاره منذ انعقاده وفي المادة ٥٩ أن الزواج الفاسد لا يترتب عليه أي أثر قبل الدخول وفي المادة ٦٠ حدد الآثار المترتبة على الزواج الفاسد سواء لعقده أو لصداقه بعد الدخول وهي :

١- الأقل من المهر المسمى ومهر المثل

٢- ثبوت النسب

٣- حرمة المصاهرة

٤- العدة

٥- النفقة ما دامت المرأة جاهلة فساد العقد

أما الزواج الباطل فقد نص في المادة ٦١ منه على انه لا يترتب عليه أي اثر ما لم ينص القانون على خلاف ذلك. ومما نص عليه القانون خلاف ذلك ثبوت النسب في الزواج بغير ولي بالرغم من النص على بطلان هذا الزواج وذلك تشوفا من الشريعة لإثبات النسب لأهميته (المادة ٣٩)

والزواج المختلط يخضع - ضمن منظومة الزواج بصفة عامة - لنفس تلك الأحكام بحسب ما إذا كان قد وقع صحيحا بتوافر أركانه وشروطه وانتفاء موانعه أو وقع فاسدا لاختلال بعض شروطه أو باطلا لاختلال ركن من أركانه إلا انه نظرا لخصوصية الزواج المختلط فقد يكون له اثر على جنسية الزوجة الأجنبية كما يكون له اثر على الزوجة الكتابية،

ونعرض تباعا لهذين الأثرين في الفقرتين التاليتين على التوالي ونترك الحديث عن بقية الآثار الأخرى لخروجها عن نطاق البحث في هذا الفصل.

الفقرة الأولى : اثر الزواج المختلط على جنسية الزوجة

يعد الزواج المختلط واحداً من أهم أسباب اكتساب الجنسية في الفرض الذي تتزوج فيه الأجنبية من الوطني كما يعد واحداً من أهم أسباب زوال الجنسية في الفرض الذي تتزوج فيه الوطنية من أجنبي بما مؤداه أن الزواج المختلط يكون سبباً في تغيير جنسية الزوجة .

لقد برزت مع بداية القرن التاسع عشر وأوائل القرن العشرين إلى حيز الوجود نظريتان فقهيّتان تولتا تنظيم أثر الزواج في جنسية الزوجة ، النظرية الأولى وهي نظرية «وحدة الجنسية في العائلة» والتي تنادي بأن تلحق الزوجة بجنسية زوجها بالتبعية كما يتبع الأولاد الأب فتكتسب الزوجة جنسية زوجها مباشرة وبقوة القانون بمجرد الزواج ودون توقف ذلك على إعلان رغبتها بقبول جنسية زوجها في حين نظرية « استقلال الجنسية » وهي النظرية الثانية وهذه النظرية تذهب إلى الاتجاه المعاكس حيث ترى أن جنسية الزوجة يجب أن لا تتأثر بالزواج المختلط وان المرأة كالرجل لها الحق بالاحتفاظ بجنسيتها بصورة مستقلة عن جنسية زوجها ولقد تباينت تشريعات دول العالم في موقفها من هاتين النظريتين لكن اغلب دول العالم تحاول الاقتراب شيئاً فشيئاً من نظرية استقلال الجنسية بعد أن كانت تتمسك اغلب دول العالم بمبدأ وحدة الجنسية وترتب على الزواج المختلط دخول المرأة بصورة حتمية ومباشرة في جنسية زوجها .

وبين هاتين المجموعتين من التشريعات هناك اتجاه ثالث يسلك مسلكاً توفيقياً بين مبدأ وحدة الجنسية ومبدأ استقلال الجنسية ، فالزوجة تدخل في جنسية زوجها إذا ما أعلنت ذلك صراحة وعبرت عن رغبتها هذه بطلب يقدم إلى الجهات المختصة في دولة الزوج ^(١)

ومن هذه القوانين قانون دولة الإمارات العربية المتحدة رقم ١٧ لسنة ١٩٧٢ في شأن الجنسية وجوازات السفر المعدل بالقانون رقم ١٠ لسنة ١٩٧٥ إذ جاء بالمادة الثالثة منه « لا يترتب على زواج المرأة الأجنبية بمواطن في الدولة أن تكتسب جنسية زوجها إلا إذا أعلنت وزارة الداخلية برغبتها في ذلك واستمرت الزوجية قائمة مدة ثلاث سنوات من تاريخ إعلانها لهذه الرغبة ويشترط أن تتنازل عن جنسيتها الأصلية »

وفي رأينا أن هذا الاتجاه الثالث الذي أخذت به دولة الإمارات هو الاتجاه الأكثر اعتدالاً وتوازناً مع بقية التشريعات لكونه يحقق الموازنة بين مبدأي وحدة الجنسية واستقلالها كما يحقق التوازن بين كل من مصلحة الزوجة بمنحها حرية التعبير عن رغبتها في اكتساب جنسية الزوج ومصلحة الدولة من خلال إعطائها الدور الملائم الذي تتمكن به من منع النساء غير المرغوب في اكتسابهن الجنسية لأسباب سياسية أو أخلاقية ، وأخيراً مصلحة المجتمع من خلال إمكانية إبعاد النساء غير المرغوب فيهن من الانضمام إلى مجتمع دولة الزوج

١ انظر اثر الزواج المختلط على جنسية الزوجة للدكتور متنى محمد عبد القيسي وهي أطروحة قدمت سنة ٢٠٠٢

الفقرة الثانية: اثر الزواج المختلط على الزوجة الكتابية

سبق أن بينا أن الزواج الصحيح تترتب عنه آثاره منذ انعقاده وبيننا أنه يجوز للمسلم التزوج من الكتابية فإذا انعقد هذا الزواج بينهما على وجه شرعي صحيح بان توفرت فيه أركانه وشرط صحته ونفاذه فإنه يترتب على زواجهما جميع الأحكام والحقوق والواجبات المترتبة على عقد زواج المسلم بالمسلمة إلا أن هناك فروقا بينهما في أمور أربعة نجلها فيما يلي:

أولاً - التوارث: يثبت التوارث بين الزوجين المسلمين إذا توفي أحدهما وكانت رابطة الزوجية قائمة، بينما لا يثبت التوارث بين الزوج المسلم وزوجته الكتابية فلا يرث الزوج المسلم زوجته الكتابية إذا توفيت قبله كما لا ترث الزوجة الكتابية زوجها المسلم إذا توفي قبلها لأن الاختلاف في الدين من موانع الإرث في الإسلام وبهذا أخذ قانون الأحوال الشخصية في الدولة حيث نص في المادة ٣١٨ منه على أنه « لا توارث مع اختلاف الدين »

ثانياً - وضع الأولاد: يولد أولاد الزوج المسلم من الزوجة الكتابية مسلمين تبعا لدين والدهم لا فرق بين ذكورهم وإناثهم ولذلك فهم يرثون والدهم ويرثهم والدهم لاتحادهم معه في الدين بينما لا يرثون والدتهم ولا ترثهم لاختلافهم وإياها في الدين .

ثالثاً - تغيير الدين بعد الزواج: إذا تزوج المسلم كتابية ثم انتقلت بعد إتمام عقد الزواج من دينها السماوي إلى دين سماوي آخر كان تكون يهودية فتنصرت حافظ عقد زواجها على صحته لأن ما يصح زواج الكتابية عليه ابتداء يصح بقاء ، أما إذا ارتدت الكتابية بعد زواجها بالمسلم عن دينها السماوي ولم تعتنق ديناً سماوياً آخر أصبح زواجها بالمسلم محرماً ابتداء ، لذلك لا يحل لها أن تبقى زوجة له وهكذا يبطل العقد ويتوجب التفريق بينهما إن لم يفترقا من تلقائهما .

رابعاً - ثبوت زوجيتهما: إذا حصل خلاف بين الزوج المسلم وزوجته الكتابية في أصل العقد فادعى هو الزواج وأنكرت هي وأقام البينة عليها بشهادة الشاهدين الكتابيين اللذين حضرا العقد قبلت شهادتهما وحكم بثبوت الزواج بينهما لقبول شهادة الكتابي على مثله^(١) أما إن كانت هي المدعية وهو المنكر فلا تثبت الزوجية بينهما بشهادة الكتابيين لأن شهادة الكتابي لا تقبل على مسلم^(٢) ونظراً لجهل الكتابية عادة بما قرره الإسلام لها من حقوق وآثار للزواج فإنه يتم الاحتياط له في توثيق زواجها الذي يتم عن طريق القاضي باتباع نظم معينة.

١ كتاب أحكام الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية من تأليف الشيخ حسن خالد والدكتور عدنان نجا ص رقم ١٥٣.. نصت الفقرة الثانية من المادة ٤٨ من قانون الأحوال الشخصية على أنه يشترط إسلام الشاهدين ويكتفي عند الضرورة بشهادة كتابيين في زواج المسلم بالكتابية
٢ الفتاوى الهندية ١: ٢٦٧، واللباب في شرح الكتاب ٢: ١٤٠ والفقه المالكي في ثوبه الجديد الجزء الثالث ص رقم ١٧٥ و ١٧٧ من تأليف الدكتور محمد بشير الشقفة

الفصل الثاني

الإشكاليات المحتفة بالزواج المختلط

لعله من الصعب الإحاطة بكل الإشكاليات المحتفة بالزواج المختلط عبر مراحل من الإنشاء إلى الآثار إلى الانقضاء ومع ذلك فسنحاول التطرق إلى الموضوع من خلال الإشكاليات المتصلة بالشروط الشكلية والموضوعية لانعقاد الزواج المختلط (مبحث أول) وإشكاليات الحضانة في الزواج المختلط (مبحث ثان)

المبحث الأول

الإشكاليات المتصلة بالشروط الشكلية والموضوعية لانعقاد الزواج المختلط

يقوم عقد الزواج في كل التشريعات الوضعية على نوعين من الشروط ، شروط شكلية وشروط موضوعية فالأولى تعني الشروط المتصلة بالقالب أو المظهر الخارجي الذي يتخذه الزواج وبه تصل الرابطة الشرعية للناس والثانية تعني الشروط اللازمة لقيام الرابطة الزوجية

وقد خص المشرع الإماراتي الباب الثالث من قانون الأحوال الشخصية لأركان عقد الزواج وشروطه حيث نص في المادة ٣٨ منه على الأركان وهي العاقدان (الزوج والولي) والمحل والإيجاب والقبول واشترط في المادة ٤٠ لانعقاد الزواج ألا تكون المرأة محرمة على الرجل تحريماً دائماً أو مؤقتاً وفق ما هو مبين في المواد ٤٢ وما بعده وأورد في المادة ٤١ شروط الإيجاب والقبول، كما اشترط في المادة ٤٨ لصحة الزواج حضور شاهدين رجلين بالغين ونص في المادة ٣٧ قبلها على أن الزواج يوثق رسمياً من المأذونين ويجوز اعتباراً لواقع معين إثبات الزواج بالبيئة الشرعية » ، وذكر بالمادة ٥٢ أن المهر يجب بالعقد الصحيح ويتأكد كله بالدخول أو الخلوة الصحيحة ، كما صدر الأمر بناء على توجيهات من صاحب السمو رئيس الدولة بتاريخ ٢٦ يونيو ٢٠٠٧ رقم ٦٠٨٢/١/١٤ يقرر إلغاء ما جاء بالقرار رقم ١٢٨١/١/٧ وتاريخ ١٩٩٦/١٢/١٩ بشأن منع زواج المواطنين من أي شخص لا يتمتع بجنسية الدولة والسماح للمواطنات الراغبات في الزواج من غير المواطنين بعقد قرانهم ابتداء من تاريخه وذلك بعد استيفاء الشروط المذكورة أدناه :

- أن لا تكون المواطنة الراغبة في الزواج من غير المواطنين حاصلة على جنسية الدولة (بالتبعية)
- أن يحمل الشخص المتقدم للزواج من مواطنة جنسية دولة ما (أن لا يكون عديم الجنسية)
- أن يكون الشخص المتقدم للزواج من مواطنة مقيماً بالدولة بصفة مشروعة
- أن لا يترتب على زواج المواطنة من غير المواطن منح الزوج أو أبنائها منه جنسية الدولة^(١)

١ تنص المادة ١٧ من قانون الجنسية في فقرتها الثانية على ما يلي: «للمواطنة بحكم القانون التي اكتسبت جنسية زوجها الأجنبي ثم توفي عنها زوجها أو هجرها أو طلقها أن تسترد جنسيتها بشرط أن تتخلى عن جنسية زوجها . ويجوز لأولادها من هذا الزواج أن يطلبوا الدخول في جنسية الدولة إذا كانت إقامتهم العادية في الدولة وأبدوا رغبتهم في التخلي عن جنسية أبيهم

- أن يقدم الشخص المتقدم للزواج من مواطنة شهادة حسن السيرة والسلوك
- أن لا يكون الشخص المتقدم للزواج من مواطنة قد صدر بحقه أي حكم قضائي بالإبعاد
- أن لا يعفى الشخص المتقدم للزواج من مواطنة من تنفيذ أي أحكام قضائية في حال إتمام إجراءات الزواج
- أن يتم عقد الزواج وفق قانون الأحوال الشخصية بدولة الإمارات العربية المتحدة
- أن يوقع صاحب العلاقة من الطرفين (الخاطب والمخطوبة) بالالتزام بكافة الشروط الواردة أعلاه

ومن جهة أخرى فقد صادقت دولة الإمارات على اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة في ٦ أكتوبر ٢٠٠٤ بموجب المرسوم الاتحادي رقم ٣٨ لسنة ٢٠٠٤ مع التحفظ على نصوص المواد (٢) فقرة و، (٩)، (١٥) فقرة ٢، (١٦)، (٢٩) فقرة ١ من الاتفاقية.. ونرى من باب الفائدة إيراد هذا التحفظ مع أسبابه المعتمدة كما هي واردة بالمرسوم لما له من أهمية وعلاقة بالموضوع وذلك على النحو أدناه :

المادة ٢ فقرة (و): ترى دولة الإمارات العربية المتحدة في هذه الفقرة مخالفة لأحكام الميراث التي أقرتها أحكام الشريعة الإسلامية ولذلك تتحفظ عليها ولا ترى ضرورة للالتزام بها

المادة (٩): ترى دولة الإمارات العربية المتحدة بان اكتساب الجنسية شأن داخلي تنظمه وتضع شروطه وضوابطه التشريعات الوطنية ولذلك دولة الإمارات العربية المتحدة تتحفظ على هذه المادة ولا ترى ضرورة للالتزام بها.

المادة (١٥) فقرة ٢: ترى دولة الإمارات العربية المتحدة بان هذه الفقرة تعارض أحكام الشريعة الإسلامية فيما يتعلق بالولاية والشهادة وصفة التعاقد الشرعية وبناء عليه فإنها تتحفظ على هذه الفقرة ولا ترى ضرورة للالتزام بمضمونها.

المادة ١٦: تلتزم دولة الإمارات العربية بمضمون هذه المادة بما لا يتعارض مع مبادئ أحكام الشريعة الإسلامية حيث ترى دولة الإمارات العربية بأن أداء المهر والنفقة بعد الطلاق التزام يقع على الزوج وللزوج حق الطلاق كما أن للزوجة ذمتها المالية المستقلة ولها حقوقها الكاملة على أموالها وهي غير ملزمة بالإنفاق على زوجها ونفسها من مالها الخاص وقد قيدت الشريعة الإسلامية حق الزوجة في الطلاق بأن يكون بحكم القضاء في حالة الإضرار بها

المادة (٢٩) فقرة ١: تقدر وتحترم دولة الإمارات العربية المتحدة مهام هذه المادة التي تنص على أن يعرض للتحكيم أي خلاف بين دولتين أو أكثر من الدول الأطراف حول تفسير أو تطبيق هذه الاتفاقية لا يسوى عن طريق المفاوضات وذلك بناء على طلب واحد من هذه الدول فإذا لم يتمكن الأطراف خلال ستة أشهر، جاز إحالة النزاع إلى محكمة العدل الدولية... لذا فإن حكومة دولة الإمارات العربية المتحدة تتحفظ على هذه المادة حيث لا يمكن عرض أي خلاف للتحكيم على محكمة العدل الدولية إلا بموافقة جميع الأطراف في الخلاف وتعلن عدم الالتزام بهذه المادة.

ولما كان نظام الزواج يختلف من دولة إلى أخرى ويمر بعدة مراحل من الإنشاء إلى الآثار إلى الانقضاء وكان من حيث تنازع القوانين عادة ما يخص المشرع كل مرحلة من مراحل بقاعدة إسناد فان القول بما إذا كان النزاع يتعلق بمسالة زواج من عدمه هو في الحقيقة مسألة تكييف والتكييف يخضع لقانون القاضي بما يرد عليه من حدود وقيود فإذا قام القاضي بعملية تكييف النزاع ذي العنصر الأجنبي المعروض عليه ووجد أن قانونه يسمح بتطبيق القانون الأجنبي عملاً بقاعدة الإسناد فانه ملزم بتطبيقه إذا ثبت لديه ما لم يكن في ذلك مخالفة لأحكام قانون الأحوال الشخصية التي تعتبر من النظام العام وقد نص المشرع في المادة ٢٨ من قانون المعاملات المدنية على انه يطبق قانون دولة الإمارات العربية المتحدة إذا تعذر إثبات وجود القانون الأجنبي الواجب التطبيق أو تحديد مدلوله كما نص في المادة ٣ منه على أن الأحكام المتعلقة بالأحوال الشخصية كالزواج والميراث والنسب تعتبر من النظام العام فما هي خصائص وعناصر قاعدة الإسناد ؟

تعرف قاعدة الإسناد بأنها القاعدة القانونية التي ترشد القاضي إلى القانون الواجب التطبيق بشأن علاقة قانونية ذات عنصر أجنبي وهي تتكون من ثلاثة عناصر وهي:

١- القانون المستند إليه وهو: القانون الذي تعقد له قاعدة الإسناد الاختصاص لحكم النزاع فقد يكون هذا القانون هو قانون القاضي، وقد يكون قانوناً أجنبياً آخر

٢- موضوع قاعدة النزاع: قد يكون هناك مسألة واحدة تخضعها هذه القاعدة لقانون معين وقد يشتمل موضوع قاعدة الإسناد على أكثر من مسألة ومثال ذلك: القاعدة الواردة في المادة (١١) من قانون المعاملات المدنية والتي ينصب موضوعها على الحالة والأهلية ، وكذلك القاعدة الواردة في المادة (١٧) التي يشمل موضوعها الميراث والوصية وسائر التصرفات المضافة إلى ما بعد الموت. وقد يقتصر موضوع قاعدة الإسناد على مسألة واحدة كالقاعدة الواردة في المادة (١٨) والتي تتناول الأموال، وعلى العكس من ذلك قد تتوزع مسألة واحدة على أكثر من قاعدة إسناد كما هو الحال في مسائل الزواج التي تتوزع ما بين عدة قواعد إسناد .

٣- ضابط الإسناد: وهو العنصر الأساسي في قاعدة الإسناد لأنه هو الذي يعين القانون الواجب التطبيق مثل جنسية الشخص أو موطنه أو محل إقامته أو موقع المال أو إرادة الأشخاص، فقاعدة الإسناد قد تتضمن ضابطاً واحداً للإسناد وقد تشتمل على أكثر من ضابط إسناد وقد يكون ذلك على سبيل التخيير أو التدرج بمعنى أن يكون اللجوء إلى الضابط الثاني إذا لم تتحقق ظروف معينة تمكن من الأخذ بالضابط الأول ومثال ذلك المادة (١٩) من قانون المعاملات المدنية، وقد تتضمن قاعدة الإسناد أيضاً أكثر من ضابط إسناد على سبيل التخيير وذلك لإتاحة الفرصة أمام الأفراد لاختيار القانون الأكثر ملاءمة بحكم علاقته ومثال ذلك الفقرة (٤) من المادة (١٧) من ذات القانون

ونظراً لما لقاعدة الإسناد من أهمية في تحديد القانون الواجب التكييف وفقاً لأحكامه ولكون من الصعب على المشرع أن يضع قاعدة إسناد لكل مسألة على حدة في المنازعات المثارة بين الأفراد وخاصة منها ذات العنصر

الأجنبي كما هو الحال في الزواج المختلط فقد ظهرت ثلاث نظريات وهي نظرية إخضاع التكيف لقانون القاضي بحيث يجب الرجوع إلى قانون القاضي المطروح عليه النزاع لتحديد أوصاف العلاقة القانونية سواء كان قانون القاضي من القوانين المتزامنة لحكم العلاقة أو لا. ونظرية إخضاع التكيف للقانون الذي يحكم النزاع بحيث يجب الرجوع في تكيف العلاقة القانونية إلى القانون المختص الذي تشير إليه قاعدة الإسناد وأخيراً نظرية إخضاع التكيف للقانون المقارن أي على القاضي عند إجراء التكيف أن يجري هذا التكيف وفقاً لمفاهيم عالمية دون أن يتقيد بمفاهيم قانون معين بذاته وسبيل ذلك هو أن يدرس القاضي القوانين المختلفة ويقارن بينها ويستخلص الأفكار المشتركة ويجري التكيف وفقاً لتلك الأفكار.. ولكل نظرية من النظريات الثلاث أسانيداً، وقد تبنى المشرع الإماراتي النظرية الأولى بمعنى أنه إذا عرضت علاقة قانونية ذات عنصر أجنبي على القاضي الإماراتي فإنه يحدد الوصف القانوني لهذه العلاقة وفقاً للقانون الإماراتي .

بقي علينا أن نشير إلى الدفع بالغش نحو القانون ويقصد به التغيير الإرادي لضابط الإسناد بنية تطبيق قانون آخر خلافاً للقانون الواجب التطبيق أصلاً ويشترط في الدفع بالغش أن يتوافر: ١- عنصر مادي في الغش وهو إجراء تغيير في ضابط الإسناد ويكون ذلك على سبيل المثال بتغيير الجنسية أو الوطن ٢- ويكون هذا التغيير فعلياً إذ لو كان تغيير ضابط الإسناد سورياً فهنا لا حاجة لإعمال الدفع بالغش نحو القانون وكفي في هذه الحالة التمسك بأحكام الصورية لإهدار كل أثر لهذا التغيير فإذا غير شخص موطنه سورياً فلا عبرة في هذا التغيير إذ العبرة بالموطن الحقيقي، ٣- أن يكون هذا التغيير مشروعاً إذ لو كانت الطريقة المستخدمة في التغيير غير مشروعة كأن يتم تغيير الجنسية عن طريق الغش في أحكام قانون الجنسية فإنه لا يجوز في هذه الحالة الاعتداد بالجنسية المكتسبة عن طريق الغش وتكون العبرة بالجنسية الأولى . ٤- أن يكون الباعث أو الهدف الرئيسي من تغيير ضابط الإسناد هو التحايل على القانون بمعنى التهرب من الخضوع لأحكام القانون الواجب التطبيق وقلب الاختصاص لقانون آخر وللقاضي سلطة تقديرية في التقصي عن نية الغش من خلال الوقائع المطروحة أمامه ومن خلال ظروف كل دعوى على حدة ومن خلال بعض القرائن مثل التزامن بين تغيير ضابط الإسناد وبين طلب تطبيق القانون الذي يشير إليه هذا الضابط والتسهيلات التي قد ينطوي عليها القانون الجديد لصالح الشخص الذي قام بتغيير ضابط الإسناد .

وبمراجعة ما تقدم وأخذاً بمقتضيات المادة (١٢) من قانون المعاملات المدنية كأصل عام في تحديد القانون الواجب التطبيق يمكن القول بأن كل الإشكالات المتعلقة بالشروط الموضوعية لصحة الزواج يرجع فيها إلى قانون كل من الزوجين وقت انعقاد الزواج أما من حيث الشكل فيعتبر الزواج ما بين أجنبيين أو ما بين أجنبي ووطني صحيحاً إذا عقد وفقاً لأوضاع البلد الذي تمت فيه أو إذا روعيت فيه الأوضاع التي قررها قانون كل من الزوجين .

وهذا الاتجاه هو نفس الاتجاه الذي تتيحه مجموعة من التشريعات الأجنبية الأوروبية للأجانب المقيمين فوق ترابها إذ يعد مبدأ خضوع الأجانب لقانونهم فيما يخص حالتهم الشخصية مبدأً عتيقاً في القانون الدولي الخاص فقد أقره التشريع المدني الفرنسي منذ سنة ١٨٠٤م، واعتبر القنصليات المقامة فوق ترابها والتابعة لدول أجنبية

أهم آلية لتطبيق هذا المبدأ فيما يخص العديد من مجالات مادة الأحوال الشخصية ومنها إبرام عقد الزواج بينما تجنح بعض التشريعات الأجنبية إلى تبني خضوع شكلية التصرف لقانون محل إبرامه بشكلها المطلق وبدون إتاحة أية خيارات أخرى للأجانب بخصوص شكل إبرام عقود زواجهم وفي هذا الصدد تقر المادة ١٣ من القانون المدني الألماني في فقرتها الثالثة أن زواج الأجانب في ألمانيا يجب أن يخضع للشكليات المقررة في هذا القانون وهكذا فالإماراتيون الذين يعتزمون إبرام عقود زواجهم بالديار الألمانية ليس أمامهم إلا اعتماد الشكل المدني دون أي بديل آخر وقد دعم هذا الرأي القضاء الألماني حيث ذهبت المحكمة الفيدرالية الألمانية في قرار صادر عنها بتاريخ ١٣/٣/٢٠٠٣ إلى أن الزواج الديني المبرم بألمانيا لا يترتب أي أثر من آثار الزواج ويعتبر باطلاً^(١)

وتجدر الإشارة إلى أن جل التشريعات الأجنبية حتى وإن كانت تقبل بالزواج القنصلي ويتم الاعتراف به من طرف الدولة التي يحمل الطرفان جنسيتها لأنه إبرم وفقاً لقانونها فإن ذلك ينحصر في الحالة التي يكون فيها طرفا العلاقة الزوجية معا من جنسية أجنبية ولا تشمل الحالة التي يكون فيها أحد طرفيهما من جنسية تلك الدولة لكون صحة زواج مواطنيها تقتضي اعتماد النظام القانوني المتبع من طرف كل مواطنيها حتى ولو تعلق الأمر بزواج مختلط تشترك فيه جنسية أخرى ، فالتشريع الفرنسي ذاته الذي يبيح الزواج القنصلي للشخصين اللذين من جنسية واحدة فهو عندما يتعلق الأمر بزواج أحد طرفيه من جنسية فرنسية لا بد أن يبرم لدى ضابط الحالة المدنية الفرنسي حتى يعتبر صحيحاً ولو سجل بالقنصلية التابعة للطرف الأجنبي فيما بعد لأن ذلك لا يهم القانون الفرنسي الذي سيبقى في نظره إجراء زائد ولا سند له في القانون.

وفي نفس السياق تنص المادة الثانية من القانون الهولندي الصادر بتاريخ ١٩٨٩/٩/٧ على أن إبرام الزواج القنصلي يتوقف على أن يكون الموظف القنصلي أو الدبلوماسي مختصاً وفقاً لقانون مكان إبرام الزواج وإن يكون كل من الزوجين من جنسية أجنبية فإذا كان أحدهما مواطناً هولندياً فإن الزواج يعتبر باطلاً ولا يترتب أي أثر قانوني كما أن المادة الرابعة من نفس القانون تسند الاختصاص لموظفي الحالة المدنية بإبرام عقود الزواج بمجرد أن يكون لأحد طرفي عقد الزواج جنسية هولندية أو موطن بهولندا

وعلى مستوى التشريعات العربية نجد على سبيل المثال وعلى غرار التشريع الإماراتي في المادة ١٢ من قانون المعاملات المدنية بفقرتها أن المادة الثامنة من ظهير الوضعية المدنية للفرنسيين والأجانب في المغرب الصادر عم ١٩١٣م تخضع الشروط الموضوعية لقانون كل من الزوجين وأن المادة ١١ من ذات الظهير تجيز إبرام الزواج في المغرب طبقاً للأشكال المنصوص عليها في قوانينهم أو في الشكل المقرر في القانون المغربي ، كما نجد أن المشرع المصري أورد قاعدة الإسناد التي تحكم الشروط الموضوعية لصحة الزواج في المادة ١٢ من القانون المدني المصري التي تنص على أنه «يرجع في الشروط الموضوعية لصحة الزواج إلى قانون كل من الزوجين» ونجد أن مشروع القانون المدني المصري كان يتضمن المادة ٢٨ التي تنص في فقرتها الثانية

١ إشكالية الزواج المختلط بزواج المغاربة بالخارج في العمل القضائي لـ : جميلة المهوتي - ص رقم ٩

على أنه: «أما من حيث الشكل فيعتبر الزواج صحيحا ما بين أجنبيين أو ما بين أجنبي ومصري إذا عقد وفقا لأوضاع البلد الذي تم فيه أو إذا روعيت فيه الأوضاع التي قررها قانون كل من الزوجين» ولكن هذه الفقرة حذفت بناء على اقتراح لجنة القانون المدني بمجلس الشيوخ وقتها وذلك مع الاكتفاء في شأن حكمها بالقواعد العامة وهي ذات الأحكام المنصوص عليها في المادة ١٢ من قانون المعاملات المدنية الإماراتي .

وتعتبر من الشروط الموضوعية للزواج شرط توافر الأهلية للزواج في كل من الزوجين وشرط تبادل الإيجاب والقبول وحكم القبول المطلق على شرط وحكم الزواج بالوكالة وكذلك وجوب الخلو من موانع الزواج كوجوب كون الزوجة غير محرمة على الزوج وتحريم الزواج بين الزاني وشريكته ومنع الزواج بسبب العجز الجنسي ولكون المرأة معتدة

أما لزوم الشهادة على الزواج فقد ثار بشأنها الخلاف فمن الممكن اعتبارها شرطا موضوعيا على أساس أن الأصل في الشريعة الإسلامية أنه لا نكاح إلا بشهود وقد روي عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال «لا نكاح إلا بولي وشاهدي عدل»^(١) وبالتالي فإن الشهادة تلزم لإنشاء الزواج ابتداء ومن الممكن اعتبارها شرطا شكليا إذ يذهب المالكية إلى عدم لزوم الشهادة وقت إنشاء العقد لإمكانية تحققها بعد العقد

وقد اختلف القضاء في مصر فيما يتعلق بشرط إجراء مراسم دينية لصحة الزواج فذهب في بعض أحكامه^(٢) إلى اعتبار شرط إجراء المراسم.

الدينية شرطا شكليا في الزواج على حين ذهب في أحكام أخرى إلى استلزام شرط المراسم الدينية التي يستلزمها قانون الزوجين باعتبار ذلك

شرطا موضوعيا يترتب على عدم مراعاته بطلان الزواج بطلانا مطلقا^(٣)

١ المعجم الأوسط للطبراني ٢٦٣/٦

٢ وهو ما ذهب إليه محكمة القاهرة الابتدائية (دائرة الأحوال الشخصية) في حكمها الصادر في أول مايو ١٩٥١ في القضية رقم ٧١ /١٩٥٠ وتتلخص هذه القضية في أن زوجة يونانية مسيحية تتبع طائفة الروم الاورثوذكس طلبت بإبطال زواجها من انجليزي كاثوليكي لان عقد زواجها به في كنيسة القلب المقدس الكاثوليكية يخالف الشروط الموضوعية للزواج في القانون اليوناني الذي يقضي أن يتم زواج من يتبع كنيسة الروم الارثوذكس على يد كاهن اورثوذكسي وإلا اعتبر كأن لم يكن وقد انتهت المحكمة إلى أن هذا الشرط يعتبر شرطا شكليا وفقا للقانون المصري لان كل ما يتعلق بالجهة التي تباشر عقد الزواج أو الطقوس التي يجب أن يخضع لها تعتبر من شروط الزواج الشكلية

٣ وهو ما ذهب إليه محكمة جنوب القاهرة (الدائرة السادسة المدنية للأحوال الشخصية للأجانب)في حكمها الصادر في ٢٣ ديسمبر سنة ١٩٧٥ في القضية رقم ٦٩ لسنة ١٩٧٥ وتتلخص هذه الدعوى في أن مصرية من طائفة الاورثوذكس طلبت الحكم ببطلان زواجها من زوجها وهو يوناني الجنسية وينتمي لنفس طائفتها استنادا إلى عدم إجراء المراسم الدينية التي تستلزمها ديانة الزوجين وان الزواج لكي ينقذ صحيحا لا بد وان يتم في الشكل الديني المطلوب وإلا كان الزواج باطلا بطلانا مطلقا وقد انتهت المحكمة إلى الحكم ببطلان عقد الزواج نتيجة لتطبيق القانون المصري باعتبار الزوجة مصرية وقت الزواج وذلك طبقا لحكم المادتين ١٣ و ١٤ من القانون المصري وقد ذكرت المحكمة في حكمها أن للزواج في الشريعة المسيحية شروطا ايجابية لابد من قيامها لكي يكون الزواج صحيحا ويعتبر الشكل ثاني الأركان في الزواج عند المسيحيين فالزواج إذا لم يكن مستوفيا لأحد أركانه مثل الشكل كان جزاؤه البطلان ولو رضي به الزوجان أو أذن له ولي القاصر وللزوجين ولكل ذي شأن حق الطعن فيه

أولاً : إشكالية اختلاف جنسية الزوج عن جنسية الزوجة

إن تطبيق المادة ١٢ من قانون المعاملات المدنية في حالة اختلاف جنسية الزوج عن جنسية الزوجة قد يثير بعض الإشكاليات تتعلق بكيفية تطبيق كلا القانونين في حال وجود تعارض بينهما كما هو الشأن مثلاً في تحديد أهلية الزواج فقد يحدد قانون جنسية الزوج أهلية الزواج في سن معينة بينما قانون جنسية الزوجة يحددها في سن أعلى أو أقل

ويوجد لحل هذا التعارض اتجاهان اتجاه التطبيق الجامع واتجاه التطبيق الموزع. ولئن كان الرأي السائد في الفقه هو الاتجاه الثاني التطبيق الموزع أي يخضع الزوج لقانون جنسيته وتخضع الزوجة لقانون جنسيتها وهو الذي نرجحه لأن عيب التطبيق الجامع أنه يؤدي إلى تطبيق القواعد الأكثر تشدداً في القانونين إلا أنه لا يفوتنا أن ننبه إلى وجود حالات يتعذر فيها الأخذ بالتطبيق الموزع لكلا القانونين كما لو أدى عدم تطبيق قانون أحد الزوجين إلى أن تصبح علاقة الزوجية باطلة في نظر هذا القانون برغم كونها صحيحة وفقاً للقانون الآخر وقد ساق الأستاذ الدكتور إبراهيم أحمد إبراهيم مثلاً على ذلك في بحث له في موضوع القانون الواجب التطبيق في الزواج المختلط منشور بالمجلة المغربية للدراسات الدولية (عدد خاص أكتوبر لسنة ٢٠٠٣) يتعلق بموانع الزواج فقال : « إذا توافر المانع من الزواج في أي من الزوجين في قانون أحدهما دون أن يكون هذا المانع منصوصاً عليه في القانون الآخر فإنه يتعين هنا الأخذ بالتطبيق الجامع وبالتالي فإنه يلزم لصحة الزواج أن لا يقوم أي مانع للزواج سواء في قانون جنسية الزوج أو في قانون جنسية الزوجة

ثانياً : فكرة النظام العام

لا شك أن نظام الزواج في الدولة يعتبر جوهر نظامها الاجتماعي كما أن لكل دولة فكرتها المستقلة فيما يتعلق بالزواج ومن الطبيعي أن تحافظ الدولة على نظامها الاجتماعي مما يستلزم الامتناع عن تطبيق القانون الأجنبي إذا كان يمس جوهر النظام الاجتماعي في الدولة وذلك بصدد العلاقات ذات الطابع الدولي وعلى سبيل المثال فإن النظام العام في بلجيكا وفرنسا وغيرهما مما هو مقرر في قوانين الدول الأوروبية ذات المرجعية العلمانية يتعارض وتطبيق أي قانون أجنبي يخضع الزواج لأي شرط يقيد من حرية الزواج المقررة فيها أو يمنعه بسبب اختلاف الأصل أو الجنس أو الدين بل في فرنسا يعتبر القانون الأجنبي متعارضاً مع النظام العام حتى في الحالة التي يقرر فيها القانون الأجنبي شروطاً أخف من تلك المقررة في القانون الفرنسي^(١)

وفي البلاد العربية ذات المرجعية الإسلامية ومنها دولة الإمارات العربية المتحدة فإن القاعدة العامة هي أن أحكام الزواج التي يخضع لها المسلم يجب أن تتفق مع أحكام الشريعة الإسلامية وعلى هذا فإن القانون

١ إشكاليات الزواج المختلط وزواج المغاربة في الخارج للأستاذة جميلة المهوتي ص رقم ١٠

الأجنبي الواجب التطبيق في مسائل الزواج يعتبر متعارضاً مع النظام العام في تلك البلاد متى توافر شرطان:
الشرط الأول أن يتعلق الأمر بأحد المسلمين

والشرط الثاني أن يخالف القانون الأجنبي أحكام الشريعة الإسلامية وتطبيقاً لذلك فإن القانون الذي يجيز لغير المسلم الزواج بمسلمة متعارض مع النظام العام وكذلك القانون الذي يمنع المسلم من الزواج بزوجة ثانية أو من تطليق زوجته بإرادته المنفردة وذلك لأن الشريعة الإسلامية قد أباحت للزوج المسلم التزوج بأربع نسوة وقررت له الحق في تطليق زوجته بإرادته المنفردة دون الرجوع في ذلك إلى القضاء ، كما يعتبر القانون الذي يجيز الزواج بدون ولي متعارضاً مع النظام العام لأنه لا نكاح بدون ولي كما هو ثابت بالسنة وفق ما سبق بيانه وإذا كانت لفكرة النظام العام تطبيقات متعددة لا مجال لاستعراضها فهي هنا ترد كقيد واستثناء من قواعد الإسناد المتعلقة بالزواج ولذلك يبرر بعض الفقه هذا الاستثناء من قواعد الإسناد بأن «نظام الزواج وثيق الصلة بحياة الجماعة الوطنية ومن الأفضل إخضاعه للقانون الوطني كلما كان أحد أطراف العلاقة وطنياً» وقد تعرض المشرع الإماراتي لهذا الاستثناء في المادة ١٤ من قانون المعاملات المدنية ونص فيها على انه :«في الأحوال المنصوص عليها في المادتين السابقتين إذا كان أحد الزوجين وطنياً وقت انعقاد الزواج يسري قانون دولة الإمارات وحده فيما عدا شرط الأهلية» وهو ذات النص الوارد في القانون المدني المصري

ومن ثم فتطبيق هذا النص فيما يتعلق بشروط صحة الزواج يؤدي إلى تطبيق القانون الإماراتي متى كان أحد الزوجين وطنياً وقت انعقاد العقد ولو كان الزوج الآخر أجنبياً وحتى ولو أصبح كلا الزوجين أجنبياً بعد الزواج وبالعكس من ذلك فإذا كان الزوجان أجنبيين عند الزواج ثم تجنس أحدهما بالجنسية الإماراتية بعد الزواج فلا محل لتطبيق النص المذكور لأنه صريح في اشتراط وطنية أحد الزوجين عند الزواج.

المبحث الثاني

إشكالية الحضانة في الزواج المختلط

الحضانة - كما عرفت المادة ١٤٢ من قانون الأحوال الشخصية - هي حفظ الولد وتربيته ورعايته بما لا يتعارض مع حق الولي في الولاية على النفس وبالتالي فهي واجبة على أبويه باعتبارهما أقرب الناس إليه وأكثرهم شفقة عليه وهما مسئولان عنه أمام الخالق جل وعلا ثم أمام المجتمع الذي يعتبر الإنسان أجل وأهم شيء فيه.

وتعتبر الحضانة من بين الحقوق والواجبات المتبادلة بين الزوجين أثناء قيام الرابطة الزوجية^(١) ولئن كان أمر الحضانة لا يثير أي إشكال بين الأبوين عند قيام الرابطة الزوجية فإنه عند انحلال هذه الرابطة وخاصة في الزواج المختلط غالباً ما يخلق مجموعة من المشاكل من قبيل القانون الواجب التطبيق بشأنها، ومشكل النقل غير المشروع للأطفال، ومما يزيد الحضانة تعقيداً في الروابط الدولية الخاصة هو في الحالة التي يرغب فيها الزوج المحروم من الحضانة اصطحاب أبنائه معه ليعيشوا في كنفه وتحت رقابته إذ الصراع عادة ما يصل إلى المحاكم الجنائية وليس فقط إلى ساحات محاكم الأحوال الشخصية بسبب خطف الأبناء من الطرف الآخر ومن ثم خرق أحكام حق الزيارة، ويزداد المشكل حدة عندما يكون هناك تنازع بين منظومتين مختلفتين الأولى علمانية والثانية إسلامية للاختلاف الكبير الموجود بينهما

وفي ضوء ما تقدم يمكن أن نتناول إشكالية الحضانة في الزواج المختلط من خلال مطلبين اثنين نخصص أولهما للقانون الواجب التطبيق على الحضانة (مطلب أول) ونخصص ثانيهما لمشكل النقل غير المشروع للأطفال في الروابط الدولية الخاصة (مطلب ثان)

المطلب الأول: القانون الواجب التطبيق على الحضانة

لقد ترتب عن انتفاء النص صراحة على تحديد القانون الواجب التطبيق على الحضانة في تشريعات أغلب الدول وجود انقسام في آراء الفقه والقضاء حول ترجيح القانون الشخصي لأحد الأطراف على غيره من القوانين ذات الصلة بالنزاع. ولما كان التحليل التنازعي هو الحل المعترف به في القانون الدولي الخاص فإنه أمام عدم وجود قاعدة إسناد صريحة بخصوص تحديد القانون الواجب التطبيق على الحضانة سواء في القانون الإماراتي أو في غيره من تشريعات العديد من الدول فإن الفقه لم يتفق على حل واحد وبالتالي تعددت اتجاهاته.

١ الفقرة الرابعة من المادة ٥٤ من قانون الأحوال الشخصية

فهناك اتجاه في الفقه يميل إلى اعتبار الحضانة أثراً من آثار الزواج وبالتالي فهي تخضع للقانون الذي تخضع له هذه الآثار وهو قانون الدولة التي ينتمي إليها الزوج وقت إبرام عقد زواجه خاصة إذا كان هناك نزاع بشأن الحضانة لا يرتبط بدعوى لانحلال الرابطة الزوجية أي حال قيام العلاقة الزوجية بين والدي الطفل لأن الحضانة في هذه الحالة تكون من واجباتهما معا وهذا التوجه تأثر به المشرع الإماراتي فنص في المادة ١٣ من قانون المعاملات في فقرته الأولى على أنه: «يسري قانون الدولة التي ينتمي إليها الزوج وقت انعقاد الزواج على الآثار الشخصية والآثار المتعلقة بالمال التي يرتبها عقد الزواج» معتبراً أن الآثار الشخصية – ومن بينها الحضانة – من آثار الزواج وقد خالف القضاء المصري هذا التوجه المنصوص عليه أيضاً في المادة ١٣/فقرة ١ من القانون المصري ووجه إليه انتقاداً حيث جاء في إحدى حيثياته ما يلي: ((حيث أنه فيما يتعلق بالحضانة فإنه لا شأن لعقد الزواج بها حتى تعتبر أثراً من الآثار المترتبة عليه ذلك أنه يرجع عند بحث أمر الحضانة وصاحب الحق فيها إلى أمور أخرى متعددة بعيدة كل البعد عن عقد الزواج نفسه من هذه الأمور سن الصغير ومصلحته وعلاقته بطالب الحضانة وبمن ينازع فيها وعلى ذلك فإنه لا يصح أن ينظر إلى الحضانة باعتبارها أثراً من الآثار التي يرتبها عقد الزواج وبالتالي لا يصح أن تطبق في خصوصها وفي خصوص صاحب الحق فيها قاعدة الإسناد الواردة في الفقرة الأولى من المادة الثالثة عشرة من القانون المدني المصري المنصوص فيها على أنه: «يسري قانون الدولة التي ينتمي إليها الزوج وقت انعقاد الزواج على الآثار التي يرتبها عقد الزواج بما في ذلك من أثر بالنسبة للمال»

وهناك اتجاه آخر في الفقه يخضع الحضانة للقانون الذي يطبق على آثار الطلاق وهو قانون جنسية الزوج وقت الطلاق أو وقت رفع الدعوى باعتبار أن الحضانة أثر من آثار الطلاق وليست من آثار الزواج .. ويبدو للوهلة الأولى أن هذا الاتجاه هو نفسه يخضع أمر الحضانة إلى قانون جنسية الزوج شأنه شأن الاتجاه الأول غير أن أهميته لا تظهر إلا في الحالة التي يغير الزوج جنسيته التي كانت عنده وقت إبرام الزواج فيتغير تبعاً لذلك التنظيم القانوني لحضانة الأبناء بتغير القانون الواجب التطبيق على انقضاء الزواج مما قد يهدد الاستقرار المطلوب لتنشئة الأطفال وقد نص المشرع الإماراتي في الفقرة الثانية من المادة ١٣ من قانون المعاملات المدنية على ما يلي: «أما الطلاق فيسري عليه قانون الدولة التي ينتمي إليها الزوج وقت الطلاق ويسري على التطبيق والانفصال قانون الدولة التي ينتمي إليها الزوج وقت رفع الدعوى» ويلاحظ أن هذا الاتجاه الفقهي الذي يستند في مضمونه إلى مقتضيات المادة ١٣ المنوه عنها لا يستشف من تلك المقتضيات أنها تحدد القانون الواجب التطبيق على الآثار الشخصية للطلاق حتى تعد الحضانة من بينها غير أنه نجد أن مجلة القانون الدولي الخاص التونسية أعطت للقاضي إمكانية إخضاع الحضانة للقانون الذي وقع بمقتضاه حل الرابطة الزوجية وذلك في الفصل ٥٠ الذي جاء فيه: «تخضع الحضانة للقانون الذي وقع بمقتضاه حل الرابطة الزوجية أو القانون الشخصي للطفل أو قانون مقره ويطبق القاضي القانون الأفضل للطفل»

وهناك اتجاه فقهي ثالث يعتبر الحضانة حقاً من الحقوق التي تدخل في إطار الولاية على النفس إذ يصعب

الفصل بينهما ولذلك يتم إخضاعها لقانون جنسية الأب وقت ميلاد الولد باعتبار أن هذا الوقت هو الذي تتكون فيه رابطة النسب ،، ومن بين التشريعات التي تخضع الحضانة للقانون الذي يحكم آثار النسب نجد القانون الكويتي رقم ٥ لسنة ١٩٦١ بتنظيم العلاقات القانونية ذات العنصر الأجنبي في مادته ٤٣ ينص على أنه: «يسري قانون جنسية الأب في الولاية على النفس وفي الحضانة» وهكذا يظهر من هذا الاتجاه الذي اخذ به القانون المدني الكويتي انه جاء لتكريس مبدأ الربط بين الحضانة والولاية على النفس ومن ثم إخضاعها إلى نفس القانون التي تخضع له هذه الولاية .

إن هذه الاتجاهات الثلاثة جاءت تركز جميعها على أن قانون جنسية الأب هو الواجب التطبيق في الحضانة سواء تم اعتبارها أثراً من آثار الزواج أم الطلاق أو حتى من آثار النسب مما يعني أنها تركز ما يعرف بـ «امتياز الجنسية» لتحويل الزوج تطبيق قانون أحواله الشخصية على كل رابطة زوجية مختلطة الشيء الذي أدى إلى ظهور رأي رابع في الفقه يجعل القانون الأصلح للطفل هو الواجب التطبيق فقد يكون هو قانون جنسية الزوج وقت إبرام عقد الزواج وقد يكون هو قانون جنسية الأب وقت ميلاد الولد أو وقت الطلاق أو وقت رفع الدعوى وقد يكون لا في هذا ولا في ذاك بل في قانون موطن إقامته الاعتيادية وقد أخذ القضاء الهولندي بمعيار موطن الإقامة الاعتيادية حيث قضى بالحضانة للام بناء على ضابط الإقامة الاعتيادية باعتبار أنه هو المتوافق مع مصلحة المحضون^(١) مراعيًا في ذلك المصلحة الفضلى للطفل وهو ما أكدت عليه اتفاقية حقوق الطفل لسنة ١٩٨٩ حيث ورد في فقرتها الأولى : «تؤكد على أنه في جميع الإجراءات التي تتعلق بالأطفال سواء قامت بها مؤسسات الرعاية الاجتماعية العامة أو الخاصة أو المحاكم أو السلطات الإدارية أو الهيئات التشريعية يولى الاعتبار الأول لمصالح الطفل الفضلى»

ويلاحظ من خلال هذه الاتجاهات الأربعة أنها رغم تباينها فهي لم تشذ عن احترامها لقواعد التحليل التنازعي السليم في تحديدها للقانون الواجب التطبيق على النزاع ذي العنصر الأجنبي وذلك بناءً على إسناد موضوعي محايد غير أنه في البلدان الإسلامية ومراعاة لامتياز الديانة في الزيجات المختلطة التي يكون فيها أحد أطرافها مسلماً قد يستبعد التحليل التنازعي ولا يعطى لضوابط الإسناد أي اعتبار وتطبق القوانين المحلية لتلك البلدان بعلّة ضرورة الحفاظ على الهوية الوطنية والدينية أساساً ،

ويظهر امتياز الديانة بشكل جلي عند حصول نزاع بشأن الحضانة في الزواج المختلط الذي يجمع بين مسلم وكتابية متى خيف على دين الطفل حيث يتدخل القاضي ليطبق امتياز الديانة لأن حق الحاضنة في هذه الحالة أصبح متعارضاً مع حق الصغير وحق هذا الأخير مقدم على حق والديه.

ولئن كان المشرع الإماراتي قد اشترط في الحاضن (رجلا كان أو امرأة) عدة شروط عددها في المادتين ١٤٣ و ١٤٤ من قانون الأحوال الشخصية وكان من بين تلك الشروط شرط الاتحاد مع المحضون في الدين (وهو ما يتفق مع ما يذهب إليه فقهاء الحنابلة والشافعية الذين يرون أن الاختلاف في الدين مانع من موانع الحضانة) (إلا انه عاد في المادة الموالية (١٤٥) وأعطى للقاضي على وجه الاستثناء سلطة تقدير خلاف ذلك إذا كانت الحاضنة أما على ألا تزيد مدة الحضانة على إتمام المحضون خمس سنوات ذكرا كان أو أنثى مراعاة منه لمصلحة المحضون لان المحضون يكون في هذه السنوات الأولى من عمره أكثر احتياجا لأمه باعتبار أنها أقدر من أبيه على القيام برعاية شؤونه ولا يخشى عليه أثناءها أن يألف غير دين أبيه . وهو حكم مستمد من مذهب المالكية والحنفية . وهو في ذات الوقت استثناء جاء ليؤكد القاعدة التي هي ضرورة توفر شرط الإسلام في الحاضنة لاستحقاقها الحضانة إذ لا حضانة لكافر على مسلم ، وفي رأينا أن أعمال امتياز الدين في البلاد الإسلامية كضابط في إسناد الحضانة وتنظيمها إذا خيف على دين المحضون ليس فيه تعارض مع مبادئ القانون الدولي الخاص ولا مع الاتفاقيات الدولية الخاصة بحقوق الإنسان ما دام أن ذلك يدخل ضمنيا في إطار مصلحة الطفل المحضون الواجب أخذها بعين الاعتبار إلا أن الإشكال الذي سيبقى مطروحا عند إعمال هذا الامتياز باستصدار حكم يقضي بإسقاط الحضانة عن الأم خوفا على دين المحضون في الحالة التي تكون فيها هذه الأم من جنسية دولة علمانية هو أن هذا الحكم سيتعرض لا محالة لعدم الموافقة على تذييله بالصيغة التنفيذية أمام قاضي تلك الدولة العلمانية بعلّة أن فيه مساساً بحق أساسي للطفل وهو حرية العقيدة ، ونورد في هذا الصدد قرارا صادرا عن المجلس الأعلى الجزائري بتاريخ ١٩٨٧/٣/٩^(١) جاء في إحدى حيثياته «وحيث إن السيدة الحاضنة تقيم بفرنسا ، وخوفا على العقيدة الإسلامية للبنات ، فإن الحضانة تعطى للأب المقيم في الجزائر»

وهناك امتياز آخر يتخذ كمعيار في إسناد الحضانة وهو ما يصطلح عليه بامتياز الذكورة سواء عند من يرى أن الحضانة اثر من آثار الزواج أو عند من يراها أثرا من آثار الطلاق أو عند من يلحقها بالولاية على النفس فهي في كل من هذه الاتجاهات تخضع لقانون الزوج والحقيقة أن امتياز الذكورة بهذا المعنى لا ينبغي أن ينظر إليه في البلاد الإسلامية إلا على أساس انه امتداد لامتياز الديانة طالما انه لا يتصور في الزيجات المختلطة المنعقدة على وجه شرعي صحيح أن يكون الزوج فيها غير مسلم وقد سبق أن بينا عند تلمس قاعدة الإسناد في الحضانة من خلال الاتجاهات الفقهية الأربعة أن من بينها ما يخضع الحضانة إلى القانون الأصلح للطفل وشرنا إلى أن اتفاقية حقوق الطفل لسنة ١٩٨٩ أكدت على ضرورة مراعاة المصلحة الفضلى للطفل ، ومن ثم لئن كانت اغلب التشريعات قد نصت على أحكام الحضانة وتعطي كلها الأولوية للام في الحق في

١ قرار المجلس الأعلى الجزائري - غرفة الأحوال الشخصية - في ملف رقم ٤٥١٨٦

الحضانة فإنها تترك أمر تقدير خلاف ذلك إلى القضاء رعيًا لمصلحة المحضون ، ونعتقد أن النتيجة العملية لذلك كله هي أن القاضي المعروض عليه النزاع بشأن الحضانة في العلاقات الزوجية ذات العنصر الأجنبي سوف لا يقيم وزناً لهذا الامتياز بقدر ما سيبحث عن ما فيه مصلحة المحضون من خلال تطبيقه للقانون الاوفق له والذي لا يتعارض مع أحكام الشريعة الإسلامية

وفي تطبيقات القضاء الإماراتي لقاعدة الإسناد في الحضانة نجده في احد أحكامه يستند إلى القواعد العامة في تحديده للقانون الواجب التطبيق حيث يأخذ بأحكام قانون الدولة التي ينتمي إليها طالب الحضانة لأنه هو القانون الذي يحكم البنية الشرعية والولاية على النفس . ففي حكم محكمة التمييز بدبي موضوع (الطعن رقم ٢٣ لسنة ١٩٩٥ ق جلسة ١٩٩٦/١/٢١) ورد به أن المطعون ضده أقام الدعوى أحوال نفس أمام المحكمة الابتدائية بدبي طالبا إسقاط حضانة الطاعنة لابنته منها وفي بيان ذلك يقول انه لبناني الجنسية وتزوج بالمدعى عليها (الطاعنة) بلبنان وأنجب منها تلك البنت وهي الآن حاضنة لها وقد تجاوزت سن الحضانة ببلوغها تسع سنوات طبقا للمادة (٣٩١) من قانون الأحوال الشخصية المعمول به بدولة لبنان موطن الطرفين والقانون الواجب التطبيق هو قانون الزوج عملا بالمادة ١٣ من قانون المعاملات المدنية الصادر سنة ١٩٨٥ باعتباره أن الحضانة من الآثار الشخصية لعقد الزواج فقضت محكمة الدرجة الأولى بإسقاط حضانة الطاعنة لابنتها وضمها للمطعون ضده وتسليمها له استأنفت الطاعنة هذا الحكم فقضت محكمة الاستئناف برده وتأيد الحكم المستأنف .. طعننت فيه الحاضنة بطريق التمييز وجاء في أسباب طعنها أن الحكم المطعون فيه اعتبر الحضانة أثرا من آثار الزواج وتخضع لقانون الزوج وفق المادة (١٣) من قانون المعاملات المدنية والحقيقة أن هذه المادة تخص انعقاد الزواج من حيث الموضوع والشكل وعلاقات الزوجين - شخصية كانت أو مالية - أما الولاية فهي غير داخلية في نطاق هذه المادة بل تحكمها المادة (١٦) من القانون ذاته القائلة : «يسري على المسائل الموضوعية الخاصة بالولاية والوصاية وغيرها من النظم الموضوعية بحماية عديمي الأهلية وناقصيها والغائبين قانون الشخص الذي تجب حمايته» وبما أن المحضونة تحمل الجنسيتين الأمريكية واللبنانية ومقيمة بدولة الإمارات العربية المتحدة إقامة دائمة وبالتالي فإن القانون الواجب التطبيق هو قانون الدولة التي تقيم بها اجتنابا للتنازع بين القانونين اللبناني والأمريكي ، ولما طبقت المحكمة القانون اللبناني كان حكمها مشوبا بعوار البطلان بالإضافة إلى عدم كفاية أسبابه إذ أسس على أن المطعون ضده لبناني الجنسية والقانون الواجب التطبيق هو القانون اللبناني الذي يقضي بأن مدة حضانة الأم لابنتها تنتهي إذا بلغت البنت تسع سنوات ولأن حينئذ أخذها لكن الحكم المطعون فيه لم يبحث عن صلاحية الأب لتولي أمور القاصرة عند انتقالها حرصا على مصلحتها وهل عنده من يقوم بشؤونها ويحرسها عند غيابه لا سيما وهو أعزب يخرج للعمل ولا أحد يرفع تلك البنت في غيبتها ولذا كان الحكم في غير محله مما يستوجب نقضه .

وقد ردت محكمة التمييز على أسباب هذا الطعن منتهية إلى رفضه بالحيثيات التالية:-

حيث إن هذا النعي مردود ، ذلك أن المادة ١٣ من قانون المعاملات المدنية الاتحادي نصت على انه:

١- «يسري قانون الدولة التي ينتمي إليها الزوج وقت انعقاد الزواج على الآثار الشخصية والآثار المتعلقة بالمال التي يرتبها عقد الزواج،

٢- أما الطلاق فيسري عليه قانون الدولة التي ينتمي إليها الزوج وقت الطلاق ويسري على التطبيق والانفصال قانون الدولة التي ينتمي إليها الزوج وقت رفع الدعوى مما مفاده أن قانون الدولة التي ينتمي إليها الزوج يسري في خصوص القواعد التي تحكم آثار علاقة الزواج بين الزوجين وطلاقهما ولا ينسحب على القواعد التي تحكم علاقة أولادهما بهما أو بأي منهما ومنها حق حضانتهم لهؤلاء الأولاد فلا يمتد هذا النص إليها . كما نصت المادة ١٦ من ذلك القانون على انه: (يسري على المسائل الموضوعية الخاصة بالولاية والصاية والقوامة وغيرها من النظم الموضوعية لحماية عديمي الأهلية وناقصيها والغائبين قانون الشخص الذي تجب حمايته) ومؤداه أن قانون هذا الشخص هو الذي يحكم الأمور المالية المتعلقة بعديمي الأهلية وناقصيها والغائبين ولا شأن له بالقواعد التي تحكم الحق في حضانة الأولاد ومن ثم فلا محل لإعمال هذين النصين في صدد بيان القاعدة التي يتعين إسناد حضانة الأولاد إليها وبالتالي فإنه يتعين الرجوع إلى القواعد العامة في هذا الشأن ومقتضاها الرجوع في هذا الصدد إلى قانون الدولة التي ينتمي إليها طالب الحضانة لأن هذا القانون (هو الذي يحكم البنية الشرعية والولاية على النفس) وإذا كان الثابت بالأوراق أن المطعون ضده طالب الحضانة ينتمي إلى لبنان وإذا كان هذا القانون المرفقة نسخته بالأوراق يجيز للأب ضم ابنته إليه إذا بلغت التاسعة من عمرها وكان الحكم المطعون فيه إذ خلص إلى ذلك قد أصاب النتيجة الصحيحة في القانون ولا يعيبه استناده إلى نص في القانون لا ينطبق على واقعة الدعوى إذ لمحكمة التمييز أن تصح ما وقع فيه الحكم من خطأ وتردها إلى سند من صحيح القانون،

وحيث إن الطعن بكون البنت المحضونة لها جنسيتان أمريكية ولبنانية وإن المحكمة لم تبحث صلاحية الأب للحضانة فهذا النعي غير مقبول ذلك أن من الأصول المقررة وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة أن الدفاع الذي يخالطه واقع لم يسبق طرحه على محكمة الموضوع لا يجوز إيدأه لأول مرة أمام محكمة التمييز ، لما كان ذلك وكانت الطاعة لم تثره أمام محكمة الموضوع لتقوم ببحثه وتتولى تمحيصه في ضوء الواقع في الدعوى فإن إثارته لأول أمام محكمة التمييز غير مقبولة . اهـ

ونعتقد أن هذا التصحيح الذي قامت به محكمة التمييز - باعتبارها محكمة قانون - باستبعادها لقاعدتي الإسناد المنصوص عليهما في المادتين ١٣ و١٦ من قانون المعاملات المدنية لعدم انطباقهما على النزاع ورجوعهما إلى القواعد العامة في تعيين القاعدة التي يتعين إسناد حضانة الأولاد إليها وذلك بربطها بالبنوة الشرعية والولاية على النفس لتخلص في النتيجة إلى أن قانون الأب طالب الحضانة هو الواجب التطبيق ما هو في

الحقيقة إلا تصحيح يتعلق بتكليف موضوع النزاع فالحكم المطعون فيه كيف النزاع المتعلق بالحضانة على انه من الآثار الشخصية لعقد الزواج وأخضعه إلى قانون الزوج الأجنبي وفق قاعدة الإسناد المنصوص عليها في المادة ١٣ من قانون المعاملات المدنية بينما محكمة التمييز رأت أن هذه المادة لا تنطبق على موضوع النزاع وكيفت العلاقة القانونية على أنها تدخل في إطار البنوة الشرعية والولاية على النفس وأخضعتها طبقاً للقواعد العامة إلى قانون الأب الذي هو طالب الحضانة وهو نفس الاتجاه الذي نص عليه صراحة القانون الكويتي رقم ٥ لسنة ١٩٦١ الخاص بتنظيم العلاقات القانونية ذات العنصر الأجنبي في مادته ٤٣ المنوه إليها أعلاه عندما أخضع الولاية على النفس والحضانة إلى قانون جنسية الأب.

المطلب الثاني: النقل غير المشروع للأطفال في الروابط الدولية الخاصة

تعد الحضانة مظهراً من مظاهر عناية التشريع الإسلامي بالطفولة إذ الإنسان في طفولته بحاجة ماسة إلى من يعتني به ويعدّه للحياة المستقبلية

وإذا كان المحضون في حضانة أحد الأبوين فانه يحق للأخر زيارته واستزارته واستصحابه إذ لا يجوز للحاضنة أن تمنع الأب من رؤية ولده المحضون إذا كان عندها كما لا يجوز للأب أن يمنع الأم من رؤية ولدها إذا صار الولد في يده بعد سقوط حقها في حضانتها، أو انتهاء مدة تلك الحضانة لقوله تبارك وتعالى (لا تضار والدة بولدها ولا مولود له بولده) وذلك حتى تبقى الصلة قائمة بين الولد من ناحية وبين كل من أبويه من ناحية ثانية ولو افترق الأبوان،^(١)

وإيماناً من المشرع الإماراتي بأهمية هذا الحق وما يحققه للطفل من استقرار ومن ارتباط بمحيطه العائلي والحفاظ على هويته فقد نظمته وافرد له المادة ١٥٤ من قانون الأحوال الشخصية^(٢)

فحق زيارة المحضون هو من الحقوق الثابتة لأحد الأبوين وهو أمر مجمع عليه بين مختلف القوانين ومنصوص عليه حتى في الاتفاقيات الدولية المهتمة بحماية الأطفال

١ المذكرة الإيضاحية لقانون الأحوال الشخصية ص رقم ١٦٧

٢ تنص المادة ١٥٤ على أنه: ١- إذا كان المحضون في حضانة أحد الأبوين فيحق للأخر زيارته واستزارته واستصحابه حسبما يقرر القاضي على أن يحدد المكان والزمان والكلف بإحضار المحضون . ٢- إذا كان أحد أبوي المحضون متوفى أو غائبا يحق لأقارب المحضون المحارم زيارته حسبما يقرر القاضي ٣- إذا كان المحضون غير أبويه يعين القاضي مستحق الزيارة من أقاربه المحارم .. ٤ - ينفذ الحكم جبراً إذا امتنع عن تنفيذه من عنده المحضون .٥- يصدر وزير العدل والشؤون الإسلامية والأوقاف لائحة تحدد إجراءات رؤية المحضون وتسليمه وزيارته على ألا تكون في مراكز الشرطة أو السجون.

وسقوط الحضانة عن الأم بسفرها إلى مكان بعيد لا يستطيع معه الأب زيارة ولده يخوله أنخذ المحضون من الحاضنة. وقد نص المشرع الإماراتي في المادة ١٥٢ من قانون الأحوال الشخصية على الحالات التي يسقط فيها حق الحاضن في الحضانة جعل من بينها حالة استيطان الحاضن بلدا يعسر معه على ولي المحضون القيام بواجباته ، كما نهجت العديد من التشريعات في البلاد الإسلامية نفس النهج وأكدت على نفس القاعدة نذكر من بينها مجلة الأحوال الشخصية التونسية في المادة ٦١ حيث نصت على انه « إذا سافرت الحاضنة سفر نقلة مسافة يعسر معها على الولي القيام بواجباته نحو محضونه سقطت حضانتها » وقانون الأسرة الجزائري في مادته ٦٩ التي نصت على انه : « إذا أراد الشخص الموكل له حق الحضانة أن يستوطن في بلد أجنبي رجع الأمر للقاضي في إثبات الحضانة أو إسقاطها عنه مع مراعاة مصلحة المحضون »

وإذا كان تنظيم حق الزيارة لا يثير إشكالات كبرى في إطار الروابط الداخلية فان الأمر ليس كذلك في حالة الزواج المختلط إذ افترز الواقع مجموعة من الإشكاليات من أهمها النقل غير المشروع للأطفال حيث يعمد الشخص المحروم من حق الحضانة في الغالب إلى استغلال حق الزيارة من أجل الترحيل بالطفل عبر الحدود الدولية وهو فعل على درجة كبيرة من الخطورة إذ بالإضافة إلى ما فيه من حرمان للطرف الآخر من ممارسة حقه في الحضانة فانه يعرض الطفل لعواقب وأضرار وخيمة . ولئن كانت القوانين الداخلية تجرم هذا العمل^(١) فان المتابعة قد تصبح مستحيلة حينما يكون الشخص المرتكب لهذا الفعل فوق تراب الدولة الأخرى لذلك لا يبقى أمام الدول سوى إبرام اتفاقيات دولية كحل لمجابهة هذا المشكل^(٢).

وبمراجعة مختلف الاتفاقيات المنظمة لظاهرة النقل غير المشروع للأطفال سواء الثنائية منها أو المتعددة نجدها تحاول في عمومها إبراز مفهوم هذه الظاهرة وتحدد شروطها من ذلك مثلا المادة الثالثة من اتفاقية لاهاي لـ ٢٥ أكتوبر ١٩٨٠ التي تنص في فقرتها الأولى والثانية على انه : « يعتبر نقل الطفل أو احتجازه عملا غير مشروع في الأحوال التالية :

أ - عندما يكون في ذلك انتهاك لحقوق الحضانة الممنوحة لشخص أو مؤسسة أو هيئة سواء بصورة مشتركة أو فردية والتي ينص عليها قانون الدولة التي كان الطفل يقيم بها بصفة اعتيادية قبل نقله أو احتجازه مباشرة.

ب - إذا كانت هذه الحقوق تمارس فعليا وقت النقل أو الاحتجاز بصورة فردية أو مشتركة أو كان بالإمكان ممارستها لولا حدوث هذا النقل أو الاحتجاز .

١ نصت المادة ٣٢٩ من قانون العقوبات الإماراتي على انه يعاقب بالحبس أو بالغرامة أي من الوالدين أو الجدین خطف ولده الصغير أو ولد ولده بنفسه أو بواسطة غيره ولو بغير تحايل أو اكراه ممن له الحق في حضانتها أو حفظه بمقتضى قرار أو حكم من جهة القضاء

٢ إشكالية الحضانة في الزواج المختلط ص ٦٣ و ٦٤ الأستاذة جليدة دريسي الطبعة الأولى ٢٠١٠

ويلاحظ من هذا التعريف للنقل غير المشروع انه يقوم على ضابط الإقامة الاعتيادية وهو غير ضابط الموطن الذي يمكن أن ينتج عنه إسناد غير طبيعي لقانون الموطن والذي ليس له أية رابطة حقيقية مع شخص الحدث ، كما يلاحظ من التعريف ذاته انه يشترط لتحقيق النقل غير المشروع توفر شرطين أولهما خرق حق الحضانة الممنوح لأحد الأبوين بمقتضى سند صحيح طبقا لقانون دولة محل الإقامة الاعتيادية للطفل سواء أكان هذا السند الصحيح قضائيا أو إداريا أو اتفاقيا ، وثانيهما أن يكون حق الحضانة يمارس بصفة فعلية قبل حصول النقل ومؤدى ذلك أن السلطات القضائية للدولة المطلوبة يمكنها أن ترفض الأمر بإرجاع الطفل إذا تمكن الشخص أو المؤسسة أو الهيئة الأخرى التي تعارض إعادته من إثبات أن الشخص أو المؤسسة أو الهيئة الأخرى التي ترعى شخص الطفل لم تكن في الواقع تمارس حقوق الحضانة وقت النقل أو الاحتجاز

وكتطبيق لضابط الإقامة الاعتيادية على مستوى القضاء نسوق القرار الصادر عن محكمة الدرجة الكبرى لـ نيورث بتاريخ ١٩٩٥/١/٩ حيث انتهت فيه إلى عدم مشروعية نقل الطفل من قبل أبيه من إنجلترا إلى فرنسا على أساس خرق حق الحضانة المخول للام بمقتضى القانون الانجليزي استنادا إلى مقتضيات المادة الثالثة من اتفاقية لاهاي لـ ٢٥ أكتوبر ١٩٨٠ ، مع العلم انه جاء في حيثيات هذا القرار (أن الطفل قد أقام في فرنسا من سنة ١٩٩٠ إلى نهاية ١٩٩٣ في حين أن إقامته في إنجلترا كانت لمدة ثلاثين يوما)، الأمر الذي يجعل مفهوم ضابط الإقامة الاعتيادية مشوبا بالغموض ويحتاج إلى معيار دقيق لتحديده حتى يمكن تمييزه عن ضابط الموطن ولا يختلط به

ولكافة ظاهرة النقل غير المشروع للأطفال نجد أن التعاون الدولي في مجال رعاية الأطفال وحمايتهم افرز مجموعة من الاتفاقيات المتعددة الأطراف منها اتفاقية لاهاي لـ ٢٥ أكتوبر ١٩٨٠ المشار إليها والقانون الأوروبي رقم ٢٢٠١/٢٢٠٣ لـ ٢٧/١١/٢٠٠٣ الذي جاء متمم لها وكذا اتفاقية حقوق الطفل لسنة ١٩٨٩ تؤكد جميعها على ضرورة بذل كل جهد من طرف الدول للحيلولة دون فصل الأطفال عن أسرهم وتحت على ذلك باتخاذ جميع التدابير الملائمة سواء منها الوطنية أو الثنائية أو المتعددة الأطراف لمنع اختطاف الأطفال وتتعهد الدول الأطراف فيها على أن تحترم حق الطفل المنفصل عن والديه أو عن احدهما في الاحتفاظ بصورة منتظمة بعلاقات شخصية واتصالات مباشرة بكلا والديه إلا إذا تعارض ذلك مع مصلحة الطفل

على أن تنفيذ وانجاز المهام التي تؤكد عليها هذه الاتفاقيات يبقى رهينا بضرورة توافر سلطة مركزية في كل دولة متعاقدة وذلك حتى تتعاون هذه السلطات فيما بينها من اجل ضمان الإعادة الفورية للأطفال وهذه السلطة المركزية المكلفة بتسوية ملفات الأطفال المنقولين بطريقة غير مشروعة غالبا ما تكون هي وزارة العدل

وأمام السلطة المركزية لمكان إقامة الطفل الاعتيادية أو أمام السلطة المركزية بأي دولة متعاقدة يحق لأي شخص أو مؤسسة أو هيئة التقدم بطلب - في إطار التسوية الودية - يتم فيه الادعاء بان طفلا قد نقل أو احتجز بأسلوب يعتبر انتهاكا لحقوق الحضانة كما يتم إرفاقه بالوثائق اللازمة والمثبتة لصحة الادعاء

ومتى توافر لدى السلطات المركزية التي تتلقى مثل هذه الطلبات ما يحملها على الاعتقاد بان الطفل موجود في دولة متعاقدة أخرى تقوم مباشرة بإرسال الطلب إلى السلطة المركزية لتلك الدولة المتعاقدة للقيام بكافة الإجراءات المناسبة للتوصل إلى الإعادة الطوعية للطفل

وعلى الرغم من الأهمية الكبرى للسلطات المركزية فإنها أحياناً قد تقف عاجزة عن تحقيق الأهداف المنوطة بها بسبب افتقارها لعنصر الإلزام مما يستدعي في هذه الحالة اللجوء إلى القضاء من أجل وضع حل لمشكل النقل غير المشروع للأطفال وهو ما أكدته المادة ١١ من اتفاقية لاهاي في فقرتها الأولى إذ جاء فيها «تتخذ السلطات القضائية (النيابة العامة) أو الإدارية في الدولة المتعاقدة إجراءات قضائية عاجلة لإعادة الأطفال. وحددت في الفقرة الثانية من ذات المادة أجل ستة أسابيع من تاريخ بدء الإجراءات لإصدار السلطة القضائية المرفوع إليها الطلب قرارها في الموضوع وهو أجل قصير إن دل على شيء فإنما يدل على إيمان واضعي الاتفاقية بأن قضايا النقل غير المشروع من القضايا المستعجلة التي تقتضي التدخل من أجل إرجاع الأطفال في أقرب وقت حفاظاً على حقوق الحضانة ، وفي هذا الصدد أكدت محكمة الدرجة الكبرى بتولوز على أن دعوى الإرجاع الهدف منها - حسب اتفاقية لاهاي لسنة ١٩٨٠ - هو ضمان الإرجاع السريع للطفل إلى محل إقامته الاعتيادية ، إذ أن الفكرة الرئيسية هي إعادة الوضعية السابقة التي تم خرقها بفعل الأعمال المادية التي تفتقد إلى المشروعية وفقاً للمبدأ القائل بان ضحية الغش أو الإكراه يجب قبل كل شيء إعادته إلى حالته الأصلية»^(١).

خاتمة:

من الطرح السابق لموضوع الزواج المختلط واشكالياته حاولنا وبالقدر المستطاع تسليط الضوء على ظاهرة الزواج المختلط وسبب ظهورها قديماً وحديثاً توطئة لبيان الاتجاهات القانونية التي تدور حوله مركزين في ذلك على قانون دولة الإمارات العربية المتحدة وما جرى عليه العمل في المحاكم بالمقارنة مع قوانين بعض الدول الأخرى في ذات المضمار ،

ولقد تبين من خلال البحث أن هذا النوع من الزواج يحمل في طياته صعوبات جمة ويطرح العديد من القضايا ذات البعد الاجتماعي والإنساني تؤثر في كيان الأسرة والمجتمع كما يطرح بعض الجوانب القانونية والفقهية التي ترتبط على سبيل المثال ب :

١ - معتقد الزوجين وأثره في عقد الزواج وسيرويته وانقضائه .

٢ - تنازع القوانين وما يثار في ذلك من القانون الواجب التطبيق في ما يعرف بقاعدة الإسناد واثار المعتقد والجنسية في ذلك .

١ قرار محكمة الدرجة الكبرى بتولوز - الغرفة الثانية - صادر بتاريخ ٢٠ مارس ١٩٨٧

٣ - مفهوم النظام العام وما يتعلق بالحفاظ على سلامة وأمن المجتمع .

٤-تذييل عقود الزواج المختلط المبرمة بالخارج وكذا الأحكام الصادرة في مادة الأحوال الشخصية بالصيغة التنفيذية.

وإذا كنا في هذه الدراسة المتواضعة حاولنا أن نلامس تلك الجوانب القانونية ونعطي أحيانا رأينا فيما نرجحه من الآراء الفقهية التي تناولتها فالموضوع يحتاج للمزيد من البحوث والدراسات الإنسانية لما له من مساس مباشر بالأسرة التي هي نواة المجتمع وبالأطفال الذين يولدون من صلب هذه الزيجات المختلطة ذلك أن صيانة المجتمع والحفاظ على هويته الوطنية والدينية وموروثه الحضاري له أهميته القصوى ولذلك فهذه دعوة لعلماء الاجتماع والدراسات الإنسانية للإسهام بجهودهم في هذا الموضوع الحي حتى تكتمل الرؤيا الشاملة لكل نواحي الزواج المختلط بإيجابياته وسلبياته وتتضح أكثر المشكلات التي تحيط به لا سيما وان اختلاط البشر والشعوب مع بعضها البعض وما قد ينشأ عن ذلك من زيجات مختلطة في هذه الأزمنة الحديثة أضحي أمرا واردا لا مفر منه ولا يمكن تجاهله والقفز عليه .

وإذا كنا لسنا من دعاة حجب الزواج المختلط أو وضع شروط احترازية للتقليل منه أو الحيلولة دون وقوعه لما قد يفرزه من مشاكل فإننا مع ذلك إذ نقدر أن الحب لا وطن له نشدد على أهمية حسن الاختيار وأهمية ضوابط هذا الاختيار سواء بالنسبة للزوج أو بالنسبة للزوجة لقوله صلى الله عليه وسلم «إذا جاءكم من ترضون دينه وخلقه فزوجوه إلا تفعلوا تكن فتنة وفساد كبير»^(١) وقوله صلى الله عليه وسلم أيضا «تنكح المرأة لأربع لمالها ولحسبها ولجمالها ولدينها فاظفر بذات الدين تربت يداك»^(٢) ونرى جماع ذلك في قوله تعالى «يا أيها الناس إنا خلقناكم من ذكر وأنثى وجعلناكم شعوبا وقبائل لتعارفوا إن أكرمكم عند الله أتقاكم»^(٣) فالحديث الشريف يركز على الدين والخلق عند الاختيار ولم يأت على ذكر جنسية الزوج أو جنسية الزوجة أو أصلهما والآية الكريمة تبين مقياس التفاضل بين الناس والحكمة من الاختلاف بين البشر. وعلى الله قصد السبيل.

١ رواه الترمذي في سننه وابن ماجه في سننه والطبراني في المعجم الأوسط والحاكم في المستدرک على الصحيحين والخطيب في تاريخ بغداد

٢ متفق عليه

٣ سورة الحجرات الآية ١٣

القسم الأول أبحاث ودراسات

الأحكام العامة والمبادئ الأساسية في القانون النموذجي للإفلاس العابر للحدود

المستشار:

نبيل عمران

مستشار بمحكمة النقض بأبوظبي



تمهيد:

لم تكن المحاولة الأولى لإصدار قانون نموذجي يعالج المشاكل التي تثور بمناسبة حالات الإفلاس العابر للحدود من نصيب الأمم المتحدة وإنما سبقتها محاولات أخرى – على نحو ما سنرى في المبحث الأول – وإن لم يكتب لها النجاح إلا أنها كانت المقدمات التي انتهت بتقديم هذه المبادرة «العالمية».

وفى رأينا أن القانون النموذجي للجنة الأمم المتحدة للتجارة الدولية فى شأن الإفلاس عبر الحدود يمثل مرحلة متقدمة من مراحل الفكر القانونى الذى يسعى إلى التوحيد فى واحدة من أصعب مسائل القانون الدولى الخاص. ولقد قدمت تلك اللجنة – فى هذا القانون – عملاً حاولت من خلاله التغلب على الخلافات القائمة بين سائر الأنظمة القانونية لمعالجة حالات الإفلاس الدولى من خلال التعاون بين المحاكم فى الدول المختلفة بما يحفظ حقوق الدائنين ويحقق صالح المؤسسات التجارية المدينة أيضاً إن تيسر إنقاذها، ويوفر أكبر قدر من الشفافية فى مجالى التجارة والاستثمار ويحافظ على فرص العمالة.

المبحث الأول

التطور التاريخي لقانون الأونسيترال النموذجي للإفلاس عبر الحدود

يسجل التاريخ أن المبادرة الأولى للتعاون الدولي في مجال تنظيم حالات الإفلاس عبر الحدود عن طريق وضع «قانون نموذجي» كانت خلال الثمانينيات من القرن الماضي وجاءت من جانب الاتحاد الدولي لنقابات المحامين The International Bar Association^(١)، حيث انتهت إحدى لجانه في نوفمبر ١٩٨٨ من إعداد القانون النموذجي للتعاون في مجال الإفلاس الدولي (MIICA)^(٢) وأوصت بتبني نصوصه في التشريعات الوطنية، إلا أنه حتى الآن لم تستجب أية دولة لنداء اللجنة. ويعزو البعض ذلك إلى أن الدور الكبير الذي قام به المحامون الأمريكيون في صياغة نصوص هذا القانون النموذجي وتأثرهم في ذلك بنصوص قانون الإفلاس الأمريكي، خلق نوعاً من الحذر لدى الدول الأخرى فأحجمت عن تضمين تشريعاتها نصوص، أشبه بحصان طروادة، قد تنطوي على مفاهيم قانونية غير مألوفة بالنسبة لها^(٣).

ثم جاءت المبادرة الثانية من جانب كل من لجنة الأمم المتحدة لقانون التجارة الدولية ثم جاءت المبادرة الثانية من جانب كل من لجنة الأمم المتحدة لقانون التجارة الدولية United Nations Commission On International Trade Law والمعروفة اختصاراً باسم (UNCITRAL)^(٤) والاتحاد الدولي للمتخصصين في شئون الإفلاس وإعادة التنظيم International Association of Restructuring, Insolvency & Bankruptcy Practitioners^(٥) وعن طريق التعاون الوثيق بينهما حيث أسهم خبراء INSOL International بالمشورة خلال كافة مراحل الأعمال التحضيرية. هذا فضلاً عن الدور الهام الذي قامت به لجنة الإفلاس “Committee J” التابعة للقسم

(١) ويشار إليه اختصاراً باسم (IBA)، وقد تم تأسيسه بعد اجتماع ممثلين لنقابات المحامين من أربع وثلاثين دولة بنيويورك عام ١٩٤٧ ومقره في لندن بالملكة المتحدة، انظر موقع الانترنت: <http://www.ibanet.org>.

(٢) وهي اختصاراً لـ Model International Insolvency Co-operation Act.

(٣) انظر:

FLETCHER (I.), Insolvency in Private International Law: National and International Approaches. Clarendon Press, Oxford, 1999, p. 325.

(٤) أنشئت الجمعية العامة للأمم المتحدة لجنة الأمم المتحدة لقانون التجارة الدولية في عام ١٩٦٦ (القرار رقم ٢٢٠٥ (د-٢١) في ١٧ ديسمبر ١٩٦٦) بهدف توحيد قوانين التجارة الدولية بصورة تدريجية وبما يكفل تقليل وإزالة العوائق أمام تدفق التجارة الدولية، وتتكون اللجنة من ست وثلاثين دولة عضواً تنتخبها الجمعية العامة على نحو يضمن تمثيل الأقاليم الجغرافية المختلفة في العالم ونظمه الاقتصادية والقانونية الرئيسية. وكان من أهم الأعمال التي اضطلعت بها اللجنة إصدار القوانين النموذجية التالية: قانون الأونسيترال النموذجي للتحكيم التجاري الدولي (١٩٨٥)، قانون الأونسيترال النموذجي للتحويلات الدائنة الدولية (١٩٩٢)، قانون الأونسيترال النموذجي لشراء السلع والإنشاءات والخدمات (١٩٩٤)، قانون الأونسيترال النموذجي بشأن التجارة الإلكترونية (١٩٩٦)، قانون الأونسيترال النموذجي بشأن الإفلاس عبر الحدود (١٩٩٧)، قانون الأونسيترال النموذجي بشأن التوقيع الإلكتروني (٢٠٠١)، قانون الأونسيترال النموذجي للتوفيق التجاري الدولي (٢٠٠٢).

(٥) والمعروف اختصاراً باسم INSOL International، وتم تأسيس هذا الاتحاد في عام ١٩٨٢ ومقره لندن بالملكة المتحدة ويضم اتحادات وطنية للمحاسبين والمحامين المتخصصين في شئون الإفلاس وإعادة التنظيم، ويضم في عضويته ما يقرب من ٧٧٠٠ عضواً من مختلف الجنسيات، انظر موقع المنظمة على الانترنت: www.insol.org.

المعنى بالأعمال التجارية بالاتحاد الدولي لنقابات المحامين IBA - في المساعدة في صياغة نصوص القانون.

وفي يولييه ١٩٩٣ تبنت الأونسيترال قراراً باستطلاع مدى الرغبة والجدوى في التطلع إلى قواعد موحدة للإفلاس عبر الحدود وذلك حتى تقرر ما إذا كان لها أن تضطلع بمهمة إعداد القانون النموذجي للإفلاس عبر الحدود، واشتركت مع INSOL في عقد مؤتمرين للمعنيين بشئون الإفلاس من رجال القانون على اختلاف مواقعهم ومسؤولين حكوميين وممثلين لكافة الجهات المهتمة^(١). وكانت أبرز التوصيات الصادرة عن هذين المؤتمرين أن يتركز الجهد المبذول من جانب الأونسيترال على إعداد قانون نموذجي ييسر التعاون القضائي بين الدول بما يسمح بالاعتراف بدعوى أو إجراءات الإفلاس الأجنبية وبما يتيح للممثلين الأجانب سبل الوصول إلى محاكم الدول الأخرى. وقد عهدت الأونسيترال بمهمة إعداد القانون إلى فريق العمل الخامس Working Group V^(٢) وقد خصص فريق العمل هذا أربع دورات كل منها لمدة أسبوعين للعمل في مشروع القانون. وقد عقدت المداولات النهائية بشأن مشروع القانون النموذجي أثناء الدورة الثلاثين للأونسيترال خلال الفترة من ١٢ إلى ٣٠ مايو ١٩٩٧ حيث اعتمدته اللجنة في اليوم الأخير من الدورة.

واعتمدت الجمعية العامة للأمم المتحدة القانون النموذجي للجنة الأمم المتحدة قانون التجارة الدولية بشأن الإفلاس عبر الحدود بموجب قرارها رقم ١٥٨/٥٢ في ١٥ ديسمبر ١٩٩٧ والذي اختتمته بالتوصية لسائر الدول بمراجعة تشريعاتها المتعلقة بالإفلاس عبر الحدود لتقرر ما إذا كانت هذه التشريعات تفي بإقامة نظام حديث بشأن الإفلاس، وأن تولى الاعتبار الواجب للقانون النموذجي أخذه في الحسبان الحاجة إلى وجود

(١) عقد المؤتمر الأول في فيينا خلال الفترة من ١٧ - ١٩ إبريل ١٩٩٤، وللإطلاع على تقرير أعمال هذا المؤتمر باللغة الإنجليزية انظر: United Nations Commission on International Trade Law Yearbook. Volume XXV: 1994 (United Nations Publications. Sales No. E.95.V.20). document A/CN.9398/.

وللإطلاع على ذات التقرير من خلال شبكة الانترنت انظر:

http://www.uncitral.org/pdf/english/yearbooks/yb-1994-e/yb_1994_e.pdf.

أما المؤتمر الثاني فقد كان لاستطلاع وجهات نظر رجال القضاء في خصوص إعداد قانون نموذجي للإفلاس عبر الحدود، وتم عقده في تورنتو بكندا خلال يومي ٢٢ - ٢٣ مارس ١٩٩٥. للإطلاع على تقرير أعمال هذا المؤتمر باللغة الإنجليزية انظر:

United Nations Commission on International Trade Law Yearbook. Volume XXVI: 1995 (United Nations Publications. Sales No. E.96.V.8). document A/CN.9413/.

وللإطلاع على التقرير من خلال شبكة الانترنت انظر:

http://www.uncitral.org/pdf/english/yearbooks/yb-1995-e/yb_1995_e.pdf.

(٢) تتبع لجنة الأمم المتحدة لقانون التجارة الدولية ست فرق عمل يتخصص كل منها في موضوعات قانونية محددة، أما فريق العمل الخامس فقد بدأ عمله في عام ١٩٨١ في موضوعات تدرج تحت عنوان النظام الاقتصادي الدولي الجديد New International Economic Order، ثم قانون الإعسار Insolvency Law، ثم الممارسات التعاقدية الدولية International Contract Practices. لمزيد من المعلومات عن فرق العمل الستة والموضوعات المتخصصة فيها انظر موقع الأونسيترال على الانترنت:

http://www.uncitral.org/uncitral/ar/commission/working_groups.html

تشريع متسق على الصعيد الدولي ينظم حالات الإفلاس عبر الحدود. كما أوصت أيضاً ببذل كل الجهود لضمان التعريف بالقانون النموذجي ودليل الاشتراع المرفق به وجعلهما في متناول الجميع^(١).

وإذ كان الهدف الرئيسي من هذا القانون النموذجي هو توفير المناخ الأفضل للتعاون بين الدول في مسائل الإفلاس الدولي، مدعوماً بالتشريعات الوطنية القائمة في كل دولة من هذه الدول، على نحو يوفر أكبر قدر من التوحيد في القواعد والأسس العامة لهذه المسائل، فقد تمت صياغة القانون النموذجي على نحو مرّن غير جامد، بحيث تضمنت العديد من نصوصه مواضع خالية من البيانات - بين قوسين - لتقوم الدولة التي ترغب في تبني نصوصه بإدراج قوانينها القائمة والهيئات القائمة على تنفيذها في تلك الفراغات، ومثال ذلك ما جاء بالمادة الأولى من عبارة (تُدرج أسماء القوانين ذات الصلة) وعبارة (تُدرج أسماء أي مؤسسات مثل البنوك وشركات التأمين تخضع لنظام خاص للإعسار في هذه الدولة، والتي تود الدولة استبعادها من مجال تطبيق القانون).

وقد أرفقت الأونسيتال بالقانون النموذجي «دليل الاشتراع» الذي تم إعداده استناداً إلى مداولات فريق العمل الذي قام بإعداد القانون ليقدم لرجال القانون بصفة عامة ولمشرعي الدول بصفة خاصة معلومات إيضاحية تساعدهم على النظر في الأحكام التي ينبغي تغييرها إن اقتضت الضرورة ذلك^(٢).

ولضمان مزيد من الفاعلية والدعم في إعداد التشريعات الوطنية، فقد اتخذت الجمعية العامة للأمم المتحدة قراراً^(٣) بإصدار «دليل تشريعي لقانون الإفلاس»، ليكون عوناً للمشرعين في الدول التي تقوم بتحديث قوانين الإفلاس الوطنية، انطلاقاً من أهمية هذه القوانين في تشجيع التنمية الاقتصادية والاستثمار، وقد جاء هذا الدليل نتيجة مداولات ومشاورات مستفيضة مع الحكومات ومع المنظمات الحكومية الدولية والمنظمات غير الحكومية العاملة في مجال إصلاح قانون الإفلاس^(٤).

(١) الدورة الثانية والخمسون، البند ١٤٨ من جدول الأعمال، قرار الجمعية العامة رقم ١٥٨/٥٢ بناء على تقرير اللجنة السادسة (٦٤٩/٥٢/أ)، الجلسة العامة ٧٢ في ١٥ ديسمبر ١٩٩٧، انظر موقع الانترنت:

<http://daccessdds.un.org/doc/UNDOC/GEN/N9875/764/PDF/N9876475.pdf?OpenElement>.

(٢) دليل الاشتراع المرفق بالقانون النموذجي، بند ٩، ص ٣.

(٣) الدورة التاسعة والخمسون، البند ١٤٣ من جدول الأعمال، قرار الجمعية العامة رقم ٤٠/٥٩ بناء على تقرير اللجنة السادسة (٥٠٩/٥٩/أ)، الجلسة العامة ٦٥ في ٢ ديسمبر ٢٠٠٤، انظر موقع الانترنت:

<http://daccess-ods.un.org/access.nsf/Get?Open&JN=N0447864>.

(٤) الدليل التشريعي لقانون الإعسار، لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولية، مطبوعات الأمم المتحدة، رقم المبيع A.V.١٠.٥٠، نيويورك ٢٠٠٥.

المبحث الثانى

المبادئ العامة لقانون الأونسيترال النموذجى للإفلاس عبر الحدود

يتميز القانون النموذجى Model Law عن أية اتفاقية دولية فى أنه يتيح مقداراً كبيراً من الحرية للدولة التى تقرر تبني نصوصه فى اختيار الوقت المناسب لها للقيام بذلك، وفى أن تأخذ بنصوص القانون النموذجى بحذافيرها إذا كانت لا تتعارض مع نظامها القانونى، أو تعدل أى نص منها أو تستبعده تماماً. ومن ناحية أخرى فإنه لا التزام على تلك الدولة سواء من توقيع أو تصديق أو إخطار للجهة التى وضعت القانون أو أية دولة من الدول الأخرى بعزمها على تبني نصوص القانون النموذجى. هذا فضلاً عن أن القوانين النموذجية - بصفة عامة - لا تضمن نصوصها شرط المعاملة بالمثل، ولا مبرر للحفاظ على أى من النصوص كما هى الحال فى الاتفاقيات. غاية ما فى الأمر أنه يتعين على الدولة، عند إدخال تعديلات على القانون النموذجى، ألا تغفل أن الفكرة الأساسية والغاية المرجوة من إعداد قانون نموذجى هى ضمان توفير أكبر مقدار من التناسق القانونى بين الدول فى المجال الذى ينظمه ذلك القانون.

وتتنوع أسباب الدول فى الأخذ بنصوص القوانين النموذجية «فقد تهدف دولة ما من ذلك إلى توحيد القواعد القانونية المنصوص عليها فى قانونها مع غيرها من الدول فى شأن الموضوع الذى يتناوله القانون النموذجى، الأمر الذى من شأنه أن يكون له مردود إيجابى على اقتصادها الوطنى نظراً لسهولة تعرف المحامين الأجانب على نصوص القانون قبل إبداء مشورتهم للمستثمر الأجنبى. وقد تنظر دولة ما إلى القانون النموذجى كمجرد مسودة مبدئية لمشروع القانون بغض النظر عن فكرة التوحيد مع باقى الدول. وقد تتبنى دول أخرى القانون النموذجى إعلاء لفكرة الجماعة القانونية الدولية The International Legal Community التى تعرف هذه النصوص وتثق فيها. وقد ترى دول أخرى الأخذ بنصوص القانون النموذجى لما يقدمه من حلول تواجه الواقع الداخلى فى كل منها»^(١).

(١) انظر مقال "تحقيق التناسق القانونى عن طريق القوانين النموذجية" والذى أعده عضو بارز بالأونسيترال هو José Angelo Estrella Faria وقد خصصه أساساً لإلقاء الضوء على خبرة الأونسيترال فى تحقيق التناسق القانونى بين الدول فى مجال القانونين النموذجيين للتحكيم التجارى الدولى (١٩٨٥) والتجارة الإلكترونية (١٩٩٦).

FARIA (José A.), Legal Harmonization through Model Laws: The Experience of United Nations

Commission on International Trade Law (UNCITRAL), March 2005. see at: http://www.doj.gov.za/alraesa/conferences/papers/s5_faria2.pdf.

غير أن هذا القانون النموذجي جاء في نسخته الإنجليزية^(١) بعنوان Cross Border Insolvency، وفي النسخة الفرنسية^(٢) بعنوان L'insolvabilité internationale، بينما جاءت نسخته العربية^(٣) تحمل عنوان «الإعسار عبر الحدود». ومن ثم يكون من المنطقي أن نتساءل هل يتعلق موضوع هذا القانون النموذجي بالإعسار المدني؟ أم أنه يتعلق بالإفلاس التجاري؟ وما إذا كان مصطلح «Insolvency» الإنجليزي يقابل مصطلح «insolvabilité» الفرنسي ومصطلح «الإعسار» العربي؟

بداية، لا بد من الإشارة إلى أن التفرقة بين نظام الإفلاس التجاري الذي ينطبق على التجار دون غيرهم، وبين الإعسار المدني الذي ينطبق على كل من هو غير تاجر - ليست قائمة في كافة الأنظمة القانونية. وعلى سبيل المثال، فإن تشريعات الولايات المتحدة الأمريكية وإنجلترا وألمانيا وهولندا والسويد والنرويج والدانمارك وفنلندا لا تميز بين الإفلاس التجاري وبين الإعسار المدني، بل إنها تخضع المدين المَعْسَر تاجرًا كان أم غير تاجر لنظام واحد هو الإفلاس، ومن ثم «عرفت هذه التشريعات الإفلاس المدني La faillite civile، بل عرفت الإفلاس دون وصف نظاماً موحداً، فالإفلاس عندها يتناول الإفلاس التجاري والإعسار المدني»^(٤).

أما في التشريعين الفرنسي والمصري، فقد نظمت قوانينهما الإفلاس تنظيمًا دقيقًا مفصلاً بحيث يمكن تعريفه بأنه «طريق للتنفيذ على المدين التاجر الذي يتوقف عن دفع ديونه التجارية، وتهدف أحكامه إلى تصفية أموال المدين وتوزيع الثمن الناتج عنها بين الدائنين توزيعاً عادلاً لا أفضلية فيه لدائن على آخر مادام حقه غير مصحوب بأحد الأسباب القانونية التي تبرر الأفضلية كرهن أو امتياز»^(٥)، ويتضح من ذلك أن الإفلاس في هذين التشريعين نظام مقصور على التجار دون غيرهم، ومن ثم فلا يجوز شهر إفلاس غير التاجر، وإنما يصبح هؤلاء في حالة إعسار متى انهار توازن ذممهم المالية بزيادة خصومها على أصولها وأضحت أموالهم غير كافية لسداد ديونهم المستحقة الأداء. ولم يضع القانون المدني المصري القديم أى تنظيم لحالة الإعسار وإن

(١) وجاءت تسميته باللغة الإنجليزية:

UNCITRAL Model Law on Cross-Border Insolvency with Guide to Enactment. See at: <http://www.uncitral.org/english/texts/insolven/insolvency.htm>

(٢) وجاءت تسميته باللغة الفرنسية

Loi type de la CNUDCI sur l'insolvabilité internationale et Guide pour son incorporation. See at: <http://www.uncitral.org/french/texts/insolven/insolvency-f.htm>

(٣) قانون الأونسيترال النموذجي للإعسار (للالفلاس) عبر الحدود مع دليل الاشتراع (أى دليل سن التشريع) انظر: <http://www.uncitral.org/stable/insolvency-a.pdf>

(٤) د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الثاني - المجلد الثاني، الطبعة الثانية ١٩٨٢، دار النهضة العربية بالقاهرة، ص ١٥٦٠.

(٥) د. محسن شفيق، القانون التجاري المصري، الجزء الثاني، في الإفلاس، مطبعة دار نشر الثقافة، ١٩٥١، ص ٥.

كان قد رتب على قيامها بعض الآثار القانونية، وهو عيب ورثه عن القانون الفرنسي، واستمرت الحال على هذا النحو إلى أن صدر القانون المدني رقم ١٣١ لسنة ١٩٤٨ فوضعت نصوصه (فى المواد من ٢٤٩ إلى ٢٦٤) تنظيمًا دقيقًا واضحًا للإعسار انقلب الأمر بموجبه، كما تقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي^(١)، «من مجرد واقع يكتنفه التجهيل، إلى نظام قانوني واضح المعالم بين الحدود».

فإذا ما انتقلنا إلى البحث عن التعريف القانوني الأمريكي لمصطلح Insolvency نجد أنها تعنى «حالة الشخص المعسر، عدم قدرة الشخص على سداد ديونه، وافتقاره إلى وسائل سداد الديون، أو تلك الحالة التي تزيد فيها ديونه على أمواله وأصوله بحيث لا تفي بسداد ديونه لدى استحقاقها، أو أثناء المجرى الطبيعي للتجارة أو الأعمال»^(٢).

وتجدر الإشارة إلى أنه لا يوجد قانون خاص بالإعسار Insolvency فى الولايات المتحدة الأمريكية، غاية ما فى الأمر أن المادة ١٠١ من قانون الإفلاس الأمريكي الخاصة بتعريف مصطلحات القانون أوردت فى فقرتها رقم (٣٢) تعريفًا مطولاً للإعسار^(٣) Insolvency لا يخرج عن المعنى السابق بيانه أنفاً.

وإذا ما أردنا المقارنة بين مصطلح Insolvency ومصطلح Bankruptcy فلن نجد اختلافاً يقيم الحد الفاصل بين المصطلحين، فمعنى مصطلح Bankrupt هو «حالة الشخص غير القادر على سداد ديونه لدى استحقاقها، أو الخضوع لقانون الإفلاس. أو حالة الشخص - وفقاً لقانون الإفلاس الصادر عام ١٨٩٨ - الذى ارتكب «فعلاً من أفعال الإفلاس» وأصبح عرضة لمقاضاة دائنيه نتيجة لذلك، أو حالة الشخص الذى تؤهله ظروفه - إذا ما تقدم طوعية بطلب شهر إفلاسه - للاستفادة من قوانين الإفلاس. والمصطلح يشمل من أقيمت ضده دعوى بطلب شهر إفلاسه، أو الشخص الذى يتقدم بطلب لشهر إفلاس نفسه، أو الشخص الذى

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني، الجزء الثانى، ص ٦٦٢.

(٢) انظر قاموس Black's Law Dictionary، الطبعة الخامسة، ١٩٧٩، ص ٧١٦ حيث جاء فيه:

Insolvency: The condition of a person who is insolvent; inability to pay one's debts; lack of means to pay one's debts. Such a relative condition of a man's assets and liabilities that the former, if all made immediately available, would not be sufficient to discharge the latter. Or the condition of a person who is unable to pay his debts as they fall due, or in the usual course of trade and business. Black's Law Dictionary, Fifth Edition. By the publisher's editorial staff. ST. PAUL MINN., West Publishing Co. 1979. p.716.

(٣) انظر المادة رقم ١٠١ من قانون الإفلاس الأمريكي فى الملحق الثالث لهذه الدراسة.

حكم بأنه مفلس، أو الشخص أو المجلس المحلي (البلدي) الذي ينطبق عليه وصف «المدين» طبقاً للفقرة ١٣ من المادة ١٠١ من قانون الإفلاس^(١).

أما في القانون الفرنسي، حيث التفرقة واضحة بين التجار وغير التجار في خصوص الإفلاس التجاري والإعسار المدني، فمصطلح La faillite يترجم بالعربية إلى الإفلاس، وأما إفلاس التاجر بالتدليس فيعني La banqueroute frauduleuse، وأما إفلاس التاجر بالتقصير فيعني La banqueroute simple، أما مصطلح La déconfiture فيعني العجز عن الوفاء، وأما مصطلح l'insolvabilité frauduleuse فيعني «الإعسار بالتدليس» إذ هو (تنظيم للإعسار بطريق التدليس) فعل يقوم به المدين، ولو قبل ثبوت مديونيته بحكم قضائي، لمحاولة الإفلات من تنفيذ حكم صدر ضده بعقوبة جنائية أو بالتعويض أو بدين نفقة، إما عن طريق زيادة خصوم ذمته المالية أو إنقاص أصولها، وإما عن طريق الإخفاء الكلي أو الجزئي لأمواله أو إيراداته (المادة ٣١٤/٧ من قانون العقوبات الفرنسي)^(٢).

ويتضح مما تقدم، أنه وإن جاز من الناحية اللغوية ترجمة مصطلحي Insolvency و Insolvabilité إلى مصطلح «الإعسار» في اللغة العربية، إلا أنه لا يمكن اعتماد تلك الترجمة من حيث المدلول القانوني المقصود في القانون النموذجي، مادامت تلك المصطلحات لا تتمتع بمدلول قانوني واحد في الأنظمة القانونية الوطنية المختلفة.

(١) انظر قاموس Black's Law Dictionary، الطبعة الخامسة، ص ١٢٤ حيث جاء فيه:

Bankrupt: The state or condition of one who is unable to pay his debts as they are, or become, due. Amenability to the bankruptcy laws. The condition of one who (under the bankruptcy Act of 1898) has committed an "act of bankruptcy", and is liable to be proceeded against by his creditors therefore, or of one whose circumstances are such that he is entitled, on his voluntary application, to take the benefit of the bankruptcy laws. The term includes a person against whom an involuntary petition has been filed, or who has filed a voluntary petition, or who has been adjudged a bankrupt. Person or municipality referred to as a "debtor" under Bankruptcy Act. § 101(13).

(٢) انظر قاموس، Vocabulaire juridique. Association Henri Capitant ص ٤٦٣ حيث جاء به:

Insolvabilité: (organisation frauduleuse de l'insolvabilité). Fait pour un débiteur, de chercher même avant que sa dette ne soit judiciairement reconnue, à se soustraire à l'exécution d'une condamnation pénal, délictuelle ou alimentaire, soit en augmentant le passif ou en diminuant l'actif de son patrimoine. Soit en dissimulant tout ou partie de ses = biens ou revenus (C. pén., a. 3147-). Vocabulaire juridique, Association Henri Capitant. Dépôt légale - 1re édition «Quadrige»: 2000. Presses Universitaires de France. p. 463.

ونخلص مما سبق إلى أن السبيل الصحيح لتحديد المعنى المقصود في القانون النموذجي هو تحليل العناصر المميزة لكل من الإفلاس والإعسار، ومن ثم مطابقتها على نصوص القانون النموذجي. ولعل تصفية أموال التاجر المفلس تصفية جماعية هي العنصر المميز للإفلاس التجاري، ومعناها أن تغل يد المدين عن إدارة أمواله أو التصرف فيها، فتنتقل حيازة هذه الأموال وحراستها إلى أمين التفليسة الذي يمثل كلاً من الدائنين العاديين والمدين، ويترتب على ذلك ألا يباشر أى دائن إجراءً فردياً للتنفيذ على أموال المدين، بل تكون الإجراءات التي تتخذ للتصفية والتنفيذ إجراءات جماعية يتخذها أمين التفليسة باسم جميع الدائنين الذين يندمجون في اتحاد يكتسب الشخصية المعنوية، ومن ثم تتحقق المساواة الفعلية التامة بين جميع الدائنين، فتصفي أموال مدينهم وتباع لحسابهم جميعاً. ثم يتقاسمون الثمن فيما بينهم قسمة الغرماء، كل يأخذ نصيبه بقدر ما له من دين، ما لم تنته التفليسة بالصلح بين الدائنين ومدينهم طبقاً للقواعد ووفقاً للإجراءات المرسومة في القانون التجاري. أما الإعسار المدني فإنه ولئن كان يترتب عليه غل يد المدين عن التصرف في أمواله منذ شهر الإعسار، ولا ينفرد فيه أحد الدائنين دون الباقيين في الاستئثار بمال المدين، إلا أنه لا يوجد فيه اتحاد للدائنين ولا تصفية جماعية لأموال المدين لصالحهم، بل يبقى أمر التنفيذ على أموال المدين موكولاً إلى إجراءات فردية يقوم بها كل دائن باسمه، ومن ثم يوضع الإعسار المدني إلى جانب الوسائل المدنية التي تكفل حقوق الدائنين، من وسائل تمهد للتنفيذ على أموال المدين ووسائل ضمان، وهى الدعوى غير المباشرة، والدعوى البوليصية، ودعوى الصورية، والحق في الحبس، وإن كان الإعسار يفوقها جميعاً في أنه يغل يد المدين عن التصرف في أمواله^(١).

فإذا ما انتقلنا إلى نصوص القانون النموذجي واستعرضناها في إيجاز، نجد أن المادتين الخامسة والسادسة والعشرين تتناولان بالتنظيم حالات التعاون مع المحاكم الأجنبية أو الممثلين الأجانب بشأن تصفية أموال المدين أو إعادة تنظيم تلك الأموال. كما تتناول الفقرة الثالثة من المادة السابعة والعشرين التعاون والتنسيق في إدارة أموال المدين وشئونه والإشراف عليها، كما تنص المادة الثانية والثلاثين (الأخيرة) من القانون أنه لا يجوز للدائن العادى الذى تلقى جزءاً من مبلغ الدين فى مطالبة اتخذت فى دولة أجنبية، أن يتلقى مبلغاً آخر عن نفس المطالبة فى إجراء يتخذ ضد المدين ذاته فى الدولة المشترعة مادام المبلغ المدفوع للدائنين الآخرين من نفس المرتبة أقل نسبياً من المبلغ الذى تلقاه الدائن بالفعل.

كما أوضح دليل الاشتراع للقانون النموذجي أن كلمة «الإعسار» بالمعنى الوارد فى «عنوان» القانون النموذجي، تشير إلى أنواع مختلفة من الإجراءات الجماعية ضد المدينين المعسرين، والسبب فى ذلك هو أن القانون النموذجي يتناول إجراءات تتعلق بأنواع متباينة من المدينين، ويتناول - من بين تلك الإجراءات - الإجراءات التى تهدف إلى إعادة تنظيم الجهة المدينة وكذلك الإجراءات التى تؤدى إلى تصفية الجهة المدينة باعتبارها كياناً تجارياً^(٢).

(١) د. محسن شفيق، المرجع السابق، ص ١٥ - ٩٢، ود. عبد الرزاق السنهورى، المرجع السابق، ص ١٥٥٢ - ١٥٦٧.

(٢) دليل الاشتراع المرفق بالقانون النموذجي للإفلاس عبر الحدود، بند ٥١، ص ٣٩.

وأخيراً، فيقطع بصحة النظر الذى ذهبنا إليه فيما تقدم، من أن لجنة الأمم المتحدة لقانون التجارة الدولية كانت قد اضطلعت بعمل آخر - من بين الأعمال التى تقوم بها - وهو إصدار دليل تشريعى لقانون الإعسار، وقد أسندت اللجنة مهمة إعداد هذا الدليل إلى فريق العمل الخامس Working Group V. وقد وجدنا فى وثيقة الأمم المتحدة رقم 507/A/CN.9 المتعلقة بالتقرير الذى أعده الفريق عن أعمال دورته الخامسة والعشرين ما نصه: أن «الولاية المسندة للفريق العامل تنحصر فى الكيانات التى تقوم بأنشطة تجارية، وبناءً على ذلك اتفق على التركيز على الإعسار التجارى فقط»، كما أنه «ينبغي التركيز على إدارة التجارة والأعمال، بغض النظر عن هيكل الكيان الذى قد يتولى تسيير النشاط التجارى، واقترح أنه يمكن وضع حد أقصى للدين فيما يتعلق بالكيانات التجارية الصغيرة، بغية تحاشي تكاثر الملفات الصغيرة»، وأنه «تم الإعراب عن وجهة نظر مختلفة مفادها قصر القانون على المنشآت التجارية المدينة، بالنظر إلى أن إعسار الأفراد أو المنشآت التجارية الصغيرة، يعتبر محدود الصلة بالاقتصاد بوجه عام... وعلاوة على ذلك فإن إعسار الأفراد قد ينطوى على صعوبة كبيرة عندما يتعلق الأمر بإعادة التنظيم»^(١). إذن فإن لجنة الأونسيترال وهى تعد مشروعاً لدليل تشريعى عن «قانون الإفلاس» أسمته قانون «الإعسار».

ومن ثم فإننا نستخلص من كل ما تقدم، أننا بصدد قانون نموذجى للإفلاس - وليس للإعسار - عبر الحدود. وإذا ما ذكرنا كلمة «إعسار» - فى سياق الإشارة مثلاً إلى دليل الاشتراع المرفق بالقانون - فإنه لا مجال لأى لبس فى شأن أن المقصود فقط هو «الإفلاس».

وتجدر الإشارة أخيراً إلى أن بعض الفقه المصرى^(٢) يفضل إطلاق وصف «الإعسار» بدلاً من وصف «اضطراب الأحوال المالية للتاجر» على الحالة التى غالباً ما تؤدى إلى وقوف التاجر عن الدفع. ومن جانبنا نؤيد ما ذهب إليه هذا الفقه أيضاً من دعوة للمشرع لاعتماد مفهوم موحد لكل مدين يتوقف عن الدفع إعساراً، سواء كان تاجراً أو غير تاجر.

(١) انظر البنود ٢٦، ٢٧، ٢٨ من وثيقة لجنة الأمم المتحدة للقانون التجارى الدولى رقم ٥٠٧/٩٠.A/CN.9 عن تقرير الفريق العامل المعنى بقانون الإعسار عن دورته الخامسة والعشرين (فينا، ٣ - ١٤ ديسمبر ٢٠٠١)

See at. http://www.uncitral.org/english/workinggroups/wg_il/507e.pdf.

(٢) لمزيد من التفصيل انظر: د. حسين الماحى، الإفلاس والعقود التجارية، دار النهضة العربية، ٢٠٠٦، ص ١٢٤ وما بعدها.

المبحث الثالث

أهداف قانون الأونسيترال النموذجي للإفلاس عبر الحدود ونطاق تطبيقه

تمهيد: تمت صياغة القانون النموذجي للإفلاس عبر الحدود على نحو يتسم بال مرونة ويراعي المناهج المختلفة القائمة في قوانين الإفلاس الوطنية، وكان مقصد واضع ذلك القانون أن يؤخذ به باعتباره جزءاً لا يتجزأ من قانون الإفلاس القائم في الدولة المشتربة، ويدل على ذلك أن مقدار المصطلحات الجديدة الواردة في القانون مثل «الإجراء الأجنبي» أو «الإجراء الرئيسي» هو مقدار محدود. وعلاوة على ذلك، فإنه حيث يحتمل أن يتباين التعبير المستخدم من بلد إلى بلد، يعتمد القانون النموذجي إلى بيان معنى المصطلح بدلاً من فرض مصطلح معين بذاته، كل ذلك بقصد ترك الحرية للمشرع الوطني في استخدام المصطلح المناسب.

غاية ما في الأمر أنه رغبة في توحيد قانون الإفلاس العابر للحدود بين الدول المشتربة، وتحقيقاً للأهداف العامة المبتغاة من تبني نصوص القانون النموذجي، يجب مراعاة السمة الموحدة في تفسيره، والإبقاء على حالات مخالفة النص الموحد عند أدنى حد.

ونعرض في هذا المبحث للأهداف العامة لقانون الأونسيترال النموذجي للإفلاس عبر الحدود، ثم نبين بعد ذلك - إكمالاً لبيان الأحكام العامة في هذا القانون - نطاق تطبيقه.

وعلى هذا فإننا نقسم هذا المبحث إلى مطلبين:

المطلب الأول: أهداف قانون الأونسيترال النموذجي للإفلاس عبر الحدود.

المطلب الثاني: نطاق تطبيق قانون الأونسيترال النموذجي للإفلاس عبر الحدود.

المطلب الأول: أهداف قانون الأونسيترال النموذجي للإفلاس عبر الحدود

ولقد أوضحت ديباجة القانون النموذجي أن الهدف منه هو توفير آليات فاعلة لمعالجة حالات الإفلاس عبر الحدود من أجل تحقيق الأهداف التالية:

(أ) التعاون بين المحاكم والسلطات المختصة في هذه الدولة والدول الأجنبية المعنية بحالات الإفلاس عبر الحدود؛

(ب) تعزيز التيقن في المسائل القانونية المتعلقة بالتجارة والاستثمار؛

(ج) إدارة حالات الإعسار عبر الحدود إدارة منصفة وناجعة بحيث يتسنى حماية مصالح كل الدائنين وسائر الأشخاص المعنيين، بمن في ذلك المدين؛

(د) حماية قيمة أصول المدين وزيادتها إلى أقصى حد ممكن؛

(هـ) تيسير إنقاذ المؤسسات التجارية المتعثرة مالياً، مما يوفر الحماية للاستثمار ويحافظ على فرص العمالة. وتلك هي أهداف السياسة العامة الأساسية للقانون النموذجي، ولم يقصد منها واضعو الديباجة إنشاء أى حقوق موضوعية وإنما مجرد توجيهات عامة لتساعد على تفسير نصوص القانون.

وإذا ما تأملنا مجموع نصوص القانون النموذجي، نجد أنها فى سبيل تحقيق الأهداف العامة سالفة البيان اعتمدت على أربع قواعد:

القاعدة الأولى: قاعدة حق الوصول المباشر، ويقصد به حق الممثل الأجنبي^(١) – أمين التفليسة الذى تم تعيينه فى دعوى إفلاس طبقاً للقانون الوطنى لدولته – فى الوصول المباشر لمحاكم الدول الأخرى كلما كان ذلك مجدياً.

القاعدة الثانية: الحق فى الاعتراف بدعوى الإفلاس الأجنبية والحق فى الحصول على تدابير مؤقتة والمساعدة فى دعوى الإفلاس عبر الحدود.

القاعدة الثالثة: توفير إطار قانونى إيجابى لقيام التعاون بين محاكم الدول المختلفة وبين المحاكم والممثلين الأجانب.

القاعدة الرابعة: ضرورة التعاون والتنسيق فى دعوى الإفلاس المتزامنة فى أكثر من دولة فى وقت واحد ضد مدين واحد.

(١) أوضح الدليل التشريعى لقانون الإفلاس أنه “تشير قوانين الإعسار إلى الشخص المسئول عن إدارة إجراءات الإعسار بعدد من الألقاب المختلفة منها المديرون والمستعهدون أو الأمناء ومأمور التصفية والمشرفون والحراس القضائيون والأوصياء والمفوضون. وقد استخدم مصطلح “ممثل الإعسار” فى هذا الدليل للإشارة للشخص المضطلع بطائفة المهام التى يمكن أدائها بالمعنى العريض دون تمييز بين تلك المهام المختلف فى مختلف أنواع الإجراءات” وهو ما نصه:

«Insolvency laws refer to the person responsible for administering the insolvency proceedings by a number of different titles. including «administrators», «trustees», liquidators», «receivers», «curators», official», or judicial managers» or commissioners». The term «insolvency representative» is used in the Guide to refer to the person fulfilling the range of functions that may be performed in a broad sense without distinguishing between those different functions in different types of proceedings». Legislative Guide on Insolvency Law. United Nations on International Trade Law (UNCITRAL). United Nations Publication. New York. 2005. p. 174.

المطلب الثاني: نطاق تطبيق قانون الأونسيترال النموذجي للإفلاس عبر الحدود

نصت المادة الأولى من القانون النموذجي والمعونة «نطاق التطبيق» على أنه:

١ - ينطبق هذا القانون عندما:

- (أ) تلتزم محكمة أجنبية أو ممثل أجنبي المساعدة في هذه الدولة فيما يتصل بإجراء أجنبي؛ أو
- (ب) تلتزم المساعدة في دولة أجنبية فيما يتصل بإجراء في هذه الدولة بموجب (...); أو
- (ج) يكون ثمة إجراء أجنبي وإجراء في الدولة المشترعة جاريين في آن واحد بشأن المدين ذاته بمقتضى (...); أو
- (د) يكون للدائنين أو لأطراف معنية أخرى في دولة أجنبية مصلحة في طلب بدء إجراء في هذه الدولة أو المشاركة فيه بمقتضى (...).

٢ - لا ينطبق هذا القانون على إجراء يتعلق (تُدرج أسماء أى مؤسسات مثل البنوك وشركات التأمين تخضع لنظام خاص للإعسار في هذه الدولة، والتي تود هذه الدولة استبعادها من مجال تطبيق هذا القانون).»
ويبين مما تقدم أن نطاق تطبيق القانون النموذجي لا يتداخل مع قواعد الاختصاص القضائي بدعاوى الإفلاس القائمة في الدول المشترعة.

كما نلاحظ أيضاً أن القانون النموذجي قد تعمد عدم إلزام الدول التي تتبنى نصوصه بأية قواعد فيما يتعلق بالقانون الواجب التطبيق، مما يمنح مقداراً كبيراً من الحرية للدولة المشترعة في إعمال قواعد تنازع القوانين المطبقة في قوانينها الوطنية أو سوابقها القضائية.

ومن ناحية أخرى، فقد فرض القانون النموذجي قيوداً ذاتية على نطاق تطبيقه، فاستبعد منه أية دعاوى قضائية أو إجراءات إدارية «غير جماعية» أو «غير خاضعة لرقابة وإشراف محكمة أجنبية»، فالمادة ٢/أ من القانون التي عرفت «الإجراء الأجنبي» قالت إن المقصود به «أى إجراء قضائي أو إداري جماعي، بما في ذلك أى إجراء مؤقت، يتخذ عملاً بقانون يتصل بالإفلاس في دولة أجنبية، وتخضع فيه أموال المدين وشئونه لمراقبة أو إشراف محكمة أجنبية لغرض إعادة التنظيم أو التصفية». ويتضح مما تقدم، أن نطاق تطبيق القانون النموذجي مقصور على دعاوى الإفلاس «الجماعية» والإجراءات الإدارية «الجماعية» التي تخضع لرقابة وإشراف «محكمة أجنبية بقصد إعادة التنظيم أو التصفية».

وتجدر الإشارة هنا إلى أن القانون النموذجي لم يميز بين «الإجراءات المؤقتة الأجنبية» وبين غيرها من إجراءات الإفلاس الأخرى لمجرد أنها ذات طابع مؤقت. وقد أشار دليل الاشتراع للقانون النموذجي إلى

أنه في كثير من الدول تبدأ إجراءات الإفلاس عادة على أساس «مؤقت» أو «تمهيدى»، وباستثناء وصف تلك الإجراءات بأنها مؤقتة، فإنها تستوفى كافة الشروط الأساسية الأخرى ليصدق عليها وصف «الإجراء الأجنبي» المنصوص عليه في المادة ٢/أ من القانون النموذجي^(١).

وكذلك أقرت المادة ٢/١ من القانون النموذجي صراحة إمكان استبعاد أية دعاوى أو إجراءات تتعلق بالبنوك أو شركات التأمين وغيرها من المؤسسات التي تخضع لأنظمة خاصة للإفلاس، والتي تود الدولة المشترعة استبعادها من نطاق تطبيق هذا القانون، وذلك نظراً لخطورة الآثار المترتبة على إفلاس مثل تلك الكيانات والتي تمس قطاعات كبيرة من أفراد الشعوب بما يوجب على الحكومات توفير حماية خاصة لمصالحهم.

ومن ثم، فإنه وفقاً لهذه الفقرة يمكن أن يستبعد من نطاق هذا القانون - أيضاً - أى مدين من غير التجار في الدول المشترعة التي تقصر تطبيق نظام الإفلاس على التجار دون غيرهم.

ومن ناحية أخرى، فإنه قد ترى الدولة المشترعة أن يسمح قانونها بالاعتراف بدعوى إفلاس أجنبية متعلقة بفروع البنوك الأجنبية أو شركات التأمين الأجنبية المصرح لها بالعمل في إقليمها، إذا ما كانت البنوك أو شركات التأمين لا تخضع لإجراءات تنظيمية خاصة وإنما تخضع لقانون الإفلاس في ذلك البلد الأجنبي.

أما المادة الثانية من القانون النموذجي، فقد أوردت تعريفات للمصطلحات الواردة فيها وهي الإجراء الأجنبي، والإجراء الأجنبي الرئيسى، والإجراء الأجنبي غير الرئيسى، والممثل الأجنبي، والمحكمة الأجنبية والمؤسسة، وسنعرض لكل من هذه المصطلحات في سياقه في نصوص القانون.

وجاءت المادة الثالثة من القانون لتقرر مبدأ هاماً في شأن الالتزامات الدولية للدولة المشترعة التي تأخذ بنصوص القانون النموذجي، فقد نصت على أنه «عندما يتعارض هذا القانون مع التزام على الدولة ناشئ عن معاهدة أو أى شكل آخر من أشكال الاتفاق تكون هى طرفاً فيه مع دولة أو دول أخرى، يكون الرجحان لمقتضيات تلك المعاهدة أو ذلك الاتفاق».

وإذا كان من البديهي أن تسمو الالتزامات الدولية للدولة المشترعة على القانون النموذجي باعتباره قانوناً وطنياً فيها، إلا أننا نعتقد أن رغبة الأونسيترال في إعداد نصوص قانون واضح يتسم بالشفافية ويقطع الطريق على أى تفسير واسع يؤدي إلى خلاف حول مصير الاتفاقيات الدولية كان وراء وضع هذا النص في الأحكام العامة للقانون.

وغنى عن البيان أنه لا بد من وجود صلة كافية بين المعاهدة الدولية والمسألة التي تخضع للحكم الوارد في القانون الوطنى - المأخوذ عن القانون النموذجي - حتى تكون الغلبة فيه للمعاهدة الدولية.

(١) دليل الاشتراع المرفق بالقانون النموذجي للإفلاس عبر الحدود، بند ٦٩ ص ٤٦.

وقد ألزمت المادة الرابعة من القانون النموذجي الدولة المشترعة تحديد المحكمة المختصة – أو السلطة المختصة – بمهمتي الاعتراف بدعوى الإفلاس الأجنبية والتعاون مع المحاكم الأجنبية.

وتبدو أهمية هذا النص في أن الاختصاص بهاتين المهمتين لا يكون معقوداً لسلطة المحاكم القضائية، إذ إن هناك بعض الدول يعهد فيها قانون الإفلاس – للقيام بمهام معينة تتعلق بالإشراف العام على عملية معالجة قضايا الإفلاس – إلى موظفين حكوميين من المدنيين أو موظفين قضائيين، وتتباين الأسماء التي تطلق عليهم مثل الحارس القضائي Official Receiver أو الأمين الرسمي Official Trustee أو وكيل التفليسة الرسمي Official Assignee. وتتباين أنشطة هؤلاء الموظفين ونطاق مهامهم وطبيعتها من دولة إلى أخرى. غير أن القانون النموذجي لا يقيد سلطتهم في أداء أعمالهم، وهي نقطة قد ترغب بعض الدول المشترعة في توضيحها في القانون نفسه^(١).

وقد أوجبت المادة الخامسة من القانون النموذجي على الدولة المشترعة تحديد صفة الشخص – أو الهيئة – المسؤول عن إدارة عملية إعادة التنظيم أو التصفية، والذي سيخول سلطة التصرف في دولة أجنبية بشأن دعوى إفلاس قائمة في الدولة المشترعة، حسبما يسمح بذلك القانون الأجنبي الواجب التطبيق.

والمقصود من هذه المادة، وعلى ما أوضحه دليل الاشتراع، هو منح الصلاحية للمسؤولين الذين يعينون في دعوى إفلاس تبدأ في الدولة المشترعة، في التصرف خارج بلادهم بصفتهم ممثلين أجانب. وقد اتضح أن عدم وجود ذلك التفويض في بعض الدول يشكل عقبة في سبيل التعاون الدولي الفعال في الدعاوى التي ترفع عبر الحدود. غير أن نطاق الصلاحيات التي يمارسها مسؤول الدولة المشترعة بوصفه ممثلاً أجنبياً في بلد أجنبي إنما يتوقف على القانون الأجنبي أو على تطبيقات المحاكم الأجنبية في هذا الشأن، وبغض النظر عما إذا كان هذا البلد الأجنبي قد تبني نصوص القانون النموذجي أم لا^(٢).

(١) دليل الاشتراع المرفق بالقانون النموذجي للإفلاس عبر الحدود، بند ٨٢، ص ٥١.

(٢) دليل الاشتراع المرفق بالقانون النموذجي للإفلاس عبر الحدود، البنود ٨٤، ٨٥، ص ٥٢.

المبحث الرابع

أسس قانون الأونسيترال النموذجي للإفلاس عبر الحدود

يبين لنا من استعراض نصوص القانون النموذجي مجتمعة أنها تقوم على خمسة أسس إجرائية، هي:

(١) اعتراف الدولة المشترعة بدعوى الإفلاس الأجنبية عندما تُطلب منها المساعدة من قبل محكمة أجنبية أو ممثل أجنبي.

(٢) اعتراف الدولة المشترعة بحق الممثلين الأجانب والدائنين الأجانب في الوصول المباشر إلى محاكمها.

(٣) الاعتراف بحق محاكم الدولة المشترعة أو الممثلين المعيّنين في دعاوى الإفلاس فيها - في طلب المساعدة في دولة أجنبية بشأن دعوى إفلاس قائمة في هذه الدولة الأخيرة.

(٤) التعاون مع المحاكم الأجنبية أو الممثلين الأجانب.

(٥) التنسيق بين الإجراءات المترابطة التي تحدث في آن واحد في محكمتين أجنبيتين أو أكثر.

ونتناول كلاً من هذه الأسس فيما يلي على ذات الترتيب السابق في المطالب التالية:

المطلب الأول: اعتراف الدولة المشترعة بدعوى الإفلاس الأجنبية

يعتبر هذا الإجراء المحور الرئيسي للقانون النموذجي، إذ إنه الإجراء الذي يفتح الباب لما يليه من إجراءات، فلا بد من اعتراف محاكم الدولة المشترعة ابتداء بدعوى الإفلاس الأجنبية. وقد سبقت الإشارة إلى نص الفقرة (أ) من المادة الثانية والتي قدمت تعريف «الإجراء الأجنبي».

أما الفقرة (ب) من ذات المادة والخاصة «بالإجراء الأجنبي الرئيسي» فقد عرفت أنه: «يقصد به أي إجراء يتم في الدولة التي يوجد فيها مركز مصالح المدين الرئيسية». ونلاحظ هنا أن القانون النموذجي لم يقدم تعريفاً محدداً لمركز مصالح المدين الرئيسية الذي يتعين أن ترفع فيه دعوى الإفلاس، ومن شأن ذلك ترك مساحة كبيرة للمحاكم لإعمال سلطتها التقديرية في كل حالة معروضة عليها على حدة. مع ملاحظة أن المادة ٣/١٦ من القانون النموذجي^(١) أوردت قرينة افترضت بموجبها أن المقر الرئيسي المسجل للمدين أو محل إقامته المعتاد هو مركز المصالح الرئيسية بالنسبة له، ما لم يقدّم الدليل على عكس ذلك. ومن ثم، فإن أي مدين يكون مركز مصالحه الرئيسية في إحدى الدول ينبغي أن يخضع لقانون الإفلاس الساري في تلك الدولة.

(١) تقابل المادة الثالثة من لائحة المجلس الأوروبي رقم ١٣٤٦/٢٠٠٠ بشأن إجراءات الإفلاس.

غير أن الدليل التشريعي لقانون الإفلاس أشار إلى أن معيار «مركز المصالح الرئيسية للمدين» كمعيار للمكان الصحيح لبدء الإجراءات الرئيسية ضد المدين، هو ذات المعيار المستخدم في لائحة المجلس الأوروبي رقم ١٣٤٦/٢٠٠٠ بشأن إجراءات الإفلاس في ٢٩ مايو ٢٠٠٠، وقد عرفته هذه اللائحة بأنه «المكان الذي يقوم فيه المدين بإدارة مصالحه بصورة منتظمة، وبذلك يمكن للأطراف الثالثة تحديده»^(١).

وبالإضافة إلى دعوى الإفلاس الأجنبية الرئيسية، فقد عرفت الفقرة (ج) من المادة الثانية «الإجراء الأجنبي غير الرئيسي» - دعوى الإفلاس غير الرئيسية - بأنه: «يقصد به أى إجراء، غير الإجراء الأجنبي الرئيسى، يتم فى الدولة التى يوجد فيها مؤسسة للمدين بالمعنى المقصود فى الفقرة الفرعية (و)»، وقد عرفت تلك الفقرة الأخيرة «المؤسسة» بأنها يقصد بها «أى مكان عمليات يقوم فيه المدين بنشاط اقتصادى غير عارض بواسطة وسائل بشرية وبيع وخدمات»^(٢).

وبناء على هذين التعريفين، تستبعد من نطاق تطبيق القانون أية دعاوى إفلاس لم ترفع فى الدولة التى يوجد فيها مركز مصالح المدين الرئيسية أو فى دولة لا يوجد له فيها مؤسسة، وإنما قام اختصاص محاكم الدولة التى رفعت أمامها الدعوى على مجرد وجود أموال مملوكة له فيها.

غير أن ذلك لا يعنى أن القانون النموذجى يستبعد كلية إمكان رفع دعوى إفلاس ضد المدين طبقاً لضابط موقع المال، إذ إن المادة ٢٨ من القانون النموذجى وإن كانت لا تأخذ بالاعتراف بدعوى الإفلاس الأجنبية التى ترفع بناء على ضابط موقع المال وحده، إلا أنها تنص على جواز رفع دعوى إفلاس محلية - غير رئيسية - استناداً إلى ضابط موقع المال فى الدولة التى اعترفت محاكمها من قبل بدعوى إفلاس رئيسية أجنبية. ومن ثم فإن مؤدى ما تقدم أمران: أولهما، أن اعتراف محاكم الدولة المشتربة بدعوى إفلاس أجنبية لا يمنع الدائنين الوطنيين من رفع دعوى إفلاس جماعية أو من الاستمرار فى دعوى الإفلاس الجماعية المرفوعة أمام محاكم تلك الدولة، غير أن أثر تلك الدعوى سوف يكون مقصوراً على الأموال الموجودة فقط فى هذه الدولة دون غيرها. وثانيهما، أن دعوى الإفلاس الأجنبية غير الرئيسية التى يمكن الاعتراف بها فى الدولة المشتربة - وفقاً للمادة ١٧/٢ ب - هى دعوى الإفلاس التى رفعت فى دولة أجنبية توجد بها مؤسسة للمدين.

وتجدر الإشارة إلى تعريفين لم نتعرض لهما، مما أورده المادة الثانية - نظراً لأهمية دلالة كل منهما على المقصود منه - وهما تعريفا «الممثل الأجنبى» و«المحكمة الأجنبية». فقد قالت الفقرة (د) من المادة الثانية أن «الممثل الأجنبى» يقصد به «أى شخص أو هيئة، بما فى ذلك الشخص أو الهيئة المعينان على أساس مؤقت، يؤذن له أو لها، فى إجراء أجنبى، بإدارة تنظيم أموال المدين أو أعماله على أسس جديدة أو تصنيفها، أو التصرف كممثل للإجراء الأجنبى».

(١) الدليل التشريعي لقانون الإفلاس، بند ١٣، ص ٥٢.

(٢) تقابل المادة الثانية من لائحة المجلس الأوروبي، غير أن هذه الأخيرة لا يشمل تعريفها «الخدمات».

وقد أشار الدليل التشريعي لقانون الإفلاس إلى أن «ممثل الإفلاس» يمكن أن يكون فرداً كما يمكن أن يكون شركة أو كياناً آخر مستقلاً، وأياً ما كانت طريقة تعيينه فإنه من الضروري أن تتوفر فيه المؤهلات المناسبة وأن تكون لديه المعرفة والتجربة والصفات الشخصية التي تكفل تسيير الإجراءات لا على نحو فاعل وناجع فحسب، بل ووجود ثقة فى نظام الإفلاس ذاته^(١).

أما الفقرة (هـ) من المادة الثانية فقد عرفت «المحكمة الأجنبية» بأنها: «يقصد بها سلطة قضائية أو سلطة أخرى مختصة بمراقبة إجراء أجنبى أو الإشراف عليه». ومن ثم فإن المقصود بعبارة «المحكمة الأجنبية» هو أية هيئة قضائية رفعت أمامها دعوى الإفلاس أو أية سلطة غير قضائية – كأن تكون جهة إدارية – اتخذت أمامها إجراءات إفلاس المدين، وإنما العبرة أن تختص فى الحالتين بالمراقبة والإشراف على الدعاوى أو الإجراءات. وبالترتيب على ما تقدم، تخرج عن هذا التعريف أية سلطة أخرى ليس لها وظيفة تتعلق بالفصل فى دعاوى أو إجراءات الإفلاس فى الدولة الأجنبية.

أما عن تقديم طلب الاعتراف بدعوى الإفلاس الأجنبية، فتتيح المادة ١٥ من القانون النموذجي للممثل الأجنبى أن يتقدم بطلب إلى المحكمة – أو السلطة المختصة^(٢) – بالدولة المسترعة للاعتراف بدعوى الإفلاس الأجنبية التى تم تعيينه فيها.

وقد أوجبت المادة ٢/١٧ من القانون الاعتراف بالإجراء الأجنبى الرئيسى إذا اتخذ فى الدولة التى يوجد بها مركز مصالح المدين الرئيسية، كلما توافرت الشروط الأربعة المنصوص عليها فى المادة ١/١٧، وهى:

- (١) أن يكون الإجراء الأجنبى إجراء بالمعنى المقصود فى المادة ١/٢؛
- (٢) إذا كان الممثل الأجنبى الذى تقدم بطلب الاعتراف شخصاً أو هيئة طبقاً للمعنى المقصود فى المادة ٢/د؛
- (٣) إذا كان طلب الاعتراف مصحوباً بالمستندات الموثقة المنصوص عليها فى المادة ٢/١٥؛
- (٤) إذا كان طلب الاعتراف قد قدم إلى المحكمة أو السلطة المختصة المنصوص عليها فى المادة ٤ من القانون. وتيسيراً لأداء المحكمة أو السلطة المختصة فى التحقق من توافر هذه الشروط، فقد أوردت المادة ١٦ – الخاصة بالقرائن الافتراضية بشأن الاعتراف – عدة قرائن لافتراض صحة الشهادات أو الإقرارات أو الوثائق سواء تم التصديق عليها أم لم يتم، وكذلك – كما سلف القول – افتراض أن مركز المصالح الرئيسية للمدين الفرد هو المقر الرئيسى المسجل للمدين أو محل إقامته المعتاد.

(١) الدليل التشريعي لقانون الإفلاس، بند ٣٥، ص ٢٢١.

(٢) وفقاً للمادة ٤ من القانون النموذجي تقوم الدولة المسترعة بتحديد المحكمة أو السلطة المختصة التى تقوم تضطلع بمهمتى الاعتراف بالإجراءات الأجنبية والتعاون مع المحاكم الأجنبية.

وفضلاً عن الشروط الأربعة سالفة الذكر، فقد فرضت المادة ٣/١٥، ٤ على الممثل الأجنبي التزامين إضافيين أولهما، أن يرفق بطلب الاعتراف الذى يقدمه بياناً يورد فيه ما وصل إلى علمه من دعاوى إفلاس أخرى قد تكون مرفوعة ضد المدين. وثانيهما، أن يقدم للمحكمة - إذا طلبت منه ذلك - ترجمة للمستندات المقدمة رفق طلب الاعتراف إلى لغتها الرسمية.

هذا ولا يغيب عن البال أنه على المحكمة - أو السلطة المختصة - وهى تنظر فى طلب الاعتراف أن تراعى نص المادة الثامنة من القانون النموذجى والتي تنص على أنه «يولى الاعتبار فى تفسير هذا القانون لمصدره الدولى ولضرورة تشجيع التوحيد فى تطبيقه والحرص على حسن النية». ومن ثم فإنه عند تفسير القانون الوطنى - المأخوذ عن القانون النموذجى - يجب الأخذ فى الاعتبار بهذه المعايير الثلاثة سالفة البيان^(١). وفى هذا السياق تبدو أهمية مسألة سرعة الفصل فى طلب الاعتراف، ولذلك فقد نصت المادة ٣/١٧ على أنه «يبت فى طلب الاعتراف بإجراء أجنبى فى أقرب وقت ممكن».

والقول بوجوب الاعتراف بدعوى الإفلاس الأجنبية الرئيسية إذا ما استوفت الشروط المنصوص عليها فى المادة ١٥ من القانون لا تستثنى منه إلا حالة واحدة ألا وهى وجود تعارض مع النظام فى الدولة المطلوب منها ذلك الاعتراف، وقد نصت المادة ٦ من القانون النموذجى صراحة على أنه «ليس فى هذا القانون ما يمنع المحكمة من رفض اتخاذ إجراء منصوص عليه فى هذا القانون إذا كان واضحاً لها أن ذلك الإجراء مخالف للسياسة العامة لهذه الدولة».

وتجدر الإشارة إلى أن عبارة «واضحاً أن ذلك الإجراء مخالف للسياسة العامة» يقصد منها التأكيد على أنه من المتعين تفسير هذا الاستثناء المستند إلى فكرة النظام العام تفسيراً ضيقاً، ومراعاة عدم التدرع به إلا فى حالة وجود تعارض حقيقى مع النظام العام فى الدولة المشتربة المطلوب إليها الاعتراف بالإجراء الأجنبى. ويلاحظ أن القانون النموذجى على الرغم من احتوائه على تعريفات عديدة قد تجنب وضع تعريف للنظام العام إدراكاً من واضعى القانون النموذجى لتباين فكرة النظام العام من دولة إلى أخرى ومن حقبة زمنية إلى حقبة تليها.

وقد أشار الدليل التشريعى للقانون النموذجى للإفلاس عبر الحدود عند التعليق على المادة السادسة إلى أنه ينبغى ملاحظة أن هناك عدداً متزايداً من الدول يعترف بوجود مغايرة بين مفهوم النظام العام بصيغته المطبقة على المسائل الوطنية وبين مفهوم النظام العام بصيغته المستخدمة فى مسائل التعاون الدولى ومسألة الاعتراف بالآثار المترتبة على القوانين الأجنبية، بحيث إنه بالنسبة لتلك الأخيرة يجب أن يفهم النظام العام

(١) ولا جدال فى أن تفسير دولة ما للقانون النموذجى على نحو يتسق مع تفسير الدول الأخرى التى أخذت به يحقق للدولة ذاتها مصلحة واضحة فى هذا الخصوص.

بمعنى أكثر تقييداً من معنى النظام العام الوطنى، لتفادى عرقلة التعاون الدولى دونما داع إذا ما تم تفسيره تفسيراً واسعاً^(١).

وإذا ما صدر قرار المحكمة أو السلطة المختصة بالاعتراف بدعوى الإفلاس الأجنبية أو بالإجراء الأجنبى، فإن ذلك لا يحول. وفقاً للمادة ١٧/٤ من القانون النموذجى. دون تعديل الاعتراف أو إنهائه، إذا ما ثبت أن مبررات منح الاعتراف غير متوافرة كلياً أو جزئياً أو أنها لم تعد قائمة.

والمقصود من ذلك بطبيعة الحال أنه يمكن إثارة هذه الأسباب الجديدة أثناء الطعن بالاستئناف على قرار منح الاعتراف بدعوى الإفلاس الأجنبية، إذ قد يتم إنهاء دعوى الإفلاس الأجنبية وهى أساس طلب الاعتراف فى الدولة المشترعة، أو تتحول طبيعتها إلى تصفية لأموال المدين بدلاً من مجرد إعادة التنظيم، أو أن يخالف الممثل الأجنبى الشروط التى منح له الاعتراف وفقاً لها، وما إلى ذلك.

وعلى الرغم من أهمية الوقت وعنصر السرعة فى مسائل الإفلاس عبر الحدود، فإن الواقع العملى يشهد بأن هناك دائماً فترة من الزمن. قد تطول أحياناً. ما بين تقديم طلب الاعتراف إلى حين البت فيه، وغالباً ما تقوم الحاجة، خلال تلك الفترة، إلى حماية أموال المدين ومصالح الدائنين من الدعاوى التى قد تُرفع من الغير مستهدفة أموال المدين فى هذه الدولة، ولذلك فقد أجازت المادة ١٩ من القانون النموذجى للمحكمة أو السلطة المختصة - منح تدابير بصفة مؤقتة^(٢).

ويتعين ابتداءً على الممثل الأجنبى أن يتقدم بطلب إلى المحكمة يضمه المبررات التى من شأنها إقناعها بإجابهة إلى طلبه بفرض هذه التدابير العاجلة بصفة مؤقتة إلى حين البت فى طلب الاعتراف. ويلاحظ أن منح هذه التدابير إنما هو سلطة تقديرية للمحكمة أو السلطة المختصة، وقد عبرت عن ذلك المادة ١٩ بقولها «عندما تكون ثمة حاجة ماسة للانتصاف» أى يتعين أن تتوافر حالة الضرورة أو الحاجة الملحة لتقديم هذا الطلب.

وقد أجازت المادة ١٩/٣ من القانون النموذجى للمحكمة رفض منح أية تدابير مؤقتة إذا كان من شأنها عرقلة إدارة دعوى إفلاس رئيسية أو إجراء أجنبى رئيسى.

وتشمل التدابير المؤقتة - التى أوردها نص المادة ١٩/١ على سبيل المثال - التى يجوز للمحكمة أو السلطة المختصة أن تمنحها ما يلى:

(أ) وقف التنفيذ على أصول المدين فلا يجوز الحجز عليها.

(١) دليل الاشتراع المرفق بالقانون النموذجى للإفلاس عبر الحدود، بند ٨٨ ص ٥٣.

(٢) استخدمت المادة ١٩ من القانون النموذجى - فى نسخها العربية - تعبير «انتصاف» غير أننا أشرنا استخدام تعبير «تدابير».

(ب) إسناد مهمة إدارة أو تصريف كل أو بعض أصول المدين الكائنة في الدولة المشترعة إلى الممثل الأجنبي أو إلى شخص آخر تعيينه المحكمة، من أجل المحافظة على قيمة هذه الأصول التي تكون بحكم طبيعتها أو الظروف المحيطة بها قابلة للتلف أو عرضة لتدني قيمتها أو تهديدها مخاطر أخرى.

(ج) أى تدبير من التدابير المنصوص عليها في المادة ١/٢١ ج، د، ز (وهي على الترتيب: تعليق الحق في نقل أى من أصول المدين أو إثقالها بعبء التصرف فيها على نحو آخر، واتخاذ التدابير اللازمة لاستجواب الشهود أو جمع القرائن أو تسليم المعلومات المتعلقة بأصول المدين أو شؤونه أو حقوقه أو التزاماته أو خصومه، ومنح أى تدبير إضافي قد يكون متاحاً بموجب قوانين الدولة المشترعة).

ويلاحظ أن هذه التدابير تختلف عن التدابير التي يجوز للمحكمة أو السلطة المختصة منحها طبقاً للمادة ٢١ من القانون النموذجي بعد منح طلب الاعتراف.

وإذا ما منحت المحكمة الممثل الأجنبي أية تدابير مؤقتة، فإن هذه التدابير ينتهي أثرها بعد الفصل في طلب الاعتراف وفقاً للمادة ٣/١٩ من القانون. غير أنه يجوز للمحكمة تمديد أثر هذه التدابير بناءً على طلب الممثل الأجنبي - وفقاً للمادة ٢١/و من القانون - إذا ما رأت من ظروف الدعوى أنها ستمنح تدابير أخرى من تلك التي يجوز منحها بعد الاعتراف بالدعوى أو بالإجراء الرئيسي. ولا شك أن الحكمة من النص على حق المحكمة في تمديد أثر التدابير المؤقتة هو تجنب حصول فجوة زمنية بين التدبير المؤقت الصادر قبل الفصل في طلب الاعتراف والتدبير الصادر بعد الاعتراف^(١).

وتحقيقاً للتوازن بين مصلحة دعوى الإفلاس التي قد تقتضى منح تدابير مؤقتة أو غير مؤقتة وبين مصالح الغير التي يمكن أن تتأثر من هذه التدابير - وهم في الغالب من الدائنين الوطنيين في الدولة المشترعة - فقد نصت المادة ٣/٢٢ من القانون النموذجي على أنه يجوز للمحكمة من تلقاء نفسها أو بناءً على طلب الممثل الأجنبي أو شخص تضرر من التدبير الممنوح أن تعدل التدبير أو أن تقرر إنهائه.

وفي خصوص آثار قرار الاعتراف بدعوى إفلاس أجنبية رئيسية، فلا تنطبق الآثار المنصوص عليها في المادة ٢٠ من القانون النموذجي - وفقاً لعنوانها وصريح عباراتها - إلا في حالة الاعتراف بدعوى إفلاس أجنبي رئيسية، وهي تطبق على نحو تلقائي ودون أية سلطة تقديرية للمحكمة ودون توقف على تقديم طلب من الممثل الأجنبي، وذلك خلافاً للحال بالنسبة إلى التدابير المؤقتة أو غير المؤقتة المنصوص عليها في المادتين ١٩، ٢١ من القانون.

(١) دليل الاشتراع المرفق بالقانون النموذجي للإفلاس عبر الحدود، بند ١٣٩، ص ٧٦.

وأول هذه الآثار التلقائية هو ما نصت عليه المادة ١/٢٠ أ من وقف البدء أو الاستمرار في الدعاوى أو الإجراءات الانفرادية التي تتعلق بأصول المدين أو حقوقه أو التزاماته أو خصومه. ولأن هذا النص لم يميز بين مختلف أنواع الدعاوى الفردية، فمن ثم فإن وقف الدعاوى يمتد إلى الدعاوى التي تحال إلى هيئة التحكيم^(١). ولا يقتصر الأمر على وقف الدعاوى الفردية فقط بل إنه يمتد كذلك إلى الإجراءات القضائية الفردية سواء كانت إجراءات حجز أو تنفيذ^(٢).

وتأكيداً لهذا المعنى الأخير، نصت المادة ١/٢٠ ب على الأثر الثانى من الآثار التلقائية للاعتراف بدعوى إفلاس أجنبي رئيسية ألا وهو «وقف التنفيذ على أصول المدين».

كما نصت المادة ١/٢٠ ج على الأثر الثالث للاعتراف فى قولها «يلحق الحق فى نقل أى من أصول المدين أو إثقالها بعبء أو التصرف فيها على نحو آخر». هذا ولم يتطرق القانون النموذجى إلى تقرير الجزاءات التى يمكن تطبيقها على الأفعال التى ترتكب إخلالاً بهذا النص، بل ترك أمر تحديد النظم القانونية المختلفة، والتى قد ترى بعضها أن إبطال المعاملات المالية المترتبة على نقل أصول المدين نقلاً غير صحيح وتيسير استرداد أى أصول يكون المدين قد تصرف فيها، قد يفضل فرض عقوبات جنائية أو إدارية على المدين^(٣).

وعلى الرغم من الطابع التلقائى للآثار التى ترتبها المادة ١/٢٠ من القانون النموذجى، فقد نصت المادة ٣/٢٠ صراحة على أن نطاق هذه الآثار يخضع للاستثناءات أو القيود أو التعديلات أو الإنهاء فيما يتعلق بالوقف والتعليق التى يمكن أن توجد فى الدولة المشترعة. ومن ذلك الاستثناءات المتعلقة، مثلاً، بمطالبات الدائنين أصحاب الديون المضمونة^(٤)، أو قيام المدين بالسداد أثناء السير العادى للأعمال.

(١) وهكذا فإن المادة ٢٠ تنشئ قيداً إلزامياً لسريان مفعول اتفاق التحكيم، ويضاف هذا القيد إلى قيود ممكنة أخرى تحد من حرية الأطراف فى الاتفاق على التحكيم يمكن أن تكون موجودة فى إطار قانونى وطنى (مثل القيود المتعلقة بالقابلية للتحكيم أو المتعلقة بالأهلية لإبرام اتفاق تحكيم). ولا تتعارض هذه القيود مع اتفاقية الاعتراف بقرارات التحكيم الأجنبية وإنفاذها لسنة ١٩٥٨. ولكن ومراعاة لخصائص التحكيم الدولى، ولا سيما استقلاله النسبى عن النظام القانونى للدولة التى يحصل فيها إجراء التحكيم، قد لا يكون ممكناً دائماً، من الناحية العملية، تنفيذ الإيقاف التلقائى لإجراءات التحكيم، فمثلاً إذا لم يحصل التحكيم فى الدولة المشترعة، وربما لم يحصل أيضاً فى دولة الإجراء الرئيسى، قد يكون من الصعب إنفاذ إيقاف إجراءات التحكيم. وبصرف النظر عن ذلك، يمكن أن تكون مصالح الأطراف سبباً للسماح بمواصلة إجراء التحكيم، وهى إمكانية متوخاة فى الفقرة ٢ ومتروكة لأحكام قانون الدولة المشترعة^{٢٢}. الدليل التشريعى لقانون الإفلاس، مرجع سابق، بند ١٤٥، ص ٤٤٨.

(٢) تستثنى المادة ٢/٦٠٥ من قانون التجارة المصرى رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩ من وقف الدعاوى والإجراءات الفردية حالة إذا ما تحدد يوم لبيع عقار المفسل وتجزير الاستمرار فى إجراءات التنفيذ بإذن من قاضى التفليسة.

(٣) دليل الاشتراع المرفق بالقانون النموذجى للإفلاس عبر الحدود، بند ١٤٧، ص ٨٠.

(٤) ومن ذلك ما تجيزه المادة ٣/٦٠٥ من قانون التجارة المصرى رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩ للدائنين المرتنين وأصحاب حقوق الامتياز الخاصة والحاصلين على اختصاص على أموال المدين إقامة الدعاوى الفردية أو الاستمرار فيها فى مواجهة أمين التفليسة، كما تجيز لهم التنفيذ أو الاستمرار فيه على الأموال التى تقع عليها تأميناتهم.

وتحقيقاً للتوازن بين منع الدائن من رفع الدعاوى أو اتخاذ الإجراءات الفردية وبين حقه فى قطع التقادم لعدم ضياع حقوقه لدى المدين، فقد نصت المادة ٢٠/٣ من القانون النموذجى على أنه «لا تمس الفقرة ١/أ من هذه المادة بالحق فى طلب البدء بدعاوى أو إجراءات منفردة، بقدر ما يكون ذلك ضرورياً للحفاظ على مطالبة بدين تجاه المدين»، ومؤدى ذلك هو تخويل مثل هذا الدائن حق رفع دعوى فردية بغية اتخاذ إجراء قاطع للتقادم طبقاً للقانون الوطنى ودون أن يتعدى الأمر هذا الإجراء، وما أن يتم مثل هذا الإجراء يقضى بوقف الدعوى إعمالاً للمادة ٢٠/١/أ من القانون.

أما المادة ٢٠/٤ فتوضح أن الإيقاف التلقائى أو التعليق التلقائى عملاً بالمادة ٢٠ ليس من شأنه أن يمنع أحداً من رفع دعوى إفلاس محلية فى الدولة المشترعة بما فى ذلك الممثل الأجنبى لإجراء رئيسى أو غير رئيسى، ودون اشتراط الاعتراف المسبق بالإجراء الأجنبى (المادة ١١) وبما فى ذلك أيضاً الدائنون الأجانب (المادة ١٣/١)، وذلك دون تمييز بينهم وبين الدائنين المحليين. وإذا ما تم البدء فى مثل هذه الدعوى المحلية، تنطبق المادة ٢٩ من القانون والخاصة بالتنسيق بين الدعويين الأجنبية والمحلية.

أما عن التدابير التى يجوز منحها بعد الاعتراف بدعوى إفلاس أجنبية رئيسية أو غير رئيسية، فتتضمن المادة ٢١/١ على أنه «بمجرد الاعتراف بإجراء، سواء أكان رئيسياً أم غير رئيسى، يجوز للمحكمة حيث تقتضى الضرورة حماية أصول المدين أو مصالح الدائنين، وبناء على طلب الممثل الأجنبى، أن تمنح أى انتصاف مناسب بما فى ذلك ...».

ويبين من هذا النص أن سلطة المحكمة فى الموافقة على تقرير هذه التدابير هى سلطة جوازية، مشروطة بطلب يتم تقديمه من الممثل الأجنبى، وبقيام ضرورة موجبة لحماية أصول المدين أو مصالح الدائنين. كما أن التدابير السبعة التى أوردتها الفقرة الأولى من هذه المادة إنما جاءت على سبيل المثال لا الحصر، ولا قيد على سلطة المحكمة فى اتخاذ أى تدبير آخر من التدابير التى تسمح بها القوانين الوطنية، كل ذلك وفقاً لما تراه المحكمة مناسباً من الشروط عملاً بالمادة ٢٢/٢ من القانون.

ويتعين التفرقة بين التدبير الذى يتخذ بعد الاعتراف بدعوى إفلاس أجنبى رئيسية وذلك الذى يتخذ بعد الاعتراف بدعوى إفلاس أجنبى غير رئيسية، ذلك بأن مصالح وسلطات الممثل الأجنبى فى دعوى إفلاس غير رئيسى هى من الناحية الواقعية أضيق مجالاً من صلاحيات وسلطات الممثل الأجنبى فى دعوى إفلاس رئيسى والذى يسعى عادة إلى السيطرة على جميع أصول المدين المفلس^(١).

والتدابير السبعة التى أوردتها الفقرة الأولى من هذه المادة - باعتبارها من التدابير الأكثر شيوعاً - هى:
(أ) وقف البدء أو الاستمرار فى الدعاوى أو الإجراءات المنفردة المتعلقة بأصول المدين أو حقوقه أو التزاماته

(١) دليل الاشتراع المرفق بالقانون النموذجى للإفلاس عبر الحدود، بند ١٥٨، ص ٨٤.

أو خصومه، ما لم تكن قد أوقفت بموجب المادة ١/٢٠ ب، (ب) وقف التنفيذ على أصول المدين، ما لم يكن قد أوقف بموجب المادة ١/٢٠ ب، (ج) تعليق الحق فى نقل أى من أصول المدين أو إثقالها بعبء أو التصرف فيها على نحو آخر، ما لم يكن ذلك الحق قد علق بموجب المادة ١/٢٠ ج، (د) اتخاذ التدابير اللازمة لاستجواب الشهود أو جمع القرائن أو تسليم المعلومات المتعلقة بأصول المدين أو شؤونه أو حقوقه أو التزاماته أو خصومه، (هـ) إسناد مهمة إدارة أو تصريف كل أو بعض أصول المدين الكائنة فى الدولة المشترعة إلى الممثل الأجنبى أو إلى أى شخص آخر تعيينه المحكمة، (و) تمديد مفعول التدبير الممنوح بموجب المادة ١/١٩، (ز) منح أى انتصاف إضافى قد يكون متاحاً بموجب قوانين الدولة المشترعة.

وتحقيقاً للتوازن بين مصلحة دعوى الإفلاس التى قد تقتضى منح التدابير سائلة البيان وبين مصالح الغير التى يمكن أن تتأثر بهذه التدابير - وهم فى الغالب من الدائنين الوطنيين فى الدولة المشترعة - فقد نصت المادة ٣/٢٢ من القانون النموذجى على أنه يجوز للمحكمة من تلقاء نفسها أو بناء على طلب الممثل الأجنبى أو شخص تضرر من التدبير الممنوح أن تعدل التدبير أو أن تقرر إنهائه.

أما المادة ٢/٢١ فتتص على أنه بعد الاعتراف بدعوى الإفلاس الأجنبية - سواء كانت رئيسية أو غير رئيسية - يجوز للمحكمة أن تعهد للممثل الأجنبى، أو إلى شخص آخر تعيينه المحكمة، بتوزيع كل أو بعض أصول المدين الكائنة فى الدولة المشترعة، بشرط اطمئنانها إلى أن مصالح الدائنين ستحظى بالحماية الكافية، كل ذلك وفقاً للسلطة التقديرية للمحكمة^(١).

وأخيراً، فإن المادة ٣/٢١ تنص على أنه عند منح أى تدبير وفقاً للمادة ٢١ إلى الممثل الأجنبى غير الرئيسى، فلا بد أن يقتصر هذا التدبير على الأصول التى يفترض أن تدار فى دعوى الإفلاس غير الرئيسة وفقاً لقانون الدولة المشترعة. كما أنه إذا ما طلب الممثل الأجنبى معلومات تخص أصول المدين، وجب أن يقتصر التدبير على المعلومات المطلوبة فى حدود هذه الدعوى.

ومن الواضح أن المقصود من هذا النص هو تنبيه المحكمة إلى أن التدبير الممنوح فى دعوى إفلاس أجنبى غير رئيسية لا ينبغى أن يؤدى إلى منح سلطات واسعة للممثل الأجنبى دون مقتضى، ولا أن يتعارض هذا التدبير مع إدارة إفلاس آخر ولا سيما دعوى الإفلاس الرئيسة^(٢).

(١) يحتوى القانون النموذجى على عدة ضمانات ترمى إلى كفالة حماية المصالح المحلية قبل تسليم الأصول إلى الممثل الأجنبى، وتشمل هذه الضمانات ما يلى: الإعلان العام لمبدأ حماية المصالح المحلية الوارد فى الفقرة ١/٢٢، وفى المادة ٢/٢٢ التى تجيز للمحكمة أن تخضع الانتصاف الذى تمنحه لما تراه مناسباً من الشروط. انظر: دليل الاشتراع المرفق بالقانون النموذجى للإفلاس عبر الحدود، بند ١٥٧، ص ٨٤.

(٢) والفكرة التى تقوم عليها المادة ٣/٢١ مجسدة أيضاً فى المادة ٤/١٩ الخاصة بالتدابير التى تمنح قبل الاعتراف بدعوى الإفلاس الأجنبى، وكذلك فى المادة ٣/٢٩ والخاصة بالتنسيق بين الإجراء الأجنبى والإجراء المحلى، وفى المادة ٣٠ الخاصة بالتنسيق بين أكثر من إجراء أجنبى واحد. انظر: دليل الاشتراع المرفق بالقانون النموذجى للإفلاس عبر الحدود، بند ١٦٠، ص ٨٥.

ويعد حق الممثل الأجنبي في إقامة الدعاوى الرامية إلى إبطال التصرفات الضارة بالدائنين أو حقه في التدخل في الدعاوى المرفوعة فعلاً ضد المدين، من أهم الآثار المترتبة على الاعتراف بدعوى إفلاس أجنبي، وتتجلى قيمة هذا الحق في أن يتمكن الممثل الأجنبي من حماية أموال المدين الموجودة في الدولة التي اعترفت محاكمها بدعوى الإفلاس الأجنبية. وقد نظمت المادتان ٢٣ و ٢٤ من القانون الأجنبي هذين الحقين بالنسبة للممثل الأجنبي:

حق الممثل الأجنبي في رفع الدعاوى الرامية إلى تفادي الأفعال الضارة بالدائنين

وتمنح الفقرة الأولى من المادة ٢٣ من القانون النموذجي - والمعنونة «الدعاوى الرامية إلى تفادي الأفعال الضارة بالدائنين» - الممثل الأجنبي، بعد الاعتراف بالإجراء الأجنبي سواء كان رئيسياً أم غير رئيسي، الحق في رفع دعاوى عدم نفاذ التصرفات الضارة بالدائنين في مواجهتهم.

ووفقاً لهذه الفقرة، تلتزم الدولة المشترعة بوضع نص صريح في قانونها الوطني يمنح الممثل الأجنبي الحق في إقامة دعاوى عدم نفاذ التصرفات الضارة بالدائنين في دعوى الإفلاس الأجنبية التي تم الاعتراف بها، فيكون شأن الممثل الأجنبي شأن أمين التفليسة في دعوى الإفلاس التي ترفع ضد المدين في ذات الدولة، فلا يجوز إنكار حق الممثل الأجنبي في إقامة هذه الدعاوى بالنظر إلى الغاية منها وهي حماية أصول المدين. والميزة الأساسية التي يحققها هذا النص هي إزالة عقبة إجرائية قد تواجه الممثل الأجنبي عند رفع هذه الدعاوى باسم الدائنين^(١).

حق الممثل الأجنبي في التدخل في دعاوى إبطال التصرفات الضارة بالدائنين

أما المادة ٢٤ من القانون النموذجي - والمعنونة «تدخل الممثل الأجنبي في الإجراءات» - فقد نصت على منح الممثل الأجنبي حق التدخل في الدعاوى المرفوعة من المدين أو المرفوعة ضده، سواء كان الممثل الأجنبي معيناً في دعوى إفلاس أجنبي رئيسية أم غير رئيسية.

ولأن النص لا يهدف إلى أبعد من مجرد منح حق التدخل للممثل الأجنبي، فقد قيد هذا الحق بضرورة توافر شروط التدخل التي يقرها القانون الوطني للدولة المشترعة.

(١) "ولا يخلو منح الحق الإجرائي للممثل الأجنبي في رفع هذه الدعاوى من الصعوبات، وتجدر الإشارة بوجه خاص إلى أنه قد لا ينظر إلى هذه الدعاوى نظرة إيجابية لما يحتمل أن تحدثه من حيرة حول الصفقات التي أبرمت أو نفذت. ولكن نظراً إلى أن الحق في بدء هذه الدعاوى أساسى لحماية سلامة أصول المدين، وكثيراً ما يكون السبيل الواقعي الوحيد لتحقيق هذه الحماية، فقد اعتبر من الهام ضمان عدم إنكار هذا الحق على الممثل الأجنبي لمجرد أنه لم يعين محلياً". انظر: دليل الاشتراع المرفق بالقانون النموذجي للإفلاس عبر الحدود، بند ١٦٧ ص ٨٨.

وقد استخدم النص عبارة «أن يتدخل فى أى إجراءات يكون المدين طرفاً فيها»، بقصد حصر حق التدخل (Intervene – Intervenir) على الدعاوى القضائية الفردية المقامة من المدين ضد طرف ثالث أو من هذا الأخير ضد المدين، كما ينصرف حق التدخل إلى أية إجراءات أخرى بما فى ذلك الإجراءات الخارجة عن نطاق القضاء^(١). أما دعاوى أو إجراءات الإفلاس «الجماعية» فيحقق للممثل الأجنبى «المشاركة» (Participate – Participer) وفقاً للمادة ١٢ من القانون النموذجى.

وإذا كنا قد رأينا من قبل أن المادتين ١/٢٠ ، ١/٢١ تقرران آثاراً تلقائية وتدابير بناء على طلب الممثل الأجنبى – بعد الاعتراف بالإجراء الأجنبى – منها وقف البدء أو الاستمرار فى الدعاوى أو الإجراءات المنفردة ضد أموال المدين، فإن مؤدى ذلك أن حق الممثل الأجنبى فى التدخل سيكون منصباً فى الواقع على الدعاوى أو الإجراءات المنفردة التى لم يشملها الوقف بموجب هاتين المادتين.

ومن الواضح أن هذا النص يفتقر إلى التحديد القانونى ويبدو أن واضعيه ابتغوا من هذه الصياغة الفضفاضة تحويل الممثل الأجنبى حق التدخل فى الإجراءات الخارجة عن نطاق القضاء على وجه التحديد، ودليلنا على ذلك أن الممثل الأجنبى المعين فى دعوى إفلاس أجنبية رئيسية سوف يستفيد بما تقررته المادة ١/٢٠ من أثر تلقائى فى وقف الدعاوى والإجراءات الفردية التى تخص أصول المدين أو حقوقه أو التزاماته أو خصومه. وكذلك فإن الممثل الأجنبى المعين فى دعوى إفلاس أجنبية رئيسية كانت أو غير رئيسية سوف يستفيد – إذا ما طلب – بما تقررته المادة ١/٢١ من وقف الدعاوى والإجراءات الفردية التى تخص أصول المدين أو حقوقه أو التزاماته أو خصومه ما لم تكن قد أوقفت عملاً بالمادة ١/٢٠ أ.

ويرى بعض الفقه أن عيب عدم الدقة الذى شاب هذا النص يرجع إلى انطباقه على الإجراءات الرئيسية وغير الرئيسية^(٢).

وعلى أى حال، فإنه بالرجوع إلى المادة ١٥٢٤ من قانون الإفلاس الأمريكى الجديد الصادر فى أكتوبر ٢٠٠٥، باعتبارها مثلاً تطبيقياً لنصوص القانون النموذجى، وجدنا أنها صيغت فى عبارة بسيطة وواضحة تقول:

«بمجرد الاعتراف بإجراء أجنبى، يجوز للممثل الأجنبى أن يتدخل فى أية إجراءات، أمام محكمة ولاية أو محكمة فيدرالية فى الولايات المتحدة الأمريكية، يكون المدين طرفاً فيها»^(٣).

(١) دليل الاشتراع المرفق بالقانون النموذجى للإفلاس عبر الحدود، بند ١٦٩، ص ٨٨.

(٢) انظر: FLETCHER (I.), *Insolvency in Private International Law*, op. cit., p. ٣٤٨.

(٣) ويجرى نص المادة ١٥٢٤ من قانون الإفلاس الأمريكى باللغة الإنجليزية بأنه:

“Upon recognition of a foreign proceeding, the foreign representative may intervene in any proceedings in a State or Federal court in the United States in which the debtor is a party”.

المطلب الثانى: حق الممثلين والدائنين الأجانب فى الوصول المباشر إلى محاكم الدولة المشترعة

يُعنى الفصل الثانى من قانون الإفلاس عبر الحدود - المعنون «سبل وصول الممثلين والدائنين الأجانب إلى المحاكم» - فى المواد من ٩ إلى ١٤ بالنص على حق الممثلين الأجانب والدائنين الأجانب فى الوصول المباشر Direct Access إلى محاكم الدولة المشترعة، وفى رفع الدعاوى طبقاً لقانون الإفلاس المطبق فيها، وفى المشاركة فى الدعاوى القضائية القائمة أمامها.

ولا ريب فى أن حق التقاضى هو من الحقوق الدستورية المكفولة - فى سائر الأمم المتحضرة - للأجانب شأنهم شأن الوطنيين، بما يستلزمه ذلك من ضمان نفاذهم نفاذاً ميسراً إلى سائر الجهات القضائية على اختلافها، ومن إزالة كافة الأشكال الإجرائية المعقدة التى تعيق استخدام هذا الحق، فضلاً عن ضرورة عدم استخدام النظام القضائى كأداة للتمييز ضدهم أو التحامل عليهم، كى توفر الدولة للخصومة فى نهاية مطافها حلاً منصفاً يقوم على حيطة المحكمة واستقلالها، وفى خلال مدة معقولة لا تستطيل دون مبرر^(١)، فإن أعرضت الدولة عن توفير هذه الحماية أو أغفلتها اعتبر ذلك منها إنكاراً للعدالة تقوم به مسئوليتها الدولية ويوقعها فى حومة المخالفة الدستورية^(٢).

وقد نظمت المواد من ٩ إلى ١٢ هذا الحق بالنسبة للممثلين الأجانب، والمادتين ١٣ ، ١٤ بالنسبة للدائنين الأجانب.

(أ) بالنسبة للممثلين الأجانب:

فقد نصت المادة ٩ - المعنونة «الحق فى الوصول إلى المحاكم» - على أنه «يحق للممثل الأجنبى أن يقدم طلباً مباشرة إلى محكمة فى هذه الدولة».

(١) انظر من أحكام المحكمة الدستورية العليا المصرية فى هذا الخصوص: الطعن رقم ٨ لسنة ٨ قضائية "دستورية"، جلسة ١٩٩٢/٣/٧، الجزء الخامس، المجلد الأول، ص ٢٥١، والطعن رقم ٣٧ لسنة ١٨ ق "دستورية"، جلسة ١٩٩٨/٤/٤، الجزء الثامن، ص ١٢٦٠، والطعن رقم ١٥٢ لسنة ٢٠ ق "دستورية"، جلسة ٢٠٠٠/٦/٣، الجزء التاسع، ص ٦٢٧.

(٢) فقد قضت المحكمة الدستورية بأن "تدخل مصالح الدول، ونماء اتصالاتها الدولية، وحتمية التعاون فيما بينها، يلزمها بأن تعمل كل منها - فى نطاق إقليمها - على أن توفر الوسائل الإجرائية والقواعد الموضوعية التى يتمكن الأجنبى من خلالها من رد العدوان على حقوقه الثابتة وفقاً لنظمها القائمة، وهو ما قرره المادة الثامنة والستون من الدستور، والتى لا يجوز للدولة بموجبها أن تجحد على غير مواطنيها الحق فى اللجوء إلى قضائها للدفاع عن حقوقهم" = التى تكلفها القوانين الوطنية، وإلا اعتبر إعراضها عن توفير هذه الحماية أو إغفالها لها إنكاراً للعدالة تقوم به مسئوليتها الدولية، ويوقعها فى حومة المخالفة الدستورية" (الطعن رقم ٩٨ لسنة ٤ ق "دستورية"، جلسة ١٩٩٤/٣/٥، الجزء السادس، ص ١٩٨).

والمقصود من «الوصول المباشر» هو إزالة أية عقبة قد تقف في طريق الممثل الأجنبي إلى المحاكم في الدولة المشترعة سواء من استيفاء أوراق رسمية أو إجراءات قنصلية أو ما إلى ذلك مما يمكن أن يطلب منه في حالة غياب مثل هذا النص. غير أن هذا الحق مقصور على «الممثل الأجنبي» وفقاً للتعريف الوارد في المادة ٢/د من القانون النموذجي.

وتبديداً لمخاوف الممثلين الأجانب والدائنين الأجانب من احتمال خضوعهم للاختصاص القضائي الشامل لمحاكم الدولة نتيجة تقديم طلب إليها وفقاً للقانون النموذجي، وضماناً لعدم خضوع أموال المدين أو أعماله التجارية الأجنبية لذلك الاختصاص القضائي في غير حدود الطلب الذي تم تقديمه، فقد نصت المادة العاشرة من القانون – المعنونة «الاختصاص القضائي المحدود» Limited Jurisdiction – على أن «مجرد تقديم ممثل أجنبي طلباً بموجب هذا القانون إلى محكمة في هذه الدولة لا يخضع الممثل الأجنبي أو أصول المدين أو أعماله التجارية الأجنبية للاختصاص القضائي لمحاكم هذه الدولة، لأي غرض آخر غير الطلب الذي قدمه».

ومن ثم فقد أفصحت هذه المادة عن أن مجرد تقديم الممثل الأجنبي طلباً إلى محاكم الدولة المشترعة للاعتراف بالإجراء الأجنبي لا يعد وحده سبباً كافياً لكي يخضع لاختصاصها القضائي فيما وراء الأمور المتصلة بالإفلاس، كما لا يجعل أموال المدين الخاضعة لإشراف الممثل الأجنبي خاضعة لاختصاص تلك المحاكم.

غير أن الحماية التي يوفرها القانون النموذجي للممثل الأجنبي ليست مطلقة، وهذه المادة لا تمس الأسباب الأخرى لسريان الاختصاص القضائي للدولة المشترعة على الممثل الأجنبي إذا وقع منه – في سياق أدائه لعمله – أي خطأ موجب للمسئولية، فضلاً عن أنه إذا ما طلب من المحكمة في الدولة المشترعة اتخاذ أي من التدابير التي يسمح بها القانون النموذجي، فإنه سيخضع حتماً للشروط التي قد تأمر المحكمة بها المحكمة عند منح التدبير وفقاً للمادة ٢/٢٢ من القانون^(١).

أما عن طلب الممثل الأجنبي البدء في دعوى إفلاس محلية، فتخول المادتان ١١ ، ١٢ من القانون النموذجي الممثل الأجنبي حقوقاً إجرائية لها أهمية عملية كبرى. فالواقع أنه ما أن ترفع دعوى إفلاس في دولة يوجد بها مركز أعمال رئيسي للمدين أو له فيها مؤسسة، يسارع الدائنون إلى أية دولة أخرى توجد بها أموال مملوكة للمدين بغية اتخاذ إجراءات توقيع الحجز عليها قبل بدء أية إجراءات من جانب الممثل الأجنبي للاعتراف بدعوى الإفلاس التي عُن فيها وقبل حصوله على أي تدبير يتعلق بهذه الأموال. كما قد يحاول المدين نفسه التصرف في تلك الأموال قبل اهتداء الممثل الأجنبي أو باقي الدائنين إليها. ومن هنا تأتي أهمية اللجوء إلى رفع دعوى إفلاس محلية طبقاً للقانون الوطني لهذه الدولة بما يضمن طلب إبطال التصرفات الضارة للدائنين واستعادة الأموال محل تلك التصرفات.

(١) دليل الاشتراع المرفق بالقانون النموذجي للإفلاس عبر الحدود، بند ٩٥ ص ٥٦.

وتقتضى المادة ١١ من القانون النموذجي بأنه يحق للممثل الأجنبي أن يتقدم بطلب للبدء فى إجراء طبقاً لقانون الإفلاس فى الدولة المشترعة، إذا ما استوفيت الشروط اللازمة لبدء هذا الإجراء. ووجود هذا النص من شأنه رفع أى لبس حول أحقية الممثل الأجنبي ووجود صفة له فى القيام بأى إجراء يتصل بالأموال المملوكة للمدين. ويرجع ذلك إلى أن قوانين الإفلاس الوطنية تخلو - فى الغالب - من النص على حق الممثل الأجنبي فى رفع دعوى إفلاس أو تقديم أية طلبات فى هذا الخصوص^(١)، ومن ثم تبرز قيمة هذا النص فى حسم أى نزاع يثور حول صفة الممثل الأجنبي فى هذا الشأن.

والمادة ١١ من القانون إذ منحت هذا الحق للممثل الأجنبي لم تربطه بكونه معيناً فى دعوى إفلاس أجنبية رئيسية أو غير رئيسية. كما لم تشترط - وفقاً لصريح عباراتها - أن يكون ذلك مسبقاً باعتراف محاكم الدولة المشترعة بدعوى الإفلاس التى تم تعيينه فيها، ولم تستلزم سوى استيفاء الشروط المنصوص عليها فى قانون الإفلاس للدولة المشترعة^(٢).

أما المادة ١٢ من القانون النموذجي فتتص على أنه عند الاعتراف بدعوى إفلاس أجنبي، يحق للممثل الأجنبي أن يشارك Participate فى إجراء يتخذ بصدد المدين بموجب قانون الإفلاس فى الدولة المشترعة. ولا تفرق هذه المادة أيضاً بين ما إذا كان الممثل الأجنبي قد تم تعيينه فى دعوى إفلاس رئيسية أو غير رئيسية. وقد سبقت الإشارة إلى أن القانون النموذجي استخدم عبارة «المشاركة» للتعبير عن إجراءات إفلاس «جماعية»، واستخدم كلمة «يتدخل» للتعبير عن إجراءات إفلاس «فردية».

وتقتصر المادة ١٢ على كفالة منح الممثل الأجنبي ضمانات إجرائية أو صفة شرعية فى تقديم الالتماسات أو الطلبات أو العرائض - ودون تحديد لأنواع هذه الطلبات - متى تعلقت بمسائل مثل حماية الأموال المملوكة للمدين أو استثمارها أو توزيعها أو التعاون بصدد الإجراء الأجنبي، ودون إعطائه أى سلطات أو حقوق محددة^(٣).

(١) وعلى سبيل المثال فإن المادة ٥٥٢ من قانون التجارة المصرى تقصر حق طلب شهر إفلاس التاجر على التاجر نفسه أو أحد الدائنين أو النيابة العامة أو المحكمة من تلقاء ذاتها.

(٢) ومع ذلك فإن المادة ٢/١٥١١ من قانون الإفلاس الأمريكى قد اشترطت توافر شرطين قبل قيام الممثل الأجنبي برفع دعوى إفلاس ضد المدين داخل الولايات المتحدة الأمريكية أولهما أن يقدم صورة مصدق عليها من الأمر بالاعتراف بدعوى الإفلاس الأجنبية، وثانيهما أن يفصح الممثل الأجنبي وقت تقديم طلب الاعتراف بدعوى الإفلاس الأجنبية بانتوانه رفع دعوى إفلاس داخل الولايات المتحدة الأمريكية. وتنص المادة ٢/١٥١١ على أنه:

“(b) The petition commencing a case under subsection (a) must be accompanied by a certified copy of an order granting recognition. The court where the petition for recognition has been filed must be advised of the foreign representative’s intent to commence a case under subsection (a) prior to such commencement”.

(٣) دليل الاشتراع المرفق بالقانون النموذجي للإفلاس عبر الحدود، بند ١٠١ ص ٥٨.

(ب) بالنسبة للدائنين الأجانب:

وعلى الرغم من أن قوانين الإفلاس في سائر الدول لا تميز بين الدائن الوطني والدائن الأجنبي، فإنه نادراً ما نجد نصاً صريحاً يؤكد حق الدائن الأجنبي في المشاركة في دعاوى وإجراءات الإفلاس المحلية على قدم المساواة مع الدائن الوطني.

ورفعاً لأي لبس في هذا الخصوص، ولضمان ألا يعامل الدائن الأجنبي معاملة تقل عن معاملة الدائن الوطني كلما أراد رفع دعوى إفلاس خارج بلده أو تقديم أية طلبات في دعوى قائمة فيها، فقد نصت المادة ١٣ من القانون النموذجي على حق الدائن الأجنبي في أن تكون له ذات الحقوق المتاحة للدائن الوطني فيما يتعلق ببدء دعوى إفلاس أو المشاركة فيها طبقاً لقانون الإفلاس.

وتوضح الفقرة الثانية من هذه المادة أنه لا تأثير لمبدأ عدم التمييز بين الدائن الوطني والأجنبي – المنصوص عليه في الفقرة الأولى – على ترتيب أولوية المطالبات المقررة طبقاً للقانون الوطني، وأن مبدأ عدم التمييز هذا لا يشمل مطالبات الضرائب أو الضمان الاجتماعي الأجنبية.

وحتى لا يتم تفريغ مبدأ عدم التمييز من مضمونه عن طريق نصوص تضع مطالبات الدائن الأجنبي في أدنى مرتبة، فقد أوضحت الفقرة الثانية بأن أدنى مرتبة يمكن أن توضع فيها مطالبات الدائنين الأجانب – غير المتعلقة بمطالبات الضرائب أو الضمان الاجتماعي – هي مرتبة المطالبات العامة غير المضمونة. على أنه، واستثناء مما تقدم، يمكن أن تصنف المطالبات الأجنبية في مرتبة أدنى من المطالبات العامة غير المكفولة إذا ما كانت هناك مطالبة محلية متكافئة مصنفة في مرتبة أدنى من المطالبات العامة غير المكفولة على النحو المنصوص عليه في قانون الدولة المشترعة، وبشرط ألا يكون ذلك التصنيف مبنياً على أسباب تتعلق بجنسية الدائن أو مكان وجوده. وقد ضرب دليل الاشتراع للقانون النموذجي أمثلة لتلك المطالبات المحلية المتكافئة في قوله: «قد تكون هذه المطالبات المنخفضة المرتبة مثلاً مطالبات سلطة حكومية بشأن عقوبات مالية أو غرامات أو مطالبات يؤجل سدادها بسبب وجود علاقة خاصة بين المدين والدائن، أو مطالبات قدمت بعد انقضاء المهلة المحددة للقيام بذلك»^(١).

وأخيراً فقد أورد القانون النموذجي صياغتين لنص الفقرة الثانية من المادة ١٣ تختلف إحداها عن الأخرى في أنها تقدم للدول التي ترفض الاعتراف بمطالبات الضرائب والضمان الاجتماعي الأجنبية صياغة تتيح لها مواصلة رفض الاعتراف بهذه المطالبات.

(١) دليل الاشتراع المرفق بالقانون النموذجي للإفلاس عبر الحدود، بند ١٠٤ ص ٦٠.

وتطبيقاً لما تقدم، فقد نصت الفقرة الأخيرة من المادة ١٥١٣ من قانون الإفلاس الأمريكي على أن أولوية مطالبات الضرائب الأجنبية أو المطالبات المبنية على القانون العام الأجنبي تحكمها اتفاقيات الضرائب التي انضمت إليها الولايات المتحدة الأمريكية ووفقاً للشروط المقررة فيها^(١).

أما عن كيفية إعلان الدائنين الأجانب بدعوى الإفلاس، فإنه وفقاً لمبدأ المساواة بين الدائن الوطنى والدائن الأجنبي الذى أرسته المادة ١٣ من القانون النموذجي، فإنه يجب أن تتحقق تلك المساواة فى سائر الإجراءات وأولها الإعلانات الموجهة إلى أطراف الدعوى سواء الدائنين الوطنيين أو الأجانب.

ولما كانت قوانين الدول المختلفة تتباين فيما يخص كيفية الإعلان، فإن ترك أسلوب الإعلان لكل قانون وطنى على حدة سيكون من شأنه الإخلال بمبدأ المساواة بين الدائنين، ومن ثم فقد نصت المادة ٣/١٤ من القانون النموذجي على أنه عندما يتعين إعلان الدائنين الأجانب ببدء إجراء ما، فإن ذلك الإعلان يجب أن يحدد مدة زمنية معقولة لتقديم أدلة هذه المطالبات وأن يبين المكان الذى تودع فيه هذه المطالبات، ويبين كذلك ما إذا كان من المتعين على الدائنين المضمونين إيداع مطالباتهم المضمونة مع بيان الآثار التى قد تترتب على تقديم أو عدم تقديم تلك المطالبات^(٢). كما يجب أن يتضمن الإعلان أية معلومات أخرى يتعين إثباتها فيه وفقاً لقانون الدولة وأوامر المحكمة.

وأخيراً فإنه يجب أن يتضمن الإعلان أية بيانات يوجب القانون الوطنى أو توجب أوامر المحكمة أن يتضمنها بالنسبة للدائنين بصفة عامة. وتجدر ملاحظة أن القانون النموذجي لم يتطلب أن تكون الإعلانات المرسلة للدائن الأجنبي محررة بلغة أجنبية غير لغة الدولة التى تتم فيها الإجراءات، كما لا يسمح القانون للدائنين الأجانب بتقديم المستندات المثبتة لمطالباتهم بلغة غير اللغة المستخدمة فى إجراءات الدعوى.

(١) وتنص الفقرة الأخيرة من المادة ١٥١٣ من قانون الإفلاس الأمريكي الجديد على أنه:

1513(2)(B) "Allowance and priority as to foreign tax claim or other foreign public law claim shall be governed by any applicable tax treaty of the United States. under the conditions and circumstances specified therein."

(٢) وتبدو أهمية النص على تلك الآثار فى أنه "بعض النظم القانونية يُعتبر الدائن المضمون دينه الذى يقدم مطالبة فى دعوى إفلاس متنازلاً عن الضمان أو عن بعض الامتيازات المرتبطة بالدين، فى حين أن بعض الأنظمة القانونية الأخرى تعتبر أن عدم تقديم مطالبة من جانب الدائن المضمون يؤدى إلى التنازل عن الضمان أو الامتياز، ومن ثم فقد يكون من المناسب أن تدرج الدولة المشترعة فى الفقرة الفرعية ب من الفقرة ٣ اشتراطاً بأن يتضمن الإشعار معلومات بشأن الآثار التى تترتب على تقديم أو عدم تقديم مطالبات مكفولة". انظر: دليل الاشتراع المرفق بالقانون النموذجي للإفلاس عبر الحدود، بند ١١١ ص ٦٤.

المطلب الثالث: حق محاكم الدولة المشتربة أو أمناء التفليسة

فى طلب المساعدة من دولة أجنبية بشأن دعوى إفلاس مرفوعة أمام محاكمها

مضت الإشارة عند الحديث عن نطاق تطبيق القانون النموذجى إلى أن المادة ١/١/ب تتناول حالة الطلبات الصادرة من الدولة المشتربة إلى الخارج للاعتراف بدعوى إفلاس بدأت بموجب قانون هذه الدولة المشتربة، ومثل هذه الطلبات تصدر إما من المحكمة أو من أمين التفليسة.

أما المادة ٥ من القانون النموذجى فتخول أمين التفليسة - أو الهيئة المختصة - المعين وفقاً لقانون الدولة المشتربة لإدارة عملية إعادة التنظيم أو التصفية سلطة التصرف فى دولة أجنبية لصالح التفليسة التى عين فيها، أى أنه وفقاً للقانون الوطنى سيكون أمين التفليسة الوطنى ممثلاً أجنبياً له سلطة التصرف فى الدولة الأجنبية التى توجد بها أموال للمدين المفلس، فيطلب من محاكم تلك الدولة الأجنبية الاعتراف بدعوى الإفلاس التى تم تعيينه فيها، ويطلب منها المساعدة وفقاً لقانون تلك الدولة الأجنبية. وقد أضافت المادة ٢/٢٦ من القانون النموذجى حقاً آخر للممثل الأجنبى هو حقه فى الاتصال المباشر بالمحاكم الأجنبية أو الممثلين الأجانب وذلك تحت إشراف المحكمة الأجنبية.

ويبين من المادة الخامسة من القانون النموذجى أن نطاق السلطات والصلاحيات التى يمارسها أمناء التفليسة الوطنىون فى الخارج إنما يتوقف على مقدار ما يتيح القانون الأجنبى والمحاكم الأجنبية من سلطات وصلاحيات للممثل الأجنبى، فلا يكفى فى هذا الشأن أن تكون أوجه المساعدة التى سيطلبها أمين التفليسة المعين فى الدولة المشتربة هى من قبيل تلك المنصوص عليها فى قانونه الوطنى - أخذاً من القانون النموذجى - إذ إن السلطات والصلاحيات التى ستمنح له فى البلد الأجنبى سيتحدد مداها بمقدار ما إذا كان ذلك البلد قد استن قانوناً يستند إلى القانون النموذجى.

المطلب الرابع: التعاون مع المحاكم الأجنبية والممثلين الأجانب

لا ريب أن غياب الإطار التشريعى الذى يأذن بالتعاون بين قضاة المحاكم فى الدول المختلفة والتنسيق فيما بينهم يعد عقبة كبرى فى خصوص دعاوى الإفلاس العابر للحدود، ومن ثم تتبدى القيمة الحقيقية لتبنى نصوص القانون النموذجى فى هذا الصدد، والتى لا تقتصر على التعاون فيما بين قضاة المحاكم، وإنما توفر كذلك الإطار اللازم لقيام التعاون بين محكمة فى الدولة المشتربة وممثل أجنبى، أو بين أمين التفليسة فى الدولة المشتربة ومحكمة أجنبية أو أمين تفليسة أجنبى.

ومن ثم فقد جاء الفصل الرابع من القانون النموذجى الذى يضم المواد من ٢٥ إلى ٢٧ تحت عنوان «التعاون مع المحاكم الأجنبية والممثلين الأجانب»، وهو يتناول التعاون عبر الحدود بين المحاكم المحلية والمحاكم الأجنبية

أو أمناء التفليسة في دولتين - أو أكثر - في منع تبديد أصول المدين، أو في رفع قيمة تلك الأصول^(١)، أو في التوصل إلى أفضل الحلول لإعادة تنظيم المنشأة. ومن هنا، تعد هذه المواد الثلاث دعماً مباشراً لقواعد المجاملة بين الدول في مجال التعاون القضائي.

ولا تقتصر المادتان ٢٥، ٢٦ من القانون النموذجي على الإذن بالتعاون عبر الحدود، بل إنهما تأمران به وتحثان عليه بالنص على أن المحكمة وأمين التفليسة يتعاونان «إلى أقصى حد ممكن»^(٢).

وقد نصت المادة ٢٥ على التعاون المباشر بين المحكمة في الدولة المشتربة وبين المحاكم الأجنبية أو الممثلين الأجانب في خصوص طلبات المساعدة الواردة إليها من المحاكم الأجنبية أو الممثلين الأجانب، أو في خصوص ما قد تطلبه هي من مساعدة من المحاكم الأجنبية أو الممثلين الأجانب وغيرها من المسائل المنصوص عليها في المادة الأولى من القانون النموذجي. كما نصت هذه المادة على أحقية المحكمة في الاتصال مباشرة بالمحاكم الأجنبية أو الممثلين الأجانب أو طلب المعلومات أو المساعدة المباشرة منهما.

والمقصود من تخويل المحاكم سلطة الاتصال «مباشرة» وطلب المعلومات والمساعدة «مباشرة» من المحاكم الأجنبية أو الممثلين الأجانب، هو التأكيد على الطابع المرن للتعاون والمتسم بالسرعة، وتفادي الإجراءات الشكلية أو اللجوء إلى قنوات رسمية دبلوماسية أو قنصلية. مع ملاحظة أن وسائل الاتصال تشمل الهاتف والفاكس والبريد الإلكتروني وأشرطة الفيديو^(٣).

كما نصت المادة ٢٦ على التعاون المباشر بين أمين التفليسة المعين في دعوى إفلاس في الدولة المشتربة وبين المحاكم الأجنبية أو الممثلين الأجانب في المسائل المنصوص عليها في المادة الأولى من القانون النموذجي. كما نصت هذه المادة أيضاً على أحقيته - في ممارسته لوظائفه تحت إشراف المحكمة - في الاتصال مباشرة بالمحاكم الأجنبية أو بالممثلين الأجانب.

(١) مثلاً عندما تكون قيمة المعدات الإنتاجية الموجودة في دولتين أكبر إذا بيعت مجتمعة منها إذا بيعت متفرقة، انظر: دليل الاشترايع المرفق بالقانون النموذجي للإفلاس عبر الحدود، بند ١٧٣ ص ٨٩.

(٢) وترمي هاتان المادتان إلى تدارك مشكلة افتقار القوانين الوطنية إلى قواعد تهيئ أساساً قانونياً لتعاون المحاكم المحلية مع المحاكم الأجنبية في معالجة حالات الإفلاس عبر الحدود. وسيكون اشترايع ذلك الأساس القانوني مفيداً بصفة خاصة في النظم القانونية التي تكون فيها السلطة التقديرية المخولة للقضاة للعمل خارج مجالات التفويض القانوني الصريح سلطة محدودة. ومن جهة أخرى اتضح أنه حتى في الولايات القضائية التي درجت على إعطاء حرية أكبر للقضاة، كان سن إطار تشريعي للتعاون أمراً مفيداً. انظر: دليل الاشترايع المرفق بالقانون النموذجي للإفلاس عبر الحدود، بند ١٧٤ ص ٩٠.

(٣) انظر في تفصيل ذلك: دليل الاشترايع المرفق بالقانون النموذجي للإفلاس عبر الحدود، البندين ١٧٨، ١٧٩، ص ٩١.

ويعكس هذا النص المتعلق بالتعاون الدولي بين أمناء التفليسة أهمية الدور الذى يمكن أن يقوم به أولئك الأشخاص فى وضع وتنفيذ ترتيبات التعاون، بما يقتضى السماح لهم بقدر من الحرية والمبادرة تحت الإشراف القضائى، ومن ثم فلا ينبغى أن يكون هناك إذن خاص لكل اتصال بين أمين التفليسة والمحكمة الأجنبية^(١). وينبغى ملاحظة أن أيًا من المادتين لم تشترط لقيام التعاون القضائى عبر الحدود سبق الاعتراف بدعوى الإفلاس الأجنبية.

أما المادة ٢٧ من القانون النموذجى - الخاصة بأشكال التعاون - فقد نصت على أنه يجوز إقامة التعاون المشار إليه فى المادتين ٢٥ ، ٢٦ بأية وسيلة مناسبة، بما فى ذلك:

(أ) تعيين شخص أو هيئة للتصرف بناء على توجيهات المحكمة، (ب) إبلاغ المعلومات بأية وسيلة تعتبرها المحكمة مناسبة، (ج) تنسيق إدارة أصول المدين وشؤونه والإشراف عليها، (د) موافقة المحاكم على الاتفاقات المتعلقة بتنسيق الإجراءات أو قيامها بتنفيذها، (هـ) التنسيق بين الإجراءات المترتبة المتعلقة بالمدين ذاته، (و) يجوز للدولة المشترعة أن تضيف قائمة بأشكال أو أمثلة إضافية للتعاون.

ومن الواضح أن أشكال التعاون الخمسة المشار إليها فى الفقرات من (أ) إلى (هـ) إنما جاءت على سبيل المثال لا الحصر بحيث يمكن للدولة المشترعة أن تضيف إليها أية صورة أخرى من صور التعاون مما تجده هى مناسباً^(٢). والمقصود من هذه الأمثلة أن تكون أمثلة استرشادية للدول التى لم تقطع شوطاً بعيداً فى مجال التعاون القضائى عبر الحدود، وفى الدول التى درجت على إتاحة قدر محدود من السلطة التقديرية القضائية^(٣).

غير أن التعاون القضائى فى هذا المجال لا يعنى عدم التقيد بالقواعد الآمرة أو تلك المتعلقة بالنظام العام فى الدولة المطلوب منها المساعدة. وعلى سبيل المثال، فإنه فى حالة طلب الحصول على معلومات عن حسابات المدين فى البنوك فلا مفر من اتباع الإجراءات المنصوص عليها فى قوانين سرية الحسابات المصرفية.

(١) انظر: دليل الاشتراع المرفق بالقانون النموذجى للإفلاس عبر الحدود، بند ١٨٠، ص ٩٢.

(٢) لم تضاف المادة ١٥٢٧ من قانون الإفلاس الأمريكى الجديد أية صورة إلى صور التعاون الخمسة المأخوذة بنصها عن المادة ٢٧ من القانون النموذجى.

(٣) انظر: دليل الاشتراع المرفق بالقانون النموذجى للإفلاس عبر الحدود، بند ١٨١ ص ٩٣.

المطلب الخامس: التنسيق بين الدعاوى المتزامنة

يتناول الفصل الخامس من القانون النموذجي (المواد من ٢٨ إلى ٣٢) بالتنظيم كيفية التعاون القضائي في الحالات التي تتعدد فيها دعاوى إفلاس ضد المدين نفسه في أكثر من دولة، وقد يكون لكل منها نظامها القانوني الذي يختلف عن ذلك المطبق في الدولة الأخرى، وما قد ينشأ عن ذلك الاختلاف من صعوبات في الواقع العملي لاسيما في مجالي مراتب الديون وقواعد التوزيع أثناء التصفية. ولا يقدم الفصل الخامس من القانون أية حلول لهذه المشاكل، وإنما يهدف إلى تمهيد السبيل للتعاون بين المحاكم وأمناء التفليسة في الدول المختلفة وصولاً إلى حلول لما قد يثور من مشكلات في هذا الشأن.

ولن يخرج الأمر عن حالتين: الأولى، تكون فيها إحدى الدعويين مرفوعة في الدولة المشترعة. والثانية، أن تتعدد هذه الدعاوى في أكثر من دولة أجنبية.

وتقر المادتان ٢٨ ، ٢٩ بأن الاعتراف بدعوى إفلاس أجنبية رئيسية لن يحول دون رفع دعوى إفلاس محلية في الدولة المشترعة ضد المدين نفسه مادامت توجد أصول مملوكة له في هذه الدولة. ولم يستلزم القانون النموذجي لرفع الدعوى في الدولة المشترعة أن تكون أموال المدين جزءاً من «مؤسسة» - وفقاً للتعريف الوارد في المادة ٢/و - وإنما يكفي مجرد وجود أصول مملوكة له في هذه الدولة دون اشتراط مزاولته لنشاط اقتصادي غير عارض فيها، وقد عبر القانون عن ذلك بقوله في المادة ٢٨ «إلا إذا كانت للمدين أصول في هذه الدولة»، وتقتصر آثار هذه الدعوى على حدود هذه الأصول فقط دون غيرها^(١).

بدء دعوى إفلاس محلية بعد الاعتراف بدعوى إفلاس أجنبية: وإذا كان الأصل هو أن تقتصر حدود دعوى الإفلاس المحلية على الأصول المحلية للمدين دون غيرها، فإن المادة ٢٨ تسلم بأنه قد يتعين في بعض الحالات^(٢) - وحتى تكون إدارة هذه الدعوى إدارة مجدية - أن يمتد نطاق الدعوى ليشمل بعض الأصول الموجودة في الخارج. غير أن المادة ٢٨ وضعت قيدين على امتداد دعوى الإفلاس المحلية عبر الحدود، أولهما:

(١) ومع ذلك فإن القانون النموذجي لا يمنع الدولة المشترعة من أن تتبنى نصاً يستلزم لرفع هذه الدعوى ضد المدين وجود «مؤسسة» له فيها.

انظر: دليل الاشتراع المرفق بالقانون النموذجي للإفلاس عبر الحدود، بند ١٨٦، ص ٩٥.

(٢) ويضرب دليل الاشتراع أمثلة لهذه الحالات في قوله: "وقد تشمل دعوى الإفلاس المحلية أصول معينة موجودة في الخارج، وخصوصاً عندما لا يكون هناك إجراء أجنبي ضروري ومتاح في الدولة التي توجد فيها تلك الأصول، مثلاً حيث تكون للمؤسسة المحلية منشأة عاملة Operating Plant في ولاية قضائية أجنبية، أو حيث يكون من الممكن بيع أصول المدين الموجودة في الدولة المشترعة وأصوله الموجودة في الخارج باعتبارهما "مؤسسة عاملة" going concern (نشاط تجاري ناجح)، أو حيث تكون الأصول قد نقلت من الدولة المشترعة إلى الخارج بطريقة احتيالية".

انظر: دليل الاشتراع المرفق بالقانون النموذجي للإفلاس عبر الحدود، بند ١٨٧ ص ٩٥.

أن تتم إدارة هذه الأصول الأجنبية في الدولة المشترعة ووفقاً لقانونها^(١). وثانيهما: أن يتم ذلك «بالقدر الضروري لتنفيذ التعاون الدولي والتنسيق» على النحو المبين في المواد من ٢٥ إلى ٢٧ من القانون النموذجي. ولا ريب أن الهدف من وضع هذين القيدتين هو محاولة رسم الحدود الفاصلة بين نطاق كل من دعوى الإفلاس الرئيسية ودعوى الإفلاس المحلية تجنباً لأية منازعات لا بد وأن تنشأ عن التداخل بينهما.

وأخيراً فقد تكون هناك أصول مملوكة للمدين في أكثر من دولة أجنبية، ويكون من الأنسب إدارتها في دعوى الإفلاس المحلية على نحو أفضل مما لو أديرت في دعوى الإفلاس الرئيسية. وتعد هذه الحالة صورة نموذجية للحالة التي يتعين فيها قيام التعاون بين أمعاء التفليسة في دعوى الإفلاس الرئيسية ودعوى الإفلاس المحلية بما يحقق أكبر منفعة لصالح الدائنين ويخفض من تكلفة إدارة الأموال.

التنسيق بين دعوى إفلاس محلي ودعوى إفلاس أجنبية: تعالج المادة ٢٩ من القانون النموذجي الحالة التي يخضع فيها المدين لدعوى إفلاس أجنبية وأخرى محلية في وقت واحد، وتوجه المحكمة إلى ضرورة السعي إلى التعاون والتنسيق عملاً بأحكام المواد ٢٥ ، ٢٦ ، ٢٧ من ذات القانون.

والمبدأ الذي تجسده هذه المادة هو أن رفع دعوى الإفلاس المحلية لا يتعارض مع دعوى الإفلاس الأجنبي الرئيسية ولا مع الاعتراف بها. إلا أن المادة ٢٩ تقرر لدعوى الإفلاس المحلي أسبقية على دعوى الإفلاس الأجنبي وذلك من خلال الطرق الآتية:

أولاً: في حالة رفع دعوى الإفلاس المحلية في الوقت الذي يودع فيه طلب الاعتراف بدعوى الإفلاس الأجنبية، فإن أي تدبير يمنح لدعوى الإفلاس الرئيسية يجب أن يكون متوافقاً مع دعوى الإفلاس المحلية. أما إذا ما كانت دعوى الإفلاس الأجنبي رئيسية فلا تنطبق عليها المادة ٢٠ من القانون والتي ترتب آثاراً تلقائية على الاعتراف بدعوى الإفلاس الرئيسية سواء من وقف الدعاوى والإجراءات الفردية ووقف التنفيذ على أصول المدين وتعليق الحق في نقل أي من أصول المدين أو إنقالها بعبء أو التصرف فيها على نحو آخر.

ثانياً: في حالة رفع دعوى الإفلاس المحلية بعد الاعتراف بدعوى الإفلاس الأجنبية أو بعد إيداع طلب

(١) اشترطت المادة ١٥٢٨ من قانون الإفلاس الأمريكي المأخوذة عن المادة ٢٨ من القانون النموذجي ألا تكون هذه الأصول خاضعة للاختصاص القضائي أو للإدارة في دعوى إفلاس أجنبية تم الاعتراف بها في الولايات المتحدة الأمريكية وفقاً للفصل الخامس عشر من قانون الإفلاس.

§1528 “After recognition of a foreign main proceeding, a case under another chapter of this title may be commenced only if the debtor has assets in the United States. The effects of such case shall be restricted to the assets of the debtor that are within the territorial jurisdiction of the United States and, to the extent necessary to implement cooperation and coordination under section 1525, 1526 and 1527, to other assets of the debtor that are within the jurisdiction of the court under sections 541(a) of this title, and 1334 (e) of title 28, to the extent that such other assets are subject to the jurisdiction and control of a foreign proceeding that has been recognized under this chapter”.

الاعتراف بها، فإن أى تدبير يكون قد سبق منحه فى دعوى الإفلاس الأجنبية يجب أن يعاد النظر فيه ويتم تعديله أو إنهاؤه بما يتسق مع دعوى الإفلاس المحلية. أما إذا كانت دعوى الإفلاس الأجنبية دعوى رئيسية، كان للمحكمة أن تعدل أو تنهى الوقف أو التعليق المشار إليهما فى المادة ٢٠/٢ من القانون إذا ثبت أنهما غير متسقين مع دعوى الإفلاس المحلية.

وأخيراً فقد أوردت المادة ٢٩/ج قاعدة مؤداها أن التدبير الممنوح للإجراء الأجنبى - غير الرئيسى - يتعين أن يقتصر على الأصول التى ستتم إدارتها فى ذلك الإجراء غير الرئيسى أو يجب أن يكون متعلقاً بالمعلومات المطلوبة فى ذلك الإجراء. وهذه القاعدة مجسدة أيضاً فى المادة ٣/٢١ والتى تتناول التدبير الذى يجوز للمحكمة منحه للممثل الأجنبى، وكذلك فى المادة ٤/١٩ الخاصة بالتدابير التى تمنح قبل الاعتراف بدعوى الإفلاس الأجنبى، وأخيراً فى المادة ٣٠ الخاصة بالتنسيق بين أكثر من دعوى إفلاس أجنبية واحدة.

التنسيق بين أكثر من دعوى إفلاس أجنبية: تعالج المادة ٣٠ من القانون النموذجى الحالة التى يكون فيها المدين خاضعاً لدعاوى إفلاس فى أكثر من دولة فى وقت واحد، حيث يسعى الممثلون الأجانب فى كل منها للحصول على الاعتراف أو على تدابير فى الدولة المشتركة، بما يقتضى من المحكمة التعاون والتنسيق بين أكثر من دعوى أجنبية بموجب الفصل الرابع من القانون (المواد من ٢٥ إلى ٢٧).

وتنص المادة ٣٠ على أنه فى هذه الحالة ينطبق ما يلى: أن أى تدبير يتم منحه بموجب المادة ١٩ أو المادة ٢١ لممثل أجنبى فى دعوى إفلاس غير رئيسية - بعد الاعتراف بدعوى إفلاس أجنبى رئيسية - فلا بد أن يكون هذا التدبير متسقاً مع دعوى الإفلاس الأجنبى الرئيسية. أما إذا ما تم الاعتراف بدعوى إفلاس أجنبى رئيسى - بعد طلب الاعتراف بدعوى إفلاس أجنبى غير رئيسية أو بعد إيداع طلب للاعتراف به - تعيد المحكمة النظر فى أى تدبير سبق منحه وفقاً للمادة ١٩ أو المادة ٢١، وإذا ثبت لها أن هذا التدبير لا يتسق مع دعوى الإفلاس الأجنبى الرئيسية يحق لها إنهاؤه أو تعديله. وأخيراً فإنه إذا ما تم الاعتراف بدعوى إفلاس أجنبية غير رئيسية أخرى - بعد الاعتراف بدعوى إفلاس أجنبى غير رئيسية - فللمحكمة أن تمنح التدبير أو أن تعدله أو تنهيه من أجل تيسير التنسيق بين الإجراءات.

ويبين مما سلف أن الهدف من المادة ٣٠ مماثل للهدف من المادة ٢٩ من حيث إن المقصد الأساسى فى حالة وجود دعاوى إفلاس متزامنة هو تعزيز التعاون والتنسيق والاتساق فيما يتعلق بالتدابير التى تمنح لدعاوى الإفلاس المختلفة، فيتم مراعاة ذلك سواء عند الإذن بتدبير جديد، أو عن طريق تعديل أو إنهاء تدبير سبق منحه.

ويلاحظ أخيراً أن المادة ٣٠ تعطى الأفضلية لدعوى الإفلاس الأجنبى الرئيسية، وذلك خلافاً للمادة ٢٩ من القانون النموذجى التى تعطى الأسبقية من حيث المبدأ لدعوى الإفلاس المحلية.

افتراض الإفلاس استناداً إلى الاعتراف بدعوى إفلاس أجنبى رئيسية: تقرر المادة ٣١ من القانون

النموذجي افتراض قرينة قابلة لإثبات العكس، مؤداها أن اعتراف المحكمة في الدولة المشتربة بدعوى إفلاس أجنبي رئيسية يعد دليلاً على أن المدين في حالة إفلاس وذلك في حالة رفع أى دعوى إفلاس أخرى في هذه الدولة لاحقة على الاعتراف بدعوى الإفلاس الرئيسية التي تم الاعتراف بها. ومن ثم فلا ينطبق هذا الافتراض إذا كانت دعوى الإفلاس الأجنبي التي تم الاعتراف بها غير رئيسية.

وتبدو أهمية هذه القرينة في أنه إذا كانت هناك أنظمة قانونية تعتبر المدين في حالة إفلاس إذا توقف عن دفع ديونه التجارية إثر إعساره أو اضطراب أعماله المالية، فإن بعض الأنظمة القانونية الأخرى تشترط لرفع دعوى الإفلاس إثبات أن المدين في حالة إفلاس وهو ما يستنفذ الكثير من الوقت دون جدوى حقيقية^(١).

قاعدة دفع المبالغ في إطار الإجراءات المتزامنة: وتنص المادة الأخيرة من القانون النموذجي وهي المادة ٣٢ على قاعدة تكفل المساواة في المعاملة بين الدائنين من أصحاب الديون غير المضمونة. فتقرر أنه دون مساس بالمطالبات المكفولة بضمانات أو بحقوق عينية، لا يجوز للدائن الذي تلقى جزءاً من مستحقاته في دعوى إفلاس في دولة أجنبية، أن يتلقى مبلغاً يدفع عن نفس المطالبة في دعوى إفلاس في الدولة المشتربة مرفوعة ضد المدين نفسه، إذا كان المبلغ المدفوع للدائنين الآخرين من ذات المرتبة أقل نسبياً من المبلغ الذي تلقاه الدائن بالفعل.

وهذه القاعدة يشار إليها باسم The Hotchpot Rule أى قاعدة جمع الممتلكات من أجل قسمتها بالتساوي^(٢)، وتوجب هذه القاعدة على أى دائن يرغب في المشاركة في التوزيعات التي تتم في دعوى منظورة أمام محكمة ما، أن يفصح عن المبالغ التي سبق له الحصول عليها في دعوى أجنبية بمناسبة مطالبته بمستحقاته قبل نفس المدين^(٣). والمقصود من ذلك هو تفادي حصول هذا الدائن على معاملة أفضل من معاملة سائر الدائنين المتساوين معه في ذات مرتبة الدين، عن طريق مطالبته بذات مستحقاته في أكثر من دعوى إفلاس أجنبية في ذات الوقت. فإذا كان هذا الدائن قد حصل على نسبة معينة من دينه فلن يحصل من التوزيعات التي تتم في دعوى إفلاس أجنبية إلا على ما يجعله متساوياً في ذات النسبة الأعلى التي يحصل عليها سائر الدائنين - غير المضمونة ديونهم - في الدولة المشتربة^(٤).

(١) دليل الاشتراع المرفق بالقانون النموذجي للإفلاس عبر الحدود، البنود من ١٩٤ إلى ١٩٧، ص ١٠٠.

(٢) ويبين من تعريف هذه القاعدة أن المساواة التي تقرها غير مقصورة على الدائنين فقط وإنما تشمل الورثة وغيرهم:

“The gathering together of properties to ensure an equal division of the total for distribution. as among the heirs of an intestate parent.”, The American Heritage Dictionary of the English Language: Fourth Edition, 2000. see at: <http://www.bartleby.com/618//HH0290800.html>.

(٣) انظر: FLETCHER (I.), *Insolvency in Private International Law*, op. cit., p. 360.

(٤) ويضرب دليل الاشتراع مثلاً لذلك بأنه إذا سبق للدائن غير المكفول أن تلقى نسبة ٥٪ من مستحقاته في دعوى إفلاس أجنبي، وكان الدائن نفسه مشاركاً في دعوى إفلاس في الدولة المشتربة حيث نسبة التوزيع ١٥٪، فمن أجل أن يتساوى هذا الدائن مع سائر الدائنين غير المكفولين في الدولة المشتربة، يتلقى ١٠٪ فقط من مستحقاته في الدولة المشتربة. انظر دليل الاشتراع المرفق بالقانون النموذجي للإفلاس عبر الحدود، بند ١٩٨، ص ١٠١.

المبحث الخامس

مستقبل قانون الأونسيترال النموذجي للإفلاس عبر الحدود

وبعد أن عرضنا فيما تقدم لنصوص القانون النموذجي للإفلاس عبر الحدود، فإنه من المنطقي أن نتساءل عن مستقبل هذا القانون.

وعلى الرغم من أنه لم تتبن نصوص هذا القانون - حتى الآن - إلا تسع عشرة دولة آخرها اليونان^(١) في عام ٢٠١٠، فإننا نتوقع إقبالاً من العديد من الدول على تبني نصوصه للأسباب الآتية:

أولاً: إن نصوص القانون النموذجي صيغت على نحو متوازن، وبقدر ما تنشئ توحيد القواعد الموضوعية للإفلاس الدولي، فإنها تحترم التباين الإجرائي القائم في سائر دول العالم، فلا تمس سيادة الدولة التي ترغب في الأخذ بنصوصه وتحترم النظام العام الداخلي فيها وتقر بحقوقها في حماية الدائنين من مواطنيها بذات القدر الذي تسعى فيه إلى حماية حقوق الدائنين الآخرين، فضلاً عن أن القانون النموذجي لا يحاول فرض توحيد للقواعد الموضوعية إلا على النحو الذي تراه الدولة المشتريه محققاً للهدف من تبني نصوص القانون.

ثانياً: أنه من شأن قيام لجنة الأمم المتحدة لقانون التجارة الدولية (الأونسيترال) بتقديم المساعدة الفنية لأية دول عضو في الأمم المتحدة في مجال الإصلاح القانوني لتشريعاتها أن يضمن استمرار التشجيع على تبني نصوص هذا القانون وغيره من القوانين النموذجية التي أعدتها تلك اللجنة.

ثالثاً: أننا نرى في تبني كل من اليابان والولايات المتحدة الأمريكية والمملكة المتحدة لنصوص القانون النموذجي، عاملاً مشجعاً لسائر الدول الأخرى التي تتعامل معها تجارياً أو ترتبط بها اقتصادياً أو تقتدى بها سياسياً - أن تحذو حذو كل منها في الأخذ بنصوص القانون النموذجي.

رابعاً: أن دول الاتحاد الأوروبي لم تسع إلى تقديم نظام الإفلاس الدولي الخاص بها^(٢)، كنموذج تحتذى به الدول الأخرى. وذلك على الرغم من التأثير المباشر للأفكار القانونية الرئيسية الواردة فيه والتي تبناها القانون النموذجي مثل فكرة «الإفلاس غير الرئيسي» أو «الإفلاس التبعي»، وكذلك معيار «مركز المصالح الرئيسية للمدين» «COMI».

(١) والدول التسع عشرة هي: أريتريا واليابان والمكسيك وجنوب إفريقيا (عام ٢٠٠٠)، ومونتينيغرو (عام ٢٠٠٢)، وبولندا ورومانيا وجزر فيرجين البريطانية (عام ٢٠٠٣)، وصربيا (٢٠٠٤)، الولايات المتحدة الأمريكية (عام ٢٠٠٥) وبريطانيا العظمى وكوريا وكولومبيا ونيوزيلند (٢٠٠٦) وسلوفينيا (٢٠٠٧)، وأستراليا (٢٠٠٨)، وكندا وموريشيوس (٢٠٠٩) واليونان (٢٠١٠)، وللتعرف على الدول التي تبنت القانون النموذجي حتى الآن انظر موقع الانترنت:

http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/insolvency/1997Model_status.html.

(٢) لائحة المجلس الأوروبي بشأن إجراءات الإفلاس رقم ١٣٤٦ لسنة ٢٠٠٠ والتي دخلت حيز النفاذ في سائر دول الاتحاد الأوروبي عدا الدانمارك بتاريخ ٣١ مايو ٢٠٠٢.

خامساً: أن وجود نظام خاص للإفلاس الدولي مطبق بين دول الاتحاد الأوروبي لم يمنع أيرلندا من تبني نصوص القانون النموذجي في عام ٢٠٠٥. هذا إلى أن المملكة المتحدة درست بعناية إمكان تبني نصوص هذا القانون، وقد أعدت هيئة شئون الإفلاس The Insolvency Service ورقة استطلاع رأي حكومية من أربع وأربعين صفحة أسمتها «ورقة تشاور» اقترحت فيها تبني نصوص القانون النموذجي في بريطانيا العظمى (إنجلترا وويلز)^(١) وطلبت إلى المختصين والمهتمين بشئون الإفلاس إبداء ملاحظاتهم تفصيلاً على عدة أسئلة بشأن مواد القانون النموذجي حتى تتوافر لها عناصر اتخاذ القرار الصائب في هذا الخصوص، على أن تتم موافقتها بالردود قبل منتصف شهر نوفمبر ٢٠٠٥^(٢). وبالفعل قامت تلك الهيئة بإعداد تقرير بمحصلة الآراء التي وردت لها وتم نشره في شهر مارس ٢٠٠٦، وكانت تلك الآراء في مجموعها إيجابية لصالح تبني نصوص القانون النموذجي^(٣)، الأمر الذي انتهى بالفعل إلى تبنيها لنصوص القانون النموذجي في القانون المسمى The Cross Border Insolvency Regulations والذي دخل إلى حيز النفاذ في الرابع من إبريل ٢٠٠٦، وما قد يترتب عليه من تبني مزيد من دول الاتحاد الأوروبي للقانون النموذجي.

سادساً: أن القانون النموذجي للإفلاس عبر الحدود يلقي دعم وتأييد المؤسسات الدولية الكبرى مثل صندوق النقد الدولي، والذي أوصى في ختام تقريره لعام ١٩٩٩ بضرورة تبني الدول لهذا القانون النموذجي^(٤).

وأخيراً، فإننا نتفق مع الرأي القائل بأن النجاح الذي حققه القانون النموذجي للإفلاس عبر الحدود حتى الآن أساسه الحاجة إلى «إصلاح تدريجي» Incremental Reform في مجال الإفلاس الدولي، إصلاح يسمح للدول ذات الحساسية لمسألة السيادة أن تتأقلم acclimate مع فكرة امتداد تطبيق القانون الأجنبي، بحيث ينتقل بنا هذا الإصلاح في رحلة متعددة المراحل تبدأ من الأخذ «بالنموذج» إلى الأخذ «بالعالمية»^(٥).

(١) وذلك نظراً لأن قانون الإفلاس المطبق فيهما يختلف عن ذلك المطبق في كل من اسكتلندا وشمال أيرلندا.

(٢) للاطلاع على ورقة استطلاع الرأي عن تطبيق القانون النموذجي في بريطانيا العظمى، انظر موقع الانترنت:

http://www.insolvency.gov.uk/insolvencyprofessionandlegislation/con_doc_register/cbcondoc/consultation.pdf

(٣) للاطلاع على هذا التقرير، انظر موقع الانترنت:

http://www.insolvency.gov.uk/insolvencyprofessionandlegislation/con_doc_register/UNCITRALconsultationreponse.pdf

(٤) انظر تقرير صندوق النقد الدولي:

International Monetary Fund. Legal Department. Orderly and Effective Insolvency Procedures: Key Issues 15.1999, p.82. <http://www.imf.org/external/pubs/ft/orderly/index.htm>.

(٥) انظر:

POTTOW (J.). Procedural Incrementalism: A Model for International Bankruptcy. Virginia Journal of International Law. Vol. 45. No. 4. 2005. p.936 – 1015.

القسم الأول أبحاث ودراسات

طبيعة العمل في العقود محددة المدة وغير محددة المدة من خلال التشريعين المغربي والاماراتي

د: محمد سعيد بناني

المدير العام للمعهد العالي للقضاء

بالمملكة المغربية

مقدمة

لعل من الوهم القول بأن المقتضيات الواردة في مختلف التشريعات بصفة عامة تغطي مختلف أشكال العمل، أو تخلق نوعاً من الانسجام فيما بينها بصفة دقيقة، فالعمل الموسمي أو المؤقت أو العرضي، أمثلة عن عبارات لا تتميز بالدقة، والتغطية التشريعية لا تسمح بالبت في هذه المسائل بصفة مؤكدة. ومن الصعب القول كذلك بأن العمل القضائي بإمكانه إيجاد انسجام مطلق، بين العقد والواقع الاقتصادي، يرضي كل الأطراف. فأين نحن من ضمان العمل واستقراره وديمومته؟ وأين نحن من رغبة المشرع في مجال العقود؟ وكيف يمكن تكييف العقود ولصالح من؟ لعلها أسئلة كثيرة تتولد عند التطرق إلى الموضوع بدقة أكبر، لأن لذلك علاقة عند النزاع بالتعويضات المستحقة عن الإنهاء التعسفي للعقد. ولعل الإحاطة أكثر ما يمكن بالاجتهادات القضائية وبالأراء الفقهية ما يقربنا إلى تكييف العقد ومعرفة آثاره للأخذ بالعقد غير محدد المدة أو محدد المدة.

إننا نتساءل باستمرار عن العقد الأفيد لكل من العامل وصاحب العمل. هل العقد محدد المدة لما يوليه من اطمئنان للطرفين خلال المدة التي ينفذ فيها؟ أم غير محدد المدة لما يضمنه من استقرار للعمل لفترة ينبغي أن تصل أساساً إلى سن التقاعد؟ أم أن السيف مسلط باستمرار على رقاب العمال من جراء السلطة التأديبية لصاحب العمل أو لسلطته التدييرية عند ما يتعلق الأمر باستغناء عن العامل أو العمال أو بعضهم نتيجة الأزمة الاقتصادية؟

إن هذه الأسئلة وأخرى تقودنا إلى:

١- إن مدونة الشغل المغربية لم تأت بالحلول الجوهرية لمجال يعتبر من أعقد المواد، وهو مجال عقد الشغل محدد وغير محدد المدة، وهو أمر لاحظناه في العديد من القوانين، بما فيها القانون الإماراتي رقم ٨ لسنة ١٩٨٠ المتعلق بتنظيم علاقات العمل الإماراتي الاتحادي، الذي أشار في مادته الأولى والمادة ٢٨ وما يليها إلى العقدين، علماً بأن النزاع ينطلق عند توقف العقد، ولتخلف المصطلحات عندئذ بين إنهاء وفسخ وطرده وفصل، ليكون على القضاء آنذاك تحديد صنف العقد.

٢- إن التشريعات بصفة عامة لم تبرز العناصر المميزة لكل من العقدين، اقتناعاً منها بعدم الرغبة في الغوص في مجال معقد جداً، مما يجعلها ملتجئة إلى الاستغاثة بالقضاء ليقوم هذا الأخير بتحديد المفاهيم الإطارية من منطلق الواقع. ومن نافلة القول أن ذلك يقتضي تحليل مقاربتين لنظامين يتعلقان بإنهاء عقد محدد المدة وغير محدد المدة، كل على حدة، مع ما يستوجب أخذه بعين الاعتبار عند دراسة نظام قانوني موحد لقواعد مرتبطة بالعقدين معاً.

٣- لقد برز في مدونة الشغل المغربية وفي القانون الإماراتي لعلاقات العمل أن الاهتمام انصب على العقد غير محدد المدة، فالقانون المغربي يجسد قناعة المشرع بالانتقاد الموجه إلى الأفكار التي أمنت بالمساواة في

الإرادتين، وأصبحنا نرى في المادة ١٦ من مدونة الشغل أن المبدأ هو أن عقد الشغل عقد غير محدد المدة، وهي تؤمن بإبعاد حرية الإرادة كلما تبين لها بأن الآثار السلبية للإنهاء تتعارض مع ضمان الشغل. وهذا أمر لا يوجد في القانون الإماراتي، الذي يكاد يساوي بين العقدین، عندما يتعلق الأمر بآثار الإنهاء، ولا سيما في مجال التعويض عن فسخ العقد أو الفصل.^(١)

٤- إن التقليل من حق صاحب العمل في الإنهاء بالإرادة المنفردة، من منطلق إلزامه بأداء تعويض خاص أو إضافي عما هو مقرر للفصل دون مبرر، أي دون ارتكاب العامل لأي خطأ من الأخطاء الجسيمة الواردة في المادة ١٢٠ من القانون الإماراتي رقم ٨ لسنة ١٩٨٠ أو المادتين ٣٩ و ٤٠ من مدونة الشغل المغربية حيث وردت الأخطاء الجسيمة على سبيل المثال، يجعل التعويض يحل عادة في سياق الشرط الجزائي،^(٢) والذي يمكن أن يبدل من طرف القاضي، الذي يأخذ بعين الاعتبار الإفراط في تقدير مبلغ التعويض المضاف مقارنة مع الضرر الحاصل فعلاً، فمبلغ التعويض لا ينبغي أن يصل إلى الحد الذي يمنع صاحب العمل عملياً من فصل العامل،^(٣) وبالمقابل ينبغي على القاضي عند مراقبة هذا الإفراط أن يأخذ بعين الاعتبار الأهمية التي يجسدها العامل المؤهل بالنسبة للمنشأة. وهنا نلاحظ بأن القانون الإماراتي كان متسماً بمنطق أكبر، لأنه حدد في المادة ١١٥ المتعلقة بفسخ العقد محدد المدة مبلغ التعويض، الذي لا ينبغي أن يتجاوز بأي حال مجموع الأجر المستحق عن مدة ثلاثة أشهر أو المدة الباقية من العقد أيهما أقصر، وذلك كله ما لم يوجد نص في العقد يقضي بغير ذلك. وفي المادة ١٢٣ المتعلقة بفصل العامل تعسفياً في العقد غير محدد المدة، حيث تحكم المحكمة على صاحب العمل بدفع تعويض للعامل، وتقدر المحكمة هذا التعويض بمراعاة نوع العمل ومقدار الضرر الذي لحق بالعامل ومدة خدمته، ويشترط في جميع الأحوال ألا يزيد مبلغ التعويض على أجر العامل لمدة ثلاثة أشهر تحسب على أساس آخر أجر كان يستحقه.

وإذا كنا أمام مادتين واضحتين مبدئياً في صياغتهما، فإن ما ورد في المادة ١١٥ بذكر... وذلك كله ما لم يوجد نص في العقد يقضي بغير ذلك» وهو أمر لم يرد في المادة ١٢٣، يجعلنا نؤكد بأن قوانين العمل بصفة عامة في مختلف الدول وردت لصالح العمال، وبالتالي فإن أي شرط في العقد ينبغي أن يكون لصالح العامل، الذي بإمكانه أن يشترط تعويضاً يفوق الثلاثة أشهر، وهو توجه لا نرى استبعاده كذلك في العقد غير محدد المدة، وذلك في سياق القواعد العامة لقانون العمل.

(١) المادتان ١١٥ و ١٢٣ من قانون رقم ٨ لسنة ١٩٨٠ بتنظيم علاقات العمل الإماراتي الاتحادي.

(٢) Gaudu. Vatinet. Les contrats de travail. P. ٣٢٤

(٣) Bull. Civ. No ٦٣. ١٩٨٦ novembre ٢٧. Cass. Soc (٣) ١٩٩١ octobre ٣٠.

أولاً: الهدف من العقود محددة المدة

نلمس من الناحية العملية أن عدة أنواع من العمل في إطار العقد محدد المدة، قد عرفت انتشاراً ملحوظاً داخل المنشآت بصفة عامة، ولا سيما الصغيرة، وهي تبرز أحياناً كعنصر أساسي للمرونة التي يطالب بها بعض أصحاب العمل من جهة، ويمكن أن تعتبر وسيلة لإدماج عدة أصناف من الأشخاص، يوجدون في عسر أمام سوق العمل من جهة أخرى.^(٤) كما نلمس من دراسة مختلف النصوص القانونية في الموضوع، أن العقود محددة المدة قد وضعت أساساً لتكملة العقود غير محددة المدة، فشرعية الأولى تكمن في تغطية العمل المؤقت، أو بعبارة أوضح فإن اللجوء إلى العقد محدد المدة ينبغي أن يكون ملازماً للعمل المؤقت، وهذا ما يجر القضاء عند النزاع إلى مراقبة العقد محدد المدة بصفة دقيقة. فرغم كون هذا الخير يساهم في العمل المؤقت فقط، فإنه يوفر أحياناً مناصب عمل دائمة، وذلك عند تنقل العامل من عمل مؤقت إلى آخر، وهذا ما يقتضي تفهم أطراف علاقات العمل لمزايا هذه العقود، التي ينبغي أن تستثمر بحسن نية. فالتشدد في الابتعاد عن العقود محددة المدة، قد يعمل على عدم تشجيع أصحاب العمل على الاستخدام المحدود، رغم إمكانية المنشأة في استيعاب هذا النوع من العقود.^(٥) وبذلك نرى بأن القانون الإماراتي قد راعى هذا الجانب، لا سيما عند تركيزه، في المادة الأولى من القانون رقم ٨ لسنة ١٩٨٠، على طبيعة العمل عند تعريفه للعمل المؤقت.

بالطبع، إننا نؤمن بأن الاستقرار في العمل هو أفضل من عدم الاستقرار. لكن، كيفما كان الحال، فالعقد محدد المدة حل جزئي، ينسجم بالخصوص مع أعمال يفترض بأنه لا يمكن أن تكون إلا مؤقتة بطبيعتها، فاللجوء إليه يعتبر إعانة استثنائية، ينبغي أن تلتجئ إليها المنشأة في إطار العمل المؤقت، أو الأعمال التي تكمل عمل العمال القارين بالمنشأة، عندما يتعلق الأمر بتعويض عامل، أو إضافة وقتية ضرورية.^(٦)

ثانياً: عقد العمل لإنجاز عمل معين

لئن كان عقد العمل المبرم لإنجاز عمل معين قد يأخذ فترة تتجاوز السنة أحياناً أو تقل، وقد تكون محددة زمنياً لدى صاحب العمل وقد لا تكون كذلك، حيث إن صفة العقد تنتهي بانتهاء العمل المتفق بشأنه، كما هو الشأن بالنسبة للعقد المبرم من أجل ورش أو بناء عمارة أو مصنع الذي قد يكتسي طابع المدة غير الدقيقة، أي

(4) Mireille Elbaum. Petits boulots stage, emplois précaires. Quelle flexibilité pour quelle insertion? DS Avril 1988. P311

(5) Jean-Jacques DUPEYROUX. le droit du travail. la crise. les contrats de travail à durée déterminée. DS. Sept. oct. 1980. P6

(6) Antoine Lyon-Caen. le recours au travail à durée déterminée. DS. Janvier 1983. P6

لإنجاز عمل معين لا أحد من الطرفين يستطيع أن يحدد بصفة قطعية تاريخ الإنهاء.^(٧) فنحن أمام «مهمة» أو «عقد مشروع»^(٨) في حين أن الأمر يختلف في العقد محدد المدة بصفة مطلقة، والذي يقتضي نوعاً من الدقة الكبيرة.

وبذلك فإنه ينبغي اعتبار الأهم في عقد العمل لإنجاز عمل معين، هو أن مدة تنفيذ التزامات الطرفين قائمة في ذهنهما رغم كون تاريخ الإنهاء غير معروف مسبقاً أو لا يمكن تحديده بصفة دقيقة. فالأمثلة كثيرة. ولهذا فإن عقد العمل من أجل عمل معين شبيه بعقد عمل محدد لتاريخ البداية والنهاية، إلا أنهما يتميزان بكون الأول يتحدد انتهائه بانتهاء العمل، في حين أن الآخر ينتهي بانتهاء الفترة المتفق عليها.

وفي هذا السياق فقد نص القانون الإماراتي رقم ٨ لسنة ١٩٨٠ على هذا النوع من العقود في المادة الأولى منه، التي عرفت العمل المؤقت بأنه هو العمل الذي تقتضي طبيعته تنفيذه أو إنجازه مدة محددة، والفقرة الأولى من المادة ١٦ من مدونة الشغل المغربية: «يبرم عقد الشغل لمدة غير محددة، أو لمدة محددة، أو لإنجاز شغل معين». والواقع أننا نجد أنفسنا من خلال هاتين المادتين أمام أمثلة منها:

١- ازدياد نشاط المنشأة بكيفية مؤقتة

إنه أحد الحالات التي يمكن أن يعتمد عليها صاحب العمل في إطار عقد العمل محدد المدة، ذلك أن المنشأة قد تتعاطى إحدى الأنشطة التي تتميز بفترات الطلب على السلع، وقد يكون ذلك بصفة اعتيادية، وقد يكون بصفة غير اعتيادية، ولتحس المنشأة بأن نشاطها يزداد بكيفية مؤقتة، فتضطر إلى استخدام عمال لمدة محددة تنتهي بانتهاء ازدياد النشاط غير العادي.

والواقع أنه إذا كنا أمام مبدأ ازدياد نشاط المنشأة بكيفية مؤقتة كمرونة لصالح صاحب العمل، فإن هذا المبدأ ينبغي أن يستعمل من طرف هذا الأخير بنية حسنة ودون تحايل، أي الاقتصاد فيه على المدة التي ازداد فيها نشاط المنشأة بصفة غير اعتيادية ولمدة معقولة، وينبغي على القضاء أن يأخذها بعين الاعتبار تبعاً لنشاط كل منشأة على حدة.

(7) G. Poulain. La distinction des contrats à durée déterminée et indéterminée. P 27

(8) Claude Roy-Loustannau. Quel Avenir pour le contrat de chantier? DS.Mars 2001. P239

٢- الطبيعة الموسمية للعمل

لئن حصر المشرع في المادة ١٦ من مدونة الشغل المغربية، بشأن العقد محدد المدة حالة إبرام عقد العمل عندما يتسم العمل بالطبيعة الموسمية،^(٩) فإن المشرع الإماراتي لم يشير إلى ذلك بصفة صريحة، ونحن نعتقد جازمين بأنه يمكن إدراج العمل الموسمي ضمن العمل المؤقت المشار إليه في المادة الأولى من القانون رقم ٨ لسنة ١٩٨٠، ولا سيما عند ما ركز على طبيعة العمل.

والواقع أنه يصعب تحديد فترة الموسم أحياناً بصفة دقيقة، ولهذا فإن عقود العمل المبرمة لفترة سنة دراسية أو جامعية لا يمكن أن تعتبر عقوداً موسمية.^(١٠) بالطبع، إن تحديدها بصيغة يقينية قد يبعد النزاع، كما أن تنظيم الموسم وفق أعراف معينة ومعروفة، قد يساعد القاضي على الحسم في تحديد فترة الموسم، فعقد العمل من أجل موسم معين يعتبر عقداً محدد المدة، وهو ما يتضح من خلال قرار محكمة الاستئناف بمدينة الجديدة بالمغرب، فالعامل كان يعمل غطاساً في البحر من أجل جمع الطحالب ولفترة معينة مرخص بها من طرف مندوب الصيد البحري، فالمحكمة استخلصت أن العمل موسمي من خلال بطاقة العمل التي تحمل عبارة موسمي، وأن مهنة الغطاس لجني الطحالب تكون خلال المدة المرخص بها من طرف السلطات المختصة.^(١١) على أن ادعاء الاستمرارية من طرف العامل يجعل

هذا الأخير هو المكلف بإثبات استمراريته في العمل،^(١٢) ويمكن للمحكمة في هذه الحالة أن تنظر إلى طبيعة العمل، الذي قد تتبين منه أن المنشأة منتجة لسلع تغطي كل المواسم ولمختلف الاستعمالات، وأن المنشأة تبعاً لذلك لا تقتصر على عمل موسمي.^(١٣) وفي هذا الإطار صدر قرار المجلس الأعلى بالمغرب عدد ٢٠٠٤/١٣٥ الذي اعتبر أن الأجير الذي يشتغل في الحرث وجني الزيتون والحصاد وتنقية الأشجار وقيادة الجرار وهو المسير للضيعة لا يعتبر عمله عملاً موسمياً نظراً لطبيعة العمل الذي يقوم به،^(١٤) وهو بذلك يسير في نفس اتجاه القضاء الفرنسي الذي اعتبر بأن العامل الذي يعمل في مقالة موسمية خلال كل فترات أنشطتها، مرتبطاً بعقد عمل غير محدد المدة.^(١٥)

(٩) سعيد البوشناوي عز، عقد الشغل المحدد المدة في ضوء القانون المغربي والمقارن، صفحة ٨٥. مطبعة النجاح الجديدة، ٢٠٠٥.

(10) Cass.Soc. 16 janvier 1992.DS.mars 1992. P265

(١١) قرار عدد ٢٧٧، صادر عن الغرفة الاجتماعية بمحكمة الاستئناف بالجديدة بتاريخ ٢٠٠٤/١١/٨ ملف عدد ٢٠٠٤/٢/١٦٧. بشري العلوي، الفصل التعسفي للأجير على ضوء العمل القضائي، صفحة ٥٢.

(١٢) قرار عدد ٢٦٠ صادر عن الغرفة الاجتماعية بالمجلس الأعلى بتاريخ ٩٧/١١/١٩ في الملف عدد ٩٧/٧٥٢. بشري العلوي، الفصل التعسفي للأجير على ضوء العمل القضائي، صفحة ٥٣.

(13) Cass. Soc. 26 octobre 1999, obs. Claude Roy-Loustannau. DS. mars 2000. P341

(١٤) قرار عدد ١٣٥، صادر عن الغرفة الاجتماعية للمجلس الأعلى بتاريخ ٢٠٠٥/٢/٩، ملف ٢٠٠٤/١٠٥١، بشري العلوي، الفصل التعسفي للأجير على ضوء العمل القضائي، صفحة ٥٣.

(15) Cass.Soc. 2 février 1994. DS. Avril 1994. p372

إن العقد المبرم لموسم معين يمثل فترة محددة، تتكرر تبعاً لدورة عادية للعمل، ناتجة عن عرف معلوم من قبل المحترفين بالقطاع المعين، وأحياناً عن وقائع طبيعية تظهر صفة العمل الموسمي، فتهاطل الأمطار في منطقة معينة، ووجود الأوحال قد تكون إحدى القرائن للقول بموسمية العمل.^(١٦) وفي مثل هذه الحالات ما يقتضي النظر في العمل وظروفه بواقعية مرنة، إذ قد يعتبر موسمياً رغم انتهاء الموسم، مادام الامتداد لصيقاً بالعمل الأصلي، أو بعبارة أخرى مادامت طبيعة العمل تقتضي ذلك. ولقد ذهبت المحكمة الابتدائية بالقنيطرة بالمغرب في هذا الاتجاه، ذاكراً أن المشرع يعتبر أن العامل المؤقت هو كل من يعمل لتعويض عامل آخر أو للقيام بعمل موسمي، وأن المشرع لم يمنع صاحب العمل من اتباع القواعد العامة لإثبات الموسمية وإن اشتغل العامل مدة الستة أشهر.^(١٧)

ثالثاً: المميزات المستخرجة لتحديد صنف العقد

عند مراجعة القرارات الصادرة عن المجلس الأعلى بالمغرب في مجال التمييز بين العقد محدد وغير محدد المدة، لا نجد تعريفاً أو تحديداً لقرار مبدئي، سواء بالنسبة للعقد محدد أو غير محدد المدة، ولا نخفي بأن التمييز بينهما يثير صعوبات كثيرة في المجال العملي، لأن الطرفين لا يبرزان دائماً بوضوح إرادتهما، علماً بأن الغموض يصبح أكثر عند إبرام العقد بصفة شفوية، حيث يضاف إلى ذلك الغموض كثرة الأعراف التي تحيط عادة بالأصناف المتعددة لأعمال كثيرة ومتنوعة، وهي أعراف قد تساعد القضاء أكثر من انعدامها، لأن غيابها يستوجب من القضاء تأويل إرادة المتعاقدين تبعاً للظروف المحيطة بسبب العقد.

أ- الأجل الأكيد

قد لا يثار أي إشكال عندما يعبر الطرفان عن إرادتهما لإبراز تاريخ مؤكد، كإحلال عاملة محل أخرى لتعويضها لفترة الولادة أو إحلال عامل لآخر خلال فترة مرضه الطويلة الأمد، لأن ذلك يبرز أن مدة الإحلال محدد ومؤكدة ولا تترك أي شك في ذهن المتعاقدين، وهنا لا ينبغي حشر أي لفظة في العقد تثير اللبس في صنف العقد. وهذا يقتضي أن الأجل الأكيد يتجسد في عنصرين أساسيين وهما وعي كل واحد من التعاقدتين بأن العقد مؤقت ومدد في الزمن من جهة، وأن يكون على علم بتاريخ انتهاء العلاقة الشغلية من جهة أخرى.

(١٦) نأخذ من وقائع قرار محكمة الاستئناف بالرباط عدد ٩٥٩٥/٨٩ بتاريخ ١٩٩١/١/٨، غير منشور، ما يلي: وحيث عقب المستأنف ... ذاكراً أن العمل الذي كان يؤديه المستأنف عليه كان موسمياً ينتهي بحلول فصل الشتاء ولا يعود إلا بعد فصل الربيع نظراً لتهاطل الأمطار ووجود الأوحال بالأسواق ...

(١٧) وهي المدة التي كانت تميز بين الموسمي والقار في ظل القانون السابق، حكم المحكمة الابتدائية بالقنيطرة بتاريخ ١٠ فبراير ١٩٩٩ في الملف الاجتماعي عدد ٩٧/٢٩٦، الإشعاع، العدد ٢٠، السنة الحادية عشرة، دجنبر ١٩٩٩، صفحة ٢٠١، وعبد اللطيف خالفي، الاجتهاد القضائي في المادة الاجتماعية، صفحة ١٠٣.

٢- الأجل غير الأكيد

أوردت الفقرة الأولى من المادة ١٦ من مدونة الشغل بأن عقد الشغل يبرم لمدة محددة، أو لإنجاز عمل معين . وتقابلها المادة الأولى من القانون الإماراتي رقم ٨ لسنة ١٩٨٠ التي تحدثت عن عقد العمل محدد المدة وعن العمل المؤقت من خلال إنجازها، فهذه الفقرة تضع العقد محدد المدة الذي يتجسد عادة في تاريخ محدد بجانب العقد المبرم لإنجاز عمل معين، والذي لا يتصف بنفس الصفات، لأنه لا يخضع عند إبرامه لتاريخ معين، ولكن يخضع إلى علم مسبق لدى طرفي العقد بأنه ينتهي في فترة معينة . فالاشتغال من أجل إنجاز عمل معين، هو اشتغال لعقد محدد المدة أو بعبارة أوضح عقد مؤقت قد لا يستطيع أي أحد من طرفي العقد الجزم بأجله بصفة أكيدة، ولعلنا نلاحظ ذلك في مجال البناء بصفة عامة، أو تشييد الطرقات ... إلخ، وفي مجال العروض بصفة عامة من مسرح وسينما، حيث من الصعب معرفة أجل الانتهاء بصفة أكيدة من هذه العروض المسرحية أو التصوير السينمائي .

رابعاً : التحول الفعلي للعقد

يتجسد التحول الفعلي للعقد في إمكانية استمرار الطرفين في تنفيذ التزاماتهما المتبادلة، رغم كون الأعمال الواردة بطبيعتها مؤقتة، إذ يمكننا أن نتصور بأن نية التحديد قائمة لدى الطرفين رغم رجوع العامل الأصلي الذي توقف عقده مؤقتاً إلى عمله، أو عاد نشاط المنشأة إلى مستواه العادي بعد أن تم استخدام العامل أساساً بسبب ازدياد نشاط المنشأة بكيفية مؤقتة، فهنا لسنا في الواقع أمام التجديد الضمني للعقد، ولكننا أمام تحول العقد من محدد إلى غير محدد المدة، لأننا لم نكن أمام إنشاء عقد جديد، ولكن أمام أثر مهم يتجسد في الاحتفاظ بالعلاقة العقدية بالتحول إلى صنف العقود غير المحددة المدة، في حين أن التجديد لا يمكن أن نتصوره مبدئياً إلا في المادة ١٧ من مدونة الشغل المغربية عندما نصت على إمكانية إبرام عقد الشغل محدد لمدة أقصاها سنة قابلة للتجديد مرة واحدة، وذلك بالطبع مع احترام الشروط الأخرى، وهو المبدأ الذي أودرته المادة ٣٨ من القانون الإماراتي، عندما نصت على أن العقد إذا كان محدد المدة وجب ألا تتجاوز مدته أربع سنوات، ويجوز باتفاق الطرفين تجديد هذا العقد لمدة أخرى مماثلة أو لمدة أقل مرة واحدة أو أكثر .

وإذا كان المشرع المغربي قد أحسن صنعا عندما وضع حداً للتساؤل التالي : هل العقد محدد المدة يجدد، في حالة سكوت الطرفين بصفة تلقائية لنفس المدة، أم أنه ينقلب إلى عقد غير محدد المدة، إذ لم يعد هذا التساؤل ذي موضوع،^(١٨) فكلما استمر الطرفان في تنفيذ العقد، إلا واعتبر ذلك تجديداً ضمناً لعقد غير محدد المدة،

(١٨) ثار الجدل قديماً بين الفقهاء، فهناك من اعتبر العقد للمحدد المدة يجدد في حالة السكوت إلى نفس المدة، وأيد هذا الرأي الفقيه بلانيول، -un Galland. Droit du travail.p٨٠، حسن كيرة، أصول قانون العمل، عقد العمل، صفحة ٧٤٢. الاسكندرية، الطبعة الثالثة ١٩٧٩.

وليس تجديداً لنفس المدة، وبالتالي فإن كل إنهاء للعقد، يجب أن يخضع للقواعد العامة المتعلقة بإنهاء العقود غير المحددة المدة، خصوصاً ما يتعلق منها بتبرير الإنهاء. فإن المشرع الإماراتي كان واضحاً في هذه السياق، وذلك بوضعه شرطين اثنين في الفقرتين الثالثة والرابعة من المادة ٣٩ من القانون رقم ٨ لسنة ١٩٨٠، وذلك بذكر «يعتبر عقد العمل غير محدد المدة ... ٣- إذا كان مكتوباً أو مبرماً لمدة محددة، واستمر الطرفان في تنفيذه بعد انقضاء مدته دون اتفاق كتابي بينهما ٤- إذا كان مبرماً لأداء عمل معين غير محدد المدة أو قابل بطبيعته لأن يتجدد واستمر العقد بعد انتهاء العمل المتفق عليه».

خامساً : معيار التفرقة بين العقود محددة المدة وغير محددة المدة :

يتم التطرق إلى مفهوم العمل عادة في التشريعات العمالية بصفة مجردة، مع أنه يتضمن تنوعاً في أشكاله، عمل دائم، مؤقت، قار، لوقت جزئي ... إلخ^(١٩)، وهذا ما يطرح إشكالية تحديد العمل الذي يشغله العامل^(٢٠) والحماية التي تطال فئات معينة من العمال^(٢١) ولئن كان الفارق بين العقدين محدد وغير محدد المدة، لا يتضمن عدة قواعد جوهرية لكل منهما، باعتبار أن تنظيم العمل وتنفيذه يتمان بنفس الطريقة في كلا العقدين، وطريقة أداء الأجر ليس فيها أي اختلاف كذلك، إلا أن الخلاف يبقى واضحاً عند إنهاء العقد، حيث تتبلور أهمية العقدين، وحيث تصبح لآثار إنهاء العقد أهمية كبرى .

من هذه الانطلاقة تأتي الصعوبة أحياناً من الناحية العملية لتحديد نوع العقد، فقد يشير هذا الأخير إلى أمر في المستقبل، يصعب تحديد تاريخه بدقة، وتكون آثاره، في حالة النزاع، تشبث كل من الطرفين بما يفيد ادعائه. وإذا كان الطرف الذي يدعي تحديد مدة العقد ملزم بإثبات ادعائه^(٢٢) فرغم إمكانية الإثبات، فإن العقد قد لا يكون ضمن صنف العقود غير محددة المدة، فاشتغال المسرحي لفترة غير متوقعة تختلف تبعاً لمدة عرض المسرحية^(٢٣) والعمل في ورش من أجل عمل معين، ثم تكرار هذه الأعمال، قد تؤدي إلى خلق نزاع من حيث الوصف .

(19) François Gaudu. Les notions d'emploi en droit.DS.Juin 1996.p569

(20) Louis Mallet et Marie-Laure Morin. La détermination de l'emploi occupé. DS.Juillet-août 1996. P660

(21)Antoin Lyon-Caen. Le maintien de l'emploi.DS.Juillet-août 1996. P655

(22) Cass.Soc.4 juillet 1943. Camerlynck.contrat du travail. P448

(23) Ollier. Droit du travail. P159. Camerlynck.Le contrat du travail. P450. Dalloz 1968

عند النزاع، فإن الأمر يقتضي معرفة إرادة الطرفين الصريحة، وعند انعدامها التأكد من المدة، والنظر فيما يفيد اتفاق الطرفين حول وصف العقد، مع معرفة طبيعة العمل وظروفه،^(٢٤) والاستعانة بالعرف، قصد تحديد نوع العقد، إذ الصفة القانونية للعقد تستمد تكييفها من الطبيعة الذاتية لا من التكييف المعطى لها من الطرفين.^(٢٥) ولهذا فإذا كان العقد ينص على المدة المحددة، فإن للقاضي، تبعاً للظروف ونية الطرفين أن يستنتج عكس ذلك.^(٢٦)

سادساً: خصائص التمييز بين العقد محدد المدة وغير محدد المدة

إن مدونة الشغل المغربية لم تحل إشكالية التمييز بين العقد محدد وغير محدد المدة، وهو أمر لاحظناه كذلك في القانون الإماراتي، علماً بأن الآثار الناتجة عن إنهاء كل من العقدين تعتبر ذات أهمية قصوى، لأن الأمر في النهاية يتعلق بالتعويضات المستحقة في العقد غير محدد المدة من عدمها في العقد محدد المدة عند حلول أجله، وإن كان هذا الأمر لا يتخذ فارقاً كبيراً في القانون الإماراتي، والنزاع في هذه الحالة ينبع من الوصف الذي سيعطيه صاحب العمل للعقد عند الإنهاء، وليس عند تنفيذ العقد، لأن التنفيذ وطريقته والحقوق والواجبات المتولدة عنه لا تتغير في العقدين معاً.

رغم اعتداد المشرع بالصعوبة التي تطل وصف العقد محدد أو غير محدد المدة، ووضعه لمبادئ تهدف تحديد إطارات معينة من خلال المادتين ١٦ و ١٧ من مدونة الشغل المغربية أو المواد ١ و ٣٨ و ٣٩ و ٤٠ من القانون الإماراتي رقم ٨ لسنة ١٩٨٠، إلا أن الأمر ليس بالسهل في جميع الحالات، بل إننا أحياناً أمام تعقيدات يصعب إيجاد حل واضح لكل حالاتها، ولهذا فإن أي تحايل على هذا الصنف من العقود أو ذاك يستوجب من القاضي أن يبحث أكثر ما يمكن في حماية المنشأة، باعتبار أن التوجه العام للتشريعات هو الأخذ بعين الاعتبار المنشأة عوض العامل أو صاحب العمل، لأنها مصدر من مصادر الثراء وإيجاد مناصب عمل جديدة، الشيء الذي يصبح معه ملزمين بتكييف العقد وإعطائه الوصف الحقيقي، من خلال العمل القضائي، وذلك عند غياب نصوص قانونية دقيقة تميز بين العقدين في العديد من الحالات، وفي غياب أي تعريف فقهي، إذ أن الباحث لن يجد تعريفاً دقيقاً للعقد محدد المدة، أو على الأقل الخصائص التي بإمكانها أن تسمح بالتمييز بين العقدين.^(٢٧)

(24) Durand-Vitu. T. de droit du travail. Tome 2. P310

(25) حكم المحكمة الابتدائية بالرباط بتاريخ ١١ يونيو ١٩٨٢. راجع هامش الفقرة ٢٣٢.

(26) المحكمة الابتدائية بالدار البيضاء بتاريخ ٤ أبريل ١٩٥٧. G.T.M. ٢٥ أكتوبر ١٩٥٧، عدد ١٢١٧.

(27) G. poulain. La distinction des contrats de travail à durée déterminée et indéterminée. P11

سابعاً : دور سلطات القاضي في تكييف العقد

يذهب القضاء إلى وضع مشكل التمييز بين العقدين في إطار التكييف،^(٢٨) وهنا ينبغي التمييز بين التأويل والتكييف، فالتأويل هو البحث عما أراده الطرفان، والتكييف هو تحديد الفئة القانونية التي ينتمي إليها العقد لاستخلاص الآثار المرتبطة بها قانوناً، وذلك بعد أن تتبين الالتزامات التي أراد الطرفان إنشاءها،^(٢٩) أي البحث عن القاعدة القانونية التي ينبغي تطبيقها على الوقائع التي حدثت، أو بعبارة أخرى البحث عن التعريف بالمفهوم الذي يغطيه.^(٣٠) وبذلك يكون تكييف الوقائع خاضعاً لرقابة المحكمة العليا (محكمة النقض، أو محكمة التمييز) كمبدأ،^(٣١) ففي كل نزاع يكون على قاضي الموضوع أن يستخلص الوقائع التي أثبتتها الخصوم أمامه، ثم يبحث عن القاعدة القانونية التي يتفق فرضها مع هذه الوقائع. ويكون التكييف صحيحاً إذا حصل التطابق التام بين وقائع النزاع والغرض الذي تحكمه القاعدة القانونية، فالوصف الذي يتمسك به طرفا النزاع أو يتفقان عليه، لا يقيد قاضي الموضوع، الذي عليه أن يبحث عن التكييف القانوني الصحيح للعقد،^(٣٢) إذ أن مجموع العناصر المضمنة في الاتفاق أو العقد هي التي تكون الواقع، حيث يعتبر التكييف نتيجة قانونية .

إن صعوبة عمل القاضي تأتي أساساً من كون عقد العمل عقد رضائي، وإمكانه أن يكون شفويًا، وقد ورد ذلك واضحاً في المادة ١٨ من مدونة الشغل المغربية عندما نصت على أنه «يمكن إثبات عقد الشغل بجميع وسائل الإثبات . وإذا كان عقد الشغل ثابتاً بالكتابة أعفي من رسوم التسجيل» وبالمعنى المعاكس قد يكون شفويًا ويخضع لجميع وسائل الإثبات، ولقد سار القانون الإماراتي في نفس الاتجاه وبصفة أوضح، عندما نصت المادة ٣٥ : «... وإذا لم يوجد عقد مكتوب جاز إثبات كافة شروطه بجميع طرق الإثبات القانونية.» فنحن نلاحظ عملياً بأنه رغم وجود العقد الكتابي فإن ذلك لا يعني التنصيص على المدة أو طبيعة العمل في جميع العقود الكتابية، الشيء الذي يكون معه القاضي، عند سكوت الطرفين، أمام ضرورة تحديد إرادتهما، أي أمام ضرورة تحديد صنف العقد، لأن لذلك علاقة بالنظام القانوني الواجب التطبيق، وعند وجود الغموض فإننا نعود إلى مضمون المادتين ١٦ و ١٧ من مدونة الشغل للاستعانة بهما بشأن تطبيق العقد بصفة مطلقة أو نسبية،

(28)Poulain. La distinction des contrats de travail à durée déterminée et indéterminée. P13.

(29)Alex Weill et François Terré. Droit civil.Les obligations.Dalloz.3emcéd. P414

(30)Serge. Frossard. Les qualifications juridiques en droit du travail. P11. L.G.D.J 2000

(31)Jacques Boré. La cassation en matière civile. Dalloz. 1997. P344.No1446.

محمد الكشور، رقابة المجلس الأعلى على محاكم الموضوع في المادة المدنية، صفحة ٣٢٠، مصطفى كيرة، النقض المدني، مطابع الهيئة المصرية العامة للكتاب، ١٩٩٢، صفحة ٤١٤.

(٣٢) محمد الكشور، رقابة المجلس الأعلى على محاكم الموضوع في المادة المدنية، الصفحتان ٣٢١ و ٣٢٢. مطبعة النجاح الجديدة ٢٠٠١.

وبالتالي ترجيح صنف من العقود على آخر. ونعتقد بأن المشرع الإماراتي حسم الأمر بنص قانوني واضح، وهو الفقرة الأولى من المادة ٣٩: «يعتبر عقد العمل غير محدد المدة منذ بدء تكوينه في أي من الحالات الآتية: ١- إذا كان غير مكتوب». فكل عقد عمل غير مكتوب فهو بقوة القانون عقد غير محدد المدة.

١ - تموقع القضاء في تأويل الإرادة

يثار النزاع بشأن العقد محدد أو غير محدد المدة عند إنهاء علاقات العمل، لنتساءل عن موقع القضاء بشأن تأويل الإرادة، هل ينبغي البحث عنها عند إبرام العقد أم عند إنهائه. بالطبع عندما يعرض النزاع فإن الطرف المثبت لمضمون العقد، سيدلي بهذا الأخير لإبراز الإرادة التي يستند إليها في تبرير موقفه، في حين أن الطرف الآخر سيدخل عناصر أخرى واقعية أو قانونية لتبرير العكس.

إن الدفوعات المثارة من الطرفين لا شك أنها تؤدي عادة إلى تعقيدات كبيرة، وهي لا تسمح بالقول منذ الوهلة الأولى بأن العقد محدد أو غير محدد المدة، ولهذا فإن القاضي مجبر بالاعتماد على البحث في الوقائع الواردة بعد إبرام العقد، لأنها هي التي تجسد الآثار الحقيقية للعقد. ولهذا فإن استخراج صفة العقد تقتضي من القاضي أن يتموقع عند فترة الإنهاء، أي عند توقف علاقات العمل^(٣٣)، ذلك أن الاعتبارات الواقعية اللاحقة لإبرام العقد هي التي تساعد على تأويل إرادة الطرفين عند إبرام العقد المشكوك في صفته،^(٣٤) علماً بأن من الفقهاء من يطالب بالعكس، أي أن يتموقع القاضي بالنسبة لطبيعة العقد، عند إبرام هذا الأخير وليس عند انتهائه.

٢- أثر العمل القضائي في التمييز بين العقد محدد وغير محدد المدة

لم يعد المشرع يحتكر التطور الحاصل في مجال العقود محددة وغير محددة المدة، إذ أصبح القضاء يلعب دوراً هاماً في تكييف القواعد القانونية القائمة على الحالات المعاشة، وأصبح من المألوف أن نعرف دور الاجتهاد، سواء في تصحيح الأوضاع القانونية المتجددة، أو الذهاب إلى ما وراء نية المشرع.^(٣٥) وفي موضوعنا هذا فإن القضاء قد أعاد تكييف بعض العقود محددة المدة، وذلك بإبطالها، مع إعطائها الآثار المرتبطة بالعقود غير محددة المدة، وهو اتجاه لا يختلف مع الفكرة التي تقوم على تحول العقد الباطل، الذي يعتبر صحيحاً عند توفره على الشروط الواجبة، التي تتكيف من جديد مع عقد آخر.^(٣٦)

(33)Poulain. La distinction du contrat du travail à durée déterminée et indéterminée. P 20

(34)Camerlynck.le contrat de travail. P53. Dalloz 1968

(35)Guy. POULAIN. les tendances récentes de la jurisprudence en matière de détermination de la durée du contrat de travail contemporain. études offertes à G.H. Camerlynck. Dalloz 1978. P64

(36)Jacques GHESTIN.T. de droit civil. les obligations. le contrat. L.G.D.J 1980. P743

لقد تطرق القضاء أساساً إلى تفسير العقود وتكييفها، انطلاقاً من القواعد المدنية، التي تترك الإرادة الصريحة كافية لتجسيد الرغبة في تحديد صفة العقد، وحيث أُلْفاظ العقد الصريحة تمنع البحث عن قصد صاحبها .

ثامناً : نحو عقد يستمد صفته من طبيعة العمل^(٣٧)

إننا نعتقد جازمين بأن التمييز بين العقد محدد وغير محدد المدة من أصعب الموضوعات في قانون العمل وأدقها، كما نعتقد كذلك بأن التمييز ينبغي أن يلعب دوره كاملاً من خلال القضاء، قصد خلق أكثر ما يمكن من مناصب العمل، من منطلق أن صاحب العمل قد يلجأ إلى العقد محدد أو غير محدد المدة وهو مطمئن البال، أي دون أن يصدّم بعقد غير محدد المدة في مجال ينبغي أن يكون من طبيعته محدد المدة، لما لذلك من آثار مالية على إنهاء العقد غير محدد المدة .

ويمكن القول في هذا السياق بأننا نسعى إلى إبراز بعض الأحكام والقرارات القضائية، علاوة على بعض الإشارات القانونية، من أجل الوصول إلى الأخذ بعين الاعتبار طبيعة العمل كعنصر أساسي موجه نحو العقد محدد أو غير محدد المدة بهدف تنمية مناصب العمل .

إذا كان الهدف أساساً هو وضع العقد محدد المدة كعقد استثنائي، يستند على مبررات تعمل على دعم سياسة التشغيل، أو على التوازن للالتزامات المتبادلة للطرفين، فإننا كذلك مع الواقع العملي الذي يسمح ببعض الأعمال، والتي لا يمكن أن تكون إلا محددة، وذلك من منطلق طبيعتها المؤقتة، وبالتالي إذا كان صنف عقد الشغل يستمد تكييفه من طبيعته الذاتية، وليس من التكييف المعطى له من قبل الطرفين، فإنه ينبغي أن يستمد تكييفه كذلك من طبيعة العمل. وفي هذه الحالة قد يكون الأمر لصالح العامل كما قد يكون لصالح صاحب العمل.

١- إننا أمام العديد من الترددات التي ترهق القانوني الذي يحاول أن يحل التكييف القانوني للعقود المتجددة،^(٣٨) فالأمر يتعلق بإقامة تمييز بين صنفين من العقود المتجددة، أي العقود المتجددة دون انقطاع والعقود المتجددة بعد فترة من التوقف. فالصنف الأول، تمت تغطيته مبدئياً بمقتضيات المادتين ١٦ و ١٧ من مدونة الشغل المغربية، والمادة ٣٨ من القانون الإماراتي رقم ٨ لسنة ١٩٨٠ .

(٣٧) القرار الصادر عن المجلس الأعلى، عدد ٢٣٤ مكرر K الصادر بتاريخ ٢٦ مارس ١٩٨٤ وإشارته إلى طبيعة العمل، هامش الفقرة ١٨١، وحكم المحكمة الابتدائية بالرباط بتاريخ ١١ يونيو ١٩٨٢، ملف رقم ٨١/٢٤٤، هامش الفقرة ٢٣٢.

(38) Jean Pélissier, Le renouvellement des contrats de travail à durée déterminée après la loi du 3 janvier 1979 : DS. sept-oct 1980. P 47

لكن الصنف الثاني، جعلنا نعي النقض الحاصل في القانونين معاً، وبالتالي وجود التحايل من طرف صاحب العمل على القانون الأصلح للعامل في العديد من الحالات وفي حالات أخرى لا يمكن القول بذلك، لأن طبيعة العمل بارزة في كون هذا الأخير لا يمكن أن يكون إلا مؤقتاً، وهو بذلك يقدم علاجاً نسبياً لأزمة التشغيل.

٢- إن شعور القضاء بالثغرات القانونية في تصنيف العقود، أدى به إلى إصدار قرارات أصيلة، تمتاز ببناء قانوني يسعى إلى حماية العامل من إنهاء العقد، واعتبار العقد غير محدد المدة هو الأصل، وهو بذلك يساير بعض التشريعات التي لم تجز تحديد مدة العقد في الأعمال ذات الطبيعة المستمرة،^(٣٩) واعتبار العقد غير محدد المدة هو القاعدة العامة،^(٤٠) وهو ما تم تبنيه في مدونة الشغل المغربية، وبصفة ذات سمات خاصة من خلال الفقرة الرابعة من المادة ٣٩ من القانون الإماراتي رقم ٨ لسنة ١٩٨٠ التي تنص على أنه: «يعتبر عقد العمل غير محدد المدة في أي من الحالات الآتية: ... ٤- إذا كان مبرماً لأداء عمل معين غير محدد المدة أو قابل بطبيعته لأن يتحدد واستمر العقد بعد انتهاء العمل المتفق عليه».

٣- يمكن للقضاء أن يستنتج أن توالي عدة عقود لا يترك أي مجال للشك حول صفة الديمومة، وليس هناك أي هدف سوى الاحتيال على مقتضيات القانونية في مجال عقود العمل. ولقد ذهب القضاء الفرنسي إلى أن إبرام ثلاثة عقود متتالية يجعل من علاقة العمل عقداً غير محدد المدة.^(٤١) إلا أن القاعدة ليست مطلقة، إذ إن الإمكانية قائمة بالنسبة لصاحب العمل لإبرام عقود محددة المدة في أنشطة يكون فيها من العادة اللجوء إلى هذه العقود، فطبيعة العمل تقتضي ذلك، مثل العروض الفنية بصفة عامة، حيث تستعمل هذه العقود في تقليد منصب مؤقت من طبيعته، إذ يكون موضوع كل عقد تنفيذ ما أبرم من أجله،^(٤٢) أي أننا قد ندرج العرف المهني إلى جانب طبيعة العمل للتأكد من أن العقد محدد المدة.^(٤٣)

والواقع أنه إذا كان من المنطق أن يحيط العقد غير محدد المدة بمنصب العمل المتسم بالديمومة، فإنه ينبغي أن نسير في الاتجاه المعاكس، إذا كان منصب العمل مؤقتاً، ينقضي بانقضاء الظروف التي أدت إلى إيجاده. على أنه إذا كنا نرى ضرورة اعتماد طبيعة العمل للتمييز بين العقد المحدد وغير محدد المدة،^(٤٤) فإنه لا ينبغي

(٣٩) المادة ٣٢ من قانون العمل العراقي لسنة ١٩٨٧، لا يجوز تحديد مدة العقد في الأعمال ذات الطبيعة المستمرة.

(٤٠) المادة ٥٠ من قانون العمل الجزائري لسنة ١٩٧٨، تكون علاقة العمل غير محددة كقاعدة عامة.

(41) Cass.Soc. 3 juillet 1991, DS, sept-oct 1991, p731

(42) Cass.Soc. 6 mai 2002, Cass. chambre ctiminelle, 27 novembre 2001, obs. Claud Roy-Loustaunau, DS, sept-oct 2002, p892

(٤٣) راجع أربع قرارات صادرة عن محكمة النقض الفرنسية بنفس التاريخ ٢٦، ٢٠٠٣ novembre، Cass.Soc. Claude Roy-Loustaunau, DS, juin ٢٠٠٤، p٦٢٩

(٤٤) ذهبت محكمة النقض الفرنسية إلى أن إمكانية إبرام عقود محددة المدة في قطاعات ذات أنشطة يكون العرف السائد فيها هو اللجوء إلى هذا النوع من العقود، لا يسمح باللجوء إليها إلا لتدبير أشغال بطبيعتها مؤقتة. وكل عقد ينبغي أن يكون أجله هو تنفيذ موضوع العقد. Cass.Soc. ٢٥ mai ١٩٩٥، DS. Juillet- août، ١٩٩٥، p٦٦٧

للمحكمة أن تكلف أحد مساعدي القضاء أو مفتش العمل بالبحث في طبيعة العمل،^(٤٥) وأن تترك إمكانية الإثبات قائمة على عاتق صاحب العمل كذلك عندما يتبين بأن طبيعة العمل قد تكون غير محددة ولو من خلال عقود عمل محددة متقطعة.^(٤٦)

٤- إن طبيعة العمل أو طبيعة تنفيذه، كما وردت في المادة الأولى من القانون الإماراتي رقم ٨ لسنة ١٩٨٠، ينبغي أن تحدد نوع العقد، هذا ما أخذ به قرار محكمة الاستئناف بالرباط عندما اعتبر عمل السائق هو بطبيعته عمل قار وليس عملاً موسميّاً أو مؤقتاً،^(٤٧) أو القرار الصادر عن المجلس الأعلى بالمملكة المغربية عدد ٧٢٤، الذي عاب على محكمة الاستئناف أنها «لم تبين الأساس الذي اعتمدته في اعتبار الأجير عاملاً رسمياً ولم تبين طبيعة العمل»^(٤٨) وقد أبرز في قرار آخر يتعلق بالعمل الموسمي أن طبيعة العمل أفرزت أن العمل الذي كان يقوم به الأجير لم يكون موسميّاً،^(٤٩) وكذلك الأمر بالنسبة لمحكمة النقض الفرنسية، حيث إن الأعمال التي بطبيعتها مؤقتة هي وحدها التي تسمح بإبرام عقد محدد المدة،^(٥٠) فالمدرس الذي استخدم لسنة دراسية نتيجة إنشاء قسم دراسي مرتبط بزيادة عابرة في العدد، فإن المنصب الذي يشغله هو بطبيعته مؤقت، والطرفان تبعاً لذلك بإمكانهما إبرام عقد محدد المدة.^(٥١) ومع ذلك، فإذا تصورنا أن العقد قد أبرم لمدة غير محددة، علماً بأن طبيعة العمل محددة، فينبغي أن نكون منسجمين مع أنفسنا، وذلك باعتبار العقد مؤقتاً.^(٥٢)

٥- لكن إذا كان القضاء قد ربط أساساً مدة العقد بطبيعة العمل المنجز، وتوصل في ذات الوقت إلى بعض المبادئ التي تعتبر طلائعية في مجال التمييز بين العقدتين، فإنه لم يرق بعد إلى وضع معايير دقيقة للتصنيف والتبويب، الذي يسمح بالاطلاع على الحلول بسهولة ويسر، وهذا ما يترك الضبابية قائمة في كثير من

(٤٥) أبان قرار الغرفة الاجتماعية رقم ٩ بتاريخ ٧ يناير ١٩٩٧ في الملف الاجتماعي عدد ٩٥/٨٠٤، المحامي، العددان ٣٢ و ٣٣ يونيو ١٩٩٨. صفحة ٣٤٩، ومنشور كذلك في عبد اللطيف خالفي، الاجتهاد القضائي في المادة الاجتماعية، صفحة ٩٣، بأنه ليس هناك ما يلزم المحكمة بتكليف مفتش الشغل للبحث في طبيعة العمل.

(٤٦) قرار المجلس الأعلى بتاريخ ٢٥ يناير ١٩٩٣.

(٤٧) قرار محكمة الاستئناف بالرباط في الملف عدد ٩١/١٩١٥ بتاريخ ١١ فبراير ١٩٩٢ غير منشور.

(٤٨) القرار عدد ٧٢٤ الصادر عن الغرفة الاجتماعية بتاريخ ٢٠٠٤/٦/٣٠ ملف عدد ٢٠٠٤/٥٩. بشري العلوي، الفصل التعسفي للأجير على ضوء العمل القضائي، صفحة ٥٣.

(٤٩) قرار عدد ١٣٥ صادر عن الغرفة الاجتماعية بالمجلس الأعلى، بتاريخ ٢٠٠٥/٢/٩، ملف عدد ١٠٥١. بشري العلوي، الفصل التعسفي للأجير على ضوء العمل القضائي، صفحة ٥٣.

(50) Cass.Soc. 26 juin 1991. DS. sept-oct 1991. p731. Cass.Soc. 21 mars 2000. obs. Claude Roy-Loustaunau. DS. Juillet- août 2000. p767

(51) Cass.Soc. 9 avril 1996. DS. juin 1996. P634. obs. Claude Roy-Loustaunau

(٥٢) المجلس الأعلى في القرار الصادر في ٥ مارس ١٩٩٦.

الحالات، ولا سيما بالنسبة للعقود التي لا تحمل أجلاً دقيقاً و يقينياً، الشيء الذي قد لا يسمح بالإجابة باطمئنان على الإشكاليات الواقعية والعادية.^(٥٣)

٦- إن إدراج شروط خاصة بالإنتهاء ضمن مقتضيات العقد محدد المدة يجر أحياناً إلى اللبس، أو عدم اليقين في تأويل إرادة الطرفين، ولقد ذهب القضاء الفرنسي إلى أن الإشارة إلى إمكانية الطرفين بوضع حد للعقد المحدد المدة قبل حلول أجله بالإرادة المنفردة، يجعله عقداً غير محدد المدة، لأن الإنتهاء بالإرادة المنفردة يعتبر من كنهه، فإدراج عنصر الاحتمالية في الإنتهاء تجعل المدة غير متوقعة بصفة تامة.^(٥٤) وهذا ما سار عليه القضاء المصري، إذ اعتبر وإن كان العقد في ظاهره محدد المدة، إلا أنه في واقع الأمر غير محدد المدة، لأن في مقدور كل من المتعاقدين التحرر من العقد، في أي وقت يشاء، بدون أي شرط سوى مهلة الإنذار عن هذه الرغبة في الموعد المحدد فيه،^(٥٥) على أن النص في صلب العقد المحدد المدة على وجوب احترام مهلة الإنذار قبل نهاية المدة المحددة في العقد، لا يغير من وصف العقد.^(٥٦)

٧- اعتبر القرار الصادر عن المجلس الأعلى بالمملكة المغربية بتاريخ ٢٠ أبريل ١٩٨٧، أن بطاقة العمل المؤقت لا تعتبر إلا قرينة بالاشتغال بصفة مؤقتة، وأنه بالإمكان إثبات خلاف ذلك. ولقد ذهبت المحكمة الابتدائية بالدار البيضاء إلى أن إثبات صفة المؤقت يقع على عاتق المنشأة بكل الوثائق،^(٥٧) كما سارت محكمة الاستئناف بالرباط في نفس الاتجاه، عندما جعلت عبء إثبات صفة الموسمية على عاتق صاحب العمل.^(٥٨) وهذا ينسجم مع ما ورد في المادة ٣٩ من القانون الإماراتي رقم ٨ لسنة ١٩٨٠، الذي يعتبر عقد العمل غير محدد المدة عند انتفاء الكتابة.

(53) Jean-Jacques DUPEYROUX. le droit du travail. La crise. Les contrats de travail à durée déterminée. DS.Sept-oct. 1980. P3

(54) Gérard Lyon-Caen. et J. Pélissier. les grands arrêts de droit du travail. 2ème éd. 1980. p236

(٥٥) محكمة استئناف القاهرة، حكم ١١ مايو ١٩٥١، الاستئناف رقم ٨٧٦ و ٨٢٤، المواد القانونية في مواد عقد العمل، مصطفى كمال منيب، الطبعة الأولى، صفحة ٤٥٦.

(٥٦) قرار محكمة الاستئناف، القاهرة، الدائرة السابعة، الاستئناف رقم ٨٥٧، ١٣٠٥ لسنة ٧٦ ق في ١٨ دجنبر ١٩٥٩، الموسوعة القضائية لقانون العمل، صفحة ٨٢.

(٥٧) حكم بتاريخ ٦ يناير ١٩٨٣ رقم ٣٨، المجلة المغربية للقانون، العدد ٣، سنة ١٩٨٥، صفحة ٢٢١.

(٥٨) قرار بتاريخ ٢٧ يونيو ١٩٨٩ رقم ٥٦٢٦، غير منشور : وحيث إن الاجتهاد القضائي استقر على جعل عبء إثبات الموسمية ... على عاتق المشغل، باعتبار أن الأجير ... لا يتوفر على إمكانيات المشغل في الإثبات.

تاسعاً: ضرورة البحث عن الأجوبة الدقيقة للتساؤلات المختلفة عن طبيعة العمل

إن إشارة المشرع المغربي في الفصل ٧٥٤ من قانون الالتزامات والعقود المعدل بمقتضى ظهير ٢٨ شتنبر ١٩٣٨، بصفة خافتة إلى أنه «إذا لم تحدد مدة العقد، وكان ذلك راجعاً إلى إرادة المتعاقدين، أو إلى طبيعة العمل اللازم أدائه ... إلخ»، والمادة الأولى من القانون الإماراتي رقم ٨ لسنة ٢٠١١ إلى أن العمل المؤقت هو العمل الذي تقتضي طبيعته تنفيذه أو إنجازه مدة محددة تبرزان بأن طبيعة العمل لم تأخذ نصيبها الواجب في التشريعين معاً، في حين أننا نرى بأن الانسجام ينبغي أن يكون قائماً بين طبيعة العمل والعقد، سواء كان ذلك لفائدة العامل أو صاحب العمل، وذلك في كل مرة يتضح فيها نوع من اللبس بين العقدين أو تحايل من العامل أو صاحب العمل على صنف العقد، ولعل الجواب كان واضحاً من حكم صادر عن المحكمة الابتدائية بالدار البيضاء في ٤ أبريل ١٩٥٧، عندما اعتبر بأن العقد الذي ينص على المدة المحددة بإمكان القاضي تبعاً للظروف ونية الطرفين أن يستنتج عكس ذلك،^(٥٩) وهنا نقول بأنه يمكن للقضاء أن يحدد حقيقة صنف العقد، انطلاقاً من تكييف القواعد القانونية القائمة على الحالات المعيشية، وفي تصحيح الأوضاع القانونية المتجددة، وذلك باللجوء إلى ما وراء نية المشرع،^(٦٠) أي بإعادة تكييف بعض العقود، إما بإبطالها أو بإعطائها الآثار المرتبطة بها، وهو اتجاه لا يختلف مع الفكرة التي تقوم على تحول العقد الباطل، الذي يعتبر صحيحاً عند توفره على الشروط الواجبة، التي تتكيف من جديد مع عقد آخر،^(٦١) أو مع انتقاص العقد، وهو ما جبرنا إلى التأكيد على إمكانية إيجاد الحل الأصح للعامل أو لصاحب العمل من منطلق طبيعة العمل. ولقد سبق للقضاء السوري أن أبان بأنه إذا كان العمل بطبيعته دائماً، وتم التعاقد بشأنه بعقود محددة المدة تكرر تجديدها، فإنه يتضح من ذلك أن الغاية من هذا التدبير هي التخلص من تنفيذ أحكام القانون مما يوجب إعطاء حكم القانون حقه في السيادة واعتبار مثل هذه العقود غير محددة المدة.^(٦٢)

(٥٩) المحكمة الابتدائية بالدار البيضاء، حكم ٤ أبريل ١٩٥٧، مجلة المحاكم المغربية بتاريخ ٢٥ أكتوبر ١٩٥٧.

(60) Guy. POULAIN, les tendances récentes de la jurisprudence en matière de détermination de la durée du contrat de travail. Tendances du droit du travail français contemporain. études offertes à G.H. Camerlynck. Dalloz 1978. P64

(61) Jacques GHESTIN, T. de droit Civil. les obligations. le contrat. L.G.D.J 1980. P743

(٦٢) الغرفة العمالية بدمشق، القضية ٩٣ لعام ١٩٨٢، قرار ٨٣/٤٦ بتاريخ ٩/٢٦/١٩٨٣، مجلة المحامون السورية، العدد الثاني ١٩٨٤، صفحة ١٨٧.

عاشراً : المحكمة العليا وطبيعة العمل

نستشهد في سياق الحديث عن طبيعة العمل، كعنصر من العناصر التي بإمكانها أن تساهم في إنماء مناصب العمل، بالعمل القضائي، فقرار المجلس الأعلى بالمغرب، الصادر

٢٦ مارس ١٩٨٤،^(٦٣) بالإضافة إلى إشارته إلى طبيعة العمل، قد أبرز الاستمرارية في تنفيذ العقد محدد المدة لمدة ٧ سنوات، علماً بأن الأمر في هذه النازلة يتعلق بمعلمة تشغل مع مؤسسة تعليمية حرة لفترة السنة الدراسية فقط، وهذا ما اعتبره صاحب العمل عقداً محدد المدة.

ولعل إشارة المجلس الأعلى إلى بعض العناصر المساهمة في مرونة التشغيل من منطلق صفة العقد، تجعله في الحقيقة أكثر مواكبة للواقع العملي، وبرأيي أنه بذلك يلعب دوراً رائداً في التوجه الهادف إلى التوازن بين الاقتصادي والاجتماعي، وهو توجه ليس باليسير، لأنه أمسى من الضروري التفكير في الربط بين تعريف المفهوم الذي يتطور باستمرار، وبين مدى المراقبة القضائية التي ينبغي أن تأخذ بعين الاعتبار الظرفية الاقتصادية وطنياً ودولياً .

١ - مدى مراقبة المحكمة العليا في تحديد صفة العقد

وإذا كان الكل يعلم بأن قاضي الموضوع له السيادة في التحقق من الوقائع، وبأن المحكمة العليا تراقب التأويل والتطبيق للقاعدة القانونية، فإن ذلك لم يمنع الخلاف بشأن مراقبة تكييف الوقائع، فالبعض يعتبر تكييف الوقائع مسألة واقع، والبعض يعتبره مسألة قانون، والبعض يؤكد بأنه ليس مسألة واقع ولا قانون، بل هو جسر بين القانون والواقع، ما دام الأمر يتعلق بمطابقة حالة واقع على مبدأ قانوني.^(٦٤)

إن المحاكم التي يعرض عليها جوهر النزاع لها كامل الصلاحية لمراقبة مادية الوقائع المعروضة عليها، وتتوفر على حرية تقدير هذه الوقائع بتقريبها إلى الظروف المصاحبة لها، أو بفحصها في مواجهة نية الأطراف، والمحكمة العليا تراقب ما إذا كانت استنتاجات قضاة الموضوع موافقة لما ينبغي أن ينتج عن التكييف القانوني الذي أعطي لهذه الوقائع، وهذا ما يستدعي تذكير قاضي الموضوع بتعليل قراره تعليلاً كافياً، حتى تستطيع المحكمة العليا ممارسة مراقبة التكييف، فالمراقبة في هذه الحالة تتوسع بالتتابع، من الملموس إلى المجرد، ومن الواقع إلى القانون.^(٦٥)

(٦٣) القرار الصادر عن المجلس الأعلى رقم ٢٣٤ مكرر بتاريخ ٢٦ مارس ١٩٨٤، قضاء المجلس الأعلى، العددان ٣٧-٣٨، يونيو ١٩٨٦، صفحة ١٤٢.

(64) Jacques Boré. Pouvoir en cassation. Ency juridique. Dalloz. Rép procedure civil. spécialement no 14448 suivants

(65) George pica. introduction au débat. DS. mars 1986. P177

إن المراقبة الممارسة من قبل المحكمة العليا للصفة الحقيقية للعقد قصد التمييز بين محدد وغير محدد المدة تنصب على تكييف قضاة الموضوع للعقد، ومراقبتهم للسلطة التقديرية لأصحاب العمل، ولعل المحكمة العليا في النهاية تكون مراقبة للحيثيات المبهمة لقضاة الموضوع لينقض القرار بناء على عدم كفاية التعليل. ولقد ذهب القضاء اللبناني إلى القول: «إن تسمية العقود لا تكفي لوحدها لتحديد ماهيتها، وعلى المحكمة الواضحة يدها على النزاع أن تتحرى عن حقيقة وطبيعة العقد وجوهره، كي تتمكن في النتيجة من إعطائه مفاعيله القانونية»^(٦٦).

ولهذا فإن البحوث التي يقوم بها قضاة الموضوع قد تدخل في إطار المعايينات لأسباب مثارة من طرف صاحب العمل، ولكن الأمر يختلف ليكون أكثر دقة بالنسبة لصفة العقد، وليصبح آنذاك بيد المحكمة العليا أن تبرز مفاهيم قانونية غير معروفة، فالمفهوم يتضمن آثاراً جوهرية في مواجهة المراقبة الممارسة من قبل المحكمة العليا، فهل تعتمد هذه الأخيرة مبدأ التعريف، أم تقتصر على إبراز الخطوط العريضة، علماً بأن ذلك سيساهم في تحديد العقد كسبب لتنظيم العمل بالمنشأة، لما لذلك من آثار على الضمان القانوني في مواجهة التصرف الذي قد يقوم به صاحب العمل.

٢ - غياب تعريف قانوني أو قضائي لصفة العقد

إن غياب تعريف قانوني أو قضائي من قبل المحكمة العليا للعقد محدد المدة أو غير محدد المدة في ظل عدم الانسجام القائم لتحديد صفة العقد بصفة دقيقة، يمكن أن يؤدي بقاضي الموضوع إلى أن يتجنب المراقبة لمجرد غياب التعريف ما دام لا أحد يعرف مدى تغطية المفهوم القانوني لصفة العقد، وهو أمر قد يؤدي إلى آثار متناقضة، فإذا كانت المحكمة العليا تسعى إلى المراقبة الفعلية، فإنها قد لا تتمكن من إيجاد مرجعية قطعية، مما سيجعلها أمام حرية تامة للتقدير، وذلك تبعاً لمعطيات كل حالة، وهي التي تقرر إذن ما إذا كان العقد محدداً أم غير محدد المدة.

لكن إذا كان من مهام المحكمة العليا ضمان تطبيق القانون، حيث إن مراقبة تطبيق القانون تمر بالضرورة من خلال مراقبة التكييفات، فهل نستطيع أن نتصور بأن المحكمة العليا بابتعادها عن تحديد المفاهيم تسلم مقاليد أمورها إلى قضاة الموضوع ليطبقوا النص القانوني بهذه الكيفية أو تلك.

بالطبع عندما تمارس المحكمة العليا اختصاصاتها، فإنها لا تسهر على التأويل الصحيح للقانون فقط، بل أن يكون التأويل موحداً من قبل المحاكم، حتى تكون الآثار مجسدة في وحدة الاجتهاد، فهي تمارس مهمة معيارية، تمنحها فرصاً كثيرة، تسمح لها باستخراج مبادئ وتعاريف لتوجيه الاجتهاد، ما دام الهدف هو

(٦٦) م.ع.ت : دمياطي/جمعية المقاصد الخيرية الإسلامية : رقم ٥٣٨ ت ١٩٧٥/٧/٤ - الشخي. نبيلة زين، قضايا العمل، مؤسسة بحسون للنشر والتوزيع، بيروت، ١٩٩٢، صفحة ٢٢١.

الخروج باجتهاد موحد، ومتطور، ينسجم مع الأفكار الجديدة، ويوقف الاجتهادات المحلية المحتملة، فعمل المحكمة العليا يبتدئ من منطلق الخيار للقاعدة القانونية المعتمدة من طرف قاضي الموضوع، والتي تحمل بعد ذلك على التطبيق الذي خصصت له، فالنقطة الأساسية للمراقبة هي تقريب الواقع من القاعدة القانونية، أي ما يسمى بالتكييف القانوني، فهذا الأخير يحدد النظام القانوني والآثار التي يرتبها، وبالتالي الحل الذي ينبغي أن يزيل أي خطأ في التكييف، ما دامت المحكمة العليا هي قبل كل شيء قاضي التكييف القانوني، أو بعبارة أدق قاضي القانون .

إن عملية التكييف في هذه الحالة هي مطابقة الواقع البارز على مفهوم قانوني مسمى، لكنه غير معرف غالباً من قبل المشرع.^(٦٧) وإذا كانت عملية التكييف القانوني تخضع لمجال القانون، فإن الأمر يقتضي إذن التعريف بالمفهوم القانوني حتى تتم مراقبته، فالتعريف يمكن أن يسمح بالوصول إلى نتيجة واحدة، وأن يساهم إذن في مراقبة تأويل القانون، وقد ذكر الأستاذ Jacques Boré بأنه لا ينبغي أن ننسى تاريخياً بأن محكمة النقض راقبت تطبيق القانون، قبل أن يكون لها حق مراقبة التأويل .

والواقع أن الأمر يقتضي إيجاد تعريف مبسط ناتج عن مجموعة من الخاصيات والحلول، بإمكانها خلق نوع من التوازن بين العامل والمنشأة، وكذا مساعدة الممارسين والمتقاضين على معرفة المبدأ القانوني لاحترامه . وتبعاً لذلك نتساءل، هل يمكن للمحكمة العليا أن تضمن مراقبة معمقة دون تعريف المفاهيم . بالطبع إذا كانت مهمة المحكمة العليا المجسدة في توحيد التأويل تمكنها من القيام بالمراقبة المعمقة دون تعريف، فإننا نرى بأن توالي القرارات ستمكنها من تحضير لبنة تلو الأخرى، وبالتالي إبراز تعريف يكشف بعض خصائص العقد محدد وغير محدد المدة . ونتساءل مرة أخرى، إذا كانت المحكمة العليا لم تقم بتعريف صفة العقد، فهل يعني ذلك أن مهمة التعريف صعبة، وقد تدخل المهتم أو المتقاضي إلى متاهة .

إنه لا بد إذن من التفكير عند الربط بين تعريف المفاهيم وبين مدى المراقبة الأخذ بعين الاعتبار الظرفية الاقتصادية والاجتماعية الحالية وطنياً ودولياً، وكذا التوازن الواجب بين الاقتصادي والاجتماعي . وبالطبع إن التعريف لا يمكن أن يتولد إلا عن الواقع الذي تعينه المحكمة العليا، ولا نتصور وجود تعريف قد ينجو من انتقاد . ولهذا فإن المفهوم الإطار، الذي يكون مصحوباً بمجموعة من النعوت، أفضل حل يمكن أن يساهم مع مرور الوقت في تحسينه، وإظهار مكوناته بصفة أدق،^(٦٨) ولعل انعدام تعريف من قبل المشرع لإبراز خاصيات

(67) Jacques Boré. le contrôle par la cour de cassation de la cause réelle et réelle et sérieuse de licenciement. DS. mars 1986. P188

(٦٨) أبرزت الغرفة الاجتماعية بمحكمة الاستئناف بالدار البيضاء بعض العناصر التي تبرز الأحقية في المكافأة - قرار عدد ٨٦ بتاريخ ٢٣ يناير ١٩٨٤، الملف عدد ٨٣/٩٧٧ راجع الحيثية في قانون الشغل بالمغرب، محمد سعيد بناني، علاقات الشغل الفردية الجزء الأول، ١٩٨٩، هامش الصفحة ٢٤٩.

العقد ما يفيد تنازل المشرع عن ذلك لفائدة القضاء، الذي سيبرز القاعدة القانونية، وتكون وظيفته الأساسية متمثلة في السهر على التطبيق والتأويل السليمين للقاعدة القانونية، وهو شرط لازم من أجل الوصول إلى توحيد شامل للاجتهادات القضائية،^(٦٩) التي ولا شك ستساهم في البحث عن حلول أفضل لتنمية مناصب العمل .

٣- المحكمة العليا وإبراز خصائص صنف العقد

هناك من أكد على انه أضحى على المحكمة العليا إعطاء توجيهات أكثر دقة، قصد إخراج المعنى بالأمر من التردد أو الشك الذي يحيط بمفهوم العقد المحدد المدة، حتى يبتعد عن وضع قائمة بالعقود محددة المدة وغير محددة المدة، إذ أن ذلك ليس من اختصاصه.^(٧٠)

إن صفة العقد تخضع لرقابة مزدوجة، من قضاة الموضوع في مواجهة صاحب العمل، ومن قضاة المحكمة العليا حول التكييف المعطى من قبل قضاة الموضوع لنفس السبب.^(٧١) فالرقابة الأولى تنبع أساساً من مراقبة السبب المشار إليه في رسالة الفصل، لأن المشرع حمى العامل من السلطة التعسفية لصاحب العمل، وتتبع المراقبة الثانية من المحكمة العليا، لأن مراقبة تطبيق القانون تمر أساساً من خلال مراقبة التكييفات، ولأن مهمة المحكمة العليا المتمثلة في توحيد التأويلات ضرورية في كل المجالات التي تعرض عليها، وذلك من منطلق فكرة أساسية تكمن في أن صاحب العمل هو رئيس المنشأة، المسؤول عن حسن سيرها وتديرها، إذ يتوفر على سلطة الإدارة، ويقدر ما ينبغي القيام به لصالح المنشأة، والقاضي لا يمكن أن يراقب قرارات رئيس المنشأة إلا إذا انحرف عن سلطة الإدارة، وبذلك ينتج من الأدوار المخصصة لكل من قاضي الموضوع وقاضي القانون بأن الأول يمارس وظيفته دون مراقبة من الثاني، وذلك عن تحليل الوقائع، في حين تظهر المراقبة عندما يتم التقريب بين الوقائع والقاعدة القانونية الأكثر ملاءمة، وهنا تجدر الإشارة إلى أن مراقبة المحكمة العليا في قانون العمل تتميز بكونها تمارس في مجال يتسم بالحساسية .

ولعلنا في معرض شح النصوص القانونية الحالية المتعلقة بالعقود محددة المدة وغير محددة المدة، في القانونين المغربي والإماراتي، وفي خضم التغييرات الاقتصادية والاجتماعية في البلدين، حيث احتياجات الواقع المهني تقتضي تعميق فهمنا للأعراف، وأخذها بعين الاعتبار، أي إبراز الممارسة المهنية، التي يجب أن يكون لها دور بارز في تكوين القانون، مما يقتضي إبراز مفهوم الباعث في تحديد صنف العقد، والإحاطة

(٦٩) محمد الكشور، المرجع السابق، صفحة ٩٢.

(70) Jean Savatier. le contrôle par la cour de cassation de la cause réelle et sérieuse de licenciement. DS. mars 1986. P206

(71) Jean Pélissier..Ambiguïtés et logique du contrôle de la Cour de cassation. DS. mars 1986. P184

به، ووضعه في إطار يشخص الطريق الواجب سلوكه من قبل قاضي الموضوع،^(٧٢) ومراقبة القاضي في هذا السياق ينبغي أن تؤدي إلى التأكد من صفة العقد، الذي من طبيعته أن يبرر القرار المتخذ. فالمحكمة العليا في هذه الحالة تفرض على قاضي الموضوع، تبعاً للأسباب المثارة، مراقبة متميزة تكمن في كونه محققاً في تقدير ما إذا كان العقد فعلاً محدداً يبرر وضع حد لعقد العمل أم لا.

وإذا كان البعض يرى بأن المحكمة العليا ليس من مهامها إعطاء تعريف، باعتبار أن المهمة مستحيلة، ولكون موضوع ونشاط وحجم المنشأة يختلف من منشأة إلى أخرى، مما يؤثر على معرفة خصائص العقد محدد المدة وغير محدد المدة في جميع الأحوال، فإن البعض يرى من الأجدر أن يراقب ذلك من طرف قضاة الموضوع، الذي يرجع إليهم أمر تقدير خاصيات ما يثار من قبل صاحب العمل، وذلك بذكر كيفية الوصول إلى القناعة من خلال عناصر الواقع، أي بعد الموازنة بين المصالح القائمة، ودون الإكتفاء بترك صاحب العمل هو الحكم لمصلحة المنشأة.^(٧٣) وفي هذا الاتجاه ما يسمح بإدراج عنصر طبيعة العمل كعنصر أساسي مساهم في خلق توازن ينسجم مع الواقع العملي، ويساهم في تارة في إنشاء مناصب عمل جديدة، وتارة أخرى في دعم الطمأنينة القانونية، أو ما يعبر عنه بالأمن القانوني.

(72) Roger Fabre. le contrôle par la cour de cassation de la cause réelle et sérieuse de licenciement. DS. mars 1986. P186

(73) Jean Savatier. le contrôle par la cour de cassation de la cause réelle et sérieuse de licenciement. DS. mars 1986. P207

القسم الأول أبحاث ودراسات

إطالة على فلسفة التسامح ومنهجية تطبيقه بين الشريعة والقانون

الدكتور:

خيري أحمد الكباش

المستشار بمحكمة استئناف أبوظبي

أولاً: المقصود بالتسامح في التشريع الإسلامي ومغزاه

التسامح منهج حياة متكامل يجب أن يسود كافة تعاملات البشر حكماً ومحكومين، وليس مجرد وسيلة للحد من العقاب الجنائي، أو لانقضاء الدعوى بنوعيتها «الجنائية وغير الجنائية»^(١). ولم يرد مصطلح «التسامح» بلفظه في القرآن الكريم ولكن وردت نتائجه كمظهر لوجوده ووجوبه كمنهج للحياة البشرية منذ أن خلق الله الأرض ومن عليها وحتى تقوم الساعة.

وإذا كان التسامح منهجاً للحياة لا تستقيم إلا به، فإن لهذا المنهج غاية أرادها الله سبحانه وتعالى لعباده. فالتسامح ليس مقصوداً لذاته فحسب، بل له غاية سامية تتمثل في استقرار المجتمعات التي يسود فيها كمنهج حياة متكامل «في المعاملات والتشريعات والتطبيقات القضائية» وفي أمنها ومن ثم نموها وازدهارها وتقدمها.

فإذا سادت ظاهرة العفو والتصالح كمظهر للتسامح وتطبيقاً له في من هم أصحاب الحق فيه أدى ذلك إلى استقرار المجتمع وأمنه، ومثل هذا المجتمع يتقدم وينمو ويزدهر سواء في علاقة أفرادها فيما بينهم حكماً ومحكومين، أو في علاقتهم بباقي المجتمعات التي تتعامل معهم.

والتسامح ليس مصدره الضعف، بل لا يكون إلا من قوي وصاحب قرار، فالضعف بكل صوره لا يصلح سنداً أو مصدراً للتسامح، ومن ثم لا بد أن يتسم المتسامح بالقوة وقت التسامح، سواء كان فرداً في مواجهة فرد مثله، أو حاكماً في مواجهة المحكومين، أو مشرعاً في مواجهة المخاطبين بتشريعه، أو دولة في مواجهة دولة أخرى.

فقوله سبحانه وتعالى: بسم الله الرحمن الرحيم «ولا تستوي الحسنة ولا السيئة ادفع بالتي هي أحسن فإذا الذي بينك وبينه عداوة كأنه ولي حميم وما يلقاها إلا الذين صبروا وما يلقاها إلا ذو حظ عظيم»^(٢) صدق الله العظيم.

فيه تجسيد لوجوب التسامح - كمنهج حياة - وتجسيد للغاية من أن يسود كمنهج في حياة الناس وهي انتشار الصداقة والمودة والمحبة بين أفراد المجتمع، حيث أن التسامح يحول العداوة إلى مودة ومحبة، إذا ما سادت المحبة والمودة بين أفراد المجتمع = الداخلي أو الدولي = ساد الأمن والاستقرار والسلام فيه،^(٣) وطالما ساد الأمن والاستقرار والسلام في المجتمع سادت التنمية بكل صورها وأشكالها وازدهر المجتمع، وأصبح

(١) فقد جعل المشرع في المواد المدنية من محضر الصلح التي تصدق عليها المحاكم، سنداً لتنفيذ المادة ٢٢٥/ح من قانون الإجراءات المدنية لدولة الإمارات العربية المتحدة، كما أفرد الفصل الخامس بأكمله من الباب الأول من قانون المعاملات المدنية للصلح ووصف الصلح بأنه عقد يرفع النزاع / ويقطع الخصومة بين المتصالحين بالتراضي.

(٢) الآية ٣٤ - ٣٥ من سورة فصلت.

(٣) وقد أشارت الجمعية العامة للأمم المتحدة إلى ذلك في قرارها في الدورة الحادية والخمسون عام ١٩٩٧م عند متابعتها سنة الأمم المتحدة للتسامح بقولها: «وإن تؤكد من جديد أن التسامح هو الأساس السليم لأي مجتمع متحضر وللسلام».

تمتع الإنسان فيه بحرياته وحقوقه ممكنًا ومحققًا، لأن الحقوق والحريات لا يمكن أن يتمتع بها الإنسان إلا في ظل الأمن والاستقرار، فالفوضى أو العداوة لا تصلح أرضاً صالحة لمتع قاطنيها بحقوقهم وحرياتهم، وهذه هي فلسفة التسامح في شريعة الله الخاتمة.

ثانياً: أهم مظاهر التسامح المنهجي في التشريع الإسلامي ودلالاته

أ- القصاص كمنهج عقابي متكامل ركنه الركين هو التسامح:

لقد فهم غير المسلمين القصاص في التشريع الإسلامي - سواء عمداً أو عن جهل بأصول التشريع الإسلامي وفلسفته - بأنه مرادف لعقوبة الإعدام، وكون هذه الأخيرة في نظرهم تتضمن اعتداءً صارخاً على حق الإنسان في الحياة، فإنهم يعتبرون القصاص في التشريع الإسلامي كذلك!!

ومن خلال هذا الفهم الخاطئ وصفوا البروتوكول الثاني الملحق بالمعاهدة الدولية لحقوق الإنسان المدنية والسياسية الخاص بإلغاء عقوبة الإعدام^(١) بأنه أفضل انتصار عالمي لحماية حقوق الإنسان في الحياة!! وكأنهم يشيرون إلى القصاص في التشريع الإسلامي بالتخلف عن ركب حماية حقوق الإنسان وإهدار حق الإنسان في الحياة!!

وحين يقفون على منهجية القصاص في التشريع الإسلامي وفلسفته التي بني عليها، ويعلمون أن التسامح بسموه وحكمة الشارع الأعلى والأعظم وهو الله سبحانه وتعالى فيه سوف يعلمون تمام العلم أنهم أهدروا حق الإنسانية في الحياة في سبيل زعمهم بهذا البروتوكول بحماية حق المتهم وحده في الحياة!!

فالقصاص في الإسلام ليس مجرد عقوبة مقدرة لجريمة القتل العمد العدواني بل هو منهج عقابي متكامل له مفرداته وشروطه ومقوماته التي تحقق مجتمعة التوازن الذي غاب عن كافة التشريعات الوضعية ومن بينها البروتوكول الدولي سالف البيان ولن يصل أي تشريع وضعي نافذ في أي تشريع من تشريعات الدول الأعضاء في المجتمع الدولي بأسره إلى تحقيق هذا التوازن إلا إذا أخذ بمنهج القصاص في التشريع الإسلامي سواء صرح بمصدره أو لم يصرح به.

أ- لا تعارض بين التسامح وتحقيق الردع بنوعيه

فتقرير قتل القاتل يحقق الردع بنوعيه الخاص والعام لكل من تسول له نفسه قتل أخيه في الإنسانية بغير حق.

(١) وهو البروتوكول الثاني الملحق بالمعاهدة الدولية لحقوق الإنسان المدنية والسياسية الذي اعتمدته الجمعية العامة للأمم المتحدة بموجب قرارها رقم ١٢٨/٤٤ والمؤرخ ١٥ ديسمبر ١٩٨٩م وبدأ نفاذه في ١١ يونيو ١٩٩١م. وصدقت عليه الآن دولة الإمارات العربية المتحدة.

واقتران هذا الردع بالصلح والعفو مع الحض عليهما من الشارع الأعظم لعباده المخاطبين بأحكامه «أي على التسامح» في ذات الآن يحقق هذا التوازن الغائب عن كافة التشريعات الوضعية التي لم تأخذ بأحكام ومبادئ الشريعة الإسلامية في مجالي التجريم والعقاب.

٢- الكيفية التي حقق بها المنهج الإسلامي التوازن بين منهج التسامح وتحقيق الردع.

٢-أ- السمو بمكانة ولي الدم.

فعندما يرتدي أي شخص - مهما كان ضعفه في الدنيا بين أقرانه «سواء في الجاه أو المال أو الحسب أو النسب» - ثوب ولي الدم «والد القتل أو ورثته الشرعيين» فإن كلمته تعلو في هذه الحالة على كلمة الحاكم وكلمة القاضي ويصبح عندئذ أقوى أصحاب القرار في مجلسه فله أن يتمسك بالقصاص من القاتل وله في ذات الآن أن يتصالح معه على دية أو يعفو عنه دون مقابل مادي. فالاختيارات كلها ملك يمينه وقوله فيها القول الفصل وهو مخاطب من خالقه في ذات الآية الكريمة أن يرجع العفو في اختياراته لينتصر بذلك في الدنيا فيكون قرار القصاص أو العفو عن القاتل له دون غيره.

٢-ب- إعتبار العفو والتسامح صدقة يتقرب بها ولي الدم إلى الله.

وقد قطعت آيات القرآن الكريم أن تسامح ولي الدم وعفوه عن القاتل هو في ذات الآن إنتصار له في علاقته بربه وخالقه فيحقق بعفوه عن القاتل أو بتصالحه معه مرضاة الله سبحانه وتعالى فيكسب الدارين معا «الدنيا والآخرة» ويكون ممن قال فيهم موله جل جلاله: «رضي الله عنهم ورضوا عنه»، لأن عفوه عن القاتل هو تقرب إلى الله سبحانه وتعالى وتعبير عن الرضاء بحكمه وأمره.

ويتضح ذلك المنهج العظيم في قوله سبحانه وتعالى وهو العزيز الحكيم: «يا أيها الذين آمنوا كتب عليكم القصاص في القتلى الحر بالحر والعبد بالعبد والأنثى بالأنثى فمن عفي له من أخيه شيء فاتباع بالمعروف وأداء إليه بإحسان ذلك تخفيف من ربكم ورحمة فمن اعتدى بعد ذلك فله عذاب أليم»، وقوله تعالى: «ولكم في القصاص حياة يا أولي الألباب لعلكم تتقون»^(١).

كما أشار القرآن الكريم إلى كون العفو عن القصاص صدقة يحبها الله ويحض على التمسك بها في هذا المجال على مر الأيام وفي كل مكان على الأرض، ويتضح ذلك من قوله وهو العليم الحكيم: «وجزأوا سيئة سيئةً مثلها فمن عفا وأصلح فأجره على الله إنه لا يحب الظالمين»^(٢) «ولا تقتلوا النفس التي حرم الله إلا بالحق ومن قتل مظلوماً فقد جعلنا لوليه سلطاناً فلا يسرف في القتل أنه كان منصوراً»^(٣) «وكتبنا عليهم فيها أن النفس بالنفس والعين بالعين والأنف بالأنف والأذن بالأذن والسن بالسن والجروح قصاص فمن تصدق به فهو كفارة له»^(٤).

(١) الآية ١٧٨ - ١٧٩ من سورة البقرة.

(٢) الآية ٤٠ من سورة الشورى.

(٣) الآية ٣٣ من سورة الإسراء.

(٤) الآية ٤٥ من سورة المائدة.

٢- ج- لا تعارض مطلقاً بين منهج التسامح وبين تحقيق الردع بنوعيه.

وليس في هذا التسامح «العفو أو الصلح» المقترن بالقصاص - سواء في جرائم النفس أو جرائم دون النفس - القصاص في الجروح - ما ينال من الردع الذي يحققه بقاء القصاص قائماً كمنهج عقابي إسلامي لأن التسامح هنا صدر من قوي يملك الخيارات في مواجهة القاتل والحاكم والقاضي، دون إكراه أو تدليس أو حيلة من أحد، فالقاتل الذي عفي عنه بدية «تصالح» أو بدون مقابل يعلم تمام العلم ويعلم غيره من أهل مجتمعه أنه خضع للإرادة المنفردة لولي الدم وفي ذلك ردع خاص للقاتل وردع عام للكافة، فإعمال العفو أو الصلح يكون في كل حالة على حدة، ويبقى القصاص قائماً كمنهج عقابي رادع لمن تسول له نفسه قتل أخيه في الإنسانية بغير حق، ومن ثم تظل حماية حق الإنسان في الحياة قائمة ومحققة سواء للإنسان المتهم أو للإنسانية جمعاء بمنهج متكامل يحقق هذا التوازن بحكمة الخالق ورحمته.

أما التشدد بإلغاء عقوبة الإعدام كوسيلة لحماية حق الإنسان المتهم - وحده - في الحياة ففيه إهدار صريح ومباشر لحق الإنسانية في الحياة، ولا ينال من ذلك النهج القول أن الخطأ البشري وارد في عقوبة الإعدام ولا يمكن تداركه بعد تنفيذه لأن ذلك يمكن رده بوضع ضمانات تشريعية وقضائية تمنع احتمال الخطأ البشري عند تطبيق عقوبة الإعدام بصفة عامة^(١)، ومنهج القصاص في التشريع الإسلامي بصفة خاصة.

٣- غائية التسامح كمنهج حياة وحقيقة المجتمعات التي تطبقه.

ومما لا شك فيه أن القاتل الذي سامحه ولي الدم فتصالح معه أو عفا عنه، إذا ما صار هو أو أحد من أهليته ولياً للدم سوف لا يجد نفسه إلا متسامحاً مع القاتل كما تسامح غيره معه، وهكذا سوف يكون حال العلاقة بين أفراد المجتمع فيما بينهم ويسود التسامح كظاهرة راسخة في عقيدة أفراد المجتمع بكامل طوائفهم، وعندما يسود التسامح في هذا المجتمع فإن مظاهر الأمن والاستقرار ستكون هي سماته وعندئذ ينمو المجتمع ويزدهر اجتماعياً واقتصادياً وسياسياً، وينعم أهله وقاطنوه بكافة حقوقهم وحریاتهم، وتحقق بذلك الغاية من فلسفة التسامح ومنهجية تطبيقه.

فمن حيث الردع كان التسامح، ومن حيث التسامح كان الأمن والاستقرار، ومن حيث الأمن والاستقرار كان التقدم والنمو والازدهار للمجتمع وأفراده، ولأجل كل ذلك كان التسامح منهج حياة يجب على أفراد المجتمع حكماً ومحكومين أن يتمسكوا به ويعضوا عليه بالنواجذ، ويمكن القول أن المشرع الوضعي قد أخذ بمفهوم التسامح في كافة تشريعاته وخاصة الجنائية منها في إطار من المساواة وعدم التمييز بين البشر لأي سبب من الأسباب ولكن ليس بوصفه منهجاً متكاملاً داخل النظام القانوني النافذ، بل لأسباب تختلف في كل

(١) راجع في تفصيل هذه الضمانات - الملحق الخاص بالضوابط القانونية والشرعية لعقوبة الإعدام في ضوء القواعد الدولية لحماية حقوق الإنسان - الملحق بمؤلفنا - الحماية الجنائية لحقوق الإنسان - دراسة مقارنة بأحكام ومبادئ الشريعة الإسلامية والمواثيق الدولية والمبادئ الدستورية ومنشأة المعارف - بالإسكندرية ٢٠٠٨ الطبعة الثانية.

حالة على حدة لا يربط بينها منهج متصل في السند والغاية بخلاف ما ورد في التشريع الإسلامي وسوف يأتي إيضاح ذلك فيما بعد.

ولا يعد القصاص كمنهج عقابي متكامل، المثال الوحيد المحتوي على ركن التسامح، بل هناك مظاهر وأمثلة كثيرة في التشريع الإسلامي تحمل ذات المنهج بأسلوب مختلف ويتضح ذلك في مفهوم المثلية في العقاب على النحو التالي:

ب- مفهوم المثلية في العقاب في التشريع الإسلامي وفلسفة التسامح ومنهجيته في التطبيق:

قد يفهم من ظاهر النص الذي أوجب توافر المثلية في القصاص فيما دون النفس أنها تعني مجرد الاتحاد في النوع والجنس، ولكن التطبيقات الإسلامية للمثلية في القصاص أكدت على أن فحواها ودلالاتها أعمق وأدق من مجرد ظاهر النص الموجب لها، وفي فحواها ودلالاتها تكمن فلسفتها وتتضح غايتها التي تتحد وتتطابق مع فلسفة التسامح ومنهجية تطبيقه ويتضح ذلك فيما يلي:

قال تعالى: بسم الله الرحمن الرحيم «وإن عاقبتكم فعاقبوا بمثل ما عوقبتم به»^(١) ثم أردف ذلك بقوله عز وجل: «ولئن صبرتم لهو خير للصابرين»^(٢)، وقبل الخوض فيما تحمله الآية الكريمة من معانٍ وأحكام ومبادئ ترسخ منهج التسامح في الإسلام وتحقق غايته البعيدة في المجتمع.

ب - ١- بيان نماذج السلوك الانساني.

بالإشارة إلى أنه في حياة الإنسان ثلاثة نماذج من السلوك فيما يرجع إلى علاقته بالناس في حقوقه عليهم وحقوقهم^(٣) عليه: أولها: السلوك العادل المستقيم. وثانيها: السلوك العدواني الظالم. وثالثها: السلوك الأخلاقي الفاضل.

فحينما يكون لك حق على أحد من الناس فتأخذه كاملاً، لا تسمح له ببعضه، ولا تدعي لنفسك أكثر مما لك عليه، تكون قد أخذت بحقك، وهذا من المباح الذي لا مدح عليه ولا ذم، ولا ثواب عليه ولا عقاب.

وحينما يكون لأحد من الناس حق عليك فيطالبك به فتعطيه إياه كاملاً لا تزيد على حقه شيئاً، ولا تنقصه من حقه شيئاً، كان هذا من المباح الذي لا مدح عليه أيضاً ولا ثواب عليه ولا عقاب ... إنه العدل لنفسك وللآخرين. أما إذا تجاوزت العدل إلى الجور، فأخذت أكثر من حقك دون أن يرضى صاحبك، أو أعطيته أقل من حقه، فقد تجاوزت بذلك العدل المباح إلى الظلم الحرام.

(١) الآية ١٢٦ من سورة النحل.

(٢) الآية ١٢٦ من سورة النحل.

(٣) في تفصيل ذلك راجع الإمام محمد مهدي شمس الدين - رحمه الله - إمام الشيعة في لبنان سابقاً. بين الجاهلية والإسلام: المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع: بيروت - الطبعة الثالثة سنة ١٩٨٧ ص ١٤٢ وما بعدها.

وأما إذا تجاوزت العدل إلى الفضل، فأخذت أقل من حَقك طيبة نفسك، وأعطيت صاحبك أكثر من حقه طيبة نفسك فقد تعاليت وتسامحت وتجاوزت العدل إلى الفضل، ودخلت دائرة التعامل بالأخلاق.

ب - ٢ - دلالة هذه النماذج في التشريع الإسلامي.

قد بين الله سبحانه وتعالى هذه النماذج الثلاثة للسلوك أوضح بيان في جملة من الآيات، وجمع بينها في البيان وفي الوضع التشريعي لكل منها في قوله تعالى: بسم الله الرحمن الرحيم «وجزاً أو سيئة سيئة مثلاً فمن عفا وأصلح فأجره على الله إنه لا يحب الظالمين ولمن انتصر بعد ظلمه فأولئك ما عليهم من سبيل إنما السبيل على الذين يظلمون الناس ويبغون في الأرض بغير حق أولئك لهم عذاب أليم»^(١).

فالله سبحانه وتعالى قد بين في هذه الآيات الحكم في السيئة، وأن جزاء السيئة مثلاً، وأن من أساء إليه أحد فظلمه فانتصر لنفسه فلا سبيل عليه، إنه أخذ حقه ولم يتجاوز، ولكن الله لم يمدح مثل هذا الشخص ولم يفضل بين خلقه.

وجعل السبيل على الذين يظلمون الناس أي الذين يعتدون بغير حق أو يتجاوزون العدل في استيفاء ما لهم من حق على غيرهم فيأخذون أكثر مما يستحقون فهؤلاء هم الظالمون، وقد ذمهم الله وتوعدهم بالعذاب.

أما السلوك الأخلاقي الفاضل السامي الذي تجاوز العدل إلى الأعلى فهو سلوك أولئك الذين يصبرون ويغفرون ويتصالحون ويعفون، هؤلاء مدحهم الله ورفع شأنهم، وجعل أجرهم على الله، وهو تعبير يوحي بعظيم الأجر لأنه من القادر جل شأنه وتعالى سلطانه. لأن سلوكهم هذا من عزم الأمور، وهو سلوك يمدحه الله دائماً.

ب - ٣ - موقف القاضي من هذه النماذج.

من نافلة القول أن التقسيم الذي أوضحناه سلفاً يكون للإنسان عندما يكون أحد الطرفين في العلاقة بأن يكون صاحب الحق أو يكون عليه الحق. فعندئذ يكون مسلكه بين أحد المواقف الثلاثة «باب العدل أو باب الظلم أو باب الفضل» فإما يكون عادلاً فيكون موقفه من العدل المباح الذي لا مدح فيه ولا ذم، أو يكون ظالماً فيكون موقفه من الظلم المذموم والمعاقب عليه، أو يكون فاضلاً أخلاقياً فيكون موقفه من مواقف الأخلاق التي يستحق عليها صاحبها المدح والأجر المباشر من الله عز وجل ويكون من أولي العزم من البشر.

أما إذا ما كنت - أيها الإنسان - طرفاً ثالثاً في مسألة حسم الحقوق كأن تكون حكماً بين طرفيه كما هو حال المشرع والقاضي فليس لك ثلاثة مواقف «العدل، الظلم، الفضل» كصاحب الحق «مدعي» أو الذي عليه الحق - المدعى عليه - بل ليس أمامك إلا موقفين اثنين فقط «العدل أو الظلم» فأني انحراف عن العدل في هذه الحالة لا يعني إلا شيئاً واحداً وهو أنك أعطيت الحق أو بعضه لغير صاحبه وهذا هو الظلم بعينه، وهو من أعظم المحرمات عند الله، وأمرنا بعدم الاقتراب منه في حديثه القدسي... «إني حرمت الظلم على نفسي وجعلته بينكم محرماً فلا تظالموا».

(١) الآية ٤٠ - ٤٣ من سورة الشورى.

ومن هنا يُستخلص أن العدل «المباح» يكون حين تكون أنت صاحب الحق وتريد أن تأخذه أو عليك الحق وتريد أن تعطيه، أما حين تكون حكماً بين طرفين فالعدل واجب لا محيد عنه، وأي بعد عنه حرام وإجرام.

ومما لا شك فيه أن تحري العدل في المثلية في العقاب تنفيذاً لأمر الله يعني اتحاد النوع والجنس في العقوبة ويعني في ذات الآن التماثل في الآثار المترتبة عليها، فإذا اتحدت في النوع وجنس العقوبة واختلفت في الآثار المترتبة عليها فهذا لا يعني التماثل بل هناك تجاوز، والتجاوز قد يكون للأشد والأخطر والأكثر جسامة في آثاره، وقد يكون للأقل والأخف والأبسط في الآثار المترتبة عليه ونتائجها.

فإذا كان التجاوز في الآثار للأخطر أو الأشد أو للأكثر جسامة ابتعد بصاحبه عن العدل ودخل في باب الظلم فأدخل صاحبه من دائرة «المباح» إلى دائرة «الظلم المذموم والمعاقب عليه» والإنسان الذي يريد أن يحقق العدل يلتزم بأمر الله لن يجد أمامه إلا باب الفضل ليكون فيه عندما يستشعر ولو باحتمال بسيط أنه لن يحقق المثلية في رد العقاب لمن عاقبه وربما يتجاوزها إلى الأشد مهما كان قدر تجاوزه المحتمل، فإذا ما فضل باب الفضل لابتعد عن باب الظلم فإن العفو هو المأوى، والمعفو عنه سوف يكون كذلك مع من اعتدى عليه والأخير سيكون كذلك عندما يكون هو في موقف المعتدى عليه، وهكذا يتحول حال المجتمع الذي يلتزم بمنهج التسامح في العلاقة بين حكامه والمحكومين وبين أفرادهم في تعاملاتهم وأمر حياتهم.

ج- مآل المجتمع الذي يلتزم بمنهج التسامح ويحقق غايته

ومثل هذا المجتمع تسوده المودة والرحمة فيسوده الأمن والاستقرار، فينمو ويزدهر ويحيا أفراده حياة كريمة يتمتعون فيها بكافة حقوقهم وحررياتهم فلا يقع بغي منها ولا بغي عليها، وهذه هي فلسفة التسامح وغايته في التشريع الإسلامي أرادها خالق الأرض والسموات وما بينهما لتكون منهج حياة دائم للبشرية جمعاء لتحيا حياة كريمة في أي مكان وزمان.

د- أمثلة من التطبيقات الإسلامية لمنهج التسامح وفلسفته

والتطبيقات الإسلامية في هذا الصدد «المثلية في العقاب» تدل دلالة قاطعة على هذا الفهم الصحيح لها ويتضح ذلك فيما يلي:

د-١- فمن صفعه شخص ضعيف البنية، وكان هو «المصفوع» قوي البنية فإن المثلية لن تتحقق بالعدل إذا رد الصفعة إليه بصفعة من يده القوية، لأن الآلام التي سوف تترتب على صفعته القوية وربما الآثار الأخرى المترتبة عليها لن تكون بذات القدر الذي سببتها له صفعة يد ضعيف البنية، فإن فعلها قوي البنية «المأمور من ربه بالمثلية في العقاب» سيدخل حتماً باب الظلم لأنه تجاوز آثار المثلية إلى الأشد والأكثر خطورة وهو كإنسان يريد أن يرضى عنه الله ويحبه ولن يرضى أن يكون ظالماً، ومن ثم لن يكون أمامه إلا باب الفضل وهو ما يعني وجوب التسامح فيعفو عن أخيه «الفاعل» بغية مرضاة ربه، وهكذا سيكون مسلك ومنهج الذي عفي عنه، حتى

يكون هو منهج الحياة في المجتمع، فمنهج التسامح يحقق الفلسفة التي بني عليها لرقى البشرية جمعاء.

د-٢- وثمة مثال آخر في هذا الصدد أكدته التطبيقات الإسلامية لتحقيق المثلية في العقاب تؤكد المعنى سالف البيان لها وهو إذا فُقد أعور عين سليم، فظاهر المثلية تقتضي فُقد عينه هنا يتحول إلى أعمى وهذه آثار تتجاوز الآثار التي حدثت للمجني عليه فلا تتحقق المثلية كما أرادها الله في حكمه، عندئذ تتحول عقوبة الجاني إلى تعزيرية يقدرها ولي الأمر، ويمتنع القصاص لعدم توافر شروط المثلية في العقاب. هذا التسامح لا ينال من الردع، فإذا ما ثبت من التحقيقات أن الفاعل «الأعور» تعمد الانتقام من الناس أو تكرر منه ذات الفعل بعد أن تم استبدال القصاص «فقاً عينه» بعقوبة تعزيرية أو العفو عنه، فإن تطبيق القصاص عليه بعد ذلك يكون هو الردع بعينه لتحقيق أمن المجتمع واستقراره الذي هو غاية وفلسفة التسامح التي لا تعني ترك الظالم أو الفاسد ليرتع في الأرض مرحاً وينعم بالتسامح من غيره ولا يسامح هو غيره.

فالمناهجية تعني التزام الجميع بالمنهج السائد، والشواذ عنه لا يقاسون عليه، فالتسامح قاعدة عامة، ولكل قاعدة استثناء يقدر بقدره ولا يتوسع فيه ولا يقاس عليه، فهو كالضرورة تقدر بقدرها، المهم أن يكون التسامح هو منهج حياة الناس - دون اعتبار لغير الطبيعي منهم - فالتسامح منهج يسود ليحقق فلسفته وغاياته، فقد خلق الله الجنة تسع جميع مخلوقاته من إنسه وجنه وفي ذات الآن خلق النار لتسع أيضاً جميع مخلوقاته من إنسه وجنه، وكل أحكام الأمور النهي في التشريع السماوي تحضنا على التوجه بالقول والفعل والعمل إلى طريق الجنة لندخلها - هذا هو المنهج الإلهي ومن ثم يزيل عنا في دنيانا كل ما يسبب المشقة والحر - فإذا ما صمم وأصر أحد من الخلق أن يكون والعياذ بالله من أهل النار فسوف يكون فيها وأن المنهج الإسلامي في التشريع الإلهي «افعل ولا تفعل» يؤدي برحمة الله سبحانه وتعالى إلى الجنة لا إلى النار.

هـ - الأحكام الشرعية تحض الإنسان على طريق الجنة إلا من أبى

ويتجلى ذلك في الأحاديث القدسية التالية والتي يقول فيها المولى عزوجل: «يا ابن آدم من تواضع لله رفعه ومن تكبر وضعه الله، عبي أطعنا فقرينك، وعصيتنا فأمهلناك ولو عدت إلينا بعد ذلك قبلناك»، ويقول جل شأنه: «إني والإنس والجن في نبأ عظيم، أخلق ويبعد غيري، أرزق ويشكر سواي، خيرى إلى العباد نازل وشرهم إلي صاعد، أتحب إليهم بنعمي وأنا الغني عنهم، ويتباغضون عني بالمعاصي وهم أفقر شيء إلي»، ويقول عز من قائل: «أهل ذكري أهل عبادتي أهل شكري أهل زيادتي أهل طاعتي أهل محبتي أهل معصيتي لا أقنطهم من رحمتي، فإن تابوا فأنا حبيبهم فأني أحب التوابين وأحب المتطهرين وإن لم يتوبوا فأنا طبيبهم أبتليهم بالمصائب لأظهرهم من الذنوب والمعاصي، من عاد منهم ناديتهم من قريب، ومن بعد منهم ناديتهم من بعيد أوجدت إلهاً غيري وأنا الغفور الرحيم!؟، الحسنه بعشر أمثالها وأزيد، والسيئة بمثلها... وأعفو!، أنا أرأف بعبادي من الأم بولدها!». أبعد هذا - في التسامح بعد ؟؟؟ فإذا كان هذا هو منهج الخالق في علاقتهم به سبحانه وتعالى حتى يدخلهم جناته فإن حقيقة إفصاح الخالق عنه ووصوله إلينا لنعلمه ونتدارسه ونطبقه،

لأمر قطعي الدلالة على أنه - أي التسامح - لا بد أن يكون هو منهج الحياة بين بني البشر ليحقق فلسفته وغايته، فيسود السلام والأمن والأمان والاستقرار في المجتمع، فيحيا الإنسان حياة كريمة يتمتع فيها بكافة حقوقه وحرياته، فلا يظلم ولا يُظلم، وإذا لم تستطع تحقيق العدل بمعناه الحرفي فليس أمامك إلا أن تكون في باب الفضل ومن أهل الفضل أي من أهل التصالح والعفو أي من أهل التسامح.

و- المنهج الإسلامي لا يعرف الأحقاد الطائفية ولا الحروب الدينية

فالأحقاد الطائفية والحروب الدينية غريبة على أرض الإسلام، فقد أُلِف هذا الدين منذ بدأ أن يعاشر غيره على المياسرة واللفظ، وأن يرعى حسن الجوار فيما يشرع من قوانين ويضع من تقاليد. وهو في ميدان الحياة العامة حريص على احترام شخصية المخالف له، ومن ثم لم يفرض عليه حكمه أو يقهره على الخضوع لشرائعه. وسيبقى مسلك هذا الدين مثلاً أعلى لأروع ضروب الاعتدال والتسامح مهما اجتهد المرجفون وفتنوا في أفقه الدخان، فالعصبية حماس يشتعل وليست حقاً يضيء، فإن الله سبحانه وتعالى شرع دينه نظاماً للنفس والمجتمع والدولة جميعاً، وما اعتبره شراً في أحوال النفس هو شر مضاعف يوم يقوم عليه مجتمع وتبنى عليه حكومة.

ومادام قد أهدر الأنساب والألوان والأوطان في تقدير النفس، فالحري أن يهدرها في تقدير الدول والشعوب. ومن ثم فأساس الدولة المحترمة عنده أن تنهض على دعائم من الخير والصلاحية لا على مزاعم من الانتفاخ الأجوف والعصبية العمياء. فالمبدأ والتعارف عليه والاقتراب منه هو أساس الحكم، لا قطعة الأرض والمعيشة عليها والجوار فيها.

إن الحق ليس الشمعة التي تضيئك من الداخل فقط، بل هو الشعاع الذي تبصر عليه طريقك في الحياة كذلك.^(١) والحق هو أن تجعل التسامح منهجاً لحياتنا، وهذا النداء موجه إلى الإنسان بوصفه إنساناً وإلى المشرع وإلى القاضي في كل مكان وإلى المجتمع الداخلي والدولي فبدون التسامح كمنهج حياة سيظل الجميع على شفا حفرة من النار لأنهم سيكونوا حتماً في باب الظلم الذي حرّمه المولى سبحانه وتعالى على نفسه وجعله بيننا محرماً.

ويبقى تساؤل هام حول مدى التزام التشريعات الوضعية بفلسفة التسامح ومنهجية تطبيقه بالحالة التي هي عليها في التشريع الإسلامي على نحو ما سلف؟

هذا ما سوف أجيب عليه - بعون الله - بصورة كلية تاركاً تفاصيل ما أخذ به التشريع الوضعي لدراسة أخرى.^(٢)

(١) الإمام محمد الغزالي رحمه الله تعالى: التعصب والتسامح بين المسيحية والإسلام - نهضة مصر للطباعة والنشر والتوزيع - الطبعة السادسة منه ٢٠٠٥ ص ٩ وما بعدها.

(٢) انظر في تفصيل موقف التشريع الإماراتي من التسامح «الصلح والعفو» البحث المقدم من أستاذنا المستشار البشري الشوربجي لندوة «التسامح بين الشرع والقانون» المنعقد بدائرة القضاء مساء يوم ١٦/١١/٢٠١١ بمناسبة اليوم العالمي للتسامح.

ثالثاً: مدى التزام التشريعات الوضعية بفلسفة التسامح ومنهجية تطبيقه

يمكن تقسيم التشريعات الوضعية من حيث مدى التزامها بفلسفة التسامح ومنهجية تطبيقه إلى قسمين كما يلي:

أ- التشريعات التي تضمنت تطبيق أحكام الشريعة الإسلامية ضمن قواعدها النافذة

هذه التشريعات تأخذ بأحكام ومبادئ الشريعة الإسلامية في جرائم الحدود والقصاص والدية جملة وتفصيلاً، حتى لو خلت من تفاصيل ذلك في نصوصها النافذة، لأن النص صراحة على تطبيق أحكام الشريعة الإسلامية على جرائم الحدود والقصاص والدية - كما هو حال الفقرة الأولى من المادة الأولى من قانون العقوبات الاتحادي لدولة الإمارات العربية المتحدة - يدل بذاته على تطبيق أحكام الشريعة الإسلامية بكل عناصرها وبكل ما تتضمنه من مقاصد الشريعة والراجح من أقوال العلماء فيها وما أرسته التطبيقات القضائية منذ عصر رسول الله «صلى الله عليه وسلم» وحتى يومنا هذا مروراً بالتابعين وتابعي التابعين.

ومما لا شك فيه أن القاضي وهو في سبيله إلى تطبيق هذه الأحكام سوف يلتزم بفلسفة التسامح وبمنهجية تطبيقه بحسبانها إطاراً يحيط بكل أحكام الشريعة الإسلامية الواجبة التطبيق وجزء لا يتجزأ منها لأنها منهج هذه الأحكام، والغاية التي تصبو إليها ومن ثم يمكن القول أن التشريعات الوضعية التي أخذت ضمن أحكامها بوجوب تطبيق أحكام الشريعة الإسلامية مقترنة بفلسفة التسامح ومنهجية تطبيقه، وهذه الأخيرة ملزمة للقضاء الملتزم بتطبيقها بذات إلزامية النصوص ذاتها أما باقي النصوص النافذة التي تتضمنها هذه التشريعات فيتكون منها ما يسمى بالجرائم والعقوبات التعزيرية التي هي من صلاحية ولي الأمر من ناحية، ويجب على القضاة تطبيقها على جرائم الحدود والقصاص والدية إذا لم تتوافر الشروط الشرعية لتطبيق أحكام الشريعة الإسلامية عليها من ناحية أخرى، وهو ما صرحت به كل من المادتين الأولى والسادسة والستين من قانون العقوبات الاتحادي، والمادة الأولى من قانون الإجراءات الجزائية لدولة الإمارات العربية المتحدة في فقرتها الأولى، حيث نصت المادة الأولى من قانون العقوبات الاتحادي على أنه «تسري في شأن جرائم الحدود والقصاص والدية أحكام الشريعة الإسلامية، وتحدد الجرائم والعقوبات التعزيرية وفق أحكام هذا القانون والقوانين العقابية الأخرى».

ونصت المادة السادسة والستين من ذات القانون على أنه «يجب على المحكمة أن تقضي بالعقوبات التعزيرية المنصوص عليها في هذا القانون إذا لم تتوافر الشروط الشرعية للحكم بعقوبات الحدود والقصاص والدية».

ونصت المادة الأولى في فقرتها الأولى من قانون الإجراءات الجزائية على أنه «تطبق أحكام هذا القانون في شأن الإجراءات المتعلقة بالجرائم التعزيرية، كما تطبق في شأن الإجراءات المتعلقة بجرائم الحدود والقصاص

والدية فيما لا يتعارض مع أحكام الشريعة الإسلامية».

وبهذا يتضح أن المشرع في دولة الإمارات العربية المتحدة قد أخذ بأحكام الشريعة الإسلامية ومن بينها «باعتبار التلازم» فلسفة التسامح ومنهجية تطبيقه.

وعلاوة على ذلك تضمنت تشريعات الدولة سواء الجزائية منها قانون العقوبات الاتحادي والمحلي، وقانون الإجراءات الجزائية والقوانين الجزائية الخاصة، أو غير الجزائية «قانون المعاملات المدنية، قانون الإثبات، قانون الإجراءات المدنية، قانون المعاملات التجارية، وقانون تنظيم علاقات العمل، تضمنت قواعد تنظم الصلح بين المتقاضين وترتب عليه أثراً تحقق في معظمها بعضاً من فلسفة التسامح - على نحو ما سلف، وإن كانت تفتقد إلى المنهجية المتكاملة في تحقيق الغاية من التسامح كمنهج تشريعي متكامل، فالسياسة الجنائية في التشريعات الوضعية بصفة عامة تفتقر إلى منهجية التسامح بمعناها المتكامل في التشريع الإسلامي.

ويمكن القول أنها تسير على بداية الدرب وكل من سار على الدرب وصل وهذا ما نرجوه أن يحدث في التشريعات النافذة لتحقيق للإنسان كرامته الإنسانية، ونحمي أصل البراءة فيه.

ب - التشريعات التي لم تتضمن وجوب تطبيق أحكام الشريعة الإسلامية.

هذه التشريعات - وتمثل الأغلبية بين التشريعات النافذة - تضمنت نصوصاً تنظم التصالح بين طرفي الدعوى أو الخصومة، وترتب عليه أثراً قانونية تقترب عند تحقيقها من فلسفة التسامح سائلة البيان، ولكنها لا تحققها كما أرادها الإسلام ومن ثم لا نجد أثراً ملحوظة في المجتمعات المخاطبة بهذه التشريعات الوضعية، ويمكن القول أن المشرع في هذه التشريعات لم يقصد بالصلح أو التصالح منهج حياة بين أفراد المجتمع بل قصد به أثراً قانونية بحتة إما للحد من العقاب الجنائي، أو لتخفيف العبء على القضاء كمحاولة منه للقضاء على ظاهرة بطء التقاضي بسبب كثرة القضايا وتراكمها وقلة عدد القضاة.

والرجاء أن تنجح هذه التشريعات الوضعية النافذة إلى دراسة فلسفة التسامح في الإسلام ومنهجية تطبيقه حتى يسود هذا النهج المجتمعات البشرية فتنعّم الإنسانية بأثار التسامح ومنهجية تطبيقه في العلاقة بين السلطات الحاكمة والمحكومين أو بين الأفراد فيما بينهم.

فالتسامح كمنهج حياة يحقق فور تطبيقه الكرامة الإنسانية وأمن المجتمع واستقراره ومن ثم نموه وازدهاره وفيه يحيا الإنسان الذي هو أساس المجتمع حياة كريمة يتمتع فيها بكافة حقوقه وحياته فهذه هي فلسفة التسامح ويبقى الأخذ بمنهجية تطبيقه وهو ما أناشد به كل مشرع يريد أن يحقق الحماية لمجتمعه بالعدل لا بالجند.

وآخر دعوانا أن الحمد لله رب العالمين

القسم الأول أبحاث ودراسات

التوقيع الإلكتروني و حجيته القانونية في ضوء التشريع الإماراتي

المستشار :

عادل العشابي

مدير إدارة التنفيذ – دائرة القضاء

مقدمة

شهد العالم تطورا سريعا و مبهرًا في تكنولوجيا الاتصالات ، أدى إلى ظهور التجارة الإلكترونية ، التي تتميز من جهة أولى بكونها تتم في بيئة لا ورقية تستخدم فيها وسائل الاتصال الحديثة ، و التي تتيح من جهة ثانية العديد من المزايا المرتبطة بتوفير الجهد و الوقت و المال^(١) ، مثلما تحتاج من جهة ثالثة إلى توقيع يتلاءم مع طبيعتها .

و إذا كان تطور التجارة الإلكترونية مرتبط بتوافر إطار قانوني قادر على خلق مستوى عال من الثقة بين المتعاملين^(٢) ، فإن التطور السريع و الفعال الذي شهدته التجارة المذكورة قد أدى إلى ظهور مصطلحات جديدة استطاعت أن تعبر جسر لغة القانون إلى المجال التشريعي ، كما هو حال « التوقيع الإلكتروني » الذي كان محل اهتمام مجموعة من التشريعات الدولية و الوطنية الحريصة على مواكبة المستجدات الحديثة و على ضمان « الأمن القانوني » اللازم لحماية المتعاملين و لتطور التجارة الإلكترونية نفسها ، باعتباره أساس كل تعامل و هدف كل تدخل تشريعي في هذا المجال .

وهكذا قامت لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي (الأونسيترال UNCITRAL)^(٣) أمام تزايد سرعة استعمال وسائل الاتصال الحديثة لتسيير المعاملات التجارية الدولية ، بإعداد القانون النموذجي بشأن التجارة الإلكترونية^(٤) ، بغرض تقديم مجموعة من القواعد المقبولة دوليا بشأن كيفية إزالة عدد من العقبات القانونية التي تعوق استعمال الوسائل المذكورة ، و كيفية تهيئة بيئة قانونية أكثر أمانا لما أصبح يعرف بظاهرة

(١) انظر بخصوص مزايا التجارة الإلكترونية و فوائدها :

الدكتور خالد ممدوح إبراهيم : إبرام العقد الإلكتروني - دراسة مقارنة ، منشورات دار الفكر الجامعي - الإسكندرية ، الطبعة الأولى ٢٠٠٦ ، ص ١ و ما بعدها .

الدكتور لورنس محمد عبيدات: إثبات المحرر الإلكتروني (رسالة دكتوراه)، دار الثقافة للنشر و التوزيع - عمان ، الطبعة الأولى - ٢٠٠٥ ، ص ١ و ما بعدها .

(٢) انظر بخصوص مفهوم الثقة و دورها في التجارة الإلكترونية .

Alexandre Guimond: La notion de confiance et le droit du commerce électronique ، Lex Electronica، vol. 12 n°3 (Hiver / Winter 2008) ، p 1- 15 .

(٣) أنشئت في عام ١٩٦٦ من لدن الجمعية العامة بموجب القرار ٢٢٠٥ (د-٢١) المؤرخ في ١٧ كانون الأول/ديسمبر ١٩٦٦ ، و ذلك لأجل تقليل وإزالة عوائق تدفق التجارة الناجمة عن التفاوتات في القوانين الوطنية التي تنظم التجارة الدولية ، و تتكوّن من ستين دولة عضوا تنتخبها الجمعية العامة المذكورة .

و تضطلع اللجنة بعملها في دورات سنوية تعقد في سنوات متعاقبة في مقر الأمم المتحدة بنيويورك وفي مركز فيينا الدولي بفيينا ، و تدعى لحضورها الدول غير الأعضاء والمنظمات الدولية المهتمة ، وذلك بصفة مراقبين يسمح لهم بالمشاركة في المناقشات .

و قد أنشأت اللجنة ستة فرق عاملة لإنجاز الأعمال التحضيرية الفنية بشأن المواضيع المدرجة في برنامج عملها ، بحيث يتكوّن كل فريق عامل من جميع الدول الأعضاء في اللجنة ، و يتولى موضوع التجارة الإلكترونية الفريق العامل الرابع .

(٤) اعتمدته بموجب قرار الجمعية العامة رقم ١٦٢/٥١ المؤرخ في ١٦ كانون الأول/ديسمبر ١٩٩٦ بناء على تقرير اللجنة السادسة A/٥١/٦٢٨

التجارة الإلكترونية^(١). كما أعدت نفس اللجنة بعد ذلك القانون النموذجي^(٢) بشأن التوقيعات الإلكترونية (٢٠٠١)^(٣)، باعتباره مستمداً مباشرة من المادة ٧ من القانون الأول^(٤)، بالنظر إلى تزايد استعمال تقنيات التوثيق الإلكترونية كبديل للتوقيعات الخطية و غيرها من إجراءات التوثيق التقليدية^(٥).

و في نفس الإطار ، أصدر المشرع الإماراتي القانون الاتحادي رقم (١) لسنة ٢٠٠٦ في شأن المعاملات و التجارة الإلكترونية^(٦) بهدف تسهيل وإزالة أية عوائق ، قد تنتج عن الغموض المتعلق بمتطلبات الكتابة والتوقيع ، من أمام التجارة الإلكترونية والمعاملات الإلكترونية الأخرى ، وتعزيز تطورهما على الصعيدين المحلي والعالمي عن طريق استخدام توقيعات الكترونية^(٧).

لذلك كان طبيعياً أن يتضمن هذا القانون تنظيمًا للتوقيع الإلكتروني ، الذي يتوقف نمو التجارة الإلكترونية وازدهارها على مدى فعاليته ، بتعريفه (الفصل الأول) ، و بيان مدى حجته (الفصل الثاني) ، قبل أن يتدخل نفس المشرع بمقتضى القانون اتحادي رقم (٣٦) لسنة ٢٠٠٦م الصادر بتاريخ ٢٠٠٦\١٠\٠٩^(٨) بتعديل بعض أحكام قانون الإثبات في المعاملات المدنية والتجارية بما يلزم مقتضيات المذكورة .

-
- (١) دليل تشريع قانون الأونسيترال النموذجي بشأن التجارة الإلكترونية (١٩٩٦) ، منشورات الأمم المتحدة نيويورك ٢٠٠٠ ، ص ١٦ .
 - (٢) يشار إليه أيضاً باسم « القانون النموذجي الجديد » (انظر دليل اشتراع قانون الأونسيترال النموذجي بشأن التوقيعات الإلكترونية (٢٠٠١) منشورات الأمم المتحدة - نيويورك ٢٠٠٢ ، ص ٩)
 - (٣) اعتمدته الجمعية العامة بالجلسة العامة ٨٥ بتاريخ ١٢ كانون الأول /ديسمبر ٢٠٠١
 - (٤) دليل اشتراع قانون الأونسيترال النموذجي بشأن التوقيعات الإلكترونية ٢٠٠١ ، ص ٣٨ .
 - (٥) نفس المرجع السابق ، ص ١٠ .
 - (٦) نشر باللغة العربية في الجريدة الرسمية لدولة الإمارات العربية المتحدة، العدد ٤٤٢، السنة السادسة و الثلاثين، محرم ١٤٢٧ هـ/ يناير ٢٠٠٦.
 - (٧) نصت المادة ٣ من القانون المذكور على أنه « يهدف .. إلى تحقيق ما يأتي:
 - ١ - حماية حقوق المتعاملين إلكترونياً وتحديد التزاماتهم.
 - ٢ - تشجيع وتسهيل المعاملات والمراسلات الإلكترونية بواسطة سجلات إلكترونية يعتمد عليها.
 - ٣ - تسهيل وإزالة أية عوائق أمام التجارة الإلكترونية والمعاملات الإلكترونية الأخرى والتي قد تنتج عن الغموض المتعلق بمتطلبات الكتابة والتوقيع، ولتعزيز التطور القانوني والتجاري لتطبيق التجارة الإلكترونية بصورة مضمونة.
 - ٤ - تسهيل نقل المستندات الإلكترونية بين الجهات والمؤسسات الحكومية وغير الحكومية وتعزيز توفير خدمات هذه الجهات والمؤسسات بكفاءة عن طريق مراسلات إلكترونية يعتمد عليها.
 - ٥ - التقليل من حالات تزوير المراسلات الإلكترونية والتغيرات اللاحقة على تلك المراسلات والتقليل من فرص الاحتيال في التجارة الإلكترونية والمعاملات الإلكترونية الأخرى.
 - ٦ - إرساء مبادئ موحدة للقواعد واللوائح والمعايير المتعلقة بتوثيق وسلامة المراسلات الإلكترونية.
 - ٧ - تعزيز الثقة في سلامة وصحة المعاملات والمراسلات والسجلات الإلكترونية.
 - ٨ - تعزيز تطور التجارة الإلكترونية والمعاملات الأخرى على الصعيدين المحلي والعالمي وذلك عن طريق استخدام توقيعات الكترونية.
- (٨) نشر بالجريدة الرسمية الصادرة بتاريخ ٢٠٠٦\١٠\١٢

الفصل الأول : تعريف التوقيع الإلكتروني :

إذا كان المفهوم التقليدي للتوقيع في الفقه و التشريع و القضاء ، قد اعتمد على ربطه بأشكال محددة ^(١) ، فإن ظهور التوقيع الإلكتروني مع تطور التكنولوجيا الحديثة للاتصالات ، أدى إلى تطور في مفهوم التوقيع نفسه من خلال ربطه بوظيفتيه الأساسيتين .

وسنحاول من خلال هذا الفصل عرض التعريفات الفقهية و التشريعية المقارنة للتوقيع الإلكتروني (المبحث الأول) ، قبل بيان تعريف المشرع الإماراتي له (المبحث الثاني) .

المبحث الأول: التعريفات الفقهية و التشريعية المقارنة للتوقيع الإلكتروني

أورد الفقهاء تعريفات مختلفة للتوقيع الإلكتروني، استندت على الوسيلة التي يتم بها و على ما يقوم به من وظائف (المطلب الأول) . كما أوردت التشريعات المقارنة الحديثة تعريفات استفادت فيها من القانونين النموذجيين الصادرين عن لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي (المطلب الثاني) .

المطلب الأول: التعريفات الفقهية للتوقيع الإلكتروني :

ركز غالبية الفقه عند تعريفه للتوقيع الإلكتروني على الوظائف التي يفترض أن يقوم بها في البيئة الإلكترونية (التعريف الوظيفي) ، دون إهمال للوسيلة التقنية التي تم بها (التعريف التقني) ، في دمج مختلف من حيث الصياغة و متشابه من حيث المضمون للتعريفين المذكورين ^(٢) .

و هكذا عرف بعض الفقه التوقيع الإلكتروني بأنه « مجموعة من الإجراءات أو الوسائل التقنية التي يتيح استخدامها عن طريق الرموز أو الأرقام أو الشفرات ، إخراج علامة مميزة لصاحب الرسالة المنقولة إلكترونياً » ^(٣) ، و بأنه « إجراء معين يقوم به الشخص المراد توقيعه على المحرر سواء

(١) انظر بخصوص التطور التاريخي للتوقيع و ارتباطه بتطور الكتابة :

Arnaud-F Fausse : La Signature Électronique – Transactions Et Confiance Sur Internet. DUNOD .2001. p361 et suiv .

(٢) هناك من الفقه من اقتصر على التعريف الوظيفي للتوقيع الإلكتروني مؤكداً أنه « مجموعة من الإجراءات التقنية التي تسمح بتحديد شخصية من تصدر عنه هذه الإجراءات و قبوله بمضمون التصرف الذي صدر التوقيع بمناسبته » (محمود ثابت محمود : حجية التوقيع الإلكتروني في الإثبات ، مجلة المحاماة ، العدد ٢٠٠٢ ، ص ٦٢٦)

و هذا النهج هو الذي اعتمدته لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي (انظر المطلب الثاني من هذا الفصل) ، و هو يعتبر بدون أدنى شك نهجاً متطوراً يسمح بظهور صور جديدة للتوقيع تبعاً للتطورات التكنولوجية.

(٣) أحمد السعيد شرف الدين: حجية الكتابة الإلكترونية على دعائم غير ورقية في الإثبات، ص ٢٨. بحث منشور لدى مركز البحوث والدراسات بشرطة دبي، ٢٠٠١، على الموقع : www.dubaipolice.gov.ae

كان هذا الإجراء على شكل رقم أو إشارة إلكترونية معينة أو شفرة خاصة ، المهم في الأمر أن يحتفظ بالرقم أو الشفرة بشكل آمن و سري تمنع استعماله من قبل الغير . و تعطي الثقة في أن أي حامل الرقم أو الشفرة صدور هذا التوقيع يفيد أنه بالفعل صدر من صاحبه ^(١) ، و بأنه « مجموعة بيانات إلكترونية (محدثة في شكل رموز رياضية سرية) مصاحبة أو مرتبطة منطقيا بمجموعة بيانات إلكترونية أخرى (رسالة بيانات) تعرف بهوية صاحبها يعبر عنه بمنوال تعريف » ^(٢) .

و لعل أول ملاحظة تثيرها التعريفات المشار إليها أنها حددت وسائل التوقيع المعرف (أو صورته) ، تحديدا من شأنه أن يؤثر على نطاقه و على قابليته للتطور بظهور وسائل أخرى ، كما أنها اقتصرته فقط على وظيفة تحديد هوية الموقع ^(٣) .

وقد حاول جانب آخر من الفقه تفادي ذلك ، معرفا التوقيع الإلكتروني بأنه « كل حروف أو أرقام أو رموز أو إشارات أو صوت أو غيره يوضع على محرر إلكتروني ويكون لها طابع متميز يسمح بتمييز شخص صاحبها وتحديد هويته و تعبر عن رضاء صاحبها بمضمون التصرف الذي يصدر التوقيع بمناسبته » ^(٤) . أو بأنه مجموعة من الإجراءات التقنية التي تسمح بتحديد شخص الموقع ، و الدلالة على موافقته على مضمون التصرف ^(٥) .

(١) نجوى أبوهيبة : التوقيع الإلكتروني - تعريفه و مدى حجتيه في الإثبات ، بحث قدم إلى مؤتمر الأعمال مصرفية الإلكترونية بين الشريعة و القانون المنظم من لدن كلية الشريعة و القانون بجامعة الإمارات العربية المتحدة و غرفة تجارة و صناعة دبي ، ١٠-١٢ مايو ٢٠٠٣ ، ص ٤٤٢ .
(٢) عبد المنعم كيو : الإطار القانوني للإمضاء ، بحث مقدم لدورة « التجارة الإلكترونية » المنظمة بالمعهد العالي للقضاء بتونس بتاريخ ٢٧/٠٢/٢٠٠٣ ، منشور على الموقع :

http://www.ism-justice.nat.tn/ar/for_continue/tijara%20electrounia.pdf

(٣) حاول الأستاذ ثروت عبد الحميد تفادي هذا النقص في ربط تعريف التوقيع الإلكتروني بوظيفته من خلال تعريفه له بأنه « كل إشارات أو رموز أو حروف مرخص بها من الجهة المختصة باعتماد التوقيع و مرتبطة ارتباطا وثيقا بالتصرف القانوني ، تسمح بتمييز شخص صاحبها و تحديد هويته و تتم دون غموض عن رضائه بهذا التصرف القانوني » (ثروت عبد الحميد : التوقيع الإلكتروني ، مكتبة الجلاء - المنصورة ، طبعة ٢٠٠١ ، ص ٤٩) ، غير أنه أيضا حدد وسائل التوقيع المعرف ، تحديدا من شأنه أن يؤثر على نطاقه و على قابليته للتطور ، كما أنه أضاف قيداً جيداً ، غير مبرر و لا لازم ، باشرطه الترخيص بالوسائل المشار إليها من الجهة المختصة باعتماد التوقيع .

كما حاول ذلك الأستاذ عبد العزيز المرسى حمود حين عرف التوقيع الإلكتروني بأنه « بيان مكتوب في شكل إلكتروني يتمثل في حرف أو رقم أو رمز أو إشارة أو صوت أو شفرة خاصة ومميزة ينتج من اتباع وسيلة آمنة ، وهذا البيان يلحق أو يرتبط منطقياً ببيانات المحرر الإلكتروني للدلالة على هوية الموقع على المحرر و الرضاء بمضمونه » (مدى حجية المحرر الإلكتروني في الإثبات في المسائل المدنية و التجارية في ضوء قواعد الإثبات النافذة ، مجلة البحوث القانونية و الاقتصادية ، السنة ١١ ، العدد ٢١ ، ص ٣٩ و ما بعدها) . غير أنه بتحديد لوسائل التوقيع المعرف ، يكون قد حدد نطاقه في الوسائل التي عرضها و حد من قابليته للتطور .

(٤) جمال عبد الرحمن محمد علي : الحجة القانونية للمستندات الإلكترونية ، دار النهضة العربية ، طبعة ٢٠٠٤ ، ص ١٣ .

(5) Etienne DAVIO : Questions de certification , signature et cryptologie , in Internet face au droit , cahiers du CRID , n 12 , Bruxelles , E story-scientia , 1997 , p 80 .

المطلب الثاني : التعريفات التشريعية المقارنة للتوقيع الإلكتروني :

نصت الفقرة الأولى من المادة ٧ من القانون النموذجي بشأن التجارة الإلكترونية على أنه « ١- عندما يشترط القانون وجود توقيع من شخص، يستوفى ذلك الشرط بالنسبة إلى رسالة البيانات إذا:

أ- استخدمت طريقة لتعيين هوية ذلك الشخص والتدليل على موافقة ذلك الشخص على المعلومات الواردة في رسالة البيانات؛ و

ب- كانت تلك الطريقة جديرة بالتعويل عليها بالقدر المناسب للغرض الذي أنشئت أو أبلغت من أجله رسالة البيانات، في ضوء كل الظروف، بما في ذلك أي اتفاق متصل بالأمر. »

و قد عرفته المادة ٢ من القانون النموذجي بشأن التوقيعات الإلكترونية الذي وضعته نفس لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي (٢٠٠١)، بأنه « بيانات في شكل إلكتروني مدرجة في رسالة بيانات، أو مضافة إليها أو مرتبطة بها منطقياً، يجوز أن تستخدم لتعيين هوية الموقع بالنسبة إلى رسالة البيانات، وبيان موافقة الموقع على المعلومات الواردة في رسالة البيانات »

و قد استفادت جل التشريعات العربية من التشريعين النموذجيين المذكورين^(١)، الذين أوصت الجمعية العامة جميع الدول بإيلائهما « اعتباراً محبذاً »^(٢) و « إيجابياً »^(٣) عند القيام بسن قوانينها أو تنقيحها ، بالنظر إلى ضرورة توحيد القوانين الواجبة التطبيق على بدائل الأشكال الورقية للاتصال و تخزين المعلومات و توثيقها^(٤).

و هكذا عرف المشرع الأردني في المادة الثانية من قانون المعاملات الالكترونية رقم ٨٥ لسنة ٢٠٠١^(٥) التوقيع الإلكتروني بأنه « البيانات التي تتخذ هيئة حروف أو أرقام أو رموز أو إشارات وغيرها وتكون مدرجة بشكل إلكتروني أو رقمي

(١) في الوقت الذي اختار فيه المشرعين التونسي و المغربي نهج الاقتباس المباشر من المشرع الفرنسي ، وفق ما سنفصله لاحقاً .

(٢) التوصية ٢ من قرار الجمعية العامة رقم ١٦٢/٥١ المؤرخ في ١٦ كانون الأول/ديسمبر ١٩٩٦

(٣) التوصية ٢ من قرار الجمعية العامة المؤرخ في ١٢ كانون الأول/ديسمبر ٢٠٠١

(٤) نفس التوصيتين السابقتين .

(٥) نشر بالجريدة الرسمية رقم: ٤٥٢٤ ، الصادرة بتاريخ ١٢/٣١/٢٠٠١ ، ص ٦٠١٠ .

و رغم أن المصادقة عليه جاءت بناء على ما قرره مجلس الوزراء بتاريخ ١١/١٢/٢٠٠١ ، اللاحق على تاريخ صور القانون النموذجي الجديد ، إلا أنه جاء موافقاً له .

(١٨) ثار الجدل قديماً بين الفقهاء ، فهناك من اعتبر العقد للمحدد المدة يجدد في حالة السكوت إلى نفس المدة، وأيد هذا الرأي الفقيه بلانول، -un Galland. Droit du travail.p٨٠، حسن كيرة، أصول قانون العمل، عقد العمل، صفحة ٧٤٢. الاسكندرية، الطبعة الثالثة ١٩٧٩.

أو ضوئي أو أي وسيلة أخرى مماثلة في رسالة معلومات أو مضافة عليها أو مرتبطة بها ولها طابع يسمح بتحديد هوية الشخص الذي وقعها ويميزه عن غيره من أجل توقيعه وبغرض الموافقة على مضمونه » . كما عرفته المادة ٢ من القانون الصادر بدبي تحت رقم ٢ لسنة ٢٠٠٢ المتعلق بالمعاملات والتجارة الإلكترونية^(١) بأنه « توقيع مكون من حروف أو أرقام أو رموز أو صوت أو نظام معالجة ذي شكل إلكتروني وملحق أو مرتبط منطقياً برسالة إلكترونية وممهور بنية توثيق أو اعتماد تلك الرسالة »

و عرفه المشرع المصري في المادة الأولى من القانون رقم ١٥ لسنة ٢٠٠٤ الخاص بتنظيم التوقيع الإلكتروني^(٢) بأنه « ما يوضع على محرر إلكتروني ويتخذ شكل حروف أو أرقام أو رموز أو إشارات أو غيرها ويكون له طابع منفرد يسمح بتحديد شخص الموقع ويميزه عن غيره » . كما عرفه المشرع السوري في المادة ١ من قانون التوقيع الإلكتروني وخدمات الشبكة رقم ٤ لعام ٢٠٠٩^(٣) بأنه « جملة بيانات تُدرج بوسيلة إلكترونية على وثيقة الكترونية وترتبط بها، وتتخذ شكل حروف أو أرقام أو رموز أو إشارات أو أي شكل آخر مشابه، ويكون لها طابع منفرد يسمح بتحديد شخص الموقع ويميزه عن غيره وينسب إليه وثيقة الكترونية بعينها »

أما المشرع التونسي فقد اكتفى في الفقرة الثانية من المادة ٤٥٣ من مجلة الالتزامات والعقود التونسية، المضافة بالقانون عدد ٥٧ لسنة ٢٠٠٠ المؤرخ في ١٣ جوان ٢٠٠٠، بالنص على أن الإمضاء يتمثل « إذا كان إلكترونياً في استعمال منوال تعريف موثوق به يضمن صلة الإمضاء المذكور بالوثيقة الإلكترونية المرتبطة به » ، شأنه في ذلك شأن المشرع المغربي الذي نص في الفقرة الأولى من الفصل ٢-١٧ من قانون الالتزامات والعقود^(٤)، المتمم بموجب القانون رقم ٥٣,٠٥ المتعلق بالتبادل الإلكتروني للمعطيات القانونية^(٥)، على أن التوقيع الضروري لإتمام وثيقة قانونية يتيح « التعرف على الشخص الموقع و يعبر عن قبوله للالتزامات الناتجة عن الوثيقة المذكورة » قبل أن يؤكد في الفقرة الثالثة من نفس الفصل على أنه « عندما يكون التوقيع إلكترونياً، يتعين استعمال وسيلة تعريف موثوق بها تضمن ارتباطه بالوسيلة المتصلة به ». و هي نفس

(١) نشر بالجريدة الرسمية عدد ٢٧٧ الصادرة بتاريخ ٢٠٠٢/٠٢/١٦

(٢) الجريدة الرسمية، العدد ١٧ تابع (د) في ٢٢ أبريل سنة ٢٠٠٤، ص ١٧ .

(٣) صدر بتاريخ ٢٩/٢/١٤٣٠ هـ الموافق ٢٠٠٩/٢/٢٠م

(٤) الظهير الشريف الصادر بتاريخ ٠٩ رمضان ١٣٣١ الموافق ل ١٢ غشت ١٩١٣ بمثابة قانون للالتزامات والعقود .

(٥) المنفذ بموجب الظهير الشريف رقم ١٢٩,٠٧, الصادر في ١٩ من ذي القعدة ١٤٢٨ (٣٠ نوفمبر ٢٠٠٧) ، و المنشور بالجريدة الرسمية عدد

٥٥٨٤ الصادرة بتاريخ ٢٥ ذو القعدة ١٤٢٨ (٦ ديسمبر ٢٠٠٧) ، ص ٣٨٧٩ - ٥٥٨٤ .

المقتضيات المنصوص عليها في المادة ١٣١٦-٤ من القانون المدني الفرنسي^(١)، المضافة بمقتضى القانون رقم ٢٣٠-٢٠٠٠ المؤرخ في ١٣ مارس ٢٠٠٠ المتضمن ملاءمة قانون الإثبات لتقنيات المعلومات الحديثة و المتعلق بالتوقيع الإلكتروني^(٢).

ولابد من الإشارة في هذا الإطار إلى أن القانون الفرنسي المذكور، قد جاء متوافقا مع مقتضيات التوجيهية الأوروبية رقم CE/٩٣/١٩٩٩ حول الإطار الاتحادي للتوقيعات الإلكترونية، والتي أقرها البرلمان الأوروبي ومجلس الاتحاد الأوروبي ببروكسيل في ١٣ ديسمبر ١٩٩٩^(٣). وهي التوجيهية التي استفادت منها مختلف التشريعات الأوروبية، بعدما حثت المادة ١٣ منها الدول الأعضاء على وضع المقتضيات التشريعية و التنظيمية و الإدارية الضرورية للتوافق معها قبل ١٩ يوليو ٢٠٠١^(٤).

(١) جاءت الصيغة الفرنسية لهذه المادة كما يلي :

“ La signature nécessaire à la perfection d'un acte juridique identifie celui qui l'appose. Elle manifeste le consentement des parties aux obligations qui découlent de cet acte. ...

Lorsqu'elle est électronique, elle consiste en l'usage d'un procédé fiable d'identification garantissant son lien avec l'acte auquel elle s'attache. La fiabilité de ce procédé est présumée, jusqu'à preuve contraire, lorsque la signature électronique est créée, l'identité du signataire assurée et l'intégrité de l'acte garantie, dans des conditions fixées par décret en Conseil d'Etat.”

: و انظر بشأن هذا التعريف

Sylvain MARTIN, Arnaud TESSALONIKOS et Alain BENSOUSSAN: La signature électronique, premières réflexions après la publication de la directive du 13 décembre 1999 et la loi du 13 mars 2000, Gazette du palais 2000 du 1907/20-, p.4 et suiv.

(2) Loi n°2000230- du 13 mars 2000 portant adaptation du droit de la preuve aux technologies de l'information et relative à la signature électronique . J.O n 62 du 14 mars 2000 .

(3) Directive 199993//CE du Parlement européen et du Conseil, du 13 décembre 1999, sur un cadre communautaire pour les signatures électroniques. Journal officiel des communautés européennes n° L 013 du 192000/01/ p. 0012 – 0020.

(٤) انظر بهذا الشأن :

Béatrice JALUZOT : Transposition de la directive « signature électronique » : comparaison franco-allemande. Dalloz 2004. chronique p. 2866 .

و قد عرفت التوجيهية المذكورة التوقيع الإلكتروني^(١) في المادة ٢ بأنه « بيان في شكل إلكتروني ملحق أو مرتبط منطقيا ببيانات إلكترونية أخرى، يستخدم كطريقة للتوثيق »^(٢).

المبحث الثاني : التعريف التشريعي الإماراتي للتوقيع الإلكتروني

عرفت المادة ١ من القانون الاتحادي رقم (١) لسنة ٢٠٠٦ في شأن المعاملات و التجارة الإلكترونية التوقيع الإلكتروني بأنه « توقيع مكون من حروف أو أرقام أو رموز أو صوت أو نظام معالجة ذي شكل إلكتروني و ملحق أو مرتبط منطقيا برسالة إلكترونية بنية توثيق أو اعتماد تلك الرسالة »^(٣).

كما عرفته المادة ١٧ مكرر من قانون الإثبات في المعاملات المدنية والتجارية الصادر بالقانون الاتحادي رقم (١٠) لسنة ١٩٩٢ م ، المضافة بمقتضى المادة الثانية من القانون اتحادي رقم (٢٦) لسنة

(١) نقنصر هنا على التعريف العام للتوقيع الإلكتروني ، دون التعريف الذي خصت به نفس المادة ما أسمته بالتوقيع الإلكتروني المتقدم «signature électronique avancée»

(٢) جاءت صيغة هذا التعريف كما يلي :

« la signature électronique correspond à une donnée sous forme électronique, qui est jointe ou liée logiquement à d'autres données électroniques et qui sert de méthode d'authentification ».

و قد عرب الدكتور سامح عبد الواحد التهامي نفس التعريف كما يلي « معطيات إلكترونية مرتبطة منطقيا بمعطيات إلكترونية أخرى تؤدي إلى عملية التوثيق (التصديق) » (التعاقد عبر الإنترنت - دراسة مقارنة ، دار الكتب القانونية - ٢٠٠٨ ، ص ٣٨٥)

(٣) عرفت نفس المادة التوقيع الإلكتروني المحمي بأنه التوقيع الإلكتروني المستوفي لشروط المادة ١٨ من نفس القانون .

و قد نصت المادة ١٨ المحال عليها بموجب التعريف المذكور على أنه « يحق للشخص أن يعتمد على التوقيع الإلكتروني أو شهادة المصادقة الإلكترونية إلى المدى الذي يكون فيه مثل هذا الاعتماد معقولاً.

٢ - عندما يكون التوقيع الإلكتروني معززاً بشهادة مصادقة إلكترونية، فإن الطرف الذي يعتمد على ذلك التوقيع يتحمل نتائج إخفاقه في اتخاذ الخطوات المعقولة اللازمة للتأكد من صحة ونفاذ الشهادة، وما إذا كانت معلقة أو ملغاة، ومن مراعاة أية قيود فيما يتعلق بشهادة المصادقة الإلكترونية.

٣ - لتقرير ما إذا كان من المعقول لشخص أن يعتمد على توقيع إلكتروني أو شهادة المصادقة الإلكترونية، يؤخذ في الاعتبار بالعوامل الآتية:.....

٤ - إذا كان الاعتماد على التوقيع الإلكتروني أو شهادة المصادقة الإلكترونية غير معقول في ضوء الظروف المحيطة بالنظر للعوامل المذكورة في الفقرة (٢) من هذه المادة، فإن الطرف الذي اعتمد على التوقيع الإلكتروني أو شهادة المصادقة الإلكترونية يتحمل مخاطر عدم صحة ذلك التوقيع أو تلك الشهادة ما لم يثبت العكس. »

٢٠٠٦م الصادر بتاريخ ٢٠٠٦\١٠\٠٩^(١) ، بأنه « كل أحرف أو أرقام أو رموز أو إشارات أو صور أو أصوات لها طابع منفرد تسمح بتحديد شخص صاحب التوقيع وتمييزه عن غيره على النحو الوارد في قانون المعاملات والتجارة الإلكترونية »

و إذا تأملنا التعريفين المذكورين ، و حاولنا صياغة تعريف موحد من خلالهما ، أمكننا تعريف التوقيع الإلكتروني على ضوء التشريع الإماراتي بأنه كل حروف أو أرقام أو رموز أو إشارات أو صور أو أصوات أو نظم معالجة^(٢) ذات شكل إلكتروني لها طابع منفرد تسمح بتحديد شخص صاحب التوقيع وتمييزه عن غيره و ملحقة أو مرتبطة منطقياً برسالة إلكترونية بنية توثيق أو اعتماد تلك الرسالة .

و يتميز هذا التعريف بأنه يقوم من جهة أولى على مبدأ الحياد إزاء التكنولوجيا المستخدمة في التوقيع الإلكتروني (المطلب الأول) ، كما يقوم من جهة ثانية على مبدأ النظر أو المعادل الوظيفي للتوقيع المستخدم في البيئة الورقية (المطلب الثاني) ، بحيث يعتبر مجرد تحقيق الوظائف كافياً مهما كان الشكل .

(١) جاءت صيغتها كما يلي : « يضاف فصل جديد إلى الباب الثاني بعنوان (الفصل الثاني مكرراً) ويضاف فيه مادة جديدة برقم (١٧ مكرراً) نصها الآتي:

١ - يعتبر توقيعاً إلكترونياً كل أحرف أو أرقام أو رموز أو إشارات أو صور أو أصوات لها طابع منفرد تسمح بتحديد شخص صاحب التوقيع وتمييزه عن غيره على النحو الوارد في قانون المعاملات والتجارة الإلكترونية.

٢ - يعتبر محرراً إلكترونياً كل انتقال أو إرسال أو استقبال أو تخزين لرموز أو إشارات أو كتابة أو صور أو أصوات أو معلومات أياً كانت طبيعتها تجري من خلال وسيلة تقنية معلومات.

٣ - للتوقيع الإلكتروني ذات الحجية المقررة للتوقيعات المشار إليها في هذا القانون إذا روعي فيه الأحكام المقررة في قانون المعاملات والتجارة الإلكترونية.

٤ - للكتابة الإلكترونية والمحركات الإلكترونية والسجلات والمستندات الإلكترونية ذات الحجية المقررة للكتابة والمحركات الرسمية والعرفية في أحكام هذا القانون متى استوفت الشروط والأحكام المقررة في قانون المعاملات والتجارة الإلكترونية.

(٢) عرفت نفس المادة ١ من القانون الاتحادي رقم (١) لسنة ٢٠٠٦ نظام المعلومات الإلكتروني بأنه « مجموعة برامج و أجهزة معدة لمعالجة و إدارة البيانات و المعلومات لإنشاء أو استخراج أو إرسال أو استلام أو تخزين أو عرض الرسائل إلكترونياً أو غير ذلك » . كما عرفت المادة ٢ من القانون النموذجي بشأن التجارة الإلكترونية مصطلح «نظام معلومات» بأنه « النظام الذي يستخدم لإنشاء رسائل البيانات أو إرسالها أو استلامها أو تخزينها أو تجهيزها على أي وجه آخر »

المطلب الأول: التزام المشرع الإماراتي مبدأ الحياد إزاء التكنولوجيا المستخدمة في التوقيع الإلكتروني

يقصد بمبدأ الحياد إزاء التكنولوجيا المستخدمة في التوقيع الإلكتروني أنه لا ينبغي التمييز ضد أي طريقة للتوقيع الإلكتروني ، أي أن تنال جميع التكنولوجيات نفس الفرصة لاستيفاء الشروط^(١) المطلوبة لمنح الحجية، بأن لا تستند المعايير المعتمدة للاعتراف القانوني بالتوقيعات الإلكترونية على نوع التكنولوجيا المستخدمة فيها. ذلك أن الغرض من التقنيات المختلفة المتوفرة في الأسواق في الوقت الحاضر ، أو التي ما زالت قيد التطوير ، هو إتاحة الوسائل التقنية التي يمكن بها للتوقيع أن يؤدي في بيئة إلكترونية ، بعض أو جميع الخصائص التي يتحدد أنها من خصائص التوقيعات الخطية^(٢) ، و يكون من الخطر ربط الإطار القانوني بحالة معينة من التطور التقني.

وإذا كانت المادة ٣ من القانون النموذجي بشأن التوقيعات الإلكترونية (٢٠٠١) قد نصت صراحة على أنه لا يطبق أي من أحكامه^(٣) « بما يشكل استبعاداً أو تقييداً أو حرماناً من مفعول قانوني لأي طريقة لإنشاء توقيع إلكتروني » تفي بمقتضياته^(٤) ، فإن دليل الاشتراع المشفوع به قد أكد على أن هذه المادة إنما تشير إلى « أن الشكل الذي يتم به توقيع إلكتروني معين لا يمكن أن يستخدم كسبب وحيد يحرم به ذلك التوقيع من الأثر القانوني » ، وأنه لا ينبغي تفسير المادة المذكورة خطأً بأنها تقرر الصحة القانونية لأية تقنية توقيع معينة أو أية معلومات موقعة إلكترونيا^(٥).

إن مبدأ الحياد إزاء التكنولوجيا المذكور يقتضي عدم تفضيل أي صورة من صور التوقيع الإلكتروني الموجودة حالياً ، وترك المجال مفتوحاً أمام الصور التي قد تظهر في المستقبل ، و قد كرس المشرع الإماراتي هذا المبدأ ، بعدم ربطه تعريف التوقيع الإلكتروني من جهة و حجيته القانونية من جهة أخرى بنوع التكنولوجيا المستخدمة فيه. ذلك أنه بعد أن عرف في المادة ١ من القانون الاتحادي رقم (١) لسنة ٢٠٠٦ في شأن المعاملات و التجارة الإلكترونية التوقيع الإلكتروني بأنه « توقيع مكون من حروف أو أرقام أو رموز أو صوت .. »

(١) دليل اشتراع قانون الأونسيترال النموذجي بشأن التوقيعات الإلكترونية ٢٠٠١ ، ص ٥٨

(٢) نفس المرجع السابق ، ص ٢٤ .

(٣) باستثناء المادة ٥

(٤) نصت المادة ٨ من القانون الاتحادي رقم (١) لسنة ٢٠٠٦ في شأن المعاملات و التجارة الإلكترونية على أنه :

١ - إذا اشترط القانون وجود توقيع على مستند أو نص على ترتيب نتائج معينة على التوقيع، فإن التوقيع الإلكتروني الذي يعتمد عليه في إطار المعنى الوارد في المادة (١٨) من هذا القانون يستوفي ذلك الشرط.

٢ - يجوز لأي شخص أن يستخدم أي شكل من أشكال التوثيق الإلكتروني، إلا إذا نص القانون على غير ذلك.

(٥) دليل اشتراع قانون الأونسيترال النموذجي بشأن التوقيعات الإلكترونية ٢٠٠١ ، مرجع سابق ، ص ٥٨ .

، أضاف عبارة « أو نظام معالجة ذي شكل إلكتروني»^(١) ، التي من شأنها أن تستوعب مختلف الوسائل الموجودة ، و مختلف الوسائل التي قد تظهر فيما بعد ، بما يضمن عدم جمود النص القانوني . و هي العبارة التي تقوم بنفس دور الصيغة المرنة التي اعتمدها القانون النموذجي بشأن التوقيعات الإلكترونية ، حين فضل صيغة « البيانات » التي « يجوز أن تستخدم » على أي إشارة إلى الوسائل التي يستعملها الموقع الذي هو « قادر تقنيا » على أداء تلك الوظائف^(٢) .

وقد راعى المشرع الإماراتي أيضا عند وضعه للمعايير المعتمدة للاعتراف القانوني بالتوقيعات الإلكترونية^(٣) ، منح الحجية لمختلف صور التوقيعات المستوفية لتلك المعايير ، بغض النظر عن التكنولوجيا المستخدمة فيها^(٤) . ذلك أنه لم يستند في تقدير حجية التوقيعات الإلكترونية على نوع التكنولوجيا المعتمد عليها كوسيلة أو كأداة ، وإنما على مدى قدرة تلك الوسيلة أو الأداة على استيفاء الشروط المطلوبة لقبول الاعتماد على التوقيعات المذكورة .

(١) كان من المستحب أن لا يستغني مشرع القانون الاتحادي رقم (٣٦) لسنة ٢٠٠٦م بتعديل بعض أحكام قانون الإثبات في المعاملات المدنية والتجارية الصادر بالقانون الاتحادي رقم (١٠) لسنة ١٩٩٢م عن العبارة المذكورة عند تعريفه التوقيع الإلكتروني في المادة ١٧ مكرر المضافة لقانون الإثبات المذكور ، لاسيما وأنه قد جاء لاحقا على قانون المعاملات و التجارة الإلكترونية .

(٢) و ذلك بغية عدم إدراج أي تقييد تقني بشأن الطريقة التي يمكن للموقع استعمالها لأداء المعادل الوظيفي للتوقيع بخط اليد ، أو الإحياء بذلك التقييد التقني (انظر دليل اشتراع القانون المذكور ، ص ٥٢) .

(٣) انظر الفصل الثاني .

(٤) جاء في دليل اشتراع قانون الأونسيترال النموذجي بشأن التوقيعات الإلكترونية ٢٠٠١ أنه « بالنظر إلى سرعة الابتكار التكنولوجي ، ينص القانون النموذجي على معايير للاعتراف القانوني بالتوقيعات الإلكترونية دون اعتبار للتكنولوجيا المستخدمة فيها ، (مثلا التوقيعات الرقمية التي تعتمد على نظم الترميز غير المتناظرة ، وأدوات القياس الإحيائي) التي تمكن من تحديد هوية الأفراد عن طريق سماتهم البدنية ، سواء عن طريق اليد أو شكل الوجه ، أو قراءة بصمات الأصابع ، أو التعرف على الصوت ، أو فحص شبكة العين ، إلخ) . و نظم الترميز المتناظرة ، و استخدام أرقام الهوية الشخصية (PINS)) ، و استخدام أمارات « الرموز » كوسيلة للتحقق من رسائل البيانات عن طريق ما يسمى بطاقات « ذكية » أو أي أداة أخرى يحتفظ بها الموقع ، و الصيغ الرقمية للتوقيعات الخطية ، و ديناميات التوقيع ، و طرائق أخرى كالنقر على مربع الموافقة "OK-box" . و التقنيات المختلفة المذكورة أنفا يمكن استخدامها معا للتقليل من المخاطر في النظام المستخدم» (ص ٤٥ و ما بعدها) .

و تتمثل أهم صور التوقيع الإلكتروني^(١) الموجودة في :

التوقيع الرقمي ^(٢) Digital Signature : و هو توقيع يعتمد في إنشائه و التحقق من صحته على استخدام نظم الترميز أو التشفير ، التي هي فرع من الرياضيات يعنى بتحويل نص الرسالة إلى صيغ غير مفهومة ثم بعد ذلك إعادتها إلى صيغتها الأصلية .

التوقيع البيومتري أو بأدوات القياس الإحيائي Biometric Signature : وهو توقيع يعتمد على الخصائص الذاتية (الفيزيائية والطبيعية و السلوكية) لشخص الموقع والتي يتميز بها عن غيره، مثل بصمات الأصابع و شكل الوجه و نبرة الصوت و شبكة العين.

التوقيع باستخدام أرقام الهوية الشخصية PINs ^(٣) : و يتم باستخدام مجموعة من الأرقام أو الحروف^(٤) ، يختارها صاحب التوقيع ، و يفترض أن لا تكون معلومة إلا منه ، أو ممن يخبره بها .

التوقيع بالقلم الإلكتروني Pen-op : و يتم من خلال استعمال قلم خاص للتوقيع على شاشة الحاسوب أو على لوحة خاصة معدة لهذا الغرض ، عن طريق برنامج يتولى مهمتي النقاط التوقيع و التحقق من صحته .

التوقيع بالضغط على مربع الموافقة OK -box : و يتم بمجرد الضغط على زر الموافقة بالمكان المخصص لذلك بلوحة مفاتيح الكمبيوتر أو بالضغط على الخانة المخصصة للقبول في النموذج المعروض على الشاشة .

(١) انظر بهذا الشأن :

إبراهيم الدسوقي أبو الليل : الجوانب القانونية للتعاملات الإلكترونية - دراسة للجوانب القانونية للتعامل عبر أجهزة الاتصال الحديثة ، منشورات مجلس النشر العلمي - جامعة الكويت ، الطبعة الأولى ٢٠٠٣ ، ص ١٥٧-١٦٥ .

الدكتور سامح عبد الواحد التهامي ، مرجع سابق ، ص ٣٨٨ - ٤٠٧

الدكتور خالد ممدوح إبراهيم ، مرجع سابق ، ص ١٩٨ - ٢٠١

الدكتور سعيد السيد قنديل : التوقيع الإلكتروني ، ماهيته - صورته حجته في الإثبات بين التداول و الاقتباس ، دار الجامعة الجديدة - الاسكندرية - ٢٠٠٦ ، ص ٦٥-٧٢ .

Piette-Coudol. Thierry : LA SIGNATURE ELECTRONIQUE .Collection : Droit@Litec ; Litec. 2001

Arnaud-F Fausse . op.cit . p25

(٢) يعرف أيضا بالتوقيع العددي أو الرمزي .

(٣) يعرف أيضا بالتوقيع الكودي .

(٤) أو باستخدامهما معا .

وعليه فإن أهمية مبدأ الحياد إزاء التكنولوجيا الذي اعتمده التعريف التشريعي الإماراتي للتوقيع الإلكتروني تتجلى في أنه يشمل مختلف صور التوقيع الإلكتروني الموجودة و يسمح باستيعاب مختلف التطورات المستقبلية لأشكال التوقيع ، و التي قد تخضع لتقنيات أخرى^(١) ، مما يجعله نصا مرنا قابلا للملاءمة و التكيف و محميا من الجمود .

المطلب الثاني: اعتماد المشرع الإماراتي في تعريف التوقيع الإلكتروني نهج النظر الوظيفي للتوقيع المستخدم في البيئة الورقية

استندت المادة ٧ من القانون النموذجي بشأن التجارة الإلكترونية^(٢) على الاعتراف بوظائف التوقيع في بيئة قائمة على التعامل الورقي^(٣) . و لدى إعداد القانون المذكور ناقش الفريق العامل الوظائف التي تؤديها التوقيعات الخطية عادة^(٤) ، و تم التأكيد على أن الغرض من مختلف التقنيات هو توفير الوسائل التقنية التي يمكن بها للتوقيع أن يؤدي في بيئة إلكترونية ، جميع أو بعض خصائص التوقيعات الخطية^(٥) . كما أكد دليل اشتراخ قانون الأونسيترال النموذجي بشأن التوقيعات الإلكترونية (٢٠٠١) على أن إحدى سماته الأساسية تتمثل في إضافة مزيد من اليقين القانوني إلى تطبيق المعيار المرن بخصوص الاعتراف بالتوقيع الإلكتروني باعتباره نظيرا وظيفيا للتوقيع الخطي^(٦) .

إن للتوقيع وظيفتين رئيسيتين في البيئة الورقية ، هما تعيين هوية الموقع ، وإظهار موافقته على الالتزام بمضمون السند الموقع عليه . و عليه فإن إيجاد معادل وظيفي له في البيئة الإلكترونية يتحقق باستخدام طريقة تسمح بأداء

(1) Lionel Costes : transaction en ligne - preuve et signature . LAMY Droit de l'informatique et des réseaux , du fev 2000 , n 122 , p 5 .

(٢) تم تناول نهج النظر الوظيفي في المواد من ٦ إلى ٨ من هذا القانون ، فيما يتعلق بمفاهيم « الكتابة » و « التوقيع » و « الأصل » ، دون المفاهيم القانونية الأخر (انظر دليل تشريع قانون الأونسيترال النموذجي بشأن التجارة الإلكترونية ، ص ٢١) نفس الدليل السابق ، ص ٣٦ .

(٤) تحديد هوية الشخص ، توفير ما يؤكد يقينا مشاركة ذلك الشخص بعينه في عملية التوقيع ، و الربط بين ذلك الشخص ومضمون المستند . بالإضافة إلى ذلك لوحظ أن التوقيع يمكن أن يؤدي مجموعة متنوعة من الوظائف حسب طبيعة المستند الذي يحمل التوقيع . فعلى سبيل المثال ، يمكن أن يكون التوقيع شاهدا على نية الطرف الالتزام بمضمون العقد الموقع عليه ، وعلى نية الشخص الإقرار بتحريره للنص (و بذلك يبين إدراكه لإمكانية ترتب نتائج قانونية على عملية التوقيع) ، وعلى نية الشخص تأييد مضمون مستند كتبه شخص آخر ، و على وجود شخص ما في مكان معين و وقت وجوده فيه (انظر دليل اشتراخ قانون الأونسيترال النموذجي بشأن التوقيعات الإلكترونية ٢٠٠١ ، ص ٢٣ و ما بعدها)

(٥) دليل اشتراخ قانون الأونسيترال النموذجي بشأن التوقيعات الإلكترونية ٢٠٠١ ، ص ٢٤ .

(٦) ص ٤٢ .

الوظيفتين المذكورتين . و إذا تأملنا تعريفي المشرع الإماراتي للتوقيع الإلكتروني المشار إليهما ^(١) ، أمكننا أن نستخلص أنه دعم التزامه مبدأ الحياد إزاء التكنولوجيا المستخدمة كطريقة للتوقيع ، بقدرة تلك الطريقة على تحديد شخص صاحب التوقيع وتمييزه عن غيره (الوظيفة الأولى) ، وعلى ربط التوقيع بالرسالة الإلكترونية بنية توثيقها أو اعتمادها (الوظيفة الثانية) .

أولاً : تحديد شخص صاحب التوقيع وتمييزه عن غيره

إذا كان المشرع المصري قد اكتفى عند تعريفه للتوقيع الإلكتروني ، في المادة الأولى من القانون رقم ١٥ لسنة ٢٠٠٤ الخاص بتنظيم التوقيع الإلكتروني ، بهذه الوظيفة ^(٢) حين اشترط أن « يكون له طابع منفرد يسمح بتحديد شخص الموقع ويميزه عن غيره » ، فإن مشرع القانون الاتحادي رقم (٣٦) لسنة ٢٠٠٦م بتعديل بعض أحكام قانون الإثبات في المعاملات المدنية والتجارية ، قد استخدم نفس العبارات المستخدمة في التشريع المصري المذكور ، مع إضافة عبارة « على النحو الوارد في قانون المعاملات والتجارة الإلكترونية » ، خلافاً لمشرع هذا القانون الأخير ^(٣) الذي عبر بمصطلح « هوية » ^(٤) ، المعتمد أيضاً في القانونين النموذجيين بشأن التجارة الإلكترونية ^(٥) و بشأن التوقيعات الإلكترونية (٢٠٠١) ^(٦) ، والذي يشمل تمييز الموقع بالاسم أو بغيره عن أي شخص آخر كما يمكن أن يشير إلى خصائص هامة أخرى ^(٧) .

و بغض النظر عما يثيره المصطلحان المستخدمان في التشريعين الإماراتيين المذكورين ، من نقاش حول مدى أفضلية أي منهما ^(٨) ، فإنهما يقودان إلى نفس النتيجة .

(١) المادة ١ من القانون الاتحادي رقم (١) لسنة ٢٠٠٦ في شأن المعاملات و التجارة الإلكترونية ، و المادة ١٧ مكرر من قانون الإثبات في المعاملات المدنية والتجارية الصادر بالقانون الاتحادي رقم (١٠) لسنة ١٩٩٢م ، المضافة بمقتضى المادة الثانية من القانون الاتحادي رقم (٣٦) لسنة ٢٠٠٦م الصادر بتاريخ ٢٠٠٦\١٠\٠٩ (انظر مقدمة هذا المبحث)

(٢) ترجيحاً للرأي الذي يرى أنها كافية .

(٣) نعني به القانون الاتحادي رقم (١) لسنة ٢٠٠٦ في شأن المعاملات و التجارة الإلكترونية .

(٤) انظر المواد ١ و ١٠ و ١٧ و ٢١ من القانون المذكور .

(٥) انظر بالأساس المادة ٧

(٦) انظر بالأساس المادة ٢

(٧) دليل اشتراخ قانون الأونسيتال النموذجي بشأن التوقيعات الإلكترونية ٢٠٠١ ، ص ٦٤

(٨) لقد سبق أن أثير نفس النقاش بمناسبة الحلقة النقاشية التي عقدتها مجلة الحقوق الكويتية بتاريخ ٢٠٠٥/٤/٥ حول مشروع قانون التجارة الإلكترونية الكويتي . (انظر مجلة الحقوق ، ملحق العدد ٣ ، السنة ٢٩ ، شعبان ١٤٢٦ هـ - سبتمبر ٢٠٠٥ م ، ص ٥١-٥٣)

ثانيا : ربط التوقيع بالرسالة الإلكترونية بنية توثيقها أو اعتمادها

إذا كان التوقيع المعتمد في البيئة الورقية يستمد قوته الثبوتية من دلالاته على موافقة الموقع على مضمون السند الموقع عليه، باعتباره مظهرا خارجيا للتعبير عن الإرادة^(١)، فإنه يكون طبيعيا أن يرتبط قبول التوقيع الإلكتروني بمدى قدرته على تحقيق هاته الوظيفة المتمثلة في إظهار موافقة الموقع على مضمون السند و التزامه بمحتواه^(٢).

و إذا كان التشريعان النموذجيان بشأن التجارة الإلكترونية و التوقيعات الإلكترونية قد ربطا التوقيع الإلكتروني بقدرته على بيان « موافقة الموقع على المعلومات الواردة في رسالة البيانات »^(٣)، فإن المشرع الإماراتي قد استخدم في قانون المعاملات والتجارة الإلكترونية عبارة أكثر شمولية عندما اشترط إلحاق أوارتباط التوقيع بالرسالة الإلكترونية بنية توثيقها أو اعتمادها. ولعله استفاد في ذلك مما ورد في دليل اشتراع قانون الأونسيترال النموذجي بشأن التوقيعات الإلكترونية ٢٠٠١ من أنه « ينبغي التمييز بين المفهوم القانوني لعبارة «توقيع» و المفهوم التقني لعبارة « توقيع إلكتروني » .. و لدى إعداد القانون النموذجي، رئي أنه ينبغي لفت انتباه المستعملين إلى احتمال الالتباس الذي يمكن أن ينشأ عن استخدام نفس الأداة التقنية لإنتاج توقيع ذي دلالة قانونية أو لوظائف أخرى تتعلق بالتوثيق أو بتعيين الهوية .. و يمكن أن ينشأ هذا الالتباس بشأن نية الموقع بوجه خاص ، إذا كان أسلوب التوقيع الإلكتروني « ذاته مستعملا للتعبير عن موافقة الموقع على المعلومات » الموقع عليها ، و يمكن أن يستعمل أيضا لأداء وظائف تعيين الهوية التي ستقتصر على ربط اسم الموقع بإرسال الرسالة دون الإشارة إلى الموافقة على محتوياتها »^(٤).

(1) Sylvain Martin. Arnaud tessalouikos et Alain Bensoussan: la signature électronique premiers réflexions après la publication de la directive du 13 décembre 1999 et de la loi du 13 Mars 2000. Gazette du palais 2000 . 1.2 73.

(٢) تعتبر هذه الوظيفة مرتبطة ارتباطا وثيقا و دائما بوظيفة التوقيع الأولى المتمثلة في تحديد شخص صاحب التوقيع وتمييزه عن غيره . انظر بهذا الشأن :

Yorick COOL: Signature électronique et signature manuscrite :soeurs ennemies ou soeurs jumelles ? , In Droit des technologies de l'information. Regards prospectifs : à l'occasion des vingtans du C.R.I.D. - Cahiers du Centre de Recherches Informatique et Droit , p 65 et suiv.

(٣) انظر المادة ٧ من التشريع الأول و المادة ٢ من التشريع الثاني .

(٤) ص ٥٢ و ما بعدها .

و بالإضافة إلى ذلك فإن التوقيع الإلكتروني يمنح المستند الموقع عليه صفة « المستند الأصلي »^(١)، و يسمح^(٢) بالتحقق من سلامته و عدم المساس بمضمونه^(٣).

الفصل الثاني : حجية التوقيع الإلكتروني

إذا كان المشرع الإماراتي قد دعم التزامه بالحياد إزاء التكنولوجيا المستخدمة في التوقيع الإلكتروني باعتماد نهج النظر الوظيفي في تعريفه ، فإنه كان طبيعياً أن يعترف من حيث المبدأ بمعادلة القيمة القانونية للتوقيع الإلكتروني لتلك المقررة للتوقيع الخطي (المبحث الأول) ، و أن يقدم في نفس الوقت معايير لتقدير القيمة المذكورة للتوقيعات الإلكترونية تبعاً لمدى قدرتها على تحقيق وظائفها (المبحث الثاني) .

المبحث الأول : مبدأ المساواة بين التوقيع الإلكتروني و التوقيع الخطي في الحجية و الاستثناءات الواردة عليه:

سنخصص المطلب الأول من هذا المبحث للمبدأ ، على أن نتناول الاستثناءات في المطلب الثاني .

المطلب الأول: مبدأ المساواة بين التوقيع الإلكتروني و التوقيع الخطي في الحجية

إذا كان التوقيع الإلكتروني يختلف عن التوقيع الخطي من حيث الشكل ، إلا أنه يقوم بنفس الوظيفة ، مما يقتضي منحه من حيث المبدأ نفس الحجية^(٤) ، بحيث إذا كانت هناك أي نتيجة قانونية من شأنها أن تترتب على

(1) Didier GOBERT et Etienne MONTERO: LA SIGNATURE DANS LES CONTRATS ET LES PAIEMENTS ÉLECTRONIQUES : L'APPROCHE FONCTIONNELLE , CAHIERS DU CRID — n° 17 , p67 .

(٢) خاصة التوقيع الرقمي .

(3) M. ANTOINE et D. GOBERT: « Pistes de réflexion pour une législation relative à la signature digitale et au régime des autorités de certification » , R.G.D.C., juillet-octobre 1998, n° 45/, p. 290.

(٤) عبر الدكتور خالد ممدوح إبراهيم عن ذلك ، بتأكيد على « أن التوقيع الإلكتروني و إن كان لا يناظر التوقيع الخطي التقليدي من حيث الشكل إلا أنه يناظره من حيث الوظيفة و الهدف و الحجية ، و يبقى الاختلاف الجوهري بينهما في الوسيلة المستخدمة حيث يتم التوقيع الإلكتروني باستخدام وسائط إلكترونية » (مرجع سابق ، ص ١٩٤)

(٥) دليل اشتراعية قانون الأوسيتيرال النموذجي بشأن التوقيعات الإلكترونية ٢٠٠١ ، ص ٦٣ .

استخدام التوقيع الخطي ، فينبغي أن تترتب النتيجة نفسها على التوقيع الإلكتروني الجدير بالاعتماد عليه ^(٥) .

و تطبيقاً لذلك ، نصت الفقرة ٣ من المادة ١٧ مكرر من قانون الإثبات في المعاملات المدنية والتجارية الصادر بالقانون الاتحادي رقم (١٠) لسنة ١٩٩٢م ، المضافة بمقتضى المادة الثانية من القانون اتحادي رقم (٣٦) لسنة ٢٠٠٦م الصادر بتاريخ ١٠\١٠\٢٠٠٦ على أنه « للتوقيع الإلكتروني ذات الحجية المقررة للتوقيعات المشار إليها في هذا القانون إذا روعي فيه الأحكام المقررة في قانون المعاملات والتجارة الالكترونية . »

و إذا رجعنا إلى قانون المعاملات والتجارة الالكترونية الإماراتي ، الذي يسري حسب المادة ٢ منه على التوقيعات الإلكترونية ذات العلاقة بالمعاملات والتجارة الإلكترونية ، وجدنا أنه ينص صراحة في الفقرة ١ من المادة ٨ منه على أنه إذا اشترط القانون وجود توقيع على مستند أو نص على ترتيب نتائج معينة على التوقيع ، فإن التوقيع الإلكتروني الذي يعتمد عليه اعتماداً معقولاً ^(١) يستوفي ذلك الشرط ^(٢) .

و قد أكدت المادة ١٠ من نفس القانون على أن ورود التوقيع في شكل إلكتروني لا يحول دون قبوله كدليل إثبات ، كما لا يحول دون ذلك ، كونه ليس أصلياً أو في شكله الأصلي ، متى كان أفضل دليل يمكن للشخص الذي يستشهد به أن يحصل عليه بكيفية معقولة ^(٣) .

و يستفاد من مجموع النصوص السابقة أن للتوقيع الإلكتروني في التشريع الإماراتي نفس حجية التوقيع الخطي متى استوفى الشروط المنصوص عليها في قانون المعاملات والتجارة الالكترونية ، و المتعلقة بمدى قدرته على تحقيق وظائفه ، و ذلك بحسب درجة الأمن القانوني و التقني التي يوفرها ، بحيث تختلف هذه الحجية باختلاف درجة الوثوقية التقنية ^(٤) .

و رغم أن قانون المعاملات والتجارة الالكترونية الإماراتي ، قد أقر مبدأ المساواة بين التوقيع الإلكتروني و التوقيع الخطي في الحجية ، وفق ما تم بيانه ، إلا أنه بالطبع لم يتضمن ما يفرض على أي شخص استخدامه ، أو استخدام أو قبول أي معلومات بشكل إلكتروني ، في نفس الوقت الذي أجاز فيه استنتاج موافقة هذا

(١) في إطار المعنى الوارد في المادة (١٨) من نفس القانون وفق ما سنتناوله في البحث الثاني من هذا الفصل .

(٢) حرص المشرع الفرنسي عند تعديل المادة ١٣١٦ من القانون المدني بموجب قانون ١٣ مارس ٢٠٠٠ على التأكيد على مبدأ مساواة الكتابة على دعامة إلكترونية للكتابة على دعامة ورقية من حيث القوة الإثباتية ، متى كان بالإمكان تحديد هوية الشخص الذي أصدرها ، وكان قد تم حفظها في ظروف تضمن كمالها .

(٣) جاءت صيغة الفقرة الأولى من المادة المذكورة كما يلي : « لا يحول دون قبول الرسالة الإلكترونية أو التوقيع الإلكتروني كدليل إثبات : »

(أ) أن تكون الرسالة أو التوقيع قد جاء في شكل إلكتروني .

(ب) أن تكون الرسالة أو التوقيع ليس أصلياً أو في شكله الأصلي ، متى كانت هذه الرسالة أو التوقيع الإلكتروني أفضل دليل يتوقع بدرجة معقولة أن يحصل عليه الشخص الذي يستشهد به »

(٤) وفق ما سنتناوله في البحث الثاني من هذا الفصل .

الشخص على الاستخدام أو القبول المذكورين من سلوكه الإيجابي . و ذلك باستثناء الحكومة التي اشترط أن يكون قبولها بالتعامل الإلكتروني ، في المعاملات التي تكون طرفا فيها ، صريحا ^(١).

المطلب الثاني : الحالات المستثناة من قبول التوقيع الإلكتروني كمساو في الحجية للتوقيع الخطي

نص القانون النموذجي بشأن التوقيعات الإلكترونية في المادة الأولى منه على انه يطبق حيثما تستخدم توقيعات إلكترونية « في سياق أنشطة تجارية » ^(٢) ، و قد عمدت مختلف الدول عند إصدار تشريعاتها ^(٣) المتعلقة بالموضوع إلى إيراد مجموعة من الاستثناءات على نطاق التطبيق المذكور ^(٤) ، بالنظر لأهمية وخطورة بعض التصرفات ، أو بالنظر لطبيعتها الشخصية المحضة .

(١) انظر المادة ٦ من نفس القانون .

(٢) مع التأكيد في الهامش على أنه ينبغي تفسير مصطلح « تجاري » تفسيراً واسعاً يشمل المسائل الناشئة عن جميع العلاقات ذات الطابع التجاري ، سواء كانت تعاقدية أم غير تعاقدية .

« وتشمل العلاقات ذات الطابع التجاري المعاملات التالية، على سبيل المثال لا الحصر : أي معاملة تجارية لتوريد أو تبادل البضائع أو الخدمات ؛ اتفاق التوزيع ؛ التمثيل التجاري أو الوكالة التجارية ؛ العوامة ؛ البيع الإيجاري ؛ تشييد المنشآت ؛ الخدمات الاستشارية ؛ الأعمال الهندسية ؛ منح الرخص ؛ الاستثمار ؛ التمويل ؛ الأعمال المصرفية ؛ التأمين ؛ اتفاق أو امتياز الاستغلال ؛ المشاريع المشتركة وغيرها من أشكال التعاون الصناعي أو الأعمال ؛ نقل البضائع أو الركاب جواً أو بحراً أو بالسكك الحديدية أو بالطرق البرية . »

و هي الصيغة نفسها المستخدمة في المادة ١ من القانون النموذجي بشأن التجارة الإلكترونية ، مع نفس التأكيد في الهامش .

(٣) جاء في هامش نفس المادة : تقترح اللجنة النص التالي للدول التي قد ترغب في توسيع نطاق انطباق هذا القانون : « ينطبق هذا القانون حيثما تُستخدم توقيعات إلكترونية ، باستثناء الأحوال التالية : [...] »

(٤) انظر على سبيل المثال :

المادة ٦ من قانون المعاملات الالكترونية الأردني رقم ٨٥ لسنة ٢٠٠١ و التي جاءت صيغتها كما يلي « لا تسري أحكام هذا القانون على ما يلي :

أ . العقود والمستندات والوثائق التي تنظم وفقاً لتشريعات خاصة بشكل معين أو تتم بإجراءات محددة ومنها :

١ . إنشاء الوصية وتعديلها .

٢ . إنشاء الوقف وتعديل شروطه .

٣ . معاملات التصرف بالأموال غير المنقولة بما في ذلك الوكالات المتعلقة بها وسندات ملكيتها وإنشاء الحقوق العينية عليها باستثناء عقود الإيجار الخاصة بهذه الأموال .

٤ . الوكالات والمعاملات المتعلقة بالأحوال الشخصية .

٥ . الإشعارات المتعلقة بالغاء أو فسخ عقود خدمات المياه والكهرباء والتأمين الصحي والتأمين على الحياة .

٦ . لوائح الدعاوى والمرافعات وإشعارات التبليغ القضائية وقرارات المحاكم .

ب . الأوراق المالية إلا ما تنص عليه تعليمات خاصة تصدر عن الجهات المختصة استناداً لقانون الأوراق المالية النافذ المفعول . »

المادة ٢ من القانون المغربي رقم ٥٣,٠٥ المتعلق بالتبادل الإلكتروني للمعطيات القانونية و التي جاءت صيغتها كما يلي « ... غير أن الوثائق المتعلقة بتطبيق أحكام مدونة الأسرة والمحركات « العرفية المتعلقة بالضمانات الشخصية أو العينية ، ذات الطابع المدني » أو التجاري لا تخضع لأحكام هذا القانون ، ما عدا المحركات المنجزة من لدن شخص لأغراض مهنته . »

و في هذا الإطار ، نص قانون المعاملات والتجارة الالكترونية الإماراتي صراحة في المادة ٢ منه على استثناء مجموعة من المعاملات و المسائل من أحكامه ، بحيث استثنى :

المعاملات والمسائل المتعلقة بالأحوال الشخصية كالزواج والطلاق والوصايا .

سندات ملكية الأموال غير المنقولة .

السندات القابلة للتداول^(١) .

المعاملات التي تتعلق ببيع وشراء الأموال غير المنقولة والتصرف فيها وتأجيرها لمدة تزيد على عشر سنوات وتسجيل أية حقوق أخرى متعلقة بها .

أي مستند يتطلب القانون تصديقه أمام الكاتب العدل .

أية مستندات أو معاملات أخرى يتم استثناءها بنص قانوني خاص .

وقد أكد نفس المشرع ، في نفس المادة ، على أن لمجلس الوزراء ، أن يستثنى أية معاملات أو مسائل أخرى بقرار يصدره ، كما أنه أن يدخل في نطاق التطبيق أي معاملة أو مسألة من المعاملات أو المسائل المستثناة الستة المذكورة ، و له أيضا القيام بأي تعديل يراه بهذا الشأن .

و تجدر الإشارة في هذا الإطار إلى أنه قد سبق لمجلس مجمع الفقه الإسلامي أن استثنى في قراره رقم ٢٦/٣/٥٤ بشأن « حكم إجراء العقود بآلات الاتصال الحديثة »^(٢) ثلاثة عقود من مبدأ جواز التعاقد الإلكتروني ، هي :

- (١) ورد النص في هذا الشأن عاما دون تمييز بين أنواع السندات حسب الطريقة المحددة لتداولها .
- (٢) الصادر في دورة مؤتمره المنعقد بجدة في المملكة العربية السعودية في الفترة من ١٧ إلى ٢٣ شعبان ١٤١٠ هـ الموافق ١٤-٢٠ مارس ١٩٩٠ (مجلة مجمع الفقه الإسلامي - منظمة المؤتمر الإسلامي ، العدد ٦ ، ج ٢ ، ص ٧٨٥)
- و قد جاء نص القرار كما يلي « إن مجلس مجمع الفقه الإسلامي المنعقد في دورة مؤتمره الرابع بجدة في المملكة العربية السعودية من ١٧- ٢٣ شعبان ١٤١٠ هـ الموافق ١٤ - ٢٠ آذار (مارس) ١٩٩٠م ، بعد اطلاعه على البحوث الواردة إلى المجمع بخصوص موضوع إجراء العقود بآلات الاتصال الحديثة ، ونظراً إلى التطور الكبير الذي حصل في وسائل الاتصال وجريان العمل بها في إبرام العقود لسرعة إنجاز المعاملات المالية والتصرفات ، وباستحضار ما تعرض له الفقهاء بشأن إبرام العقود بالخطاب وبالكتابة وبالإشارة وبالرسول ، وما تقرر من أن التعاقد بين الحاضرين يشترط له اتحاد المجلس - عدا الوصية والإيصاء والوكالة - وتطابق الإيجاب والقبول ، وعدم صدور ما يدل على إعراض أحد العاقدين عن التعاقد ، والموالات بين الإيجاب والقبول بحسب العرف . قرر ما يلي :
- أولاً : إذا تم التعاقد بين غائبين لا يجمعهما مكان واحد ولا يرى أحدهما الآخر معاينة ، ولا يسمع كلامه وكانت وسيلة الاتصال بينهما الكتابة أو الرسالة أو السفارة (الرسول) ، وينطبق ذلك على البرق، والتلکس، والفاکس وشاشات الحاسب الآلي (الحاسوب) ، ففي هذه الحالة ينعقد العقد عند وصول الإيجاب إلي الموجه إليه وقبوله .
- ثانياً : إذا تم التعاقد بين طرفين في وقت واحد وهما في مكانين متباعدين ، وينطبق هذا على الهاتف واللاسلكي ، فإن التعاقد بينهما يعتبر تعاقداً بين حاضرين ، وتطبق على هذه الحالة الأحكام الأصلية المقررة لدى الفقهاء المشار إليها في الديباجة .
- ثالثاً : إذا أصدر العارض ، بهذه الوسائل ، إيجاباً محدد المدة يكون ملزماً بالبقاء على إيجابه خلال تلك المدة ، وليس له الرجوع عنه .
- رابعاً : إن القواعد السابقة لا تشمل النكاح لا شترط الإشهاد فيه ، ولا الصرف لا شترط التقابض ، ولا السلم لا شترط تعجيل رأس المال .
- خامساً : ما يتعلق باحتمال التزيف ، أو التزوير ، أو الغلط ، يرجع فيه إلى القواعد العامة للإثبات . »

- عقد الزواج لاشتراط الإشهاد فيه.
- عقد الصرف لاشتراط التقابض .
- عقد السلم لاشتراط تعجيل رأس المال .

المبحث الثاني: تقدير حجية التوقيعات الإلكترونية

إذا كان الاعتراف القانوني بمعادلة التوقيع الإلكتروني للتوقيع الخطي من حيث الحجية ، يرجع لتمثيلهما الوظيفي، فإن الواقع أن التوقيعات الخطية نفسها لا تتمتع بذات الحجية في البيئة الورقية من جهة ، و أن التوقيعات الإلكترونية لا تتوفر ، من جهة أخرى ، على نفس القدرة التقنية على تحقيق وظيفتي التوقيع ، و بالتالي على نفس مستوى قابلية الاعتماد التقنية ، بالنظر للظروف التي تستخدم فيها ، و ليس فقط لما يحيط بها من مخاطر عمدية و غير عمدية ^(١).

لذلك يكون طبيعياً أن لا يمنح القانون نفس الحجية لمختلف التوقيعات الإلكترونية، وأن ينص على ترتيب أثار قانونية تختلف باختلاف درجة الموثوقية التقنية (المطلب الأول) ، كما يكون طبيعياً أيضاً أن يفرد نفس القانون قواعد خاصة لتقدير حجية التوقيعات الإلكترونية الأجنبية (المطلب الثاني)

المطلب الأول: تقدير حجية التوقيعات الإلكترونية وفقاً لمستوى الموثوقية

عمل مشروع قانون المعاملات والتجارة الالكترونية الإماراتي على توفير مجموعة من المعايير الموضوعية لقياس درجة موثوقية التقنيات المستخدمة في التوقيع الإلكتروني، و ربط بين درجة الموثوقية المذكورة والآثار القانونية التي يمكن أن تترتب عن التوقيع.

و هكذا منح مشروع القانون المذكور أعلى درجات الحجية « للتوقيع المحمي » الذي اعتبره قرينة بسيطة ^(٢) على إمكانية الاعتماد به ، و على أنه توقيع الشخص الذي تكون له صلة به ، و على أن ذلك الشخص قد وضعه بنية توقيع أو اعتماد الرسالة الإلكترونية المنسوب إليه إصدارها ^(٣) ، و على أن الاعتماد عليه معقول ^(٤).

(١) تتمثل المخاطر العمدية بالأساس في عمليات القرصنة المعلوماتية من خلال السيطرة على النظام المعلوماتي للموقع ، على النظام المعلوماتي للطرف الثالث . في حين تتمثل المخاطر غير العمدية في حدوث خطأ في برنامج التوقيع الإلكتروني ، أو في صدور أخطاء من جانب الأشخاص القائمين على جهة التصديق ، أو في خطأ الموقع نفسه . (انظر بشأن هذه المخاطر : الدكتور سامح عبد الواحد التهامي ، مرجع سابق ، ص ٤٤٧-٤٥٣)

(٢) أي قابلة لإثبات العكس .

(٣) المادة ١٠ .

(٤) الفقرة ٢ من المادة ١٧ .

و يعتبر التوقيع محميا متى كان من الممكن التحقق من خلال تطبيق إجراءات توثيق محكمة^(١)، من أنه في الوقت الذي تم فيه ، كان ينفرد به الشخص الذي استخدمه ، وتحت سيطرته التامة سواء بالنسبة لإنشائه أو وسيلة استعماله^(٢) ، مع إمكانية إثبات هوية ذلك الشخص، و من أنه مرتبط بالرسالة الإلكترونية ذات الصلة به بطريقة توفر تأكيداً يعتمد عليه حول سلامة التوقيع^(٣) .

أما بالنسبة للتوقيع الإلكتروني غير المحمي ، فإنه لا يحق لأي شخص أن يعتمد عليه إلا إلى المدى الذي يكون فيه مثل هذا الاعتماد معقولاً. وكذلك الشأن بالنسبة للتوقيع المعزز بشهادة مصادقة إلكترونية، فإنه يتعين على الطرف الذي يعتمد عليه أن يتخذ الخطوات المعقولة اللازمة للتأكد من صحة ونفاذ الشهادة، وما إذا كانت معلقة أو ملغاة، و ما إذا كان عليها أي قيود . و كل ذلك تحت مسؤوليته^(٤) .

وقد حددت المادة ١٨ من القانون المذكور المعايير التي يمكن على ضوءها تحديد مدى معقولية الاعتماد على التوقيع الإلكتروني غير المحمي أو شهادة المصادقة الإلكترونية ، و التي تتمثل أساسا في:

- ١- طبيعة المعاملة المعنية التي قصد تعزيزها بالتوقيع الإلكتروني.
- ٢- قيمة أو أهمية المعاملة المعنية إذا كان ذلك معلوماً للطرف الذي يعتمد على التوقيع الإلكتروني.
- ٣- ما إذا كان الشخص الذي اعتمد على التوقيع الإلكتروني أو شهادة المصادقة الإلكترونية، قد اتخذ خطوات مناسبة ليقرر مدى إمكانية الاعتماد على التوقيع الإلكتروني أو شهادة المصادقة الإلكترونية.
- ٤- ما إذا كان الطرف الذي اعتمد على التوقيع الإلكتروني قد اتخذ خطوات مناسبة للتحقق من أن التوقيع الإلكتروني معزز بشهادة مصادقة إلكترونية أو كان من المتوقع أن يكون كذلك.
- ٥- ما إذا كان الطرف الذي اعتمد على التوقيع الإلكتروني أو شهادة المصادقة الإلكترونية، قد علم أو كان عليه أن يعلم أن التوقيع الإلكتروني أو شهادة المصادقة الإلكترونية قد تم الإخلال بها أو ألغيت.
- ٦- الاتفاق أو التعامل السابق بين المنشئ والطرف الذي اعتمد على التوقيع الإلكتروني أو شهادة المصادقة الإلكترونية، أو أي عرف تجاري سائد في هذا الشأن.
- ٧- أي عامل آخر ذي صلة.

(١) منصوص عليها في نفس القانون أو معقولة تجارياً ومتفق عليها بين الطرفين (الفقرة ١ من المادة ١٧) .

(٢) فيما يتعلق بالوكالة ، و الاستخدام المأذون به ، و الحالة التي يتعلق فيها الأمر بشخص معنوي ، فإن المشرع قد عرف الموقع في نفس القانون بأنه « الشخص الطبيعي أو المعنوي الحائز لأداة توقيع إلكتروني خاصة به ويقوم بالتوقيع أو يتم التوقيع بالنيابة عنه على الرسالة الإلكترونية باستخدام هذه الأداة »

(٣) بحيث إذا تم تغيير السجل الإلكتروني فإن التوقيع الإلكتروني يصبح غير محمي . انظر الفقرة ١ من المادة ١٧ .

(٤) نصت الفقرة ٤ من المادة ١٨ على أنه « إذا كان الاعتماد على التوقيع الإلكتروني أو شهادة المصادقة الإلكترونية غير معقول ...، فإن الطرف الذي اعتمد على التوقيع الإلكتروني أو شهادة المصادقة الإلكترونية يتحمل مخاطر عدم صحة ذلك التوقيع أو تلك الشهادة ما لم يثبت العكس. »

المطلب الثاني : تقدير حجية التوقيعات الإلكترونية الأجنبية

تناول مشروع قانون المعاملات والتجارة الإلكترونية الإماراتي مسألة « الاعتراف بشهادات المصادقة الإلكترونية والتوقيعات الإلكترونية الأجنبية » في المادة ٢٣ منه ، التي جاءت موافقة لمقتضيات المادة ١٢ من القانون النموذجي بشأن التوقيعات الإلكترونية .

وهكذا نص في الفقرة ١ من المادة (٢٣) المذكورة على أنه « لتقرير ما إذا كانت شهادة المصادقة الإلكترونية أو التوقيع الإلكتروني نافذاً قانوناً، لا يؤخذ في الاعتبار المكان الذي صدرت فيه هذه الشهادة أو التوقيع الإلكتروني، ولا بالاختصاص القضائي الذي يوجد فيه مقر عمل الجهة التي أصدرت هذه الشهادة أو التوقيع الإلكتروني».

وهو بذلك قد وضع قاعدة عامة لعدم التمييز بين التوقيع الإلكتروني الوطني ونظيره الأجنبي و بين شهادات المصادقة الإلكترونية الوطنية و الأجنبية على أساس مجرد مكان الإصدار أو التوقيع ^(١) ، أكد بمقتضاها على أنه لا ينبغي الاعتماد في تحديد مدى قابلية التوقيع الإلكتروني أو شهادة المصادقة الإلكترونية للنفاذ القانوني ، على مكان المنشأ، ولا على المكان الذي يوجد به مقر عمل الجهة المصدرة أو الموقع. مثلما وضع قاعدة عامة لمساواة حجية شهادات المصادقة الإلكترونية الأجنبية للشهادات الصادرة في الدولة متى توافرت فيها نفس الضمانات، و لمساواة حجية التوقيعات الإلكترونية الأجنبية لتلك التي تمت في الدولة متى كانت تسمح بتوفير قدر من الثقة و الاطمئنان لا يقل عن ذلك الذي تتيحه هذه الأخيرة ^(٢) .

وعليه فقد عمل نفس المشرع على وضع معيار للاعتراف بشهادة المصادقة الإلكترونية التي يصدرها مزودو خدمات التصديق الأجانب، تمثل في مدى توفيرهم مستوى من الوثوق يوازي على الأقل المستوى المطلوب من مزودي خدمات التصديق العاملين بالدولة ^(٣) ، ومع الأخذ في الاعتبار المعايير الدولية المعترف بها ^(٤) . كما عمل

(١) الموقع الجغرافي الذي صدرت فيه الشهادة أو تم فيه التوقيع الإلكتروني و الموقع الجغرافي الذي يوجد به مقر عمل المصدر أو الموقع .

(٢) أي التوقيعات التي نشأت أو استخدمت داخل الدولة (ذات المنشأ الوطني)

(٣) تنص المادة ٢٠ من نفس القانون على أنه « لأغراض هذا القانون يعين بقرار من مجلس الوزراء جهة لمراقبة خدمات التصديق وعلى وجه الخصوص لأغراض ترخيص وتصديق ومراقبة أنشطة مزودي خدمات التصديق والإشراف عليها . »

و قد تضمن البيان الختامي و التوصيات لمؤتمر المعاملات الإلكترونية (التجارة الإلكترونية - الحكومة الإلكترونية) الذي عقدته كلية القانون بجامعة الإمارات العربية المتحدة بالتعاون مع مركز الإمارات للدراسات والبحوث الإستراتيجية خلال الفترة ١٩-٢٠ مايو ٢٠٠٩ بأبوظبي ، توصية حملت رقم ١٢ ب « دعوة السلطات المختصة إلى الترخيص الفعلي لشركات التصديق على التوقيع حتى يمكنها البدء في العمل » (مجلة الشريعة و القانون ، السنة الثالثة و العشرون ، العدد التاسع و الثلاثون - رجب ١٤٣٠ هـ - يوليو ٢٠٠٩ م ، ص ٤٣٤)

(٤) يرى الدكتور عبد الفتاح بيومي حجازي أن « أظهر مبدأ في هذا الخصوص هو مبدأ المعاملة بالمثل - ذلك أنه لا يمكن لمشرع وطني أو سلطات وطنية أن تعترف بالوثائق الأجنبية لإنتاج آثار قانونية على أراضيها ما لم تكن تشريعات هذه الدولة تعترف لذات الوثائق الوطنية بالقوة التنفيذية على أراضيها هي الأخرى » (التوقيع الإلكتروني في النظم القانونية المقارنة ، دار الفكر الجامعي - الاسكندرية ، الطبعة الأولى ٢٠٠٥ م ، ص ٣٠٧ .

على وضع معيار للاعتراف بالتوقيعات الإلكترونية الأجنبية ، واعتبارها في مستوى التوقيعات الصادرة وفقاً لأحكامه ، تمثل في مدى اشتراط قوانين الدولة الأخرى التي استوفت التوقيعات الأجنبية المذكورة شروطها « مستوى من الاعتماد على التوقيعات يوازي على الأقل المستوى الذي يشترطه « هو لتلك التوقيعات »^(١).

و يتعين النظر بهذا الشأن إلى العوامل^(٢) التالية :

- ١- الموارد المالية والبشرية بما في ذلك توافر الموجودات داخل منطقة الاختصاص.
 - ٢- مدى الثقة في برامج وأجهزة الحاسب الآلي.
 - ٣- إجراءات معالجة وإصدار شهادات المصادقة الإلكترونية، وطلبات الحصول على هذه الشهادات والاحتفاظ بالسجلات.
 - ٤- توفر المعلومات الخاصة بالموقعين المحددين في شهادات المصادقة الإلكترونية، وكذلك توفير المعلومات للأطراف المعتمدة على خدمات التصديق.
 - ٥- انتظام ومدى مراجعة الحسابات من جانب جهة مستقلة.
 - ٦- وجود إعلان من الدولة أو من جهة اعتماد، أو من مزود خدمات التصديق بشأن وجود ما ذكره أو الالتزام به.
 - ٧- مدى خضوع مزود خدمات التصديق للاختصاص القضائي لمحاكم الدولة.
 - ٨- مدى التناقض بين القانون المطبق على أعمال مزود خدمات التصديق وقوانين الدولة.
- و لعل هدف مشرع قانون المعاملات والتجارة الالكترونية الإماراتي من ضمان قابلية التوقيعات والشهادات الأجنبية لإحداث آثار قانونية معترف بها في الدولة متى كانت تتمتع بمستوى من المصادقية و الثقة لا يقل عن المستوى المشترك وفقاً للقانون الوطني المذكور ، هو استبعاد العوائق المحتملة أمام المعاملات الإلكترونية بصفة عامة و التجارة الإلكترونية الدولية على وجه الخصوص ، و المساهمة في تيسيرها و نموها .
- و قد أجاز نفس المشرع للأطراف الاتفاق على استخدام أنواع معينة من التوقيعات أو الشهادات ، ولو لم

(١) انظر الفقرتين ٢ و ٣ من المادة ٢٣ .

(٢) الفقرة (٢) من المادة (٢١) المحال عليها بموجب الفقرة ٤ من المادة ٢٣ من نفس القانون .

تكن مستوفية لما ذكر ، شريطة ألا يكون مثل هذا الاتفاق غير مشروع وفقاً لأحكام القوانين المطبقة في الدولة^(١). كما أكد على أنه يتعين لتقرير ما إذا كان أي من التوقيع الإلكتروني أو شهادة المصادقة الإلكترونية نافذاً قانونياً، أن يؤخذ بالاعتبار أي اتفاق بين الطرفين حول المعاملة التي يستخدم فيها ذلك التوقيع أو الشهادة^(٢).

خاتمة :

التزم المشرع الإماراتي في تنظيمه للتوقيع الإلكتروني بمبدأ الحياد إزاء التكنولوجيا المستخدمة فيه، ودعم حياده الإيجابي باعتماد نهج النظير أو المعادل الوظيفي للتوقيع في البيئة الورقية ، ورتب على ذلك منح التوقيع الإلكتروني المشار إليه حجية معادلة لحجية التوقيع الخطي من حيث المبدأ ، مع تفاوت وفقاً لمستوى الموثوقية التي يوفرها .

و تحظى هذه المقتضيات التشريعية بأهمية قصوى . ذلك انه إذا كانت فكرة الأمن القانوني و التقني تلعب دوراً أساسياً و مهما في إضفاء الحجية^(٣) على التوقيع الإلكتروني، و إذا كان تعميم استخدام الوثائق و التوقيعات الإلكترونية مرتبط ارتباطاً وثيقاً بتعميم الوسائل الفنية القادرة تقنياً على تحقيق الأمان في التعامل^(٤)، فإن توفير التشريع الإماراتي لمعايير تسمح بتحديد التوقيعات الإلكترونية المحمية بقرينة الحجية و المعززة و تلك القابلة للاعتماد عليها ، بشكل مسبق، يوفر ضماناً للثقة و القدرة على التوقيع القانوني اللازمين لتشجيع الاستثمار و لتطور التجارة الإلكترونية .

(١) نصت الفقرة ٦ من المادة ٢٣ على أنه « - استثناء من أحكام الفقرتين (٢)، (٣) السابقتين:

(أ) يجوز للأطراف في المعاملات التجارية والمعاملات الأخرى أن يتفقوا على استخدام مزودي خدمات تصديق معينين أو فئة معينة منهم أو فئة معينة من شهادات المصادقة الإلكترونية وذلك فيما يتصل بالرسائل أو التوقيعات الإلكترونية المقدمة لهم.

(ب) وفي الحالات التي يتفق فيها الأطراف فيما بينهم على استخدام أنواع معينة من التوقيعات أو شهادات المصادقة الإلكترونية فإن هذا الاتفاق يعتبر كافياً لأغراض الاعتراف المتبادل بالاختصاصات القضائية للدول التي تتبعها هذه الأطراف، شريطة ألا يكون مثل هذا الاتفاق غير مشروع وفقاً لأحكام القوانين المطبقة في الدولة. »

(٢) الفقرة ٥ من المادة ٢٣ .

(٣) الدكتور لورنس محمد عبيدات ، أطروحة سابقة ، ص ١٥٦ .

(4) Cyrille CHARBONNEAU et Frédéric - JérômePansier: Le droit de la « preuve » est un totem moderne (le commerce électronique), Gazette du palais 2000du 3104/01 - 03/, n2 , p 593.

القسم الأول أبحاث ودراسات

معيّار أجنبية حكم التحكيم

المستشار:

علي ناصر محمد الأحبابي

القاضي بمحكمة أبوظبي الابتدائية



مقدمة

لقد أصبح الاتفاق على اللجوء إلى التحكيم في العلاقات التجارية الدولية كوسيلة لحسم النزاعات القائمة أو المستقبلية بموجب بند في العقد (شرط التحكيم)، أو بموجب اتفاق مستقل مزامن للعقد الأصلي أو لاحق عليه (مشاركة التحكيم) أمراً سائداً، سواءً تعلق الأمر بأشخاص طبيعيين أم اعتباريين، فالتحكيم أصبح بدون شك الوسيلة الأولى - إن لم تكن الوحيدة - التي يلجأ لها أطراف العلاقة التجارية وخاصة الدولية منها، لتسوية ما يثور بينهم من منازعات.

واشتهار التحكيم على المستوى العالمي لم يأت من فراغ، وإنما بما له من مميزات يتميز بها عن غيره من وسائل حل المنازعات، حتى شغل مكاناً بارزاً في الفكر القانوني والاقتصادي، وكذلك في التشريعات الوطنية، ناهيك عن الاتفاقيات الدولية الخاصة بالتحكيم.

والتحكيم بصفة عامة هو طريق خاص للفصل في النزاعات، استوجبتة الحياة المعاصرة لما له من سمات ومميزات، قد لا تكون متوفرة في صاحب الاختصاص الأصلي، وهو القضاء العادي، وذلك لكثرة العلاقات وخاصة التجارية منها، وتشعبها وتطلبها في كثير من الأحيان لمتخصص ومتمرس في تلك العلاقات، حتى يكون بمقدوره الفصل في ما نشأ بسببها من نزاع .

وقد أثارت أجنبية حكم التحكيم جدلاً واسعاً في الفقه والقضاء، وتعددت المعايير التي يركن إليها لتمييز حكم التحكيم الأجنبي، عن حكم التحكيم الداخلي أو الوطني، والتمييز بين النوعين ذو أهمية كبيرة، سواء من حيث القانون الواجب التطبيق، أو المحكمة المختصة بالمصادقة على الحكم التحكيمي وتنفيذه، أو من حيث أعمال مبدأ الدفع بالنظام العام، وغير ذلك من الفوارق التي لا تدخل ضمن نطاق هذا البحث، ولذلك سنقوم بتقسيم هذا البحث إلى نستعرض في المطلب الأول منها إلى معيار دولية التحكيم بشكل عام وفي المطلب الثاني سنتطرق إلى معيار أجنبية حكم التحكيم في القانون المقارن وفي المطلب الثالث سنستعرض المشرع الإماراتي والمصري من المسألة.

المطلب الأول

معيار دولية التحكيم بشكل عام

يأتي انتشار التحكيم بصفة واسعة في الآونة الأخيرة، نتيجة طبيعية لازدياد المعاملات التجارية الدولية بصفة خاصة، سواء أكانت بين الأشخاص الطبيعيين أم الاعتباريين، أم بين الدولة وأشخاص تابعين لدول أخرى، ولذلك حرصت معظم الدول على مواكبة التطور الحاصل في سبل فض المنازعات التجارية، والمتمثل في التحكيم الذي قد يكون السبيل الوحيد في حل الإشكالات، أو النزاعات المنبثقة من العلاقة التجارية الدولية أو حتى الداخلية، وأصبح أطراف العلاقة التجارية قبل الولوج في علاقة تجارية في دولة ما، ينظرون في النظام القانوني الخاص بتلك الدولة، إن كان يسمح بالتحكيم في مثل هذه العلاقة أو لا، وأصبحت الدول التي تسمح نظامها القانوني باللجوء إلى التحكيم كوسيلة لحل النزاعات التجارية من الدول الجاذبة للاستثمار الأجنبي .

ولذلك اهتمت التشريعات المقارنة بوضع قانون ينظم التحكيم ، فقد اتجه القضاء الفرنسي إلى تشجيع التحكيم في مجال المعاملات الخاصة الدولية، وذلك بوضع أحكام، يهدف من ورائها إلى تحرير العلاقة الدولية من بعض القيود التي يفرضها على العلاقة الداخلية، مثل إجازة المشرع الفرنسي لشرط التحكيم الوارد في العقود الدولية، وذلك بعكس العقد الداخلي الذي يكون شرط التحكيم إذا ورد فيه باطلا. ^(١)

ويختلف التحكيم الدولي عن التحكيم الداخلي، سواء من حيث التنظيم القانوني لكليهما، أم من ناحية قدرة أطراف التحكيم على وضع القواعد التي تنظم عملية التحكيم ، بدءاً من تشكيل هيئة التحكيم ومروراً بإجراءات التحكيم، والقانون الذي يحكم موضوع النزاع، كما أن هناك اختلافاً بينهما من حيث قابلية حكم التحكيم في كل منهما للطعن عليه بالاستئناف. فحكم التحكيم الداخلي يقبل الطعن عليه بالاستئناف لدى بعض النظم القانونية ^(٢)، من ذلك قانون التحكيم الإنجليزي لعام ١٩٩٦ ^(٣) والقانون الفرنسي ^(٤) وغيرها من القوانين التي تأثرت بها، وهذا غير جائز لدى غالبية النظم القانونية في شأن التحكيم الدولي، وهذه الفروقات بين نوعي التحكيم تحتم البحث عن معيار للتمييز بينهما .

(١) .د. مصطفى محمد الجمال ، د. عكاشة محمد عبدالعال ، التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية والداخلية ، الجزء الأول، الطبعة الأولى ١٩٩٨ ، ص ٧٠.

(٢) .د. أحمد عبد الكريم سلامة ، التحكيم في المعاملات المالية الداخلية والدولية ، دار النهضة العربية ، الطبعة الأولى ، ص ٧٨ ومابعداها .

(٣) . المادة ٦٩ ومابعداها .

(٤) . المادة ١٤٨٢ من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي

أولاً – المعيار المجرد للتفرقة :

« المتأمل في الكتابات الفقهية يدرك أن هناك اتجاهًا نحو وضع معيار مجرد، يحاول تحديد دولية التحكيم انطلاقاً من النظر إلى عناصر التحكيم في صلاتها بالنظم القانونية المختلفة ، ومجردة عن موضوع النزاع ، فإذا كانت كل تلك العناصر ، كأطراف النزاع ، ومكان التحكيم ، والقواعد المطبقة على الإجراءات وعلى الموضوع ، تنتمي إلى نظام قانوني واحد ، كنا بصدد تحكيم وطني في نظر السلطات الوطنية التي تنتمي إليها تلك العناصر »^(١).

ثانياً – المعيار الموضوعي للتفرقة :

على خلاف المعيار السابق، يتحصل المعيار الموضوعي في التركيز على موضوع النزاع، وعلى ذلك فإن التحكيم الدولي هو الذي يفصل في نزاع ذي طابع دولي^(٢).

متى يكون النزاع ذا طابع دولي :

المتابع لكتابات الفقه، وأحكام القضاء، وبالرجوع إلى المفاهيم السائدة في القانون الدولي الخاص المقارن، يتبين أن هناك معيارين للدولية:

أ- المعيار القانوني:

يرى بعض أنصار المعيار القانوني أن العلاقة القانونية تكتسي بالصفة الدولية، إذا لم تكن محصورة في إطار نظام قانوني واحد، بأن تتصل عن طريق أحد عناصرها - الشخصية أو الموضوعية - بأكثر من دولة، فالعقد مثلاً، وفقاً لهذا المعيار، يكون دولياً إذا اتصل من خلال مكان إبرامه، أو موضوعه، أو محل تنفيذه، أو أطرافه، من حيث جنسيتهم أو موطنهم، أو محل إقامتهم، بأكثر من نظام قانوني، أي أنه العقد الذي يداخله عنصر أجنبي أياً كانت قيمة هذا العنصر. في حين يذهب البعض الآخر من أنصار هذا المعيار إلى عدم تكافؤ عناصر العلاقة القانونية، ومن ثم يفرقون بين العناصر المؤثرة أو الفعالة أو الإيجابية، والعناصر غير المؤثرة أو المحايدة أو السلبية التي لا يكون لها أثر يذكر في نفي الصفة الوطنية عن العقد، ويرون أن العقد يصطبغ بالصبغة الدولية إذا اتصل من خلال العناصر الأولى - دون الثانية - بأكثر من نظام قانوني^(٣).

(١) د. أحمد عبد الكريم سلامة ، مرجع سابق ، ص ٨٤.

(٢) المرجع السابق ، ص ٨٧.

(٣) د. محمد الروبي ، دور الإرادة في مجال الاختصاص القضائي الدولي ، دون دار نشر ، ص ١١٩.

ب- المعيار الاقتصادي:

وهذا المعيار مر بمراحل ثلاث هي:

١- المرحلة الأولى: يعتبر التحكيم دولياً إذا استتبع عقد التحكيم حركة مد وجزر للبضائع ورؤوس الأموال عبر دولتين أو أكثر.^(١)

٢- المرحلة الثانية، وفيها يعتبر التحكيم دولياً، إذا تعلق العقد بمصالح التجارة الدولية.^(٢)

٣- المرحلة الثالثة، وفيها يعتبر التحكيم دولياً، إذا كان العقد يتعدى بتبعاته وأثاره الاقتصاد الداخلي للدولة، فالطابع الدولي للعقد يعتمد على كل العناصر التي يجب أن تؤخذ في الاعتبار لتقدير مدى خروج اقتصاديات العقد عن نطاق الاقتصاد الداخلي للدولة.^(٣)

ولذلك أخذ المشرع الفرنسي بالمعيار الاقتصادي للفرقة بين التحكيم الدولي والتحكيم الداخلي، فإذا كان النزاع متعلقاً بمصالح التجارة الدولية، فعندئذ يكون التحكيم في تلك المنازعة تحكيمياً دولياً، وذلك وفقاً لنص المادة ١٤٩٢ إذ نصت على أنه «يعتبر دولياً التحكيم الذي يضع في الميزان مصالح التجارة الدولية» فالمعيار الاقتصادي يعول على موضوع النزاع غير عابئ بالعناصر القانونية الأخرى، كمكان إبرام العقد، وجنسية أطرافه، وجنسية المحكمين، وطبيعة هيئة التحكيم المختاره، ومكان التحكيم وإجراءاته، فالمعتبر وفقاً لهذا المعيار هو طبيعة العلاقة وارتباطها بمعاملة دولية تدخل في إطار التبادل الدولي للقيم المالية بالمعنى الواسع.^(٤)

وحول هذا الموضوع تقول محكمة استئناف باريس في حكم لها في ٢٦ إبريل ١٩٨٥ «إن الطابع الدولي يتحدد بصفة أساسية بالنظر إلى العملية الاقتصادية التي ترتبط بها، وكفي أن يترتب على هذه العملية حركة انتقال للبضائع والخدمات، أو تسوية عبر الحدود، وبصرف النظر عن مكان التحكيم، أو القانون الذي يحكم إجراءاته، أو جنسية الأطراف»^(٥).

وهو المعيار الذي أخذ به قانون أصول المحاكمات المدنية اللبناني وفقاً للمادة ٨٠٩ التي نصت على أنه «يعتبر دولياً التحكيم الذي يتعلق بمصالح التجارة الدولية»^(٦).

كما أخذت بهذا المعيار معظم التشريعات المقارنة، ومنها التشريع المصري وفقاً للقانون الصادر في عام ١٩٩٤ رقم ٢٧ بشأن التحكيم في المنازعات المدنية والتجارية، حيث نصت المادة الثالثة على^(٧):

(١) د. أحمد عبد الكريم سلامة، مرجع سابق، ص ٨٩.

(٢) د. بليغ حمدي محمود، الدعوى ببطلان أحكام التحكيم الدولية، دار الجامعة الجديدة، ٢٠٠٧، ص ١٢٥.

(٣) د. أحمد عبد الكريم سلامة، مرجع سابق، ص ٩٠.

(٤) د. مصطفى محمد الجمال، د. عكاشة محمد عبد العال، مرجع سابق، ص ٧٩.

(٥) مشار إليه في المرجع السابق، ص ٨٠.

(٦) د. فوزي محمد سامي، التحكيم التجاري الدولي، دار الثقافة، ٢٠٠٨، ص ١٠٠.

(٧) المستشار / محمد علي سكيكر، تشريعات التحكيم في مصر والدول العربية، دار الجامعة الجديدة، ص ٢٨.

يكون التحكيم دولياً في حكم هذا القانون إذا كان موضوعه نزاعاً يتعلق بالتجارة الدولية وذلك في الأحوال الآتية:

أولاً: إذا كان المركز الرئيسي، لأعمال كل من طرفي التحكيم، يقع في دولتين مختلفتين، وقت إبرام اتفاق التحكيم، فإذا كان لأحد الطرفين عدة مراكز للأعمال، فالعبرة بالمركز الأكثر ارتباطاً بموضوع اتفاق التحكيم، وإذا لم يكن لأحد طرفي التحكيم مركز أعمال، فالعبرة بمحل إقامته المعتاد.

ثانياً: إذا اتفق طرفا التحكيم على اللجوء إلى منظمة تحكيم دائمة، أو مركز للتحكيم، يوجد مقره داخل جمهورية مصر العربية، أو خارجها.

ثالثاً: إذا كان موضوع النزاع الذي يشمل اتفاق التحكيم، يرتبط بأكثر من دولة واحدة.

رابعاً: إذا كان المركز الرئيسي لأعمال كل من طرفي التحكيم، يقع في الدولة نفسها وقت إبرام اتفاق التحكيم، وكان أحد الأماكن التالية واقعاً خارج هذه الدولة.

(أ) مكان إجراء التحكيم كما عينه اتفاق التحكيم، أو أشار إلى كيفية تعيينه.

(ب) مكان تنفيذ جانب جوهرى من الالتزامات الناشئة عن العلاقة التجارية بين الطرفين..

(ج) المكان الأكثر ارتباطاً بموضوع النزاع .

ويقابل هذه المادة في مشروع التحكيم وفقاً لآخر تعديل المادة الرابعة منه، حيث نصت على أنه: « يكون التحكيم دولياً في حكم هذا القانون - حتى لو جرى في الدولة - إذا كان موضوع النزاع متعلقاً بالتجارة الدولية، وذلك في إحدى الحالات الآتية:

أ- إذا كان المركز الرئيسي لأعمال كل من طرفي التحكيم يقع في دولتين مختلفتين، وقت إبرام اتفاق التحكيم. فإذا كان لأحد الطرفين عدة مراكز للأعمال، فالعبرة بالمركز الأكثر ارتباطاً بموضوع اتفاق التحكيم. وإذا لم يكن لأحد طرفي التحكيم مركز أعمال، فالعبرة بمحل إقامته المعتاد.

ب- إذا كان المركز الرئيسي لأعمال كل من طرفي التحكيم يقع في الدولة نفسها، وقت إبرام اتفاق التحكيم وكان أحد الأماكن التالية واقعاً خارج هذه الدولة:

١- مكان إجراء التحكيم كما عينه اتفاق التحكيم، أو أشار إلى كيفية تعيينه.

٢- مكان تنفيذ جانب جوهرى من الالتزامات الناشئة عن العلاقات التجارية بين الطرفين.

٣- المكان الأكثر ارتباطاً بموضوع النزاع .

ج- إذا كان موضوع النزاع الذي ينصب عليه اتفاق التحكيم يرتبط بأكثر من دولة واحدة.

والمأمل في هذه المادة ، يلاحظ أنها نصت في بدايتها على أن التحكيم قد يكون دولياً ، حتى لو جرى في دولة الإمارات ، مادام النزاع متعلقاً بالتجارة الدولية ، وهو ما يرى الباحث أنه يزيل الجدل المحتمل حول دولية التحكيم ، إذا كان ذلك التحكيم يجري على أرض الدولة ، وبذلك فإن هذه المادة إن لم يلحقها التغيير مستقبلاً ستكون فاصلة في دولية التحكيم من عدمه ، حتى ولو جرى على إقليم دولة الإمارات ، بشرط أن يكون موضوع النزاع متعلقاً بالتجارة الدولية ، وذلك بتوافر أيٍّ من المعايير المحددة.

كما أن هذه المادة لم تأخذ بحال اتفاق الأطراف للجوء لمنظمة تحكيم دائمة ، أو مركز للتحكيم يوجد مقره داخل الإمارات أو خارجها ، كمعيار لدولية التحكيم ، كما جاء في القانون المصري ، ويرى الباحث أن واضع هذا المشروع قد أحسن ، حيث لم ينص على هذا المعيار ، حتى لا يجيز المشرع للأطراف التحايل على القانون بنص صريح ، إذ إن المشرع المصري - حسب ما يراه الباحث - وضع شرط التجارة الدولية وحدد الحالات التي تدل على أن موضوع النزاع متعلق بالتجارة الدولية ، ومن بينها المعيار السابق ، فوفقاً لهذا المعيار ، إذا حدث نزاع في علاقة مصرية خالصة ، نص الأطراف فيها على اللجوء إلى مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي ، فوفقاً لهذه المادة فإن التحكيم يكون دولياً لسبب بسيط هو لجوء الأطراف للمركز المشار إليه. ويرى الباحث أن المشرع المصري لم يوفق في هذا المعيار ، حتى وإن لم يجعل قانوناً خاصاً بالتحكيم الداخلي ، وآخر بالتحكيم الدولي ، وإنما وضع قانوناً واحداً يطبق على التحكيم الداخلي والتحكيم الدولي ، وهو قانون التحكيم لسنة ١٩٩٤ المتضمن للمادة السابقة.

إلا أن هناك من الفقه المصري ، من يرى أن المشرع المصري ، وفقاً للمادة السابقة ، استلزم توافر شرط جوهرية ، وهو أن يكون موضوع النزاع يترتب عليه حركة دخول وخروج لرؤوس الأموال من وإلى مصر ، مع توافر أيٍّ من الحالات الأخرى المحددة في المادة السابقة^(١).

ويرى الباحث أن المادة الثالثة صريحة وواضحة في عدم اشتراطها ما يقول به هذا الفقه ، إذ إن هذه المادة حددت متى يكون النزاع متعلقاً بالتجارة الدولية ، وأوردت صوراً على سبيل الحصر ، يترتب على توافر أيٍّ منها اعتبار النزاع متعلقاً بالتجارة الدولية ، وذلك عندما نص المشرع المصري في المادة الثالثة على أنه:

(يكون التحكيم دولياً ، في حكم هذا القانون ، إذا كان موضوعه نزاعاً يتعلق بالتجارة الدولية ، وذلك في الأحوال الآتية) فوفقاً للنص السابق لم يظهر فيها ، ما يدل على ما يقول به بعض الفقه المصري .

كما أن الاتفاقية الأوربية للتحكيم التجاري الدولي المبرمة عام ١٩٦١ ، اشترطت لكي يعتبر التحكيم دولياً ، أن يكون متعلقاً بمصالح التجارة الدولية كمعيار أساسي ، مع توافر أحد الشروط التالية : أن يكون محل إقامة أطراف النزاع أو موطنهم أو مقر عملهم في دولتين مختلفتين موقعتين أو أكثر^(٢).

(١) د. مصطفى محمد الجمال ، د. عكاشة محمد عبدالعال ، مرجع سابق ، ص ٩١ .

(٢) د. بليغ حمدي محمود ، مرجع سابق ، ص ١٣٠ .

المطلب الثاني

معييار أجنبية حكم التحكيم في القانون المقارن

هناك عدة معايير أخذ بها الفقه المقارن ، للوقوف على ما يعتبر أجنبياً أو وطنياً من أحكام التحكيم ، وإن كان بعض هذه المعايير ، لا يصلح في الوقت الحالي ، أن يكون معياراً للتفرقة بين حكم التحكيم الأجنبي ، وكذلك الداخلي أو الوطني ^(١) ، بسبب التطور الذي حدث لنظام التحكيم التجاري الدولي ، وما استقرت عليه القوانين ، والاتفاقيات الدولية وهي :

أولاً: المعيار الجغرافي:

ذهب جانب من الفقه إلى أن مكان صدور حكم التحكيم ، والنطاق الإقليمي الذي صدر فيه ذلك الحكم يعتبر معياراً مهماً للوقوف على أجنبية ذلك الحكم ، فمكان صدور حكم التحكيم ، وفقاً لهذا الاتجاه ، يعتبر دليلاً قوياً لمعرفة ما إذا كان هذا الحكم حكم تحكيم أجنبي من عدمه . فإذا صدر ذلك الحكم على إقليم دولة غير تلك الدولة التي يراد تنفيذ حكم التحكيم فيها ، أو يطلب منها الاعتراف بذلك الحكم ، فعندئذ وفقاً لهذا المعيار ، يكون الحكم أجنبياً ، وتطبق عليه القواعد الخاصة بأحكام التحكيم الأجنبية في بلد التنفيذ ^(٢) .

واختلف الفقه المؤيد لهذا الاتجاه في حال عدم ذكر مكان صدور حكم التحكيم ، فذهب جانب من هذا الفقه إلى أن إغفال مكان صدور حكم التحكيم يترتب عليه بطلان ذلك الحكم ، وذهب جانب آخر إلى أن عدم ذكر مكان صدور حكم التحكيم لا يبطله ، ولكن عندئذ تكون العبارة بالمكان الذي تم فيه التوقيع ، ولا عبارة بالمكان الذي حرر فيه الحكم أو تمت فيه المداولة ^(٣) .

إلا أن أصحاب هذا الاتجاه لم يحددوا القصد من مكان حكم التحكيم ، هل العبارة بالمكان الذي تمت فيه إجراءات التحكيم ، أو بالمكان الذي وقع فيه حكم التحكيم ؟ ^(٤)

(١) من هذه المعايير التي تكاد أن تكون مهجورة معيار جنسية الخصوم ، ومعيار محل إقامة الخصوم ، حيث استبعد الفقه هذين المعيارين لأنهما يؤديان إلى نتائج غير مقبولة إذ يعتبر التحكيم أجنبياً متى اختلفت جنسيات الخصوم أو محل إقامتهم ولذا فقد استبعدت غالبية الفقه بل والقوانين الوطنية تطبيق هذه المعايير ، فوفقاً للمعيارين السابقين يعتبر التحكيم أجنبياً بمجرد أن أحد الأطراف يتمتع بجنسية مغايرة لجنسية الطرف الآخر أو أن محل إقامة كل منهما في دولتين مختلفتين ، حتى وإن كانت العلاقة خالصة الوطنية في دولة ما وليس هناك سواء اختلاف جنسية الأطراف أو اختلاف محل إقامتهم ، وهناك معايير أخرى ، منها ما يتخذ جنسية المحكم كمعيار للتفرقة بين التحكيم الوطني والتحكيم الدولي ، ومنها ما يستند إلى المكان الرئيسي للمؤسسة التي تتولى التحكيم ومنها ما يستند إلى معيار المحكمة المختصة أصلاً بموضوع النزاع ، والتي استبعدت عن نظر الدعوى بسبب الاتفاق على حسم النزاع بالتحكيم ، فإذا جرى التحكيم في غير الدولة التي توجد فيها تلك المحكمة ، كان التحكيم دولياً ، حول هذا الموضوع راجع الأستاذ . جمال عمران ، مرجع سابق ، ص ١٤١ . وكذلك د. فوزي محمد سامي ، مرجع سابق ، ص ٩٩ .

(٢) الأستاذ / جمال عمران أغنية الورفلي ، مرجع سابق ، ص ١٤٣ .

(٣) د. عبدالله عيسى علي الرمح ، حكم التحكيم ، منشأة المعارف ، ٢٠٠٩ ، ص ١٤٤ .

(٤) الأستاذ . جمال عمران أغنية الورفلي ، مرجع سابق ، ص ١٤٥ .

وقد أخذت بهذا المعيار اتفاقية نيويورك بشأن الاعتراف وتنفيذ أحكام المحكمين لسنة ١٩٥٨ ، حيث نصت المادة ١/١ منها على أنه « تطبق الاتفاقية الحالية على الاعتراف وتنفيذ أحكام المحكمين الصادرة في إقليم دولة غير المطلوب إليها الاعتراف »^(١) .

مميزات هذا المعيار :

١- إن هذا المعيار يكون واضحاً ، وذلك في حالة ما إذا تم تحديد المكان الذي صدر فيه حكم التحكيم ، وكانت إجراءات التحكيم قد تمت خارج دولة التنفيذ ، ولا يرتبط بالدولة المطلوب منها الاعتراف أو التنفيذ .

٢- إن هذا المعيار يتوافق مع الطبيعة الاتفاقية للتحكيم ، وذلك في حال تحديد المكان الذي صدر فيه حكم التحكيم من قبل الأطراف ، وليس من قبل المحكم ، وذلك في حال ما إذا كان هذا الحكم لا يرتبط بالدولة المراد تنفيذه فيها ، كأن يكون قانونها هو القانون المتفق على تطبيقه ، أو غير ذلك من المعايير التي تجعل من صدور حكم التحكيم خارج دولة التنفيذ مجرد عارض ، أو للتحايل على أحكام ذلك القانون فإذا كان اللجوء للتحكيم جوازيّاً للأطراف بنص القانون ، وكذلك المكان الذي يجب صدوره فيه فذلك المكان قد لا يتم اختياره ، إلا لأسباب أخذها الأطراف في الاعتبار ، ومن ضمنها قانون تلك الدولة .

عيوب هذا المعيار:

١- إن هذا المعيار غير كاف وحده لتمييز حكم التحكيم الأجنبي عن غيره من أحكام التحكيم ؛ لأن ارتباط ذلك الحكم بتلك الدولة قد يكون عارضاً ، كـرغبة المحكم قضاء إجازته في تلك الدولة ، أو كان بسبب تواجده فيها للعلاج ، أو لحضور مؤتمر دولي ، أو غير ذلك ، أي أن ذلك المكان قد يكون حسب رغبة المحكم فقط أو لظروفه الخاصة .

٢- إن هذا المعيار قد يتخذ للتحايل على القانون من قبل الأطراف ، أو من قبل المحكم ذاته ، أو الهيئة التحكيمية ، لتطبيق قانون دولة ما ليس لها علاقة بمنظومة التحكيم كلياً .

٣- الصعوبة القانونية التي تتعلق بالفترة، مابين قيام حكم التحكيم، وإصدار حكم المحكمين؛ لأنه حتى لحظة الحكم يظل القانون المحدد لجنسية حكم التحكيم غير معروف.

(١) وقد أخذت بهذا المعيار اتفاقية جنيف لسنة ١٩٢٧ الخاصة بتنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية كما أخذ به المشرع المصري وفقاً لقانون المرافعات في المادة ٢٩٩ وكذلك المشرع الإماراتي وفقاً لقانون الإجراءات المدنية الاتحادي في المادة ٢٣٦.

٤- إن هذا المعيار غير دقيق، فالأطراف قد يعينون مكان التحكيم، ويختارون قانوناً مغايراً لقانون هذا المكان ليطبق على موضوع النزاع، وفي هذه الحال يعتبر التحكيم أجنبياً بالنسبة إلى دولة المقر بسبب تطبيق ذلك القانون.^(١)

رأي الباحث في المعيار الجغرافي :

يرى الباحث أن مكان صدور حكم التحكيم وتوقيعه ليس معياراً يجب الاعتماد عليه بمفرده ، لوصف ذلك الحكم بأنه أجنبي أو وطني ، فإذا افترضنا أن هناك نزاعاً نشأ بين شخصين وطنيين من الإمارات ، وكان ذلك النزاع بسبب علاقة تجارية داخلية ، تم الاتفاق على حل جميع النزاعات التي تنشأ بسبب تلك العلاقة عن طريق التحكيم ، وتمت جميع إجراءات التحكيم في الإمارات ، ووفقاً للقانون الإماراتي ، إلا أن حكم التحكيم لأسباب عارضة تم صدوره والتوقيع عليه في مصر ، فعندئذ هل يعتبر حكم التحكيم أجنبياً أو وطنياً ؟ فوفقاً لهذا المعيار إذا تم الأخذ به على إطلاقه ، فالإجابة بالتأكيد تكون أجنبياً ، وذلك إذا تم تفسير حكم التحكيم بالمعنى الضيق الذي يقصره على مجرد توقيع حكم التحكيم.

ثانياً: المعيار الاقتصادي:

وفقاً لهذا المعيار ، عندما يتعلق النزاع بمصالح تجارية دولية ، فعندئذٍ يعتبر التحكيم دولياً دون إعطاء - مكان التحكيم أو قانون الإجراءات المطبق على منظومة التحكيم أو جنسية الفرقاء - اعتبار في تحديد صفة التحكيم ، وقد عرف القانون الفرنسي التحكيم الدولي بأنه :

(يعتبر تحكيمياً دولياً التحكيم الذي يضع في الميزان مصالح التجارة الدولية) وهذا التعريف يشكل اختصاراً لتعريف مشهور أطلقه الاجتهاد الفرنسي على التحكيم الدولي، مع اختلاف بسيط في وسائل التعبير^(٢).

وهذا المعيار يقوم على فكرة تحديد طبيعة النزاع الذي تم اللجوء بسببه للتحكيم، فإذا كان متعلقاً بمصالح التجارة الدولية، أي أنه يمس مصالح أكثر من دولة، فإنه يكون بذلك تحكيمياً دولياً.

ونحيل في هذا الخصوص حول هذا المعيار إلى ما تطرقنا له عند الحديث عن دولية التحكيم بوجه عام.

(١) د. فوزي محمد سامي ، التحكيم التجاري الدولي ، دار الثقافة ، ٢٠٠٨ ص ٩٩ .

(٢) د . عبد الحميد الأحمد ، التحكيم الدولي ، الكتاب الثاني ، منشورات الحلبي ، ص ١٣ .

ويرى بعض الفقه أن هذا المعيار أكثر وضوحاً ودقة من المعيار السابق، وهو ما جعل بعض القوانين الوطنية تأخذ به، مثل قانون أصول المحاكمات المدنية اللبناني في المادة (٨٠٩/أ) وكذلك قانون المرافعات الفرنسي الجديد لعام ١٩٨١م في المادة ١٤٩٢. وكذلك مايفهم من نص المادة (٢٥) من اتفاقية واشنطن لسنة ١٩٦٥ والتي حددت بموجبها اختصاص مركز تسوية منازعة الاستثمار بالخلافات القانونية التي تنشأ مباشرة عن استثمار بين دولة عضو في تلك الاتفاقية، وبين مواطن من دولة أخرى متعاقدة، مما يفهم منه تعلق هذه المنازعة بمصالح التجارة الدولية، وكذلك الاتفاقية الأوربية للتحكيم التجاري الدولي التي تبنت هذا المعيار في المادة (١/أ)، وذلك بعكس اتفاقية نيويورك واتفاقية عمان التي لم تتبن هذا المعيار.^(١)

مميزات هذا المعيار:

١ - يرى بعض الفقه أن هذا المعيار يسد الطريق أمام أطراف التحكيم من التحايل على القانون، فالأطراف وفقاً لهذا المعيار، لا يستطيعون إضفاء صفة التحكيم الدولي، إلا إذا كان النزاع متعلقاً فعلياً بمصالح التجارة الدولية أساساً^(٢).

٢ - وضوح هذا المعيار وسهولة تحديد طبيعة التحكيم وفقاً للاعتماد عليه دون حاجة لمعايير أخرى تعضده. الانتقادات التي وجهت لهذا المعيار :

١- ذهب جانب من الفقه الفرنسي، إلى انتقاد المشرع الفرنسي لاعتماده على هذا المعيار، وتعريفه له تعريفاً ترتب عليه الكثير من المشاكل، دون أن يجد لها حلاً، بالإضافة إلى أن هذا المعيار يتسم بالغموض وعدم التحديد^(٣).

موقف الباحث من هذا المعيار:

يرى الباحث، أن هذا المعيار هو الذي يضيف صفة الدولية على التحكيم دون غيره من المعايير الأخرى. وذلك لسهولة تحديده، ومعرفة مدى تعلق النزاع بمصالح التجارة الدولية من عدمه، وكذلك لحيلولة دون الغش

(١) الأستاذ. جمال عمران أغنية الورفلي، مرجع سابق، ص ١٤٧ وما بعدها.

(٢) د. مصطفى محمد الجمال، د. عكاشة محمد عبدالعال، مرجع سابق، ص ٧٨.

(٣)

Bellet et mezager : L.arbitrage international dans le nouveau code de procedure civile. Rev.crit.1981, p.611.

مشار إليه لدى الأستاذ / جمال الورفلي، مرجع سابق، ص ١٤٩.

من قبل أطراف التحكيم نحو القانون . أما عن الانتقاد الموجه من بعض الفقه لهذا المعيار بأنه يتسم بالغموض وعدم التحديد ، فيرى الباحث أن هذا الانتقاد لا ينال منه ويمكن تجاوزه في الحالة التي يتم فيها

تعريف مصطلح التجارة الدولية تعريفاً واسعاً بحيث يشمل جميع الصفقات والمعاملات التجارية التي تتعدى حدود أكثر من دولة، وجميع أوجه النشاط الاقتصادي الذي يقصد منه الربح .

ونود الإشارة إلى أن هناك من الفقه ، من يرى أنه لا يوجد فارق بين مصطلح حكم التحكيم الدولي ومصطلح حكم التحكيم الأجنبي ، وأن محاولة خلق فارق بينهما يؤدي إلى زيادة اللبس عند تفسير كل منهما ، وذهب أصحاب هذا الاتجاه إلى أن هذين المصطلحين يتداخلان بشكل يجعل منهما معنى واحداً ، وذهب بعض هذا الفقه إلى تفضيل مصطلح حكم التحكيم الأجنبي على مصطلح حكم التحكيم الدولي ، لكون هذا المصطلح أكثر مرونة واتساعاً من المصطلح الآخر ^(١) .

وهناك جانب آخر من الفقه ، يرى وجود فرق بين المصطلحين السابقين ، فحكم التحكيم الأجنبي قد لا يمكن أن يوصف بالدولي إذا لم يكن النزاع ذا طبيعة دولية ، واستند أصحاب هذا الاتجاه إلى ما جاء في قانون المرافعات الفرنسي لسنة ١٩٨١ المتعلق بالتحكيم الدولي في الباب السادس منه، إذ جاء الفصل الثاني من هذا الباب بعنوان (طرق الطعن في الأحكام التحكيمية الصادرة في الخارج أو في تحكيم دولي) والمتأمل لهذا العنوان يرى أن المشرع الفرنسي استخدم حرف (أو) وذلك يدل على الاختلاف بين ماسبق ذلك الحرف وما بعده ^(٢) .

فوفقاً للرأي السابق ، وهو ما يؤيده الباحث، إذا حدث نزاع بمناسبة موضوع يمس مصالح التجارة الدولية، وكان ذلك النزاع قد نشأ في مصر، وتم اللجوء للتحكيم في مصر، وفقاً للقانون المصري ، وتحققت في ذلك التحكيم صفة الدولية وفقاً للمعايير التي وضعها المشرع، ثم صدر حكم التحكيم في مصر، ففي هذه الحالة هل ينظر له في مصر على أنه حكم تحكيم أجنبي، وبالتالي تطبق عليه اتفاقية نيويورك لتنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية لانضمام مصر لهذه الاتفاقية، أو يطبق عليه القانون المصري المختص وفقاً لاتفاق الأطراف ، ويتم الطعن عليه وفقاً لمقتضيات هذا القانون أمام المحكمة المختصة إذا كان هذا الطعن جائزاً، وكذلك يمنح الصيغة التنفيذية من المحكمة المختصة، وتأمّر بتنفيذه إذا كان تنفيذ ذلك الحكم في مصر ؟

ويرى الباحث أن حكم التحكيم قد يتصف أو لا يتصف بالأجنبية، بالرغم من صدوره في منازعة تحكيمية دولية، فإذا صدر خارج إقليم دولة التنفيذ وفقاً لنظام قانوني معين - كما هو الحال في المثال السابق - يعتبر بالنسبة للجهة المختصة في مصر حكماً تحكيمياً دولياً، ويطبق عليه القانون المختار من قبل الأطراف، ولكن

(١) الأستاذ. جمال عمران إغنية الورفلي ، مرجع سابق ، ص ١٥٠ .

(٢) د. محمد داود الزعبي ، مرجع سابق ، ص ٥٢ .

إذا أريد تنفيذ ذلك الحكم في دولة أخرى ، فإن ذلك الحكم يعتبر حكماً تحكيمياً أجنبياً ، وتطبق عليه اتفاقية نيويورك إذا كانت دولة التنفيذ منضمة لتلك الاتفاقية .

ولذلك فحكم التحكيم يكون أجنبياً ، إذا تم تنفيذه في دولة غير دولة مقر التحكيم ، وفي الوقت ذاته لا ينظر إليه في دولة المقر على أنه حكم تحكيم أجنبي ؛ لأنه صادر على إقليمها ، ووفقاً لقانون تلك الدولة في الغالب ، وبالتالي يكون حكماً تحكيمياً دولياً إذا تحقق معيار الدولية ، وقد يكون حكماً تحكيمياً داخلياً أو وطنياً إذا انتفت صفة الدولية عنه .

فحكم التحكيم يكون أجنبياً ، أو لا يكون بالنسبة للدولة المراد منها تنفيذ ذلك الحكم ، أو الاعتراف به . وهنا يتحتم معرفة وصف ذلك الحكم ؛ لأنه يترتب على ذلك الوصف مسائل حيوية ، كتحديد القانون المختص بالرقابة والتنفيذ ، وكذلك الشروط الواجب توافرها في الحكم المراد تنفيذه ، أما دولة مقر التحكيم فالحكم الصادر فيها لا يكون أجنبياً حتى وإن صدر في منازعة تحكيمية دولية .

معييار القانون المطبق على إجراءات التحكيم :

يقوم هذا المعيار على أن حكم التحكيم يمكن وصفه بالأجنبي أو الوطني ، وذلك بالنظر إلى قانون الإجراءات المطبق على ذلك التحكيم الذي تولد عنه ذلك الحكم ، فوفقاً لهذا المعيار إذا طبق على عملية التحكيم القانون الوطني لدولة ما ؛ فإنه يعتبر وطنياً بالنسبة لتلك الدولة ، حتى لو صدر خارج تلك الدولة . والعكس من ذلك إذا طبق على عملية التحكيم قانون أجنبي حتى لو صدر الحكم داخل تلك الدولة ؛ فإنه يعتبر أجنبياً بالنسبة لها ، وقد وجد معيار قانون الإجراءات تطبيقاً في بعض أحكام القضاء المقارن ، ففي فرنسا قضت محكمة باريس ، باعتبار حكم التحكيم أجنبياً على الرغم من صدوره في باريس ؛ لكون ذلك الحكم صادراً وفقاً للقانون الإنجليزي ، وكذلك أخذت محكمة النقض البلجيكية بمعيار قانون الإجراءات المختار من قبل الفرقاء للوصول إلى جنسية حكم التحكيم ^(١) .

(١) . مشار إليه في كتاب الأستاذ جمال عمران إغنية الورفلي ، مرجع سابق ، ص ١٤١ وما بعدها .

الانتقادات الموجهة لهذا المعيار:

هناك من الفقه - وهو مايؤيده الباحث - من وجّه لهذا المعيار بعض الانتقادات ، بالرغم من قيام الفقه المؤيد لهذا المعيار باستخلاص تأييد اتفاقية نيويورك للمعيار الإجرائي ، إذ إن الاتفاقية من وجهة نظرهم عندما عرفت الأحكام الأجنبية ، عرفت أُولاً بأنها الأحكام الصادرة في دولة غير التي يراد الاعتراف بالحكم وتنفيذه فيها ، بالإضافة إلى ذلك ، تسري أحكام هذه الاتفاقية ، على الأحكام الصادرة في الدولة نفسها المطلوب فيها الاعتراف بالحكم وتنفيذه ، وأهم الانتقادات التي وجهت لهذا المعيار هي :

١- إن هذا المعيار وحده ليس كافياً للتمييز بين حكم التحكيم الأجنبي والوطني، وإنما يلزم أن يكون هناك من المعايير الأخرى ما يعضده، مثل مدى ارتباط العلاقة بمصالح التجارة الدولية، وجنسية أطراف التحكيم ومراكز أعمال كلٍّ من الفرقاء. أما الاعتماد على هذا المعيار منفرداً، فإنه قد يؤدي أحياناً إلى ترك الباب مفتوحاً للبحث عن قانون الإجراءات، وأيهما يتم الاعتماد عليه ، إذا افترضنا أن سير إجراءات التحكيم تمت وفقاً لقوانين متعددة في دول متعددة ، حتى صدر حكم نهائي من محكمة التحكيم يفصل في النزاع محل التحكيم^(١).

٢- إن الفكر القانوني الحديث ، لاحظ أن ربط الحكم التحكيمي بقانون الإجراءات المطبق عليه لا يكفي وحده لوصف ذلك الحكم بالأجنبي، أو الوطني. فقوانين الإجراءات في الأنظمة القانونية المختلفة تدور حول محاور متشابهة إلى حد كبير، مثل احترام مبدأ المواجهة، وحق كلٍّ من الأطراف في الدفاع والمساواة بين الخصوم ، ومهلة التحكيم، مع الاختلاف في مقدار تلك المهلة من قانون لآخر، إلا أن هذا المعيار قد يؤخذ بعين الاعتبار، ويكون دليلاً قوياً على وصف حكم التحكيم ، إذا أضيفت له دلائل أخرى تعضده، وقد يكون بلا معنى إذا لم يعضده أي دليل آخر^(٢).

(١) د. عبد الحميد الأحذب ، التحكيم الدولي ، الكتاب الثاني ، مرجع سابق ، ص ٢٤.

(٢) د. عبد الحميد الأحذب ، التحكيم الدولي ، الكتاب الثاني ، مرجع سابق ، ص ٢٣.

المطلب الثالث

موقف المشرع الإماراتي والمصري من المسألة

المشرع الإماراتي ، كغيره من بعض التشريعات الأخرى ، أخذ بالمعيار المكاني ، لتمييز الأحكام الأجنبية من غيرها ، ولذلك نصت المادة ٢٣٦ من قانون الإجراءات المدنية على أنه (يسري حكم المادة السابقة على أحكام التحكيم الصادرة في بلد أجنبي ، ويجب أن يكون حكم المحكمين صادراً في مسألة يجوز التحكيم فيها ، طبقاً لقانون الدولة ، وقابلاً للتنفيذ في البلد الذي صدر فيه) وكذلك فقد جاءت المادة ٢١٢/٤ من القانون ذاته لتشير إلى المعنى نفسه، إذ نصت على أنه (يجب أن يصدر حكم المحكم في دولة الإمارات العربية المتحدة ، وإلا اتبعت في شأنه القواعد المقررة لأحكام المحكمين الصادرة في بلد أجنبي)

ونود الإشارة إلى أن المشرع الإماراتي أخذ بالمعيار المكاني الذي أخذت به اتفاقية نيويورك، دون أن يسايرها في إمكانية اعتبار بعض الأحكام التي تصدر على إقليم الدولة أحكاماً أجنبية.

ولذلك يعتبر حكم التحكيم الصادر خارج دولة الإمارات أجنبياً ، بغض النظر عن جنسية المحكم ، وجنسية أطراف التحكيم ، ومكان العقد المتضمن شرط التحكيم ، وبغض النظر عن مكان انعقاد مشاركة التحكيم، إن لم تكن من ضمن بنود العقد الأصلي^(١).

وكذلك فقد أخذ المشرع المصري، بالمعيار السابق، الذي أخذت به اتفاقية نيويورك، و المشرع الإماراتي لتحديد صفة حكم التحكيم ، فأحكام التحكيم الصادرة خارج حدود جمهورية مصر العربية تعتبر أحكاماً أجنبية، دون الالتفات إلى جنسية أطراف النزاع، والمحكم، ومكان انعقاد مشاركة التحكيم، وذلك وفقاً لنص المادة ٢٩٩ مرافعات^(٢).

تقدير موقف المشرع الإماراتي والمصري من المسألة

يرى الباحث أنه كان يجب على المشرع الإماراتي والمصري عدم الاعتماد على المعيار الجغرافي وحده، وهو مكان صدور حكم التحكيم؛ لأن هذا المعيار بحد ذاته غير واضح، وغير كافٍ في الوقت نفسه، فكما ذكرنا سابقاً بأن أصحاب هذا الاتجاه لم يبينوا، متى يعتبر حكم التحكيم قد صدر؟ هل بمجرد التوقيع على حكم التحكيم في الخارج، أو أن تكون إجراءات التحكيم، أو أغلب تلك الإجراءات، قد تمت بالخارج؟ فقد يصدر حكم

(١) د. عكاشة محمد عبدالعال ، دراسات في القانون الدولي الخاص في دولة الإمارات العربية المتحدة ، دار الجامعة الجديدة للنشر . ص ٧٤.

(٢) د. حفيظة السيد الحداد ، الموجز في القانون القضائي الخاص الدولي ، دار الفكر الجامعي . ص ١٨٦ .

التحكيم خارج دولة التنفيذ لسبب عرضي أو لوجود محكمة التحكيم أو المحكم إن كان فرداً في دولة لسبب من الأسباب كالسياحة مثلاً، فعندئذٍ هل يعتبر الحكم أجنبياً لسبب من هذه الأسباب العرضية؟

ودولة الإمارات العربية المتحدة ومصر - كما أشرنا سابقاً - انضمتا إلى اتفاقية نيويورك لتنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية لسنة ١٩٥٨ وكانت الإمارات قد انضمت لتلك الاتفاقية سنة ٢٠٠٦، بدون أي تحفظات كسابقتها مصر.

فكان ينبغي على المشرع الإماراتي، أن يأخذ مع معيار مكان صدور حكم التحكيم معياراً آخر يعضده، مثل اختلاف مراكز أعمال الطرفين، أو أحدهم، بأن يكون خارج حدود دولة التنفيذ، أو أن يكون موضوع النزاع ترتب عليه خروج أو دخول رؤوس أموال في دولتين مختلفتين، فإذا صدر حكم التحكيم خارج دولة الإمارات، وليكن في مصر مثلاً، وكان مركز أعمال أحد الأطراف والذي له صلة بموضوع النزاع يقع في قطر، فعندئذٍ يكون ذلك الحكم أجنبياً بالنسبة لدولة الإمارات، أما إذا كانت جميع مراكز أطراف التحكيم في الإمارات، وكان المحكم وأطراف التحكيم من مواطني دولة الإمارات، وقانون الإجراءات الإماراتي هو القانون المطبق على إجراءات التحكيم، وتمت إجراءات التحكيم في دولة الإمارات، ولسبب

من الأسباب تم توقيع الحكم وإصداره في مصر، ففي هذه الحالة، وفقاً لنصوص المواد السابقة في القانون الإماراتي، يعتبر الحكم أجنبياً وتطبق في تنفيذه أحكام اتفاقية نيويورك لسنة ١٩٥٨، وهذا ما يرى الباحث أنه تحايل صريح من قبل أطراف التحكيم أو المحكم، والسبب في ذلك هو تهيئة جو التحايل للأطراف أو المحكم من المشرع نفسه، بسبب ما قننه في المواد السابقة، إذا أخذنا في الحسبان انضمام دولة الإمارات العربية المتحدة لاتفاقية نيويورك لسنة ١٩٥٨، بشأن تنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية بدون تحفظات، واعتماد المعيار المكاني أي مكان صدور حكم التحكيم في تلك الاتفاقية كمعيار لتحديد هوية حكم التحكيم.

ونود الإشارة إلى أن القضاء الفرنسي اعتبر أنه كثيراً ما يكون لمكان صدور حكم التحكيم أهمية هامشية بالنسبة لإجراءات التحكيم في مجملها، ويتجه البعض إلى تأكيد هذه الفكرة بالقول: إن ارتباط عملية التحكيم بمكان صدور حكم التحكيم قد يكون مجرد ارتباط عارض، أو أن يكون السبب الوحيد هو وجود المحكم في ذلك المكان للعلاج أو السياحة مثلاً، لذلك كان التركيز على مكان صدور حكم التحكيم دون المكان الذي تمت فيه الإجراءات التحكيمية سبباً لانتقاد هذا المعيار من قبل بعض الفقه، باعتباره غير كافٍ لتحديد جنسية الحكم التحكيمي^(١).

(١) د. جمال عمران إغنية الورفلي، مرجع سابق، ص ١٤٣.

القسم الثاني الاجتهاد القضائي

مجموعة الأحكام والمبادئ القانونية الصادرة
عن محكمة النقض من دوائر المواد المدنية

إعداد:
المكتب الفني

ا م - (الطعن رقم ٢٨١ لسنة ٢٠١١ س ه ق . أ) جلسة ٢٠١١/٩/١٨ (مدني)

١ (إنذار. التزام. حق. حكم «تسببيه. تسبیب غير معيب». نقض «أسباب الطعن بالنقض». ما لا يقبل منها». تنفيذ. دين.

■ لا ضرورة للإعذار قبل رفع الدعوى. متى كان تنفيذ الالتزام غير ممكن أو غير مجدٍ بفعل المدين. المادة ١/٣٨٨ مدني. مثال.

٢ (محكمة الموضوع «سلطتها». حكم «تسببيه. تسبیب غير معيب». إثبات «بوجه عام» «خبرة». نقض «أسباب الطعن بالنقض». ما لا يقبل منها». حبس. فوائد. تعويض.

■ تحصيل فهم الواقع في الدعوى وتقدير أدلتها ومنها تقارير الخبراء وسائر المستندات فيها. موضوعي. ما دام سائغاً. مثال.

■ محكمة الموضوع غير ملزمة بتتبع الخصوم في مختلف مناحي دفاعهم وأقوالهم والرد عليها استقلالاً. متى وجدت في أوراق الدعوى ما يكفي لتكوين عقيدتها.

■ حقها في الأخذ بتقرير الخبير وأن تلتفت عن الاعتراضات عليه. متى اقتنعت بسلامة الأسس التي بني عليها.

■ عدم جواز امتناع أي من المتعاقدين في العقود الملزمة للجانبين عن تنفيذ التزامه بغير مبرر.

■ تحديد أي منهما هو المقصر في تنفيذ التزامه أو نفي ذلك. موضوعي.

■ حق أي من المتعاقدين الامتناع عن تنفيذ التزامه. متى لم يقم الآخر بتنفيذ ما التزم به.

■ حق المشتري في حبس الثمن متى أخل البائع بأحد التزاماته.

■ تقدير جدية السبب الذي يبرر ذلك. موضوعي. متى كان سائغاً.

■ جواز إلزام القاضي للمدين بالتنفيذ في الحال أو في أجل مسمى وله الحكم بالفسخ والتعويض إن كان له مقتضى.

■ جواز الحكم بالفوائد التأخيرية في حال المثل متى كان المدين موسراً سواء كان الدين تجارياً أو مدنياً. علة ذلك ؟ مثال.

المحكمة

حيث ان الوقائع — حسبما يبين من الحكم المطعون فيه وسائر الأوراق — تتحصل في ان المدعي (المطعون ضده) أقام الدعوى رقم ٢٠١٠/١٠٥٧ تجاري كلي ابوظبي ضد المدعى عليها (الطاعنة) بطلب الحكم بفسخ اتفاقية الحجز موضوع الدعوى والزام المدعى عليها برد مبلغ ٤٤٥٠٠٠ درهم والفائدة القانونية من تاريخ الاستحقاق حتى السداد التام مع بدل الأضرار واحتياطياً ندب خبير وقال شرحاً لدعواه انه بتاريخ ٢٠٠٨/٥/١٢ قام بتوقيع اتفاقية حجز في مشروع بسعر اجمالي قدره ٨٠٥٠٠٠ درهم سدد منها مبلغ ٤٤٥٦٠٠ درهم الا ان المدعى عليها أخلت بالتزاماتها بالتسليم فكانت الدعوى.

وفي ٢٠١٠/٨/٣٠ نذبت محكمة أول درجة خبيراً هندسياً في الدعوى وبعد أن أودع تقريره حكمت بجلسة ٢٠١٠/١١/٨ بفسخ اتفاقية الحجز المؤرخة ٢٠٠٨/٥/١٢ والزام المدعى عليها بان تؤدي للمدعي مبلغ ٢٤١٥٠٠ درهم وفائدة قانونية قدرها ٥٪ من تاريخ رفع الدعوى حتى السداد التام. بما لا يجاوز أصل الدين وألزمته بسداد مبلغ عشرة آلاف درهم تعويضاً عن الأضرار.

ولدى استئناف المدعى عليها حكمت محكمة الاستئناف في ٢٠١١/١/١١ برفضه وتأييد الحكم المستأنف. فأودعت الطاعنة الطعن المائل في ٢٠١١/٣/١٠ وأودع المطعون ضده مذكرة برفضه وقررت هذه المحكمة في غرفة مشورة ان الطعن جدير بالنظر وحددت جلسة للفصل فيه.

وحيث ان الطاعنة تنعى على الحكم المطعون فيه بالسبب الأول الخطأ في تطبيق القانون ومخالفته من عدة أوجه:-

أولها: انه أخطأ في تطبيق المادة ٢٧٢/١ من قانون المعاملات المدنية حينما اعتبر ان صحيفة الدعوى تقوم مقام الاعذار حال ان المطعون ضده لم يقم باعذار الطاعنة وقد خلت الأوراق مما يفيد حصول ذلك الاعذار.

وحيث ان هذا النعي غير سديد ذلك ان من المقرر قانوناً عملاً بالمادة ١/٣٨٨ من قانون المعاملات المدنية انه لا ضرورة لاعذار المدين اذا أصبح تنفيذ الالتزام غير ممكن أو غير مجد بفعل المدين . لما كان ذلك وكان يبين من الحكم المطعون فيه انه قد بحث دفاع الطاعنة المثار في سبب النعي ايراداً ورداً وانتهى الى رفضه سنداً على ما بدى من الأوراق ومن تقرير الخبرة ان الطاعنة لم تقم بأية خطوة تنبئ عن جديتها في تنفيذ الوحدة محل النزاع فهي لم تحصل على التراخيص الرسمية للبناء بعد ولم تشرع فيه مما جعل من غير الممكن تحديد موعد للانجاز بل ان الموعد الذي حددته للمطعون ضده بموجب خطابها اليه بتاريخ ٢٠٠٩/٦/١٦ وهو الربع الأخير لسنة ٢٠١١ لا يمكن اتمام العمل فيه والذي كان يفترض أن يبدأ في أول اكتوبر سنة ٢٠١٠ إلا أنه وحتى رفع الدعوى في يونيو سنة ٢٠١٠ لم تكن هناك أية مؤشرات بالموقع تفيد التزام الطاعنة بالبدء ، واذ قضى الحكم المطعون فيه بان تنفيذ العقد قد أصبح غير ممكن لتقاعس الطاعنة عن مجرد البدء في تنفيذه ومن ثم فانه لا

ضرورة لاعتذار الطاعة مما يضحى معه النعي غير قائم على أساس متعين الرفض.

وحيث تنعى الطاعة على الحكم المطعون فيه بالوجه الثاني والثالث والرابع من السبب الأول وبالسببين الثاني والثالث خطأ في تطبيق القانون والقصور في التسبب والفساد في الاستدلال والاخلال بحق الدفاع بما حصله انه أخطأ في تطبيق المادة ٢٤٦ من قانون المعاملات المدنية حيث تجاهل طبيعة التصرف وما انصرفت اليه ارادة المتعاقدين ، وان ذلك العقد من العقود متراخية التنفيذ كما لم يبحث اخلال المطعون ضده بسداد الأقساط المستحقة عليه فيكون هو من أخل بالعقد فضلاً عن ان العقد خلا من تحديد موعد للتسليم. كذلك أخطأ الحكم في تطبيق المادة ٢٤٧ من نفس القانون والتي لا تتعدى مشروعية الدفع بعدم التنفيذ الذي يؤدي الى وقف أحكام العقد لا أكثر ولا يبيح فسخه ولا تنقضي به الالتزامات الناشئة عنه . ومن وجه آخر خالف ذلك الحكم المادة ٢٧٤ من ذات القانون والتي تحكم ما يترتب على فسخ العقد من رد المتعاقدين الى الحالة التي كانا عليها قبل التعاقد عملاً بقاعدة رد غير المستحق ، والاستثناء هو انه عقد استحالة رد المتعاقدين الى ما كانا عليه قبل التعاقد فانه يحكم بالتعويض المناسب ، إلا أن الحكم المطعون فيه قضى بالأصل والاستثناء معاً وهو مما لا يجوز قانوناً. كما ان الحكم نسب للطاعة الخطأ العقدي دون ان يبين كنه ذلك الخطأ ولا عناصر اثباته في جانب الطاعة بالرغم من ان اتفاقية الحجز قد تضمنت كل عناصر العقد الأساسية من مبيع وثمان وطريقة الدفع ولم تشترط موعداً للتسليم . كما ان الحكم المطعون فيه أخل بحق الطاعة في الدفاع عندما التفت عن دفاعها بالاعتراض على تقرير الخبرة الذي عول عليه ذلك الحكم ولم يرد على اعتراضاتها أو طلبها إعادة المهمة للخبير مما كان من شأنه تغيير وجه الرأي في الدعوى ، الأمر الذي يعيب الحكم المطعون فيه ويوجب نقضه.

وحيث ان النعي بكل أسبابه غير سديد ، ذلك ان من المقرر قضاء ان تحصيل فهم الواقع في الدعوى وتقدير الأدلة والمستندات فيها ومنها تقارير الخبراء من سلطة محكمة الموضوع متى كان قضاؤها سائغاً له أصله الثابت بالأوراق بما يكفي لحمله. وهي غير ملزمة بتتبع الخصوم في مختلف مناحي دفاعهم وأقوالهم وحججهم والرد عليها استقلالاً متى وجدت في أوراق الدعوى ما يكفي لتكوين عقيدتها ولها ان تأخذ بتقرير الخبرة وان تلتفت عن اعتراضات الخصوم عليه متى اقتنعت بسلامة أبحاثه والأسس التي بني عليها . كما ان من المستقر في قضاء هذه المحكمة انه لا يجوز لأي من المتعاقدين في العقود الملزمة للجانبين الامتناع عن تنفيذ التزامه بغير مبرر وان تحديد أي من المتعاقدين قصر في تنفيذ التزامه أو نفى هذا التقصير عنه من مسائل الواقع التي تدخل في سلطة محكمة الموضوع في تقدير الأدلة والموازنة بينها واستخلاص الحقيقة وان لأي من المتعاقدين ان يمتنع عن تنفيذ التزامه اذا لم يتم المتعاقد الآخر بتنفيذ ما التزم به وان اخلال البائع بأحد التزاماته يحق معه للمشتري ان يحبس الثمن ، وان تقدير جدية السبب الذي يبرر ذلك من سلطة محكمة الموضوع دون معقب متى كان قضاؤها سائغاً مستمداً أسبابه من أصل ثابت بالأوراق يكفي لحمله. كما انه يجوز للقاضي ان يلزم المدين بالتنفيذ للحال أو ينظره الى أجل مسمى وله ان يحكم بالفسخ والتعويض في كل حال ان كان له مقتضى. كذلك من المقرر انه يجوز الحكم بالفوائد التأخيرية في حالة مطل المدين رغم يساره سواء كان الدين تجارياً أو مدنياً

باعتبارها تعويضاً لا يخالف القانون ولا يناهض أحكام الشريعة الإسلامية.

لما كان ذلك وكان يبين من الحكم المطعون فيه انه قد أحاط بواقع الدعوى عن بصر وبصيرة وحقق كل دفاع الطاعنة المثار في أسباب طعنها ايرداً ورداً وانتهى الى رفضه سنداً على ان دفاع الطاعنة المتعلق بخلو اتفاقية الحجز من موعد لتسليم الوحدة المباعة - مما يجعل الدعوى سابقة لأوانها - دفاع غير مقبول لان تنفيذ العقد حسبما تنص المادة ٢٤٦ من قانون المعاملات المدنية يقتضي ان يكون في نطاق ما يوجبه حسن النية وان ميعاد التسليم لا يترك رهناً بمشيئة الشركة الطاعنة الى ما لا نهاية فضلاً عن ان الطاعن - وان كانت اتفاقية الحجز قد خلت من موعد للتنفيذ - الا انها بخطاب منها للمطعون ضده حددت نوفمبر لسنة ٢٠١١ موعداً للتسليم وكان تقرير الخبير المنتدب في الدعوى قد أورى ان التسليم في ذلك الموعد غير ممكن لان الطاعنة حتى بعد يونيو سنة ٢٠١٠ لم تكن قد بدأت في التنفيذ وان موقع العمل كان خالياً من أي أثر للبناء بل ان التراخيص اللازمة والاتفاقات مع المقاولين لم تحصل بعد رغم مضي وقت كافٍ من تاريخ عقد الحجز وحتى رفع الدعوى وانه والأمر كذلك لا يمكن تحديد موعد للانجاز ، واذ استخلصت محكمة الموضوع من كل ذلك ان الطاعنة هي من أخلت بالتزامها التعاقدية رغم مرور وقت كافٍ على اتفاقية الحجز ورتبت على ذلك قضاءها بفسخ اتفاقية الحجز واعادة الطرفين الى ما كانا عليه قبل التعاقد ومن ذلك رد المبلغ الذي دفعه المطعون ضده لصالح الطاعنة اضافة الى الفائدة التأخيرية عن مطل الطاعنة رغم يسارها في رد ذلك المبلغ والذي كان محدد المقدار وقت المطالبة به بالاضافة الى التعويض الجابر للضرر المتمثل في حرمان المطعون ضده من الاستفادة من أمواله أو الحصول على عقار آخر بقيمتها واستثمارها ، ومن ثم يكون الحكم المطعون فيه قد بني على أسباب سائغة تتفق وصحيح القانون ولها سندها من الأوراق بما يكفي لحمله وفيها الرد الضمني المسقط لما عداها . ويغدو النعي مجرد جدل موضوعي فيما لمحكمة الموضوع سلطة تقديره مما لا تجوز اثارته أمام هذه المحكمة ويضحي غير قائم على أساس متعين الرفض . ولما تقدم يتعين رفض الطعن .

الرئيس : المستشار / إمام البدري - رئيس الدائرة.

الأعضاء : المستشار / عبد الصمد عبد العزيز

المستشار / عرار خريس .

٢م - (الطعن رقم ٣٤٥ لسنة ٢٠١١ س ٥ ق. أ) جلسة ٢٠١١/٩/٢٧ (مدني)

إعلان . إجراءات " إجراءات الإعلان " . حكم " تسببيه . تسبیب معيب " . نقض " أسباب الطعن بالنقض . ما يقبل منها " . بطلان . دعوى " إعلان صحيفتها " .

■ الإعلان بصحيفة الدعوى . لا يكون إلا لشخص المعلن إليه أو في موطنه مع من يسكن معه من أزواج أو أقارب أو أصحاب .

■ امتناع أحدهم عن الاستلام . أو كان المكان مغلقاً . يوجب على المعلن عرض الأمر على القاضي المختص للأمر بتعليق صورة الإعلان في لوحة إعلانات المحكمة أو على باب المسكن أو باب آخر مكان كان يقيم فيه أو إعلانه بالنشر في إحدى الصحف اليومية . مؤدى ذلك . ترتيب أثر الإعلان من تاريخ إجراءاته .

■ الإعلان بطريق اللصق . اقتصاره على إعلان الشخص الطبيعي في موطنه وهو المكان الذي يقيم فيه عادة أو آخر مكان يقيم فيه .

■ الإعلان بطريق النشر في الصحف . طريق استثنائي . لا يلجأ إليه إلا بعد استنفاد كل الوسائل التي تقتضيها ظروف الدعوى من محاولة إعلان الشخصي في موطنه أو محل عمله .

■ تقدير كفاية التحريات عن محل إقامة المطلوب إعلانه . موضوعي .

■ عدم إعلان المدعى عليه بصحيفة الدعوى إعلاناً صحيحاً . أثره : البطلان وزوال أثر المطالبة القضائية . لا يصح ذلك أي إجراء لاحق لعدم انعقاد الخصومة . مثال .

■ لا سبيل لاستدراك ذلك إلا برفع دعوى مبتدأة .

المحكمة

حيث إن الوقائع — حسبما يتبين من الحكم المطعون فيه وسائر الأوراق — تتلخص في أنه بتاريخ ٢٠١٠/١/٢٥ أقام الطاعن الدعوى رقم ٢٠١٠/٣٨ بطلب الحكم بإلزام المطعون ضده بتأدية مبلغ (٣٨٨٠٤٥) درهم مع الفائدة القانونية ومبلغ (٣٠٠٠٠) درهم تعويضاً عن الأضرار المادية والأدبية. وبعد إعلان المطعون ضده بصحيفة الدعوى بواسطة النشر حكمت محكمة أول درجة بتاريخ ٢٠١٠/٥/٣١ بإلزام المطعون ضده بأن يؤدي للطاعن مبلغ (٣٨٨٠٤٥) درهم مع الفائدة القانونية بواقع ٩٪ سنوياً ومبلغ (٥٠٠٠٠) درهم تعويضاً عن الأضرار المادية والأدبية .

استأنف المطعون ضده هذا الحكم بالاستئناف رقم ٢٠١٠/١٠٨٨ وبتاريخ ٢٠١١/٢/٢٣ قضت محكمة الاستئناف بإلغاء الحكم المستأنف وببطلان صحيفة افتتاح الدعوى . طعن الطاعن في هذا الحكم بطريق النقض بالطعن المائل وقدم المطعون ضده مذكرة جوابية طلب في ختامها رفض الطعن وإذ عرض الطعن على هذه المحكمة في غرفة مشورة رأت أنه جدير بالنظر فحددت جلسة لنظره .

وحيث إن الطاعن ينعى على الحكم المطعون فيه بسببي الطعن الخطأ في تطبيق القانون ومخالفة الثابت بالأوراق ، وفي بيان ذلك قال أنه بتاريخ ٢٠١٠/٢/٢٥ ورد كتاب المدير الإداري لمحكمة أبوظبي الابتدائية يفيد أنه بعد التحري لم يستدل على العنوان بسبب عدم توفر عنوان أو رقم هاتف في بيانات الحاسب الآلي ولما كان الحكم الطعين قد أسس قضاؤه على عدم ورود أي تحريات مخالفاً بذلك ما هو ثابت بملف الدعوى فإنه يكون مشوباً بالخطأ في تطبيق القانون ومخالفة الثابت بالأوراق بما يوجب نقضه .

وحيث إن هذا النعي في غير محله ، لما هو مقرر من أن إعلان المدعى عليه بصحيفة الدعوى يكون بشخصه أو في موطنه مع من يجده من الساكنين معه من الأزواج والأقارب والأصهار فإذا امتنع أحدهم عن الاستلام أو كان المكان مغلقاً عرض الأمر على القاضي المختص ليأمر بتعليق صورة الإعلان في لوحة الإعلانات بالمحكمة وعلى باب مسكنه أو باب آخر مكان كان يقيم فيه أو إعلانه بالنشر بصحيفة يومية واسعة الانتشار وينتج الإعلان أثره من تاريخ إجراءاته ، وإن الإعلان بطريق اللصق إنما يقتصر على حالة إعلان الشخص الطبيعي في موطنه أي المكان الذي يقيم فيه عادة أو آخر مكان كان يقيم فيه أما الإعلان بطريق النشر في الصحف فهو طريق استثنائي لا يلجأ إليه إلا بعد استنفاد كل الوسائل التي تقتضيها ظروف الدعوى من محاولة إعلان الشخص في موطنه أو محل عمله .

كما أن من المقرر أن تقدير كفاية التحريات عن محل إقامة المطلوب إعلانه هي من سلطة محكمة الموضوع وإن عدم إعلان المدعى عليه بصحيفة الدعوى يرتب بطلانها وزوال أثر المطالبة القضائية وهو بطلان لا يصححه أي إجراء لاحق لعدم انعقاد الخصومة ولا سبيل لاستدراك ذلك إلا برفع الدعوى المتبادلة .

لما كان ذلك وكان الحكم المطعون فيه قد أقام قضاءه على ما ثبت لديه من أن المدعي كان قد حدد عنوان المدعى عليه في صحيفة الدعوى بأنه يقيم في أبوظبي - شارع حمدان - بناية بنك البحرين الوطني - الطابق العاشر - شقة رقم ١٠١١ ولدى إعلانه لجلسة ٢٠١٠/٢/٧ أفاد المعلن بأن الشقة مغلقة فصرحت المحكمة بإعلان المدعى عليه بطريق اللصق لجلسة ٢٠١٠/٢/٢١ بيد أن المعلن أفاد بأن العنوان غير صحيح لأن بناية بنك البحرين لا يوجد فيها بالدور العاشر إلا شركات فقط ثم شقق من ١-٤ فقط فقررت المحكمة في ذات الجلسة مخاطبة إدارة الجنسية والإقامة للتحري عن محل إقامة المدعى عليه إلا أنه ودون ورود أي تحريات تم الإعلان بطريق النشر لجلسة ٢٠١٠/٣/٢٤ و ٢٠١٠/٤/٧ وخلص الحكم المطعون فيه إلى أنه ثبت من صحيفة الاستئناف أن المدعى عليه لا يقيم في العنوان المشار إليه وإنما يقيم في إمارة عجمان ومن ثم فإنه لا يكون قد أعلن إعلاناً قانونياً ووقع إعلانه بالدعوى باطلاً .

وحيث إن هذا الذي خلص إليه الحكم المطعون فيه يستند إلى أسباب صحيحة وسائغة وكافية لحمل قضائه بعد أن ثبت للمحكمة أن الطابق العاشر من بناية بنك البحرين مخصص للشركات فقط وبالتالي فإنه لم يسبق للمدعى عليه أن كان مقيماً في هذا العنوان والذي أورده المدعي في صحيفة الدعوى فإن النعي يضحى على غير أساس متعيناً للرفض. وحيث إنه لما تقدم يتعين رفض الطعن .

الرئيس : المستشار/ إمام البدري - رئيس الدائرة.

الأعضاء : المستشار / عبد الصمد عبد العزيز

المستشار / عرار خريس .

٣ م - (الطعن رقم ٤٢٠ لسنة ٢٠١١ س ٥ ق أ)

إثبات إيجار. عقد "عقد الإيجار". حق. أجره. ملكيه. التزام. حكم "تسبيبه. تسبيب غير معيب". نقض "أسباب الطعن بالنقض. ما لا يقبل منها". هبه. بطلان.

■ عقد الإيجار ينشئ حقاً للمستأجر في ذمة المؤجر الذي يلتزم بتملكه منفعة العين المؤجرة.
■ التنازل عن الحق في الإيجار يكون بين المستأجر وآخر ويكون عن كل الحق في المنفعة أو بعضه. نظير مقابل أو بدون ذلك.

■ عدم جواز التنازل عن كل الحقوق والالتزامات الناشئة عن عقد الإيجار بمقابل واعتباره بيعاً.
■ عدم جواز بيع المواطنين الأراضي الصناعية. إلا وفقاً لما نصت عليه المادة ٩ من القانون رقم ١٩ لسنة ٢٠٠٥ بشأن الملكية العقارية بإمارة أبوظبي. وفقاً للضوابط التي يضعها المجلس التنفيذي للإمارة.
■ عدم جواز التنازل عن حق الإيجار في الأراضي الحكومية المؤجرة من الجهة المختصة إلا بإذن المؤجر. أساس ذلك؟

المحكمة

حيث إن الوقائع - على ما يبين من الحكم المطعون فيه وسائر الأوراق - تتحصل في أن المطعون ضده الأول أقام الدعوى رقم ٢٠٠٩/٦٧٩ مدني كلي أبوظبي على المؤسسة الطاعنة والمطعون ضدها الثانية بطلب الحكم ببطالان اتفاقية التنازل عن حق إيجار قطعة الأرض الصناعية رقم ٤ أم ١٠ بالمصفح الصناعية بأبوظبي والمؤرخة في ٢٣/١٠/٢٠٠٨ واعتبارها كأن لم تكن لمخالفتها للنظام العام واحتياطياً الحكم بفسخها على سند من أن والده صاحب حق الإيجار على الأرض المذكورة أبرم اتفاقية تنازل عن حق الإيجار مع الطاعنة وإن كانت هذه الاتفاقية باطله بطلاناً مطلقاً لمخالفتها للنظام العام باعتبارها بيعاً بما يخالف القانون ويستوجب بطلانه، كما أن هذا البيع شابه التغيرير والغبن نتيجة قلة الثمن بما يستوجب فسخه. بتاريخ ٢٢/٤/٢٠١٠ قضت محكمة أول درجة ببطالان الاتفاقية المبرمة بتاريخ ٢٣/١٠/٢٠٠٨ تأسيساً على أنها تضمنت عقد بيع وأن قانون الملكية العقارية وقانون التسجيل يحظران التصرف بالبيع في الأراضي الصناعية والأراضي المؤجرة من الحكومة ومخالفة هذا الحظر يرتب البطلان المتعلق بالنظام العام.

استأنفت المؤسسة الطاعنة هذا الحكم بالاستئناف رقم ٢٠١٠/٤١ أبوظبي بتاريخ ٩/٢/٢٠١١ قضت المحكمة بتأييد الحكم المستأنف. طعنت الطاعنة في هذا الحكم بطريق النقض وقدم المطعون ضده الأول مذكرة بالرد على أسباب الطعن طلب في ختامها رفض الطعن، وإن عرض الطعن على هذه المحكمة في غرفة مشورة رأته أنه جدير بالنظر فحددت جلسة لنظره.

وحيث إن الطعن أقيم على سببين تنعى بهما الطاعنة على الحكم المطعون فيه الخطأ في تطبيق القانون

والقصور في التسبب والفساد في الاستدلال والإخلال بحق الدفاع وفي بيانهما تقول بان الاتفاقية المؤرخة ٢٣/١٠/٢٠٠٨ المبرمة بينها وبين المطعون ضده الأول هي اتفاقية عن تنازل المطعون ضده الأول عن منفعة العين المؤجرة له وان قانون المعاملات المدنية يجيز التنازل عن الإيجار سنداً للمادتين ٧٨٦ ، ٧٨٩ من القانون سالف البيان وإذ انحرفت المحكمة في تفسير اتفاقية التنازل واعتبرتها بيعاً ورتبت على ذلك بطلان التصرف دون ان تبين سندها القانوني فان حكمها يكون معيباً بما يستوجب نقضه .

وحيث ان هذا النعي مردود - ذلك ان المقرر ان عقد الإيجار هو تملك المؤجر للمستأجر منفعة العين المؤجرة لمدة معينة لقاء أجر معلوم فالمؤجر يلتزم بتمليك منفعة العين للمستأجر وليس ملكية العين ذاتها وعقد الإيجار بهذا التعريف يخول المستأجر حقاً شخصياً ينشأ له في ذمة المؤجر والذي بمقتضاه يلتزم المؤجر بتمليك منفعة العين المؤجرة للمستأجر . أما التنازل عن الحق في الإيجار فهو عقد بين المتنازل والمتنازل له محله ان يتنازل المستأجر عن كل حقه أو بعضه للمتنازل له نظير مقابل يتقاضاه المتنازل أو بدون مقابل . وان البين من نصر المادة ٧٨٦ من قانون المعاملات المدنية ان القانون لا يسمح للمستأجر بان يتنازل عن عقد الإيجار إلا إذا كان هذا التنازل في صورة عقد هبة أو في صورة وصية أما إذا كان التنازل يعوض حيث يقوم المستأجر بنقل جميع حقوقه والتزاماته المترتبة على عقد الإيجار إلى شخص آخر يحل محله فيها فانه يكون بهذه المثابة بيعاً لما كان ذلك وكانت المادة ١٠ من القانون رقم ٣ لسنة ٢٠٠٥ بشأن تنظيم التسجيل العقاري بإمارة أبوظبي جرى نصها على أنه " فيما عدا الأراضي الصناعية والأراضي المؤجرة من الجهة المختصة يجوز للمواطنين بيع وشراء الأراضي السكنية والتجارية والاستثمارية والزراعية والمباني المقامة عليها لغرض معين ٠٠٠٠ بما مفاده عدم جواز بيع الأراضي الصناعية إلا وفقاً لما ورد بالمادة ٩ من القانون رقم ١٩ لسنة ٢٠٠٥ بشأن الملكية العقارية بإمارة أبوظبي ووفقاً للضوابط التي يضعها المجلس التنفيذي أما الأراضي الحكومية المؤجرة من الجهة المختصة فإنه لا يجوز التنازل عن حق الإيجار إلا بإذن المؤجر عملاً بمفهوم المخالفة للمادة ٧٨٩ من قانون المعاملات المدنية، وإذ كان المطعون ضده الأول تنازل عن الحق في الإيجار إلى الشركة الطاعن بمقابل نص عليه العقد المؤرخ في ٢٣/١٠/٢٠٠٨ دون ان يثبت من الأوراق موافقة الجهة المؤجرة المختصة ودون إذن منها الأمر الذي يكون معه هذا التنازل باطلاً وفضلاً عن ذلك فإن هذا التنازل كان بمقابل فيعد بيعاً للحق الشخصي للمستأجر الناشئ له عن عقد الإيجار الصادر له من بلدية أبوظبي فيكون باطلاً سنداً للمادتين ١٠ ، ١٤ من القانون رقم ٣ / ٢٠٠٥ في شأن التنظيم العقاري بأبوظبي وإذ خلص الحكم المطعون فيه إلى هذا النظر فإنه يكون قد التزم صحيح القانون ويضحي النعي على غير أساس . ولما تقدم يتعين رفض الطعن .

الرئيس : المستشار/ إمام البدري - رئيس الدائرة.

الأعضاء : المستشار / عبد الصمد عبد العزيز المستشار / عرار خريس.

المستشار / عبد المنعم محمود المستشار / الكبير تباغ.

٤م - (الطعن رقم ١٠٦٥ لسنة ٢٠١١ س ٥ ق. أ)

إثبات «يمين متممة». حكم «تسببيه. تسبب غير معيب». نقض «أسباب الطعن بالنقض». ما لا يقبل منها. محكمة الموضوع «سلطتها».

- تحصيل فهم الواقع في الدعوى. وتقدير أدلتها والموازنة بينها. موضوعي. ما دام سائغا. مثال.
- اليمين المتممة في معنى المادة ٦٢٥ إثبات. ما هيته؟
- تلك للقاضي ليبنى حكمه على دليل كامل. شرطه: أن لا يكون في الدعوى دليل كامل. وألا تكون خالية من الدليل.
- لا محل لليمين المتممة في الدعوى الخالية من الدليل أو الدعوى المكتملة الدليل.
- تقدير ذلك. موضوعي. مثال.

المحكمة

حيث إن الوقائع - حسبما يبين من الحكم المطعون فيه وسائر الأوراق- تتحصل في ان المطعون ضده أقام الدعوى رقم ٥٣٠ لسنة ٢٠١٠ مدني كلي أبوظبي على الطاعن بطلب الحكم بإلزامه بان يؤدي له مبلغاً قدره ٣٢٥،٣٣٠ درهم . على سند من القول ان الطاعن وكله بصفته محامياً للترافع عن زوجته في النزاع الناشئ بينها وبين بنك الاتحاد الوطني وقدم له نفسه على انه يعمل مع صاحب السمو الشيخ / وكان ذلك في مارس عام ٢٠٠٧ ، وبعد عدة لقاءات أوهمه باستطاعته استخراج مساكن شعبية بمدينة محمد بن زايد له ولأفراد أسرته وكذلك محلات تجارية بسوق أبوظبي المركزي وطلب منه استخراج شهادات من بلديتي أبوظبي والعين بعدم ملكية أي منهم لأية عقارات أو قطع أرض سكنية أو تجارية بإمارة أبوظبي لتكملة الإجراءات وتحرير طلب باسم صاحب السمو/ الشيخ خليفة بن زايد آل نهيان - رئيس الدولة - بصيغة حددها، فأعد له ما طلب منه وسلمه له وعقب ذلك أخبره الطاعن بموافقة صاحب السمو على طلب المنح وطلب منه تحويل الرسوم التي يحتاجها لتكملة الإجراءات لعدم غلق الطلبات، وقد بلغت جملة تلك التحويلات المبلغ المطالب به وأضاف أنه وبعد كثرة طلبات الطاعن المالية ومرور الوقت المحدد لاتمام عملية التسليم الذي كان محدداً له أغسطس عام ٢٠٠٨ تأكد له انه كان ضحية واقعة نصب واحتيال من الطاعن الذي استغل عمله في النصب عليه وعلى آخرين من أجل الاستيلاء على أموالهم دون حق، فقام بشكايته وحررت قبله القضية رقم ١٥٣٦٧ لسنة ٢٠٠٨ جنح أبوظبي وقضى فيها غيابياً بحبسه سنة، وقد طالبه بعد ذلك بأداء المبلغ أنف البيان إلا انه تقاعس ومن ثم كانت الدعوى . حكمت المحكمة برفض الدعوى . استأنف المطعون ضده الحكم بالاستئناف رقم ١١٠٢ لسنة ٢٠١٠ أبوظبي . وبتاريخ ٢٠/٦/٢٠١١ قضت المحكمة بإلغاء الحكم المستأنف والقضاء مجدداً بإلزام الطاعن بأن يؤدي للمطعون ضده مبلغ ٣٢٥٣٣٠ درهم . طعن الطاعن على هذا الحكم بطريق النقض . عرض الطعن على هذه المحكمة في غرفة مشورة فحددت جلسة لنظره .

وحيث ان الطعن أقيم على سببين ينعي بهما الطاعن على الحكم المطعون فيه مخالفة القانون والخطأ في تطبيقه والفساد في الاستدلال والقصور في التسبيب ومخالفة الثابت في الأوراق وفي بيان ذلك يقول ان الحكم المطعون فيه انتهى إلى انشغال ذمته بالمبلغ الذي قضى به استناداً منه على انه أقر بمذكرته الجوابية بتسليمه له ولأقوال الشاهد / أمام النيابة حال انه أنكر في مذكرته الجوابية استلامه لأية مبالغ من المطعون ضده وان شهادة الشاهد جاءت قاصرة ومتناقضة مع أقوال المطعون ضده وانه يعمل لديه وتخالف النصاب، وان عمله بديوان صاحب السمو الشيخ / لا يعطيه الحق في تخصيص مساكن شعبية أو أراضي أو محلات للمواطنين وان منح المساكن الشعبية والأراضي الاستثمارية إنما يتم بقرار من سمو رئيس الدولة أو سمو ولي العهد، ويفترض علم المطعون ضده بالإجراءات التي تتم في هذا الشأن باعتبار انه محام ومن رجال القانون، كما ان المحلات التجارية بسوق أبوظبي تدار بواسطة شركة الدار العقارية ولا تمنح أو تخصص بقرار من سمو رئيس الدولة، وان المبالغ المحولة إليه من المطعون ضده إنما هي مبالغ سبق ان سلمها هو له بوصفه وكياً لزوجته لعمل تسوية لم تنجح مع بنك الاتحاد الوطني وان المذكور لم يوكله في تقديم أية طلبات ولم يتسلم منه أية طلبات وأن الأراضي تمنح دون رسوم بعلم الكافة . هذا بالإضافة إلى أنه أورد بمدوناته بياناً لواقعة الدعوى " بأن واقعة تسليم المستأنف للمستأنف ضده ثابتة وإن كان على المستأنف ضده والحال كذلك ان يثبت صحة ما إدعاه ... لاسيما ان السيد قد شهد أمام النيابة العامة ... الخ " وان ذلك منه جاء قاصراً لكونه مشوباً بالتعميم والإجمال والإبهام إذ أحال إلى ما ورد بتحقيقات النيابة العامة دون بيان لما ورد بتلك التحقيقات، كما لا يوجد بالأوراق إقرار كتابي ولا واقعة تسليم كما قرر الحكم . الأمر الذي يعيبه ويستوجب نقضه .

وحيث ان هذا النعي غير سديد . ذلك ان المقرر ان لمحكمة الموضوع السلطة التامة في فهم الواقع في الدعوى وتقدير ما يقدم إليها من الأدلة والموازنة بينها وترجيح ما تطمئن إليه واستخلاص الحقيقة منها متى كان استخلاصها سائغاً وله أصله الثابت بالأوراق . وان المقرر أيضاً ان استنباط القرائن القضائية في الدعوى وتقدير أقوال الشهود فيها من المسائل الموضوعية التي يستقل بها قاض الموضوع ، ويعتمد عليها في تكوين عقيدته ولا رقابه عليه في ذلك من محكمة النقض متى كان ذلك بأسباب سائغة . وان للقاضي ان يستنبط القرينة التي يعتمد عليها من أي تحقيق قضائي أو إداري أو من شهادة شاهد لم يؤد اليمين أمام النيابة في التحقيق الذي أجرته . كما ان المقرر كذلك ان النص في المادة ٦٢ من قانون الإثبات على انه " ١ - للقاضي في أية حالة كانت عليها الدعوى ان يوجه اليمين المتممة من تلقاء نفسه إلى أي من الخصمين ليبني على ذلك حكمه في موضوع الدعوى أو في قيمة ما يحكم به، ويشترط في توجيه هذه اليمين ألا يكون في الدعوى دليل كامل وألا تكون الدعوى خالية من أي دليل " يدل على ان هذه اليمين توجهها المحكمة من تلقاء نفسها لأي من الخصمين في الدعوى في محاولة منها لاستكمال اقتناعها إذا لم تكن الأدلة المقدمة في الدعوى كافية لتكوين قناعتها، أي أن المحكمة توجهها للخصم لتتم حجته وتكمل بيمينه بينته وكي تستهدي بها المحكمة عند الحكم

في موضوع الدعوى، وبالتالي فهي لا محل لها في الدعوى الخالية من الدليل أو الدعوى المكتملة الدليل وهي ليست حقاً للخصوم تلتزم المحكمة بإجابتهم إليه وإنما هي من حق المحكمة توجيهها رغبة منها في تحري الحقيقة وهو ما يخضع لتقديرها دون معقب عليها من محكمة النقض. لما كان ذلك وكان الحكم المطعون فيه قد أقام قضاءه على ما أورده بمدوناته من أن "المستأنف ضده قد أقر في مذكرته الجوابية على الدعوى وكذا في سائر مذكراته بعد ذلك باستلامه من المستأنف مبلغ ٣٠٥٠٠٠ درهم في غضون الفترة من يونيو إلى أكتوبر ٢٠٠٧ بزعم أن ذلك كان على سبيل استرداد ما سبق أن دفعه للمستأنف على ذمة التسوية المطلوبة للبنك الذي كان يداين زوجته التي وكل المستأنف للدفاع عنها، وحيث أن واقعة تسليم المستأنف للمستأنف ضده ثابتة وإذا كان على المستأنف ضده والحال كذلك أن يثبت صحة ما ادعاه من أن ذلك كان بناءً على اتفاق مع المستأنف على النحو الذي شرحه آنفاً، ذلك بأن عبء الإثبات ينتقل إليه لإثبات صحة ما يدعيه في هذا الخصوص، ولا سيما أن السيد / العجب قد شهد أمام النيابة العامة شهادة تطمئن إليها هذه المحكمة من أنه وهو يعمل في مكتب المستأنف حضر المستأنف ضده للمكتب ووكلمهم في قضية خاصة بزوجته وعرف نفسه على أنه يعمل مع سمو الشيخ / وبعد فترة اتصل بالشاهد وأخبره أنه يريد أن يستخرج قطعة أرض للمستأنف ومحلات في أبوظبي وطلب منه أن يخبر المستأنف بتجهيز أوراقه وشهادته أنه لا يملك وأضاف أن سائق المستأنف ضده المدعو/ داس حضر وتسلم الأوراق سالفة البيان، وهي شهادة قد سبق أن أدلى بها ذات الشاهد أمام الشرطة، وهذا فضلاً عما ورد في ملف الجنحة سالفة الذكر بتاريخ ١٩/١٠/٢٠٠٨ على لسان إدارة شرطة العاصمة أنه بالتدقيق على المستأنف ضده تبين أنه مطلوب في عدة بلاغات ١٧ بلاغاً كما ورد في كتاب مدير فرع البحث الجنائي المؤرخ في أكتوبر ٢٠٠٨ أن المذكور معمم عليه في عدة بلاغات مشابهة. ولا ينال مما سبق ما طعن به المستأنف ضده في شهادة الشاهد المشار إليه من أنه يعمل في مكتبه ذلك أنه لا دليل على أن الشاهد يبغي من وراء ذلك مغنماً أو يدفع مغرمًا، كما أن المحكمة وكما سبق بيانه تطمئن لشهادته لكونها مكررة أمام جهتين مختلفتين بذات المعنى وقد تعززت أمام النيابة العامة باليمين، كما أنه لا ينال مما سبق أيضاً ما دفع فيه المستأنف ضده من عدم جواز الإثبات بشهادة الشهود أو القرائن، ذلك أن الشهادة والقرائن قد انصبت على واقعة الاحتيال والنصب وهي واقعة مادية بحته يجوز فيها إثباتها بالشهود وبالقرائن ٠٠٠٠ لما كان ذلك وكانت المحكمة قد استظهرت باليمين المتممة التي حلفها المستأنف طبقاً للصيغة السابق ذكرها والتي نفت المظنة والاحتمال في صحة دعواه، كما عززت القرائن والشهادة السابق بيانها وردت ما يتوهم من صحة دفاع المستأنف ضده، فإن الدعوى تكون قد استقامت بذلك ٠٠٠ الخ" وكان ذلك منه سائغاً وله أصله الثابت في الأوراق وكافياً لحمل قضائه. ومن ثم فإن النعي عليه بما سلف يكون على غير أساس. ولما تقدم فإنه يتعين رفض الطعن.

الرئيس : المستشار/ إمام البدري – رئيس الدائرة.

الأعضاء : المستشار / عبدالصمد عبدالعزيز المستشار / عرار خريس.

المستشار / عبدالمنعم محمود المستشار / الكبير تباغ.

هـ - (الطعن رقم ٨١ لسنة ٢٠١١ س ٥ ق أ)

إثبات "خبرة". بطلان. حكم "تسببيه. تسبیب معيب". نقض "أسباب الطعن بالنقض. ما يقبل منها". نظام عام.

■ استناد الحكم المطعون فيه في قضائه على تقرير خبرة. قضى بوقف الخبير الذي أعده عن عمله تأديبياً. خلال فترة وقفه عن العمل. مؤداه: بطلان الحكم. أساس ذلك وعلته؟

المحكمة

حيث ان الوقائع— حسبما يبين من الحكم المطعون فيه وسائر الأوراق— تجمل في أن الطاعنين كانوا قد أقاموا الدعوى رقم ٢٠١٠/٢٣٠ مدني كلي أبوظبي مطالبين المطعون ضده الأول بأن يؤدي إليهم المستحق لهم من تركة مورثهم في أرباح الشركة المطعون ضدها الثانية – التي سلمتها إليه ، والفائدة بواقع ١٢٪ استناداً لما خلص إليه الخبير في الدعوى رقم ٢٠٠٨/٢٤٢ مدني كلي من استحقاقهم مبلغ ٩٠,٠٥٢,٣٤٥ درهم وما يستجد لهم من أرباح عن عامي ٢٠٠٨ و ٢٠٠٩ ولاحقاً ، وإلزام المطعون ضدها الثانية بعدم صرف أي حصة مستحقة لهم مستقبلاً إلى المطعون ضده الأول.

ندبت المحكمة خبيراً حسابياً قدم تقريراً انتهى فيه إلى أن كلاً من المدعين الأربعة المذكور يستحق في ذمة المطعون ضده الأول مبلغ ١,٠٧٦,٩١٦,٦٥ درهم وتستحق الخامسة ٥٢٣,٤٥٨,٣٣ درهم وإن عقب عليه الأخير أعادت المحكمة المأمورية للخبير ذاته لفحص التعقيبات فقدم تقريراً تكميلياً خلص فيه إلى أن المبلغ المستحق لكل من المدعين الأربعة المذكور ١٣٤٦١٤,٦٠ درهم ونصفه للخامسة ثم حكمت بجلسة ٢٠١١/١/٢٤ بالزام المطعون ضده الأول بأن يدفع لكل واحد من الطاعنين خليفة ومحمد ويوسف وسعيد مبلغ ١٣٤٦١٤,٦٠ درهم وللطاعنة شمة مبلغ ٦٧,٣٠٧,٣٠ درهم وأن يدفع لهم مبلغ ٧٠,٠٠٠ درهم تعويضاً عما فاتهم من كسب يوزع بينهم حسب نصيبهم في المال المحكوم به ، وبإلزام المطعون ضدها الثانية بعدم صرف مستحقات الطاعنين في الأرباح إلى المطعون ضده الأول وتسليمها لهم مستقبلاً. استأنف الطاعنون هذا الحكم برقم ٢٠١١/١٤١ واستأنفه المطعون ضده الأول برقم ٢٠١١/١٨٦ والمطعون ضدها الثانية برقم ٢٠١١/٣١٣. والمحكمة بجلسة ٢٠١١/٤/٢٧ قضت في الاستئناف الأول والثاني بتعديل الحكم المستأنف بإلزام المطعون ضده الأول بالفوائد التأخيرية على المبلغ المقضي به بواقع ٩٪ سنوياً من تاريخ صدور هذا الحكم حتى السداد وتأييد الحكم فيما عدا ذلك، وقضت برفض الاستئناف الثالث. أقام الطاعنون طعنهم المائل الذي عرض على هذه المحكمة في غرفة مشورة فحددت جلسة لنظره وقدم محامي المطعون ضده الأول مذكرة برفضه. وحيث إن مما ينعاها الطاعنون على الحكم المطعون فيه البطلان إذ عوّل في قضائه على تقرير للخبير جاء باطلاً ، لما ثبت من

أن الخبير الذي أعده كان موقوفاً عن العمل وفقاً لتأديباً خلال الفترة من ٢٠١٠/٣/٣٠ حتى ٢٠١١/٣/٢٩ بما أفقده صلاحيته للعمل في فترة إيقافه عن أعمال الخبرة ويستطيل بطلان التقرير إلى الحكم الذي اعتمد عليه بما يبطله بدوره ويستوجب نقضه.

وحيث إن هذا النعي سديد ، لما نصت عليه المادة ٣١ من القانون الإتحادي رقم ٨ لسنة ١٩٧٤ في شأن تنظيم الخبرة أمام المحاكم من أن " يحال الخبير إلى المحاكمة التأديبية إذا ما ارتكب ما يمس الذمة والأمانة وحسن السمعة أو أخل بواجباته أو خرج على مقتضياتها وتكون الإحالة بقرار من وزير العدل..." وما نصت عليه المادة ٣٤ من القانون عينه من أن العقوبات التأديبية التي يجوز الحكم بها على الخبير هي ١- اللوم ٢- الوقف عن العمل لمدة لا تتجاوز سنة ٣- محو الاسم من الجدول. لما كان ذلك وكان الثابت بكتاب وزارة العدل (مدير إدارة شؤون الخبراء) إلى مدير إدارة الخبراء بدائرة القضاء ، والمؤرخ ٢٠١١/٦/٥ أن الخبير الحسابي أحمد علي الحوسني تم إيقافه من قبل لجنة قيد وتأديب الخبراء المنعقدة بتاريخ ٢٠١٠/٣/٣٠ لمدة سنة من تاريخ قرار اللجنة حتى ٢٠١١/٣/٢٩ على ضوء الشكوى المقدمة في حقه من قبل السيد محمد علي الزعابي ، وكان الثابت بالأوراق أن الخبير الموقوف عن عمله هذا هو الذي باشر أعمال الخبرة في الدعوى الماثلة وقدم تقريره الأصلي والتكميلي بشأنها وكل ذلك خلال فترة إيقافه عن العمل ، وكان من المقرر أن الموقوف عن عمله تأديباً إنما يفقد صلاحيته لمباشرة مهامه أو لأداء هذا العمل ، لتعطل صفته خلال فترة إيقافه ، ويقع ما يباشره من ذلك أو يؤديه باطلاً ، ولما كان البين من الحكم المطعون فيه أنه اعتمد في قضائه على تقرير ذلك الخبير الباطل وأفصح عن اعتناقه التقرير التكميلي لهذا الخبير ، وكان بطلان هذا التقرير الذي أسس الحكم المطعون فيه عليه يمتد إلى الحكم فيبطله وهو بطلان يتعلق بالنظام العام ، فيجوز النعي به ولو كان سبباً جديداً ما دامت قد تحققت عناصره على نحو ما تقدم، ومن ثم فإن الحكم المطعون فيه قد شابه البطلان بما يوجب نقضه والإحالة دون حاجة إلى بحث باقي أسباب الطعن.

الرئيس : المستشار/ إمام البدري - رئيس الدائرة.

الأعضاء : المستشار / عبد الصمد عبد العزيز

المستشار / عرار خريس .

٦ م - (الطعن رقم ١٠١٣ لسنة ٢٠١١ س ٥ ق. أ)

إثبات " أوراق عرفية " " صورة ضوئية " . طعن " أسباب الطعن بالنقض . ما لا يقبل منها " .
نقض " أسباب الطعن بالنقض . ما لا يقبل منها " . حق . التزام .

■ اعتبار المحرر صادراً ممن وقعه ما لم ينكر صراحةً . ما هو منسوب إليه . من خط أو إمضاء أو ختم أو بصمة .

■ الوارث أو الخلف . لا يُطلب منه الإنكار . كفاية نفيه علمه بأن الخط أو الختم أو الإمضاء أو البصمة ليست لمن تلقى عنه الحق .

■ سقوط الحق في جحد الصورة الضوئية للمحرر . متى ناقش من له الحق في ذلك موضوع المحرر . أساس ذلك ؟ مثال .

المحكمة

حيث إن الوقائع — حسبما يبين من الحكم المطعون فيه وسائر الأوراق — تتحصل في ان المطعون ضده أقام الدعوى رقم ٢٦٠ لسنة ٢٠٠٩ عمال كلي أبوظبي على الطاعة بطلب الحكم بإلزامها بأن تؤدي له حقوقه العمالية المستحقة . وقال شرحاً لذلك أنه عمل لدى الطاعة خلال المدة ٢٢/٤/٢٠٠١ إلى ١/١٠/٢٠٠٩ براتب شهري قدره ٦٠،٧٨٨ درهم ، وبتاريخ ٢٣/٨/٢٠٠٩ أرغم على توقيع اتفاقية انفصال أعدتها الطاعة وتضمنت ان يسري انفصاليه عن العمل اعتباراً ١/١٠/٢٠٠٩ وهو تاريخ استقالته ولتغذر التسوية أمام دائرة العمل كانت الدعوى . حكمت المحكمة بإلزام الطاعة بأن تؤدي للمطعون ضده مبلغ ٤٣،٤٥٠،٤٢٠ درهم كمكافأة نهاية خدمة ورفض ما عدا ذلك من طلبات . استأنفت الطاعة الحكم بالاستئناف رقم ٣١٨ لسنة ٢٠١٠ أبوظبي . وبتاريخ ٢٨/٤/٢٠١٠ قضت المحكمة برفض الاستئناف وتأييد الحكم المستأنف . طعن الطاعة على هذا الحكم بطريق النقض . وبتاريخ ٤/١/٢٠١١ قضت المحكمة بنقض الحكم المطعون فيه لعدم إتاحة المحكمة الفرصة للطاعة لإبداء دفوعها حول المستندات التي قدمها المطعون ضده بتاريخ ١٩/٤/٢٠١٠ ، وبعد أن سيرت الخصومة في الاستئناف بعد النقض والاحالة . قضت المحكمة بتاريخ ٣١/٥/٢٠١١ برفض الاستئناف وتأييد الحكم المستأنف . طعن الطاعة على هذا الحكم بطريق النقض . عرض الطعن على هذه المحكمة في غرفة مشورة فحددت جلسة لنظره .

وحيث إن الطعن أقيم على سببين تنعى بهما الطاعة على الحكم المطعون فيه مخالفته للقانون والخطأ في تطبيقه والفساد في الاستدلال . وفي ذلك تقول إن الحكم المطعون فيه أقام قضاءه على ما قرره من ان بنود

الاتفاقية المؤرخة ٢٠٠٩/٧/٣٠ تقطع بأن إنهاء علاقة العمل تم باتفاق الطرفين وان المطعون ضده لم يترك العمل بإرادته المنفردة وفي ذات الوقت رفض الدفع المبدى منها بإنكار توقيعها على تلك الاتفاقية بمقولة إن المنوط بالإنكار هو الموقع ذاته عليها وهو - مدير إدارة الموارد البشرية - . مع أن التوقيع هو المصدر الوحيد للإضفاء الحجية على الورقة العرفية وبالتالي يكون من حقها إنكار التوقيع المذيل به الاتفاقية خاصة وان التوقيع منسوب إلى مديرة إدارة الموارد البشرية بها ، وأنها باعتبارها شخصياً اعتبارياً لا يمكنها التوقيع بنفسها وإنما عن طريق ممثليها نيابة عنها ، هذا فضلاً على أنها جحدت صورة تلك الاتفاقية ولم يقدم المطعون ضده أصلها برغم تكليفه بتقديمها من قبل المحكمة. الأمر الذي يعيب الحكم بما يستوجب نقضه.

وحيث إن هذا النعي غير منتج. ذلك أن المقرر قانوناً عملاً بالمادة ١١ من قانون الإثبات في المعاملات المدنية والتجارية ان يعتبر المحرر صادراً ممن وقعه ما لم ينكر صراحة ما هو منسوب إليه من خط أو إمضاء أو ختم أو بصمة. أما الوارث أو الخلف فلا يطلب منه الإنكار ، ويكفي أن ينفي علمه بأن الخط أو الإمضاء أو الختم أو البصمة هي لمن تلقى عنه الحق. ومع ذلك فليس لمن ناقش موضوع المحرر ان ينكر ما نسب إليه من خط أو إمضاء أو ختم أو بصمة أو ان يتمسك بعدم علمه بأن شيئاً من ذلك صدر ممن تلقى عنه الحق. وأن من المقرر - في قضاء هذه المحكمة- ان جحد الخصم للصورة الضوئية للمحرر المنسوب إليه يكون غير مقبول إذا ما ناقش موضوع هذا المحرر - لما كان ذلك وكان الثابت من الأوراق أن الطاعنة قدمت مذكرتين أمام محكمة أول درجة الأولى بتاريخ ٢٠١٠/١/٤ والثانية بتاريخ ٢٠١٠/٢/٨ طلبت في كل منهما رفض الدعوى لعدم استحقاق المطعون ضده لأية مستحقات لديها بما فيها مكافأة نهاية الخدمة لتركه العمل واستقالته دون إنذار ، ولإقراره بصحيفة دعواه وشكواه لدى دائرة العمل بتركه العمل بسبب الاستقالة ، ومن ثم فإنها بذلك تكون قد ناقشت موضوع الاستقالة - إتفاقية الانفصال - وبالتالي لا يحق لها إنكار توقيعها على تلك الاتفاقية أو جحد صورتها لأن إنكارها أو جحدها في هذه الحالة سيكون غير مقبول، ومن ثم فإن النعي على رفض الحكم المطعون فيه للدفع المبدى من الطاعنة بالإنكار على إتفاقية الانفصال أو التفاته عن جحدها لصورتها - أيأ كان وجه الرأي فيه - يكون غير مقبول ومن ثم غير منتج ويكون النعي على غير أساس. ولما تقدم فإنه يتعين رفض الطعن.

الرئيس : المستشار/ إمام البدري - رئيس الدائرة.

الأعضاء : المستشار / عبد الصمد عبد العزيز

المستشار / عرار خريس .

٧ م - (الطعن رقم ٨٥ لسنة ٢٠١١ س ٥ ق. أ) جلسة ٢٠١١/١٠/٢٥ (مدني)

(١) إثبات "شهادة" "شهود" "عبء الإثبات". حكم "تسبيبه. تسبیب غير معيب". نقض "أسباب الطعن بالنقض. ما لا يقبل منها".

■ متى تكون الشهادة متضمنة جر مغرم أو دفع مغرم للشاهد في معنى المادة ١/٥ من قانون الإثبات.

■ علاقة التبعية بين الشاهد وصاحب العمل. لا تمنع بمجرد ما من قبول شهادة التابع. متى لم تجر منفعة أو تدفع مغرمة.

■ وقوع عبء إثبات الغرم أو الغنم على من يدعيه.

■ تقدير أقوال الشهود واستخلاص الحقيقة منها موضوعي. متى لم تخرج المحكمة عن مدلول تلك الأقوال. مثال.

(٢) هبه. موارد. محكمة الاستئناف "نظرها الدعوى والحكم فيها". حكم "تسبيبه. تسبیب معيب". نقض "أسباب الطعن بالنقض. ما يقبل منها". قانون "الخطأ في تطبيق القانون".

■ تصحيح الأحكام في معنى المادة ١٣٧ إجراءات مدنية. ماهيتها؟

■ تصوير محكمة الاستئناف ما ورد في منطوق الحكم على أنه خطأ مادي وإنزال القاعدة القانونية عليه على هذا الأساس دون أن تكون مدونات الحكم المستأنف أو منطوقه تتضمن هذا الخطأ المادي. خطأ في تطبيق القانون. أساس ذلك. مثال.

المحكمة

حيث ان الوقائع حسبما يبين من الحكم المطعون فيه وسائر الأوراق تجمل في أن المطعون ضدها الأولى أقامت الدعوى رقم ٢٠١٠/٣١٢ مدني كلي العين ضد الطاعنين وباقي ورثة راشد علي خليفة بطلب الحكم بصحة ونفاذ هبة المتوفى مورث الطرفين اياها قطعة الأرض السكنية الاستثمارية رقم ٢-٦٧-٣-٥ بمنطقة العامرية وقطعة الأرض الزراعية بدون رقم الكائنة بمنطقة الهير والزاهم بنقل ملكيتهما اليها وتسجيلهما باسمها ، وأدخلت المحكمة دائرة الشؤون البلدية خصماً في الدعوى ليصدر الحكم في مواجهتها - وأقر المدعي عليهم عدا العاشرة (الطاعنة الأولى) بصور الهبة للمدعية - أجرت المحكمة تحقيقاً في الدعوى بسماع شاهدين ووجهت الى المدعية متممة قيمة وحكمت بجلسة ٢٠١١/٣/١٦ باثبات صحة ونفاذ هبة مورث المدعية

والمدعى عليهم للمدعية : الأرض الزراعية بدون رقم الكائنة بمنطقة الهير بالعين موضوع الدعوى وبالزام الخصم المدخل - البلدية - بتسجيلها ونقل ملكيتها من اسم المورث الى اسم المدعية ورفضت ما عدا ذلك من طلبات . استأنفت الطاعتان هذا الحكم برقم ٢٠١١/١٢٣ واستأنفته المطعون ضدها الأولى برقم ٢٠١١/١٢٩ والمحكمة بجلسة ٢٧/٤/٢٠١١ قضت برفض استئناف الطاعتين وفي الاستئناف الثاني قضت بتصحيح منطوق الحكم المستأنف بجعله باثبات صحة ونفاذ هبة مورث المدعية والمدعى عليهم للمدعية لقطعة الأرض الزراعية والقطعة السكنية الاستثمارية موضوع النزاع والمبينتين بصحيفة الدعوى وتأييده فيما عدا ذلك - أقامت الطاعتان طعنهما المائل الذي حددت هذه المحكمة في غرفة المشورة جلسة لنظره.

وحيث إن مما تنعاه الطاعتان في السبب الأول على الحكم المطعون فيه الخطأ في تطبيق القانون وفساد الاستدلال إذ أخذ بأقوال شاهدين تابعين للمدعية (المطعون ضدها الأولى) برغم ان شهادتهما لمصلحتها تجلب لهما نفعاً وتدفع عنهما مضرة مما يعيب الحكم بما يستوجب نقضه.

وحيث إن هذا النعي غير سديد ، لما هو مقرر من أن النص في المادة ١١٥ من قانون المعاملات المدنية على أن " ترد كل شهادة تضمنت جر مغرم للشاهد أو دفع مغرم عنه " مفاده أن تنصب الشهادة على وقائع النزاع دون اقحام ما يتصل منها بشخص الشاهد فترفض اذا تضمنت في ذاتها ما يفيد معنى النفع أو دفع الغرم على نحو يجعل الشاهد منهما في شهادته كأن كان بينه وبين المشهود عليه عداوة دنيوية في واقعة يخاصمه فيها ، وان علاقة التبعية من الشاهد لصاحب العمل - كالحال في الدعوى المائلة - لا تمنع بمجردها من قبول شهادة التابع طالما لم تجر منفعة له وان عبء اثبات النفع أو الغرم إنما يقع على من يدعيه ، هذا الى ما هو مقرر من أن تقدير أقوال الشهود واستخلاص الحقيقة منهما أمر موضوعي طالما لم تخرج المحكمة بهذه الأقوال الى ما لا يؤدي اليه مدلولها ، لما كان ذلك وكانت محكمة أول درجة قد استمعت الى أقوال شاهدين ذكرا أنهما يعملان في المزرعة موضوع الدعوى وان المدعية - المطعون ضدها الأولى " هي التي تحوزها وتتسلم مبالغ التسوق الخاصة بها - ثم رأت المحكمة أن هذه الشهادة غير كافية فوجهت اليمين المتممة الى المدعية فحلفتها ولم يثبت أحد الخصوم نفعاً لأحد الشاهدين أو غرمًا دفع عنه بشهادته للمدعية ، ومن ثم فإن المحكمة لم تتجاوز سلطتها في تقدير الأدلة في خصوص قضائها بشأن هبة الأرض الزراعية ويضحي النعي على غير أساس.

وحيث إن حاصل ما تنعاه الطاعتان بباقي سببي الطعن على الحكم المطعون فيه مخالفة القانون والقصور في التسبيب ومخالفة الثابت بالأوراق إذ قضى بتصحيح منطوق الحكم المستأنف حتى يشمل اثبات صحة ونفاذ هبة المورث للمدعية المطعون ضدها الأولى قطعة الأرض السكنية الاستثمارية دون أسباب كافية ودون أدلة قائمة في الأوراق وعلى خلاف ما ثبت بمدونات الحكم المستأنف من أنه قصر قضاءه في أسبابه ومنطوقه معاً على صحة ونفاذ هبة الأرض الزراعية وحدها ورفض ما عدا ذلك من طلبات دون أن يشوبه خطأ مادي يستدعي التصحيح الذي قضى به الحكم المطعون فيه ، مما يستوجب نقضه والاحالة.

وحيث إن هذا النعي سديد ، فمن المقرر أن تصحيح الأحكام وفقاً للمادة ١٣٧ من قانون الاجراءات المدنية التي تساند اليها الحكم المطعون فيه إنما يقتصر على ما يقع في منطوقها من أخطاء مادية بحته لا أثر لها على كيانه أو ذاتيته ، وأن تصوير محكمة الاستئناف ما ورد في منطوق الحكم الابتدائي المستأنف بأنه خطأ مادي ثم إنزاله القاعدة القانونية على هذا الأساس يعيبه بمخالفة القانون والخطأ في فهمه وتفسيره ، لما كان ذلك وكان الثابت بمدونات الحكم المستأنف أنها خلت مما يعد من الأخطاء المادية البحتة التي يجري عليها التصحيح قانوناً - أسباباً ومنطوقاً - واقتصرت اجراءات الاثبات التي عول عليها الحكم الابتدائي على ما يتعلق باثبات صحة ونفاذ هبة الأرض الزراعية بدون رقم بمنطقة الهير - أو ما سميت في تحقيق المحكمة "بالمزرعة" - ولم تشمل تلك الاجراءات قطعة الأرض السكنية الاستثمارية بمنطقة العامرية - لا في شهادة الشاهدين ولا في صيغة اليمين المتممة برغم أن طلب اثبات صحة ونفاذ الهبة بشأن هذه القطعة السكنية هو من موضوع الدعوى ، ثم أفصح الحكم المستأنف عن أن المدعية عجزت عن اثبات هذه الهبة ، فقضت بعدم ثبوت أن مورث المدعين قد وهبها لها لعدم اثباتها أنها كانت تحوزها حوزاً مستقلاً وفق المادة ٦٣٠ من قانون المعاملات المدنية ثم اقتصر قضاؤه في منطوقه على ما يوافق ذلك فقضى باثبات صحة ونفاذ هبة الأرض الزراعية بدون رقم بمنطقة الهير ورفض ما عدا ذلك من طلبات ، لما كان ما تقدم فإن الحكم المطعون فيه لم يكن له أن يغير من هذا القضاء دون أدلة جديدة أو أسباب سائغة تكفي لحمل قضائه - وهي ما خلت منها مدوناته التي اقتصرت على ذريعة التصحيح لخطأ مادي لا وجود له فيغدو الحكم المطعون فيه قاصراً ومعيباً بما ورد بوجه النعي وهو ما يبطله ويستوجب نقضه نقضاً جزئياً في خصوص ما قضى به بشأن هبة الأرض السكنية الاستثمارية على ان يكون مع النقض الاحالة.

الرئيس : المستشار/ إمام البدري - رئيس الدائرة.

الأعضاء : المستشار / عبد الصمد عبد العزيز

المستشار / عرار خريس .

٨ م - (الطعن رقم ١٨٦، ١٢ لسنة ٢٠١١ س ه ق أ)

جلسة ٢٠١١/١٠/٣ (مدني)

١ (اختصاص " اختصاص محلي " . تعويض . ضرر . حكم " تسببيه . تسبیب غير معيب " .
نقض " أسباب الطعن بالنقض . ما لا يقبل منها " .

■ جواز رفع دعوى التعويض عن الضرر أمام المحكمة التي وقع في دائرتها الضرر الذي حاق بالنفس أو المال . مثال .

٢ (دعوى مدنية " تحريكها " . أمر أداء . حكم " تسببيه . تسبیب غير معيب " .
نقض " أسباب الطعن بالنقض . ما لا يقبل منها " .

■ رفع الدعوى بالطريق العادي للمطالبة بمبلغ نقدي والتعويض عن المثل في السداد . دون اتباع طريق
أمر الأداء . صحيح . أساس ذلك ؟

٣ (إثبات " عبء الإثبات " " تحقيق " . حكم " تسببيه . تسبیب غير معيب " .
نقض " أسباب الطعن بالنقض . ما لا يقبل منها " . دين . التزام .

■ عبء إثبات ما يخالف الظاهر وقوعه على عاتق من يدعيه . مثال بشأن عدم إعسار المدين .

■ إحالة المحكمة الدعوى للتحقيق ليثبت الطاعن عسره . ثبوت يساره والحكم بإلزامه بسداد الدين المطالب
به دون إهماله عملاً بالمادة ٤٣٠ من قانون المعاملات المدنية . لا عيب .

٤ (حكم " حجيته " . قوة الأمر المقضي به . إثبات " قوة الأمر المقضي به " . فوائد . محكمة أول
درجة " نظرها الدعوى والحكم فيها " .

■ عدم استئناف الطاعنة قضاء أول درجة برفض طلبها بالحكم بالفوائد . مؤداه : صيرورته باتاً حائزاً لقوة
الأمر المقضي به وعدم جواز معاودة المطالبة بها .

٥ (محكمة الموضوع " سلطتها " . إثبات " بوجه عام " . خطأ . ضرر . علاقة سببية . تعويض . دين .

■ تحصيل فهم الواقع في الدعوى واستخلاص الموجب للتعويض وتقدير الضرر وعلاقة السببية بينهما .
موضوعي . متى كان سائغاً . مثال لتحصيل سائغ لنفي الضرر .

المحكمة

حيث إن الوقائع - تخلص في أن المطعون ضدها في الطعن الأول أقامت الدعوى رقم ٢٠٠٩/٢١٢ مدني كلي العين على الطاعن بطلب الحكم ١. بصفة مستعجلة بالحجز التحفظي على أموال وممتلكات الطاعن وما يخصه من منقولات لدى إدارة المرور ٢. إلزامه بأن يسدد للمطعون ضدها مبلغ ٦٧٥٠٠٠ درهم والفوائد القانونية من تاريخ الاستحقاق في ٢٠٠٧/٥/٢٢ وحتى السداد التام بواقع ١٢٪. ٣. إلزامه بالتعويض المناسب عن الضرر المادي الذي لحق بها من مماطلته في السداد. وقالت شرحاً لدعواها انه بتاريخ ٢٠٠٧/٤/٢٢ استلم الطاعن منها المبلغ المطالب به كقرض على أن يتم رده بمجرد الانتهاء من صفقة تجارية إلا أنه لم يقيم بالسداد رغم مطالبته الودية المتكررة وإن هذا المبلغ نتاج قرض لها حصلت عليه من بنك الاتحاد الوطني وما زالت تسدد أقساطه وفوائده من مالها الخاص وإن مماطلة الطاعن ألحق بها ضرر يحق لها المطالبة بالتعويض عنه. وبتاريخ ٢٠٠٩/١٠/١٩ قضت محكمة أول درجة :

١- بتوقيع الحجز التحفظي على ما يكون للطاعن من منقولات وآليات لدى إدارة المرور وعدم وفائها بها للطاعن أو تسليمها إياه على أن يقرر الطاعن بما في ذمته وإفادة المحكمة خلال سبعة أيام من إعلانه بالحجز.

٢- إلزام الطاعن بأن يؤدي للمطعون ضدها مبلغ ٦٧٥,٠٠٠ درهم وتعويضاً مقداره مائة ألف درهم.

استأنف الطاعن هذا الحكم بالاستئناف ٢٠٠٩/٢٣٦ العين. وبتاريخ ٢٠٠٩/١٢/٢٢ قضت المحكمة بإلغاء الحكم المستأنف وحكمت مجدداً ببطالان الحكم لعدم انقضاء الخصوم لبطلان الاعلان بصحيفة الدعوى بطريق النشر. طعنت نجلاء أحمد عوض في هذا الحكم بطريق النقض بالطعن رقم ٢٠١٠/١٣٦ نقض مدني أبوظبي. وبتاريخ ٢٠١٠/٥/٢٥ قضت محكمة النقض بنقض الحكم المطعون فيه لصحة الإعلان بالنشر وصحة انعقاد الخصومة. احوالت محكمة الاستئناف الدعوى إلى التحقيق وبعد ان استحقت على شاهدي الطاعن حكمت بتاريخ ٢٠١٠/١٠/١٠ بإلغاء الحكم المستأنف فيما قضى به بصفة مستعجلة وإلغائه فيما قضى به من تعويض وتأييده فيما قضى به من إلزام الطاعن بأن يؤدي للمدعية - المطعون ضدها في الطعن الأول - مبلغ ٦٧٥٠٠٠ درهم. طعن الطاعن في هذا الحكم بطريق النقض بالطعن رقم ٢٠١٠/١١٨٦. كما طعنت نجلاء أحمد عوض في ذات الحكم بطريق النقض بالطعن رقم ٢٠١٠/١٢٠٠ نقض مدني أبوظبي وقدمت المطعون ضدها في الطعن الأول والمطعون ضده في الطعن الثاني مذكرة بالرد على أسباب كل من الطعنين بطلب رفضهما وإن عرض الطعن على هذه المحكمة في غرفة مشورة رأيت أنهما جديران بالنظر فحددت جلسة لنظرهما.

أولاً : الطعن رقم ٢٠١٠/١١٨٦

وحيث إن الطعن أقيم على ثلاثة أسباب ينعى الطاعن بأولها على الحكم المطعون فيه بالبطلان ، وفي بيان

ذلك يقول بأن الحكم تصدى للفصل في موضوع النزاع رغم عدم اختصاص المحكمة التي أصدرته محلياً بنظره لأن إقراض المال الذي حرر عنه الأيصال تم بمدينة أبوظبي كما أن تسليم المال تم في محل إقامته بأبوظبي فينعتد الاختصاص لمحكمة أبوظبي المدنية دون المحكمة التي أصدرت الحكم الأمر الذي يعيب الحكم ويستوجب نقضه .

وحيث إن هذا النعي مردود ، ذلك ان المقرر ان الاختصاص المحلي طبقاً للقواعد العامة يتحدد بالمحكمة التي يقع بدائرتها موطن المدعى عليه ، واستثناءً من هذا الأصل أجاز المشرع في المادة ٢/٣١ من قانون الإجراءات المدنية للمدعي رفع دعوى التعويض عن الضرر أمام المحكمة التي وقع في دائرتها الضرر الذي حاق بالنفس أو المال . لما كان ذلك وكانت المدعية قد طلبت إلزام الطاعن بأن يؤدي لها المبلغ المطالب به والتعويض عن الضرر الذي لحق بها نتيجة مماثلة الطاعن في السداد فإن المحكمة التي وقع بها الضرر وهي محكمة موطن المدعية وهي محكمة العين الابتدائية فتكون هي المختصة محلياً بنظر الدعوى وإذا كان الحكم المطعون فيه التزم هذا النظر فإنه يكون قد التزم صحيح القانون ويضحي النعي على غير أساس .

وحيث إن الطاعن ينعى بالسبب الثاني على الحكم المطعون فيه مخالفة القانون وفي بيانه يقول ان المطعون ضدها خالفت المادة ١٤٣ من قانون الإجراءات المدنية لرفعها الدعوى ابتداءً أمام المحكمة المدنية مخالفاً بذلك مادة سالفة البيان التي توجب سلوك طريق أمر الأداء لأن المبلغ الذي تطالب به المطعون ضدها تتوافر بشأنه شروط استصدار أمر الأداء وإذا خالفت ذلك ورفعت دعواها مباشرة أمام القضاء فإن الدعوى تكون غير مقبولة وإذا خالف الحكم المطعون فيه ذلك فإنه يكون معيباً بما يستوجب نقضه .

وحيث إن هذا النعي غير سديد ذلك ان المقرر ان مؤدى النص في المادة ١٤٣ من قانون الإجراءات المدنية يدل على ان المشرع أوجب سلوك طريق أمر الأداء إذا كان حق الدائن ثابتاً بالكتابة وحال الأداء وكان كل ما يطالب به ديناً من النقود معين المقدار أو منقولاً معيناً بنوعه ، لما كان ذلك وكان البين من طلبات المدعية انها تضمنت المطالبة بمبلغ نقدي بالإضافة إلى المطالبة بالتعويض عن مطل الطاعن في السداد الأمر الذي يجوز معه للمدعية اتباع الطريق العادي في رفع الدعوى وإذا التزمت المدعية ذلك ورفعت دعواها طبقاً للقواعد العامة في رفع الدعاوى والتزم الحكم المطعون فيه النظر المتقدم فإنه يكون قد التزم صحيح القانون ويضحي النعي على غير أساس .

وحيث إن الطاعن ينعى على الحكم المطعون فيه بالسبب الثالث الخطأ في تطبيق القانون وفي بيان ذلك يقول بان سند الدين تضمن استحقاقه عند المسيرة بما كان لازمه على المطعون ضدها ان تثبت ميسرة الطاعن وان على الاخير ان يثبت الإعسار إلا أن الحكم المطعون فيه نقل عبء الاثبات فاحال الدعوى للتحقيق ليثبت الطاعن دوام الإعسار بما يعيبه ويستوجب نقضه .

وحيث إن هذا النعي مردود ، ذلك ان المقرر ان عبء اثبات الالتزام يقع على عاتق من يدعي خلاف الظاهر ،

لما كان ذلك وكان الظاهر يفيد ميسرة الإنسان وان الإعسار أمر عارض وكان الحكم المطعون فيه أحال الدعوى إلى التحقيق لإثبات إعساره واستمعت المحكمة إلى شهادته ولم تطمئن إليها فاعتبرته في حاله ميسرة وإذا كان ذلك هو الأصل فلا تكلف المدعية بإثبات الظاهر وإنما على من يدعي خلاف هذا الأصل عبء الإثبات فضلاً عن أن مؤدى المادة ٢/٣٠٩ من قانون المعاملات المدنية أن نظرة الميسرة الواردة بالنص جوازية للقاضي فلا يعيب الحكم عدم استخدام هذه الرخصة فضلاً عن مؤدى المادة ٤٣٠ من ذات القانون أنه إذا تبين للقاضي من ظروف التصرف أو الاتفاق أن المدين لا يقوم بوفائه بالالتزام إلا عند المقدرة أو الميسرة حدد القاضي أجل الوفاء وإذا ان الحكم المطعون فيه قد أحال الدعوى إلى التحقيق ليثبت الطاعن أنه في حالة إعسار دائم إلا أنه عجز عن إثبات ذلك واعتبره الحكم في حالة ميسرة وألزمه بالمبلغ المبين بالسند دون إمهاله لاسيما وان الطاعن مدين بالمبلغ المطالب به منذ عام ٢٠٠٧ ومن ثم فإن الحكم لا يكون مخالفاً لمقتضيات المادة ٤٣٠ السابق الإشارة إليها ويضحي النعي على غير أساس.

ولما تقدم يتعين رفض الطعن .

ثانياً : الطعن ٢٠١٠/١٢٠٠

وحيث إن الطعن أقيم على سببين تنعى الطاعنة بأولهما على الحكم المطعون فيه الخطأ في تطبيق القانون وفي بيان ذلك تقول بأنها منحت الطاعن قرضاً بمبلغ ٦٧٥٠٠٠ درهم بتاريخ ٢٢/٧/٢٠٠٧ على أن يتم سداؤه بمجرد الانتهاء من صفقة تجارية إلا أن المطعون ضده لم يقم بالسداد رغم أنها سبق أن تحصلت على قرض من بنك الاتحاد الوطني وطلبت الطاعنة في صحيفة دعواها الحكم لها بالفوائد بواقع ١٢٪ وإذا قضت محكمة الاستئناف دون النظر في هذا الطلب فإن حكمها يكون معيباً بما يستوجب نقضه .

وحيث إن هذا النعي مردود ، ذلك أن البين من مطالعة الأوراق أن الطاعنة طلبت أمام محكمة أول درجة الحكم لها بالفوائد وأن الحكم رفض هذا الطلب إلا أنها لم تستأنف الحكم برفض الفوائد فيحوز الحكم بذلك قوة الأمر المقضي بفوات ميعاد الطعن على الحكم مما لا يجوز له العودة إلى المطالبة بهذا الشق من الطلبات . ومن ثم يضحي النعي على غير أساس .

وحيث إن الطاعنة تنعى بالسبب الثاني على الحكم المطعون فيه القصور في التسيب وفي بيان ذلك تقول ان محكمة الاستئناف ألغت قضاء محكمة أول درجة فيما قضى به من تعويض على سند من القول بأنها منحت المطعون ضده نظرة إلى ميسرة على حين ان ذلك مخالف للواقع وان الطاعنة لم تتمكن من إعطاء المطعون ضده المبلغ المطالب به برده إلا بعد حصولها على قرض من بنك الاتحاد الوطني وإذا لم يقر المطعون ضده بتنفيذ التزامه نحو الطاعنة فإنها تكون محقة في طلبها الحكم لها بالتعويض وإذا ألغى الحكم المطعون فيه ما قضى به

الحكم المستأنف من تعويض فإنه يكون معيباً.

وحيث إن هذا النعي مردود ، ذلك أن المقرر ان تحصيل فهم الواقع في الدعوى واستخلاص الخطأ الموجب للتعويض والضرر وعلاقة السببية بينهما من سلطة محكمة الموضوع متى أقامت قضاءها على أسباب سائغة كافية لحمل قضائها .

لما كان ذلك وكان الحكم المطعون فيه نفى ركن الخطأ عن الطاعن ونفى تأخره عن سداد مبلغ الدين وان تأخره في السداد راجع إلى الطاعنة التي منحتة نظرة إلى ميسرة وخلص إلى عدم استحقاقها للتعويض فألغى الحكم المستأنف الذي قضى بالتعويض فإنه يكون قد استعمل سلطته التقديرية في استخلاص انتفاء خطأ الطاعن المستوجب للتعويض الأمر الذي يضحى معه النعي على غير أساس . ولما تقدم يتعين رفض الطعن .

الرئيس : المستشار/ إمام البدري - رئيس الدائرة.

الأعضاء : المستشار / عبد الصمد عبد العزيز

المستشار / عرار خريس .

٩ م - (الطعن رقم ٣٣ لسنة ٢٠١١ س ٥ ق. أ)

اختصاص " اختصاص قيمي ". نقض " ما يجوز وما لا يجوز الطعن فيه بالنقض ". طعن " الطعن بالنقض. ما يجوز وما لا يجوز فيه الطعن بالنقض ". رسوم قضائية. محاماة "أتعاب المحاماة".

■ عدم جواز الطعن بالنقض. في الأحكام التي لا تتجاوز قيمتها مائتي ألف درهم. ولا يدخل في احتساب ذلك طلب الحكم بالمصروفات والرسوم وأتعاب المحاماة. علة ذلك؟

المحكمة

حيث إن المقرر عملاً بالمادة ١/١٧٧ من قانون الإجراءات المدنية من أن للخصوم أن يطعنوا بطريق النقض في أحكام محكمة الاستئناف إذا كانت قيمة الدعوى تتجاوز مائتي ألف درهم أو كانت غير مقدرة القيمة ، كما أن المقرر أن قيمة الدعوى وفقاً للمادة ٤٨ من ذات القانون تقدر بيوم رفعها على أساس آخر طلبات الخصوم ويدخل في تقدير قيمة الدعوى ما يكون مستحقاً من التضمينات والربح والمصروفات وغير ذلك من المحقات المقدرة القيمة . وإن كانت الطلبات الختامية للمطعون ضده بصفته الحكم بتعويض عن الضررين المادي والأدبي نتيجة إصابة ابنته شاملة ما أنفق من نفقات العلاج بمبلغ مائتي ألف درهم الأمر الذي يكون معه قيمة الدعوى دون النصاب المقرر للطعن بالنقض ولا يجدي الطاعن القول بأن طلبات المطعون ضده في الدعوى اشتملت بالإضافة إلى طلب مبلغ التعويض سالف الذكر والمصروفات والرسوم التي أنفقها وكذلك أتعاب المحاماة ذلك أن المقصود بطلب الإلزام بالرسم والمصروفات ومقابل أتعاب المحاماة هي رسوم الدعوى ومصروفاتها وأتعاب المحاماة التي تحكم بها المحكمة على خاسر الدعوى وهي لا تدخل في تقدير قيمة الدعوى الأمر الذي يكون معه الطعن بالنقض غير جائز.

الرئيس : المستشار/ إمام البدري - رئيس الدائرة.

الأعضاء : المستشار / عبد الصمد عبد العزيز المستشار / عرار خريس .

المستشار / البشري الشوربجي المستشار / عبد المنعم محمود.

١.م - (الطعن رقم ١٤ لسنة ٢٠١١ س ٥ ق. أ التماس إعادة نظر)

التماس إعادة نظر. حكم " تسببيه. تسبیب غیر معيب ". نقض " أسباب الطعن بالنقض. ما لا يقبل منها ". إثبات " بوجه عام " .

■ حالات التماس إعادة النظر في معنى المادة (١٦٩) إجراءات مدنية. ماهيتها؟

■ رفع الالتماس لإعادة النظر في غير تلك الحالات. مؤداه : الرفض. مثال.

المحكمة

حيث ان الوقائع - حسبما يتبين من الحكم المطعون فيه وسائر الاوراق - تتلخص في انه بتاريخ ٢٠١٠/٣/١٦ اقامت الملتمة الدعوى رقم ٢٠١٠/٢١٧/٢٠ مدني كلي أبوظبي بطلب بطلان عقد بيع البيت الشعبي المؤرخ في ٢٠٠٦/٩/٧ وتسليمها البيت المذكور خالياً من الشواغل وبإعادة شيك الضمان المسلم من والدتها للمتمس ضده. بتاريخ ٢٠١٠/٤/٢٨ حكمت محكمة اول درجة ببطلان عقد البيع موضوع النزاع وتسليم الملتمة البيت المبيع خالياً من الشواغل بالحالة التي كان عليها وقت التعاقد وتسليمها شيك الضمان المسحوب من والدتها.

استأنف الملتمس ضده هذا الحكم بالاستئناف رقم ٢٠١٠/٥٦٣/٢٠ بتاريخ ٢٠١٠/٨/١٨ حكمت محكمة الاستئناف بتأييد الحكم المستأنف.

طعن الملتمس ضده في هذا الحكم بطريق النقض وبتاريخ ٢٠١١/٥/٢٤ قضت محكمة النقض بنقض الحكم المطعون فيه جزئياً فيما يتعلق برفض رد الثمن للمتمس ضده وحكمت في موضوع الاستئناف بالزام الملتمة برد ثمن البيت الشعبي البالغة قيمته (٤٣٠٠٠٠) درهم للمتمس ضده.

بتاريخ ٢٠١١/٦/٢٣ تقدمت الملتمة بالطلب المائل طالبة قبوله شكلاً لتوافر الحالات المنصوص عليها في المادتين ١٦٩ ، ١٨٧ من قانون الاجراءات المدنية والغاء الحكم القاضي برد ثمن البيت للمتمس ضده والحكم مجدداً برفض طعنه ، وقدم الملتمس ضده مذكرة جوابية طلب في ختامها عدم قبول الالتماس ورفضه. وقد استندت الملتمة في طلبها الى وقوع غش من الملتمس ضده حيث انه لم يبين الشخص الذي تعاقد معه واستلم منه المبلغ المحكوم به ولم يبين وجود دعوى مقدمة منه ضد والد الملتمة للمطالبة برد ثمن البيت كما انه لم يبين المبالغ التي استولى عليها نتيجة قيامه بتأجير البيت للغير. كما استندت الى ظهور اوراق قاطعة في الدعوى هي

عقود ايجار محررة بين المستأجرين والمتمس ضده كانت تحت يده وامتنع عن تقديمها للمحكمة وبان الحكم المطعون فيه قضى برد الثمن للمتمس ضده دون طلب منه امام محكمتي الموضوع ولم يدفع الرسم القانوني المقرر عن ذلك.

وحيث ان من المقرر انه يشترط لقبول الالتماس اعادة النظر في الحكم الصادر من محكمة النقض في اصل النزاع طبقاً للفقرة الاولى من المادة ١٦٩ من قانون الاجراءات المدنية - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - ان يقع غش من خصم المتمس ، المحكوم له او ممن كان يمثل في الدعوى التي صدر فيها الحكم المطعون فيه او من الغير اذا كان المحكوم له قد اسهم فيه ، وان يكون هذا الغش خافياً على طالب الالتماس خلال نظر الدعوى بحيث لم تتح له الفرصة لدحضه وتنوير حقيقته للمحكمة للجهل به. والمقصود بالغش المشار اليه هو العمل الاحتمالي المخالف للنزاهة او الكذب المتعمد في رواية الوقائع الهامة واخفاء الحقائق القاطعة المجهولة من الخصم الاخر. كما انه من المقرر ان النص في الفقرة الثالثة من المادة ١٦٩ سالفة الذكر يدل على انه يشترط لقبول التماس اعادة النظر المنصوص عليه في الفقرة الثالثة اربعة شروط اولها ان تكون الاوراق التي حصل عليها المتمس قاطعة في الدعوى لو قدمت لغير وجه الحكم فيها لصالح المتمس ، ثانيها ان يكون المتمس ضده هو الذي حال دون تقديم تلك الاوراق بان حجزها تحت يده اثناء نظر الدعوى او منع من كانت الاوراق تحت يده من تقديمها ، ويفترض هذا ان يكون المحكوم له ملزماً بتسليمها او وضعها تحت تصرف المحكوم عليه اذ بغير ذلك لا يكون فعل الخصم هو الذي حال دون تقديم الاوراق ، فان كان عدم تقديمها يرجع الى اهمال المتمس او افعال الغير فلا يجوز الالتماس ، ثالثها ان يكون المتمس جاهلاً أثناء الخصومة وجود الاوراق تحت يد حائزها ، ورابعها ان يحصل المتمس بعد صدور الحكم على الاوراق القاطعة بحيث تكون في يده عند رفع الالتماس. ولما كان ذلك وكانت المتمسة قد اقامت الدعوى بطلب الحكم ببطلان عقد بيع البيت الشعبي المؤرخ في ٢٠٠٦/٩/٧ والزام المتمس ضده بتسليم البيت لها خالياً من الشواغل وتسليم شيك الضمان المسلم اليه من والدتها وقد اجابتها محكمتا الموضوع الى ذلك وكان المتمس ضده قد طلب من محكمة الاستئناف ومن محكمة النقض الحكم له برد المبلغ الذي دفعه ثمناً للعقار وقد اجابت محكمة النقض طلبه هذا لان الحكم ببطلان عقد البيع يقتضي اعادة الحال الى ما كان عليه المتعاقدان قبل العقد فيرد المشتري البيت وترد البائنة الثمن وان رد الثمن يندرج في عموم النص الذي اوجب اعادة الحال الى ما كان عليه المتعاقدان قبل التعاقد وبالتالي فقد كان مطروحاً على محكمة الدرجة الاولى وعلى محكمة الاستئناف.

وحيث ان المتمس ضده كان قد قدم طلباً لاعادة الدعوى للمرافعة امام المحكمة الابتدائية ارفق بها صحيفة الدعوى التي اقامها ضد المتمسة ووالدتها لمطالبتهم برد الثمن وبالنفقات التي دفعها لاصلاح البيت وتجهيزه وهي الدعوى رقم ٢٠١٠/١٤١٢ المقيدة بتاريخ ٢٠١٠/١٢/٧ والتي قررت المحكمة تعليق الحكم فيها لحين البت بالطعن بالنقض رقم ٢٠١٠/٢١٧ وهو الحكم المتمس اعادة النظر فيه. كما ان المتمس ضده بين في مذكرته التعقيبية المقدمة امام محكمة الاستئناف بتاريخ ٢٠١٠/٨/١١ انه قام بتأجير البيت لاشخاص اخرين

فان ما تزعمه الملتمة من اخفاء الحقيقة عن المحكمة ووقوع غش من جانب الملتمس ضده لا يصلح الاستناد اليه كسبب لالتماس اعادة النظر لعدم توافر شروط اعمال هذا السبب. اما بالنسبة لظهور اوراق جديدة في الدعوى فان عقود الايجار التي قدمتها الملتمة لا تأثير لها على وجه الحكم في الدعوى ذلك ان قيام الملتمس ضده بتأجير البيت اثناء وضع يده عليه لا علاقة له برد الثمن الذي يندرج في عموم النص الذي يوجب اعادة الحال الى ما كان عليه المتعاقدان عند الحكم ببطالان عقد البيع ، وبالتالي فان ذلك لا يصلح سبباً لالتماس اعادة النظر لعدم توافر شروط اعمال هذا السبب. اما بالنسبة للسبب الثالث الذي استندت اليه الملتمة وهو الحكم بما لم يطلبه الخصوم امام محكمتي الموضوع فهو لا يصلح سبباً لالتماس اعادة النظر ايضاً ، طالما توصلت محكمتنا الى ان رد الثمن للمشتري يندرج في عموم النص الذي اوجب اعادة الحال الى ما كان عليه المتعاقدان قبل التعاقد في حالة الحكم ببطالان عقد البيع. ولما تقدم يضحى التماس اعادة النظر في الحكم الملتمس فيه في غير محله ويتعين رفضه.

الرئيس : المستشار/ إمام البدرى - رئيس الدائرة.

الأعضاء : المستشار / عرار خريس . المستشار / البشري الشوريجي.

المستشار / عبدالمنعم محمود. المستشار / الكبير تباغ.

١١ م - (الطعن رقم ٩٨٩ لسنة ٢٠١٠ س ه ق أ)

١ (بطلان. حكم " بطلانه ". قضاة " صلاحيتهم ". حكم " تسببيه . تسبیب غير معيب ". نقض " أسباب الطعن بالنقض. ما لا يقبل منها " .

-إبداء الرأي الموجب لعدم صلاحية القضاة في معنى المادة ١١٤ من قانون الإجراءات المدنية. ماهيته ؟

-اشتراك القاضي في حكم اقتصر القضاء فيه على الحكم بعدم اختصاص المحكمة ولائياً بنظر الدعوى دون إبداء الرأي في موضوعها. لا يفقد القاضي صلاحيته للنظر في الدعوى. أساس ذلك وعلته ؟ مثال.

(الطعن رقم ٩٨٩ لسنة ٢٠١٠ س ه ق أ مدني - جلسة ٢٠١١/٣/١٣) ٦٣ ص ٤١١

٢ (محكمة الموضوع " سلطتها ". حكم " تسببيه . تسبیب معيب ". نقض " أسباب الطعن بالنقض. ما يقبل منها ". إثبات " بوجه عام ". دفاع " الإخلال بحق الدفاع . ما يوفره ". تعويض. هبة. خطأ. ضرر. مسئولية " مسئولية تقصيرية ". بطلان.

■ تحصيل فهم الواقع في الدعوى وتقدير أدلتها. موضوعي. شرطه : أن يكون استخلاصها سائغاً له سنده من الأوراق. مخالفة ذلك. قصور وإخلال بحق الدفاع. مثال لتسبیب معيب .

■ وجوب تفهم محكمة الموضوع للدعوى عن بصر وبصيرة ومواجهة دفاع الخصوم الجوهرية والرد عليه بما يقسطه . مخالفة ذلك ؟ قصور وإخلال بحق الدفاع. مثال.

■ العبرة بطلبات الخصوم الختامية في الدعوى.

المحكمة

حيث ان الوقائع — حسبما يبين من الحكم المطعون فيه وسائر الأوراق — تتحصل في ان المدعي (الطاعن) أقام الدعوى رقم ٢٠٠٩/٩٦ بمحكمة العين الابتدائية بطلب الحكم بالزام المدعى عليها (المطعون عليه) بتسليمه المزرعة المبنية بالأوراق خالية من الشواغل والموانع التي تعوق التسجيل. وذلك على سند من ان المرحوم الشيخ كان قد خصص له المزرعة الكائنة بمنطقة المويجي ومساحتها ٦٣٠ X ٤٠٠ قدم مربع وأنه لم يتصرف فيها بأي تصرف وما زالت ملكه حتى الآن، واذ رفضت المدعى عليها تسليمه المزرعة أو منحه ترخيص لبناء سور حولها الأمر الذي حدا به لإقامة الدعوى.

وفي ٢٩/٤/٢٠٠٨ حكمت محكمة أول درجة بعدم اختصاصها ولائياً بنظر الدعوى باعتبار ان الهيئة المشكلة بموجب كتاب وزير العدل رقم ٧٠ لسنة ١٩٩٧ بتاريخ ١٩٧٧/٣/٢ هي المختصة بالنظر والفصل في تركة المرحوم الشيخ وبتاريخ ١٦/١٢/٢٠٠٩ أصدر عضوان من أعضاء الهيئة الخاصة المشار إليها أنفاً البالغ عددهم خمسة أعضاء قراراً قضى بعدم اختصاص الهيئة المذكورة بنظر الدعوى وذلك لانتهاء مهمتها بحصر الارث وتوزيع التركة بين الورثة. فطعن الطاعن على ذلك القرار طالباً تعيين المحكمة المختصة بنظر الدعوى. فحكمت هذه المحكمة في ٣٠/٣/٢٠١٠ بإلغاء الحكم الصادر عن محكمة العین الابتدائية الكلية وإحالة الدعوى اليها للنظر فيها باعتبارها المحكمة المختصة. وبعد النقض الاحالة، دفعت المدعى عليها بعدم قبول الدعوى لرفعها على غير ذي صفة لان الأرض أصبحت ملكاً لورثة الشيخ وطلبت ادخال صاحبة الصفة الشیخة حيث ان المزرعة أصبحت من نصيبها بعد وفاة والدها. تقدم المدعي بمذكرة طلب فيها احتياطياً الزام المدعى عليها بان تسلمه قطعة أرض بديلة بذات المساحة وبموقع مماثل أو قيمة الأرض بسعر اليوم فضلاً عن التعويض عن الضرر المادي والأدبي الذي ألم به من جراء خطأ المدعى عليها. وحيث أدخل المدعي جميع الورثة في الدعوى ثم عاد وترك الخصومة قبلهم جميعاً وأصدرت محكمة أول درجة حكمها باثبات الخصومة بالنسبة للخصوم المدخلين وبرفض الدعوى والزام المدعي بالمصروفات. ولدى استئناف المدعي في ٧/٧/٢٠١٠ حيث طلب نذب خبير زراعي لمعاينة المزرعة موضوع الدعوى وتأمينها بغرض الزام المدعى عليها بقيمتها فضلاً عن التعويض عن الضرر المادي والأدبي والكسب الفائت نتيجة خطأ المدعى عليها وتقصيرها في عدم اتمام اجراءات التسجيل باسم المدعي (المستأنف). قضت محكمة الاستئناف في ٢٥/٨/٢٠١٠ برفضه موضوعاً وتأيد الحكم المستأنف لأسبابه واخلو الدعوى من أي مستندات رسمية حيث قدم المدعي صوراً ضوئية جردها الخصوم المدخلون.

أودع الطاعن الطعن المائل في ١٤/١٠/٢٠١٠ وأودعت المطعون ضدها مذكرة برفضه وقررت هذه المحكمة في غرفة مشورة ان الطعن جدير بالنظر وحددت جلسة اليوم للفصل فيه.

وحيث ان الطاعن ينعى على الحكم المطعون فيه بالسبب الأول بطلان الحكم المستأنف لمخالفته المواد ١١٤ ز/٢ و ٣/١١٤ و ١٣ من قانون الإجراءات المدنية لان أحد أعضاء المحكمة التي فصلت في الدعوى كان أيضاً ضمن أعضاء الهيئة التي قضت بعدم اختصاص المحكمة قبل حكم الاحالة الصادر في الطعن ٢٣/٦/٢٠١٠ مما يجعل المحكمة غير صالحة للفصل مرة أخرى في الدعوى . ولما كان الحكم المطعون فيه قد أيد الحكم الابتدائي لأسبابه فانه أيضاً يكون مشوباً بالبطلان مما يوجب نقضه.

وحيث ان هذا النعي غير سديد ذلك ان مفاد نص المادة ١١٤ من قانون الاجراءات المدنية ان إبداء الرأي الموجب لعدم صلاحية القاضي هو ان يقوم القاضي بعمل يجعل له رأياً في الدعوى أو معلومات شخصية تتعارض مع ما يشترط فيه من خلو الذهن عن موضوع الدعوى حتى يستطيع ان يزن حجج الخصوم وزناً مجرداً باعتبار ان إظهار الرأي قد يدعو الى التزامه مما يتنافى مع حرية العدول عنه، وإبداء الرأي الذي يؤدي

الى عدم صلاحية القاضي لنظر الدعوى يلزم أن يكون في موضوع القضية المطروحة أو جزء من موضوعها، أما إذا جاء القضاء قاصراً على مجرد عدم اختصاصها ولائياً بنظر الدعوى فأن ذلك لا يعني الفصل في موضوعها ولا يحمل مثل هذا الحكم رأياً للقاضي الذي يصدره في الموضوع أو معلومات شخصية تجعله في حالة لا يستطيع معها وزن حجج الخصوم وزناً مجرداً وتمنعه من النظر فيه. ولما كان الحكم الصادر قبل الإحالة بموجب حكم النقض ٢٠١٠/١٠/٦٣ كان قد اقتصر فقط على عدم اختصاص المحكمة التي أصدرت ذلك الحكم فإنه لا يكون مانعاً من اشتراك أي من قضاتها في الحكم المستأنف الصادر بعد الإحالة ويضحي النعي على الحكم المطعون فيه لهذا السبب غير قائم على أساس متعين الرفض.

وحيث ان مما ينعي به الطاعن على الحكم المطعون فيه بالسبب السابع مخالفة الثابت بالأوراق والمستندات الصادرة من المطعون ضدها إذ أهدر دلالتها على سند من عدم وضوحها في حين كان عليه استجلاء تلك المستندات باستدعاء محررها إذا لزم الأمر. كما خلت الأوراق من ثمة اعتراض للمطعون ضدها على تسجيل المزرعة ونقل ملكيتها للطاعن بحجة أن القانون يمنع التصرف، وتسبب الحكم على بطلان التصرف يؤكد الأخلال بدفاع الطاعن حيث أن تقرير الحكم الخطأ لبطلان التصرف لا يعني عن الرد على دفع الطاعن بالخطأ من جانب المطعون ضدها وتابعيها والتي لم تدفع أصلاً بأن تقصيرها في أتمام التسجيل عائد الى بطلان التصرف بل أنها قبلت التصرف و وافقت عليه وشرعت في إجراءاته حسبما تكشف المستندات الأمر الذي يعيب الحكم ويوجب نقضه.

وحيث أن هذا النعي سديد ذلك أن من المقرر قضاء أنه ولئن كان تحصيل فهم الواقع في الدعوى وتقدير الأدلة والمستندات فيها من سلطة محكمة الموضوع الا ان شرط ذلك ان يكون سائغاً له سنده من الأوراق بما يكفي لحمله.

كما ان من المقرر التزام محكمة الموضوع ان تتفهم طلبات الخصوم و واقع الدعوى لتدلي فيه بقضائها. كما ان العبرة بطلبات الخصوم الختامية في الدعوى ومن المقرر أيضا ان الدفاع الجوهري الذي يعيب اهماله الحكم هو ذلك الدفاع الذي قد يتغير ببحته وجه الرأي في الدعوى.

لما كان ذلك وكان يبين من الأوراق ان الطاعن قد اقتصر في طلباته الختامية على تسليمه مزرعة بديلة أو إلزام المطعون ضدها بتعويضه عن الضرر المادي والأدبي الذي لحق به جراء خطأ المطعون ضدها المتمثل في ابلاغها اللجنة الخاصة التي فصلت في تركة المرحوم محمد بن خالد الذي خصص له المزرعة محل الدعوى وذلك دون ان تشير الى حقه المتعلق بتلك المزرعة بالرغم من علمها به من واقع شروعاتها في اجراءات تسجيل تلك المزرعة باسمه والذي تكشفه المستندات المرفقة بالدعوى، وان ذلك الخطأ قد ترتب عليه توزيع نصيبه من المزرعة على ورثة المرحوم وأصبح استرداده لها مستحيلاً لتعلق حق الغير بها، مما يكفي لنشوء حقه في التعويض قبل المطعون ضدها على أساس المسؤولية التقصيرية، وكان استناد الحكم المطعون فيه على بطلان

التصرف لمخالفة المراسيم السامية والتعويض المتعلق بصحة الهبة مما لا يواجه دفاع الطاعن فضلاً عن أنه غير مقرر لمصلحة المطعون ضدها ولم يثره الورثة أصحاب المصلحة فيه، ومن ثم يكون الحكم المطعون فيه معيباً بالقصور في التسبيب والاخلال بحق الدفاع بما يستوجب نقضه على ان يكون مع النقض الاحالة دون حاجة لبحث بقية أسباب الطعن.

الرئيس : المستشار/ إمام البدري – رئيس الدائرة.

الأعضاء : المستشار / عبد الصمد عبد العزيز

المستشار / عرار خريس .

١٢ م - (الطعن رقم ٥٨٣ لسنة ٢٠١١ س ٥ ق. أ) جلسة ٢٠١١/٩/١٣ (مدني)

بطلان. دفع « الدفع بالبطلان ». نظام عام . حكم « تسببيه . تسبب معيب ». نقض « أسباب الطعن بالنقض. ما يقبل منها ». دعوى « المصلحة والصفة في الدعوى ». عقد «فسخه » .

■ تصدي المحكمة من تلقاء نفسها لبطلان عقد الاستثمار المقرر لمصلحة البلدية وغير المتعلق بالنظام العام أو الآداب. دون أن تتمسك به الجهة المقرر البطلان لمصلحتها. خطأ في تطبيق القانون. أساس ذلك ؟

المحكمة

حيث إن وقائع الدعوى كما يبين من الحكم المطعون فيه ومن سائر الأوراق تتلخص في أن المطعون ضده أقام الدعوى رقم ٢٠١٠/٧٦٣/٢٠١٠ على أساس أنه وكيل عن مالك الأرض الصناعية رقم ٤٩ منطقة ١/٣٢ الكائنة بأبوظبي ، وأنه بموجب عقد مؤرخ في ٢٠٠٧/٤/١٦ اتفق مع المدعى عليه - الطاعن - على استثمارها بإقامة أبنية سكنية عليها واستغلالها بما يراه مناسباً لمدة عشر سنوات مقابل إيجار سنوي قدره (١٣٠) ألف درهم على أن يعيدها إليه بعد انتهاء مدة العقد بما عليها من مباني . إلا أن المدعى عليه ورغم مرور أكثر من ثلاث سنوات لم ينفذ العقد ، وما قام به هو أبنية مؤقتة وبدون ترخيص وليس أبنية استثمارية . مما يعد إخلالاً منه بالتزامه فوت عليه الانتفاع بالأرض بقيمتها الإيجارية الحقيقية ، لذلك فإنه يطلب إخلاء المدعى عليه من الأرض محل النزاع وبأدائه له قيمة إيجارية بمبلغ ٦٠٠ ألف درهم سنوياً ابتداءً من ٢٠٠٧/٤/١٦ حتى تاريخ الإخلاء.

أجاب المدعى عليه بأن العقد لم يلزمه بالبناء على الأرض . وبعد ندب خبير الذي خلص إلى أن المباني التي أقامها المدعي هي مباني مؤقتة وليست استثمارية ، وبعد تعديل المدعي لطلباته من طلب ندب خبير لتحديد الضرر عن عدم تنفيذ العقد إلى طلب الإخلاء مع التعويض عن عدم الانتفاع وفق ما سلف بيانه .

حكمت ابتدائية ابوظبي في ٢٠١٠/١٢/٢٣ برفض الدعوى بعلّة « أن المدعي هو الذي أخل بالتزامه لكونه لم يسع لإقامة البناء الذي التزم المدعى عليه بإقامته بالأرض موضوع العقد » .

استأنف المدعي هذا الحكم تحت رقم ٢٠١٠/٤٣/٢٠١٠ فألغته محكمة الاستئناف وقضت ببطلان العقد وإخلاء المدعى عليه من الأرض وتسليمها للمدعي بعلّة « أن العقد باطل لكون القانون منع التعامل في الأرض بطريق تأجيرها كما هو مبين بالمخطط الخاص بها ».

فطعن المدعى عليه في هذا الحكم بالنقض المائل وقدم المطعون ضده مذكرة رد طلب فيها رفض الطعن .

وإذ عرض الطعن على هذه المحكمة في غرفة مشورة رأت أنه جدير بالنظر وحددت جلسة لنظره .

حيث إن الطعن أقيم على سبب واحد ينعي فيه الطاعن على الحكم المطعون فيه الخطأ في تطبيق القانون والقصور في التسيب وفساد الاستدلال ، ذلك أنه قضى ببطالان عقد الاستثمار وإخلاء الطاعن من أرض النزاع استناداً للمادة ٢٠٥ معاملات مدنية بعلّة « أن القانون منع التعامل فيها كما هو ثابت من المخطط الخاص بها الذي يمنع تأجيرها » . في حين أن العقد صحيح بدليل أن عقد الإيجار المبرم لاحقاً بين المطعون ضده ودائرة البلدية لم يمنع تأجير الأرض من الباطن . وأن حظر التأجير الوارد بمخطط الأرض الذي استند إليه الحكم ليس من النظام العام وقد وضع لمصلحة دائرة البلدية وهي التي لها وحدها حق التمسك به وهي ليست ممثلة في الدعوى وبدليل أنه لا يوجد مرسوم أميري يمنع تأجير الأراضي الصناعية من الباطن .

حيث إن النعي سديد لما هو مقرر بالمادة ١٤ إجراءات مدنية من أنه لا يجوز التمسك بالبطالان إلا ممن شرع لمصلحته . لما كان ذلك وكان يبين من مخطط الأرض محل التعاقد أن منع تأجيرها للغير وضع لمصلحة دائرة البلدية ، مما يعني أن المنع تقرر لمصلحة خاصة وليس لمصلحة عامة - وكانت الدعوى إنما تهدف ضمناً إلى فسخ عقد الاستثمار بسبب الإخلال بالتزام تعاقدية وليس إلى بطلانه لكون القانون يمنع التعامل في الأرض محل التعاقد . ومحكمة الاستئناف لما قضت تلقائياً ببطالان عقد الاستثمار وبإخلاء الطاعن من الأرض محل النزاع بعلّة « أن العقد باطل لكون القانون يمنع تأجيرها وبالتالي التعامل فيها معتمدة على المادة ٢٠٥ معاملات مدنية » . والحال أن البطالان الذي استندت إليه وأثارته تلقائياً إنما هو حظر قررته دائرة البلدية لمصلحتها مما يدل على أنه بطلان لا يتعلق بالنظام العام وإنما وضع لمصلحة خاصة ولا يجوز إثارته إلا من البلدية صاحبة المصلحة فيه . والحال كذلك أنه لا يوجد قانون يمنع تأجير الأرض محل التعاقد بغرض استثمارها، فإنها تكون قد خالفت المادة ١٤ من قانون الإجراءات المدنية فيما تقرره من أنه لا يجوز التمسك بالبطالان إلا ممن شرع لمصلحته ، وعرضت بذلك حكمها للنقض مع الإحالة لكون موضوع الاستئناف غير صالح للحكم فيه .

الرئيس : المستشار / إمام البدري - رئيس الدائرة.

الأعضاء : المستشار / عبد الصمد عبد العزيز

المستشار / عرار خريس

١٣ م - (الطعن رقم ٥٥ لسنة ٢٠١١ س ٥ ق.أ) جلسة ٢٠١١/٩/١٣ (مدني)

عقد « فسخه ». محكمة الموضوع « سلطتها ». التزام . حق . تعويض . حكم « تسببيه . تسبب معيب ». نقض « أسباب الطعن بالنقض . ما يقبل منها ». إثبات « بوجه عام » خبرة .

■ تحديد أي من المتعاقدين في العقود الملزمة للجانبين . قصر في تنفيذ التزامه ونفى هذا التفسير . موضوعي . متى كان سائغاً .

■ تقدير تقرير الخبير المنتدب في الدعوى . من سلطة محكمة الموضوع . لها أن تأخذ به أو تطرحه حسبما يطمئن إليه وجدانها .

■ أخذ المحكمة بتقرير الخبير الذي قصر في بيان جوانب جوهرية في أسباب النزاع دون أن تبحثها هي وتستوفيها حقها . قصور . مثال .

المحكمة

حيث إن الوقائع — على ما يبين من الحكم المطعون فيه وسائر الأوراق — تتحصل في أن الطاعنين أقاما الدعوى رقم ١٠١٢ لسنة ٢٠٠٩ تجاري كلي أبوظبي على المطعون ضدها بطلب الحكم بندب خبير تكون مهمته الانتقال إلى موقع المشروع لبيان حالته على الطبيعة وما به من إنشاءات والمرحلة التي وصل إليها المشروع والحكم بفسخ اتفاقية الحجز موضوع الدعوى وإعادة المبلغ المقبوض والبالغ مقداره ٤٣٦,٦٠٨ درهم والحكم بتعويض درهم والحكم بالتعويض المناسب عما فاتهما من كسب وما لحقهما من خسارة نتيجة إخلال المطعون ضدها بالتزاماتها العقدية ، وقالوا شرحاً لذلك أنه بتاريخ ٢٠٠٧/١١/٤ وقعا مع المطعون ضدها اتفاقية حجز استديو في مشروع برج نجمة أبوظبي بجزيرة الريم والتزمت المطعون ضدها بتسليم الوحدة في ٢٠٠٩/١٢/٣١ طبقاً للنشرات الإعلامية التي صاحبت الحجز وسدد الطاعنان المبلغ المطالب به وإذ مضى أكثر من عامين على تاريخ الحجز دون أن تتخذ المطعون ضدها أية أعمال لتنفيذ المشروع ولم تقدم الاتفاقية النهائية رغم إخطارها بذلك بتاريخ ٢٠٠٩/٩/٧ وبفسخ اتفاقية الحجز إلا أنها لم تحرك ساكناً فأقاما الدعوى .

وبتاريخ ٢٠٠٩/١٠/٢٧ قضت محكمة أول درجة بعدم قبول الدعوى لرفعها قبل الأوان على سند من أن النشرة التي صاحبت الإعلان من المشروع تضمنت أن تاريخ الإنجاز هو نهاية شهر ديسمبر ٢٠٠٩ الأمر الذي تكون معه الدعوى بطلب الفسخ قد أقيمت قبل الأوان فضلاً عن عدم سداد الطاعنين للدفعة السابقة على الإنجاز والتي حل ميعاد استحقاقها في ٢٠٠٩/٧/٢٧ . استأنف الطاعنان هذا الحكم بالاستئناف رقم

٢٠٠٩/٧/٥ أبوظبي . نذبت المحكمة خبيراً في الدعوى وبعد أن قدم تقريره حكمت بتاريخ ٢٠١٠/٤/١٤ بتأييد الحكم المستأنف تأسيساً على أن المطعون ضدها بدأت في تنفيذ بعض الأعمال وتعميق الطوابق السفلية والانتفاء من تنفيذ الأساسات وأنه جاري العمل في خراسانات الطوابق السفلية وأن تاريخ الإنجاز في نهاية ٢٠١١/ وخلصت المحكمة إلى انتفاء الإخلال في جانب المطعون ضدها وأنه لا يجوز للطاعنين التوقف عن سداد الأقساط فيكونان هما اللذان أخلا بالتزاماتها العقدية وحكمت بتأييد الحكم المستأنف . طعن الطاعنان في هذا الحكم بطريق النقض بالطعن المائل وقدمت المطعون ضدها مذكرة بالرد طلبت في ختامها رفض الطعن ، وإن عرض الطعن على هذه المحكمة في غرفة مشورة رأت أنه جدير بالنظر فحددت جلسة لنظره .

وحيث إن الطعن أقيم على ثمانية أسباب ينعي الطاعنان بها على الحكم المطعون فيه مخالفة القانون والخطأ في تطبيقه والقصور في التسبيب والإخلال بحق الدفاع ومخالفة الثابت بالأوراق وفي بيان ذلك يقولان بأنهما تسكنا بإخلال المطعون ضدها بالتزاماتها العقدية والذي يتمثل في عدم التزام المطعون ضدها بتاريخ الإنجاز والتسليم المحدد بنهاية عام ٢٠٠٩ طبقاً للبيئة الخطية الصادرة عن المطعون ضدها وأن الخبير المنتدب خلص إلى أن تاريخ الإنجاز هو نهاية سنة ٢٠١١ أخذاً بما ورد بعقد البيع النهائي واعتبر الخبير هذا التاريخ مناسباً للإنجاز والتسليم وتجاهل الحكم إقرار الحاضر عن المطعون ضدها أمام الخبير بجلسة ٢٠١٠/١/٢٤ من أن تاريخ الإنجاز والتسليم الذي تلتزم به المطعون ضدها هو أكتوبر سنة ٢٠١٠ وإن كان الحجز تم في سنة ٢٠٠٧ وأنهما سددا أربعة أقساط في ٢٠٠٩/١/٢٧ دون أن تقوم المطعون ضدها باتخاذ خطوات إيجابية لإثبات جديتها في تنفيذ المشروع وأن خلو العقد من تحديد ميعاد للإنجاز والتسليم لا يترك للمشينة المطلقة للمتعاقد الآخر وأن تنفيذ العقد يجب أن يتم وفق مقتضيات حسن النية وأنه يحق للطاعنين في حالة ثبوت إخلال المطعون ضدها بتنفيذ التزاماتها العقدية التوقف عن سداد الأقساط سنداً للمادة ٢٤٧ من قانون المعاملات المدنية وإن خالف الحكم المطعون فيه ذلك وخلص إلى انتفاء الإخلال في جانب المطعون ضدها وأن الطاعنين هما اللذان أخلا بالتزاماتها العقدية للتوقف عن سداد الأقساط ورتب على ذلك قضاءه بعدم قبول الدعوى فإنه يكون معيباً بما يستوجب نقضه .

وحيث إن هذا النعي سديد ، ذلك أن المقرر أن تحديد أي من المتعاقدين - في العقود الملزمة للجانبين - هو الذي قصر في تنفيذ التزامه أو نفى هذا التقصير عنه هو من مسائل الواقع التي تدخل في سلطة محكمة الموضوع في تقدير الأدلة والموازنة بينها واستخلاص الحقيقة منها وأن لأي من المتعاقدين أن يمتنع عن تنفيذ التزامه إذا لم يتم المتعاقد الآخر بتنفيذ ما التزم به وإن إخلال البائع بأحد التزاماته يعطي الحق للمشتري بأن يحبس الثمن وأن تقدير جدية السبب الذي يبرر ذلك هو من سلطة محكمة الموضوع متى أقامت قضاءها على أسباب سائغة محتملة وأن تقرير الخبير المنتدب في الدعوى يخضع لتقدير محكمة الموضوع باعتباره عنصراً من عناصر الإثبات في الدعوى لها أن تأخذ به كله أو تأخذ ببعضه وتطرح البعض الآخر وفق ما يطمئن إليه وجدانها .

لما كان ذلك وكان الحكم المطعون فيه خلص إلى انتفاء الإخلال في جانب المطعون ضدها أخذاً بما أورده الخبير في تقريره من أنه تم الانتهاء من تنفيذ الأساسات وأنه جاري العمل في خرسانات الطوابق السفلية وأن العمل في المشروع يسير بشكل جيد وأن تاريخ الإنجاز الرسمي هو نهاية ٢٠١١ وأن هذا التاريخ ميعاد مناسب واعتبر أن الطاعنين هما اللذان أخلا بالتزامهما للتوقف عن سداد الأقساط وإذ كان ما أثبتته الخبير في تقريره من أعمال قامت بها المطعون ضدها تفيد أن تلك الأعمال هي عبارة عن الأساسات وخراسانات الطوابق السفلية وكلها أعمال تحت سطح الأرض واستغرقت زمناً ليس بقصير من تاريخ الحجز في ٢٠٠٧/١١/٤ وحتى إيداع الخبير تقريره في ٢٠١٠/٢/٢٢ وإذ لم يبين الخبير المنتدب عدد الطوابق التي يتكون منها المبنى وكان الثابت أن الوحدة محل الحجز بالطابق الثاني عشر فوق سطح الأرض بما مفاده أن التنفيذ يستغرق زمناً ليس بقصير حتى الإنجاز والتسليم بحالة تصلح معها للانتفاع بها وهو لا يتم إلا بإنجاز المشروع كاملاً وإمداده بالمرافق من مياه وكهرباء وإذ لم يبحث الحكم ما إذا كانت الفترة المتبقية من تاريخ إيداع التقرير في ٢٠١٠/٢/٢٢ وتعهدا أمام الخبير بالإنجاز والتسليم في أكتوبر سنة ٢٠١٠ تكفي لتنفيذ هذا التعهد من عدمه وكان الطاعنان لا يحتاجان بالتاريخ الوارد بعقد البيع النهائي المحدد له نهاية سنة ٢٠١١ لعدم توقيعهما على العقد النهائي كما أن عدم تحديد موعد للإنجاز والتسليم لا يعني أن يترك الأمر لمشئمة المطعون ضدها إذ أن مقتضيات حسن النية في تنفيذ العقود توجب أن يتم التنفيذ في أجل معقول وفق العرف السائد وطبيعة التصرف طالما خلا الاتفاق من تحديده سناً للمادة ٢٤٦ من قانون المعاملات المدنية وإذ لم يبحث الحكم الأمور المتقدمة وخلص إلى انتفاء إخلال المطعون ضدها بالتزاماتها العقدية وأن الإخلال في جانب الطاعنين للتوقف عن سداد الأقساط وكانت الأسباب التي أقام الحكم عليها قضاء غير سائغة ولا تؤدي إلى ما انتهى إليه وعول على تقرير الخبير المنتدب رغم قصوره فإن الحكم يكون معيباً بالقصور المبطل بما يوجب نقضه على أن يكون مع النقض الإحالة .

الرئيس : المستشار / إمام البدري – رئيس الدائرة.

الأعضاء : المستشار / عبد الصمد عبد العزيز

المستشار / عرار خريس

١٤م - (الطعن رقم ١١.٥ لسنة ٢٠١١ س ٥ ق. أ)

دعوى "دعوى إثبات الحالة". محكمة الموضوع "سلطتها". قضاء مستعجل. إثبات "خبره". حكم "تسببيه. تسبیب غیر معيب". نقض "أسباب الطعن بالنقض. ما لا يقبل منها".

■ دعوى إثبات الحالة. دعوى مستعجلة إقتصار دور القاضي فيها على تعيين خبير لتقديم خبر في الدعوى الموضوعية التي قد ترفع أمام محكمة الموضوع.

■ المحكمة في هذه الحالة لا تفصل في خصومه وليس لها أن تحقق المطاعن الموضوعية التي يوجهها الخصوم إلى تقرير الخبير. محل ذلك محكمة الموضوع.

■ عدم إختصاص المحكمة في دعوى إثبات الحالة إعتقاد تقرير الخبير الذي عينته. بل تقضي بإنتهاء الخصومة أمامها. مثال.

المحكمة

حيث إن الوقائع تجمل في ان المطعون ضده كان قد أقام الدعوى رقم ٢٦ لسنة ٢٠١١ مستعجل أبو ظبي على الطاعة طالباً الحكم بصفة مستعجلة بندب خبير مختص لإثبات حالة الفيلتين رقمي ٢٤ و٢٣ بجزيرة رأس عجب لبيان ما إذا كانت المدعى عليها قد بدأت في بنائهما ونسبة ما تم إنجازه والتاريخ المتوقع لانتهاء من إنجازهما . على سند انه تعاقد معها على شرائهما منذ ٢٠٠٨/٥/١٢ وأوفى لها بنسبة ٦٠٪ من قيمة كل منهما على ان يتم تسليمها إليه في شهر يونيو ٢٠١٠ فأقام الدعوى تأسيساً على المادة ٦٨ من قانون الإثبات تحسباً للمنازعة عندما يقيم دعوى بفسخ عقد الشراء نذبت المحكمة خبيراً قدم تقريره الذي عقب عليه الطرفان باعترافات موضوعية وبجلسة ٢٠١١/٥/٢٢ حكمت المحكمة بانتهاء الدعوى بانتفاء المطلوب فيها وفقاً لما تضمنه تقرير الخبير المنتدب وأسباب الحكم وأبقت الفصل في المصاريف للفصل فيها مع الدعوى الموضوعية عند رفعها - استأنفت الطاعة هذا الحكم برقم ٢٠١١/٥٣١ وبجلسة ٢٠١١/٨/٢٢ قضت محكمة الاستئناف بتأييده - فأقامت الطاعة الطعن المائل الذي عرض في غرفة المشورة فحددت جلسة لنظره .

وحيث إن حاصل ما تنعاه الطاعة على الحكم المطعون فيه مخالفة القانون وتقول في بيان ذلك انه لم ينافس دفاعها الجوهري بشأن الإنجاز التي قدرها الخبير بنحو ٣٥٪ تتعلق بالهيكل الخرساني دون ان يضيف إليها تقدير نسبة ثمن الأرض والقيمة الفعلية لبنود المشروع فجاء التقرير غير كامل وكان على المحكمة ان تعيده لاستكماله وإذ لم تفعل فإن حكمها جاء معيباً بما يستوجب نقضه .

وحيث إن هذا النعي غير سديد - لما هو مقرر في قضاء هذه المحكمة من ان الحكم الصادر في الدعوى

إثبات الحالة لا يفصل في خصومة ومن ثم فلا ولاية للقاضي وهو ينظرها في تحقيق المطاعن الموضوعية التي يوجهها الخصوم إلى تقرير الخبير وعليه ان يترك ذلك لرقابة محكمة الموضوع - إذ لا يعدو التقرير ان يكون مجرد دليل من الأدلة التي يستند إليها الخصم في دفاعه أمام محكمة الموضوع التي لها ان تأخذ به متى اطمأنت إليه أو ان تطرحه وتنتدب خبيراً آخر في الدعوى ولو كلفته بذات المهمة التي قام بها الخبير المنتدب في دعوى إثبات الحالة - كما ان من المقرر ان مهمة المحكمة في دعوى إثبات الحالة تنتهي بتعيين الخبير وإيداعه تقريره وتقديم الخصوم ملاحظاتهم عليه - وللخصوم التنازل في أصل الحق محل النزاع عند نظر الدعوى الموضوعية التي يرفعها ذوو الشأن - ومن ثم فلا تختص المحكمة في دعوى إثبات الحالة باعتماد تقرير الخبير الذي عينته بل تقضي بانتهاء الخصومة فيها - لما كان ذلك - وكان الحكم المطعون فيه لم يخالف هذا النظر وانما أقام قضاءه صائباً على ان اعتراض الطاعنة بشأن تقدير نسبة الإنجاز لا يعدو ان يكون منازعة موضوعية تخرج عن ولايتها إذ لا تتعلق بشكليات تقرير الخبير أو بصحته وبطلانه - فإن النعي يضحى على غير أساس حرياً بالرفض . وحيث إنه لما تقدم يتعين رفض الطعن .

الرئيس : المستشار/ إمام البدري - رئيس الدائرة.

الأعضاء : المستشار / عبد الصمد عبد العزيز المستشار / عرار خريس .
المستشار / عبد المنعم محمود المستشار / الكبير تباغ.

١٥م - (الطعن رقم ٨٥١ لسنة ٢٠١١ س ٥ ق.أ) جلسة ٢٠١١/١١/٢٧ (مدني)

دعوى مدنية "تكييفها". محكمة الموضوع "سلطتها". عقد "عقد الإيجار". إيجار. استثمار . حكم "تسبيبه". تسبيب معيب ". نقض "أسباب الطعن بالنقض". ما يقبل منها " .

■ تكييف الدعوى العبرة فيه. بما تصفه به محكمة الموضوع من وقائع الدعوى وتطبيق القانون عليها تحت رقابة محكمة النقض. لا بما يصفه به الخصوم.

■ التعرف على نوع العين المؤجرة. وتحديد حقوق طرفي العقد على موجب هذا التعريف. بحقيقة الواقع والنية المشتركة لأطراف العقد مما جاء بالعقد ذاته.

■ مثال لتكييف غير صحيح في عقد إيجار عقار.

المحكمة

حيث ان الوقائع — حسبما يتبين من الحكم المطعون فيه وسائر الأوراق — تتحصل في أن الطاعن أقام الدعوى رقم ٣٩٧ لسنة ٢٠١١ تجاري كلي أبوظبي على المطعون ضده بطلب الحكم ببطالان عقد الإيجار المؤرخ ٢٠٠٢/٦/١١ وإلزامه بإخلاء الأرض محله وتسليمها له بما عليها وسداد بدل الإيجار حتى تمام الإخلاء وتقديم براءة ذمة من الماء والكهرباء. وقال شرحاً لذلك أنه وبموجب عقد إيجار واستثمار مؤرخ ٢٠٠٢/٦/١١ أجر للمطعون ضده قطعة الأرض الصناعية رقم ٨ الكائنة بالمصفح حوض رقم م ٣٩ البالغ مساحتها ٣٠٠X ٢٧٥ قدم لاستثمارها واستغلالها لمدة إحدى عشرة سنة اعتباراً من ٢٠٠٢/٦/٩ وذلك بتشديد مبان ومنشآت عليها وتأجيرها للغير من الباطن نظير مبلغ (٦٠,٠٠٠) درهم سنوياً ، وإذ جاء العقد مخالفاً لأحكام المرسوم الأميري رقم ٣٣ لسنة ١٩٦٨ إذ زادت مدته عن ثماني سنوات ولم تحدد فيه قيمة البناء المزمع إنشاؤه ولم تفرق به الخرائط الموضحة للبناء ، كما لم يتم البناء حتى الآن ، ولم يتم تسجيل العقد وفقاً للقانون رقم ٣ لسنة ٢٠٠٥ ومن ثم كانت الدعوى. حكمت المحكمة ببطالان عقد الاستثمار المبرم بين المدعي (الطاعن) والمدعى عليه (المطعون ضده) المؤرخ ٢٠٠٢/٦/١١ وألزمت المدعى عليه بالتسليم وتقديم شهادة براءة ذمة عن الماء والكهرباء. استأنف المطعون ضده الحكم بالاستئناف رقم ٧٣٠ لسنة ٢٠١١ أبوظبي. وبتاريخ ٢٠١١/٦/١٤ قضت المحكمة بإلغاء الحكم المستأنف وبعدم اختصاص محكمة أول درجة ولائياً بنظر الدعوى وإحالتها إلى لجنة فض المنازعات الإيجارية.

طعن الطاعن على هذا الحكم بطريق النقض. عرض الطعن على هذه المحكمة من غرفة مشورة فحددت جلسة لنظره.

وحيث إن الطعن أقيم على سبب واحد ينعي به الطاعن على الحكم المطعون فيه مخالفة القانون والخطأ في تطبيقه والفساد في الاستدلال وفي ذلك يقول إن الحكم المطعون فيه كيّف عقد النزاع بأنه عقد إيجار تختص به لجنة فض المنازعات الإيجازية وقضى بإلغاء الحكم الابتدائي وبعدم اختصاص محكمة أول درجة ولائياً بنظر الدعوى وبإحالتها إلى لجنة فض المنازعات الإيجازية مع أن العقد سند النزاع إنما هو عقد استثمار وفقاً لعباراته الواضحة وليس عقد إيجار. الأمر الذي يعيبه ويستوجب نقضه.

وحيث إن هذا النعي سديد. ذلك أنه من المقرر أن العبرة في تكييف الدعوى وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - ليس بما يصنفها به الخصوم بل بما تتبينه المحكمة من وقائع الدعوى ومن تطبيق القانون عليها وإعطائها الوصف القانوني الصحيح وهي تخضع في ذلك لرقابة محكمة النقض. وكانت العبرة في تعرف نوع العين المؤجرة - كلما كان هذا التعرف لازماً لتكييف عقد الإيجار وتحديد حقوق طرفيه على موجب هذا التكييف - وهي بحقيقة الواقع والنية المشتركة التي اتجهت إليها إرادة المتعاقدين بما جاء في العقد ذاته مبيناً لنوع هذه العين وبما أجراه المستأجر فيها في حدود ما رُخص له بموجب نصوص عقد الإيجار. لما كان ذلك وكان البين من العقد سند النزاع المعنون - عقد إيجار قطعة أرض صناعية بمنطقة المصفح قطعة رقم ٨ حوض م ٣٩ - أن الطرفين أوردوا بمقدمة العقد "ولما كان الطرف الثاني المطعون ضده - رغباً في استئجار هذه القطعة والانتفاع بها لأغراضه التجارية أو تأجيرها للغير" وبالبند الثاني من "وافق الطرف الأول - الطاعن - أن يؤجر إلى الطرف الثاني قطعة الأرض الموصوفة أعلاه... ليقوم الطرف الثاني باستغلالها والانتفاع بها لمشاريعه التجارية وتشبيد المباني عليها" وبالبند الثالث منه "مدة العقد إحد عشر عاماً تبدأ من تاريخ ٢٠٠٢/٦/٩ حتى ٢٠١٣/٦/٨ وتكون السنة الأولى بدون بدلات إيجار ليتمكن الطرف الثاني من تشييد المباني على الأرض" وفي البند الرابع منه "يحق للطرف الثاني استعمال واستغلال المنشآت على الأرض الموصوفة أعلاه لأغراضه التجارية أو تأجيرها للغير من الباطن طيلة مدة نفاذ العقد ولا يحق للطرف الأول التدخل بأي شكل من الأشكال في هذا الاستغلال" وفي البند الخامس "في حالة قيام دائرة بلدية أبوظبي بهدم البناء قبل انتهاء مدة الإيجار - العقد - فإن التعويض يكون من حق الطرف الثاني وبعد انتهاء مدة العقد يكون التعويض من حق الطرف الأول وحده" وفي البند السابع منه "يحل ورثة الطرفين محلهم في تنفيذ هذا العقد... الخ" وفي البند الثامن منه "بعد إنتهاء مدة العقد تعاد الأرض وما عليها من المنشآت إلى الطرف الأول إلا إذا حصل اتفاق آخر بين الطرفين" وفي البند التاسع منه "وافق الطرف الأول على إيجار الأرض المذكورة إلى الطرف الثاني وذلك نظير مبلغ سنوي قدره ستون ألف درهم ويسدد على النحو التالي: أ- السنة الأولى من ٢٠٠٢/٦/٩ وحتى ٢٠٠٣/٦/٨ فترة سماح بدون بدل إيجار حسب ما جاء بالمادة ٣ أعلاه. ب- السنتين من ٢٠٠٣/٦/٩ وحتى ٢٠٠٥/٦/٨ يدفع مقدماً عند توقيع وتصديق هذا العقد ... ج- باقي المدة وحتى ٢٠١٣/٦/٨ تسدد سنوياً في بداية كل سنة" وفي البند العاشر منه "يقوم الطرف الأول بمنح الطرف الثاني وكالة لتمكنه من استغلال الأرض موضوع هذا العقد" فإن هذه النصوص يستفاد منها أن

عقد النزاع إنما هو عقد استثمار وليس عقد إيجار عادي وأنه عقد انتفاع عيني محدد بمدة إحدى عشر سنة وأن الغرض من الإجارة لم يكن قطعة الأرض في حد ذاتها وإنما في إقامة مباني عليها واستغلالها ، وأن الأرض في حد ذاتها لم تكن العنصر الأساسي في عقد الإيجار الذي انصرفت إليه إرادة المتعاقدين ، خاصة وأن الثابت من الإنذار الذي وجه المطعون ضده إلى الطاعن رداً على الإنذار الذي وجهه إليه الأخير والمرفق بالأوراق أن وكيله أورد به أن موكله قام ببناء عدد ٣١ غرفة وعدد ١٦ حماماً وعدد ٤ مطبخ وعدد ٧ مكاتب + مطبخ + ٢ حمام لخدمة هذه المكاتب وعدد شجرة كاملة كبيرة وليس سور فقط. ومن ثم فإن النزاع الناشئ يخرج عن تطبيق قانون إيجار الأماكن رقم ٢٠ لسنة ٢٠٠٦ ، ويكون خاضعاً للقواعد العامة من حيث موضوعه والاختصاص القضائي والإجراءات. ولما كان الحكم المطعون فيه قد انحرف عن المعنى الواضح لعبارة العقد سند الدعوى إلى معنى آخر لا تحمله واعتبره عقد إيجار عقار وأقام قضاءه في هذا الخصوص على أسباب غير سائغة ، ورتب على ذلك تطبيق تشريعات إيجار الأماكن واختصاص لجان الإيجارات بنظر المنازعة فإنه يكون قد أخطأ في تطبيق القانون وشابه الفساد في الاستدلال بما يوجب نقضه والإحالة.

الرئيس : المستشار/ إمام البدري - رئيس الدائرة.

الأعضاء : المستشار / عبد الصمد عبد العزيز

المستشار / عرار خريس .

١٦ م - (الطعن رقم ١٨٩ لسنة ٢٠١١ س ه ق . أ) جلسة ٢٠١١/٩/١٨ (مدني)

(١) دفع " الدفع بعدم جواز نظر الدعوى لسابقة الفصل فيها " . حكم " حجيته " . قوة الأمر المقضي به . إثبات " قوة الأمر المقضي به " .

■ مناط الدفع بعدم جواز نظر الدعوى لسابقة الفصل فيها . ماهيته ؟ مثال .

(٢) عمال . التزام . حق . حكم " تسببيه . تسبیب غير معيب " . نقض " أسباب الطعن بالنقض . ما لا يقبل منها " .

■ التزام صاحب العمل بمنح العامل بناء على طلبه فور نهاية خدمته . شهادة بنهاية خدمته بغير مقابل مبین بها ما نصت عليه المادة ١٢٥ من قانون العمل . وأن يرد له ما يكون له من شهادات وأوراق . دون اشتراط أن يكون قرار إنهاء الخدمة محل نظر أمام القضاء .

(٣) خطأ . ضرر . علاقة سببية . تعويض . عمل . حكم " تسببيه . تسبیب غير معيب " . نقض " أسباب الطعن بالنقض . ما لا يقبل منها " . مسئولية " مسئولية مدنية " . محكمة الموضوع " سلطتها " . إثبات " بوجه عام " .

■ استخلاص عناصر المسؤولية الموجبة للتعويض . من خطأ وضرر . وعلاقة سببية . موضوعي . ما دام سائغاً . مثال .

المحكمة

حيث إن الوقائع — حسبما يبين من الحكم المطعون فيه وسائر الأوراق — تتحصل في أن المدعي (المطعون ضده) أقام الدعوى رقم ٢٠١٠/٢٨٧ عمالي كلي أوظيفي ضد المدعى عليها (الطاعنة) بتاريخ ٢٠١٠/١٠/٥ طالباً الحكم بإلزامها بأن تؤدي له مبلغ ١,٠٣٥,٠٠٠ درهم عن الأجر المفترض تسلمه منذ فبراير سنة ٢٠١٠ وحتى تاريخه والحكم له بصفة مستعجلة بتسليمه شهادة خبرة مع إلزامها بالمصاريف والنفاد المعجل بلا كفالة واستند في دعواه على أنه كان مرتبطاً بعلاقة عمل مع المدعى عليها منذ تاريخ ١٩٩٦/٤/٦ وحتى ٢٠٠٩/١١/١ وكان لرفضها تسليمه شهادة العمل أن تم تفويت فرص العمل عليه ، وأضاف بموجب مذكرته بجلسته ٢٠١٠/١٠/١٨ طلب القضاء له بالتعويض عن الضرر المادي والأدبي والنفسي .

وفي ٢٩/١١/٢٠١٠ حكمت محكمة أول درجة بإلزام المدعى عليها بأن تعطي للمدعي شهادة نهاية خدمة مبيناً بها مدة خدمته ونوع عمله وآخر أجر تقاضاه وأن تؤدي للمدعي مبلغ ٢٠٠٠٠٠ درهم عن التعويض المادي والأدبي مع المناسب من المصروفات.

ولدى استئناف المدعى عليها بالرقم ٢٠١٠/١١٣٤ والمدعي بالرقم ٢٠١٠/١١٥٢ حكمت محكمة الاستئناف في ٣١/١/٢٠١١ برفض الطعنين وتأيد الحكم المستأنف وألزمت المستأنفة أصلياً بمصروفات استئنافها وأعفت المستأنف تقابلاً من مصروفات استئنافه .

أودعت الطاعنة الطعن المائل وأودع المطعون ضده مذكرة برفضه وقررت هذه المحكمة في غرفة مشورة أن الطعن جدير بالنظر وحددت جلسة لنظره .

وحيث إن الطاعنة تنعى على الحكم المطعون فيه بالسبب الأول مخالفة القانون والخطأ في تطبيقه والقصور في التسبيب عندما قضى برفض الدفع بعدم جواز نظر الدعوى لسابقة الفصل فيها في الدعوى رقم ٢٠١٠/١٤ على سند من اختلاف الموضوع في الدعويين ، خلافاً للواقع . مما يوجب نقضه .

وحيث إن هذا النعي غير سديد ذلك إن من المقرر في قضاء هذه المحكمة أن الدفع بعدم جواز نظر الدعوى لسابقة الفصل فيها مناطه اتحاد الموضوع والخصوم والسبب في كلا الدعويين وأن يكون قد صدر في الدعوى المقضي فيها حكم قطعي نهائي في مسألة أساسية لا تتغير فيهما وأن يكون الطرفان قد تناقشا في هذه المسألة واستقرت حقيقتها بينهما بالحكم الصادر في الدعوى الأولى استقراراً جامعاً مانعاً .

لما كان ذلك وكان يبين من الحكم المطعون فيه أنه قد بحث دفاع الطاعنة المثار في سبب النعي إيراداً ورداً وانتهى سائغاً إلى رفضه سنداً إلى اختلاف موضوع الدعوى ٢٠١٠/١٤ المحتج بها مع موضوع الدعوى الماثلة ذلك أن الدعوى السابقة - حسبما يبين من أوراقها المرفقة بالملف - كان موضوعها إلغاء قرار فصل المطعون ضده وتعديل مسماه الوظيفي وتعويض قدره مليوناً درهم عن الأضرار المادية والأدبية والمصاريف وهي طلبات تعلقت بقرار إنهاء الخدمة في حين أن موضوع الدعوى الماثلة هو طلب التعويض عن رفض منح المطعون ضده شهادة خبرة وتعويض عن فوات فرصة الحصول على عمل آخر استناداً على أساس قانوني مغاير ، ومن ثم يكون الحكم المطعون فيه قد بني على أسباب سائغة ويضحي النعي غير قائم على أساس ومتعين الرفض .

وحيث إن الطاعنة تنعى على الحكم المطعون فيه بالسبب الثاني مخالفة القانون والخطأ في تطبيقه والفساد في الاستدلال عندما قضى برفض الدفع بعدم قبول الدعوى لرفعها قبل الأوان على سند من القول بأن قرار إنهاء الخدمة ينتج أثره فوراً دون النظر إلى الدعوى المقامة بطلب إلغائه لعدم التضارب بينهما ، مما يعيب ذلك الحكم ويوجب نقضه .

وحيث إن هذا النعي أيضاً غير سديد ذلك إن من المقرر قانوناً عملاً بالمادة ١٢٥ من قانون علاقات العمل أن على صاحب العمل أن يعطي العامل بناء على طلبه وفي نهاية عقده شهادة نهاية خدمة تمنح بغير مقابل يبين فيها تاريخ دخوله الخدمة وتاريخ خروجه منها ومدة خدمته الإجمالية ونوع العمل الذي كان يؤديه وآخر أجر كان يتقاضاه وملحقاته - إن وجدت - كما يجب عليه أن يرد إليه ما قد يكون له من شهادات وأوراق وأدوات .

لما كان ذلك وكان يبين من الأوراق أن الطاعنة قد أنهت خدمة المطعون ضده لديها فإنه كان يتوجب عليها وفق صريح هذا النص أن تزوده بشهادة خبرة بالمحتويات الواردة في نص المادة ١٢٥ المنوه عنها أعلاه والتي لم تشترط ألا يكون قرار إنهاء الخدمة محل نظر أمام القضاء بل تستحق شهادة الخبرة فور إنهاء الخدمة . ومن ثم فإن الحكم المطعون فيه يكون قد جاء موافقاً لصحيح القانون ويضحي النعي غير قائم على أساس ، متعيناً رفضه .

وحيث إن الطاعنة تنعى على الحكم المطعون فيه بالسبب الثالث مخالفة القانون والقصور في التسبب وعدم الرد على دفاع جوهرى حيث تمسكت الطاعنة بانتفاء عناصر المسؤولية التقصيرية عن التعويض تبعاً لانتفاء الخطأ والضرر وعلاقة السببية بينهما ، إلا أن الحكم ذكر بأن مجرد مخالفة القانون في حد ذاته يشكل خطأ يحقق ضرراً يسمح بالمطالبة بالتعويض في حين أن الأوراق خلت من أي خطأ يمكن نسبته للطاعنة إذ أن مجرد رفض منح شهادة الخبرة لا يعد خطأ يوجب التعويض خاصة وأن إنهاء الخدمة لم يصبح باتاً بعد ، فضلاً عن أن المطعون ضده لم يطلب شهادة خبرة فقط بل طلب شهادات أخرى لا يجوز طلبها إلا بعد نهاية الخدمة تماماً ، كما أن عدم منح شهادة الخدمة يعتبر من المخالفات الإدارية البسيطة التي لم يرتب عليها قانون العمل جزاءً خاصة وأنه لم يثبت أن تلك الشهادة ضرورية للتقدم لأي جهة عمل أخرى للحصول على فرصة عمل لديها . كما إن المطعون ضده لم يقدم دليلاً على وقوع الضرر المادي عليه وهو مما لا يجوز افتراضه كما فعل الحكم المطعون فيه ، مما يعيبه ويوجب نقضه .

وحيث إن هذا النعي برمته غير قويماً ذلك إن من المقرر قضاء أن استخلاص عناصر المسؤولية من خطأ وضرر وعلاقة سببية من مسائل الواقع التي تستقل بتقديرها محكمة الموضوع متى كان قضاؤها سائغاً - بما يكفي لحمله - لما كان ذلك وكان يبين من الحكم المطعون فيه المؤيد للحكم المستأنف انه قد أحاط بواقع الدعوى عن بصر وبصيرة وحقق دفاع الطاعنة المثار في سبب الطعن إيراداً ورداً وانتهى إلى رفضه سنداً على أن خطأ الطاعنة يتمثل في رفضها تزويد المطعون ضده بشهادة خبرة بعد أن انتهت خدمته وذلك امتثالاً لنص المادة ١٢٥ من قانون علاقات العمل المشار إليها أعلاه ووجد في تلك المخالفة للقانون خطأ من جانب الطاعنة تسبب في الإضرار بالمطعون ضده الذي تعذر عليه التقدم لأي جهة عمل أخرى للحصول على فرصة عمل تناسب خبراته السابقة ومدة خدمته لدى الطاعنة ومن ثم ثبت الخطأ والضرر في مواجهة الطاعنة مما كان يستوجب التعويض المحكوم به لجبر ما لحق المطعون ضده من ضرر . وبين الحكم المطعون فيه أن طلب

المطعون ضده في الدعوى اقتصر على شهادة الخبرة فقط دون غيرها من الشهادات وهو طلب ألزم القانون الطاعنة بالاستجابة إليه دون شرط آخر سوى انتهاء خدمة المطعون ضده لديها والتي كانت بفعلها هي وليس المطعون ضده . ومن ثم يكون الحكم المطعون فيه قد بني على أسباب سائغة لها معيبتها من الأوراق بما يكفي لحمله ولا يعدو النعي أن يكون جدلاً موضوعياً فيما لمحكمة الموضوع سلطة تقديره مما لا تجوز إثارته أمام هذه المحكمة ويضحي غير قائم على أساس ومتعين الرفض . ولما تقدم يتعين رفض الطعن .

الرئيس : المستشار/ إمام البدري - رئيس الدائرة.

الأعضاء : المستشار / عبد الصمد عبد العزيز

المستشار / عرار خريس .

١٧ م - (الطعن رقم ٣٩ لسنة ٢٠١١ س ٥ ق. أ)

دفع "الدفع بالبطان" نظام عام. إعلان. إجراءات "إجراءات الإعلان" "إجراءات رفع الدعوى". حكم "تسبيبه. تسبیب غير معيب". نقض "أسباب الطعن بالنقض. ما لا يقبل منها". بطلان.

■ عدم تمسك الطاعن في صحيفة الاستئناف ولا في المذكرة الشارحة. بالدفع ببطلان إعلان صحيفة الدعوى. وبطلان إعلان الحكم الصادر فيها. مؤداه: سقوط حقه في إبدائها أمام الاستئناف وأمام النقض. أساس ذلك وعلته؟

■ الدفع بالبطان المتصل بالشكل والإجراءات. عدم تعلقها بالنظام العام.

المحكمة

حيث إن الوقائع - على ما يبين من الحكم المطعون فيه وسائر الأوراق - تتحصل في ان المطعون ضده أقام الدعوى رقم ٢٠١٠/٣٩ مدني كلي ابوظبي على الطاعن بطلب الحكم بان يؤدي له مبلغ ٦٨٠،٦٥٠ درهم والفوائد القانونية بواقع ٩٪ من تاريخ المطالبة القضائية وحتى السداد التام ومبلغ ٥٠٠،٠٠٠ درهم تعويضاً مادياً وأدبياً على سند من انه في غضون أعوام ٢٠٠٤ ، ٢٠٠٥ ، ٢٠٠٦ ، ٢٠٠٧ اقترض الطاعن منه مبالغ مالية تقدر مجموعها المبلغ المطالب به وكان ذلك عن طريق التحويل من مكاتب الصرافة إليه بناء على طلبه وذلك على التفصيل الوارد بصحيفة الدعوى ، وإن امتنع عن الرد والحق ضرراً بالمطعون ضده تمثل في ضياع فرص استثمار هذه الأموال فيما يعود عليه بالنفع فضلاً عن الأضرار الأدبية فأقام الدعوى . وجهت المحكمة اليمين المتممة للمطعون ضده فحلفها وتخلف الطاعن عن الحضور أمام محكمة أول درجة رغم إعلانه بطريق النشر . وبتاريخ ٢٠١٠/٥/٣١ قضت محكمة أول درجة بإلزام بان يؤدي للمطعون ضده مبلغ ٦٨٠،٦٥٠ درهم والفوائد القانونية بواقع ٩٪ من تاريخ المطالبة القضائية وحتى تمام السداد ومبلغ ١٠٠،٠٠٠ درهم تعويضاً مادياً وأدبياً . استأنف الطاعن هذا الحكم بالاستئناف رقم ٢٠١٠/١٠٧٩ أبوظبي ، وبتاريخ ٢٠١١/٢/٩ قضت المحكمة بسقوط الحق في الاستئناف . طعن الطاعن في هذا الحكم بطريق النقض بالطعن المائل وإن عرض الطعن على هذه المحكمة في غرفة مشورة رأته جدير بالنظر فحددت جلسة لنظره .

وحيث ان الطعن أقيم على سبب واحد ينعي به الطاعن على الحكم المطعون فيه الخطأ في تطبيق القانون وفي بيان ذلك يقول بان الثابت من أوراق الدعوى ان الخصومة لم تنعقد أمام محكمة أول درجة لعدم إعلانه طبقاً للقانون بعد ان تحققت المحكمة من موطن الطاعن لدى مخاطبتها إدارة الجنسية والإقامة بان إقامة الطاعن ومحل عمله بإمارة عجمان بما كان لازمه توجيه الإعلان على عنوان الطاعن في تلك الإمارة وإذا أعلن بطريق النشر دون استنفاد الطرق الأخرى فان الإعلان يضحى باطلاً ويكون الحكم الصادر من محكمة أول درجة

باطلاً لعدم انعقاد الخصومة كما ان الإعلان بالحكم باطل أيضاً لإعلانه بالنشر دون استنفاد طرق الإعلان الأخرى ولا تتحقق الغاية منه فيظل ميعاد الاستئناف مفتوحاً وإذ خالف الحكم المطعون فيه ذلك النظر واعتبر ان الاستئناف مرفوعاً بعد الميعاد ورتب على ذلك قضاءه بسقوط الحق في الاستئناف فانه يكون معيباً بما يستوجب نقضه .

وحيث ان هذا النعي غير سديد، ذلك ان المقرر ان النص في المادة ٨٤ من قانون الإجراءات المدنية على ان "١-الدفع بالبطلان غير المتصل بالنظام العام وسائر الدفوع المتعلقة بالإجراءات الغير متصلة به يجب إيدؤها معاً قبل إيداء أي دفع إجرائي آخر أو طلب أو دفاع في الدعوى أو دفع بعدم القبول، وإلا سقط الحق فيما لم يبد منها كما يسقط حق الطاعن في هذه الدفوع إذا لم ييدها في صحيفة الطعن ٢٠- ويجب إيداء جميع الوجوه التي يبني عليها الدفع المتعلق بالإجراءات غير المتصل بالنظام العام معاً وإلا سقط الحق فيما لم يبد منها ١٠" والنص في الفقرة الأولى من المادة ١٦٢ من هذا القانون على أن "١- يرفع الاستئناف بصحيفة تودع قلم كتاب المحكمة الاستئنافية المختصة ٠ وفي الفقرة الثالثة على انه "٣- ومع ذلك يجوز للمستأنف تقديم أسباب استئنافه حتى تاريخ الجلسة الأولى المحددة لنظر الاستئناف ٠" مما مفاده وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة ان الدفع بالبطلان غير المتصل بالنظام العام ومنها الدفع ببطلان إعلان صحيفة الدعوى يجب إيدؤها قبل أي دفع أو دفاع في الدعوى وإلا سقط الحق في التمسك بها وكذلك سقط الحق في التمسك ببطلان الحكم الابتدائي الغيابي إذا لم يبد في صحيفة الاستئناف أو في المذكرة الشارحة لها باعتبارها مكملتها في حالة عدم ذكرها في صحيفة الاستئناف ٠

لما كان ذلك ولئن كان البين من الأوراق ان الطاعن أعلن نشره دون استنفاد طرق الإعلان المقررة طبقاً للمادة ٨ من قانون الإجراءات المدنية وان الطاعن لم يحضر أمام محكمة أول درجة ولم يقدم مذكرة بدفاعه وانه أعلن بالحكم الغيابي نشره دون استنفاد طرق الإعلان المقررة قانوناً إلا ان الثابت انه لدى استئنافه هذا الحكم لم يتمسك في صحيفة الاستئناف بالدفع ببطلان إعلان صحيفة الدعوى المبتدأه وكذلك بطلان إعلان الحكم الصادر فيها حتى يفتح أمامه ميعاد الطعن بالاستئناف وإذ كانت هذه الدفوع متصلة بالشكل والإجراءات وليست متعلقة بالنظام العام فانه يترتب على عدم التمسك بها في صحيفة الاستئناف أو المذكرة الشارحة للاستئناف سقوط الحق في إيدائها وإذ التزم الحكم المطعون فيه هذا النظر وقضى بسقوط الحق في الاستئناف لرفعه بعد الميعاد فانه يكون قد التزم صحيح القانون ولا يجدي الطاعن التمسك بهذه الدفوع لأول مرة أمام محكمة النقض لأنها غير متصلة بالنظام العام الأمر الذي يضحى معه النعي على غير أساس ٠ ولما تقدم يتعين رفض الطعن ٠

الرئيس : المستشار: إمام البديري - رئيس الدائرة.

الأعضاء : المستشار / عبدالصمد عبدالعزیز، عرار خريس.

المستشار / عبدالمنعم محمود ، الكبير تباغ.

١٨ م - (الطعن رقم ١٧ لسنة ٢٠١١ س ه ق أ)

وكالة. حجر. عقوبة جنائية. أهلية. رهن. حكم "تسببه. تسبب معيب". نقض "أسباب الطعن بالنقض. ما يقبل منها". بطلان. محكمة الموضوع "سلطتها". بيع.

■ عدم جواز تصرف المحكوم عليه بالسجن المؤبد أو المؤقت في أمواله خلال مدة سجنه. إلا بإذن من المحكمة. المادة ٧٦ عقوبات.

■ بطلان كل تصرف يخالف ذلك.

■ انتهاء الوكالة بوفاة الموكل أو بخروجه عن الأهلية للتصرف. وإن تعلق بالوكالة حق للغير. إلا في الوكالة ببيع الرهن. أو كان الراهن قد وكل العدل أو المرتهن بيع الرهن عند حلول الأجل.

■ تحصيل فهم الواقع في الدعوى وتقدير مستنداتها. موضوعي. شرطه : أن يكون استخلاصها سائغاً. مثال لاستخلاص غير سائغ.

المحكمة

حيث إن الوقائع - حسبما يبين من الحكم المطعون فيه وسائر الأوراق - تتحصل في أن المدعي (الطاعن) أقام الدعوى ٢٠١٠/٢٠٩ مدني كلي العين ضد المدعى عليهم (المطعون ضدهم) بطلب الحكم ببطلان عقد البيع المؤرخ ٢٠٠٧/٤/٢٤ المحرر بين المدعى عليها الأولى (المطعون ضدها الأولى) والمدعى عليه الثاني (المطعون ضده الثاني) والمتضمن بيع قطعة الأرض رقم ٥٠-٢٠-٢٣-٤٠ بمنطقة الجيمي وإلزام المدعى عليه الثاني بتسليم قطعة الأرض بالحالة التي كانت عليها عند البيع ٠ ثانياً : إلزام المدعى عليها الثالثة بإلغاء ومحو اسم المدعى عليه الثاني من سجل البلدية بخصوص إثبات أنه مالك لقطعة الأرض محل النزاع وإعادة تسجيلها باسم المدعي ٠ ثالثاً : إلزام المدعى عليهم تضامناً بأن يدفعوا له مبلغ مليوني درهم تعويضاً عن كافة الأضرار المادية والأدبية التي أصابته من المدعى عليهم وإلزامهم المصاريف والرسوم ومقابل أتعاب المحاماة ، وذلك على سند من أنه كان زوج المدعى عليها الأولى ، وبتاريخ ٢٠٠٣/١٢/٦ حرر لها وكالة مصدقة فوضها فيها بكافة ما تضمنته فيما عدا بيع العقارات بإمارة أبوظبي ، وكان يمتلك الأرض محل التداعي والمقام عليها أربع شقق ، وقامت المدعى عليها الأولى أثناء تنفيذه لعقوبة عن دعوى جزائية ببيع قطعة الأرض للمدعى عليه الثاني بتسهيل من المدعى عليها الثالثة ، وإذ كان ذلك قد وقع بالمخالفة للقانون والوكالة ، أقام الدعوى بطلباته السابقة. ومحكمة أول درجة حكمت في ٢٠١٠/٩/٢٩ برفض الدعوى (سندا على أن البيع كان في حدود الوكالة وكذلك كان لاحقاً لتنازل المدعي للمدعى عليها عن كافة ممتلكاته) ٠ ولدى استئناف المدعي قضت

محكمة استئناف العين في ٢٠١٠/١١/٣٠ بتعديل الحكم المستأنف بجعله برفض الدعوى بحالتها وبتأييد الحكم المستأنف فيما عدا ذلك .

أودع الطاعن الطعن المائل في ٢٠١١/١/٣٠ وأودع كل من المطعون ضدهم مذكرة برفضه، وقررت هذه المحكمة في غرفة مشورة ان الطعن جدير بالنظر ، وحددت جلسة اليوم للفصل فيه .

وحيث إن مما ينعي به الطاعن على الحكم المطعون فيه مخالفة القانون لجهة قضائه برفض الدعوى بحالتها حيث خالف نص المادة ٢/١٦ و ٤ من القانون ٢٢ لسنة ١٩٩١ في شأن الكاتب العدل وكذلك المادة ٧٦ من قانون العقوبات ذلك إن الإقرار المؤرخ ٢٠٠٧/٤/١٠ تم تحريره والطاعن مقيد الحرية مما لا يجوز معه إنفاذ أي تصرف يقوم به ، وقد قدم المستندات الدالة على تقييد حريته ، كما رفض الحكم المطعون فيه إبطال الإقرار المؤرخ ٢٠٠٧/٤/١٠ لدى الكاتب العدل كونه غير منتج في النزاع بالرغم من أن الإقرار مخالف لنص قانوني أمر هو قانون كاتب العدل في مادته ١٦ فضلا عن أن الحكم المعني فسر الوكالة الصادرة من الطاعن للمطعون ضدها الأولى بتاريخ ٢٠٠٣/١٢/٦ تفسيراً خاطئاً بأن الوكالة إذا ما أوكلت الغير في كل أو بعض ما ذكر بالوكالة فإن ذلك الغير لا يستطيع بيع العقارات بإمارة أبوظبي وهو تفسير يخالف المادة ٢٦٥ من قانون المعاملات المدنية .

وحيث إن هذا النعي سديد، ذلك إن من المقرر قانوناً عملاً بالمادة ٧٦ من قانون العقوبات إنه لا يجوز للمحكوم عليه بعقوبة السجن المؤبد أو المؤقت أن يتصرف في أمواله خلال مدة سجنه إلا بإذن من المحكمة المدنية أو الشرعية المختصة التابع لها محل إقامته ويقع باطلاً كل تصرف يبرمه المحكوم عليه بالمخالفة لحكم الفقرة السابقة، كما جرى نص المادة ٩٥٤ ج من قانون المعاملات المدنية على أن الوكالة تنتهي بوفاة الموكل أو بخروجه عن الأهلية وإن تعلق بالوكالة حق الغير إلا في الوكالة ببيع الرهن إذا كان الراهن قد وكل العدل أو المرتهن ببيع الرهن عند حلول الأجل . كما أن من المقرر قضاء إنه ولئن كان لمحكمة الموضوع السلطة في فهم الواقع في الدعوى وتقدير الأدلة والمستندات فيها إلا أن شرط ذلك أن يكون قضاؤها سائغاً له أصله الثابت بالأوراق بما يكفي لحمله. لما كان ذلك وكان يبين من الحكم المطعون فيه المؤيد للحكم المستأنف أنه قد قضى برفض دعوى الطاعن على سند من " أن الوكالة رقم ١٠٧٩٢ الصادرة من الطاعن للمطعون ضدها الأولى فهي محررة في ٢٠٠٣/١٢/٦ أي قبل التاريخ الذي يزعم الطاعن إنه كان فيه مقيد الحرية بالسجن وهو اعتباراً من ٢٠٠٥/٥/١٤ ، كما وأن المادة ٧٦ من قانون العقوبات في شأن عدم جواز التصرف في الأموال خاصة عن حالة تنفيذ العقوبة المقضي بها وليس عدم جواز التصرف من وقت صدور الحكم ولم يقدم الطاعن ما يفيد إنه قد تم التنفيذ عليه بالحكم المذكور وقت التصرف وخلت الأوراق من دليله مما يتعين رفضه . أما بشأن الإقرار بالتنازل الصادر من الطاعن للمطعون ضدها الأولى فإن عقد البيع المراد إبطاله قد تم بمقتضى الوكالة العامة رقم ٢٠٠٣/١٠٧٩٢ وليس بمقتضى إقرار التنازل، كما إن الثابت من إقرار التنازل المصدق عليه في ٢٠٠٧/٤/١٠ إن الطاعن قد مثل بشخصه أمام الكاتب العدل ومن تلقاء نفسه ودون أن يكون مقيد

الحرية مما يعد قرينة واقعية على أنه كان حر الإرادة مختاراً حينذاك ولم يتم تنفيذ الحكم الجزائي عليه بعد حتي يمكن إعمال حكم المادة ٧٦ من قانون العقوبات ". وذلك القول من الحكم المطعون فيه جاء مخالفاً للثابت بالأوراق من أن الطاعن كان قد قدم أمام محكمة البداية وأمام محكمة الاستئناف نفسها - رفق مذكرته الشارحة - شهادة من مدير المنشآت الإصلاحية والعقابية مفادها أن الطاعن كان محكوماً لديهم بالسجن ثمان سنوات وشهر عن تهمة حيابة وتعاطي المخدرات اعتباراً من ٢٠٠٥/٥/١٤ وينتهي محكوميته عن الحكم العام بتاريخ ٢٠١١/٦/٤ ، كما أرفق بالأوراق صورة من أمر تنفيذ عقوبة مقيدة للحرية مفادها أن الطاعن حكم عليه بالسجن وأرسل إلى المنشأة العقابية لتنفيذها وعليه تاريخ ٢٠٠٥/١٠/٣ ، مما يعني أن الحكم المطعون فيه لم يفتن لوجود تلك المستندات الدالة على تنفيذ عقوبة السجن في حق الطاعن منذ ٢٠٠٥/٥/١٤ م ، ولما كان الإقرار بالتنازل الصادر من الطاعن للمطعون ضدها الأولى عن ممتلكاته قد صدر في ٢٠٠٧/٤/١٠ فإنه يكون باطلاً لصدوره حال وجود الطاعن بالسجن تنفيذاً للحكم المشار إليه وعملاً بالمادة ٧٦ من قانون العقوبات المنوه عنها أعلاه . فضلاً عن أن الوكالة الصادرة من الطاعن للمطعون ضدها الأولى وإن كانت قد صدرت في ٢٠٠٣/١٢/٦ أي قبل تقييد حريته إلا أن التصرف بالبيع الذي تم بموجبها قد حصل في ٢٠٠٧/٤/٢٤ أثناء فترة وجود الطاعن بالسجن ومن ثم يكون ذلك التصرف قد حدث حال انتهاء الوكالة بخروج الطاعن عن الأهلية بحكم القانون متمثلاً في المادة ٩٥٤ من قانون المعاملات المنوه عنها أعلاه مقروءة مع المادة ٧٦ عقوبات. مما كان يستوجب الحكم ببطلان ذلك التصرف ، وإذ قضى الحكم المطعون فيه خلافاً لذلك النظر وقضى برفض دعوى الطاعن فإنه يكون معيباً بمخالفة القانون ، الأمر الذي يستوجب نقضه على أن يكون مع النقض الإحالة.

الرئيس : المستشار: إمام البدري - رئيس الدائرة.

الأعضاء : المستشار / عبدالصمد عبدالعزيز المستشار / عرار خريس.

المستشار / البشري الشروبيجي المستشار / عبدالمنعم محمود.

١٩ م - (الطعن رقم ٣٦٤ لسنة ٢٠١١ س ٥ ق . أ)

وكالة. محاماة. طعن " الطعن بالنقض . المصلحة والصفة فيه " . نقض " المصلحة والصفة في الطعن بالنقض " .

■ عدم قبول الطعن بالنقض المرفوع من محام بتوكيل لم ينص فيه على تخويله بالطعن نيابة عن المحكوم عليه في محاكم إمارة أبوظبي . ولو نص فيه على محاكم الإمارات الأخرى في الدولة.

المحكمة

حيث ان الوقائع — حسبما يتبين من الحكم المطعون فيه وسائر الأوراق — تتلخص في انه بتاريخ ٢٠٠٩/٦/٢٥ أقام المطعون ضده الأول الدعوى رقم ٢٠٠٩/٣٨٤ مدني كلي ابوظبي ضد المطعون ضدها الثانية بطلب الحكم بالزامها بان تؤدي له مبلغ (٢٥٠٠٠٠) درهم تعويضاً عن الأضرار المادية والأدبية التي لحقت به جراء اصابته في حادث مروري وكذلك الأضرار التي لحقت به نتيجة اتلاف سيارته في ذات الحادث وذلك على سند من انه بتاريخ ٢٠٠٩/٢/٨ تخطت المطعون ضدها الثانية بسيارتها اشارة المرور الحمراء في أحد تقاطعات شارع المطار مما أدى الى اصطدامها بسيارته ونتج عن ذلك اتلاف سيارته واصابته جسياً مما تسبب له بالألام نفسيه وقد أديننت المذكورة بحكم جزائي بات قضى بتغريمها مبلغ (١٥٠٠) درهم في الجنة رقم ٢٠٠٩/٢٤٢ جنح مرور ابوظبي . وبجلسة ٢٠٠٩/٩/٨ تم ادخال الشركة الطاعنة في الدعوى باعتبارها المؤمنة لسيارة المطعون ضدها الثانية وبتاريخ ٢٠٠٩/٦/٢٥ حكمت محكمة أول درجة بالزام المطعون ضدها الثانية والشركة الطاعنة بان تؤديا للمطعون ضده الأول تعويضاً قدره (١٨٠٣٥٧) درهم على صورة التضام.

استأنفت الطاعنة هذا الحكم بالاستئناف رقم ٢٠٠٩/١٠٢٩ وبتاريخ ٢٠٠٩/١٠/٢٨ حكمت محكمة الاستئناف بتعديل الحكم المستأنف وذلك بالزام الطاعنة بان تؤدي للمطعون ضده الأول مبلغ (١٥٠٠٠٠) درهم وتأييده فيما عدا ذلك . طعن الطاعنة في هذا الحكم بطريق النقض بالطعن المائل وقدم المطعون ضده الأول مذكرة بالرد طلب في ختامها رفض الطعن واذ عرض الطعن على هذه المحكمة في غرفة مشورة رأت انه جدير بالنظر فحددت جلسة لنظره.

وحيث ان النص في المادة ١٧٧ من قانون الاجراءات المدنية على انه (١) - يرفع الطعن بالنقض بصحيفة تودع قلم كتاب المحكمة موقعة من محام مقبول للمرافعة أمامها ومصحوبة بما يفيد أداء الرسم كاملاً مع التأمين ويقيد الطعن فوراً في السجل المعد لذلك. ٢- وعلى الطاعن ان يودع مع الصحيفة صوراً منها بقدر عدد الخصوم وصورة لقلم الكتاب وسند توكيل المحامي الموكل في الطعن. ٣- ٤- فاذا لم يحصل

الطعن على الوجه المتقدم كان غير مقبول وتحكم المحكمة من تلقاء نفسها بعدم قبوله) يدل على انه يجب توقيع صحيفة الطعن بالنقض من محام موكل عن الطاعن والا قضي بعدم قبول الطعن. لما كان ذلك وكان الثابت من مطالعة صورة سند الوكالة رقم ٢٠٠٢/١/٢٦٥٤ المرفق بصحيفة الطعن انه قد صدر من رئيس مجلس ادارة الشركة الطاعنة الى المدير المالي في شركة ووكله بموجب تمثيل الشركة في جميع القضايا التي لها أو عليها لدى كافة محاكم امارات دبي ، الشارقة ، رأس الخيمة ، عجمان ، الفجيرة ، أم القيوين دون أن يشمل التوكيل محاكم امارة ابوظبي وكان الوكيل المذكور محمد حسين الجزيري الذي رفع الطعن ووقع على صحيفته وهي صفة لا تخوله تمثيل الشركة الطاعنة لدى محاكم امارة ابوظبي التي لم يشملها صراحة سند الوكالة الصادر عن رئيس مجلس الادارة ومن ثم فان التوكيل بالخصومة المشار اليه يكون قد صدر من غير ذي صفة في تمثيل الشركة الطاعنة أمام محاكم امارة ابوظبي. وحيث إنه لما تقدم يتعين القضاء بعدم قبول الطعن لرفعه من غير ذي صفة.

الرئيس : المستشار: عبد الصمد عبد العزيز - رئيس الدائرة.
الأعضاء : المستشار / عرار خريس المستشار / بادي الجراح .

٢م - (الطعن رقم ٨٦٨ لسنة ٢٠١٠ س ٥ ق أ)

١ (وقف . حكم " تسببيه . تسبیب غیر معيب " . نقض " أسباب الطعن بالنقض . ما لا يقبل منها " " المصلحة والصفة في الطعن بالنقض " . طعن " المصلحة والصفة في الطعن " " أسباب الطعن . ما لا يقبل منها " . نيابة عامة " تدخلها في الدعوى المدنية " .

■ وجوب تدخل النيابة العامة في الدعاوى المتعلقة المنازعات في أصل الوقف أو إنشائه أو شخص المستحق فيه أو تفسير شروطه أو الولاية عليه . سواء كانت دعوى أصلية أو مدنية أثرت فيها إحدى هذه المنازعات .

■ الدعوى بطلب إلزام الوقف بمبلغ من المال . لا يلزم فيها تدخل النيابة العامة .

٢ (بطلان . إعلان . دفع " الدفع بالبطلان " " المصلحة والصفة في الدفع " . نظام عام . حكم " تسببيه . تسبیب غیر معيب " . دفاع " الإخلال بحق الدفاع ما لا يوفره " . نقض " أسباب الطعن بالنقض . ما لا يقبل منها " .

■ الدفع بالبطلان لعدم إعلان أحد الخصوم . عدم تعلقه بالنظام العام . مؤدى ذلك : لا يجوز التمسك به إلا لمن شرع لمصلحته . مثال .

٣ (محكمة الموضوع " سلطتها " . حكم " تسببيه . تسبیب معيب " . نقض " أسباب الطعن بالنقض . ما يقبل منها " . إثبات " بوجه عام " .

■ تحصيل فهم الواقع في الدعوى . وتقدير أدلتها . موضوعي . شرطه : أن يكون استخلاصها سائغاً وكافياً لحمل قضائها . مخالفة ذلك . قصور وفساد في الاستدلال . مثال .

المحكمة

حيث إن الوقائع - حسبما يبين من الحكم المطعون فيه وسائر الأوراق - تتحصل في أن المطعون ضده الأول أقام الدعوى رقم ١٤١٢ لسنة ٢٠٠٩ مدني كلي أبو ظبي على الطاعن والمطعون ضدهما الثالث والرابع بطلب الحكم بإلزامهم بالتضامن والإنفراد بسداد مبلغ ٣٧٢،٣٠٠ درهم وصحة حجز التحفظي الموقع بالأمر على عريضة رقم ١٩٧٧ لسنة ٢٠٠٩ على سند من القول أنهم كانوا يعملون لدى الطاعن بوظيفة فني كمبيوتر والمطعون ضده الثالث أمين صندوق والرابع حارس أمن وكانت مهمة الثالث إدارة الدفعات النقدية من أموال الزكاة والاحتفاظ بالوثائق المتعلقة بها، وإذ تبين اختلاسه للمبلغ المطالب به فتم إبلاغ الشركة وأقر المذكور باختلاسه للمبلغ وأنه اقترض الطاعن منه مبلغ ٦٥ ألف درهم والمطعون ضده الرابع مبلغ ٧٣ ألف درهم وقدم

هو - المطعون ضده الثالث - للمحاكمة الجنائية في القضية رقم ١٢٧٥٢ لسنة ٢٠٠٩ جنح أبو ظبي بتهمة التزوير في محررات عرفية واستعمالها واختلاس المبالغ الملوكة له - المطعون ضده الأول - وأدين في تلك القضية فاستصدر الأمر على عريضة رقم ١٩٧٧ لسنة ٢٠٠٩ بالحجز التحفظي على أمواله لدى البنوك وعلى سيارته لدى المرور ومن ثم كانت الدعوى - بالجلسات وجه الطاعن للمطعون ضدهما الأولين والمدير العام للوقف دعوى متقابلة بطلب الحكم عليهم بالتعويض عما لحقه من أضرار مادية وأدبية من جراء سوء استخدامهم حق التقاضي واتهامهم له في شرفه وسمعته إذ لا علاقة له بالواقعة وقد استبعدته النيابة من الاتهام . حكمت المحكمة في الدعوى الأصلية بإلزام المطعون ضده الثالث بأن يؤدي للمطعون ضده الأول مبلغ ٢٠٦,٦٠٠ درهم وبصحة الحجز التحفظي بالأمر على عريضة رقم ١٩٧٧ لسنة ٢٠٠٩ على أمواله في حدود المبلغ المقضي به . وفي الدعوى المتقابلة بعدم قبولها . لم يرق ذلك القضاء للمطعون ضدهما الأولين واستأنفاه بالاستئناف رقم ٦٨٧ لسنة ٢٠١٠ أبو ظبي وبتاريخ ٢٥/٧/٢٠١٠ قضت المحكمة بتعديل الحكم المستأنف وإلزام الطاعن والمطعون ضدهما الثالث والرابع بالتضامن بأداء المبلغ المقضي به للمطعون ضده الأول . طعن الطاعن على هذا الحكم بطريق النقض . وعرض الطعن على المحكمة في غرفة مشورة فأمرت الطاعن باختصاص المطعون ضدهما الثالث والرابع وحددت جلسة لنظره .

وحيث إن الطعن أقيم على أربعة أسباب ينعى الطاعن بالسبب الأول على الحكم المطعون فيه مخالفة القانون والخطأ في تطبيقه وفي ذلك يقول أن النيابة العامة لم تتدخل في الدعوى سواء أمام محكمة أول درجة أو ثاني درجة مع أن المطعون ضده هو وقف خيرى ومن ثم يكون الحكم باطلاً عملاً بالمادتين ٦١ ، ٦٣ من قانون الإجراءات المدنية .

وحيث إن هذا النعي غير سديد . ذلك أن المقصود بالدعوى المتعلقة بالأوقاف الخيرية والتي أوجبت الفقرة الرابعة من المادة ٦١ من قانون الإجراءات المدنية تدخل النيابة العامة فيها هي الدعوى التي تتعلق المنازعات فيها بأصل الوقف أو إنشائه أو شخص المستحق فيه أو تفسير شروطه أو الولاية عليه سواء كانت دعوى أصلية أو مدنية أثرت فيها إحدى هذه المنازعات . لما كان ذلك وكانت الدعوى الراهنة هي دعوى مدنية بطلب إلزام بمبالغ مالية ولم تثار فيها أية مسألة من المسائل أنهى البيان وبالتالي فلا يجب تدخل النيابة العامة فيها ومن ثم يكون هذا النعي على غير أساس .

وحيث إن الطاعن ينعى بالسبب الثاني على الحكم المطعون فيه مخالفة القانون والخطأ في تطبيقه على سند من أن محكمة الاستئناف قررت بالجلسة الأولى إعلان المطعون ضده الرابع أدهم صافي طه نشرًا دون التحري مسبقاً عن محل إقامته أو مقر عمله أو يقدم الخصوم ما يوجب إعلانه نشرًا الذي هو طريق استثنائي لا يصح اللجوء إليه إلا بعد التحري الكافي عن محل الإقامة أو مقر العمل وعدم الاهتداء إليه ومن ثم يكون الإعلان قد وقع باطلاً وكذلك الحكم المطعون فيه .

وحيث إن هذا النعي غير مقبول . ذلك أن المقرر أن الدفع ببطلان الخصومة لعدم إعلان أحد الخصوم قانوناً غير متعلق بالنظام العام ولا يجوز التمسك به إلا ممن شرع لمصلحته . لما كان ذلك وكان الإعلان بالنشر - أياً كان وجه الرأي فيه - يتعلق بالمطعون ضده الرابع وليس الطاعن ومن ثم فلا يحق له التمسك به أمام هذه المحكمة ومن ثم يكون النعي غير مقبول .

وحيث إن الطاعن ينعي بالسبب الثالث على الحكم المطعون فيه الخطأ في تطبيق القانون والقصور في التسبب والفساد في الاستدلال وفي بيان ذلك يقول إن الحكم المطعون فيه ألزمه مع المطعون ضدهما الثالث والرابع بسداد المبالغ المختلصة وأقام قضاءه على أنه - الطاعن - اعترف بمحضر الشرطة بعلمه باختلاس الأموال من قبل المطعون ضده الثالث وذلك دون بيان منه لسبب عدم أخذه بتحقيقات النيابة العامة والحكم الجزائي سند الدعوى المطعون في حكمها فضلاً على أن أوراق الدعوى والحكم المطعون فيه خاليا من دليل قاطع في نسبة اتهامه بعلمه باختلاس المطعون ضده الثالث أموال الوقف .

وحيث إن هذا النعي سديد . ذلك أن المقرر أن لمحكمة الموضوع السلطة التامة في تحصيل فهم الواقع في الدعوى وتقدير الأدلة والقرائن فيها متى كان ذلك سائغاً وكافياً لحمل قضائها . لما كان ذلك وكان الحكم المطعون فيه قد أقام قضاءه على ما أورده بمدونات من " إنه بالنسبة للمستأنف عليهما الآخرين (المطعون ضدهما ،) ولما كانت المحكمة المدنية غير مقيدة بما لهم تفصل فيه المحكمة الجزائية ويمكن استخلاص مسؤوليتها من وقائع النازلة وعدم إجراء المتابعة الجزائية ضدهما لا يعني مسؤوليتهما، والثابت من الوقائع أن نادر محمد حسين على علم باختلاس أموال الوقف بقيامه بتخليص بعض المعاملات مع المستأنف ضده الأول وبإعطائه المبلغ المتحصل منها وبحصوله على مبلغ ٦٥ ألف درهم وإرجاعه المبلغ حين البحث أمام الشرطة وقد دون ذلك بالمحضر، وأن المستأنف عليه الثالث أدهم صافي طه ساعد بدوره، وهو موظف الأمن لدى المستأنف، باستلام المبالغ المختلصة أثناء العمل ويقوم بتسليمها للمستأنف عليه الأول بعد انتهاء العمل وقد استلم مبلغ ٦٥ ألف درهم نظير ذلك العمل وإن عدم متابعتهم جزائياً لا ينتفي معه الخطأ الذي ارتكبه كل منهما ومنسوباً إليه مما أحدث ضرر للغير وهو الطرف المستأنف مما يكون معه ما استخلصه الحكم المستأنف من استبعاد المساءلة وضمان الأضرار التي لحقت بالمستأنفين في مواجهتهما غير مستند لأساس يتعين معه تعديله)) وكان فعل المستأنف ضدهم من الأول إلى الثالث ارتكبوا عملاً غير مشروع إذا أن الأول ارتكب أفعلاً أحيلاً من أجلها أمام القضاء الجزرى حسب الدعوى رقم ١٢٧٥٢ لسنة ٢٠٠٩ وتمت معاقبته، والمستأنف ضدهما الثاني والثالث ارتكبا أخطاء على النحو السالف بيانه بأسباب الحكم، وبذلك يتعين إلزامهما بالتضامن بأداء المحكوم به))

وكان ذلك منه غير سائغ ولا يؤدي إلى النتيجة التي خلص إليها ذلك أن الثابت من تحقيقات النيابة العامة في القضية رقم ١٢٧٥٢ لسنة ٢٠٠٩ جنح أبو ظبي أن النيابة العامة سألت الطاعن على سبيل الاستدلال واستبعدته من تهمة الاختلاس، وأن الطاعن أنكر فيها ما قرره بمحضر الشرطة وقرر أنه كان بناء على طلب المدير المالي

للمطعون ضده الأول حتى يمكن رد المبلغ الذي اختلسه المطعون ضده الثالث الذي كان قد أقرضه مبلغ ٦٥ ألف درهم وأنه لم يكن يعلم بأن ذلك المال مختلس وقد رده للمطعون ضدهما الأولين ، كما أن الثابت من تلك التحقيقات أيضاً أن المطعون ضده الثالث أقر فيها بأنه هو الذي اختلس الأموال محل النزاع بمفرده وأن الطاعن والمطعون ضده الرابع لم يكونا عالين باختلاسه للمال وأن ما ورد بأقواله بمحضر الشرطة باشتراك الأخيرين معه غير صحيح وكان بناء على طلب المدير الإداري للمطعون ضده الأول ٠ هذا إلى جانب أن الثابت بالأوراق أن الطاعن كان قد أقام الدعوى العمالية رقم ٢٣٦٨ لسنة ٢٠٠٩ جزئي أبو ظبي على المطعون ضدهما للمطالبة بحقوقه المالية ومنها بدل الإنذار وبدل الفصل التعسفي وقد قضى له بهما على ما هو ثابت بالحكم الصادر في الاستئناف رقم ٢٠٨ لسنة ٢٠١٠ عمال أبو ظبي تأسيساً على عدم تقديم الطاعن للمحاكمة في واقعة الاختلاس وأن المطعون ضدها الأولى لم تقدم مبرراً مشروعاً لفصله بخلاف ما كانت قد أسندته له بشأن واقعة الاختلاس وأنها لم تقم بإعادته إلى عمله رغم ذلك وكان ذلك منها بتاريخ ٢٦/٥/٢٠١٠ وهو تاريخ سابق على تاريخ صدور الحكم المطعون فيه الحاصل بتاريخ ٢٥/٧/٢٠١٠ وقد خلت الأوراق من دليل الطعن عليه من قبل المطعون ضدهما الأولين ٠ الأمر الذي يكون معه ما استخلصه الحكم المطعون فيه غير سائغ ومشوب بالفساد في الاستدلال مما يوجب نقضه مع الإحالة.

الرئيس : المستشار: إمام البدري - رئيس الدائرة.

الأعضاء : المستشار / عبدالصمد عبدالعزيز المستشار / عرار خريس.

٢١ م - (الطعن رقم ١٢٨٣ لسنة ٢٠١٠ س ٥ ق.أ) جلسة ٢٠١١/١٠/١١ (مدني)

(١) طعن " الطعن بالنقض. ميعاده ". نقض " ميعاد الطعن بالنقض " .

■ ميعاد الطعن بالنقض ستون يوماً . تبدأ من اليوم التالي للنطق بالحكم .

■ مصادفة اليوم الأخير لميعاد الطعن يوم عطلة رسمية . أثره : امتداد الميعاد إلى اليوم التالي له مباشرة .

(٢) تحكيم. دعوى مدنية " نظرها والحكم فيها " . محكمة الموضوع " نظرها الدعوى والحكم فيها " . إجراءات " إجراءات نظر الدعوى " . دفع " الدفع بعدم اختصاص المحكمة لوجود شرط التحكيم " . حكم " تسببه . تسبب معيب " . نقض " أسباب الطعن بالنقض. ما يقبل منها " . محكمة الاستئناف " نظرها الدعوى والحكم فيها " .

■ إلغاء محكمة الاستئناف حكم محكمة أول درجة القاضي برفض الدفع بوجود شرط التحكيم. لإبدائه في الجلسة الثانية بعد حضور وكيل المدعى عليه بالجلسة الأولى وطلبه أجلاً للجواب دون أن يبدي هذا الدفع فيها. خطأ في تطبيق القانون. أساس ذلك وعلته ؟

■ المقصود بالجلسة الأولى في معنى المادة (٢٠٢) من قانون الإجراءات المدنية ؟

المحكمة

حيث إن الوقائع — حسبما يتبين من الحكم المطعون فيه وسائر الأوراق — تتحصل في أن المدعي (الطاعن) أقام الدعوى رقم ٢٠١٠/٦٧٩ تجاري كلي أوظيفي في مواجهة المدعى عليها (المطعون ضدها الأولى) بطلب استرداد ما دفعه للمدعى عليها لقاء حجز وحدتين سكنيتين وأخلت المدعى عليها ببند العقد حيث لم تزوده بالعقد النهائي ولم تبد أية جدية في تنفيذ العقد كما طالب بالتعويض والفائدة القانونية بواقع ١٢٪ . قضت محكمة أول درجة برد المبلغ المدفوع . فاستأنفت المدعى عليها كما استأنف المدعي أيضاً حيث قضت محكمة الاستئناف بإلغاء الحكم المستأنف وعدم قبول الدعوى لوجود شرط التحكيم وذلك في ٢٠١٠/١٠/٢٦ .

وفي ٢٠١٠/١٢/١٦ أودع الطاعن الطعن المائل وأودعت المطعون ضدها مذكرة تضمنت دفعا بعدم قبول الطعن شكلاً للتقرير به خارج المواعيد المحددة قانوناً للطعن بالنقض . وقررت هذه المحكمة في غرفة مشورة ان الطعن جدير بالنظر وحددت جلسة لذلك .

وحيث إن هذا الدفع غير سديد — ذلك ان من المقرر قانوناً عملاً بالمادة ١٧٦ من قانون الإجراءات المدنية أن ميعاد الطعن بالنقض ستون يوماً . وتبدأ من اليوم التالي لتاريخ النطق بالحكم كما إن من المقرر انه إذا صادف اليوم الأخير من ميعاد الطعن عطلة رسمية جاز تقديم الطعن في اليوم الذي يليه مباشرة .

لما كان ذلك وكان يبين من الأوراق أن الحكم المطعون فيه قد صدر في ٢٦/١٠/٢٠١٠ وقيد الطعن المائل في ٢٦/١٠/٢٠١٠ وقد صادف يوم السبت وهو عطلة رسمية ، فان الطعن - وقد قيد في اليوم التالي مباشرة - يكون قد أودع داخل القيد الزمني المقرر قانونا للطعن بالنقض ومن ثم يضحى الدفع غير قائم على أساس متعين الرفض .

وحيث ان الطعن استوفى أوضاعه الشكلية .

وحيث إن الطاعن ينعى على الحكم المطعون فيه بمخالفة القانون والخطأ في تطبيقه ذلك أن محكمة الاستئناف قضت بعدم قبول الدعوى لوجود شرط التحكيم بالرغم من أن المطعون ضدها لم تتقدم بالدفع في ذلك الخصوص في الجلسة الأولى المحددة لنظر الدعوى علماً بأنها أعلنت صحيحاً بصحيفة الدعوى وكانت تعلم بمضمونها .

وحيث إن هذا النعي سديد . ذلك ان من المقرر قانوناً عملاً بالمادة ٢٠٣/٥ من قانون الإجراءات المدنية انه إذا اتفق الخصوم على التحكيم في نزاع ما فلا يجوز رفع الدعوى به أمام القضاء ومع ذلك إذا لجأ أحد الطرفين على رفع الدعوى دون اعتداد بشرط التحكيم ولم يعترض الطرف الآخر في الجلسة الأولى وجب نظر الدعوى واعتبر شرط التحكيم لاغياً .

لما كان ذلك وكان يتبين من الأوراق ان محكمة أول درجة كانت قد رفضت الدفع الذي أبدته المطعون ضدها بوجود شرط التحكيم لأن ذلك الدفع كان قد أبدى في الجلسة الثانية المحددة لنظر الدعوى بعد أن كان وكيلها قد مثل أمام تلك المحكمة في الجلسة الأولى وطلب أجلاً للجواب ومن ثم يكون الدفع قد جاء على خلاف مقتضى القانون . إلا أن محكمة الاستئناف ألغت ذلك القضاء وقضت بعدم قبول الدعوى لوجود شرط التحكيم سنداً على " أن المقصود بالجلسة الأولى هي الجلسة الأولى للمرافعة وليس الجلسة الأولى المحددة لنظر الدعوى مجردة من هذا الوصف والتي قد تكون هي الجلسة الأولى للمرافعة وقد لا تكون كذلك ... " .

وحيث إن هذا النظر غير سديد ذلك ان المستقر قضاء ان المقصود بالجلسة الأولى هي الجلسة التي يحضر فيها المدعى عليه أو من يمثله لأول مرة أمام المحكمة فتكون هناك دعوى انعقدت الخصومة فيها بين طرفيها يتناضلان فيها بإبداء دفوعهما ودفاعهما . ولما كان وكيل المطعون ضدها عند مثوله في الجلسة الأولى أمام محكمة أول درجة لم يتمسك بالدفع بشرط التحكيم بل طلب أجلاً للجواب فانه يكون قد تنازل عنه ولو تمسك به بعد ذلك . وإذ قضى الحكم المطعون فيه خلافاً لذلك النظر فانه يكون قد جاء مخالفاً للقانون بما يوجب نقضه ، على أن يكون مع النقض الإحالة .

الرئيس : المستشار/إمام البدري - رئيس الدائرة.

الأعضاء : المستشار / عبد الصمد عبد العزيز

المستشار / عرار خريس .

٢٢ م - (الطعن رقم ٦٢٥ لسنة ٢٠١١ س ٥ ق. أ)

(١) طعن "أسباب الطعن بالنقض . ما لا يقبل منها" . نقض "أسباب الطعن بالنقض . ما لا يقبل منها" . التماس إعادة النظر .

-التناقض في منطوق الحكم الذي يجيز طلب التماس إعادة النظر على مقتضى نص المادة (٥/١٦٩) إجراءات مدنية . ماهيته ؟

■ إقامة طعن بطريق النقض في حالة من حالات الطعن بطريق التماس إعادة النظر . عدم قبوله . مثال

(الطعن رقم ٦٢٥ لسنة ٢٠١١ س ٥ ق . أ مدني - جلسة ٢٣/٨/٢٠١١) ١٩١ ص ١١٩٢

(٢) محكمة الإحالة "سلطتها" . حكم "حجيته" . إثبات "قوة الأمر المقضي به" . قوة الأمر المقضي به . حكم "تسببيه" . تسبيب غير معيب " . نقض "أسباب الطعن بالنقض . ما لا يقبل منها" .

■ وجوب التزام محكمة الإحالة بما قضت به محكمة النقض في المسائل القانونية التي فصلت فيها فضلاً
لازماً عن بصر وبصيرة . علة ذلك ؟

■ بنائها حكمها على فهم جديد لواقع الدعوى . دون مخالفة الحكم الناقض . لا عيب . ما دامت قد حصلت
فهمها من سائر عناصر الدعوى تحصيلاً سائغاً .

■ قضاء محكمة النقض باشتراك قائدي السيارتين في نوع الخطأ . فصل في مسألة قانونية . حيازته لقوة
الأمر المقضي . عدم جواز مخالفة محكمة الإحالة له .

■ تصدي محكمة الإحالة لتحديد نسبة مساهمة كلاً من السائقين في الخطأ دون الاستعانة بخبير لا عيب .
علة ذلك ؟

(الطعن رقم ٦٢٥ لسنة ٢٠١١ س ٥ ق . أ مدني - جلسة ٢٣/٨/٢٠١١) ١٩١ ص ١١٩٢

(٣) حكم "تسببيه" . تسبيب غير معيب " . نقض "أسباب الطعن بالنقض . ما لا يقبل منها" .
محكمة الموضوع "سلطتها" . خطأ . ضرر . تعويض . إثبات "بوجه عام" .

■ تحصيل فهم الواقع في الدعوى وتقدير نسبة مساهمة المضرور في الخطأ . موضوعي . متى كان سائغاً .
مثال .

■ ورود تقارير قانونية خاطئة في الحكم . يعيبه ما دام قد انتهى إلى النتيجة الصحيحة . على محكمة
النقض تصحيح هذا الخطأ دون أن تنقض الحكم . مثال .

المحكمة

حيث ان الوقائع — حسبما يتبين من الحكم المطعون فيه وسائر الأوراق — تتحصل في ان الطاعنين أقاموا الدعوى رقم ٢٢٥/ مدني كلي ابوظبي ٢٠٠٩ على المطعون ضدها بطلب الحكم بإلزامها بان تؤدي لهم مبلغ ٣٠٠٠٠٠ درهم تعويضاً عما لحق بهم من اضرار مادية وأدبية جراء موت مورثهم المرحوم وذلك على سند من القول بان مورثهم المذكور كان بتاريخ ٢٠٠٨/١١/١٢ يقود سيارته رقم ١٨٧٧٩ خصوصي أبوظبي وانه فوجئ بالسيارة رقم ١٣٣٣ نوع لاند كروزر استيشن يقودها تصدم بمقدمتها سيارته من الجانب الأيمن مما أسفر عن وفاة مورثهم وآخر كان يركب بجواره وتحرر عن ذلك القضية رقم ٢٠٠٨/١٦٢٣ مورود أبوظبي والتي صدر فيها قرار بحفظها لوفاة المورث. وانه كان قائد السيارة المؤمنة لدى الطاعنة هو الذي باشر الصدم وكان يقود سيارته بسرعة عالية تقدر بنحو ١٦٠ كم في الساعة فقد أقاموا الدعوى. بتاريخ ٢٠٠٩/٥/٢١ حكمت محكمة أول درجة برفض الدعوى. استأنف الطاعنون هذا الحكم بالاستئناف رقم ٢٠٠٩/٥/١٧ ابوظبي وبتاريخ ٢٠٠٩/٩/٣٠ قضت المحكمة بإلغاء الحكم المستأنف والحكم بإلزام المطعون ضدها بأن تؤدي للطاعنين مبلغ ٢٥٠٠٠٠ درهم توزع عليهم وعلى وفق أنصبتهم الشرعية، طعنت الشركة المؤمن لديها في هذا الحكم بطريق النقض بالطعن رقم ٢٠٠٩/١٣٠١، وبتاريخ ٢٠١٠/١/١٧. حكمت محكمة النقض بنقض الحكم المطعون فيه وأحالت القضية إلى محكمه الاستئناف مصدرة الحكم لنظره بهيئة مغايرة تأسيساً على ان الشركة المؤمن لديها من السيارة الصادمة لا تتحمل كامل المسؤولية وان مورث الطاعنين شارك بخطئه في الحادث وبتاريخ ٢٠١٠/٤/٢٠ قضت محكمة الاستئناف بعد النقض والاحاله بتأييد الحكم المستأنف مع خفض مبلغ التعويض ليصبح ٧٢ ألف درهم بدلا من ٢٥٠٠٠٠ درهم على سند من السيارة الصادمة التي يقودها قد شارك قائدها في الخطأ بنسبة ٣٠٪. وأنها قدرت التعويض مبلغ ٢٤٠٠٠٠ درهم فتكون الشركة المؤمن لديها عن السيارة ملزمة بسداد المبلغ المقضي به . طعن الطاعنون في هذا الحكم بطريق النقض بالطعن المائل وقد قدمت الشركة المؤمن لديها — المطعون ضدها — مذكرة بالرد على أسباب الطعن طلبت في ختامها رفض الطعن ، وإذ عرض الطعن على هذه المحكمة في غرفة مشورة رأته جدير بالنظر فحددت جلسة لنظره.

وحيث ان الطعن أقيم على ثلاثة أسباب ينعي الطاعنون بأولها على الحكم المطعون فيه مخالفة القانون والقصور في التسبيب وفي بيان ذلك يقولون بان الحكم المطعون فيه قضى بتأييد الحكم المستأنف مع خفض مبلغ التعويض ليصبح ٧٢ ألف درهم بدلا من ٢٥٠ ألف درهم على حين ان الحكم الابتدائي قضى برفض الدعوى وان الحكم الصادر من محكمة الاستئناف قبل نقضه هو الذي قضى للطاعنين مبلغ ٢٥٠ ألف درهم الأمر الذي يعيب الحكم بالبطال الذي وقع في منطوقه مما يستوجب نقضه.

وحيث ان هذا النعي غير مقبول ذلك ان المقرران مفاد النص في المادة رقم ٥/١٦٩ من قانون الإجراءات

المدنية من انه للخصوم ان يلتمسوا إعادة النظر في الأحكام الصادرة بصفة انتهائية في حالات وردت على سبيل الحصر في المادة المذكورة ومنها حاله وقوع تناقض الحكم ويقصد به وقوع تناقض بين الأجزاء التي يتكون منها منطوق الحكم بحيث يستحيل التوفيق بينهما وبالتالي يستحيل تنفيذها في وقت واحد كما يجب ان يقع التناقض في منطوق حكم واحد وليس بين منطوق حكمين كما لا يعد سببا للالتماس وقوع أو تناقض بين الأسباب والمنطوق أو وقوع التناقض في الأسباب بعضها مع البعض الآخر ويبطل الحكم لوجود عيب في التسبب ، ولما كان وجه النعي يتعلق بالتناقض بين أجزاء منطوق الحكم المطعون فيه على النحو السابق مما يكون سببا للالتماس إعادة النظر في الحكم المطعون فيه ولا يصلح سببا للطعن بالنقض الأمر الذي يضحى معه النعي غير مقبول.

وحيث ان الطاعنين ينعون بالسبب الثاني على الحكم المطعون فيه مخالفته الحكم الناقض وفي بيان ذلك يقولون بان محكمة النقض في حكمها الناقض خلصت مسؤولية قائدي السيارتين المتصادمتين وطلبت ندب خبير لتحديد نسبة مساهمة كل منهما في الخطأ وإذ التفتت محكمة الاحالة عن ندب خبير لتحديد مسؤولية كل من الطرفين على سند من تعذر تحقيق المطلوب عن طريق الخبير وان المحكمة هي الأقدر على تحديد نسبة الخطأ وخلص إل تحديد نسبة خطأ قائد السيارة الصادمة المؤمن عليها لدى المطعون ضدها بنسبة ٣٠٪ الأمر الذي يكون معه الحكم المطعون فيه قد خالف الحكم الناقض ولم يتقيد بما أوجبه من ضرورة الاستعانة بأهل الخبرة لتحديد نسبة مساهمة كل من قائدي السيارتين المتصادمتين في ارتكاب الخطأ الذي أدى إلى وقوع الحادث بما يعيب الحكم ويستوجب نقضه.

وحيث ان هذا النعي مردود، وذلك ان المقرر ان نقض الحكم والاحاله إلى محكمة الاستئناف لنظره من جديد يوجب على محكمة الاحاله ان تلتزم بما قضى به الحكم الناقض في المسائل القانونية التي تكون محكمة النقض قد فصلت فيها عن قصد وبصر فاكتمت حكمها في تلك المسائل قوة الأمر المقضي حيث يمتنع على محكمة الاحاله إعادة النظر فيها لعدم المساس بهذه الحجية وان ذلك لا يمنعها من ان تبني حكمها على فهم جديد لواقع الدعوى تحصله حره من سائر عناصرها طالما لم تخالف الحكم الناقض، قضاء محكمة النقض باشتراك قائدي السيارتين المتصادمتين في الخطأ الذي أدى إلى الحادث قضاء في مسألة قانونية يحوز قوة الأمر المقضي في هذا الشأن لا يجوز لمحكمة الاحالة مخالفته . طلب المحكمة ندب خبير لتحديد نسبة مساهمة كل منهما في الخطأ قضاء لا يحسم به الحكم الناقض مسألة قانونية لأنه منصب على وسيلة من وسائل الإثبات ولا يجوز الحجية ولا على محكمة الاستئناف ان اعتبرت نفسها هي الخبير الأعلى وتصدت لمسألة تحديد نسبة الخطأ فهي بذلك لم تخالف الحكم الناقض ويضحى النعي بهذا السبب على غير أساس.

وحيث ان الطاعنين ينعون بالسبب الثالث على الحكم المطعون فيه مخالفة القانون والخطأ في تطبيقه في بيان ذلك يقولون بان الحكم المطعون فيه برر عدم استعانتها بالخبرة ان الخبرة المطلوبة يتعذر تحديدها ونوعية الخبير المطلوب وان حوادث السير والمرور يتم التحري فيها واخذ بياناتها بواسطة شرطة المرور وان المحكمة

هي الأقدر على تحديد نسبة الخطأ واذ كانت الخبرة التي قررتها النقض هي خبره فنيه (مهندس سيارات) وهذه الخبرة متوفرة لدى دوائر الخبراء لدى وزارة العدل بما كان لازم على محكمة الإحالة ندب خبير وإذا امتنعت من إجرائه رغم إمكان تنفيذه لا سيما وان الأوراق قد خلت من دليل على تجاوز مورثهم الاشارة الضوئية الحمراء وان الشهود اللذين أدلوا بأقوالهم لم يحلفوا اليمين وان أحدهما كان بعيداً عن موقع الحادث وان الثاني لم يشاهد الحادث وان الحادث نجم عن السرعة الزائدة لقائد السيارة المؤمن عليها لدى المطعون ضدها فيكون خطأ الأخير هو السبب المباشر المنتج في الحادث الأمر الذي يعيب الحكم ويستوجب نقضه.

وحيث ان النعي مردود، ذلك ان المقرر ان تحصيل فهم الواقع في الدعوى وتقدير نسبة مساهمه المضرور في الخطأ الذي أدى إلى الحادث من سلطة محكمة الموضوع متى أقامت قضاءها على أسباب سائغة كافيته لحمل قضائها، كما ان المقرر ان انتهاء الحكم إلى نتيجة صحيحة لا يعيبه ما يرد به من تقارير خاطئة إذ لمحكمة النقض تصحيحه دون ان تنقضه. لما كان ذلك وكان الحكم المطعون فيه التزم المسألة القانونية التي فصل فيها الحكم الناقض وحاز قوة الأمر المقضي وهي مسألة اشترك كل من قائدي السيارتين المتصادمتين في الخطأ الذي أدى إلى الحادث وأنها تصدت لتحديد نسبة تلك المساهمة باعتبارها الخبير الأعلى وأنها من أمور الواقع التي تدخل في سلطة محكمة الموضوع فانه لا عليها ما استطردت إليه تزيدها بعدم إمكان الاستعانة بخبير في هذا الشأن اذ يعد ذلك تزيدها من الحكم يستقيم قضاءه بدونه. لما كان ذلك كان الحكم المطعون فيه قد حدد نسبة اشترك قائد السيارة المؤمن عليها لدى شركة المطعون ضدها قيادة بنسبة ٣٠٪ وقدّر التعويض على هذا الأساس فان النعي بهذا السبب يضحى على غير أساس. لما تقدم يتعين برفض الطعن.

الرئيس : المستشار: عبد الصمد عبد العزيز – رئيس الدائرة.
الأعضاء : المستشار / عرار خريس المستشار / بادي الجراح .

٢٣ م - (الطعن رقم ١٢٣٨ لسنة ٢٠١٠ س ٥ ق. أ)

١ (طعن " ما يجوز وما لا يجوز الطعن فيه بالنقض " . نقض " ما يجوز وما لا يجوز الطعن فيه بالنقض " . حجز

■ عدم جواز الطعن في الحكم ممن قبله صراحةً أو ضمناً .

■ القبول الضمني . استخلاصه من كل فعل قانوني يفيد الرضا بالحكم والتخلي عن الحق في الطعن .
مثال . لعدم الرضى الضمني بالحكم .

(الطعن رقم ١٢٣٨ لسنة ٢٠١٠ س ٥ ق . أ مدني - جلسة ٢٠١١/٣/١٣) ٦٤ ص ٤١٧

٢ (تنفيذ . سند تنفيذي . حجز . إثبات " عبء الإثبات " . بطلان . حكم " تسببيه . تسبیب معيب " . نقض " أسباب الطعن بالنقض . ما يقبل منها " .

■ المنازعة في الحجز التنفيذي . توجب على المدعي فيها رفع الدعوى ببطالان الحجز .

■ الحجز التحفظي . إجراء وقتي من مقدمات التنفيذ . يوجب على من يجريه المبادرة بعد توقيع الحجز إلى رفع دعوى صحة الحجز . بطلب الحكم بثبوت الحق وبصحة إجراءات الحجز . بغية الحصول على سند تنفيذي .

■ دعوى صحة الحجز . رفعها طبقاً للقواعد العامة للإجراءات المدنية . من ناحية الاختصاص بأنواعه النوعية والولائية والقيمية والمحلية . مخالفة ذلك ؟ خطأ في تطبيق القانون . مثال .

■ وجود دعوى بالحق سابقة على دعوى صحة الحجز . يوجب رفع الثانية مع الأولى .

المحكمة

حيث ان الوقائع — حسبما يبين من الحكم المطعون فيه وسائر الأوراق — تتحصل في ان المطعون ضده أقام الدعوى ٧٩٧ لسنة ٢٠١٠ تجاري كلي ابوظبي على الطاعن بطلب الحكم بصحة الحجز التحفظي الصادر بالأمر على عريضة رقم ٨٦٨ / ٢٠١٠ مستعجل ابوظبي — على سند من القول من انه تحصل على الحكم رقم ١٣٦ / ٢٠١٠ تجاري ابوظبي بالزام الطاعن بان يؤدي له مبلغ ١٢ مليون قيمة الطابق رقم ٢٠ برج أ — بأبراج تعمير الكائنة بجزيرة الريم بابوظبي والزام شركة تعمير القابضة بتسجيله باسمه ثم استصدر أمراً على عريضة برقم ٨٦٨ / ٢٠١٠ مستعجل ابوظبي بتوقيع الحجز التحفظي على أمواله لدى البنوك العاملة في الدولة وعلى حصصه لدى شركة تعمير القابضة ونوبلز للاستثمار ، واذ نفذ ذلك الأمر بتاريخ ١٣ / ٥ / ٢٠١٠ ومن

ثم كانت الدعوى. وبتاريخ ٢٩/٧/٢٠١٠ حكمت المحكمة بصحة ونفاذ الحجز التحفظي الصادر بالأمر على عريضة رقم ٨٦٨/٢٠١٠ مستعجل ابوظبي بتاريخ ١٢/٥/٢٠١٠. فلم يرق ذلك القضاء للطاعن واستأنفه بالاستئناف ١٠١٢/٢٠١٠ ابوظبي. وبتاريخ ٢٧/١٠/٢٠١٠ قضت المحكمة برفض الاستئناف وتأييد الحكم المستأنف. طعن الطاعن في هذا الحكم بطريق النقض، وقدم المطعون ضده مذكرة دفع فيها بعدم قبول الطعن لانتهاء مصلحة الطاعن. عرض الطعن على هذه المحكمة في غرفة مشورة فرأت انه جدير بالنظر وحددت جلسة لنظره.

وحيث ان المطعون ضده بعدم قبول الطعن لانتهاء شرط المصلحة اذ لم يتظلم الطاعن من أمر الحجز على محل النزاع رغم اعلانه به ومن ثم يكون قد قبله ضمناً ولا يحق له بالتالي الطعن فيه وفقاً للمادة ١/١٥٠ من قانون الاجراءات المدنية.

وحيث ان هذه الدفع غير سديد. لان المادة ١/١٥٠ من قانون الاجراءات المدنية تنص على عدم جواز الطعن ممن قبل الحكم الصادر أو ضمناً والقبول الضمني يستفاد من كل فعل أو عمل قانوني في رفع الطعن ويشعر بالرضا بالحكم والتخلي عن حق الطعن. لما كان ذلك وكانت الأوراق قد خلت من ثمة دليل تستخلص منه هذه المحكمة اعلان المطعون ضده الطاعن بأمر الحجز موضوع النزاع وكذلك من أي فعل أو عمل ينافي الرغبة في التظلم منه ويشعر بالرضا به والتخلي عن حق التظلم فيه، كما أنه نازع فيه لدى اقامة المطعون ضده الدعوى المطعون في حكمها بصحته وتبنيته ومن يكون هذا الدفع على غير أساس. حيث ان الطعن استوفى أوضاعه الشكلية.

وحيث ان الطعن أقيم على سبب واحد من ثلاثة أوجه ينعي الطاعن بالوجه الأول منه على الحكم المطعون فيه مخالفة القانون والخطأ في تطبيقه وفي ذلك يقول بانه تمسك أمام محكمة الموضوع بعدم اختصاصها محلياً بنظر الدعوى وانعقاد الاختصاص بها لانه المحكمة الكائن بها موطنه الا ان الحكم الابتدائي المؤيد بالحكم المطعون فيه رفض هذا الدفاع بمقولة ان دعوى الحق محل دعوى صحة الحجز سبق اقامتها أمام محكمة ابوظبي الابتدائية ومن ثم تكون هي المختصة محلياً بنظر الدعوى عملاً بالمادتين ٣/٢٥٥، ٢/٢٦١ من قانون الاجراءات المدنية مع ان دعوى صحة الحجز التحفظي على ما للمدين لدى الغير الذي وقع بأمر من قاضي الأمور المستعجلة لا ترفع أمام المحكمة التي رفعت اليها الدعوى بثبوت الحق الا اذا كانت تلك الدعوى مرفوعة أمام القضاء قبل صدور أمر الحجز أما اذا رفعت الدعوى بصحة الحجز مستقلة فانها تخضع للقواعد العامة في الاختصاص الوارد بالمادتين ١/٣١، ٣٨ من قانون الاجراءات المدنية.

وحيث ان هذا النعي سديد، ذلك ان وجود السند التنفيذي بيد الحاجز في الحجز التنفيذية يؤدي الى تأكيد وجود حقه. ويقع على عاتق من يريد المنازعة فيه، ان يرفع دعوى للتمسك ببطالان الحجز. أما الحجز التحفظي فانه لا يسلترم سندا تنفيذيا. وانما هو اجراء وقتي، حتى يستوفي الحاجز مقدمات التنفيذ. لذا

يوجب القانون عليه ان يبادر بعد الحجز برفع دعوى صحة الحجز على المحجوز عليه وذلك للحصول على سند تنفيذي في مواجهته وبطلب الحاجز في هذه الدعوى الحكم بثبوت حقه المحجوز من أجله، وبصحة اجراءات الحجز . ولكن الغرض الأساسي منها هو تزويد الحاجز بسند تنفيذي يؤكد حقه، أما مسألة صحة اجراءات الحجز فمسألة ثانوية في هذه الدعوى، وترفع تلك الدعوى الى المحكمة المختصة وفقاً للقواعد العامة في شأن الدعاوي التي ترمي الى الحصول على سند تنفيذي — دعاوي الالزام — أي انها ترفع الى المحكمة الجزئية أو المحكمة الابتدائية وفقاً لقيمة الدين المحجوز من أجله م ٧/٤٩ من قانون الاجراءات المدنية وأمام محكمة موطن المدعى عليه م ١/٣١ من القانون المذكور، أما اذا كانت الدعوى بالحق مرفوعة من قبل أمام محكمة أخرى ، فترفع الدعوى لنفس المحكمة لتنظر فيهما معاً م ٣/٢٥٥ ، ٢/٢٦١ من القانون السالف .

لما كان ذلك وكان الثابت من الأوراق ان المطعون ضده بعد ان تحصل على الحكم رقم ٢٠١٠/١٣٦ تجاري كلي ابوظبي بتاريخ ٢٩/٤/٢٠١٠ وقبل صيرورته نهائياً استصدر بتاريخ ١١/٥/٢٠١٠ من قاضي الأمور المستعجلة أمر الحجز رقم ٢٠١٠/٨٦٨ مستعجل ابوظبي ثم أقام بشأنه الدعوى موضوع الحكم المطعون فيه بدعوى أصلية ومن ثم فان الاختصاص المحلي بنظرها ينعقد للمحكمة التي يقع بدائرتها موطن المدعى عليه — الطاعن — واذ كان ذلك وكان الثابت من مطالعة صحيفة الدعوى ان موطن الطاعن هو اماره دبي ومن ثم فان محكمة دبي الابتدائية تكون هي المختصة محلياً بنظر الدعوى — لما كان ذلك وكان الحكم الابتدائي المؤيد بالحكم المطعون فيه قد خالف هذا النظر ومن ثم فانه يكون قد خالف القانون واخطأ في تطبيقه بما يوجب نقضه لهذا الوجه دون حاجة لبحث باقي أوجه الطعن. وحيث ان الموضوع صالح للفصل فيه فان هذه المحكمة تتصدى للفصل في الموضوع حسبما سيرد في المنطوق.

الرئيس : المستشار: إمام البدري – رئيس الدائرة.

الأعضاء : المستشار / عبدالصمد عبدالعزيز المستشار / عرار خريس.

٢٤م - (الطعن رقم ١٠٧٥ لسنة ٢٠١٠ س ٥ ق. أ)

(١) طعن "نطاق الطعن بالنقض". "المصلحة والصفة في الطعن" "ما يجوز ولا يجوز الطعن فيه". نقض "نطاق الطعن بالنقض" "المصلحة والصفة في الطعن بالنقض". "مايجوز وما لا يجوز الطعن فيه". نظام عام. محكمة النقض "سلطتها".

■ عدم جواز توجيه الطعن بالنقض إلا لمن كان خصماً أمام محكمة الموضوع. المادة (١٠٥) من قانون الإجراءات المدنية.

■ قابلية الحكم للطعن فيه. تعلقه بالنظام العام. تتصدى له محكمة النقض من تلقاء نفسها. مثال.

(الطعن رقم ١٠٧٥ لسنة ٢٠١٠ س ٥ ق. أ مدني - جلسة ٢٠١١/٢/٢٢) ٣٩ ص ٢٧٦

(٢) تنفيذ. إشكالات التنفيذ. قضاء مستعجل. حكم "تسببه. تسبب غير معيب". نقض "أسباب الطعن. ما لا يقبل منها". طعن "أسباب الطعن بالنقض. ما لا يقبل منها". قانون "تطبيقه".

■ قاضي التنفيذ. ينظر الإشكال في التنفيذ بوصفه قاضياً للأمور المستعجلة. مؤدى ذلك: إصداره حكماً وقتياً من ظاهر الأوراق. ودون المساس بأصل الحق. بوقف التنفيذ أو الاستمرار فيه.

■ عدم جواز تعمق قاضي التنفيذ في بحث المستندات. لمساس ذلك بحجية الحكم المنفذ به.

■ قيام منازعة بين طرفي التنفيذ متصل بأصل الحق. توجب على قاضي التنفيذ الحكم برفض الإشكال. والاستمرار في التنفيذ. مثال.

المحكمة

حيث إن الوقائع - حسبما يبين من الحكم المطعون فيه وسائر الأوراق - تتحصل في إن الطاعن أقام الإشكال رقم ٣٨٢ لسنة ٢٠١٠ أبوظبي على المطعون ضدهم عدا الرابعة - - بطلب الحكم بقبول الإشكال شكلاً وفي الموضوع بوقف إجراءات تنفيذ السند التنفيذي مؤقتاً حين الفصل في الإشكال. وقال شرحاً لأسبابه ١- أن السند التنفيذي تضمن عيوباً كثيرة إذ خالف الواقع وأعرض عن المحررات العرفية والرسومية وجاءت أسبابه فاسدة ومخالفة للثوابت القضائية وأحكام القانون وأنه ضمن ذلك بمذكرة الطعن رقم ٣٦٩ لسنة ٢٠١٠ ومنها أيضاً إقامة الدعوى من وعلى غير ذي صفة. ٢- أنه التمس في السند التنفيذي وضمن

أسبابه أسباباً تنال منه وتؤثر عليه كسند تنفيذي. ٣- أن الظروف المحيطة بواقعة الدعوى تقضي بانفراذه برخصة مكتب أبوظبي للسفرات منذ عام ١٩٦٦ دون مشاركة أحد له فيه وأن رخصة مؤسسة الجمال وشركة بني ياس للتجارة في أبوظبي ودبي وشركة أبوظبي للتجارة والمقاولات تعود كلها للمستشكل ضده الأول. ٤- أن تنفيذ السند التنفيذي يمثل خطراً جسيماً يهدد مستقبله ويفضي إلى ضرر يستحيل تداركه لأن محل السند التنفيذي يمارس أعمال تجارته. ٥- أن السند التنفيذي لا يصلح سنداً تنفيذياً وأن الحكم الذي سيصدر من محكمة الطعن بوقف تنفيذه يفقده صفته كسند تنفيذي مؤقت. وبالجلسات قدم الطاعن مذكرة ضمنها أسباباً لإشكاله أولها - انقضاء حقوق المطعون ضدهم انقضاء واضحاً من ظاهر المستندات ولسبب لاحق لصدور الحكم المستشكل فيه إذ تنازلت كل من و في ١٨/٥/٢٠١٠ عن السند التنفيذي أمام كاتب العدل وأنه لا أثر على رجوعهما الثابت في محضر جلسة ٢٦/٥/٢٠١٠ لأن إقرارهما إقرار موثق ويعتبر سند تنفيذي وفقاً للمادة ٢٢٥/٢-ب - من قانون الإجراءات المدنية وأنه أقام الدعوى رقم ٨٤٤ لسنة ٢٠١٠ تجاري كلي أبوظبي لإثبات صحة الإقرار المذكور. ثانيها - أن الحكم المستشكل فيه قضى للمطعون ضدهم بأكثر مما طلبوه إذ اشتملت أسبابه مكاتب أبوظبي للسفرات حال أن عقد التأسيس محله لم يتضمن سوى مكتب أبوظبي للسفرات دون فروعه المختلفة. ثالثها - أنه أقام التماس إعادة نظر برقم ٣ لسنة ٢٠١٠ أبوظبي طرح فيه ما سهى عنه الحكم السالف. رابعها - أن النزاع الدائر بين المطعون ضده الأول وولده أسفر عن مستندات مؤثرة في الحكم المستشكل فيه وتنال منه وأنها كانت خافية عليه وطلب وقف تنفيذ الحكم المستشكل فيه حين الفصل في موضوع الدعوى رقم ٨٤٤ لسنة ٢٠١٠ تجاري كلي أبوظبي وموضوع التماس إعادة النظر رقم ٣ لسنة ٢٠١٠ والطعن رقم ٣٦٩ لسنة ٢٠١٠ تجاري.

وبتاريخ ٢٨/٧/٢٠١٠ حكمت المحكمة برفض الإشكال والاستمرار في التنفيذ. لم يرق ذلك القضاء للطاعن واستأنفه الطاعن بالاستئناف رقم ٨٠٤ لسنة ٢٠١٠ أبوظبي. وبتاريخ ١٢/١٠/٢٠١٠ قضت المحكمة برفض الاستئناف وتأييد الحكم المستأنف. لم يرق ذلك الحكم للطاعن وطعن عليه بطريق النقض. عرض الطعن على هذه المحكمة في غرفة مشورة فرأت أنه جدير بالنظر وحددت جلسة لنظره. حيث إن المقرر في قضاء هذه المحكمة أن مؤدى نص المادة ١٥٠ من قانون الإجراءات المدنية أن الطعن من المحكوم عليه لا يجوز توجيهه إلا لمن كان خصماً له أمام محكمة الموضوع، وأن مدى قابلية الحكم للطعن فيه من النظام العام وتتصدى له المحكمة من تلقاء نفسها. لما كان ذاك وكانت المطعون ضدها الرابعة لم تكن خصماً للطاعن أمام محكمة الموضوع. ومن ثم فإنه لا يجوز اختصاصها في هذا الطعن ويتعين لذلك عدم قبول الطعن قبلها. وحيث إن الطعن بالنسبة لباقي المطعون ضدهم استوفى أوضاعه الشكلية. وحيث إن الطاعن ينعى على الحكم المطعون فيه مخالفة القانون والخطأ في تطبيقه والقصور في التسبيب والفساد في الاستدلال بثلاثة أسباب حاصلها أنه تمسك أمام محكمة الموضوع بانقضاء حق كل من المطعون ضدها الرابعة وكل من في السند التنفيذي لتنازلهم عنه أمام كاتب العدل بأبوظبي بالمرحور الموثق برقم ١٠٠٢٠٠٧٦٠٣

بتاريخ ٢٠١٠/٥/١٨ وإقرار المطعون ضدها الرابعة بصحته وبعدم طعن الأخيرتين على الإقرار بثمة مطعن ينال منه رغم رجوعهن عنه، وأن السند التنفيذي قضى للمطعون ضدهم بأكثر من حقوقهم إذ اشتملت أسبابه مكاتب أبوظبي للسفرىات رغم أن عقد تأسيس مجموعة شركات و الموثق لدى كاتب العدل في ١٠/٩/١٩٧٩ لم يرد به سوى مكتب المسجل لدى بلدية الدائرة التجارية برقم ٣٣٦٤ في ١٥/٣/١٩٧٦ دون غيره من مكاتب أبوظبي المنتشرة بمدن وإمارات دولة الإمارات العربية المتحدة، وأن المطعون ضدهم نازعه في شرائه لحصة شريكه في مكتب في الدعوى رقم ٢٩٨ لسنة ٢٠٠٥ التي ما زالت متداولة حتى الآن، وأن الحكم التفت عن النزاع الدائر بين المطعون ضده الأول ولده الذي أسفر عن مستندات مؤثرة في السند التنفيذي وكانت خافية عليه منها التعميم الإداري رقم ٣٢ لسنة ٢٠٠٢ الخاص بإعادة تنظيم وتوزيع شركات مجموعة والإدارة فيها والذي ورد به أن محلات ضمن الشركات التجارية التابعة للإدارة العامة لمجموعة وهو ما يخرج تلك المحلات من عقد تأسيس مجموعة شركات و، وكذلك الوكالة الصادرة من المذكور لولده في ٢٢/١/١٩٩٩ للتصرف الشامل لكل المعاملات عن الشركات والمؤسسات والأموال والعقارات وكان من بينها بعض الشركات التي دخلت المجموعة وأيضاً إقرار تنازل من المذكور لولده وكلها ظهرت لاحقاً في ١/٣/٢٠١٠ بعد صدور السند التنفيذي وأنه تمسك بتلك المستندات في الالتماس رقم ٣ لسنة ٢٠١٠. إلا أن الحكم الابتدائي المؤيد بالحكم المطعون انتهى إلى رفض الإشكال واكتفى بالقول بأن المذكورتين حضرتا أمام المحكمة بجلسة ٢٣/٥/٢٠١٠ وأثبتتا تراجعهما عن تنازلهما عن السند التنفيذي ولم يعبأ بطلباته.

وحيث إن هذا النعي غير سديد. ذلك أن قاض التنفيذ ينظر الإشكالات، بوصفه قاضياً للأمر المستعجلة. ولذا فإنه يفصل فيها، وفقاً للقواعد العامة المتبعة في الدعاوى المستعجلة. فهو يصدر حكماً وقتياً بوقف التنفيذ أو الاستمرار فيه. ويبني هذا الحكم على أساس ترجيح موقف أحد الخصمين، بناء على ظاهر المستندات وله في سبيل ذلك أن يتعرض لما يثار أمامه من نزاع في الوقائع ليقدر مدى جديته، كما يحسم ما يثار أمامه من خلاف في مسألة قانونية. ولكنه لا يتعرض لأصل الحق أو يحسم موضوع النزاع فلا يسبب حكمه بوقف التنفيذ على أساس اقتناعه بعدم عدالته أو بطلانه، أو على أساس أن السند التنفيذي حكم من المرجح أن تلغيه محكمة الطعن. كما لا يجوز أن يتعرض لتفسير الحكم الذي يجري التنفيذ بمتقضاه. لما كان ذلك وكان يجوز للمنفذ ضده أن يستشكل في التنفيذ على سند من أن الدين قد انقضى بالإبراء وفي هذه الحالة يتعين على قاض التنفيذ أن يبحث هذا الدفاع فإن استبان له من ظاهر الأوراق أنه يقوم على سند من الجد فإنه يقضي بوقف التنفيذ وإلا قضى برفض الإشكال وبالاستمرار في التنفيذ، وإذا قام نزاع جدي حول حصول الإبراء أو كانت عبارات السند لا تفيد الإبراء أو كانت هذه العبارات يكتنفها الغموض وفي حاجة لتدخل قاضي الموضوع لتفسيرها وتبديد ما اعترأها من إبهام ففي جميع هذه الحالات يتعين على قاضي التنفيذ أن يقضي برفض الإشكال والاستمرار في التنفيذ، وكان الحكم الابتدائي المؤيد بالحكم المطعون فيه قد أقام قضاءه برفض

الإشكال والاستمرار في التنفيذ على ما أورده بمدوناته رداً على السبب الأول (أن البادي للمحكمة من ظاهر المستندات أن المستشكل ضدّهما المذكورتين قد مثلتا أمام المحكمة بتاريخ ٢٣/٥/٢٠١٠ وأثبتتا أمامها أنهما قد تراجعتا في هذا التنازل ووقعتا بذلك ومن ثم فإن هذا الإقرار صار محل منازعة ومن ثم فلا يجوز للمحكمة أن تعتد به في انقضاء الحق المطالب به سيما وأن الفصل في مدى صحة هذا الإقرار والأخذ به من عدمه هو من قبيل المنازعات الموضوعية في التنفيذ والتي لا تختص به هذه المحكمة بحسبان أن فيه مساس بأصل الحق ومن ثم تقضي برفضه). وفي رده على السبب الثاني (ليس لمحكمة الإشكال أن تبحث الحكم الصادر في الموضوع من حيث صحته أو بطلان لحقه أو اتصل بإجراءات الدعوى لما في ذلك من مساس بحجبه الأحكام وأن هذا السبب ... يحمل تجريحاً وطعنًا في الحكم ومساساً بحجتيه....). وفي رده على السبب الثالث (أنه لا يترتب على رفع الالتماس أو قبوله وقف تنفيذ الحكم ... وأن إقامة الالتماس لا ينهض سبباً لوقف التنفيذ). وكان ذلك منه سائغاً وكافياً لحمل قضائه وله أصله الثابت في الأوراق، هذا بالإضافة إلى أن البادي من الأوراق أن الدعوى رقم ٨٤٤ لسنة ٢٠١٠ تجاري كلي أبوظبي التي كان أقامها الطاعن بصحة ونفاذ إقرار التنازل المؤرخ ١٨/٥/٢٠١٠ سالف الذكر قد قضى فيها بالرفض وتأيد ذلك القضاء في الاستئناف رقم ١١١٩ لسنة ٢٠١٠ تجاري أبوظبي، كما قضى فيها في الالتماس رقم ٣ لسنة ٢٠١٠ أنف البيان بعدم قبوله، وصار السند التنفيذي باتاً لرفض الطعن بالنقض عليه في الطعن رقم ٣٦٩ لسنة ٢٠١٠. ومن ثم يكون النعي على غير أساس. ولما تقدم فإنه يتعين رفض الطعن.

الرئيس : المستشار: إمام البدي – رئيس الدائرة.

الأعضاء : المستشار / عبدالصمد عبدالعزيز المستشار / عرار خريس.

٢٥ م - (الطعن رقم ٢٤٩ لسنة ٢٠١١ س ٥ ق أ)

(١) طعن " المصلحة والصفة في الطعن . نقض " المصلحة والصفة في الطعن بالنقض " .

■ عدم قبول الطعن الذي لا يكون لصاحبه مصلحة فيه . مثال .

(٢) عقد " آثار العقد " . وكالة . إنابة . حكم " تسببيه . تسبیب معيب " . نقض " أسباب الطعن بالنقض . ما يقبل منها " . إثبات " بوجه عام " " الإثبات بالكتابة " .

■ انصراف آثار العقد الذي يعقده النائب في حدود إنابته إلى الأصل . أساس ذلك ؟

■ الكتابة دليل من أدلة الإثبات . أساس ذلك ؟ مثال .

المحكمة

حيث ان وقائع الدعوى كما يبين من الحكم المطعون فيه وسائر الأوراق - تتلخص في الطاعن أقام الدعوى رقم ٢٠١٠/٨٩٤ على أساس انه بموجب عقد حجز مؤرخ في ٢٦/١٠/٢٠٠٨ اشترى من المدعى عليها الأولى شركة " " المطعون ضدها الأولى بواسطة المدعى عليها الثانية شركة " الإمارات " المطعون ضدها الثانية بصفتها وكيله عن البائعة الوحدة السكنية رقم ٤٠١/٤٠ من برج " بانوراماهايتس " الكائن بجزيرة الريم بأبوظبي بثمان إجمالي قدره (١١,٨٥٤,٠٩٢) درهم سدده للوكيلة بكامله كما هو ثابت في العقد ، إلا ان المدعى عليهما امتنعتا عن تحرير عقد البيع النهائي معه وتسليمه المبيع وتسجيله باسمه رغم إنذارهما بتاريخ ٢٠١٠/٢/٧ وتاريخ ٢٠١٠/٥/١٣ مما يعد إخلالاً منهما بالتزاماتهما العقدية . لذلك طلب أساساً الحكم بفسخ العقد وإلزام المدعى عليهما بأن تردا له ثمن البيع وتؤديا له بالتضامن تعويضاً قدره (٣,٥٥٦,٢٢٧) درهم عن الضرر الذي لحقه جراء عدم التنفيذ وعن حرمانه من الانتفاع بأمواله ، واحتياطياً إلزامهما بتحرير عقد البيع النهائي وتسليم المبيع وتسجيله باسمه .

أجابت المدعى عليها الأولى بانها لم توكل المدعى عليها الثانية بالبيع ولم تتسلم منها الثمن وطالبت المدعى بإبراز الوكالة . وطلبت المدعى عليها الثانية إخراجها من الدعوى لكونها تعاقدت مع المدعى بصفتها وكيله عن البائعة واثرت العقد لا ينصرف إليها وإنما للبائعة . وبتاريخ ٢٨/٩/٢٠١٠ حكمت ابتدائية أبوظبي بفسخ العقد وإلزام المدعى عليها الأولى بان ترد للمدعى ثمن البيع البالغ (١١,٨٥٤,٠٩٢) درهم وتعويضاً قدره (٥٠٠) ألف درهم بعله ان أثر العقد ينصرف للمدعى عليها الأولى لكونها كما ثبت بالعقد وكلت المدعى عليها الثانية بإبرام البيع مع المدعى ، وانها تبعاً لذلك قد أخلت بالتزامها بنقل ملكية المبيع للمدعى ، مما يبرر فسخ العقد " . استأنفت المدعى عليها الأولى هذا الحكم تحت رقم ٢٠١٠/١٢١٨ في مواجهة المدعى والمدعى عليها الثاني

فقضت محكمة الاستئناف بعدم جواز الاستئناف في مواجهة المدعى عليها الثانية وألغته فيما قضى به للمدعي وقضت بعدم قبول دعواه بعلّة " أن العقد لا يلزم المدعي عليها الأولى لكونها أنكرت توكيل المدعي عليها الثانية إبرامه مع المدعي وتسلمها ثمن البيع والمدعي لم يثبت وجود التوكيل المعتمد عليه في إبرام البيع ". طعن المدعي في هذا الحكم بالنقض المائل وقدمت المطعون ضدها الأولى مذكرة رد طلبت فيها رفض الطعن، وقدمت المطعون ضدها الثانية مذكرة رد طلبت فيه أساساً عدم قبول الطعن واحتياطياً رفضه .

وإذ عرض الطعن على هذه المحكمة في غرفة مشورة رأت أنه جدير بالنظر فحددت جلسة لنظره .

في قبول الطعن:

بناء على المادة (٢) من قانون الإجراءات المدنية وبمقتضاها فإنه لا يقبل أي طلب لا يكون فيه لصاحبه مصلحة قائمة ومشروعة. لما كان ذلك، وكان يبين من تعليقات الحكم الابتدائي أن المطعون ضدها الثانية باعت الوحدة السكنية محل التداعي للطاعن بصفتها وكيله عن مالكتها المطعون ضدها الأولى وفق ما طلبه الطاعن بموجب صحيفة دعواه . مما يفيد أن الحكم استجاب لطلب الطاعن وبذلك لم يستأنفه . والحكم المطعون فيه لما قضى بعدم جواز استئناف المطعون ضدها الأولى للحكم الابتدائي في مواجهة المطعون ضدها الثانية إنما يكون قد أكد ما انتهى إليه هذا الحكم من كون المطعون ضدها الثانية قد تصرفت كوكيله عن المطعون ضدها الأولى (البائعة) وحاز في ذلك قوة الأمر المقضي . وبالتالي فالطاعن لم يتضرر من الحكم المطعون فيه مما تنعدم معه مصلحته في الطعن عليه بالنقض في مواجهة المطعون ضدها الثانية. ولما كانت المصلحة لازمة لقبول الطعن وهي منعدمة لدى الطاعن ، فإن الطعن المقدم منه ضد الحكم المطعون فيه في مواجهة المطعون ضدها الثانية غير مقبول لانعدام المصلحة فيه.

وحيث أن الطعن استوفى أوضاعه الشكلية بالنسبة للمطعون ضدها الأولى .

وحيث ينعي الطاعن على الحكم المطعون فيه القصور في التسبيب ومخالفة القانون والثابت بالأوراق ذلك أنه ألغى الحكم الابتدائي وقضى بعدم قبول دعواه في مواجهة المطعون ضدها الأولى سنداً إلى أنها لم توكل المطعون ضدها الثانية لبيع الوحدة السكنية محل التداعي إليه ولم تتسلم منها ثمن البيع، فضلاً عن أنها باعت جميع وحدات المبنى لشركة داينستي الزرعوني قبل أن تبيع الوحدة للطاعن . ولذلك فالبيع لا يلزم المطعون ضدها الأولى لكونه أبرم من المطعون ضدها الثانية خارج حدود الوكالة . في حين أن عقد البيع ملزم للمطعون ضدها الأولى وينصرف أثره إليها عملاً بالمادة ١٥٣ معاملات مدنية لكون المطعون ضدها الثانية أبرمته مع الطاعن بصفتها وكيله عنها كما هو ثابت من البند ١٠/٥ من الاتفاقية المؤرخة في ٢٩/٧/٢٠٠٨ الذي نص على أن المطعون ضدها الأولى وكلت المطعون ضدها الثانية لبيع المبنى الموجودة به الوحدة محل التداعي لشركة داينستي الزرعوني وللغير كذلك . فضلاً عن هذا فالمطعون ضدها الأولى أجازت البيع المنعقد للطاعن لما طلبت من الطعون ضدها الثانية بموجب الكتاب المؤرخ ٢٨/٤/٢٠٠٩ تزويدها بنسخ عقود البيع التي أبرمتها مع

شركة داينستي ومع مشتريين آخرين، وبموجب الدعوى رقم ٢٠١٠/٢٢٩ التي أقامتها ضد المطعون ضدها الثانية وطلبت فيها من المحكمة تحديد العقود الصادرة من المطعون ضدها الثانية لشركة داينستي أو لمشتريين آخرين .

وحيث ان هذا النعي سديد لما هو مقرر بالمادة ١٥٣ معاملات مدنية من انه " إذا أبرم النائب في حدود نيابته عقداً باسم الأصيل فإن أحكام هذا العقد وما ينشأ عنها من التزامات تضاف إلى الأصيل. ولما هو مقرر بالمادة ١١٢ من ذات القانون من ان الكتابة من أدلة الاثبات. لما كان ذلك وكان الثابت من عقد البيع المؤرخ في ٢٠٠٨/١٠/٢٦ انه نص على ان المطعون ضدها الثانية أبرمت البيع مع الطاعن كوكيلة عن المطعون ضدها الأولى البائعة وبموجب سند توكيل، وكان هذا التوكيل ثابتاً بالاتفاقية المؤرخة في ٢٠٠٨/٧/٢٩ التي نصت في بندها ٥/١٠ على ان المطعون ضدها الأولى توكل المطعون ضدها الثانية لبيع المبنى الموجودة به الوحدة السكنية محل التداعي لشركة داينستي الزرعوني أو لمشتريين آخرين . وهو ما يدل على ان الوكالة التي ادعى الطاعن ان المطعون ضدها الثانية أبرمت معه البيع استناداً إليها ثابتة بأدلة كتابية ، فضلاً عن ان المطعون ضدها الثانية أقرت بأنها تصرفت كوكيلة عن المطعون ضدها الأولى وفي حدود الوكالة . ومحكمة الاستئناف لما خلصت إلى أن البيع لا يلزم المطعون ضدها الأولى لكونها أنكرت توكيل المطعون ضدها الثانية لإبرامه مع الطاعن ولكون هذا الأخير لم يثبت الوكالة وقضت بعدم قبول دعواه . ورغم ان الوكالة ثابتة بأدلة كتابية في عقد البيع واتفاقية التوكيل المؤرخة في ٢٠٠٨/٧/٢٩ وبإقرار الوكالة نفسها المطعون ضدها الثانية وهو ما يدل على ان هذه الأخيرة تصرفت كوكيلة وفي حدود الوكالة الممنوحة لها، فإن المحكمة تكون قد أهملت مضمون أدلة كتابية لا يكفي الإنكار المجرد لدحضها مما أدى إلى مخالفتها لأحكام المادة ١٥٣ معاملات مدنية فيما تقرره من أن الوكيل الذي يبرم في حدود وكالته عقداً باسم الأصيل فان أحكام العقد تنصرف إلى الأصيل وعرضت بذلك حكمها للنقض. وحيث ان موضوع الاستئناف صالح للبت فيه، فإن المحكمة تتصدى للحكم فيه عملاً بالمادة ١٨٤ إجراءات مدنية. وحيث ان الحكم الابتدائي لما قضى بفسخ البيع وبرد الثمن مع التعويض بعلّة ان المطعون ضدها الثانية أبرمت البيع مع الطاعن بصفتها وكيلة وألزمت المطعون ضدها الأولى بالبيع يكون قد طبق أحكام المادة ١٥٣ معاملات مدنية تطبيقاً سليماً مما ينبغي معه تأييده في ذلك.

الرئيس : المستشار: إمام البدري – رئيس الدائرة.

الأعضاء : المستشار / عبدالصمد عبدالعزيز المستشار / عرار خريس.

المستشار / البشري الشروبجي المستشار / عبدالمنعم محمود .

٢٦ م - (الطعن رقم ٨٦ لسنة ٢٠١١ س ٥ ق. أ)

نظام عام. طعن " الطعن بالنقض. ما يجوز وما لا يجوز الطعن فيه ". نقض " ما يجوز وما لا يجوز الطعن فيه ". محكمة النقض " سلطتها ".

■ سلطة محكمة النقض في التصدي من تلقاء نفسها للأسباب المتصلة بالنظام العام ومنها ما يتعلق بنظام التقاضي . ولو لم يثرها الخصوم.

■ قضاء الحكم المطعون فيه بإلغاء الحكم المستأنف وإعادة القضية إلى محكمة أول درجة للفصل في موضوعها. بعد أن رفضت الدفع بعدم اختصاص المحكمة بنظر الدعوى. لا يعد حكماً منهيّاً للخصومة كلها. مما يجوز الطعن فيه بالنقض. ولا يندرج ضمن الحالات المستثناة في المادة (١٥١) من قانون الإجراءات المدنية. أساس ذلك ؟

المحكمة

حيث ان الوقائع تجمل في أن المطعون ضدها أقامت على الطاعنة الدعوى رقم ٢٠١٠/١٥٥٩ تجاري كلي أبوظبي بطلب الحكم بإلزامها بدفع القيمة المستحقة لها عن إسكان ١٠٣٦ عامل بواقع ٣٩٠ درهم شهرياً من تاريخ ٢٠١٠/٩/٣٠ ودفع تعويض بنسبة ٥٪ عن المثل في السداد وحتى تمام الإخلاء وفقاً لقرار المجلس التنفيذي والمؤسسة العليا للمناطق الاقتصادية المتخصصة والحكم بأداء مبلغ ٢٥٢,٣٨٧ درهم وما يستجد من أجرة وإخلاء المدعى عليها من الغرف أرقام ١-٢٢ ومن ١٠١ حتى ٢٢٦ من المبنى رقم ٣ بمجمع الظبي رقم ٧ بمدينة إيكاد السكنية ، وذلك على سند من صدور قرار المجلس التنفيذي بتحديد القيمة الإيجارية في المدن العمالية بمبلغ ٣٩٠ درهم شهرياً عن كل سرير وأن السكن مفروش بينما صدر قرار المؤسسة العليا للمناطق الاقتصادية المتخصصة بتخصيص مدينة إيكاد لسكن عمال المصانع فقط، ولكن الشركة المدعى عليها شركة مقاولات بما يستوجب طلب الإخلاء حيث خصص لعمال المقاولات مساكن بمنطقة حميم وبجلسة ٢٠١٠/١٢/١٦ حكمت المحكمة بعدم اختصاصها ولائياً بنظر الدعوى وإحالتها بحالتها إلى لجنة فض المنازعات الإيجارية ، استأنفت المؤسسة المطعون ضدها هذا الحكم برقم ٢٠١١/٤٦ وبجلسة ٢٠١١/٣/١٦ قضت محكمة الاستئناف بإلغاء الحكم المستأنف القاضي بعدم اختصاص المحكمة التي أصدرته بنظر الدعوى والقضاء من جديد باختصاصها مع إرجاع القضية للمحكمة الابتدائية للنظر في الموضوع. أقامت الشركة المدعى عليها طعنها بالنقض المائل الذي حددت هذه المحكمة في غرفة مشورة جلسة لنظره.

وحيث إن النص في المادة ١٥١ من قانون الإجراءات المدنية على أنه (لا يجوز الطعن في الأحكام التي

تصدر أثناء سير الدعوى ولا تنتهي بها الخصومة إلا بعد صدور الحكم المنهي للخصومة كلها وذلك فيما عدا الأحكام الوقتية والمستعجلة والصادرة بوقف الدعوى والأحكام القابلة للتنفيذ الجبري والأحكام الصادرة بعدم الاختصاص وكذلك الأحكام الصادرة بالاختصاص إذا لم يكن للمحكمة ولاية الحكم في الدعوى ، يدل على أن المشرع وضع قاعدة عامة تقضي بعدم جواز الطعن استقلالا في الأحكام الصادرة أثناء سير الخصومة قبل الحكم الختامي المنهي لها حسبما ترددت أمام محكمة أول درجة ولم يستثن المشرع من ذلك سوى الأحكام الواردة في النص على سبيل الحصر ، ولما كان من المقرر - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - أن مدى قابلية الحكم للطعن فيه من الأمور المتعلقة بالنظام العام لاتصالها بالأصول التي يقوم عليها نظام التقاضي والمحكمة أن تتصدى له من تلقاء نفسها ، وكان قضاء الحكم المطعون فيه بإلغاء الحكم المستأنف وبإعادة القضية إلى محكمة أول درجة للفصل في موضوعها بعد أن خلصت محكمة الاستئناف إلى رفض الدفع بعدم اختصاص المحكمة بنظر هذا الموضوع لا يعد حكماً منهيّاً للخصومة كلها ولا يندرج ضمن الأحكام المستثناة في المادة ١٥١ سالفه البيان ومن ثم فإن الطعن فيه بطريق النقض يكون غير جائز. وحيث إنه ولما تقدم يتعين القضاء بعدم جواز الطعن.

الرئيس : المستشار: إمام البدري - رئيس الدائرة.

الأعضاء : المستشار / عبد الصمد عبد العزيز المستشار / عرار خريس.

٢٧ م - (الطعن رقم ١٢٢ لسنة ٢٠١١ س ٥ ق أ) جلسة ٢٠١١/١٠/٢٠ (مدني)

مؤسسات " مؤسسات خاصة " . موظفون عموميون . قانون " القانون الواجب التطبيق " .
حكم " تسببيه . تسبب معيب " . نقض " أسباب الطعن بالنقض . ما يقبل منها " .
■ المؤسسات الخاصة خضوعها في علاقاتها مع العاملين لديها لأحكام قانون العمل ولو كانت تقوم على إدارة مرفق عام وتؤدي خدمة عامة .
■ مثال المؤسسة تملك الدولة ٦٠٪ من أسهمها والباقي تملكه شركة خاصة . وتهدف إلى تطوير رياضة السيارات في الدولة .

المحكمة

حيث إن الوقائع كما يبين من الحكم المطعون فيه وسائر الأوراق تتلخص في أن المطعون ضدها أقامت الدعوى رقم ٢٠١٠/١٤٧ على أساس أنها عملت منذ ٢٠٠٨/١١/١٦ كمديرة للموارد البشرية لدى المدعى ليها - الطاعنة ، وأن هذه الأخيرة انتدبتها للعمل داخل الفيفا التي حددت مدة هذا الانتداب في أسبوعين فقط . إلا أنها فوجئت بالمدعى عليها تصدر في ٢٠٠٩/١٢/١٥ قراراً بمنع عودتها للعمل لديها بعد انتهاء مدة انتدابها لدى الفيفا لحين الانتهاء من إجراءات التأديب المتخذة بحقها . ونظراً لأن المدعى عليها لم تتخذ أي إجراء تأديبي في حقها ولم يتم التحقيق معها في أية مخالفة تكون قد نسبت إليها ، لذا فإنها تطلب الحكم بإلزام المدعى عليها بأن تعيدها إلى عملها وبنفس الوظيفة وأن تؤدي لها تعويضاً بتقدير المحكمة عما لحقها من ضرر أدبي من جراء ما ذكر .

لم تجب المدعى عليها ، فحكمت ابتدائية أوظيفي في ٢٠١٠/١١/٩ بعدم قبول الدعوى لكون الشركة المدعى عليها من أشخاص القانون الخاص وتخضع لقانون العمل والمديعية لم تلجأ قبل رفعها للمحكمة إلى دائرة العمل لتسوية النزاع ودياً عملاً بالمادة ٦ من قانون العمل .

استأنفت المدعية هذا الحكم تحت رقم ٢٠١٠/٩٢ فألغته محكمة الاستئناف وقضت بإعادة الدعوى إلى محكمة أول درجة سنداً إلى أن الشركة المدعى عليها من المشروعات الحكومية المستثناة مع العاملين فيها من تطبيق قانون العمل .

فطعنت الشركة المدعى عليها في هذا الحكم بالنقض المائل وقدمت المطعون ضدها مذكرة رد طلبت فيها رفض الطعن .

وإن عرض الطعن على هذه المحكمة في غرفة مشورة رأت انه جدير بالنظر وحددت جلسة لنظره .

وحيث إن الطعن أقيم على سببين تنعى الطاعنة فيهما على الحكم المطعون فيه مخالفة القانون والخطأ في

تطبيقه ، ذلك أنه من جهة اعتبر الشركة الطاعنة من أشخاص القانون الخاص الذين يخضعون لقانون العمل ، ومن جهة أخرى اعتبرها من المشروعات الحكومية المستثناة مع العاملين لديها من نطاق تطبيق قانون العمل بموجب المادة ٣ منه . في حين أن الشركات التي تثبت لها صفة التاجر حسب المادة ١٦ معاملات تجارية وتهدف إلى الربح حسب المادة ٤ من قانون الشركات التجارية تعتبر من أشخاص القانون الخاص وتخضع مع العاملين لديها لقانون العمل حتى ولو كانت جميع أسهمها مملوكة للدولة . والحكم المطعون فيه لما استثنى الطاعنة من الخضوع لقانون العمل ودون أن يبين ما هو القانون الذي تخضع له فيما لم يرد بشأنه نص خاص يكون قد خالف القانون .

حيث إن النعي سديد لما هو مقرر في قضاء هذه المحكمة من أن المؤسسات الخاصة ولو كانت تقوم على إدارة مرفق عام وتؤدي خدمة عامة فهي ليست من أشخاص القانون العام ، وإنما هي من أشخاص القانون الخاص والعاملون بها ليسوا موظفين بمفهوم القانون الإداري إذ أن أموالها ليست أموالاً عامة ، ولذلك فهي تخضع في علاقتها مع العاملين لديها لقانون العمل الاتحادي .

لما كان ذلك وكان يبين من النظام الأساسي للطاعنة أنها شركة ذات مسؤولية محدودة تملك الحكومة ٦٠٪ من أسهمها والباقي تملكه شركة خاصة . لذلك فهي وإن كانت تهدف إلى تطوير رياضة السيارات بالدولة ، فهي من أشخاص القانون الخاص وتخضع في علاقتها بالعاملين بها لقانون العمل .

ومحكمة الاستئناف لما ألغت الحكم الابتدائي وقضت بإعادة الدعوى إلى محكمة أول درجة بعلّة أن الشركة الطاعنة من المشروعات الحكومية ومستثناة هي والعاملين بها من تطبيق قانون العمل عملاً بالمادة ٣ منه - والحال أن الطاعنة تعتبر بموجب الفتوى الصادرة عن إدارة الفتوى والتشريع من أشخاص القانون الخاص لا يشملها الاستثناء الوارد بالمادة ٣ من قانون العمل ، وتخضع في علاقتها مع العاملين بها لأحكام هذا القانون ، فإنها تكون قد خالفت مقتضيات الفتوى المشار إليها أعلاه وعرضت بذلك حكمها للنقض .

وحيث إن موضوع الاستئناف صالح للحكم لذلك ترى المحكمة التصدي للبت فيه عملاً بالمادة ١٨٤ إجراءات مدنية.

وحيث إن الحكم الابتدائي حينما قضى بعدم قبول الدعوى معتمداً على أحكام المادة ٦ من قانون العمل بعلّة أن الطاعنة من أشخاص القانون الخاص وتخضع في علاقتها مع العاملين لديها لمقتضيات قانون تنظيم علاقات العمل يكون قد طبق صواباً صحيح القانون مما يتعين معه تأييده.

الرئيس : المستشار: إمام البديري - رئيس الدائرة.

الأعضاء : المستشار / عبدالصمد عبدالعزيز المستشار / عرار خريس. خريس.

٢٨ م - (الطعن رقم ٦٨١ لسنة ٢٠١٠ س ٥ ق. أ) جلسة ٢٠١١/٨/٢٣ (مدني)

محكمة الموضوع « سلطتها » . حكم « تسببيه . تسبب معيب » . نقض « أسباب الطعن بالنقض . ما يقبل منها » . إثبات « بوجه عام » « خبرة » . دفاع « الإخلال بحق الدفاع . ما يوفره » .

■ وجوب ابتناء الأحكام على أسباب واضحة جلية تحمل بذاتها للمطلع عليها الاعتقاد بأن المحكمة أحاطت بوقائع الدعوى عن بصر وبصيرة .

■ إغفال المحكمة دفاعاً جوهرياً للخصوم . قصور وإخلال بحق الدفاع . مثال .

■ عدم إجابة المحكمة طلب الطاعن الطعن بالتزوير على بيانات شهادة الإنجاز وهو الوسيلة الوحيدة لإثبات دفاعه . عيب .

المحكمة

حيث إن الوقائع - على ما يبين من الحكم المطعون فيه وسائر الأوراق - تتحصل في أن الطاعن أقام الدعوى رقم ٢٠٠٩/٣٦٧ مدني كلي أبوظبي على المطعون ضدهما بطلب الحكم بفسخ عقد الاستثمار المؤرخ ٢٠٠٤/٤/١٠ المبرم بينه وبين المطعون ضده الأول بشأن قطعة الأرض الصناعية رقم حوض ٤٠ م ٢٦ بالمصفح الصناعية وإلزامه بالإخلاء والتسليم خالية من الشواغل ، وقال شراحاً لدعواه أنه يستأجر قطعة الأرض المذكورة من دائرة البلدية بأبوظبي بموجب عقد إيجار سنوي في ٢٦/٢/٢٠٠٣ واتفق مع المطعون ضده الأول استثمار تلك الأرض بتأجيرها للأخير لمدة ١٢ سنة ببدل إيجار سنوي ١٢٠٠٠ درهم مضافاً إليها مدة عامين للبناء بدون إيجار بشرط أن يشيد المطعون ضده الأبنية الموضحة بالمخططات المعتمدة من البلدية حتى يتمكن الطاعن من أن يحصل على عقد إيجار لمدة ٣٠ سنة بدلاً من العقد السنوي ، إلا أن المطعون ضده وبعد أن وضع يده على الأرض لم يقيم بتشديد الأبنية ولم يوصل الخدمات للعقار وإنما قام بتأجير الأرض من الباطن لتجميع النفائات مما أدى إلى إلحاق الضرر بالطاعن وأصبح مهدداً بسحب قطعة الأرض منه فأقام الدعوى . وبتاريخ ٢٠٠٩/١٢/٣١ قضت محكمة أول درجة برفض الدعوى تأسيساً على انتفاء إخلال المطعون ضده بالتزاماته استناداً إلى شهادة الإنجاز التي قدمت والتي تفيد أن الطاعن قام بالبناء على الأرض محل عقد الاستثمار وفق المخططات الصادرة عن البلدية وأوصل الخدمات لها وأن الثابت من عقد الاستثمار أنه يبيع للمطعون ضده التأجير من الباطن وأن الطاعن تحقق له غرضه وحصل على عقد إيجار من البلدية لمدة ٢٩ عاماً . استأنف الطاعن هذا الحكم بالاستئناف رقم ٢٠١٠/١٠٠ أبوظبي وبتاريخ ٢٠١٠/٤/٢٨ قضت المحكمة بتأييد الحكم المستأنف تأسيساً على المستندات المقدمة من البلدية والتي تفيد إنجاز المباني وفقاً للمخططات الصادرة في هذا الشأن وأن الطاعن تحقق له غرضه بحصوله على عقد إيجار من البلدية طويل الأجل . طعن الطاعن في هذا

الحكم بطريق النقض بالطعن المائل وقدم المطعون ضده الأول مذكرة بالرد على أسباب الطعن طلب في ختامه رفض الطعن كما قدمت المطعون ضدها الثانية مذكرة بالرد طلبت في ختامها رفض إدخالها كخصم مدخل . وإذ عرض الطعن على هذه المحكمة في غرفة مشورة رأت أنه جدير بالنظر فحددت جلسة لنظره .

وحيث إن مما ينهه الطاعن على الحكم المطعون فيه الفساد في الاستدلال والإخلال بحق الدفاع وفي بيان ذلك يقول بأن الحكم المطعون فيه خلص في قضائه إلى عدم وجود خطأ في جانب المطعون ضده الأول واستند في ذلك إلى ما ورد بشهادة إنجاز المنشأة الصادرة عن البلدية المؤرخة ٢٧/٧/٢٠٠٥ رغم أن البيانات التي وردت بتلك الشهادة مغلوطة وتخالف البيانات الواردة بمحضر إثبات الحالة والمعاينة المعد من قبل مركز شرطة مصفح بتاريخ ٢٧/١٠/٢٠٠٨ بناء على أمر من النيابة العامة على العريضة رقم ٢٠٠٨/٤٦١٨ وأنه بمقارنة البيانات التي وردت بشهادة الإنجاز بالبيانات التي أثبتتها المعاينة يتبين أن ما جاء بالشهادة غير صحيح وأنها مزورة تزويراً معنوياً وإذ طلب الطاعن ندب خبير لتحقيق الواقع في الدعوى والوقوف على مدى مخالفة المطعون ضده الأول لما ورد بعقد الاستثمار والمخططات المعتمدة من البلدية وعدم تشييده الأبنية وعدم توصيل الخدمات للعقار وإذ التفت الحكم المطعون فيه عن هذا الطلب رغم جوهريته فإنه يكون معيباً بما يستوجب نقضه .

وحيث إن هذا النعي سديد ، ذلك أن المقرر أن الحكم يجب أن يبنى على أسباب واضحة جلية تحمل بذاتها ما يطمئن المطلع عليها أن المحكمة أحاطت بوقائع الدعوى وأدلتها عن بصر وبصيرة وأنها استندت وسائلها لكشف وجه الحق فيها وأنها ناقشت المستندات التي لها دلالتها في تكوين عقيدة المحكمة وأحاطت بمناحي دفاع الخصوم وأوجه دفاعهم الجوهرية . إغفال الحكم دفاعاً جوهرياً للخصوم يعيب الحكم بالقصور . وانه ولئن كانت محكمة الموضوع غير ملزمة بإجابة طلب الخصم ندب خبير في الدعوى إلا أن شرط ذلك أن يكون في أوراق الدعوى ما يكفي لتكوين عقيدتها . لما كان ذلك وكان الطاعن قد تمسك في دفاعه بالطعن بالتزوير المعنوي على البيانات التي تضمنتها شهادة الإنجاز المقدمة من المطعون ضدهما لاختلاف البيانات التي وردت بها عن البيانات التي وردت بمحضر المعاينة لأرض النزاع التي أجريت بمعرفة الشرطة بناء على أمر النيابة العامة وطلب ندب خبير لاستجلاء واقع الحال في الدعوى وترجيح أي من البيانات - شهادة الإنجاز - أو معاينة الشرطة - هي المطابقة لواقع الحال على أرض النزاع فإن طلب ندب خبير يكون هو وسيلته الوحيدة في الإثبات وإذ عرض الحكم عن طلب ندب خبير وعول في قضائه على شهادة الإنجاز على سند من أنها صادرة عن المطعون ضدها الثانية وأنها الجهة المنوط بها الوقوف على مدى الالتزام بالمخططات والرخص وكان هذا الذي أورده الحكم لا يواجه دفاع الطاعن ولا يصلح رداً عليه فإنه يكون معيباً بما يوجب نقضه دون حاجة لبحث السبب الآخر على أن يكون مع النقض الإحالة .

الرئيس : المستشار: عبد الصمد عبد العزيز - رئيس الدائرة.

الأعضاء : المستشار / عرار خريس المستشار / بادي الجرام .

٢٩ م - (الطعن رقم ٨١٠ ، ٨٢٤ لسنة ٢٠١٠ س ٥ ق أ)

محكمة الموضوع "سلطتها" "نظرها الدعوى والحكم فيها". إثبات "بوجه عام" "عبء الإثبات". حكم "تسببيه. تسبیب غیر معيب". نقض "أسباب الطعن بالنقض. ما لا يقبل منها". قانون "تطبيقه". تعويض. ضرر. نسب. شريعة إسلامية.

- تحصيل فهم الواقع في الدعوى وتقدير الأدلة فيها والموازنة بينها. موضوعي. ما دام سائغاً.
 - محكمة الموضوع غير ملزمة بتتبع الخصوم في مختلف أوجه دفاعهم والرد عليها استقلالاً. إيرادها للحقيقة التي اقتنعت بها. فيه الرد الضمني المسقط لما أثاروه.
 - عبء إثبات الدعوى وقوعه على عاتق المدعي. المحكمة غير مكلفة بتهئية وسائل الإثبات له.
 - لا ضمان على من استعمل حقه استعمالاً مشروعاً المادة (١٠٤) من قانون المعاملات المدنية.
 - وجوب الضمان على من استعمل حقه استعمالاً غير مشروع.
 - حالات استعمال الحق على وجه غير مشروع. في معنى المادة (١٠٦) من ذات القانون. ماهيتها؟
 - الالتجاء إلى القضاء للدفاع عن الحق. أمر مشروع. شرطه: أن لا يسيء الشخص استعمال هذا الحق.
 - إثبات تصور صاحب الحق احتمال وقوع الضرر من جراء استعماله لحقه. عدم كفايته. لإثبات سوء النية.
- . علة ذلك؟

-تقدير قيام سوء النية والكيد وقصد الإضرار. موضوعي. ما دام سائغاً. مثال لاستخلاص سائغ.

-ثبوت النسب شرعاً. مانعاً لنفيه قانوناً. المادة (٤/٩٠٥) من قانون الأحوال الشخصية.

المحكمة

حيث ان الوقائع — حسبما يبين من الحكم المطعون فيه وسائر الاوراق. تتحصل في ان المطعون ضدها في الطعنين أقامت الدعوى رقم ٤٨٢ / ٢٠٠٩ مدني كلي ابوظبي على الطاعن في الطعن الأول والطاعنين في الطعن الثاني بطلب الحكم بالزامهم بالتضامن بان يؤدوا لها مبلغ مليوني درهم كتعويض مادي وأدبي. على سند من انها أخت لأب لهم عدا زوجة أبيها وقد عاشت في وسطهم وفي كنف والدها مورث الجميع لوفاة والدتها منذ صغرها وان والدها توفي في عام ١٩٨٤ عنهم جميعاً وضبط عن ذلك الاعلام الشرعي رقم ١٩٨٤/٦٦٥ ثم ملحقه ١٩٩٠/٢١٠ بتقييم التركة، وفي عام ٢٠٠٨ طالبت الورثة بتسليمها نصيبها في التركة الا أنهم تقاعسوا فأقامت الدعوى رقم ٢٠٠٨/٣١٨ لفرز وتجنيد نصيبها الا أنهم نفوا نسبها لوالدها

وأقاموا عليها وزوجها وشقيقهم احمد دعوى انكار نسب برقم ٢٠٠٨/٦٨٠ أحوال شخصية ابوظبي وقضي فيها بعدم جواز سماع الدعوى بالنسبة لها وبرفضها للآخرين، الا أنهم استأنفوا ذلك الحكم بالاستئناف رقم ٢٠٠٨/٦٨١ ابوظبي وقد قضي بتأييد الحكم المستأنف، الا أنهم وارهاقاً لها وتعسفاً منهم واساءة استعمالهم لحق التقاضي طعنوا بالنقض على ذلك الحكم بالطعن رقم ٢٠٠٩/١٥٦ وقد قضي فيه بالرفض، هذا بالإضافة الى أنهم قاموا بشكايتها وزوجها وشقيقهم لدى النيابة العامة اتهموها فيها بالتزوير في محررات رسمية وانتحال صفة للاستيلاء على أموالهم وقيدت الشكوى برقم ٢٠٠٨/٣٠٦ اداري ابوظبي وحفظت ادارياً، ولما كانت تلك الأفعال منهم أضرت بها مادياً وأديبا فكانت الدعوى. وبتاريخ ٢٠٠٩/١٢/٣٠ حكمت المحكمة برفض الدعوى. لم يرق ذلك القضاء للمطعون ضدها واستأنفته بالاستئناف رقم ٢٠١٠/٨٢ مدني ابوظبي. وبتاريخ ٢٠١٠/٥/٢٥ قضت المحكمة بالغاء الحكم المستأنف والقضاء مجدداً بالزام الطاعين في الطعنين بالتضامن بان يؤداً وللمطعون ضدها مبلغاً قدره مائة ألف درهم كتعويض مادي وأدبي.

طعن الطاعن اسماعيل الخاجة في هذا الحكم بطريق النقض بالطعن رقم ٢٠١٠/٨١٠، كما طعن الطاعن وباقي الطاعين عليه بالطعن رقم ٢٠١٠/٨٢٤. عرض الطعن على هذه المحكمة في غرفة مشورة فضمت الطعن الثاني للطعن الأول وحددت جلسة لنظرهما.

وحيث ان الطاعن في الطعن الأول (الطاعن الأول في الطعن الثاني) وباقي الطاعين في الطعن الثاني ينعون على الحكم المطعون فيه في مجمل أسباب الطعنين الخطأ في تطبيق القانون والقصور في التسبيب والفساد في الاستدلال ومخالفة الثابت في الأوراق والاخلال بحق الدفاع، وفي ذلك يقولون ان الحكم المطعون فيه عول في قضائه على الحكم الصادر في دعوى انكار النسب رقم ٦٨٠ لسنة ٢٠٠٨ أحوال شخصية ابوظبي الذي قضى بعدم سماعها واستئنافه رقم ٢٠٠٨/٦٨١ ابوظبي المؤيد له والذي صار باتاً برفض الطعن عليه بالنقض بالطعن رقم ٢٠٠٩/١٥٦ أحوال شخصية، والشكاية التي تقدم بها الى النيابة العامة في شأن انكار نسب المطعون ضدها الى أبيهم وتزوير بعضهم بالاسم الصحيح لها وقرر بأسبابه أنهم أضروا بسلوكهم بالمطعون ضدها اذا انكروا نسبها لهم من أبيهم وتمادوا وخرجوا عن المألوف وتم ذلك عن سوء نية واضراراً بها... اذا انحرفوا عن الطريق المباح وكان يجب عليهم التوقف عند هذا الحد ويسلموا بحجية الأحكام القضائية التي لا حديث بعدها. مع ان ذلك جاء مخالفاً لما حوته عناصر الدعوى لان استعمالهم لحق التقاضي انما هو استعمال مشروع طبقاً للمادتين ١٠٦، ١٠٤ من قانون المعاملات المدنية خاصة وقد وقعت تحت أيديهم مستندات ألقت بظلال الشك لديهم حول نسب المطعون ضدها لأبيهم وان تقرير ادارة الجنسية والاقامة بعد تحليل بصمتها الوراثية D-N-A وبعضهم اثبت اختلاف بصمتها عن بصمتهم وان التحقيق في هذا الشأن ما زال مستمراً، وقد طالبوا من المحكمة مخاطبة هذه الجهة أو مختبر الأدلة الجنائية بتزويدها بنسخة من هذا التحليل الا ان المحكمة لم تجبهم واعتبرت ذلك منهم كلاماً مرسلاً لا دليل عليه وانهم الملزمون باعداد حججهم وانها ليست مكلفة باعداد الدليل لهم، حال ان ذلك يثبت سوء نية المطعون ضدها وادخالها الغش على الجهات المختصة لاثبات

نسبها الى والدهم ويعطيهم الحق في انكار نسبها واقامة الدعوى عليها وينفي عنهم الاضرار بها. هذا فضلاً على ان الحكم الصادر في دعوى الانكار لم يفصل في موضوع الدعوى اذ قضى فقط بعدم سماعها وان تزوير التوكيل على فرض صحته لا يشكل أي اعتراف منهم بأنها أخت لهم ولم يحصلوا به على قرض باسمها بل تم به فك رهن البناية رقم ٣٠٧ لدى دائرة خدمات ابوظبي واعادة رهنها لدى بنك ابوظبي الوطني وان الحكم أهدر المستندات الرسمية التي قدموها في حافظة مستنداتهم أمام محكمة البداية بجلسة ١٧/١١/٢٠٠٩ ولم يبين الخطأ الذي أسنده اليهم وأساس مسؤوليتهم.

وحيث ان هذا النعي غير سديد . ذلك ان المقرر ان لمحكمة الموضوع سلطة تحصيل فهم الواقع في الدعوى وتقدير الأدلة والقرائن فيها وموازنة بعضها ببعض الآخر، وترجيح ما تطمئن الى ترجيحه منها وطرح ما ترى طرحه منها ولا رقيب عليها في ذلك طالما كان استخلاصها سائغاً له أصله الثابت بالأوراق، وهي غير ملزمة بتتبع الخصوم في مختلف أقوالهم ومناحي دفاعهم وبالرد استقلالاً على كل قول أو دفاع أثاروه ما دام في قيام الحقيقة التي اقتنعت بها وأوردت دليلها الرد الضمني المسقط لكل ذلك. كما ان المقرر أيضاً ان المدعي هو المكلف قانوناً باثبات دعواه وتقديم الأدلة التي تؤيد ما يدعيه والمحكمة غير مكلفة بتهئية وسائل الاثبات له. وان المقرر أيضاً ان النص في المادة ١٠٤ من قانون المعاملات المدنية على ان " الجواز الشرعي ينافي الضمان فمن استعمل حقه استعمالاً مشروعاً لا يضمن ما ينشأ عن ذلك من ضرر " والنص في المادة ١٠٦ من ذات القانون على انه " ١- يجب الضمان على من استعمل حقه استعمالاً غير مشروع ٢- ويكون استعمال الحق غير مشروع: ا- اذا توافر قصد التعدي ب- اذا كانت المصالح التي أريد تحقيقها من هذا الاستعمال مخالفة لاحكام الشريعة الاسلامية او القانون او النظام العام او الآداب. ج- اذا كانت المصالح المرجوه لا تتناسب مع ما يصيب الآخر من ضرر. د- اذا تجاوز ما جرى عليه العرف والعادة " يدل على ان المشرع قد وضع مبدأ عدم المسؤولية عن الاضرار التي تنشأ عن الاستعمال المشروع للحق وحدد أربعة معايير للاستعمال غير المشروع للحق بما يصدق عليه وصف التعسف أولها ان يكون استعمال الحق مقصوداً به الاضرار بالغير، وتستخلص هذه النية من انتفاء كل مصلحة من استعمال الحق استعمالاً يلحق الضرر بالغير متى كان صاحب الحق على بينة من ذلك، والثاني ان يكون استعمال الحق بغرض مصلحة غير مشروعة وهي تكون كذلك اذا قصد بها مخالفة حكم من أحكام الشريعة الإسلامية أو القانون وكان تحقيقها يتعارض مع النظام العام أو الآداب ، والثالث ان يترتب على استعمال الحق تحقيق مصالح قليلة الأهمية لا تتناسب مع ما يصيب الآخرين من ضرر، والرابع ان يتجاوز الشخص استعمال حقه ما جرى به العرف والعادة بين الناس، ومن المقرر أيضاً ان الحق في الشكوى والتبليغ عن الجرائم والالتجاء الى القضاء للذود عن الحق الذي يحميه القانون أمر مشروع ولكن بشرط ألا يسيء الشخص استعمال حقه في الالتجاء الى الشكوى أو القضاء الذي يشمل ما نص عليه القانون من اجراءات يتوصل بها الشخص الى حقوقه، ويكون ذلك اذا توافرت احدى الحالات الواردة في المادة ١٠٦ سالفة الذكر ومبناها جميعاً ان تكون الاجراءات المطلوبة كيدية مشوبة بسوء النية أو بمخبة لا يقصد بها سوى

الاضرار بالخصم ويقع عبء الاثبات على عاتق الخصم الذي يدعي بوقوع ضرر له من هذه الاجراءات، ولا يكفي اثبات تصور صاحب الحق احتمال وقوع الضرر من اجراءات استعماله لحقه لان ذلك لا يعني بذاته قصد الاضرار. وان تقدير ثبوت سوء النية والكيد وركن التعدي وقصد الاضرار بالخصم أو نفيه هو من مسائل الواقع التي تستقل محكمة الموضوع باستخلاصها بغير معقب عليها في ذلك متى كان استخلاصها سائغاً ومستمداً مما له أصل ثابت بالأوراق وكافياً لحمل ما انتهت اليه في هذا الشأن. لما كان ذلك وكان الحكم المطعون فيه قد أقام قضاءه على ما أورده بأسبابه من " ان المدعية - المستأنفة - عززت دعواها واستئنافتها بما يفيد قيام المستأنف ضدهم بعدة سبل خارج نطاق دعواهم بانكار النسب الذي حسم لصالحها بحكم نهائي بات على مستوى محكمة النقض ومنها تقديم شكاية من طرفهم للنيابة العامة التي قررت حفظها وتم استئناف هذا القرار بحيث صدر فيه حكم برفض الاستئناف وتأييد القرار المستأنف بتاريخ ٢٣/١٢/٢٠٠٩ ومنها أيضاً عرقلة أعمال الخبرة في موضوع القسمة وفرز وتجنيد حصة المستأنفة لطلب المستأنف ضدهم وقفها وإعادة المأمورية الى المحكمة لبحث موضوع انكار النسب الذي انتهى أمره وهي كلها أمور صدرت بعد الحكم النهائي والبات في النسب ناهيك عن قيام المستأنف ضدهما (..... و) بالتزوير المشار اليه بحيث صدر حكم ابتدائي بتاريخ ١٥/١١/٢٠٠٩ في الدعوى الجزائية رقم ٩٤٤٤ لسنة ٢٠٠٩ قضي بادانتهم عن المنسوب اليهما، وتم تأييده استئنافياً بتخفيض العقوبة الى ثلاثة أشهر بمقتضى القرار الصادر بتاريخ ٢١/١٢/٢٠٠٩ في الاستئناف رقم ٣٧١٦ لسنة ٢٠٠٩ وتم الطعن فيه بالنقض من طرف المتهمين ورفض طلبهما بمقتضى الحكم الصادر بتاريخ ٢٥/١/٢٠١٠ في الملف ١٤٦٢ لسنة ٢٠٠٩ ومن ثم يتبين ان المستأنف ضدهم بسلوكهم مساطر أخرى بعد ان حسم أمر انكار نسب المستأنفة من طرفهم لأبيهم بحكم نهائي وبات هو تعسف في استعمال حق التقاضي وخروج عن المألوف ينم عن سوء نيتهم واضرارهم بالمدعية المستأنفة وتأخيرها في الوصول الى حقها المشروع ارثاً من والدها يستوجب التعويض نظراً لما لحقها من ضرر مادي تمثل فيما فاتها من كسب بسبب تأخيرها المتعمد عن الوصول الى حقها من طرف المستأنف ضدهم باساءة استعمالهم حق التقاضي وخلق مساطر أخرى لا طائل من ورائها الا ربح الوقت ناهيك عن الاضرار المادية الأخرى الناتجة عن تزوير توكيل في اسمها واستخدامه في الحصول على قرض باسمها كما يستوجب تعويضها عما لحقها من ضرر معنوي تمثل في الألم الذي كابדתه نفسياً من جراء انكار المستأنف ضدهم لنسبها من أبيها والحسرة التي لازمتها طوال فترة التقاضي وظلم اخوتها لها في ذلك وان الحكم المستأنف عندما لم يقض لها بالتعويض المناسب لجبر ضررها يكون قد جانب الصواب ويتعين الغاؤه والحكم لها بالتعويض المناسب حسب ما سيرد بمنطوق هذا القرار، ولا ينال من ذلك ما دفع به المستأنف ضدهم من وجود تحليل وتحقيقات تؤكد عدم ثبوت نسب المستأنفة الى أبيها لان ذلك يمس بحجية الأحكام وهو أمر لا يجوز بصرف النظر عن كون ما دفع به المستأنف ضدهم هو كلام مرسل غير مؤيد بأي دليل وان الاطراف مدعون لاعداد حججهم وعرضها على المحكمة لا ان تقوم هذه الأخيرة باعدادها لفائدتهم بمخاطبة الجهات الرسمية لان في ذلك مساس بمبدأ حيادها" لما كان ذلك وكان ذلك منه استخلاصاً سائغاً وكاف لحمل قضائه

وفيه بيان للخطأ الذي اقترفه الطاعنون وكذلك الضرر وعناصره ورابطة السببية بينهما وبهم تجتمع أركان المسؤولية التقصيرية في حقهم والتي على أساسها قضى الحكم بالتعويض الذي انتهى إليه وهو ما تكمله له هذه المحكمة، وكان الثابت من مطالعة الحكم الصادر في الطعن بالنقض رقم ٤/١٥٦ لسنة ٢٠٠٩ أحوال شخصية بشأن دعوى إنكار نسب المطعون ضدها انه حكم نهائي فاصل في الموضوع لانه اذا ثبت النسب شرعاً فقد منع القانون نفيه بعد ثبوته وفقاً للمادة ٩٠/٤ من قانون الأحوال الشخصية الاتحادي رقم ٢٨ لسنة ٢٠٠٥ والتي جرى نصها على انه " اذا ثبت النسب شرعاً فلا تسمع الدعوى بنفيه " وهو ما انتهى اليه الحكم الابتدائي رقم ٦٠٨ لسنة ٢٠٠٨ أحوال شخصية ابوظبي المؤيد بالحكم الاستئنائي رقم ٦٨١ لسنة ٢٠٠٨ ابوظبي والذي صار باتاً برفض الطعن عليه بالطعن السالف، وان الثابت من أقوال الطاعن - - في القضية رقم ٣٧١٦ لسنة ٢٠٠٩ جنايات مستأنف ابوظبي انه بمقتضى التوكيل الذي تم تزويره سالف الذكر فك رهن العقار رقم ٣٧٠ وتسلم افادة بذلك من دائرة الخدمات الاجتماعية ثم بعد ذلك تم رهنه لبنك ابوظبي الوطني والحصول على مبلغ مالي مقابل ذلك لم تأخذ منه المطعون ضدها شيئاً كونها كما قرر ليست شقيقه وان وجود اسمها بحصر الإرث غير صحيح وان دائرة الخدمات الاجتماعية والمباني اعتمدت في استحقاقها حصة في العقار السالف على حصر الإرث، وان تحقيقات النيابة العامة والأحكام أنفة البيان تناولت المستندات التي قدمها الطاعنون أمام محكمة أول درجة وعزفت عنها لثبوت نسب المطعون ضدها الى أبيها ومن ثم يكون ما انتهى اليه الحكم المطعون فيه قد جاء صحيحاً وموافقاً للقانون ويكون النعي عليه سالف الذكر على غير أساس. ولما تقدم فانه يتعين رفض الطعن.

الرئيس : المستشار: إمام البدري - رئيس الدائرة.

الأعضاء : المستشار / عبدالصمد عبدالعزيز المستشار / عرار خريس.

٣م - (الطعن رقم ٧٨١ لسنة ٢٠١٠ س ٥ ق أ)

١ (مساكن شعبية . بطلان . حكم " تسببيه. تسبیب غیر معيب " . نقض " أسباب الطعن بالنقض . ما لا يقبل منها " . نظام عام.

■ عدم جواز التصرف في المساكن الشعبية المخصصة للمواطنين من قبل الدولة. إلا بموافقة المجلس التنفيذي. مخالفة ذلك : مؤداه بطلان التصرف بطلاناً متعلقاً بالنظام العام.

■ حق كل صاحب مصلحة في التمسك بهذا البطلان في أية حالة كانت عليها الدعوى. مثال.

٢ (عقد " فسخ العقد " . بطلان . حكم " تسببيه. تسبیب معيب " . نقض " أسباب بالنقض . ما يقبل منها " . تعويض.

■ الحكم ببطلان العقد أو فسخه وإعادة الحال بين المتعاقدين إلى الحالة التي كانا عليها قبل العقد. يوجب القضاء بالتعويض . متى استحال ذلك.

■ عدم مراعاة ما أدخل من تحسينات على العقار المقتضى بفسخ عقده يستحيل نزاعها عنه دون ضرر. وتعويض المشتري بما يساوي قيمة تلك التحسينات. مخالفة للقانون.

■ تقدير قيمة التعويضات. موضوعي.

المحكمة

حيث ان الوقائع. حسبما يبين من الحكم المطعون فيه وسائر الأوراق. تتلخص في انه بتاريخ ٢٠٠٩ / ٨ / ١٧ قدم المطعون ضدهم الدعوى رقم ٢٠٠٩ / ٤٨٥ مدني كلي أبوظبي ضد الطاعنة بطلب فسخ عقد البيع المؤرخ في ٢٠٠٥ / ٧ / ١٠ الذي باعوا بمقتضاه للطاعنة البيت الشعبي رقم ٣٧٤ الكائن بمنطقة الشوامخ الجديدة (أ) أبوظبي بثمن قدره (٧٥٠٠٠٠) درهم وذلك لاستحالة اتمام اجراءات البيع وتسليمهم البيت واعادة ثمن المبيع للطاعنة والزام المطعون ضده الثاني زوج الطاعنة باعادة الشيكات المسلمة اليه على سبيل الضمان ، ذلك ان المجلس التنفيذي منع بيع المساكن الشعبية ونتج عن ذلك استحالة اتمام اجراءات التسجيل ونقل الملكية . وبتاريخ ٢٠٠٩ / ١٠ / ٢٩ حكمت محكمة أول درجة باثبات بطلان عقد البيع موضوع الدعوى وبتسليم المسكن محل البيع للمطعون ضدهم والزام الطاعنة بالمصروفات سداً للأوامر السامية لرئيس الدولة التي تمنع بيع المساكن الشعبية ورفض طلب اعادة الشيكات . استأنفت الطاعنة هذا الحكم بالاستئناف رقم ٢٠٠٩ / ١٠٤٩ وبتاريخ ٢٠١٠ / ٦ / ٩ حكمت المحكمة برفض الاستئناف وتأييد الحكم المستأنف . طعنت

الطاعة في هذا الحكم بطريق النقض بالطعن المائل ، وإذ عرض الطعن على هذه المحكمة في غرفة مشورة رأته أنه جدير بالنظر فحددت جلسة لنظره .

وحيث ان الطعن أقيم على سببين تنعى الطاعة بأولهما على الحكم المطعون فيه الخطأ في تطبيق القانون والقصور في التسبيب وعدم الاحاطة بأوراق الدعوى ومستنداتها ذلك ان الثابت من العقد ان المسكن كان قائماً وقت التعاقد وان عقد بيع المسكن الشعبي هو عقد موقوف على اجازة المجلس التنفيذي وليس باطلاً ، وكان على المحكمة ان تتروى في اصدار حكمها لحين استظهار موقف المجلس التنفيذي ، يث انها لم تفعل فيكون حكمها المطعون فيه معيباً ويستوجب النقض .

وحيث ان هذا النعي غير سديد ، ذلك ان المقرر قضاءً ان مفاد النص في الفقرة الثانية من المادة (١٠) من القانون رقم ٣ لسنة ٢٠٠٥ الصادر بتاريخ ٢٠٠٥ / ٣ / ٥ والمادة (١٤) من ذات القانون ، ان المشرع حظر التصرف بالمساكن الشعبية المخصصة للمواطنين من قبل الدولة إلا بموافقة المجلس التنفيذي وإلا كان التصرف باطلاً بطلاناً مطلقاً متعلقاً بالنظام العام ، ويجوز لكل ذي مصلحة التمسك به في أي حالة كانت عليها الدعوى . لما كان ذلك وكان المطعون ضدهم قد باعوا المسكن الشعبي المملوك لهم الى الطاعة دون الحصول على موافقة المجلس التنفيذي فإن هذا التصرف يكون باطلاً بطلاناً مطلقاً ، وإذ تمسك المطعون ضدهم ببطلان هذا البيع وأجابتهم المحكمة الى طلبهم فإن الحكم المطعون فيه يكون قد التزم صحيح القانون، ويضحي النعي عليه بهذا السبب على غير أساس .

وحيث ان الطاعة تنعى بالسبب الثاني على الحكم المطعون فيه الخطأ في تطبيق القانون والفساد في الاستدلال والاخلال بحق الدفاع ، وفي بيان ذلك تقول ان الحكم المطعون فيه أعرض عن دفاع الطاعة الجوهري المتضمن طلب نذب خبير لمعاينة المسكن وبيان أعمال البناء التي أضافتها الطاعة للمسكن وتقدير قيمتها التي فاقت مبلغ (١٣٥٨٩٠٤) درهم وذلك لرده في حال قضائها ببطلان العقد ، إلا ان الحكم التفت عن ذلك دون ايراد أو رد ، كما التزم الحكم الصمت ازاء الثمن على الرغم من ان المطعون ضدهم كانوا قد أبدوا رغبتهم برده للطاعة ، كما هو مبين في صحيفة الدعوى ، وإذ قضى الحكم بتسليم العقار المبيع للمطعون ضدهم ليثروا بلا سبب بقيمة الثمن وكلفة المحدثات التي أضافتها الطاعة بموافقتهم كما هو مبين في عقد البيع دون التطرق لدفاع الطاعة الجوهري فإنه يكون مشوباً بالقصور في التسبيب والاخلال بحق الدفاع وجديراً بالنقض والاحالة .

وحيث ان هذا النعي سديد ، ذلك ان المقرر قضاءً ان النص في المادة (٢٧٤) من قانون المعاملات المدنية قد جرى على أنه (اذا انفسخ العقد أو فسخ أعيد المتعاقدان الى الحالة التي كانا عليها قبل العقد ، فإذا استحال ذلك يحكم بالتعويض) . وكان الحكم في طلب الفسخ يستوي في نتيجته مع الحكم بالبطلان، وكان الثابت بالأوراق قيام الطاعة ببعض التحسينات والاضافات التي زادت من قيمة المسكن المبيع والتي

يستحيل نزاعها بدون ضرر ومن ثم فإن الحكم بالبطلان يقتضي إعادة الحال الى ما كان عليه المتعاقدان قبل العقد فيرد المشتري المسكن ويرد البائع الثمن وإذا ثبت استحالة رد المسكن دون الاضافات والتحسينات فإن ردها يقتضي تعويض المشتري عن هذه الاضافات والتحسينات طبقاً للنص ، فلا يقتصر الحكم على تسليم المسكن للمطعون ضدهم إذ كان لازمه الحكم أيضاً بإعادة الثمن للطاعة وبالتعويض الذي يساوي قيمة التحسينات والاضافات التي تقدرها محكمة الموضوع، وإذ حجت محكمة الموضوع نفسها عن الحكم بثمن المبيع وبالتحسينات والاضافات رغم أنها تدرج في عموم النص الذي أوجب إعادة الحال الى ما كان عليه المتعاقدان قبل التعاقد وتدخل في عموم الحكم بالتعويض عند استحالة رد والمسكن المبيع بالحالة التي كان عليها قبل العقد فإن حكمها المطعون فيه يكون مخالفاً للقانون مما يستوجب نقضه نقضاً جزئياً بخصوص رفض الحكم بإعادة الثمن للطاعة ورفض تعويضها عن التحسينات والاضافات التي تمت في المسكن على ان يكون مع النقض الاحالة.

الرئيس : المستشار: إمام البديري - رئيس الدائرة.

الأعضاء : المستشار / عبدالصمد عبدالعزيز المستشار / عرار خريس..

٣١ م - (الطعن رقم ١١.٣ لسنة ٢٠١٠ س ٥ ق. أ) جلسة ٢٠١١/٢/٢٧ (مدني)

١ (عمال. إثبات « الإثبات بالكتابة ». أجره. بدلات . حكم « تسببيه. تسبیب غير معيب ». نقض أسباب الطعن بالنقض. ما لا يقبل منها « . بطلان. محكمة الموضوع «سلطانها».

■ عدم جواز إثبات الوفاء بأجرة العامل إلا بالكتابة أو الإقرار أو اليمين. المادة (٥٨) من قانون العمل.

■ عدم إقامة الطاعة الدليل طبقاً للنص المار بيانه على سدادها لمستحقات المطعون ضده. القضاء بالزامها به. صحيح. مثال.

٢ (عقد « عقد العمل ». إنذار. حكم « تسببيه. تسبیب غير معيب ». نقض « أسباب الطعن بالنقض. ما لا يقبل منها ». محكمة الموضوع « سلطانها ».

■ جواز إنهاء عقد العمل غير محدد المدة. شرطه: التقيد بأحكام قانون العمل المتعلقة بالإنذار ولأسباب مقبولة ودون تعسف.

■ سلطة محكمة الموضوع في تقدير توافر مبررات فصل العامل من عدمه. ما دام سائغاً. مثال لتقدير سائغ لعدم توافر مبررات الفصل.

المحكمة

حيث ان الوقائع كما يتبين من الحكم المطعون فيه وسائر الأوراق — تتلخص في ان المطعون ضده أقام الدعوى العمالية رقم ٢٠١٠/٣٨ على أساس انه بموجب عقد غير محدد المدة عمل لدى المدعى عليها — الطاعنة — للمدة من ٢٠٠٨/٤/١٧ الى ٢٠٠٩/٢/٢٢ براتب شهري مبلغه ٢٣٠٠٠ درهم. الا ان المدعى عليها فصلته من عمله بدون سابق انذار ولم تسدد له مستحقاته العمالية. ولتعدر التسوية الودية معها . فانه يطلب الحكم عليها بان تؤدي له ٤٣٣٠٠٠ درهم عن مستحقاته المفصلة بصحيفة الدعوى.

أجابت المدعى عليها ان المدعي لم يكمل سنة في العمل ولا يستحق سوى بدل الانذار وتذكرة السفر . وقد أودعت بحسابه لدى بنك الخليج الأول مبلغ ٢٥١٠٨ درهم المقابل لذلك.

وبتاريخ ٢٠١٠/٤/٢٦ حكمت ابتدائية ابوظبي بأداء المدعى عليها للمدعي ١٠٩٢٠٠ درهم عن كافة مستحقاته ما عدا مكافأة نهاية الخدمة والساعات الاضافية بعلم منها (ان المدعى عليها لم تثبت كتابة سداد الرواتب المتأخرة ، ولم تقدم مبرراً مقبولاً لفصل المدعي من عمله ولم تثبت استفادته من الاجازة أو من بدل عنها).

استأنفت المدعى عليها هذا الحكم تحت رقم ٢٠١٠/٦٣٩ فأيدته محكمة الاستئناف مع تعديله بانقاص المستحقات المحكوم بها الى ٧٨٥٣٣ درهم بنفس علل الحكم الابتدائي.

فطعنت المدعى عليها في هذا الحكم بالنقض المائل. وأجاب المطعون ضده بمذكرة طلب فيها رفض الطعن. واذ عرض الطعن على هذه المحكمة في غرفة مشورة رأته انه جدير بالنظر وحددت جلسة لنظره.

وحيث أقيم الطعن على أربعة أسباب تنعى الطاعنة في الأول والثاني والرابع منها على الحكم المطعون فيه فساد الاستدلال ومخالفة الثابت بالأوراق ومخالفة القانون ، ذلك انه قضى للمطعون ضده بالأجور المتأخرة رغم انها قدمت مستندات تثبت انها سددت له هذه الأجور ضمن راتب شهر فبراير ٢٠٠٩ عن طريق بنك ابوظبي التجاري. ، ايد الحكم الابتدائي الذي قضى له ببديل الانذار وقيمة تذكرة السفر رغم انها أودعت له ما يقابل ذلك في حسابه البنكي لدى بنك الخليج الأول كما هو ثابت في الأمر بالتحويل المؤرخ في ٢٠٠٩/٢/٢٦ ، كما انه أخذ بقيمة بدل الاجازة الذي حدده الحكم الابتدائي رغم ان رصيد اجازات المطعون ضده وحتى نهاية خدماته هو ٢٩،٧٢ يوما استهلك منها ٢٤ يوما وبقي له فقط ٥،٧٢ ايام يقابلها بدل اجازة بمبلغ ٤٣٨٤،٧٠ درهم.

وحيث ان النعي كما جاء في هذه الأسباب غير سديد ، ذلك انه لا يجوز عملاً بالمادة ٥٨ من قانون العمل اثبات الوفاء للعامل بالأجر المستحق له أياً كانت قيمته أو طبيعته الا بالكتابة أو الاقرار أو اليمين ، وان البينة على من ادعى واليمين على من أنكر عملاً بالمادة ١١٧ من قانون الاجراءات المدنية.

ولما كان ذلك وكانت الطاعنة قد ادعت الوفاء للمطعون ضده برواتبه وببديل الانذار وبقيمة تذكرة السفر ، وأقرت باستحقاقه لبديل اجازة أقل مما هو مستحق له. وكان المطعون ضده قد أنكر توصله بهذه المستحقات. فان الحكم المطعون فيه الذي تبني أسباب الحكم الابتدائي وأيده فيما قضى به للمطعون ضده من مستحقات مذكورة أعلاه استناداً الى (ان الطاعنة لم تثبت الوفاء له برواتبه المتأخرة بدليل كتابي، والوفاء له بباقي المستحقات بأي دليل ، اذ ان التحويل الذي ادعت الوفاء عن طريقه لبديل الانذار وبديل تذكرة السفر لم تقدم الحجة على انه تم فعلاً لحسابه البنكي وعلى انه استفاد فعلاً من الاجازة أو من بدل عنها) . فانه يكون قد طبق مقتضيات المادتين ٥٨ من قانون العمل و١١٧ من قانون الاجراءات المدنية. والتزم بذلك صحيح القانون مما يبقى معه النعي كما ورد في الأسباب المذكورة على غير أساس.

وتنعى الطاعنة على الحكم المطعون فيه في السبب الثالث القصور في التسيب وفساد الاستدلال ومخالفة القانون، ذلك انها تمسكت بان فصل المطعون ضده من عمله كان بسبب مشروع وهو اعادة هيكلة المؤسسة وتخفيض الانفاق وانها أنذرت بذلك في ٢٠٠٩/٢/١٩. الا ان الحكم المطعون فيه قضى بما يخالف ذلك.

حيث ان النعي غير سديد، لما تنص عليه المادة ١١٣ من قانون العمل من انه يمكن انتهاء عقد العمل غير المحدد

المدة لكن بشرط التقيد بأحكام قانون العمل المتعلقة بالانذار والأسباب المقبولة لانتهاء العقد دون تعسف.

ولما كان ذلك ، وكان تقدير السبب المبرر لفصل العامل من خدمته من أمور الواقع الذي تستقل محكمة الموضوع بتقديره دون رقابة عليها في ذلك من محكمة النقض، متى كان هذا التقدير مرتكزاً على أسباب سائغة تكفي لحمل قضائها. فان محكمة الاستئناف التي أيدت الحكم الابتدائي متبناه أسبابه، فيما اعتبرت ان فصل المطعون ضده من العمل كان فصلاً تعسفياً استناداً الى (ان الطاعنة وان انذرته بمبررات الفصل التي ادعتها وهي اعادة هيكلة المؤسسة وتخفيض النفقات ، فانها لم تقدم أي مبرر مقبول للفصل) فانها تكون قد استعملت السلطة المخولة لها بموجب المادة ١١٣ من قانون العمل لتقدير جدية سبب الفصل من العمل ، ولا رقابة عليها في ذلك من محكمة النقض. مما يبقى معه النعي مجرد مجادلة في هذه السلطة التي لا تخضع لرقابة محكمة النقض. وبذلك يبقى على غير أساس.

الرئيس : المستشار: إمام البديري – رئيس الدائرة.

الأعضاء : المستشار / عبدالصمد عبدالعزيز المستشار / عرار خريس .

٣٢ م - (الطعن رقم ١٠٩٦ لسنة ٢٠١١ س ٥ ق. أ)

عمال . محكمة الموضوع "سلطتها" . فصل تعسفي . حكم "تسببيه . تسبیب غیر معيب" .
نقض "أسباب الطعن بالنقض. ما لا يقبل منها" . إثبات "بوجه عام" "عبء الإثبات" .

■ العبرة في قيام أسباب فصل العامل هي بتوافرها وقت الفصل وليس بعده.

■ تقدير قيام مبرر فصل العامل من عدمه. موضوعي.

■ تكليف العامل بإثبات تعسف صاحب العمل في الفصل. غير لازم. ما دامت المحكمة قد رأت عدم جدية مبرر الفصل. مثال.

المحكمة

حيث إن الوقائع - حسبما يبين من الحكم المطعون فيه وسائر الأوراق - تتحصل في أن المدعي (المطعون ضده) أقام الدعوى ٢٠١١/١٣٣ عمالي كلي أوظيفي في مواجهة المدعى عليها (الطاعنة) بطلب الحكم بإلزامها بأن تؤدي له مستحقاته العمالية التي تتمثل في بدل الإنذار ، التعويض عن الفصل التعسفي ، بدل الإجازة ، مكافأة نهاية الخدمة ، بدل تذاكر السفر ، بدل السكن ، بدل المواصلات ، تأمين المستحقات الدراسية لأبنائه حتى يونيو سنة ٢٠١١ وبديل التأمين الصحي بالإضافة إلى التعويض عن إهانته أثناء عمله ، وذلك على سند من أنه عمل لدى المدعى عليها خلال الفترة من ٢٠٠٩/٨/١٦ وحتى تاريخ ٢٠١١/٢/٢٦ براتب شهري قدره ٣٠٠٠٠ درهم وانها لم تؤد له مستحقاته سالفة الذكر .

ومحكمة أول درجة حكمت في ٢٠١١/٥/٣٠ أولاً : بعدم قبول الطلب العارض المقدم من المدعى عليها لعدم سداد الرسم .

ثانياً : بإلزام المدعى عليها بأن تؤدي للمدعي مبلغاً قدره ١٤٤٤٣٤ درهم وتذاكر سفر عودة له ولزوجته وتحميلها المصروفات وأمرت بشمول الحكم بالنفاذ المعجل بلا كفالة ورفض ما عدا ذلك من طلبات .

ولدى استئناف المدعى عليها - حول عدم أحقية الاستئناف ضده في بدل الفصل التعسفي - قضت محكمة الاستئناف في ٢٠١١/٥/١٧ برفضه وتأييد الحكم المستأنف .

أودعت الطاعنة الطعن المائل وقررت هذه المحكمة في غرفة مشورة أن الطعن جدير بالنظر وحددت جلسة اليوم للفصل فيه .

وحيث إن الطاعة تنعى على الحكم المطعون فيه مخالفة القانون والخطأ في تطبيقه والقصور في التسبب والإخلال بحق الدفاع ومخالفة الثابت بالأوراق ذلك إنه قضى للمطعون ضده ببدل الفصل التعسفي بالرغم من دفاع الطاعة بأن فصله كان نتيجة لظروف العمل التي اقتضت تقليص العمالة حسب الثابت من مكاتبات البلدية للطاعة بإعادة جدولة هيكلية المشاريع وإعادة النظر في متطلبات الكادر الوظيفي وقرر الحكم خلافاً للواقع بأن تلك المكاتبات جاءت لاحقة لفصل المطعون ضده واستخلص من ذلك أن الفصل كان تعسفياً ، الأمر الذي يعيبه ويوجب نقضه .

وحيث إن هذا النعي غير سديد ذلك ان من المقرر ان سلامة قرار الفصل من العمل واستخلاص تعسف صاحب العمل ، العبرة فيه بالظروف والملابسات المحيطة به وقت الفصل وليس بعده . كما ان تقدير المبرر لفصل العامل من سلطة محكمة الموضوع ولا محل لتكليف العامل بإثبات تعسف صاحب العمل متى رأت المحكمة عدم جدية المبرر للفصل . لما كان ذلك وكانت يبين من الحكم المطعون فيه انه قد أحاط بواقع الدعوى عن بصر وبصيرة وحقق دفاع الطاعة الوارد في سبب الطعن إيراداً ورداً وانتهى إلى رفضه سنداً على " أن الشركة المستأنفة قد ادعت ان ظروف العمل هي التي دفعتها إلى إنقاص عدد العاملين بإنهاء خدمة بعضهم ومن بينهم المستأنف ضده ، دون أن تبين هذه الظروف أو تقدم ما يثبت صحة ادعائها ، ولم تنسب للمستأنف ضده تصرفاً معيناً يدعو إلى فصله ، فضلاً عن أن ما ركنت إليه بخصوص كتاب البلدية بإعادة جدولة هيكلية المشاريع وإعادة النظر في متطلبات الكادر الوظيفي ، فإن هذا الكتاب جاء لاحقاً لفصل المستأنف ضده ، الأمر الذي تستخلص منه المحكمة أن الفصل وقع تعسفياً .. إلخ " وكان منه سائغاً إذ ان الطاعة لم تنسب للمطعون ضده أي تقصير يدعو لفصله بل تذرعت بتخفيض العمالة بناء على توجيهات سلطات البلدية في حين أن الفصل كان قد تم في ٢٨/٢/٢٠١١ وسبقه خطاب من الطاعة للمطعون ضده صادر في ٢٦/١/٢٠١١ وكان هذا التاريخ سابقاً لخطاب البلدية بخصوص إعادة الهيكلة الصادر في فبراير ٢٠١١ ، مما يكون معه الحكم المطعون فيه قد بني على أسباب سائغة لها معينها من الأوراق بما يكفي لحمله . ويغدو النعي مجرد جدل موضوعي فيما لمحكمة الموضوع سلطة تقديره مما لا تجوز إثارته أمام هذه المحكمة ويضحي غير قائم على أساس متعين الرفض . ولما تقدم يتعين رفض الطعن .

الرئيس : المستشار: إمام البدري – رئيس الدائرة.

الأعضاء : المستشار / عبدالصمد عبدالعزيز المستشار / عرار خريس.

٣٣ م - (الطعن رقم ٧٥٥ لسنة ٢٠١٠ س ٥ ق. أ.)

(١) تعويض. خطأ. ضرر. مسئولية "مسئولية مدنية". "مسئولية تقصيرية". حكم "تسببه. تسبب غير معيب". نقض "أسباب الطعن بالنقض. ما لا يقبل منها". "شريعة إسلامية. مذاهب فقهية.

■ الخطأ والضرر والضمان. في معنى المواد (٢٩٢، ٢٨٤، ٨٣) من قانون المعاملات المدنية. ماهيتها؟

■ اتفاق هذا المعنى مع مذهب الفقه المالكي.

■ استخلاص الخطأ الموجب للتعويض ومقدار التعويض الجابر للضرر. موضوعي. ما دام سائغاً. مثال لاستخلاص سائغ.

(٢) تعويض. خطأ. ضرر. مسئولية "مسئولية مدنية" "مسئولية تقصيرية" "مسئولية الحارس" "مسئولية المتبوع". ولاية "ولاية على النفس".

■ للقاضي إذا رأى مبرراً أن يلزم بالضمان من قصر في رقابة شخص وجب عليه قانوناً أو اتفاقاً مراقبته بسبب قصوره أو حالته العقلية أو الجسدية. إلا إذا ثبت أنه قام بواجب الرقابة. أو أن الضرر كان لا بد واقعاً برغم القيام بما يجب القيام به. مثال.

المحكمة

وحيث ان الوقائع — حسبما يتبين من الحكم المطعون فيه وسائر الأوراق — تتلخص في انه بتاريخ ٢٠١٠/١/٥ أقام الطاعون الدعوى رقم ٢٠١٠/٥ مدني كلي العين بطلب الحكم بالزام المطعون ضده بمبلغ عشرة ملايين درهم تعويضاً عن الأضرار المادية والنفسية التي لحقت بهم نتيجة فقدانهم مورثهم الذي اغتيل بأحد أقسام الفندق عمداً من قبل مساء يوم ٢٠٠٧/٦/٢٢ الذي تزامن وجوده في نادي مع المجني عليه حيث قام المذكور باطلاق النار عليه فأرداه قتيلاً وقد حكم عليه بالاعدام قصاصاً. ولما كان المطعون ضده المسؤول عن الحماية والحراسة وعن سلامة مرتادي الفندق ونزلائه لا سيما في أماكن تعاطي المشروبات الكحولية وقد قصر المطعون ضده في هذا الواجب فان مسؤولية التعويض تكون متوافرة طبقاً لأحكام قانون المعاملات المدنية.

بتاريخ ٢٠١٠/٢/٢٤ حكمت المحكمة الابتدائية بالزام المطعون ضده بان يؤدي للطاعنين مبلغ خمسين ألف درهم. استأنف المطعون ضده هذا الحكم بالاستئناف رقم ٢٠١٠/١٣٥ والطاعنون بالاستئناف رقم

٢٠١٠/١٣٧ وبتاريخ ٢٠١٠/٥/١٠ حكمت المحكمة بالغاء الحكم المستأنف والحكم مجدداً برفض الدعوى . طعن الطاعنون بطريق النقض بالطعن المائل وقدم المطعون ضده لائحة جوابية طلب في ختامها رفض الطعن ، واذا عرض الطعن على هذه المحكمة في غرفة مشورة رأت انه جدير بالنظر فحددت جلسة لنظره .

وحيث ينعى الطاعنون على الحكم المطعون فيه بالسبب الأول مخالفة أحكام القانون والشرعية الاسلامية والقصور المبطل للتسبب والفساد في الاستدلال والاخلال بحق الدفاع وفي بيان ذلك قالوا ان الحكم أخطأ في تطبيق القواعد القانونية المتعلقة بقواعد المسؤولية التقصيرية على واقع الدعوى حينما استخلص الحكم من سلوك موظفي الفندق عدم صدور أي تقصير منهما في بذل الجهد المعقول للحيلولة دون وقوع الحادث متجاهلاً بذلك مسؤولية ادارة الفندق عن توافر اجراءات الحماية والحراسة والوقاية والسلامة اللازمة لمرتابه ، اضافة الى واجب مراقبة جميع أرجاء الفندق وعدم السماح لمرتاديه بارتكاب مما شأنه ان يقع تحت طائلة المسؤولية القانونية وهي مسؤولية مفروضة على الفندق تجاه نزلائه ومرتابيه لا سيما في الأجزاء المخصصة لتعاطي المشروبات الكحولية كالبارات مما يندرج تحت حكم المادة ٣١٣ من قانون المعاملات المدنية.

وحيث ان هذا النعي غير سديد ، ذلك ان المشرع الاماراتي قد أخذ بنظرية السبب المنتج الفعال في احداث الضرر ذلك ان النص في المادة ٢٩٢ من قانون المعاملات المدنية على انه (يقدر الضمان في جميع الأحوال بقدر ما لحق المضرور من ضرر وما فاتته من كسب بشرط ان سکون ذلك نتيجة طبيعية للفعل الضار) والنص في المادة ٢٨٣ من ذات القانون على انه (١. يكون الأضرار بالباشرة أو التسبب. ٢. فاذا كان بالباشرة لزم الضمان ولا شرط له واذا وقع بالتسبب فيشترط التعدي أو التعمد أو ان يكون الفعل مفضياً الى الضرر.) فالباشرة تقتضي وجود علاقة باتصال مادي بين أداة التلف ومحلّه وذلك بان يكون الضرر نتيجة طبيعية للفعل الضار ويعتبر كذلك اذا كان يؤدي الى الضرر بشكل مألوف فانه لا يكون مباشرة ولا يلزم المدعى عليه بتعويضه، كما جاء النص في المادة ٢٨٤ من ذات القانون على انه (اذا اجتمع المبادئ ان اجتمع هو المتسبب في احداث الضرر ما دامت المباشرة تشكل السبب الغريب الذي لا يتوسط بينه وبين نتيجة المتولدة عنه فعل آخر فتكون المباشرة عندئذ هي السبب المنتج للضرر ويتفق رأي فقهاء المذهب المالكي مع الاتجاه وفي ذلك يقول الشاطبي من ان (إيقاع السبب بمنزلة إيقاع المسبب قصد ذلك المتسبب أولاً لانه لما جعل مسبباً عن في مجرى العادات اذا جرى فيها نسبة المسببات الى أسبابها كنسبة الشبع الى الطعام والإرواء الى الماء والإحراق الى النار.)

لما كان ذلك وكان الحكم المطعون فيه قد نفى الخطأ عن الفندق المطعون ضده في حادثة مقتل مورث الطاعنين على ما أورده بمدوناته من ان (وأخذاً من ظروف الحادث وملابساته التي أفصحت عنها الأحكام الجزائية المرفقة طي الأوراق ان رجالات الفندق —..... رجل أمن و موظف — لم يقصروا في بذل الجهد المعقول للحيلولة دون وقوع الحادث اذا انبرى كل منهما للجاني وسارعا بإبلاغ الشرطة على الفور كما ان الأول منهما تلقى تهديداً مباشراً من الجاني الذي كان يحمل سلاحاً نارياً عندما حاول اعتراضه ومنعه من

دخول البار ولذلك لم يكن من المتصور في تلك اللحظات القصيرة والمفاجئة والغريبة ، كما لم يكن متوقفاً في ظل المجرى العادي للأمور ان يظهر بين مرتادي الفندق من يحمل السلاح ويطلق النار عامداً قتل المجني عليه الأمر الذي يدل على ان الفندق (المستأنف) لم يقوان في تلك الظروف الحرجة عن بذل الحد الواجب الوصول اليه قانوناً لتلافي أمراً لم يكن مسبقاً بحدث مشابه ومن ثم ينتفي في حقه الفندق ركن الخطأ على خلاف ما ذهب اليه محكمة أول درجة.)

وذا كان هذا الذي خلص اليه الحكم المطعون فيه سائغاً بما له أصل ثابت بالأوراق وكافياً لحمل قضائه وتتضمن الرد المسقط لدفاع الطاعة ولا مخالفة فيه لصحيح القانون ومن ثم فان النعي عليه بما سلف يكون على غير أساس.

وحيث ان الطاعنين ينعون على الحكم المطعون فيه بالسبب الثاني مخالفة الثابت بالأوراق والأحكام القضائية الجزائية الصادرة بحق الجاني من حيث تقريره سلامته العقلية حال ارتكابه الجريمة والذي رتب عليه عدم انطباق الفقرة (أ) من المادة (٣١٣) من قانون المعاملات المدنية كون الجاني المذكور مسؤولاً عن تصرفاته الشخصية وبالتالي انطباق نص المادة ٢٨٤ من القانون سالف الذكر وهذا الذي ذهب اليه الحكم مخالفاً لما هو ثابت في أوراق الدعوى الجزائية والأحكام الصادرة فيها.

وحيث ان هذا النعي غير سديد ذلك ان النص في المادة ١/٣١٣/أ على انه (لا يسأل أحد عن فعل غيره ومع ذلك فللقاضي بناءً على طلب المضرور اذا رأى مبرراً ان يلزم أي من الآتي ذكرهم حسب الأحوال بأداء المحكوم على من أوقع الضرر :أ- من وجب عليه قانوناً أو اتفاقاً رقابة شخص في حاجة الى الرقابة بسبب قصرت أو حالته العقلية أو الجسمية الا اذا أثبتت انه قام بواجب الرقابة أو ان الضرر كان لا بد واقعاً ولو قام بهذا الواجب بما ينبغي من ؟؟) يدل على انه يشترط لقيام المسؤولية عن فعل الغير في هذه الحالة وجود رقابة قانونية أو اتفاقية كرقابة الأب على ابنه الصغير أو رقابة القيم على القاصر أو من في حكمه أو رقابة المدرسة على طلابها القصر أو رقابة الممرضة على المعاق جسدياً في حالة وجود اتفاق للعناية به ، وأساس مسؤولية متولي الرقابة بموجب المادة ١/٣١٣/أ المذكورة هو التعدي المتمثل بتقصيره عن واجب العناية والرقابة على الصغير أو من في حكمه. لما كان ذلك وكان الثابت بالأوراق ان الجاني الذي قتل مورث الطاعنين لم يكن تحت أي رقابة قانونية أو اتفاقية بالمفهوم المنصوص عليه في المادة ١/٣١٣/أ سائلة الذكر كونه بالغاً عاقلاً وهو مسؤول عن كافة تصرفاته وأفعاله وبالتالي فان المطعون ضده لا يسأل عن أفعال المذكور المضررة بالغير، ومن ثم فان الحكم المطعون فيه ان توصل الى ذات النتيجة وقضى برفض الدعوى فانه يكون قد صادف صحيح القانون والواقع ويكون النعي عليه بهذا السبب على غير أساس. ولما تقدم فانه يتعين رفض الطعن.

الرئيس : المستشار: إمام البدري - رئيس الدائرة.

الأعضاء : المستشار / عبدالصمد عبدالعزيز المستشار / عرار خريس.

٣٤ م - (الطعن رقم ٢٩ لسنة ٢٠١١ س ٥ ق. أ)

تعويض. ضرر. خطأ. محكمة الموضوع "سلطتها". حكم "تسببيه. تسبیب معيب". نقض "أسباب الطعن بالنقض. ما يقبل منها". إثبات "بوجه عام". دية.

■ تقدير التعويض الجابر للضرر. موضوعي. شرطه: أن تقيمه المحكمة على أسباب سائغة وأن يكون التعويض المقضي به متناسباً مع الضرر. مخالفة ذلك. عيب. مثال.

■ القضاء للطاعنين بالتعويض الموروث. خطأ في تطبيق القانون ومخالفة له. ما دام قد سبق القضاء للورثة بالدية. علة ذلك؟

المحكمة

حيث ان الوقائع حسبما يبين من الحكم المطعون فيه وسائر الأوراق تتحصل في ان المدعين وهم ورثة وهم زوجته بصفتها الشخصية وبصفتها وصية على ابنها القاصرين و أقاموا الدعوى رقم ٢٠١٠/٥٦٢ بتاريخ ٢٠١٠/٤/٢٦ لدى محكمة ابوظبي الابتدائية في مواجهة المدعي عليهم (المطعون ضدهم) بطلب إلزامهم بالتضامن والتكافل بأداء مبلغ ٥٠٠٠٠٠ درهم للمدعين على أساس ان المدعي عليه الأول يعمل سائقاً لدى المدعي عليها الثانية على عدة كاترييلار المؤمنة لدى المدعي عليها الثالثة. وبتاريخ ٢٠٠٩/١١/٧ وأثناء قيادة المدعي عليه الأول للمعدة ولعدم انتباهه قام بدهس مورث المدعين لياقت علي هاميش وتسبب في إصابته بالإصابات الواردة في التقرير الطبي مما أودى بحياته. أدين المدعي عليه الأول جنائياً وقضي بإلزامه بالدية والغرامة ولم يتم الطعن على الحكم الجزائي فبات نهائياً ومن ثم ثبتت مسؤولية المدعي عليه الأول عن الأضرار الناشئة عن خطئه فكانت الدعوى للمطالبة بما يستحقه الورثة من تعويض عن الأضرار المادية والضرر الموروث.

ومحكمة أول درجة في ٢٠١٠/٦/٢٩ حكمت بإلزام المدعي عليهما الأول والثانية بالتضامن فيما بينهما وبالتضامن مع المدعي عليها الثالثة بان يؤدوا للمدعية عن نفسها وبصفتها وصية على أولادها القصر مبلغ ١٠٠٠٠ درهم توزع بينهم طبقاً للفريضة الشرعية مع المصاريف ومقابل أتعاب المحاماة. ولدى استئناف المدعين حكمت محكمة الاستئناف في ٢٠١٠/١١/١٠ بتعديل الحكم المستأنف بان يصبح المبلغ المحكوم به للمستأنفين ١٥٠٠٠٠ درهم بدلا من مائة ألف درهم كتعويض عن الأضرار التي لحقت بالمستأنفين مع الرسوم ومقابل أتعاب المحاماة وتأيد الحكم المستأنف فيما عدا ذلك. فأودع الطاعنون الطعن المائل وأودعت المطعون ضدها الثالثة مذكرة برفضه وفوضت النيابة العامة الرأي لهذه المحكمة وحررت المحكمة في غرفة مشورة ان

الطعن جدير بالنظر وحددت جلسة للفصل فيه.

وحيث ينعي الطاعنون على الحكم المطعون فيه الفساد في الاستدلال ذلك انه بالرغم من بيانه لعناصر التعويض إلا انه اكتفى بتعديل قيمة التعويض إلى ١٥٠٠٠٠ درهم مما لا يتناسب مع تلك العناصر وهو ما يشوب الحكم بالفساد في الاستدلال لوقوع تناقض بين العناصر الواقعية التي ثبتت لدى المحكمة والنتيجة التي انتهت إليها مما كان يستوجب رفع التعويض المادي إلى ٤٥٠٠٠٠ درهم بالإضافة إلى مبلغ ٥٠٠٠٠ درهم المحكوم به كتعويض موروث ليصبح التعويض الكلي ٥٠٠٠٠٠ درهم عملاً بالمادة ١٨٤ من قانون الإجراءات المدنية.

وحيث ان هذا النعي سديد ذلك انه كان تقدير التعويض الجابر للضرر من سلطة محكمة الموضوع طالما بينت عناصر الضرر إلا ان شرط ذلك ان تقيم قضاءها على أسباب سائغة وان يكون التعويض المحكوم به مما يتناسب مع حجم الضرر. لما كان ذلك وكان الحكم المطعون فيه قد قضى للطاعنين بمبلغ ١٠٠٠٠٠ درهم كتعويض من الضرر المادي إضافة إلى ٥٠٠٠٠ درهم كتعويض موروث حسبما ورد في حكمي أول وثاني درجة بالرغم من ان الحكم أورد في أسبابه " ان المتوفى كان عمره عند الوفاة ٤٦ عاما وهو المعيل لزوجته وولديه القاصرين و وهما دون السابعة من العمر وهما بحاجة إلى رعاية وتكاليف معيشية حتى كبرهما الأمر الذي كان يستوجب تقدير التعويض بما يتناسب مع عناصر الضرر الذي حاق بالورثة فالمبلغ المحكوم به لا يلبي ذلك الشرط مما يستوجب نقض الحكم والإحالة. ويلزم التنويه إلى ما تردى فيه الحكم من خطأ في القانون حين قضى للطاعنين بالتعويض الموروث وهو ما لا يجوز الحكم به قانوناً لأنه قد سبق القضاء للورثة بالدية وهي تغطي ما أصاب مورثهم في نفسه وان كان المطعون ضدهم لم يطعنوا في ذلك الشق من التعويض وكان الطاعن لا يضرار بطعنه إلا انه لزمته الإشارة لهذا الأمر حتى تأخذه محكمة الإحالة في الاعتبار.

الرئيس : المستشار: إمام البدري - رئيس الدائرة.

الأعضاء : المستشار / عبدالصمد عبدالعزيز المستشار / عرار خريس.

المستشار / البشري الشوربجي المستشار / الكبير تباغ.

٣٥ م - (الطعن رقم ٤٥٧ لسنة ٢٠١١ س ٥ ق. أ)

١ (تنفيذ. إجراءات "إجراءات التنفيذ". طعن "ما يجوز وما لا يجوز الطعن فيه بالنقض".
نقض "ما يجوز وما لا يجوز الطعن فيه بالنقض".

■ جواز الطعن بالنقض في الأحكام الصادرة في منازعه تتعلق بواقع قانوني سابق على الإجراءات التي
يتخذها قاضي التنفيذ. يجب تصفيتها قبل اتخاذ إجراءات التنفيذ. مثال.

■ إجراءات التنفيذ التي لا يجوز الطعن في الأحكام الصادرة فيها. هي إجراءات التنفيذ البحت. مثال.

(الطعن رقم ٤٥٧ لسنة ٢٠١١ س ٥ ق. أ مدني - جلسة ٢٧/١٢/٢٠١١) ٣٠٣ ص ١٨٥٥

٢ (حكم. "حجيته". قوة الأمر المقضي به. إثبات "قوة الأمر المقضي به" "بوجه عام". حكم
"تسببيه. تسبب معيب". نقض "أسباب الطعن بالنقض. ما يقبل منها". قانون "الخطأ في
تطبيق القانون". دفع "الدفع بعدم جواز نظر الدعوى". دفاع "الإخلال بحق الدفاع. ما يوفره".
محكمة الموضوع "سلطتها".

■ حجية الأحكام. مناطها: إتحاد الدعويان موضعاً وخصوماً وسبباً وأن تكون المسألة الأساسية بينهما
واحدة قضي فيها بحكم بات في الدعوى السابقة وقد تناقش فيها الطرفان واستقرت حقيقتها بينهما إستقرار
جامعاً. بحيث تكون هي الأساس فيما يدعيه الطرفان. مثال.

■ تقدير ذلك موضوعي. ما دام سائغاً. مثال.

المحكمة

حيث إن الوقائع - حسبما يبين من الحكم المطعون فيه وسائر الأوراق- تتحصل في ان اللجنة الاستئنافية
لفض المنازعات الإيجارية كانت قد نظرت الدعوى الاستئنافية رقم ٢٠٠٩/١٤٩ عن الدعوى الابتدائية رقم
٢٠٠٨/٦٤١ إيجارات وأصدرت حكماً بتاريخ ٢٤/٢/٢٠١٠ ففضى بفسخ عقد الإيجار المؤرخ ١٥/١٠/٢٠٠٣
للعين محل النزاع وما يترتب على ذلك من آثار وإلزام المستأجر (الطاعن) بسداد مبلغ وقدره ٥٨١٠٠٠ درهم
لإعادة العين لما كانت عليه مع إلزامه بالأجرة من ١٥/١٠/٢٠٠٧ وحتى تاريخ التسليم الفعلي وما يترتب على
ذلك من آثار وإلزام الطرفين بالمصاريف كل بقدر نصيبه. تم قيد التنفيذ ٣٥٠/٣/٢٠١٠ بتاريخ ٢٥/٣/٢٠١٠
لتنفيذ الحكم أعلاه وأثناء السير في الإجراءات وفي جلسة ٩/٢/٢٠١١ تقدم محامي المنفذ ضده بطلب لندب
خبير حسابي ليقوم بحساب المبالغ المسددة من قبل المنفذ ضده قبل التنفيذ واحتساب الأجرة المستحقة للمنفذ

له بعد الاطلاع على المستندات الدالة على تاريخ استلام المنفذ له لفاتيح البناية واحتساب المبلغ المستحق للمنفذ له بعد خصم المبالغ المسددة من قبل المنفذ ضده بعد إجراءات التنفيذ . وبذات الجلسة رفض قاضي التنفيذ الطلب قائلاً انه تم احتساب باقي المبلغ المنفذ من أجله بعد خصم المبلغ المسدد من قبل المنفذ ضده واعتمد بتاريخ ٢٠١٠/٢/٢٤ تاريخاً للتسليم الفعلي (وهو تاريخ حكم لجنة الاستئناف في الموضوع) ولدى استئناف المنفذ ضده قضت محكمة الاستئناف في ٢٠١١/٣/١٤ بإلغاء القرار المستأنف والحكم باعتماد تاريخ ٢٠٠٩/٤/٥ كتاريخ للتسليم الفعلي وإعادة الأوراق لمحكمة التنفيذ لإجراء المحاسبة اللازمة على ضوء ذلك ورفض الاستئناف فيما عدا ذلك وإلزام المستأنف ضده الرسم والمصروفات و ٥٠٠ درهم مقابل أتعاب المحاماة . وأودع الطاعن (المنفذ له) الطعن المائل وأودع المطعون ضده مذكرة دفع فيها بعدم جوازه وبرفضه وقررت هذه المحكمة في غرفة مشورة ان الطعن جدير بالنظر وحددت جلسة لهذا الغرض .

وحيث ان المطعون ضده يدفع بعدم جواز الطعن لانه يتعلق بحكم صادر عن محكمة الاستئناف في إجراءات تنفيذ وذلك عملاً بالمادة ٣/١٧٣ من قانون الإجراءات المدنية .

وحيث ان هذا الدفع مردود ،ذلك ان من المقرر قضاء ان الأحكام التي تعنيها المادة ٣/١٧٣ من قانون الإجراءات المدنية - ولا يجوز الطعن فيها بطريق النقض - هي تلك الصادرة في الإجراءات التنفيذية البحتة وهي الإجراءات التي يتخذها قاضي التنفيذ في سبيل تنفيذ الأحكام وسائر السندات التنفيذية الأخرى جبراً ، وهي بهذه المثابة تعني المنازعات التي تتعلق بالإجراءات التي يباط بقاضي التنفيذ اتخاذها . أما المنازعات التي تتعلق بواقع قانوني سابق يتعين توافره قبل اتخاذ أي إجراء من هذه الإجراءات فإن الأحكام الصادرة من قاضي التنفيذ فيها لا تعد من قبيل الأحكام التي تعنيها المادة المشار إليها لأنها في حقيقتها صادرة في شأن تصفية نزاع حول مسألة سابقة يتوقف على نتيجة الفصل فيها استجابة قاضي التنفيذ أو رفضه طلب اتخاذ الإجراءات التنفيذية .

لما كان ذلك وكانت المنازعة التي صدر بشأنها الحكم المطعون فيه إنما تتعلق بواقع قانوني سابق يتعين تصفيته أولاً حيث يتوقف مدى اتخاذ الإجراءات التنفيذية على ما يسفر عنه الفصل في تلك الواقعة المتعلقة بتاريخ استلام المالك للعقار المأجور من المنفذ ضده حتى يتم التنفيذ وحساب المبلغ المستحق على المنفذ ضده على أساسه ، وإذ حدد الحكم الطعون فيه تاريخ ٢٠٠٩/٤/٥ كتاريخ للتسليم الفعلي وخالف في ذلك الحكم المستأنف الذي حدد تاريخ التسليم في ٢٠١٠/٢/٢٤ ومن ثم فانه لا يكون صادراً في إجراءات التنفيذ بالمعنى الوارد في المادة ٣/١٧٣ إجراءات مدنية ويكون الطعن فيه بالنقض جائز القبول . فضلاً عن أن قرار قاضي التنفيذ المستأنف والقاضي بتحديد تاريخ التسليم في ٢٠١٠/٢/٢٤ هو فصل في منازعة تتعلق بموضوع التنفيذ مما يقبل الطعن فيه بطريق النقض . وحيث إن الطعن استوفى أوضاعه الشكلية .

وحيث إن مما ينعي به الطاعن على الحكم المطعون فيه الخطأ في تطبيق القانون وتفسيره وتأويله وذلك من

وجهين أولهما ان قرار قاضي التنفيذ المشار إليه في صحيفة الطعن قد استأنفه المطعون ضده في الاستئناف ٢٠١٠/٣٦٢ س م و ١٣ لسنة ٢٠١١ س م العين وكان الاستئناف عن ذات القرار الصادر من قاضي التنفيذ فيجوز الحكمان الحجية التي تمنع من نظر أي طعن آخر في قرار قاضي التنفيذ مما كان يوجب علي محكمة الاستئناف عدم قبول الاستئناف المائل رقم ٨١/٢٠١١ .

وحيث ان هذا النعي سديد فيما يتعلق بالاستئناف ٢٠١٠/٣٦٢ مدني العين ذلك ان من المقرر قضاء ان الدفع بعدم جواز نظر الدعوى لسابقة الفصل فيها منطوية ان تتحد الدعويان المنظورة والسابقة موضوعاً وخصوماً وسبباً أن تكون المسألة الأساسية فيهما واحدة لا تتغير قضى فيها نهائياً في الدعوى السابقة بان تناقش فيها الطرفان واستقرت حقيقتها بينهما بالحكم الأول استقراراً جامعاً بحيث تكون هي بذاتها الأساس فيما يدعيه الطرفان في الدعوى الثانية بين الخصوم أنفسهم وتقدير ذلك موضوعي تستقل به محكمة الموضوع دون معقب من المحكمة العليا طالما كان تقديرها سائغاً له أصله الثابت بالأوراق .

لما كان ذلك وكان يبين من الأوراق ان محكمة استئناف العين قد فصلت في الاستئناف رقم ٢٠١٠/٣٦٢ بين ذات الخصوم في الاستئناف محل هذا الطعن بالرقم ٨١/٢٠١١ وتناولت في الاستئناف السابق البت في موضوع تاريخ تسليم العقار المأجور للمالك وانتهت إلى موافقة قاضي التنفيذ فيما انتهى إليه من ان ذلك التاريخ هو ٢٠١٠/٢/٢٤ الذي يوافق تاريخ صدور الحكم المراد تنفيذه وكان الاستئناف المائل ٨١/٢٠١١ قد تناول ذات الموضوع وبين ذات الخصوم وانتهى إلى نتيجة مغايرة حين احتسب تاريخ ٢٠٠٩/٤/٥ كتاريخ للتسليم الفعلي مما يتعارض مع حجية حكم الاستئناف الأول الذي بت في تلك المسألة بعد ان تناقض فيها الطرفان واستقرت بينهما استقراراً جامعاً مانعاً وكان الحكم المطعون فيه قد أشار بوضوح في أسبابه إلى " ان مبنى الاستئناف ينحصر في نقطة جوهرية وهي تحديد تاريخ التسليم الفعلي للبناء موضوع الحكم ومن ثم إجراء المحاسبة على ضوءه بين مستحقات المنفذ له وما قام المنفذ ضده بسداده فعلاً " ولما كانت هذه المسألة قد تم حسمها - حسبما تقدم - فانه لم يكن للحكم المطعون فيه الخوض في موضوعها ثانية . وإذ فعل ذلك فانه يكون معيباً بما يستوجب الحكم بنقضه دون حاجة لبحث باقي أسباب الطعن ولما كان الموضوع صالحاً للفصل فيه فان هذه المحكمة تتصدى للفصل فيه وفق ما سيرد بالمنطوق .

الرئيس : المستشار: إمام البدري - رئيس الدائرة.

الأعضاء : المستشار / عبد الصمد عبدالعزيز المستشار / عرار خريس.

المستشار / عبد المنعم محمود المستشار / الكبير تباغ.

٣٦ م - (الطعن رقم ٩٧٩ لسنة ٢٠١١ س ٥ ق. أ)

تحكيم. صلح. حكم "تسببيه. تسبیب معيب". نقض "ما يجوز وما لا يجوز الطعن فيه".
 "أسباب الطعن بالنقض. ما يقبل منها". قانون "الخطأ في تطبيق القانون". طعن "ما يجوز ما لا
 يجوز الطعن فيه". إستئناف "ما يجوز وما لا يجوز إستئنافه".

■ عدم جواز الطعن في الأحكام بالإستئناف. إذا كان المحكومون مفوضون بالصلح أو كان الخصوم قد
 نزلوا صراحة عن الحق في الاستئناف. مخالفة ذلك. مخالفة للقانون وخطأ في تطبيقه. أساس ذلك؟ مثال.

المحكمة

حيث إن مجمل الوقائع أن الطاعن كان قد أقام الدعوى ٢٥٣ لسنة ٢٠١٠ مدني كلي أوظيفي على المطعون
 ضده الثاني ثم أقامت المطعون ضدها الأولى الدعوى ١٢٨٨ لسنة ٢٠١٠ على الطاعن الذي طلب في دعواه نذب
 خبير هندسي وفسخ عقد الاستثمار المؤرخ ٢٠٠٦/٧/٢ وتسليمه الأرض محل العقد خالية مع براءة ذمة عن
 الماء والكهرباء والصيانة والاتصالات. دفع المدعى عليه بعدم جواز نظر الدعوى لوجود شرط التحكيم وعدل
 الطاعن طلباته إلى طلب الحكم بتعيين محكم من قبل المحكمة لتعذر الاتفاق بين الطرفين وبجلسة ٢٠١٠/٤/٢٢
 حكمت المحكمة بنذب محكم من دائرة القضاء وباشر المحكم مهمته وأصدر حكمه بتاريخ ٢٠١٠/٩/١ بفسخ
 العقد المؤرخ ٢٠٠٦/٧/٢، وبإلغاء الوكالة الصادرة من المحتكم إلى المحتكم ضده بشأن قطعة الأرض م ١٧ رقم
 ٥٦ بمنطقة المصفح الصناعية وتسليمها وما عليها إلى المحتكم وإلزام المحتكم ضده بأن يسدد إلى المحتكم
 مبلغ ٢٥٠٠٠٠٠ درهم نظير هدم وإزالة المنشآت القائمة حالياً وخمسة ملايين درهم لإعادة بناء منشآت صناعية
 ومكاتب شاملة الرسوم وتوصيل الخدمات والمصروفات الإدارية وأعمال التصميم والإشراف والتشغيل،
 ومبلغ خمسة ملايين درهم تعويضا عما أصاب المحتكم من أضرار، وفائدة تأخرية ٩٪ سنويا وأن يسدد
 مصاريف وأتعاب التحكيم والخبرة وقدرها ٣٤٧٠٠٠ درهم، وإن ورد هذا الحكم للتصديق عليه مرفقا به
 وثيقة التحكيم. حكمت محكمة أول درجة بالتصديق عليه وحكمت برفض الدعوى ٢٠١٠/١٢٨٨ التي أقيمت من
 المطعون ضدها الأولى بطلب بطلان حكم المحكم المشار إليه وعدم الاعتداد به. استأنفت المطعون ضدها الأولى
 هذا الحكم برقم ٢٠١١/٣٠٣ واستأنفته زوجها المطعون ضده الثاني برقم ٢٠١١/٣٠٤ وقضت المحكمة بجلسة
 ٢٠١١/٥/٢٥ بإلغاء الحكم المستأنف وببطلان حكم التحكيم الصادر بتاريخ ٢٠١٠/٩/١ فكان الطعن المائل
 الذي قررت المحكمة في غرفة المشورة أنه جدير بالنظر فحددت لنظره جلسة وأعلن به المطعون ضدهما تقدم
 محاميها مذكرة بالرد عليه.

وحيث إن مما ينعاه الطاعن على الحكم المطعون فيه مخالفة القانون والخطأ في تطبيقه إذ قضى في موضوع

الاستئناف المرفوعين من المطعون ضدهما على الرغم من امتناع قبولهما طبقاً للمادة ٢١٧/٣ من قانون الإجراءات المدنية لأن الحكم المستأنف كان صادراً بالمصادقة على حكم تحكيم صادر بناءً على تفويض المحكم بالصلح فكان يتوجب القضاء بعدم قبول الاستئناف، وإن لم يقض الحكم بذلك فإنه يكون معيباً بما يستوجب نقضه.

وحيث إن هذا النعي سديد لما تنص عليه الفقرة ٣ من المادة ٢١٧ من قانون الإجراءات المدنية من أن الحكم لا يكون قابلاً للاستئناف إذا كان المحكومون مفوضين بالصلح أو كان الخصوم قد نزلوا صراحة عن حق الاستئناف أو كانت قيمة النزاع لا تزيد على عشرة آلاف درهم. لما كان ذلك، وكان الثابت بالأوراق أن محضر الاجتماع التمهيدي الذي عقده المحكم بتاريخ ٢٠/٥/٢٠١٠ وحضره ممثل الطاعن والمطعون ضده الثاني وهو وكيل المطعون ضدها الأولى بتوكيل يخوله الصلح والإبراء وكافة التصرفات في أملاكها وعقاراتها وقد فوض بدوره - عن نفسه وبأي صفة كانت - ممثله الذي حضر الاجتماع المذكور في الصلح والإبراء والتحكيم، وتضمن محضر الاجتماع المشار إليه في البند ١٦ منه صراحة أن هيئة التحكيم مفوضة من قبل الطرفين لإجراء التوفيق خلال التحكيم وفقاً لإحكام المادتين ٢١٢/٢ و ٢١٧/٣ من قانون الإجراءات المدنية في دولة الإمارات رقم ١١ لعام ١٩٩٢ وتعديلاته. لما كان ذلك، وكان مفاد نص الفقرة ٣ من المادة ٢١٧ من القانون المشار إليه أن المشرع حظر قبول الطعن بطريق الاستئناف ضد الحكم الصادر بالمصادقة على حكم المحكمين أو ببطالته إذا كان المحكومون مفوضين بالصلح أو كان الخصوم قد نزلوا صراحة عن حق الاستئناف، الأمر الذي كان يتعين معه الحكم بعدم قبول استئنافي المطعون ضدهما - طواعية لحكم المادة ٢١٧ الأنفة الذكر - أما وأن الحكم المطعون فيه لم يقض بذلك وإنما تصدى لنظر موضوع الاستئنافين برغم حظر ذلك عليه قانوناً فإنه يكون معيباً بما يوجب نقضه دون حاجة لبحث باقي أوجه الطعن.

وحيث إن الموضوع صالح للفصل فيه ولما تقدم، فإن المحكمة تقضي بعدم قبول الاستئنافين رقمي ٣٠٣ و ٢٠١١/٣٠٤.

الرئيس :	المستشار: إمام البدري - رئيس الدائرة.
الأعضاء :	المستشار / عبد الصمد عبد العزيز
	المستشار / عرار خريس.
	المستشار / عبد المنعم محمود
	المستشار / الكبير تباغ.

القسم الثاني الاجتهاد القضائي

مجموعة الأحكام والمبادئ القانونية الصادرة
عن محكمة النقض من دوائر المواد التجارية

إعداد:
المكتب الفني

ا ت - (الطعن رقم ٨٨٠ لسنة ٢٠١٠ س ٥ ق. أ) جلسة ٢٠١١/١/٢٠ (تجاري)

إثبات "يمين حاسمة". نظام عام. محكمة النقض "سلطتها". طعن "ما يجوز وما لا يجوز الطعن فيه بالنقض". نقض "ما يجوز وما لا يجوز الطعن فيه بالنقض".

■ سلطة محكمة النقض في التصدي من تلقاء نفسها للمسائل المتصلة بالنظام العام ومنها جواز الطعن من عدمه. ولو لم يتمسك بها الخصوم.

■ عدم جواز الطعن في الأحكام الصادرة بناء على حلف اليمين الحاسمة أو النكول عنها أو ردها بأي طريق من طرق الطعن. إلا إذا كان الطعن مبنياً على عدم جواز توجيهها أو عدم تعلّقها بالدعوى أو بطلان إجراءات توجيهها.

■ جواز الطعن بالنقض للتعسف في توجيه اليمين.

■ اليمين الحاسمة. ماهيتها. وشروط توجيهها في معنى المادتين (٥٩، ٥٧) من قانون الإثبات ؟

■ تقدير قيام شروط توجيه اليمين الحاسمة. موضوعي. متى كان سائغاً. مثال لتقدير سائغ لتوافر شروط توجيه اليمين دون تعسف.

المحكمة

حيث ان الوقائع - على ما يبين من الحكم المطعون فيه وسائر الأوراق - تتحصل في ان المطعون ضده أقام الدعوى على الطاعنين بطلب الحكم بالزامهما بأن يؤديا اليه مبلغ ٥٠٠ ألف درهم ، على سند انه توسط بينهما وبين مؤسسة عبد الله الصايغ للمقاولات العامة والعقارات في بيع البناية المملوكة لهما، واتفق معهما على ان يدفع له المبلغ المطالب به كعمولة، وبعد ان تم البيع لم يسددا له، مما حدا به الى اقامة الدعوى، وجه المطعون ضده اليمين الحاسمة الى الطاعنين بأنهما لم يتعاملا معه ولم يتفقا معه على وساطته في بيع البناية مقابل المبلغ المطالب به، وان وساطته لم تؤد الى اتمام الصفقة. أصدرت المحكمة حكماً بتوجيه اليمين بالصيغة التي حددتها، اعترض الطاعنان على توجيه اليمين على سند ان المطعون ضده متعسف في توجيهها، وأنهما تقدما بالمستندات التي تثبت عدم أحقيته فيما يدعيه. حكمت المحكمة بالزام الطاعنين بأن يؤديا للمطعون ضده مبلغ ٥٠٠ ألف درهم. استأنف الطاعنان هذا الحكم بالاستئناف رقم ١٧٦ لسنة ٢٠١٠ استئناف العين، وبتاريخ

٢٠١٠ / ٧ / ١٨ قضت المحكمة بعدم قبول الاستئناف ، طعن الطاعنان في هذا الحكم بطريق النقض وعرض الطعن على هذه المحكمة في غرفة مشورة فحددت جلسة لنظره .

وحيث ان حاصل ما ينعاه الطاعنان على الحكم المطعون فيه الخطأ في تطبيق القانون والاخلال بحق الدفاع والقصور في التسبيب ، ذلك أنهما تقدمتا بالمستندات التي تدحض ادعاء المطعون ضده وعدم أحقيته فيما يدعيه ، وأنه لم يقدم الدليل على اثبات ادعائه ، وانه فشل في اتمام الصفقة التي زعم أنه توسط فيها وبالتالي لا يستحق الأجر ، وقد اعترضوا على توجيه اليمين للتعسف في توجيهها ، وبرغم ذلك وجهتها محكمة أول درجة وأقامت قضاءها على ان الطاعنين نكلا عن حلفها ، رغم عدم نكولهما وإنما اعترضوا على توجيهها وطلبا سماع شاهدهما والحكم بموجب المستندات المقدمة منهما ، وإذ أقام الحكم المطعون فيه قضاءه على ان حكم محكمة أول درجة صدر بناء على نكولهما عن حلف اليمين وبالتالي يكون الاستئناف غير مقبول فإنه يكون معيباً بما يستوجب نقضه .

وحيث ان هذا النعي مردود ، ذلك انه من المقرر ان قبول الطعن على الحكم المطعون فيه بطريق النقض ، هو من المسائل المتعلقة بالنظام العام ، وتحكم فيها المحكمة من تلقاء نفسها ولم لم يتمسك بها أحد الخصوم ، ولا يصار الى بحث أسباب الطعن إلا اذا كان مقبولا وفق أحكام القانون . لما كان ذلك وكان لا يجوز الطعن في الأحكام الصادرة بناء على حلف اليمين الحاسمة أو النكول عنها أو ردها بأي طريق من طرق الطعن ، إلا اذا كان الطعن مبنياً على عدم جواز توجيهها أو تعلقها بالدعوى أو بطلان اجراءات توجيهها ، وكان الطاعنان قد تمسكا بأن الحكم المطعون فيه اعتبرهما ناكلين عن حلف اليمين برغم عدم جواز توجيهها ، إذ ان المطعون ضده متعسف في توجيهها ، ومن ثم فإن الطعن على الحكم المطعون فيه يكون جائزاً . وكان من المقرر ان اليمين الحاسمة انما شرعت لتكون الملاذ لصاحبها عندما تعوزه وسائل الاثبات الأخرى التي يصرح القانون بتقديرها للتدليل على صحة ما يدعيه ، وهي ملك للخصم لا للقاضي ، وان على القاضي ان يستجيب لطلب توجيهها متى توافرت شروطها ، ويترتب على حلفها أو النكول عن حلفها حسم النزاع بشأن الواقعة التي كانت محلاً لها بما لا يجوز للخصم بعدها اثبات تلك الواقعة بوسائل الاثبات الأخرى ، ويشترط في اليمين الحاسمة وعلى ما تف المادتان ٥٧ و ٥٩ من قانون الاثبات ان تكون منتجة وحاسمة في النزاع ، وان تكون الواقعة التي انصبت عليها متعلقة بشخص من وجهته اليه ، وألا يكون الخصم متعسفاً في توجيهها ، وألا تكون عن واقعة مخالفة للنظام العام أو الآداب ، وتقدير ذلك كله هو مما يدخل في السلطة التقديرية لمحكمة الموضوع دون معقب عليها من محكمة النقض متى أقامت قضاءها على أسباب سائغة لها أصلها الثابت في الأوراق . لما كان ذلك وكان المطعون ضده قد طلب توجيه اليمين الحاسمة الى الطاعنين بأنهما لم يتعاملا معه ولم يتفقا معه على وساطته في بيع البناية مقابل المبلغ المطالب به ، وان وساطته لم تؤد الى إبرام الصفقة ، وصدر حكم محكمة أول درجة بتوجيه اليمين الحاسمة الى الطاعنين بالصيغة التي حددتها ، وقد حضر وكيل عنهما بالجلسة التي حددتها المحكمة لحلفهما اليمين وقدم مذكرة اعترض فيها على توجيه اليمين على سند ان المطعون ضده متعسف في

توجيهها لوجود مستندات تدحض ادعاءه وأنه لم يتقدم بالبينة القانونية على صحة دعواه ، فاعتبرتتهما المحكمة ناكلين عن الحلف ، وأعملت أثر ذلك في حق الطاعنين بالزامهما بالمبلغ المطالب به ، وقد أيد الحكم المطعون فيه ، مما انتهت اليه محكمة أول درجة وقضى بعدم قبول الاستئناف لصدوره بناء على اليمين الحاسمة ، وإن طالبها غير متعسف في توجيهها ، فإنه يكون قد طبق القانون على وجهه الصحيح ويكون النعي على غير أساس .

الرئيس : المستشار: يوسف عبد الحليم الهتة – رئيس الدائرة.

الأعضاء : المستشار/ البشري الشوريجي

المستشار/ نبيل عمران .

٢ ت - (الطعن رقم ٨٩٨ لسنة ٢٠١٠ س ٥ ق. أ) جلسة ٢٠١١/٣/١٧ (تجاري)

إثبات "محررات عرفية". "عبء الإثبات". "إقرار". "شهادة". "شهود". "تحقيق". حكم "تسببيه". "تسبب معيب". "نقض" أسباب الطعن بالنقض. ما يقبل منها". ولاية "ولاية على النفس". "ولاية على المال". نيابة "نيابة قانونية". بطلان.

■ إنكار الخصم المحتج عليه بمحرر عرفي. أثره : نقل عبء إثبات صدوره منه أو من سلفه على من يتمسك بالمحرر.

■ إنكاره خطئه أو إمضائه أو بصمته أو ختمه. وكان المحرر منتجاً في الدعوى. يوجب على المحكمة متى لم تكف وقائع الدعوى لتكوين عقيدتها. أن تأمر بإجراء التحقيق المناسب لإظهار الحقيقة سواء بالمضاهاة أو بسماع الشهود.

■ تقدير ما إذا كان الطعن بالتزوير منتجاً في الدعوى أو غير منتج. موضوعي. ما دام سائغاً.

■ الإقرار. ماهيته. وأثره ؟

■ الإقرار القضائي. قد يكون شفوياً أمام القضاء وقد يكون كتابةً في مذكرة منه أثناء سير الدعوى. وهو بذلك حجية قاطعة على المقر. مثال.

■ الإقرار الصادر في قضية أخرى. لا يعد إقراراً قضائياً ملزماً.

■ اعتباره إقرار غير قضائي. خضوعه لتقدير محكمة الموضوع لها أن تعتبره دليلاً كتابياً أو مبدأً ثبوت بالكتابة أو مجرد قرينة. كما لها أن تأخذ به. ما دام تقديرها سائغاً. مثال.

■ نيابة الوصي عن القاصر. نيابة قانونية. أثره : انصراف أثر تصرفه في مال القاصر إلى ذمة القاصر. مثال.

■ حق القاصر عند بلوغه سن الرشد أن يتمسك ببطلان تصرف الوصي الذي أجراه وقت نقص أهليته. مثال.

المحكمة

حيث إن الوقائع - على ما يبين من الحكم المطعون فيه وسائر أوراق الطعن - تتحصل في أن الطاعنين أقاموا الدعوى رقم ٤٥ لسنة ٢٠١٠ تجاري كلي أبوظبي على المطعون ضده بطلب الحكم بنبذ خبرة حسابية

للاطلاع على دفاتر وسجلات وميزانيات شركة الحبيشي للوكالات (.....) ذ.م.م وإلزام المطعون ضده تسليم ما تحت يده من مستندات وبيان إيرادات ومصروفات وأرباح الشركة منذ تأسيسها كمؤسسة ثم شركة تضامن ثم شركة ذات مسؤولية محدودة وحتى الانتهاء من التقرير وإلزام المطعون ضده أن يؤدي لتركة المرحوم رقم ١٩٩٨/١٠٣ ما هو مستحق لورثته شرعاً من أرباح الشركة، وبياناً لذلك قالوا إن مورثهم أسس في تاريخ سابق على ١٠/١٠/١٩٩٤ مؤسسة تجارية مملوكة له بنسبة ١٠٠٪ باسم مؤسسة للوكالات (.....) لمباشرة نشاط الوكالات التجارية وتمثيل شركات وخدمات حقول ومنشآت النفط والغاز البرية والبحرية، وأنه عهد إلى والد المطعون ضده بإدارة المؤسسة وتمثيلها أمام كافة الجهات، ثم تم تحويل المؤسسة إلى شركة تضامن بعد ضم شريكين صوريين للشركة هما و وإضافة اسميهما لرخصة الشركة المملوكة لوالدهم وحده وقد استمر والد المطعون ضده في إدارتها، وأنه في عام ٢٠٠١ قام الورثة بتعديل الشركة إلى شركة ذات مسؤولية محدودة مع الشريكين الصوريين وتم توقيع ملحق عقد تعديل الشركة من جانب هيئة الرعاية الاجتماعية وشؤون القصر باعتبارها القائمة على إدارة أموال التركة، وتم تعيين مجلس مديرين مكون من شخصين لإدارة الشركة هما المطعون ضده ووالده، وأنه بوفاة الأخير قام المطعون ضده بالاستئثار بأموال الشركة وأصولها والتصرف فيها كمال وأخفى أموالها وجميع تعاقداتها وامتنع عن تزويد المدعين بالحسابات والميزانيات المدققة للوقوف على أرباح الشركة خلال السنوات الماضية واستولى لنفسه على حقوق أصحاب الشركة ويمهد لتهريب أموالها خارج البلاد ومن ثم كانت الدعوى. وبتاريخ ٢٠١٠/٣/٣٠ حكمت المحكمة برفض الدعوى. استأنف الطاعنون هذا الحكم بالاستئناف رقم ٥٣٥ لسنة ٢٠١٠ تجاري أبوظبي، وبتاريخ ٢٠١٠/٦/٢٣ قضت المحكمة بالتأييد. طعن الطاعنون في هذا الحكم بطريق النقض بالطعن المائل، وعرض الطعن على هذه المحكمة في غرفة مشورة فحددت جلسة لنظره.

وحيث إن الطاعنين ينعون بسببي على الحكم المطعون فيه الخطأ في تطبيق القانون والقصور في التسبب والإخلال بحق الدفاع ومخالفة الثابت في الأوراق، ذلك بأنهم تمسكوا أمام محكمة الموضوع بدرجيتها بالطعن بالتزوير على الإقرارات المنسوبة إلى مورثهم والتي تفيد أنه كان مجرد كفيل للشركة موضوع الدعوى وطلبوا إحالتها للمختبر الجنائي لمضاهاة التوقيعات الثابتة بها على توقيعات مورثهم إلا أن الحكم المطعون فيه انتهى إلى تأييد الحكم الابتدائي فيما ذهب إليه من أن الطعن بالتزوير غير منتج وأن المحكمة استندت في قضائها إلى مستندات أخرى مع أن تلك المستندات التي عول عليها الحكم بعضها مترتب على الإقرارات المزورة وبعضها الآخر غير صادر عن مورث الطاعنين. كما أن إقرار الطاعنة الأولى أمام قاضي التركات وقت أن كان باقي الطاعنين من القصر إنما كان وليد تدليس وغش وإقرارات مزورة وهو بهذه المثابة لا يلزمهم بعد أن بلغوا سن الرشد ويحق لهم التحري عن صحة مزاعم المطعون ضده، وكل ذلك يعيب الحكم ويستوجب نقضه.

وحيث إن هذا النعي في محله، ذلك أنه من المقرر عملاً بالمادة ٢٣ من قانون الإثبات رقم ١٠ لسنة ١٩٩٢ أنه إذا أنكر الخصم المحتج عليه بمحرر عرفي صدوره منه فعلى خصمه إثبات صدوره منه أو من سلفه، كما تنص

المادة ٢٤ من هذا القانون على إنه إذا أنكر من يشهد عليه المحرر خطه أو إمضاءه أو ختمه أو بصمة إصبعه وظل الخصم الآخر متمسكاً بالمحرر وكان المحرر منتجاً في النزاع ولم تكف وقائع الدعوى ومستنداتها لتكوين قناعة المحكمة في شأن صحة الخط أو الإمضاء أو الختم أو بصمة الإصبع أمرت المحكمة بإجراء التحقيق بالطريقة التي تراها مؤدية إلى ظهور الحقيقة فلها التحقيق بالمضاهاة أو بسماع الشهود أو بكليهما. وأن تقدير ما إذا كان الطعن بالتزوير منتجاً في الدعوى أو غير منتج فيها من المسائل الموضوعية التي تستقل محكمة الموضوع بتقديرها دون رقابة عليها في ذلك من محكمة النقض متى كان تقديرها قائماً على ما له أصله في الأوراق ولا مخالفة فيه للقانون. وكان الأصل في الإقرار - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - هو أنه اعتراف شخص بواقعة من شأنها أن تنتج ضده أثراً قانونية بحيث تصبح في غير حاجة إلى إثبات ويحسم النزاع في شأنها، والإقرار القضائي يمكن أن يكون شفوياً بيديه الخصم من نفسه أمام القضاء أو يكون كتابة في مذكرة مقدمة منه أثناء سير الدعوى وهو بهذه المثابة يعتبر حجة قاطعة على المقر. وكان من المقرر أن الإقرار الصادر في قضية أخرى لا يعد إقراراً قضائياً ملزماً إلا أنه يعتبر من قبيل الإقرار غير القضائي عملاً بنص المادة ٣/٥١ من قانون الإثبات في المعاملات المدنية والتجارية، ويكون خاضعاً لتقدير محكمة الموضوع ولهذه المحكمة بعد تقدير الظروف التي صدر فيها وملابسات الدعوى أن تعتبره دليلاً مكتوباً أو مبدأً ثبوت بالكتابة أو مجرد قرينة، كما أن لها ألا تأخذ به أصلاً ولا معقب على تقديرها في ذلك متى بُني على أسباب سائغة. وكان من المقرر أن نيابة الوصي عن القاصر نوع من أنواع النيابة القانونية، تحل بها إرادة الوصي محل إرادة القاصر مع انصراف الأثر القانوني إلى ذلك الأخير، والغرض منها صيانة ثروة القاصر واستثمارها في الوجوه التي تعود عليه بالمنفعة، إلا أنه يكون للقاصر وبعد بلوغه سن الرشد أن يتمسك ببطلان أي تصرف صدر من الوصي حال كونه من ناقصي الأهلية. لما كان ذلك، وكان الحكم المطعون فيه قد خلص إلى رفض طلب الطاعنين بتحقيق الطعن بالتزوير على الإقرارات المنسوبة إلى مورثهم لكونه غير منتج في الدعوى وقضى بتأييد الحكم الابتدائي استناداً إلى ما قاله من أن الطاعنة حضرت بجلسة ١٩٩٩/١/٢٦ في القضية رقم ١٩٩٨/١٠٣ تركت وقررت في حضور محاميها أن المرحوم / كان يتقاضى أجراً سنوياً عن شركتي وشركة (.....) وبالنسبة لشركة فهو كفيل لها بنسبة ٢٪ من قيمة العقود دون تحمل أية خسارة وأن الأجر السنوي للشركتين هو خمسون ألف درهم، وإن الحكم الصادر في القضية رقم ١٩٩٨/١٠٣ تركت الصادر بجلسة ١٩٩٩/٢/١٦ أورد في أسبابه ومنطوقه مضمون ما تقدم، ويؤكد ذلك أن سندات القبض وإيصالات القبض والشيكات المرسلة إلى مؤسسة زايد العليا للرعاية الإنسانية لصالح الورثة مقابل إيجار الرخصة التجارية للشركة موضوع الدعوى خلال الفترة من ٢٠٠٠/٧/٤ وحتى ٢٠٠٩/٥/٢٤ وكل منها بمبلغ ٢٥٠٠ درهم تم تسليمها دون اعتراض من الورثة أو من مؤسسة زايد العليا. مما مفاده أن الحكم اعتد بحجية إقرار الطاعنة الأولى أمام قاضي التركات في مواجهة باقي الطاعنين مع أن إقرارها غير القضائي يعتبر حجة عليها وحدها دون غيرها من الورثة الذين كانوا من القصر حينئذ ويحق لهم بعد أن بلغوا سن الرشد التمسك بالطعن بالتزوير على الإقرارات المنسوبة إلى مورثهم والتي تفيد أنه كان

مجرد كفيل للشركة موضوع الدعوى لاسيما وأن سندات القبض وإيصالات القبض والشيكات المرسلة إلى مؤسسة زايد العليا للرعاية الإنسانية لصالح الورثة مقابل إيجار الرخصة التجارية للشركة إنما جاءت مترتبة على إقرار الطاعنة الأولى المشار إليه والذين تمسكوا بأنه كان وليد تدليس وغش وإقرارات مزورة، ومن ثم فإن طلبهم بتحقيق الطعن بالتزوير يكون جوهرياً إذ قد يتغير بنتيجته وجه الرأي في الدعوى، وإذ خالف الحكم المطعون فيه هذا النظر فإنه يكون معيباً بما يوجب نقضه على أن تكون مع النقض الإحالة.

الرئيس : المستشار/ يوسف عبد الحليم الهته – رئيس الدائرة.

الأعضاء : المستشار / البشري الشوريجي

المستشار / نبيل عمران .

٣ ت - (الطعن رقم ١١٩٤ لسنة ٢٠١٠ س ٥ ق أ) جلسة ٢٠١١/٣/١٧ (تجاري)

إثبات " خبرة " . محكمة الموضوع " سلطتها " . حكم " تسببيه . تسبب معيب " . نقض " أسباب الطعن بالنقض . ما يقبل منها " . دفاع " الإخلال بحق الدفاع . ما يوفره " .

■ إغفال الحكم الرد على دفاع جوهرى للخصوم وارداً على تقرير الخبير الذي أخذت به المحكمة . مؤداه : قصور وإخلال بحق الدفاع . مثال لتسبب معيب .

المحكمة

حيث ان الوقائع - على ما يبين من الحكم المطعون فيه وسائر الأوراق - تتحصل في ان المطعون ضده أقام الدعوى رقم ٣٢٢ لسنة ٢٠٠٩ مدني كلي أوظيفي على الطاعنة بطلب الحكم بالزامها بأن تؤدي له مبلغ ٨٠٠،٥٠٤ درهم تعويضاً عما أصابه من أضرار مادية ومعنوية من جراء تأخرها في التنفيذ والفائدة القانونية بواقع ١٢٪ من تاريخ رفع الدعوى وحتى السداد التام . على سند أنه بموجب عقد مقاول مؤرخ ٢٠٠٥/٨/٢٠ اتفق معها على تنفيذ جميع الأعمال الانشائية والاعتيادية والصحية والكهربائية لفيلا سكنية على قطعة الأرض رقم ١١٥ مدينة محمد بن زايد السكنية مقابل مبلغ ١،٢٥٠،٠٠٠ درهم على ان يتم التنفيذ في مدة أقصاها ١٤ شهراً تبدأ من تاريخ ٢٠٠٥/١٠/٣٠ ، وبتاريخ ٢٠٠٥/١٠/٢٢ تم تعديل قيمة المقاول الى ١،٢٠٠،٠٠٠ درهم واشترط غرامة تأخير بنسبة ١٠٪ من قيمة المقاول ، إلا أنها تقاعست عن تنفيذ التزاماتها المحددة بالعقد رغم التنبيه عليها أكثر من مرة ، وان ما نفذته من أعمال غير مطابق للمواصفات مما حدا به الى سحب الأعمال منها وتكليف مقاول آخر باستكمال الأعمال ، وقد ترتبت على ذلك أضرار حاقت به مما حدا به الى اقامة الدعوى . ومحكمة أول درجة بعد ان ندبت خبيراً قدم تقريره حكمت بالزام الطاعنة بأن تؤدي للمطعون ضده مبلغ ٤١٥١١٥ درهم والفائدة التأخيرية بنسبة ٩٪ من تاريخ المطالبة القضائية حتى تاريخ السداد ، استأنفت الطاعنة هذا الحكم بالاستئناف رقم ٥٢٩ لسنة ٢٠١٠ ، كما استأنفه المطعون ضده بالاستئناف رقم ٥٦٤ لسنة ٢٠١٠ استئناف ابوظبي ، وبتاريخ ٢٠١٠/١٠/١٠ قضت المحكمة برفض الاستئناف رقم ٥٦٤ لسنة ٢٠١٠ وفي الاستئناف رقم ٥٢٩ لسنة ٢٠١٠ بتعديل الحكم المستأنف بالزام الطاعنة بأن تؤدي للمطعون ضده مبلغ ٣٦٣٧٦٩ درهم ورفضت ما عدا ذلك من طلبات . طعنت الطاعنة في هذا الحكم بطريق النقض ، وعرض الطعن على هذه المحكمة في غرفة مشورة فحددت جلسة لنظره .

وحيث ان مما تنعاه الطاعنة على الحكم المطعون فيه الاخلال بحق الدفاع ومخالفة الثابت بالأوراق والقصور في التسبب ، ذلك أنها تمسكت بأن الخبير المنتدب لم يحتسب مبلغ ١٢٠ الف درهم قيمة الكفالة البنكية والتي قام بنك الخليج الأول بتسييلها لصالح المشروع بعد سحب العمل منها ، كما لم يحتسب قيمة الأعمال الخشبية

والتي تقع على عاتق المالك ، وكذلك قيمة التشوينات التي كانت بداخل الموقع ، والمبينة بمحضر جرد الأعمال الذي أجري بواسطة هيئة القروض والاستشاري بتاريخ ١٠/١٢/٢٠٠٦ وإذ أقام الحكم قضاءه على أنه لم يثبت تسييل الكفالة برغم تقديم الدليل على ذلك ، كما لم يرد ايجاباً أو سلباً بالنسبة لعدم احتساب الخبير قيمة الأعمال الخشبية والتشوينات فإنه يكون معيباً بما يستوجب نقضه .

وحيث ان هذا النعي في محله ، ذلك انه ولئن كان لمحكمة الموضوع السلطة التامة في الأخذ بتقرير الخبير الذي ندبته محمولاً على أسبابه الا ان شرط ذلك ان تكون النتيجة التي خلص اليها تقرير الخبير متفقة مع ما هو ثابت بالأوراق ، وانه اذا اعتد الحكم بهذا التقرير برغم الاعتراضات الموجهة اليه من الخصم وكانت هذه الاعتراضات تتضمن دفاعاً جوهرياً لو صح لكان له أثر في تقدير عمل الخبير والنتيجة التي خلص اليها ، فإذا ما أغفل الحكم الرد على تلك الاعتراضات فإنه يكون مشوباً بالقصور في التسبيب . لما كان ذلك وكانت الطاعنة قد تمسكت أمام محكمة الموضوع بأن الخبير لم يحتسب قيمة الكفالة المصرفية وقيمتها ١٢٠ الف درهم والتي قام بنك الخليج الأول بتسييلها بناء على طلب هيئة قروض المساكن الخاصة بالمواطنين ، وقدمت تدليلاً على ذلك كتاب البنك المؤرخ ١٣/٣/٢٠٠٧ والمرسل بالفاكس الى الطاعنة ، كما تمسكت ان الخبير لم يحتسب لصالحتها قيمة التشوينات الموجودة بالموقع وقت سحب المقاوله منها والتي تضمنها محضر الجرد المؤرخ ٤/١/٢٠٠٧ والموقع عليه من مهندس هيئة قروض المساكن الخاصة بالمواطنين والاستشاري ومهندس الطاعنة والذي أثبت أنه يوجد بالموقع ٥ فريمت خشبية وكمية من السيراميك وكمية من الأخشاب والجاكات حديد (٧ طن) أقطار مختلفة وعدد تسع سخانات مياه ، كما أثبت بذلك المحضر ان أعمال النجارة على المالك وقد أرفق الخبير صورة من محضر الجرد بتقريره إلا أنه لم يقيم باحتساب قيمتها ولم يبين سبب ذلك ، وكانت هذه الاعتراضات تتضمن دفاعاً جوهرياً لو صح لكان له أثر في تقدير عمل الخبير والنتيجة التي خلص اليها ، فإذا ما أغفل الحكم الرد على هذه الاعتراضات وأخذ برأي الخبير الذي خلص اليه في تقريره ، ورتب عليه قضاءه بالزام الطاعنة بالمبلغ المقضي به مجتزئاً القول بأنها لم تقدم الدليل على تسييل الكفالة البنكية وأنه قول مرسل ولم يرد ايجاباً أو سلباً على ما تمسكت به بالنسبة للتشوينات وأعمال النجارة ، فإنه يكون مشوباً بالقصور في التسبيب بما يوجب نقضه دون حاجة لبحث باقي أسباب الطعن .

الرئيس : المستشار/ يوسف عبد الحليم الهته - رئيس الدائرة.

الأعضاء : المستشار / البشري الشوريجي

المستشار / نبيل عمران .

٤ ت - (الطعن رقم ٩٥ لسنة ٢٠١١ س ٥ ق أ) جلسة ٢٠١١/٩/٢٨ (تجاري)

١ (إثبات " إقرار " . التزام . دين . حق . حكم " تسببيه . تسبب غير معيب " . نقض " أسباب الطعن بالنقض . ما لا يقبل منها " . محكمة النقض " سلطتها " . ضرر . تعويض . مذاهب فقهية . شريعة إسلامية .

■ التقريرات القانونية الخاطئة لا تؤثر في صحة الحكم . ما دام قد انتهى إلى النتيجة الصحيحة . محكمة النقض تصوب الخطأ . دون أن تنقضه . مثال .

■ الإقرار ماهيته في معنى المادة (٥١) من قانون الإثبات ؟

■ اختلاف الإقرار المكتوب عن المحرر المعد سلفاً لإثبات تصرف إنشائي مستقبلي . علة ذلك ؟ مثال .

■ عدم جواز تعليق الإقرار على شرط أو إضافته إلى أجل . علة ذلك ؟ مثال .

■ الجزاء المالي الذي يتفق عليه المتعاقدان . هو من قبيل الشرط الجزائي المنصوص عليه في المادة (٣٩٠) مدني . للتعويض عن الضرر الناشئ عن الإخلال بالالتزام .

■ عدم دخول ذلك في مقدار التعويض عن الضرر بعد وقوعه .

■ جواز التصرف بالإرادة المنفردة للمتصرف . دون توقف على قبول المتصرف إليه . ما لم يكن في ذلك إلزام للغير . المادة (٢٧٦) مدني .

■ التعويض يقدر بمقدار الضرر .

■ الضرر ماهيته ؟ وأنواعه ؟

٢ (طعن " أسباب الطعن بالنقض . ما لا يقبل منها " . نقض " أسباب الطعن بالنقض . ما لا يقبل منها " .

■ وجه النعي الوارد على غير محل من الحكم المطعون فيه . عدم قبوله . أساس ذلك ؟ مثال .

المحكمة

حيث إن الوقائع - على ما يبين من الحكم المطعون فيه وسائر أوراق الطعن - تتحصل في أن الطاعن أقام الدعوى رقم ٦٢٤ لسنة ٢٠٠٩ تجاري كلي أبوظبي على المطعون ضده بطلب الحكم بإلزامه أن يؤدي

له مبلغ ١٥٠٠٠٠٠٠ درهم قيمة الشرط الجزائي، وبيانا لذلك قال إنه كان شريكاً بنسبة ٣٠٪ مع من يدعى الذي يمتلك نسبة ٧٠٪ في شركة كهرباء ذات المسؤولية المحدودة وانه بموجب عقد تنازل مؤرخ ٢٠٠٩/٣/٢ تنازل الأخير عن حصته في تلك الشركة وعن مؤسسة المدنية إلى المطعون ضده، وبتاريخ ٢٠٠٩/٣/٣ وقع الأخير إقراراً على نفسه بالالتزام بالاستمرار في إجراءات نقل ملكية ما تم التنازل عنه له وأن يتعاون مع الطاعن في هذا الصدد وإلا يدفع مبلغ ١٥٠٠٠٠٠٠ درهم كشرط جزائي، إلا أنه فوجئ بالمطعون ضده يتراجع عن كافة ما تعهد به في إقراره إذ تنازل عن الدعوى التي سبق أن أقامها بصحة ونفاذ عقدي التنازل عن الحصص له وعقد صلحاً مع الشريك الأصلي الأمر الذي ألحق الضرر بالطاعن من جميع النواحي فكانت الدعوى. وبتاريخ ٢٠١٠/٢/٢٨ حكمت المحكمة برفض الدعوى. استأنف الطاعن هذا الحكم بالاستئناف رقم ٢٩٦ لسنة ٢٠١٠ تجاري أبوظبي، وبتاريخ ٢٠١٠/٧/٢٥ قضت المحكمة بالتأييد. طعن الطاعن في هذا الحكم بطريق النقض بالطعن الماثل، وعُرض الطعن على هذه المحكمة في غرفة مشورة فحددت جلسة لنظره.

وحيث إن حاصل ما ينعاه الطاعن بأسباب طعنه من الأول إلى الثالث على الحكم المطعون فيه الخطأ في تطبيق القانون والقصور في التسبيب والتناقض، وفي بيان ذلك يقول إنه خلص إلى أن الثابت من الحكم الصادر من محكمة النقض في الطعين رقمي ٢٣ و٢٤ لسنة ٢٠١٠ نقض تجاري لا يمكن بموجبه إسناد أي خطأ للمطعون ضده، على الرغم من أن ما قام به الأخير من صلح وتنازل وتقابل في الدعوى رقم ٣١٠ لسنة ٢٠٠٩ تجاري كلي أبوظبي إنما كان هو الفعل الحاسم والنهائي في تلك الدعوى، وقد أظهر الحكم الصادر فيها أن آثار هذا الصلح لم تقف عن حدود الدعوى الأصلية بل تجاوزتها إلى طلبات المتدخلين هجومياً بما حجب تلك المحكمة عن بحث حقوق الطاعن العقدية وبما أدى إلى عودة الشريك البائع - - شريكاً في الشركة، كما أوضح حكم النقض المشار إليه أن الحكم الصادر في تلك الدعوى الابتدائية بإلحاق عقد الصلح بمحضر الجلسة وإثبات محتواه فيه لا يعتبر حكماً قضائياً إذ يقتصر دور القاضي في شأنه على مجرد توثيقه، ومحكمة النقض بهذه المثابة لم تبرئ ساحة المطعون ضده من الخطأ على نحو ما فهمه الحكم المطعون فيه الذي أقام قضاءه على عبارات عامة معماة لا يبين منها الأساس الذي ارتكن إليه فأهدر بذلك التزامات وحقوق عقد بيع نسبة ٧٠٪ من حصص الشركة إلى المطعون ضده بتاريخ ٢٠٠٩/٣/٢ وأهدر حجية الإقرار والتعهد الصادر من المطعون ضده بتاريخ ٢٠٠٩/٣/٣ بعدم التراجع في إجراءات نقل الملكية، وحجب عقد الصلح المحكمة الابتدائية في الدعوى رقم ٣١٠ لسنة ٢٠٠٩ عن التصدي للشق المتعلق بالإقرار بالصورية الصادر عن المطعون ضده لصالح المتدخلين هجومياً والإقرار بتملكهما للحصص سواء في مقام الإبطال أو في مقام الترجيح وهو ما يعتبر جوهر الخطأ في جانب المطعون ضده، مما يعيب الحكم ويستوجب نقضه.

وحيث إن هذا النعي في جملته غير منتج، ذلك أنه متى كانت النتيجة التي انتهى إليها الحكم المطعون فيه صحيحة فلا يضره ما ورد في أسبابه من قرارات قانونية خاطئة لا تتفق وصحيح القانون وإنما تتولى محكمة

النقض تصويب ما اشتمل عليه من أخطاء قانونية دون أن تنقضه. لما كان ذلك، وكان من المقرر أن النص في المادة ٥١ من قانون الإثبات في المعاملات المدنية والتجارية على أن: "الإقرار هو إخبار الإنسان عن حق عليه لأخر. ويكون الإقرار قضائياً إذا اعترف الخصم أمام القضاء بواقعة قانونية مدعى بها عليه وذلك أثناء السير في الدعوى المتعلقة بهذه الواقعة. ويكون الإقرار غير قضائي إذا وقع في غير مجلس القضاء أو بصدد نزاع أثير في دعوى أخرى"، يدل على أن الأصل في الإقرار أنه اعتراف شخص بواقعة من شأنها أن تنتج ضده آثاراً قانونية بحيث تصبح في غير حاجة إلى الإثبات ويحسم النزاع في شأنها. وبهذه المثابة يختلف الإقرار المكتوب عن المحرر المكتوب المعد مقدماً لإثبات تصرف إنشائي مستقبلي، باعتبار أن الإقرار هو عمل إخباري لا ينشئ حقاً جديداً وإنما هو إخبار بحدوث واقعة معينة في وقت مضى أو ثبوت حق معين قبل تاريخه ويترتب على ذلك أن الإقرار لا يجوز تعليقه على شرط أو إضافته إلى أجل لأن التعليق والإضافة إنما يكونان بالنسبة إلى المستقبل، أما الإقرار فهو إخبار عما سبق. وكان من المقرر أن الجزاء المالي الذي يفرضه المتعاقدان - في إطار روابط القانون الخاص - لضمان تنفيذ اتفاقهما ويستهدف جبر الضرر الذي يصيب المتعاقد الذي جرى الإخلال بحقه ما هو إلا من قبيل الشرط الجزائي الذي يجد سنده القانوني في المادة ٣٩٠ من قانون المعاملات المدنية التي تتناول حكم اتفاق المتعاقدين مقدماً على مقدار التعويض عن الضرر بالنص عليه في العقد المبرم بينهما أو في اتفاق لاحق يعقدانه معاً ولا يدخل في هذه المادة حكم التعويض عن الضرر بعد وقوعه. وكان النص في المادة ٢٧٦ من قانون المعاملات المدنية على أنه: "يجوز أن يتم التصرف بالإرادة المنفردة للمتصرف دون توقف على قبول المتصرف إليه ما لم يكن فيه إلزام للغير طبقاً لما يقضي به القانون كل ذلك ما لم ينص القانون على خلافه"، يدل على أن التصرف في الفقه الإسلامي - وعلى ما أفصحت عنه المذكرة الإيضاحية - يتم بإيجاب وقبول إذا كان من شأنه أن يترتب التزاماً في جانب كل من الطرفين، أما التصرف الذي يترتب التزاماً في جانب أحد الطرفين دون الآخر فيتم بإيجاب الطرف الملتزم وحده. ومن المقرر أيضاً أن التعويض يقدر بقدر الضرر، والضرر إما أن يكون مادياً متمثلاً في الإخلال بمصلحة للمضرور ذات قيمة مالية فيشمل ما لحق به من خسارة وما فاتته من كسب، وإما أن يكون ضرراً أدبياً، ويجب أن يكون الضرر قد وقع بالفعل أو أن يكون وقوعه في المستقبل حتماً ولا يكفي مجرد احتمال وقوعه. لما كان ذلك، وكان المحرر سند الدعوى والمعنون "إقرار" لا يعد إقراراً غير قضائي - وعلى ما سلف بيانه - باعتبار أن التعهد الوارد به إنما ينشئ حقاً مستقبلياً ولا يتضمن إخباراً بحدوث واقعة محددة في الماضي أو ثبوت حق معين قبل تاريخ المحرر، كما أنه جاء معلقاً على شرط هو التراجع عن التعهد باستكمال إجراءات نقل ملكية ٧٠٪ من حصص الشركاء إلى اسم المطعون ضده. هذا إلى أن مبلغ الخمسة عشر مليون درهم الذي تضمنه المحرر المذكور لا يعد شرطاً جزائياً لوروده في غير عقد مبرم بين الطرفين أو اتفاق لاحق على مثل هذا العقد، فلا يعد - والحال كذلك - من قبيل التعويض الاتفاقي أو الإقرار بالضرر عند الإخلال بالعقد والذي لا يكلف فيه الدائن بإثبات الضرر ويقع على عاتق المدين عبء إثبات عدم وقوع الضرر أو بأنه مغالي فيه إلى درجة كبيرة. وإنما يعد هذا التعهد تصرفاً بالإرادة المنفردة يترتب التزاماً في جانب المطعون ضده منشأ إرادته وحدها، إلا أن إخلاله بهذا الالتزام الذي

تعهد به وتراجع عنه وإن كان يتوافر به ركن الخطأ في جانبه لا يرتب بمجرد الطاعن حقاً في التعويض إلا إذا أثبت أن ضرراً لحقه من جراء هذا الخطأ وعلاقة السببية بينهما. وإذا كان الطاعن لم يثبت لمحكمة الموضوع وقوع الضرر المادي والأدبي المدعى بهما فإن دعواه تكون قائمة على غير أساس. وإذا كان الحكم المطعون فيه قد انتهى إلى هذه النتيجة الصحيحة، فإنه لا يفسده ويؤدي إلى نقضه ما اعتراه من خطأ في بعض أسبابه القانونية من حيث نفي الخطأ عن المطعون ضده وأن هناك استحالة في نقل الملكية إليه من وأن توقف تلك الإجراءات ترجع إلى سبب خارج عن إرادته، إذ لمحكمة النقض أن تصحح هذا الخطأ أو تستكمل ما شابه من قصور في هذه الأسباب دون أن تنقضه، ويكون هذا النعي غير مقبول.

وحيث إن الطاعن ينعي بالسبب الرابع على الحكم المطعون فيه الفساد في الاستدلال ذلك بأنه استند في قضائه إلى الحكم الصادر في الدعوى رقم ٣١٠ لسنة ٢٠٠٩ تجاري كلي أبوظبي والحكم في الطعن رقم ٢٣ و٢٤ لسنة ٢٠١٠ نقض تجاري والذي أثبت أن ذلك الحكم الابتدائي لا يعدو أن يكون عقد صلح مؤثق اقتصر فيه دور القاضي على دور المؤثق وإن اتخذ شكل الأحكام القضائية. كما أن الحكم الصادر في الدعوى رقم ٣١٠ لسنة ٢٠٠٩ نقض تجاري تردى في عيب التناقض في التسبب ذلك أنه ولئن خلص إلى اعتماد الصلح بين طرفيه إلا أنه ذهب إلى اعتناق الإقرار الصادر من المطعون ضده بصورية تملكه للحصص واستحقاق المتدخلين هجوماً لها وعلى نحو لا يُعرف معه أي الأمرين يمثل الحقيقة القانونية والواقعية في الدعوى، مما يعيب الحكم ويستوجب نقضه.

وحيث إن النعي في شقه الأول مردود بما سلف من رد على الأسباب السابقة. والنعي في شقه الثاني غير مقبول إذ إن المقرر في قضاء هذه المحكمة أن الطعن بالنقض إنما يعني مخاصمة الحكم المطعون فيه، فيتعين أن ينصب النعي على عيب قام عليه الحكم، فإذا ما خلا من ذلك العيب الموجه إليه كان النعي وارداً على غير محل. لما كان ذلك، وكان ما يثيره الطاعن بوجه النعي - أيًا كان وجه الرأي فيه - إنما ينصب على الحكم الصادر في الدعوى رقم ٣١٠ لسنة ٢٠٠٩ تجاري كلي أبوظبي ولا يصادف محلاً في قضاء الحكم المطعون فيه، ومن ثم فإن النعي عليه بهذا الشق يكون غير مقبول. ولما تقدم يتعين رفض الطعن.

الرئيس : المستشار: يوسف عبد الحليم الهته - رئيس الدائرة.

الأعضاء : المستشار / بادي الجرام

المستشار / نبيل عمران .

ه ت - (الطعن رقم ٥٢٤ لسنة ٢٠١١ س ٥ ق. أ) جلسة ٢٠١١/٩/٢٢ (تجاري)

إثبات « الإثبات بالكتابة » « شهود » « شهادة » . نظام عام . حكم « تسببيه . تسبیب غير معيب » .
نقض « أسباب الطعن بالنقض . ما لا يقبل منها » . دفع « الدفع بعدم جواز الإثبات بالبينة » . دفاع
« الإخلال بحق الدفاع . ما لا يوفره » .

- قاعدة عدم جواز الإثبات بالبينة في الأحوال التي يجب فيها الإثبات بالكتابة . عدم تعلقها بالنظام العام .
مؤدى ذلك : وجوب تمسك المقررة لمصلحته بها قبل البدء في سماع شهادة الشهود .
- سكوته عن ذلك . أثره : اعتباره متنازلاً عن حقه في الإثبات بالطريق الذي رسمه القانون . مثال .
- عدم جواز إثارة هذا الدفع لأول مرة أمام النقض .
- تحصيل فهم الواقع في الدعوى وتقدير أدلتها والموازنة بينها . موضوعي . ما دام سائغاً . مثال .

المحكمة

حيث إن الوقائع - على ما يبين من الحكم المطعون فيه وسائر أوراق الطعن - تتحصل في أن المطعون ضده أقام الدعوى رقم ١٤٠ لسنة ٢٠١٠ تجاري كلي العين على الطاعن بطلب الحكم بنبذ خبير للانتقال إلى الترخيص التجاري الذي يحمل اسم (.....) ومعاينة المحلين الكائن أحدهما في العين وثانيهما بأبوظبي بإرشاد المطعون ضده والمخزن الكائن بأحد ملحقات فيلا الطاعن وجرّد محتوياتهم وتقدير قيمتهم وبيان حق المطعون ضده في كل ذلك ومنع الطاعن من التصرف في شيء من ذلك لحين الفصل في الدعوى والحكم للمطعون ضده بما سيسفر عنه تقرير الخبرة، وبياناً لذلك قال إنه مستمر للترخيص المشار إليه منذ ثماني سنوات ويملك كافة موجودات الترخيص ويقدر البضاعة بالمحلين والمخزن بما لا يقل عن ١٥٠٠٠٠٠ درهم، وأن الطاعن طلب تحويل الترخيص بالكامل باسمه تمهيداً للحصول على قرض إلا أنه قام بطرد المطعون ضده وسحب منه المفاتيح مما أوقع به أبلغ الضرر فكانت الدعوى . حكمت المحكمة بإحالة الدعوى إلى التحقيق واستمعت إلى شاهدي المطعون ضده والطاعن . ندبت المحكمة خبيراً لأداء المأمورية المبينة بمنطوق حكمها وأودع الخبير تقريره . أعادت المحكمة المأمورية إلى الخبير المنتدب لبحث اعتراضات المطعون ضده وأودع الخبير تقريره التكميلي . وبتاريخ ٢٠١١/١/٢٥ حكمت المحكمة بفسخ الشركة المبرمة بين طرفي الدعوى بالرخصة التجارية (.....) وبإلزام الطاعن أن يؤدي للمطعون ضده مبلغ ٣٣٦٠٠٠ درهم . استأنف الطاعن هذا الحكم بالاستئناف رقم ٥٧ لسنة ٢٠١١ تجاري العين، وبتاريخ ٢٠١١/٣/٢١ قضت المحكمة بالتأييد . طعن الطاعن في هذا الحكم بطريق النقض بالطعن المائل، وعُرض الطعن على هذه المحكمة في غرفة مشورة فحددت جلسة لنظره .

وحيث إن حاصل ما ينهيه الطاعن بسبب الطعن على الحكم المطعون فيه مخالفة القانون، ذلك بأنه أقام قضاءً اعتماداً على شهادة شاهدي المطعون ضده على الرغم من مخالفتها لما هو ثابت في الأوراق الرسمية فالرخصة لم تكن يوماً باسم المطعون ضده وإنما هي باسم الطاعن منذ بداية النشاط وتجدد سنوياً باسمه،

إضافة إلى أن المطعون ضده لم تصدر له بطاقة مستثمر إلا بتاريخ ٢٠١٠/٣/١ كما لم يوقع الطرفان عقد شراكة إلا خلال الفترة من ٢٠١٠/٢/١ وحتى ٢٠١٠/٣/٢٤ وبالتالي فلا يحق للمطعون ضده أن يقتسم الأصول بما فيها السيارة التي اشتراها الطاعن بمراوحة بنكية قبل توقيع عقد الشركة، كما لم يطعن المطعون ضده بالتزوير على أي من المستندات الرسمية التي قدمها الطاعن، فما كان للحكم الابتدائي أن يعول في قضائه على شهادة الشاهدين وإذ انتهى الحكم المطعون فيه إلى تأييده فإنه يكون معيباً بما يستوجب نقضه.

وحيث إن هذا النعي مردود، ذلك أن قاعدة عدم جواز الإثبات بالبينة في الأحوال التي يجب فيها الإثبات بالكتابة ليست من النظام العام، فعلى من يريد التمسك بالدفع بعدم جواز الإثبات بالبينة أن يتقدم بذلك لمحكمة الموضوع قبل البدء في سماع شهادة الشهود، فإذا سكت عن ذلك عد سكوتة تنازلاً منه عن حقه في الإثبات بالطريق الذي رسمه القانون. وإذ كان الواقع أن محكمة أول درجة حكمت قبل الفصل في الموضوع بإحالة الدعوى إلى التحقيق ليثبت المطعون ضده ملكيته للرخصة التجارية المسماة (.....) وكافة موجوداتها وعناصرها، وكان الثابت من الأوراق أن الطاعن لم يبد أي اعتراض على هذا الحكم لا قبل سماع أقوال الشهود ولا بعد سماع أقوالهم بل سكت عن ذلك إلى أن صدر الحكم في الدعوى فإن ذلك يعتبر تنازلاً عن الدفع بعدم جواز الإثبات بالبينة ولا يجوز له التحدي به لأول مرة أمام محكمة النقض. لما كان ذلك، وكان من المقرر أن سلطة فهم وتحصيل الواقع في الدعوى تستقل بها محكمة الموضوع طالما كان استخلاصها سائغاً ولها مطلق السلطة في بحث الأدلة والمستندات المقدمة تقديمًا صحيحاً وفي استخلاص ما تراه متفقاً مع واقع الدعوى بلا معقب عليها من محكمة النقض متى أقامت قضاءها على أسباب سائغة. وكان الحكم المطعون فيه قد انتهى إلى تأييد الحكم الابتدائي على سند من أن الثابت من شهادة الشهود هو قيام علاقة الشركة بين طرفي النزاع في المحليين الكائنين في العين وأبوظبي والمخزن التابع لهما بالخزنة وذلك بنسبة من الأرباح مقابل عمل المطعون ضده، وأوضحت الخبرة أن قيمة موجودات النشاط بمبلغ ٢٧٠٠٠٠ درهم وعلى ما ثبت من معاينة الخبير، وتبين من البيان المقدم من الطاعن للخبرة وجود أرباح عن الفترة الممتدة من مايو ٢٠١٠ حتى ديسمبر ٢٠١٠ كما ثبت من الدفاتر المقدمة من المطعون ضده والخاصة بالنشاط حول الإيرادات والمصروفات عن شهور مختلفة أن الأرباح كانت توزع بنسبة ٤٠٪ للمطعون ضده و ٦٠٪ للطاعن وهذه الدفاتر موقعة من الأخير بما يؤكد قيام شراكة بين الطرفين واستمرارها حتى بعد عقد التنازل بينهما مما ينفي علاقة العمل وتبعية المطعون ضده للطاعن، ويكون المطعون ضده بذلك شريكاً بالنسبة الواردة في شهادة الشهود في الدفاتر التجارية المقدمة من المطعون ضده للخبرة والتي لم ينكر توقيعه عليها، ولما كانت السيارة تابعة للنشاط التجاري ومرخصة باسمه فإن المطعون ضده يستحق نصيبه من الأرباح ما يوازي نصيبه لخلو الأوراق مما يثبت سداد قيمتها للبنك من الطاعن من ماله الخاص. كما أن الحكم الابتدائي اطمأن إلى نتيجة تقرير الخبير الذي قام ببحث كافة عناصر النزاع بما في ذلك كشفه عن استمرار الشركة بين الطرفين وأن الانقطاع كان بفعل الطاعن الذي منع المطعون ضده من مواولة النشاط. وإذ كانت هذه الأسباب سائغة وفيها الرد الكافي على

كل ما ساقه الطاعن في سبب النعي ولها أصلها الثابت في الأوراق فإن النعي على الحكم في هذا الخصوص لا يعدو أن يكون جدلاً حول ما تستقل محكمة الموضوع بتقديره مما لا تجوز إثارتها أمام محكمة النقض. ولما تقدم يتعين رفض الطعن.

الرئيس : المستشار/ يوسف عبد الحليم الهته – رئيس الدائرة.

الأعضاء : المستشار / بادي الجراح

المستشار / نبيل عمران .

٦ ت - (الطعن رقم ٦١٣ لسنة ٢٠١١ س ٥ ق. أ.)

(١) إثبات "تزوير". تزوير. محكمة الموضوع "سلطانها". حكم "تسببيه. تسبیب غير معيب". نقض "أسباب الطعن بالنقض. ما لا يقبل منها".

■ تقرير ما إذا كان الطعن بالتزوير منتجاً في الدعوى من عدمه. موضوعي. متى كان سائغاً. مثال.

(٢) دعوى مدنية "نظرها الدعوى والحكم فيها" "الإدخال والتدخل في الدعوى المدنية". محكمة الموضوع "سلطانها". قانون "تطبيقه".

■ متى يحق للخصم طلب إدخال خصم جديد في الدعوى في معنى المادة (٩٤) إجراءات مدنية.

■ تقدير توافر شروط الإدخال. موضوعي. مثال.

(٣) طعن "أسباب الطعن بالنقض. ما لا يقبل منها". نقض "أسباب الطعن بالنقض. ما لا يقبل منها".

■ السبب الجديد الذي يخالطه واقع ولم يسبق طرحه على محكمة الموضوع. عدم قبوله. مثال.

(٤) إثبات "بوجه عام" "خبرة". محكمة الموضوع "سلطانها". حكم "تسببيه. تسبیب غير معيب". نقض "أسباب الطعن بالنقض. ما لا يقبل منها".

■ تحصيل فهم الواقع في الدعوى. وتقدير أدلتها. موضوعي ما دام سائغاً.

■ جواز نذب المحكمة خبير أو أكثر في المسائل الفنية. تقدير ذلك. موضوعي. إلا إذا كان القانون يوجب الاستعانة بخبير.

■ تقدير الأدلة والموازنة بينها وترجيح بعضها على بعض ومنها تقارير الخبراء. موضوعي. متى كان سائغاً. مثال.

المحكمة

حيث إن الوقائع - على ما يبين من الحكم المطعون فيه وسائر أوراق الطعن - تتحصل في أن البنك المطعون ضده الأول أقام الدعوى رقم ٣٠٨ لسنة ٢٠٠٩ تجاري كلي أبوظبي على الطاعنين بطلب الحكم بإلزامهم بالتضامن أن يؤدوا له مبلغ ١٤٧١٥٨٢٩٣/١٩ درهم والفوائد من تاريخ ٢٠٠٩/٤/١ حتى السداد التام مع شمول الحكم بالنفاذ المعجل بلا كفالة، وبيانا لذلك قال إنه بموجب اتفاقية تسهيلات مالية موقعة بين الطرفين بتاريخ ٢٠٠٧/٦/٢٧ منه حصل منه الطاعنون على تسهيلات مصرفية بلغ رصيدها حتى ٢٠٠٩/٣/٣١ مبلغ ١٤٧١٥٨٢٩٣/١٩ درهم إلا أنهم امتنعوا عن السداد على الرغم من المطالبات الودية المتكررة فكانت الدعوى. قدم المطعون ضده الأول طلباً لإيقاع الحجز التحفظي على أموال الطاعنين فأصدرت المحكمة قراراً بتوقيع

الحجز التحفظي على الأسهم المملوكة لهم لدى سوق الأوراق المالية في أبوظبي وسوق دبي المالي وعلى مقر الشركة وموجوداتها وسياراتها وعقاراتها في حدود المبلغ المطالب به وكذلك الحجز التحفظي على حساباتهم لدى البنوك العاملة بالدولة، كما أقام المطعون ضده الأول عليهم الدعوى رقم ٣٣٩ لسنة ٢٠٠٩ تجاري كلي أبو ظبي طالباً الحكم بصحة الحجز الموقع على أموالهم في الدعوى رقم ٣٠٨ لسنة ٢٠٠٩ تجاري كلي أبو ظبي. قدم الطاعنون مذكرة جوابية طلبوا فيها إدخال شركة الخليج الأول للخدمات المالية - المطعون ضدها الثانية - خصماً متضامناً مع المطعون ضده الأول. قدم الطاعنون تظلاً طلبوا فيه أصلياً رفع الحجز التحفظي في الحدود التي تكفي لتشغيل المركز - الطاعن الأول - تشغيلاً كاملاً ورفع الحجز بالنسبة للحسابات الشخصية للمحجوز ضدهم في الحدود التي تسمح لهم بدفع التزاماتهم العائلية والأسرية وتعيين حارس قضائي دون إعاقة العمل لدى المحجوز عليه تكون مهمته مراقبة المصروفات وعدم التصرف في الممتلكات المحجوزة، وبتاريخ ٢٧/٥/٢٠٠٩ حكمت المحكمة بعدم قبول التظلم وبندب خبير حسابي مصرفي لأداء المأمورية المبينة بمنطوق حكمها وأودع الخبير تقريره. أقام البنك المطعون ضده الأول الدعوى رقم ٥٢٩ لسنة ٢٠١٠ تجاري كلي أبو ظبي طالباً الحكم بصحة الحجز الموقع على أموال الطاعنين في الدعوى رقم ٣٠٨ لسنة ٢٠٠٩ تجاري كلي بموجب الأمر المؤرخ ٢٨/٣/٢٠١٠، وقررت المحكمة ضم الدعويين رقمي ٣٣٩ لسنة ٢٠٠٩ و٥٢٩ لسنة ٢٠١٠ تجاري كلي أبو ظبي إلى الدعوى رقم ٣٠٨ لسنة ٢٠٠٩ تجاري كلي أبو ظبي للارتباط وليصدر فيها حكم واحد. قدم الطاعنون صحيفة بتصحيح طلب الإدخال وتعديل الطلبات إلى إلزام الخصم المدخل بما عسى أن يُحكم به على الطاعنين. ثم قدم الطاعنون طلباً عارضاً بإجراء المقاصة القضائية وإلزام المطعون ضده الأول بالتضامن مع الخصم المدخل أن يدفع لهم مبلغ ٣١٨٦٩٠٨٨ درهم. وبتاريخ ١٦/١٢/٢٠١٠ حكمت المحكمة: (أولاً) في الدعوى رقم ٣٠٨ لسنة ٢٠٠٩ تجاري كلي أبو ظبي: ١- بإلزام الطاعنين بالتضامن أن يؤديوا للمطعون ضده الأول مبلغ ١٣٧٠٩٨٧٧٦/٤٦ درهم والفوائد التأخيرية عن رصيد الدين البالغ قدره مبلغ ١٢٩٨٢٦٨٤٨/٩٥ درهم بواقع ٦,٧٤٪ سنوياً من تاريخ رفع الدعوى في ٧/٤/٢٠٠٩ وحتى السداد التام بما لا يجاوز أصل الدين ورفضت ما عدا ذلك من طلبات. ٢- بعدم قبول طلب إدخال شركة الخليج الأول للخدمات المالية شكلاً. ٣- بعدم قبول الطلب العارض. (ثانياً) في الدعوى رقم ٣٣٩ لسنة ٢٠٠٩ تجاري كلي أبو ظبي بصحة الحجز التحفظي الموقع على أموال الطاعنين بموجب الأمر على عريضة المؤرخ ٨/٤/٢٠٠٩ في حدود المبلغ المقضي به. (ثالثاً) في الدعوى رقم ٥٢٩ لسنة ٢٠٠٩ تجاري كلي أبو ظبي بصحة الحجز التحفظي الموقع على أموال الطاعنين بموجب الأمر على عريضة المؤرخ ٢٨/٣/٢٠١٠ في حدود المبلغ المقضي به. استأنف الطاعنون هذا الحكم بالاستئناف رقم ٧١ لسنة ٢٠١١ تجاري أبو ظبي، وبتاريخ ٢٦/٤/٢٠١١ قضت المحكمة برفض الاستئناف وتأيد الحكم المستأنف الصادر في الدعوى الأصلية وبعدم قبول طلب إدخال المطعون ضدها الثانية، وبإلغاء الحكم المستأنف فيما قضى به من عدم قبول الطلب العارض بالنسبة للمطعون ضده الأول وإعادته لمحكمة أول درجة للفصل في موضوعه مع تحديد جلسة أمامها يعلن بها الخصوم. طعن الطاعنون في هذا الحكم بطريق النقض بالطعن المائل، وعُرض الطعن على هذه المحكمة في غرفة مشورة فحددت جلسة لنظره.

وحيث إن الطاعنين ينعون بالسببين الأول والثاني على الحكم المطعون فيه مخالفة القانون والخطأ في تطبيقه والقصور في التسبب والفساد في الاستدلال والإخلال بحق الدفاع، وفي بيان ذلك يقولون إن الحكم قضى برفض الدفع بعدم الاختصاص الولائي لمحاكم إمارة أبوظبي تأسيساً على أن اتفاقية التسهيلات المصرفية محررة بين بنك الخليج الأول فرع أبوظبي وبين الطاعنة الأولى وكذلك اتفاقية أسهم محررة بين الطاعنة الأولى والمطعون ضدهما فرع أبوظبي، وخلص من ذلك إلى أن الطعن بالتزوير على نموذج فتح الحساب رقم ١٩٠٧٣٣٠١٠٧٥٧٣٣٠١١٠١٠ غير منتج في الدعوى وذلك على الرغم من أن الطاعنة الأولى شركة أعمال مدنية قائمة وتباشر نشاطها من مقرها الكائن بإمارة دبي ولم يحدث أن كان لها أي تعامل مع فرع البنك بأبوظبي ذلك أن فرع البنك المطعون ضده الأول بإمارة دبي إنما يؤدي ذات الخدمات والأنشطة المصرفية التي يقوم بها البنك في كافة إمارات الدولة فضلاً عن افتضاح واقعة تلاعب البنك لكتابة فرع الخالدية بدلاً من كلمة فرع بر دبي في نموذج فتح الحساب المذكور، مما يعيب الحكم ويستوجب نقضه.

وحيث إن هذا النعي مردود، ذلك أنه من المقرر أن تقدير ما إذا كان الطعن بالتزوير منتجاً في الدعوى أو غير منتج فيها هو من المسائل الموضوعية التي تستقل محكمة الموضوع بتقديرها دون رقابة عليها في ذلك من محكمة النقض متى كان تقديرها قائماً على ما له أصله في الأوراق ولا مخالفة فيه للقانون. لما كان ذلك، وكان الحكم المطعون فيه قد خلس إلى أن الطعن بالتزوير على نموذج فتح الحساب رقم ١٩٠٧٣٣٠١٠٧٥٧٣٣٠١١٠١٠ غير منتج على سند من أن المطعون ضدهما قدما حافظة مستندات طويت على اتفاقية تسهيلات مصرفية محررة بين بنك الخليج الأول (فرع أبوظبي) وبين الطاعنة الأولى، وكذلك اتفاقية أسهم محررة بين الطاعنة الأولى والمطعون ضدهما (فرع أبوظبي) وأنه بذلك ينعقد الاختصاص لمحكمة أبوظبي عملاً بنص الفقرة الثالثة من المادة ٣١ من قانون الإجراءات المدنية. لما كان ذلك، وكان الحكم المطعون فيه قد اعتد بهاتين الاتفاقيتين باعتبار أنهما اللتان تحكمان العلاقة التعاقدية موضوع الدعوى بين الطرفين، وكان الطاعنون لا يمارون في صحة البيانات الواردة في أي من هاتين الاتفاقيتين ولم يطعنا عليهما بأي مطعن، فإن ما خلس إليه الحكم المطعون فيه من أن الطعن بالتزوير على نموذج فتح الحساب رقم ١٩٠٧٣٣٠١٠٧٥٧٣٣٠١١٠١٠ غير منتج يكون صحيحاً وسائغاً ويكون النعي على الحكم المطعون فيه في هذا الخصوص على غير أساس.

وحيث إن الطاعنين ينعون بالسبب الثالث على الحكم المطعون فيه مخالفة القانون والخطأ في تطبيقه، إذ سائر الحكم الابتدائي في عدم قبول إدخال المطعون ضدها الثانية خصماً في الدعوى للحكم عليها بالتضامن مع المطعون ضده الأول وبالمخالفة لنص المادة ٩٤ من قانون الإجراءات المدنية، مما يعيب الحكم ويستوجب نقضه.

وحيث إن هذا النعي في غير محله، ذلك بأن النص في المادة ٩٤ من قانون الإجراءات المدنية على أن: "للخصم أن يدخل في الدعوى من كان يصح اختصامه فيها عند رفعها ويجوز للمدعى عليه إذا ادعى أن له حقاً في الرجوع بالحق المدعى به على شخص ليس طرفاً في الدعوى أن يقدم طلباً مكتوباً إلى المحكمة ماهية الادعاء وأسبابه ويطلب إدخال ذلك الشخص طرفاً في الدعوى..."، مؤداه أنه يشترط لقبول طلب المدعى عليه

إدخال الغير خصماً جديداً في الدعوى أن يكون هذا الغير ممن كان يجوز اختصاصه إلى جانب أطرافها وليس من كان يجوز أو يجب اختصاصه بديلاً عن طرفيها وأن تتوافر فيه الشروط العامة لقبول الدعوى وهى الصفة فى الاختصاص والأهلية اللازمة وأن تكون هناك مصلحة فى اختصاصه بتوافر منفعة جديده ومشروعة تعود من اختصاصه له كأن يختصمه للحكم عليه بذات الطلبات الأصلية أو بأي طلب آخر أو للإلزامه بتقديم مستند منتج تحت يده، وأن يكون هناك ارتباط بين طلب الاختصاص وبين الطلب الأصلي بقيام صلة وثيقة بين الطرفين تجعل من المناسب ومن مصلحة العدالة نظرهما معاً، واختصاص الغير وإن كان بناءً على طلب الخصم إلا أنه يخضع لسلطة المحكمة التى يتعين عليها النظر في توافر شروط الإدخال فإن تبين عدم توافرها أو أحدها قضت بعدم قبول الإدخال. لما كان ذلك، وكان الحكم الابتدائي المؤيد لأسبابه بالحكم المطعون فيه قد خلص إلى عدم قبول طلب الإدخال المبدئى من الطاعنين تأسيساً على أن (الغرض من إدخال الخصم جاء مخالفاً لما حددته المادة ٩٤ من قانون الإجراءات المدنية وأنه لا ينال من ذلك أن يكون الطاعنون قد عدلوا طلباتهم إلى طلب إلزام الخصم المدخل بما عسى أن يقضى به عليهم، ذلك أنهم عادوا وعدلوا طلباتهم إلى طلب إلزام المطعون ضده الثاني بالتضامن مع المطعون ضده الأول بأداء المبلغ المبين بصحيفة الطلب العارض، مما يجعل طلب الإدخال قد أعيد إلى أصله بطلب إدخال الخصم المدخل خصماً متضامناً مع - المدعي - المطعون ضده الأول)، وهو ما له أصله الثابت بالطلب ومن ثم فإن قضاء الحكم بعدم قبول طلب الإدخال لا مخالفة فيه للقانون، ويضحي النعي على الحكم بهذا السبب في غير محله.

وحيث إن الطاعنين ينعون بالسبب الرابع على الحكم المطعون فيه القصور في التسبيب والإخلال بحق الدفاع، ذلك بأن البنك المطعون ضده الأول أقام دعواه عليهم زاعماً أنهم حصلوا على تسهيلات مصرفية من خلال الحساب رقم ١٠١١٠٠١٠٧٥٧٣٣٠٢٠ وهو حساب اصطنعه البنك دون علمهم وقام باستخدامه في المتاجرة بالأسهم بواسطة المطعون ضدها الثانية التابعة له وقدم الأول كشوف حساب مستخرجة من الإنترنت وصادرة على هذا الحساب وكذلك رسالة اصطنعها وأطلق عليها اسم كشف حساب مختصر، وقد أنكر الطاعنون صلتهم بهذا الحساب وطالبوا المطعون ضده الأول بتقديم نموذج فتح هذا الحساب لبيان صاحب التوقيع عليه إلا أن الحكم الابتدائي لم يرد على هذا الطلب، وكان الحكم المطعون فيه قد انتهى إلى تأييد الحكم الابتدائي دون أن يفتن إلى كل ذلك فإنه يكون معيباً بما يستوجب نقضه.

وحيث إن هذا النعي غير مقبول، ذلك بأن من المقرر أنه لا يقبل أمام محكمة النقض سبب جديد يخالطه واقع لم يسبق طرحه على محكمة الموضوع. لما كان ذلك، وكان الطاعنون وإن أثبتوا في محضر اجتماع الخبرة بتاريخ ٢٠١٠/٦/٢٦ طلبهم بإلزام المطعون ضده الأول تقديم نموذج فتح الحساب رقم ١٠١١٠٠١٠٧٥٧٣٣٠٢٠ إلا أن الثابت من الأوراق أنهم لم يتمسكوا من بعد بهذا الطلب كما لم يطرحوه على محكمة الموضوع بدرجتها وبالتالي فلا يجوز لهم أن يثيروه لأول مرة أمام هذه المحكمة، ومن ثم يكون النعي به على الحكم المطعون فيه غير مقبول.

وحيث إن الطاعنين ينعون بالسببين الخامس والسادس على الحكم المطعون فيه مخالفة القانون والخطأ

في تطبيقه والقصور في التسبب والفساد في الاستدلال ومخالفة الثابت في الأوراق، ذلك بأنه قضى على خلاف خطاب عرض التسهيلات واتفاقية الأسهم ولم يلتزم بالبنود والشروط الواردة فيهما وأفرد مواد قانونية عن الرهن لا محل لها في موضوع الدعوى لخلو الأوراق مما يفيد أن الأسهم مرهونة لصالح البنك المطعون ضده الأول فضلاً عن أن الوكالة التي بيد البنك تثبت للوكيل ولاية التصرف فيما تناولته الوكالة، وبالرغم من ذلك فقد سايرت محكمة أول درجة البنك في طلباته وأحالت الدعوى إلى الخبرة دون طلب من البنك وقبل إثباتها حسب القانون والأصول وقضت له بالمبلغ المحكوم به بحكمها المؤيد بالحكم المطعون فيه بما يكشف عن صدور الحكم في عجلة معتمداً على تقرير خبرة معيب خلط بين الحسابين الجارين اللذين ينتهيان برقمي (٠١٩) و(٠٢٠) وترتب على ذلك أن النتائج التي انتهى إليها بخصوص المديونية المزعومة لا سند لها من الأوراق، كما لم يقدّم الخبير بفحص ومراجعة جميع عمليات التداول في الأسهم بيعاً وشراءً للتأكد من مدى صحتها، ولم يظهر كيف تجاوزت المديونية المزعومة حد التسهيلات المتفق عليه، وكل ذلك يعيب الحكم ويستوجب نقضه.

وحيث إن هذا النعي مردود بما هو مستقر في قضاء هذه المحكمة من أن لمحكمة الموضوع السلطة المطلقة في فهم وتحصيل الواقع في الدعوى وفي تقدير أدلتها بغير معقب عليها في ذلك من محكمة النقض متى كان فهمها وتحصيلها سائغاً ومقبولاً وله أصله الثابت بالأوراق ويكفي لحمل قضائها. وكانت المادة ٦٩ من قانون الإثبات في المعاملات المدنية والتجارية قد أجازت للمحكمة أن تندب خبيراً أو أكثر في كل المسائل التي يستلزم الفصل فيها استيعاب نقاط فنية لا تستطيع المحكمة الإلمام بها، والأصل أن الاستعانة بالخبراء أمر اختياري للقاضي يقرره بحسب تقديره سواء من تلقاء نفسه أو بناء على طلب الخصوم وذلك فيما عدا الحالات التي يوجب فيها القانون الاستعانة بخبير. وكان من المقرر في قضاء هذه المحكمة أن لمحكمة الموضوع سلطة تقدير الأدلة المطروحة عليها في الدعوى والموازنة بينها وترجيح ما تطمئن إليه منها وأن تقرير الخبير لا يعدو أن يكون عنصراً من عناصر الإثبات الواقعية في الدعوى التي تخضع لتقدير محكمة الموضوع، فإذا أخذت بتقريره محمولاً على أسبابه، فإن ذلك يفيد أنها لم تجد في المطاعن الموجهة إليه ما يستحق الرد عليها بأكثر مما تضمنه، وهي غير ملزمة من بعد بإجابة طلب ندب خبير آخر أو الإحالة إلى التحقيق طالما وجدت في تقرير الخبير السابق ما يكفي لتكوين عقيدتها، ولا بتتبع الخصوم في مختلف أقوالهم وحججهم والرد استقلالاً على كل قول أو حجة أثاروها مادام قيام الحقيقة التي اقتنعت بها وأوردت دليلها فيه الرد الضمني المسقط لتلك الأقوال والحجج. لما كان ذلك، وكان الثابت من اتفاقية التسهيلات المالية المؤرخة ٢٧/٦/٢٠٠٧ أنها نصت في البند السادس منها على أن: "سوف يكون للبنك رهن على جميع الأسهم والسندات والحصص والفواتير والمستندات والأوراق المالية والذهب والنقود وأي أملاك أخرى من أي نوع تكون مع البنك أو أي فرع له باسم المقترض، وسوف تكون هذه الأملاك ضماناً مستمراً لدفع أي رصيد للمديونية تكون مستحقة للبنك مع أي فائدة أخرى وأي مصاريف أخرى". وكان الثابت من اتفاقية الأسهم المؤرخة ٢٧/٦/٢٠٠٧ أنها قد نصت في بندها الأول

التعريفات" على أن "الأسهم المرهونة" هي أسهم يملكها العميل في شركات مساهمة عامة مسجلة في دولة الإمارات العربية المتحدة والمرهونة لصالح البنك كضمان للمديونية عند تاريخ توقيع هذه الاتفاقية. لما كان ذلك، وكان البنك المطعون ضده الأول قد أوضح في دفاعه أن رقم الحساب المفتوح لدى البنك هو ١٠٧٥٧٣٣ وأن أي أرقام سابقة له أو لاحقة عليه هي أرقام تنظيمية تخص البنك ولا يتعلق بها أي حق لصاحب الحساب وأنه لا محل لما يقوله الطاعنون من أنه فتح لهم حساباً آخر ينتهي برقم (٠٢٠) دون علمهم أو موافقتهم إذ العبرة بأصل رقم الحساب لا بالأرقام الفرعية. لما كان ذلك، وكان الحكم المطعون فيه قد اطمأن إلى النتيجة التي خلص إليها تقرير الخبير المنتدب ومفادها أن مجموع المديونية التي ترتبت في ذمة الطاعنين لمصلحة المطعون ضده الأول بلغت مبلغ ١٣٧٩٨٧٧٦/٤٦ درهم نتيجة السحب على المكشوف من الحساب الجاري للطاعنة الأولى والتي كفلها باقي الطاعنين في القرض الممنوح لها بموجب العقود المرفقة بالأوراق وأنهم يلتزمون من ثم بأداء هذا المبلغ بالتضامن معها. وقد أضاف الحكم المطعون فيه في مقام تأييده للحكم الابتدائي أن مؤدى المادتين ١٧٢ و ١٧٥ من قانون المعاملات التجارية أن حق الدائن المرتهن وهو البنك المطعون ضده الأول في بيع الأسهم والحقوق التي أجازتها هاتان المادتان هو أمر جوازي له استعماله إن شاء ذلك ولا يكون ثمة خطأ في عدم استخدام الحق الجوازي ولا تترتب عليه أية مسؤولية مستوجبة للتعويض عملاً بنص المادة ١٠٤ من قانون المعاملات المدنية التي تنص على أن: "الجواز الشرعي ينافي الضمان فمن استعمل حقه استعمالاً مشروعاً لا يضمن ما ينشأ عن ذلك من ضرر". وكان هذا الذي فهمه الحكم المطعون فيه وقرره سائغاً ومقبولاً وله أصله الثابت بالأوراق ويكفي لحمل قضائه ولا مخالفة فيه للقانون ومما يدخل فيما لمحكمة الموضوع من سلطة التقدير فيه، ومن ثم فإن النعي يغدو في غير محله مستوجب الرفض. ولما تقدم يتعين رفض الطعن.

الرئيس : المستشار:البشري الشوربجي – رئيس الدائرة.

الأعضاء : المستشار / بادي الجراح

المستشار / نبيل عمران .

٧ ت - (الطعن رقم ١٢٧٦، لسنة ٢٠١٠ ق.أ.)

جلسة ٢٧/١/٢٠١١ (تجاري)

(١) إعلان. إجراءات " إجراءات الإعلان ". وكالة . شركات . بطلان. دعوى " نظرها والحكم فيها ". محكمة الاستئناف " نظرها الدعوى والحكم فيها " .

■ عدم إعلان الشركة الطاعة بصحيفة الاستئناف في مركز إدارتها أو مقرها. وإعلانها في مكتب المحامي الذي حضر عنها أمام محكمة أول درجة. نظر محكمة الاستئناف للدعوى والحكم فيها. مؤداه: البطлан. أساس ذلك؟

(٢) محكمة النقض " نظرهما الطعن والحكم فيه ". نقض " أثر نقض الحكم " .

■ **نقض الحكم .** أثره : إلغاء جميع الأحكام التي كان الحكم المنقوض أساساً لها أياً كانت المحكمة التي أصدرته.

■ وقوع ذلك بقوة القانون دون حاجة لصدور حكم آخر يقضي بذلك. مثال.

المحكمة

حيث إن الوقائع - على ما يبين من الحكم المطعون فيه وسائر أوراق الطعن - تتحصل في أن الطاعنة في الطعن أقامت الدعوى رقم ٤١٠ لسنة ٢٠١٠ تجاري كلي أبوظبي على المطعون ضدها بطلب الحكم (أولاً) وبصفة مستعجلة: ١- بإلزامها ممثلة في مالكةا بإيقاف الما قول الذي عينته لإكمال أعمال عقد الما قولة رقم ٢٠٠٩/٥٠ وبعدم السماح لأي ماقول آخر باستئناف تلك الأعمال. ٢- بنذب خير هندسي مدني متخصص لإثبات حالة الموقع وتقييم وتحديد الأعمال التي تم إنجازها من قبل المطعون ضدها ومقارنتها بجدول الكميات والمخططات والمواصفات والأسعار حسب عقد الما قولة. (ثانياً) وفي الموضوع: ١- بفسخ عقد الما قولة رقم ٢٠٠٩/٥٠ المحرر بين الطرفين. ٢- بإلزام المطعون ضدها أن تؤدي لها مبلغ ٩٥٩٦٣٤ درهم والفائدة القانونية بواقع ١٢٪ من تاريخ الاستحقاق وحتى تاريخ الفصل في الدعوى نهائياً. وبياناً لذلك قالت إنه بموجب عقد ماقولة مؤرخ ٢٠٠٩/٣/١٥ بقيمة أربعة ملايين وخمسين ألف درهم اتفقت - حين كانت تعمل تحت مسمى "شركة الدميثي للمقاولات والصيانة العامة ذ.م.م - مع المطعون ضدها على أن تقوم بإنجاز الأعمال الإنشائية والمعمارية على قطعة أرض بمنطقة مصفح الصناعية مستثمرة لصالح الأخيرة وذلك حسب المخططات

والمواصفات وجداول الكميات الملحقه بالعقد، وأنها بدأت العمل بالموقع بتاريخ ٢٣/٣/٢٠٠٩ وقامت بإنجاز أعمال بقيمة ٣٦٩٥٦٩٦ درهم حتى تاريخ إقامة الدعوى تقاضت منها مبلغ ٢٧٣٦٦٢ درهم إلا أن المطعون ضدها أخلت بالتزامها بشكل متكرر ولم تلتزم منذ شهر أكتوبر ٢٠٠٩ مما أدى إلى تأخر الطاعنة في إنجاز أعمالها في المواعيد المحددة بالعقد، كما أنه بتاريخ ١٤/٣/٢٠١٠ توجه عمالها لموقع العمل غير أنهم فوجئوا بوجود عمال مقالول آخر برغم أن المتبقى من أعمال لا تتعدى نسبته ٥٪ من كامل الأعمال وإن حاولت تسوية الخلاف ودياً اشترطت المطعون ضدها عليها استكمال الأعمال دون الحصول على مستحقاتها لمدة تزيد على ستة أشهر، فأرسلت الطاعنة كتاباً عبر الفاكس لإخطار المطعون ضدها بإيقاف المقالول الدخيل عن العمل خشية اختلاط الأعمال السابق تنفيذها بالأعمال الجديدة ثم كانت الدعوى. نذبت المحكمة خبيراً لأداء المأمورية المبينة بمنطوق حكمها وأودع الخبير تقريره. وبتاريخ ٢٩/٧/٢٠١٠ حكمت المحكمة بإلزام المطعون ضدها أن تؤدي للطاعنة مبلغ ٢٩٣٩٣٨ درهم وفائدة تأخيرية مقدارها ٤٪ من تاريخ رفع الدعوى وحتى تمام السداد ورفضت ما عدا ذلك من طلبات. استأنفت المطعون ضدها هذا الحكم بالاستئناف رقم ١٠٢٣ لسنة ٢٠١٠ استئناف تجاري أبوظبي، وبتاريخ ٥/١٠/٢٠١٠ قضت المحكمة بإلغاء الحكم المستأنف ورفض الدعوى. كما استأنفت الطاعنة هذا الحكم بالاستئناف رقم ١٠٢٦ لسنة ٢٠١٠ استئناف تجاري أبوظبي، وبتاريخ ٢٧/١٠/٢٠١٠ قضت المحكمة بهيئة أخرى برفض الاستئناف. طعنت الطاعنة في الحكم الصادر في الاستئناف رقم ١٠٢٣ لسنة ٢٠١٠ بتاريخ ٥/١٠/٢٠١٠ بطريق النقض بالطعن رقم ١١٦٦ لسنة ٢٠١٠ نقض تجاري، كما طعنت في الحكم الصادر في الاستئناف رقم ١٠٢٦ لسنة ٢٠١٠ استئناف تجاري أبوظبي بتاريخ ٢٧/١٠/٢٠١٠ بالطعن رقم ١٢٧٦ لسنة ٢٠١٠ نقض تجاري، وعُرض الطعن على هذه المحكمة في غرفة مشورة فحددت جلسة لنظرهما.

أولاً - عن الطعن رقم ١١٦٦ لسنة ٢٠١٠:

وحيث إن مما تنعاه الطاعنة بالسبب الأول على الحكم المطعون فيه البطالان، ذلك بأن المحكمة قررت حجز الاستئناف للحكم دون إعلان الطاعنة بصحيفة الاستئناف إعلاناً صحيحاً إذ لم يتم إعلانها بمركز إدارتها باعتبارها شركة ذات مسؤولية محدودة ولا يغير من ذلك تسليم صورة من الإعلان إلى أحد المحامين الذين حضروا عنها أمام محكمة أول درجة، هذا إلى أنه كان يتعين تأجيل نظر الاستئناف لجلسة تالية لإعلانها بالاستئناف مادامت لم تحضر الجلسة الأولى المحددة لنظره، مما يعيب الحكم ويستوجب نقضه.

وحيث إن هذا النعي سديد، ذلك بأن المشرع إذ نص في المادة ١/٨ من قانون الإجراءات المدنية على أن: "تسلم صورة الإعلان إلى نفس الشخص المراد إعلانه أو في موطنه أو في محل عمله ويجوز تسليمها في الوطن المختار في الأحوال التي يبينها القانون"، وإن نص في المادة ٩ من ذات القانون بفقراتها السبع

على أنه فيما يتعلق: بالوزارات والدوائر الحكومية الاتحادية والمحلية والهيئات العامة والمؤسسات العامة، والشركات والجمعيات والمؤسسات وسائر الأشخاص الاعتبارية، والشركات الأجنبية التي لها فرع أو مكتب في الدولة، وأفراد القوات المسلحة أو الشرطة ومن في حكمهم، والمسجونين، وبحارة السفن التجارية وخدمها، والأشخاص الذين لهم موطن معلوم في الخارج، يكون تسليم صورة الإعلان بحسب المدين في كل فقرة إلى الشخص المعين أو الهيئة المعينة أو في المركز المعين أو في الجهة المعينة فيها، فإنه بذلك يكون قد أخرج إعلان الأشخاص المذكورين في المادة ٩ سواء كانوا طبيعيين أم معنويين من حكم المادة ٨ بحيث لا يصح الإعلان لكل منهم إلا إذا سُلمت صورته بالكيفية المنصوص عليها بالنسبة إليه، مما يمتنع معه تطبيق المادة المذكورة على الإعلانات الخاصة بهؤلاء الأشخاص. وكان النص في المادة ٢/٩ من قانون الإجراءات المدنية على أنه: "فيما عدا ما نص عليه في قوانين خاصة تسلم صورة الإعلان على الوجه الآتي: ١- ٢- ما يتعلق بالشركات والجمعيات والمؤسسات الخاصة وسائر الأشخاص الاعتبارية الخاصة تسلم بمركز إدارتها للنائب عنها قانوناً أو لمن يقوم مقامه وفي حالة عدم وجودهما تسلم صورة الإعلان لأحد موظفي مكنتيهما، فإذا لم يكن لها مركز إدارة تسلم الصورة للنائب عنها لشخصه أو في موطنه". وكان من المقرر في قضاء هذه المحكمة أن الشركة ذات المسؤولية المحدودة لها شخصيتها الاعتبارية وذمتها المالية المستقلة عن شخصية وذمة الشريك فيها بما لا يصح معه إعلان الشريك في مقرها إلا أن يكون هذا الشريك مديراً وممثلاً لها أو عاملاً بها حيث تعتبر الشركة في هذه الحالة محل عمله. وكان النص في المادة ١/٥٦ من ذات القانون على أن: "صدور التوكيل من أحد الخصوم يجعل موطن وكيله معتبراً في إعلان الأوراق اللازمة لسير الدعوى في درجة التقاضي الموكل هو فيها"، يدل على أن عبارة "في درجة التقاضي الموكل هو فيها" الواردة في هذه المادة مقصود بها بيان أن الطعن في الحكم الذي يصدر في الدعوى لا يصح إعلانه في موطن وكيل من يراد توجيه الطعن إليه اعتباراً بأن هذه الوكالة تعد منتهية بصدور الحكم في الدعوى، إلا إذا اتخذ المحكوم له هذا الموطن في ورقة إعلان الحكم فعندئذ يصح إعلانه فيه بالطعن في الحكم اعتباراً بأن اتخاذ ذلك الموطن قرينة قانونية على أنه قابل لإعلانه بالطعن فيه، وتقوم هذه القرينة ولو لم يصرح بذلك. لما كان ذلك، وكان الواقع في الدعوى أن المطعون ضدها لم تقم بإعلان الطاعة بصحيفة الاستئناف في مركز إدارتها أو مقرها، وإنما أعلنتها بها في مكتب المحامي الذي حضر عنها أمام محكمة أول درجة، ومن ثم فإن هذا الإعلان لا يكون صحيحاً قانوناً لأن الإعلان لمكتب الوكيل عن أحد الخصوم لا يكون معتبراً قانوناً - وعلى ما سلف بيانه - إلا بالنسبة للأوراق اللازمة لسير الدعوى وفي درجة التقاضي الموكل هو فيها كإعلان بقرار إعادة إلى المرافعة أو بتعجيل السير في الدعوى من الانقطاع. وقد خلت الأوراق من أي إعلان من الطاعة إلى المطعون ضدها بعد صدور الحكم الابتدائي باعتبار مكتب المحامي المذكور موطناً مختاراً لها، كما لم تحضر الطاعة أو من يمثلها بالجلسة الوحيدة لنظر الاستئناف حتى يسوغ القول بتحقيق الغاية من الإجراء وفقاً للمادة ٢/١٣ من قانون الإجراءات المدنية، فضلاً عن أن عدم حضورها بتلك الجلسة - الأولى لنظر الاستئناف - كان يوجب تأجيل نظر القضية إلى جلسة تالية لإعلانها في ظل عدم إعلانها بصحيفة الاستئناف بمركز إدارتها وفقاً للمادة ١/٥٣ و ٣ من

قانون الإجراءات المدنية. لما كان ما تقدم، فإن إعلان الطاعنة بصحيفة الاستئناف يكون قد وقع باطلاً ومن ثم لم تنعقد الخصومة قانوناً أمام محكمة الاستئناف بما يؤدي إلى بطلان الحكم المطعون فيه ويوجب نقضه، على أن تكون مع النقض الإحالة.

ثانياً - عن الطعن رقم ١٢٧٦ لسنة ٢٠١٠:

وحيث إن مؤدى المادة ١/١٨٥ من قانون الإجراءات المدنية أنه يترتب على نقض الحكم إلغاء جميع الأحكام التي كان ذلك الحكم المطعون فيه أساساً لها أيّاً كانت المحكمة التي أصدرته ويقع هذا الإلغاء بقوة القانون وبغير حاجة إلى صدور حكم آخر يقضي به. وإذا كان الحكم الصادر في الاستئناف رقم ١٠٢٦ لسنة ٢٠١٠ تجاري أبوظبي قد تأسس قضاؤه - وعلى ما يبين من مدوناته - على ما حكم به في الاستئناف رقم ١٠٢٣ لسنة ٢٠١٠ تجاري أبوظبي الذي خلصت المحكمة إلى نقضه، فإن لازم ذلك - وعلى ما تقضي به المادة ١/١٨٥ سالفه البيان - وجوب نقض الحكم في الاستئناف رقم ١٠٢٦ لسنة ٢٠١٠ تجاري والإحالة باعتباره لاحقاً للحكم المنقوض ومؤسساً عليه ولانهيار الأساس الذي بُني عليه، ويترتب على ذلك وجوب إعادة نظر موضوع ذلك الاستئناف مع موضوع الاستئناف رقم ١٠٢٣ لسنة ٢٠١٠ تجاري أبوظبي، وهو ما يتعين على محكمة الموضوع اتباعه في قضائها.

الرئيس : المستشار/ يوسف عبد الحليم الهتة - رئيس الدائرة.

الأعضاء : المستشار/ البشري الشوريجي

المستشار/ نبيل عمران .

٨ ت - (الطعن رقم ٥٥٨ لسنة ٢٠١١ س ٥ ق. أ) جلسة ٢٢/١١/٢٠٢٢ (تجاري)

أمر على عريضة. تظلم. حكم "تسبيبه. تسبیب غير معيب". نقض "أسباب الطعن بالنقض. ما لا يقبل منها". محكمة الموضوع "سلطتها". محكمة الاستئناف "نظرها الدعوى والحكم فيها". استئناف "نظره والحكم فيه".

■ لطالب الأمر على عريضة ولمن صدر الأمر عليه ولذوي الشأن التظلم من الأمر إلى المحكمة المختصة أو إلى القاضي المصدر للأمر. إلا إذا نص القانون على خلاف ذلك.

■ لا يمنع من نظر التظلم قيام الدعوى الأصلية أمام المحكمة.

■ الفصل في التظلم يكون بتأييد الأمر أو تعديله أو إلغائه.

■ قابلية هذا الحكم للطعن عليه بطرق الطعن العادية. المادة (١٤١) إجراءات مدنية.

■ الاستئناف ينقل الدعوى بحالتها التي كانت عليها قبل صدور الحكم المستأنف بما فيها من دفع وأوجه دفاع بالنسبة لما رفع عنه الاستئناف.

■ محكمة الاستئناف نظرها الدعوى. على أساس ما يقدم إليها من أدلة ودفع وأوجه دفاع جديدة فضلاً عما يكون قد قدم أمام المحكمة الابتدائية.

■ تحصيل فهم الواقع في الدعوى وتقدير أدلتها والموازنة بينها. موضوعي. ما دام سائغاً.

■ إلغاء الاستئناف للأمر على عريضة القاضي بصحة الحجز. صحيح. أساس ذلك ؟

المحكمة

حيث إن الوقائع - على ما يبين من الحكم المطعون فيه وسائر أوراق الطعن - تتحصل في أن الطاعنة كانت قد تقدمت بالعريضة رقم ٢٠٧٠ لسنة ٢٠١٠ عرائض مستعجل أبوظبي بتاريخ ٥/١٠/٢٠١٠ إلى قاضي الأمور المستعجلة بطلب توقيع الحجز التحفظي على أموال المطعون ضدهم الثلاث وفاءً لدينها لديهم، وبياناً لذلك قالت إن الشركات المطعون ضدها كونت ائتلاًفاً فيما بينها وتعاقدت مع لجنة تطوير الإسكان والخدمات بأبوظبي لتنفيذ وإنجاز وحدات سكنية في غياثي وبدع المطاوعة بالمنطقة الغربية بقيمة ١٠٩٨٧٨٣٦٠٠ درهم ثم عهدوا إلى الطاعنة بموجب عقد مقاوله من الباطن بتنفيذ كامل أعمال المشروع وأنه في شهر مايو ٢٠١٠ أصبحت شركة "مساندة" خلفاً لهيئة أبوظبي للمساكن التي صدر قرار بحلها، وقامت الطاعنة بتنفيذ المشروع وبلغت المبالغ المستحقة لها حتى تاريخ ٣١/٧/٢٠١٠ ما يعادل ١٣٩٣١٨٧٨٥ درهم إلا أن الشركات المطعون ضدها لم تسدده لها على الرغم من المصادقة على قيمة تلك الأعمال بموجب شهادتي الدفع المرحلية رقمي ١ و٢،

واستمرت الطاعنة في تنفيذ أعمال المشروع إلى فوجئت بإخطارها بتاريخ ٢٨/٩/٢٠١٠ بإنهاء عقد المقاولة من الباطن من طرف واحد ودون مسوغ من القانون. أصدر قاضي الأمور المستعجلة قراره بتوقيع الحجز التحفظي بقيمة ١٣٩٣١٨٧٨٥ درهم حجز ما للمدين لدى الغير على أموال المطعون ضدهم لدى شركة أبوظبي للخدمات العامة وبنك الخليج وبنك المصرف ومصرف أبوظبي الإسلامي. تظلمت المطعون ضدها الأولى من هذا الأمر بموجب التظلم رقم ١٤١ لسنة ٢٠١٠ تظلمات مستعجل أبوظبي، وتظلمت المطعون ضدها الثالثة من هذا الأمر بموجب التظلم رقم ١٤٧ لسنة ٢٠١٠ تظلمات مستعجل أبوظبي، كما تظلمت المطعون ضدها الثانية من هذا الأمر بموجب التظلم رقم ١٤٦ لسنة ٢٠١٠ تظلمات مستعجل أبوظبي. وبعد أن ضمت المحكمة التظلمين الثاني والثالث إلى التظلم الأول حكمت بتاريخ ٢٨/١١/٢٠١٠ بقبول التظلمات شكلاً وبرفضها وبتأييد الأمر على عريضة رقم ٢٠٧٠ لسنة ٢٠١٠ عرائض مستعجل أبوظبي. استأنفت المطعون ضدهما الثانية والثالثة هذا الحكم بالاستئناف رقم ٢٣٨ لسنة ٢٠١١ تجاري أبوظبي كما استأنفت المطعون ضدها الأولى هذا الحكم بالاستئناف رقم ٢٣٩ لسنة ٢٠١١ تجاري أبوظبي، وبعد أن ضمت المحكمة الاستئنافين قضت بتاريخ ١٦/٣/٢٠١١ بإلغاء الحكم المستأنف وإلغاء الأمر على عريضة رقم ٢٠٧٠ لسنة ٢٠١٠ مستعجل أبوظبي. طعنت الطاعنة في هذا الحكم بطريق النقض بالطعن المائل، وعُرض الطعن على هذه المحكمة في غرفة مشورة فحددت جلسة لنظره.

وحيث إن الطاعنة تنعى بسببي الطعن على الحكم المطعون فيه الخطأ في تطبيق القانون والفساد في الاستدلال ومخالفة الثابت في الأوراق، ذلك بأنه قضى بإلغاء الحجز معولاً على قضاء المحكمة الابتدائية في الدعوى الموضوعية وفي ذلك تجاوز من المحكمة الاستئنافية لحدود ولايتها التي تقف فقط عند حدود مراقبة ما إذا كان الأمر الصادر من القاضي الأمر بالحجز قد صدر صحيحاً وفقاً للقانون من عدمه، لاسيما وأن الحكم الصادر في الدعوى رقم ١٥٣٢ لسنة ٢٠١٠ تجاري كلي أبوظبي لم يفصل في موضوع النزاع بل قضى بنسب دائرة القضاء لتدب بدورها لجنة تحكيم ثلاثية من مركز أبوظبي للتوفيق والتحكيم للفصل في الموضوع، وهو بهذه المثابة حكم غير منه للخصومة ولم يفصل في موضوع النزاع ولم تستنفذ به المحكمة ولايتها كما لم تفصل في موضوع دعوى ثبوت الحق وصحة الحجز، وهو ما يعيب الحكم ويستوجب نقضه.

وحيث إن هذا النعي في جملته مردود، ذلك أن النص في المادة ١٤١ من قانون الإجراءات المدنية على أن: "١- للطالب إذا صدر الأمر برفض طلبه ولمن صدر عليه ولذوي الشأن الحق في التظلم من الأمر إلى المحكمة المختصة أو القاضي الذي أصدره بحسب الأحوال إلا إذا نص القانون على خلاف ذلك ولا يمنع من نظر التظلم قيام الدعوى الأصلية أمام المحكمة. ٢- ٣- ٤- ويحكم في التظلم بتأييد الأمر أو بتعديله أو بإلغائه ويكون هذا الحكم قابلاً للطعن بطرق الطعن العادية". وكان مؤدى نص المادة ١٦٥ من قانون الإجراءات المدنية أن الاستئناف ينقل الدعوى بحالتها التي كانت عليها قبل صدور الحكم المستأنف بالنسبة إلى ما رفع عنه الاستئناف، وأن محكمة الاستئناف تنظر الدعوى على أساس ما يقدم إليها من أدلة ودفع وأوجه دفاع جديدة

وما كان قد قدم من ذلك للمحكمة الابتدائية. ومن المقرر أنه لمحكمة الموضوع السلطة المطلقة في فهم وتحصيل الواقع في الدعوى وفي تقدير أدلتها بغير معقب عليها في ذلك من محكمة النقض متى كان فهمها وتحصيلها سائغاً ومقبولاً وله أصله الثابت بالأوراق ويكفي لحمل قضائها. لما كان ذلك، وكان الثابت من الحكم الصادر بتاريخ ٢٠١١/١/١٣ في القضية رقم ١٥٣٢ لسنة ٢٠١٠ تجاري كلي أبوظبي أنه قضى في مدوناته (ص ٩) بعدم قبول طلب الطاعة بالحكم بصحة الحجز الصادر عن قاضي الأمور المستعجلة في الأمر على عريضة رقم ٢٠٧٠ لسنة ٢٠١٠ مستعجل أبوظبي. وكان الثابت من الحكم المطعون فيه أنه أقام قضاءه بإلغاء الحكم الابتدائي وإلغاء الأمر على عريضة تأسيساً على أن الحجية المؤقتة للأمر على عريضة المذكور قد زالت بالحكم بعدم قبول طلب الحكم بصحة الحجز. وإذا كان ذلك من الحكم تسبب سائغ له أصله الثابت في الأوراق ويكفي لحمل قضائه ولا تجاوز فيه من المحكمة الاستئنافية لحدود ولايتها باعتبار أن نص المادة ٤/١٤١ من قانون الإجراءات المدنية - وعلى ما سلف بيانه - لم يقصر حق المحكمة عند الحكم في التظلم على مجرد تأييد الأمر على عريضة أو تعديله وإنما أجاز لها أيضاً الحق في إلغائه عند تحقق مقتضى ذلك، ومن ثم فإن النعي على الحكم في هذا الخصوص يكون على غير أساس. ولما تقدم يتعين رفض الطعن.

الرئيس : المستشار/ يوسف عبد الحليم الهته - رئيس الدائرة.
الأعضاء : المستشار/ بادي الجراح
المستشار/ نبيل عمران.

٩ ت - (الطعن رقم ٣١٦،٢٤٨ لسنة ٢٠١١ س ٥ ق. أ) جلسة ٢٨/٩/٢٠١١

(تجاري)

١ (أمر أداء . حكم "تسببيه. تسبیب غیر معيب " . نقض "أسباب الطعن بالنقض. ما لا يقبل منها " . دعوى مدنية "إجراءات رفعها " . أوراق تجارية . نظام عام .

■ أمر الأداء متى يجب سلوك طريقه في معنى المادة (١٤٣) إجراءات مدنية ؟

■ الدائن بورقة تجارية . وجوب سلوكه طريق أمر الأداء المنصوص عليه في المادة (١٤٣) من قانون الإجراءات المدنية وما بعدها . إذا كان المطالب به الرجوع على الساحب أو المحرر أو القابل أو الضامن الاحتياطي لأحدهم .

■ مطالبته بحقه من غير هؤلاء أو منهم مع غيرهم يوجب عليه سلوك الطريق العادي للدعوى . مثال .

٢ (شيك . إثبات "بوجه عام " . عقد "عقد القرض " . دفاع "الإخلال بحق الدفاع . ما يوفره " . حكم "تسببيه. تسبیب معيب " . نقض "أسباب الطعن بالنقض. ما يقبل منها " .

■ الشيك اعتباره أداة وفاء . يقوم قرينة على مديونية الساحب للمستفيد . قبول تلك القرينة لإثبات العكس تجيز لمن يدعي خلاف الظاهر نفي هذه القرينة وإقامة الدليل على ما يدعيه بإثبات السبب الحقيقي لإصدار الشيك .

■ واقعة إصدار الشيك بمجردھا . لا تثبت قيام عقد القرض بين الساحب والمستفيد .

■ التفات الحكم عن دفاع الطاعن بأن الشيكات لم تكن على سبيل القرض وإنما كانت وفاء لمديونية إيرادا وردا بما يقسطه . قصور وإخلال بحق الدفاع .

٣ (استئناف "نظره والحكم فيه " . إجراءات "إجراءات نظر الاستئناف " . طعن "أسباب الطعن بالنقض. ما لا يقبل منها " . حكم "تسببيه. تسبیب غیر معيب " . نقض "أسباب الطعن بالنقض. ما لا يقبل منها " . نظام عام .

■ عدم جواز تقديم طلبات جديدة أمام الاستئناف . إلا ما يضاف إلى الطلب الأصلي من أجور ومرتبات وسائر الملحقات التي تستحق بعد تقديم الطلبات الختامية أمام المحكمة الابتدائية . وما يزيد من تعويضات بعد تقديم هذه الطلبات .

■ جواز تغيير سبب الطلب الأصلي والإضافة إليه . مع بقاءه على حاله . المادة (١٦٥) إجراءات مدنية .

■ وجوب تصدي محكمة الاستئناف من تلقاء نفسها للطلبات الجديدة إلا ما استثنى منها . والقضاء بعدم

قبولها. ولو لم يطلب الخصوم ذلك . مثال.

٤ (محكمة الموضوع " سلطتها " . حكم " تسببيه. تسبب معيب " . نقض " أسباب الطعن بالنقض. ما يقبل منها " . إثبات " بوجه عام " " خبرة " .

■ أخذ المحكمة في أسباب حكمها بتقرير الخبر الذي لم يرد على الاعتراضات الجوهرية للطاعن. قصور وإخلال بحق الدفاع. مثال.

المحكمة

حيث إن الوقائع - على ما يبين من الحكم المطعون فيه وسائر أوراق الطعن - تتحصل في أن المطعون ضدهما في الطعن الأول أقاما الدعوى رقم ١٠٦ لسنة ٢٠٠٧ تجاري كلي أوظيفي على الطاعنين في ذلك الطعن بطلب الحكم - وفقاً لطلبتهما الختامية - (أولاً) بصحة ونفاذ عقد بيع الطاعنين إلى المطعون ضدهما شركة للمقاولات العامة ذ.م.م الموثق لدى الكاتب العدل بتاريخ ٢٠٠٦/٩/٤. (ثانياً) بإلزام الطاعنين بالتضامن أن يدفعاً لهما مبلغ ٧٥٨٦٣٦٨/٢٢ درهم تعويضاً عن الأضرار المادية والأدبية التي لحقتهم من جراء إخلال الطاعنين بتنفيذ التزاماتهما العقدية. (ثالثاً) إلزامهما بالتضامن دفع فوائد التأخير القانونية عن تعويضات الأضرار المادية والأدبية بواقع ١٢٪ سنوياً من تاريخ رفع الدعوى وحتى تمام السداد. (رابعاً) إلزام الطاعن الأول أن يدفع للمطعون ضده الثاني مبلغ ثلاثة عشر مليون درهم قيمة القرض المدفوع والفوائد التأخيرية بواقع ١٢٪ سنوياً من تاريخ رفع الدعوى وحتى تمام السداد مع شمول الحكم بالنفاذ المعجل. وبياناً لذلك قال إنه بموجب العقد المذكور باع الطاعنان لهما كامل حصصهما في شركة للمقاولات العامة ذ.م.م بمبلغ ستة ملايين درهم تم سداؤه للطاعنين بالكامل بموجب شيك مؤرخ ٢٠٠٦/٧/١٥ وتم نقل ملكية الشركة، وقد طلب الطاعن الأول من المطعون ضده الثاني أن يمنحه قرضاً ليتمكن من تسديد مستحقات البنوك السابقة على بيع شركة فأقرضه مبلغ ثلاثة عشر مليون درهم بموجب أربعة شيكات أصدرها لصالح الطاعن الأول، إلا أن الطاعنين تقاعسا عن تنفيذ سائر التزاماتهما العقدية بتسوية كافة التزامات الشركة السابقة على البيع وتسليم المطعون ضدهما سند مخالصة وإبراء شاملاً من أية مطالبات سابقة كما لم يقم الطاعن الأول بسداد قيمة الشيكات المشار إليها، مما أدى إلى التزام المطعون ضدهما بالوفاء بمستحقات العمال ومطالبات الموردين ومقاولي الباطن السابقة على بيع الشركة وألحق بهما أضراراً عديدة، ولم تفلح المطالبات الودية في حمل الطاعنين على الوفاء بالتزاماتهما، كما تم توقيع الحجز التنفيذي على حسابات الشركة لدى البنوك وعلى دفعاتها لدى أصحاب الأعمال تنفيذاً لقرار قاضي التنفيذ في الملف التنفيذي رقم ٢٠٠٧/٧٧٢ في الحكم

الصادر لصالح شركة جيو إكسبلورر إس إر ضد شركة للمقاولات العامة، فكانت الدعوى. نذبت المحكمة خبيراً لأداء المأمورية المبينة بمنطوق حكمها وأودع الخبير تقريره. وبتاريخ ٢٨/١/٢٠٠٩ حكمت المحكمة بصحة ونفاذ عقد بيع الشركة المؤرخ ٤/٩/٢٠٠٦ وبإلزام الطاعنين بالتضامن فيما بينهما أن يؤديا للمطعون ضدهما مبلغ ٢٢/٢٧٢٦٣٥ درهم وألزمت الطاعن الأول أن يؤدي للمطعون ضده الأول مبلغ ثلاثة عشر مليون درهم ورفضت ما عدا ذلك من طلبات. استأنف المطعون ضدهما هذا الحكم بالاستئناف رقم ٥٩ لسنة ٢٠٠٩ تجاري أبوظبي كما استأنفه الطاعنان بالاستئناف رقم ٨٣ لسنة ٢٠٠٩ تجاري أبوظبي، وبعد أن ضمت المحكمة الاستئنافيين قضت بإعادة المأمورية إلى الخبير السابق ندبه لأداء المأمورية المبينة بمنطوق حكمها وأودع الخبير تقريره. قضت المحكمة بنذب لجنة خبرة ثلاثية جديدة لأداء المأمورية المبينة بمنطوق حكمها وأودعت اللجنة تقريرها. وبعد أن قدم الطرفان اعتراضاتهما على تقرير اللجنة قضت المحكمة بإعادة المأمورية إليها لبحث تلك الاعتراضات وأودعت اللجنة تقريرها التكميلي. وبتاريخ ٨/٢/٢٠١١ قضت المحكمة بإلغاء الحكم المستأنف فيما قضى به من إلزام الطاعنين أن يدفعوا للمطعون ضدهما مبلغ ٢٢/٢٧٢٦٣٥ درهم ورفض الدعوى عن هذا الطلب، وعدم قبول طلب الحكم بتنفيذ قضاء محكمة أول درجة بصحة ونفاذ عقد بيع الشركة المؤرخ ٤/٩/٢٠٠٦ وتأييد الحكم فيما عدا ذلك. طعن كل من سعيد وفاضل أحمد محمد بن بطي آل خلفان القبيسي في هذا الحكم بالطعن رقم ٢٤٨ لسنة ٢٠١١ نقض تجاري كما طعن راشد محمد مهران البلوشي وعلى محمد صادق البلوشي في هذا الحكم بطريق النقض بالطعن رقم ٣١٦ لسنة ٢٠١١ تجاري أبوظبي، وعُرض الطعنان على هذه المحكمة في غرفة مشورة فأمرت بضم الطعن الثاني للطعن الأول وحددت جلسة لنظرهما.

أولاً - عن الطعن رقم ٢٤٨ لسنة ٢٠١١

وحيث إن الطاعنين ينعيان بالوجه الأول من السبب الأول على الحكم المطعون فيه مخالفة القانون والخطأ في تطبيقه، ذلك بأنه رفض الدفع بعدم قبول الدعوى لرفعها بغير سلوك طريق أمر الأداء الواجب اتباعه قانوناً بالنسبة للشيكات سند الدعوى بمقولة إن صحيفة الدعوى تضمنت طلبات متعددة، مع أن طلب الحكم بإلزام الطاعن الأول بمبلغ ثلاثة عشر مليون درهم جاء قائماً بذاته غير مقترن بطلب الحكم بصحة ونفاذ عقد البيع وهو طلب يستند إلى الشيكات الأربعة فيكون الدين الثابت بها ثابتاً بالكتابة وحال الأداء ومعين المقدار فكان على المطعون ضدهما سلوك طريق أمر الأداء لاقتضاء دينهما إلا أنهما أقاما الدعوى وفقاً للقواعد العامة لرفع الدعوى فإن دعواهما تكون غير مقبولة وإذ خالف الحكم المطعون فيه هذا النظر فإنه يكون معيباً بما يستوجب نقضه.

وحيث إن النعي بهذا الوجه غير سديد، ذلك أن النص في المادة ١٤٣ من قانون الإجراءات المدنية على أنه:

"استثناء من القواعد العامة في رفع الدعوى ابتداءً تتبع الأحكام الواردة في المواد التالية إذا كان حق الدائن ثابتاً بالكتابة وحال الأداء وكان كل ما يطالب به ديناً من النقود معين المقدار أو منقولاً معيناً بنوعه ومقداره وتتبع هذه الأحكام إذا كان صاحب الحق دائناً بورقة تجارية واقتصر رجوعه على الساحب أو المحرر أو القابل أو الضامن الاحتياطي لأحدهم أما إذا أراد الرجوع على غير هؤلاء وجب عليه اتباع القواعد العامة في رفع الدعوى"، يدل على أنه يشترط لسلوك طريق استصدار أمر الأداء أن يكون الدين المطالب به مبلغاً من النقود ثابتاً بالكتابة ومعين المقدار وحال الأداء، ومقتضى ذلك أن يكون الدين ثابتاً بورقة عليها توقيع المدين، ويبين منها أو من أوراق أخرى موقع عليها منه أن الدين حال الأداء ومعين المقدار. وأن الدائن بورقة تجارية لا يلتزم باتباع طريق الأمر بالأداء إلا إذا أراد الرجوع فقط على ساحب الورقة التجارية أو المحرر لها أو القابل لها أما إذا أراد الرجوع على غير هؤلاء أو أراد أن يجمع بين الساحب أو المحرر أو القابل وبين غيرهم باعتبارهم جميعاً ملتزمين بالتضامن فإنه ينبغي عليه أن يسلك الطريق العادي لرفع الدعوى ولا تكون طلباته الموجهة إليهم جائزة الاقتضاء بطريق أمر الأداء. لما كان ذلك، وكان المطعون ضدهما أقاما دعواهما بصحيفة أودعت قلم كتاب المحكمة الابتدائية وقيدت بتاريخ ١٠/١١/٢٠٠٧ طالبين الحكم لهما بعدة طلبات من بينها طلب الحكم بإلزام الطاعن الأول أن يدفع للمطعون ضده الثاني مبلغ ثلاثة عشر مليون درهم قيمة الشيكات - التي أصدرها له الأخير، فإن الطاعنين يكون قد سلكا الطريق القانوني لرفع الدعوى باعتبار أن المطعون ضده الثاني - علي البلوشي - هو ساحب الشيكات وليس المستفيد منها، وأنه ليس بيده أصل أية ورقة تجارية، وأنه بطلباته في الدعوى إنما يرجع على المستفيد من الشيكات - وليس على الساحب أو المحرر أو القابل أو الضامن الاحتياطي لأحدهم - فلا تنطبق بهذه المثابة أي من الشروط المنصوص عليها في المادة ١٤٣ من قانون الإجراءات المدنية لسلوك طريق استصدار أمر الأداء. وإذا كان الحكم المطعون فيه قد خلص إلى هذه النتيجة ورفض الدفع بعدم قبول الدعوى لرفعها بالطريق العادي دون سلوك استصدار أمر الأداء، فإنه يكون قد انتهى إلى النتيجة الصحيحة، ويكون النعي على غير أساس.

وحيث إن الطاعنين ينعيان بالوجه الثاني من السبب الأول على الحكم المطعون فيه القصور في التسبب والفساد في الاستدلال، ذلك أنه انتهى إلى تأييد الحكم الابتدائي فيما قضى به من إلزام الطاعن الأول بمبلغ ثلاثة عشر مليون درهم على الرغم من انتفاء الدليل على صحة ما يدعيه المطعون ضده الثاني من أنه منح الطاعن الأول ذلك المبلغ على سبيل القرض ومع أن الشيك يعتبر أداة وفاء ويقوم قرينة على مديونية الساحب للمستفيد بقيمة هذه الشيكات، مما يعيب الحكم ويستوجب نقضه.

وحيث إن هذا النعي في محله، ذلك أنه ولئن كان من المقرر أن الشيك يعتبر أداة وفاء ويقوم قرينة على مديونية الساحب للمستفيد إلا أنها قرينة قابلة لإثبات العكس فيجوز لمن يدعى خلاف هذا الأصل الظاهر دحض هذه القرينة وإقامة الدليل على ما يدعيه بإثبات السبب الحقيقي لإصدار الشيك. لما كان ذلك، وكان المطعون ضده الثاني قد استند في طلبه بالحكم له بإلزام الطاعن الأول أن يؤدي له مبلغ ثلاثة عشر مليون درهم على

مجرد واقعة إصداره أربعة شيكات له، وكان الطاعن الأول قد أنكر اقتراض هذا المبلغ وتمسك أمام محكمة الموضوع بدرجيتها بأن المطعون ضده الثاني لم يقدم أي دليل يثبت صحة هذه المطالبة على الرغم من أن عليه عبء إثبات ما يدعيه خلاف الظاهر، وكان الحكم المطعون فيه قد رد على ما أثاره الطاعن الأول في هذا الشأن بأن المبلغ المذكور ثابت بموجب أربع شيكات لم يتم جردها، مع أن واقعة إصدار الأربعة شيكات بمجردهما لا تثبت قيام عقد القرض بين الطرفين بل إنها - وعلى ما سلف من القول - تقيم قرينة على أنها كانت وفاءً لمديونية في ذمة المطعون ضده الثاني لصالح الطاعن الأول إلى أن يتم دحض هذه القرينة، وإذ خالف الحكم المطعون فيه هذا النظر ولم يناقش دفاع الطاعن الأول في هذا الخصوص على الرغم من جوهريته ويقسطه حقه من البحث والتمحيص فإنه يكون معيباً بالقصور في التسبيب والفساد الاستدلال بما يوجب نقضه دون حاجة إلى بحث السبب الثاني من سببي الطعن على أن تكون مع النقض الإحالة.

ثانياً - عن الطعن رقم ٣١٦ لسنة ٢٠١١

وحيث إن الطاعنين ينعيان بالسبب الأول على الحكم المطعون فيه مخالفة القانون والخطأ في تطبيقه، وفي بيان ذلك يقولان إن صحيفة استئنأفهما تضمنت طلب الحكم بإثبات حقهما في الرجوع على المطعون ضدهما بجميع ما قد يتم تسديده من قبل الشركة أو من قبلهما إلى بنك الاستثمار تنفيذاً لما سيحكم للبنك به من مبالغ دون حاجة إلى مراجعة قضائية منهما أو من الشركة، إلا أن الحكم المطعون فيه قضى برفض هذا الطلب باعتباره طلباً جديداً أمام الاستئناف وإن حقهما مكفول في الرجوع على المطعون ضدهما، مع أن طلبهما هذا لا يعتبر طلباً جديداً وإنما هو من الآثار الحتمية المترتبة على الحكم لهما بصحة ونفاذ عقد بيع الشركة، مما يعيب الحكم ويستوجب نقضه.

وحيث إن هذا النعي غير سديد، ذلك أن النص في الفقرة الثالثة من المادة ١٦٥ من قانون الإجراءات المدنية على أنه: "ولا تقبل الطلبات الجديدة في الاستئناف وتقضي المحكمة من تلقاء نفسها بعدم قبولها. ومع ذلك يجوز أن يضاف إلى الطلب الأصلي الأجور والمرتبات وسائر الملحقات التي تستحق بعد تقديم الطلبات الختامية أمام المحكمة الابتدائية وما يزيد من التعويضات بعد تقديم هذه الطلبات وكذلك يجوز مع بقاء موضوع الطلب الأصلي على حاله تغيير سببه والإضافة إليه"، مما مفاده أن محكمة الاستئناف يجب أن تقتصر على ما كان مطروحاً أمام المحكمة الابتدائية من طلبات ورفع الاستئناف في شأنها وألا تنظر في طلبات جديدة قدمت لأول مرة أمامها إلا ما استثنته الفقرة الثالثة من المادة ١٦٥ من قانون الإجراءات المدنية سالف الذكر. لما كان ذلك، وكان طلب الطاعنين بالحكم بإثبات حقهما في الرجوع على المطعون ضدهما بجميع ما قد يتم تسديده من قبل الشركة أو من قبلهما إلى بنك الاستثمار تنفيذاً لما سيحكم به للبنك من مبالغ في الدعوى رقم ٢٠٠٨/٤٠٧ تجاري كلي أبوظبي دون حاجة إلى مراجعة قضائية منهما أو من الشركة لتحصيل هذه المبالغ من المطعون

ضدهما - لا يعتبر بذاته ركيزة طلب الحكم بصحة ونفاذ عقد بيع الشركة ولا هو نتيجة لازمة للقضاء بصحة ونفاذ ذلك العقد ولا يدخل في أي من الاستثناءات المشار إليها في المادة ١٦٥ سالفه البيان، فإن النعي على الحكم المطعون فيه لعدم قبوله هذا الطلب يكون على غير أساس.

وحيث إن الطاعنين ينعين بالسبب الثاني على الحكم المطعون فيه القصور في التسبيب والإخلال بحق الدفاع، ذلك أنه قضى بعدم استحقاق الطاعنين والشركة بأي تعويضات عن الأضرار بمقولة عدم إثبات وقوع أية أضرار مادية أو أدبية، كما قضى برفض إلزام المطعون ضدهما بالمبلغ الذي سددته الشركة والطاعنان إلى شركة جيو إكسبلورر وقدرها ٢١٤٩٠٩٥ درهم بمقولة إن هذا قد جرى خصمه في تقرير الخبراء من مستحقات المطعون ضدهما، على الرغم من اعتراض الطاعنين على ندب الخبراء الثلاثة لأداء المأمورية كما لم يرد الحكم المطعون فيه على كافة الاعتراضات التي أثارها الطاعنان على تقرير الخبرة الثلاثية الأخير ومنها تضارب تقارير نتائج تقارير الخبرة المتعاقبة مع بعضها، وأن تقرير الخبرة الأخير لم يعرض مطلقاً لإخلال المطعون ضدهما بالتزاماتهما العقدية تجاه الطاعنين بعدم سدادهما كافة المطالبات والديون العمالية وغير العمالية المترتبة على الشركة قبل البيع وعدم تقديمهما براءة ذمة من أية مطالبات أو ديون من بنك الاتحاد الوطني وبنك الاستثمار، أو تسببهما في حرمان الطاعنين من استلام الدفعة الختامية عن العقد رقم ١٤٢/٢٢ وقدرها ١٤١٣٠٥٠/٩٦ درهم لعدم تمكن الشركة من تقديم براءة ذمة من بنك الاستثمار، وتجاهل الخبراء حق الطاعنين وفقاً للعقد في خصم أي أموال أو دفعات مستحقة للمطعون ضدهما في حال عدم تنفيذ كامل التزاماتهما العقدية وعلى رأسها سداد الديون المترتبة على الشركة قبل البيع للبنوك ولا يغير من ذلك الإشارة إلى التسوية المؤرخة ٢٠١٠/٥/٥ التي أجراها المطعون ضدهما مع بنك الاستثمار إذ أن ذمة الشركة لن تبرا من هذه الديون إلا بعد انتهاء التسوية بعد خمس سنوات قادمة مما يهدد الشركة في أي وقت إذا ما تقاعس المطعون ضدهما عن الوفاء بأي قسطين متتاليين، وأورد الخبير في تقريره السابق أن الكفالات الثلاث الأولى صادرة لصالح وزارة الشؤون الاجتماعية والعمل وليس لصالح وزارة العدل وهي مقابل ضمان حقوق وتذاكر سفر عمال الشركة ولا تتعلق بأي مشروع محدد للشركة أما باقي الكفالات فهي صادرة لمصلحة دائرة بلدية أبوظبي/ الطرق وليس لصالح حكومة أبوظبي، وإذ قضى الحكم برفض طلبات الطاعنين في هذا الشأن اكتفاءً بما أورده تقرير لجنة الخبراء ودون أن يرد هو على الاعتراضات التي لم يتناولها هذا التقرير، فإن الحكم يكون معيباً بما يستوجب نقضه.

وحيث إن هذا النعي في محله، ذلك أنه ولئن كان من المقرر - في قضاء هذه المحكمة - أن لمحكمة الموضوع السلطة في تحصيل فهم الواقع في الدعوى وتقدير الأدلة والمستندات فيها وتقارير الخبراء والترجيح بينها واستخلاص الحقيقة منها، باعتبارها عنصراً من عناصر الإثبات لمحكمة الموضوع أن تأخذ بها إذا اقتنعت بسلامتها، إلا أن مناط ذلك أن يكون استخلاصها سائغاً وأن يكون في التقرير ما يكفي لتكوين عقيدتها في الوصول إلى حقيقة الواقع في الدعوى، وألا يلتفت الخبير أو الحكم عن مستندات تمسك الخصم بدلائلها،

أو تعول على تقرير خبير كان بحثه غير كاف ولم يعرض لما أثاره الخصوم من أوجه دفاع جوهرية قد يتغير ببحثها وجه الرأي في الدعوى. لما كان ذلك، وكان البين من الأوراق أن الطاعنين أثبتا في مذكرتهما المقدمة لمحكمة الاستئناف بتاريخ ٢٥/١/٢٠١١ كافة اعتراضاتهما على تقرير لجنة الخبراء الثلاثية التكميلي ومنها الاعتراضات المبينة بوجه النعي، وكان البين من مراجعة هذا التقرير (ص ١٦ - ص ٢٥) أنه تضمن الرد على اعتراضات الطاعنين إلا أنه لم يتضمن الرد صراحة أو ضمناً على الاعتراضات المبينة تفصيلاً بوجه النعي لاسيما مدى مسؤولية المطعون ضدهما عن المطالبات والديون العمالية وغير العمالية المترتبة على الشركة قبل البيع وعدم تقديمهما براءة ذمة من أية مطالبات أو ديون من بنك الاتحاد الوطني وبنك الاستثمار، أو تسببهما في حرمان الطاعنين من استلام الدفعة الختامية عن العقد رقم ١٤٢/٢٢ وأن التسوية التي أجراها المطعون ضدهما مع بنك الاستثمار لا تبرئ ذمة الشركة من الديون إلا بعد خمس سنوات قادمة مما يهدد الشركة في أي وقت إذا ما تقاعس المطعون ضدهما عن الوفاء بأي قسطين متتاليين وأن بعض الكفالات لا تتعلق بأي مشروع محدد للشركة، فكان لزاماً على الحكم المطعون فيه نظراً لأهميتها البالغة في بيان وجه الحق في الدعوى واحتمال أن يتغير بها وجه الرأي في الدعوى - إذا ما صحت - ألا يعول في قضائه على تقرير الخبرة الذي لم يواجه هذه الاعتراضات وأن يقوم هو بالرد عليها لما لذلك من أثر في شأن طلبات الطاعنين في الدعوى، وإذ لم يفعل فإنه يكون مشوباً بالقصور في التسبيب والإخلال بحق الدفاع بما يعيبه ويوجب نقضه دون حاجة لبحث السبب الثالث من أسباب الطعن على أن تكون مع النقض الإحالة.

الرئيس : المستشار/ يوسف عبد الحليم الهته - رئيس الدائرة.

الأعضاء : المستشار / بادي الجراح

المستشار / نبيل عمران .

ات - (الطعن رقم ٥٥٩ لسنة ٢٠١١ س ٥ ق. أ)

إشكالات التنفيذ. تنفيذ. طعن " ما يجوز وما لا يجوز الطعن فيه بالنقض " . نقض " ما يجوز وما لا يجوز الطعن فيه بالنقض " .

■ إشكالات التنفيذ الوقتية. عدم جواز الطعن فيها بالنقض. أساس ذلك ؟

المحكمة

حيث إن الوقائع - على ما يبين من الحكم المطعون فيه وسائر الأوراق - تتحصل في أن الطاعنة أقامت الإشكال رقم ١٢٤ لسنة ٢٠١١ تنفيذ أبوظبي الابتدائية على المطعون ضده في التنفيذ رقم ١٤٧٨ لسنة ٢٠١٠ عام أمام قاضي التنفيذ بمحكمة أبوظبي الابتدائية بطلب الأمر بوقف التنفيذ وشطب إجراءات التنفيذ والحكم باستمرار البقاء في العين لحين انتهاء المدة الإيجارية المقابلة لقيمة الأجرة التي قام البنك بسحبها، وبيئاً لذلك قالت إن المطعون ضده قام بسحب شيك بمبلغ مليون درهم يمثل القيمة الإيجارية عن الفترة من ٢٠١٠/١٠/٤ حتى ٢٠١١/١١/٣ بما يعني استمرار سريان العقد حتى هذا التاريخ الأخير. وبتاريخ ٢٠١١/٣/٢٢ حكمت المحكمة برفض الإشكال والاستمرار في إجراءات التنفيذ. استأنفت الطاعنة هذا الحكم بالاستئناف رقم ٣١٢ لسنة ٢٠١١ استئناف أبوظبي، وبتاريخ ٢٠١١/٤/٢٦ قضت المحكمة في مادة تنفيذ وقتية بالتأييد. طعنت الطاعنة في هذا الحكم بطريق النقض، وعُرض الطعن على هذه المحكمة في غرفة مشورة فحددت جلسة لنظره.

وحيث إن مبنى الدفع المبدى من المطعون ضده بعدم قبول الطعن هو أن الحكم المطعون فيه صدر في غير الحالات التي أجازت فيها المادة ١٧٣ من قانون الإجراءات المدنية للخصوم أن يطعنوا بطريق النقض على الأحكام الصادرة من محاكم الاستئناف.

وحيث إن هذا الدفع في محله، ذلك أنه من المقرر في قضاء هذه المحكمة وفقاً لنص المادة ١٧٣/٣ من قانون الإجراءات المدنية أن المشرع قد استثنى من حالات الطعن بطريق النقض المنازعات التي تتعلق بإجراءات التنفيذ سواء بطلب منعه أو وقفه أو استمراره أو بطلب بطلانه بحسب الأحوال سواء أقيمت المنازعة من أحد أطراف الدعوى التنفيذية أو من الغير مادامت المنازعة تتعلق بالتنفيذ أيًا كانت قيمتها أو طبيعتها أو قيمتها، وقتية كانت أم موضوعية. وكانت إشكالات التنفيذ هي منازعة وقتية في التنفيذ، يُطلب فيها الحكم بإجراء وقتي يفصل في موضوع المنازعة، وكان قاضي التنفيذ يختص بالفصل في منازعات التنفيذ الوقتية بوصفه قاضياً للأمور المستعجلة، ويتناول بصفة وقتية في نطاق الإشكال المطروح عليه تقدير جدية النزاع لا ليفصل فيه بحكم حاسم للخصومة ولكن ليتحسس منه وجه الصواب في الإجراء الوقتي المطلوب منه فيقضي على هديه بوقف التنفيذ

المستشكل فيه أو باستمراره، وتقديره هذا وقتي بطبيعته لا يؤثر على الحق المتنازع فيه، إذ يبقى محفوظاً سليماً يتناضل فيه ذوو الشأن أمام المحكمة المختصة. لما كان ذلك، وكانت الطلبات المطروحة في الإشكال المائل إنما هي منازعة موضوعية في التنفيذ طلبت فيها الطاعة وقف وشطب إجراءات التنفيذ رقم ١٤٧٨ لسنة ٢٠١٠ عام، وبالتالي فإن الطعن على الحكم الصادر في الإشكال في التنفيذ بطريق النقض يكون غير مقبول.

الرئيس : المستشار/ عبد الصمد عبد العزيز – رئيس الدائرة.
الأعضاء : المستشار / عرار خريس المستشار / بادي الجراح .

الت - (الطعن رقم ٦٩٤ لسنة ٢٠١١ س ٥ ق. أ)

١ (بطلان. إجراءات " إجراءات رفع الدعوى ". دعوى مدنية " إعلان صحيفتها ". نظام عام . إعلان .

■ بطلان إعلان صحيفة الدعوى. تعلقه بمصلحة الخصوم . عدم جواز تصدي المحكمة له من تلقاء نفسها .
■ وجوب التمسك به في صحيفة الاستئناف أو في المذكرة الشارحة لأسباب الاستئناف. متى كان له المصلحة فيه ولم يحضر أمام محكمة أول درجة . وإلا سقط الحق فيه. المادة (٥٤) إجراءات مدنية . مثال .

٢ (محكمة الموضوع " سلطتها ". حكم " تسببيه. تسبیب غير معيب ". نقض " أسباب الطعن بالنقض. ما لا يقبل منها ". إثبات " بوجه عام ". " خبرة " .

■ تحصيل فهم الواقع في الدعوى وتقدير أدلتها والترجيح بينها ومنها تقارير الخبير. موضوعي. ما دام سائغاً.

■ سلطتها في الأخذ بتقرير الخبير محمولاً على أسبابه. متى لم تجد في اعتراضات الخصوم ما ينال منه . مثال .

٣ (طعن " وجه الطعن وضوحه وتحديده ". حكم " تسببيه. تسبیب غير معيب ". نقض " أسباب الطعن بالنقض. ما لا يقبل منها ". بطلان.

■ وجه النعي وجوب وضوحه وتحديده. مخالفة ذلك. أثرها : عدم قبوله . مثال .
■ عدم التزام محكمة الموضوع بإجابة طلب إعادة المأمورية إلى الخبير أو ندب آخر. متى وجدت في أوراق الدعوى ما يكفي لتكوين عقيدتها .
■ عدم التزام الخبير بأداء المأمورية على وجه معين. ما دام ما يقوم به يحقق الغاية من الندب .
■ اجتماع الخبير بالخصوم مرة واحدة. لا يعيب التقرير. ولا يرتب البطلان.

المحكمة

حيث إن الوقائع حسبما يبين من الحكم المطعون فيه وسائر الأوراق تجمل في أن المطعون ضدها أقامت الدعوى رقم ٢٠١٠/٢٨٩ تجاري كلي العين قائلة أنها تعاقدت مع المدعى عليها (الطاعنة) على بناء فيلا سكن استثماري بمبلغ جملته ١٦٠٠,٠٠٠ درهم سددت منه ٥٠٠,٠٠٠ درهم دفعة أولى ولم تبدأ الطاعنة بالتنفيذ رغم تمديد العقد لمرتين بعد ذلك وطلبت المدعية فسخ العقد وإلزام المدعى عليها برد المبلغ المدفوع والتعويض المناسب عما لحق المدعية من أضرار نتيجة ذلك.

ندبت المحكمة خبيراً قدم تقريره ثم حكمت بجلسة ٢٠١١/٢/١٣ حكماً بمثابة الحضورى بفسخ عقد المفاولة

الرابط بين الطرفين وإلزام المدعى عليها بأن تؤدي للمدعية مبلغ ٥٢٥,٠٠٠ درهم . متضمناً تعويضاً قدره ٢٥,٠٠٠ درهم . استأنفت الطاعنة هذا الحكم برقم ٢٠١١/٧٥ وبجلسة ٢٠١١/٤/٦ قضت المحكمة بتأييده . أقامت الطاعنة طعنها المائل الذي عرض على هذه المحكمة في غرفة المشورة فحددت لنظره جلسة .

وحيث إن الطاعنة تنعي بالسبب الأول على الحكم المطعون فيه الخطأ في تطبيق القانون إذ قضى بتأييد الحكم الابتدائي برغم أنه صدر باطلاً . لبطلان إعلان الطاعنة بصحيفة الدعوى بالمبادرة إلى إعلانها بطريق اللصق دون أن تسبقه تحريات دقيقة عن عنوانها ، وذلك مما يعيب الحكم بما يستوجب نقضه .

وحيث إن هذا النعي مردود بما هو مقرر من أن بطلان إجراءات إعلان صحيفة افتتاح الدعوى إلى الخصم مقرر لمصلحته ولا يتعلق بالنظام العام فلا يجوز للمحكمة أن تعرض من تلقاء نفسها لبحث مدى صحة الإعلان أو بطلانه ما لم يتمسك صاحب الشأن بالبطلان، ويتعين على المستأنف إذا ما تخلف عن المثول أمام محكمة أول درجة وإعمالاً لنص المادة ٨٤ من قانون الإجراءات المدنية أن يتمسك بالبطلان في صحيفة الاستئناف أو في المذكرة الشارحة لأسباب الاستئناف وإلا سقط حقه فيه، لما كان ذلك ، وكانت صحيفة الاستئناف الذي أقامته الطاعنة وكذا مذكرته الشارحة قد خلت كلتاهما من الدفع ببطلان إعلانها بصحيفة الدعوى ، ومن ثم فإنه يكون قد سقط حقه في هذا الدفع ، وإذا لم تتصد محكمة الاستئناف من تلقاء نفسها لبحث مدى صحة الإعلان أو بطلانه فإنها لا تكون قد أخطأت في تطبيق القانون ويكون النعي بهذا السبب على غير أساس .

وحيث إن الطاعنة تنعي بالسبب الثاني على الحكم المطعون فيه مخالفته القانون والثابت بالأوراق فقد استند إلى تقرير الخبرة برغم ما شابه من أخطاء ومغالطات إذ تجاوز الخبر حدود المهمة المكلف بها من المحكمة بأن أصدر أوامره إلى استشاري المشروع بوقف السير في إجراءات الرخصة وأغفل الخبر أن مالك الطاعنة قام باتخاذ الإجراءات المطلوبة لمباشرة العمل بالموقع، ولم يستمع إلى شهادة الاستشاري في أن الطاعنة لم تخل بالتزاماتها العقدية ، وأسند الخبر إليها هذا الإخلال بقول مرسل برغم قيامها بالأعمال التحضيرية لمباشرة العمل بالموقع ، وذلك مما يعيب الحكم بما يستوجب نقضه .

وحيث إن هذا النعي غير سديد، لما هو مقرر من أن لمحكمة الموضوع السلطة في تحصيل فهم الواقع في الدعوى وتقدير عمل الخبر باعتباره من أدلة الإثبات فيها كما أن لها سلطة الأخذ بتقرير الخبر محمولاً على أسبابه طالما أنها لم تجد في اعتراضات الخصوم ما ينال منه ، ولما كان الحكم المطعون فيه ومن قبله الحكم الابتدائي المؤيد به قد أفصح عن أخذه بتقرير الخبر لاطمئنانه إليه ودقته ووضوحه في تنفيذ المأمورية . وبما أثبتته الخبر من أن المطعون ضدها سددت إلى الطاعنة قيمة الدفعة المقدمة ٥٠٠,٠٠٠ درهم تنفيذاً للعقد المؤرخ ٢٠١٠/٣/٧ وتم إلغاء العقد ثم توقيع عقد ثالث للمقاولة وظلت هذه الدفعة لدى الطاعنة ولم تقم بالبناء ولم ترددها ولم تقدم للاستشاري أو للخبرة ما يثبت حتى شروعا في البدء في البناء أو استخراج رخصة البناء . كما أورد الحكم المطعون فيه ما أثبتته الخبر من أنه عاين أرض المشروع وأنها لا زالت خالية من أي بناء وأرفق

صوراً عنها . لما كان ذلك ، وكان ما استخلصه الحكم من الأوراق وتقرير الخبير من عدم قيام الطاعة بالتزامها له أصله الثابت في الأوراق ومما يدخل في نطاق السلطة المقررة لمحكمة الموضوع في فهم الواقع واستخلاص حقيقة الدعوى وتقدير أدلتها ولا مخالفة فيه للقانون فإن النعي يتمحضر جداً موضوعياً لا تجوز إثارته أمام محكمة النقض فيتعين إطراره.

وحيث إن الطاعة تنعي بالسببين الثالث والرابع على الحكم المطعون فيه مخالفة القانون والإخلال بحق الدفاع بأن أهدر الحكم مستنداتها الخطية التي تثبت قيام الطاعة بالتزاماتها ولم تستجب المحكمة إلى طلبها إحالة المستندات إلى الخبير ليدلي برأيه فيها إذ لم يجتمع معها إلا مرة واحدة كما أن المحكمة أهدرت دفاعها ودفعوها والتفتت عن طلب إعادة المأمورية للخبير المنتدب لفحص اعتراضاتها على تقريره.

وحيث إن النعي في شقه الأول غير مقبول ، إذ لم تحدد الطاعة في وجه النعي ماهية المستندات الخطية التي تقدمت بها لمحكمة الاستئناف فأهدرتها ، ومن المقرر أنه يتعين لقبول سبب الطعن بالنقض بيانه في صحيفة الطعن بياناً كاشفاً عن المقصود منه كشفاً وافياً عنه الغموض والجهالة بحيث يبين منه العيب الذي يعزوه الطاعن إلى الحكم محدداً الوقائع والمستندات المراد الاستدلال بها . وإذ خلت صحيفة الطعن من هذا البيان فإن هذا السبب يكون غير مقبول ، وأما الجانب الباقي من النعي فهو غير سديد ، لما هو مقرر من أن طلب إعادة المأمورية إلى الخبير أو ندب خبير آخر لا تلتزم المحكم بإجابته متى وجدت في أوراق الدعوى ما يكفي لتكوين عقيدتها ، كما أن من المقرر أن الخبير لا يلتزم بأداء عمله على نحو معين ما دام ما يقوم به يحقق الغاية من ندبه ودون أن يتقيد بما يروق للخصوم ، ومن ثم فإن قيام الخبير بالاجتماع بالخصوم مرة واحدة لا مخالفة فيه للقانون ولا يوجب بطلان عمله الذي يخضع لتقدير قاضي الموضوع بلا معقب ، لما كان ذلك فإن النعي برمته يغدو على غير أساس.

وحيث إن الطاعة تنعي بالسبب الخامس على الحكم المطعون فيه القصور في التسبيب والفساد في الاستدلال لخلوه من الأسباب القانونية والموضوعية لقضائه مما يعيبه بما يستوجب نقضه.

وحيث إن هذا النعي غير صحيح ، ومردود بما سلف الرد به على أسباب النعي السابقة وبما هو ثابت بمدونات الحكم المطعون فيه من عرضه لمجمل وقائع الدعوى وطلبات الخصوم ودفاعهم وتناوله لأسباب الاستئناف ومناقشتها . وهو ما يحقق موجبات المادة ١٣٠ من قانون الإجراءات المدنية وينتفي به ما ورد بوجه النعي . وحيث إنه لما تقدم يعتين رفض الطعن .

الرئيس : المستشار: البشري الشوريجي - رئيس الدائرة.

الأعضاء : المستشار / بادي الجراج

المستشار / نبيل عمران .

١٢ ت - (الطعون أرقام ٨، ٣٥، ٦، ٣٥ لسنة ٢٠١٠ س ٥ ق. أ.)

(١) دفاع "الإخلال بحق الدفاع . ما يوفره " دفع " الدفع بعدم القبول لانتفاء الصفة " . حكم " تسببيه . تسبیب معیب " . نقض " أسباب الطعن بالنقض . ما يقبل منها " .

■ الطلب الجوهري الذي يتمسك به طالبه على وجه الجزم . وجوب إيراده والرد عليه . مخالفة ذلك : قصور وإخلال بحق الدفاع .

■ مثال بشأن دفع بعدم قبول الاستئناف لرفعه على غير ذي صفة لم يورده الحكم ولم يرد عليه وقضى بإلزام الدافعة به بأن تؤدي للمطعون ضده المبلغ المطالب به .

(الطعون أرقام ٨، ٣٥، ٦، ٣٥ لسنة ٢٠١٠ س ٥ ق . أ تجاري - جلسة ٢٩/٦/٢٠١١) ١٨١ ص ١١٣٦

(٢) نقض " أثر نقض الحكم " محكمة النقض " سلطتها " . محكمة الإحالة " نظرها الدعوى والحكم فيها " .

■ وجوب نقض الحكم بالنسبة للطاعنين الآخرين . متى قضت المحكمة بنقض الحكم بالنسبة للطاعن الأول . ما دام الفصل في أحقية هؤلاء الطاعنين الآخرين يتوقف على نتيجة فصل محكمة الإحالة في الدفع الذي أحيلت الدعوى بسببه إليها . أساس ذلك ؟

المحكمة

حيث إن الوقائع - على ما يبين من الحكم المطعون فيه وسائر أوراق الطعن - تتحصل في أن المطعون ضده في الطعن الأول أقام الدعوى رقم ١١٩٣ لسنة ٢٠٠٩ تجاري كلي أبوظبي على مركز ويمثله (شريك ومدير) بطلب الحكم بإلزامه (أولاً) أن يؤدي له مبلغ ٢٩٧٧٠٢٨٥ درهم قيمة الأسهم التي تم سدادها بتاريخ البيع ولم تسجل باسمه . (ثانياً) بإلزامه أن يؤدي له مبلغ ٥٥٣٤٥٦٦٧/٢٣ درهم تعويضاً عن الكسب الفائت وهو متوسط قيمة الأسهم في تاريخ المطالبة بها وفقاً لبيانات سوق أبوظبي للأوراق المالية . (واحتمالاً) إحالة الدعوى إلى خبير متخصص في الأوراق المالية لبيان المتسبب في عدم تسجيل الأسهم موضوع النزاع باسمه وقيمتها الفعلية وتاريخ المطالبة بها وحجم الكسب الفائت والخسائر التي لحقت به ، وبياناً لذلك قال إنه بتاريخ ٢٨/٤/٢٠٠٥ اشترى ٣١ مليون سهم من شركة نعم للاستثمارات وشركة و عن طريق مركز ، وأنه على الرغم من تأكيد المركز المذكور كتابة على إتمام

الصفقة وقبض ثمنها وأخذ عمولته بالكامل إلا أنه لم يتم التنازل له عن كامل عدد الأسهم المشتراة له وإنما تبقى له عدد ١٣٥٣١٩٤٨ سهم من أسهم رأس الخيمة العقارية لم يتم التنازل إليه عنها فأقام الدعوى رقم ٤٦٥ لسنة ٢٠٠٨ تجاري أبوظبي ضد البائعين ثلاثتهم فحكمت المحكمة بتاريخ ٢٦/١١/٢٠٠٨ برفض الدعوى بحالتها وتأيد هذا الحكم استئنافياً والذي أورد فيه مدوناته "أنه لا علاقة للمستأنف ضدهما بأية أضرار لحقت بالمستأنف من جراء عدم توفير الكمية الباقية من الأسهم التي لم يوفرها وأن الأضرار المزعومة بفرض صحتها فإنها لا علاقة للمستأنف ضدهما بها وبفرض أن للأسهم والمستندات هو نائب عن المستأنف أو وسيط إلا أنه لم يوفر الأسهم المطلوبة للمستأنف بالرغم من قبض ثمنها"، وأنه لما كان المركز المذكور يتداول في الأسهم فإنه ملزم وفقاً لقانون هيئة الأوراق المالية والسلع بتنفيذ الصفقة بالكامل، ومن ثم كانت الدعوى. وبتاريخ ١٨/١/٢٠١٠ حكمت المحكمة برفض الدعوى. استأنف المطعون ضده في الطعن الأول هذا الحكم بالاستئناف رقم ١٩٣ لسنة ٢٠١٠ تجاري أبوظبي. نذبت المحكمة خبيراً لأداء المأمورية المبينة بمنطوق حكمها وأودع الخبير تقريره. وبتاريخ ٩/١١/٢٠١٠ قضت المحكمة بإلغاء الحكم المستأنف وإلزام أن يؤدي للمطعون ضده مبلغ ٢٩٠٥٣٠٩٢ درهم. طعن شركة للأوراق المالية ذ.م.م في هذا الحكم بطريق النقض بالطعن رقم ٨ لسنة ٢٠١١ نقض تجاري، كما طعن في هذا الحكم بطريق النقض بالطعن رقم ٣٥ لسنة ٢٠١١ نقض تجاري. كما أن كان قد قدم لمحكمة الاستئناف طلب الإغفال رقم ١٥ لسنة ٢٠١٠ وطلب في ختامه الحكم باعتماد النتيجة النهائية بتقرير الخبير والقضاء بتعويض قدره ٢٩٥٣٠٩٢ درهم إلا أن المحكمة لم تقض له بأحقية في ثمن مليون سهم ملغي وبالتعويض عن فوات الفرصة. وبتاريخ ٢٥/١/٢٠١١ قضت المحكمة برفضه، فطعن الطاعن في هذا الحكم بطريق النقض بالطعن رقم ٣٥٦ لسنة ٢٠١١ نقض تجاري، وعُرضت الطعون الثلاثة على هذه المحكمة في غرفة مشورة فأمرت بضم الطعنين الثاني والثالث للطعن الأول وحددت جلسة لنظرهم.

أولاً - عن الطعن رقم ٨ لسنة ٢٠١١:

حيث إن مما تنعاه الطاعنة بالسبب الثاني على الحكم المطعون فيه القصور في التسييب والإخلال بحق الدفاع، ذلك بأنها دفعت أمام محكمة الاستئناف بعدم قبول الدعوى في مواجهتها لرفعها على غير ذي صفة، باعتبار أن المطعون ضده أقام الدعوى ابتداء ضد "..... للأسهم والسندات" وهو مؤسسة فردية كانت مملوكة للطاعن حتى تاريخ ١٦/٥/٢٠٠١ إلى أن باعه إلى شقيقه - أنور وحمدان علي محمد عباس خوري - اللذين حولاه إلى شركة ذات مسؤولية محدودة بتاريخ ١١/١٢/٢٠٠٥ باسم "شركة للأوراق المالية ذ.م.م." وتولى المطعون ضده إدارتها بصورة مطلقة حتى ١٠/٧/٢٠٠٦ حين باع الشريكان المذكوران نسبة ٨٥٪ من حصصهما للمساهمين في الشركة الطاعنة، وأن إدارته ل..... كانت تشمل إدارة حساب استثماره الشخصي حيث قام بتسوية صفقة شراء أسهم شركة رأس الخيمة العقارية مع البائع وأدرجها في

قيود ودفاتر المركز وأخلى طرف البائع عنها بطلب فرق السعر بكمية الأسهم غير المسلمة له، إلا أن الحكم المطعون فيه قضى في موضوع الدعوى دون أن يرد على هذا الدفع على الرغم من جوهريته، مما يعيب الحكم ويستوجب نقضه.

وحيث إن النعي بما تقدم في محله، ذلك أنه من المقرر في قضاء هذه المحكمة أن كل طلب أو وجه دفاع يدلى به لدى محكمة الموضوع ويطلب إليها بطريق الجزم أن تفصل فيه ويكون الفصل فيه مما يجوز أن يترتب عليه تأثير على مسار الدعوى وتغيير وجه الرأي فيها فيجب على محكمة الموضوع أن تعرض له وتقول رأياً في شأنه ودلالته وتجب عليه بأسباب خاصة وإلا اعتبر حكمها خالياً من الأسباب متعيناً نقضه. وكان من المقرر أنه إذا قضت محكمة الاستئناف ضمناً برفض دفع هام، وكان الحكم لا يشتمل في أسبابه على ما يمكن حمل هذا القضاء الضمني عليه، فإن الحكم يكون خالياً من بيان الأسباب التي بني عليها. وكان البين من الأوراق أن المطعون ضده كان قد أقام الدعوى ضد للأسهم والسندات ويمثله محمد مرتضى الدندشي (شريك ومدير) وبجلسة ٢٠٠٩/١٢/٢٢ حضر محام عن الطاعنة أمام محكمة أول درجة وقرر أن المركز المذكور أصبح شركة ذات مسؤولية محدودة باسم "شركة للأوراق المالية ذ.م.م" وقام الحاضر عن المطعون ضده بتصحيح شكل الدعوى في مواجهة الحاضر عن الطاعنة، إلا أن المطعون ضده إذ استأنف الحكم الابتدائي القاضي برفض الدعوى اختصم في صحيفة الاستئناف "..... للسندات والأسهم"، وكانت الطاعنة قد دفعت في مذكرتها المقدمة بتاريخ ٢٠١٠/٣/٧ لمحكمة الاستئناف بعدم قبول الاستئناف في مواجهتها لرفعه على غير ذي صفة للأسباب المبينة بوجه النعي، وهو دفع جوهرية يترتب عليه - لو صح - أن يتغير به وجه الرأي في الدعوى إلا أن البين من مدونات الحكم المطعون فيه أنه قضى في الاستئناف بإلزامها أن تؤدي للمطعون ضده المبلغ المحكوم به دون أن يعرض لهذا الدفع ويواجهه بما يرد عليه، فإنه يكون معيباً بالقصور في التسبب والإخلال بحق الدفاع بما يوجب نقضه دون حاجة لبحث باقي أوجه الطعن على أن تكون مع النقض الإحالة.

ثانياً - عن الطعن رقمي ٣٥ و ٣٥٦ لسنة ٢٠١١:

وحيث إن حاصل ما ينعاه الطاعن بأسباب طعنيه على الحكم المطعون القصور في التسبب والإخلال بحق الدفاع، ذلك أن المحكمة فصلت في الشق الأول من طلباته الثابتة بمذكرته المقدمة لمحكمة الاستئناف بتاريخ ٢٠١٠/١٠/١٩ باعتماد نتيجة تقرير الخبير وأغفلت الفصل في باقي طلباته بإعادة الدعوى للخبرة لبحث اعتراضاته بشأن عدم احتساب الخبير للتعويض عن الفرصة الفاتنة وكذلك عدم احتساب قيمة مليون سهم من أسهم رأس الخيمة العقارية والتعويض عنها، مما يعيب الحكم ويستوجب نقضه.

وحيث إن هذه المحكمة حكمت في الطعن السابق رقم ٨ لسنة ٢٠١١ بنقض تجاري بنقض الحكم المطعون فيه

والإحالة بما يغني عن تناول أسباب الطعن المائلين، ذلك أن المادة ١/١٨٥ من قانون الإجراءات المدنية تنص على أنه "يترتب على نقض الحكم إلغاء جميع الأحكام التي اتخذ الحكم المطعون فيه أساساً لها"، وكان الفصل في مدى أحقية الطاعن في طلباته التي يقول إن المحكمة أغفلت الفصل فيها يترتب على نتيجة فصل محكمة الإحالة في الدفع المبدى من المطعون ضدها بعدم قبول الدعوى في مواجهتها لرفعها على غير ذي صفة، ومن ثم فإنه يتعين القضاء بنقض الحكم المطعون فيه في هذين الطعنين أيضاً على أن تكون مع النقض الإحالة.

الرئيس : المستشار/ يوسف عبد الحليم الهته – رئيس الدائرة.

الأعضاء : المستشار / بادي الجرام

المستشار / نبيل عمران .

١٣ - (الطعن رقم ٨٨٦ لسنة ٢٠١٠ س ٥ ق. أ) جلسة ٢٠١١/١/٥ (تجاري)

دفاع " الإخلال بحق الدفاع . ما يوفره " . حكم " تسببه . تسبب معيب " . نقض " أسباب الطعن بالنقض . ما يقبل منها " . إثبات " بوجه عام " " أوراق عرفية " " صور مستندات " .

■ التفات الحكم عن تحقيق دفاع الطاعن بخصوص دلالة مستند على عدم صحة ما توصل إليه الخبير في تقديره لقيمة التعويض وأخذ الحكم بذلك التقدير دون أن يعرض لهذا الدفاع إيراداً ورداً . قصور وإخلال بحق الدفاع . مثال .

المحكمة

حيث إن الوقائع - على ما يبين من الحكم المطعون فيه وسائر الأوراق - تتحصل في ان المطعون ضدها أقامت الدعوى رقم ١٠٥ لسنة ٢٠١٠ تجاري كلي أبوظبي على الطاعنة وشركة التأمين العربية السعودية بطلب الحكم بالزامهما بالتضامن بدفع مبلغ ٤٨٤٤٠٠ درهم والفائدة بواقع ١٢٪ على سند ان المطعون ضدها تعاقدت مع الطاعنة على ابرام وثيقة تأمين لصالح دائرة البلديات والزراعة " بلدية العين " بشأن عقد روم تسوية للأرض في المنطقة الشمالية ، وتضمنت وثيقة التأمين تغطية الأضرار المادية المؤمن عليها والأخطار المؤمن ضدها ومنها أخطار الحريق ومسؤولية الغير ، وأثناء سريان الوثيقة وبتاريخ ١٤/٧/٢٠٠٧ شب حريق بكرفانات العمال التابعين للمؤسسة المؤمن لها وتم تحرير المحضر رقم ٧٨٠ لسنة ٢٠٠٧ قسم شرطة الجيمي بالعين ، وقد أتى الحريق على عشرة كرفانات تستخدم كسكن للعمال ، كما تأثرت كرفانات أخرى مجاورة بدرجات متفاوتة ، وقد بلغت قيمة هذه التلفيات المبلغ المطالب به ، وماطلت الطاعنة في سدادها مما حدا بها الى اقامة الدعوى . ومحكمة أول درجة بعد ان ندبت خبيراً في الدعوى قدم تقريره ، حكمت باخراج شركة التأمين العربية السعودية من الدعوى والزام الطاعنة بأن تؤدي للمطعون ضدها مبلغ ١٠٣٠٧٠ درهم والفائدة التأخيرية بنسبة ٩٪ سنوياً من تاريخ رفع الدعوى حتى السداد التام بما لا يجاوز المبلغ المحكوم به . استأنفت المطعون ضدها هذا الحكم بالاستئناف رقم ٦٠٧ لسنة ٢٠١٠ ، كما استأنفت الطاعنة بالاستئناف رقم ٦٣٩ لسنة ٢٠١٠ استئناف أبوظبي ، وبتاريخ ٦/٧/٢٠١٠ قضت المحكمة برفض الاستئنافين وبتأييد الحكم المستأنف . طعن الطاعنة في هذا الحكم بطريق النقض ، وعرض الطعن على هذه المحكمة في غرفة مشورة ، فحددت جلسة لنظره .

وحيث ان الطاعنة تنعى بالسبب الأول على الحكم المطعون فيه الخطأ في تطبيق القانون والاخلال بحق الدفاع والقصور في التسبب ، ذلك ان المطعون ضدها قدمت للخبير المنتدب في الدعوى صوراً كربونية لفواتير تفيد ان قيمة الكرفان الواحد هو ٤٢ الف درهم وقد اعتمدها الخبير برغم إنكار الطاعنة لها ، وبتاريخ

٢٠١٠ / ٣ / ٢٩ قدمت فاتورة تفيد ان ثمن الكرفان الواحد ١٦ الف درهم وبانزال نسبة الاستهلاك وقدرها ٢٠٪ لمدة عامين فإن قيمة الكرفان الواحد لا تتجاوز ١٠٢٤٠ درهم ، ورغم تمسك الطاعنة بذلك الدفاع أمام محكمة أول درجة وأمام محكمة الاستئناف الا ان المحكمة لم تورد له ولم تجب عليه في أسباب حكمها مما يعيب حكمها ويستوجب نقضه .

وحيث ان هذا النعي في محله ، ذلك ان كل طلب أو وجه دفاع يدلي به الخصم لدى محكمة الموضوع ، ويطلب منها بطريق الجزم أو ان تفصل فيه ويكون الفصل فيه مما يجوز أن يترتب عليه تغيير وجه الرأي في الدعوى فإنه يجب على تلك المحكمة ان تبحثه وترد عليه في أسباب حكمها بأسباب واضحة جلية تنم عن تحييص الأدلة والمستندات المقدمة اليها ، وانه متى قدم الخصم الى محكمة الموضوع مستندات من شأنها التأثير في الدعوى وتمسك بدلائلها فالتفت الحكم عنها مع ما قد يكون لها من الدلالة فإنه يكون مشوبا بالقصور في التسبيب . لما كان ذلك وكانت المطعون ضدها قدمت صوراً كربونية لفواتير ان ثمن الكرفان الواحد ٤٢ الف درهم وقد اعتمدها الخبير في تقدير قيمة التعويض ، وبعد ان قدم الخبير تقريره قدمت المطعون ضدها مذكرة ختامية بتاريخ ٢٠١٠ / ٣ / ٢٩ أمام محكمة أول درجة وطلبت الحكم لها بالمبلغ الذي انتهى اليه الخبير في تقريره ، وأرفقت بتلك المذكرة حافظة مستندات تضمنت فاتورة صادرة من ذات الجهة الصادر عنها الفاتورة المقدمة أمام الخبير ورد بها ان ثمن الكرفان ١٦ الف درهم وهو بذات المساحة الواردة بالفاتورة المقدمة للخبير للتدليل على أحقيتها في المبلغ الذي انتهى اليه الخبير ، فتمسكت الطاعنة بدلالة هذا المستند على عدم أحقية المطعون ضدها في المبلغ الذي قدره الخبير وان الكرفانات المحترقة لا تساوي ذلك المبلغ . الا ان محكمة الموضوع لم تعرض لهذا الدفاع وأغفلت دلالة هذا المستند المقدم من المطعون ضدها ولم تجب عليه في أسباب حكمها برغم تمسك الطاعنة به وبرغم جوهريته مما يعيب حكمها بالاخلاق بحق الدفاع والقصور في التسبيب بما يوجب نقضه لهذا السبب دون حاجة لبحث باقي أسباب الطعن .

الرئيس : المستشار/ يوسف عبد الحليم الهتة - رئيس الدائرة.

الأعضاء : المستشار/ البشري الشوريجي

المستشار/ نبيل عمران .

١٤ ت - (الطعن رقم ٩٠٤ لسنة ٢٠١٠ س ٥ ق أ) جلسة ٢٠١١/٢/٢٤ (تجاري)

١ (حكم "تسببيه. تسبیب غیر معيب". نقض "أسباب الطعن بالنقض. ما لا يقبل منها". شركات "شركة مساهمة". عقد "فسخ العقد". محكمة الموضوع "سلطتها". إثبات "بوجه عام".

■ الشريك في الشركة المساهمة العامة لا يسأل إلا بمقدار حصته في رأس المال المادة (٦٤) من قانون الشركات التجارية. مثال.

■ تقدير مبررات فسخ العقد. من سلطة محكمة الموضوع لها أن تحكم بالفسخ أو ترفضه إن قدرت أن الإخلال الحاصل قليل الأهمية. متى كان سائغاً. مثال لتقدير سائغ.

٢ (محكمة الموضوع "سلطتها". إثبات "بوجه عام" "خبرة". حكم "تسببيه. تسبیب غیر معيب". نقض "أسباب الطعن بالنقض. ما لا يقبل منها".

■ سلطة محكمة الموضوع في الأخذ بتقرير الخبير. من رأت أنه كاف لتكوين عقيدتها.

■ هي غير ملزمة بإعادة المأمورية إلى الخبير لإعادة فحص اعتراضات الخصوم. متى رأت أن تلك الاعتراضات ليس فيها ما يستأهل الرد عليه بأكثر مما تضمنه التقرير. مثال.

٣ (عقد "فسخه". حكم "تسببيه. تسبیب غیر معيب". نقض "أسباب الطعن بالنقض. ما لا يقبل منها". محكمة الموضوع "سلطتها". إثبات "بوجه عام".

■ التقايل من العقد أو التفاسخ. عدم تحققه إلا بالإيجاب والقبول الذي يدل على تلاقي الآراء فيه على حل العقد.

■ جواز أن يكون ذلك صريحاً أو ضمناً. مثال.

■ استخلاص توافر ذلك. موضوعي. متى كان سائغاً. مثال.

المحكمة

حيث ان الوقائع حسبما يبين من الحكم المطعون فيه وسائر الأوراق - تجمل في ان الطاعنة أقامت الدعوى رقم ٢٤٥ / ٢٠٠٩ تجاري كلي أوظيفي على المطعون ضده طالبة الحكم بصحة وتثبيت الحجز رقم رقم ٣١٤ لسنة ٢٠٠٩ الموقع بتاريخ ٢٠٠٩/٣/١٩ وفسخ عقد البيع والتنازل المؤرخ ٢٠٠٧/١٢/٢ وإلزام المطعون ضده بدفع مبلغ ٢٨٠٠٠٠٠٠ دولار أمريكي أو ما يعادلها بالدرهم - قيمة الأسهم محل عقد البيع المشار اليه ،

والتعويضات، على سند من القول بأنه بموجب هذا العقد تنازل المطعون ضده عن مليون وخمسمائة ألف سهم من الأسهم المسجلة باسمه في شركة للاتصالات لقاء مبلغ ١٧٠٠٠٠٠٠ دولار أمريكي وقامت الطاعنة بسداد هذا الثمن بموجب شيكين وطالبت المطعون ضده بنقل ملكية الأسهم إليها فماطل وطالبت بالفسخ ورد الثمن فرفض ووجهت إليه إنذاراً بتاريخ ١٧/٣/٢٠٠٩ ثم استصدرت الأمر على عريضة رقم ٢١٤/٢٠٠٩ بالحجز التحفظي على أمواله وبمنعه من السفر ثم كانت الدعوى الماثلة التي تطلب بها كذلك مبلغ ٢١٠٠٠٠٠٠ دولار أمريكي تعويضاً عما لحقها من أضرار نتجت إخلال المطعون ضده بالتزاماته . ندبت المحكمة لجنة من الخبراء درست الدعوى وأودعت تقريرها . وبجلسة ٢١/١٠/٢٠٠٩ حكمت المحكمة برفض الدعوى . استأنفت الطاعنة هذا الحكم برقم ٧٢٧/٢٠٠٩ ومحكمة الاستئناف ندبت لجنة ثلاثية جديدة من الخبراء وقدمت اللجنة تقريرها . والمحكمة قضت بجلسة ٢٣/٦/٢٠١٠ بتأييد الحكم المستأنف . فكان الطعن الماثل الذي عرض على هذه المحكمة في غرفة المشورة فحددت لنظره جلسة وأعلن به المطعون ضده فقدم محاميه مذكرة بالرد عليه .

وحيث إن الطعن أقيم على ثلاثة أسباب تنعى الطاعنة بالسبب الأول منها على الحكم المطعون فيه الخطأ في تطبيق القانون وفساد الاستدلال ومخالفة الثابت بالأوراق ، وتقول في بيان ذلك إنه اعتبر الطاعنة سلفاً خاصاً للشركة التي يمثلها المطعون ضده فتصرف إليها التزاماته كما اعتبرها سلفاً خاصاً لشركة التي قامت بتوقيع اتفاقية مؤرخة ٨/١٠/٢٠٠٧ وملحقها المزعوم في ٢/١٢/٢٠٠٧ وكلاهما لا يسري في حق الطاعنة طبقاً للقواعد العامة وقانون الشركات إذ لم تكن طرفاً فيهما ولا تنطبق عليها أحكام الاشتراط لمصلحة الغير ولا التعهد عن الغير في المادتين ٢٥٢ و ٢٥٣ من قانون المعاملات المدنية ولا تنصرف إليها آثار هذه الاتفاقية أو ملحقها لنسبية أثر العقد في المادة ٢٥٠ من هذا القانون ولأن الشك يفسر لمصلحة المدين عملاً بالمادة ٢٦٦ من القانون عينه . ولعدم ثبوت تاريخ كل من هذه الاتفاقية وملحقها المزعوم المشار إليه طبقاً للمادة ١٢ من قانون الإثبات في المعاملات المدنية والتجارية الاتحادي، كما أن الحكم المطعون فيه أسند الخطأ إلى الطاعنة دون المطعون ضده برغم ثبوت عدم انتقال رخصة التشغيل الممنوحة لشركة إلى شركة التي تسهم الطاعنة فيها بنسبة ٧٥٪ من أسهمها وبرغم أن تشغيل هذه الرخصة وانتقالها معلقان على شرط إنشاء أربعة موانئ في جزر القمر وتشغيل ثلاثة سفن على الأقل وفقاً للمرسوم رقم ٠٧/١٦٤ بتاريخ ٢٠/٩/٢٠٠٧ ومذكرة التفاهم المؤرخة ٢٠/٩/٢٠٠٧ ولم يقيم المطعون ضده بشئ من ذلك حتى انقضت مدة السماح المحددة بتاريخ ٢٠/٩/٢٠٠٨ ولم يلتفت الحكم إلى ما تقدم مما يعيبه بما يستوجب نقضه .

وحيث إن النعي في جملته مردود ، بأنه ولئن كان من المقرر بنص المادة ٦٤ من قانون الشركات التجارية أن الشريك في شركة المساهمة العامة لا يسأل إلا بقدر حصته في رأس المال ، وكان الثابت بالمستند رقم ٢٥ (٤) المرفق بتقرير الخبرة الأول وهو محضر اجتماع الجمعية العمومية غير العادية للشركة المساهمة أن الطاعنة هي شريك في هذه الشركة وهو الثابت أيضاً بالمستند رقم ٢٥ (١٠) المرفق بالتقرير الأول للخبرة

ويتمثل في شهادة من جمهورية جزر القمر المتحدة عن طبيعة الشركة المشار إليها وأسماء الشركاء فيها وحصة كل منهم - بما ينفي عن الطاعة كشريك مساهم أن يتحمل كامل التزامات الشركة القابضة التي يمثلها المطعون ضده والتي باع بعض أسهمه فيها إلى ممثل الشركة الطاعة - التي لا تسأل كشريك إلا بمقدار حصتها في رأس المال وفقاً لما تقدم من نص المادة ٦٤ من قانون الشركات التجارية ، فإن الحكم المطعون فيه قد أقام قضاءه برفض طلب افسخ على ما هو ثابت من تقرير الخيرة الأول والثاني وهو أن الطاعة هي الطرف الذي أخل بالتزامه إذ لم تقم بضخ مبلغ ٢٥ مليون دولار - أو ٣٠ مليون حسب التقرير الثاني - كاستثمار للبدء في تنفيذ مشروع الاتصالات ضمن اتفاقها مع المطعون ضده ٠ فلا يكون لها الحق في دعاها - ولما كان من المقرر في قضاء هذه المحكمة أن لمحكمة الموضوع السلطة التقديرية في فسخ العقد إن شاءت أو وقعت الفسخ ٠ وإن شاءت رفضت طلبه في حالة الإخلال الجزئي أو التنفيذ المعيب متى رأت أن الجزء الذي لم ينفذ من العقد قليل الأهمية لأن تقدير كفاية أسباب الفسخ أو عدم كفايتها هو من الأمور الموضوعية التي تستقل بها محكمة الموضوع متى أستندت لأسباب سائغة - ولما كان الحكم المطعون فيه قد انتهت إلى نتيجة صحيحة في ضوء ما تقدم فإن النعي عليه بالخطأ في الأسباب التي أقام عليها قضاؤه أو باشتماله على تقارير قانونية خاطئة يكون غير منتج ما دام هذا الخطأ غير مؤثر في النتيجة التي انتهى إليها الحكم وإنما تتولى محكمة النقض تصويب ما اشتمل عليه من أخطاء قانونية دون نقضه ، على نحو ما سلف ، لما كان ذلك ، وكان الثابت بالأوراق أن عقد التنازل المؤرخ ٢٠٠٧/١٢/٢ الذي طلبت الطاعة الحكم بفسخه إنما حرر بينها وبين المطعون ضده بشخصه وبصفته مالكا لعدد مليون وثمانمائة ألف سهم في شركة القابضة قيمة كل منها خمسون دولاراً والمسجلة بتاريخ ٢٦ نوفمبر ٢٠٠٧ تنازل للطاعة عن ١٥٠٠٠٠٠ سهم منها ، وأنه بجلسة ٢٠٠٧/١٢/٣ عقد اجتماع مجلس إدارة شركة بجزر القمر بحضور ممثل الطاعة والمطعون ضده وآخرين وتم انتخاب ممثل الطاعة رئيساً لمجلس إدارة الشركة (مستند ٥/٢٥ المرفق بتقرير الخيرة الأول) وأن جمهورية القمر المتحدة أصدرت شهادة مؤرخة ٢٠٠٩/٤/١٠ تتضمن أن شركة القابضة الحاصلة على إجازة مشغل خلوي بتاريخ ٢٠ أيلول ٢٠٠٧ مرسوم رقم ١٦٤ برأس مال مائة مليون دولار أمريكي تمتلك منها شركة (الطاعة) ١٥٠٠٠٠٠ سهم (٧٥٪ من رأس المال) والسيد المطعون ضده ١٥٪ من رأس المال (٣٠٠٠٠٠ سهم) ويمتلك الشيخ ١٠٠٠٠٠ سهم ٥٪ والسيد ١٠٠٠٠٠ سهم ٥٪ (المستند رقم ١٠/٢٥) ومن ثم يبين أن طرفي الطعن المائل شريكان في ذات الشركة وتقع عليهما كسائر الشركاء التزاماتها وهو ما لم يخطئه الحكم المطعون فيه إذ قضى برفض طلب الفسخ ويغدو ما ورد بوجه النعي محصن جدل لا تقبل إثارته أمام محكمة النقض ويتعين اطراح .

وحيث إن الطاعة تنعى بالسبب الثاني على الحكم المطعون فيه البطلان والإخلال بحق الدفاع إذ أنه اعتنق تقرير الخيرة برغم ما وجهته الطاعة إليه من اعتراضات وخط الحكم بين هذه الاعتراضات وبين دفعها المبداء بمذكرتها المقدمة لجلسة ٢٠١٠/٦/٩ ومنها الدفع بالتقاعيل من العقد فرداً على الدفع ، وأغفل الرد على تلك

الاعتراضات ومنها أن لجنة الخبرة غضت الطرف عن الوقائع والمستندات اللاحقة على تاريخ ٢٠٠٧/١٢/٣ - مثل التسجيل الصوتي لرئيس دولة جزر القمر في ٢٣/٤/٢٠٠٩ خلال الملتقى الاقتصادي بدبي ، وما ورد بأعمال لجنة الخبرة بمحضر جلسة ٢٣/٣/٢٠١٠ من ورود مراسلات تدل على أن الرخصة موضوع الدعوى لم تنتقل إلى الشركة الطاعنة ، وكتاب سفير جمهورية جزر القمر بأبوظبي المؤرخ ١٨/٥/٢٠١٠ وكتاب وزير الاتصالات بجزر القمر المؤرخ ١٢/٥/٢٠١٠ وذلك يدل على قصور تقرير الخبرة في أداء المأمورية وبخاصة في بحث مسألة نقل رخصة التشغيل إلى الطاعنة ومسألة إصدار الطاعنة للمطعون ضده شيكاً بمبلغ مليون دولار أمريكي بتاريخ ١/١٢/٢٠٠٧ والتفتت المحكمة عن طلب الطاعنة إعادة المأمورية إلى الخبرة لاستكمال أوجه النقص تلك مما يعيب الحكم بما يستوجب نقضه.

وحيث إن هذا النعي في غير محله ، لما هو مقرر من أن لمحكمة الموضع أن تعول على تقرير الخبير في قضائها متى اقتنعت به وارتأت أنه تناول بالبحث مناط النزاع ، ولا تلتزم باعادة المهمة إلى الخبير لفحص اعتراضات الخصوم على التقرير طالما وجدت فيه ما يكفي لتكوين عقيدتها وأن هذه الاعتراضات ليس فيها ما يستأهل الرد عليه بأكثر مما تضمنه التقرير ، ولما كان يبين من تقرير الخبرة الأول أنه عرض لمستندات الطاعنة وما أثارته من وقائع واعتراضات سابقة على تاريخ ٢٠٠٧/١٢/٣ ولاحقه عليه وناقشها وأبدى الرأي في كل منها وخلص إلى نتيجة تطابقت معها نتيجة تقرير الخبرة الثاني - وتضمنت ثبوت نقل الترخيص إلى الشركة الطاعنة خلافاً لما ورد بوجه النعي (ص ٤٢ و ٤٣ من التقرير الأول) ، لما كان ذلك فإن النعي يضحى على غير أساس متعيناً رفضه.

وحيث إن الطاعنة تنعى بالسبب الثالث على الحكم المطعون فيه القصور في التسبيب والفساد في الاستدلال بأن أسند إليها إقراراً بأن المطعون ضده رفض التقايل من العقد أو الموافقة على فسخه برغم مخالفة ذلك للثابت بالأوراق وأن طلبها فسخ العقد هو طلب كاشف لوقوع الفسخ وليس منشئاً له إذ وقع التقايل بحضور رئيس جمهورية جزر القمر بتاريخ ١٥/١٢/٢٠٠٨ وأقر به المطعون ضده في محضر الشرطة المؤرخ ١٨/٣/٢٠٠٩ وقد أهدر الحكم المطعون فيه كل ذلك مما يعيبه بما يستوجب نقضه .

وحيث إن هذا النعي غير سديد ، إذ من المقرر أن التقايل أو التفاسخ لا يتحقق إلا بإيجاب وقبول يدلان على تلاقي إرادتي الطرفين على حل العقد ، ويجوز أن يكون ضمناً متى كشفت وقائع الدعوى وظروفها عن ذلك بما لا يجعل مجالاً للشك في دلالة على قصد تنازل الطرفين عن العقد استخلاص توافر ذلك هو من سلطة محكمة الموضوع باعتباره من مسائل الواقع متى كان استخلاصها سائغاً له أصله الثابت في الأوراق ، بما لها من سلطة في تقدير الأدلة المقدمة في الدعوى وبحث سائر المستندات والموازنة والترجيح بينها ، لما كان ذلك وكان الحكم المطعون فيه قد رفض دفاع الطاعنة القائم على حصول التقايل بما ورد في صحيفة دعاها من أنها طالبت بالفسخ بموجب إنذار مؤرخ ١٧/٣/٢٠٠٩ ولكنه رفض فأقامت الدعوى - ويبين لهذه المحكمة أن ما ورد بمحضر الشرطة المؤرخ ١٨/٣/٢٠٠٩ لم يكن إقراراً من المطعون ضده بالتفاسخ وإنما ذكر أن ممثل

الطاعنة طلب منه في شهر سبتمبر ٢٠٠٨ أن يدفع ٣٥ مليون دولاراً لحل الخلاف لكنه عرض مبلغ ١٧ مليون دولار - وأقامت الطاعنة دعواها الماثلة بتاريخ ٢٣/٣/٢٠٠٩ طالب الحكم بفسخ العقد ، ومن ثم فإن ما ورد بمدونات الحكم المطعون فيه بشأن التقايل هو استخلاص سائق يتفق ووقائع الدعوى وظروفها ولا يتجاوز السلطة التقديرية لمحكمة الموضع ويكفي لحمل قضائها ، ومن ثم يكون النعي على غير أساس. وحيث إنه لما تقدم يتعين رفض الطعن.

الرئيس : المستشار/ يوسف عبد الحليم الهته - رئيس الدائرة.

الأعضاء : المستشار / البشري الشوريجي

المستشار / نبيل عمران .

١٥ ت - (الطعن رقم ٨٩٧ لسنة ٢٠١٠ س ٥ ق. أ) جلسة ٢٠١١/١/٢ (تجاري)

(١) حكم " تسببيه . تسبب غير معيب " " إعلان الحكم " . نقض " أسباب الطعن بالنقض . ما لا يقبل منها " . طعن " أسباب الطعن بالنقض . ما لا يقبل منها " . إجراءات "إجراءات إعلان صحيفة الدعوى " " إجراءات إعلان الحكم " . إعلان . بطلان . نظام عام . دفع " الدفع بالبطلان " . دفاع " الإخلال بحق الدفاع . ما لا يوفره " . دعوى " صحيفة الدعوى . بطلان إعلانها " .

■ البطلان المترتب على عدم إعلان الخصوم . بطلان نسبي مقرر لمصلحة من تعيب إعلانه دون غيره .

■ عدم جواز تمسك غيره به . ولو كان الموضوع مما لا تقبل تجزئته أو في الالتزام بالتضامن . أو كانت الدعوى مما يوجب القانون اختصام أشخاص معينين فيها . لا يمتد إليهم أثر ذلك إلا إذا تمسك صاحب الشأن بالبطلان وتحكم به المحكمة .

■ حكم المحكمة بالبطلان المتمسك به ممن له المصلحة . أثره : امتداده لباقي الخصوم . مثال .

(٢) بنوك . شيك . تزوير . إثبات " تزوير " . مسئولية " مسئولية مدنية " . " مسئولية تقصيرية " . خطأ . ضرر . علاقة سببية . محكمة الموضوع " سلطتها " . حق . التزام . حكم " تسببيه . تسبب غير معيب " . نقض " أسباب الطعن بالنقض . ما لا يقبل منها " .

■ مسئولية البنك المسحوب عليه عما يصيب عميله من ضرر نتيجة صرفه لشيك مزور على صاحبه . شرطه : ثبوت أن صاحب الشيك بذل العناية الواجبة للمحافظة على دفتر الشيكات الذي سلمه البنك له .

■ تقدير قيام الخطأ والضرر وعلاقة السببية بينهما . موضوعي . ما دام سائغاً . مثال لتقدير سائغ لتوافر الخطأ في جانب البنك .

المحكمة

حيث ان الوقائع - على ما يبين من الحكم المطعون فيه وسائر الأوراق - تتحصل في ان المطعون ضدها الأولى أقامت الدعوى رقم ٥٥٩ لسنة ٢٠٠٩ تجاري كلي أوظيفي على الطاعن والمطعون ضده الثاني بطلب الحكم بالزامهما بالتضامن والتكافل بأن يؤديا لها مبلغ ٧٠٠ ألف درهم والفائدة القانونية بواقع ١٢٪ من تاريخ سحب الشيك بتاريخ ٢٨/٩/٢٠٠٨ وحتى السداد التام . على سند ان المطعون ضده الثاني كان يعمل لدى المطعون ضدها الأولى، وبتاريخ ٢٨/٩/٢٠٠٨ تمكن من إختلاس أحد الشيكات الخاص بها والمسحوب

على بنك أبوظبي التجاري وملء بياناته والتوقيع عليه بتوقيعين نسبهما زوراً إلى المولين بالتوقيع وقدم الشيك الى البنك الطاعن وتمكن من صرف المبلغ المطالب به، وقدم الى المحكمة الجنائية وقضي بإدانة ٠ حكمت المحكمة بإلزام المطعون ضده الثاني بأن يؤدي الى المطعون ضدها الأولى مبلغ ٧٠٠ ألف درهم، ورفضت ما عدا ذلك من طلبات ٠ استأنفت المطعون ضدها الأولى هذا الحكم بالاستئناف رقم ٦٠٣ لسنة ٢٠١٠ استئناف أبوظبي، وبتاريخ ٢٠١٠/٧/١٣ قضت المحكمة بتعديل الحكم المستأنف بإلزام الطاعن والمطعون ضده الثاني بالتكافل والتضامن بأن يؤديا للمطعون ضدها الأولى مبلغ ٧٠٠ ألف درهم والفائدة التأخيرية بواقع ٥٪ سنوياً من تاريخ رفع الدعوى في ٢٠٠٩/٦/٣ وحتى السداد التام وبما لا يجاوز المبلغ المحكوم به ٠ طعن البنك الطاعن في هذا الحكم بطريق النقض، وعرض الطعن على هذه المحكمة في غرفة مشورة فحددت جلسة لنظره ٠

وحيث ان الطاعن ينعي بالسبب الأول على الحكم المطعون فيه الخطأ في تطبيق القانون والقصور في التسبب، ذلك ان الطاعن دفع ببطلان إعلان المطعون ضده الثاني بالحكم المستأنف، إذ تم باللصق وهو طريق استثنائي لا يجوز اللجوء إليه الا بعد التحريات الدقيقة عن موطنه ومحل إقامته وتعدر التوصل إليه، كما انه أعلن بصحيفة الاستئناف دون اجراء تلك التحريات واكتفت المحكمة بكتاب النيابة العامة بأنه تم إعلانه باللصق بالحكم الصادر في الدعوى الجزائية مما يترتب عليه بطلان الاعلان وان للطاعن مصلحة في التمسك بهذا الدفع إذ قضى الحكم بالزامه والمطعون ضده الثاني بالتضامن بالمبلغ المحكوم به، وانه اذا حضر قد يبدي دفاعاً يتغير به وجه الرأي في الدعوى مما يخدم مصلحة الطاعن، ولما كان يترتب على بطلان الاعلان بطلان الحكم المطعون فيه فإنه يكون معيباً بما يستوجب نقضه ٠

وحيث ان هذا النعي غير مقبول، ذلك ان الدفع ببطلان إعلان صحيفة الدعوى أو الحكم لا يتعلق بالنظام العام ٠ وان البطلان المترتب على عدم إعلان الخصوم هو بطلان نسبي مقرر لمصلحة من تعيب إعلانه دون غيره، فلا يجوز لغيره التمسك به حتى ولو كان الموضوع مما لا يقبل التجزئة أو في التزام بالتضامن، كاتب الدعوى مما يوجب اختصام أشخاص معينين فيها فلا يمتد اليهم أثر ذلك إلا بعد ان يتمسك صاحب الشأن بالبطلان وتحكم به المحكمة، وعندئذ يستتبع الحكم بالبطلان بالنسبة لمن لم يصح إعلانه، بطلانه أيضاً بالنسبة لباقي الخصوم ٠ ومن ثم يكون هذا النعي غير مقبول من البنك الطاعن لتمسكه ببطلان إعلان غيره من الخصوم، إذ لا شأن له به ولا يقبل منه الدليل على قيامه ٠

وحيث ان الطاعن ينعي بباقي أسباب الطعن على الحكم المطعون فيه الخطأ في تطبيق القانون والتناقض والاخلال بحق الدفاع والقصور في التسبب، ذلك انه نفى عن المطعون ضدها الأولى خطأها وإهمالها في المحافظة على دفتر الشيكات مقررراً أنه يستوي ان يكون المطعون ضده الثاني قد ارتكب خيانة الأمانة أو السرقة، إذ ان كلا منهما أدى الى تزويره الشيك محل الواقعة، برغم اختلاف أركان الجريمتين، كما ان المحكمة لم تتحقق مما اذا كان المطعون ضده الثاني يعمل لدى المطعون ضدها الأولى وعلى كفالتها، خاصة وان الطاعن قدم المستندات التي تثبت انه يعمل لدى كفيل آخر، كما لم تبحث مدى مساهمتها في ارتكاب الواقعة بتسليمها

دفتر الشيكات الى شخص لا يعمل لديها ولا على كفالتها • وحملت البنك مسؤولية صرف الشيك ، على سند من انه كان يجب عليه اتخاذ الحيطة والحذر بالاتصال بالشركة أو ممثلها والاستفسار منه عما اذا كانت قد أصدرت الشيك من عدمه ، رغم ان الموظف دأب على صرف الشيكات من البنك ، وان مسؤولية البنك لا تقوم إلا اذا لم يكن هناك خطأ من العميل أدى إلى تزوير الشيك وعدم بذله العناية الواجبة للمحافظة على دفتر الشيكات مما يعيب حكمها ويستوجب نقضه •

وحيث ان هذا النعي في غير محله ، ذلك ان النص في المادة ٦٣٦ من قانون المعاملات التجارية ، يدل على ان ذمة البنك المسحوب عليه - كأصل - لا تبرأ قبل عميله الذي عهد اليه بأمواله اذا أوفى بقيمة شيك مذيل بتوقيع مزور عليه ، ذلك ان هذه الورقة تفقد صفة الشيك بفقدانها شرطاً جوهرياً وهو التوقيع الصحيح للساحب ، ويعتبر الوفاء بقيمتها وفاء غير صحيح لحصوله لمن لا صفة له وبالتالي فإن تبعه الوفاء تقع على عاتق البنك ، وان مسؤولية المصرف عن صرف الشيك تقضي طبقاً لما استقر عليه العمل المصرفي بأن يطمئن الى سلامة ورقة الشيك والتحقق من صحة توقيع الساحب ومن شخصية المستفيد وتقع على عاتقه بالتالي تبعة صرف الشيك المزور أياً كانت درجة إتقان التزوير ، الا ان تحمل البنك هذه التبعة مشروط بعدم ثبوت خطأ أو إهمال من جانب العميل الوارد اسمه في الشيك ، وفي هذه الحالة يتحمل هو تبعة خطئه ، ويعتبر الساحب مخطئاً - على وجه الخصوص - اذا لم يبذل في المحافظة على دفتر الشيكات المسلم اليه العناية الواجبة ويعتبر تقصيره في ذلك هو السبب المباشر في استيلاء الغير عليه ، والعبث به ، وان استخلاص خطأ العميل وتوافر علاقة السببية بين هذا الخطأ والضرر الذي ترتب عليه ، وتقدير ما اذا كان هذا الخطأ قد استغرق خطأ البنك المسحوب عليه هو من مسائل الواقع التي تستقل بها محكمة الموضوع بغير معقب عليها في ذلك ما دام ان تقديرها سائغاً مستمداً مما له أصل ثابت بالأوراق • لما كان ذلك وكان البين من الحكم المطعون فيه انه أقام قضاءه بالزام البنك الطاعن بالمبلغ المحكوم به بالتضامن مع المطعون ضده الثاني لثبوت خطئه وتحقق مسؤوليته عن صرف الشيك محل النزاع برغم تزويره بما أورده في أسبابه " من ان أوراق الدعوى خلت مما يدل أو يثبت وقوع خطأ جسيم أو إهمال من المطعون ضدها الأولى " الساحب " في المحافظة على دفتر الشيكات المسلم اليها العناية الواجبة ، إذ ان دفاتر الشيكات تكون في حوزة المحاسب " المطعون ضده الثاني " وهو المسؤول عن حفظها وتحرير بياناتها ، وتوقيعها عن الشخص المخول بالتوقيع عليها ، وانه هو الذي ارتكب جريمة تزوير الشيك محل الواقعة ، وانه كان على البنك التحقق من مطابقة التوقيعات على الشيك ، مع نموذج توقيع العميل " الساحب " الموجود لدى البنك ، وانه عند الشك في التوقيع كان عليه الاتصال بالشركة " المطعون ضدها الأولى " أو ممثلها للتأكد من سحب الشيك ، وأنه لا تناقض بين ما ذكرته أمام المحكمة الجزائية من ان هناك ثلاثة دفاتر شيكات تمت سرقتها ، وما ذكرته أمام هذه المحكمة من ان دفاتر الشيكات كانت بحوزة المحاسب " المطعون ضده الثاني " ذلك ان كلا الفعلين يشكل جريمة نتیجتها هي الاستيلاء على الشيك وتزويره ، وان ذلك لا يعني خطأ المطعون ضدها الأولى ، وبالتالي يكون البنك الطاعن هو المسؤول عن الضرر الذي لحق بالمطعون

ضدها الأولى من جراء صرف الشيك المزور ، وعليه تحمل تبعة ذلك وفقا لنظرية تحمل تبعة مخاطر المهنة التي يمارسها البنك " وهي أسباب سائغة لها أصلها الثابت بالأوراق وتؤدي للنتيجة التي انتهى إليها الحكم المطعون فيه وتكفي لحمل قضائه، ولا مخالفة فيها للقانون وتتضمن الرد المسقط لأوجه دفاع البنك الواردة بالنص ، ومن ثم فإن النعي عليه بهذه الأوجه يكون على غير أساس .

الرئيس : المستشار/ يوسف عبد الحليم الهتة – رئيس الدائرة.

الأعضاء : المستشار/ البشري الشوريجي

المستشار/ نبيل عمران .

١٦ ت - (الطعن رقم ١١٩ لسنة ٢٠١٠ س ٥ ق.أ) جلسة ٢٠١١/٢/٢٤ (تجاري)

حق. التزام. حكم "تسببيه. تسبیب غیر معيب". نقض "أسباب الطعن بالنقض. ما لا يقبل منها". إثبات "إقرار". صلح. دعوى "سماعها".

■ التنازل عن الحق. مؤداه : انقضاء الحق وعدم جواز معاودة المطالبة به.

■ الصلح عقد يحسم به النزاع بين أطرافه سواء كان النزاع قائماً أو محتملاً. مؤدى ذلك : عدم جواز معاودة نظر تلك المنازعات.

المحكمة

حيث إن الوقائع - على ما يبين من الحكم المطعون فيه وسائر الأوراق - تجمل في أن الطاعن كان قد أقام الدعوى رقم ١٨٨ / ٢٠١٠ تجاري كلي العين على المطعون ضدهما - وقال في صحيفة إنه يمتلك المؤسسة الاتحادية للمقاولات الهندسية والنقل العامة واتفق مع المطعون ضده الأول وهو شقيقه - على أن يشاركه فيها بمناصفة أرباحها وأن يتولى الطاعن إدارتها لقاء أجر شهري قدره ٢٠٠٠٠ درهم ويتولى شقيقه (المدعى عليه الأول) إدارتها مالياً وأصدر إليه وكالة بذلك . ثم حصل المطعون ضده الأول على توكيل من المطعون ضده الثاني وهو كفيل المؤسسة - تخوله القيام بكافة شؤونها منفرداً بما يؤدي إلى حرمان الطاعن من الأرباح فكانت دعواه هذه التي طلب بها الحكم بنذب خبير حسابي لبيان نصيبه من الأرباح عن الفترة السابقة ورواتبه المتأخرة من ١/٩/٢٠٠٩ حتى تمام تصفية الحسابات وإلزام المطعون ضده الأول بما تسفر عنه نتيجة الخبرة وإلزام المطعون ضده الثاني بإلغاء التوكيل الصادر منه إلى الأول وإصدار وكالة عامة لصالح الطاعن تتيح له التصرف في شؤون المؤسسة ، وبجلسة ١٥/٨/٢٠١٠ تقدم المدعى عليهما إلى المحكمة بسند إقرار موثق لدى كاتب العدل في ١٨/٧/٢٠١٠ تنازل المدعي (الطاعن) بموجبه عن دعواه الماثلة لتمام التسوية وأقر بأنه لم يعد يطالب بأي شيء بخصوصها حاضراً أو مستقبلاً ويتعهد بعدم رفع قضية أخرى . وبتاريخ ١٧/٨/٢٠١٠ طلب وكيل الطاعن عدم الاعتداد بهذا التنازل بمقولة إنه قد تم الغاؤه لعدم تمام التسوية وصمم على طلباته وإحالة الدعوى إلى التحقيق ليثبت بشهادة الشهود أنه قد تم إلغاء التنازل . وبجلسة ٣١/٨/٢٠١٠ حكمت المحكمة حضورياً بانتهاء الدعوى . استأنف الطاعن هذا الحكم برقم ٢١٥ / ٢٠١٠ ومحكمة استئناف العين قضت بجلسة ٢٩/٩/٢٠١٠ بالتأييد . فكان الطعن المائل الذي عرض على هذه المحكمة في غرفة المشورة فحددت لنظره جلسة وأعلن به المطعون ضدهما فقدم محاميها مذكرة بالرد عليه .

وحيث إن حاصل ما ينعاه الطاعن بسبب الطعن على الحكم المطعون فيه الخطأ في تطبيق القانون والإخلال

بحق الدفاع إذ التفت عن دفاعه المتمثل في أن إقراره بالتنازل عدل عنه وألغي بعد تحريره وتوثيقه بسبب عدم تنفيذ المطعون ضدهما ما تم الاتفاق عليه من التزامات متقابلة . ولم تحقق المحكمة هذا الدفاع الجوهري الذي يتغير به وجه الرأي في الدعوى ، إذ كان يحق للطاعن الرجوع في إقراره لبنائه على خطأ في الواقع وكان يتعين على محكمة الموضوع إحالة الدعوى للتحقيق كما طلب الطاعن، لسماع شهوده ثم الالتفات عن ذلك التنازل . ولم تفعل مما يعيب حكمها بما يستوجب نقضه .

وحيث إن هذا النعي في غير محله ، فمن الثابت بالحكم المطعون فيه أنه بني قضاءه بتأييد الحكم الابتدائي القاضي بانتهاء الدعوى على أن محكمة أول درجة قد محصت سند التنازل الصادر من المدعي (الطاعن) عن دعواه وإقراره وتعهدته بعدم رفع قضية أخرى، وعلى أن المادة ٧٠ من قانون المعاملات المدنية تنص على أن من سعى في نقض ما تم من جهته فسعيه مردود عليه وأن الإقرار والتعهد بعدم المطالبة بشيء يعد إبراء ينقضي به الحق إعمالاً للمادة ٤٦٨ من القانون ذاته وأن التسوية التي علل بها التنازل تعد صلحاً حاسماً للنزاع بصفة نهائية ومانعاً من سماع دعوى المدعى " ولو أقام بينة على ما ادعاه أو على سبق إقرار المنكر له " عملاً بالمادة ٧٤١ من قانون المعاملات المدنية المشار إليه وأن الطاعن لم يتقدم بدليل كتابي ينقض حجية إقراره بالتنازل وتحقق التسوية بما لا جدوى معه من إحالة الدعوى للتحقيق ، لما كان ذلك وكان الثابت بأوراق الدعوى أن إقرار الطاعن بالتنازل عن القضية رقم ١٨٨ / ٢٠١٠ والمصدق عليه من الكاتب العدل بمحضر التصديق المؤرخ ١٨/٧/٢٠١٠ برقم ١٠١١٠١٧٧٣٢ يتضمن أنه قد تمت التسوية مع المطعون ضده الثاني ، كما أن الثابت بطلب الطاعن المؤرخ ١٥/٧/٢٠١٠ أنه قد تمت تسوية النزاع صلحاً بينه وبين المطعون ضده الأول - وإذا كان من المقرر أن الصلح عقد يحسم به الطرفان نزاعاً قائماً أو يتوقيان به نزاعاً محتملاً وتنحسم به المنازعات التي تناولها فتنقضي الحقوق والادعاءات التي نزل عنها كل طرف نزولاً نهائياً لقاء ما أقر به كل منهما للآخر ومؤدى ذلك امتناع معاودة نظر المسائل التي حسمها، ولما كان الحكم المطعون فيه لم يخطئ هذا النظر وكان ما أورده من الأسباب على السياق السالف ذكره صحيحاً وسائغاً ولا مخالفة فيه للقانون فإن النعي يغدو على غير أساس ويتعين رفض الطعن .

الرئيس : المستشار/ يوسف عبد الحليم الهته - رئيس الدائرة.

الأعضاء : المستشار / البشري الشوريجي

المستشار / نبيل عمران .

١٧ ت - (الطعن رقم ٢٠٤ لسنة ٢٠١١ س ه ق . أ) جلسة ٢٠١١/٩/١٥ (تجاري)

١ (طعن " المصلحة والصفة في الطعن بالنقض " . نقض " المصلحة و الصفة في الطعن بالنقض " .

■ عدم اختصاص المطعون ضدها الثانية أمام محكمة أول درجة واختصاصها أمام الاستئناف دون أن يوجه لها طلبات ولم تقض المحكمة عليها أو لها بشيء . أثره : عدم قبول الطعن بالنقض بالنسبة لها . علة ذلك ؟

٢ (دعوى " نطاق الدعوى " " الإدخال والتدخل فيها " . إجراءات " إجراءات الإدخال في الدعوى " . حكم " تسببيه . تسبب غير معيب " . نقض " أسباب الطعن بالنقض . ما لا يقبل منها " .

■ رفض المحكمة الطلب المقدم لها بإدخال خصم جديد في الدعوى . لعدم اتخاذ الإجراءات المنصوص عليها في المادة (٩٤) من قانون الإجراءات المدنية . اكتفاء بطلب قدم للمحكمة للتصريح بإدخال خصم جديد فيها . لا عيب . أساس ذلك وعلته ؟

٣ (طعن " أسباب الطعن بالنقض . ما لا يقبل منها " . نقض " أسباب الطعن بالنقض . ما لا يقبل منها " . حكم " تسببيه . تسبب غير معيب " . محكمة الموضوع " سلطتها " . دفاع " الإخلال بحق الدفاع . ما لا يوفره " .

■ رفض الحكم المطعون فيه طلب إجراء المقاصة القضائية . لإغفال الحكم المستأنف الفصل فيها . صحيح . علة ذلك ؟ مثال .

٤ (محكمة الموضوع " سلطتها " . حكم " تسببيه . تسبب غير معيب " . نقض " أسباب الطعن بالنقض . ما لا يقبل منها " . إثبات " بوجه عام " " خبرة " . بطلان .

■ تحصيل فهم الواقع في الدعوى وتقدير أدلتها ومنها تقارير الخبراء والمفاضلة بينها وتفسير العقود وسائر المحررات موضوعي . ما دام سائغاً . مثال .

■ البطلان الناشئ عن إغفال دعوة الخصوم للحضور . انتفاؤه : بحضورهم عمل الخبير فيما بعد وتمكنهم من الدفاع عن مصالحهم وإبداء ملاحظاتهم وطلباتهم . مثال .

المحكمة

حيث ان الوقائع - حسبما يبين من الحكم المطعون فيه وسائر الأوراق - تتحصل في ان المطعون ضده الأول أقام الدعوى ٤٤١ لسنة ٢٠٠٩ لسنة تجاري كلي أبوظبي على الطاعن بطلب الحكم بإلزامه بأن يؤدي له مبلغ ٩٤,٩٩٣,٣٥٨ درهم والفوائد اعتباراً من ١/٤/٢٠٠٩ حتى السداد التام . وقال شرحاً لذلك انه وبموجب اتفاقية تسهيلات مالية بتاريخ ٢٧/٦/٢٠٠٧ تحصل الطاعن منه على تسهيلات مصرفية بلغ

رصيداً حتى ٢٠٠٩/٣/٣١ مبلغ ٩٤,٩٩٣,٣٥٨,١٣ درهم، ولتقاعسه عن سداده رغم المطالبات الودية كانت الدعوى. وبالجلسات ضمت الدعوى رقم ٤٨٧ لسنة ٢٠٠٩ تجاري كلي أبوظبي و موضوعها صحة الحجز الموقع على أسهم وسيارات ومركبات وأراضي وعقارات وحسابات الطاعن لدى سوق أبوظبي للأوراق المالية ودبي وإدارة المرور والتراخيص ودائرة الأراضي بدبي والبنوك العاملة في الدولة.

وبتاريخ ٢٠٠٩/٦/١٨ حكمت المحكمة بعدم اختصاصها محلياً بنظر الدعويين وبإحالتها إلى محكمة دبي الابتدائية. استأنف المطعون ضده الأول هذا الحكم بالاستئناف رقم ٣٨٧ لسنة ٢٠٠٩ أبوظبي.

وبتاريخ ٢٠٠٩/٩/٨ قضت المحكمة بإلغاء الحكم المستأنف وإعادة الدعويين إلى المحكمة للفصل في موضوعيهما. ندبت المحكمة خبيراً في الدعوى وبعد ان قدم الخبير تقريره الأصلي طلب الطاعن التصريح له بإدخال المطعون ضدها الثانية باعتبارها الوسيط المالي للمطعون ضده الأول، أعادت المحكمة المأمورية للخبير لبحث اعتراضات الطاعن، وبعد ان قدم الخبير تقريره التكميلي. قدم الطاعن مذكرة لدى حجز الدعوى للحكم ردد فيها ذات طلبه بشأن الإدخال وضمنها طلب عارض بإجراء المقاصة القضائية بين ما هو مستحق للمطعون ضده الأول وبين ما فوته المذكور عليه من ربح. حكمت المحكمة أولاً - في الدعوى رقم ٤٤١ لسنة ٢٠٠٩ بإلزام الطاعن بأن يؤدي للمطعون ضده الأول مبلغ ٩٨,٣٢٢,٢٨٠,١٣ درهم والفوائد التأخرية عن رصيد الدين البالغ قدره ٦٠,٢٣,٠٩٣,١٢ درهم بواقع ٦,٤٧٪ سنوياً من تاريخ رفع الدعوى في ٥/٥/٢٠٠٩ وحتى السداد التام بما لا يجاوز أصل الدين ثانياً - في الدعوى المضمومة رقم ٤٨٧ لسنة ٢٠٠٩ بصحة الحجز التحفظي الموقع في ٦/٥/٢٠٠٩ في حدود المبلغ المحكوم به. استأنف هذا الحكم بالاستئناف رقم ١٢٧٥ لسنة ٢٠١٠ أبوظبي.

وبتاريخ ٢٠١٠/١٢/٢٨ قضت المحكمة برفض الاستئناف وتأييد الحكم المستأنف. طعن الطاعن على هذا الحكم بطريق النقض. عرض الطعن على هذه المحكمة في غرفة مشورة فحددت جلسة لنظره. وحيث إن المقرر إن الخصومة في الطعن أمام محكمة النقض لا تكون إلا بين من كانوا خصوماً في النزاع الذي فصل فيه الحكم المطعون فيه. لما كان ذلك وكان الثابت في الأوراق ان المطعون ضدها الثانية لم تختصم في الدعوى أمام محكمة أول درجة وإن اختصاصها فيها تم أمام محكمة الاستئناف ولم يوجه إليها الطاعن طلبات ولم تقض محكمة الاستئناف عليها أولها بشيء وبالتالي فإنها لا تكون خصماً حقيقياً في الدعوى الصادر فيها الحكم المطعون فيه واختصاصها في الطعن يكون غير مقبول. وحيث إن الطعن فيما عدا ما تقدم استوفى أوضاعه الشكلية.

وحيث إن الطعن أقيم على ثلاثة أسباب ينعي الطاعن بالسبب الأول منها على الحكم المطعون فيه مخالفة القانون والخطأ في تطبيقه وفي بيان ذلك يقول انه عاب على الحكم الابتدائي رفض طلبه إدخال المطعون ضدها الثانية - شركة الخليج الأول للخدمات المالية - خصماً في الدعوى. إلا ان الحكم المطعون فيه أيده فيما انتهى إليه على سند منه انه - الطاعن لم يتبع الإجراءات المنصوص عليها في المادة ٩٤ من قانون الإجراءات المدنية

ولم يتم بإيداع صحيفة الإدخال قلم الكتاب بذات إجراءات رفع الدعوى وأنه لا يكفي أن يكون ذلك بتقديم مذكرة . مع أن الإدخال والتدخل وإبداء الطلبات العارضة وفقاً للمادتين ٩٤، ٩٧ / ٢ من القانون المذكور يتم بإحدى طرق ثلاثة هي الإجراءات المعتادة لرفع الدعوى أو بطلب يقدم شفاهة في الجلسة في حضور الخصم ويثبت في محضرها أو بمذكرة كتابية تقدم إلى المحكمة أثناء تداول الدعوى بالجلسات بشرط إطلاع الخصم وتمكينه من الرد عليها، وقد أجاز الفقه والقضاء إبداء الطلب العارض في مذكره يقدمها الخصم أثناء حجب الدعوى للحكم طالما كانت المحكمة قد صرحت للخصوم بتقديم مذكرات خلال أجل معين ولم ينته ذلك الأجل . مما يعيبه ويستوجب نقضه .

وحيث إن هذا النعي غير سديد، ذلك أن مؤدى المادة ٩٤ من قانون الإجراءات المدنية والتي جرى نصها على أن " للخصم أن يدخل في الدعوى من كان يصح اختصاصه فيها عند رفعها ويجوز للمدعى عليه إذا ادعى أن له حقاً في الرجوع بالحق المدعى به على شخص ليس طرفاً في الدعوى أن يقدم طلباً مكتوباً إلى المحكمة يبين فيه ماهية الادعاء وأسبابه ويطلب إدخال ذلك الشخص طرفاً في الدعوى ويكون ذلك الشخص طرفاً في الدعوى ويكون ذلك بالإجراءات المعتادة لرفع الدعوى، كما يجوز دخوله في الجلسة إذا حضر المطلوب إدخاله ووافق أمام المحكمة على هذا الإجراء " مؤداه أن للمدعى عليه أن يدخل في الدعوى من كان يصح اختصاصه فيها عند رفعها، وأن يكون بالإجراءات المعتادة لرفع الدعوى مع بيان ماهية الادعاء وأسبابه وأن تتوافر فيه الشروط العامة لقبول الدعوى . لما كان ذلك وكان الثابت في الأوراق أن الطاعن قد قدم مذكرة لمحكمة أول درجة طلب فيها التصريح له باختصاص المطعون ضدها الثانية دون أن يتم باختصاصها بالإجراءات المعتادة لرفع الدعوى أي بصحيفة تودع قلم كتاب المحكمة، وإذا رفضت المحكمة طلبه عاب عليها ذلك . لما كان ذلك وكان الحكم المطعون فيه قد رفض نعيه في هذا الشأن بما أورده بمدوناته " وكان الثابت أن المستأنف لم يتبع الإجراءات المنصوص عليها في المادة ٩٤ من قانون الإجراءات المدنية ولم يتم بإيداع صحيفة الإدخال قلم الكتاب وذلك بإجراءات رفع الدعوى وأنه لا يكفي أن يكون ذلك بتقديم مذكرة دون إتباع إجراءات رفع الدعوى " وكان ذلك منه موافقاً لصحيح الواقع والقانون وكانت المطلوب إدخالها لم تكن حاضرة بالجلسة . فإن النعي في هذا الشأن يكون على غير أساس .

وحيث إن الطاعن ينعى بالسبب الثاني على الحكم المطعون فيه مخالفة القانون والخطأ في تطبيقه والإخلال بحق الدفاع وفي بيان ذلك يقول أن الحكم المطعون فيه رفض تحقيق دفاعه بشأن طلبه إجراء المقاصة القضائية على اعتقاد خاطئ منه من أن محكمة أول درجة أغفلت الفصل في الطلب وأن سبيل تدارك ذلك الرجوع إلى ذات المحكمة للفصل فيه وليس الطعن على حكمها وفقاً للمادة ١٣٩ من قانون الإجراءات المدنية . مع أن الثابت من مدونات الحكم الابتدائي أن المحكمة تعرضت لهذا الطلب وفصلت فيه ولم تغفل مما يعيبه ويستوجب نقضه .

وحيث إن هذا النعي غير صحيح . ذلك أن الثابت من مطالعة مدونات الحكم الصادر من محكمة أول درجة أنه أورد به " وحيث إنه وقد اطمأنت المحكمة لتقرير الخبير المنتدب في الدعوى فهي غير ملزمة بالرد على ما أبداه المدعى عليه مجدداً من اعتراضات على التقرير التكميلي، كما أنها غير ملزمة بإجابته لطلباته بإحالة

الدعوى للتحقيق وإدخال الخصم المطلوب إدخاله في الدعوى وندب خبير مختص في الأسهم ما دامت قد رأت ان تلك الاعتراضات لا تستأهل رداً بأكثر مما تضمنه التقرير وما دامت قد رأت ان باقي الطلبات غير جدية لأن العلاقة التي قامت على أساسها هذه الدعوى قائمة بينه وبين المدعي وقد قام الخبير بتصفية الحساب بينهما على ضوء تلك العلاقة وان كان المدعى عليه يرى ان له مستحقات بذمة الخصم الذي طلب إدخاله فهو وشأنه معه في مطالبته بدعوى مستقلة إن كان لذلك مقتضى " ومن ثم يكون الحكم المذكور لم يتعرض لطلب الطاعن إجراء المقاصة القضائية بين ما للمطعون ضده الأول من مبالغ مالية في ذمته وما فوته عليه الأول من ربح سواء من قريب أو بعيد ولم يفصل بالتالي فيه وان عبارة ان باقي الطلبات غير جدية إنما هي قاصرة على الطلبات التي سبق للحكم سردها وفقاً لما سلف . وبالتالي يكون سبيل تدارك هذا الأمر إنما يكون بالرجوع إلى محكمة البداية للفصل فيه وليس بالطعن عليه . ومن ثم يكون النعي غير مقبول .

وحيث إن الطاعن ينعى بالسبب الثالث على الحكم المطعون فيه مخالفة القانون والخطأ في تطبيقه والقصور في التسبب والإخلال بحق الدفاع وفي بيان ذلك يقول انه وجه لتقرير الخبير الذي تم ندبه في الدعوى العديد من المطاعن منها ان المطعون ضده الأول لم يخطره بتجاوز حد التسهيلات ولم يبيع الأسهم في تاريخ العجز رغم الوكالة المطلقة له في هذا الشأن وان قيمة المحفظة السوقية الخاصة به في ٢٠٠٨/٦/٣٠ كانت تساوي حوالي ١٩،٥ مليون درهم، وان المذكور اخل بشروط عقد التسهيلات التي وفقاً لها يجب ان تغطي قيمة الأسهم في أي وقت ١٢٥٪ من التسهيلات وألا يتعدى السحب على المكشوف ٨٠٪ من قيمة الضمان — الأسهم المودعة — وان البنك بتقاعسه عن بيع الأسهم عند حدوث العجز البالغ قدره ١٣ مليون درهم أضاع عليه أمواله، وطلب انتقال الخبير إلى مقر المطعون ضده الأول للإطلاع على كافة الأوراق الخاصة به للوقوف على هذه الأمور وعلى عمليات السحب والإيداع التي جرت على حسابه وبيان مدى صحتها لما له من تأثير على صحة المديونية المطالب بها، وان الخبراء الذين تم ندبهم في الدعوى رقم ٣٣٥ مدني كلى دبي إنتهوا في تقريرهم التكميلي بعد تصفية الحساب بينه وبين المطعون ضدهما إلى براءة ذمته واستحقاقه لمبلغ ٦١٩٤٢١٦ درهم منهما، إلا ان الخبير لم ينتقل إلى مقر المطعون ضده الأول ولم يحقق مطاعنه واكتفي برد وكيل البنك عليه بسبق الاطلاع على ملف حساب التسهيلات المصرفية الخاصة به — الطاعن — وعلى أصول المستندات المتعلقة بالحساب، وقام بعرض أحكام وشروط التسهيلات فقط دون بيان مدى صحة عمليات السحب والإيداع في الحساب وأثره، وأبان بأنه — الطاعن — لم يصدر للمطعون ضده الأول أمراً بالبيع وان البين من لائحة الدعوى رقم ٣٣٥ لسنة ٢٠٠٩ مدني كلى دبي ان الطاعن لم يعترض على عملية البيع والشراء للأسهم وان اعتراضه انحصر فقط على عدم قيام شركة الوساطة المالية ببيع الأسهم الخاصة به في الوقت المناسب قبل انهيار قيمتها ومع ذلك عول الحكم الابتدائي المؤيد بالحكم المطعون فيه على ذلك التقرير الأمر الذي يعيبه ويستوجب نقضه .

وحيث ان هذا النعي في غير محله ذلك ان المقرر ان لمحكمة الموضوع السلطة المطلقة في فهم الواقع في الدعوى وفي تقدير أدلتها — ومنها تقارير الخبراء — والموازنة بينها وترجيح ما تطمئن إليه منها وإطراح ما

عدها وحسبما ان تبين الحقيقة التي اقتنعت بها وأقامت قضاءها عليه، وكذلك في تفسير العقود والاتفاقات والمشاركات وسائر المحررات بما تراه أوفي بمقصود عاقيدها أو أصحاب الشأن فيها مستهدية في ذلك بوقائع الدعوى وظروفها وذلك كله دون رقابة عليها من محكمة النقض متى كان فهمها وتقديرها وتفسيرها سائغاً ومقبولاً وله أصله الثابت بالأوراق ولا مخالفة فيه للقانون . وان المقرر كذلك ان البطلان الناشئ عن إغفال الخبير دعوة الخصوم للحضور أمامه يرتفع بحضورهم عمل الخبير فيما بعد وتمكنهم من الدفاع عن مصلحتهم وإبداء ملاحظاتهم وطلباتهم. لما كان ذلك وكان الحكم المطعون فيه قد انتهى إلى تأييد الحكم الابتدائي تسانداً منه على ما استخلصه من أوراق الدعوى وتقريره الخبرة المودعة فيها من ان الخبير الذي تم ندبه في الدعوى اطلع على كامل ملف حساب التسهيلات المصرفية الخاص بالطاعن وأصول المستندات المتعلقة به وكذلك المستندات الخاصة بالتسهيلات، وأنه قام بفحص كل منها، كما أبان جميع العمليات التي جرت على حساب الطاعن، وان أوراق الدعوى والاتفاقات التي تمت بين الطرفين خلت من أية اتفاق يلزم البنك المطعون ضده ببيع أموال وأسهم الطاعن في حالات محدده، وأن الطاعن لم يقدم أية دليل يستخلص منه أنه أصدر أمراً للبنك بالبيع وان الأخير تقاعس عن تنفيذه، وان صحة رقم حساب الطاعن هو ١٠٨٣٢٩٠ وان الأرقام الأخرى التي بجواره من اليسار أو اليمين تتعلق باستخدامات البنك، وان الخبير قام بمهمته وأداها وفقاً للحكم الصادر بندبه . لما كان ذلك وكان ذلك من الحكم سائغاً وله أصله الثابت في الأوراق وكافياً لحمل قضائه هذا فضلاً على ان الثابت من مطالعة اتفاقية التسهيلات المبرمة بين الطرفين في ٢٧/٦/٢٠٠٧ وكذلك خطابي عرض الخدمات المبرمين بينهما في ٢٧/٦/٢٠٠٧، ٢٥/١٠/٢٠٠٧ أنهم منحوا البنك المطعون ضده حق بيع أموال الطاعن وأسهمه لتغطية كل أو أي جزء من الدين إلا ان أيامهم لم يلزم البنك بالبيع في هذه الحالة أو غيرها، وأن خطابي عرض الخدمات ألزما الطاعن بإيداع كتاب تفويض قطعي غير مشروط منه إلى وسيط البنك كي يقوم ببيع الأسهم في حال التخلف عن الدفع وليس للبنك المطعون ضده، وان الثابت من مطالعة تقرير الخبرة الأصلي ان وكيل الطاعن حضر اجتماع الخبرة المؤرخ ٢١/٤/٢٠١٠ وقدم مذكره بدفاعه وأنكر الدعوى برمتها — كما ان الثابت من صورة التقرير الخبرة المودع في الدعوى رقم ٣٣٥ لسنة ٢٠٠٩ مدني كلى دبي التي قدمها الطاعن أمام محكمة الاستئناف ان قيمة أسهمه كانت تغطي ١٢٥٪ من التسهيلات في كافة أوقات التداول وان البنك جمد تداوله وأوقف الأسهم بتاريخ ٢/٣/٢٠٠٨ وان القيمة السوقية لتلك الأسهم أخذت في التدني يوماً بعد يوم تأثراً بالأزمة العالمية — هذا وإذ لم يثبت في الأوراق ان الطاعن قام بعد تجميد تداوله وتوقيف الأسهم بإصدار أمر للبنك بالبيع وكان لاإلزام على الأخير بالبيع وفقاً لما سلف . ومن ثم فإن نعي الطاعن يكون على غير أساس . ولما تقدم فإنه يتعين رفض الطعن .

الرئيس : المستشار/ يوسف عبد الحليم الهته – رئيس الدائرة.

الأعضاء : المستشار / بادي الجرام

المستشار / نبيل عمران .

١٨ - (الطعن رقم ٩١٨ لسنة ٢٠١١ س ٥ ق. أ) جلسة ٢٠١١/١٠/٢٦ (تجاري)

١ (طعن " أسباب الطعن بالنقض. ما لا يقبل منها " . نقض " أسباب الطعن . ما لا يقبل منها " .

■ وجوب ورود أسباب الطعن بالنقض على عيب قام عليه الحكم المطعون فيه . وروده على أسباب لم يستند إليها في قضائه مؤداه : عدم القبول . مثال .

٢ (إثبات " وسائل إلكترونية " " صورة ضوئية " " أوراق عرفية " . محكمة الموضوع "سلطتها" . حكم " تسببيه. تسبيب غير معيب " . نقض " أسباب الطعن بالنقض. ما لا يقبل منها " .

■ رسالة الفاكس. قيامها مقام الأصل المودع لدى الجهة المرسله. لها قيمة المحرر العرفي في الإثبات.

■ هي ليست صورة ضوئية. ما لم تنكر الجهة المرسله صدورها منها . أو تنكر ما نسب إليها من توقيع عليها .

■ تقدير ما إذا كانت رسالة الفاكس صورة ضوئية أو أصلاً منقول عن جهاز الفاكس من عدمه. موضوعي. متى كان سائغاً .

■ النسخة الكربونية للمحرر العرفي تعتبر في حقيقتها محرراً قائماً بذاته كالأصل لها حجية في الإثبات في مواجهة من نسبت إليه ما لم ينكر صراحة عدم صدورها منه .

■ تحصيل فهم الواقع في الدعوى وتقدير أدلتها . موضوعي. متى كان سائغاً . مثال لاستخلاص سائغ .

٣ (محكمة الموضوع " سلطتها " . حكم " تسببيه. تسبيب غير معيب " . نقض " أسباب الطعن بالنقض. ما لا يقبل منها " . إثبات " بوجه عام " .

■ تحصيل فهم الواقع في الدعوى وتقدير أدلتها . موضوعي. ما دام سائغاً . مثال .

المحكمة

تتحصل في ان المطعون ضدها ويمثلها أقامت الدعوى رقم ١٠٥٥ لسنة ٢٠٠٩ تجاري كلي أبوظبي على الطاعنة بطلب الحكم بالزامها بأن تؤدي لها بالتضامن فيما بينهما مبلغ ٣٩١٢٨٦ درهم والفائدة القانونية بواقع ١٢٪ سنويا من تاريخ المطالبة وحتى السداد التام .على سند أنهما بتاريخ سابق على ٢٣/٦/٢٠٠٧ قامت بشراء تذاكر سفر بلغت قيمتها المبلغ المطالب به، ومنها مبلغ ٢٦٥٢١٠ درهم لحساب الطاعن ومبلغ ١٢٦٠٧٥ درهم لحساب المدعى عليها الثانية التي أصبحت إحدى شركات مجموعة

..... وأصبحت هي المسؤولة عن سداد ديونها، وبتاريخ ٢٣/٦/٢٠٠٧ أقرت الطاعة أنها مدينة بالمبلغ المطالب به. وكذلك أرسلت بتاريخ ٢٣/٦/٢٠٠٧ كشف حساب بالمبلغين المطالب بهما وأقرت بمديونيتها بهما، مما حدا بها إلى إقامة الدعوى. صححت المطعون ضدها دعواها باختصاص لمالكها حكمت المحكمة بالزام الطاعة ممثلة بمالكها بأن تؤدي للمطعون ضدها ويمثلها ٣٩١٢٨٦ درهم والفائدة التأخيرية بواقع ٩٪ سنوياً من تاريخ رفع الدعوى حتى السداد التام بما لا يجاوز المبلغ المحكوم به، وبعدم قبول الدعوى بالنسبة للخصم المدخل لرفعها على غير ذي صفة. استأنفت الطاعة هذا الحكم بالاستئناف رقم ٣٩٦ لسنة ٢٠١٠ استئناف أبوظبي. وبتاريخ ٢٣/٦/٢٠١٠ قضت المحكمة بتأييد الحكم المستأنف. طعنت الطاعة في هذا الحكم بطريق النقض بالطعن رقم ٨٨٨ لسنة ٢٠١٠ نقض تجاري وبتاريخ ٧/١٠/٢٠١٠ حكمت المحكمة بنقض الحكم المطعون فيه، وأحالت القضية إلى محكمة الاستئناف التي أصدرته لنظره بهيئة مغايرة. وبعد تعجيل الاستئناف قضت المحكمة بتاريخ ٢٤/٥/٢٠١١ بتأييد الحكم المستأنف. طعنت الطاعة في هذا الحكم بطريق النقض، بالطعن المائل وعرض الطعن على هذه المحكمة في غرفة مشورة فحددت جلسة لنظره.

وحيث إن الطاعة تنعى بالسبب الأول على الحكم المطعون فيه الإخلال بحق الدفاع ذلك أن الاقرار المؤرخ ٢٣/٦/٢٠٠٧ والموقع من غير موقع على صفحته الأولى وغير مختوم بخاتم الطاعة وأن التاريخ المدون في الصفحة الأولى هو ٢٣/٦/٢٠٠٧ وأن التاريخ المدون في الصفحة الثانية من ذات المستند هو ٢٥/٦/٢٠٠٧ وأن الرمز ورقم المرجع على الصفحة الأولى هو "١٧/Bhg٠٧" بالأحرف الصغيرة وأن المرجع المدون على الصفحة الثانية هو "bhg١٧/٠٢" بالأحرف الكبيرة مما يقطع بعدم الصلة بين صفحتي المستند وبأنه مستند مصطنع ولا يصلح دليلاً للاثبات مما يعيب الحكم ويستوجب نقضه.

وحيث أن هذا النعي غير مقبول، ذلك أن الطعن بطريق النقض إنما يعني مخاصمة الحكم المطعون فيه ولذا يتعين أن ينصب على عيب قام عليه ذلك الحكم، فإذا خلا من ذلك العيب الموجه إليه كان النعي وارداً على غير محل في قضائه ومن ثم فهو غير مقبول. لما كان ذلك وكان الحكم المطعون فيه لم يستند في قضائه إلى المستند الوارد بوجه النعي ومن ثم يكون النعي على الحكم وارداً على غير محل من قضائه ومن ثم فهو غير مقبول.

وحيث أن الطاعة تنعى بالوجهين الأول والثاني من السبب الثاني على الحكم المطعون فيه الخطأ في تطبيق القانون والإخلال بحق الدفاع والقصور في التسبيب ذلك أنه اعتمد في قضائه على طلبات شراء بالفاكس صادرة عن الطاعة والصور الكربونية للفواتير الصادرة من المطعون ضدها، رغم أنها تمسكت أن طلبات الشراء لم تصدر منها ولا توجد أصولها لديها وجحدتها وأنكرتها صراحة، كما جحدت وأنكرت الصور الكربونية للفواتير وطلبت من المحكمة الاطلاع على أصول تلك المستندات لاثبات صحتها، وأنها غير مختومة أو موقعه منها، مما يعيب الحكم ويستوجب نقضه.

وحيث ان هذا النعي في غير محله، ذلك انه من المقرر ان رسالة الفاكس التي يطبعها الجهاز المتلقى بطريق التصوير نقلا عن جهاز الفاكس المصدر للرسالة الموقعة من الراسل، تقوم مقام الأصل المودع لدى الجهة المرسله، وتعد بالتالي نسخة ثانية منها، ولها قيمة المحرر العرفي في الاثبات، وليست صورة ضوئية، ما لم تنكر الجهة المرسله صدورها منها أو تنكر ما نسب إليها من توقيع عليها، ومن المقرر ان تقدير ما اذا كانت رسالة الفاكس صورته ضوئية أو أصلا منقولاً عن جهاز الفاكس المرسل — هو من مسائل الواقع التي تستقل بتقديرها محكمة الموضوع بغير معقب عليها ما دامت أقامت قضاءها على أسباب سائغة. كما انه من المقرر أيضاً أنه ولئن كانت الصورة الضوئية للمحرر العرفي لا حجية لها في الإثبات متى جردها صراحة الخصم المنسوبة إليه الا ان النسخة الكربونية للمحرر العرفي تعتبر في حقيقتها محرراً قائماً بذاته كالأصل له حجية في الإثبات قبل من نسبت إليه ما لم ينكر صراحة عدم صدورها منه، وان تحصيل فهم الواقع في الدعوى وتقدير الأدلة المقدمه فيها من سلطة محكمة الموضوع طالما أقامت قضاءها على أسباب سائغة بما لها أصل ثابت بالأوراق وكافية لحمله. لما كان ذلك وكان الخبير المنتدب قد اطلع على النسخ الكربونية لمجموعة من الفواتير الصادرة عن الطاعنة مرفق بها طلبات الشراء المرسله عبر الفاكس وعددها ١٥٦ طلب صادرة عن الخدمات العالمية السريعة وعدد ١٨٥ طلب صادرة عن مجموعة بن حبيب للخدمات وقد حرر الخبير كشوف أرفقها بتقريره وبين فيها تاريخ كل فاتورة ورقمها ورقم طلب الشراء واسم المسافر وقيمة كل فاتورة، وكانت المستندات التي ترسل نقلا عن جهاز الفاكس يطبعها بطريق التصوير نقلا عن جهاز الفاكس المصدر للرسالة وكان الحكم المطعون فيه أقام قضاءه بالزام الطاعنة بالمبلغ الذي قضى به على ما أورده في أسبابه " من ان البين من تقرير الخبير ان المستندات المرفقة به والتي أثبت الخبير اطلاعه عليها تتمثل في طلبات شراء بالفاكس صادرة من الطاعنة وصور كربونية بقيمة تذاكر السفر محررة باللغة الانجليزية ومرفق بها ترجمتها إلى اللغة العربية بعضها باسم مؤسسات بن حبيب والبعض الآخر باسم الخدمات العالمية السريعة وتحمل توقيعات بالاستلام، وان الصور الكربونية لها حجية في الاثبات اذا أنها بخط وتوقيع من نسبت إليه . وان الطاعنة طعنّت على الصور الضوئية للمستندات بإنكار توقيعها عليها. ولكنها لم تطعن على الصور الكربونية لتلك المستندات المرفقة بتقرير الخبير، والعبرة في الطعن بالتزوير أو الانكار هو الطعن على أصل المستند، كما تبين أنه توجد ترجمه لتلك المستندات من اللغة الانجليزية إلى اللغة العربية فتكون حجة على الطاعنة بما ورد فيها ". وكانت المحكمة قد اطمأنت إلى تقرير الخبير الذي أخذت به وكانت الطاعنة لم تطعن على ما أثبتته الخبير بتقريره بالتزوير وكانت أسباب الحكم سائغة لها أصلها الثابت في الأوراق وكافية لحمل قضائه، وتتضمن الرد المسقط لدفاع الطاعنة ومن ثم فإن النعي عليه بما سلف يكون على غير أساس .

وحيث ان الطاعنة تنعى بالوجه الثالث من السبب الثاني على الحكم المطعون فيه الخطأ في تطبيق القانون والقصور في التسبب ذلك ان الخبير أثبت ان بعض الصور الكربونية للفواتير وطلبات الشراء صادرة عن مؤسسة وورلد اكسبريس والتي بلغت مديونيتها ١٢٦٠٧٥ درهم وقد الزم الحكم الطاعنة بذلك المبلغ رغم أنها

ليست لها علاقة بها مما يعيبه ويستوجب نقضه .

وحيث ان هذا النعي في غير محله، ذلك ان تحصيل فهم الواقع في الدعوى وتقدير الأدلة المقدمه فيها من سلطة محكمة الموضوع طالما أقامت قضاءها على أسباب سائغة بما لها أصل ثابت بالأوراق وكافيه لحمله. لما كان ذلك، وكانت محكمة أول درجة قد استعلمت من دائرة التنمية الاقتصادية عن المالك لمؤسسة وورلد اكسبريس بموجب كتابها المؤرخ ٢٠١٠/١/٣١ وقد أرسلت تلك الجهة صورته من الرخصة ثابت بها انها مؤسسة فردية مملوكة لحبيب أحمد حبيب الخاجة ومن ثم يكون النعي على غير أساس .

الرئيس : المستشار/ يوسف عبد الحليم الهته – رئيس الدائرة.

الأعضاء : المستشار / عبد الصمد عبد العزيز

المستشار / نبيل عمران .

١٩ ت - (الطعن رقم ٨٥٣ لسنة ٢٠١٠ س ٥ ق. أ) جلسة ٢٠١١/٣/١٧ (تجاري)

١ (طعن " المصلحة والصفة في الطعن " . نقض " المصلحة والصفة في الطعن بالنقض " .

■ توافر المصلحة والصفة لكل من لم يقضى له بكل طلباته. مثال بشأن رفض الحكم على المطعون ضدهما بالتضامن.

٢ (كفالة. رخصة تجارية. شركات . حكم " تسببيه. تسبیب غير معيب " . نقض " أسباب الطعن بالنقض. ما لا يقبل منها " . التزام . دين . إثبات " بوجه عام " . محكمة الموضوع " سلطتها " .

■ كفالة الرخصة التجارية التي يقدمها المواطن للأجنبي. دون أن تصاحبها مشاركة مالية صراحة أو ضمناً أو بالعمل. قصرها على تقديم المواطن إلى جهة الإدارة ما يحملها على الإطمئنان والثقة في قدرة الأجنبي على ممارسة التجارة داخل الدولة. عدم تجاوز أثر ذلك نطاق مساءلته أمام جهة الإدارة عن الترخيص.

■ عدم انصراف مدلولها إلى الكفالة بمعناها القانوني بضم ذمة الكفيل إلى ذمة المدين المكفول في تنفيذ التزامه.

■ الرخصة التجارية. عدم كفايتها بمجرد إثبات مسئولية صاحبها عن الالتزامات التي على المنشأة أو التصرفات التي تجري باسمها. إلا إذا أثبت أن من أجرى التصرف هو صاحب المؤسسة أو من ينوب عنه. أو أن نيابته تتسع لما أجراه من تصرف.

■ التصرفات التي يجريها مستأجر المؤسسة أو مستثمرها. انصرافها إلى ذمته هو وليس إلى ذمة صاحب الترخيص.

■ تقدير علم الغير بالإتفاق المبرم بين صاحب الرخصة ومستأجرها أو المستثمر لها. موضوعي. مثال.

المحكمة

حيث إن الوقائع - على ما يبين من الحكم المطعون فيه وسائر أوراق الطعن - تتحصل في أن المؤسسة الطاعنة أقامت الدعوى رقم ١٤٦ لسنة ٢٠٠٩ تجاري كلي العين على المطعون ضده الأول بطلب الحكم بصحة وثبوت الحجز التحفظي رقم ١٤١/٢٠٠٩ وفسخ عقد الاتفاق المؤرخ ٢٠٠٩/١/١٠ وإلزامه رد المبالغ المسددة له بالزيادة وقدرها ٤٧٨٩٠٧٥ درهم بالإضافة إلى مبلغ ١٦٢٥٠٠٠ درهم قيمة الشرط الجزائي المتفق عليه بين الطرفين والفائدة القانونية بواقع ٩٪ من تاريخ المطالبة القضائية وحتى تمام السداد، وبيناً لذلك قالت إنها اتفقت مع المطعون ضده الأول بصفته صاحب مؤسسة للمقاولات والصيانة العامة على أن تقوم الأخيرة بتزويدها بعدد ٥٠٠٠ طن من الحديد التركي الخام المخصص للبناء بسعر ١٦٢٥ درهم للطن الواحد بإجمالي مبلغ ٨١٢٥٠٠٠ درهم، وأن الطاعنة سددت مبلغ ١٧٧٨٢٣٧٥ درهم فتبقى مدينة

للطاعة بمبلغ ٤٧٨٩٠٧٥ درهم، علاوة على أن الطرفين اتفقا بموجب البند ٩ من الاتفاقية على تطبيق شرط جزائي على الطرف المخل بالتزاماته قدره ٢٪ من كامل قيمة العقد أي مبلغ ١٦٢٥٠٠٠ درهم فتصبح ذمة المطعون ضده الأول مشغولة بمبلغ ٦٤١٤٠٧٥ درهم، فاستصدرت الطاعة قراراً بالحجز على المبالغ المملوكة للمطعون ضده لدى البنوك العامة بالدولة، ومن ثم كانت الدعوى. ندبت المحكمة خبيراً حسابياً لأداء المأمورية المبينة بحكمها وأودع الخبير تقريره. تقدم بصحيفة تدخل هجومي في الدعوى ودفع بانتفاء صفة ومصلحة المؤسسة الطاعة في إقامة الدعوى باعتبار أنه كان مؤسسها ومالكها وأنه هو الذي أبرم العقد موضوع الدعوى مع وكيل المطعون ضده، كما وأنه باع المؤسسة الطاعة بعد ذلك إلى دون التنازل عن حقوقها والتزاماتها السابقة على إبرام العقد، وطلب الحكم بانعدام صفة ممثل الطاعة في إقامة الدعوى لانتهاء الصفة والمصلحة، وبفسخ العقد المبرم بينه وبين المطعون ضده بتاريخ ٢٠٠٩/١/١٠ وبإلزام الأخير أن يؤدي له مبلغ ٤٧٨٩٠٧٥ درهم بالإضافة إلى مبلغ ١٦٢٥٠٠٠ درهم قيمة الشرط الجزائي المتفق عليه والفائدة القانونية بواقع ٩٪ من تاريخ المطالبة القضائية وحتى تمام السداد. كما طلب طالب التدخل إدخال خصم جديد في الدعوى هو باعتبار أنه صاحب المسؤولية الكاملة عن المؤسسة المطعون ضدها بموجب وكالة خاصة واعتماد توقيع صادرين له من المطعون ضده الأول، وقد أقر شريف حجازي أمام الخبير بأنه الذي قام بالتوقيع على العقد سند الدعوى بموجب الوكالة الممنوحة له بما يجعله مسؤولاً مسؤولية تضامنية مع مالك المطعون ضدها، وطلب الحكم بإلزام المطعون ضده الأول والخصم المدخل بالتضامن والتكافل بينهما أن يؤديا له مبلغ ٧٠٦٧٥٧٥ درهم بالإضافة إلى الفوائد القانونية بواقع ٩٪ من تاريخ المطالبة وحتى السداد التام. كما قدمت المؤسسة الطاعة صحيفة إدخال خصم جديد في الدعوى هو باعتبار أنه الذي وقع العقد موضوع الدعوى وتسلم كافة المبالغ بموجب وكالة من المطعون ضده ومن ثم وجب أن يتحمل المسؤولية طبقاً للقانون. وقدمت الطاعة طلباتها الختامية في مذكرتها المقدمة بجلسة ٢٠١٠/٣/٢١ بطلب الحكم: (أولاً) بصحة وثبوت الحجز التحفظي رقم ٢٠٠٩/١٤١ (ثانياً) بفسخ عقد الاتفاق المؤرخ ٢٠٠٩/١/١٠ وإلزام المطعون ضده الأول والخصم المدخل بالتضامن برد المبالغ المسددة بالزيادة عن كمية الحديد التي تم توريدها وقدرها ٤٧٨٩٠٧٥ درهم بالإضافة إلى مبلغ ١٦٢٥٠٠٠ درهم قيمة الشرط الجزائي المنصوص عليه في العقد والفائدة القانونية بواقع ٩٪ من تاريخ المطالبة القضائية وحتى تمام السداد. (ثالثاً) برفض التدخل الهجومي لرفعه من غير ذي صفة ومصلحة. وبتاريخ ٢٠١٠/٣/٣٠ حكمت المحكمة: (أولاً) بقبول طلب التدخل هجوماً في الدعوى شكلاً ورفضه موضوعاً. (ثانياً) بقبول طلب إدخال خصم جديد في الدعوى شكلاً ورفضه موضوعاً. (ثالثاً) وفي الموضوع بفسخ عقد الاتفاق الموقع بين الطرفين بتاريخ ٢٠٠٩/١/١٠ وبإلزام مؤسسة بحر العرب للمقاولات والصيانة العامة لصاحبها المطعون ضده الأول أن تؤدي للطاعة مبلغ ٥٤٥١٥٧٥ درهم وتعويضاً عن فوائد التأخير قدره ٨٠٠٠٠٠ درهم، وبصحة وثبوت الحجز التحفظي الموقع بتاريخ ٢٠٠٩/٨/٣ وجعله نافذاً في حدود مبلغ ٦٢٥١٥٧٥ درهم ورفضت ما عدا ذلك من طلبات. استأنف المطعون ضده الأول هذا الحكم بالاستئناف رقم ١٣٢ لسنة ٢٠١٠ استئناف تجاري العين، وبتاريخ ٢٠١٠/٦/١٤ قضت المحكمة

بالغاء الحكم المستأنف فيما قضى به من رفض الدعوى في مواجهة الخصم المدخل وما قضى به من إلزام المطعون ضده الأول بصفته صاحب ترخيص المؤسسة بالمبلغ المحكوم به والقضاء مجدداً بإلزام مؤسسة بحر العرب للمقاولات والصيانة العامة ممثلاً في شخص مستثمرها المستأنف ضده الثاني - شريف محسن سيد محمد حجازي - أن تؤدي للطاعة لصاحبها صبري مراد محمد مبلغ ٥٤٥١٥٧٥ درهم وتعويضاً عن التأخير قدره ٨٠٠٠٠٠ درهم وبالتأكيد فيما عدا ذلك. طعنت الطاعة في هذا الحكم بطريق النقض بالطعن المائل مختصمة المطعون ضده الأول فقط، وعرض الطعن على هذه المحكمة في غرفة مشورة فحددت جلسة لنظره، وأمرت بإدخال شريف محسن سيد محمد حجازي خصماً في الدعوى ومطعوناً ضده ثانياً وتم إعلانه بالجلسة المحددة لنظرها كما تم إحضاره من محبسه للمثول بها.

وحيث إن المطعون ضده الأول دفع بعدم جواز الطعن وفقاً للمادة ١٥٠ من قانون الإجراءات المدنية باعتبار أن الطاعة لم يقض ضدها بشيء وإنما قضى لها بكل طلباتها وانها هي التي أدخلت شريف محسن سيد محمد حجازي خصماً في الدعوى وأقرت بأنه تسلم منها كافة المبالغ التي سددتها وطلبت إلزامه بالمبلغ المحكوم به بالتضامن مع المطعون ضده الأول وأن معنى التضامن أن يحل أي منهما محل الآخر في السداد.

وحيث إن هذا الدفع غير سديد، ذلك أن المصلحة في الطعن كما تتوافر لكل محكوم عليه بشيء لخصمه تتوافر كذلك لمن لم يجب إلى كل طلباته. ولما كانت الطاعة قد طلبت الحكم لها بإلزام المطعون ضدهما بالتضامن فيما بينهما بالمبلغ المحكوم به لصالحها، فإن قضاء الحكم بإلزام المطعون ضده الثاني وحده بالمبلغ المحكوم به - أيًا كان وجه الرأي فيه - دون المطعون ضده الذي تثق الطاعة في ملاءته المالية لا يحقق لها ما ابتغته من دعاها ولا يخولها حق الرجوع على المحكوم عليهما معاً أو على أي منهما حسب الأحوال، فتتوافر لها من ثم المصلحة في الطعن ويكون طعنهما جائزاً.

وحيث إن الطعن استوفى أوضاعه الشكلية.

وحيث إن حاصل ما تنعاه الطاعة بسببي الطعن على الحكم المطعون فيه الخطأ في تطبيق القانون والفساد في الاستدلال، ذلك بأنها تعاقدت مع مؤسسة بحر العرب للمقاولات والصيانة العامة وهي مؤسسة فردية مملوكة للمطعون ضده الأول لا تنفصل عن ذمة مالكها وإن الخصم المدخل شريف حجازي إن هو إلا مجرد وكيل ظاهر عن مالك المؤسسة الذي تنصرف إليه وحده كافة آثار العقد دون وكيله. واعتد الحكم بعقد استثمار رخصة مؤسسة بحر العرب للمقاولات والصيانة المتقدم من المطعون ضده والموقع بينه وبين الخصم المدخل شريف حجازي مع أن هذا العقد لا ينتج آثاره إلا بين طرفيه فقط ولا يمكن الاحتجاج به في مواجهة الغير حسن النية، وعول الحكم على إقرار الخصم المدخل بأنه مستثمر لرخصة مؤسسة بحر العرب على الرغم من أن هذا الإقرار لا ينتج أثره إلا على المقر دون أن يمتد إلى الطاعة، هذا إلى أن كافة الشواهد الصادرة عن المطعون ضده تثبت أنه هو مالك المؤسسة ولهذا السبب فقد أقدمت على التعاقد معه، وإن خالف الحكم المطعون فيه هذا النظر فإنه يكون معيباً بما يستوجب نقضه.

وحيث إن هذا النعي غير سديد، ذلك بأنه من المقرر في قضاء هذه المحكمة أن كفالة الرخصة أي كفالة المواطن للشخص الأجنبي - التي لم تصاحبها مشاركة من المواطن بالمال صراحة أو ضمناً أو بالعمل - مدلولها مقصور على تقديم المواطن إلى جهة الإدارة ما يحملها على الاطمئنان والثقة في قدرة الأجنبي على ممارسة النشاط التجاري داخل الدولة ولا يتجاوز أثرها نطاق المسألة أمام جهة الإدارة عن الترخيص، ولا ينصرف مدلولها إلى الكفالة بمعناها القانوني الذي هو ضم ذمة الكفيل إلى ذمة المدين المكفول في تنفيذ التزامه. وكان من المقرر أن الرخصة التجارية للمنشأة لا تكفي بمجرد إثبات مسؤولية صاحبها عن التزاماتها أو التصرفات التي تُجرى باسمها إلا إذا ثبت أن من أجرى هذه التصرفات هو صاحب المؤسسة أو من ينوب عنه وأن تتسع نيابة هذا الأخير للقيام بالتصرف الذي أجراه باسمها، فإذا كانت المؤسسة الخاصة أو المنشأة الفردية مؤجرة أو مستثمرة بمعرفة شخص آخر غير صاحب ترخيصها فإن ما يجريه المستأجر أو المستثمر من تصرفات باسم المنشأة الفردية أو المؤسسة الخاصة تضاف إليه هو دون صاحب الترخيص. ومن المقرر كذلك أن تقدير ما إذا كان الغير يعلم أو لا يعلم بالاتفاق المبرم بين صاحب الرخصة والمستثمر لها مما يدخل في نطاق سلطة محكمة الموضوع باعتباره من المسائل الموضوعية. لما كان ذلك، وكان الحكم المطعون فيه قد أقام قضاءه بعدم مسؤولية المطعون ضده الأول عن التزامات المؤسسة على سند من أن الثابت من الأوراق أن هو المستثمر للمؤسسة بموجب عقد استثمار مدته خمس سنوات اعتباراً من ٢٠٠٨/٧/١ وأنه مسؤول مسؤولية كاملة عن التزاماتها وأنه إعمالاً لعقد الاستثمار المبرم بينه وبين المطعون ضده أصدر له الأخير وكالة له تبيح له إنجاز كافة المعاملات لدى الجهات الحكومية وغير الحكومية، وأن أقر أنه المسؤول وحده عن كامل التزامات وحقوق المؤسسة بما في ذلك الالتزامات موضوع الدعوى وأن المطعون ضده الأول صاحب الترخيص كان مجرد كفيل اسمي للرخصة دون أن تكون له أدنى علاقة بالمؤسسة. واستخلص الحكم علم الطاعنة بما تقدم من واقع أن المستثمر - المطعون ضده الثاني - هو من تعاقد معها وتسلم منها كافة المبالغ التي دفعتها - على نحو ما هو ثابت بصحيفة الإدخال - وأن ما تم من تنفيذ جزئي للعقد كان بمعرفته مباشرة دون أي دور للمطعون ضده الأول، وخلص الحكم من ذلك إلى أن القول بأن التعاقد مع المؤسسة تم باعتبار أن صاحبها من مواطني الدولة يكون لا سند له بعد أن ثبت أنه لم تكن له أية علاقة بالتعاقد موضوع الدعوى. وكان هذا الذي استخلصته محكمة الموضوع سائغاً ومستمدّاً من أصوله الثابتة بأوراق الدعوى ويؤدي إلى النتيجة التي انتهى إليها ويكفي لحمل قضائها، فإن تعيب الحكم المطعون فيه بما ورد بسبب الطعن لا يعدو أن يكون في حقيقته جدلاً فيما تستقل محكمة الموضوع بتقديره مما لا تجوز إثارته أمام محكمة النقض. ولما تقدم يتعين رفض الطعن.

الرئيس : المستشار/ يوسف عبد الحليم الهته - رئيس الدائرة.

الأعضاء : المستشار / البشري الشوربجي

المستشار / نبيل عمران .

٢٠ ت - (الطعن رقم ٩١٣، ٩٦٧ لسنة ٢٠١٠ س ٥ ق. أ) جلسة ٢٠١١/١/٢٧ (تجاري)

(١) طعن " الطعن بالنقض. ميعاده ". نقض " ميعاده ".

■ ثبوت أن الطاعن لم يحضر أية جلسة أمام محكمة الاستئناف ولم يقدم مذكرة بدفاعه. ولم يعلن بالحكم الاستئنافي في المطعون فيه. أثره. بدأ ميعاد الطعن بالنقض بالنسبة له من تاريخ إعلان بصحيفة الطعن بالنقض على مكتب محاميه. أساس ذلك؟

(٢) إعلان. إجراءات " إجراءات الإعلان ". حكم " تسببيه. تسبیب غير معيب ". نقض " أسباب الطعن بالنقض. ما لا يقبل منها ".

■ انعقاد الخصومة في الاستئناف بين الطاعن والمطعون ضده. متى كان الإعلان بصحيفة الدعوى قد تم طبقاً لما نصت عليه المادة (٨) من قانون الإجراءات المدنية. وفاء المعلن بما يتوجب عليه من إجراءات لضمان وصول الإعلان إليه. لا يغير من ذلك القول بعلم المطعون ضده للمسكن الذي كان يقيم به أثناء نظر الدعوى أمام أول درجة. ما دام ذلك لم يثبت على نحو رسمي.

(٣) مقالة. عقد " عقد المقابلة ". حكم " تسببيه. تسبیب معيب ". نقض " أسباب الطعن بالنقض. ما يقبل منها ". قانون " الخطأ في تطبيق القانون. حق. التزام.

■ سقوط حق الما قول في المطالبة باسترداد الفرق بين مقدار المقايسة المتفق عليها وما يتوقعه من زيادة محسوسة في الثمن عند التنفيذ. متى لم يقر بإخطار صاحب العمل بذلك. أساس ذلك؟

■ عدم جواز مطالبة الما قول لصاحب العمل بأية زيادة في الأجر. ما دام عقد المقابلة قد نص فيه على مبلغ إجمالي لتنفيذ تصميم متفق عليه. مخالفة ذلك. مخالفة للقانون وخطأ في تطبيقه. أساس ذلك؟

(٤) خطأ. ضرر. علاقة سببية. تعويض. محكمة الموضوع " سلطتها ". حكم " تسببيه. تسبیب غير معيب ". نقض " أسباب الطعن بالنقض. ما لا يقبل منها ". مسؤولية "مسئولية عقدية".

■ المسؤولية العقدية تحققها بتوافر الخطأ والضرر وعلاقة السببية بينهما.

■ استخلاص توافر ذلك أو عدمه. موضوعي. ما دام سائغاً. مثال.

المحكمة

حيث إن الوقائع - على ما يبين من الحكم المطعون فيه وسائر أوراق الطعن - تتحصل في أن الطاعنة في الطعن الأول أقامت الدعوى رقم ٢٩٩ لسنة ٢٠٠٩ تجاري كلي أوظيفي على المطعون ضده بطلب الحكم بنذب خبير هندسي لتقدير الزيادة في أسعار مواد البناء والتشطيبات التي تكبدتها خلال تنفيذ أعمال العقد

موضوع الدعوى والحكم بالزام المطعون ضده بما ينتهي إليه تقرير الخبرة وفوائد التأخير من تاريخ الحكم وحتى تمام السداد، وبيانا لذلك قالت إن المطعون ضده أسند إليها بموجب عقد مؤرخ ٢٦/١١/٢٠٠٦ وملحق عقد مؤرخ ١٧/٣/٢٠٠٧ تنفيذ أربع فيلات تحت إشراف مكتب القصر الماسي للعمارة والهندسة - فرع أبوظبي (الاستشاري) بإجمالي مبلغ ٤٥٦٨٥٩٢ درهم وقد تم تنفيذ جميع الأعمال وتسليمها للمالك بتاريخ ٢٢/١/٢٠٠٩ وأنه أثناء تنفيذ الأعمال المتعاقد عليها عامي ٢٠٠٧ و ٢٠٠٨ زادت جميع الأسعار بكافة أنحاء الدولة وبلغت الزيادة في أسعار مواد البناء والتشطيبات زيادة قياسية غير متوقعة تداعى معها الأساس الذي قام عليه التقدير المالي لعقد المقاولة، وقد رفض المطعون ضده تعويض الخسائر الناتجة عن ذلك رغم سبق طلبها مراراً من جانب استشاري المشروع فكانت الدعوى. نذبت المحكمة خبيراً هندسياً لأداء المأمورية المبينة بمنطوق حكمها وأودع الخبير تقريره. قدم الطرفان اعتراضاتهما على تقرير الخبير فحكمت المحكمة بإعادة المأمورية للخبير لمباشرتها في ضوء تلك الاعتراضات والإضافات من جانب الطاعنة بشأن تأخير المطعون ضده في التمويل، وأودع الخبير تقريره. وبتاريخ ١٨/٢/٢٠١٠ حكمت المحكمة برفض الدعوى. استأنفت الطاعنة هذا الحكم بالاستئناف رقم ٢٣٩ لسنة ٢٠١٠ استئناف تجاري أبوظبي، وبتاريخ ٢٨/٦/٢٠١٠ قضت المحكمة بإلغاء الحكم المستأنف وبإلزام المطعون ضده أن يؤدي للطاعنة مبلغ ٦٢٩٣٣٨ درهم. طعنت الطاعنة في هذا الحكم بطريق النقض بالطعن رقم ٩١٣ لسنة ٢٠١٠ تجاري أبوظبي، كما طعن المطعون ضده في الطعن الأول - سيف سلطان محمد أحمد النعيمي - في هذا الحكم بطريق النقض بالطعن رقم ٩٦٧ لسنة ٢٠١٠ تجاري أبوظبي، وعُرض الطعنان على هذه المحكمة في غرفة مشورة فأمرت بضم الطعن الثاني للطعن الأول وحددت جلسة لنظرهما.

وحيث إن المطعون ضدها في الطعن رقم ٩٦٧ لسنة ٢٠١٠ دفعت بعدم قبول الطعن لرفعه بعد الميعاد المقرر قانوناً باعتبار أن الحكم المطعون فيه صدر بتاريخ ٢٨/٦/٢٠١٠ وأن الطاعن لم يقرر بالطعن بالنقض إلا بتاريخ ٦/١٠/٢٠١٠.

وحيث إن هذا الدفع غير سديد، ذلك أن الفقرة الأولى من المادة ١٥٢ من قانون الإجراءات المدنية - الواردة في الفصل الخاص بالأحكام العامة لطرق الطعن في الأحكام - تنص على أن: "يبدأ ميعاد الطعن في الحكم من اليوم التالي لتاريخ صدوره ما لم ينص القانون على خلاف ذلك، ويبدأ هذا الميعاد من تاريخ إعلان الحكم إلى المحكوم عليه في الأحوال التي يكون فيها قد تخلف عن الحضور في جميع الجلسات المحددة لنظر الدعوى ولم يقدم مذكرة بدفاعه، وكذلك إذا تخلف المحكوم عليه عن الحضور وعن تقديم مذكرة في جميع الجلسات التالية لتعجيل الدعوى بعد وقف السير فيها لأي سبب من الأسباب". لما كان ذلك، وكان الطاعن قد دفع بأنه لم يعلم بصدور الحكم المطعون فيه إلا بتاريخ ٣٠/٨/٢٠١٠ لدى إعلانه بصحيفة الطعن بالنقض رقم ٩١٣ لسنة ٢٠١٠ نقض تجاري على مكتب محاميه. وكان الثابت بالأوراق أن الطاعن لم يحضر في أية جلسة من الجلسات المحددة لنظر الدعوى أمام محكمة الاستئناف ولم يقدم مذكرة بدفاعه بل حضرت الشركة المستأنفة فحسب في

تلك الجلسات، مما مؤداه أن ميعاد الطعن بطريق النقض على الحكم المطعون فيه لا يبدأ سريانه بالنسبة له من اليوم التالي لتاريخ النطق بالحكم وإنما اعتباراً من اليوم التالي لتاريخ إعلانه بذلك الحكم وذلك وفق ما تقضى به المادة ١/١١ من ذات القانون من أنه إذا عين القانون للحضور أو لحصول الإجراء ميعاداً مقدراً بالأيام أو بالشهور أو بالسنين فلا يُحسب منه يوم الإعلان، وإذا خلت الأوراق من دليل على إعلان الطاعن بالحكم الصادر في الاستئناف، وكان الثابت من الاطلاع على ملف الطعن رقم ٩١٣ لسنة ٢٠١٠ نقض تجاري أنه يحتوى على أصل الإعلان الموجه من الطاعنة في ذلك الطعن - شركة المقاولون المتحدون - إليه كمطعون ضده في مكتب الأستاذة نشوى القبيسي المحامية بتاريخ ٢٠١٠/٨/٣٠ وبالتالي فإن ميعاد الطعن بطريق النقض على هذا الحكم لا يبدأ سريانه إلا من اليوم التالي للإعلان في ٢٠١٠/٨/٣١ وإذا أودع الطاعن صحيفة الطعن رقم ٩٦٧ لسنة ٢٠١٠ نقض تجاري قلم كتاب المحكمة في ٢٠١٠/١٠/٦ فإن الطعن يكون قد رُفع في الميعاد المحدد قانوناً وهو ستون يوماً وفق ما تقضى به المادة ١٧٦ من قانون الإجراءات المدنية المشار إليه، ومن ثم فإن الدفع بعدم قبوله شكلاً لرفعه بعد الميعاد يكون على غير أساس صحيح من الواقع أو القانون.

وحيث إن الطعنين استوفيا أوضاعهما الشكلية.

أولاً - عن الطعن رقم ٩٦٧ لسنة ٢٠١٠:

وحيث إن الطاعن ينعى بالسبب الأول على الحكم المطعون فيه البطلان، ذلك بأن الخصومة لم تنعقد في الاستئناف لعدم إعلانه إعلاناً قانونياً صحيحاً نتيجة لقيام المطعون ضدها بإعلانه على عنوان غير الذي يقيم فيه إذ إنه انتقل للسكنى بالفيلا التي شيدتها له هي بمدينة محمد بن زايد منذ شهر يناير ٢٠٠٩ وانقطعت صلته بالفيلا المستأجرة التي كان يقيم بها أثناء التقاضي أمام محكمة أول درجة وبرغم علم المطعون ضدها بذلك فقد قامت بإعلانه بصحيفة الاستئناف على عنوان الفيلا المستأجرة التي ترك الإقامة بها وتم لصق الإعلان على هذا العنوان الأخير ولم تفتن محكمة الاستئناف إلى الغش الذي أدخلته المطعون ضدها في هذا الخصوص، مما يعيب الحكم ويستوجب نقضه.

وحيث إن هذا النعي غير سديد، ذلك أن النص في المادة ٨ من قانون الإجراءات المدنية على أن: "١- تسلم صورة الإعلان إلى نفس الشخص المراد إعلانه أو في موطنه أو في محل عمله ٢- ٣- وإذا لم يجد المطلوب إعلانه في محل عمله كان عليه أن يسلم الصورة فيه لمن يقرر أنه من القائمين على إدارة هذا المحل أو أنه من الموظفين فيه ٤- وإذا لم يكن أحد الأشخاص المذكورين في الفقرات السابقة موجوداً وقت الإعلان أو امتنع من وجد منهم عن تسلمه ٥- وجب على القائم بالإعلان إثبات ذلك في الأصل والصورة ويُعرض الأمر على القاضي المختص أو رئيس الدائرة حسب الأحوال ليأمر بتعليق صورة من الإعلان في لوحة الإعلانات وعلى باب المكان الذي يقيم فيه المراد إعلانه أو باب آخر مكان أقام فيه أو بنشره في صحيفة يومية واسعة الانتشار تصدر في الدولة باللغة العربية. ٥- ٦- وإذا تحققت المحكمة أنه ليس للمطلوب إعلانه موطن أو محل عمل معلوم فيجري إعلانه بالنشر في صحيفة يومية واسعة الانتشار تصدر في الدولة باللغة العربية

وبصحيفة أخرى تصدر بلغة أجنبية إذا اقتضى الأمر ذلك ويعتبر تاريخ النشر تاريخاً لإجراء الإعلان. " يدل على أنه إذا لم يجد القائم بالإعلان من يصح تسليم الورقة إليه وجب عليه إثبات ذلك في الأصل والصورة وعرض الأمر على القاضي المختص أو رئيس الدائرة حسب الأحوال ليأمر بتعليق صورة من الإعلان في لوحة الإعلانات وعلى باب المكان الذي يقيم فيه المراد إعلانه أو باب آخر مكان أقام فيه أو بنشره في صحيفة يومية واسعة الانتشار وتصدر في الدولة باللغة العربية. لما كان ذلك، وكان الثابت بأصل إعلان الطاعن بصحيفة الاستئناف لجلسة ٢٠١٠/٤/١٨ التي حُددت للمرافعة أن القائم بالإعلان أثبت انتقاله إلى موطن الطاعن المثبت بهذه الصحيفة في الساعة ١١,٥٥ صباحاً يوم الأحد الموافق ٢٠١٠/٣/٢١ فوجده مغلقاً - وهو يستوي بداهة مع عدم وجود من يصح تسليم الإعلان إليه - فعرض الأمر على القاضي المختص الذي قرر بجلسة ٢٠١٠/٤/١٨ التأجيل لإعلان المستأنف ضده بأصل الصحيفة بطريق اللصق، فانتقل القائم بالإعلان في الساعة ٩,٣٠ من صباح يوم ٢٠١٠/٤/٢١ إلى موطن الطاعن وأثبت قيامه بلصق صورة من الإعلان على الباب وعلى لوحة الإعلانات بالمحكمة، وبجلسة ٢٠١٠/٥/٥ قرر السيد رئيس الدائرة التأجيل لإعادة إعلان المستأنف ضده بطريق اللصق، فانتقل القائم بالإعلان في الساعة ٨,٣٥ من صباح يوم ٢٠١٠/٥/٢٥ إلى موطن الطاعن وأثبت قيامه بلصق صورة من الإعلان على الباب وعلى لوحة الإعلانات بالمحكمة، وبجلسة ٢٠١٠/٦/١٦ قررت الدائرة حجز الاستئناف للحكم بجلسة ٢٠١٠/٦/١٦، وإذ كانت تلك البيانات التي أثبتتها القائم بالإعلان دالة على أنه اتبع القواعد المقررة في القانون لضمان وصول الصورة إلى الطاعن فإن الإعلان يكون صحيحاً قانوناً وتترتب عليه جميع الآثار القانونية ومنها افتراض وصول الصورة إليه فعلاً، ولا ينال من صحة الإعلان قول الطاعن إن المطعون ضدها تعلم أنه ترك الإقامة بالمسكن المستأجر الذي كان يقيم فيه لدى إعلانه أمام محكمة أول درجة مادام لم يثبت ذلك على نحو رسمي، ومن ثم يكون النعي على الحكم بهذا السبب على غير أساس.

وحيث إن حاصل ما ينعاه الطاعن بالسببين الثاني والثالث على الحكم المطعون فيه الخطأ في تطبيق القانون والقصور في التسبيب والفساد في الاستدلال، ذلك بأنه أقام قضاءه على نظرية الحوادث الطارئة على الرغم من عدم انطباقها على النزاع المطروح، إذ لم تقم المطعون ضدها بإخطاره بأن ثمة زيادة في الأسعار حتى يقوم بتقدير حساباته وأن يكون له في ذلك إما الموافقة على الزيادة والاستمرار في المشروع أو رفض الزيادة مع وقف الأعمال إلا أن المطعون ضدها استمرت في تنفيذ المشروع كاملاً ثم أرسلت كتاباً إلى الاستشاري بطلب الزيادة، وقامت بعد ذلك بتاريخ ٢٠٠٩/٥/١٣ بإجراء تسوية مع الطاعن وتسلمت كافة حقوقها مع عدم إبداء أي تحفظات بما يعد إبراءً نهائياً لزمته بمنعها من المطالبة بأية زيادة، وإذ خالف الحكم المطعون فيه هذا النظر فإنه يكون معيباً بما يستوجب نقضه.

وحيث إن هذا النعي سديد، ذلك أن النص في المادة ١/٨٨٦ من قانون المعاملات المدنية على أنه: " إذا أبرم عقد بمقتضى مقايضة على أساس الوحدة وتبين أثناء العمل أن من الضروري لتنفيذ التصميم المتفق عليه

مجاورة المقاييس المقدرة مجاوزة محسوسة وجب على الما قول أن يخطر في الحال صاحب العمل بذلك مبيناً مقدار ما يتوقعه من زيادة في الثمن فإن لم يفعل سقط حقه في استرداد ما جاوز به قيمة المقاييسات من نفقات"، مفاده سقوط حق الما قول في المطالبة بأية نفقات تكون قد جاوزت قيمة المقاييسات التي أبرم عقد الما قوله وفقاً لها إذا لم يتم إخطار صاحب العمل بقيمة الزيادة المتوقعة في الثمن تبعاً لضرورة مجاوزة المقاييسات المتفق عليها مجاوزة محسوسة. كما أن النص في المادة ٨٨٧ من ذات القانون على أنه: "إذا أبرم عقد الما قوله على أساس تصميم متفق عليه لقاء أجر إجمالي فليس للما قول أن يطالب بأية زيادة في الأجر يقتضيها تنفيذ هذا التصميم"، مفاده أنه إذا أبرم عقد الما قوله على أساس تصميم متفق عليه لقاء أجر إجمالي فليس للما قول أن يطالب بأية زيادة في الأجر، باعتبار أن عقد الما قوله بالتصميم أو بالمقطوع يكون الأجر فيه قد حُدد بمبلغ إجمالي معلوم مقدماً لا يزيد ولا ينقص. لما كان ذلك، وكان البين من عقد الما قوله المبرم بين الطرفين بتاريخ ٢٠٠٦/٩/١٨ لإنشاء مسكن خاص يتكون من عدد ٢ فيلا سكنية من طابقين أنه قد أرفقت به جداول الكميات والأسعار (المقاييسات)، ونصت الفقرة رقم (١) من تمهيد هذا العقد على أن القيمة الإجمالية للأعمال هي مبلغ ٢٥١٠٠٠٠ درهم، وكان الثابت من ملحق ذلك العقد المبرم بين الطرفين بتاريخ ٢٠٠٦/١١/٢٦ أنه قد أضيفت أعمال جديدة بقيمة ١٢٠٠٠٠٠ درهم. وقد نص البند رقم ١/٤ في هذين العقدتين على أنه: "من المتفق عليه فيما بين الطرفين أن قيمة الأعمال في هذا العقد هي المبلغ المذكور في الفقرة رقم (١) من تمهيد هذا العقد، ويشمل هذا المبلغ تكاليف إنشاء جميع الأعمال المطلوبة وإتمامها وتوريد جميع الآلات والمعدات ووسائل النقل والأيدي العاملة والأجور وكل ما يلزم لإتمام العمل على الوجه الأكمل طبقاً لما هو موضح تفصيلاً بالوثائق والمستندات الملحقة بالعقد"، كما نص البند ٣/٤ في العقدتين على أنه: "تحدد المبلغ المشار إليه في الفقرة ١/٤ من هذا البند بصفة نهائية ولا يحق للطرف الثاني - الما قول - أن يطالب بأية زيادة عليه بأي حال من الأحوال ويتم الوفاء بهذا المبلغ طبقاً لما هو موضح بالبند (٨) من هذا العقد، وفي حال زيادة قيمة الأعمال المنفذة عن القيمة المذكورة بالفقرة ١/٤ نتيجة تعديلات طلبها الطرف الأول - المالك - يلتزم الطرف الأول أن يدفع قيمة هذه الزيادة للما قول بأي طريقة يتفق عليها فيما بينهما وبموجب عقد منفصل عن هذا العقد". ولما كان الثابت من الأوراق أن الكتب المرسلة من المطعون ضدها للاستشاري خلال الفترة من ٢٠٠٧/١١/٢٨ وحتى ٢٠٠٨/٦/٢٨ وإن تضمنت المطالبة بحساب فروق الأسعار التي طرأت على جميع المواد الخاصة بجميع الأعمال المتبقية في المشروع إلا أن المطعون ضدها لم تحدد أي مقدار معين للزيادة في الأسعار التي قالت بها. وإذ طالبها الاستشاري بموجب كتابه المؤرخ ٢٠٠٨/٦/٣٠ بتحديد المواد والأسعار والكميات التي تطالب بفروق أسعار عنها - علماً بأن أعمال الخرسانات والطابق والبلاستر المنتهية منذ مدة طويلة - حتى يمكن دراسة الموضوع ومعرفة ما إذا كان هناك فروق للأسعار أم لا ومدى إمكانية الدفع من جانب المالك، أجابته الطاعنة بكتابها المؤرخ ٢٠٠٨/٧/٧ بأنها سوف تقوم بتحليل فروق الأسعار التي تطالب بها فور الانتهاء من جميع الأعمال الخاصة بالمشروع حتى يمكن دراسة وتحديد جميع هذه الفروق مرة واحدة بعد الانتهاء من جميع الأعمال. وهو ما يقطع بأن المطعون ضدها وقد تيقنت أثناء العمل أنه من الضروري لتنفيذ التصميم المتفق عليه مجاوزة قيمة المقاييسات المقدرة مجاوزة محسوسة إلا أنها

لم تخطر - في الحال - صاحب العمل بذلك مبينة مقدار ما تتوقعه من زيادة في الثمن، ومن ثم فإن حقها في استرداد ما جاوزت به قيمة المقاييسات من نفقات يكون قد سقط قانوناً وفقاً لما سلف بيانه. لما كان ذلك، وكان من المقرر في قضاء هذه المحكمة أن العقد هو قانون المتعاقدين ولا يجوز نقضه أو تعديله إلا باتفاق الطرفين، فلا يجوز لأي من طرفيه أن يستقل بنقضه أو تعديله بإرادته المنفردة. وكان عقداً المفاوضة سند الدعوى قد أبرم على أساس تصميم متفق عليه لقاء أجر إجمالي والتزمت في العقد بتحديد المبلغ المتفق عليه وبعدم أحقيتها في المطالبة بأية زيادة عليه بأي حال من الأحوال، فليس لها من بعد أن تطالب بأية زيادة في الأجر. هذا إلى أن الثابت من الأوراق أن تسوية الإضافات والخصومات قد ذُلبت بعبارة نصها أنه "تم الاتفاق بين الطرفين على أن يقوم المالك بدفع مبلغ ٥٠٠٠٠ درهم للمقاول كتسوية نهائية". وإذ خالف الحكم المطعون فيه ذلك وذهب في قضائه إلى إلغاء الحكم الابتدائي متسانداً إلى نظرية الطوارئ غير المتوقعة وأن ارتفاع الأسعار خلال عامي ٢٠٠٧ و٢٠٠٨ بعد إبرام التعاقد كان حادثاً استثنائياً عاماً وغير متوقع وأرهب المطعون ضدها في التنفيذ، فإنه يكون قد خالف القانون وأخطأ في تطبيقه بما يوجب نقضه.

وحيث إن الموضوع صالح للفصل فيه ولما تقدم، فإنه يتعين رفض الاستئناف وتأييد الحكم المستأنف.

ثانياً - عن الطعن رقم ٩١٣ لسنة ٢٠١٠:

وحيث إن الطاعنة تنعي بالسبب الأول على الحكم المطعون فيه والقصور في التسببب والخطأ في فهم الواقع ومخالفة الثابت في الأوراق، ذلك بأنه قضى برفض طلبها بالتعويض عن الخسائر التي لحقتها من جراء تأخر المطعون ضده في تدبير التمويل المتفق عليه بالعقد المؤرخ ٢٠٠٦/٩/١٨ معولاً على أن العقد الذي يحكم العلاقة بين الطرفين هو العقد المؤرخ ٢٠٠٦/١١/١٦ على الرغم من صورية هذا العقد بإقرار المطعون ضده في مذكراته المقدمة لمحكمة أول درجة وللخبير المنتدب وعلى الرغم من عدم اعتداد الخبير إلا بالعقد المؤرخ ٢٠٠٦/٩/١٨، كما تساند الحكم في قضائه برفض طلب التعويض إلى تعاقد الطاعنة بملحق العقد المؤرخ ٢٠٠٧/٣/١٧ بذات الأسعار التي كانت ملائمة وفقاً للعقد الأول، مع أن بقاء الأسعار ملائمة حتى توقيع ملحق العقد لا يؤدي بالضرورة إلى عدم إصابة الطاعنة بالضرر إذ حدثت الزيادة في الأسعار بعد ذلك، مما يعيب الحكم ويستوجب نقضه.

وحيث إن هذا النعي مردود بما هو مقرر في قضاء هذه المحكمة من أن المسؤولية العقدية تتحقق بتوافر أركان ثلاثة، خطأ يتمثل في عدم تنفيذ أحد المتعاقدين لالتزام ناشئ عن العقد أو التأخير في تنفيذ هذا الالتزام، وثبوت الضرر وهو الركن الثاني من أركان المسؤولية والذي لا يُفترض وجوده لمجرد وقوع الخطأ، وقيام علاقة السببية بين الخطأ والضرر، وأن استخلاص توافر الخطأ الموجب للمسؤولية أو نفيه هو من مسائل الواقع التي تستقل محكمة الموضوع بتقديرها طالما كان استخلاصها سائغاً له أصله الثابت في الأوراق. لما كان ذلك، وكان الحكم الابتدائي قد انتهى إلى رفض طلب الطاعنة بالتعويض عن الضرر الذي تدعيه من

جراء تأخر المطعون ضده في تدبير التمويل المتفق عليه بالعقد المؤرخ ٢٠٠٦/٩/١٨ بقوله إن الثابت من تقرير الخبير الذي اطمأنت إليه المحكمة أن المطعون ضده لم يتأخر في سداد أي دفعات لها كما أنه لم يتعثر في تمويل المشروع ومن ثم يكون قد انتفى الخطأ في جانبه، هذا إلى أن الأوراق قد خلت من أية أضرار لحقت بها في هذا الخصوص. وكان الحكم المطعون فيه قد أضاف - في مقام تأييده للحكم الابتدائي في هذا الشق - أن الطاعنة قد أقرت بصحيفة استئنائها بأنه حين إبرامها للمحق العقد في ٢٠٠٧/٣/١٧ كانت الأسعار مازالت ملائمة ولم تصب بضرر. وإذا كان هذا من الحكم من الحكم الابتدائي المؤيد بالحكم المطعون فيه استخلاصاً سائغاً له أصله الثابت في الأوراق ويؤدي إلى ما انتهى إليه، فإن ما تنعاه الطاعنة في هذا الخصوص يكون على غير أساس، ولا ينال من ذلك خطأ الحكم المطعون فيه في التعويل على العقد المؤرخ ٢٠٠٦/١١/٢٦ دون العقد المؤرخ ٢٠٠٦/٩/١٨ وذلك لما هو مقرر من أنه إذا أقيم الحكم على أكثر من دعامة وكانت إحداها كافية وحدها لحمله فلا يفسده أو يؤدي إلى نقضه تعييبه في باقي الدعامات أيًا كان وجه الرأي فيها.

وحيث إن الطاعنة تنعي بالسبب الثاني على الحكم المطعون فيه مخالفة القانون والخطأ في تطبيقه، ذلك بأنها تمسكت بأن خطابها لاستشاري المشروع السابق على رفع الدعوى بمبلغ يقل عن حقاها إنما كان إيجاباً صادراً منها لإنهاء الخلاف رضاً وقد سقط بعدم قبوله من المطعون ضده والساقط لا يعود، إلا أن الحكم عول على هذا الخطاب على الرغم من سقوطه. كما أن الحكم وبعد أن أقر بتوافر شروط تطبيق نظرية الظروف الطارئة انتهت إلى تقدير التعويض المستحق لها بمبلغ ٦٢٩٣٣٨ درهم وهو مبلغ يقل بكثير عن قيمة الزيادة التي ترتبت على ارتفاع الأسعار والتي تبين للمحكمة أن قيمتها بلغت ٢٦٦١٩١٢ درهم ودون أن يقدم أي مبرر قانوني لقضائه وبغير أن يتقيد في رد الالتزام المرهق بقواعد العدالة والإنصاف المستقر عليها بقسمة الخسارة على الطرفين، وكل ذلك يعيب الحكم ويستوجب نقضه.

وحيث إن هذه المحكمة انتهت في الطعن رقم ٩٦٧ لسنة ٢٠١٠ نقض تجاري إلى نقض الحكم المطعون فيه لخطئه في التساند إلى نظرية الطوارئ غير المتوقعة واعتباره أن ارتفاع الأسعار خلال عامي ٢٠٠٧ و ٢٠٠٨ بعد إبرام التعاقد كان حادثاً استثنائياً عاماً وغير متوقع أرهق الطاعنة في التنفيذ، وتصدت المحكمة للحكم في الموضوع على ما سلف بيانه، فإن النعي على الحكم بهذا السبب يضحى على غير أساس. ولما تقدم يتعين رفض الطعن.

الرئيس : المستشار/ يوسف عبد الحليم الهتة - رئيس الدائرة.

الأعضاء : المستشار/ البشري الشوريجي

المستشار/ نبيل عمران .

٢١ ت - (الطعن رقم السنة ٢٠١١ س ٥ ق. أ) جلسة ٢٠١١/١١/٢٣ (طلب تفسير — تجاري)

طلب تفسير . حكم " تفسيره " " تسببيه. تسبیب غير معيب " " إصداره والتوقيع عليه " .

■ الحالات التي يجوز فيها طلب تفسير الحكم في معنى المادة (١٣٨) إجراءات مدنية؟

■ تفسير الحكم . عدم وروده على ما وقع فيه من خطأ في تطبيق القانون أو الواقع الثابت في الأوراق.
اقتصار الطلب على ما وقع في المنطوق من غموض أو إبهام . علة ذلك؟

■ خلو منطوق الحكم من غموض أو إبهام. مؤداه : عدم قبول طلب التفسير . مثال .

المحكمة

حيث ان الوقائع — على ما يبين من الحكم المطلوب تفسيره وسائر الأوراق — تتحصل في ان المدعى عليه في طلب التفسير أقام الدعوى رقم ٣٧٠ لسنة ٢٠٠٨ تجاري جزئي على المدعى بطلب الحكم بفسخ عقد الشركة المبرم بينهما وإخراجه من الرخصة، على سند انهما شركاء في الرخصة ٨٨٠٧٥ وخالف شروط العقد بتأجير بعض الغرف لعمال من خارج الشركة، وبناء مكتب خاص ويخشى من الحصول على تسهيلات ائتمانية باسم الشركة، وبموجب مذكرة مؤرخة ٢٠٠٩/١/٤ أدخل المدعى عليه شركة التاج الذهبي للديكور ذ.م.م. خصما في الدعوى وعدل طلباته إلى فسخ عقد استثمار الأرض الصناعية المبرم بين الطرفين بتاريخ ٢٠٠٥/٦/١٥ وأيلولة عقد الانتفاع بقطعة الأرض رقم ٨٥ حوض ٢٦ مصفح الصناعية إليه بالإضافة إلى فسخ عقد الشركة المبرم بين الطرفين بتاريخ ٢٠٠٥/٨/١ والغاء الوكالة الممنوحة إلى المدعى وأيلولة الاسم التجاري " مؤسسة حنين للمقاولات العامة " للمدعى عليه، وتصفيته الشركة والزام المدعى بما تسفر عنه هذه التصفية . حكمت المحكمة بعدم اختصاص الدائرة الجزئية بنظر الدعوى واحالتها إلى الدائرة التجارية الكلية لنظرها مع الدعوى رقم ٣٤٠ لسنة ٢٠٠٨ تجاري كلي فقيدت برقم ٥٠٢ لسنة ٢٠٠٨ تجاري كلي وكان المدعى عليه قد أقام الدعوى رقم ٣٤٠ لسنة ٢٠٠٨ أبوظبي الابتدائية على المدعى بطلب الحكم بالغاء الوكالة الموثقة برقم ١٨٤١٩ لسنة ٢٠٠٥ بتاريخ ٢٠٠٥/١١/٨ على سند ان المدعى لم يلتزم ببند العقد المبرم بينهما مما حدا به إلى اقامة الدعوى . ومحكمة أول درجة حكمت أولاً بحل شركة حنين للمقاولات العامة ذ.م.م. وفسخ عقد الشركة المؤرخ ٢٠٠٥/٨/١ والمبرم بين المدعى والمدعى عليه ثانياً: وقبل الفصل في موضوع التصفية بندب دائرة القضاء لتدب بدورها خبيراً حسابياً كمصف قضائي لشهر حكم حل الشركة وتصفيته في السجل التجاري ونشر وافتتاح التصفية في جريدتين محليتين تصدران باللغة العربية ومنح الدائنتين مهلة

٤٥ يوما من تاريخ النشر " استأنف المدعى هذا الحكم بالاستئناف رقم ١١١٧ لسنة ٢٠٠٨ استئناف ابوظبي، وبتاريخ ٢٠٠٩/٣/٨ قضت المحكمة بالغاء الحكم المستأنف والقضاء مجددا برفض الدعوى. طعن المدعى عليه في هذا الحكم بطريق النقض بالطعن رقم ٣/٣٧٨ لسنة ٢٠٠٩ نقض تجاري، وبتاريخ ٢٠٠٩/٦/١٨ حكمت المحكمة بنقض الحكم المطعون فيه، وحكمت في شكل الاستئناف بعدم جوازه . وبعد تعجيل الدعوى حكمت محكمة أول درجة في الدعوى رقم ٥٠٢ لسنة ٢٠٠٨ بانتهاء الدعوى فيما يتعلق بطلب تصفية الشركة وبانتهاء عقد الاستثمار المؤرخ ٢٠٠٥/٦/١٥ عن قطعة الأرض رقم ٨٥ حوض ام ٢٦ وأيلولة حق الانتفاع بها للمدعى عليه والغاء الوكالة الموثقة برقم ٨٤١٩ لسنة ٢٠٠٥ بتاريخ ٢٠٠٥/١١/٨ ثانياً: في الدعوى رقم ٣٤٠ لسنة ٢٠٠٨ بعدم جواز نظر الدعوى لسابقة الفصل فيها بالدعوى ٥٠٢ لسنة ٢٠٠٨ . استأنف المدعى هذا الحكم بالاستئناف رقم ٣٤٣ لسنة ٢٠١٠ استئناف أبوظبي، بتاريخ ٢٠١٠/٤/٢١ قضت المحكمة بإلغاء الحكم المستأنف الصادر في الدعوى رقم ٥٠٢ لسنة ٢٠٠٨ تجاري بتاريخ ٢٠٠٨/١١/١٦ فيما قضى به من حل شركة حنين للمقاولات العامة وفسخ عقد الشراكة المؤرخ ٢٠٠٥/٨/١ المبرم بين الطرفين وفيما قضى به بتصفية الشركة وفيما قضى به بتاريخ ٢٠١٠/٢/٢٢ من انتهاء هذه الدعوى فيما يتعلق بطلب تصفية هذه الشركة — طعن الطاعن في هذا الحكم بطريق النقض، وبتاريخ ٢٠١٠/٩/١٦ حكمت محكمة النقض بنقض الحكم المطعون فيه، والزم المدعى الرسم والمصاريف ومبلغ ألف درهم مقابل أتعاب المحاماة للمدعى عليه، وأمرت برد التأمين إليه. وحكمت في موضوع الاستئناف بتعديل الحكم المستأنف إلي بطلان عقد الشركة المسماه " شركة حنين للمقاولات العامة ذ.م.م. وأيلولة الانتفاع بقطعة الأرض المقامة عليها إلي المدعى عليه و إلغاء الوكالة المسجلة لدى كاتب العدل برقم ١٨٤١٩ بتاريخ ٢٠٠٥/١١/٨، على ان يختص المدعى برأس مال الشركة و موجوداتها وحساباتها التجارية بالبنوك وكافة مقوماتها المادية والعينية من سيارات ومعدات وكافة أصولها وحقوقها لدى الغير ويلتزم بديونها قبل الغير .

وحيث ان المدعى تقدم بطلب تفسير حكم النقض السالف البيان قيد برقم السنة ٢٠١١ بهذه المحكمة واستند في ذلك إلي ان المدعى عليه قد ابرم مع مقدم الطلب وكالة خاصة غير قابلة للعزل بتاريخ ٢٠٠٥/٦/١٩ تحت رقم ٨٠٣٩ لسنة ٢٠٠٥ ، كما أبرم عقد استثمار لقطعة الأرض موضوع الطعن باسم المطعون ضدها الثانية شركة التاج الذهبي للديكور ذ.م.م. وان الحكم لم يشير إلي ذلك العقد أو الوكالة، وطلب تفسير الحكم وتوجيه محكمة التنفيذ لما يتم التنفيذ عليه .

وحيث أنه من المقرر وفقا لما تقضى به المادة ١٣٨ من قانون الإجراءات المدنية — أنه إذا وقع في منطوق الحكم غموض أو إبهام لا يمكن معه الوقوف على حقيقة ما قصدته المحكمة بحكمها أو شاب هذا المنطوق شك في تفسيره أو كان يحتمل أكثر من معنى، فإنه يجب لاجراء تفسير هذا الغموض أو الإبهام الرجوع إلى المحكمة التي أصدرت الحكم ويتعين لقبول طلب التفسير ان يكون مشوبا بأحد هذه الحالات، وأنه لا يرد التفسير على ما قد يكون في الأسباب من غموض ما دام المنطوق واضحا، ويقتصر دور المحكمة التي أصدرت الحكم على

تفسير ما وقع في منطوق الحكم من غموض أو إبهام ، وذلك دون نظر لمدى مطابقة قضائها لحكم القانون أو الواقع الثابت بالأوراق، لأن المحكمة المنوط بها التفسير ليس من مهمتها مراجعة سلامة الحكم أو معاودة نظر النزاع، ومن ثم إذا خلا المنطوق من الغموض أو الإبهام وجب القضاء بعدم قبول طلب التفسير. لما كان ذلك، وكان منطوق الحكم الصادر في الطعن بالنقض رقم ٤٧٠ لسنة ٢٠١٠ نقض تجاري بتاريخ ١٦/٩/٢٠١٠ غير مشوب بأي غموض أو إبهام ولم يعتره أي شك في تفسيره ولا يحتمل أكثر من معنى وبالتالي فإنه لا يحتاج إلى تفسير لوضوح منطوقه ومن ثم تكون دعوى طالب التفسير غير مقبولة.

الرئيس : المستشار: يوسف عبد الحليم الهته – رئيس الدائرة.

الأعضاء : المستشار: عبد الصمد عبد العزيز

المستشار / نبيل عمران .

٢٢ ت - (الطعن رقم ٩٤٦ لسنة ٢٠١٠ س ٥ ق. أ) جلسة ٢٤/٢/٢٠١١ (تجاري)

محكمة النقض "سلطتها". طعن " الطعن بالنقض. ما يقبل منه " " ما يجوز وما لا يجوز الطعن فيه بالنقض ". نقض " ما يجوز وما لا يجوز الطعن فيه بالنقض ". نظام عام. صلح. تنفيذ. إجراءات "إجراءات التنفيذ". إشكالات التنفيذ.

■ سلطة محكمة النقض في التصدي من تلقاء نفسها للمسائل المتصلة بالنظام العام. ومنها قبول الطعن بالنقض أو عدم قبوله.

■ المنازعات المتعلقة بإجراءات التنفيذ سواء ما كان منها يطلب منعه أو وقفه أو الاستمرار فيه أو بطلانه. ومنها إشكالات التنفيذ. عدم جواز الطعن فيها بالنقض. مثال.

المحكمة

حيث ان الوقائع - على ما يبين من الحكم المطعون فيه وسائر الأوراق - تتحصل في ان الطاعن أقام الاشكال في التنفيذ رقم ٢٢٧ لسنة ٢٠١٠ بطلب وقف تنفيذ محضر الصلح المقدم في التنفيذ رقم ٢٣٦ لسنة ٢٠٠٩ مدني اتحادي لحين صدور حكم نهائي في الدعوى رقم ٥١٦ لسنة ٢٠٠٩ والمستأنف بالاستئناف رقمي ١١٧ و ١٣٧ لسنة ٢٠١٠ تجاري أبوظبي . على سند انه بتاريخ ٣٠/٩/٢٠٠٧ أصدرت محكمة أبوظبي الابتدائية حكماً يقضي بالزام المستشكل بأن يؤدي للبنك المستشكل ضده مبلغاً وقدره ٥٨ ، ٣٨٧٩٨٩٦١ درهم والفائدة التأخيرية بواقع ٩٪ سنوياً من ٩/٧/٢٠٠٧ وحتى السداد التام على ان لا يتجاوز أصل الدين ٠ وقد أبرم المستشكل اتفاقية تسوية مع البنك المستشكل ضده بتاريخ ٤/١٢/٢٠٠٧ لجدولة المبلغ وقدمها للتنفيذ في التنفيذ رقم ٢٣٦ لسنة ٢٠٠٩ ، وبتاريخ ٢٤/٥/٢٠٠٩ أقام المستشكل الدعوى رقم ٥١٦ لسنة ٢٠٠٩ تجاري كلي أبوظبي ، وبتاريخ ٣٠/١٢/٢٠٠٩ حكمت المحكمة ببطلان عقد الصلح في شقه المتعلق باحتساب فوائد مركبة وصحة عقد الصلح ونفاذه . وقد طعن الطرفان على هذا الحكم بالاستئنافين ١١٧ و ١٣٧ لسنة ٢٠١٠ تجاري أبوظبي لم يتم الفصل فيها ، وقد استشكل المستشكل في تنفيذ محضر الصلح بالاشكال رقم ٣٣ لسنة ٢٠٠٩ الا أنه قضى برفضه وتأيد رفضه استئنافياً وطعن على الحكم الاستئنافي بطريق النقض بالطعن رقم ٣/١٢٠٩ لسنة ٢٠٠٩ نقض تجاري ، وبتاريخ ٣٠/١٢/٢٠٠٩ حكمت المحكمة بعدم قبول الطعن . وقد اتخذت اجراءات التنفيذ على العقار الكائن على قطعة الأرض رقم ١٧٦ بمنطقة محمد بن زايد وقررت المحكمة بيع العقار بالمزاد العلني ، ولما كان لا يجوز التنفيذ الجبري الا بسند تنفيذي وكان الحكم الصادر في الدعوى رقم ٥١٦ لسنة ٢٠٠٩ لم يصبح نهائياً فقد أقام الاشكال . حكمت المحكمة بوقف التنفيذ لحين الفصل في الدعوى رقم ٥١٦ لسنة ٢٠٠٩ واستئنافها ١١٧ و ١٣٧ لسنة ٢٠١٠ تجاري كلي أبوظبي . واستأنف المطعون

ضده هذا الحكم بالاستئناف رقم ٧٦١ لسنة ٢٠١٠ استئناف أبوظبي، وبتاريخ ٢٥/٧/٢٠١٠ قضت المحكمة بالغاء الحكم المستأنف ورفض الاشكال والاستمرار في تنفيذ الحكم المستشكل فيه. طعن الطاعن في هذا الحكم بطريق النقض، وعرض الطعن على هذه المحكمة في غرفة مشورة فحددت جلسة لنظره.

وحيث انه من المقرر ان قبول الطعن بطريق النقض أو عدم قبوله من المسائل المتعلقة بالنظام العام تفصل فيها محكمة النقض من تلقاء نفسها ولا يصار الى بحث أسباب الطعن الا اذا كان الطعن مقبولا. لما كان ذلك وكان من المقرر ان المشرع وفقاً لنص المادة ١٧٣/٣ من قانون الاجراءات المدنية استثنى من حالات الطعن بطريق النقض المنازعات التي تتعلق باجراءات التنفيذ سواء بطلب منعه أو وقفه أو استمراره أو بطلب بطلانه، وكانت اشكالات التنفيذ هي منازعة وقتية في التنفيذ يطلب فيها الحكم باجراء وقتي حتى يفصل في موضوع المنازعة. لما كان ذلك وكان الحكم المطعون فيه قد صدر في اشكال في تنفيذ سند تنفيذي هو محضر الصلح الذي الحق بمحضر الجلسة عند نظر الدعوى رقم ٤٩٥ لسنة ٢٠٠٧ استئناف اتحادي واعتباره في قوة السند التنفيذي، ومن ثم فإنه يتعلق باجراء من اجراءات التنفيذ الجبري التي عنها المشرع في المادة ١٧٣/٣ سالفه البيان. ومن ثم فإن الطعن على الحكم الصادر في الاشكال بطريق النقض يكون غير مقبول.

الرئيس : المستشار/ يوسف عبد الحليم الهته - رئيس الدائرة.

الأعضاء : المستشار / البشري الشوريجي

المستشار / نبيل عمران .

٢٣ ت - (الطعن رقم ٧٥٧ لسنة ٢٠١٠ س ٥ ق أ)

محكمة الموضوع "سلطتها". إثبات "خبرة". حكم "تسببيه. تسبیب معيب". نقض "أسباب الطعن بالنقض. ما يقبل منها". إجراءات "إجراءات الخبرة". مقاوله. بطلان. دفاع "الإخلال بحق الدفاع. ما يوفره".

■ وجوب اشتراك أعضاء لجنة الخبرة التي انتدبتها المحكمة لأداء المأمورية. في الأعمال التي تستوجبها المأمورية المكلفون بها وأن يشتركوا في المداولة وتكوين الرأي وتقديم تقرير واحد موقع عليه منهم جميعاً بنتيجة أعمالهم ورأيهم والأوجه التي استندوا عليها. ولو قدم كل منهم تقريراً منفرداً. أساس ذلك ؟

■ الشهادة التي يصدرها المهندس الاستشاري باستحقاق المقاول لمبلغ معين أو بإنجازه الأعمال المكلف بها. يلتزم بها صاحب العمل ما دامت داخله في حدود نيابته عنه. ما لم يقع من المهندس غش أو تواطؤ مع المقاول.

■ تحصيل فهم الواقع في الدعوى وتقدير أدلتها. ومنها تقارير الخبراء. موضوعي. شرطه: أن يكون استخلاصها سائغاً وأن يكون في التقرير ما يكفي لتكوين عقيدتها في الوصول لحقيقة الواقع في الدعوى وألا يلتفت الخبير أو الحكم عن مستندات تمسك الخصم بدلائلها برغم جوهريتها أو تعول على تقرير كان البحث فيه غير كافٍ ولم يواجهه ما أثاره الخصوم من أوجه دفاع جوهرية. مخالفة ذلك. قصور وإخلال بحق الدفاع. مثال.

المحكمة

حيث إن الوقائع - على ما يبين من الحكم المطعون فيه وسائر أوراق الطعن - تتحصل في أن الطاعنة أقام الدعوى رقم ٢٣٠ لسنة ٢٠٠٨ على المطعون ضدها بطلب الحكم بنذب خبرة هندسية ومحاسبية لمعاينة المشروع وبيان ما إذا كان قد تم تنفيذه وفقاً للشروط والمواصفات وبنود العقد وتصفية الحساب بين الطرفين لبيان المبالغ المستحقة للطاعنة والأضرار التي أصابتها وتقدير قيمتها وإعادة الكفالات والضمانات التي تحتجزها المطعون ضدها دون حق والحكم بما يسفر عنه تقرير الخبرة، وبيئاً لذلك قالت إنها تعاقدت بتاريخ ٢٠٠٣/١٢/٦ مع مصنع جلود الجمال بالخرزة على إنشاء وصيانة المصنع مقابل مبلغ ٥٣٠٠٠٠٠٠٠ درهم وقد انتقلت ملكية المصنع المذكور للمطعون ضدها وقد قدمت لها الطاعنة كفالة حسن تنفيذ من بنك الاتحاد بما يعادل ١٠٪ من قيمة المشروع، ثم قامت الطاعنة بتنفيذ العقد على أكمل وجه وتم تسليم المشروع ابتداءً بتاريخ ٢٠٠٥/٣/١ وتمت إضافة أعمال إضافية للمشروع بقيمة ٧٨٤٣٣٣٣ درهم وقد قامت الطاعنة بسداد مبلغ ٥٨١٧٠٠ درهم في حساب المطعون ضدها لتسوية الأعمال المعلقة في حساب المصنع ورغم ذلك لم تقم

الأخيرة بتسوية الحساب، هذا فضلاً عن وجود خلاف حول الميلاق الخاص بالأعمال المدنية التي نفذتها شركة آل حامد للإنماء والتعمير وقد حدد محضر الاستلام الابتدائي المبلغ المعلق لذلك رغم أن الطاعة تصر على أنه بعد الإصلاحات التي تمت أصبح مطابقاً للشروط، هذا فضلاً عن أن عدم الانتهاء من التسليم النهائي يرجع إلى عدم وجود إمداد كهربائي دائم، وتوجد مراسلات من الطاعة للمطعون ضدها توضح تسوية الحساب النهائي بمبلغ ٨٦٨٤٣٠ درهم في ذلك التاريخ فضلاً عن أحقية الطاعة في استعادة كافة الضمانات بما في ذلك طلب كفالة حسن التنفيذ التي تحاول المطعون ضدها تسهيلها، فكانت الدعوى. قدمت المطعون ضدها صحيفة دعوى متقابلة طلب في ختامها الحكم بنسب خبرة هندسية ومحاسبية لبيان ما إذا كان قد تم تنفيذ المشروع وفقاً للرسومات والمواصفات المتفق عليها وبيان الأضرار التي أصابت المطعون ضدها من جراء ذلك ومقدارها وقيمتها ومقدار التعويض الجابر لها وتصفية الحساب بين الطرفين بحكم مشمول بالإنفاذ المعجل بلا كفالة. كما نظرت المحكمة الدعوى رقم ٢٣٦ لسنة ٢٠٠٨ تجاري كلي أبوظبي المرفوعة من الطاعة على المطعون ضدها بطلب الحكم بقبول دعوى تثبيت الحجز التحفظي على الكفالة البنكية رقم ٥٦ إل جي تي ٢٠٠٣٠٠٤٨٨٠ الصادرة من بنك الاتحاد الوطني حين نظر الدعوى الموضوعية. وبعد أن ضمت المحكمة الدعوى الثانية إلى الأولى حكمت بنسب خبير هندسي لأداء المأمورية المبينة بمنطوق حكمها وأودع الخبير تقريره. نذبت المحكمة لجنة خبراء ثلاثية من خبير حسابي وخبيرين هندسيين لأداء المأمورية المبينة بمنطوق حكمها وأودع كل خبير تقريراً بنتيجة أعماله. حكمت المحكمة بإعادة المأمورية إلى لجنة الخبراء الثلاثية لأداء المأمورية المبينة في منطوق حكمها وأودعت اللجنة تقريرها. قدمت الطاعة صحيفة بتعديل طلباتها إلى طلب الحكم بإلزام المطعون ضدها (أولاً) أن تؤدي لها مبلغ ٢٠١٩٤٣ درهم رصيد عقد المقاولة عن مشروع المصنع. (ثانياً) أن تؤدي لها مبلغ الكفالة المسيلة والبالغ ٥٣٠٠٠٠٠ درهم. (ثالثاً) برفض الدعوى المتقابلة. وبتاريخ ٢٢/١١/٢٠٠٩ حكمت المحكمة (أولاً) في الدعوى رقم ٢٣٠ لسنة ٢٠٠٨ تجاري كلي برفضها وفي الدعوى المتقابلة بانتهاؤها. (ثانياً) في الدعوى رقم ٢٣٦ لسنة ٢٠٠٨ تجاري كلي برفضها. استأنفت الطاعة هذا الحكم بالاستئناف رقم ٨٥٣ لسنة ٢٠٠٩ تجاري أبوظبي كما استأنفته المطعون ضدها بالاستئناف رقم ٨٨٨ لسنة ٢٠٠٩ تجاري أبوظبي. قضت المحكمة بإعادة المأمورية إلى لجنة الخبراء الثلاثية لإعادة بحث المأمورية على النحو المبين بمنطوق حكمها وأودعت اللجنة تقاريرها، وبتاريخ ٢٦/٥/٢٠١٠ قضت المحكمة بالتأييد. طعنت الطاعة في هذا الحكم بطريق النقض بالطعن المائل، وعرض الطعن على هذه المحكمة في غرفة مشورة فحددت جلسة لنظره.

وحيث إن حاصل ما تنعاه الطاعة بأسباب طعنها الأربعة على الحكم المطعون فيه القصور في التسبب والفساد في الاستدلال والإخلال بحق الدفاع، وفي بيان ذلك تقول إنها تمسكت أمام محكمة الاستئناف بدفاع حاصله بطلان تقارير لجنة الخبرة والتي اتخذها الحكم أساساً لقضائه على الرغم من الاعتراضات العديدة التي فصلتها في مذكرتها المقدمة بجلسة ١٠/٥/٢٠١٠ والتي تتمثل في اعتماد الحكم على ثلاثة تقارير متفرقة رغم أن الحكم التمهيدي أوجب تقديم تقرير خبرة موحد وأنه لا يغير من ذلك أن يقوم الخبراء بالتوقيع على

تقرير تحت عنوان لجنة الخبرة الثلاثية مادام أن الثابت أن كل منهم قد استقل بإعداد تقرير منفصل واكتفوا بنقل نتيجة كل تقرير إلى تقرير الخبير الهندسي حارب الكويتي وبعد تجميع المبالغ توصلوا إلى مبلغ لا أساس له من الصحة. ورفض الحكم إلزام المطعون ضدها أداء مبلغ كفالة حسن التنفيذ على الرغم من تنفيذ المشروع وتسليمه. وقد تمثلت الاعتراضات على تقرير الخبير الحسابي أحمد الحوسني في استبعاده قيمة العمولات البنكية التي تحملتها الطاعنة على الرغم من الانتهاء من الأعمال وتسليمها مع أن نفس الخبير انتهى في تقريره الأصلي إلى أن المشروع تم إنجازه وانتهت كافة أعماله وانتفى الغرض من الضمان البنكي المتعلق بسكن العمال والموظفين، كما استبعد قيمة مخصصات التشغيل والتدريب بمبلغ قدره ١١٠٠٥٥٥/٨٠ درهم على الرغم من إثبات المبلغ المذكور بشهادتي الدفع ١٣ و ١٤ والتصديق عليهما من الاستشاري، ولم يحسب قيمة غرامات التأخير المستحقة للطاعنة عن فترة التأخير كاملة التي بلغت ١٢٨٧ يوماً. وتمثلت الاعتراضات على تقرير الخبير الهندسي حارب الكويتي في أنه قام بالربط بين تسليم المشروع للمطعون ضدها وتشغيله فعلياً إذ لا علاقة للطاعنة بتشغيل المصنع فعلياً الذي يعود إلى مدى قدرة المطعون ضدها على توفير الكادر الفني والإداري اللازم لمباشرة النشاط الفعلي للمصنع من تاريخ تسليم المشروع، على الرغم من أن الخبرة تحققت من أن مخصصات التشغيل والتدريب وقدرها ١١٠٠٥٥٥/٨٠ درهم هي من مستحقات الطاعنة وأن فترة الصيانة وفقاً للخبرة قد انتهت في شهر يونيو ٢٠٠٨ إلا أن الخبرة اعتبرت المبلغ المذكور ليس من حق الطاعنة، كما أنه لا صحة لما نسبته الخبير للطاعنة بشأن التلفيات ذلك أنها نفذت كافة الملاحظات عن طريق مقاليد الباطن - آل حامد للإنماء والتعمير - وفقاً لتعليمات استشاري المشروع وقدمت المستندات الدالة على استكمال النواقص. وتمثلت الاعتراضات على تقرير الخبير الهندسي عبد العزيز سليم في أنه انتهى إلى نتيجة جزافية عشوائية هي التزام الطاعنة بمبلغ ٣٢/٣٧٩/٨٣٠٨ درهم دون مقدمات تذكر ودون بحث فني هندسي مقبول يبين منه مصدر أو سبب المبلغ المشار إليه وقرر أن العيوب والتلفيات ناشئة من سوء اختيار المواد رغم أن الطاعنة لا علاقة لها البتة باختيار المواد التي يختارها المالك واستشاري المشروع، وخالف الخبير اتفاق الطرفين الذي تم أمامه بتاريخ ٢٢/٣/٢٠٠٩ على حسم قيمة النواقص في بند الأعمال الإلكترونية بمبلغ ٥٨١٧٠٠ درهم وعدم وجود أي اعتراض أو مطالبة بشأنه فإذا بالخبير ينتهي إلى مبلغ يزيد على خمسة أضعاف المبلغ الذي تم التصالح عليه بين الطرفين وهذه مسألة قانونية ما كان له أن يخالفها برأي شخصي له، كما خلص الخبير في تقريره إلى أن التسليم الابتدائي لم يتم على الرغم من وجود محضر التسليم الابتدائي الموقع والمختوم من الاستشاري ممثل المالك. غير أن الحكم المطعون فيه لم يواجه هذا الدفاع الجوهري المتقدم وأغل الرد عليه مكتفياً بالرد عليه من واقع تقارير الخبرة الثلاثة مع أن نتائجها ذاتها هي محل الاعتراض، وكل ذلك يعيب الحكم ويستوجب نقضه.

وحيث إن هذا النعي في محله، ذلك أنه من الأصول المقررة أن ندب المحكمة للجنة من ثلاثة خبراء يفيد بذاته أن المسألة التي رأت المحكمة أنها في حاجة إلى الاستعانة فيها بأهل الخبرة لا يكفي فيها خبير واحد

لأداء المأمورية. وكانت المادة ٨٤ من قانون الإثبات في المعاملات المدنية والتجارية ولئن أجازت للخبراء - عند تعددهم - أن يقدم كل منهم تقريراً مستقلاً برأيه، إلا أن الأصل أن يشترك الخبراء جميعهم في الأعمال التي تقتضيها المأمورية المعهود إليهم بها وأن يشتركوا أيضاً في المداولة وتكوين الرأي وتقديم تقرير واحد موقع منهم جميعاً بنتيجة أعمالهم ورأيهم والأوجه التي استندوا إليها. وكان من المقرر أن المهندس الاستشاري الذي يختاره صاحب العمل - فيما يتعلق بعقود المقاولات - ينوب عنه في الإشراف على تنفيذ أعمال المقاوله وفي حساب مستحقات المقاول، ولذا فإن الشهادة التي يصدرها هذا المهندس باستحقاق المقاول مبلغاً معيناً أو بإنجازه الأعمال المكلف بها تكون داخلية في حدود نيابته عن صاحب العمل بما لا يجوز معه للأخير المنازعة فيها أو التنصل منها ما لم يقع من المهندس المذكور غش أو تواطؤ مع المقاول. وأنه ولئن كان من المقرر - في قضاء هذه المحكمة - أن لمحكمة الموضوع السلطة في تحصيل فهم الواقع في الدعوى وتقدير الأدلة والمستندات فيها وتقارير الخبراء والترجيح بينها واستخلاص الحقيقة منها، باعتبارها عنصراً من عناصر الإثبات لمحكمة الموضوع أن تأخذ بها إذا اقتنعت بسلامتها، إلا أن مناط ذلك أن يكون استخلاصها سائغاً وأن يكون في التقرير ما يكفي لتكوين عقيدتها في الوصول إلى حقيقة الواقع في الدعوى، وألا يلتفت الخبير أو الحكم عن مستندات تمسك الخصم بدلائلها، أو تعول على تقرير خبير كان بحثه غير كاف ولم يعرض لما أثاره الخصوم من أوجه دفاع جوهرية قد يتغير ببحثها وجه الرأي في الدعوى. لما كان ذلك، وكانت محكمة الاستئناف كانت قد قضت بتاريخ ٢٠١٠/٢/١٠ بإعادة المأمورية إلى لجنة الخبراء المنتدبة لبحث اعتراضات الطرفين وتحقيق أوجه دفاعهما. وكان البين من الأوراق أن الخبير الهندسي عبد العزيز محمود سليم أعد تقريراً منفرداً رد فيه على الاعتراضات، وأن الخبير الحسابي أحمد الحوسني أعد تقريراً منفرداً رد فيه على الاعتراضات، وأنهما أثبتا في تقرير الخبير الهندس حارب الكويتي أنه بالرجوع إلى تقارير الخبراء الثلاثة الأصلية يكون المستحق للمطعون ضدها في ذمة الطاعنة هو مبلغ ٤٦٢٧٣١٨/٣١ درهم بالإضافة لفترة توقف المصنع والمقدرة بستة شهور وما ضاع عليه من ربح خلال هذه الفترة وتترك اللجنة تقديره للمحكمة. وأنه ولئن وقع الخبراء الثلاثة على هذا التقرير إلا أن ما تقدم يقطع بأن كل من الخبراء عمل بمفرده وتم تجميع النتائج في التقرير الأخير، بدلالة تأكيد الخبير الهندسي عبد العزيز سليم على أن التسليم الابتدائي لم يتم في حين أنه سبق للخبير حارب الكويتي في تقريره المؤرخ ٢٠٠٩/٧/٩ أن أثبت في خلاصة تقريره أن تاريخ التسليم الابتدائي للمشروع هو نفسه التاريخ الموجود بمحضر الاستلام الابتدائي وهو ٢٠٠٥/٣/١، كما أن سبق للخبير الحسابي أحمد الحوسني في تقريره المؤرخ ٢٠٠٩/٧/١٢ أن أثبت في نتيجة الفحص والتدقيق أن الخبرة ترى أن التسليم الابتدائي قد تم بين الطاعنة والمطعون ضدها حيث تم تحديد المتعلقات. وعلى الرغم من ذلك فلم يتضمن التقرير الموقع عليه من الخبراء الثلاثة ما يفيد مداولتهم في هذه النقطة الجوهرية أو حتى الإشارة إلى وجود خلاف بينهم حولها، لاسيما وأنه سبق للخبير الهندسي حمدي محمد أحمد الغزالي أن انتهى في تقرير المقدم لمحكمة أول درجة إلى أن الاستلام الابتدائي تم بتاريخ ٢٠٠٥/٣/١ بمدة تأخير مبررة قدرها ٧٥ يوماً حسب ما ورد بمحضر الاستلام الابتدائي الذي تمت صياغته على أوراق المطعون ضدها. وكان الحكم المطعون فيه قد

أخذ بما انتهى إليه الخبير الهندسي عبد العزيز سليم وحده في هذا الشأن دون أن يبين سبب تفضيله لهذا التقرير على التقريرين الآخرين، ودون أن يقول كلمته في شأن محضر الاستلام الابتدائي على الرغم من أنه نقطة الأساس في الفصل في هذه الدعوى، ولم يبد رأيه في توقيع وختم الاستشاري المذيل لورقتي محضر الاستلام المحررتين على أوراق المطعون ضدها وما جاء بهما من أن لجنة استلام المشروع تبين لها أن المكاول قام باستكمال المشروع وأنه لم يتم بتنفيذ بعض البنود التي لا تمنع من استلامه ابتدائياً ورأت اللجنة حجز قيمتها. كما لم يبد الحكم المطعون فيه رأيه في كتاب المطعون ضدها رقم ٢٠٠٥/١٣٢ المؤرخ ٢٠٠٥/٥/٢ والذي تشير فيه إلى أن الطاعنة لم تقم بإتمام بعض أعمال التمديدات والتركيبات المدونة في ملاحظات الاستلام الابتدائي وأن الطاعنة قامت بنقل المهندس المشرف على تركيب معدات التصنيع إلى موقع آخر بالرغم من عدم استكمال ملاحظات الاستلام الابتدائي، وطلبت من الطاعنة في ختام ذلك الكتاب، إعادة المهندس المشرف على تركيب معدات التصنيع، والتنسيق مع مكاول أعمال الطرق لإكمال الأعمال المتعلقة بأعمال الطرق المطلوبة حسب ملاحظات لجنة الاستلام الابتدائي، واستكمال ملاحظات الاستلام الابتدائي. ولم يبد الحكم رأيه كذلك في كتاب المطعون ضدها رقم ١٦٨ المؤرخ ٢٠٠٥/٥/٢٧ والذي تشير فيه إلى تأخر سير العمل الخاص باستكمال ملاحظات لجنة الاستلام الابتدائي. وما إذا كان لهذين الكتابين أي دلالة في موافقة المطعون ضدها على محضر الاستلام الابتدائي الذي لم يوقع عليه هو ممثلها الاستشاري. ولم يبد الحكم المطعون فيه كذلك رأيه فيما أثبتته الطرفان بتاريخ ٢٠٠٩/٣/٢٢ أمام الخبير عبد العزيز سليم من أن المكاول - الطاعنة - قام بسداد قيمة الأعمال النواقص الكهروميكانيكية بمبلغ ٥٨١٧٠٠ درهم ولا يوجد أي اعتراض أو أي مطالبة خاصة بالأعمال الكهروميكانيكية وأصبح هذا البند ليس به اعتراضات في الدعوى وأقر الطرفان بذلك. وما إذا كانت هناك أية مسؤولية للطاعنة عن التشغيل الفعلي للمصنع بعد تسليمه ومدى أثر كل ذلك على تحديد تاريخ الاستلام النهائي للأعمال وأحقية الطاعنة في استرداد كفالة حسن التنفيذ. وهو ما كان يتعين معه كذلك على محكمة الاستئناف إزاء ما سلف أن تعيد المأمورية إلى لجنة خبراء ثلاثية مغايرة للجنة الخبراء الأولى التي انقسمت في الرأي إلى فريقين، إلا أن الحكم المطعون فيه خالف هذا النظر ورفض ندب لجنة خبراء أخرى مغايرة واكتفى في الرد على اعتراضات الطاعنة المبينة بوجه النعي من واقع التقارير المنفردة المطعون عليها، ولم يتصد الحكم للرد عليها على الرغم من أهميتها وجوهريتها ويقسطها حقها من البحث والتمحيص والرد فإنه يكون قاصراً قصوراً يبطله ويوجب نقضه على أن تكون مع النقض الإحالة.

الرئيس : المستشار/ يوسف عبد الحليم الهته - رئيس الدائرة.
الأعضاء : المستشار / بادي الجرام
المستشار / نبيل عمران .

٢٤ ت - (الطعن رقم ١٠٢١ لسنة ٢٠١٠ س ٥ ق. أ) جلسة ٢٤/١١/٢٠١١ (تجاري)

محكمة الموضوع "سلطتها". حكم "تسببيه". تسبب غير معيب". نقض "أسباب الطعن بالنقض". ما لا يقبل منها". رهن. دين. التزام. حق. إثبات "بوجه عام". خطأ. تعويض. مسؤولية "مسئولية تقصيرية" "مسئولية مدنية".

- تحصيل فهم الواقع في الدعوى وتقدير الأدلة فيها. موضوعي. متى كان سائغاً. مثال.
- تقدير توافر الخطأ أو التقصير الموجب للمسئولية. موضوعي. ما دام سائغاً. مثال.
- سلطة محكمة الموضوع في الأخذ بتقرير الخبير أو طرحه. حسبما تطمئن إليه. مثال.
- حق الدائن المرتهن في استعمال الحقوق المنصوص عليها في المادتين (١٧٤، ١٧٥) من قانون المعاملات التجارية أو لا يستعملها حسب مشيئته.
- استعمال الحق الجائز شرعاً. سلباً أو إيجاباً. لا يرتب ضماناً. المادة (١٠٤) من قانون المعاملات التجارية.

المحكمة

حيث إن الوقائع - على ما يبين من الحكم المطعون فيه وسائر أوراق الطعن - تتحصل في أن الطاعن أقام الدعوى رقم ٥١٧ لسنة ٢٠٠٩ تجاري كلي أبوظبي على البنك المطعون ضده بطلب الحكم (أولاً) بنذب لجنة خبرة متخصصة في تداول الأوراق المالية لبيان مدى خطأ وتقاعس البنك المطعون ضده عن بيع الأسهم موضوع الدعوى وقت أن كانت قيمتها تجاوز قيمة الدين المشغولة به ذمته برغم توكيله البنك في التصرف فيها وبيان ماهية الأضرار المادية والأدبية التي أصابته من جراء هذا الخطأ وما فاتته من كسب وما لحقه من خسارة. (ثانياً) براءة ذمة الطاعن من المديونية المشغولة بها ذمته والفوائد التي يكون البنك قد رتبها عليها. (ثالثاً) إلزام المطعون ضده أن يؤدي للطاعن مبلغ خمسة ملايين درهم تعويضاً له عن الأضرار المادية والأدبية التي أصابته. وبياناً لذلك قال إنه بموجب اتفاقية تسوية مؤرخة ٢٠٠٧/٩/١١ بينه وبين البنك المطعون ضده تم الاتفاق بالبند الثالث على دمج رصيد مديونية حسابين للطاعن في حساب قرض جديد وتم الاتفاق على طريقة لسداد المديونية ثم قام الطاعن بناء على طلب المطعون ضده بتحرير توكيل خاص، ثم أتبعه وبناء على طلب البنك كذلك بعمل تعهد وإقرار مصدق عليه أمام الكاتب العدل بتاريخ ٢٠٠٧/١٠/٢٩ تضمن أحقية البنك في بيع الأسهم بالقيمة السائدة بالسوق وتحصيل قيمتها لتخفيض وسداد المديونية وذلك في حالة عدم التزامه بالسداد الكامل وتحقيق الأسهم مستوى رصيد المديونية أو ما يعادله، ومن ثم فإن العقد المؤرخ ٢٠٠٧/٩/١١ قد جرى تعديله باتفاق الطرفين بإضافة مضمون الإقرار المؤرخ ٢٠٠٧/١٠/٢٩ ويكون الطاعن قد وكل البنك

في بيع الأسهم في حالة بلوغ سعرها رصيد المديونية القائم، وإذ بلغ سعر الأسهم في خلال شهري يونيه ويوليه ٢٠٠٨ قد بلغ رصيد فكان من المتعين تنفيذ الشرط المتفق عليه من قيام البنك ببيع الأسهم وفاء للمديونية المستحقة على الطاعن دون توقف على قبوله وإذ كان البنك لم يفعل فإنه يكون قد أخطأ بعدم بيع الأسهم مما أصاب الطاعن بأضرار جسيمة ومن ثم كانت الدعوى. وبتاريخ ٢٠١٠/٥/٣١ حكمت المحكمة برفض الدعوى. استأنف الطاعن هذا الحكم بالاستئناف رقم ٨١٨ لسنة ٢٠١٠ تجاري أبوظبي، وبتاريخ ٢٠١٠/٨/٢٤ قضت المحكمة بالتأييد. طعن الطاعن في هذا الحكم بطريق النقض بالطعن المائل، وعُرض الطعن على هذه المحكمة في غرفة مشورة فحددت جلسة لنظره.

وحيث إن حاصل ما ينهه الطاعن بأسباب طعنه التسعة على الحكم المطعون فيه الخطأ في تطبيق القانون والقصور في التسبيب والفساد في الاستدلال والإخلال بحق الدفاع، ذلك بأنه قضى بتأييد الحكم الابتدائي برفض الدعوى على سند من أنه لا تثريب على البنك المطعون ضده إن لم يستعمل حقه المقرر قانوناً في بيع الأسهم المرهونة لديه طبقاً للمادة ١٧٤ من قانون المعاملات التجارية باعتبار أن الجواز ينافي الضمان وأن الطاعن لم يجب على إخطار المطعون ضده له في ٢٠٠٨/١/٢٠ و٢٠٠٨/٥/١٨ بالوفاء بالدين بعد أن بلغت قيمة أسهمه قيمة تزيد على مبلغ دينه، دون أن يفتن الحكم إلى أن الأمر لا يتعلق باستعمال المطعون ضده لحقه في بيع الأسهم وإنما هو التزام قانوني عليه باتخاذ الوسائل اللازمة للمحافظة على الأسهم المرهونة وصيانتها من تدني قيمتها في الأسواق، كما أنه التزام على البنك باعتباره وكيلاً عن الطاعن ملتزماً بالمحافظة على حقوقه ويسأل في حالة تقصيره وإهماله عن تعويض الأضرار الناجمة عن ذلك، والالتزام طبقاً للأعراف السائدة في مجال العمل المصرفي بالقيام بكل ما من شأنه رعاية مصالح العميل وإلا كان مسؤولاً عن جبر الضرر الذي يلحق بالعميل من جراء نقص قيمة الأسهم المرهونة، والالتزام بعدم التعسف في استعمال الحق باعتباره شخصاً اعتبارياً محترفاً في مجال الأعمال المصرفية ومن ذوي الخبرات العملية في عملية التداول في سوق الأسهم. وقد تمسك الطاعن أمام محكمة الاستئناف بأن بيع الأسهم من التزامات المطعون ضده بموجب اتفاقية تسوية المديونية المؤرخة ٢٠٠٧/٩/١١ والتي نتج عنها عقد رهن الأسهم لدى البنك رهناً حيازياً وتحرير وكالة خاصة غير قابلة للإلغاء فوض فيها البنك في بيع الأسهم في سوق أبوظبي ودبي وقبض قيمتها وأرباحها مع تعهد وإقرار مصدق عليه بمنح المطعون ضده الحق في بيع الأسهم في حال عدم التزام الطاعن بالبيع عن تحقيق الأسهم لأعلى مستوى، وبأن الطاعن لا يعد تاجرًا محترفاً إذ إنه لا يعمل في تداول الأسهم كتاجر محترف كما لا يستطيع التصرف في الأسهم المرهونة للبنك رهناً حيازياً إلا بعد موافقة البنك ومن ثم فإن يده مغلوطة عن التصرف فيها إلا أن الحكم لم يرد على هذا الدفاع. وعلى الرغم من أن تقرير الخبرة قد خلص إلى أن البنك لو قام ببيع الأسهم عند بلوغها أعلى قيمة بتاريخ ٢٠٠٨/١/١٥ لكان الطاعن قد أوفى مديونته وتبقى له فائض يزيد على ثمانية وستين مليون درهم لصالحه إلا أن الحكم المطعون فيه اطرَح نتيجة التقرير وانتهى إلى تأييد الحكم الابتدائي مع أن محكمة الموضوع لا تستطيع اطراحه بمجرد إبداء رأيها في مسألة فنية ودون الرد عليه

بتقرير فني آخر، وكل ذلك يعيب الحكم ويستوجب نقضه.

وحيث إن هذا النعي في جملته مردود، ذلك أنه من المقرر - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - أن لمحكمة الموضوع السلطة التامة في تحصيل وفهم الواقع في الدعوى وتقدير الأدلة والمستندات المقدمة فيها والموازنة فيما بينها دون رقابة عليها في ذلك من محكمة النقض مادام أنها تقيم قضاءها على أسباب سائغة وكافية لحمله ولا مخالفة فيها للقانون أو للثابت في الأوراق، كما أن لها كامل السلطة في تفسير المحررات التي تقدم إليها لاستنباط حقيقة الواقع فيها وتكييفها الصحيح ولا رقابة لمحكمة النقض عليها فيما تراه مادام الرأي الذي انتهت إليه سائغاً ولا خروج فيه على المعنى الظاهر لها في جملتها ومتفقاً مع ما هو ثابت بالأوراق، كما أن استخلاص توافر الخطأ أو التقصير الموجب للمسؤولية أو نفيه هو من مسائل الواقع التي تدخل في سلطة محكمة الموضوع بلا معقب عليها مادام استخلاصها سائغاً. كما أنه من المقرر أنه لمحكمة الموضوع - في حدود سلطتها التقديرية - أن تأخذ بتقرير الخبير أو طرحه باعتبار أن تقدير عمل أهل الخبرة متروك لتقديرها وأنها لا تقضي إلا على أساس ما تطمئن إليه. وكان النص في المادة ١٧٤ من قانون المعاملات التجارية على أنه: "إذا نقص سعر الشيء المرهون في السوق بحيث أصبح غير كاف لضمان الدين جاز للدائن أن يعين للراهن ميعاداً مناسباً لتكملة الضمان، فإذا رفض الراهن ذلك أو انقضى الميعاد المحدد دون أن يقوم الراهن بتكملة الضمان جاز للدائن أن يطلب بيع الشيء المرهون ولو لم يحل أجل الاستحقاق وذلك باتباع الإجراءات المنصوص عليها في المادة ١٧٢"، مؤداه أن الحقوق التي خولتها هذه المادة للدائن المرتهن - البنك المطعون ضده - هي حقوق أجازت له استعمالها إن شاء ذلك، شأنها شأن تلك الحقوق المنصوص عليها في المادة ١٧٥ من ذات القانون. وكان النص في المادة ١٠٤ من قانون المعاملات المدنية على أن: "الجواز الشرعي ينافي الضمان فمن استعمل حقه استعمالاً مشروعاً لا يضمن ما ينشأ عن ذلك من ضرر"، مؤداه - وعلى ما جاء بالمذكرة الإيضاحية لهذا القانون - هو أنه لا يترتب على شخص ضمان بسبب فعله أو عدم فعله شيئاً إذا كان ذلك منه جائزاً شرعاً، لأن تسويق الشارع ذلك الفعل أو الترك يقتضي رفع المسؤولية عنه وإلا لم يكن جائزاً. لما كان ذلك، وكان الثابت من المستندات المقدمة من البنك المطعون ضده والمرفقة بمذكرته المقدمة لمحكمة أول درجة بجلسة ١٠/٥/٢٠١٠ أن البنك قد وجه كتاباً مؤرخاً ٢٠/١/٢٠٠٨ إلى الطاعن يطالبه فيه ببيع الأسهم المرهونة وسداد رصيد كامل المديونية خلال ثلاثين يوماً، إلا أن الطاعن رد على البنك بكتاب مؤرخ ٢٠٠٨/٢/٧ طالباً إمهاله حتى نهاية إبريل ٢٠٠٨ مع فك الرهن عن الأسهم لدى سوقي أبوظبي ودبي المالين من أجل سرعة عمل اللازم إذا ما قرر بيعها تجنباً لأي خسارة تنتج عن تقلبات السوق باعتبار أن إجراءات رفع الرهن تستغرق وقتاً. كما أن الثابت من كتاب البنك المؤرخ ١٨/٥/٢٠٠٨ إلى الطاعن يخطر فيه بأن قيمة الأسهم مازالت تزيد على رصيد المديونية وأنه يطلب منه بيع الأسهم وسداد رصيد المديونية بالكامل، إلا أن الطاعن قد رد على البنك بكتابه المؤرخ ٣٠/٦/٢٠٠٨ بأن سداد القرض مرتبط بسوق الأسهم الذي يشهد بعض الركود وأن مبادرته للسداد حالياً ستتسبب في تحمله لخسائر كبيرة وأنه يطلب من البنك تمديد مدة القرض لأربع سنوات

أخرى، وتقسيط السداد على سبعة أقساط متساوية مضافاً إليها فوائدّها وأن يتم دفع أول قسط من بداية القرض الجديد والباقي على ستة أقساط نصف سنوية ويقدم للبنك لقاء ذلك رهن عقارين قيمتهما خمسون مليون درهم كضمان إضافي وتأكيداً لحسن نيته في سداد القرض. وهذا المسلك من الطاعن ينبئ عن تشبّثه وتمسكه بطلبه عدم بيع البنك للأسهم لتستمر ضماناً لدى البنك لحين قيامه بسداد المديونية. لما كان ذلك، وكان الحكم المطعون فيه بعد أن عرض لواقعة الدعوى ومستنداتها أقام قضاءه بتأييد الحكم الابتدائي على ما مؤداه أن طلب الإذن من المحكمة ببيع الشيء المرهون إذا كان معرضاً للهلاك أو التلف أو النقص في القيمة أو أصبحت حيازته تستلزم نفقات باهظة وفقاً للمادة ١٧٥ من قانون المعاملات التجارية يعتبر مسألة جوازية وأن الجواز ينافي الضمان وأن مسؤولية البنك عن نشاطه المصرفي لا تقوم إلا بتوافر أركان المسؤولية من خطأ وضرر وعلاقة سببية تربط بينهما، وأن انتفاء ركن الخطأ تنتفي معه المسؤولية، وأن المقرر قانوناً أنه إذا خول القانون لشخص رخصة في استعمال حق فإنه عندما لا يستعمل هذا الحق لا يكون مسؤولاً عن عدم استعماله لهذه الرخصة، كما أن البنك قد بادر إلى توجيه خطاب للطاعن في ٢٠/١/٢٠٠٨ و ١٨/٥/٢٠٠٨ يخطر فيه بالسداد وأن قيمة أسهمه المرهونة تزيد على قيمة مديونيته تجاه البنك الذي طلب منه بيعها وسداد مديونيته إلا أن الطاعن لم يستجب لهذا الإخطار على الرغم أنه تاجر ذو خبرة في عملية تداول الأسهم ولو أنه نفذ ما ورد في خطاب البنك لسدد كافة ديونه وان تقاعسه عن ذلك لا يرتب أي مسؤولية في جانب البنك. كما أضاف الحكم المطعون فيه أنه لا يعيب الحكم المستأنف التفاته عن تقرير الخبرة مادامت مسؤولية المطعون ضده غير ثابتة. وإذا كان هذا الذي فهمه الحكم المطعون فيه وقرره سائغاً ومقبولاً وله أصله الثابت بالأوراق ويكفي لحمل قضاؤه ومما يدخل فيما لمحكمة الموضوع من سلطة التقدير فيه، فإن النعي عليه بما جاء بأسباب الطعن يكون على غير أساس. ولما تقدم يتعين رفض الطعن.

الرئيس : المستشار/ يوسف عبد الحليم الهته - رئيس الدائرة.

الأعضاء : المستشار / البشري الشوربجي

المستشار / نبيل عمران .

٢٥ ت - (الطعن رقم ١٥١ لسنة ٢٠١٠ س ٥ ق. أ) جلسة ٢٠١١/١/٦ (تجاري)

(١) محكمة الموضوع "سلطتها". إثبات "خبرة". حكم "تسبيبه. تسبيب غير معيب". نقض "أسباب الطعن بالنقض. ما لا يقبل منها".

■ سلطة محكمة الموضوع في الأخذ بأي من تقارير الخبراء المنتدبين في الدعوى دون الأخرى. متى اطمأنت إلى أنه يكفي لتكوين عقيدتها.

■ التناقض بين تلك التقارير. لا يوجب على المحكمة اللجوء إلى خبرة جديدة. ما دام في استطاعتها استخلاص الحقيقة من تلك التقارير وترجيح إحداها على الآخرين. علة ذلك ؟

■ أخذ المحكمة بأحد تلك التقارير. لا يلزمها بالرد بأسباب خاصة على ما ورد في التقرير الذي لم تأخذ به. أخذاً بالتقرير الأول. مفاده : أنها لم ترى في التقرير الآخر ما ينال من صحة التقرير الذي اطمأنت إليه. مثال.

(٢) محكمة الموضوع "سلطتها" "نظرها الدعوى والحكم فيها". حكم "تسبيبه. تسبيب غير معيب". نقض "أسباب الطعن بالنقض. ما لا يقبل منها". إثبات "خبرة".

■ وجوب إحاطة المحكمة بوقائع الدعوى وظروفها عن بصر وبصيرة. وتكييفها التكييف الصحيح ووصفها وإنزال الحكم الصحيح للقانون عليها.

■ تحقيق عناصر الدعوى وبيان وجه الحق فيها ووصف الرابطة القانونية بين الخصوم وبيان العلاقة العقدية بينهم وتفسير العقود والمستندات وتمحيص الأدلة والموازنة بها. هي من الأعمال القانونية التي تدخل في صميم عمل القاضي التي لا يجوز له أن يتخلى عنها أو يغوص فيها سواه.

■ حق القاضي في الاستعانة بأهل الخبرة في المنازعات التي تحتاج الأمور الفنية فيها إلى مشورة أهل الخبرة. مثال.

■ وقوف مهمة الخبير عند هذا الحد. دون التطرق إلى المسائل القانونية. ولو صرح له القاضي بذلك. علة ذلك ؟ مثال.

■ تطرق الخبير لمسألة قانونية. مؤداه : عدم جواز استناد القاضي إلى ما تطرق إليه الخبير منها. وعليه بحث تلك المسألة وإنزال حكم القانون عليه.

(٣) عقد "أركانه". حكم "تسبيبه. تسبيب غير معيب". نقض "أسباب الطعن بالنقض. ما لا يقبل منها". بطلان. محكمة الموضوع "سلطتها". شركات.

■ شروط صحة العقد. ماهيتها في الشريعة والقانون؟

■ الشركة التجارية ماهيتها في معنى المادة الرابعة من قانون الشركات التجارية؟

■ انقضاء الشركة بفسخ عقدها أو بحلها وبطلانها. أثره : تسوية حقوق الشركاء قبل بعضهم البعض وفقاً لشروط عقد الشركة . المادة التاسعة من ذات القانون. مثال.

٤ (محكمة الموضوع "سلطتها" "نظرها الدعوى والحكم فيها" . إثبات "بوجه عام" "خبرة". حكم "تسببيه . تسبیب غير معيب" . نقض "أسباب الطعن بالنقض. ما لا يقبل منها" . نظام عام .

■ تحصيل فهم الواقع في الدعوى وتقدير أدلتها والموازنة بينها ومنها تقارير الخبراء. موضوعي. ما دام سائغاً. مثال.

٥ (دعوى " المصلحة والصفة في الدعوى " . حكم " تسببيه . تسبیب غير معيب" . نقض "أسباب الطعن بالنقض. ما لا يقبل منها" .

■ المصلحة مناط الدعوى والطلب. سواء عند رفعها أو عند الطعن على الحكم الصادر فيها .

■ معيار المصلحة سواء كانت حالة أو محتملة. أن يكون الحكم أو الإجراء قد أضر بالطاعن.

■ المصلحة النظرية البحث. التي لا يجنى من ورائها نفعاً. لا تكفي لقيام ركن المصلحة. مثال.

■ إغفال المحكمة لطلب موضوعي مطروح عليها على نحو واضح وجازم . إغفالاً كلياً عن غلط أو سهو. دون أن يرد في شأنه في أسباب الحكم أو منطوقه قضاءً صريحاً أو ضمني . مؤداه : بقاؤه معلقاً أمامها. على صاحب المصلحة العودة إليها للفصل فيها على النحو المقرر في المادة (١٣٩) إجراءات مدنية . مثال .

■ عدم جواز الطعن على الحكم لهذا السبب.

٦ (دعوى " نظرها والحكم فيها" . إجراءات " إجراءات نظر الدعوى " . محكمة الموضوع " نظرها الدعوى والحكم فيها" . محكمة الاستئناف " نظرها الدعوى والحكم فيها" . حكم " تسببيه . تسبیب غير معيب" . نقض "أسباب الطعن بالنقض . ما لا يقبل منها" . نظام عام . دفع " الدفع بعدم قبول طلب جديد" .

■ عدم جواز إبداء طلبات جديدة أمام الاستئناف . فإن أبديت يتعين على محكمة الاستئناف أن تقضي من تلقاء نفسها بعدم قبولها المادة (٣/١٦٥) إجراءات مدنية.

■ جواز إضافة الأجور والمرتبات وسائر الملحقات التي تستحق بعد تقديم الطلبات الختامية أمام المحكمة الابتدائية وما يزيد من التعويضات بعدم تقديمها إلى الطلب الأصلي. مثال.

■ عدم جواز تغيير سبب الطلب الأصلي أو الإضافة إليه.

■ الدفع بعدم قبول الطلبات الجديدة أمام الاستئناف . تعلقه بالنظام العام.

المحكمة

حيث ان الوقائع - على ما يبين من الحكم المطعون فيه وسائر الأوراق - تتحصل في ان المطعون ضده أقام الدعوى رقم ٢٤٧ لسنة ٢٠٠٩ تجاري كلي أبوظبي على الطاعن بطلب الحكم بالزامه بتقديم الحسابات المنتظمة والدفاتر المعتمدة عن نشاط الاتفاقية المبرمة بينهما وذلك في الفترة منذ أول يناير ٢٠٠٨ وحتى الآن، وندب خبير حسابي لبيان حصته في ريع الأنشطة التي يباشرها الطاعن والمبينة بالصحيفة مع الزامه بأدائها بما يعادل المبلغ المدفوع منه من رأس المال ٠ على سند أنه بموجب اتفاقية استثمار مبرمة بينهما ، استلم منه الطاعن مبلغ ٣٠٠ الف درهم زيد الى ٤٠٠ الف درهم وذلك لاستثمارها في الأنشطة التي تباشرها مؤسسته وهي تجارة الزهور ونباتات الزينة والمواد الزراعية وأنشطة أخرى مختلفة ، وبذلك قامت شركة محاصة بينهما على ان يكون نصيبه في أرباح الشركة في حدود المبلغ المدفوع ، وكان نصيبه في الأرباح شهرياً في حدود ١٦ ألف درهم ، الا أنه ابتداء من شهر نوفمبر ٢٠٠٨ امتنع عن اعطائه نصيبه في الأرباح مما حدا به الى إقامة الدعوى ٠ أقام الطاعن دعوى متقابلة على المطعون ضده يطلب الحكم ببطالان شرط الأسد الذي تضمنه عقد الاستثمار موضوع الدعوى والذي نص في البند الخامس منه على إعفاء المطعون ضده من تحمل نصيبه من الخسارة التي تتكبدها المؤسسة ، انتدبت المحكمة خبيراً في الدعوى وبعد ان قدم تقريره ، اعترض عليه الطرفان ، فانتدبت المحكمة لجنة من ثلاثة خبراء محاسبين لأداء المأمورية المبينة بمنطوق حكمها ، الا ان الطاعن لم يسدد نصيبه في أمانة الخبرة ، فقضت المحكمة بسقوط حقه من التمسك بالحكم التمهيدي، وانتدبت خبيراً آخر في الدعوى قدم تقريره، طلب المطعون ضده الحكم بصحة وتثبيت الحجز التحفظي الموقع على أموال الطاعن ٠ وبتاريخ ١٤/١/٢٠١٠ وبعد ان ضمت المحكمة الدعوى رقم ٥٤٤ لسنة ٢٠١٠ تجاري كلي أبوظبي والتي كان قد أقامها المطعون ضده ضد الطاعن بطلب الحكم بصحة وتثبيت الحجز التحفظي ٠ حكمت في الدعوى الأصلية بالزام الطاعن بأن يؤدي الى المطعون ضده مبلغ ٥١٤١٦٠ درهم ورفضت ما عدا ذلك من طلبات ٠ وفي الدعوى المتقابلة برفضها ، وفي الدعوى المضمومة بفصلها عن الدعوى الأصلية ووقفها تعليقاً لحين الفصل في الاستئناف في التظلم رقم ١٩ لسنة ٢٠١٠ بحكم بات ٠ استأنف الطاعن هذا الحكم بالاستئناف رقم ٧١٦ لسنة ٢٠١٠ ، كما استأنفه المطعون ضده بالاستئناف رقم ٧٣١ لسنة ٢٠١٠ استئناف أبوظبي ٠ وبتاريخ ٢٤/٨/٢٠١٠ قضت المحكمة ٠

أولاً : في الاستئناف رقم ٧١٦ لسنة ٢٠١٠ برفضه ٠ ثانياً : في الاستئناف رقم ٧٣١ لسنة ٢٠١٠ بتعديل

الحكم المستأنف وذلك برفع المبلغ المحكوم الى مبلغ ٥٤٠٣٨٣ درهم . طعن الطاعن في هذا الحكم بطريق النقض، وعرض الطعن على هذه المحكمة في غرفة مشورة فحددت جلسة لنظره .

وحيث ان الطاعن ينعي بالسبب الأول على الحكم المطعون فيه الخطأ في تطبيق القانون والقصور في التسبب ، ذلك انه أقام قضاءه على تقرير الخبير الحسابي حسن على المرزوقي دون التقرير الآخر المعدل من قبل الخبير محمد عبده نصير ولم يورد في أسبابه سبب اطراحه رغم تعارض واختلاف النتائج التي انتهى اليها التقريران مما يعيبه ويستوجب نقضه .

وحيث ان هذا النعي في غير محله ، ذلك انه من المقرر انه اذا تعددت تقارير الخبراء فللمحكمة ان تأخذ بما تطمئن اليه منها ، ما دامت وجدت في تقرير أحد الخبراء ومن القرائن الأخرى ما يكفي لتكوين اقتناعها بالرأي الذي انتهت اليه، إذ ان التناقض بين تلك التقارير لا يوجب عليها ان تلجأ الى اجراءات خبرة جديدة لازلته ما دام في وسعها استخلاص الحقيقة من تلك الخبرات وترجيح احداها على الأخرى، ذلك ان تقدير عمل أهل الخبرة والموازنة بين آرائهم فيما يختلفون فيه مما تستقل به محكمة الموضوع، ولا يعيب حكمها ان لا ترد بأسباب خاصة على ما ورد بالتقرير الأول إذ أخذها بالتقرير الثاني مما يفيد ان المحكمة لم ترفي التقرير الأول ما ينال من صحة تقرير الخبير الذي اطمأنت اليه وأخذت به . لما كان ذلك وكانت محكمة أول درجة انتدبت الخبير محمد عبده نصير وبعد ان قدم تقريره اعترض عليه الطرفان وطلبا ندب خبير آخر أو لجنة ثلاثية، فانتدبت المحكمة لجنة ثلاثية من الخبراء ، إلا ان الطاعن لم يسدد نصيبه في أمانه الخبرة، فندبت الخبير حسن على المرزوقي والذي بحث نقاط الاختلاف التي أثارها الخصوم على التقرير الأول، ورأت المحكمة ان تقريره جاء شاملاً ومفصلاً لكل النقاط التي أثارها الخصوم وأقيم على أسس سليمة واطمأنت اليه وأخذت به ، فإن ما يثيره الطاعن بسبب النعي لا يعدو ان يكون جدلاً في تقدير محكمة الموضوع للدليل مما لا يجوز اثارته أمام محكمة النقض وبالتالي يكون غير مقبول .

وحيث ان الطاعن ينعي بالسبب الثاني على الحكم المطعون فيه مخالفة القانون والخطأ في تطبيقه ، ذلك ان محكمة أول درجة ندبت خبيراً في الدعوى لبحث طبيعة العلاقة القانونية التي تربط بين طرفي التداعي وإجراء المحاسبة بينهما وهي مسألة قانونية من صميم عمل المحكمة ولا يجوز لها التخلي عنها للخبير، وإذ كيف الخبير العلاقة بينهما انها عقد استثمار وأخذت المحكمة بما انتهى اليه الخبير في تقريره فإن حكمها يكون معيباً بما يستوجب نقضه .

وحيث ان هذا النعي غير سديد ، ذلك انه يتعين على محكمة الموضوع عند الفصل في الدعوى ان تتفهمها على ضوء وقائعها واعطاؤها وصفها ، وان تكييفها التكييف القانوني الصحيح لها وان تنزلة على الواقعة المطروحة عليها ، كما ان تحقيق عناصر الدعوى وبيان وجه الحق فيها ومدى أحقية الخصوم في طلباتهم ووصف الرابطة بين الخصوم وبيان العلاقة العقدية بين الطرفين وتفسير المستندات وتمحيص ما يقدم من أدلة

والموازنة بينها هو من صميم ولاية القاضي ولا يجوز له ان يتخلّى عنها لسواه أو يفوض فيها غيره، الا انه في الدعاوى التي تثير نزاعاً في أمور فنية بحته تقصر معارف القاضي العامة عن الالمام بها يكون له الاستعانة بمشورة خبير وتقف مهمة الخبير عند هذا الحد ودون التطرق الى المسائل القانونية حتى لو صرح له القاضي بذلك لأنه لا يملك تفويض غيره فيما هو من صميم ولايته ، فإذا ما تطرق الخبير لمسألة قانونية لم يكن للقاضي الاستناد الى هذا التقرير فيما تطرق اليه منها وتعين عليه القيام بواجبة بحث هذه المسألة وتقرير حكم القانون لها . لما كان ذلك وكانت المحكمة قد ندبت خبيراً في الدعوى للاطلاع على أوراق الدعوى وما بها من مستندات وتقرير الخبير السابق ندبه والاعتراضات الواردة على التقرير وما يقدمه له الطرفان من مستندات والانتقال الى مقر مؤسسة زهور دبي ملك الطاعن والاطلاع على كافة قيودها وسجلاتها لبيان طبيعة العلاقة بين طرفي التداعي واجراء المحاسبة الشاملة بين الطرفين ، وكذلك بيان ما اذا كانت المؤسسة حققت أرباحاً ونصيب المطعون ضده منها في ضوء البند الخامس من الاتفاقية ٠٠٠ الخ ومن ثم فإن تكليف الخبير بالاطلاع على المستندات والقيود المحاسبية وسجلات المؤسسة لبيان طبيعة العلاقة بين الطرفين وإجراء المحاسبة الشاملة على ضوء ما ورد بالاتفاقية، لا يعد من قبيل المسائل القانونية ، ولا ينطوي ذلك على تخل من المحكمة عن أي من مهامها الى الخبير ، وانما ذلك مجرد إجراء من اجراءات الخبرة حتى تتمكن المحكمة على ضوءه من تكييف العلاقة بين الطرفين، وكانت المحكمة قد كيفت العلاقة بينهما بأنها اتفاقية استثمار في نشاط المؤسسة التي يملكها الطاعن وان هذا العقد هو الذي يحكم العلاقة بين الطرفين ومن ثم يضحى النعي على الحكم بهذا السبب لا أساس له .

وحيث ان الطاعن ينعي بالسبب الثالث والوجه الأول من السبب الرابع على الحكم المطعون فيه البطلان لمخالفته أحكام الشريعة الاسلامية ، ذلك ان عقد الاستثمار المبرم بينه وبين المطعون ضده اشترط حصوله على المبلغ الذي دفعه للاستثمار في نشاط المؤسسة المملوكة للطاعن مع إعفائه من الخسارة وان يحرر له شيكاً بالمبلغ ، وان يحصل على نسبة من الأرباح شهرياً ومؤدى ذلك ان العقد المبرم بينهما هو عقد قرض، وكان الثابت ان المبلغ الذي حصل عليه في صورة أرباح بلغ ٥٠٠، ٢٣٢ درهم شهرياً وهو ما يزيد على الحد الأقصى للفائدة القانونية ويعد ضرباً من ضروب الفائدة المحرمة شرعاً " ربا " وإذ قضى به الحكم المطعون فيه فإنه يكون باطلاً بما يستوجب نقضه .

وحيث ان هذا النعي في غير محله ، ذلك ان من المقرر شرعاً وقانوناً أنه يلزم لصحة العقد ان يرد على محل قابل لحكمه وان يكون له غرض قائم وصحيح ومشروع وأوصافه صحيحة ولم يقترب به شرط مفسد له بحيث اذا اختل ركنه أو محله أو الغرض منه فإنه يبطل ولا يترتب عليه أثر ولا ترد عليه الاجازة ولكل ذي مصلحة ان يتمسك ببطلانه وللقاضي ان يحكم به من تلقاء نفسه . وكان من المقرر وعلى ما تفيد المادة الرابعة من قانون الشركات التجارية ان الشركة عقد يلتزم بمقتضاه شخصان أو أكثر بأن يسهم كل منهم في مشروع اقتصادي يستهدف الربح وذلك بتقديم حصة من مال أو عمل واقتسام ما ينشأ عن المشروع من ربح أو خسارة . كما ان

مفاد المادة التاسعة من ذات القانون على انه اذا طلب أحد الشركاء في الشركة انقضاءها أو فسخ عقدها لأي سبب من أسباب الانتفاء أو الفسخ المشار اليه في قانون الشركات التجارية ، فإنه يترتب على القضاء بطلها أو بطلانها ان تتبع في تسوية حقوق الشركاء قبل بعضهم البعض شروط العقد ، لما كان ذلك وكان الخبير المنتدب في الدعوى قد انتهى في تقريره ان نسبة مساهمة المطعون ضده في رأس المال هي ٢٧٪ واحتسب الأرباح التي حققتها المؤسسة، كما احتسب نصيبه في تلك الأرباح بنسبة مساهمته في رأس مالها، وكان المطعون ضده لم يشترط في العقد نسبة محددة من الفوائد وإنما اشترط الحصول على نصيبه في أرباح المؤسسة بنسبة مساهمته في رأس مالها فإن العقد يكون له غرض قائم وصحيح ومشروع وأوصافه صحيحة ولم يقترن بشرط مفسد ومن ثم يكون النعي على غير أساس .

وحيث ان الطاعن ينعي بالسبب الرابع على الحكم المطعون فيه الخطأ في تطبيق القانون والقصور في التسبيب ، ذلك ان نص البند الخامس من العقد المبرم بينهما تقضي باستحقاق المطعون ضده نسبة من صافي الأرباح التي حققها المبلغ المدفوع منه وليس كامل الأرباح كما قدرها الخبير، كما ان الخبير لم يأخذ بالميزانيات الثلاث التي أعدها مدقق الحسابات والتي أسفرت عن وجود خسائر محققة للمؤسسة المملوكة للطاعن ، وانها لم تحقق أرباحا وان الأرباح التي قدرها الخبير غير حقيقية وان النتائج التي توصل اليها تخالف الواقع وجاءت بصورة جزافية، وإذ عول الحكم في قضائه على تقرير الخبير فإنه يكون معيباً بما يستوجب نقضه .

وحيث ان هذا النعي في غير محله ، ذلك ان لمحكمة الموضوع السلطة التامة في تحصيل فهم الواقع في الدعوى والترجيح بين البيّنات وتقدير الأدلة والموازنة بينها والأخذ بدليل دون آخر وفي تقدير تقارير الخبراء والأخذ بما تطمئن اليه منها باعتبارها عنصراً من عناصر الاثبات التي تخضع لتقديرها، ولا تثريب عليها ان هي التفتت عن تقرير خبير استشاري قدمه الخصوم ما دامت لم تقتنع به . لما كان ذلك وكان الخبير المنتدب قد انتقل الى مقر المؤسسة العائدة للطاعن وقام بدراسة المستندات المقدمة منه ومنها كشوف حسابات البنوك وتبين له انه لا توجد دفاتر أو سجلات محاسبية منتظمة وان الطاعن كلف مكتب محاسبة خارجي بعمل قوائم مالية عن الفترة من ١/١٢/٢٠٠٦ وحتى ٣١/٣/٢٠٠٩ بعد ان أقام المطعون ضده الدعوى والتي أظهرت ان المؤسسة قد حققت خسائر ، وان تلك الميزانيات لم تكن معدة بناء على قيود حسابية متسلسلة وانه لا توجد دفاتر يومية أو استاذ للاعتماد عليها في اعداد تلك الميزانيات وكشوف حسابات بالمبالغ المحصلة نقدا من المبيعات أو الشيكات وان المحاسب الخارجي أعدها بناء على البيانات التي قدمها له الطاعن ، وان الاتفاقية نصت على حصول المطعون ضده على نسبة من الأرباح شهرياً على ان يستوفي حقه كاملاً عند نهاية كل شهر دون تأخير ودوم مساس بأصل المبلغ ، وكان الخبير ومن بعده المحكمة لم تطمئن الى تلك الميزانيات ، فقام الخبير بعمل تحاليل ومقارنات بين أسعار الشراء وأسعار البيع واحتسب للطاعن نسبة من أرباح المؤسسة توازي نسبة مساهمته في رأس المال . وكانت المحكمة قد اطمأنت الى تقرير الخبير المنتدب وأخذت به ، ومن ثم يضحى النعي جداً في سلطة محكمة الموضوع في تقدير الدليل مما لا يجوز اثارته أمام محكمة النقض .

وحيث ان الطاعن ينعي بالسبب الخامس على الحكم المطعون فيه مخالفة القانون والخطأ في تطبيقه والقصور في التسبب ذلك انه تمسك ببطلان عقد الشركة الذي أعفى المطعون ضده من تحمل الخسائر، وببطلان نص المادة الخامسة منه والتي تعطيه الحق في الأرباح دون المساس بأصل المبلغ المدفوع منه ، كما طلب الطاعن الزام المطعون ضده برد شيك الضمان بالمبلغ الذي دفعه الطاعن والذي انتهى الخبر في تقريره بعد تصفية الحساب بين الطرفين الى الزامه برده وإذ أغفل الحكم ذلك وأقام قضاءه على ان عقد الاستثمار المبرم بينهما بما تضمنه من شروط صحيحة ونافذة ملزمة لأطرافه لعدم مخالفتها لأحكام القانون والنظام العام فإنه يكون معيباً بما يستوجب نقضه .

وحيث ان هذا النعي غير مقبول، ذلك انه من المقرر ان قاعدة المصلحة مناط الدعوى وفق ما تقضي به المادة الثانية من قانون الاجراءات المدنية تطبيق في الدعوى حال رفعها أو عند الطعن على الحكم استئنافاً أو نقضاً ، ومعيار المصلحة الحق سواء كانت حالة أو محتملة إنما هو كون الحكم أو الاجراء المطعون عليه قد أضر بالطاعن حين قضى برفض طلباته أو أبقي على التزامات يريد التحلل منها أو حرمة من حق يدعيه ولا يكفي مجرد توافر مصلحة نظرية بحته له متى كان لا يجني أي نفع من ورائها . لما كان ذلك وكان الخبر المنتدب قد انتهى في تقريره وفقاً لما سبق سرده في الرد على سبب النعي السابق ان المؤسسة المملوكة للطاعن لم تحقق أية خسائر خلال فترة المشاركة وأنها حققت أرباحاً ، وأنه وفقاً للمادة التاسعة من قانون الشركات انه يترتب على القضاء بحل الشركة أو بطلانها ان تتبع في تسوية حقوق الشركاء قبل بعضهم البعض شروط العقد وهو ما طبقه الحكم المطعون فيه وبالتالي فإن النعي بهذا الوجه أياً كان وجه الرأي فيه لا يحقق للطاعن سوى مصلحة نظرية بحته وبالتالي غير منتج وكان النص في المادة ١٣٩ من قانون الاجراءات المدنية يدل على ان اغفال المحكمة لطلب موضوعي مطروح عليها على نحو واضح جازم، إغفالاً كلياً عن غلط أو سهو دون ان يرد في شأنه في أسباب الحكم أو منطوقه قضاء صريح أو ضمني يجعله باقياً معلقاً أمامها ، ويتعين العودة الى المحكمة التي أصدرت الحكم بالوسيلة التي حددها النص للفصل فيما أغفلت الفصل فيه ، فإذا طعن في الحكم لهذا السبب كان الطعن غير جائز لتعلق ذلك بالنظام العام . لما كان ذلك وكان البين من مدونات الحكم الصادر من محكمة أول درجة ان المحكمة قد أغفلت الحكم في طلب الطاعن بالزام المطعون ضده برد الشيك الذي اعطاه الطاعن للمطعون ضده بمبلغ ٤٠٠ الف درهم ، ولم يقض فيه بقضاء صريح أو ضمني وإذ طعن الطاعن لاغفال هذا الطلب فإن طعنه بهذا الوجه يكون غير جائز .

وحيث ان الطاعن ينعي بالسبب السادس على الحكم المطعون فيه الخطأ في تطبيق القانون ، ذلك انه قضى للمطعون ضده بالأرباح المستحقة عن الفترة من ١/٤/٢٠١٠ حتى ٣٠/٦/٢٠١٠ برغم انه لا يجوز المطالبة بها أمام محكمة الاستئناف باعتبار أنها ملحقات استحققت قبل تقديم المطعون ضده الطلبات الختامية أمام محكمة أول درجة ، وقد قضى الحكم الابتدائي بتاريخ ١٢/٥/٢٠١٠ بفسخ عقد الاستثمار ومن ثم لا يجوز القضاء للمطعون ضده بالأرباح بعد ذلك التاريخ مما يعيب الحكم ويستوجب نقضه .

وحيث ان هذا النعي غير سديد ، ذلك ان النص في المادة ١٦٥ / ٣ من قانون الاجراءات المدنية على ان " ولا تقبل الطلبات الجديدة في الاستئناف وتقضي المحكمة من تلقاء نفسها بعدم قبولها ، ومع ذلك يجوز ان يضاف الى الطلب الأصلي الأجور والمرتبات وسائر الملحقات التي تستحق بعد تقديم الطلبات الختامية أمام المحكمة الابتدائية وما يزيد من التعويضات بعد تقديم هذه الطلبات ، وكذلك لا يجوز مع بقاء موضوع الطلب الأصلي على حالة تغيير سببه والاضافة اليه " يدل على ان المشرع اعتبر الدفع بعدم قبول طلبات جديدة أمام محكمة الاستئناف متعلقاً بالنظام العام وأوجب على تلك المحكمة اذا ما تبينت ان المعروض عليها هو طلب جديد أن تحكم تلقاء نفسها بعدم قبوله ، الا ان يكون هذا الطلب في حدود الاستثناء الوارد في الفقرة الثالثة من المادة سالفة البيان . لما كان ذلك وكان المطعون ضده أقام دعواه بالزام الطاعن بأداء حصته في ريع الأنشطة التي شاركه فيها بما يعادل المبلغ المدفوع منه في رأس مال هذه الأنشطة . وقضت محكمة أول درجة بالزام الطاعن بالمبلغ المتبقي له من الأرباح حتى ٢٠١٠ / ٣ / ٣١ تاريخ اعداد الخبر لتقريره . وكان الطاعن والمطعون ضده قد استأنفا الحكم وقد طلب المطعون ضده الحكم له بما يستجد من أرباح طالما انه لم يتسلم من الطاعن المبلغ المسلم اليه قيمة نصيبه في رأسمال المؤسسة ، فقضى الحكم الاستئنافي بإضافة نصيبه في الأرباح وفقاً لما حددها الخبر المنتدب حتى ٢٠١٠ / ٦ / ٣٠ وبالتالي لا تعتبر المطالبة بما استجد من أرباح طلبات جديدة ، إذ ان لتلك الملحقات جذور أمام محكمة أول درجة ، وتعتبر بمثابة توابع لما قدم أمام أول درجة من طلبات بعد تقديم الطلبات الختامية أمام هذه المحكمة ، ومن ثم يكون النعي على غير أساس .

الرئيس : المستشار/ يوسف عبد الحليم الهتة – رئيس الدائرة.

الأعضاء : المستشار/ البشري الشوريجي

المستشار/ نبيل عمران .

٢٦ ت - (الطعن رقم ٤٥٤ لسنة ٢٠١١ س ٥ ق.أ) جلسة ٢٠١١/١٠/٢٦ (تجاري)

١ (محل تجاري " عناصره " . رخصة تجارية . مؤسسة فردية . حكم " تسببيه . تسبیب غير معيب " . نقض " أسباب الطعن بالنقض . ما لا يقبل منها " . عقد " عقد البيع " .

■ الاسم التجاري للمحل . ماهيته ؟

■ بيع المحل التجاري . اشتماله على العناصر المادية والمعنوية المخصصة لمزاولة النشاط التجاري . ما لم يتفق الطرفان على خلاف ذلك . أو يوجد في القانون ما يمنع انتقال الترخيص للمشتري .

■ ورود اسم شخص في الرخصة التجارية ليس دليلاً بمجردده على ملكيته للمنشأة التجارية .

■ اشتراط أن يكون مقدم طلب الترخيص للمؤسسة من مواطني الدولة . هو أن يتم حجز الإسم التجاري للمؤسسة لدى دائرة التنمية الاقتصادية وصورة من شهادة عضوية المؤسسة في غرفة تجارة وصناعة أبوظبي . أساس ذلك ؟

■ شروط ترخيص المؤسسات لغير المواطنين . ماهيتها في معنى المادة ٢٨ من القرار الإداري رقم ٢٥ لسنة ٢٠٠٨ بشأن تنظيم الأنشطة الاقتصادية وإصدار التراخيص الصادر استناداً للمادة رقم ١٨ من القانون رقم ٥ لسنة ١٩٩٨ بإنشاء دائرة التنمية الاقتصادية .

■ المقومات المعنوية للمحل التجاري هي عماد فكرته . ولكنها لا تلغي قيمة العناصر المادية التي لا غنى عنها له . مثال .

■ تحصيل فهم الواقع في الدعوى وتقدير أدلتها والموازنة بينها . موضوعي . ما دام سائغاً . مثال .

■ محكمة الموضوع غير ملزمة بتتبع الخصوم في كل مناحي دفاعهم للرد على كل منها على استقلال . ما دام قيام الحقيقة التي اقتصت بها وأوردت دليلها فيه الرد الضمني المسقط لتلك الأقوال . مثال .

٢ (إثبات " إقرار " . حكم " تسببيه . تسبیب معيب " . نقض " أسباب الطعن بالنقض . ما يقبل منها " .

■ الإقرار في معنى المادة ٥١ من قانون الإثبات . ماهيته ؟

■ متى يكون الإقرار قضائياً ومتى لا يكون كذلك ؟

■ شروط صحة الإقرار . ماهيتها ؟

المحكمة

حيث إن الوقائع - على ما يبين من الحكم المطعون فيه وسائر أوراق الطعن - تتحصل في أن الطاعن أقام الدعوى رقم ٢٩٩ لسنة ٢٠١٠ تجاري كلي العين على المطعون ضده بطلب الحكم بأحقية الطاعن في ملكية المحلات موضوع الدعوى وإحالة الدعوى إلى التحقيق ليثبت بكافة طرق الإثبات ملكيته للمحلات المذكورة وأنه من أنفق كافة المصاريف من ديكورات ومعدات وأجور عمال ورسوم إقامات وغيرها وأن المطعون ضده كان مجرد كفيل اسمي، وبيئاً لذلك قال إنه تم الاتفاق بينه وبين المطعون ضده على أن يقوم باستثمار مجموعة محلات في مدينة العين وأن يكون المطعون ضده مجرد كفيل اسمي لهذه المحلات مقابل ثلاثة آلاف درهم سنوياً عن كل محل، وبناء على ذلك تم استخراج الرخص التجارية وتسجيلها باسم المطعون ضده باعتبار أن قوانين الدولة لا تسمح بتسجيل بعض الرخص بأسماء غير المواطنين، وقام الطاعن بتجهيز وإعداد المحلات وهي (محل كوكتيل سمبريرو) بالمركز التجاري العين مول، وفرع لذات المحل بذات الاسم في المركز التجاري البوادي مول، وكذلك صالون للحلاقة باسم (كت آر أس) وسدد كافة نفقات تجهيزها من ديكورات ومعدات والضمان البنكي والضمان الصحي للعمال وأجورهم ورسوم الإقامات وغيرها، غير أن المطعون ضده طالب الطاعن منذ فترة بترك المحلات بزعم أنه صاحبها ومن ثم كانت الدعوى. وبعد أن أحالت المحكمة الدعوى إلى التحقيق واستمعت إلى شهود الطاعن حكمت بتاريخ ٢٨/٢/٢٠١١ بثبوت ملكية الطاعن لجميع العناصر المادية والمعنوية للمحلات التجارية موضوع الدعوى وذلك فيما عدا الرخص التجارية التي تظل باسم المطعون ضده. استأنف المطعون ضده هذا الحكم بالاستئناف رقم ٤٨ لسنة ٢٠١١ تجاري العين، كما استأنفه الطاعن بالاستئناف رقم ٥٢ لسنة ٢٠١١ تجاري العين، وبعد أن ضمت المحكمة الاستئناف الثاني للاستئناف الأول قضت بتاريخ ٢٨/٢/٢٠١١ في الاستئناف رقم ٤٨ لسنة ٢٠١١ بإلغاء الحكم المستأنف فيما قضى به من إثبات ملكية الطاعن للعناصر المعنوية للمحلات موضوع الدعوى وبالتأكيد فيما عدا ذلك، وفي الاستئناف رقم ٥٢ لسنة ٢٠١١ بالتأييد. طعن الطاعن في هذا الحكم بطريق التماس إعادة النظر تأسيساً على أن الحكم الملتبس فيه صدر بناء على غش وقع من الخصم بتقديمه لمستند مغاير للحقيقة هو المستند الصادر عن إدارة الجنسية والإقامة والذي يفيد أن إقامته بالبلاد بدأت في تاريخ ٢٤/٥/٢٠٠٣ مع أن حقيقة الواقع المؤيدة بالمستندات تثبت أنه يقيم بالدولة منذ عام ١٩٩٥، وبتاريخ ٤/١٠/٢٠١١ قضت المحكمة بعدم قبول التماس. طعن الطاعن في الحكم الاستئنافي الصادر بتاريخ ٢٨/٢/٢٠١١ بطريق النقض بالطعن الماثل، وعرض الطعن على هذه المحكمة في غرفة مشورة فحددت جلسة لنظره.

وحيث إن الطاعن ينعى بالأسباب الأول والثالث والرابع على الحكم المطعون فيه الخطأ في تطبيق القانون والقصور في التسبيب والفساد في الاستدلال، ذلك بأن الثابت من أوراق الدعوى ومستنداتها أن المطعون ضده لم يكن شريكاً في هذه المحلات سواء بالمال أو بالعمل ولم يقدم أي دليل على ذلك وأن ورود اسمه بالرخص التجارية هو مجرد قرينة بسيطة على أنه هو المالك وهي قرينة قابلة لإثبات العكس وأنه مجرد كفيل

اسمي للمحلات موضوع الدعوى والملوكة في حقيقتها للطاعن الذي أثبت بالمستندات أنه من كان يسدد كافة النفقات والمصاريف من ماله الخاص ومن حسابه الشخصي، كما أثبت الشهود الذين سمعهم محكمة أول درجة تلك الحقائق. وانتهى الحكم إلى أن الطاعن دخل دولة الإمارات العربية المتحدة بتاريخ ٢٤/٥/٢٠٠٣ بما يعني أن المحلات كانت مؤسسة بعناصرها المادية والمعنوية قبل دخوله البلاد، معولاً في ذلك على شهادة قدمها المطعون ضده صادرة عن إدارة الجنسية والإقامة، مع أن الثابت من المستندات أن الطاعن موجود في البلاد منذ عام ١٩٩٥، كما أن المطعون ضده لم يطلب الحكم بملكيته للمحلات، وأقام الحكم قضاءه بإلغاء ملكية الطاعن للعناصر المعنوية للمحلات على سند من أنه لم يدع أنه اشتراها ولم يطلب صحة ونفاذ البيع مع أن الطاعن يطالب منذ البداية بإثبات أحقيته في ملكية المحلات وفي هذا ما يغني عن ادعائه شراء المحلات فهو مالكة ولا يتصور أن يطلب أحداً شراء ماله، وكل ذلك يعيب الحكم ويستوجب نقضه.

وحيث إن هذا النعي في جملته مردود، ذلك بأنه من المقرر أن الاسم التجاري - وهو أحد العناصر المعنوية للمحل التجاري - هو كل اسم يزاوئ به التاجر النشاط التجاري ويقتصر حق استعماله على مالكة. وأن بيع المحل التجاري يشمل كأصل عام عناصره المادية والمعنوية المخصصة لمزاولة النشاط التجاري مثل الاتصال بالعملاء والسمعة والاسم التجاري وحق الإجارة والترخيص ما لم يتفق المتعاقدان على عكس ذلك أو يوجد في القانون ما يحول دون انتقال الرخصة التجارية للمشتري. وأنه ولئن كان مؤدى ورود اسم شخص معين في الرخصة التجارية للمؤسسة الفردية بحسب الأصل أنه المالك لها وبالتالي المسؤول عن التزاماتها، إلا أن هذا بمجرد لا ينهض دليلاً على ملكيته للمنشأة التي تباشر النشاط التجاري. وكان مما تشترطه المادة ٢٧ من القرار الإداري رقم ٢٥ لسنة ٢٠٠٨ بشأن تنظيم الأنشطة الاقتصادية وإصدار التراخيص - الصادر استناداً إلى المادة رقم (١٨) من القانون رقم ٥ لسنة ١٩٩٨ بشأن إصدار التراخيص في إمارة أبوظبي، والذي ألغاه القانون رقم ٢ لسنة ٢٠٠٩ بإنشاء دائرة التنمية الاقتصادية وقد نص هذا القانون في المادة ١٢ منه على أن: "يستمر العمل بالقرارات الصادرة تنفيذاً لأحكام القانون رقم ٥ لسنة ١٩٩٨ المشار إليه إلى حين صدور القرارات اللازمة لتنفيذ أحكام هذا القانون" - أن يكون مقدم طلب ترخيص المؤسسة من مواطني دولة الإمارات العربية المتحدة، وأن يتم حجز الاسم التجاري للمؤسسة لدى دائرة التنمية الاقتصادية، وصورة من شهادة عضوية المؤسسة في غرفة تجارة وصناعة أبوظبي. وكانت المادة ٢٨ من القرار المشار إليه قد أوضحت شروط ترخيص المؤسسات لغير المواطنين بأن تكون الرخصة في إحدى المجالات المهنية أو الحرفية البسيطة التي يجوز ممارستها من غير المواطنين، وتقديم صورة من عقد وكيل خدمات مع أحد مواطني الدولة على أن يكون العقد موثقاً لدى الكاتب العدل في الإمارة. وكان من المقرر أن المحل التجاري يشمل المقومات المعنوية مثل الاسم التجاري أو السمعة أو الاتصال بالعملاء، كما يشمل العناصر المادية ومنها الأدوات والمعدات والتجهيزات، وأنه ولئن كانت المقومات المعنوية هي عماد فكرة المحل التجاري إلا أن ذلك لا يعني إهدار العناصر المادية إذ لا يقوم المتجر إلا بتوافر بعض العناصر المعنوية التي توائم طبيعة التجارة أو الصناعة إلى جانب أحد

العناصر المادية التي لا غنى عنها لوجود المحل التجاري بحيث يستعصى قيام المحل التجاري مع تخلف هذا العنصر إذ بانتفائه يضحى المكان المؤجر خالياً. وكان من المقرر أن لمحكمة الموضوع السلطة التامة في تحصيل فهم الواقع في الدعوى وتقدير ما يقدم إليها من أدلة وقرائن والموازنة بينها وترجيح ما تطمئن إليه وحسبها أن تبين الحقيقة التي اقتنعت بها وأن تقيم قضاءها على أسباب سائغة تكفي لحمله وهي غير ملزمة بالبحث في كل قرينة يدلى بها الخصوم أو بتتبعهم في مختلف أقوالهم وحججهم أو الرد على كل منها استقلالاً مادام قيام الحقيقة التي اقتنعت بها وأوردت دليلها فيه الرد الضمني المسقط لتلك الأقوال والحجج. لما كان ذلك، وكان الحكم المطعون فيه قد أقام قضاءه بإلغاء الحكم المستأنف فيما قضى به من إثبات ملكية الطاعن للعناصر المعنوية للمحلات موضوع الدعوى - دون العناصر المادية - على أن المطعون ضده هو صاحب رخصة المحل سمبريرو - مؤسسة فردية - وأن الطاعن لم يدع أنه قام بشراء هذه الرخصة وإنما أقام دعواه على سند من أنه مستثمر لها، وإن الثابت من الوقائع وأقوال الشهود أن الطاعن هو المستثمر الفعلي للرخصة وأنه هو من قام بتجهيز المحلات وتجديد معداتها وأدواتها، إلا أنه ليس في كل ذلك ما يخوله تملك المحل من حيث عناصره المعنوية طالما أنه لم يدع شراء تلك المحلات. أما عن رخصة صالون الحلاقة (كت آر أس) فإنه ولئن كان المطعون ضده قد أقر بأنه مجرد كفيل رخصة لهذا المحل إلا أن الطاعن لم يدع أنه اشترى المحل كما لم يطلب إثبات صحة ونفاذ البيع ولم يقل إنه اتخذ إجراءات البيع المقررة قانوناً. وإذا كان مؤدى ما قاله الحكم هو أنه لا يجوز التنازل عن الترخيص وبيعه إلا ضمن تنازل أو بيع للمحل التجاري وفي حدود ما تسمح به القوانين النافذة لغير المواطنين، فإن ما ينعاه الطاعن على الحكم من عدم القضاء له بملكية العناصر المعنوية لرخصتي المحلين التجاريين يكون على غير أساس طالما أن الطاعن لا يدعي أن المطعون ضده قد باع له الرخصتين أو تنازل له عنهما وفي حدود ما تسمح به القوانين النافذة. ولا يغير من ذلك ما يثيره الطاعن بشأن أول تاريخ لدخوله الدولة ذلك أنه أيًا ما كان وجه الرأي في حقيقة هذا التاريخ فإنه لا يغير من النتيجة الصحيحة التي انتهى إليها الحكم المطعون فيه. لما كان ما تقدم، فإن الطعن يكون الطعن برمته يكون على غير أساس.

وحيث إن الطاعن ينعى بالسبب الثاني على الحكم المطعون فيه الخطأ في تطبيق القانون ومخالفة الثابت بالأوراق، ذلك بأن المطعون ضده أقر بجلسة ٢٠١١/١/٤ أمام محكمة أول درجة أنه مجرد كفيل رخصة لصالون الحلاقة (كت آر أس) وأنه مملوك للطاعن فكان على الحكم المطعون فيه على الأقل أن يحكم بملكية الطاعن لهذا المحل بكافة عناصره المادية والمعنوية، مما يعيب الحكم ويستوجب نقضه.

وحيث إن هذا النعي سديد، ذلك بأنه من المقرر أن النص في المادة ٥١ من قانون الإثبات في المعاملات المدنية والتجارية على أن: "الإقرار هو إخبار الإنسان عن حق عليه لأخر. ويكون الإقرار قضائياً إذا اعترف الخصم أمام القضاء بواقعة قانونية مدعى بها عليه وذلك أثناء السير في الدعوى المتعلقة بهذه الواقعة. ويكون الإقرار غير قضائي إذا وقع في غير مجلس القضاء أو بصدد نزاع أثير في دعوى أخرى"، يدل - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - على أن الأصل في الإقرار أنه اعتراف شخص بواقعة من شأنها أن تنتج ضده

أثراً قانونية بحيث تصبح في غير حاجة إلى الإثبات ويحسم النزاع في شأنها، ويشترط لصحة الإقرار أن يصدر من المقر عن قصد الاعتراف بالحق المدعى به لخصمه بصيغة تفيد ثبوت الحق المقر به على سبيل الجزم واليقين، وأن يكون تعبير المقر عن إرادة جدية حقيقية. لما كان ذلك، وكان الثابت من الأوراق أن المطعون ضده قد أقر أمام محكمة أول درجة بتاريخ ٢٠١١/١/٤ أثناء التحقيق الذي أجرته المحكمة أنه مجرد كفيل اسمي لصالون الحلاقة وأن الطاعن هو مالكة وقد اشتراه قبل أربع سنوات. وكان الثابت كذلك من الأوراق من الصور الضوئية للمستندات التي لا ينازع فيها المطعون ضده أن الطاعن هو مستأجر محل صالون الحلاقة ويسدد أجرته. ومن ثم فإنه يكون للطاعن الحق في إيجار محل صالون الحلاقة (كت أر أس) وذلك بالإضافة إلى ملكيته للعناصر المادية لذات المحل - دون الرخصة التجارية وفقاً لما سلف بيانه - الأمر الذي يوجب نقض الحكم المطعون فيه في هذا الخصوص. وحيث إن الطعن فيما عدا ما تقدم مستوجب الرفض. ولما تقدم، وحيث إن الموضوع صالح للفصل فيه.

الرئيس : المستشار/ يوسف عبد الحليم الهته - رئيس الدائرة.

الأعضاء : المستشار / عبد الصمد عبد العزيز

المستشار / نبيل عمران .

٢٧ ت - (الطعن رقم ٤٣ لسنة ٢٠١١ س ٥ ق. أ)

محل تجاري. حكم "تسببيه. تسبیب غیر معيب". نقض "أسباب الطعن بالنقض. ما لا يقبل منها". تسجيل. قانون "تطبيقه". إثبات "بوجه عام".

■ المحل التجاري في معنى المواد (٤٤، ٤٢، ٤٠، ٣٩) من قانون المعاملات التجارية . ماهيته ؟

■ العناصر المادية في المحل التجاري لا تعد أساسية فيه. العناصر المعنوية. هي التي لا يوجد المحل التجاري إلا إذا توافر عنصر منها أو أكثر فيه.

■ وجوب شهر التصرفات الواردة على ملكية المحل التجاري بقيدھا في السجل التجاري علاوة على تسجيلها في الكاتب العدل . واتخاذ إجراءات النشر في الصحف بالطرق المنصوص عليها في المادة (٤٥) من قانون المعاملات التجارية.

■ عدم انتقال الملكية بين المتعاقدين إلا من هذا التاريخ.

المحكمة

حيث ان الوقائع — على ما يبين من الحكم المطعون فيه وسائر الأوراق — تتحصل في ان الطاعن أقام الدعوى رقم ٢٣٧ لسنة ٢٠١٠ تجاري كلي أبوظبي على المطعون ضده بطلب إثبات ملكيته للمحل التجاري والتنازل عن الرخصة، على سند انه المالك لمحل التجاري المسمى "....." وقد طلب من المطعون ضده إثبات ملكيته للمحل التجاري والتنازل عن الرخصة الا انه رفض ذلك مما حدا به الى إقامة الدعوى. حكمت المحكمة بثبوت ملكية الطاعن للمحل التجاري المسمى "دماس فون" بجميع عناصره المادية والمعنوية ورفضت ما عدا ذلك من طلبات. استأنف المطعون ضده هذا الحكم بالاستئناف رقم ٢٥٥ لسنة ٢٠١٠ استئناف أبوظبي وبتاريخ ٢٠١٠/١١/٣٠ قضت المحكمة بتعديل الحكم المستأنف، وذلك بإلغاء ما قضت به المحكمة من ثبوت ملكية "الطاعن" للمحل التجاري المسمى "دماس فون" بجميع عناصره المادية والمعنوية وتأييده فيما عدا ذلك. طعن الطاعن في هذا الحكم بطريق النقض، وعرض الطعن على هذه المحكمة في غرفة مشورة فحددت جلسة لنظره.

وحيث ان حاصل ما ينعه الطاعن بسببي الطعن الخطأ في تطبيق القانون والقصور في التسبب ذلك ان المطعون ضده مجرد كفيل رخصة فانه الطاعن هو الذي قام بتحضير المحل وتأثيثه واحضر البضائع اللازمة لنشاطه وانه كان يسدد الأجرة لمالك المحل طوال عشر سنوات رغم ان عقود الإيجار محرره باسم المطعون ضده فكان على الحكم إثبات ملكيته للمحل دون رخصته التجارية ما يعيبه ويستوجب نقضه .

وحيث ان هذا النعي مردود ذلك ان مفاد نصوص المواد ٣٩، ٤٠، ٤٢، ٤٤ من قانون المعاملات التجارية ان المحل التجاري هو مجموع أموال مادية كالbضائع والمهمات والألات والأدوات ومعنوية كالاتصال بالعملاء و السمعة التجارية والأسم التجاري والحق في الإجارة وحقوق الملكية الصناعية والأدبية والفنية والرخص، خصصها مالکها او صاحب ترخيصها لمزاولة أعمال تجارية . ولا تعتبر العناصر المادية أساسية في المحل التجاري على خلاف العناصر المعنوية التي لا يوجد المحل التجاري الا إذا توافر عنصر منها أو أكثر . وانه يجب على المتعاقدين في التصرفات التي يكون موضوعها نقل ملكية المحل التجاري — فضلا عن توثيقها أو التصديق عليها من الكاتب العدل — ان يقوموا بشهرها وذلك بطريق قيدها في السجل التجاري واتخاذ إجراءات النشر في الصحف بالطرق والإجراءات المنصوص عليها في المادة ٤٥ من قانون المشار إليه، وانه لا تنتقل الملكية فيما بين المتعاقدين وبالنسبة للغير إلا من هذا التاريخ . لما كان ذلك وكان الطاعن لم يدع ان المطعون ضده قد باع له المحل محل التداعي، باسمه التجاري وجميع أصوله الثابتة والمنقولة وكافة مقوماته المادية والمعنوية او بعضها، ولم يتخذ الإجراءات القانونية لنقل ملكيته ومن بينها قيد عقد بيعه كمحل تجاري في السجل التجاري وفق الأوضاع القانونية، كما ان الثابت ان المحل مؤجر بموجب عقود إيجار باسم المطعون ضده وهو صاحب ترخيصه وان ما ادعاه الطاعن سنداً لملكيته و ان موجودات المحل من البضائع مملوكة له وهو ما لا يكفي بذاته لإثبات ملكيته للمحل التجاري . ولا يحق له المطالبة بإثبات ملكيته له. واذ انتهى الحكم المطعون فيه إلي رفض الدعوى فإنه يكون قد طبق القانون على وجهه الصحيح ويضحي النعي على غير أساس خليقاً بالرفض .

الرئيس : المستشار/ يوسف عبد الحليم الهته – رئيس الدائرة.

الأعضاء : المستشار / عبد الصمد عبد العزيز

المستشار / نبيل عمران .

٢٨ ت - (الطعن رقم ١٠٩ لسنة ٢٠١٠ س ٥ ق. أ) جلسة ٢٧/٩/٢٠١١ (تجاري)

١ (عقد " انعقاد العقد " . حكم " تسببيه . تسبیب غیر معيب " . نقض " أسباب الطعن بالنقض . ما لا يقبل منها " . محكمة الموضوع " سلطتها " .

■ إنعقاد العقد باتفاق طرفيه على العناصر الأساسية للالتزام . والشروط المشروعة الأخرى التي يراها الطرفان أساسية في التعاقد .

■ احتفاظهما بالمسائل التفصيلية للاتفاق عليها فيما بعد . لا يؤثر في انعقاد العقد . ما دام لم يشترطاً عدم انعقاد العقد إذا لم يتفقا عليها .

■ قيام الخلاف بينهما على تلك المسائل . يحكم فيه القاضي تبعاً لطبيعة المعاملة ولأحكام القانون . أساس ذلك ؟ مثال .

٢ (محكمة الموضوع " سلطتها " . حكم " تسببيه . تسبیب غیر معيب " . نقض " أسباب الطعن بالنقض . ما لا يقبل منها " . إثبات " بوجه عام " " خبرة " .

■ تحصيل فهم الواقع في الدعوى وتقدير أدلتها ومنها تقارير الخبراء والموازنة بينها . موضوعي . ما دام سائغاً . مثال .

■ محكمة الموضوع غير ملزمة بتتبع الخصوم في كل مناحي دفاعهم وحججهم . لان في قيام الحقيقة التي اقتنعت بها الرد المسقط لما عداها .

■ الخبير مهمته كشف الحقيقة في المسائل الفنية البحتة التي تستعصى على المحكمة . دون المسائل القانونية فهي من صميم عمل المحكمة لا يجوز لها التخلي عنها . مثال .

٣ (عقد " انعقاده " . محكمة الموضوع " سلطتها " . حكم " تسببيه . تسبیب غیر معيب " . نقض " أسباب الطعن بالنقض . ما لا يقبل منها " . إثبات " بوجه عام " .

■ تحصيل فهم الواقع في الدعوى وتقدير أدلتها والموازنة بينها . موضوعي . ما دام سائغاً .

■ مثال لاستخلاص سائغ في انعقاد العقد من مذكرة التفاهم بين الطرفين التي اشتملت على المسائل الأساسية للالتزام الطرفين .

المحكمة

حيث ان الوقائع - على ما يبين من الحكم المطعون فيه وسائر الأوراق - تتحصل في ان الطاعن أقام الدعوى رقم ٢٠١٠/٢٥٥ تجاري كلي ابوظبي على الشركة المطعون ضدها بطلب الحكم بنبذ خبر لبيان حالة المشروع وما تم من انجاز والوقت الذي تحتاجه لتسليم الحاجزين وحداتهم وتقديم المبالغ المدفوعة وفسخ اتفاقية الحجز ورد المبالغ المدفوعة والتعويض الجابر للضرر نتيجة عدم تنفيذ المطعون ضدها التزاماتها العقدية على سند من انه بتاريخ ٢٧/٢/٢٠٠٨ تم الاتفاق بين الطرفين على شراء وحدات سكنية ومكاتب لمشروع تايم تورز وتضمن الاتفاق التزام المطعون ضدها باعداد العقود النهائية الا أنه لم يتم تسليم العقود النهائية الا بعد مرور تسعة أشهر على توقيع مذكرة التفاهم ورفض الطاعن توقيع عليها لاخلال المطعون ضدها التزاماتها وعدم توازن الالتزامات الواردة بالعقود ولتوقف العمل بالمشروع وطلب فسخ مذكرة التفاهم ورد المبلغ المدفوع البالغ مقداره ٤٤١٤٩٢٨ درهم فأقام الدعوى. ندبت المحكمة خبيراً قدم تقريراً خلص فيه الى ان المطعون ضدها شرعت في بناء المشروع وان نسبة الانجاز في تاريخ المعاينة في ١٢/٤/٢٠١٠ ١٨٪ وان العمل مستمر وتحتاج المطعون ضدها لاتمامه وتسليمه للحاجزين ١٨ شهراً اي في اكتوبر ٢٠١١ وهذا أجل مناسب وان العقود النهائية تم اعدادها لكن لم توقع من الطاعن بزعم عدم توازنها وان الأعمال التي تم انجازها خاصة بأساسات المشروع وسند التربة وطوابق القبو أسفل منسوب سطح الارض وان ذلك عادة يستغرق وقتاً أكثر في المشاريع المماثلة . وبتاريخ ٢٣/٥/٢٠١٠ قضت المحكمة برفض الدعوى. استأنف الطاعن هذا الحكم بالاستئناف رقم ٧١٠/٢٠١٠ ابوظبي وبتاريخ ٢٤/٨/٢٠١٠ قضت المحكمة بتأييد الحكم المستأنف. طعن الطاعن في هذا الحكم بطريق النقض بالطعن المائل وقدمت المطعون ضدها مذكرة بالرد على أسباب الطعن طلبت في ختامها رفض الطعن ، واذ عرض الطعن على هذه المحكمة في غرفة مشورة رأته انه جدير بالنظر فحددت جلسة لنظره.

وحيث ان الطعن أقيم على ستة أسباب ينعي الطاعن بالسببين الأول والثالث والوجه الأول من السبب الرابع والسببين الخامس والسادس على الحكم المطعون فيه مخالفة القانون والخطأ في تطبيقه والقصور في التسبب والفساد في الاستدلال وفي بيان ذلك يقول بانه تمسك في دفاعه بان مذكرة التفاهم لا تعد عقداً لأنها أعدت بغرض الحجز ولم تتضمن وصف المبيع واشترطت المادة ٦ منها اعداد عقد بالتفاصيل بما كان لازمه اجراء التفاوض بشأن اعداد العقد النهائي واذ تم اعداده بمعرفة المطعون ضدها وحدها بالمخالفة لمبدأ سلطان الارادة مما حدا بالطاعن الى رفض التوقيع عليه ، واذ كانت مذكرة التفاهم تعد حسب التكييف الصحيح وعداً بالمبيع بما كان لازمه تطابق ارادة الموعود له وارادة العاقد الآخر في كل المسائل الجوهرية فاذا اقترنت الرغبة بما يعدل الوعد فلا ينعقد العقد ما لم يقبل التعديل باعتباره ايجاباً جديداً ، واذ كيفت المحكمة مذكرة التفاهم بانها عقد بيع اشتمل على أركانه الاساسية حال ان مذكرة التفاهم لم تتضمن وصفاً للمبيع ولم ير الطاعن المبيع فانها تفقد ركناً من أركان العقد وانها تعد مشروعاً لعقد بيع حددت شروطه بصفة مبدئية حتى يتم اعداد

البيع النهائي وبالتالي لا يكون هذا المشروع ملزماً لأحدهما فيستطيع كل منهما الامتناع عن إبرامه ولا يجوز للطرف الآخر الزامه به عن طريق القضاء واذ خالف الحكم المطعون فيه ذلك واعتبر ان مذكرة التفاهم عقداً ملزماً لطرفيه فانه يكون معيباً.

وحيث ان هذا النعي مردود ، ذلك ان المقرر وفقاً لنص المادة ١٤١ من قانون المعاملات المدنية الذي جرى على انه "١- لا ينعقد العقد الا باتفاق الطرفين على العناصر الأساسية للالتزام وعلى باقي الشروط المشروعة الأخرى التي يعتبرها الطرفان أساسية. ٢- واذ اتفق الطرفان على العناصر الأساسية للالتزام وعلى باقي الشروط المشروعة الأخرى التي يعتبرها الطرفان أساسية واحتفاظاً بمسائل تفصيلية يتفقان عليها فيما بعد ولم يشترط ان العقد لا ينعقد عند عدم الاتفاق على هذه المسائل فيعتبر العقد قد انعقد واذا قام خلاف على المسائل التي لم يتم الاتفاق عليها فان القاضي يحكم فيها طبقاً لطبيعة المعاملة ولأحكام القانون" يدل على ان المتعاقدين اذ ضمنا عقدهما المسائل الأساسية للمبيع وعلى باقي الشروط المشروعة الأخرى واحتفظا لنفسهما بالاتفاق على المسائل التفصيلية فيما بعد وخلا اتفاقهما من اشتراط عدم انعقاد العقد اذا لم يتفقا على تلك المسائل فان العقد يعتبر قد انعقد فاذا ثار خلاف حول المسائل التفصيلية عرضا الأمر على القاضي ليحكم فيه طبقاً لطبيعة المعاملة ولأحكام القانون. لما كان ذلك وكان البين من مذكرة التفاهم انها تضمنت بيان الوحدات محل الحجز والتمن المتفق عليه وطريقة السداد واحتفظاً لنفسيهما بمسائل تفصيلية يتم الاتفاق عليها فيما بعد في عقد البيع النهائي وخلت مذكرة التفاهم من اشتراط عدم انعقاد العقد اذا لم يتوصلا الى اتفاق على المسائل التفصيلية فان مذكرة التفاهم تعد عقد بيع مكتمل الأركان ملزماً لطرفيه واذ التزم الحكم الابتدائي المؤيد بالحكم المطعون فيه هذا النظر فانه يكون قد التزم صحيح القانون ويضحي النعي بهذه الأسباب على غير أساس.

وحيث ان الطاعن يعنى بالوجه الثاني من السبب الرابع على الحكم المطعون فيه مخالفة القانون والخطأ في تطبيقه والاخلال بحق الدفاع وفي بيان ذلك يقول بان المحكمة كلفت الخبير بالاطلاع على عقود البيع النهائية ثم رأت ان تلك المهمة من مسائل القانون ومن واجبات المحكمة وليس من اختصاص الخبير بما كان لازمه على المحكمة الاطلاع على العقود والنظر في توازنها واذ أغفلت المحكمة هذا الدفاع فان حكمها يكون معيباً بما يستوجب نقضه.

وحيث ان هذا النعي مردود ، ذلك ان تحصيل فهم الواقع في الدعوى من سلطة محكمة الموضوع متى أقامت قضاءها على أسباب سائغة كافية لحمله ولا عليها ان لم تتبع الخصوم في مختلف أقوالهم وحججهم لان في قيام الحقيقة التي اقتنعت بها وأوردت دليلها الرد المسقط لما عداها ، كما ان المقرر ان مهمة الخبير هو استجلاء حقيقة الواقع في الدعوى وكشف المسائل الفنية التي يستعصي على المحكمة الاطلاع بها أما المسائل القانونية فهي تخرج عن نطاق مهمة الخبير وهي من صميم عمل المحكمة التي لا يجوز لها التخلي عنها . لما كان ذلك وكانت المحكمة قد كلفت الخبير بيان اذا كانت المطعون ضدها أعدت عقود البيع النهائية وسبب عدم التوقيع

عليها وانتهى الخبر ان تلك مسائل قانونية من اختصاص المحكمة وخلص الحكم المطعون فيه الى تلك النتيجة وكان الثابت من البند رقم ٧ من مذكرة التفاهم انها نصت على وجوب التوقيع على عقود البيع النهائية خلال ٣٠ يوم من تاريخ استلامها كما يجب تقديم أي تعليقات أو ملاحظات ان وجدت خلال سبعة أيام عمل من تاريخ استلام عقود البيع النهائية ويجب تسوية هذه الملاحظات خلال ٣٠ يوم واذ أقر الطاعن بانه تسلم عقود البيع النهائية بعد تسعة أشهر من تاريخ التوقيع على مذكرة التفاهم الا انه لم يثبت انه قد قدم ملاحظاته على تلك العقود خلال المدة المتفق عليها وخلت الأوراق من دليل على ذلك ولم يبين أوجه اعتراضاته عليها واكتفى بعد رفع الدعوى في عام ٢٠١٠ بالإشارة الى سبب رفضه التوقيع عليها بعدم توازنها دون بيان مناط عدم التوازن الذي يزعمه واذ اعتبرت المحكمة ان مذكرة التفاهم احتوت على المسائل الأساسية في التعاقد واعتبرت ان عقد البيع قد انعقد على النحو المشار اليه في الرد على أسباب الطعن - ما عدا السبب الثاني - ومن ثم فان النعي يضحى على غير أساس.

وحيث ان الطاعن ينعى بالسبب الثاني على الحكم المطعون فيه مخالفة القانون والخطأ في تطبيقه وفي بيان ذلك يقول بان الحكم أخطأ حين استند الى المادة ٢/٥٢٥ من قانون المعاملات المدنية والى الفقرة الأولى من المادة ٢٦٥ من ذات القانون اذا ان المادة الأولى تتحدث عن تسليم المبيع وهي مرحلة لم تصل اليها العلاقة بين الطرفين وانها ما زالت في مرحلة الحجز وان عقد البيع النهائي محل اعتراض ولم يوقع وان المادة الثانية تتحدث عن تفسير العقود حال ان عقد البيع النهائي لم يتم بعد ، كما أخطأ الحكم الابتدائي - المؤيد بالحكم المطعون فيه - في أعمال المادتين ٢٤٣، ٢٤٥ معاملات مدنية حيث نصت المادة الأولى على التزام كل من المتعاقدين بالوفاء بما التزم به وقضت المادة الثانية على تنفيذ العقد طبقاً لما يوجبه حسن النية واذ لم يتم العقد فلا إعمال لحكم هذه المواد واذ سائر الحكم المطعون فيه الحكم الابتدائي وأيده فانه يكون معيباً بما يستوجب نقضه.

وحيث ان هذا النعي في غير محلة ،ذلك ان المقرر ان تحصيل فهم الواقع في الدعوى وتقدير الأدلة من سلطة محكمة الموضوع متى أقامت قضاءها على أسباب سائغة تكفي لحمله لما كان ذلك وكانت محكمة الموضوع قد اعتبرت ان مذكرة التفاهم عقداً ملزماً لطرفيه لاشتماله على المسائل الأساسية من مبيع وتحديد أرقام الوحدات محل البيع والتمن الاجمالي وطريقة السداد على النحو المشار اليه في الأسباب السابقة فانها اذ تعرضت لهذه المواد باعتبار ان العقد قد انعقد فان ما يثيره المطعون ضده بشأن عدم انعقاد العقد وعدم انطباق تلك المواد يضحى على غير أساس. ولما تقدم يتعين رفض الطعن.

الرئيس : المستشار/ يوسف عبد الحليم الهته - رئيس الدائرة.

الأعضاء : المستشار / إمام البدي

المستشار / نبيل عمران .

٢٩ ت - (الطعن رقم ٨١٨ لسنة ٢٠١٠ س ٥ ق أ) جلسة ٢٠١١/١١/٧ (تجاري)

عقد "انعقاده". حكم "تسببيه. تسبب معيب". نقض "أسباب الطعن بالنقض. ما يقبل منها". التزام. حق. ملكية. إثبات "الإثبات بالكتابة" "شهادة" "شهود". قانون "الخطأ في تطبيق القانون".

■ شروط انعقاد العقد وماهية الإيجاب والقبول وماهية عقد البيع وماهية الثمن. في معنى المواد ١٢٥، ١٢٩، ١٣٠، ١٣٩، ٤٨٩، ٤٩٠، ٥٠٣، ٥١١ من قانون المعاملات المدنية ؟

■ متى تنتقل ملكية المبيع من البائع إلى المشتري ؟

■ وجوب مبادرة كل من المتعاقدين إلى تنفيذ التزامه الناشئ عن عقد البيع. إلا ما كان مؤجلاً منه.

■ عقد بيع المحل التجاري. رضائي. أثره : تمامه وإنتاج آثاره وما يترتب عليها من التزامات شخصية. متى تم التراضي عليها من الطرفين وكانت صحيحة مستكملة أركانها القانونية. علة ذلك ؟

■ الكتابة ليست شرطاً من شروط انعقاده أو إثباته. مهما كانت قيمته.

■ جواز إثباته بكافة طرق الإثبات. مخالفة ذلك. مخالفة للقانون وخطأ في تطبيقه. مثال.

المحكمة

حيث ان الوقائع - على ما يبين من الحكم المطعون فيه وسائر الأوراق - تتحصل في ان الطاعن أقام الدعوى رقم ٣٨٩ لسنة ٢٠٠٩ مدني كلي العين على المطعون ضده الأول بطلب الحكم بالزامه بأن يؤدي له مبلغ مليون درهم والفوائد القانونية بواقع ١٢٪ سنوياً اعتباراً من تاريخ الاستحقاق وحتى السداد التام . وقال شرحاً الدعواه أنه بتاريخ ٢٠٠٩/٨/٤ قام بتأسيس وتجهيز مطعم " أبو حبيب " وسدد نفقات التجهيز والتأسيس وقبيل الافتتاح فوجئ بصدر قرار من السلطات بإبعاده عن البلاد مما اضطره إلى بيعه بكامل أدواته ومعداته وديكوراتِهِ إلى المطعون ضده الأول بمبلغ مليون درهم وتنازل عن عقد إيجاره للمطعون ضده الثاني واسترد الشيكات السابق تحريرها بقيمة الأجرة، وقام الأخير بتحرير عقد إيجار للمطعون ضده الأول وحرر له شيكات أخرى بقيمة الأجرة إلا ان الأخير رفض سداد ثمن البيع مما حدا به إلى إقامة الدعوى. وأمرت المحكمة بإدخال المطعون ضده الثاني خصماً في الدعوى. وبعد ان استجوبته المحكمة، حكمت برفض الدعوى. استأنف الطاعن هذا الحكم بالاستئناف رقم ١٢٩ لسنة ٢٠١٠ استئناف العين وتاريخ ٢٠١٠/٥/٢٦ قضت المحكمة بتأييد

الحكم المستأنف . طعن الطاعن في هذا الحكم بطريق النقض ، وعرض الطعن على هذه المحكمة في غرفة مشورة فحددت جلسة لنظره .

وحيث ان مما ينعاه الطاعن على الحكم المطعون فيه الخطأ في تطبيق القانون والقصور في التسبيب ذلك انه رفض احالة الدعوى إلي التحقيق أو ندب خبير في الدعوى لإثبات عقد بيع المحل وعدم سداد ثمن البيع وأقام قضاءه على ان التصرف تزيد قيمته على خمسة آلاف درهم فلا تجوز شهادة الشهود في اثبات وجوده أو انقضائه مما يعيبه ويستوجب نقضه .

وحيث ان هذا النعي سديد ذلك ان مفاد نصوص المواد ١٢٥، ١٢٩، ١٣٠، ٤٨٩، ٥٠٣، ٥١١ من قانون المعاملات المدنية ان شرط انعقاد العقد هو مطابقة الإيجاب والقبول وان الإيجاب هو العرض الذي يعبر به الشخص الصادر منه على وجه جازم عن ارادته في إبرام عقد معين فإذا ما اقترن به قبول مطابق له انعقد العقد — ويعتبر العقد تاما وملزما بقيام الدليل على تلاقي الإرادتين على قيام الالتزام محل العقد ونفاذه — وان عقد البيع هو مبادلة مال غير نقدي بمال نقدي وبشرط ان يكون المبيع معلوما عند المشتري علما نافيا للجهالة الفاحشة وذلك ببيان أحواله وأوصافه المميزة — وان الثمن هو ما تراضى عليه المتعاقد ان في مقابلة المبيع سواء زاد على القيمة أو قل . وان ملكية المبيع تنتقل بمجرد قيام البيع ما لم يقض القانون بغير ذلك، ويجب على كل من المتعاقدين المبادرة إلي تنفيذ التزامه إلا ما كان منه مؤجلاً . لما كان ذلك، وكان المحل التجاري مجموع عناصر " منقوله " مادي ومعنوي خصصها مالکها أو صاحب ترخيصها لمزاولة اعمال تجارية ومن ثم فإن عقد بيع محل تجاري من العقود الرضائية التي تتم وتنتج اثارها وما يترتب عليها من التزامات شخصية في جانب المتعاقدين متى كانت صحيحة مستكملة أركانها القانونية، ومن ثم فإن الكتابة ليست شرطا لانعقاد العقد أو اثباته ويجوز إثباته بكافه طرق الإثبات، لما كان ذلك، وكان الطاعن قد طلب إحالة الدعوى إلي التحقيق أو ندب خبير لإثبات بيع المحل التجاري " مطعم أبو حبيب " إلي المطعون ضده الأول . وكانت المحكمة قد استجوبت المطعون ضده الثاني فقرر الطاعن هو الذي قام بتجهيز المحل وعمل الديكورات وكانت به بعض المنقولات المادية وأنه حرر له عقد ايجار للمحل وقدم الطاعن رخصة المحل، فأقام الحكم المطعون فيه قضاءه على ان التصرف " المبيع تزيد قيمته على خمسة آلاف درهم ولا يجوز اثباته بشهادة الشهود وفقا للمادة ٣٥ من قانون الإثبات، فإنه يكون معيبا بمخالفة القانون والخطأ في تطبيقه بما يوجب نقضه دون حاجة لبحث باقي أسباب الطعن .

الرئيس : المستشار/ يوسف عبد الحليم الهته – رئيس الدائرة.

الأعضاء : المستشار/ عبد الصمد عبد العزيز

المستشار / نبيل عمران .

٣ - (الطعن رقم ٩٩٥ لسنة ٢٠١٠ س ٥ ق. أ) جلسة ٢٠١١/٢/٢٤ (تجاري)

١ (صورية. طعن " أسباب الطعن بالنقض. ما لا يقبل منها " . نقض " أسباب الطعن بالنقض. ما لا يقبل منها . وكالة. التزام. حق. محكمة الموضوع " سلطتها " . إثبات " بوجه عام " .

■ الطعن بالصورية وجوب أن يكون صريحاً واضحاً . عدم كفاية مجرد الطعن بالتواطؤ أو الاحتيال . علة ذلك ؟

■ تقدير القرائن على قيام الصورية وكفايتها في إثباتها . موضوعي . متى كان سائغاً .

■ تصرفات الوكيل الخارجة عن حدود و كالتة . عدم نفاذها في حق الأصيل إلا بإجازته لها .

■ وجوب تحري الغير المتعاقد مع الوكيل عن صفته وحدود و كالتة . والتثبت من انصراف أثر التصرف إلى الأصيل .

■ تحمله نتيجة تقصيره في ذلك . إلا إذا أسهم الأصيل بخطئه سلباً أو إيجاباً في خلق مظهر خارجي من شأنه إيهام الغير حسن النية وجعله معذوراً في الاعتقاد وقيام الوكالة واتساعها بهذا التصرف .

■ حق الغير في هذه الحالة في التمسك بانصراف أثر التصرف إلى الأصيل على أساس الوكالة الظاهرة . متى كان قد سلك في تعامله سلوكاً مألوفاً لا يشوبه خطأ غير مغتفر . مثال .

٢ (ضرر. خطأ. تعويض. حكم " تسببيه. تسبب غير معيب " . نقض " أسباب الطعن بالنقض . ما لا يقبل منها " . محكمة الموضوع " سلطتها " . إثبات " بوجه عام " .

■ تقدير قيام الضرر ومقدار التعويض الجابر له . موضوعي . متى كان سائغاً .

■ جواز إنقاص القاضي للتعويض بقدر مساهمة المضرور فيه . أو لا ينقصه إذا كان خطأ المضرور لا يتناسب مع جسامة خطأ مرتكب الفعل الضار .

المحكمة

حيث إن الوقائع - على ما يبين من الحكم المطعون فيه وسائر أوراق الطعن - تتحصل في أن المطعون ضده الأول أقام الدعوى رقم ٦٣ لسنة ٢٠١٠ تجاري كلي العين على الطاعة بطلب الحكم بفسخ العقد الشفهي المبرم مع الطاعة وبإلزامها أن تؤدي له المبالغ التي تسلمتها منه وقدرها ٧٨٣٤٠٠ درهم وبتعويض جابر له ولزملائه عن فقدهم فرصة أداء مناسك الحج، وبيناً لذلك قال إنه في شهر مايو ٢٠٠٩ تعاقد مع المؤسسة

الطاعة بصفته ممثلاً لمجموعة من زملائه - ٥٧ فرداً - وعلى هدى نموذج عقد الخدمات المعد من قبلها لتقوم بتقديم خدمات الحج لهم شاملة النقل البري من وإلى دولة الإمارات العربية المتحدة مع الإقامة بالفنادق في مكة والمدينة والوجبات والإقامة بمنى وعرفات والتنقلات الداخلية بالمملكة العربية السعودية، وأنه سدد للطاعة المبلغ المطالب به عن طريق دفعات مباشرة حررت هي بها سندات قبض وتحويلات بنكية في حسابها وأخرى عن طريق صرافة الفردان، إلا أنها فشلت في الوفاء بأي من التزاماتها مما فوت عليهم فرصة أداء مناسك الحج في ذلك العام، فكانت الدعوى. قدمت الطاعة صحيفة بطلب إدخال خصمين في الدعوى - المطعون ضدهما الثاني والثالث - وطلبت الحكم بإلزامهما بما قد عسى أن يحكم به عليها لصالح المطعون ضده الأول، وقالت بياناً لذلك إنهما قاما بالنصب على عدد من العملاء باسم الطاعة وأن أولهما هو من تسلم المبالغ من المطعون ضده الأول على الرغم من أنه يعمل مندوب أعمال خارجية وغير مخول باستلام أي نقود أما الثاني فلا يعمل لديها، وأنها أبلغت ضدهما في الجنية رقم ٤٤٨٠/٢٠٠٩ جزاء العين وقضي فيها بحبس كل منهما ستة أشهر. وبتاريخ ٢٥/٥/٢٠١٠ حكمت المحكمة بإلزام الطاعة أن تؤدي للمطعون ضده الأول مبلغ ٧٨٣٤٠٠ درهم وتعويضاً مقداره ١٠٠٠٠ درهم ورفضت ما عدا ذلك من طلبات. استأنفت الطاعة هذا الحكم بالاستئناف رقم ١٧٧ لسنة ٢٠١٠ تجاري العين، وبتاريخ ٢٠/٩/٢٠١٠ قضت المحكمة بالتأييد. طعنت الطاعة في هذا الحكم بطريق النقض بالطعن المائل، وعُرض الطعن على هذه المحكمة في غرفة مشورة فحددت جلسة لنظره.

وحيث إن الطاعة تنعي بالوجه الأول من السببين الأول والثاني على الحكم المطعون فيه الخطأ في تطبيق القانون والقصور في التسبيب والإخلال بحق الدفاع والفساد في الاستدلال ومخالفة الثابت بالأوراق، ذلك بأنه أقام قضاءه على نظرية الوكالة الظاهرة مع أن التصرف الذي يبرمه الوكيل في حدود وكالته لا ينصرف إلى الأصيل متى ثبت توافقه مع الغير إضراراً بحقوق الأصيل. والتفت الحكم عن دفعها بعدم الاعتداد بالمستندين رقمي ٤ و ٥ المقدمين من المطعون ضده الأول رفق صحيفة الدعوى لكونهما مجرد حوالتين بمبليغي ٢٨٥١٠ درهم و ٢٣٠١٠ درهم عن طريق صرافة الفردان مرسلتين إلى المطعون ضده الثاني بصفة شخصية وليس بصفته وكيلاً عن المؤسسة الطاعة التي لا صلة لها بهما، كما أن هاتين الحوالتين لا تتحقق في شأنهما نظرية الوكالة الظاهرة التي أقام عليه الحكم قضاءه. كما أنه رد على دفعها بصورية العقد المبرم بين المطعون ضدهما الأول والثاني بقصد الإضرار بها بأنه قول مرسل لا دليل عليه ملتفتاً عن القرائن التي ساقتهما في هذا الشأن من حيث انتفاء صلتها بالحوالتين اللتين تمتا عن طريق صرافة الفردان وأن سند القبض رقم ٢٧ يؤكد أن إجمالي المبلغ المتفق عليه هو ٧٣٢٦٠٠ درهم وليس ٧٨٣٤٠٠ درهم وأن المطعون ضده الأول يعلم رقم الحساب البنكي للطاعة وأنه لم يقدم ما يفيد استلام الطاعة لجوازات السفر للحصول على تأشيرات الحج كما أنه لم يقيم بالتحري عن مدى جواز قيام الطاعة بتسفير سبعة وخمسين حاجاً من الوافدين دفعة واحدة، مما يعيب الحكم ويستوجب نقضه.

وحيث إن هذا النعي غير سديد، ذلك بأنه من المقرر أن الطعن بالصورية الذي يجب على المحكمة بحثه والبت

فيه يلزم أن يكون صريحاً في هذا المعنى ولا يفيد مجرد الطعن بالتواطؤ أو الاحتيال لاختلاف الأمرين مدلولاً وحكماً، لأن الصورية إنما تعنى عدم قيام المحرر أصلاً في نية عاقيه، أما التواطؤ فإنه غير مانع من جدية التعاقد ومن قيام الرغبة في إحداث آثار قانونية له، وأن تقدير القرائن وكفايتها في إثبات الصورية هو مما تستقل به محكمة الموضوع طالما كان استخلاصها سائغاً مؤدياً عقلاً إلى النتيجة التي تكون قد انتهت إليها. وكان من المقرر أن الأصل أن تصرفات الوكيل التي يعقدها خارج حدود الوكالة لا تكون نافذة في حق الأصيل إلا بإجازته وعلى الغير الذي يتعاقد مع الوكيل أن يتحرى صفته وحدودها ويتثبت من انصراف أثر تعاقدته إلى الأصيل، فإذا قصر في ذلك تحمل تبعة تقصيره، إلا أنه إذا أسهم الأصيل بخطئه سلباً أو إيجاباً في خلق مظهر خارجي من شأنه أن يوهم الغير حسن النية ويجعله معذوراً في اعتقاده باتساع الوكالة لهذا التصرف فإن من حق الغير في هذه الحالة - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - أن يتمسك بانصراف أثر التصرف إلى الأصيل على أساس الوكالة الظاهرة، متى كان هذا الغير قد سلك في تعامله سلوكاً مألوفاً لا يشوبه خطأ غير مغتفر. لما كان ذلك، وكان الحكم المطعون فيه قد أقام قضاءه على أنه لا سند لما دفعت به الطاعنة من أن العقد المبرم بين المطعون ضدهما الأول والثاني كان صورياً بقصد الإضرار به هو قول مرسل لا دليل عليه وأنه ليس في التحويلات التي تمت باسم المطعون ضده الثاني عن طريق صرافة الفردان ما يشير إلى أنها كانت بمثابة عمولة له مقابل إعطائه المطعون ضده الأول إيصالات باسم المؤسسة الطاعنة بل إن الثابت هو أن المطعون ضده الثاني كان مستخدماً لدى الطاعنة وقام بصفته هذه بالإعلان في جريدة الوسيط عن بدء إجراءات الحجز لرحلات الحج وقد تعامل معه المطعون ضده الأول بهذه الصفة وقام بتسليمه المبالغ موضوع الدعوى إما نقداً والحصول على سندات القبض الصادرة عن المؤسسة الطاعنة مع وضع ختمها عليها أو بتحويل المبلغ المذكور عن طريق الصرافة أو الإيداع مباشرة في حساب المؤسسة. أما الدفع بأن المطعون ضده الثاني مجرد موظف مسؤول عن إتمام المعاملات الخارجية ولم يكن مخولاً بإبرام هذا التعاقد فمردود بأن المطعون ضده الثاني الموظف لدى الطاعنة وقد قام بصفته هذه بالإعلان عن بدء الحجز لرحلات الحج وكانت مستندات وختم الطاعنة في يده وبالتالي فإنها تكون قد ساهمت في إظهاره بأنه صاحب السلطة في التصرف مما دفع الغير حسن النية ومنهم المطعون ضده الأول إلى التعامل معه ومن ثم فإن أثر تصرفاته تنصرف إليها. أما نماذج الإيصالات الأصلية التي قدمتها الطاعنة للتدليل على اختلافها عن سندات القبض المقدمة من المطعون ضده الأول وأن الأخيرة كانت مزورة فمردود عليه بأن نماذج السندات المقدمة عبارة عن سندات صرف بينما السندات المقدمة من المطعون ضده الأول هي سندات قبض، وخلص الحكم المطعون فيه من كل ما تقدم إلى تأييد الحكم الابتدائي. وإن كان الحكم المطعون فيه لم ير فيما ساقته الطاعنة قرينة تكفي لإثبات قيام الصورية وأقام قضاءه على الوكالة الظاهرة التي استخلصها من الوقائع الثابتة في الدعوى وكان ما أثارته الطاعنة من أن المطعون ضده الأول لم يقيم بالتحري عن مدى إمكان قيامها بتفسير سبعة وخمسين حاجاً من الوافدين دفعة واحدة لا محل له بعد ثبوت نشرها إعلاناً يفيد استعدادها لتنظيم رحلات الحج دون تحفظ يتعلق بالعدد، فإن النعي بما تقدم لا يعدو أن يكون جدلاً في الموضوع لا ينال من الحكم المطعون فيه الذي أقيم على ما له أصله

الثابت في الأوراق ويؤدي إلى ما انتهى إليه ويكفي لحمل قضائه في هذا الخصوص ومن ثم فإنه لا يكون قد أخطأ في تطبيق القانون ولا شابه قصور في التسبب.

وحيث إن الطاعة تنعي بالوجه الثاني من السبب الأول على الحكم المطعون فيه الخطأ في تطبيق القانون، ذلك بأنه ألزمها أن تؤدي للمطعون ضده الأول تعويضاً قدره ١٠٠٠٠ درهم بالمخالفة للمادة ٢٩٠ من قانون المعاملات المدنية ذلك أن المطعون ضده الأول تسبب بخطئه الجسيم وإهماله في الضرر الواقع عليه حين تعامل مع المطعون ضده الثاني وسلمه المبلغ المحكوم به باعتبار أنه وكيل ظاهر للطاعة دون أن يتحرى عن تلك الصفة لاسيما وأنه يعلم رقم حساب المؤسسة الطاعة لدى بنك دبي الإسلامي بدلالة أنه أودع فيه مبلغ ١٢٠٠٠ درهم، كما لم يتحر وهو صاحب شركة عن مدى جواز قيام الطاعة بتسفير سبعة وخمسين حاجاً من الوافدين دفعة واحدة مع أن الهيئة العامة للشؤون الإسلامية لم تصرح لها إلا بعدد ثلاث تأشيرات فقط، مما يعيب الحكم ويستوجب نقضه.

وحيث إن هذا النعي مردود بما سلف من رد على النعي السابق وبأنه من المقرر أن التحقق من توافر الضرر وتقدير التعويض عنه هو مما تستقل به محكمة الموضوع طالما أقامت قضاءها في هذا الخصوص على أسباب سائغة لها معيها من الأوراق وتؤدي إلى النتيجة التي خلصت إليها. وكان من المقرر أن النص في المادة ٢٩٠ من قانون المعاملات المدنية علي أنه: "يجوز للقاضي أن يُنقص مقدار الضمان أو لا يحكم بضمان ما إذا كان المتضرر قد اشترك بفعله في إحداث الضرر أو زاد فيه"، يدل على أنه إذا شارك المضرور بخطئه في إحداث الضرر المطالب عنه بالتعويض، فإن تحديد مدى هذا الخطأ وأثره على وقوع الضرر يخضع لمطلق تقدير القاضي، كما يكون له الحق في عدم إنقاص مقدار التعويض متى تبين له أن الخطأ من المضرور قد بلغ حداً من الجسامة بحيث لا يتناسب مع الخطأ الواقع من جانب مرتكب الفعل الضار، وللقاضي أن يُنقص التعويض بمقدار مساهمة المضرور في إحداث الضرر. لما كان ذلك، وكان الحكم المطعون فيه قد خلص في قضائه وعلى ما سلف بيانه إلى توافر المسؤولية في جانب الطاعة وألزمها التعويض المحكوم به على هذا الأساس ولم يثبت لديه أي خطأ في جانب المطعون ضده الأول، فإن النعي عليه بالخطأ في تطبيق القانون يكون على غير أساس. ولما تقدم يتعين رفض الطعن.

الرئيس : المستشار/ يوسف عبد الحليم الهته – رئيس الدائرة.

الأعضاء : المستشار / البشري الشوربجي

المستشار / نبيل عمران .

٣١ - (الطعن رقم ٧٠٥ لسنة ٢٠١١ س ٥ ق. أ) جلسة ٢٠١١/١/٥ (تجاري)

رهن " رهن تجاري " عقد " عقد الرهن التجاري " دين . التزام . حق . إجراءات " إجراءات بيع الشيء المرهون " . إعدار . بطلان . نظام عام . أوراق مالية . بنوك . قرض . أسهم . حبس . محكمة الموضوع " سلطتها " محكمة النقض " سلطتها " . إثبات " خبرة " " بوجه عام " .

■ حق الدائن المرتهن . إذا تخلف المدين عن سداد الدين المضمون بالرهن في الموعد المحدد . أن يطلب من المحكمة بعد انقضاء سبعة أيام من تاريخ الإنذار بالوفاء . الإذن له ببيع الشيء المرهون .

■ وجوب نظر المحكمة في هذا الطلب على سبيل الاستعجال وتعيين كيفية البيع .

■ جواز تحديد الدائن للمدين موعداً مناسباً لتكملة الضمان إذا نقص سعر الشيء المرهون عن الوفاء بالدين موضوع الرهن . فإن رفض الراهن ذلك أو انقضى الميعاد دون تكملة الضمان جاز للدائن طلب بيع الشيء المرهون ولو لم يحل أجل الاستحقاق . وذلك باتباع الإجراءات المنصوص عليها في المادة ١٧٢ من القانون سالف الذكر .

■ جواز طلب الدائن المرتهن والمدين الراهن طلب بيع الشيء المرهون فوراً إذا كان الشيء المرهون معرضاً للهلاك أو التلف أو النقص في القيمة أو أصبحت حيازته تسلتزم نفقات باهظة متى لم يشأ الراهن تقديم بدلاله .

■ انتقال الرهن في هذه الحالة إلى ثمن البيع .

■ الاتفاق على ما يخالف ذلك . مؤداه : البطلان .

■ جواز طلب البنك من المحكمة بيع الصكوك المرهونة لديه بالمزاد العلني أو بسعرها في سوق الأوراق المالية . لاستيفاء حقه من ثمن البيع قبل غيره من الدائنين . متى لم يستوفي حقه عند حلول الأجل المحدد لسداد القرض . المادة ٤٥٣ معاملات تجارية .

■ الاتفاق على ما يخالف ذلك . أثره : بطلان الشرط مع صحة الرهن . المادة ١٤٢٠ مدني .

■ جواز حبس الأوراق المالية المرهونة إلى حين الوفاء بالدين المضمون بها .

■ عدم جواز تصرف البنك في الأسهم المرهونة بيعاً أو تملكاً إلا بعد حصوله على حكم بذلك من المحكمة المختصة بعد انقضاء سبعة أيام على تاريخ الإنذار بالوفاء .

■ عدم مسئولية الشخص عن عدم استعماله رخصة خولها له القانون .

- تكييف الفعل بأنه خطأ أو نفي ذلك عنه . خضوعه لرقابة النقض . مثال .
- تقدير قيام الخطأ من عدمه . موضوعي . مثال .
- تحصيل فهم الواقع في الدعوى وتقدير أدلتها ومنها تقارير الخبراء . موضوعي .
- محكمة الموضوع غير ملزمة بالرد استقلال على المطاعن الموجهة إلى تقرير الخبرة . مثال .

المحكمة

حيث إن الوقائع - على ما يبين من الحكم المطعون فيه وسائر الأوراق - تتحصل في ان المطعون ضده أقام الدعوى رقم ٢٢٨ لسنة ٢٠٠٩ تجاري كلي أوظيفي على الطاعن بطلب الحم بإلزامه بأن يؤدي له مبلغ ٨١،١٧٧،٨٦٥،٩٥ درهم مع الفائدة القانونية بنسبة ١٢٪ من تاريخ رفع الدعوى حتى السداد التام، وبصفة مستعجلة مخاطبة سوق أوظيفي وسوق دبي للأوراق المالية للحجز على أي أسهم مسجلة باسم المدعى عليه لديها ومخاطبة المصرف المركزي للحجز على أية حسابات وأموال للطاعن لدى البنوك . انتدبت المحكمة خبيراً مصرفياً لتنفيذ المأمورية الواردة بهذا الحكم، وبعد أن أودع الخبير تقريره والذي انتهى فيه إلى ان الطاعن ذمته مشغولة بمبلغ ٧٥،٢٠٨،٤٢٧،٧٥ درهم والتمس المطعون ضده إلزام الطاعن بذلك المبلغ والفائدة القانونية بنسبة ١٢٪ من ٢٠٠٩/٣/١ حتى السداد التام . أقام الطاعن دعوى متقابلة بطلب الحكم بندب خبير في الدعوى لبحث تقاعس المدعي أصلياً عن بيع الأسهم المرهونة في الوقت المناسب وتقدير التعويض المستحق له . وإن اعترض الطاعن على تقرير الخبير، حكمت المحكمة بندب خبير مصرفي وخبير مختص في الأسهم لتنفيذ المهمة الواردة بمنطوق ذلك الحكم ، وبعد أن أودع الخبيران تقريرهما اعترض عليه الطاعن فأعيدت المأمورية إليهما لبحث اعتراضاته وبعد ان أودعا تقريرهما، انتدبت المحكمة لجنة من خبيرين في الأسهم لتنفيذ المهمة الواردة بمنطوق ذلك الحكم ، وبعد ان أودعا تقريرهما، حكمت المحكمة في الدعوى الأصلية بإلزام الطاعن بأن يؤدي للبنك المطعون ضده مبلغ ٧٥،٢٠٨،٤٢٧،٤٥ درهم والفوائد التأخيرية على رصيد أصل الدين البالغ ٧١٣٥٣١٨٢،٩٨ درهم وذلك بواقع ٧٪ سنوياً من تاريخ المطالبة القضائية في ٢٠٠٩/٣/٨ وحتى السداد التام بما لا يجاوز أصل الدين .

استأنف الطاعن هذا الحكم بالاستئناف رقم ٤٦٨ لسنة ٢٠١١ استئناف أبو ظبي، وبتاريخ ٢٠١١/٤/٢٧ قضت المحكمة بتأييد الحكم المستأنف .

طعن الطاعن في هذا الحكم بطريق النقض، وعرض الطعن على هذه المحكمة في غرفة مشورة فحددت جلسة لنظره .

وحيث إن حاصل ما ينعاه الطاعن بأسباب الطعن على الحكم المطعون فيه الخطأ في تطبيق القانون والإخلال بحق الدفاع والقصور في التسبب بذلك أن شركة بروج تعهدت بإيداع صافي ثمن بيع الأسهم في حساب الطاعن لدى البنك في حالة بيعها بواسطة مالكها " الطاعن " أو البنك وعدم تحويل الأسهم التي بحوزتها أو أي جزء منها لسوق دبي المالي أو أي وسيط آخر بدون الحصول على موافقة البنك الخطية ، وكان الحكم المطعون فيه قد أقام قضاءه على أن شركة البروج امتنعت عن إعطاء أية معلومات عن الأسهم للبنك بناء على تعليمات الطاعن ، رغم أن البنك أعطيت له وكالة بالتصرف فيها ، وأن تلك التعليمات لا تلغي الوكالة ، كما أنها لا أثر لها على سكوت البنك عن بيع الأسهم عند انخفاض قيمتها ، إذ أنه يملك كامل الصلاحيات للتصرف في الأسهم بموجب نصوص تلك الوكالة وكذا صك رهن الأسهم ، ولما كان الحكم قد تجاهل تلك النصوص فإنه يكون معيباً بما يستوجب نقضه .

وحيث إن هذا النعي مردود ، ذلك أنه من المقرر - وفقاً للمواد ١٦٤ ، ١٧٢ ، ١٧٤ ، ١٧٥ ، ١٧٦ من قانون المعاملات التجارية أن الرهن التجاري عقد يخول الدائن المرتهن حبس الشيء المرهون إلى حين استيفاء الدين المضمون به . وأنه إذ لم لم يدفع المدين الدين المضمون بالرهن في تاريخ الاستحقاق كان للدائن بعد انقضاء سبعة أيام من تاريخ إنذار المدين بالوفاء أن يطلب من المحكمة الإذن له ببيع الشيء المرهون ، وينظر في الطلب على وجه الاستعجال وتعين المحكمة كيفية البيع ، وأنه إذا نقص سعر الشيء المرهون في السوق بحيث أصبح غير كاف لضمان الدين جاز للدائن أن يعين للراهن ميعاداً مناسباً لتكملة الضمان ، فإذا رفض الراهن ذلك أو انقضى الميعاد المحدد دون أن يقوم الراهن بتكملة الضمان جاز للدائن أن يطلب بيع الشيء المرهون ولو لم يحل أجل الاستحقاق وذلك بإتباع الإجراءات المنصوص عليها في المادة ١٧٢ من القانون سالف الذكر . وأنه إذا كان الشيء المرهون معرضاً للهلاك أو التلف أو النقص في القيمة أو أصبحت حيازته تستلزم نفقات باهظة ولم يشأ الراهن تقديم شيء آخر بدله جاز لكل من الدائن أو الراهن أن يطلب من المحكمة الإذن له في بيعه فوراً مع تحديد طريقة الدفع ، وينتقل الرهن إلى الثمن الناتج عن البيع ، ويقع باطلاً كل اتفاق يبرم وقت تقرير الرهن أو بعد تقريره ، ويعطي الدائن المرتهن في حالة عدم وفاء المدين في تاريخ استحقاق الحق في تملك الشيء المرهون أو بيعه دون مراعاة الأحكام والإجراءات المنصوص عليها في المادة ١٧٢ سالفه البيان كما نصت المادة ٤٥٣ من قانون المعاملات التجارية الواردة في الباب الخامس (العمليات على الأوراق المالية) الفصل الأول (الاقتراض بضمان الأوراق المالية) - على أنه إذا لم يستوف المصرف حقه عند حلول أجله كان له أن يطلب من المحكمة المختصة الترخيص له ببيع الصكوك المرهونة بالمزاد العلني أو بسعرها في سوق الأوراق المالية وإن يستوفى حقه من ثمن البيع قبل غيره من الدائنين . ونصت المادة ١٤٢٠ من قانون المعاملات المدنية على أنه " ١- إذا اشترط في عقد الرهن التأميني تملك العين المرهونة للمرتهن في مقابل دينه إن لم يؤديه الراهن في أجل المعين أو إذا اشترط بيعها دون مراعاة الإجراءات القانونية فالرهن صحيح والشرط باطل . ٢- ويبطل الشرط كذلك ولو تم باتفاق لاحق . وذلك عملاً بقول رسول الله صلى الله عليه وسلم " لا يغلق

الرهن هو لصاحبه الذي رهنه، له غنمه وعليه غرمه " أي لا يملك الرهن بالدين " المذكرة الإيضاحية لقانون المعاملات المدنية ". وبالتالي فإن الدائن لا يملك قانوناً التصرف في الأسهم المرهونة بيعاً أو تملكاً له إلا بعد حصوله على حكم من المحكمة المختصة بالسماح له بالتنفيذ على الأسهم المرهونة . كما نصت المادة ١٤١٨ من قانون المعاملات المدنية على انه " للمرتهن رهنأً تأمينياً أن يتنازل عن حقه " . مما مفاده انه لا يجوز للبنك المرتهن في حالة عدم وفاء المدين " الطاعن " بالدين في تاريخ الاستحقاق الحق في تملك الأسهم المرهونة أو بيعها ، وانما له - بالإضافة إلى حبسها - ان يطلب من المحكمة الإذن له ببيع الشيء المرهون وذلك بعد انقضاء سبعة أيام من تاريخ إنذار الدائن بالوفاء ومن المقرر انه إذا خول القانون لشخص ما رخصة استعمال حق فإنه لا يكون مسؤولاً عن عدم استعمال هذه الرخصة ، ولما كان طلب الدائن المرتهن الاذن له ببيع الأسهم المرهونة انما هو رخصة أعطاهها القانون للدائن المرتهن ان شاء استعمالها عند حلول أجل دينه وإن شاء لم يستعملها اكتفاء بحبس الأسهم المرهونة إلى حين وفاء الدين بالدين المضمون بالأسهم ولا مسؤولية عليه في هذه الحالة الأخيرة . ومن المقرر ان تكيف الفعل بأنه خطأ أو نفي هذا الوصف عنه من المسائل القانونية التي تستقل بتقديرها محكمة الموضوع .

لما كان ذلك، وكان الفعل الذي نسبته الطاعن إلى البنك المطعون ضده ويجعله سبباً في طلبه التعويض هو ان البنك تراضى في بيع الأسهم المرهونة مما أدى إلى نقصان سعرها في السوق ، وكان لمحكمة الموضوع سلطة الأخذ بتقرير الخبير متى اطمأنت إلى سلامة الأسس والأبحاث التي بني عليها تقريره وهي غير ملزمة بالرد استقلالاً على المطاعن الموجهه إلى هذا التقرير . لما كان ذلك ، وكان الخبراء المنتدبون في الدعوى قد انتهوا في تقاريرهم إلى ان اتفاقية رهن الأسهم بتاريخ ٢٥/١/٢٠٠٦ لم تبين بها تفصيلات الأسهم المرهونة ، وقد ورد بها تحت بند " سلطات التنفيذ بيع " أو إحالة كل أو أي جزء من الأسهم المرهونة أو التصرف بها بأي طريقة أخرى . وان التوكيل الصادر من الطاعن إلى المطعون ضده ورد به أن يعين البنك وكياً ، ومنحه السلطة لكي يقوم بالنيابة عنه بجميع التصرفات المبينة في سند التوكيل إلا ان ذلك مشروط بحدوث حالة من حالات الإخلال من قبل الطاعن بالأحكام الواردة باتفاقية منح التسهيلات المبرمة بينهما . وان شركة بروج تعهدت بتاريخ ١٦/٩/٢٠٠٨ - وهو تاريخ لاحق لاتفاقية القرض - انه في حالة بيع الأسهم أو أي جزء منها بناء على تعليمات مالك الأسهم أو بنك أبوظبي التجاري ، فإنها ستقوم بإيداع حصيلة البيع في حساب الطاعن لدى البنك . وانه في حالة تنفيذ أي عمليات بيع أو شراء للأسهم بناء على تعليمات مالك الأسهم أو البنك فإن الشركة تتعهد بإخطار البنك مسبقاً بتفاصيل هذه العمليات ، كما تتعهد بتزويد البنك بكشف أسبوعياً مبين به تفاصيل الأسهم . وانه بناء على ذلك التعهد وجه البنك خطاب بتاريخ ٢/٤/٢٠٠٩ إلى الشركة بطلب تفاصيل أية عمليات بيع أو شراء نفذت في حساب الأسهم الخاصة بالطاعن وتزويده بكشف أسبوعي لعمليات التداول عن محفظة الأسهم ، إلا انه بتاريخ ٣/٥/٢٠٠٩ أجابت الشركة انها لا تستطيع تزويد البنك بأية معلومة عن محفظة الأسهم وذلك بناء على الأوامر الخطية الصادرة إليها من الطاعن بتاريخ ١٨/٩/٢٠٠٨ مما دعا البنك

إلى مخاطبة هيئة الأوراق المالية والسلع بتاريخ ٢٨/٦/٢٠٠٩ لإلزام الشركة بالوفاء بتعهداتها السابق وتزويده
بكشف حساب عن حركة الأسهم المرهونة لصالح البنك، إلا ان الهيئة طلبت بكتابها المؤرخ ١٤/٤/٢٠٠٩ من
البنك اللجوء إلى إدارة المقاصة بسوق الأوراق المالية لمتابعة الإجراءات والالتزامات المترتبة على رهن الأوراق
المالية، كما يتبين للخبراء ان الأوراق قد خلت من دليل على قيام الطاعن برهن الأسهم المملوكة له والمبينة في
التعهد الصادر من شركة بروج لصالح البنك أو تثبتت هذا الرهن في سجلات سوق أبو ظبي أو سوق دبي
المالي . وان تسييل الأسهم المرهونة مشروط بإخلال الطاعن بالتزامه ، وعندما لم يسدد رصيد القرض رفضت
الشركة إعطاء البيانات عن الأسهم . وان تسييل الأسهم المؤشر عليها بالرهن بسجلات الحفظ المركزي لدى أياً
من سوق الأوراق المالية لا يستطيع أي طرف بمفرده التصرف فيها بالبيع إذ يتطلب ذلك العديد من الإجراءات
وان الطاعن وشركة الوساطة قد أخلا بتعهداتهما للمطعون ضده وقاما بالتصرف في الأسهم التي اعتبرت
مرهونة للبنك كضمان ولم يودعا قيمتها في حساب الطاعن لدى البنك بسداد جزء من المديونية . لما كان ذلك
، وكان المطعون ضده لم يكن في مكنه بيع الأسهم دون موافقة الطاعن، كما ان الأخير لم يطلب بيعها من قبل
البنك، وقام التصرف فيها بالبيع ولم يودع قيمتها في حسابه لدى البنك، فألزمه الحكم المطعون فيه بسداد
رصيد مديونيته فإنه يكون قد طبق القانون على وجهه الصحيح ويكون النعي على غير أساس .

الرئيس : المستشار/ يوسف عبد الحليم الهته – رئيس الدائرة.

الأعضاء : المستشار / بادي الجراح

المستشار / نبيل عمران .

٣٢ ت - (الطعن رقم ١٠٥٤ لسنة ٢٠١٠ س ٥ ق. أ) جلسة ٢٠١١/٢/٢٣ (تجاري)

شركات. إثبات " الإثبات بالكتابة ". حكم " تسببيه. تسبیب معيب ". نقض " أسباب الطعن بالنقض. ما يقبل منها ". نظام عام. قانون " الخطأ في تطبيق القانون ". صورية.

■ عقد الشركة وجوب أن يكون ثابتاً بالكتابة. عدا شركة المحاصة. القانون رقم ٨ لسنة ١٩٨٤ المعدل بشأن الشركات التجارية.

■ الشركاء في الشركة. لا يجوز لأيهم في العلاقة فيما بينهم إثبات ما يخالف ما ورد بعقد الشركة أو يجاوزه إلا بالكتابة. مؤدى ذلك: عدم جواز إثبات صورية ما ورد بعقد الشركة من شروط إلا بالكتابة.

■ استخلاص الصورية أو نفيها. موضوعي. ما دام سائغاً.

■ مخالفة تلك القواعد. مخالفة للقانون وخطأ في تطبيقه. مثال.

المحكمة

حيث إن الوقائع - على ما يبين من الحكم المطعون فيه وسائر أوراق الطعن - تتحصل في أن الطاعنة أقامت الدعوى رقم ٥٦١ لسنة ٢٠٠٩ تجاري كلي أبوظبي على المطعون ضده بطلب الحكم بنذب خبير حسابي للاطلاع على دفاتر الشركة التي تم تأسيسها بينهما بموجب العقد المؤرخ ٢٠٠٨/٦/٩ (روما كافيه ذ.م.م) والاطلاع على حساباتها منذ بدء النشاط وحتى تاريخ رفع الدعوى لبيان الأرباح والخسائر وتحديد نصيبها من الأرباح بما يعادل حصتها في رأس المال، وبياناً لذلك قالت إن المطعون ضده الذي يتولى إدارة الشركة لم يقم بتصفية الحسابات وتمكينها من الاطلاع عليها لمعرفة نصيبها. نذبت المحكمة خبيراً حسابياً لأداء المأمورية المبينة بمنطوق حكمها وأودع الخبير تقريره. تقدمت الطاعنة باعتراضها المتمثل في عدم حيادية الخبير نظراً لعلاقة الزمالة التي تربطه بشقيق المطعون ضده وطلبت نذب خبير آخر لأداء المأمورية. تقدم المطعون ضده بدعوى متقابلة طالباً الحكم بنذب خبير حسابي للاطلاع على دفاتر الشركة وحساباتها منذ تاريخ تأسيسها وحتى تاريخ استلامه لها في ٢٠٠٩/٥/١١ وتحديد نصيبه خلال هذه الفترة بما يعادل حصته في الأرباح وفقاً لعقد الشركة. نذبت المحكمة خبيراً حسابياً آخر لأداء المأمورية المبينة بمنطوق حكمها وأودع الخبير تقريره. تقدم الطرفان باعتراضاتهما على تقرير الخبير فقضت المحكمة بإعادة المأمورية إليه لإعادة بحثها على النحو المبين بمنطوق حكمها وأودع الخبير تقريره التكميلي. وبتاريخ ٢٠١٠/٦/٢٩ حكمت المحكمة: (أولاً) في الدعوى الأصلية برفضها. (ثانياً) في الدعوى المتقابلة بإلزام الطاعنة أن تؤدي للمطعون ضده مبلغ ١٠٥٥٣٣/٨١ درهم وبفرض ما عدا ذلك من طلبات. استأنفت الطاعنة هذا الحكم بالاستئناف رقم ٩٤٥ لسنة

٢٠١٠ استئناف تجاري أبوظبي، وبتاريخ ٢٠١٠/٨/٣١ قضت المحكمة بالتأييد. طعنت الطاعنة في هذا الحكم بطريق النقض بالطعن المائل، وعُرض الطعن على هذه المحكمة في غرفة مشورة فحددت جلسة لنظره.

وحيث إن الطاعنة تنعى بالسبب الأول من سببي الطعن على الحكم المطعون فيه الخطأ في تطبيق القانون والفساد في الاستدلال، ذلك بأنها تمسكت أمام الخبير وأمام محكمة الموضوع بدرجتها بأن الثابت من عقد الشركة أن المطعون ضده هو الذي يتولى الإدارة منفرداً وأنه لا تُقبل شهادة الشهود لإثبات ما يخالف أو يجاوز ما هو ثابت بعقد الشركة وفقاً للمادة العاشرة من قانون الشركات التجارية كما أبدى الحاضر عنها أمام الخبير اعتراضه على سماع الشهود إلا أن الحكم المطعون فيه رد على دفاعها في هذا الشأن بأن البيانات ليست من النظام العام وأن الحاضر عن الطاعنة لم يعترض على سماع الشهود فيكون قد تنازل عن حقه في الاعتراض وأن عملية الإدارة واقعة مادية يجوز إثباتها بالشهادة، مما يعيبه ويستوجب نقضه.

وحيث إن هذا النعي سديد، ذلك بأنه ولئن كان الأصل هو جواز الإثبات في المواد التجارية بغير الكتابة ما لم يوجد اتفاق أو نص يقضى بغير ذلك عملاً بالفقرة الأولى من المادة ٣٥ من قانون الإثبات في المعاملات المدنية والتجارية، إلا أن قانون الشركات التجارية رقم ٨ لسنة ١٩٨٤ المعدل قد وضع استثناء من هذا الأصل فاشتراط الكتابة لقيام عقد الشركة وإثباتها عدا شركة المحاصة إذ نص في المادة العاشرة منه على أنه: "لا تُقبل الشهادة عند الخلاف بين الشركاء لإثبات ما يخالف ما ورد في عقد الشركة أو يجاوزه"، وقد استهدف المشرع من هذا النص استقرار التعامل بين الشركاء بما يحقق مصلحة اقتصادية عامة للدولة وأنه انطلاقاً من هذه المصلحة فقد نصت المادة ٢٢ منه على أنه: "بمراعاة الأنشطة التجارية المقصورة على المواطنين التي ينص عليها هذا القانون أو أي قانون آخر يجب إن يكون في كل شركة تؤسس في الدولة شريك أو أكثر من المواطنين لا تقل حصته عن ٥١٪ من رأس مال الشركة"، كما أوجبت المادة ١/٣٢٢ من ذات القانون عقاب كل من أثبت عمداً في عقد الشركة أو في نظامها أو غير ذلك من وثائقها بيانات كاذبة مخالفة لأحكام هذا القانون، مما مفاده - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - أنه في العلاقة بين الشركاء لا يجوز لأيهما إثبات ما يخالف ما ورد بعقد الشركة أو يجاوزه إلا بالكتابة، وبالتالي فلا يجوز لأحد الشركاء أن يثبت في مواجهة الشريك الآخر صورية ما ورد بعقد الشركة من شروط إلا بالكتابة وهي قاعدة متعلقة بالنظام العام بما يوجب التقيد بها ولو لم يتمسك بها أي من الخصوم. ومن المقرر أيضاً أن استخلاص الصورية أو نفيها من سلطة محكمة الموضوع التي لها في سبيل ذلك تقدير الأدلة التي يقدمها الخصوم في هذا الشأن ولا رقابة عليها في ذلك من محكمة النقض متى أقامت قضاءها على أسباب سائغة لها أصلها الثابت بالأوراق. لما كان ذلك، وكان الثابت من عقد الشركة ذات المسؤولية المحدودة سند الدعوى أن البند التاسع منه قد نص على أن يتولى المطعون ضده إدارة الشركة باعتباره المدير الوحيد ويباشر الإدارة لمدة غير محدودة. كما نص البند العاشر من العقد على أن يمثل المدير الشركة في علاقتها مع الغير وله في هذا الصدد أوسع السلطات للتعامل باسمها وإجراء كافة العقود والمعاملات الداخلة ضمن غرض الشركة وعلى الأخص تعيين ووقف وعزل مستخدمي الشركة وتحديد

رواتبهم وأجورهم ومكافآتهم وإبرام جميع العقود والمشارطات والصفقات التي تتعلق بمعاملات الشركة بالنقد أو بالأجل وله حق شراء جميع المواد والمهمات والبضائع والمنقولات. ونص البند ٢/١٨ من العقد على أن تجتمع الجمعية العمومية العادية لسماع تقرير المدير عن نشاط الشركة ومركزها المالي والتصديق على الميزانية العمومية وحساب الأرباح والخسائر وتحديد حصص الأرباح التي توزع على الشركاء. وكان الثابت من محضر أعمال الخبير بتاريخ ٢٠٠٩/١١/١٦ أن الحاضر عن الطاعة تمسك بأن المطعون ضده هو مدير الشركة والمسؤول عن توزيع الأرباح والخسائر وأن أقوال الحاضر عن المطعون ضده المغايرة لذلك هي مجرد أقوال مرسلة لا دليل عليها وطلب تقديم أية مستندات تجحد ما هو ثابت بعقد الشركة باعتباره أنه لا يجوز قانوناً إثبات عكس ما هو بالكتابة في عقد الشركة بشهادة الشهود. لما كان ذلك، وكان الحكم المطعون فيه قد رد على ما تمسكت به الطاعة في دفاعها من أن المطعون ضده هو المدير الوحيد للمقهى وفقاً للثابت بعقد الشركة، بأن البيانات ليست من النظام العام وأنها ملك للخصوم وأن الخبير استمع لأقوال الشهود دون حلف يمين ولم يعترض الحاضر عن الطاعة وبالتالي يكون قد تنازل عن حقه في الاعتراض بالإضافة إلى أن عملية الإدارة واقعة مادية يجوز إثباتها بالشهادة، وأن الخبير لم يستند إلى شهادة الشهود في حساب الإيرادات والأرباح والمصاريف والخسائر، مع أن تقرير الخبرة التكميلي قام بتصفية الحساب بين الطرفين في صورتين - حالتين - تقوم كل منهما على افتراض أن الطاعة قد تولت الإدارة الفعلية للمقهى لمدة أحد عشر شهراً خلال الفترة من ٢٠٠٨/٦/٩ حتى ٢٠٠٩/٥/٩ اعتماداً على أقوال الشهود الذين استمع إليهم الخبير، وانتهى الحكم من ذلك إلى تأييد الحكم الابتدائي الذي اطمأن إلى الحالة الثانية لتصفية الحساب بين الطرفين، فإن الحكم المطعون فيه يكون معيباً بمخالفة القانون والخطأ في تطبيقه بما يوجب نقضه على أن تكون مع النقض الإحالة.

الرئيس : المستشار/ يوسف عبد الحليم الهته - رئيس الدائرة.

الأعضاء : المستشار / البشري الشوريجي

المستشار / نبيل عمران .

٣٣ ت - (الطعن رقم ٢٩٨ لسنة ٢٠١١ س ٥ ق. أ) جلسة ٢٠١١/٩/٨ (تجاري)

شركة تجارية. حكم «تسببيه. تسبیب غیر معيب». نقض «أسباب الطعن بالنقض. ما لا يقبل منها». تسجيل. لغة عربية.

■ أسباب حل الشركة التجارية في معنى المادة (٢٨١) من قانون الشركات التجارية رقم ٨ لسنة ١٩٨٤. ماهيتها؟

■ وجوب أن يكون عقد الشركة وكل تعديل يطرأ عليه مكتوباً باللغة العربية وموثقاً أمام الجهات المختصة. مخالفة ذلك. أثره: بطلان العقد أو التعديل.

■ جواز تمسك الشركاء في الشركة بهذا البطلان في مواجهة بعضهم البعض.

■ وجوب شهر العقد وكل تعديل يطرأ عليه في السجل التجاري.

■ عدم مراعاة الإجراءات السابقة. أثره: البطلان. مثال.

المحكمة

حيث إن الوقائع - على ما يبين من الحكم المطعون فيه وسائر الأوراق تتحصل في ان المطعون ضده أقام الدعوى رقم ٣٢٤ لسنة ٢٠١٠ تجاري كلي العين على الطاعن بطلب الحكم بحل عقد شركة «.....» ذ.م.م. وتعيين لجنة ثلاثية من المصفين القضائيين لتصفية أموال الشركة وتوزيع ناتج التصفية على الشركاء بما يتناسب مع حصته في رأس المال وتوزيع الربح والخسارة على الشركاء بالنسبة المتفق عليها في العقد. على سند من انهما شريكان في الشركة المسماه «.....» شركة ذات مسؤولية محدودة بنسبة ٥١٪ للمطعون ضده و ٤٩٪ للطاعن وقد تم تأسيسها وفقاً لما هو ثابت برخصتها بتاريخ ٢٠٠٥/٥/١٥ ومدتها خمسة سنوات تنتهي في ٢٠١٥/٥/١٥ وقد سبق ان أقام الدعوى رقم ٦٠ لسنة ٢٠١٠ تجاري كلي وقضي فيها بحل شركة «.....» - شركة ذات مسؤولية محدودة «وتعيين لجنة من ثلاثة مصفين لتصفية الشركة، استأنف الطاعن هذا الحكم بالاستئناف رقم ١٩١ لسنة ٢٠١٠ استئناف أبو ظبي، وبتاريخ ٢٠١٠/٩/٢٧ قضت المحكمة بإلغاء الحكم المستأنف وعدم قبول الدعوى لرفعها قبل الأوان على سند ان عقد الشركة ينتهي في ٢٠١٥/٥/١٥ وان المطعون ضده أقام الدعوى بتاريخ ٢٠١٠/٣/١٠ قبل انتهاء مدة الشركة. ومن ثم أقام الدعوى الحالية. حكمت المحكمة بحل «شركة.....» - شركة ذات مسؤولية محدودة «وتعيين لجنة ثلاثية من المصفين القضائيين

لتصفية الشركة وفقاً لما ورد بمنطوق الحكم. استأنف الطاعن هذا الحكم بالاستئناف رقم ٣٩ لسنة ٢٠١١ استئناف العين، وبتاريخ ٢٠١١/٣/٧ قضت المحكمة بتأييد الحكم المستأنف. طعن الطاعن في هذا الحكم بطريق النقض وعرض الطعن على هذه المحكمة في غرفة مشورة فحددت جلسة لنظره.

وحيث إن حاصل ما ينعاه الطاعن بسبب الطعن على حكم المطعون فيه الخطأ في تطبيق القانون ومخالفة الثابت بالأوراق والقصور في التسبب ذلك انه أقام قضاؤه على سند من انتهاء عقد الشراكة بين الطرفين، رغم انه تمسك انه أبرم اتفاق لاحق لعقد الشركة بتاريخ ٢٠٠٧/٣/٣٠ تنتهي في ٢٠١٠/٨/٣٠ وامتد حتى ٢٠١٥/٨/٣٠، كما انه قضى في البند الرابع من ذلك العقد انه في حالة عدم رغبة الطرفين أو أحدهما في تجديده لابد من التقيد بتقديم الإنذار بفسخ العقد قبل مرور ستة أشهر وان المطعون ضده لم يطلب فسخ العقد ولم يندر الطاعن خلال المدة المتفق عليها، كما لم تتوافر أحد الأسباب التي تؤدي إلى حل الشركة مما يعيب الحكم ويستوجب نقضه.

وحيث إن هذا النعي مردود ذلك ان قانون الشركات التجارية رقم ٨ لسنة ١٩٨٤ قد أوضح أسباب حل الشركات في الفصل الأول من الباب العاشر حيث تنص المادة ٢٨١ منه على ان « تنحل الشركة لأحد الأسباب الآتية : ١- انتهاء المدة المحددة في العقد أو النظام ما لم تجدد المدة طبقاً للقواعد العامة الواردة بعقد الشركة أو نظامها. ٢- ٥- » ومفاد ذلك ان انحلال الشركات التجارية بصفة عامة ومنها الشركات ذات المسؤولية المحدودة لا يكون إلا لأحد الأسباب الواردة في المادة سالفة الذكر حصراً أو للأسباب الموضوعية المبينة بعد تأسيسها . كما ان مفاد نص المواد ٨، ١١ من القانون سالف البيان والمادة ٥ من قانون السجل التجاري انها أوجب ان يكون عقد الشركة وكل تعديل يطرأ عليه مكتوباً باللغة العربية وموثقاً أمام الجهات الرسمية المختصة وإلا كان العقد أو التعديل باطلاً، ويجوز للشركاء التمسك بالبطال الناشئ عن عدم كتابة العقد أو عدم توثيقه في مواجهة بعضهم بعضاً . كما يجب شهر عقد الشركة وكل تعديل يطرأ عليه بالقيود في السجل التجاري ، ومن المقرر انه ما دام ان عقد الشركة ذاته تم توثيقه لدى الجهات الرسمية المختصة وقيده في السجل التجاري فأن تعديله يجب ان يتم بموجب محرر رسمي ويوثق أيضاً لدى الجهات الرسمية ويقيد في السجل التجاري وإلا كان تعديل عقد الشركة باطلاً فيما لو اكتفي بكتابته في محرر عرقي . لما كان ذلك وكان الواقع في الدعوى حسبما يبين من أوراقها ان الشركة موضوع النزاع هي شركة ذات مسؤولية محدودة ونص في المادة الثالثة من عقد تأسيسها ان مدتها خمس سنوات تبدأ من تاريخ قيدها في السجل التجاري ويجوز إطالة أو تقصير هذه المدة بقرار من الجمعية العمومية غير العادية للشركة . كما تنص المادة ٢٥ ان يتم حل الشركة وتصفيتها عند انتهاء مدتها ٠٠٠٠» وكانت الشركة قد تم قيدها في السجل التجاري بتاريخ ٢٠٠٥/٥/١٥ ومن ثم تنتهي مدتها في ٢٠١٠/٥/١٤، ولا ينال من ذلك ما تمسك به الطاعن من انه تم تعديل عقد الشركة بموجب الاتفاق اللاحق المؤرخ ٢٠٠٧/٣/٣٠ والذي جعل انتهاء مدتها في ٢٠١٠/٨/٣٠ وانه امتد حتى ٢٠١٥/٨/٣٠ إذ لم يطلب المطعون ضده انتهاء عقدها كما انه لم يخطر بطلب إنهاء عقد الشركة قبل

نهايته بستة أشهر ، إذ ان ذلك الاتفاق - وأياً كان الرأي في تكييفه - لم يتم بموجب محرر رسمي وانما تمت كتابته في محرر عرفي ولم يتم توثيقه لدى الجهات الرسمية المختصة كما لم يتم قيده في السجل التجاري رغم ان عقد الشركة تم توثيقه لدى الجهات الرسمية وقيد في السجل التجاري ومن ثم لا يعتد به، وكان المطعون ضده قد سبق له ان أقام الدعوى رقم ٦٠ لسنة ٢٠١٠ تجاري كلي العين بطلب حل الشركة وتصفياتها وقضي فيها بعدم قبولها لرفعها قبل الأوان ، فأقام الدعوى الحالية بذات الطلبات، وكان الحكم المطعون فيه قد أقام قضاءه على انتهاء عقد الشركة بتاريخ ١٥/٥/٢٠١٠ ومن ثم يكون قد انتهى إلى النتيجة الصحيحة، وإذا كان ما خلصت إليه محكمة الموضوع سائغاً بما له أصل ثابت في الأوراق ويتفق مع صحيح القانون وكافياً لحمل قضاؤها ومؤديا إلى النتيجة التي انتهت إليها ويحمل الرد المسقط لحجج الطاعن وأوجه دفاعه ، ومن ثم فإن النعي عليه بما سلف لا يعدو ان يكون جدلاً فيما تستقل محكمة الموضوع بتقريره من أدلة الدعوى وهو ما تنحسر عنه رقابة محكمة النقض .

الرئيس : المستشار/ يوسف عبد الحليم الهته - رئيس الدائرة.

الأعضاء : المستشار / بادي الجراح

المستشار / نبيل عمران .

٣٤ ت - (الطعن رقم ٤٠٥ لسنة ٢٠١١ س ٥ ق.أ) جلسة ٢٢/٩/٢٠١١ (تجاري)

شيك. حكم "تسببيه. تسبب معيب". نقض "أسباب الطعن بالنقض. ما يقبل منها". إثبات "بوجه عام" "عبء الإثبات". دين. التزام.

■ مجرد سحب الشيك لا يعتبر وفاءً مبرراً لزمة صاحبه. ولا ينقضي به التزامه بالدين إلا بقيام البنك المسحوب عليه بصرف قيمة الشيك للمستفيد.

■ عبء إثبات عدم سداد الدين. وقوعه على عاتق الدائن. متى كان قد تسلم شيكين بقيمة ماله من دين في ذمة المدين.

■ مخالفة الحكم ذلك وإلزام المدين بإثبات صرف الدائن للشيكين. خطأ في تطبيق القانون.

المحكمة

حيث ان الوقائع — على ما يبين من الحكم المطعون فيه وسائر الأوراق — تتحصل في ان الطاعن أقام الدعوى رقم ١٢٥١ لسنة ٢٠١٠ تجاري كلي أبوظبي على المطعون ضده بطلب الحكم بإلزامه بأن يؤدي له مبلغ ٤٠٠ ألف درهم والفوائد القانونية من تاريخ المطالبة وحتى السداد. على سند أنه بتاريخ ١٦/٢/٢٠٠٩ تم الاتفاق بينها على إعادة بناء الجزء الأمامي من قطعة الأرض الصناعية رقم ٨١ — ٦١م الكائنة بمنطقة المصفح بأبوظبي والملوكة للمطعون ضده. على ان يتحمل كل منهما نصف التكلفة الفعلية والتي تبلغ مليون وخمسمائة ألف درهم. سدد منها الطاعن ٤٠٠ ألف درهم، ولم ينفذ المطعون ضد التزاماته الواردة بالعقد. انتدبت المحكمة خبيراً، وبعد ان قدم تقريره، حكمت بإلزام المطعون ضده بان يؤدي للطاعن مبلغ ٤٠٠ ألف درهم والفائدة بواقع ٤٪ سنوياً من تاريخ المطالبة القضائية بتاريخ ١٠/٨/٢٠١٠ وحتى السداد التام، على الا يزيد على المبلغ المذكور. استأنف المطعون ضده هذا الحكم بالاستئناف رقم ١٥٠١ لسنة ٢٠١٠ استئناف أبوظبي، وبتاريخ ١٥/٢/٢٠١١ قضت المحكمة بإلغاء الحكم المستأنف ورفض الدعوى. طعن الطاعن في هذا الحكم بطريق النقض، وعرض الطعن على هذه المحكمة في غرفة مشورة فحددت جلسة لنظره.

وحيث ان حاصل ما ينعاه الطاعن بسبب الطعن على الحكم المطعون فيه مخالفة الثابت بالأوراق والقصور في التسبب ذلك، ان الخبير انتهى في تقريره إلي سداد الطاعن المبلغ المطالب به للمطعون ضده بموجب شيكين استلمهما المطعون ضده بتاريخ ١١/٣/٢٠٠٩ كل منهما بمبلغ ٢٠٠ ألف درهم مسحوبين على بنك دبي الإسلامي، الا ان الحكم أقام قضاءه برفض الدعوى على افتراض بأن المطعون ضده لم يصرف قيمتها دون

ان يتحقق من ذلك ما يعيبه يستوجب نقضه .

وحيث ان هذا النعي في محله، ذلك انه — من المقرر ان الشيك يعتبر في الأصل أداة وفاء إلا ان مجرد سحب الشيك لا يعتبر وفاء مبرئاً لذمة صاحبة ولا ينقضي التزامه الا بقيام البنك المسحوب عليه بصرف قيمة الشيك للمستفيد، لما كان ذلك، وكان الثابت من تقرير الخبير المنتدب في الدعوى ان الطاعن سدد المبلغ المطالب به بموجب شيكين بكل منهما مبلغ ٢٠٠ ألف درهم مسحوبين على بنك دبي الإسلامي استلمها المطعون ضده بتاريخ ٢٠٠٩/٣/١١، وأرفق بتقديره صورة من الشيكين، وصورة من إيصال استلام المطعون ضده لهذين الشيكين — لم يطعن عليهما بأى مطعن — وكان استلام المطعون ضده للشيكين بقيمة المبلغ المطالب به وعدم إنكاره ذلك قرينة على الوفاء، ومن ثم كان عليه نقض هذه القرينة بإثباته عدم صرف قيمتهما، و من المقرر انه على من يدعى خلاف الظاهر أصلاً أو فرضاً أو عرضاً عبء إثبات ما يدعيه خلاف الظاهر، لما كان ذلك وكان الحكم المطعون فيه قد أقام قضاؤه برفض دعوى الطاعن على انه لم يقدم ما يفيد صرف قيمة الشيكين، ونقل عبء الإثبات على الطاعن رغم ان المطعون ضده قد استلم الشيكين وهو المكلف بإثبات ادعائه بعدم صرف قيمتهما، وثبتت المحكمة من ذلك مما يعيب حكمها بالقصور في التسبيب ويستوجب نقضه .

الرئيس : المستشار/ يوسف عبد الحليم الهته – رئيس الدائرة.

الأعضاء : المستشار / بادي الجرام

المستشار / نبيل عمران .

٣٥ ت - (الطعن رقم ٦٩٥ لسنة ٢٠١١ س ٥ ق. أ) جلسة ٢٠١١/٩/٢٨ (تجاري)

(١) تحكيم. دعوى "سماعها". إجراءات "إجراءات نظر الدعوى" دعوى "نظرها والحكم فيها". "طعن" أسباب الطعن بالنقض. ما لا يقبل منها "نقض" أسباب الطعن بالنقض. ما لا يقبل منها "حكم" تسببيه. تسببيه غير معيب".

■ اتفاق الخصوم على التحكيم. أثره : عدم جواز رفع الدعوى به أمام القضاء.

■ رفعها أمام القضاء يوجب على الخصم الاعتراض على ذلك في الجلسة الأولى المحددة لنظر النزاع.

■ المقصود بالجلسة الأولى. هي تلك التي يحضر فيها المدعى عليه أو من يمثله لأول مرة أمام المحكمة.

■ حضوره دون إبداء اعتراضه. مؤداه : جواز نظر الدعوى ولو تمسك من بعد بشرط التحكيم تحت أي مبرر. أساس ذلك وعلته ؟ مثال.

(٢) دفاع "الإخلال بحق الدفاع. ما لا يوفره". حكم "تسببيه. تسببيه غير معيب". "نقض" أسباب الطعن بالنقض. ما لا يقبل منها".

■ التفات الحكم عن دفاع مرسل لا يستند إلى نص في القانون. لا عيب. مثال.

(٣) حكم "تسببيه. تسببيه غير معيب". "نقض" أسباب الطعن بالنقض. ما لا يقبل منها". إثبات "بوجه عام". محكمة النقض "سلطتها". رسوم قضائية.

■ التقارير القانونية الخاطئة. لا تؤثر في صحة الحكم. ما دام قد انتهى إلى النتيجة الصحيحة. محكمة النقض تتولى تصويب ذلك. دون أن تنقض الحكم. مثال بشأن الرد على دفع بعدم قبول الدعوى لعدم سداد الرسم.

(٤) إثبات "بوجه عام" "خبرة". محكمة الموضوع "سلطتها". حكم "تسببيه. تسببيه غير معيب". "نقض" أسباب الطعن بالنقض. ما لا يقبل منها".

■ تحصيل فهم الواقع في الدعوى وتقدير أدلتها ومنها تقارير الخبراء والموازنة بينها. موضوعي. ما دام سائغاً. مثال.

■ محكمة الموضوع غير ملزمة بتتبع الخصوم في مختلف مناحي دفاعهم وطلباتهم للرد عليها استقلالاً. ما دام قيام الحقيقة التي اقتنعت بها وأوردت دليلها فيها الرد الضمني المسقط لتلك الأقوال والطلبات. مثال.

المحكمة

حيث إن الوقائع - على ما يبين من الحكم المطعون فيه وسائر أوراق الطعن - تتحصل في أن المطعون ضدها أقامت الدعوى رقم ١٢٤٩ لسنة ٢٠١٠ تجاري كلي أبوظبي على الطاعنة بطلب الحكم بإلزامها أن تؤدي لها قيمة استئجار السفينة المملوكة للمطعون ضدها مع الفوائد من تاريخ الاستحقاق وحتى السداد التام، وبيانا لذلك قالت إن الطاعنة وبموجب كتاب مؤرخ ٢٧/٣/٢٠٠٧ بالتأكيد على الموافقة على الأسعار استأجرت منها سفن إنزال لاستخدامها في مشروع مسند إليها بقيمة إيجارية ١٥٠٠٠ درهم لليوم الواحد وتم تنفيذ العقد بالفعل إلا أن الطاعنة امتنعت عن السداد على الرغم من المطالبات الودية المتكررة فكانت الدعوى. نذبت المحكمة خبيراً لأداء المأمورية الميمنة بمنطوق حكمها وأودع الخبير تقريره. وبموجب مذكرة مؤرخة ١٤/٩/٢٠١٠ عدلت المطعون ضدها طلباتها في الدعوى إلى طلب الحكم بإلزام الطاعنة أن تؤدي لها مبلغ ٨١٠٧٥٠ درهم مع الفوائد من تاريخ الاستحقاق وحتى السداد التام. وبتاريخ ٢٨/٢/٢٠١١ حكمت المحكمة بإلزام الطاعنة أن تؤدي للمطعون ضدها مبلغ ٧٨٠٠٠٠ درهم والفائدة التأخيرية بواقع ٥٪ من تاريخ رفع الدعوى في ١٠/٨/٢٠١٠ وحتى تمام السداد بما لا يجاوز المبلغ المحكوم به ورفضت ما عدا ذلك من طلبات. استأنف الطاعنة هذا الحكم بالاستئناف رقم ٤٢١ لسنة ٢٠١١ تجاري أبوظبي، وبتاريخ ٢٦/٤/٢٠١١ قضت المحكمة بالتأييد. طعن الطاعنة في هذا الحكم بطريق النقض بالطنع المائل، وعُرض الطعن على هذه المحكمة في غرفة مشورة فحددت جلسة لنظره.

وحيث إن الطاعنة تنعى بالوجه الثالث من السبب الخامس على الحكم المطعون فيه مخالفة القانون والخطأ في تطبيقه، ذلك بأنها دفعت بعدم قبول الدعوى استناداً إلى شرط التحكيم الوارد في عرض الأسعار، إلا أن الحكم الابتدائي المؤيد بالحكم المطعون فيه رفض هذا الدفع بمقولة إنه كان على الطاعنة أن تتقدم بهذا الدفع في أول جلسة من جلسات المحاكمة، مع أن المطعون ضدها كانت قد قدمت مستنداً غير مترجم فكان يجب أن تكون الجلسة الأولى لتقديم الدفع هي جلسة ٢٢/٩/٢٠١٠ بعد ترجمة المستند وليس في أول جلسة لنظر الدعوى وقت أن كان المستند غير مترجم، مما يعيب الحكم ويستوجب نقضه.

وحيث إن هذا النعي غير سديد، ذلك أن النص في المادة ٢٠٣/٥ من قانون الإجراءات المدنية على أنه: "وإذا اتفق الخصوم على التحكيم في نزاع ما فلا يجوز رفع الدعوى به أمام القضاء، ومع ذلك إذا لجأ أحد الطرفين إلى رفع الدعوى دون اعتداد بشرط التحكيم ولم يعترض الطرف الآخر في الجلسة الأولى وجب نظر الدعوى واعتبر شرط التحكيم لاغياً"، يدل على أنه يجب على الطرف الذي يتمسك بشرط التحكيم أن يتخذ موقفاً إيجابياً بأن يعترض في الجلسة الأولى على لجوء خصمه إلى القضاء للمطالبة بما يدعيه من حق رغم الاتفاق على الشرط، فإن لم يحصل منه اعتراض في تلك الجلسة جاز نظر الدعوى. والمقصود بالجلسة الأولى - وعلى ما جرى عليه قضاء هذه المحكمة - هي الجلسة التي يحضر فيها المدعى عليه أو ممثله لأول مرة أمام المحكمة. لما كان ذلك، وكان الثابت من الرجوع إلى محاضر الجلسات أمام محكمة أول درجة أنه بجلسة ٢٢/٨/٢٠١٠ التي حضرت فيها الطاعنة بوكيل عنها أنه لم يعترض على لجوء المطعون ضدها إلى

القضاء رغم وجود شرط التحكيم في العقد المبرم بين الطرفين، وإنما قدم مذكرة تتضمن دفعاً بعدم سماع الدعوى لمرور الزمان، فإن الطاعة تكون قد تنازلت عن شرط التحكيم ولو تمسكت به من بعد وفقاً لأي تبرير من جانبها، ذلك أن المعول عليه في اعتبار شرط التحكيم لاغياً أو غير لاغ هو بحصول الاعتراض أو عدم حصوله في الجلسة الأولى بحسبان أن نص المادة ٢٠٣ من قانون الإجراءات المدنية الاتحادي نص إجرائي يجب عدم التوسع في تفسيره. وإذا كان الحكم المطعون فيه قد انتهى إلى رفض الدفع بعدم قبول الدعوى لوجود شرط التحكيم وفقاً لهذا النظر، فإن النعي عليه يكون بهذا السبب يكون على غير أساس.

وحيث إن الطاعة تنعى بالوجه الخامس من السبب الخامس على الحكم المطعون القصور في التسبب والإخلال بحق الدفاع، ذلك بأنها دفعت الدعوى أمام محكمة أول درجة بعدم الاختصاص وانعقاده لمحاكم دبي وتحكيم دبي، إلا أن الحكم الابتدائي المؤيد بالحكم المطعون فيه التفت عن هذا الدفع ولم يعرض له إيراداً أو رداً، مما يعيبه ويستوجب نقضه.

وحيث إن هذا النعي في غير محله، ذلك بأنه من المقرر أن الدفاع الجوهري الذي تلتزم محكمة الموضوع بمواجهته والرد عليه بأسباب خاصة هو ذلك الذي من شأنه لو صح أن يتغير به وجه الرأي في الدعوى وهو لا يكون كذلك إلا إذا استقام على سند من القانون، أما دون ذلك من أوجه الدفاع فإنه لا يعدو أن يكون من قبيل المرسل من القول الذي لا إلزام على محكمة الموضوع بالالتفات إليه. لما كان ذلك، وكانت الطاعة قد أطلقت القول في مذكرتها المقدمة لمحكمة أول درجة بعدم اختصاص المحكمة بنظر الدعوى وبانعقاده لمحاكم دبي دون أن تقدم أي سند قانوني لهذا الدفع، كما خلت أوراق الدعوى ومستنداتها مما يرشح لقيامه لاسيما بعد أن رد الحكم صراحة على الدفع بعدم قبول الدعوى لوجود شرط التحكيم برفضه. وإذا كان دفع الطاعة في هذا الصدد لا يستند إلى أساس صحيح من القانون فلا تثريب على الحكم الابتدائي المؤيد بالمطعون فيه إن هو لم يورده أو يرد عليه.

وحيث إن الطاعة تنعى بالسبب الأول وبالوجه الأول من السبب الخامس على الحكم المطعون فيه مخالفة القانون والخطأ في تطبيقه، ذلك بأنها دفعت أمام محكمة الموضوع بدرجتها بعدم قبول الدعوى باعتبار أن المطعون ضدها أقامت دعاها ابتداءً كدعوى غير مقدرة القيمة ثم عدلت طلباتها إلى طلب الحكم لها ببلغ ٨١٠٠٠ درهم ولم تسدد الرسوم المستحقة على هذا المبلغ الأخير، واستندت الطاعة في دفعها إلى المادة ٣ من قانون الرسوم القضائية رقم ٣٢ لسنة ٢٠٠٥ والمادة ٢ من القانون رقم ١٦ لسنة ٢٠٠٨ التي أوجبت ألا تُقيد دعوى أو طعن وألا يُقبل أي طلب إلا بعد استيفاء الرسم كاملاً، وإلى المادة ٤٨ من قانون الإجراءات المدنية التي نصت على أن تُقدر قيمة الدعوى يوم رفعها وفي جميع الأحوال يكون التقدير على أساس آخر طلبات الخصوم، إلا أن الحكم الابتدائي لم يرد على هذا الدفع كما أن الحكم المطعون فيه رد برد خاطئ تساند فيه إلى المادة ٢٣ من القانون رقم ١٦ لسنة ٢٠٠٨ التي - على فرض وجودها - تتعلق بإلزام قاضي التنفيذ بتحصيل فرق الرسم من المحكوم له وذلك في حالة عدم إبداء الدفع بعدم قبول الدعوى أمام محكمة

الموضوع والقول بغير ذلك من شأنه إهدار سبب وجود نص المادة ٢ في ذلك القانون الأصل، مما يعيب الحكم ويستوجب نقضه.

وحيث إن هذا النعي غير منتج، ذلك أنه متى كانت النتيجة التي انتهى إليها الحكم المطعون فيه صحيحة فلا يضره ما ورد في أسبابه من تقارير قانونية خاطئة لا تتفق وصحيح القانون وإنما تتولى محكمة النقض تصويب ما اشتمل عليه من أخطاء قانونية دون أن تنقضه. وكان النص في المادة رقم ٣/١٥ من القانون رقم ١٦ لسنة ٢٠٠٨ بشأن الرسوم القضائية في إمارة أبوظبي - المنطبق على واقعة الدعوى - والواردة في الباب الثاني، الفصل الثاني "قواعد تقدير رسوم الدعوى" على أن: "يفرض على الدعوى غير المقدرة القيمة رسم ثابت وفق ما يلي: ١ - ٢ - ٣ - ثلاثة آلاف درهم على الدعوى الكلية الابتدائية، ويُستوفى بقية الرسم وفق المادة (٩) من هذا القانون بعد صدور حكم نهائي في الدعوى"، يدل على أن المشرع لم يفرض على الدعوى التي تُرفع ابتداءً غير مقدرة القيمة أمام المحاكم الابتدائية إلا رسم ثابت مقداره ثلاثة آلاف درهم فقط - كما هي الحال في الدعوى الماثلة - ولم يوجب المشرع تحصيل فرق الرسم وفقاً للطلبات الختامية أمام محكمة أول درجة وإنما أفصح - بغير لبس - عن أن استيفاء بقية الرسم إنما يكون بعد صدور حكم نهائي في الدعوى ووفقاً للمادة ٩ الواردة في الباب الثاني، الفصل الأول "رسوم الدعوى المدنية" والتي تنص على أنه: "يفرض على الدعوى معلومة القيمة، وطلبات استصدار أوامر الأداء، رسم نسبي قدره ٤٪ من قيمة الدعوى أو الطلب". ولا يغير من ذلك، ما نصت عليه المادة (٢) من القانون رقم ١٦ لسنة ٢٠٠٨ المشار إليه من أنه: "ولا يُقبل أي طلب إلا بعد استيفاء الرسم كاملاً"، ذلك أن المقصود بالطلب في هذه المادة ليس هو الطلبات الختامية أمام محكمة أول درجة، وإنما - في خصوص الدعوى المدنية - هي الطلبات المنصوص عليها في الجدول الوارد في المادة (١٠) من القانون رقم ١٦ لسنة ٢٠٠٨ المشار إليه في البند رقم (١٢) وما بعده، مثل طلب الأمر بالحجز التحفظي على العقار أو على السفينة أو على المنقول، وطلب الأمر على عريضة، وطلب تجديد الدعوى من الشطب، وطلب تعجيل الدعوى بعد الوقف الاتفاقي أو الجزائي، وطلب وقف النفاذ المعجل، وطلب تصحيح الأخطاء المادية بالحكم انتهاء بما جاء في البند رقم (٤٢) من تقدير رسم مقداره مائة درهم على "أي طلبات أخرى لا تندرج تحت أي من الطلبات السابقة"، وقد نص المشرع في صدر تلك المادة على تحصيل رسم محدد بمبلغ ثابت قرين كل طلب من هذه الطلبات. كما لا يغير من النظر المتقدم، ما نصت عليه المادة ٤٨ من قانون الإجراءات المدنية من أن "تقدر قيمة الدعوى يوم رفعها، وفي جميع الأحوال يكون التقدير على أساس آخر طلبات الخصوم"، ذلك أن قواعد تقدير قيمة الدعوى المنصوص عليها في هذه المادة إنما يتبدى أثرها في أمرين، أولهما هو تحديد المحكمة المختصة بنظر الدعوى، وثانيهما هو مدى قابلية الحكم الصادر من محكمة أول درجة للطعن فيه بطريق الاستئناف، ولا صلة لأي من هذين الأمرين بميعاد استيفاء بقية الرسم عند تعديل الطلبات غير مقدرة القيمة أمام محكمة أول درجة إلى طلبات ختامية مقدرة القيمة. لما كان ذلك، وكان الحكم المطعون فيه

قد انتهى إلى هذه النتيجة الصحيحة ومن ثم فلا يفسده ويؤدي إلى نقضه مجرد ما ذهب إليه من استناده في قضائه إلى المادة ٢٣ من القانون رقم ١٦ لسنة ٢٠٠٨ أنف البيان - والواردة في الفصل الثاني، الباب الرابع "قواعد تحصيل الرسوم" دون المادة ١٥ المشار إليها أنفأ، وإنما يكون لمحكمة النقض تصحيح هذا الخطأ ورده إلى الأساس السديد دون أن تنقضه، ويكون هذا النعي غير مقبول.

وحيث إن الطاعة تنعى بالأسباب من الثاني إلى الرابع وبالوجهين الثاني والرابع من السبب الخامس على الحكم المطعون فيه القصور في التسبب والفساد في الاستدلال والإخلال بحق الدفاع وعدم فهم الواقع في الدعوى، ذلك بأنها عندما جددت الصور الضوئية للمستندات المقدمة من المطعون ضده لم تذكر على وجه الإطلاق أن تلك الصور عبارة صور فاكس بل وأقرت بكل صور الفاكس المقدمة من المطعون ضدها، وإنما أنكرت صورة مراسلات المطعون ضدها مع الغير بخلاف الطاعة وأهمها صورة المستند المسمى حركة الباخرة "سلمى" ذلك أنه مستند صادر من المطعون ضدها إلى شركة "ليوا للخدمات البحرية"، وإذ رتب الحكم مسؤولية الطاعة بناءً على هذا المستند الذي حدد اسم السفينة "سلمى" رغم عدم وروده في عرض الأسعار وكذلك ومدة عملها وعدد الرحلات التي تمت على الرغم من عدم استلام الطاعة لهذا المستند بأي وسيلة من فاكس أو غيره. كما أن الطاعة دفعت بعدم قبول الدعوى لأن المطعون ضدها أثبتت في عرض الأسعار المقدم منها أن السفينة اسمها (أزاه) أو (ماريام) وليس السفينة "سلمى" التي زعمت المطعون ضدها أنها هي التي تم تأجيرها مع أن هذه السفينة غير مملوكة للمطعون ضدها وإنما مملوكة لشركة ليوا للخدمات البحرية ولا يغير من ذلك كون مالك المطعون ضدها من الشركاء في الشركة الأخيرة المالكة للسفينة "سلمى" ذلك أن لكل شركة منهما شخصيتها الاعتبارية ودمتها المالية المستقلة مما كان يوجب الحكم بعدم قبول الدعوى لرفعها من غير ذي صفة، ومع ذلك فقد ذهب الحكم إلى أنه يحق للمطعون ضدها إحضار أي سفينة وأنه لا يوجد اتفاق يمنع المطعون ضدها من أن تستبدل بالسفينة المسماة بالعقد سفينة أخرى. وأقام الحكم قضاءً على سند من وجود إيجاب من المطعون ضدها بموجب عرض الأسعار وقبول من الطاعة بموجب ردها على الفاكس في ٢٧/٣/٢٠٠٧ مع أن الطاعة لم ترد على عرض الأسعار إلا بقبوله بشرط أن يكون الأجر ١٥٠٠٠ درهم عن كل يوم عمل فقط وليس عن كل يوم في الشهر كما ورد بالعرض، وإذ لم توافق المطعون ضدها على طلب الطاعة فقد اعتبر العرض ملغياً. وليس أدل على أن السفينة "سلمى" لم تعمل لدى الطاعة من أن الثابت من حركتها أنها كانت في وضع الاستعداد في الخالدية لمدة شهر وأنها كانت في الميناء الحر ومدينة الدمام بالسعودية ومن مدينة الدمام إلى السويلة في إيران. كما أن القول بأن الطاعة أوردت في كتابها إلى الطاعة أنها أجرت تسوية مستحقات المطعون ضدها مع قيادة خفر السواحل هو قول غير صحيح ذلك أن ما أوردته الطاعة بكتابها هو أنه لا توجد لديها أية مستحقات تخص المطعون ضدها إن كان لها مستحقات فهي لدى قيادة خفر السواحل (مالك المشروع) والذي تعمل لديه المطعون ضدها من قبل تقديمها عرض الأسعار، وكل ذلك يعيب الحكم ويستوجب نقضه.

وحيث إن هذا النعي في جملته مردود، ذلك بأنه من المقرر في قضاء هذه المحكمة أن رأي الخبير لا يعدو أن يكون دليلاً في الدعوى يخضع لتقدير قاضي الموضوع دون معقب عليه في ذلك. وأن لقاضي الموضوع سلطة تحصيل فهم الواقع في الدعوى طالما له سنده وكان لا خروج فيه على الثابت بالأوراق وبجسبه أن يبين الحقيقة التي اقتنع بها وأن يقيم قضاءه على أسباب سائغة تكفي لحمله، ولا عليه بعد ذلك أن يتتبع الخصوم في مختلف أقوالهم وحججهم وطلباتهم ويرد استقلالاً على كل قول أو طلب أثاروه مادام قيام الحقيقة التي اقتنع بها وأورد دليلها فيه الرد الضمني المسقط لتلك الأقوال والحجج والطلبات، كما لا يجوز مناقشة كل قرينة بمفردها لإثبات عدم كفايتها في ذاتها. لما كان ذلك، ولئن كان الثابت من ترجمة كشف حركة السفينة "سلمى" المحرر باللغة الانجليزية على أوراق المطعون ضدها (مستند خبرة رقم ١٥) أن تلك السفينة خلال الفترة من ٢٠٠٧/٣/١ حتى ٢٠٠٧/٧/٣٠ كانت في وضع الاستعداد في الخالدية كما أثبتت تحركاتها من وإلى ميناء الدمام بالمملكة العربية السعودية أو إلى ميناء السولية في إيران أو الميناء الحر أو جزيرة اللولو، إلا أن كل ذلك لا شأن للطاعة به، لاسيما وأن الثابت في كشف الحركة أن ممثل الناقل خلال هذه الفترة هو "السعودي للتجارة". وكانت الفترة التي اعتد بها الحكم المطعون فيه كفترة استئجار الطاعة للسفينة هي من ٢٠٠٧/٣/٣١ وحتى ٢٠٠٧/٥/٢٤ والثابت من كشف التحركات عن هذه الفترة أن كافة تحركات السفينة كانت من جبل الدانة إلى جزيرة دما، والثابت كذلك أن ممثل الناقل هو "اليجكو" وهو الاسم المختصر للطاعة. وكان الثابت كذلك، من الفاكس المرسل من الطاعة - والذي لا تنازع في صحته - إلى محامي المطعون ضدها بتاريخ ٢٠٠٨/٦/٣ (مستند خبرة رقم ١٤) ردًا على الإنذار المرسل لها أنها قد أوردت به ما نصه: "بالإشارة إلى الكتاب الصادر من قبلكم بتاريخ ٢٠٠٨/٦/٣ يرجى العلم بأن السادة/ شركة خالد فرج للملاحة ليس لديها أية مبالغ مستحقة لدى شركة العين للمقاولات العامة، وأن مستحقاتها تمت تسويتها مع قيادة خفر السواحل للقوات المسلحة". وكان الثابت أخيراً، من ترجمة الفاكس المرسل من الطاعة إلى المطعون ضدها بتاريخ ٢٠٠٧/٥/٢٣ (مستند خبرة رقم ١١) أنها أثبتت به أنه بالإشارة إلى تأكيد طلبنا الصادر بتاريخ ٢٠٠٧ يرجى اعتبار طلب تأجير مركب الإنزال لاغياً. فكان أن طالبتها المطعون ضدها بموجب كتابها المؤرخ ٢٠٠٧/٦/٩ (مستند خبرة رقم ١٢) بسداد مبلغ ٨١٠٧٥٠ درهم قيمة الفاتورتين رقمي ١٥٦٤ و ١٥٨٦ عن الفترة من ٢٠٠٧/٧/٣١ حتى ٢٠٠٧/٥/٢٤ مقابل استئجار السفينة للعمل بين منطقة جبل دانة وجزيرة دما، وأوضحت المطعون ضدها للطاعة أنه بناء على تعليماتكم الخطية الصادرة إلينا بتاريخ ٢٠٠٧/٥/٢٣ فقد قمنا بإخلاء السفينة لصالحكم من فترة الإيجار حتى تاريخ استحقاق الفواتير التي أصبحت واجبة السداد. لما كان ذلك، وكان الحكم المطعون فيه قد استخلص من كتاب الطاعة للمطعون ضدها بالتأكيد على عرض الأسعار - على أساس أن سعر الإيجار عن كل يوم عمل - تمام التعاقد بين الطرفين على استئجار السفينة، وأفصح الحكم عن اطمئنانه إلى تقرير الخبير فيما خلص إليه في شأن مدة التعاقد - مخصصاً منها أيام الجمعة - كما رد الحكم على ما جاء بكتاب الطاعة الموجه إلى محامي المطعون ضدها من أن مستحقات المطعون ضدها تمت تسويتها مع قيادة خفر السواحل

للقوات المسلحة - بأن ذمة المدين لا تبرأ إلا بالسداد للدائن شخصياً أو لنائبه. وإذا كان هذا الذي خلص عليه الحكم يقوم على أسباب سائغة وله أصله الثابت بالأوراق ويكفي لحمل قضائه وفيه الرد الضمني على ما عده. لما كان ذلك، وكان الثابت من عرض الأسعار المقدم من المطعون ضدها بتاريخ ٢٠٠٦/١١/٣٠ إلى الطاعنة (مستند خبرة رقم ٩) وبناء على طلب الأخيرة بتقديم طلب تقديم أسعار تنافسية لتأجير مركب إنزال Landing Craft من أجل توفير الدعم اللوجستي البحري في مشروع الطاعنة حيث تحمل الخامات بين منطقة جبل دانا وجزيرة دما، أنه ولئن كان قد نص على تعريف للمركب (السفينة) بأنها مركب ذات سعة طنية كبيرة باسم "أزاه" أو "مريام" أو حسب اختيار المالك On owners option، إلا أنه قد تضمن كذلك فقرة تنص على أنه: "يحتفظ المالك بالحق في استبدال السفينة المؤجرة بأخرى طوال فترة الإيجار والتي تلائم في السعة الطنية والحجم والطول السفينة المرشحة من أسطولهم المملوك كاملاً والذي يضم أربع قطع أخرى لتجنب انقطاع أو تعطل النقل لأي سبب طارئ"، وكانت هذه الفقرة لم يتحدد فيها اسم السفينتين الآخرين المشار إليهما، وكانت الطاعنة لم تدع أنها اشترطت على المطعون ضدها أن تكون السفينة المستأجرة مملوكة للطاعنة ملكية خالصة وألا تكون مستأجرة من الغير أو غير ذلك، فإن ما تثيره الطاعنة بشأن الدفع بعدم قبول الدعوى لرفعها من غير ذي صفة يكون لا محل له، وإذا انتهى الحكم المطعون فيه إلى رفض هذا الدفع فإنه يكون قد انتهى إلى النتيجة الصحيحة، ولا يفسده ويؤدي إلى نقضه ما اعتراه من خطأ في بعض أسبابه القانونية إذ لمحكمة النقض أن تصحح هذا الخطأ أو تستكمل ما شابها من قصور في هذه الأسباب مادامت لا تعتمد في ذلك على غير ما حصلته محكمة الموضوع من وقائع.

وحيث إن الطاعنة تنعى بالوجه السادس من السبب الخامس على الحكم المطعون فيه القصور في التسبب والإخلال بحق الدفاع، ذلك بأنه عول في قضائه على تقرير الخبرة الحسابية على الرغم من اعتراضات المستأنفة عليه والمتمثلة في أن الخبر لم يتحرر الدقة في النتائج التي توصل إليها في تقريره ومخالفته للثابت في الأوراق، ومخالفة الخبر لكافة الأصول القانونية المتبعة لأعمال الخبرة، واعتناقه فكرة وجود اتفاقية موقعة بين الطرفين مع أن الثابت بالمستندات أن هناك عرض أسعار لتأجير سفينة ولم تتم الموافقة على هذا العرض، ولم يبحث دفاع المستأنفة بالذكريتين اللتين قدمتهما له، فضلاً عما شاب تقريره من قصور شديد، وكل ذلك يعيب الحكم ويستوجب نقضه.

وحيث إن هذا النعي مردود، بما سلف من رد على وجه النعي السابق، وبأنه من المقرر في قضاء هذه المحكمة أن تقدير عمل الخبر من سلطة محكمة الموضوع لأن تقارير الخبراء لا تعدو أن تكون من عناصر الإثبات التي تخضع لتقديرها دون معقب عليها في ذلك، وأنه متى أقام الحكم قضاءه على النتيجة التي انتهى إليها الخبر للأسباب التي أوضحها في تقريره وكانت هذه الأسباب سائغة تكفي لحمل قضاء الحكم فلا إلزام عليه بتعقب كل حجة للخصوم والرد عليها استقلالاً متى وجدت في أوراق الدعوى والأدلة التي استندت إليها ما يكفي لتكوين عقيدتها. لما كان ذلك، وكان الثابت أن محكمة أول درجة - المؤيد حكمها

بالحكم المطعون فيه - قد أخذت في حدود سلطتها التقديرية بالنتيجة التي انتهى إليها الخبير المنتدب للأسباب التي أوضحها في تقريره، وكان ما أورده الحكم أخذًا بتقرير الخبير الذي اطمأن إليه كاف لحمل قضائه وفيه الرد الضمني لكل حجة تخالفه، فإن النعي على الحكم بهذا السبب يكون على غير أساس. ولما تقدم يتعين رفض الطعن.

الرئيس : المستشار/ يوسف عبد الحليم الهته - رئيس الدائرة.

الأعضاء : المستشار / بادي الجراح

المستشار / نبيل عمران .

٣٦ ت - (الطعن رقم ٣٥٣ لسنة ٢٠١١ س ٥ ق. أ)

تحكيم. بطلان . نظام عام. إجراءات " إجراءات التحكيم " . حكم " تسببيه. تسبیب غير معيب
 " . نقض " أسباب الطعن بالنقض. ما لا يقبل منها " . بطلان.

■ التحكيم ماهيته وإجراءاته في معنى المادتين (٢١٦، ٢١٢) إجراءات مدنية؟

■ الحالات التي يبطل فيها حكم التحكيم في معنى المادة (٢١٦) إجراءات مدنية؟

■ إقامة الطعن بالنقض على حكم التحكيم استناداً إلى تقدير المحكم لموضوع التحكيم توصلًا إلى الحكم
 ببطالان الحكم. عدم قبوله.

المحكمة

حيث إن الوقائع - على ما يبين من الحكم المطعون فيه وسائر أوراق الطعن - تتحصل في أن المطعون ضده أقام الدعوى رقم ٢٠٠٧/٢١٩ على الطاعن بطلب تعيين ثلاثة محكمين لبحث نقاط النزاع التي يعينها الطرفان وبحث امتداد العقد المتعلق باستثمار المدرسة موضوع الدعوى حتى ٢٠١٢/٧/١١ بكافة بنوده والزام المدعى عليه برد شيك الضمان وقيمه خمسون ألف درهم والتصريح بإيداع قيمته خزينة المحكمة لحين الفصل في الدعوى والحكم بما ينتهي إليه حكم المحكمين بعد التصديق عليه، أقام الطاعن دعوى متقابلة بطلب الحكم بعدم قبول الدعوى لرفعها من غير ذي صفة، وبياناً لذلك قال إن العلاقة بين الطرفين قد انتهت عقب فسخ العقد المبرم بينهما بموجب محضر الاجتماع المؤرخ ٢٠٠٧/٧/١٨ والموقع عليه من الأطراف ورفض دعوى الشيك إذ أنه حرر وفاء لمبالغ مستحقة عليه وبإلزام المطعون ضده أن يؤدي له مبلغ ١٠٨٨٢٤ درهم. حكمت المحكمة بندب دائرة القضاء بأبوظبي لتندب بدورها ثلاثة محكمين في شأن النزاع بين الطرفين حول العقد المؤرخ ٢٠٠٢/٧/١٢ وبعد أن أودع المحكمون حكمهم مع أصل وثيقة التحكيم والمحاضر والمستندات قلم كتاب المحكمة وحرر قلم الكتاب محضراً بالإيداع عرض على رئيس الدائرة الذي حدد جلسة لنظر التصديق على الحكم، قررت المحكمة إعادة حكم التحكيم إلى هيئة التحكيم لبحث تصحيح الخطأ المادي والحسابي بقرار الهيئة وأودعت هيئة التحكيم مذكرة أوضحت فيها ما ورد بحكمها. ومحكمة أول درجة حكمت بالصادقة على حكم هيئة التحكيم الصادر في الدعوى رقم ٢١٩ لسنة ٢٠٠٧ مدني كلي أبوظبي بتاريخ ٢٠٠٩/١١/١٨. استأنف الطاعن هذا الحكم بالاستئناف رقم ٢٠١٠/٥٢٦، وبتاريخ ٢٠١٠/٦/٢٣ قضت المحكمة في الدعوى الأصلية بإلغاء الحكم المستأنف فيما قضى به من المصادقة على حكم هيئة التحكيم لبطالانه ورفض الدعوى الأصلية وفي الدعوى المتقابلة بإلزام المطعون ضده بأن يؤدي للطاعن مبلغ ٥٢١١٣٤ درهم. طعن المطعون

ضده في هذا الحكم بطريق النقض بالطعن رقم ٧٩٥ لسنة ٢٠١٠ نقض تجاري، وبتاريخ ٢٠١٠/١٢/٩ قضت المحكمة بنقض الحكم المطعون فيه وأحالت القضية إلى محكمة الاستئناف التي أصدرته لنظره بهيئة مغايرة، على أساس أن انتهاء العقد لا يؤدي إلى سقوط التحكيم، وبعد تعجيل نظر الاستئناف قضت محكمة الإحالة بتاريخ ٢٠١١/١/٢٥ بالتأييد. طعن الطاعن في هذا الحكم بطريق النقض بالطعن المائل، وعُرض الطعن على هذه المحكمة في غرفة مشورة فحددت جلسة لنظره.

وحيث إن حاصل ما ينعاه الطاعن بسببي الطعن على الحكم المطعون فيه مخالفة القانون والخطأ في تطبيقه والقصور في التسبب والإخلال بحق الدفاع، ذلك أن حكم أول درجة التمهيدي الصادر بتاريخ ٢٠٠٧/١١/٢٧ تعدى الاختصاص الولائي لمحكمة أول درجة وتصدى للفصل في موضوع النزاع الذي تعلق بمدى امتداد العقد سند الدعوى من عدمه حيث قررت في حيثيات حكمها تمديد هذا العقد لمدة مماثلة مما أثر على حكم هيئة المحكمين التي قضت في ضوء حكم محكمة أول درجة بتمديد العقد سند النزاع لمدة خمس سنوات أخرى. كما أن الطاعن تمسك في كافة مراحل النزاع بأن عقد إدارة المدرسة قد انتهى بانتهاء مدته رضائياً في ٢٠٠٧/٧/١١ وقد أكد الطرفان انتهاء العقد بكافة مشتملاته في اجتماعهما المعقود بتاريخ ٢٠٠٧/٧/١٨ وعدم تمديده لمدد أخرى ولم يتفقا على إعمال شرط التحكيم بما يدل على تنازل الطرفين عن إعمال شرط التحكيم. والتفت الحكم المطعون فيه عن بحث الدفاع الجوهرى للطاعن والمتمثل في أن ذمة المطعون ضده مازالت مشغولة بمبلغ ١٤٢٣٠٠ درهم قيمة باقي المبالغ المستحقة عن عائدات استثمار المدرسة خلال فترة سريان العقد حتى نهايته في ٢٠٠٧/٧/١١ وبمبلغ ١٠٨٨٣٤ درهم قيمة المبالغ التي سدها الطاعن لصالح المطعون ضده عندما كان الأخير مستثمراً للمدرسة خلال فترة سريان العقد وهذه المبالغ ناشئة عن الأحكام التي صدرت ضد المدرسة لصالح المدرسين والعاملين بها ورسوم تجديد الرخصة وتجديد عضوية الغرفة وفواتير الماء والكهرباء والتليفونات ومخالفات الإدارة التعليمية عن الفترة التي كان يدير فيها المطعون ضده المدرسة فتكون جملة المستحق للطاعن مبلغ ٢٥١١٣٤ درهم وليس مبلغ ١٤٢٣٠٠ الذي توصلت إليه هيئة التحكيم التي أهدرت بذلك مبلغ ١٠٨٨٣٤ درهم برغم استحقاق الطاعن له، وكل ذلك يعيب الحكم ويستوجب نقضه.

وحيث إن هذا النعي مردود، ذلك أن مؤدى نص المادتين ٢١٢ و ٢١٦ من قانون المعاملات المدنية الاتحادي رقم (١١) لسنة ١٩٩٢ أن التحكيم يرتكز أساساً على إرادة الخصوم التي أقرها المشرع والتي تستهدف تفادي طول إجراءات التقاضى أمام المحاكم فلا يتقيد المُحَكَم عند إصدار الحكم إلا بإجراءات التقاضى الأساسية التي نص عليها قانون الإجراءات المدنية في باب التحكيم والإجراءات الخاصة بدعوة الخصوم وسماع أوجه دفاعهم وتمكينهم من تقديم مستنداتهم ما لم يتفق الخصوم على إجراءات معينة يسير عليها المُحَكَم ويكون حكمه على مقتضى قواعد القانون إلا إذا كان مفوضاً بالصلح فلا يتقيد بهذه القواعد عدا ما تعلق منها بالنظام العام، وقد بين المشرع الأحوال التي يجوز فيها للخصوم طلب بطلان حكم المحكمين عند المصادقة عليه على سبيل الحصر فلا يجوز التوسع فيها ولا القياس عليها وهى تنحصر فى صدور الحكم بغير وثيقة تحكيم أو بمقتضى وثيقة

باطلة أو سقطت بتجاوز الميعاد أو إذا خرج المُحكَم عن حدود الوثيقة وكذا في الأحوال التي يصدر فيها الحكم من محكمين لم يعينوا طبقاً للقانون أو صدر من بعضهم دون أن يكونوا مأذونين بالحكم في غيبة الآخرين أو صدر بناء على وثيقة تحكيم لم يحدد فيها موضوع النزاع أو من شخص ليست له أهلية الاتفاق على التحكيم أو من مُحَكَم لا تتوافر فيه الشرائط القانونية أو إذا وقع بطلان في الحكم أو بطلان في الإجراءات أثر في الحكم فلا تندرج ضمن هذه الأحوال المطاعن الموضوعية على تقدير المُحكَم. لما كان ذلك، وكان ما يثيره الطاعن بوجه النعي لا يدخل ضمن أحوال بطلان حكم المُحكَم السالف بيانها وإنما يدور حول تقدير المُحكَم لموضوع النزاع بين الطرفين وليس فيه خروج عن وثيقة التحكيم فإن دفعه ببطلان حكم المُحكَم يضحى في غير محله. ولا يغير من ذلك ما أثاره الطاعن بشأن انتهاء عقد النزاع المتضمن شرط التحكيم رضائياً بانتهاء مدته بما لا يجوز معه اللجوء للتحكيم لفض أي نزاع لاحق بينهما، ذلك أن الحكم الناقض في الطعن رقم ٧٩٥ لسنة ٢٠١٠ نقض تجاري كان قد قضى بأن "انتهاء العقد الأصلي لا يترتب عليه بمجرد سقوط شرط التحكيم بل يظل سارياً ومنتجاً لأثره بالنسبة للأثار المترتبة على انتهاء العقد الأصلي مادام لم يمتد البطلان إلى شرط التحكيم ذاته"، وقد حاز هذا القضاء قوة الأمر المقضي باعتبار أنه ينطوي على فصل في مسألة قانونية بما يمنع من إعادة التصدي لها من جديد. ولما تقدم يتعين رفض الطعن.

الرئيس : المستشار/ البشري الشوريجي - رئيس الدائرة.
الأعضاء : المستشار / بادي الجرام
المستشار / نبيل عمران .

٣٧ ت - (الطعون أرقام ٩٦،٩١،٨٣ لسنة ٢٠١١ س ٥ ق. أ.) جلسة ٢٠١١/١١/٢٣ (تجاري)

١ (تحكيم. إجراءات " إجراءات رفع التحكيم ". حكم " حكم التحكيم. إصداره والتوقيع عليه "تسببيه. تسبب معيب ". نقض " أسباب الطعن بالنقض. ما يقبل منها ". بطلان. لغة عربية. قانون " الخطأ في تطبيق القانون ".

■ التحكيم جواز رفعه عن طريق المحكمة. أو بالتحكيم الخاص أو المؤسسي الحاصل خارج المحكمة. المادة ٢١٣ إجراءات مدنية.

■ إجراءات رفع التحكيم في كل من هذه الطرق. في معنى المادة السالف ذكرها؟

■ إجراءات إيداع حكم التحكيم الذي تم عن طريق المحكمة قلم كتابها ومواعيد ذلك. والمستندات المطلوب إيداعها في معنى المادة ٢١٣ المار ذكرها؟

■ الإجراءات المطلوب اتخاذها في التحكيم الذي يتم خارج المحكمة . ماهيتها في معنى تلك المادة ؟

■ إيداع حكم التحكيم الحاصل خارج المحكمة قلم كتاب المحكمة. غير لازم.

■ وجوب تسليم صورة الحكم إلى أطراف النزاع وهم وشأنهم في اتخاذ الإجراءات للتصديق على الحكم أو إبطاله.

■ القرار الصادر في حكم التحكيم. لا يعتبر حكماً صادراً في مجلس قضاء. وإن كان المشرع قد وصفه بأنه حكم. أساس ذلك ؟

■ إصدار حكم التحكيم باللغة الإنجليزية. صحيح. ما دام الخصوم قد اتفقوا على ذلك في العقد المبرم بينهم. مخالفة ذلك . خطأ في تطبيق القانون. أساس ذلك ؟

■ إيداع مسودة في حكم التحكيم. غير لازم . مخالفة ذلك. خطأ في تطبيق القانون. أساس ذلك ؟

٢ (استئناف " الطلبات الجديدة أمامه ". طعن " أسباب الطعن . ما لا يقبل منها ". نقض " أسباب الطعن بالنقض. ما لا يقبل منها ". نظام عام. محكمة الموضوع "سلطتها".

■ الطلب الجديد أمام الاستئناف. عدم قبوله.

■ تصدي المحكمة له من تلقاء نفسها. ولو لم يطلبه الخصوم.

■ السبب الجديد ماهيته في معنى المادة ٣/١٦٥ إجراءات مدنية. مثال.

٣) نقض " أثر نقض الحكم " . حكم " حجيته " . قوة الأمر المقضي به . إثبات " قوة الأمر المقضي به " . محكمة الإحالة " نظرها الدعوى والحكم فيها " .

■ نقض الحكم نقضاً كلياً . أثره : اعتباره كأن لم يكن وزوال جميع آثاره . مؤدى ذلك : نظر محكمة الإحالة للموضوع دون التقيد بحكم النقض . إلا في المسائل القانونية التي فصلت فيها محكمة النقض . مثال .

المحكمة

حيث ان الوقائع — على ما يبين من الحكم المطعون فيه وسائر الأوراق —

تتحصل في ان المطعون ضدها في الطعن رقمي ٨٣، ٩١ لسنة ٢٠١١ أقامت الدعوى رقم ٩٢١ لسنة ٢٠١٠ تجاري كلي أبوظبي على الطاعة بطلب الحكم ببطالان حكم التحكيم والتوفيق التجاري التابع لغرفة وصناعة أبوظبي وعدم التصديق عليه . على سند أنه قضى بمبالغ تشكل خسارة فادحة لها، كما انه خالف السعر المحدد في العقد الموقع بين الطرفين وحملها كل الخسارة ولم يقسمها بين الطرفين، كما أنه حكم لها بأكثر من طلباتها، كما قضى لها بمبلغ ٥٦٤٨٥٠٠ درهم تعويضا عن فرق المسافة وهو ما يخالف المناقصة والعقد المبرم بينهما كما ان هيئة التحكيم طبقت القانون المدني رغم ان العمل تجاري وبين تاجرين كما حررت الهيئة حكمها باللغة الانجليزية بالمخالفة لقانون الإجراءات المدنية، ولم تكتب له مسودة مشتملة على أسبابه موقعه من الرئيس والمحكمين ولم تودعها ملف القضية كما ان حكمها تجاوز الأجل المتفق عليه لإصدار الحكم، وان مركز التحكيم والتوفيق التجاري التابع لغرفة تجارة وصناعة أبوظبي غير مختص . كما أقامت الطاعة في الطعن سالف في الذكر الدعوى رقم ٩٨٤ لسنة ٢٠١٠ على المطعون ضدها بطلب الحكم بالتصديق على حكم هيئة التحكيم الصادر في الدعوى رقم ٩٢١ التحكيمية رقم ٦ لسنة ٢٠٠٩ بجلسة ٢٠١٠/٥/١٣ والأمر بنفاذه . حكمت المحكمة في الدعوى رقم ٩٢١ لسنة ٢٠١٠ ببطالان حكم هيئة التحكيم الصادر في الدعوى التحكيمية رقم ٦ لسنة ٢٠٠٩ بتاريخ ٢٠١٠/٥/١٣ بمركز أبوظبي للتوفيق والتحكيم التجاري، وفي الدعوى رقم ٩٨٤ لسنة ٢٠١٠ برفضها . استأنفت الطاعة في الطعن سالف في الذكر هذا الحكم بالاستئناف رقم ١١٤٦ لسنة ٢٠١٠، كما استأنفته المطعون ضدها بالاستئناف رقم ١٢٢٨ لسنة ٢٠١٠ استئناف أبوظبي، وبتاريخ ٢٠١٠/١١/٢٩ قضت المحكمة بتأييد الحكم المستأنف . طعنت مؤسسة تريس للنقل في هذا الحكم بطريق النقض بالطعن رقمي ٨٣، ٩١ لسنة ٢٠١١، كما طعنت شركة أبوظبي لصناعة الغاز المحدودة " جاسكو " بالطعن رقم ٩٦ لسنة ٢٠١١ نقض تجاري . وعرضت الطعون الثلاثة على هذه المحكمة في غرفة مشورة وبعد ان ضمت الطعن الأخيرين إلي الطعن الأول حددت جلسة لنظرهم .

وحيث ان مما ينعاها الطاعن بالطعن رقمي ٨٣، ٩١ لسنة ٢٠١١ نقض تجاري على الحكم المطعون فيه الخطأ

في تطبيق القانون ذلك ان أطراف التحكيم قد اتفقا في وثيقة التحكيم على خضوع التحكيم للوائح الإجرائية لدى مركز أبوظبي للتوفيق والتحكيم التجاري وفقا لأحكام التحكيم المنصوص عليها في قانون الإجراءات المدنية بدولة الإمارات العربية المتحدة ووفقا لما سوف يتم إدخاله من تعديلات أو تكملة بواسطة الطرفين وقد اتفقا الطرفين أمام هيئة التحكيم بجلسة ١٤/٩/٢٠٠٩ ان تكون إجراءات التحكيم وقرار التحكيم باللغة الانجليزية . وقد أجاز القانون للمتعاقدین ان يقدموا إلى المحاكم مستنداتهم والأحكام الصادرة بينهما باللغة التي صدرت بها بشرط ان تكون مصحوبة بترجمة قانونية إلى اللغة العربية، وقد قدمت الطاعنة وثيقة التحكيم وحكم المحكمين مترجمان إلى اللغة العربية وإذ أقام الحكم المطعون فيه قضاءه ببطالان حكم المحكمين على أساس ان الهيئة خالفت شرط التحكيم الوارد بالمادة ٢١ من العقد وأصدرت حكمها باللغة الانجليزية وعدم اشتماله على مسودة للحكم، رغم أنهما اتفقا في المادة ٢١ من العقد على ان يكون التحكيم باللغة الانجليزية، كما ان القانون لم يشترط اشتمال حكم التحكيم على مسودة ونسخة أصلية فإنه يكون معيبا بما يستوجب نقضه .

وحيث ان هذا النعي شديد، ذلك أنه من المقرر ان النص في المادة ٢١٢ من قانون الإجراءات المدنية يدل على ان التحكيم يجوز ان يتم عن طريق المحكمة، كما يجوز ان يتم بدون تدخل منها كما الحال في التحكيم الخاص أو التحكيم المؤسسي، وان التحكيم عن طريق المحكمة فهو يتم بقرار منها بناء على اتفاق الخصوم حينما يكون النزاع معروضا عليها، وفي هذه الحالة فإن الإجراءات الواجب اتباعها هي الإجراءات المنصوص عليها في الفقرتين ١، ٢ من المادة المذكورة، وذلك خلافا للإجراءات اللازمة لاتباعها في حالة التحكيم الذي لم يكن النزاع مطروحا فيه على المحكمة — أي التحكيم الخاص أو التحكيم الذي يتم عن طريق مراكز التحكيم حيث يتعين اتباع الاجراءات المنصوص عليها في الفقرة الثالثة من ذات المادة . وكان النص في المادة ٢١٣ منه على أنه " (١) في التحكيم الذي يتم عن طريق المحكمة يجب على المحكمين ايداع الحكم مع أصل وثيقة التحكيم والمحاضر والمستندات قلم كتاب المحكمة المختصة أصلا بنظر الدعوى خلال الخمسة عشر يوما التالية لصدور الحكم كما يجب عليهم ايداع صورة من الحكم قلم كتاب المحكمة لتسليمها إلى كل طرف وذلك خلال خمسة أيام من إيداع الأصل ويحرر كاتب المحكمة محضرا بهذا الإيداع يعرضه على القاضي أو رئيس الدائرة حسب الأحوال لتحديد جلسة خلال خمسة عشر يوما للتصديق على الحكم ويعلن الطرفان بها (٢) وإذا كان التحكيم واردا على قضية استئناف كان الإيداع في قلم كتاب المحكمة المختصة أصلا بنظر الاستئناف (٣) اما في التحكيم الذي يتم بين الخصوم خارج المحكمة فيجب على المحكمين ان يسلموا صورة من الحكم الي كل طرف خلال خمسة أيام من صدور قرار التحكيم وتنظر المحكمة في تصديق أو إبطال القرار بناء على طلب أحد الخصوم بالإجراءات المعتادة لرفع الدعوى " مما مفاده ان في التحكيم الخاص أو الذي يتم عن طريق مراكز التحكيم فلا يلزم المحكم بإيداع شيء قلم كتاب المحكمة وانما يجب عليه ان يسلم كل طرف صورة من الحكم والخصوم وشأنهم في رفع الدعوى بالتصديق على الحكم أو ابطالة بالإجراءات المعتادة . لما كان ذلك وكان المشرع في المادة ٢١٢ من ذات القانون قد اسبغ على القرار الصادر من المحكم وصف الحكم، والا أنه لا يعد في حقيقته

حكما صادرا من مجلس القضاء ، وقد نصت الفقرة الأولى من هذه المادة على أن " ١ — يصدر المحكم حكمه غير مقيد بإجراءات المرافعات عدا ما نص عليه في هذا الباب والإجراءات الخاصة بدعوة الخصوم وسماع أوجه دفاعهم وتمكينهم من تقديم مستنداتهم ومع ذلك يجوز للخصوم الاتفاق على إجراءات معينة يسير عليها المحكم " . كما نصت الفقرة السادسة منها على أن " ويحرر الحكم باللغة العربية ما لم يتفق الخصوم على غير ذلك وعندئذ يتعين أن ترفق به عند ايداعه ترجمه رسمية " . كما نصت المادة ١/٣ من لائحة إجراءات التوفيق والتحكيم التجاري لدى مركز أبوظبي للتوفيق والتحكيم التجاري على أن " تتم إجراءات التوفيق والتحكيم لدى مركز أبوظبي للتوفيق والتحكيم التجاري باللغة العربية، ما لم يتفق الأطراف على خلاف ذلك " مما مؤداه أن القواعد الإجرائية للتحكيم سندها الأول والأخير هو إرادة الأطراف المتنازعة . لما كان ذلك، وكان أطراف التحكيم قد اتفقوا في العقد المبرم بينهما على إحالة أي نزاع بينهما بشأنه على التحكيم على أن يطبق القانون الخاص بأبوظبي وقوانين دولة الإمارات العربية المتحدة وقواعد التوفيق والتحكيم الخاصة بغرفة التجارة والصناعة بأبوظبي وأن جميع الإجراءات وجميع الأوراق التي يتم إرسالها أو تقديمها تكون باللغة الانجليزية، كما تنص وثيقة التحكيم في البند الخامس أن التحكيم سيخضع لقوانين أبوظبي ودولة الإمارات العربية المتحدة المطبقة في هذا الشأن، وسوف يخضع التحكيم للوائح الإجرائية لدى مركز أبوظبي للتوفيق والتحكيم التجاري وفقا لأحكام التحكيم المنصوص عليها في قانون الإجراءات المدنية بدولة الإمارات العربية المتحدة ووفقا لما سوف يتم ادخاله من تعديلات أو تكملة بواسطة الطرفين، وبجلسة ٢٠٠٩/٩/١٤ اتفق الأطراف على أن تكون إجراءات التحكيم وقرار التحكيم باللغة الانجليزية، وكانت هيئة التحكيم قد أصدرت قرارها باللغة الانجليزية وفقا لاتفاق الطرفين وكان المحكم لا يتقيد — بحسب الأصل — بإجراءات المرافعات المتبعة في الدعوى أمام المحاكم، ولكنه يلتزم بالإجراءات الواردة في باب التحكيم وما يتفق عليه الخصوم من إجراءات معينة سواء في العقد الأساسي أو في مشاركة التحكيم أو أثناء نظر الدعوى وفقا لنص الفقرة الأولى من المادة ٢١٢ سالفه البيان وبالتالي فإنه لا مخالفة في ذلك لتلك المادة والتي أجازت للأطراف الاتفاق على ذلك، وكذلك المادة ١/٣ من لائحة إجراءات التوفيق والتحكيم التجاري لدى مركز أبوظبي للتوفيق والتحكيم التجاري وكانت الطاعنة قد أقامت الدعوى الماثلة رقم ٩٨٤ لسنة ٢٠١٠ تجاري كلي ابوظبي للتصديق على حكم المحكمين ، كما أقامت المطعون ضدها الدعوى رقم ٩٢١ لسنة ٢٠١٠ تجاري كلي ابوظبي بطلب الحكم بطلان حكم التحكيم وقدمت كل منهما نسخة من حكم التحكيم ومن ثم تكون الغاية من الإجراء قد تحققت فلا يحكم بالبطلان . كما أن المادة ٢١٢ من قانون الإجراءات المدنية قد نصت في فقرتها الأولى على عدم تقيد المحكم بإجراءات المرافعات عند إصدار حكمه عدا ما نصت عليه في باب التحكيم والإجراءات المنصوص عليها فيها . على النحو السالف بيانه — والتي ليس من بينها وجوب اشتماله على مسودة ومن ثم لا يسرى على حكم المحكمين ما ينطبق على الحكم القضائي من وجوب أن يجتمع له مسودة ونسخة أصلية وإن لم يلتزم المحكم المطعون فيه هذا النظر وقضى ببطلان حكم التحكيم وغم تحقق الغاية من الإجراء فإنه يكون معيبا بما يستوجب نقضه دون حاجة لبحث باقي أسباب الطعنين .

الطعن رقم ٩٦ لسنة ٢٠١١ نقض تجاري :

حيث ان الطاعة تنعى بالسبب الأول من أسباب الطعن على الحكم المطعون فيه الخطأ في تطبيق القانون ذلك أنه رفض الزام المطعون ضدها بمصارف التحكيم وأتعاب المحكمين على سند أنه طلب جديد، على حين أنها طلبت في دعواها الزام المطعون ضدها بالرسوم والمصاريف وهذا يشمل مصاريف التحكيم مما يعيبه ويستوجب نقضه .

وحيث ان هذا النعي غير سديد، ذلك ان المادة ٣/١٦٥ من قانون الإجراءات المدنية تنص على انه لا تقبل الطلبات الجديدة في الاستئناف، وتقضي المحكمة من تلقاء نفسها بعدم قبولها، وكان يقصد بالطلب الجديد في مفهوم هذه المادة الطلب الذي يزيد أو يختلف عن الطلب السابق ابدائه أمام محكمة أول درجة في الموضوع أو الخصوم. لما كان ذلك وكان طلب الطاعة في صحيفة الدعوى هو الزام المطعون ضدها برسم ومصاريف دعواها بإبطال حكم المحكمين بما مؤداه عدم قبول هذا الطلب أمام محكمة الاستئناف بما يضحى معه النعي في هذا الخصوص على غير أساس .

وحيث ان الطاعة تنعى بالسبب الثاني على الحكم المطعون فيه الخطأ في تطبيق القانون والقصور في التسبب ذلك ان حكم محكمة أول درجة المؤيد بالحكم المطعون فيه قد اكتفى بالحكم ببطلان المحكمين لصدوره باللغة الانجليزية وعدم ايداعه مصحوبا بترجمة إلى اللغة العربية وعدم ايداع مسودته قلم كتاب المحكمة، ولم يتصد لبحث باقي أسباب البطلان التي تمسكت بها مما يعيب الحكم ويستوجب نقضه .

وحيث ان هذا النعي في غير محله، ذلك أنه يترتب على نقض الحكم كليا إعتباره كأن لم يكن فيزول وتزول معه جميع الآثار المترتبة عليه ويعود الخصوم إلى مراكزهم السابقة على صدوره بحيث لا يتبقى منه شيء يقيد محكمة الإحالة بحجته الا في خصوص ما قضى به في شأن أسباب الطعن التي قبلها وصدر حكم النقض على أساسها ومن ثم فإن محكمة الاستئناف اذا ما أحيلت إليها الدعوى لتحكم فيها من جديد فلا تنقيد بحكم النقض الا في المسألة القانونية التي فصلت فيها المحكمة، لما كان ذلك وكانت محكمة النقض قد نقضت الحكم المطعون فيه بالحكم الصادر في الطعينين ٨٣، ٩١ لسنة ٢٠١١ نقض تجاري، ومن ثم لا مصلحة للطاعة في التمسك بذلك السبب أيا كان وجه الرأي فيه .

الرئيس : المستشار/ يوسف عبد الحليم الهته – رئيس الدائرة.

الأعضاء : المستشار/ عبد الصمد عبد العزيز

المستشار / نبيل عمران .

القسم الثاني الاجتهاد القضائي

مجموعة الأحكام والمبادئ القانونية الصادرة
عن محكمة النقض من دوائر المواد الجزائية

إعداد:
المكتب الفني

ا ج - (الطعن رقم ٧٤٥، ٩٥ لسنة ٢٠١١ س ٥ ق. أ) جلسة ٢٠١١/١٠/١٧ (جزائي)

(١) أمر بالألا وجه لإقامة الدعوى «حجيتة». حكم «حجيتة». نيابة عامة . طعن « ما يجوز وما لا يجوز الطعن فيه بالنقض». نقض «ما يجوز وما لا يجوز الطعن فيه بالنقض». قوة الأمر المقضي به. إثبات «قوة الأمر المقضي به».

■ الأمر بالألا وجه لإقامة الدعوى الجنائية. الذي تصدره النيابة العامة بعد تحقيق تجريه حيازته لقوة الأمر المقضي به مثله مثل الأحكام. مادام قائماً لم يلغي. أساس ذلك؟ مثال.

(٢) دعوى مدنية «تحريكها». طعن «الطعن من المدعي بالحق المدني» «أسباب الطعن. ما لا يقبل منها». نقض «أسباب الطعن بالنقض. ما لا يقبل منها».

■ القضاء بعدم قبول الطعن بالنسبة للدعوى الجزائية. أثره: وجوب القضاء بعدم جواز الطعن المرفوع من المدعي بالحق المدني الناشئ عن الدعوى الجزائية التابعة لها. أساس ذلك؟ مثال.

المحكمة

حيث ان الواقعة حسبما يبين من الحكم المطعون فيه وسائر الأوراق تتحصل في ان النيابة العامة اتهمت كل من ١-..... ٢-..... بأنهما في الفترة من ١/٤/٢٠٠٧ وحتى ١٠/٩/٢٠٠٨ بدائرة ابوظبي.

الأول: بصفته مديراً بدبي اختلس مبلغ ١١٢٠٠٠٠ درهماً والمملوكة لجهة عمله إضراراً بها والمسلمة إليه على سبيل الوكالة لإنفاقه على نشاط فرع الشركة.

الثاني: اشترك بطريقي الاتفاق والمساعدة مع المتهم الأول في ارتكاب الجريمة المسندة للأخير بان اتفق معه على ارتكابها وساعده على ذلك بان قام بصفته شريكاً ومديراً عاماً للشركة بإنهاء الإجراءات الخاصة بتحرير الشيكات المتضمنة المبالغ المستولى عليها بقصد تمكين الأول من صرف قيمتها والاستيلاء عليها فوقعت الجريمة بناء على هذا الاتفاق وتلك المساعدة. وطلبت عقابهما بالمواد ٣٢٢/٤٥، ٤٧، ١/٢١، ٤٠٤ من قانون العقوبات وادعى مدنياً قبل المتهمين. ومحكمة أول درجه قضت حضورياً بجلسة ٢٥/١/٢٠١٠ بمعاقبة كل من المتهمين لمدة ثمانية عشر شهراً وبعدم قبول الدعوى المدنية وإلزام رافعها بالمصروفات. فاستأنفوا ذلك الحكم — ومحكمة استئناف ابوظبي قضت حضورياً بجلسة ٢٤/٥/٢٠١٠ في الدعوى الجزائية بتعديل الحكم

المستأنف والاكتفاء بمعاقبة كل من قبل المتهمين بالحبس لمدة ثلاثة أشهر وفي الدعوى المدنية بإلغاء الحكم المستأنف فيما قضى به من عدم قبولها وبقبولها وإلزام المستأنف ضدها بأن يؤديا للمدعي بالحق المدني مبلغ ٢٠١٠٠ (مائتي ألف درهم) على سبيل التعويض المدني المؤقت وألزمتها المصروفات المدنية ورفض ما عدا ذلك من طلبات طعن المحكوم عليهما والمدعي بالحق المدني في هذا الحكم بطريق النقض ومحكمة النقض قضت بنقض الحكم المطعون فيه وإحالة الدعوى إلى محكمة الاستئناف التي أصدرت الحكم لنظرها بهيئة مشكلة من قضاة آخرين. ومحكمة الإحالة قضت حضوريا بجلسة ٢٠١١/٦/٨ في الاستئناف رقمي ٤٨٢، ٤٨١ لسنة ٢٠١١ بإلغاء الحكم المستأنف والقضاء بعدم جواز نظر الدعوى لسابقة الفصل فيها وفي الاستئناف رقم ٥٢٨ لسنة ٢٠١١ برفضه وتأييد الحكم المستأنف. ولما لم ترتض النيابة العامة والمدعي بالحق المدني هذا الحكم طعنا عليه بطريق النقض بالطعن المطروح وقدمت النيابة العامة مذكرة طلبت في ختامها بعدم جواز طعن المدعي بالحق المدني وبقبول طعن النيابة العامة ونقض الحكم المطعون فيه.

أولاً: الطعن رقم ٥٧٤ لسنة ٢٠١١ جزائي المقام من النيابة العامة:

تنعى النيابة على الحكم المطعون فيه انه إذ قضى بعدم جواز نظر الدعوى لسابقة الفصل فيها. قد شابها القصور في التسببب ذلك انه جاء في عبارات مبهمة فلم يبين ما إذا كانت الوقائع في الدعوى المطروحة هي ذات الوقائع التي انتهت النيابة العامة إلى حفظها في الشكوى رقم ٤١٠ لسنة ٢٠٠٩ إداري ابوظبي سيما وان النيابة العامة قد انتهت إلى إحالة شق منها إلى نيابة رأس الخيمة لعدم الاختصاص بما يعيبه ويستوجب نقضه.

وحيث ان البين من مدونات الحكم المطعون فيه قد قضى بعدم جواز نظر الدعوى لسابقة الفصل فيها بإصدار أمر بأن لا وجه فيها في الشكوى رقم ٤١٠ لسنة ٢٠٠٩ إداري ابوظبي على سند من (ان الثابت من مطالعة قرار النيابة العامة بأن لا وجه لإقامة الدعوى الجزائية ان تقدم ببلاغ ضد عدده وآخرين باعتباره مدير شركة الغفلي للمقاولات العامة الشريك فيها بنسبة ٤٨٪ يتهمه فيه بإنشاء شركة منافسه باسم ابنته واختلاس وتبديد أموال الشركة بصرف شيكات موقعه منه على أساس أنها ورواتب بيد انه صرف قيمتها كتبرعات وهدايا لآخرين وعلى اثر ذلك تم انتداب لجنة حسابية انتهت في تقريرها إلى عدم صحة هذا البلاغ وترتيباً على ذلك قررت النيابة العامة بأن لأوجه لإقامة الدعوى الجزائية وكان البلاغ الذي تقدم به بالاستيلاء على أموال الشركة بأن استصدر المتهم على شيكات مبلغ ١١٢٠٠٠٠ درهم مذيلة بتوقيع الشاكي وصرفها لنفسه والمتهم الآخر في صورة هدايا بما مؤداه ان الموضوع في الدعوى المعروضة على المحكمة كان صرف أموال الشركة كتبرعات وهدايا لآخرين بغير حق وهو ذات الموضوع الذي انتهت فيه النيابة العامة في قرارها في الشكوى رقم ٤١٠ لسنة ٢٠٠٩ — بعد تحقيقه — في وصفه القانوني بأن لا وجه لإقامة الدعوى الجزائية لعدم ثبوت جريمة الاختلاس ولم ترجع النيابة العامة في هذا الأمر ولم يلغ من محكمة الطعن ومن ثم يكون هذا الأمر قد حاز حجية وقوة لمن صدر لصالحه وبالتالي يمتنع إعادة بحث الموضوع مرة أخرى أمام هذه المحكمة لوحدة الموضوع والخصوم وإلا كان ذلك

إهدار لحجية الأمر المقضي. ولا يغير من ذلك ما أثاره الدفاع الحاضر عن الدفاع بالحق المدني من ان البلاغ رقم ٤١٠ لسنة ٢٠٠٩ لم يتم تحقيقه لان الثابت من الأوراق ان النيابة العامة قد قامت بإجراء تحقيق بشأنه وانتدبت لجنة حسابية لبحث صحة البلاغ المقدم وانتهت إلى التقرير بان لا وجه لإقامة الدعوى الجزائية بشأنه وترتيباً على ذلك يتعين القضاء بإلغاء الحكم المستأنف وعدم جواز نظر الدعوى لسابقة الفصل فيها) وكان ما انتهى إليه الحكم المطعون فيه سائغاً وصحيحاً ويتفق وصحيح القانون — لما هو مقرر ان الأمر الصادر من سلطة التحقيق بعدم وجود وجه لإقامة الدعوى الجزائية له حجيته التي تمنع من العودة إلى الدعوى الجزائية مادام قائماً لم يبلغ فلا يجوز مع بقاءه قائماً إقامة الدعوى عن ذات الواقعة التي صدر فيها لان له في نطاق حجيته المؤقتة ما للأحكام من قوة الأمر المقضي. لما كان ذلك وكان الحكم المطعون قد انتهى في عبارات واضحة جلية إلى ان موضوع الدعوى وهو اختلاس أموال شركة الغفلي للمقاولات والشريك فيها المبلغ من قبل المطعون ضده الأول قد سبق وأصدرت فيه النيابة العامة أمر بان لا وجه لإقامة الدعوى الجزائية في بلاغ الشاكي رقم ٤١٠ لسنة ٢٠٠٩ إداري ابوظبي والمتضمن ذات الموضوع وكان البين من المفردات والاطلاع على ذلك الأمر انه خلافا لما ذهب إليه النيابة العتمة انه لم يتضمن إحالة بعض الوقائع إلى نيابة رأس الخيمة. بما يضحى منعى النيابة العامة بالقصور والإبهام في غير محله متعينا رفض.

ثانياً: الطعن رقم ٥٩٥ لسنة ٢٠١١ المقام من المدعى بالحق المدني:

ولما كانت الدعوى المدنية التي ترفع للمحاكم الجزائية هي دعوى تابعه للدعوى الجزائية أمامها والقضاء بعدم قبول الدعوى الجزائية بالنسبة لواقعة ما يستوجب القضاء بعدم قبول الدعوى المدنية الناشئة عنها. لما كان ما تقدم وكان الحكم المطعون فيه إذ قضى بعدم قبول الدعوى المدنية — لسبق صدور أمر — مازال قائماً — من النيابة العامة بان لا وجه لإقامة الدعوى في التحقيق الذي أجرته في الشكوى رقم ٤١٠ لسنة ٢٠٠٩ موضوع الدعوى الماثلة — يكون قد أصاب صحيح القانون وما ينعاه الطاعن بدعوى الخطأ في تطبيق القانون أو الفساد في الاستدلال والإخلال بحق الدفاع بعيداً عن محجة الصواب. لما كان ما تقدم فان الطعن يكون على غير أساس متعينا رفضه موضوعاً مع مصادرة التأمين.

الرئيس: المستشار/ مشهور كوخ . رئيس الدائرة

الأعضاء: المستشار/ فرحان بطران

المستشار/ احمد عارف المعلم

٢ ج - (الطعن رقم ٤٥١ لسنة ٢٠١١ س ه ق. أ) جلسة ٢٠١١/٨/٢٤ (جزائي)

استئناف «سقوط الاستئناف». محكمة الاستئناف «نظرها الدعوى والحكم فيها». قانون «الخطأ في تطبيق القانون». حكم «تسببيه. تسبیب معيب». نقض «أسباب الطعن بالنقض. ما يقبل منها». معارضة «نظرها والحكم بها».

- تخلف المتهم عن حضور الجلسة المحددة لنظر استئنافه. مؤداه: سقوط الاستئناف.
- معارضته في هذا الحكم. يوجب على محكمة المعارضة النظر أولاً في صحة الحكم من عدمه فإن وجدته صحيحاً وقفت عند هذا الحد وقضت برفض المعارضة وإن وجدته غير ذلك ألغته وقضت في الموضوع بالبراءة أو تعديل الحكم لصالح المعارض. مخالفة ذلك. خطأ في تطبيق القانون. أساس ذلك؟.

المحكمة

تخلص الواقعة في ان النيابة العامة اتهمت لأنه في يوم ٢٠٠٦/١٠/٣ بدائرة أبو ظبي أعطى بسوء نية شيكاً لبنك ليس له مقابل وفاء كاف قائم وقابل للسحب. وأمرت بإحالة للمحاكمة طبقاً للمادة ١/٤٠١ من قانون العقوبات الاتحادي والمادة ٦٤٣ من قانون المعاملات التجارية أمام محكمة جنح أبو ظبي. والمحكمة المذكورة قضت غيابياً بجلسة ٢٠٠٦/١٠/٢٩ بحبسه لمدة ستة أشهر. عارضه، فقضت ذات المحكمة بجلسة ٢٠١١/٢/١٥ برفض المعارضة وتأييد الحكم المعارض فيه. فاستأنفه، وقضت محكمة استئناف أبو ظبي غيابياً بجلسة ٢٠١١/٣/٢٠ بسقوط الاستئناف. عارضه، فقضت ذات المحكمة بجلسة ٢٠١١/٥/٩ بقبول المعارضة والاستئناف شكلاً وفي الموضوع بتعديل الحكم المعارض فيه الى حبس المعارض لمدة شهرين. فطعن النيابة العامة في هذا الحكم بطريق النقض وأودعت صحيفة بأسباب الطعن بتاريخ ٢٠١١/٥/٢٥ ممهورة بتوقيع وكيل أول نيابة استئناف أبو ظبي ومعتمدة من رئيسها. وقدم المطعون ضده مذكرة بالرد طلب فيها رفض الطعن على سند من انه كان مقيد الحرية بسجن الوثبة العمومي على ذمة تنفيذ الحكم في ذات القضية محل الطعن وان إدارة السجن هي التي قصرت في إعلانه بالجلسة وإحضاره إليها - وقدم مستندات للتدليل على ذلك. وتنعى النيابة العامة على الحكم المطعون فيه انه اذ قضى في موضوع الدعوى مباشرة دون ان تفتن إلى ان الحكم المعارض فيه قاصر على القضاء بسقوط الاستئناف ودون ان تبحث المحكمة أمر صحة هذا الحكم قبل الفصل في الموضوع، يكون قد أخطأ في القانون بما يستوجب نقضه.

وحيث انه من المقرر وفقاً للمادة ٢٣٨ من قانون الإجراءات الجزائية الاتحادي انه « يسقط الاستئناف المرفوع من المتهم المحكوم عليه بعقوبة مقيدة للحرية إذا لم يتقدم للتنفيذ قبل الجلسة المحددة لنظر الاستئناف

« . وكان من المقرر انه إذا لم يمثل المتهم أمام المحكمة الاستئنافية وقضت المحكمة بسقوط استئنائه فانه يكون متعيناً على المحكمة التي تنظر في معارضته الاستئنافية عن هذا الحكم ان تفصل أولاً في صحة الحكم المعارض فيه من حيث شكل الاستئناف فان رأت ان قضاءه صحيح وقفت عند هذا الحد وقضت برفض المعارضة موضوعاً، وان رأت أنه خاطئ ألغته ثم انتقلت إلى موضوع الدعوى، وفي هذه الحالة وحدها يكون لها ان تقضى بالبراءة أو بتعديل العقوبة لصالح المعارض. لما كان ذلك، وكان البين من ملف الدعوى ان المطعون ضده تخلف عن المثول أمام المحكمة الاستئنافية حين نظر استئنائه فقضت المحكمة بسقوط الاستئناف واذ عارضه فقضت المحكمة بتعديل الحكم المعارض فيه الذي لم يقض إلا بسقوط الاستئناف وتصدت للحكم في موضوع الدعوى دون ان تبحث صحة الحكم المعارض فيه او فساداه فيما قضى به من هذا السقوط، فإنها تكون قد أخطأت في القانون بما يوجب نقض الحكم المطعون فيه. لما كان ذلك، وكان المطعون ضده يثير في مذكرة رده على أسباب الطعن انه كان مقيد الحرية وقت نظر الجلسة الأولى الاستئنافية وان إدارة السجن لم تحضره إلى مقر المحكمة وقتذاك وقدم مستندات للتدليل على ذلك منها صور تقرير استئنائه للحكم من السجن وما يفيد انه كان على ذمة تنفيذ الحكم المستأنف ومن ثم يجوز ترك تقدير تلك الأمور الموضوعية لمحكمة الموضوع لنظر معارضته الاستئنافية من جديد في ضوء ذلك بما يتعين معه ان يكون نقض الحكم مقروناً بالإحالة.

الرئيس: المستشار/ الصديق أبو الحسن . رئيس الدائرة
الأعضاء: المستشار/ أحمد عارف المعلم
المستشار/ مجدي الجندي

٣ ج - (الطعن رقم ١٢٢ لسنة ٢٠١١ س ٥ ق. أ) جلسة ٢٨ / ٣ / ٢٠١١ (جزائي)

دعوى جنائية «انقضاؤها». صلح . حكم «تسببيه. تسبب معيب». نقض «أسباب الطعن بالنقض. ما يقبل منها». إصابة خطأ . قانون «الخطأ في تطبيق القانون».

القضاء بانقضاء الدعوى الجنائية لتنازل المجني عليه في جريمة الإصابة الخطأ. مخالفة للقانون وخطأ في تطبيقه؟ أساس ذلك؟.

المحكمة

حيث ان واقعة الدعوى كما تحصلتها المحكمة من الحكم المطعون فيه وسائر الأوراق تتلخص ان النيابة العامة اتهمت المطعون ضدها أنها بتاريخ ٢٦/٨/٢٠١٠ بدائرة بني ياس تسببت بخطئها في إصابة المجني عليه نتيجة إخلالها لما تفرضه عليها أصول مهنتها بان لم توفر وسائل الحماية مما أدى الى سقوطه وحدثت إصابته الواردة بالتقرير الطبي المرفق بالأوراق وطلبت عقابه طبقاً للمواد ٣٨/٢، ٤٣، ٦٥، ٣٤٣/١ من قانون العقوبات الاتحادي والمواد ٩١، ٩٢، ٩٤ من قانون العمل الاتحادي رقم ٨ لسنة ١٩٨٠ المعدل والمواد ٢/١، ٣، ٩ من القرار الوزاري رقم ٣٢ لسنة ١٩٨٢ في شأن تحديد أساليب وتدابير الوقاية لحماية العمال. وبجلسة ٣٠/١١/٢٠١٠ قضت محكمة جزاء بني ياس في الدعوى رقم ٥٣٩٢/٢٠١٠ بإدانة المطعون ضدها ومعاقبتها بغرامة قدرها خمسة آلاف درهم. فاستأنفته المحكوم عليها بتاريخ ٢٢/١٢/٢٠١٠ قضت محكمة استئناف أبوظبي حضورياً في الاستئناف رقم ١٨٨/٥٠١٠ بإلغاء الحكم المستأنف والقضاء مجدداً بانقضاء الدعوى الجزائية بالتنازل. لم يلق هذا القضاء قبولا لدى النيابة العامة وقدمت تقرير طعنها بتاريخ ١٤/٢/٢٠١١ طالبة نقضه.

تنعى النيابة العامة على الحكم المطعون فيه إذ قضى بانقضاء الدعوى الجزائية بالتنازل الخطأ في تطبيق القانون على سند أن جنحة الإصابة الخطأ المؤثمة بالمادة ٣٤٣ من قانون العقوبات ليست من الجرائم المشمولة بالمادة ٢٠ من قانون الإجراءات الجزائية مما يستوجب نقض الحكم.

وحيث من المقرر وفقاً للمادة ٢٠ من قانون الإجراءات الجزائية المعدل بالقانون رقم ٣٥ لسنة ٢٠٠٦ أنه (للمجني عليه أو وكيله الخاص في الجرح المنصوص عليها في المواد ٣٣٩، ٣٩٤، ٤٠٣، ٤٠٤، ٤٠٥ من قانون العقوبات وفي الأحوال الأخرى التي نص عليها في القانون ان يطلب إلى النيابة العامة أو المحكمة حسب الأحوال إثبات صلحه ويترتب على الصلح انقضاء الدعوى الجزائية). لما كان ذلك وكان المشرع قد حصر

الحالات التي يجوز فيها انقضاء الدعوى العمومية للتصالح في الجرائم الواردة في المادة ٢٠ أنفة الذكر ولم يشتمل الجريمة المؤثمة بالمادة ٣٤٣ من قانون العقوبات المسندة للمطعون ضده إضافة إلى أنها ليست من الجرائم المنصوص عليها في المادة ١٠ من قانون الإجراءات الجزائية وإذ خالف الحكم المطعون فيه ذلك فإنه يكون قد خالف القانون وما نعتة النيابة العامة سديد مما يوجب نقضه والإحالة.

الرئيس: المستشار / مشهور كوخ . رئيس الدائرة

الأعضاء: المستشار / فرحان بطران

المستشار/ أحمد عارف المعلم

٤ ج - (الطعن رقم ٦٢١ لسنة ٢٠١١ س ه ق . أ) جلسة ٢٠١١/٩/٢٧ (جزائي)

حكم «بياناته. بيانات حكم الإدانة» «مسودة الحكم» «بياناتها» «تسبيبه. تسبيب غير معيب». نقض «أسباب الطعن بالنقض. ما لا يقبل منها». بطلان. لغة عربية. ترجمة. محكمة الموضوع «سلطتها». إثبات «بوجه عام».

■ توقيع القضاة الذين أصدروا الحكم على مسودته. كاف لصحته ولو كانت غير مقروءة. مادام الطاعن لا يدعي صدور الحكم من غير القضاة الموقعين على مسودته.

■ إثبات المحكمة أن المتهم مسئول أمامها بواسطة مترجم. كاف لصحة الحكم وسلامة الإجراءات.

■ تحصيل فهم الواقع في الدعوى وتقدير أدلتها والترجيح بينها. موضوعي. مادام سائغاً.

المحكمة

تخلص الواقعة في أن النيابة العامة اتهمت لأنه بتاريخ ٢٠١١/١/٢٦ بدائرة أبوظبي : هدد المجني عليه بأن أشهر سكيناً في وجهه ووضعها على رقبته مهدداً إياه بقتله وكان ذلك مصحوباً بطلب هو تركه السيارة قيادته والمملوكة لكفيله. شرع في سرقة السيارة رقم ٢٦٢٥١ ترخيص دبي والمملوكة لمطعم قصر الهند وكان ذلك بطريق الإكراه الواقع على قائدها سالف الذكر على النحو الوارد وصفا بالتهمة الأولى وقد أوقف أثر الجريمة لسبب لا دخل لإرادته فيه هو ضبطه والجريمة متلبساً بها. اعتدى على موظفين عموميين « من رجال تحريات شرطة دبي » هما المجني عليهما ، وكان ذلك أثناء ولسبب تأديتهما لوظيفتهما الرسمية بأن قام بطعنهما بسكين فأحدث بهما الإصابات الموصوفة بتقرير الطب الشرعي المرفق . اعتدى على سلامة جسم المجني عليه بأن قام « برفسه » على جسمه ولم ينتج عن هذا الاعتداء أي إصابات بالمجني عليه أو عجز عن أعماله الشخصية مدة تزيد عن العشرين يوماً . أتلّف أجزاء السيارتين رقمي ٢٦٢٥١ ترخيص دبي و ٦١٠٣ تصدير دبي والمملوكتين للمجني عليهما سالف الذكر وعبد الله علي مهر بأن جعلهما غير صالحين للاستعمال. وأمرت بإحالاته للمحاكمة أمام محكمة جنايات أبوظبي طبقاً للمواد ١/٥ و ٤٣ و ١/٢٢١ و ٢/٣٣٩ و ٢/٢٤٩ و ٣٥١ و ٣٩٤ و ١/٤٢٤ من قانون العقوبات الاتحادي المعدل . والمحكمة المذكورة قضت حضورياً بجلسة ٢٠١١/٣/١ بمعاقتين عن التهم الأربعة الأولى بالحبس لمدة سنتين والإبعاد للارتباط ، وعن التهمة الخامسة « الإتلاف » بالحبس لمدة ثلاثة أشهر . فاستأنفه ، وقضت محكمة استئناف أبوظبي حضورياً بجلسة ٢٠١١/٣/٣٠ برفض الاستئناف وتأييد الحكم المستأنف . فطعن المحامي المنتدب في هذا الحكم بطريق النقض عن المحكوم عليه بناء على طلب الأخير من محبسه لدير المنشأة العقابية وأودعت صحيفة بأسباب الطعن بتاريخ ٢٠١١/٧/١٣ ممهورة بتوقيع نسب للمحامي المنتدب . وقدمت نيابة النقض مذكرة بالرأي انتهت فيها إلى نقض الحكم المطعون فيه .

وحيث إن الطاعن ينعى على الحكم المطعون فيه البطلان والقصور في التسبيب والفساد في الاستدلال والإخلال بحقه في الدفاع ، ذلك بأن مسودة الحكم الابتدائي المؤيد بالحكم المطعون فيه لم تتضمن أسماء القضاة الموقعين عليها وجاءت توقيعاتهم عليها غير مقروءة ، ورغم أنه أجنبي « فليبيني » يجهل اللغة العربية لم تثبت محكمة أول درجة سؤالها له بواسطة مترجم ولم تذكر المحكمة الاستئنافية اسم المترجم الذي سألته في حضوره ، وأدانت المحكمة استناداً إلى أقوال المجني عليهم وحدها التي لا تصلح مطرحة دفاعه بعدم معرفته لشخصية رجال التحريات المعتدي عليهم وأنه كان يدافع عن نفسه للهروب من اعتداء أفراد لا يعرفهم ، وذلك يعيب الحكم ويستوجب نقضه .

وحيث إن القانون لم يشترط ذكر بيانات معينة في مسودة الحكم التي لا تعدو مشروعاً له وبكفي توقيع القضاة الذين أصدروا الحكم عليها لاستيفاء حكم القانون ، وإذ كان الطاعن لا يزعم في طعنه أن الحكم قد صدر من غير القضاة الموقعين على مسودة الحكم الابتدائي وكان إيراد توقيعاتهم على المسودة غير مقروءة ليس فيه ما يبطل الحكم المستند إليها ، فإن منعى الطاعن في هذا الشأن يكون غير سديد . لما كان ذلك ، وكان الثابت من مطالعة محضر جلسة المحاكمة أمام محكمة أول درجة بتاريخ ٢٠١١/٢/٢١ سؤال المحكمة للطاعن عن حضور مترجم دائرة القضاء ، كما أثبت محكمة ثاني درجة بمحضر جلساتها المؤرخ ٢٠١١/٣/٢٧ سؤاله بمترجم فإن في ذلك ما يكفي لإنفاذ حكم القانون وسلامة إجراءات المحاكمة ويكون هذا النص بدوره غير مقبول . لما كان ذلك ، وكانت المحكمة بدرجتها قد امتنعت بسلامة الاتهام المسند إلى الطاعن مما استخلصته من قرينة أقوال المجني عليهم والتقارير الطبية وتقرير الشرطة بما يسوغ ما انتهى إليه من إدانته بعد أن أوردت وقائع الطاعن بجهله لشخصين رجال التحريات بما يفيد اطراحها له فلا تثريب عليها في ذلك . وينحل منعى الطاعن في هذا الخصوص إلى جدل موضوعي فيما انتهت إليه المحكمة بالدليل الصحيح من عقيدة وهو ما لا يجوز لدى محكمة النقض . لما كان ما تقدم ، فإن الطعن برمته يكون على غير أساس متعيناً رفضه .

الرئيس: المستشار/الصادق أبو الحسن . رئيس الدائرة

الأعضاء: المستشار/ أحمد عارف المعلم

المستشار/ مجدي الجندي

٥ ج - (الطعن رقم ٧٣١ لسنة ٢٠١٠ س ٥ ق. أ) جلسة ٢٠١١/١/٩ (جزائي)

طعن «أسباب الطعن بالنقض. ما لا يقبل منها». إجراءات «إجراءات الطعن بالنقض».

نقض «أسباب الطعن بالنقض. ما لا يقبل منها». مسئولية جنائية. وكالة. محاماة.

■ حق من بلغ سن الخامسة عشرة متهما كان أو مجني عليه أن يطعن في الأحكام الماسة به.

■ لا أثر على ذلك من النص على تفريد العقاب بالنسبة للحدث الذي لم يجاوز الثامنة عشرة من عمره وقت ارتكاب الفعل. أساس ذلك؟.

■ صدور التوكيل بالتقرير بالطعن بالنقض من والد المتهم الطاعن الذي بلغ العشرين من عمره. مؤداه: عدم قبول الطعن شكلاً.

المحكمة

تخلص الواقعة في ان النيابة العامة اتهمت لأنه بتاريخ ٢٩/٧/٢٠١٠ بدائرة الظفرة :

١- حاز وأحرز بقصد التعاطي مادة مخدرة ومؤثراً عقلياً (حشيشاً وإمفيتامين) في غير الأحوال المرخص بها قانوناً.

٢- تعاطى مادة مخدرة ومؤثراً عقلياً (حشيشاً وإمفيتامين) في غير الأحوال المرخص بها قانوناً.

٣- قاد المركبة المبينة بالمحضر وهو تحت تأثير مادة مخدرة ومؤثر عقلي.

وأمرت بإحالاته للمحاكمة أمام محكمة جنايات الظفرة طبقاً لأحكام الشريعة الإسلامية الغراء والمواد ١/١ و ٢ و ١/٦ و ٧ و ٣٤ و ٣٩ و ١/٤٠ و ١/٥٦ و ٦٥ من القانون رقم ١٤ لسنة ١٩٩٥ المعدل والبند رقم ١٩ من الجدول رقم ١ والبند رقم من الجدول رقم ٦ الملحقين به والمواد ٢ و ٤ و ٦/١٠ و ٦/٤٩ و ١/٥٧ من القانون الاتحادي رقم ٢١ لسنة ١٩٩٥ المعدل. والمحكمة المذكورة قضت حضورياً بجلسة ١٠/٨/٢٠١٠ بمعاقبته عن الجريمتين الأولى والثانية تعزيراً بالسجن لمدة أربع سنوات من تاريخ توقيفه وبمصادرة المضبوطات وإتلافها. وبتغريمه عشرين ألف درهم عن الجريمة الثالثة. فاستأنفه، وقضت محكمة استئناف أبوظبي حضورياً بجلسة ١٥/٩/٢٠١٠ برفضه وتأييد الحكم المستأنف. فطعن المحامي حامد عوض المنهالي في هذا الحكم بطريق النقض بصفته وكيلًا عن والد المحكوم عليه بصفة الأخير ولياً طبيعياً عن المحكوم عليه بمقتضى توكيل موثق

وأودعت صحيفة بأسباب الطعن بتاريخ ٢٠١٠/١٠/١٠ ممهورة بتوقيع نسب له. وقدمت نيابة النقص مذكرة بالرأي انتهت فيها إلى رفض الطعن.

وحيث إن الأصل العام وفقاً للفقرة الثانية من المادة ٨٥ من قانون المعاملات المدنية الاتحادي أن بلوغ سن الرشد يكون بتمام الشخص إحدى وعشرين سنة قمرية بما يغني في حال بلوغ تلك السن عن بحث سن الرشد الجنائي، فإن لم يبلغ المتهم هذه السن فإنه يكون من المتعين بحث هذا الأمر. ولما كان المشرع في المواد الجزائية قد نص في المادة ١٠ من قانون الإجراءات الجزائية على حق المجني عليه في الشكوى كما نص في المادة ١٣ من ذات القانون على أنه إذا كان المجني عليه لم يتم خمس عشرة سنة أو كان مصاباً بعاهة في عقله تقدم الشكوى ممن له الولاية عليه، ونص في المادة ١٦ من ذات القانون على أن لمن قدم الشكوى المشار إليها في المادة العاشرة أن يتنازل عن الشكوى وتنقضي الدعوى الجزائية بالتنازل، فقد دل على أن سن الرشد في المواد الجزائية هو خمس عشرة سنة وهو ما يبيح للمتهم أو المجني عليه الطعن في الأحكام الماسة به، دون أن يغير من ذلك ما استنته المشرع من عقوبات خاصة للحدث - وهو من لم يجاوز الثامنة عشرة من عمره وقت ارتكاب الفعل طبقاً للمادة الأولى من القانون الاتحادي رقم ٩ لسنة ١٩٧٦ في شأن الأحداث الجانحين والمشردين - إذ أن ذلك يتعلق بسياسة خاصة انتهجها المشرع في شأن تغريد العقاب بما لا يمس سن الرشد الجنائي. لما كان ذلك، وكان الحكم المطعون فيه قد طبق على الطاعن عقوبات تعزيرية وفقاً للقانونين الاتحاديين رقمي ١٤ لسنة ١٩٩٥ و ٢١ لسنة ١٩٩٥ بما يكون معه قانون الإجراءات الجزائية هو الواجب التطبيق على إجراءات الخصومة، عملاً بالفقرة الأولى من المادة الأولى من هذا القانون. إذ ما كان ذلك، وكان التوكيل الذي قرر بالطعن بمقتضاه صادراً من والد المحكوم عليه بصفته ولياً طبيعياً عليه رغم ما ثبت من محضر الشرطة المرفق أن المحكوم عليه مواليد ١٩٩٠/٢/٣ ويزيد عمره وقت التقرير على العشرين عاماً أي بالغاً سن الرشد الجنائي وفقاً لقانون الإجراءات الجزائية، ومن ثم كان بوسعه - إن أراد - أن يقرر بالطعن بنفسه إذ من المقرر أن التقرير بالطعن لا يعدو عملاً مادياً لا يحتاج إلى دراية قانونية خاصة أما أسبابه فهي التي اشترط القانون في المادة ٢٤٥ من قانون الإجراءات الجزائية أن يوقعها محام مقبول أمام محكمة النقص، وإرفاقها بالتقرير الصادر عنه يفيد إجازته لها، ومن ثم تنتفي صفة والد المحكوم عليه في الطعن المائل في التقرير بالطعن بالنقص نيابة عنه أو توكيل غيره في ذلك فإن الطعن يكون قد قرر به من غير ذي صفة ويتعين معه عدم قبوله شكلاً.

الرئيس: المستشار / الصديق أبو الحسن. رئيس الدائرة

الأعضاء: المستشار / مجدي الجندي

المستشار / محروس عبد الحليم

٦ ج - (الطعن رقم ٣٢٥ لسنة ٢٠١١ س.ق.أ) جلسة ٢٠١١/٩/٢٦ (جزائي)

محكمة النقض «سلطانها». نظام عام . بطلان. حكم «إصداره والتوقيع عليه». دعوى جزائية
«نظرها والحكم فيها». إجراءات «إجراءات إصدار الأحكام». محكمة ثان درجة «نظرها الدعوى
والحكم فيها». محكمة الإحالة «نظرها الدعوى والحكم فيها».

■ سلطة محكمة النقض في التصدي من تلقاء نفسها للأسباب المتعلقة بالنظام العام ولو لم يثرها الخصوم
ومن هنا المسائل المتعلقة بإصدار الأحكام. مثال.

■ صدور الحكم الابتدائي من غير القاضي الذي سمع المرافعة وحجز الدعوى للحكم. مؤداه: البطلان
المتعلق بالنظام العام.

■ تأييد الحكم المطعون فيه لهذا الحكم الباطل. مؤداه: البطلان.

■ القضاء بنقض الحكم يوجب إحالته لمحكمة الموضوع ولو كان للمرة الثانية. مادامت محكمة الإحالة لم
تلتزم بحكم النقض السابق في المسألة التي تصل فيها.

المحكمة

حيث ان الوقائع حسبما يبين من الحكم المطعون فيه وسائر الأوراق تتحصل في ان النيابة العامة أسندت
إلى الطاعنة، شركة للمقاولات العامة ذ.م.م أنها بتاريخ ٢٠/٨/٢٠١٠، بدائرة بني ياس.
تسببت في وفاة المجني عليه، وكان ذلك ناشئاً عن عدم توفير وسائل الأمن والسلامة للعمال،
الأمر الذي أدى إلى إصابة المجني عليه بالإصابات الموصوفة بالتقرير الطبي المرفق بالمحضر والتي أدت إلى
وفاته، وأحالت القضية إلى دائرة الجرح والمخالفات لمحكمة ابوظبي الابتدائية لمحاكمة الشركة المذكورة طبقاً
لأحكام الشريعة الإسلامية الغراء والمواد ٦٥، ٣٤٢/١ من قانون العقوبات الاتحادي. وبجلسة ٢٨/١٠/٢٠١٠
قضت المحكمة المذكورة حضورياً بإدانة الطاعنة بجريمة القتل الخطأ وإلزامها بأداء دية المجني عليه جالو
حاجي الف بما يعادل مائتي ألف درهم (٢٠٠٠٠٠) وبغرامة قدرها عشرة آلاف درهم (١٠٠٠٠). استأنفت
الطاعنة هذا الحكم بتاريخ ٩/١١/٢٠١٠، فقضت محكمة الاستئناف بتاريخ ٢١/١٢/٢٠١٠ حضورياً بقبول
الاستئناف شكلاً، وفي الموضوع بتعديل العقوبة بجعلها خمسة آلاف درهم (٥٠٠٠) وتأْييده لباقي الجهات.
لم ترتض الطاعنة بهذا الحكم فطعن عليه بالنقض رقم ٢٠١١/٥٠. وبجلسة ١٤/٢/٢٠١١ قضت محكمة
النقض بنقض الحكم المطعون فيه والإحالة ذلك لان القاضي الذي اصدر الحكم الابتدائي ليس هو القاضي

الذي سمع المرافعة وحجز الدعوى للحكم الأمر الذي يبطل الحكم بطلاناً مطلقاً متعلقاً بالنظام العام يمتد إلى الحكم الإستئنافي الذي أيده دون ان يفطن لهذا البطلان. وبجلسة ٢٥/٥/٢٠١١ قضت محكمة الاستئناف، بعد النقض والإحالة، بقبول الاستئناف شكلاً، وفي هذا الموضوع بتعديل الغرامة المحكوم بها على الطاعنة إلى ألفي درهم (٢٠٠٠) وتأييد الحكم المستأنف فيما عدا ذلك. وإن لم ترتض الطاعنة بهذا الحكم، أقامت عليه الطعن بطريق النقض بالطعن المائل رقم ٣٢/٥/٢٠١١ وأودعت النيابة العامة مذكرة رأت في ختامها قبول الطعن شكلاً ورفضه موضوعاً.

وحيث ان الحكم المطعون فيه لم يلتزم بحكم النقض السابق في النقطة التي فصل فيها، إذ أيد الحكم الابتدائي الباطل وسايه فيما انتهى إليه من إدانة دون ان يفطن لهذا البطلان الذي يطوله بدوره مما يتعين نقضه والإحالة دون حاجة لبحث سائر أوجه الطعن المتقدمة من الطاعنة.

الرئيس: المستشار/ مشهور كوخ - رئيس الدائرة

الأعضاء: المستشار/ احمد عارف المعلم

المستشار/ فرحان بطران

٧ ج - (الطعن رقم ٦٣٣ لسنة ٢٠١١ س ه ق . أ) جلسة ٢٠١١/١٢/١١ (جزائي)

١) مواد مخدرة. جريمة «أركانها» «نوعها». إختصاص «إختصاص مكاني». جمارك. مأمورو الضبط القضائي. موظفون عموميون. حيازة. حكم «تسبيبه. تسبيب غير معيب». نقض «أسباب الطعن بالنقض. ما لا يقبل منها».

■ الإختصاص المكاني في جريمة إحراز المخدر. تحققه في كل مكان حل به المحرز. علة ذلك؟ مثال.

■ تحقق جريمة إحراز المخدر. بإحراز الشخص أي قدر منه ولو كان دون الوزن مادام له كيان مادي محسوس يمكن تقديره. مثال.

■ إختصاص محاكم الدولة بنظر تلك الجريمة مادام ضبط الطاعن ثم في أحد المراكز الحدودية في الدولة.

٢) جمارك. تفتيش. مأمورو الضبط القضائي. موظفون عموميون. حكم «تسبيبه. تسبيب غير معيب». نقض «أسباب الطعن بالنقض. ما لا يقبل منها». مواد مخدرة. إجراءات «إجراءات القبض والتفتيش». قبض. حيازة.

■ ضبط الطاعن أثناء تفتيشه بالمنفذ الجمركي. محرراً للمواد المخدرة. صحيح. أساس ذلك؟ مثال.

٣) جريمة «أركانها». قصد جنائي. محكمة الموضوع «سلطتها». حكم «تسبيبه. تسبيب غير معيب». نقض «أسباب الطعن بالنقض. ما لا يقبل منها». مواد مخدرة. حيازة.

■ تقدير قيام القصد الجنائي أو عدم قيامه في الجرائم موضوعي. مادام سائغاً. مثال. لاستخلاص سائغ.

٤) إجراءات «إجراءات تحريز الدليل». تفتيش. محكمة الموضوع «سلطتها». حكم «تسبيبه. تسبيب غير معيب». نقض «أسباب الطعن بالنقض. ما لا يقبل منها». إثبات «خبرة» «عينة البول». بطلان.

■ إجراءات تحريز المضبوطات. ومنها عينة البول. المنصوص عليها في المادة ٣/٦١ إجراءات جزائية المعدل. تنظيمية. لا يترتب على مخالفتها البطلان.

■ تقدير صحتها. موضوعي. مثال.

٥) طعن «وجه الطعن. وضوحه وتحديده» «أسباب الطعن ما لا يقبل منها» نقض «أسباب الطعن بالنقض. ما لا يقبل منها».

■ وجه النعي وجوب أن يكون واضحاً ومحدداً. مخالفة ذلك. أثره: عدم القبول.

المحكمة

حيث إن الوقائع على ما يبين من الحكم المطعون فيه وسائر الأوراق تتحصل في أن النيابة العامة أحالت الطاعن إلى المحاكمة بوصف أنه في يوم ٢٩/١٢/٢٠١٠ بدائرة مدينة العين:-

تعاطى مادة مخدرة (حشيشاً) في غير الأحوال المصرح بها قانوناً.

حاز مادة مخدرة (حشيشاً) بقصد التعاطي.

جلب مادة مخدرة (حشيشاً) من سلطنة عمان إلى إقليم الدولة على النحو المبين بالتحقيقات.

قاد المركبة المبينة وصفاً بالمحضر على الطريق العام وهو تحت تأثير المخدر على النحو المبين بالتحقيقات.

وطلبت معاقبته طبقاً لأحكام الشريعة الإسلامية الغراء والمواد ١/١-٥، ١/٦، ١/٣٩، ١/٤٨، ١/٥٦، ٦٣، من القانون الاتحادي رقم ١٤ لسنة ١٩٩٥ في شأن المواد المخدرة والمؤثرات العقلية المعدل بالقانون الاتحادي رقم (١) لسنة ٢٠٠٥ والبند رقم ١٩ من الجدول رقم (١) الملحق به، والمواد ١، ٢، ٤، ١٠/٦، ١/٤٩، من القانون رقم ٢١ لسنة ١٩٩٥ المعدل في شأن السير والمرور. وبجلسة ٢٠١١/١/٣١ قضت دائرة الجنايات بمحكمة العين الابتدائية حضورياً وفقاً لأحكام الشريعة الإسلامية الغراء والقانون - بمعاينة المتهم بالسجن لمدة أربع سنوات عن تهمتي حيازة المخدر وتعاطيه اعتباراً من تاريخ توقيفه وبمصادرة المخدر المضبوطة، وإبعاده عن الدولة، وببراءته من التهمة الرابعة والقيادة وهو تحت تأثير المخدر.

فأستأنفه المحكوم عليه برقم ٢٨٤ لسنة س جزائي العين، وبجلسة ٢٠١١/٣/٦ قضت محكمة الاستئناف حضورياً برفض الاستئناف، فطعن المحكوم عليه على هذا الحكم بطريق النقض بالطعن رقم ٣١١ لسنة ٢٠١١ نقض جزائي. وبجلسة ٢٠١١/٥/٣ قضت محكمة النقض بنقض الحكم المطعون فيه وإحالة الدعوى إلى محكمة الاستئناف، وبجلسة ٢٠١١/٦/١٢ قضت محكمة الإحالة بتأييد الحكم المستأنف فطعن المحامي بالنيابة العامة عن المحكوم عليه بطريق النقض بالطعن المطروح وأودعت تقرير الطعن المحتوي على أسبابه قلم الكتاب بتاريخ ٢٠١١/٧/١٧. وقدمت النيابة العامة مذكرة رأت فيها نقض الحكم.

وحيث إن الطاعن أقام طعنه على سبعة أسباب ينعي بالسببين الأول والثالث على الحكم المطعون فيه أنه إذ قضى بإدانته عن جريمتي تعاطي مخدر الحشيش وحيازته فإنه يكون قد أخطأ في تطبيق القانون وقضى على خلاف الثابت في الأوراق إذ أنه ضبط حال عبوره نقطة حدودية جمركية مما يقطع بأنه لم يتعاط هذا المخدر داخل إقليم الدولة، وأنه وعلى فرض تعاطيه هذا المخدر فإنه يكون قد تعاطاه خارج إقليم دولة الإمارات إذ أنه عماني الجنسية ويقيم في عمان بصفة دائمة، كما أنه لم يحز هذا المخدر بعد دخوله إقليم الدولة إذ خلت الأوراق من ضبط مادة يصدق عليها وصف أنها لمخدر الحشيش إذ أن ما تم ضبطه هو كمية من التبغ ملوثة بمخدر

الحشيش ولها رائحة مما ينتفي معه اختصاص محاكم الدولة بنظر الدعوى وإذ خالف الحكم هذا النظر فإنه يكون معيباً ويستوجب نقضه.

وحيث ان هذا النعي مردود ذلك أنه من المقرر أن جريمة إحراز المخدر في غير الأحوال المصرح بها قانوناً هي جريمة مستمرة يتحقق الاختصاص المكاني بمباشرة الدعوى الجزائية عنها لكل مكان حل فيه المحرز قبل القضاء حالة الاستمرار تلك، لما كان ذلك وكانت تلك الجريمة تتحقق بإحراز أي قدر منه حتى لو كان هذا القدر دون الوزن مادام له كيان مادي محسوس يمكن تقديره، لما كان ذلك وكان الثابت في الأوراق أن المتهم قد ضبط بالدائرة الجمركية بمنفذ عود التوبة الحدودي - وهو جزء من إقليم الدولة- محرراً كمية من التبغ مختلط بفتات ثبت معملياً أنه لمخدر الحشيش المحظور حيازته وإحرازه بموجب أحكام القانون وكان هذا الفتات له كيانه المادي المحسوس الذي يمكن تقديره، فإن النعي يكون خليفاً برفضه.

وحيث ان الطاعن ينعي بالسبب الثاني على الحكم المطعون فيه البطلان لتعويله على الدليل المستمد من القبض عليه وتفتيشه الباطلين لانتفاء مبرراتهما مما يعيبه ويستوجب نقضه.

وحيث ان هذا النعي في غير محله ذلك أن الطاعن لا يماري في أن ضبطه وتفتيشه قد تما بمنفذ عود التوبة الحدودي التابع لدولة الإمارات بمعرفة موظف الجمرك ، ولما كان المرسوم الاتحادي رقم ٨٥ لسنة ٢٠٠٧ في شأن تنظيم الجمارك الموحد لدول مجلس التعاون لدول الخليج العربي قد منح في المادة ١١٦ منه موظفي الجمارك صفة الضبطية القضائية في أثناء قيامهم بتأدية وظائفهم حق تفتيش الأشخاص ووسائل النقل داخل الدائرة الجمركية إذ قامت لديهم مظنة التهريب فيمن يوجدون داخل تلك الدائرة وهذه المظنة هي حالة ذهنية تقوم بنفس المنوط بهم تنفيذ القوانين الجمركية يصح معها في العقل القول بقيام مظنة التهريب من شخص موجود في حدود دائرة المراقبة الجمركية، ولا يتطلب بالنسبة إلى الأشخاص توافر قيود القبض والتفتيش المنظمة بقانون الإجراءات الجزائية الاتحادي أو اشتراط وجود المراد تفتيشه في إحدى الحالات المبررة له في نطاق الفهم القانوني للمبادئ المقررة في القانون المذكور. لما كان ذلك وكان الثابت من مدونات محضر ضبط الواقعة المحرر بمعرفة بتاريخ ٢٩/١٢/٢٠١٠ أنه بعد انتهاء الطاعن من إجراء دخول الدولة عبر منفذ عود التوبة الحدودي التابع للإدارة العامة للجمارك بالدولة تم إيقاف سيارته لورود معلومات من إدارة مكافحة المخدرات مفادها أن المذكور موجود بمحافضة البريمي وسوف يحضر إلى المنفذ لدخول دولة الإمارات ومعه كمية من المواد المخدرة، وأثناء وجوده داخل المنفذ المذكور تم تفتيشه بمعرفة موظف الجمارك فأسفر هذا التفتيش عن ضبط كيس من البلاستيك شفاف أخضر اللون بداخله علبة سجائر من نوع DUNHILL لونها أزرق بداخلها لفافتان من الورق الأبيض بفضها تبين احتواء إحدهما على فتات دون الوزن ثبت من تحليله معملياً أنه لمخدر الحشيش المؤتم حيازته وإحرازه بالقانون الاتحادي رقم ١٤ لسنة ١٩٩٥ ، مما يكون معه تفتيش الطاعن ثم القبض عليه قد تما وفقاً لصحيح القانون مبرأين من قالة البطلان ويكون تعويل الحكم المطعون فيه على ما أسفر عنه من دليل سديد ويكون وجه النعي خليفاً بالرفض.

وحيث ان الطاعن ينعي بالسببين الرابع والسادس من أسباب الطعن على الحكم المطعون فيه أنه إذ أدانه عن جريمة إحراز مخدر الحشيش بالرغم من انتفاء القصد الجنائي اللازم لقيامها لانتفاء علمه بأن ما كان يحوزه هو لمخدر الحشيش إذ بادر بتسليم موظف الجمارك علبة السجائر المحتوية على المخدر المذكور وأنه لو كان يعلم بأن بداخلها هذا المخدر لما بادر إلى تسليمها لموظف الجمارك مما يعيب الحكم المطعون فيه ويستوجب نقضه.

وحيث ان هذا النعي غير سديد ذلك انه من المقرر ان تقدير قيام القصد الجنائي أو عدم قيامه هو من المسائل التي تتعلق بالواقع الذي يخضع الفصل فيها لمحكمة الموضوع تقضي به على ضوء الظروف والملابسات المحيطة بالدعوى، وكان الحكم المطعون فيه قد دلل على توافر القصد الجنائي لدى الطاعن بعلمه أن ما كان يحزره كان لمخدر الحشيش في قوله (وكانت المحكمة تستخلص من ضبط المخدر بالجيب الأيمن لكندورة المستأنف - الطاعن - فخبأ في علبة السجائر التي ضبطت معه ومن احتواء عينة بوله على مادة مخدر الحشيش ومن إقراره بالتحقيقات من انه تم ضبط علبة السجائر كندورته توافر علمه بكنه المواد المخدرة المضبوطة معه وأنها لمخدر الحشيش الممنوع قانوناً ومن ثم فإن ما يثيره بشأن عدم توافر القصد الجنائي لديه لا يكون له محل ويتعين رفضه. ولما كان ما خلص إليه الحكم على نحو ما سبق سائغاً وله أصله الثابت في الأوراق ومؤيداً إلى ما رتبته الحكم عليه وكاف لحمل قضائه بتوافر علم الطاعن المخدر المضبوط، فإن النعي يكون خليفاً برفضه.

وحيث ان الطاعن ينعي بالسبب الخامس على الحكم المطعون فيه أنه إذ عول على ما أسفر عنه تحليل عينة البول المنسوبة إليه فإنه يكون مشوباً بالفساد في الاستدلال إذ أنه لا يمكن نسبة تلك العينة إليه فلم يجر تحريزها فور أخذها وتداولت بين جهات عدة دون أن تحرز أو توزن ولم يتم تمييزها لكي لا تختلط بغيرها وتم إرسالها إلى أمن منفذ عودة التوبة وهي على هذه الحالة مما تكون معه قد اختلطت بغيرها، مما يعيب الحكم ويستوجب نقضه.

وحيث انه لما كان من المقرر أن إجراءات التحرير المنصوص عليها في المادة ٣/٦١ من قانون الإجراءات الجزائية الاتحادي المعدل بالقانون الاتحادي ٣٦ لسنة ١٩٩٢ إنما قصد بها تنظيم العمل للمحافظة على الدليل خشية توهينه ولم يترتب القانون على مخالفتها بطلاناً بل ترك الأمر في ذلك إلى اطمئنان المحكمة إلى سلامة الدليل. لما كان ذلك وكان الحكم المطعون فيه قد تناول دفاع الطاعن الوارد بسبب النعي وانتهى إلى رفضه لاطمئنان المحكمة إلى أن عينة البول التي أخذت منه هي التي جرى تحليلها وأنها مطمئنة إلى النتيجة التي انتهت إليها تقرير التحليل كدليل على الإدانة، مما يكون معه النعي على غير أساس وتقضي المحكمة برفضه.

وحيث ان الطاعن ينعي على الحكم المطعون فيه بالسبب السابع أنه إذ قضى بإدانته ولم يقض ببراءته مخالفاً مبدأ أن الأحكام الجزائية تبنى على الجزم واليقين لا على الشك والتخمين وان الدليل إذا تعرض للاحتمال سقط الاستدلال به وأنه - الدليل - إذا عورض بدليل أقوى منه سقط الاستدلال به وإذا تعارض مع دليل مساو له في الحجية واستعصيا على الجمع بينهما سقط الاستدلال بالاثنتين معاً وان الشك في الدليل يفسر دائماً

لصالح المتهم وان الأصل في الإنسان البراءة إلى أن تزول بدليل قاطع وأن مجرد الشك في صحة إسناد التهمة للمتهم كاف للقضاء ببراءته ، فإنه - الحكم المطعون فيه- يكون معيباً ويستوجب نقضه.

وحيث انه لما كان من المقرر أنه يجب أن يكون سبب الطعن واضحاً ومحدداً فإذا كان لا يبين منه العيب الذي يعزوه الطاعن إلى الحكم المطعون فيه على وجه محدد تحديداً واضحاً كاشفاً عن المقصود كشفاً وافياً نافياً عنه الغموض والجهالة فإنه يكون مجهولاً غير مقبول، لما كان ذلك وكان الطاعن لم يبين بالسبب المطروح العيب الذي يعزوه إلى الحكم المطعون فيه على وجه محدد تحديداً واضحاً كاشفاً عن المقصود منه كشفاً وافياً نافياً عنه الغموض والجهالة فإنه يكون مجهولاً، وتقضي المحكمة بعدم قبوله. ولما تقدم فإنه يتعين رفض الطعن.

الرئيس: المستشار/ الصديق أبو الحسن- رئيس الدائرة

الأعضاء: المستشار/ أحمد عارف المعلم

المستشار / فرحان بطران

المستشار/ مجدي الجندي

المستشار/ محروس عبد الحليم

القسم الثاني الاجتهاد القضائي

مجموعة الأحكام والمبادئ القانونية الصادرة
عن محكمة النقض من دوائر المواد للأحوال الشخصية

إعداد:
المكتب الفني

اش - (الطعن رقم ٥٥ لسنة ٢٠١٠ س ٤ ق.أ) جلسة ٢٠١١/٣/٣ (أحوال شخصية)

إثبات «شهادته» حضانه. شريعة إسلامية. أحوال شخصية. حكم «حجيته» «تسبيبه. تسبیب معيب». نقض أسباب الطعن بالنقض. ما يقبل منها».

■ القضاء بتعديل الحكم الصادر برؤية المحضونين برغم عدم ثبوت تغير الظروف التي بُني عليها الحكم المقضي بتعديله. عيب.

■ عدم جواز الأخذ بشهادة الصغير المحضون. لعدم الاعتداد بها شرعاً وقانوناً.

المحكمة

حيث يؤخذ من وقائع الدعوى وسائر وثائقها ومن الحكم المطعون فيه أن المطعون ضده أقام الدعوى رقم ٢٠١٠/٥٩٢ أمام محكمة أبو ظبي الابتدائية بمواجهة المطعون ضدها طلب في ختامها الحكم بإلغاء اتفاق الرؤية المعمول به وفقاً للأحكام القضائية السابقة ومحاضر التوجيه الأسري لإخلال المدعى عليها بها، وعلى سبيل الاحتياط قصر تنفيذ الرؤية المتفق عليها في الاتحاد النسائي وتحت إشرافه لمدة ساعتين من يوم الأربعاء من كل أسبوع وذلك على سند من القول أنه كان زوجاً للمدعى عليها وله منها بنتان و وطلقت منه وتنازلت عن حضانتها للبنتين للمدعي وتم الاتفاق بينهما على تمكين المدعى عليها من رؤية ابنتيهما مرة لمدة يوم وليلة أسبوعياً. وقد أخبرته البنتان بأنهما أثناء تواجدهما مع والدتهما بمسكنها كان يوجد معها بالمسكن شخص أجنبي يقيم أحياناً مع والدتهما أثناء فترة الرؤية، وأن تواجد ذلك الشخص تكرر عدة مرات أثناء الرؤية وإن هذا الفعل خلق في نفس البنتين خوفاً ورعباً ونفوراً شديداً وبذلك تكون المدعية قد أخلت بشروط الرؤية لوجود شخص أجنبي عن المحضونتين مما دعاه لإقامة الدعوى.

وبتاريخ ٢٠١٠/٩/٢٩ حكمت محكمة البداية برفض الدعوى وتحميل المدعي الرسوم والمصروفات، فاستأنف المطعون ضده هذا الحكم بالاستئناف رقم ٢٠١٠/٩٤٩ بتاريخ ٢٠١٠/١٢/٢٩ حكمت محكمة الاستئناف بإلغاء الحكم المستأنف القاضي برفض الدعوى والحكم بتعديل رؤية المستأنف ضدها مصرية الجنسية لابنتيهما ١١ سنة و ٩ سنوات مرة واحدة يوم الجمعة أسبوعياً من الساعة ١٠ صباحاً إلى الساعة السادسة مساءً وإلزام المستأنف بإحضار البنتين في اليوم والساعة المحددين في مقر الاتحاد النسائي وعدم الخروج بهما إلى أي مكان ويقع التسلم والتسليم في الدائرة المذكورة وتحمل المستأنف ضدها الرسوم والمصروفات.

فلم ترض الطاعنة بهذا الحكم فأقامت عليه طعنها المائل وقدم المطعون ضده مذكرة جوابية كما قدمت النيابة العامة مذكرة رأت فيها قبول الطعن شكلاً وفي الموضوع تفويض الرأي للمحكمة، ورأت هذه الأخيرة في غرفة

المشورة ان الطعن جدير بالنظر فحددت لنظره جلسة.

وحيث تنعى الطاعة على الحكم المطعون فيه مخالفته لأحكام الشرع والقانون والثابت في المستندات والخطأ في تطبيق القانون والفساد في الاستدلال والقصور في التسبب والإخلال بحق الدفاع وتجل ذلك في ستة أسباب خلاصتها أن الحكم المطعون فيه خالف ما اتفق عليه الطرفان أمام التوجيه الأسري وما قضى به الحكم في الدعوى التي أقامها المطعون ضده رقم ٢٠٠٩/٢١ وبنفس أسباب هذه الدعوى والمكتسب الدرجة القطعية بموجب حكم محكمة الاستئناف رقم ٢٠٠٩/٢١١ وإذ قضى الحكم المطعون فيه بغير ما قضى به الحكم رقم ٢٠٠٩/٢١١ رغم عدم تغير ظروف أي من المتداعيين وان مصلحة البنين تقتضي البقاء مع أمهما الطاعة فترة أطول لأنها هي التي تعرف احتياجاتهما والأقدر على تفهمها من غيرها فانه يكون مستوجبا للنقض.

وحيث إن هذا النعي سديد، ذلك انه وان كان من المقرر في قضاء هذه المحكمة ان الأحكام الصادرة في مثل هذه الدعاوي ذات حجية مؤقتة وتزول حجيتها إذا تغيرت المعطيات التي بنيت عليها، إلا ان ذلك مشروط بان يثبت مدعي تغير المعطيات هذا التغير بوجه قانوني.

لما كان ذلك، وكان الثابت من الأوراق ان ذات الدعوى التي فصل فيها الحكم المطعون فيه سبق ان حسمت بين نفس الطرفين من خلال الحكم الصادر في الدعوى رقم ٢٠٠٩/٢١ المعدل بالحكم الصادر في الاستئناف رقم ٢٠٠٩/٢١١ الذي خلت الأوراق مما يفيد انه طعن فيه بالنقض وبذلك حاز حجية الأمر المقضي به. وكان الحكم المطعون فيه ألغى قضاء الحكم الابتدائي برفض الدعوى لسبق الفصل معللا ذلك بان هذا النوع من الدعاوي ذو حجية مؤقتة يمكن معها نظر الدعوى من جديد إذا تغيرت الظروف التي صدر فيها الحكم الأول. وكانت أوراق الملف خلت مما يثبت تغير المعطيات التي بني عليها الحكم الاستئنافي رقم ٢٠٠٩/٢١١، ولم يرد في الأوراق سوى كلام البنين الصغيرتين اللتين لا تعتبر شهادتهما شرعا ولا قانونا مع انهما لم تذكر أكثر من عدم رغبتهما في كون الرؤية تحصل بحضور زوج أمهما الجديد.

وحيث إن الحكم الاستئنافي رقم ٢٠٠٩/٢١١ الذي لم يثبت ان الظروف التي صدر بها تغيرت يضمن حصول الرؤية في الحديقة بعيداً عن حضور زوج الطاعة الجديد مما يتعين معه عدم العدول عن قضاء هذا الحكم لأمرين:

أحدهما: عدم تغير الظروف التي صدر فيها.

والثاني: انه يلبي ما يطلبه المطعون ضده من حصول الرؤية بعيدا عن زوج الطاعة الجديد.

ولما كان الحكم المطعون فيه خالف هذا التوجه دون ان يعتمد على مبرر مقبول لذلك، فانه يكون معيبا جديرا بالنقض.

الرئيس: المستشار / محمد الأمين محمد بيب - رئيس الدائرة.

الأعضاء: المستشار / عبدالسلام الخراز المستشار / عبد الكريم فرعون

٢ ش - (الطعن رقم ٥٦٦ لسنة ٢٠١١ س ٥ ق. أ) جلسة ٢٠١١/٨/١ (أحوال شخصية)

(١) استئناف «إجراءات الاستئناف». «أسباب الاستئناف. تقديمها» «ما يقبل منها وما لا يقبل منها».

■ إيراد أسباب الاستئناف بصيغه عامة وعبارات مجمله في صحيفه الاستئناف. كاف لقبوله. عله ذلك؟

(٢) نفقة. شريعة إسلامية. أحوال شخصية. محكمة الموضوع «سلطتها» حكم «تسبيبه. تسبب غير معيب». نقض». «أسباب الطعن بالنقض. ما لا يقبل منها».

■ تحديد مقدار النفقة بما يتناسب مع حاجة المنفق عليه وحالة المنفق بمراعاة الزمان والمكان. موضوعي. متى كان سائغا. مثال.

المحكمة

حيث يؤخذ من وقائع الدعوى وسائر وثائقها ومن الحكم المطعون فيه أن المطعون ضده أقام الدعوى رقم ٢٠١١/٤٩ أمام محكمة أبو ظبي الابتدائية بمواجهة الطاعنة عرض فيها انه طلق الطاعنة وله منها من الأولاد تميمة ومثال وزين ومعاشه ١٥٠٠٠ درهم ولا يقدر على دفع النفقة المحكوم بها للطاعنة وقدرها ٧٠٠٠ درهم لكونه ينفق على زوجتين و٣ أولاد ويعطي لمطلقة أخرى نفقة قدرها ٤٥٠٠ درهم وعليه دين ٥٠٠٠ درهم شهريا وطلب الحكم بتخفيض النفقة وإلزام الطاعنة بالمصاريف.

وبتاريخ ٢٠١١/١/٢٤ حكمت محكمة البداية برفض الدعوى ويتحمل رافعها الرسوم والمصاريف. فاستأنف المطعون ضده هذا الحكم الأول تحت رقم ٢٠١١/٢٦٢ ، وبتاريخ ٢٠١١/٤/٢٦ حكمت محكمة الاستئناف بإلغاء الحكم المستأنف والقضاء مجددا بتخفيض النفقة المقضي بها بموجب الحكم الصادر من محكمة الاستئناف بأبو ظبي بتاريخ ٢٠٠٩/٣/٢٩ في الاستئنافين ١١٨+٢٠٠٩/١٥٠ لأولاد المطعون ضده الثلاثة من الطاعنة وهم تميمة ومثال وزين الى مبلغ أربعة آلاف وخمسمائة درهم بالسوية بينهم بدلا مما قضي به في هذا الشأن تسري من تاريخ المطالبة القضائية في ٢٠١١/١/١١ مع تقسيم المصروفات بين الطرفين مناصفة.

فلم ترض الطاعنة بهذا الحكم فأقامت عليه طعنها المائل وقدمت النيابة العامة مذكرة رأت فيها قبول الطعن شكلا وفي الموضوع تفويض الرأي للمحكمة، ورأت هذه الأخيرة في غرفة المشورة ان الطعن جدير بالنظر فحددت لنظره جلسة.

وحيث تنعى الطاعة على الحكم المطعون فيه الخطأ في تطبيق القانون ومخالفة الثابت في المستندات والإخلال بحق الدفاع والقصور في التسبيب وتجل ذلك في سببين:

السبب الأول: وفيه تقول الطاعة ان المحكمة المطعون في حكمها خالفت القانون عندما قبلت صحيفة الاستئناف المقدمة من المطعون ضده دون تقديم مذكرة شارحة لأسباب استئنافه وكان على المحكمة ان تقضي بعدم قبول الاستئناف شكلاً.

وحيث إن هذا النعي غير سديد، ذلك ان قضاء هذه المحكمة قد استقر على ان إيراد أسباب الاستئناف بشكل مجمل وبصيغة عامة كاف لصحة الاستئناف.

لما كان ذلك وكانت صحيفة الاستئناف قد اشتملت على أسباب الاستئناف وهي الخطأ في تطبيق القانون والقصور في التسبيب والفساد في الاستدلال فان ذلك كاف لقبول الاستئناف ما دام المستأنف قدم بعدها مذكرة شارحة لها في جلسة لاحقة ولا يلزم ان تقدم هذه المذكرة في الجلسة الأولى، طالما ان تلك الصيغة العامة الواردة في صحيفة الاستئناف لم تولد الشك في جدية الاستئناف، مما يكون معه هذا النعي غير قائم على أساس من القانون ويستوجب رفضه.

السبب الثاني: وفيه تقول الطاعة ان المحكمة أخطأت بتخفيض النفقة المقدرة للطاعة وأولادها من المطعون ضده معتمدة على أقوال مرسله منه دون إثبات في حين ذكرت الطاعة انه ميسور الحال ويملك منزلاً في سلطنة عمان وله دخل شهري لا يقل عن خمسين ألف درهم شهرياً ويمتلك حصاناً بسقف إنتاج لا يقل عن ٥٧٧٥ درهم شهرياً، مخالفة بذلك الحكم الصادر في الاستئناف رقم ١١٨/١٥٠٠/٢٠٠٩ والمؤيد من محكمة النقض بفرض نفقة للبنات قدرها ستة آلاف درهم وأجرة حضانة قدرها ألف درهم مما يوجب نقض الحكم المطعون فيه.

وحيث إن هذا النعي غير سديد، ذلك ان المطعون ضده قدم شهادة من جهة عمله مؤرخة في ٢٠١١/٤/١٢ بكون راتب معاشه ١٥٦٥٧ درهماً في الشهر متضمنة خصومات بمبلغ ١١٥٠٠ درهم وحكما صادراً عليه بنفقة لأولاده من غير الطاعة بمبلغ ٤٥٠٠ درهم شهرياً وعقد زواجه بغير مفارقتها الطاعة، وعليه يكون الحكم المطعون فيه لم يعتمد على كلام المطعون ضده المرسل وانما اعتمد على ما أثبتته بالوثائق أمام المحكمة ولذلك يكون ما ذهب إليه الحكم المطعون فيه من تخفيض للنفقة متفقاً مع ما استقر عليه قضاء هذه المحكمة عملاً بنصوص فقهاء مذهب مالك المعمول به في الدولة ونص المادة ٦٣ من قانون الأحوال الشخصية تطبيقاً سليماً، من ان لمحكمة الموضوع في نطاق تحديد ما يتناسب من النفقة مع حاجة المنفق عليه ومع القدرة المالية للمنفق انطلاقاً من الوضع الاقتصادي زماناً ومكاناً، كامل السلطة في تقديرها دون رقيب عليها في ذلك ما دام قضاؤها فيه قائماً على أسباب سائغة تكفي لحمله. قال ابن عاصم في التحفة:

وكل ما يرجع لافتراض موكل إلى اجتهاد القاضي
بحسب الأقوات والأعيان والسعر والزمان والمكان

لما كان ذلك، وكان الحكم المطعون فيه اعتبر ان المبلغ الذي قدره لنفقة بنات الطاعة تميمة ومثال وزين من المطعون ضده مناسب لحاجاتهم وحالة يسار الطاعن وأحوال أهل البلد والظرف الاقتصادي الذي تعيشه البلاد زمانا ومكانا. وكانت المحكمة المطعون في حكمها قد استعملت سلطتها في فهم الواقع وفي تقدير المبالغ انطلاقا من فهمها للواقع، فيكون الحكم المطعون فيه متفقا مع القانون ويكون هذا النعي غير قائم على أساس حريا بالرفض. ولما تقدم يتعين رفض الطعن.

الرئيس : المستشار / محمد الأمين محمد بيب – رئيس الدائرة.

الأعضاء : المستشار / عبدالسلام الخراز

المستشار / عبد الكريم فرعون

٣ ش - (الطعن رقم ٦٣ لسنة ٢٠١١ س ٥ ق.أ) جلسة ٢٠١١/٩/١٤ (أحوال شخصية)

(١) اختصاص «اختصاص مكاني» أحوال شخصية. إجراءات «إجراءات رفع دعوى الأحوال الشخصية». حكم «تسببيه. تسبیب غیر معيب». نقض «أسباب الطعن بالنقض. ما لا يقبل منها».

■ الاختصاص المكاني للمحكمة التي يقع في دائرتها موطن المدعي أو محل إقامته أو محل عمله. متى لم يكن للمدعى عليه موطن أو محل إقامه أو محل عمل في الدولة. وإلا كان الإختصاص لمحكمة العاصمة. أساس ذلك؟

(٢) حضانة. حكم «تسببيه. تسبیب غیر معيب». نقض «أسباب الطعن بالنقض. ما لا يقبل منها». قانون «تطبيقه».

■ الشروط الواجب توافرها في الحاضن رجل كان أو امرأة وترتيب الحق في الحضانة في نص المادتين ١٤٤، ١٤٦ من قانون الأحوال الشخصية. ما هيها؟

المحكمة

حيث يتلخص من وثائق الملف ومن الحكم المطعون فيه ان المطعون ضدها أقامت دعوى في مواجهة الطاعن لدى محكمة العين الابتدائية بتاريخ ٢٠١١/١/٩ تحت رقم ٢٠١١/٢٥ طلبت في ختامها إثبات حضانتها لبنتي أختها (..... ١٣ سنة، و ١٠ سنوات)، وأوضحت في دعواها ان أختها..... كانت زوجة للمدعى عليه (الطاعن) بمقتضى عقد شرعي وأنجبت منه على فراش الزوجية البنيتين المذكورتين وبتاريخ ٢٠٠٠/٦/٢١ طلقها خلعاً مقابل تنازلها عن حقوقها المالية مع بقاء حضانة البنيتين لها غير ان الأم (أختها) توفيت وبقيت البنتان بدون حاضنة ومن حقها باعتبارها أخت المتوفاة حضانة بنتي أختها.

وبتاريخ ٢٠١١/٣/٩ حكمت محكمة البداية بثبوت حضانة المدعية لبنتي أختها من المدعى عليه (..... ١٣ سنة و ١٠ سنوات وإلزام المدعى عليه بالمصروفات.

فاستأنف الحكم الطاعن بتاريخ ٢٠١١/٢/٢٤ تحت رقم ٢٠١١/١٦٢. وبتاريخ حكمت محكمة الاستئناف بتأييد الحكم المستأنف وإلزام المستأنف بالمصاريف.

ولم يرض الطاعن هذا الحكم فأقام عليه طعنه المائل بالنقض بتاريخ ٢٠١١/٥/٣. وقدمت النيابة العامة

مذكرة فوضت في ختامها الرأي للمحكمة ورأت هذه الأخيرة في غرفة المشورة ان الطعن جدير بالنظر فحددت لنظره جلسة.

وحيث ينعى الطاعن على الحكم المطعون فيه الخطأ في تطبيق القانون والفساد في الاستدلال والإخلال بحق الدفاع ويحمل ذلك في أربعة أسباب.

ينعى في السبب الأول كون محكمة العين التي بتت في الدعوى غير مختصة ولائياً باعتبار انه عماني الجنسية لا يقيم ولا يعمل بدولة الإمارات العربية المتحدة وليس له موطن ولا إقامة بها إذ مناط اختصاص محاكم الدولة بنظر الدعاوي على الأجانب ان يكون للأجنبي موطن أو محل إقامة أو عمل في الدولة حسب نص المادة الخامسة من قانون الأحوال الشخصية وبذلك فمحكمة العين لم تكن مختصة ولائياً في نظر الدعوى ، ورغم إثارته ما ذكرنا أمامها إلا انها التفتت عن ذلك فيكون حكمها خالف القانون فيتعين نقضه.

وحيث ان ما ينعاه الطاعن غير سديد ، ذلك انه وبصرف النظر عن كون الطاعن حسبما جاء في مذكرته المقدمة أمام المحكمة والتي يصرح فيها بان له موطناً معلوماً في دولة الإمارات العربية المتحدة هو مسكن شقيقته بالعين فان الفقرة الخامسة من المادة التاسعة من قانون الأحوال الشخصية صريحة في انه ((إذا لم يكن للمدعى عليه موطن أو محل إقامة أو محل عمل في الدولة ...)) يكون الاختصاص للمحكمة التي يقع في دائرتها موطن المدعي أو محل إقامته أو محل عمله وإلا كان الاختصاص لمحكمة العاصمة مما يكون معه ما أثير غير سديد حرياً بالرفض.

وحيث ينعى في الأسباب الثاني والثالث والرابع كون الحكم أخطأ لما أسند حضانة بنتيه للمطعون ضدها باعتبارها خالتها والحالة انه يأتي في المرتبة الثانية بعد الأم حسب المنصوص عليه في المادة ١٤٦ من قانون الأحوال الشخصية وما ذهب إليه الحكم المطعون فيه من تقديمها عليه لكونها أكثر حناناً وشفقة عليهما لا يمكن من أجله حرمانه من حضانة بنتيه التي أثبتت له القانون والشرع لمجرد استنتاج من المحكمة سيما وان له من يحضن البنيتين من النساء إذ له والدته وأخته وما علل به الحكم من كون والدته عاجزة لكبر سنها وان أخته تقيم في العين وهو يقيم في عُمان ، فان ذلك غير سليم إذ والدته وان كانت كبيرة السن فهي ليست عاجزة تخدم نفسها بنفسها دون مساعدة من أحد ، كما ان أخته مستعدة للإقامة معه في عمان مكان إقامته وهو أيضاً مستعد للإقامة في العين وأخته سوف تقيم معه وسوف ترعى البنيتين معه سيما وهي تسكن وحدها بمفردها ، إذ أولادها كلهم متزوجون ولا يقيمون معها فيكون الحكم خالف القانون يتعين نقضه.

وحيث إن ما ينعاه الطاعن غير سديد ، ذلك ان إذا كانت المادة ١٤٦ من قانون الأحوال الشخصية جعلت الأب (الطاعن) في المرتبة الثانية في استحقاق حضانة الولد بعد الأم فان المادة ١٤٤ من نفس القانون اشترطت فيمن يستحق الحضانة سواء من النساء أو الرجال شروطاً يجب توافرها فمن جملة الشروط إذا كان الحاضن رجلاً ان يكون عنده من يصلح للحضانة من النساء والطاعن وان ادعى ان له أمّاً وان كانت كبيرة السن إلا

انها يمكنها ان تقوم بشؤون المحصناتين ، كما ان له اختاً تسكن بمدينة العين على استعداد للقيام بذلك فانه وعلا خلاف ذلك فالثابت من وثائق الملف ومن الحكم الابتدائي المؤيد استئنافا ان الطاعن ليس له من يصلح من النساء إذ والدته لما استجوبتها المحكمة صرحت انها لا تقيم مع ولدها - الطاعن - وانما بقرية أخرى غير القرية التي يسكن فيها زيادة على انها كبيرة السن وتقول المحكمة التي استمعت لها انها لا تقدر على رعاية نفسها فأنى لها بخدمة حفيدتهما ، وبالتالي لا تتوفر فيها شروط الحضانة وان أخته نصراء لا تسكن معه حيث يسكن فهو يقيم في ولاية عبري داخل سلطنة عمان، وهي تقيم بالكوع في مدينة العين بدولة الإمارات العربية المتحدة مما يعني انه ليس لديه من يحضن حتى يكون له الحق في الحضانة وفي هذه الحالة - تقول المحكمة - تكون المستأنف ضدها (المطعون ضدها) التي هي خالة البننتين أولى بحضانتهم منه لأسباب منها:

ان البننتين استأنسا بها منذ ولادتهما وحتى الآن بحكم العلاقة التي لها مع أختها أم البننتين المتوفاة لما جلبت عليه من الحنان والعطف ببنتي أختها.

ومنها انها خالية من الأزواج وليس لها أولاد حسب الأوراق يخشى منهم على المحصناتين، بينما أخت الطاعن لها أولاد وبالتالي يخشى على البننتين منهم أثناء دخولهم على أمهم وهما معاً في حضانتها حتى ولو كانوا متزوجين.

والمحكمة بتأييد الحكم الابتدائي تكون قد طبقت القانون تطبيقاً سليماً ويكون ما أثير غير سديد حرياً بالرفض.

الرئيس : المستشار / محمد الأمين محمد بيب - رئيس الدائرة.

الأعضاء : المستشار / عبدالسلام الخراز

المستشار / عبد الكريم فرعون

٤ ش - (الطعن رقم ٩٤٠ لسنة ٢٠١١ س ٥ ق.أ) جلسة ٢٠١١/١٢ (أحوال شخصية)

(١) إستئناف «صحيفة الإستئناف. بياناتها». إجراءات «إجراءات رفع الإستئناف». طعن «أسباب الطعن بالنقض. ما لا يقبل منها». نقض «أسباب الطعن بالنقض. ما لا يقبل منها».

■ إشمال صحيفة الإستئناف على أسباب الإستئناف بصيغة عامة مجملة. كاف لصحة الإستئناف.

■ تقديم مذكرة شارحة للإستئناف بعد الجلسة الأولى. صحيح. ما دامت صحيفة الإستئناف قد أوردت شرح لأسبابها.

(٢) حضانه. قانون «تطبيقه». حكم «تسببيه. تسبیب غير معيب». نقض «أسباب الطعن بالنقض. ما لا يقبل منها».

■ القضاء بإلغاء إتفاق المطعون ضدها مع الطاعن على إسقاط حقها في حضانه إبنتها منه. صحيح. أساس ذلك؟

المحكمة

حيث يؤخذ من وقائع الدعوى وسائر وثائقها ومن الحكم المطعون فيه أن المطعون ضدها أقامت الدعوى رقم ٢٠١٠/١١٢٥ أمام محكمة أبو ظبي الابتدائية بمواجهة الطاعن عرضت فيها انها كانت زوجة للطاعن وأنجبت منه البنت مريم وعمرها خمس سنوات وتم الطلاق بينهما بموجب حكم صادر في المملكة المغربية حال تواجدهما بها والذي تضمن إثبات حضانة البنت المذكورة لها ثم تزوجت بأخر بعد عامين من الطلاق وفي غضون شهر ٢٠١٠/٤ عادت إلى دولة الإمارات العربية المتحدة لتمكين المدعى عليه من رؤية ابنتهما مريم وبعد أن غادرت دولة الإمارات بمفردها للعودة إلى بلدها المغرب نما إلى علمها ان المدعى عليه وبلاشتراك مع بعض ذويها قاموا بتهريب البنت خارج الدولة رغم انها تركتها لدى أختها، وأضافت بأنها وكلت محاميا من المغرب لمتابعة الأمر الا انها فوجئت بالمحامي الذي وكلته قد اتفق مع وكيل المدعى عليه على تنازلها عن حضانة البنت لزوجها من أجنبي وتم إثبات ذلك في الاتفاق الأسري رقم ٢٠١٠/٤٢٢ بتاريخ ٢٠١٠/٥/٢٦ دون إبلاغها بذلك أو الحصول على تنازل خطي منها، الأمر الذي دفعها إلى طلب الطلاق من زوجها الجديد وأتت إلى الدولة للمطالبة بإعادة حضانة البنت إليها لزوال سبب سقوط الحضانة مما دعاها لإقامة الدعوى.

وبتاريخ ٢٠١١/٢/٢٠ حكمت محكمة البداية برفض الدعوى وبتحميل رافعتها الرسوم والمصاريف. فاستأنفت المطعون ضدها هذا الحكم تحت رقم ٢٠١١/٢٣٣، وبتاريخ ٢٠١١/٦/٢٢ حكمت محكمة الاستئناف بإلغاء الحكم الابتدائي المستأنف رقم ٢٠١٠/١١٢٥ والقضاء مجدداً بإلغاء الاتفاق الواقع بين المستأنف ضده وبين الأستاذ / في التوجيه الأسري رقم ٢٠١٠/٤٢٢ الصادر بتاريخ ٢٠١٠/٥/٢٦ في بنوده الخمسة وبإسقاط حضانة المستأنف ضده لبنته مريم وإثبات حضانة المستأنفة لابنتها مريم أحمد عبد الله خميس علي الشامسي وإلزام المستأنف ضده بالرسوم والمصروفات.

فلم يرض الطاعن بهذا الحكم فأقام عليه طعنه المائل وقدمت المطعون ضدها مذكرة جوابية كما قدمت النيابة العامة مذكرة رأيت فيها قبول الطعن شكلاً وفي الموضوع تفويض الرأي للمحكمة، ورأت هذه الأخيرة في غرفة المشورة أن الطعن جدير بالنظر فحددت لنظره جلسة.

وحيث ينعى الطاعن على الحكم المطعون فيه الخطأ في تطبيق القانون ويجمل ذلك في سببين:

السبب الأول: وفيه يقول الطاعن أن المحكمة المطعون في حكمها خالفت القانون عندما قبلت صحيفة الاستئناف المقدمة من المطعون ضدها دون تقديم مذكرة شارحة لأسباب الاستئناف التي قدمها وكيل المطعون ضدها في الجلسة الثالثة بعد تقديم الاستئناف وكان على المحكمة أن تقضي بعدم قبول الاستئناف شكلاً.

وحيث إن هذا النعي غير سديد، ذلك أن قضاء هذه المحكمة قد استقر على أن إيراد أسباب الاستئناف بشكل مجمل وبصيغة عامة كاف لصحة الاستئناف.

لما كان ذلك وكانت صحيفة الاستئناف قد اشتملت على أسباب الاستئناف وهي الفساد في الاستدلال والخطأ في تطبيق القانون وأسهب وكيل المستأنفة في صحيفة الاستئناف في شرح هذين السببين فإن ذلك كاف لقبول الاستئناف ما دام المستأنف قدم بعدها مذكرة شارحة لها في جلسة لاحقة ولا يلزم أن تقدم هذه المذكرة في الجلسة الأولى، طالما أن صحيفة الاستئناف قد بينت وشرحت أسباب الاستئناف، مما يكون معه هذا النعي غير قائم على أساس من القانون ويستوجب رفضه.

السبب الثاني: وفيه يقول الطاعن أن المحكمة المطعون في حكمها أخطأت في تطبيق القانون عندما قضت بإلغاء الاتفاق أمام التوجيه الأسري بين الطاعن ووكيل المطعون ضدها رغم أن الأخيرة أسقطت حضانتها بنفسها وقد خلط الحكم المطعون فيه بين سقوط الحق في الحضانة وبين التنازل عن الحضانة مما يوجب نقض الحكم المطعون فيه.

وحيث إن هذا النعي غير سديد، ذلك أن قضاء هذه المحكمة قد استقر عملاً بالمادة ٢/١١٠ من قانون الأحوال الشخصية على أنه لا يلزم الحاضنة تنازلها عن حضانة من لها الحق في حضانته من المحضونين سواء كان ذلك التنازل حصل في نطاق الخلع أو كان حصل خارج ذلك اعتماداً على رأي من قال من الفقهاء أن

الحق في الحضانة لغير الحاضن ، الأمر الذي يترتب عليه ان الحاضن يكون تنازل عن حق لا يملكه فلا يكون لتنازله أثر ملزم.

لما كان ذلك ، وكان الثابت من الأوراق ان طرفي الدعوى ابرما هذا الاتفاق أمام التوجيه الأسري بتاريخ ٢٦/٥/٢٠١٠ أي في ظل سريان قانون الأحوال الشخصية الحالي ، فان ما يتعلق من هذا الاتفاق بسقوط حق المطعون ضدها كأم في حضانة بنتها من الطاعن لصالحه يكون غير صحيح وغير ملزم لها ، ولذلك فلا يترتب عليه اثر انتقال حضانة البنت إلى الطاعن عملاً بالمادة ٢/١١٠ من قانون الأحوال الشخصية السالف ذكرها . ولما كان الحكم المطعون فيه سار في هذا الاتجاه وأعاد الحضانة إلى الأم المطعون ضدها فانه يكون مصيبا فيما ذهب إليه وعليه يكون النعي غير قائم على أساس من القانون حريا بالرفض . ولما تقدم يتعين رفض الطعن .

الرئيس : المستشار / محمد الأمين محمد بيب - رئيس الدائرة.

الأعضاء : المستشار / عبد السلام الخراز

المستشار / عبد الكريم فرعون.

٥ ش - (الطعن رقم ٤٤ لسنة ٢٠١٠ س ٤ ق. أ) جلسة ٢٠١١/٢/٢٣ (أحوال شخصية)

١ (إعلان. إجراءات «إجراءات الإعلان». حكم «تسببيه. تسبیب غیر معيب». نقض «أسباب الطعن بالنقض. ما لا يقبل منها».

- إعلان الطاعن الذي يعمل بالقوات المسلحة عن طريق مديره القضاء العسكري. كاف لانعقاد الخصومة.
- إنكار التوقيع على المحررات الرسمية لا يكون إلا بالطعن عليها بالتزوير.
- بقاء المحرر قائماً منتجاً لأثاره ما لم يطعن عليه بالتزوير. مثال.

٢ (نفقة. حكم «حجيته». قوة الأمر المقضي به. إثبات «قوة الأمر المقضي به» أحوال شخصية. شريعته إسلامية. محكمة الموضوع «سلطتها» إثبات «بوجه عام» مذاهب فقهيه.

■ الأحكام الصادره بالنفقة. حجيتها مؤقتة.

■ جواز معاوده سماع الزيادة فيها بعد مضي سنة من تاريخ فرضها. المادة ٦٤ من قانون الأحوال الشخصية.

■ سلطة محكمة الموضوع في تقدير النفقة الواجبة بمقدار حاجة المنفق عليه وقدرة المنفق بمراعاة الزمان والمكان. متى كان سائغاً. أساس ذلك؟

المحكمة

حيث يؤخذ من واقعات الدعوى وسائر وثائقها ومن الحكم المطعون فيه أن المطعون ضدها أقامت الدعوى رقم ٢٠١٠/١٠/٢٠ أمام محكمة أبوظبي الابتدائية بمواجهة الطاعن تطلب في ختامها الزيادة في نفقة الأولاد المفروضة سابقا وقدرها ١٥٠٠٠ درهم شاملة الطعام وأجرة الخادمة ومصاريف التعليم واثبات حضانتها وأجرة حضانة، وذلك على سند من القول انها كانت زوجة للطاعن ورزقت منه إنشاء قيام الزوجية الأولاد المولودة بتاريخ ١٩٩٣/٧/٢٥ و المولودة بتاريخ ١٩٩٥/٨/١٣ و المولود بتاريخ ١٩٩٧/٧/٢٣ و المولودة بتاريخ ١٩٩٩/٨/٢٨ وعائشة المولودة بتاريخ ٢٠٠١/١٢/١٠ وإنهم في حضانتها وان المدعى عليه زاد يساره وأصبح راتبه ٢٠٠, ٨٠ درهم شهريا كما زاد سن الأولاد وكثرت احتياجاتهم وامتنع عن أداء أجرة الحضانة مما دعاها لإقامة الدعوى.

وبتاريخ ٢٠١٠/١٠/٢٠ حكمت محكمة البداية بإلزام المدعى عليه بالزيادة في نفقة الأولاد المحضونين بجعلها أصلا وزيادة مبلغ عشرين ألف درهم شهريا لهم جميعا بالسوية بينهم شاملة الطعام وأجرة الخادمة

ومصاريف التعليم وباقي المصاريف الواردة في الحكم السابق سارية من تاريخ ٢٩/٨/٢٠١٠ وبإلزامه بأدائه للمدعية أجرة حضانة الأولاد مبلغ ألف درهم شهريا سارية من ٢٩/٨/٢٠١٠ واثبات حضانة المدعية للأولاد المحضونين أعلاه وتحميل المدعى عليه المصاريف الواقعة على الدعوى. فاستأنف الطاعن هذا الحكم تحت رقم ٩٩٣/٢٠١٠ كما استأنفته المطعون ضدها تحت رقم ١٠١٤/٢٠١٠، وبتاريخ ١٥/١٢/٢٠١٠ حكمت محكمة الاستئناف بعد ضم الاستئنافين بقبولهما شكلا وفي الموضوع بإلغاء الحكم المستأنف فيما يخص أجرة الحضانة وبرفض الدعوى بها وتأييده فيما عدا ذلك وتحميل كل طرف رسوم ومصاريف استئنافه.

لم يرض الطاعن بهذا الحكم فأقام عليه طعنه المائل وقدمت المطعون ضدها مذكرة جوابية وفوضت النيابة الرأي للمحكمة، ورأت هذه الأخيرة في غرفة المشورة ان الطعن جدير بالنظر فحددت لنظره جلسة.

وحيث ينعى الطاعن على الحكم المطعون فيه الخطأ في تطبيق القانون وعيب إجراءات الخصومة وسبق الفصل في موضوع الدعوى ويحمل ذلك في سببين:

السبب الأول: وفيه يقول الطاعن انه لم يعلن بصحيفة افتتاح الدعوى أصوليا مما يترتب عليه عدم انعقاد الخصومة أمام محكمة البداية وبطلان الحكم الصادر عنها لانه لم يتبلغ الإعلان بواسطة القوات المسلحة.

وحيث إن هذا النعي غير سديد، ذلك ان البين من أوراق الملف ان الطاعن يعمل طبيبا في القوات المسلحة الإماراتية، وقد نصت المادة ٩/٤ من قانون الإجراءات المدنية على ما يلي: « فيما عدا ما نص عليه في قوانين خاصة تسلم صورة الإعلان على الوجه الآتي: ٩-٤ ما يتعلق بأفراد القوات المسلحة او الشرطة أو من في حكمهم تسلم إلى الإدارة المختصة لتبليغها إليهم. » وحيث لم ينص قانون الأحوال الشخصية على طريقة محددة لتسليم صورة الإعلان لأفراد القوات المسلحة فيكون الإعلان المبلغ للطاعن بواسطة مديرية القضاء العسكري التي أفادت بخطابها رقم ق ٤/ق/٨/١/١٦/٢٠٠٩/٨٥٨٥ بتاريخ ٢٦/٩/٢٠١٠ ان الطاعن قد وقع على نسخة الإعلان المرفق بالخطاب المذكور يفيد إعلانه بجلسته ٤/١٠/٢٠١٠، أما ادعاء الطاعن بأنه لم يوقع على الإعلان المرفقة صورته مع خطاب مدير القضاء العسكري المشار إليه فلا يؤخذ به لان الخطاب المذكور هو محرر رسمي ولا يطعن فيه إلا بالتزوير.

وحيث لم يسلك الطاعن الطرق التي حددها القانون للطعن فيه فانه يبقى صحيحا مما يكون معه إعلان الطاعن بهذه الطريقة متفقا مع الإجراءات التي رسمها القانون ويكون معه هذا النعي غير قائم على أساس حريا بالرفض.

السبب الثاني: وفيه يقول الطاعن انه كان على المحكمة المطعون في حكمها ان تقضي بعدم جواز نظر الدعوى المائلة لسبق الفصل فيها بين ذات الخصوم وبنفس الموضوع حيث سبق الفصل في الدعوى رقم ٣٩٥/٢٠١٠ وتأيد استئنافا بالرقم ٦٧٥/٢٠١٠ كما ان تقدير المحكمة للنفقة كان مجحفا للطاعن مما يكون معه الحكم المطعون فيه مستوجبا للنقض.

وحيث إن هذا النعي غير سديد ذلك انه من المقرر في قضاء هذه المحكمة ان الأحكام الصادرة بفرض النفقة ذات حجية مؤقتة وتزول حجيتها إذا تغيرت المعطيات التي بنيت عليها، كما ان المادة ٦٤ من قانون الأحوال الشخصية تجيز سماع الزيادة في النفقة إذا مضت سنة على فرضها.

لما كان ذلك، وكانت نفقة المحضونين السابقة قد فرضت على الطاعن بموجب الحكم رقم ٢٠٠٩/٢٢ من محكمة أبو ظبي الابتدائية بتاريخ ٢٠٠٩/٤/٢٢ على ان تسري من تاريخ ٢٠٠٩/٤/١ بناء على إقرار الطاعن لمبلغ النفقة، وليس بموجب الحكم ٢٠١٠/٣٩٥ من محكمة أبو ظبي الابتدائية (كما يقول الطاعن) الذي رفض الزيادة في النفقة، وكان الأولاد قد كبروا وزادت احتياجاتهم، فيكون ما ذهب إليه الحكم المطعون فيه من زيادة لنفقة المحضونين قائماً على أساس صحيح من القانون مما لا يجوز معه الاحتجاج بسبقية الفصل في الدعوى وبالتالي يجعل من هذا النعي حرياً بالرفض.

وعن الشق الثاني من هذا النعي المتعلق بالمبالغة في فرض النفقة فانه غير سديد، ذلك أن من المقرر في قضاء هذه المحكمة عملاً بنصوص فقهاء مذهب مالك المعمول به في الدولة ونص المادة ٦٣ من قانون الأحوال الشخصية، ان لمحكمة الموضوع في نطاق تحديد ما يتناسب من النفقة مع حاجة المنفق عليه ومع القدرة المالية له انطلاقاً من الوضع الاقتصادي زماناً ومكاناً، كامل السلطة في تقديرها دون رقيب عليها متى كان قضاؤها فيه قائماً على أسباب سائغة تكفي لحمله.

قال ابن عاصم في التحفة:

وكل ما يرجع لافتراض موكل إلى اجتهاد القاضي
بحسب الأقوات والأعيان والسعر والزمان والمكان

لما كان ذلك، وكان الحكم المطعون فيه اعتبر ان المبلغ الذي قدره لنفقة أولاد الطاعن المحضونين مناسب لحاجاتهم وحالة يسار الطاعن الذي يعمل طبيباً في القوات المسلحة ويتقاضى راتباً شهرياً مقداره ٨٠,٠٠٠ درهم وأحوال أهل البلد والظرف الاقتصادي الذي تعيشه البلاد زماناً ومكاناً.

لما كان ذلك، وكانت المحكمة المطعون في حكمها قد استعملت سلطتها في فهم الواقع وفي تقدير المبلغ انطلاقاً من فهمها للواقع، فيكون حكمها المطعون فيه متفقاً مع القانون ويكون هذا النعي غير قائم على أساس حرياً بالرفض.

الرئيس : المستشار / محمد الأمين محمد بيب - رئيس الدائرة.

الأعضاء : المستشار / بادي محمد الجرام

المستشار / عبد الكريم فرعون

٦ ش - (الطعن رقم ٢٥ لسنة ٢٠١٠ س ٤ ق أ) جلسة ٢٣/١١/٢٠ (أحوال شخصية)

١ (أحوال شخصية. شريعته إسلامية. عقد « عقد الزواج ». حكم «تسبيبه. تسبيب غير معيب» نقض « أسباب الطعن بالنقض. ما لا يقبل منها». مذاهب فقهيه.

■ تعلق الشرط الوارد في عقد الزواج بأمر يوجب عقد النكاح ويقتضيه. مؤاده: أن وجود الشرط وعدمه سواء ولا يلتفت إليه. مثال بشأن شرط يلزم الزوج بتوفير مسكن للزوجة حرر بقيمة شيك.

■ رفض إلزام الزوج بقيمة الشيك بعد إنقضاء العلاقة الزوجية بالطلاق. صحح.

٢ (محكمة الموضوع « سلتها ». محكمة الاستئناف « نظرها الدعوى والحكم فيها ». إثبات « بوجه عام ». نقض « أسباب الطعن بالنقض. ما لا يقبل منها ». حكم « تسبيبه . تسبيب غير معيب ». أحوال شخصية. شريعته إسلامية.

■ تحصيل فهم الواقع في الدعوى وتقدير أدلتها. موضوعي. ما دام سائغاً. مثال في إستخلاص سائغ في أن الشيك موضوع المنازعة التزم تابع للالتزام الأصلي بتوفر مسكن للزوجة.

المحكمة

حيث يؤخذ من وقائع الدعوى وسائر وثائقها ومن الحكم المطعون فيه أن الطاعنة نادية محمد السبتي كانت قد تقدمت بعريضة إلى قاضي الأمور المستعجلة لإصدار أمر أداء بإلزام المطعون ضده بأن يؤدي لها مبلغ أربعة ملايين درهم والفائدة القانونية بواقع ١٢٪ من تاريخ ٢٠٠٩/٥/٣٠ وحتى السداد التام، وذلك على سند من القول ان المطعون ضده أعطاها شيكا بذلك المبلغ مسحوبا على مصرف أبوظبي الإسلامي، إلا أن البنك رفض صرفه لاقتراحه بشرط « ضمان لشراء بيت لها ويسجل باسمها وفي حال عدم الشراء يصرف الشيك » واستطردت أنها كانت زوجة للمطعون ضده وطلقت منه ولم يشتري لها المسكن ولم يسدد لها قيمة الشيك. رفض قاضي الأمور المستعجلة إصدار أمر الأداء وحدد جلسة لنظر الدعوى، التي قيدت برقم ٧٠٦ لسنة ٢٠٠٩ تجاري كلي أبو ظبي، ومحكمة أول درجة حكمت بعدم اختصاصها نوعيا بنظر الدعوى وبإحالتها إلى محكمة أبو ظبي للأحوال الشخصية للاختصاص. استأنفت الطاعنة هذا الحكم بالاستئناف رقم ٥٩١ لسنة ٢٠٠٩ استئناف أبو ظبي، وبتاريخ ٢٠٠٩/١١/١٨ قضت المحكمة بإلغاء الحكم المستأنف وباختصاص محكمة أبو ظبي الابتدائية - الدائرة التجارية بنظر الدعوى، وبإعادة الدعوى إليها للفصل في موضوعها. فطعن المطعون ضده في هذا الحكم بطريق النقض. وبتاريخ ٢٠١٠/٢/٢٥ قضت محكمة النقض بموجب

حكمها رقم ٢٠٠٩/١٤٨٥ « بنقض الحكم المطعون فيه، وألزمت المطعون ضدها الرسم والمصاريف ومبلغ ألف درهم مقابل أتعاب المحاماة للطاعن ضده وأمرت برد التأمين إليه، وحكمت في موضوع الاستئناف بتأييد الحكم المستأنف وألزمت المستأنفة رسم ومصاريف الاستئناف ومبلغ ثلاثمائة درهم مقابل أتعاب المحاماة. » فالتمست الطاعنة إعادة النظر في حكم محكمة النقض رقم ٢٠٠٩/١٤٨٥ بموجب التماس إعادة النظر المقدم منها تحت رقم ٢٠١٠/٤ وبتاريخ ٢٠١٠/٥/٢٧ حكمت محكمة النقض - الدائرة التجارية بعدم جواز التماس إعادة النظر وألزمت الملتزمة إعادة النظر الرسم والمصاريف ومبلغ ألف درهم مقابل أتعاب المحاماة للملتمس ضده وأمرت بمصادرة التأمين. أحيلت الدعوى إلى محكمة أبو ظبي الابتدائية - دائرة الأحوال الشخصية وسجلت تحت الرقم ٢٠١٠/٩١٩ وبتاريخ ٢٠١٠/٩/٢٢ قضت المحكمة بإلزام المطعون ضده بأدائه للطاعنة قيمة الشيك رقم ٤١٠٤٤٧ بمبلغ أربعة ملايين درهم فقط الصادر عن مصرف أبو ظبي الإسلامي والمؤرخ في ٢٠٠٩/٥/٣٠ وبرفض باقي الطلبات وتحميل المطعون ضده الرسوم والمصروفات الواقعة على الدعوى. فاستأنف المطعون ضده هذا الحكم تحت رقم ٢٠١٠/٩٢٠، وبتاريخ ٢٠١٠/١٢/١٢ حكمت محكمة الاستئناف بإلغاء الحكم المستأنف والقضاء برفض الدعوى وألزمت المستأنف ضدها بالمصروفات عن درجتي التقاضي.

فلم ترض الطاعنة بهذا الحكم فأقامت عليه طعنًا المائل وقدم المطعون ضده مذكرة جوابية كما قدمت النيابة العامة مذكرة رأت فيها قبول الطعن شكلاً وفي الموضوع تفويض الرأي للمحكمة، ورأت هذه الأخيرة في غرفة المشورة أن الطعن جدير بالنظر فحددت لنظره جلسة.

وحيث تنعى الطاعنة على الحكم المطعون فيه مخالفة القانون وتفسيره وعدم إلمامه بوقائع الدعوى ومخالفة الثابت في الأوراق والقصور في التسبيب وتجمال ذلك في أربعة أسباب:

الأسباب الأول والثالث والرابع: وفيها تقول الطاعنة أن الحكم المطعون فيه إذ تجاهل أن هناك فرقا واضحا بين الشرط الوارد في الشيك والشرط الوارد في عقد الزواج، إذ أن الشرط الوارد في الشيك لم يتضمن شراء بيت للزوجة وإنما تضمن شراء بيت لزوجته نادية يسجل باسمها وهذا الشرط غير مقرون باستمرار الحياة الزوجية من عدمها بينما الشرط الوارد في عقد الزواج يتضمن شراء فيلا سكنية في أبو ظبي تستعملها الزوجة كسكن للزوجية، كما اخطأ الحكم المطعون فيه عندما اعتبر أن التزام الطاعن بأدائه للطاعنة مبلغ أربعة ملايين درهم بموجب الشيك موضوع الدعوى هو التزام تبقي للالتزام الأصلي وهو شراء بيت يسجل باسم الطاعنة إذ أن ذلك يعتبر شرطا جزائيا يستحق للطاعنة في حال إخلال المطعون ضده بالالتزام بشراء بيت يسجل باسم الطاعنة دون قيد أو شرط، ولما لم يثبت للمحكمة تنفيذ المطعون ضده لهذا الالتزام، فيتوجب إلزامه بتنفيذ الشرط الوارد في الشيك عقوبة له وجزاء لعدم شرائه البيت ولما لم تحكم المحكمة المطعون في حكمها بهذا الشرط الجزائي على من اخل بالالتزامه فإن الحكم المطعون فيه يكون حريا بالنقض.

وحيث إن هذا النعي غير سديد، ذلك انه من الرجوع الى المذكرة الجوابية المقدمة من الطاعنة لمحكمة أبو ظبي الابتدائية / الدائرة التجارية الكلية والمؤرخة في ٢٠٠٩/٨/١٩ والتي تقول فيها « اشترطت المدعية في عقد زواجها شراء بيت لها ويسجل باسمها واصدر المدعى عليه للمدعية شيكا مسحوبا على مصرف أبو ظبي الإسلامي بمبلغ أربعة ملايين درهم ومستحق الدفع بتاريخ ٢٠٠٩/٥/٣٠ ومقترن هذا الشيك بشرط وهو ضمان لشراء بيت لزوجتي نادية ويسجل باسمها وفي حالة عدم شراء البيت يصرف الشيك والبيت في أبو ظبي». وتضيف في البند الثاني من نفس المذكرة : « قام المدعى عليه بطلاق المدعية بتاريخ ٢٠٠٩/٤/٢٦ بإرادته المنفردة تهربا من التزاماته قبل المدعية وطلقها بدون سبب وتعسفا منه وأصبح الطلاق بائنا بتاريخ ٢٠٠٩/٧/١٦». والمفهوم من كلام الطاعنة المذكور ان ما ورد في الشيك الذي تطالب به الطاعنة من بيانات تظهر ان الشيك المذكور هو « ضمان لشراء بيت لزوجتي نادية (الطاعنة) ويسجل باسمها وفي حال عدم شراء البيت يصرف الشيك والبيت في أبو ظبي» ما هو إلا تكملة للشرط الوارد في عقد الزواج من اشتراط الزوجة (الطاعنة) على زوجها ان يشتري لها فيلا سكنية في أبو ظبي تستعملها كسكن للزوجية، وان البين من ما ورد في المذكرة المشار إليها أعلاه ان هذا الشيك أعطي أثناء قيام الزوجية ولم يعط في تاريخ الاستحقاق المثبت على الشيك وهذا ما يؤكد انه تكملة للشرط الوارد في عقد الزواج وليس منفصلا عنه كما تدعي الطاعنة.

لما كان ذلك، وكان المشرع قد ألزم الزوج بتوفير مسكن للزوجية وفقا لنص المادة ٧٤ من قانون الأحوال الشخصية ووجب على الزوج في حالة قيام الزوجية ان يستمر بتوفير مسكن الزوجية فان شرط توفير هذا المسكن يكون مرتبطا ارتباطا وثيقا باستمرار قيام الزوجية وينتهي التزام الزوج بتوفير مسكن الزوجية بانتهاء الرابطة الزوجية بالشكل الذي رسمه القانون. يضاف إلى ذلك ان فقهاء المذهب المالكي الذي أعطاه قانون الأحوال الشخصية الأولوية بالنسبة لما لم ينص عليه هذا القانون نصوا على ان الشرط في عقد النكاح إذا تعلق بأمر يوجب عقد النكاح ويقتضيه يكون وجود ذلك الشرط وعدمه سواء ولا يلتفت إليه وهذا منطبق على ما ورد في عقد النكاح في هذه القضية من التزام الزوج بان يوفر لزوجته مسكنا تسكن فيه أثناء قيام الزوجية، إذ من المعلوم ان عقد النكاح يوجب على الزوج ان يسكن زوجته في مسكن زوجية مناسب ما دامت العلاقة الزوجية قائمة، وعليه فما دام الشيك المتنازع فيه جاء ضمنا لمسكن الزوجية الذي يعتبر اشتراطه وعدم اشتراطه سواء، فان إلزام الزوج بقيمة الشيك بعد انقضاء العلاقة الزوجية يكون والحالة هذه في غير محله، ولما كان الشرط المذكور يتضمن ان يقوم المطعون ضده بشراء فيلا سكنية تستعملها الطاعنة كمسكن للزوجية، وكانت الزوجية بين الطاعنة والمطعون ضده قد انتهت بالطلاق الذي أصبح بائنا كما هو ثابت من وثيقة الطلاق المرفقة ضمن أوراق ملف الدعوى وان المطعون ضده لم يرجعها إلى عصمته، فيكون ما ذهب إليه الحكم المطعون فيه من « ان الالتزام الوارد في الشيك موضوع المطالبة انما هو التزام تابع للالتزام الأصلي الوارد في عقد الزواج بشراء فيلا سكنية للطاعنة لاستعمالها كمسكن للزوجية وكان هذا الالتزام الأخير لم يعرض على المحكمة من طرف الطاعنة للبت فيه إيجابا أو سلبا ولم تتمسك به في دعواها المنحصرة فقط في

المطالبة بدفع قيمة الشيك فان دعواها تكون بذلك قد أقيمت على أساس غير صحيح» مما يكون معه هذا النعي غير قائم على أساس من القانون حريا بالرفض.

السبب الثاني: وفيه تقول الطاعنة ان الحكم المطعون فيه أخطأ حينما ألغى حكم محكمة أول درجة بدعوى استعمال المحكمة المطعون في حكمها لسلطتها التقديرية في فهم الوقائع وطرح الأدلة على بساط البحث وترجيح الراجح منها، إذ الثابت ان المطعون ضده قد حرر الشيك موضوع الدعوى طواعية وبكامل إرادته الحرة وأنشأ على نفسه الالتزام بدفع قيمة الشيك وليس في ذلك مخالفة للشرع أو القانون مما يجعل استعمال المحكمة المطعون في حكمها لسلطتها التقديرية لم يكن مستندا إلى ما هو ثابت في الأوراق ومخالفا لمبادئ الشرع والقانون والآداب العامة مما يستوجب نقض حكمها المطعون فيه.

وحيث إن هذا النعي غير سديد، ذلك ان محكمة الاستئناف هي محكمة موضوع وتسري على الاستئناف القواعد والإجراءات التي تسري على الدعوى أمام المحكمة الابتدائية ما لم ينص القانون على غير ذلك (المادة ١٦٨ من قانون الإجراءات المدنية)، وعليه فان لمحكمة الاستئناف بصفتها محكمة موضوع أن تستقل بسلطة فهم وتحصيل الواقع في الدعوى طالما كان استخلاصها سائغا وهي صاحبة السلطة في استخلاص ما تراه متفقاً مع واقع الدعوى، متى كان استخلاصها سائغا وإن المجادلة في ذلك هي مجادلة موضوعية تنحسر عنها رقابة محكمة النقض متى أقام الحكم قضاءه على أسباب سائغة؛ وإذ استخلصت المحكمة المطعون في حكمها في حدود سلطتها الموضوعية ان ما يستخلص من أوراق الدعوى ان الشيك المطالب بقيمته انما هو التزام تابع للالتزام الأصلي الذي تضمنه عقد الزواج من التزام المطعون ضده بشراء فيلا سكنية للطاعنة كمسكن للزوجية، وكان هذا الذي خلصت إليه محكمة الموضوع سائغا ولا مخالفة فيه للقانون وله أصله الثابت في الأوراق وكافياً لحمل قضائها في هذا الخصوص ويتضمن الرد المسقط لكل حجج الطاعنة وأوجه دفاعها، فإن هذا النعي يكون غير قائم على أساس من القانون ويتعين رفضه.

الرئيس : المستشار / محمد الأمين محمد بيب - رئيس الدائرة.

الأعضاء : المستشار / بادي محمد الجرام

المستشار / عبد الكريم فرعون

٧ ش - (الطعن رقم ٢٨ لسنة ٢٠١٠ س ٤ ق . أ إلتماس إعادة النظر) جلسة ٢٠١١/١/١٩ (أحوال شخصية)

التماس إعادة النظر . غش . نقض « أسباب الطعن بالنقض . ما يقبل منها » « ما يجوز وما لا يجوز
الطعن فيه بالإلتماس أمام النقض » . طعن « ما يجوز وما لا يجوز فيه الإلتماس أمام النقض » .

■ إخفاء الملتمس ضدها دليل تخصيص جهة عملها مسكناً لها مما ترتب عليه فرض نفقة مسكن لحضانة
أولاده منها . غش يجوز الطعن بسببه بالتماس إعادته النظر في الحكم . أساس ذلك؟

المحكمة

حيث يؤخذ من أوراق الدعوى ومن الحكم المطعون فيه ان الملتمس ضدها أقامت دعوى ضد
الملتمس لدى محكمة أبو ظبي الابتدائية بتاريخ ٢٠١٠/٥/١٩ تحت رقم ٢٠١٠/٥٥٠ . طلبت في
ختامها الحكم بتطبيقها للضرر وسوء العشرة والإهمال وعدم الإنفاق وإلزامه بنفقتها ونفقة أولادها منه الثلاثة
..... البالغة من العمر ٢٥ سنة و..... البالغة من العمر ٢٣ سنة و..... البالغ من العمر ١٨ سنة
ويكون سريان النفقة من تاريخ امتناعه في ٢٠٠٦/١/١ وتوفير مسكن لحضانة الأولاد وتثبيت حضانتها لهم
بعد الطلاق ونفقة العدة ومؤخر الصداق وأجرة الحضانة بعد الطلاق ومبلغ ٧٠,٠٠٠ درهم قيمة الذهب الذي
باعته للإنفاق وقت امتناعه عن النفقة وإلزامه بمصروفات الدعوى، وتقدم المدعى عليه بدعوى متقابلة تحت رقم
٢٠٠٩/٨٣٨ طلب في ختامها الحكم على المدعية الدخول في طاعته وحسن المعاشرة وفي حالة ما إذا قبلت
المحكمة دعواها فإنه يطلب إسقاط حضانتها للأولاد لبلوغهم سن انتهاء حضانة النساء .

وبتاريخ ٢٠١٠/٤/١٥ حكمت محكمة البداية:

أولاً: في الدعوى رقم ٢٠٠٩/٥٥٠:

١ . بتطبيق المدعية على زوجها المدعى عليه طلاقاً أولى بائمة بينونة صغرى لا تحل له بعدها إلا بعقد وصداق
جديدين وفق الشروط المقررة شرعاً .

٢ . لزوم العدة التي تحصيلها المدعية - حسب حالتها - ابتداء من تاريخ صيرورة هذا الحكم باتاً .

٣ . إلزام المدعى عليه بأدائه للمدعية ما يلي:

أ- مبلغ ثمانية آلاف (٨٠٠٠) درهم شهرياً نفقة الأولاد الثلاثة: مريم، ومنار، وجاد سوية بينهم شاملة الطعام والملبس، وذلك من تاريخ المطالبة القضائية في ١٩/٥/٢٠٠٩ إلى حين سقوط الفرض شرعاً.

ب- توفير مسكن شرعي مناسب ومؤث للضمانة في مدينة أبو ظبي، وفي انتظار توفيره يدفع للمدعية بدل سكن مبلغاً شهرياً قدره خمسة عشر ألف ١٥٠٠٠ درهم بداية من تاريخ هذا الحكم.

٤. تثبيت حضانة المدعية لأولادها الثلاثة المذكورين.

٥. رفض ما عدا ذلك من الطلبات.

٦. إلزام المدعى عليه بمصروفات الدعوى ومبلغ ١٠٠ درهم مقابل أتعاب المحاماة.

ثانياً: في الدعوى المتقابلة المضمومة رقم ٢٠٠٩/٨٣٨:

١. بإلزام المدعى عليها برد معجل الصداق للمدعى وقدره عشرة آلاف (١٠٠٠٠) ليرة لبنانية أو ما يعادلها بالدرهم الإماراتي.

٢. رفض ما عدا ذلك من الطلبات. وتحميل رافع هذه الدعوى مصاريفها. استأنف الحكم المدعى عليه في الدعوى الأصلية بتاريخ ١١/٥/٢٠١٠ تحت رقم ٢٠١٠/٦٦.

وبتاريخ ٧/٧/٢٠١٠ حكمت محكمة الاستئناف: ١- بإلغاء الحكم المستأنف فيما قضى به بشأن تثبيت حضانة المستأنف ضدها للولدين مريم وجاد، والحكم بإسقاط حضانتها لهما.

٢. بتعديل الحكم المستأنف فيما قضى به من نفقة لأولاد المستأنف ضدها - مريم، ومنار، وجاد - والحكم بإلزام المستأنف بأن يؤدي للمستأنف ضدها مبلغ (٥٣٣٣) درهم شهرياً نفقة ولديها منه - و - للطعام والكسوة بالسوية بينهما تسري شهرياً من تاريخ المطالبة القضائية ١٩/٥/٢٠١٠ إلى حين سقوط الفرض شرعاً.

٣. بتعديل الحكم المستأنف فيما قضى به شأن مسكن الحضانة إلى الحكم بإلزام المستأنف بأن يؤدي للمستأنف ضدها أجرة مسكن حضانة مبلغ عشرة آلاف درهم شهرياً لحين توفيره مسكناً للحضانة لا يقل عن غرفتين وصالة ومنافعهما بمدينة أبو ظبي - جزيرة أبو ظبي - مؤثلاً ومناسباً. وفيما عدا ذلك بتأييد الحكم المستأنف، وإلزام المستأنف بالمناسب من المصاريف. لم يرض الملتمس بهذا الحكم فطعن عليه عن طريق النقض وبتاريخ ٢٠/١٠/٢٠١٠ حكمت محكمة النقض بحكمها رقم ٢٠١٠/٨٥٤ بنقض الحكم المطعون فيه جزئياً في خصوص ما قضى به من إلزام الطاعن بأداء نفقة البنت منار التي قدرها مبلغ ٢٦٦٦ درهم، والحكم من جديد برفض الطلب بشأنها. وبرفض الطعن فيما عدا ذلك وإلزام الطاعن بثلاثة أرباع كل من الرسوم والمصاريف والتأمين وإعادة الربع إليه.

لم يرض الملتمس بهذا الحكم فالتمس إعادة النظر فيه بموجب الطعن المائل فيما يخص إلزام الطاعن بمسكن الحضانة وقبل ان يؤجره إلزامه بدفع بدل أجرة المسكن للملتمس ضدها والنفقة المتراكمة للابن جاد. وقدمت الملتمس ضدها مذكرة جوابية انتهت فيها إلى طلب عدم قبول طلب الالتماس، كما قدمت النيابة مذكرة فوضت الرأي فيها للمحكمة، ورأت هذه الأخيرة نظر الالتماس في غرفة المشورة.

وحيث إن الملتمس إعادة النظر بني التماسه إعادة النظر في الحكم الملتمس إعادة النظر فيه على الغش الذي قامت به الملتمس إعادة النظر ضدها للمحكمة وذلك أنها أخفت عن المحكمة كون جهة عملها خصصت لها مسكنا تسكنه وهذا الغش أثر في الحكم الملتمس إعادة النظر فيه والذي قضي لها بمسكن الحضانة ومبلغ عشرة آلاف درهم يعطى لها قبل ان يوفر لها مسكن الحضانة، وقال الملتمس انه قدم مع التماسه إعادة النظر مستندا يثبت ان جهة عمل الملتمس إعادة النظر ضدها خصصت لها مسكنا كما انها أخفت عن المحكمة أيضا كون الملتمس إعادة النظر يدفع بانتظام لولده جاد عن طريق البنك مبالغ كافية لنفقاته وطلب القضاء بسقوط إلزامه بتوفير مسكن الحضانة للملتمس إعادة النظر ضدها ودفع نفقة ولده جاد لها.

وحيث إن هذا النعي سديد، ذلك ان المادة ١٦٩ من قانون الإجراءات المدنية نصت على جواز التماس إعادة النظر في الحكم النهائي الصادر في أصل النزاع إذا وقع من الخصم غش كان من شأنه التأثير في الحكم.

لما كان ذلك وكان الملتمس لإعادة النظر أرفق مع التماسه إعادة النظر مستندا يثبت ان جهة عمل الملتمس إعادة النظر ضدها خصصت لها مسكنا هو الشقة رقم ٥١٤ في مبنى شركة الإمارات الخضراء العقارية (المبنى سي ٦٦) الواقعة في معسكر آل نهيان اعتبارا من ٢٠١٠/٦/١، الأمر الذي يترتب عليه كونها لا تستحق مسكن حضانة عملا بالفقرة الثانية من المادة ١٤٨ من قانون الأحوال الشخصية، كما انه أرفق مستندا صادرا عن بنك أبو ظبي الوطني يثبت انه كان يرسل بانتظام إلى ولده جاد مبالغ معتبرة. وكانت هذه المستندات قد غابت عن نظر المحكمة عند صدور الحكم الذي التمس إعادة النظر فيه وأثر ذلك على قضاء هذا الحكم الذي ألزم الملتمس لإعادة النظر بتوفير مسكن حضانة للملتمس إعادة النظر ضدها وألزمه بأن يدفع لها نفقة ولده جاد الذي صار والحالة هذه يدفع نفقته مرتين مرة لها هي ومرة يرسلها إليه هو عن طريق البنك مما يجعل التماس إعادة النظر صار مبنيا على أساس صحيح ويجعل الحكم الملتمس إعادة النظر فيه حريا بان يلغى ما يتعلق من قضائه بمسكن الحضانة واستلام الملتمس إعادة النظر ضدها لنفقة ولدها جاد.

الرئيس : المستشار / محمد الأمين محمد بيب - رئيس الدائرة.

الأعضاء : المستشار / بادي محمد الجرام

المستشار / عبد الكريم فرعون

٨ ش - (الطعن رقم ١٠٢٢ لسنة ٢٠١٠ س ٤ ق. أ) جلسة ٢٠١١/١/٥ (أحوال شخصية)

أحوال شخصية. إثبات «الحكمان». شريعته إسلامية. طلاق. حكم «تسبيه. تسبيب غير معيب». نقض أسباب الطعن بالنقض. ما يقبل منها. قانون «الخطأ في تطبيق القانون».

■ جهل الحكمان معرفه أي من الزوجان هو المسيئ إلى الآخر. يوجب عليهما في حال كان طلب الطلاق من الزوج أن يقترحا رفض دعواه وإن كان طلب الطلاق من الزوجة أو منهما معا قرر الحكمان التفريق دون بدل. المادة ١٢٠/٤ من قانون الأحوال الشخصية.

■ انتهاء الحكمين إلى أن الحالة تنطبق عليها تلك المادة السالف بيانها ثم الانتهاء إلى التفريق بينهما بطلقه بآئنه مقابل مبلغ تدفعه الزوجه للزوج. أخذ الحكم المطعون فيه بهذا الرأي. مخالفة للقانون وخطأ في تطبيقه.

المحكمة

حيث إن واقعات الدعوى تتلخص كما يتبين من الحكم المطعون فيه ومن سائر الأوراق، في أن الطاعنة أقامت لدى محكمة أبو ظبي الابتدائية ضد المطعون ضده الدعوى رقم ٢٠٠٩/٨٩٠ طلبت فيها الحكم بالتفريق بينها وبين المطعون ضده لعدة المرض الذي يمنع حصول الممارسة الجنسية، وقالت في شرح دعواها انها زوجة للمطعون ضده وعاشرته معاشرة الأزواج وقد أصيب بمرض عضال أفقده القدرة الجنسية وأصبح عاجزا عن معاشرتها الأمر الذي الحق بها ضررا بالغما مما دعاها لإقامة الدعوى. وأقام المطعون ضده الدعوى رقم ٢٠٠٩/١٠٤١ طلب في ختامها الحكم بإلزام المدعى عليها (الطاعنة) بالدخول في طاعته في منزل الزوجية وقال شرحا لدعواه ان المدعى عليها زوجته وهي خارجة عن طاعته وتمنعه من نفسها وذهبت عند أهلها دون مبرر مما دعاها لإقامة الدعوى. ضمت المحكمة دعوى الطاعة إلى دعوى التطلق ليصدر فيهما حكم واحد.

وبتاريخ ٢٠١٠/٦/٢٣ حكمت محكمة اول درجة بتطبيق الطاعنة على المطعون ضده طلقة بآئنه للشقاق لا تحل للمطلق إلا بعقد وصدّق جديدين وعليها إحصاء عدتها من تاريخ صيرورة هذا الحكم باتا وبرفض دعوى الدخول في الطاعة وتحمل المدعى عليه المصروفات، فاستأنف المطعون ضده هذا الحكم بالاستئناف رقم ٢٠١٠/٦٩٩. وبتاريخ ٢٠١٠/٩/٢٩ حكمت محكمة الاستئناف بقبول الاستئناف شكلاً وفي الموضوع بتعديل الحكم المستأنف بشأن التطلق الى الحكم بتطبيق المستأنف ضدها على المستأنف

.....طلقة بئنة للشقاق مقابل أن ترد له مبلغ مائة وسبعين ألف درهم ولا تحل له من بعد إلا بعقد ومهر جديدين وعليها إحصاء عدتها الشرعية من تاريخ صيرورة هذا الحكم باتا وتأيبه فيما عدا ذلك وألزمته المستأنف ضدها بالمناصب من المصاريف.

طعنت الطاعنة في هذا الحكم بالطعن المائل وقدم المطعون ضده مذكرة جوابية وقدمت النيابة العامة مذكرة خطية رأيت فيها قبول الطعن شكلا وفي الموضوع بتفويض الرأي للمحكمة ، ورأت هذه الأخيرة في غرفة المشورة أن الطعن جدير بالنظر فحددت لنظره جلسة.

وحيث إن الطاعنة تنعى على الحكم المطعون فيه مخالفة الشرع والقانون والفساد في الاستدلال والقصور في التسبب والإخلال بحق الدفاع وتبين ذلك فيما حاصله أن الزوجة هي التي تعرضت للضرر جراء إساءة الزوج المطعون ضده وأن الطاعنة ليست مسؤولة عن حالته المرضية عضوية كانت أو نفسية وبالتالي فإن الإساءة كلها كانت من المطعون ضده وكان على الحكمين تطبيق الفقرة الأولى من المادة ١٢٠ من قانون الأحوال الشخصية دون مساس بشيء من حقوق الزوجة أو على الأقل التفريق بينهما بدون بدل أما وقد خالف الحكم المطعون فيه ذلك رغم ثبوت الضرر فإن ذلك يعيبه ويوجب نقضه.

وحيث إن هذا النعي سديد، ذلك أن المادة ١٢٠ فقرة ٤ من قانون الأحوال الشخصية التي استند إليها الحكمين في تقريرهما تنص على أنه « إن جهل الحال فلم يعرف المسمى منهما، فإن كان الزوج هو الطالب اقترح الحكمين رفض دعواه، وإن كانت الزوجة هي الطالبة أو كان كل منهما طالباً للتفريق قرر الحكمين التفريق بينهما دون بدل.» وقد جاء في تقرير الحكمين : « فنحن والحالة هذه أمام الفقرة الرابعة من المادة ١٢٠ من قانون الأحوال الشخصية رقم ٢٨ لسنة ٢٠٠٥، إلا أن التقرير ذهب بعد ذلك إلى التفريق بين الزوجين بطلقة بئنة مقابل أن ترد له مبلغ مائة وسبعين ألف درهم. ولما كان ذلك يتعارض مع نص المادة ١٢٠ فقرة ٤ المشار إليها أعلاه، وكان الحكم المطعون فيه قد جارى تقرير الحكمين فيما ذهب إليه من التطبيق مقابل أن ترد الطاعنة للمطعون ضده مبلغ مائة وسبعين ألف درهم فإن الحكم المطعون فيه يكون قد خالف القانون مما يجعله مستوجبا بالنقض.

الرئيس : المستشار / محمد الأمين محمد بيب - رئيس الدائرة.

الأعضاء : المستشار / بادي محمد الجراح

المستشار / عبد الكريم فرعون

٩ ش - (الطعن رقم ١٣٥ لسنة ٢٠١٠ س ٤ ق. أ) جلسة ٢٠١١/٤/٦ (أحوال شخصية)

إجراءات «إجراءات الاستئناف». استئناف « صحيفة الاستئناف. بياناتها». بطلان. حكم «تسببيه. تسبیب غیر معيب». نقض «أسباب الطعن بالنقض. ما لا يقبل منها».

■ عدم اشتراط المادة ١٦٢ من قانون الإجراءات المدنية ذكر رقم الحكم المستأنف. في صحيفة الإستئناف. كفاية بيان الحكم المستأنف وتاريخه وأسباب الإستئناف والطلبات. والبيانات المتعلقة بأسماء الخصوم وصفاتهم وموطن كل منهم والموطن المختار في البلد الذي به مقر محكمة الإستئناف.

■ خلو صحيفة الإستئناف من ذكر من لا مصلحة للمستأنف في ذكره. لا يعيبها. علة ذلك؟ مثال.

■ ثبوت أن المطعون ضده قد برئ من تهمة ضرب المحضونة. الحكم له بحضانتها. لا عيب. أساس ذلك؟

المحكمة

حيث يتلخص من وثائق الملف ومن الحكم المطعون فيه ان الطاعنة أقامت دعوى في مواجهة المطعون ضدهما لدى محكمة أبو ظبي الابتدائية بتاريخ ٢٠١٠/٧/١٥ تحت رقم ٢٠١٠/٨٤٢ طلبت في ختامها إسقاط حضانة المدعى عليه الأول لولديه من مواليد ٢٠٠١/٥/١١ و ٢٠٠٠ من مواليد ٢٠٠٢/٦/٢٥، وإسقاط حضانة المدعى عليها الثانية لبنتها (٢٠٠٠ من مواليد ٢٠٠٥/٨/٢٧) من المدعى عليه الأول وضمهم إليها بصفتها جدتهم للأُم .

وأوضحت في دعوها ان بنتها المدعى عليها الثانية كانت زوجة للمدعى عليه الأول وبعد ما أنجبت منه على فراش الزوجية الأولاد الثلاثة طلقها، وبعد الطلاق وبموجب اتفاق بينهما أصبح كل من الولدين (٢٠٠٠ و ٢٠٠٠) تحت حضانة والدهما ، وأصبحت (٢٠٠٠) تحت حضانة أمها ، وان بنتها المدعى عليها الثانية تزوجت بأجنبي عن المحضونة ، بينما المدعى عليه الأول أهمل الولدين وأصبح غير أمين وغير قادر على حضانتهم.

وبتاريخ ٢٠١٠/١١/٢٥ حكمت محكمة البداية بإسقاط حضانة المدعى عليهما لأولادهما (٢٠٠٠ و ٢٠٠٠) وإثباتها للمدعية وضمهم إليها، وإلزام المدعى عليهما بالمصاريف.

فاستأنف الحكم المدعى عليه الأول بتاريخ ٢٠١٠/١٢/٢١ تحت رقم ٢٠١٠/١١٠١.

وبتاريخ ٢٠١١/١/١٠ حكمت محكمة الاستئناف بإلغاء الحكم المستأنف فيما قضى به بشأن إسقاط حضانة المستأنف للولدين - ٠٠٠ ، و ٠٠٠ - والحكم برفض الدعوى في هذا الشأن . وبتأييده فيما عدا ذلك وألزم المستأنف بالمناصب من المصاريف لما قضى به.

ولم يرض الطاعنة هذا الحكم فأقامت عليه طعنًا المائل بالنقض بتاريخ ٢٠١٠/٢/٦. وقدم المطعون ضده الأول مذكرة جوابية طلب في ختامها رفض الطعن وإلزام الطاعنة بالرسوم والمصاريف ومقابل أتعاب المحاماة، كما قدمت النيابة العامة مذكرة فوضت في ختامها الرأي للمحكمة ورأت هذه المحكمة في غرفة المشورة أن الطعن جدير بالنظر فحددت لنظره جلسة.

وحيث تنعى الطاعنة على الحكم المطعون فيه الخطأ في تطبيق القانون، والفساد في الاستدلال، ومخالفة الثابت بالأوراق والإخلال بحق الدفاع وتجل ذلك في سببين تنعى فيهما كون الحكم أخطأ في تطبيق الفقرتين الأوليين من المادتين ١٦٢ ، ١٦٥ من قانون الإجراءات المدنية، ذلك أنه التفت عن دفاعها بكون عريضة الاستئناف خلت من ذكر رقم الحكم المستأنف، ومن اختصاص المطعون ضدها الثانية الوارد اسمها بالحكم الابتدائي المستأنف مما يكون الحكم خالف القانون ويتعين نقضه.

كما أنه أخطأ لما أسند حضانة الولدين (٠٠٠٠ ، ٠٠٠٠) إلى والدهما المطعون ضده والحالة أنه أدين جنحياً بالاعتداء بالضرب على بنته ٠٠٠٠ بمقتضى حكم صدر بتاريخ ٢٠١٠/١٢/٢٣ من القضية الجزائية رقم ٢٠١٠/٦٨٢ محكمة أبو ظبي قضى بتغريمه مائة درهم مع وقف التنفيذ لمدة ثلاث سنوات إضافة إلى أن الفقه استقر على أن الحضانة للأم، ويليها أمها (جدة المحضون) مما يوضح أن بقاء الولدين في حضانة المطعون ضده الأول قد يجلب لهما كثيراً من الاعتداء المتجاوز للحدود الشرعية الشيء الذي يكون معه الحكم أخطأ في تطبيق القانون جديراً بالنقض.

وحيث إن ما تنعاه الطاعنة غير سديد، ذلك أنه وفي شأن كون الحكم التفت عن دفاعها بكون عريضة الاستئناف خلت من ذكر رقم الحكم المستأنف، ومن اختصاص المطعون ضدها الثانية الوارد اسمها بالحكم الابتدائي المستأنف وبالتالي يكون خالف مقتضيات الفقرتين الأوليين من المادتين ١٦٢ ، ١٦٥ من قانون الإجراءات المدنية. فإنه وعلى خلاف ما تنعاه بالفقرة الأولى من المادة ١٦٢ المحتج بها لم تشترط في عريضة الاستئناف ذكر رقم الحكم المستأنف، إذ ورد فيها « ويجب أن تشتمل الصحيفة على بيان الحكم المستأنف وتاريخه، وأسباب الاستئناف والطلبات والبيانات المتعلقة بأسماء الخصوم وصفاتهم وموطن كل منهم والموطن الذي يختاره المستأنف في البلد الذي به مقر المحكمة الاستئنافية المختصة ». كما أن في شأن خلو عريضة الاستئناف من اختصاص المطعون ضدها الثانية بالفقرة الأولى من المادة ١٦٥ المحتج بها لا توجب على المستأنف ذكر من لا مصلحة له في ذكره، إذ جاء فيها « الاستئناف ينقل الدعوى بحالتها التي كانت عليها قبل صدور الحكم المستأنف بالنسبة إلى ما رفع عنه الاستئناف فقط ». سيما والمطعون ضدها الثانية قبلت بما

قضى به الحكم الابتدائي ولم تطعن فيه مما يكون معه ما أثير غير مبني على أساس حرياً بالرفض.

وفي شأن كون الحكم أخطأ لما أسند حضانة الولدين (٠٠٠ ، و ٠٠٠٠) للمطعون ضده والحالة انه أدين جنحياً بالاعتداء بالضرب على بنته ٠٠٠ بمقتضى حكم جنحي صدر بتاريخ ٢٠١٠/١٢/٢٣ في القضية رقم ٢٠١٠/٦٢٨. فإنه وعلى خلاف ما تنعاه الطاعنة فالمطعون ضده أدلى بحكم صدر عن محكمة الاستئناف بأبو ظبي بتاريخ ٢٠١٠/١٢/٢٠ تحت رقم ٢٠١٠/٤٥٦٢ (جنحي) قضى بإلغاء الحكم المستأنف وحكم ببراءته من التهمة المنسوبة إليه، وتوجد نسخة من هذا الحكم ضمن أوراق الملف مما يكون معه ما أثير خلاف الواقع.

وفي شأن كون الفقه استقر على ان الحضانة للأم ويليها أمها (جدة المحضون) فالمادة ١٤٣ من قانون الأحوال الشخصية جعلت الأب في المرتبة الثانية بعد الأم والمحكمة بقضائها بإلغاء الحكم المستأنف فيما قضى به بشأن إسقاط حضانة المستأنف للولدين (٠٠٠ ، و ٠٠٠٠) والحكم برفض دعوى المدعية في هذا الشأن تكون قد طبقت القانون تطبيقاً سليماً ويكون ما أثير غير مستند على أساس حرياً بالرفض.

ولما تقدم يتعين رفض الطعن.

الرئيس : المستشار / محمد الأمين محمد بيب - رئيس الدائرة.

الأعضاء : المستشار / عبدالسلام الخراز

المستشار / عبد الكريم فرعون

اش - (الطعن رقم ٤٠٦ لسنة ٢٠١١ س ٥ ق. أ) جلسة ٢٠١١/٥/١٨ (أحوال شخصية)

- (١) دعوى «تحريكها» «المصلحة والصفة فيها». نقض «أسباب الطعن بالنقض». ما لا يقبل منها.
 - بلوغ المطعون ضدها إحدى وعشرين سنة قمرية. كاف لإثبات الأهلية في رفع الدعوى. ولو كان رافعها يراجع عيادة للطب النفسي. أساس ذلك وعلته؟
- (٢) لجنة التوجيه الأسري. إجراءات «إجراءات رفع دعوى الأحوال الشخصية». نقض «أسباب الطعن بالنقض». ما لا يقبل منها.
 - عرض المطعون ضدها دعواها على لجنة التوجيه الأسري. التي أحالت القضية إلى المحكمة. كاف لإعمال نص المادة ١/١٦ من قانون الأحوال الشخصية. ولو لم يحضر الطاعن أمام تلك اللجنة.
- (٣) حكم «تسببيه. تسبیب غير معيب». نقض «أسباب الطعن بالنقض». ما لا يقبل منها» محكمة الاستئناف «نظرها الدعوى والحكم بها».
 - أخذ محكمة الاستئناف بأسباب الحكم المستأنف والإحالة عليها. كاف لصحة الحكم. متى كانت قد اقتنعت بصحة وسلامة أسباب ذلك. وعلته؟ مثال.
- (٤) ضرر. طلاق. حكم «تسببيه. تسبیب غير معيب». نقض «أسباب الطعن بالنقض». ما لا يقبل منها». إثبات «الحكمان». لجنة التوجيه الأسري.
 - حق كلا من الزوجان طلب التطلاق للضرر الذي يتعذر معه دوام العشرة.
 - استمرار الشقاق. وتعذر الإصلاح بينهما في لجنة التوجيه الأسري. مؤداه: وجوب تعيين القاضي حكماً من أهلها وأهله: أو من ذوي الخبرة. إذا تقاعس الزوجان عن تعيين حكم لكل منهما.
 - ثبوت الضرر أمام المحكمة. أثره: وجوب فصل القاضي في الدعوى. دون حاجة لتعيين حكيمين.
 - الحكمان طريقهما طريق الحكم. لا طريق الإشهاد. قرارهما ملزم للقاضي والزوجين ولو لم يوافقاه أو يرتضياه. أساس ذلك؟ مثال.
- (٥) إثبات «الحكمان». وكالة. حكم «تسببيه. تسبیب غير معيب». نقض أسباب الطعن بالنقض. ما لا يقبل منها.
 - الوكيل بالخصومة. عدم جواز تعيينه حكماً.

■ رفض المحكمة تعيين وكيل الخصومة حكماً عن الطاعن وتعيينها حكماً من جدول المحكمة. صحيح. أساس ذلك. وعلته؟

(٦) إثبات «بوجه عام» «يمين». إجراءات «إجراءات تعيين الحكمان». حكم تسببيه. تسبیب غیر معیب».

■ تحليف الحكمن يميناً قبل مباشرة المأمورية. غير لازم. ما دام من الخبراء المقيدین بجدول المحكمة. علة ذلك؟

(٧) حكم «تسببيه. تسبیب غیر معیب». نقض «أسباب الطعن بالنقض. ما لا يقبل منها». محكمة الموضوع «نظرها الدعوى والحكم بها». طعن «أسباب الطعن بالنقض. ما لا يقبل منها». «الطعن بالإستئناف. ما يجوز وما لا يجوز الطعن فيه».

■ السبب الموضوعي. عدم جواز إثارته أمام النقض. لأول مرة. أساس ذلك؟

■ عدم جواز الطعن بالإستئناف إستناداً إلى طلبات أغفلت محكمة أول درجة الفصل فيها. أساس ذلك وعلته؟

(٨) طاعه. طلاق. حكم «تسببيه. تسبیب غیر معیب». نقض «أسباب الطعن بالنقض. ما لا يقبل منها».

■ رفض الحكم المطعون فيه الحكم للطاعن بالطاعة على زوجته. صحيح. ما دام طلاقه لها كان بائناً.

(٩) طلاق. نفقة. حكم «تسببيه. تسبیب معیب». نقض «أسباب الطعن بالنقض. ما يقبل منها».

■ القضاء للمطعون ضدها بنفقة مسكن للعدة. برغم إقامتها في سكن الزوجية. دون طلب منها. عيب.

المحكمة

حيث يؤخذ من وقائع الدعوى وسائر وثائقها ومن الحكم المطعون فيه أن المطعون ضدها أقامت الدعوى رقم ٢٠١٠/٤٢٢ أمام محكمة أبو ظبي بمواجهة الطاعن وطلبت بموجبها الحكم لها بتطبيقها عليه للضرر والحكم لها بمؤخر مهرها ونفقة عدة ومتعة واثبات حضانتها لأولادها منه وزيادة نفقتهم وأجرة حضانة وتوفير سيارة مع سائقة ودفع تكاليف استقدامها وراتبها، وإلزامه بمصاريف الدعوى، وذلك على سند من القول انها زوجة للمدعى عليه بصحيح العقد الشرعي ورزقت منه على فراش الزوجية أولادهما

..... و و و و و وان المدعى عليه يسيء معاملتها ويسببها ويعتدي عليها وقام بضربها أكثر من مرة حسب التقارير الطبية وتزوج بزوجة ثانية وجاء بها إلى نفس المنزل الذي تسكنه المدعية مما أدى إلى كثرة المشاجرات وأصيبت بأضرار بليغة مما دعاها لإقامة الدعوى. وأقام المدعى عليه الدعوى رقم ٢٠١٠/٧٥٩ طلب في ختامها إلزام المدعية بالدخول في طاعته..

وبتاريخ ٢٢/١٢/٢٠١٠ وبعد أن ضمت محكمة أول درجة الدعويين ليصدر بهما حكم واحد حكمت بما يلي: بتطبيق المدعية على زوجها المدعى عليه طلاقه بآئنة للضرر وعليها إحصاء عدتها شرعا من تاريخ صيرورة هذا الحكم باتا.

بإثبات حق المدعية في حضانة أولادها من المدعى عليه وهم و و و و و و بداية من تاريخ صيرورة الحكم باتا .

بإلزام المدعى عليه بأدائه للمدعية أجرة حضانة مبلغ ألف درهم شهريا بداية من تاريخ صيرورة الحكم نهائيا.

بإلزام المدعى عليه بأن يؤدي للمدعية بدل سكن العدة في مبلغ ألف درهم شهريا طيلة فترة العدة بداية من تاريخ صيرورة الحكم باتا.

بإلزام المدعى عليه بتوفير مسكن للحضانة بمدينة أبو ظبي مكون من غرفتين وصالة مع ملحقاتهما مؤثثا بأثاث مناسب والى حين توفيره إبقاء الحاضنة بسبب الزوجة السابق الذي تتواجد فيه.

بعدم سماع طلب الزيادة فى النفقة.

بعدم قبول طلب سداد مؤجل الصداق.

برفض باقي الطلبات وبتحميل المدعى عليه الرسوم والمصاريف. فاستأنف الطاعن هذا الحكم بالاستئناف رقم ٢٠١١/٧٦. وبتاريخ ٢٠١١/٣/٨ قضت محكمة الاستئناف بقبول الاستئناف شكلا وبرفضه موضوعا وبتأييد الحكم المستأنف.

وبتاريخ ٢٠١١/٤/٦، طعن الطاعن في هذا الحكم بالطعن المائل، وقدمت المطعون ضدها مذكرة جوابية كما قدمت النيابة العامة مذكرة فوضت فيها الرأي للمحكمة ورأت هذه الأخيرة في غرفة المشورة أن الطعن جدير بالنظر، فحددت جلسة لنظره.

وحيث إن الطاعن ينعى على الحكم المطعون فيه الخطأ في تطبيق القانون والقصور في التسبيب ومخالفة
الثابت بالأوراق والإخلال بحق الدفاع ويحمل ذلك في ثلاثة عشر سببا:

السبب الأول: وفيه وجهان:

الوجه الأول: وفيه يقول الطاعن ان المطعون ضدها تعاني من مرض نفسي ويتمسك الطاعن بعدم سلامتها ودفع بعدم قبول الدعوى لوجود ملف طبي لها في مستشفى خليفة للطب النفسي، وإذ قبلت المحكمة المطعون في حكمها الدعوى فان حكمها يكون مخالفا للقانون مستوجبا للنقض.

وحيث إن هذا النعي غير سديد، ذلك ان المادة ٨٥ من قانون المعاملات المدنية قد نصت على ان « كل شخص يبلغ سن الرشد متمتعاً بقواه العقلية ولم يحجر عليه يكون كامل الأهلية لمباشرة حقوقه المنصوص عليها في هذا القانون والقوانين المتفرعة عنه، ويبلغ الشخص سن الرشد إذ أتم إحدى وعشرين سنة قمرية.» لما كان ذلك، وكان الطاعن لم يقدم ما يفيد انعدام أهلية المطعون ضدها لمباشرة حقوقها القانونية ومنها تقديم الدعوى، إذ لا عبرة بمراجعة المطعون ضدها لعيادة الأمراض النفسية، لان الأمراض النفسية مثلها مثل باقي الأمراض يراجع بشأنها الطبيب المختص ولا يعني إصابة الشخص بمرض نفسي أو غيره انه أصبح غير أهل لمباشرة حقوقه القانونية إلا بعد ثبوت ذلك بالطرق القانونية. مما يكون معه هذا الوجه من النعي غير قائم على أساس من القانون حرياً بالرفض.

الوجه الثاني: وفيه يقول الطاعن انه يتمسك بعدم قبول الدعوى لعدم عرض النزاع أمام لجنة التوجيه الأسري صاحبة الاختصاص ولم يتم حضوره أو إعلانه بشكل صحيح للحضور أمامها مما يترتب عليه بطلان الإجراء.

وحيث إن هذا النعي غير سديد، ذلك ان المادة ١٦/١ من قانون الأحوال الشخصية تنص على ما يلي: « لا تقبل الدعوى أمام المحكمة في مسائل الأحوال الشخصية إلا بعد عرضها على لجنة التوجيه الأسري.... الخ»

لما كان ذلك وكان الثابت من ملف التوجيه الأسري رقم ٣٧٧/٢٠٠٩ تاريخ ٢٠١٠/٢/١٠ ان المطعون ضدها قد عرضت دعواها على قاضي التوجيه الأسري الذي أحال بدوره هذا الملف إلى قاضي الأحوال الشخصية بالمحكمة الابتدائية بعد تخلف الطاعن عن الحضور أمام القاضي المذكور، مما يكون معه هذا النعي غير قائم على أساس من القانون حرياً بالرفض.

السبب الثاني: وفيه يقول الطاعن ان المحكمة المطعون في حكمها اتخذت من أسباب الحكم الابتدائي أسباباً لها دون ان تبين الأدلة والأسانيد التي أدت بها إلى هذه النتيجة مما يدل على عدم إحاطتها بواقع الدعوى ويصم حكمها بمخالفة القانون مما يستوجب نقضه.

وحيث إن هذا النعي غير سديد، ذلك ان الحكم المطعون فيه أيد الحكم المستأنف، ومن المقرر ان لمحكمة الاستئناف إذا اقتنعت بصحة الحكم المستأنف وسلامة أسبابه أن تتخذ هذه الأسباب أسباباً لحكمها وتحيل

إليها طالما كانت كافية لحمل قضائها ولا يكون في ذلك مخالفة للقانون أو إخلالا بحق الدفاع، إذ إن الإحالة ولو ضمنيا على الأسباب تقوم مقام إيرادها وتدل على أن المحكمة قد اعتبرتها صادرة منها وهو ما أبان عنه الحكم المطعون فيه من تأييده كافة ما أورده الحكم الابتدائي في أسبابه مما يفيد الإحالة ضمنيا على هذه الأسباب، وكان الحكم الصادر عن محكمة البداية رقم ٤٢٢+٧٥٩/٢٠١٠ بتاريخ ٢٢/١٢/٢٠١٠ قد ورد فيه مقدار بدل سكن العدة واثبات حضانة المطعون ضدها لأولادها من الطاعن ومقدار أجره الحضانة، ومن ثم يكون الحكم المطعون فيه متفقا مع القانون ويكون هذا النعي غير قائم على أساس حريا بالرفض.

السببان الثالث والرابع والوجه الثالث من السبب الخامس والأسباب السادس والسابع والثامن: وفيها يقول الطاعن بأن المطعون ضدها لم تثبت الضرر الذي لحقها من الطاعن ولم تتكرر شكواها ضده، وعليه فقد أخطأت محكمة الموضوع ببعث الحكمين مما يجعل الحكم المطعون فيه مخالفا للقانون مستوجبا للنقض.

وحيث إن هذا النعي غير سديد، ذلك أنه عملا بأحكام المادتين ١١٧ و ١١٨ من قانون الأحوال الشخصية فإن لكل من الزوجين طلب التطليق للضرر الذي يتعذر معه دوام العشرة بينهما، وأنه إذا لم يثبت الضرر واستمر الشقاق بين الزوجين وتعد على لجنة التوجيه الأسري والقاضي الإصلاح بينهما، عين القاضي حكمين من أهلها، وإلا ممن تتوسم فيهما المحكمة الخبرة والقدرة على الإصلاح إذا تقاعس أحد الزوجين عن تسمية حكمه. أما إذا ثبت الضرر للمحكمة فتقضي في الدعوى دون الحاجة لتعيين حكمين.

كما أنه من المقرر في قضاء هذه المحكمة اعتماداً على نصوص المذهب المالكي المعمول به في الدولة أن الحكمين مؤتمنان في مهمتهما ومصدقان في أقوالهما التي ضمّناها تقريرهما، لأن طريقيهما طريق الحكم لا طريق الإشهاد، وأن قرارهما ملزم للقاضي ولو لم يوافق رأيه، كما أنه ملزم للزوجين رضياه أم كراهه.

قال خليل بن إسحاق «وأتيه فأخبراه فننفذ حكمهما». وقال أيضاً: «ونفذ طلاقهما وإن لم يرض الزوجان والحاكم». وقال فيه أيضاً: «وبالعكس أئتمناه عليهما أو خالعا له بنظرهما» قال الدردير في شرحه عليه ٣ / ٢١٢: «لأن طريقيهما الحكم» اهـ.

وقال ابن عاصم في التحفة:

وَمَا بِهِ قَدْ حَكَمًا يُمَضَى وَلَا
إِعْذَارَ لِلزَّوْجَيْنِ فِيمَا فَعَلَا

وحيث إنه لما كان ذلك، وكانت محكمة الموضوع، قد استخلصت مما عرض أمامها قيام حالة الشقاق بين الزوجين مما يتعذر معها دوام العشرة بينهما، ومن ثم أمرت ببعث حكمين للإصلاح والنظر في أمرهما وتحديد المسيء منهما. وقد أفاد الحكمين في تقريرهما أنهما حاولا الإصلاح وتقديم النصح للزوجين وبذلا قصارى جهدهما لإصلاح ذات البين، إلا أنهما لم يصطلحا، وذكرنا أنه لم يثبت لهما من المسيء من الزوجين كما ثبت

لهما استحالة دوام العشرة بينهما، ورأيا وفقا لأحكام المادة ١٢٠ فقرة ٤ من قانون الأحوال الشخصية التفريق بين المدعية وزوجها بطلقة بائنة للضرر بدون بدل، واعتمد الحكم على قرارهما، ولذلك يكون النعي المثار من قبل الطاعن بهذا الخصوص غير وجيه، طالما أن الفقرة الرابعة من المادة ١٢٠ المشار إليها تجيز للحكمين إذا كانت الزوجة هي طالبة التفريق أن يقررا التفريق بينهما دون بدل، وأن ما يقرره الحكمان يعتبر أمرا ملزما.

السبب الخامس:

الوجه الأول: وفيه يقول الطاعن بأن محكمة الموضوع أخطأت في تطبيق القانون عندما رفضت تعيين شقيق الطاعن ووكيله القانوني حكما في الدعوى مما يكون معه الحكم المطعون فيه مستوجبا للنقض.

وحيث إن هذا النعي غير سديد، ذلك انه من الرجوع إلى محضر جلسة يوم ٢٠١٠/٦/١٦ يتبين ان المحكمة قد عرضت على الطرفين تعيين حكمين من الأهل فطلب وكيل المدعية تعيين حكم من جدول المحكمة وطلب وكيل المدعى عليه ان يكون هو المحكم ورفضته المحكمة.

لما كان ذلك، وكان الوكيل قد تقدم بطلب تعيينه محكما بصفته وكيلا عن الطاعن وليس بصفته أخا له، فقد كان قرار المحكمة برفضه وتعيين حكمين من جدول المحكمة واقعا في محله، إذ ان الوكيل بالخصومة لا يجوز ان يكون حكما، لأن الحكم حاكم، ولا يخلو الوكيل من شبهة الانحياز إلى من وكله في الخصومة وبالتالي يكون عرضة لطلب رده من الطرف الآخر. وعليه فان هذا النعي يكون غير قائم على أساس من القانون حريا بالرفض.

الوجه الثاني: وفيه يقول الطاعن بأن محكمة البداية أخطأت عندما لم تقم بتخليف الحكمين المعينين منها اليمين على أن يقوموا بمهمتهما بعدل وأمانة مما يعيب الحكم المطعون فيه ويوجب نقضه.

وحيث إن هذا النعي غير سديد، ذلك ان الحكمين قد اختيرا من جدول المحكمة الذي يقيدان فيه بعد أدائهما اليمين الشرعية للقيام بمهامهما بكل أمانة، مما يكون معه هذا النعي غير قائم على أساس من الواقع او القانون ويكون حريا بالرفض.

الأسباب التاسع والحادي عشر والثاني عشر: وفيها يقول الطاعن انه طلب أمام محكمة البداية تخفيض نفقة المطعون ضدها ومن ثم طلب إسقاط نفقتها كنتيجة لتطليقها عليه، وانه طلب ضم الأولاد و و إليه لبلوغهم السن القانونية إلا ان الحكم المطعون فيه لم يستحب لهذه الطلبات مما يعيبه ويوجب نقضه.

وحيث إن هذا النعي غير سديد، ذلك انه من الرجوع إلى ملف التوجيه الأسري رقم ٢٠١٠/٤١٣ تاريخ ٢٠١٠/٥/٢٠ يتبين ان طلبات الطاعن هي الطاعة الزوجية فقط ولم يقدّم بغيره طلبه المعدل بسقوط نفقة

المطعون ضدها أو ضم الأولاد أو تخفيض النفقة على التوجيه الأسري مما يعني عدم قبول هذه الطلبات أمام المحكمة لعدم عرضها على التوجيه الأسري، هذا من ناحية ومن ناحية أخرى فإن ما ذهبت إليه محكمة الاستئناف المطعون في حكمها من أن هذين الطلبين هما طلبان أغفلت محكمة أول درجة الفصل فيهما، فإن الفصل فيهما يبقى معلقاً أمامها ومن ثم لا يصلح أن يكون سبباً للاستئناف، الأمر الذي يضحى معه غير مقبول لما يترتب على قبوله من تفويت درجة من درجات التقاضي هو تعليل سليم متفق مع أحكام المادة ١٣٩ من قانون الإجراءات المدنية، مما يكون معه هذا النعي غير قائم على أساس من القانون حرياً بالرفض.

السبب العاشر: وفيه يقول الطاعن بأن الحكم المطعون فيه أخطأ باعتباره دعوى الطاعن الرامية إلى إلزام المطعون ضدها الدخول في طاعته مرفوضة لكونه قد صدر حكم بتطليقها على الطاعن على الرغم من ثبوت دعوى الطاعن مما يستوجب نقضه.

وحيث إن هذا النعي غير قائم على أساس طالما أن المحكمة قد حكمت بتطليق المطعون ضدها على الطاعن طلاقاً بائناً وبذلك لم يبق أي موجب للحكم بالطاعة مما يتعين معه رفض هذا النعي.

السبب الثالث عشر: وفيه يقول الطاعن بأن الحكم المطعون فيه أخطأ بفرض بدل سكن للمطعون ضدها أثناء فترة العدة لكونها تقيم في منزل الزوجية مما يكون معه مستوجباً للنقض.

وحيث إن هذا النعي سديد، ذلك أن البين من أوراق الدعوى أن الطاعنة كانت ولا زالت تسكن في منزل الزوجية المخصص لها من الطاعن، كما أنها لم تطلب هذا الطلب ضمن دعاوها، مما يجعل الحكم به غير قائم على أساس من القانون مما يتعين نقض الحكم المطعون فيه في هذا الشق منه فقط .

الرئيس : المستشار / محمد الأمين محمد بيب – رئيس الدائرة.

الأعضاء : المستشار / عبدالسلام الخراز

المستشار / عبد الكريم فرعون

اش - (الطعن رقم ٩٩ لسنة ٢٠١٠ س ٤ ق. أ) جلسة ٢٣/٣/٢٠١١ (أحوال شخصية)

دعوى «تحريك الدعوى». إعلان. إجراءات «إجراءات الإعلان». بطلان. قانون. الخطأ في تطبيق القانون. حكم «تسببه. تسبب معيب. نقض «أسباب الطعن بالنقض. ما يقبل منها».

■ عدم اتباع الإجراءات المنصوص عليها في المادة ٦/١٤ من قانون الأحوال الشخصية. في شأن إعلان الطاعنة التي لها موطن في الخارج. وإعلانها بطريق النشر. مؤداه: البطلان.

المحكمة

حيث إن الوقائع تتلخص كما يتبين من الحكم المطعون فيه ومن سائر الأوراق، في أن المطعون ضده أقام الدعوى رقم ٢٠٠٦/٦١٣ أمام محكمة أبو ظبي الابتدائية طالبا في ختامها الحكم بإلزام الطاعنة بالدخول في طاعته وعدم الخروج من البيت إلا بإذن سابق، وذلك على سند من القول انها زوجة له وقد رزق منها بانه علي ولكن الطاعنة تركت منزل الزوجية بدون إذنه ورفضت العودة والمطعون ضده ينفق عليها ويوفر لها بيتا يليق بها. وأضاف المطعون ضده طلبا جديدا لدعواه هو طلب إسقاط حضانة الطاعنة لولدها من المطعون ضده وقال ان المدعى عليها (الطاعنة) طلبت منه زيارة أهلها في البحرين وكان على اتفاق معها لأنه لم يقصر في حقها ووافق على ذلك على ان تبقى مع أهلها أسبوعا ورفضت العودة. وبتاريخ ٢٧/١٠/٢٠٠٦ حكمت محكمة البداية بإلزام المدعى عليها (الطاعنة) بطاعة زوجها المدعي وذلك بعودتها إلى بيت الزوجية الذي أعده في أبو ظبي بشارع المرور وعدم خروجها منه إلا بإذنه وإسقاط حضانتها لولده منها علي لحين عودتها إلى بيت الزوجية وإلزامها بالرسوم. فاستأنفت الطاعنة هذا الحكم بالاستئناف رقم ٢٠١٠/٥٥٠ وبتاريخ ٢٩/١٢/٢٠١٠ قضت محكمة الاستئناف بسقوط الحق في الاستئناف وألزمت المستأنفة الرسوم والمصاريف.

لم ترض الطاعنة بهذا الحكم فأقامت عليه طعنها المائل وقدمت النيابة العامة مذكرة فوضت فيها الرأي للمحكمة ورأت هذه الأخيرة في غرفة المشورة ان الطعن جدير بالنظر فحددت لنظره جلسة.

وحيث تنعى الطاعنة على الحكم المطعون فيه مخالفة القانون وتعمل ذلك في قولها انه لم يتم إعلانها بصحيفة لائحة الدعوى على النحو الموضح في القانون ذلك ان المطعون ضده هو ابن عمها وقد اوصلها إلى بيت أهلها في البحرين ومكث معها مدة أسبوع وغادر ثم تردد عليها في البحرين عدة مرات بعد ذلك وكانا يقطنان

في منزل جدهما وكانت آخر مرة بتاريخ ٢٠٠٦/٥/١٧ عندما قام بخطف طفلها علي، وحيث ان المطعون ضده قد ادخل الغش على المحكمة بقوله ان الطاعنة مجهولة الإقامة، ولم تتبع المحكمة الخطوات التي رسمها القانون لتبليغها، مما يجعل الحكم المطعون فيه باطلا ومستوجبا للنقض.

وحيث إن هذا النعي سديد، ذلك ان الثابت من الأوراق أن المطعون ضده ذكر في صحيفة الدعوى الابتدائية ان الطاعنة مجهولة الإقامة في حين انه ذكر في السطر الرابع من نفس اللائحة ما يلي: « وعند مراجعتها (الطاعنة) في بيت أهلها رفضت العودة معي إلى منزل الزوجية. » الأمر الذي يتناقض مع قوله انها مجهولة الإقامة. وقد ذكر المطعون ضده في مذكرته الخطية المؤشر عليها من المحكمة الابتدائية بتاريخ ٢٠٠٦/٨/٧ ما يلي: « في الحقيقة لقد طلبت مني زوجتي المدعوة / ان تقوم بزيارة أهلها في البحرين وكنت على اتفاق معها حيث إنني لم أقصر معها في العشرة الزوجية ولا بالنفقة وكنت أعاملها بما يرضي الله ورسوله فوافقت على طلبها وعندما وصلنا إلى البحرين طلبت مني ان تبقى مع أهلها مدة أسبوع ولم أمانع بذلك وعدت إلى الإمارات ولكن المدة طالت فعندما طلبت منها العودة إلى منزل الزوجية رفضت ذلك ولا أدري ما هي أسباب رفضها في العودة... » وهذا يؤكد علم الزوج المطعون ضده بمكان إقامة زوجته الطاعنة وانه مكث معها عند أهلها، إلا ان المحكمة طلبت منه إثبات ان الطاعنة خارج الدولة فقدم الشاهدين والشاهد الذين شهدا بان الطاعنة موجودة خارج الدولة في بيت أهلها بالبحرين منذ مدة ورفضت الحضور بسبب وجود خلافات بينها وبين المطعون ضده مما يؤكد ان وجودها في بيت أهلها أصبح معروفا للزوج وغيره واستنادا إلى شهادة هذين الشاهدين قضت محكمة البداية بإلزام الطاعنة بطاعة زوجها المطعون ضده وإسقاط حضانتها للولد علي. وقد تبين من خلال الأوراق المحفوظة في ملف الدعوى ومنها الكتاب المنتهي بالرقم ٦٦٠ تاريخ ٢٠٠٦/٥/٢٨ الصادر من شعبة اتصال مجلس وزراء الداخلية العرب / الإدارة العامة للتحقيقات والمباحث الجنائية في مملكة البحرين ان المطعون ضده مطلوب للسلطات المختصة في البحرين بتهمة خطف الطفل علي حيث استغل زيارته له في بيت والدته وقام بتسليم جواز سفر الطفل وأخذه معه على ان يعيده خلال ثلاث ساعات واتضح انه غادر البلاد إلى الإمارات بتاريخ ٢٠٠٦/٥/١٧ وتبين انه تقدم ببلاغ عن فقدان جواز سفر ابنه المذكور وتم منحه شهادة بذلك قدمها إلى سفارة دولة الإمارات العربية المتحدة وعلى ضوء الشهادة أصدرت له السفارة تذكرة مرور لسفره واتضح بان بلاغه عن فقدان الجواز غير صحيح (بلاغ كاذب) وطلب الكتاب إلقاء القبض على المطعون ضده .. الخ. كما ان صورة جواز سفر الطاعنة تشير إلى انها غادرت الدولة بتاريخ ٢٠٠٦/٣/٢٣ وليس كما يدعى المطعون ضده من انها غادرت لآخر مرة بتاريخ ٢٠٠٦/١/٤. ويتبين من أوراق الملف أيضا ان المطعون ضده قد زور توقيع الطاعنة على وكالة خاصة بالأسهم التي تملكها وأدين بالحكم الصادر من محكمة جنايات أبو ظبي رقم ٢٠٠٩/١٣٢٦١ بالحبس لمدة ستة أشهر ومصادرة المحرر المزور وقد عدلت محكمة الاستئناف بحكمها رقم ٢٠١٠/٨٠١ جنايات العقوبة إلى ثلاثة أشهر وبذلك أصبح هذا الحكم باتا، كما يتضح من الأوراق ان الشاهد الذي شهد للمطعون ضده أمام

المحكمة الابتدائية بان المطعون ضدها خارج الدولة عند أهلها في البحرين هو احد الشاهدين على الوكالة التي ثبت تزويرها بحكم نهائي. لما كان ذلك، وكانت محكمتا الموضوع لم تحققا في الأوراق المار ذكرها ولم تتبعا ما نصت عليه المادة ٦/١٤ من قانون الأحوال الشخصية من وجوب تسليم صورة الإعلان إلى وكيل وزارة العدل، لتعلن للأشخاص الذين لهم موطن أو إقامة أو محل عمل معلوم في الخارج، لتعلن إليهم بالطرق الدبلوماسية أو يتم إعلانهم عن طريق البريد المسجل بعلم الوصول، لان الطاعنة لها عنوان يعرفه المطعون ضده وشاهداه وهو بيت جده الذي هو جد الطاعنة، وتردد عليه عدة مرات فيكون الإعلان الذي أجرته محكمة الدرجة الأولى لتبليغ المطعون ضدها لائحة الدعوى أو موعدها أو الحكم الصادر فيها بالنشر في صحيفتين محليتين باطلا لان الإعلان بالنشر هو من الطرق الاستثنائية للإعلان حسب ما استقر عليه قضاء هذه المحكمة وعليه فلا يلجأ إليه إلا بعد استنفاد كافة الوسائل اللازمة للتحري عن محل إقامة الخصم وإعلانه. مما مؤداه عدم انعقاد الخصومة في الدعوى ومن ثم بطلان الحكم المطعون فيه.

الرئيس : المستشار / محمد الأمين محمد بيب - رئيس الدائرة.

الأعضاء : المستشار / بادي محمد الجراح

المستشار / عبد الكريم فرعون

١٢ ش - (الطعن رقم ٢٦ لسنة ٢٠١٠ س ٤ ق. أ) جلسة ٢٠١١/٢/٢٣ (أحوال شخصية)

دفع « الدفع بعدم القبول ». إجراءات « إجراءات رفع الدعوى ». لجنة التوجيه الأسري. قانون « الخطأ في تطبيق القانون ». حكم « تسببه. تسبب معيب ». نقض « أسباب الطعن بالنقض . ما يقبل منها ». محكمة النقض « سلطتها ». طلاق.

■ قضاء الحكم المطعون فيه. بعدم قبول الدعوى لعدم عرضها على لجنة التوجيه الأسري رغم ثبوت سبق عرضها عليها. مخالفة للقانون وخطأ في تطبيقه. مثال في دعوى طلاق.

■ قضاء محكمة النقض بنقض الحكم المطعون فيه لقبوله دفعا ترتب عليه منع السير في الدعوى. يوجب عليها الحكم بإحالة الدعوى للمحكمة التي أصدرته لنظره.

المحكمة

حيث يؤخذ من وقائع الدعوى وسائر وثائقها ومن الحكم المطعون فيه أن المطعون ضده أقام الدعوى رقم ٢٠١٠/٦٢٤ أمام محكمة أبو ظبي الابتدائية بمواجهة الطاعنة طلب في ختامها إلزامها بالدخول في طاعته وإسقاط النفقة المفروضة بالحكم ٢٠٠٩/١٥ بني ياس، وذلك على سند من القول انها زوجته وفي عصمته ودخل بها وعاشرها معاشرة الأزواج ورزق منها بأولادها ، ، و وأن الطاعنة خرجت من بيت الزوجية بلا سبب شرعي وتركت له الأولاد رغم انها تحصلت على حكم بالنفقة قدرها ٥٥٠٠ درهم. وأقامت الطاعنة الدعوى المتقابلة رقم ٢٠١٠/١٠١٩ بمواجهة المطعون ضده طالبت في ختامها بتطبيقها عليه للضرر وبإثبات حضانتها للأولاد وبإلزامه بنفقة عدة ومتعة وبتوفير مسكن حضانة وباجرة حضانة وبمصاريف مدرسية وبتوفير خادمة وأجرتها وبتوفير سائق وأجرته وبنفقة زوجية سابقة، وذلك على سند من القول انها زوجة المطعون ضده ورزقت منه على فراش الزوجية وأولادها المذكورين أعلاه وانه يسيء لها في القول والفعل بما لا يستطاع معه دوام العشرة الزوجية بالمعروف وانه طلقها من قبل طلقين وأرجعها في عصمته.

وبتاريخ ٢٠١٠/١٠/١٨ حكمت محكمة البداية بعد ضم الدعويين بما يلي:

أولاً: في الدعوى المتقابلة ٢٠١٩/١٠/٢٠١٠ بعدم قبول طلب التطبيق ورفض بقية الطلبات وإلزام المدعية تقابلاً بالرسوم والمصاريف.

ثانياً: في الدعوى الأصلية ٢٠١٠/٦٢٤ بإلزام المدعى عليها أصلياً..... بالدخول في طاعة زوجها المدعي أصلياً..... والرجوع لبيت الزوجية ببدع المطاوع بالمنطقة الغربية وعدم الخروج منه إلا بسبب شرعي ورفض ما عدا ذلك من طلبات وتحمل المدعى عليها أصلياً الرسوم والمصاريف. فاستأنفت الطاعة هذا الحكم تحت رقم ٢٠١٠/٩٥٧، كما استأنفه المطعون ضده تحت رقم ٢٠١٠/٩٨٧ بتاريخ ٢٠١٠/٩/٢٨ حكمت محكمة الاستئناف بعد ضم الاستئنافين بقبولهما شكلاً وفي الموضوع برفضهما وتأيد الحكم المستأنف وتحمل كل مستأنف رسوم استئنافه.

فلم ترض الطاعة بهذا الحكم فأقامت عليه طعنًا المائل وقدم المطعون ضده مذكرة جوابية كما قدمت النيابة العامة مذكرة رأت فيها قبول الطعن شكلاً وفي الموضوع تفويض الرأي للمحكمة، ورأت هذه الأخيرة في غرفة المشورة أن الطعن جدير بالنظر فحددت لنظره جلسة.

وحيث تنعى الطاعة على الحكم المطعون فيه مخالفة القانون والثابت في الأوراق وعدم الإحاطة بوقائع الدعوى عن بصر وبصيرة وتجمل ذلك في قولها أن الحكم المطعون فيه خالف الثابت في الأوراق ذلك أنه علل عدم قبوله طلبها التطبيق بحجة عدم عرض هذا الطلب على دائرة التوجيه الأسري سنداً للمادة ١٦ من قانون الأحوال الشخصية، وهذا الذي ذهبت إليه المحكمة المطعون في حكمها مخالف لملف التوجيه الأسري رقم ٢٠٠٩/٤٨ بتاريخ ٢٠١٠/٦/٣ الصادر من محكمة بني ياس الابتدائية، كما أن الأضرار التي ألحقها المطعون ضده بالطاعة بالغة ومتعددة وتستوجب التطبيق أو على الأقل إحالة الأمر إلى الحكيم، وإذ خالف الحكم المطعون فيه ذلك فإنه يكون مستوجباً للنقض.

وحيث إن هذا النعي في شقه الخاص بعدم قبول المحكمة المطعون في حكمها طلب الطاعة التطبيق لعدم وجود قرار إحالة من التوجيه الأسري عملاً بالمادة ١٦ من قانون الأحوال الشخصية سديد، ذلك أنه من الرجوع إلى ملف التوجيه الأسري رقم ٢٠٠٩/٤٨ (المستند رقم ١) بتاريخ ٢٠١٠/٦/٣ وموضوعه الطلاق + إثبات حضانه فانه ينص على ما يلي: « حيث حضرت الطرف الأول السابقة الحضور وطلبت إعادة السير في الملف فأجبتها لذلك، وقالت انها حضرت اليوم لتؤكد على طلبها الطلاق علماً بأن الطرفين قد تعذر الإصلاح بينهما أمامي»..... الخ ما جاء في ذلك الملف. وأضافت الطاعة في ذات الملف بتاريخ ٢٠١٠/٨/١٠ أنها تضيف إلى طلباتها السابقة متعة الطلاق وبدل السكن وباقي طلباتها الأخرى حسب ما هو مذكور في الملف.

لما كان ذلك وكانت الطاعة قد سجلت دعوها أمام محكمة البداية بتاريخ ٢٠١٠/٨/٣٠ أي بعد إحالة ملف دائرة التوجيه الأسري لدائرة الأحوال الشخصية، فإن دعوها تكون مقبولة لاستيفائها الشرط المنصوص عليه في المادة ١٦ من قانون الأحوال الشخصية بعرضها على لجنة التوجيه الأسري وبالتالي يكون ما ذهبت

إليه محكمة الموضوع من قبول الدفع بعدم عرضها على التوجيه الأسري مخالفا لما هو ثابت في الأوراق مما يكون معه الحكم المطعون فيه حريا بالنقض جزئيا في هذا الشق منه.

ولما كانت المادة ٢/١٣ من قانون الأحوال الشخصية تنص على ان محكمة النقض تحيل الدعوى التي نقضت فيها الحكم كليا أو جزئيا على المحكمة التي أصدرته إذا كانت هذه الأخيرة قبلت دفعا فرعيا ترتب عليه عدم السير في الدعوى وكان هذا هو الحال في الشق الذي رأته هذه المحكمة نقضه من الحكم المطعون فيه.

الرئيس : المستشار / محمد الأمين محمد بيب - رئيس الدائرة.

الأعضاء : المستشار / بادي محمد الجرام

المستشار / عبد الكريم فرعون

١٣ ش - (الطعن رقم ٢٩٤ لسنة ٢٠١١ س ٥ ق. أ) جلسة ٢٠١١/٥/٢٥ (أحوال شخصية)

ولاية «ولاية على النفس». عقد «عقد الزواج» شريعة إسلامية. خطبه. كفاءه. حكم «تسببه. تسبب غير معيب». نقض «أسباب الطعن بالنقض. ما لا يقبل منها». قانون «تطبيقه». أحوال شخصية.

■ رفض ولي البنت تزويجها من غير كفى لها. لإختلاف أسمه وتاريخ ميلاده في الأوراق الرسمية التي قدمتها للتعرف عليه وعدم تقديمه الفحص الطبي المنصوص عليه في المادة ٢/٢٤ من قانون الأحوال الشخصية. لا عيب.

المحكمة

حيث يتلخص من وثائق الملف ومن الحكم المطعون فيه ان الطاعنة أقامت دعوى في مواجهة والدها المطعون ضده لدى محكمة أبو ظبي الابتدائية بتاريخ ٢٠١٠/١٠/٢٠ تحت رقم ٢٠١٠/١١٦٤ طلبت في ختامها الإذن بتزويجها بولاية القاضي من خاطبها الذي يرغب في الزواج بها وأنه كفء لها وان والدها (المدعى عليه) رفض زواجها به. وأوضحت في دعواها ان والدها امتنع من تزويجها من خاطبها بدون سبب وكان تقدم لخطبتها عدة خاطبين إلا انه يمتنع من زواجها بدون موجب شرعي .

وبتاريخ ٢٠١٠/١٢/١٣ حكمت محكمة البداية برفض الدعوى وتحميل رافعها الرسوم والمصاريف . فاستأنفت الطاعنة الحكم بتاريخ ٢٠١٠/١٢/١٦ تحت رقم ٢٠١٠/١٠٩٠.

وبتاريخ ٢٠١٠/٢/١٥ حكمت محكمة الاستئناف بتأييد الحكم المستأنف وألزمت المستأنفة بالرسوم على درجتي التقاضي .

ولم يرض الطاعنة هذا الحكم فأقامت عليه طعنًا المائل بالنقض بتاريخ ٢٠١٠/٣/١٣ وقدم المطعون ضده مذكرة جوابية طلب في ختامها رفض الطعن وإلزام الطاعنة بالرسوم والمصروفات ومقابل أتعاب المحاماة ، كما قدمت النيابة العامة مذكرة فوضت في ختامها الرأي للمحكمة ورأت هذه الأخيرة في غرفة المشورة ان الطعن جدير بالنظر فحددت لنظره جلسة.

وحيث تنعى الطاعنة على الحكم المطعون فيه الخطأ في تطبيق القانون، والقصور في التسبيب، والفساد في الاستدلال وتجمال ذلك في سببين :

تنعى فيهما كون الحكم أخطأ لما اعتبر كون المدعو (الخطاب) دخل دولة الإمارات العربية بجواز سفر تركي على انه من مواليد ١٩٦٢/١/١٥ ثم دخلها مرة ثانية بجواز سفر ألماني على انه من مواليد ١٩٧٤/٤/٢٤ وهذا الاختلاف في تاريخ الميلاد لا يعتبر قرينة على عدم صدقه وانما هو خطأ يعود إلى الإجراءات الألمانية، وهذا لا يعد شرطاً من شروط الكفاءة في الزواج. علماً أن عمرها الآن بلغ ٢١ سنة وأن عدم زواجها يلحق بها ضرراً. ثم ان عدم إدلاء الخطاب بشهادة الفحص الطبي طبق الفقرة الثانية من المادة ٢٧ من قانون الأحوال الشخصية لا يمنع من الزواج بها ان لم يثبت ان الخطاب مصاب بأية علة مرضية تمنع زواجه بها فيكون الحكم أخطأ فيما ذهب إليه ويتعين نقضه.

وحيث إن ما تنعاه الطاعنة غير سديد، ذلك ان الثابت من وثائق الملف ان المطعون ضده رفض الموافقة على زواج بنته بالخطاب الذي تريد الزواج به على أساس انه غير كفء لها لاعتبارات منها:

أولاً : ان اسمه الحقيقي حسبما ورد في شهادة الحالة الجنائية المسلمة له من القيادة العامة لشرطة أبوظبي المؤرخة في ٢٥/١٠/٢٠١٠ بأن اسمه الحقيقي (.....) ألماني الجنسية المولود بتاريخ ١٩٧٤/٤/٢٤ مكان ولادته رافينسبورج بألمانيا من والدته (.....) ومن والده (.....) حسبما بشهادة ميلاده المسلمة من سفارة جمهورية ألمانيا الاتحادية.

ثانياً : انه يحمل جوازي سفر أحدهما تركي يتضمن انه من مواليد ١٩٦٢/١/١٥. والآخر ألماني يتضمن انه من مواليد ١٩٧٤/٤/٢٤ وهذا الاختلاف في تاريخ ميلاده وفي هويته من كونه يحمل جنسيتين شجع المطعون ضده على رفض زواج بنته بالشخص الذي تريد الزواج به.

ثالثاً : انه لم يدل بتقرير طبي يفيدخلوه من الأمراض المعدية طبق المنصوص عليه في الفقرة الثانية من المادة ٢٤ من قانون الأحوال الشخصية.

ومحكمة البداية المؤيد حكمها لما عللت قضاءها بكون البين من ظاهر الأوراق ان امتناع المطعون ضده من الموافقة على زواج بنته الطاعنة من المتقدم لخطبتها لكونه أجنبياً ويلزم التحري عنه وما دون في جوازي سفره يخالف تعاليم الإسلام التي توجب الصدق في المعاملات ليس تعسفاً منه في استعمال حقه وانما هو بحث عن مصلحة بنته التي لا تعرف شؤون الآخرين أكثر منه فضلاً عن عدم توفير الشروط القانونية بشأن الفحص الطبي . تكون قد طبقت القانون ويكون ما أثير غير سديد حرياً بالرفض.

الرئيس : المستشار / محمد الأمين محمد بيب - رئيس الدائرة.

الأعضاء : المستشار / عبدالسلام الخراز

المستشار / عبد الكريم فرعون

١٤ ش - (الطعن رقم ٩٤٣ لسنة ٢٠١١ س ٥ ق. أ) جلسة ٢٠١١/١٠/١٩ (أحوال شخصية)

ولاية «ولاية على النفس» عقد «عقد الزواج». مهر. هدايا. نيابة «نيابة قانونية» دعوى «المصلحة والصفة في الدعوى». حكم «تسبيبه. تسبيب غير معيب». نقض «أسباب الطعن بالنقض. ما لا يقبل منها».

■ قيام والد الطاعنة بقبض المهر المتفق عليه من المطعون ضده نيابة عن إبنته بصفته ولياً طبيعياً يتولي تزويجها. صحيح.

■ إنصراف الآثار المترتبة على ذلك إلى ذمة الطاعنة بإعتباره نائباً قانونياً عنها.

■ قيام الصفة في حقها في الدعوى المقامة عليه لرد المهر.

المحكمة

حيث يؤخذ من وقائع الدعوى وسائر وثائقها ومن الحكم المطعون فيه أن المطعون ضده أقام الدعوى رقم ٢٠١١/٢٧٦ أمام محكمة أبو ظبي الابتدائية بمواجهة الطاعنة طلب في ختامها الحكم بإلزامها برد المهر المتفق عليه وقدره ٤٥,٠٠٠ درهم ورد مبلغ ٤٤٢٠ درهم عبارة عن مصاريف وهدايا وذلك على سند من القول انه تقدم لخطبة الطاعنة وتم الاتفاق على المهر وقدره ٤٥,٠٠٠ درهم سلمه لوالدها وقدم لها هدايا بقيمة ٤٤٢٠ درهم إلا ان الطاعنة عدلت عن الخطبة والاتفاق ولم ترد له ما قبضته مما دعاه لإقامة الدعوى.

وبتاريخ ٢٠١١/٥/١٦ حكمت محكمة البداية بإلزام المدعى عليها بأن تؤدي للمدعي مبلغ ٤٥,٠٠٠ درهم وإلزامها بالمصاريف ورفض ما عدا ذلك من طلبات. فاستأنفت الطاعنة هذا الحكم بالاستئناف رقم ٢٠١١/٥٩٣، وبتاريخ ٢٠١١/٦/٢٢ حكمت محكمة الاستئناف برفض الاستئناف وتأييد الحكم المستأنف وإلزام المستأنفة بالرسوم والمصاريف.

فلم ترض الطاعنة بهذا الحكم فأقامت عليه طعنها المائل وقدمت النيابة العامة مذكرة رأت فيها قبول الطعن شكلاً وفي الموضوع تفويض الرأي للمحكمة، ورأت هذه الأخيرة في غرفة المشورة ان الطعن جدير بالنظر فحددت لنظره جلسة.

وحيث تنعى الطاعنة على الحكم المطعون فيه الخطأ في تطبيق القانون والفساد في الاستدلال والقضاء بغير

الثابت في الأوراق وتجل ذلك في قولها ان الحكم المطعون فيه اخطأ في تطبيق القانون حينما قضى بإلزامها بالمبلغ المقضي به رغم انتفاء صفتها وصفة المطعون ضده في الدعوى لأن عقد الاتفاق تم بين والد الطاعنة ووالد المطعون ضده الأمر الذي كان يتعين معه ان تنعقد الخصومة بين الطرفين المذكورين مما يجعل الدعوى قد أقيمت على غير ذي صفة وممن ليس له صفة مما يستوجب نقض الحكم المطعون فيه.

وحيث إن هذا النعي غير سديد، ذلك ان المادة ٣٩ من قانون الأحوال الشخصية نصت على ان « يتولى ولي المرأة البالغة عقد زواجها برضاها، ويوقعها المأذون على العقد، ويبطل العقد بغير ولي... الخ ». ومن ذلك يتضح ان الطاعنة لا يمكن ان يتم زواجها بشكل شرعي إلا إذا وافق وليها وهو الذي يقبل الخطبة ويستلم نيابة عنها مهرها من الزوج الذي ترصاه الزوجة.

لما كان ذلك، وكانت محكمة الموضوع قد توصلت إلى ان عرف البلد المأخوذ من الشريعة الإسلامية قرر ان الأبوين هما من يفاوضان بشأن زواج ولديهما المقبلين على الزواج ابتداء من الخطبة وحتى تمام عقد الزواج واستلام ما يدفع من أموال سواء كان على شكل هدايا أو مهر او غيره وعلى أساس ذلك يكون والد الطاعنة نائباً قانوناً عنها بقبول تلك الهدايا والمهر واستلامه، كما ان والد المطعون ضده مفوض عرفاً من قبل ابنه بتقديم تلك الهدايا والمهر وقد أقر الوالدان ذلك بكتابتهما لاتفاق المصاهرة المرفق ضمن أوراق الدعوى، فيكون ما ذهب إليه الحكم المطعون فيه من عدم قبول الدفع بعدم وجود صفة للمتداعيين ومن ثم إلزامها بإعادة المهر المقبوض متفقاً مع القانون مما يكون معه هذا النعي غير قائم على أساس من القانون حرياً بالرفض. وعليه يكون الطعن غير قائم على أساس من القانون حرياً بالرفض.

الرئيس : المستشار / محمد الأمين محمد بيب - رئيس الدائرة.

الأعضاء : المستشار / عبد السلام الخراز ،

المستشار / عبد الكريم فرعون.

هـ ش - (الطعن رقم ٢٤٧ لسنة ٢٠١٠ س ٤ ق.أ) جلسة ٢٠١٣/٤/١١ (أحوال شخصية)

(١) حضانة. دعوى «سماعها» حكم «تسبيبه. تسبیب غیر معیب». نقض «أسباب الطعن بالنقض. ما لا يقبل منها». تنفيذ.

■ تخلف المطعون ضدها عن المطالبة بحضانة أولادها في المدة المحددة قانوناً. بسبب لا دخل لها فيه. لا يؤثر في حقها طلب حضانتهم. مثال.

٢) نفقة. حكم «تسبيبه. تسبيب معيب». نقض «أسباب الطعن بالنقض. ما يقبل منها». «محكمة النقض» سلطتها. إثبات بوجه عام.

■ الحكم بالزام الأب بنفقة. حضانة لأولاده الذين في حضانتته. عيب. ولو كان قد سبق الحكم للأم بحضانتهم. ما دام هذا الحكم لم ينفذ. وبقوا في يد الأب. علة ذلك؟

المحكمة

حيث يؤخذ من وقائع الدعوى وسائر وثائقها ومن الحكم المطعون فيه أن الطاعن أقام الدعوى رقم ٢٠١٧/١٠٧٨ أمام محكمة أبو ظبي بمواجهة المطعون ضدها وطلب بموجبها الحكم له بإسقاط حضانة المطعون ضدها ولأولاده منها و..... و..... و..... وضمهم إليه والحكم بإبطال المفروض من النفقة، وذلك على سند من القول انه كان زوجاً للمطعون ضدها ورزق منها الأولاد المذكورين وطلقت عليه بموجب حكم استئنافي بتاريخ ٢٠٠٨/١١/١٩ وحكم لها بحضانة الأولاد إلا انها لم تطلبهم من ذلك التاريخ ويقوا عنده قائماً بكافة مطلباتهم وان المطعون ضدها قامت بتنفيذ الجزء المادي من الحكم فقط فيما عدا ما يخص الابن ٠٠٠ الذي كان في سن الرضاعة مما دعاه لإقامة الدعوى.

وبتاريخ ٢٦/١٢/٢٠١٠ حكمت محكمة أول درجة بإيقاف نفقة الأولاد و و و المفروضة لهم بموجب الحكم الاستئنافي في الاستئناف رقم ٢١٦ و ٢٥٥/٢٠٠٨ بداية من تاريخ ٢٠/٩/٢٠١٠ وإلى تاريخ تسليمهم للحاضنة لحضانتهم وبرفض باقي الطلبات وبتحميل المدعى عليها المصروفات الواقعة على الدعوى. فاستأنف الطاعن هذا الحكم بالاستئناف رقم ٩٣/٢٠١١، وكانت المطعون ضدها قد طعنت بذات الحكم الابتدائي تحت رقم ٦١/٢٠١١ وبتاريخ ٣١/١/٢٠١١ قضت محكمة الاستئناف بإلغاء الحكم المستأنف فيما قضى به بشأن إيقاف النفقة والحكم برفض الدعوى وتأبيده فيما عدا ذلك وإلزام المستأنف ضده بالرسوم والمصروفات. وبتاريخ ٩/٢/٢٠١١ قضت محكمة الاستئناف في الاستئناف المقدم من الطاعن

تحت رقم ٢٠١١/٩٣ برفضه وبتأكيد ما جاء في الحكم الاستئنافي رقم ٢٠١١/٦١ القاضي بإلغاء الحكم المستأنف بشأن إيقاف النفقة والحكم برفض الدعوى فيما عدا ذلك وإلزام المستأنف بالرسوم والمصروفات.

وبتاريخ ٢٠١١/٣/١، طعن الطاعن في هذا الحكم بالطعن الماثل. وقدمت النيابة العامة مذكرة فوضت فيها الرأي للمحكمة ورأت هذه الأخيرة في غرفة المشورة أن الطعن جدير بالنظر، فحددت جلسة لنظره.

وحيث إن الطاعن ينعى على الحكم المطعون فيه والحكم الاستئنافي رقم ٢٠١١/٦١ مخالفة الشرع والقانون والخطأ في تطبيقهما ومخالفتهما لحقيقة الواقع والثابت من الأوراق والفساد في الاستدلال والقصور في التسبيب والإخلال بحق الدفاع، وأجمل ذلك في سببين:

السبب الأول: وفيه يقول الطاعن ان الحكم المطعون فيه اخطأ برفضه إسقاط الحضانة عن المطعون ضدها واثبات حضانته للأولاد لسكوته عن المطالبة بحضانتهم أكثر من ستة أشهر مما يكون معه غير قائم على أساس من القانون حريا بالنقض.

وحيث إن هذا النعي غير سديد، ذلك ان المطعون ضدها لم تقصر في المطالبة باستلام أطفالها الذين تحت يد والدهم الطاعن اعتبارا من تاريخ صدور الحكم الاستئنافي رقم ٢٠١١/٢٥٥+٢٠٠٨ وقامت بتنفيذ الحكم المذكور وقد تعذر عليها التنفيذ لتقديم الطاعن لعدة طلبات استشكال في التنفيذ مما دفع قاضي التنفيذ لتعليق ملف التنفيذ لأكثر من مرة.

لما كان ذلك وكانت المطعون ضدها لا يد لها في عدم تنفيذ الحكم القاضي لها بحضانة أولادها فيكون ما يدعيه الطاعن من انها سكنت أكثر من ستة أشهر عن المطالبة بحضانة الأولاد المحضونين غير سديد مما يكون معه هذا النعي حريا بالرفض.

السبب الثاني: وفيه يقول الطاعن ان المحكمة المطعون في حكمها أخطأت من جهة قضائها بإلغاء حكم محكمة أول درجة الذي قضى بإيقاف نفقة المحضونين ٠٠٠٠ و ٠٠٠٠٠ و ٠٠٠٠٠ و ٠٠٠٠٠٠ ورفض الدعوى لوجودهم فعلا تحت يده وإنفاقه عليهم وعدم تحمل المطعون ضدها لأية نفقات عليهم مما يجعل حكمها معيبا مستوجبا للنقض.

وحيث إن هذا النعي سديد، ذلك ان البين من أوراق الدعوى ومن الحكم الصادر من محكمة أول درجة وحكمي محكمة الاستئناف مدار البحث ان الأولاد الأربعة ٠٠٠٠٠٠٠٠ و ٠٠٠٠ و ٠٠٠٠ و ٠٠٠ تحت يد والدهم الطاعن وان المطعون ضدها لا يوجد تحت يدها إلا الطفل ٠٠٠٠، وعليه فانه لا موجب لاستمرار دفع نفقة الأولاد الأربعة المذكورين (باستثناء الطفل ٠٠٠٠٠٠) لأهمهم ما داموا ليسوا تحت يد أهمهم الحاضنة ولا يرد القول انه لا معنى لإيقاف نفقة الأولاد الواردة في الاستئنافين ٢٠١١/٢٥٥+٢٠٠٨ وان الحكم الابتدائي لا يجوز له بحال من الأحوال ان يوقف أي بند من بنود الحكم في الاستئنافين، إذ إن حكم النفقة من الأحكام المتجددة التي تتغير

بتغير ظروف المنفق والمنفق عليه يسرا وعسرا وكذلك ظروف المعيشة وسن المنفق عليه.

لما كان ذلك وكانت المحكمة المطعون في حكمها قد ذهبت إلى غير ذلك فان حكمها المطعون فيه يكون غير قائم على أساس من القانون مما يتعين نقضه جزئيا في هذا الشق منه.

الرئيس : المستشار / محمد الأمين محمد بيب - رئيس الدائرة.

الأعضاء : المستشار / عبدالسلام الخراز

المستشار / عبد الكريم فرعون

١٦ ش - (الطعن رقم ٤٠٢، ٤١٥ لسنة ٢٠١١ س ٥ ق. أ) جلسة ٢٠١١/٥/٢٦

(أحوال شخصية)

١) حضانة. نفقة. أحوال شخصية. شريعة إسلامية. حكم «تسبيبه. تسبیب غير معيب». نقض أسباب الطعن بالنقض. ما لا يقبل منها.

■ التزام والد المحضون بتوفير مسكن لحاضنته. ما دامت الحاضنة ليس لها مكان مملوك لها أو مخصص لسكنائها. ولو كانت تتقاضى بدل نقدي للسكن من جهة عملها. أساس ذلك؟

٢) حكم «تسبيبه. تسبیب غير معيب». نقض «أسباب الطعن بالنقض. ما لا يقبل منها». إثبات «بوجه عام». دفاع «الإخلال بحق الدفاع. ما لا يوفرة».

■ إقامة الحكم على عدة دعائم تكفي كل منها لحمله بمفردها. تعيينه في إحداها. عدم قبوله. علة ذلك؟

٣) حكم «تسبيبه. تسبیب غير معيب». نفقة. نقض «أسباب الطعن بالنقض. ما لا يقبل منها». شريعة إسلامية. أحوال شخصية.

■ الحكم للحاضنة بمبلغ نقدي نفقة موصلات للمحضونين بدل تخصيص سيارة وسائق لهم. لا عيب. علة ذلك؟

٤) مذاهب فقهية. شريعة إسلامية. أحوال شخصية. حكم «تسبيبه. تسبیب معيب». نقض أسباب الطعن بالنقض. ما يقبل منها». حضانة. قانون «الخطأ في تطبيق القانون».

■ الحكم ببيات المحضون لدى والده عند رؤيته له. وليس لدى والدته الحاضنة. مخالفة للشريعة وخطأ في تطبيقها. أساس ذلك؟

٥) حضانة. نفقة. شريعة إسلامية. أحوال شخصية. حكم «تسبيبه. تسبیب معيب». نقض أسباب الطعن بالنقض. ما يقبل منها.

■ القضاء بإلغاء نفقة حضانة المحضون برغم إسقاط المطعون ضده حقه في حضانة وبقائه في حضانة والدته. عيب.

٦) نفقة. حضانة. شريعة إسلامية. حكم «تسبيبه. تسبیب معيب». نقض أسباب الطعن بالنقض. ما يقبل منها.

■ وجوب ملائمة مسكن الحضانة للمحضونين عدداً وجنساً. مخالفة ذلك: خطأ في تطبيق الشريعة والقانون. أساس ذلك؟

■ وبإلزام المدعى عليه بالرسوم والمصروفات الواقعة على الدعويين. فاستأنف المدعي هذا الحكم بالاستئناف رقم ٢٠١١/١٥٩ كما استأنفته المدعى عليها..... بالاستئناف رقم ٢٠١١/١٦٨ وبتاريخ ٢٠١٠/٣/٩ قضت محكمة الاستئناف بعد ضم الاستئنافين بقبولهما شكلاً، وفي موضوع الاستئناف رقم ٢٠١١/١٥٩ بتعديل الحكم المستأنف فيما قضى به بشأن أجره الحضانة إلى الحكم بإلزام المستأنف بأن يؤدي إلى المستأنف ضدها أجره حضانة أولادها منه و مبلغ ألف درهم شهرياً تسري من تاريخ المطالبة القضائية في ٢٠١٠/٩/١٩.

■ وفي موضوع الاستئناف المتقابل رقم ٢٠١١/١٦٨ بإلغاء الحكم المستأنف فيما قضى به بشأن رفض مسكن الحضانة والحكم بإلزام المستأنف بأن يؤدي إلى المستأنف ضدها أجره مسكن حضانة مبلغ ٧٠,٠٠٠ درهم سنوياً لحين توفيره مسكناً للحضانة مكوناً من غرفتين وصالة ومنافعه مؤثلاً ومناسباً بجزيرة أبو ظبي على أن يسري ذلك من تاريخ صدور هذا الحكم.

■ وفيما عدا ذلك بتأييد الحكم المستأنف وألزم كل مستأنف بالمناسب من مصاريف الدعوى.

وبتاريخ ٢٠١١/٤/٦، طعن الطاعن في هذا الحكم بالطعن رقم ٢٠١١/٤٠٢.

وبتاريخ ٢٠١١/٤/٧ طعنت الطاعنة في ذات الحكم بالطعن رقم ٢٠١١/٤١٥.

وقدم الطرفان مذكرتين جوابيتين على طعن كل منهما، وقدمت النيابة العامة مذكرة فوضت فيها الرأي للمحكمة ورأت هذه الأخيرة في غرفة المشورة أن الطعنين جديران بالنظر، فحددت جلسة لنظرهما.

الطعن رقم ٢٠١١/٤٠٢:

وحيث إن الطاعن ينعى على الحكم المطعون فيه مخالفة القانون والخطأ في تطبيقه وتأويله والقضاء بما لم يطلبه الخصوم، ولخص ذلك في ثلاثة أسباب:-

السبب الأول : وفيه يقول الطاعن ان الحكم المطعون فيه خالف القانون بإلزامه الطاعن بتوفير مسكن للحضانة ولحين توفيره تأديته لها مبلغ سبعين ألف درهم بدل سكن ذلك ان راتب المطعون ضدها يشمل كافة البدلات ومنها بدل السكن مما يجعله مستوجبا للنقض.

وحيث إن هذا النعي غير سديد، ذلك ان المادة ٢/١٤٨ من قانون الأحوال الشخصية انما أعفت والد المحضون (المنفق عليه) من توفير مسكن للمحضون في إحدى حالتين الأولى: هي وجود مسكن تملكه الحاضنة والثانية: وجود مسكن مخصص لسكنها، ولما كان هذا غير متوفر في هذه الحالة الماثلة، فان المطعون ضدها تستحق مسكن الحضانة أو أجرته (ولا ينال من ذلك ما ذكره الطاعن من ان المطعون ضدها تتقاضى بدل سكن من الجهة التي تعمل فيها)، لان نص المادة المشار إليها أعلاه حصر عدم أحقية الحاضنة في أجره مسكن

الحضانة في أمرين:

الأول: ملكيتها لمسكن تقيم فيه، والثاني: ان تقيم في مسكن مخصص لها.

لما كان ذلك، فإن حق الحاضنة (المطعون ضدها) في الحصول على حكم يلزم والد المحضونين بتوفير مسكن لهم يبقى ثابتاً شرعاً وقانوناً. ومن ثم يكون ما ذهب إليه الحكم المطعون فيه من إلزام الطاعن بإسكان أولاده المحضونين صحيحاً متماشياً مع النصوص الشرعية والقانونية التي تحكم الدعوى. وعليه يكون هذا النعي غير قائم على أساس حرياً بالرفض.

السبب الثاني: وفيه يقول الطاعن ان المطعون ضدها طعنت في صحيفة استئنائها بالتزوير على الشهادة الصادرة من مجلس أبو ظبي للتوطين التي تفيد انها تستفيد من بدل السكن ولم يتناول الحكم المطعون فيه هذا الدفع مما يعيبه ويكون معه مستوجباً للنقض.

وحيث إن هذا النعي غير منتج، ذلك انه من المقرر في قضاء هذه المحكمة انه يكفي لسلامة الحكم أن تكون إحدى دعائمه التي بني عليها صحيحة ولو انهارت بقية دعائمه.

لما كان ذلك، وكان البين من أسباب الحكم المطعون فيه ان المحكمة التي أصدرته اكتفت بمناقشة موضوع عدم وجود مسكن تملكه المطعون ضدها أو مخصص لسكنائها، وكان هذا الذي خلصت إليه محكمة الموضوع سائغاً ولا مخالفة فيه للقانون وله أصله الثابت في الأوراق وكافياً لحمل قضائها في هذا الخصوص، ومن ثم فإن ما يثيره الطاعن في هذا النعي يكون غير منتج، وبالتالي يكون هذا النعي غير قائم على أساس صحيح من الواقع أو القانون ويتعين رفضه.

السبب الثالث: وفيه يقول الطاعن ان الحكم المطعون فيه إذ قضى للمطعون ضدها ببطل تنقلات الأولاد المحضونين يكون قد قضى بما لم تطلبه المطعون ضدها التي طالبت بتوفير سيارة وسائق وبذلك يكون الحكم المطعون فيه حرياً بالنقض.

وحيث إن هذا النعي غير سديد، ذلك ان المطعون ضدها وفي كافة مراحل الدعوى طالبت بإلزام الطاعن بتوفير سيارة وسائق لنقل المحضونين.

لما كان ذلك، وكانت المحكمة المطعون في حكمها قد ذهبت إلى تخصيص مبلغ ألف وخمسمائة درهم شهرياً بدل مواصلات الأولاد المحضونين، فانها تكون قد استعملت صلاحيتها الموضوعية في تقدير نوع المواصلات او بدلها الذي يحتاجه الأولاد المحضونون بدلاً مما طلبته المطعون ضدها من توفير سيارة وسائق. وعليه يكون الحكم المطعون فيه متفقاً مع القانون مما يكون معه هذا النعي غير قائم على أساس حرياً بالرفض.

الطعن رقم ٤١٥/٢٠١١:

وحيث إن الطاعة تنعى على الحكم المطعون فيه خطأ في تطبيق القانون وتأويله ، ولخصت ذلك في ثلاثة أسباب:

السبب الأول: وفيه تقول الطاعة أن الحكم المطعون فيه أخطأ عندما قضى بمبيت المحضونين عند المطعون ضده لأن ذلك يؤثر سلبا عليهم نظرا لكونهم في مراحل التعليم المختلفة ويلزمهم قسما من الراحة وملتزمون بمدرسين واجبات مدرسية ولا يتوفر ذلك عند المطعون ضده مما يكون معه الحكم المطعون فيه مستوجبا للنقض.

وحيث إن هذا النعي سديد، ذلك أنه من المقرر في قضاء هذه المحكمة، وفي الفقه المالكي الذي نص قانون الأحوال الشخصية على أنه هو أول ما يرجع إليه من المذاهب بخصوص ما لم ينص عليه، ان لا يبيت المحضون الا عند حاضنته.

قال البرادعي في كتاب إرخاء الستور من تهذيب المدونة ٣/٣٩٩ وللأب تعاقد الأولاد عند أمهم وأدبهم وبعثهم إلى المكتب ولا يبيتوا إلا عندها. ونقله الحطاب في مواهب الجليل عند قول خليل وللأب تعاذه وأدبه وبعثه للمكتب، كما نقله أيضا المواق في التاج والاكليد عند نفس النص ٥/٥٩٥.

وقال ابن أبي زيد في النوادر والزيادات ٥/٦٠: للرجل ان يعلم ولده ويخرجهم بالنهار ويرجعوا إلى أمهم بالليل وهي مطلقة أه.

مما مؤداه انه ليس للولد وقت الرؤية ان يبيت عند والده، وانما مبيته عند الحاضنة، وان على الأب ان يعيده إلى الحاضنة بعد إتمام الرؤية.

لما كان ذلك وكان هذا الذي خلصت إليه محكمة الموضوع مخالفا لما ذكر، فإن الحكم المطعون فيه يكون غير قائم على أساس من القانون حريا بالنقض جزئيا في هذا الشق منه.

السبب الثاني: وفيه تقول الطاعة أن الحكم المطعون فيه أخطأ عندما أسقط أجرة حضانتها للولد حمدان نظرا لأن المطعون ضده تنازل عن طلب إسقاط حضانتها وما زال الابن في حضانة والدته الطاعة مما يكون معه الحكم المطعون فيه مستوجبا للنقض.

وحيث إن هذا النعي سديد، ذلك ان البين من أوراق الدعوى ان المطعون ضده قد تنازل عن حضانة ولده حمدان للطاعة، وبالتالي فهي القائمة على شؤونه ورعايته وتستحق على ذلك أجرة حضانتها استنادا لنص المادة ٣/١٤٨ من قانون الأحوال الشخصية.

لما كان ذلك وكان الحكم المطعون فيه قد ألغى نصيب الولد حمدان من أجرة الحاضنة التي فرضتها محكمة أول درجة على الرغم من إسقاط المطعون ضده حقه في حضانة الولد حمدان البالغ من العمر ١٤ عاما، فانه

يكون غير قائم على أساس من القانون مما يوجب نقضه جزئياً في هذا الشق منه.

السبب الثالث: وفيه تقول الطاعة ان الحكم المطعون فيه لم يراع مصلحة المحضونين عند فرضه لمسكن الحضانة المكون من غرفتين وصالة، وكان عليه ان يفرض مسكناً للحضانة مكوناً من ثلاث غرف من اجل فصل البنات عن الابن في المنام، مما يكون معه الحكم المطعون فيه حرياً بالنقض جزئياً في هذا الشق منه.

وحيث إن هذا النعي سديد، ذلك أن المقرر وفق ما تقضي به الفقرة الثانية من المادة ١٤٨ من قانون الأحوال الشخصية ان إعداد سكن ملائم لحضانة الصغير هو جزء من نفقته الواجبة على أبيه، مما مؤداه ان مسكن الحضانة يجب ان يكون مناسباً لحالهم من حيث العدد والجنس. لما كان ذلك، وكان من بين الأولاد المحضونين الولد حمدان وعمره ١٤ سنة وثلاث بنات وكان التفريق بين الأولاد في هذه السن واجباً، وذلك لقول النبي - صلى الله عليه وسلم-: (مروا أولادكم بالصلاة لسبع، واضربوهم عليها لعشر، وفرقوا بينهم في المضاجع). فيكون ما ذهب إليه الحكم المطعون فيه من إلزام المطعون ضده بتوفير مسكن من غرفتين غير قائم على أساس حرياً بالنقض جزئياً في هذا الشق منه.

الرئيس: المستشار / محمد الأمين محمد بيب - رئيس الدائرة.

الأعضاء: المستشار / عبدالسلام الخراز

المستشار / عبد الكريم فرعون

١٧ ش - (الطعون أرقام ٦١٢، ٦١٩، ٦٣٥، ٦٤٢ لسنة ٢٠١١ س ٥ ق. أ)

جلسة ٢٠١١/٩/٢١ (أحوال شخصية)

(١) حضانة. أحوال شخصية. حكم «تسببيه. تسبیب معيب». نقض أسباب الطعن بالنقض. ما يقبل منها». مذاهب فقهيه. شريعة إسلامية. «قانون الخطأ في تطبيق القانون».

■ الحكم للأم بحضانة للأولاد رغم ثبوت عدم أمانتها عليهم. مخالفة للقانون وخطأ في تطبيقه. أساس ذلك؟ مثال.

■ وجوب بقاء الصغير المحتاج لرعاية الأم في حضانتها. حتى يبلغ الولد أحد عشرة سنة والصغيرة ثلاثة عشرة سنة.

(٢) محكمة الموضوع «سلطتها». نفقة. مذاهب فقهيه. شريعة إسلامية. أحوال شخصية. حكم «تسببيه. تسبیب غير معيب». نقض «أسباب الطعن بالنقض. ما لا يقبل منها».

■ تقدير مقدار النفقة الواجبة على المنفق بقدر إستطاعته وحاجة المنفق عليه بمراعاة الزمان والمكان. موضوعي. ما دام سائغا. أساس ذلك؟ مثال.

(٣) نفقة. حكم «تسببيه. تسبیب غير معيب». نقض «أسباب الطعن بالنقض. ما لا يقبل منها». محكمة الموضوع. «سلطتها». إثبات «بوجه عام».

■ نفقة مسكن الحضانة وجوبها على ولي المحضون. متى كانت الحاضنة لا تملك مسكنا تقيم فيه أو مخصص لها مسكن لإقامتها. المادة ١٤٨ من قانون الأحوال الشخصية.

المحكمة

حيث يتلخص من وثائق الملف ومن الحكم المطعون فيه ان الطاعن أقام دعوى في مواجهة المطعون ضدها لدى ابتدائية العين بتاريخ ٢٠١٠/١٠/٣ تحت رقم ٢٠١٠/٧٤٠ طلب في ختامها الحكم بإسقاط حضانتها لأولادها منه الثمانية وهم عمره ١٠ سنوات، و ٩ سنوات، و ٨ سنوات و ٦ سنوات، و ٥ سنوات و ٣ سنوات وعشرة أشهر، و سنتان، و ثمانية أشهر، وذلك لإهمالها لهم، وعدم قيامها بصيانتهم ورعايتهم، ذلك انها قبل طلاقه لها بسنتين قامت بزيارة والدها فاستغل أخوها فرصة وجود الولدين، و هناك فمارس عليهما الشذوذ الجنسي، ولم يعلم بذلك إلا في الشهر السادس من السنة الماضية وان طلاقه لها تم في الشهر التاسع من

السنة ذاتها، ورغم علمها بذلك لم تهتم بما وقع مما تعتبر معه مهمة، وبالتالي لا يتوفر فيها شرط الأمانة الذي هو شرط في الحضانة. كما تقدم بطلب تظلم رقم ٢٠٠٠/٣٦. التمس فيه إلغاء الأمر المتظلم منه رقم ٢٠١٠/٢٦٠. الذي قضى عليه بتسليم أولاده المذكورين إلى المدعى عليها والدتهم، باستثناء البنت، والتزامه بأدائه لها نفقة مؤقتة لهم بواقع (ألف ١٠٠٠ درهم لكل واحد منهم) .

وبتاريخ ٢٠١٠/١٠/٣ تقدمت المدعى عليها بدعوى متقابلة تحت رقم ٢٠١٠/٧٤٢ طلبت في ختامها الحكم بإثبات حضانتها لأولادها من المدعى عليه تقابلاً وإلزامه بدفع نفقتهم، وتوفير سكن لهم أو بدل إيجار نقداً. وبدل أثاثه، وتوفير خادمتين لهم مع أجرتهما ومصاريف استقدامهما وتوفير سيارة وسائقها وأداء أجرته، وتسليمها أصول الوثائق الثبوتية للأولاد وأداء متعتها، وأجرة حضانتها .

وأوضحت في دعواها انها كانت زوجة للمدعى عليه متقابلاً بمقتضى عقد شرعي، وأنجبت منه على فراش الزوجية الأولاد الثمانية المذكورة أسماؤهم أعلاه .

وبتاريخ ٢٠١٠/٩/٣٠ أوقع عليها الطلاق الذي صادف الطلقة الثالثة بدون موجب شرعي.

وبتاريخ ٢٠١١/٣/٢٣ حكمت محكمة البداية :

أولاً: في الدعوى رقم ٢٠١٠/٧٤٠ بالحكم على المدعى عليها بإسقاط حضانتها لأولادها. و.....
..... و..... وتسليمهم إلى والدهم المدعى لحضانتهم، وإبقائها على حضانة الأولاد الثلاثة
..... و..... إلى حين بلوغهم سن التمييز، وبرفض باقي الطلبات الأخرى .

ثانياً : في الدعوى المتقابلة رقم ٢٠١٠/٧٤٢ بالحكم على المدعى عليه بأدائه لها متعتها مبلغ (١٩٢٠٠) درهم ،
وبإسناد حضانة الأولاد و..... إليها، وبأدائه لها أجرة حضانتها وسكنها مبلغ (٣٠٠٠)
درهم شهرياً لكل واحد منهم نفقة شاملة للأكل والشرب واللباس، والتطبيب، وبأدائه لها مبلغ ألف (١٠٠٠)
درهم شهرياً لهم جميعهم بدل تنقلاتهم الكل ابتداء من تاريخ تسليمهم إلى والدتهم .

ثالثاً : في التظلم بتعديل الأمر المتظلم منه رقم ٢٠١٠/٢٦٠ موضوع التظلم رقم ٢٠١٠/٣٦ بإلغائه فيما يخص الأولاد و..... فقط، وبتأييده فيما يخص الأولاد و.....
وبإقتطاع مبلغ (١٠٠٠) درهم المقضي به بمقتضاه لفائدة كل واحد من الأولاد الثمانية أي ما مجموعه (٨٠٠٠)
درهم ان كان قد نفذ الأمر المذكور، وذلك من مجموع النفقة المحكوم بها في الدعوى رقم ٢٠١٠/٧٤٢. وتوزيع
مصاريف الدعوى وأتعاب المحاماة مناصفة بين الطرفين . فاستأنف الحكم كل من الطرفين الأول تحت رقم
٢٠١١/١٦٧. والثانية تحت رقم ٢٠١١/١٧٢.

وبتاريخ ٢٠١١/٤/٢٥ حكمت محكمة الاستئناف بإلغاء الحكم المستأنف جزئياً والقضاء مجدداً بإثبات

حضانة المستأنفة أصلياً لأولادها و و وإلزام المستأنف أصلياً بتسليم هؤلاء الأولاد لحاضنتهم (والدتهم) وأدائه لها نفقتهم الشاملة للمأكل والملبس والتطبيب في مبلغ (١٠٠٠) درهم شهرياً لكل واحد منهم فيصير مجموع النفقة المحكوم به للجميع (ثمانية آلاف ٨٠٠٠) درهم اعتباراً من تاريخ ٢٠١٠/١٠/٣ بالنسبة لمن كان معها من الأولاد، ومن تاريخ تسلمها لمن كانوا مع أبيهم، وإلى غاية سقوط الفرض شرعاً عن المستأنف تقابلاً ، وبأدائه لها أيضاً أجرة حضانة وبدل مسكن مبلغ (أربعة آلاف درهم) شهرياً عن نفس المدة السابقة، وبتأييد الأمر على عريضة المتظلم منه رقم ٢٠١٠/٢٦٠ وتعديل الحكم المستأنف جزئياً بتخفيض مبلغ المتعة إلى اثني عشر ألف درهم فقط ، وبرفض الاستئنافين فيما عدا ذلك وتأييد الحكم المستأنف وإلزام الطرفين بالمناسب من المصاريف .

ولم يرض الطاعن هذا الحكم فأقام عليه طعونه الماثلة بالنقض بتاريخ ١٨ و ١٩ و ٢٢/٥/٢٠١١ . وقدمت المطعون ضدها مذكرات جوابية طلبت في ختامها رفض جميع الطعون وإلزام الطاعن بالرسوم والمصاريف ومقابل أتعاب المحاماة على كافة درجات التقاضي ، كما قدمت النيابة العامة مذكرات فوضت في ختامها الرأي للمحكمة، ورأت هذه الأخيرة في غرفة المشورة ان الطعون جديرة بالنظر فحددت لنظرها جلسة .

وحيث ينعى الطاعن على الحكم المطعون فيه مخالفته للشرع والقانون والقصور في التسبيب والفساد في الاستدلال والإخلال بحق الدفاع . ويجمل ذلك فيما يلي :

ينعى على الحكم كونه خالف المنصوص عليه في المادتين ١٤٣ و ١٥٢ من قانون الأحوال الشخصية ، إذ من جملة الشروط التي يجب ان تتوفر في الحاضنة الأمانة ، والقدرة على تربية المحضون وصيانته ورعايته . وإلا سقط حقه في الحضانة . والمطعون ضدها أختل فيها أكثر من شرط وأهم ذلك الأمانة والقدرة على تربية المحضون ورعايته وصيانته، إذا الثابت من وثائق الملف ان شقيق المطعون ضدها (خال المحضونين) مارس الشذوذ الجنسي على الأولاد (..... و و) في منزل والدها (جد المحضونين) وبعلمها ولم تخبر والدهم (الطاعن) بذلك . بل انها حسبما جاء في تصريح الأولاد الثلاثة في جلسة ٢٠١١/١/٣١ لما استمعت إليهم محكمة البداية بأن والدتهم كانت تهددهم وتضربهم هي واخوانها إذا ما فكر احدهم ان يفشي الخبر إلى والدهم . وطيلة المدة التي وقع فيها الفعل لم يستطيعوا إخبار والدهم بذلك إلا بعد طلاقه لها . ولقد أثبتت الخبرة الطبية التي أجريت على دبر كل واحد منهم ، كما تشير العلامات المشاهدة بأنهم تعرضوا لعملية الشذوذ الجنسي فترات متكررة يتعذر تحديدها . كما أفاد التقرير الطبي النفساني بأن الأولاد الثلاثة كلهم كانوا عرضة لاعتداءات جنسية يحتمل معها إصابتهم استقبلاً باضطرابات نفسية لا يمكن تحديد حدتها . والمحكمة المطعون في حكمها لما خالفت كل ما ذكر يكون حكمها جانب الصواب مستوجباً للنقض .

وحيث إن ما ينعاه الطاعن في هذا الوجه شديد، ذلك ان المادة ١٤٣ من قانون الأحوال الشخصية. نصت على ان من شروط استحقاق الحاضن للحضانة ((الأمانة)) وقد فسر فقهاء المذهب المالكي المعمول به في الدولة

((الأمانة)) المطلوب توفرها في الحاضن بحفظ الدين . قال الدسوقي في حاشيته على الشرح الكبير للدردير الجزء الثالث صفحة ٥١١ . لدى قول الشيخ خليل في باب الحضانة : ((والأمانة وأثبتها)) المراد بالأمانة هنا حفظ الدين أهـ . لما كان ذلك وكان التقرير الطبي الموجود بالملف أثبت ان ثلاثة من أولاد المطعون ضدها تعرضوا لممارسة الشذوذ الجنسي ضدهم بصفة متكررة ، وكان ذلك حصل وهم في حضانتها فإن ذلك يدل على إهمالها لهم وكونها غير أمينة على دينهم ، إذ لا خطر على الدين أكبر من ان ينشأ الأولاد على ممارسة هذه الرذيلة الشنيعة ، ومن ثم يكون ما ذهب إليه الحكم المطعون فيه من إعطاء حضانة جميع الأولاد لأهمهم المطعون ضدها مخالفاً للنصوص الشرعية والقانونية التي تحكم الدعوى مما يتعين معه نقضه في هذا الشق منه .

وحيث إن مصلحة الولد البالغ عمره سنتين والبنت البالغ عمرها ثمانية أشهر تتطلب بقاؤهما عند أمهما لعدم إمكان استغنائهما عنها وهما في هذه المرحلة من العمر وقد تقرر ان مصلحة المحضون أولى بالمراعات من توفر شروط الحضانة في الحاضن ومن ثم يتعين بقاء حضانة هذين الولدين عند المطعون ضدها حتى يتجاوزا سن حضانة النساء ببلوغ الذكر إحدى عشر سنة ، والأنثى ثلاث عشرة سنة طبق المنصوص عليه في الفقرة الأولى من المادة ١٥٦ من نفس القانون المشار إليه أعلاه . ما لم يكن هناك موجب شرعي لغير ذلك .

وينعى على الحكم كونه قضى في نفقة الأولاد ، وأجرة الحضانة ومصلحة المطعون ضدها بمبالغ مبالغ فيها لا تتناسب ووضع المادي من كونه متزوجاً بامراه أخرى ولها عليه التزامات ، سيما والأولاد المحكوم بنفقتهم (ألف درهم) شهرياً لكل واحد منهم لازالوا صغاراً أكبرهم له عشر سنوات وأصغرهم له سنة تقريباً ، وبالتالي لا يمكن ان ينفقوا شهرياً ثمانية آلاف درهم . كما ان مبلغ المتعة المحكوم به لم يراع في تقديره يسره وعسره مما يكون معه الحكم خالف القانون يتعين نقضه .

وحيث إن ما ينعاه الطاعن في شأن نفقة الأولاد الستة الذين انتهت هذه المحكمة إلى سقوط حضانة المطعون ضدها لهم لم يعد منتجاً ولم يبق له مبرراً إذ سيكونون في المستقبل عند الطاعن .

وفي شأن باقي نفقة الولدين و وأجرة الحضانة ومصلحة المطعون ضدها فإنه وزيادة على كون المبالغ المحكوم بها في هذا الشأن مناسبة لحال الطاعن فإن من المقرر في قضاء هذه المحكمة عملاً بنصوص المذهب المالكي المعمول به في الدولة ان لمحكمة الموضوع مطلق السلطة في تقدير قدر النفقة الواجب على المنفق ان يدفعها لمن تجب عليه نفقته انطلاقاً من مدى يسار المنفق وحاجة المنفق عليه دون رقابة عليها في ذلك متى قام قضاؤها على أسباب سائغة تكفي لحمله .

قال ابن عاصم في التحفة :

وكل ما يرجع لافتراض موكل إلى اجتهاد القاضي
بحسب الأقوات والأعيان والسعر والزمان والمكان

لما كان ذلك وكانت المحكمة المطعون في حكمها رأّت في نطاق سلطتها التقديرية ان المبالغ المحكوم بها مناسبة لحال الطاعن والتزاماته الأخرى من كون راتبه الشهري يتعدى مبلغ ٤٨٦٠٠ درهم فإن قضاءها يكون صحيحاً متماشياً مع التطبيق الصحيح للنصوص الشرعية والقانونية التي تحكم الدعوى ومن ثم يكون النعي مجرد جدل موضوعي فيما هو خاضع للسلطة الموضوعية للمحكمة ومن ثم يتعين رفضه .

وينعى على الحكم مخالفته للفقرة الثانية من المادة ١٤٨ من قانون الأحوال الشخصية ذلك ان المطعون ضدها تقيم في منزل والدها الكائن في مدينة العين الشويب منزل رقم ٤ بالقرب من بقالة أي ان والدها خصص لها مسكناً تقيم فيه ولم تستأجر أي مسكن وبذلك لا يحق لها ان تجمع بين السكن الذي تقيم فيه مجاناً مخصصاً لها وبين ما قضي لها به من أجرة مسكن الحضانة مما يكون معه الحكم خالف القانون يتعين نقضه.

وحيث إن ما ينعه الطاعن غير سديد، ذلك ان الفقرة الثانية من المادة ١٤٨ من قانون الأحوال الشخصية أوجبت على ولي المحضون مسكن حاضنة إلا إذا كانت الحاضنة تملك مسكناً تقيم فيه أو مخصصاً لسكانها . والطاعن وان ادعى أن والد المطعون ضدها خصص لها مسكناً تقيم فيه ولم تستأجر أي مسكن فإنه لم يدل بما يثبت ذلك ومحكمة البداية المؤيد حكمها ردت على ذلك بما فيه الكفاية مما يكون معه ما أثير في هذا الشأن غير سديد حرياً بالرفض .

الرئيس : المستشار / محمد الأمين محمد بيب - رئيس الدائرة.

الأعضاء : المستشار / عبدالسلام الخراز

المستشار / عبد الكريم فرعون

١٨ ش - (الطعن رقم ٧٥٩ لسنة ٢٠١١ س ٥ ق . أ) جلسة ٢٨/٩/٢٠١١ (أحوال شخصية)

حضانة. حكم «تسببيه. تسبيب. غير معيب». شريعة إسلامية. إثبات «بوجه عام» «عبء الإثبات» محكمة الموضوع «سلطانها».

■ الأحكام الجنائية التي تسقط الحق في الحضانة. هي تلك المتعلقة بجرائم العرض. دون غيرها من الجرائم. أساس ذلك؟ مثال.

■ الحضانة حملها على الصلاح والقدرة. على من يدعي خلاف ذلك عبء الإثبات.

■ سلطة محكمة الموضوع في تقدير صلاحية من له الحق في الحضانة. مثال.

المحكمة

حيث يؤخذ من وقائع الدعوى وسائر وثائقها ومن الحكم المطعون فيه أن المطعون ضدها أقامت الدعوى رقم ٢٠١١/٦٩ أمام محكمة العين الابتدائية بمواجهة الطاعن طلبت في ختامها الحكم بتطبيقها على الطاعن طلبة ثالثة بآئنة بينونة كبرى خلعا وبإثبات حقها في حضانة أولادها الخمسة من الطاعن وهم مريم وفاطمة وحمة وروضة ومنصور وإلزامه بتسليمهم لها وبدفع نفقتهم وأجرة حضانة وبتوفير خادمة وسيارة وسائق لخدمة المحضونين وإلزامه بتسليمها جواز سفرها والأوراق الثبوتية الخاصة بالمحضونين وإلزامه بالرسوم والمصاريف وذلك على سند من القول انها زوجة للطاعن وأنجبت منه أثناء قيام الزوجية الأولاد السابق ذكرهم إلا انه يسيء معاملتها ومعاشرتها ويتعدى عليها بالسب والضرب ولا ينفق عليها وأضر بها بما لا يستطاع معه دوام العشرة بينهما وسبق أن طلقها طلقتين، مما حدا بها لإقامة الدعوى.

وبتاريخ ٢٠١١/٤/٦ حكمت محكمة البداية بفسخ عقد زواج المدعية من المدعى عليه خلعا مقابل تنازلها عن جميع نفقاتها السابقة (نفقة المتعة + نفقة العدة) وبإلزام المدعى عليه بتسليمها جواز سفرها ورفض ما عدا ذلك من طلبات وإلزام طرفي الدعوى بالمصروفات مناصفة. فاستأنفت المطعون ضدها هذا الحكم بالاستئناف رقم ٢٠١١/١٨٩، وبتاريخ ٢٠١١/٥/٣٠ حكمت محكمة الاستئناف بإلغاء الحكم المستأنف جزئيا والحكم مجددا بأحقية المستأنفة في حضانة أولادها من المستأنف ضده وهم مريم ١٨ سنة وفاطمة ١٦ سنة وحمة ١٢ سنة وروضة ٨ سنوات ومنصور ٧ سنوات وإلزام المستأنف ضده بتسليمهم لها، وبأن يؤدي لها مبلغ ٤٥٠٠ درهم شهريا كنفقة بنوعيتها لأولاده المذكورين بالسوية بينهم وبتوفير مسكن مناسب لحضانتهم ومبلغ ٢٥٠ درهم شهريا أجرة حضانتهم والكل ابتداء من تاريخ تسلمها لهم وبعدم قبول طلب الأوراق الثبوتية الخاصة بالأولاد وبرفض الاستئناف فيما عدا ذلك وتأيد الحكم المستأنف وإلزام

المستأنف ضده بالمصاريف.

فلم يرض الطاعن بهذا الحكم فأقام عليه طعنه المائل وقدمت النيابة العامة مذكرة رأّت فيها قبول الطعن شكلاً وفي الموضوع تفويض الرأي للمحكمة، ورأت هذه الأخيرة في غرفة المشورة ان الطعن جدير بالنظر فحددت لنظره جلسة.

وحيث ينعي الطاعن على الحكم المطعون فيه الخطأ في تطبيق الشريعة والقانون وتأويلهما وتفسيرهما والقصور في التسبيب والفساد في الاستدلال والإخلال بحق الدفاع ويحمل ذلك بقوله ان الحكم الجزائي الصادر في الاستئنافين رقم ١٣٩٤+١٥٤٨/٢٠١١ والذي أدان المطعون ضدها بأعمال السحر والشعوذة داخل منزل الزوجية وبغرف نوم أطفالها وأمام أعينهم بطرق وأشكال مختلفة قد اكتسب الدرجة القطعية وله حجية في الدعوى المدنية ويثبت ان المطعون ضدها ليست أمينة على الأولاد المحضونين وانها لا تستحق حضانتهم وان مصلحة المحضونين تكمن في بقائهم عند والدهم الطاعن للحفاظ على تربيتهم وتنشئتهم، واذ لم يراع الحكم المطعون فيه ذلك فانه يكون مستوجبا للنقض.

وحيث إن هذا النعي غير سديد، ذلك ان الإدانة الجزائية التي تسقط حق صاحبها في الحضانة عملاً بالمادة ٦/١٤٣ من قانون الأحوال الشخصية هي المتعلقة بجرائم العرض لا كل إدانة بأي جريمة.

لما كان ذلك وكان الثابت من الحكم الصادر من محكمة استئناف أبو ظبي / الدائرة الجزائية الثانية رقم ١٣٩٤+١٥٤٨/٢٠١١ بتاريخ ٢٠١١/٥/١ أن النيابة العامة قد أسندت للمطعون ضدها ولوالدتها قيامهما بأعمال السحر والشعوذة على النحو المبين بالأوراق، وعليه فان الجريمة التي أدين بها المطعون ضدها وهي ممارسة أعمال السحر والشعوذة لا تتعلق بالعرض، ومن ثم فلا تكون هذه الإدانة موجبا لسقوط حق المطعون ضدها في الحضانة وتكون المادة ٦/١٤٣ من قانون الأحوال الشخصية غير منطبقة على الواقعة، وبالتالي لا تكون للحكم الجزائي المشار إليه حجية في الدعوى الماثلة. لما كان ذلك، وكانت الحاضنة محمولة على الصلاح والقدرة على الحضانة وعلى من ينازعها في ذلك عبء إثبات ما يدعيه وكان الحكم المطعون فيه قد سار في هذا الاتجاه واستخلص ان المطعون ضدها أهل للحضانة، وان هذا الاستخلاص هو من أمور الواقع التي تستقل بتقديرها محكمة الموضوع بما لها من سلطة فهم الواقع في الدعوى بغير معقب عليها في ذلك، متى أقامت قضاءها على أسباب سائغة لها أصلها الثابت في الأوراق، وكان الحكم المطعون فيه قد استبعد الحكم الجزائي المشار إليه فيكون قائماً على أساس سليم من القانون ويكون هذا الطعن حرياً بالرفض.

الرئيس : المستشار / محمد الأمين محمد بيب - رئيس الدائرة.

الأعضاء : المستشار / عبدالسلام الخراز

المستشار / عبد الكريم فرعون

١٩ ش - (الطعن رقم ٣٤٢ لسنة ٢٠١١ س ٥ ق. أ) جلسة ٢٠١١/٨/١٠ (أحوال شخصية)

حضانة. حكم «تسببيه. تسبیب معیب» نقض «أسباب الطعن بالنقض. ما يقبل منها». إثبات «بوجه عام» قانون «الخطأ في تطبيق القانون» شريعة إسلامية. أحوال شخصية.

■ مخالفة الحاضنة لشروط المنصوص عليها في المادة ١٤٣ من قانون الأحوال الشخصية يفقدها حقها في الحضانه. مخالفة الحكم ذلك خطأ في تطبيق القانون. مثال.

المحكمة

حيث يؤخذ من وقائع الدعوى وسائر وثائقها ومن الحكم المطعون فيه أن الطاعن أقام الدعوى رقم ٢٠١١/١٤١٦ أمام محكمة أبو ظبي الابتدائية بمواجهة المطعون ضدها وطلب بموجبها الحكم له بإسقاط حضانة المطعون ضدها لأولادهما وعمره ١١ سنة و وعمرها ٩ سنوات و وعمره ٦ سنوات، وذلك على سند من القول ان المطعون ضدها مطلقة منه وهي الحاضنة لأولاده المذكورين إلا انها قامت بتركهم بمفردهم بالشارع خارج الشقة بعد أن أغلقت بابها عنهم مما حدا بالصغار إلى الاتصال بالشرطة التي حررت محضرا بذلك واستدعت المطعون ضدها وحققت معها بشأن تلك الواقعة وإحالتها للنيابة العامة التي قامت بتسليمه الأولاد وبإحالة المطعون ضدها للمحكمة بتهمة تعريض حياة الناس للخطر مما دعاه لإقامة الدعوى.

وبتاريخ ٢٠١١/١/١٠ حكمت محكمة أول درجة بإسقاط حضانة المدعى عليها لأولادها علي و وضمهم إلى والدهم المدعي وإلزام المدعى عليها بالرسوم والمصاريف، فاستأنفت المطعون ضدها هذا الحكم بالاستئناف رقم ٢٠١١/٤٩، وبتاريخ ٢٠١١/٢/٢٨ قضت محكمة الاستئناف بإلغاء الحكم المستأنف والحكم برفض الدعوى وبإثبات حضانة المطعون ضدها لأولادها الثلاثة و و وإلزام الطاعن بتسليم الأولاد المذكورين إلى أمهم فور انتهاء آخر يوم امتحان للسنة الدراسية الجارية ٢٠١١/٢٠١٠ وإلزامه بالرسوم والمصروفات.

وبتاريخ ٢٠١١/٣/٢٤، طعن الطاعن في هذا الحكم بالطعن المائل، وقدمت النيابة العامة مذكرة فوضت فيها الرأي للمحكمة ورأت هذه الأخيرة في غرفة المشورة أن الطعن جدير بالنظر، فحددت جلسة لنظره.

وحيث إن الطاعن ينعى على الحكم المطعون فيه الخطأ في تطبيق القانون وتأويله وتفسيره والفساد في الاستدلال والقصور في التسبيب والإخلال بحق الدفاع ويحمل ذلك في ثلاثة أسباب خلاصتها ان المطعون

ضدها غير أمينة وغير قادرة على تربية الصغار والمحافظة عليهم وهذا ثابت من حكم محكمة الاستئناف / الدائرة الجزائية الثانية رقم ٢٠١١/٥٦٠ (جنح) بتاريخ ٢٠١١/٤/١٠ مما يقتضي نقضه.

وحيث إن هذا النعي سديد، ذلك ان البين من الحكم الجزائي رقم ٢٠١١/٥٦٠ جنح الصادر من محكمة استئناف أبو ظبي بتاريخ ٢٠١١/٤/١٠ ان المطعون ضدها أنزلت الأطفال المحضونين من السيارة وتركهم في الطريق وانصرفت بسيارتها معرضة حياتهم للخطر وقضت المحكمة بإدانتها بتهمتي تعريض حياة أبنائها للخطر بأن تركتهم في الشارع العام بدون مأوى أو شخص يتولى رعايتهم وتعريض حياة الطفل سيف الذي لم يتم السابعة من عمره للخطر بأن تركته في مكان معمر بالناس وقضت بتغريمها مبلغ ألف درهم عن التهمتين للارتباط بدلا من توقيع عقوبة الحبس. كما يتبين من نموذج حركات الدخول/الخروج المرفق بالملف ان المطعون ضدها وبذات يوم الواقعة التي تركت فيها أطفالها في الشارع العام غادرت الدولة إلى سلطنة عمان وعادت بعد يومين من الواقعة المذكورة مما يدل على عدم أمانة المطعون ضدها وعدم أهليتها لحضانة أولادها وبالتالي فان شرط الحضانة المنصوص عليه في المادة ٤٣/١٤٣ من قانون الأحوال الشخصية يكون غير متوفر مما يكون معه الحكم المطعون فيه غير قائم على أساس سليم من القانون مما يستوجب نقضه.

الرئيس : المستشار / محمد الأمين محمد بيب - رئيس الدائرة.

الأعضاء : المستشار / عبدالسلام الخراز

المستشار / عبد الكريم فرعون

٢٠ ش - (الطعن رقم ٤٥٢ لسنة ٢٠١١ س ٥ ق. أ) جلسة ٢٠١١/٦/٨ (أحوال

شخصية)

حضانة. حكم «تسببيه. تسبیب غیر معيب». نقض «أسباب الطعن بالنقض. ما يقبل منها»
إثبات «بوجه عام». شريعة إسلامية. أحوال شخصية. محكمة الموضوع «سلطانها»
 ■ سقوط حق من له الحق في الحضانة بسكوته عن طلبها مدة ستة أشهر بغير عذر المادة ٣/١٥٢ أحوال شخصية.

- زوال سبب سقوط من له الحضانة. أثره: عودة الحق إليه المادة ١٥٢ السابق ذكرها.
- أخذ محكمة الموضوع تسليم ولي المحضون جواز سفره للحاضنة. على أنه موافقه ضمنية على سفرها به خارج الدولة. سائغ.
- عمل الحاضنة ودراساتها لا يسقطان حقها في الحضانة. ما دام ذلك لا يضر بالمحضون. أساس ذلك؟
- تقدير النفقة بقدر سعة المنفق وحاجة المنفق عليه بمراعاة الزمان والمكان. موضوعي. ما دام سائغا. مثال.
- إلزام الزوج بنفقة تعليم المحضون دون موافقته على نوع التعليم. عيب. أساس ذلك؟

المحكمة

حيث يتلخص من وثائق الملف ومن الحكم المطعون فيه ان الطاعن..... أقام دعوى في مواجهة المطعون..... لدى محكمة العين الابتدائية بتاريخ ٢٠١٠/١١/٩ تحت رقم ٢٠١٠/٨٦٢ طلب في ختامها إسقاط حضانتها لولده أحمد الذي يبلغ من العمر ٩ سنوات وتسليمه إليه لحضانتها، وذلك لكون المدعى عليها تزوجت بأجنبي عن المحضون مرتين ثم سافرت به خارج الدولة بدون علمه ولا موافقته زيادة على انها بحكم وظيفتها كشرطية وطالبة جامعية غير متفرغة لحضانتها.

وبتاريخ ٢٠١٠/١١/٩ تقدمت المدعى عليها بدعوى مقابلة تحت رقم ٢٠١٠/٨٦٣ طلبت فيها زيادة على رفض دعوى المدعي الأصلي الزيادة في كل من نفقة الولد ، وبدل السكن وراتب الخادمة وأداء مصاريف الدراسة والساعات الإضافية، وتعديل مدة الرؤيا التي كان مقضياً بها لفائدة المدعى عليه تقابلاً وقصرها على يوم الجمعة من الساعة ٩ صباحاً إلى الثانية بعد الظهر، وذلك لكون الحالة الصحية للولد لا تسمح له بمفارقتها طيلة يومين متتاليين .

وبتاريخ ٢٠١٠/١١/٢١ تقدم المدعي الأصلي بدعوى تحت رقم ٢٠١٠/٨٨٣ طلب في ختامها تخفيض مبلغ النفقة المحكوم به عليه لولده..... وقدره (٢٣٠٠) درهم شهرياً شاملة المأكل والملبس وأجرتي السكن والخادمة إلى المبلغ المناسب لحالته المادية من كونه أصبح عاجزاً عن أداء المبلغ المذكور .

وبتاريخ ٢٠١١/٢/١٦ حكمت محكمة البداية بعد ضم الدعاوي الثلاثة برفض الدعويين رقم ٨٦٢ و٨٨٣/٢٠١٠ الراميتين إلى إسقاط الحضانة، وتخفيض النفقة والحكم على المدعى عليه في الدعوى رقم ٨٦٣/٢٠١٠ بالزيادة في نفقة الولد لتصبح أصلاً وزيادة محددة في مبلغ (١٤٠٠) درهم شهرياً ابتداء من ٢٠١٠/١١/٩، وبالزيادة في أجره مسكن للمحضون لتصبح أصلاً وزيادة محددة في مبلغ (١٠٠٠) درهم شهرياً ابتداء من ٢٠١٠/١١/٩، والإبقاء على أجره الخادمة محددة في مبلغ (٧٠٠) درهم شهرياً، وبأدائه للمدعية مبلغ (١٠٠٠) درهم إجمالاً عن الدروس الخصوصية وتعديل مدة الرؤية بقصرها على يوم الجمعة فقط من الساعة ٩ صباحاً إلى الساعة التاسعة مساءً مع الإبقاء على مكان التسليم بمركز الدعم الاجتماعي بالعين، وبرفض باقي الطلبات وتحميل المدعى عليه مصاريف الدعاوي الثلاثة وأتعاب المحاماة. فاستأنف الطاعن الحكم بتاريخ ٢٠١١/٢/٢٣ تحت رقم ٢٠١١/١٢٢.

وبتاريخ ٢٠١١/٣/٢٤ حكمت محكمة الاستئناف بتعديل الحكم المستأنف والحكم بإلزام المستأنف بأن يدفع للمستأنف ضدها ثلاثة آلاف وخمسمائة درهم شهرياً كنفقة شاملة للولد أحمد بما في ذلك إكدامه وإسكانه والدروس الخصوصية له. وبرفض الاستئناف فيما عدا ذلك وتأييد الحكم المستأنف وإلزام المستأنف ضدها بالمصاريف.

ولم يرض الطاعن هذا الحكم فأقام عليه طعنه المائل بالنقض بتاريخ ٢٠١١/٤/١٨ وقدمت المطعون ضدها مذكرة جوابية طلبت في ختامها رفض الطعن وإلزام الطاعن بالرسوم والمصاريف ومقابل أتعاب المحاماة كما قدمت النيابة العامة مذكرة فوضت في ختامها الرأي للمحكمة، ورأت هذه الأخيرة في غرفة المشورة أن الطعن جدير بالنظر فحددت لنظره جلسة.

وحيث ينعى الطاعن على الحكم المطعون فيه الخطأ في تطبيق القانون والقصور في التسبيب والفساد في الاستدلال ويجعل ذلك في سببين:

ينعى فيهما كون الحكم خالف نص الفقرة الأولى من المادة ١٤٤ من قانون الأحوال الشخصية التي اشترطت في الحاضنة أن تكون خالية من زواج أجنبي عن المحضون والمطعون ضدها بعد طلاقها منه تزوجت مرتين ومن ثم سقطت حضانتها وكونها طلقت وأصبحت الآن مطلقة فإن ذلك لا يخول لها الحق في حضانة المحضون ما دامت في العدة. إضافة إلى أنها تكثر السفر بالمحضون خارج الدولة دون إذنه ودون تصريح من المحكمة مما يخالف المادة ١٤٩ من نفس القانون الشيء الذي يسقط حضانتها فلقد سافرت به إلى جمهورية مصر العربية ثم إلى عمان. علماً أن عملها كشرطية وتتابع دراستها بالجامعة (كلية الحقوق) يجعلها تقصر في رعاية المحضون إذ جل وقتها تقضيه خارج منزل رعاية الصغير كما أن المحكمة عدلت مدة رؤية المحضون والحال أنها (أي المدعى) كانت بناء على اتفاق أبرم بينه والمطعون ضدها في تحديد الرؤية ومدتها فلقد نصت الفقرة الثانية من المادة ٧٣٠ من قانون المعاملات المدنية على أن الصلح ملزم لطرفيه ولا يسوغ لأي منهما الرجوع فيه

. قال ابن عاصم في التحفة :

ولا يجوز نقض صلح أبرما وان تراضيا وجبرا ألزما

مما تكون معه المحكمة خالفت القانون والفقه المعمول به في الدولة . علماً أن المطعون ضدها تمنعه من رؤية ولده ولو بعد صدور الحكم بتحديد الرؤية .

ثم ان ما حددته المحكمة في قدر النفقة مبالغ فيه لا يتناسب مع دخله الشهري الذي لا يتعدى مبلغ ١٥١٣٢ درهم ولا مع التزاماته من كونه يسدد أقساط القرض الذي على عاتق والده من راتبه الشهري بعد ما أصبح والده عاجزاً عن الكسب لفائدة بنك أم القيوين فضلاً عن التزاماته الشخصية وما يقوم به نحو إخوته الصغار الذين لازالوا يتابعون دراستهم ولا معيل لهم غيره والمحكمة رغم ما ذكر لم تراع ظروفه .

كما ان المحكمة قضت عليه بإلزامه بأداء مصاريف الدروس الخصوصية والحالة انه لم يوافق على ذلك لا صراحة ولا ضمناً سيما والتعليم في المدارس الحكومية بدون مقابل . فيكون الحكم خالف القانون ويتعين نقضه .

وحيث إن ما ينعاه الطاعن في شأن مخالفة الفقرة الأولى من المادة ١٤٤ من قانون الأحوال الشخصية من كون المطعون ضدها سقطت حضانتها بزواجها بأجنبي عن المحضون غير سديد ، ذلك ان الفقرة الثالثة من المادة ١٥٢ من نفس القانون تنص على انه : « إذا سكت مستحق الحضانة عن المطالبة بها مدة ستة أشهر من غير عذر سقط حقه في الحضانة » والطاعن لا ينفي كون المطعون ضدها تزوجت بعد طلاقه لها مرتين وطيلة زواجها بأجنبيين عن المحضون لم يطلب سقوط حضانتها . إضافة إلى انها وحسبما جاء في السبب الأول من صحيفة الطعن طلقت من زوجها وتقضي الآن عدتها وبالتالي زال سبب سقوط حضانتها حسب المنصوص عليه في المادة ١٥٢ من نفس القانون إذ جاء فيها « تعود الحضانة لمن سقطت عنه متى زال سبب سقوطها » . مما يكون معه ما أثير في هذا الشق غير سديد .

وفي شأن سفرها بالمحضون خارج الدولة بدون إذنه ودون تصريح من المحكمة فإنه وعلى خلاف ما ينعاه فتسليمه لها جواز سفر المحضون يعتبر إذناً ضمناً بالسماح لها بذلك ومحكمة البداية المؤيد حكمها لما عللت بكون سفر الحاضنة بالمحضون كان قد تم بموافقة المدعي (الطاعن) نفسه لما سلمها جواز سفر المحضون . مما يكون معه ما أثير في هذا الشق خلاف الواقع .

وفي شأن كون عملها كشرطية ومتابعة دراستها في الجامعة يعيقها عن القيام بشؤون المحضون ورعايته . فإن الطاعن لم يدل بما يثبت كون المحضون لحقه ضرر من تغيب أمه عنه أثناء عملها ومتابعتها لدراساتها الجامعية والفقرة الأولى من المادة ٧٢ من نفس القانون تنص بمفهوم المخالفة على انه « يجوز للزوجة (ومن في حكمها) - ان تخرج من البيت في الأحوال التي يباح لها الخروج فيها بحكم الشرع أو العرف أو بمقتضى الظروف ((وخروج المطعون ضدها لضرورة عملها لا يفقدها حق حضانة ولدها ولا يلحق ضرراً بالمحضون

مما يكون معه ما أثير غير سديد حرياً بالرفض.

وفي شأن كون المحكمة خالفت القانون لما عدلت مدة رؤية المحضون فإنه وعلى خلاف ما ينعاه فالمحكمة راعت مصلحة المحضون من كونه زيادة على ظروفه الصحية التي لا تسمح له بمفارقة أمه (الحاضنة) يومين متتاليين في كل أسبوع فإنه يتلقى دروساً إضافية بالبيت يوم السبت . ومصلحة المحضون – تقول محكمة البداية – قد أصبحت تدعو إلى التخفيض من مدة الزيارة وقصرها على الجمعة فقط ليتفرغ يوم السبت لتلقي الدروس الإضافية ومراجعة الدروس المدرسية . مما يكون معه ما أثير في هذا الشق غير سديد .

وفي شأن كون ما حدد في قدر النفقة مبالغاً فيه لا يتناسب مع دخله الشهري . فإنه من المقرر في قضاء هذه المحكمة عملاً بنصوص فقهاء المذهب المالكي المعمول به في الدولة . ان لمحكمة الموضوع مطلق السلطة في تقدير النفقة الواجب على المنفق ان يدفعها لمن تجب عليه نفقته انطلاقاً من مدى يسار المنفق وحاجة المنفق عليه دون رقابة عليها في ذلك متى قام قضاؤها على أسباب سائغة تكفي لحمله . قال ابن عاصم في التحفة :

**وكل ما يرجه لافتراض موكل إلى اجتهاد القاضي
بحسب الأقوات والأعيان والسعر والزمان والمكان**

لما كان ذلك وكانت المحكمة المطعون في حكمها رأت في نطاق سلطتها التقديرية ان المبلغ المحكوم به في النفقة مناسب لحال الطاعن والتزاماته الأخرى فإن قضاءها يكون صحيحاً متماشياً مع التطبيق الصحيح للنصوص الشرعية والقانونية التي تحكم الدعوى ومن ثم يكون النعي مجرد جدل موضوعي فيما هو خاضع للسلطة الموضوعية للمحكمة ومن ثم يتعين رفضه .

وفي شأن إلزامه بأداء مصاريف الدروس الخصوصية والحالة انه لم يوافق على ذلك لا صراحة ولا ضمناً فإن الطعن بشأنها سديد ، ذلك انه وان كان الأب ملزماً بالنفقة على ولده طبقاً لأحكام المادة ٧٨ من قانون الأحوال الشخصية ومن ضمنها مصاريف التعليم إلا انه لم يلزم بسداد رسوم لا تتناسب ووضع المادي سيما وهو المسؤول عن تعليم ولده . وله حق اختيار المدرسة التي تناسب وضعيته ونوع التعليم الذي يراه مناسباً لولده، والمطعون ضدها بأدائها مصاريف دراسية على الابن وساعات إضافية للدعم وتقوية الولد بدون إذنه تتحمل مسؤوليتها سيما وهو ينكر ان يكون سمح لها بذلك ، والمحكمة لما قضت عليه بأن يؤدي للمطعون ضدها مصاريف دراسية ومقابل ساعات إضافية رغم معارضته لها تكون قد خالفت القانون مما يتعين معه نقض الحكم جزئياً فيما ذكر أعلاه .

الرئيس : المستشار / محمد الأمين محمد بيب – رئيس الدائرة.

الأعضاء : المستشار / عبدالسلام الخراز

المستشار / عبد الكريم فرعون

٢١ ش - (الطعن رقم ١٠٤ لسنة ٢٠١٠ س ٤ ق أ) جلسة ٢٣/٣/٢٠١١ (أحوال شخصية)

حضانة. نفقة. حكم «حجته» «تسببيه. تسبیب غیر معيب». نقض «أسباب الطعن بالنقض. ما لا يقبل منها». شريعة إسلامية. أحوال شخصية.

- الأحكام الصادره في دعاوى النفقات. مؤقتة الحجة بطبيعتها. زوالها بتغير معطياتها.
- الحكم بإلزام الطاعن بأجرة خادم لابنته المحضونة لثبوت إصاباتها بأمراض تحتاج معها إلى الخدمة. صحيح. ولو كان قد سبق رفض هذا الطلب في دعوى أخرى. أساس ذلك؟

المحكمة

حيث يؤخذ من وقائع الدعوى وسائر وثائقها ومن الحكم المطعون فيه أن المطعون ضدها أقامت الدعوى رقم ٢٠١٠/١٤٠ أمام محكمة بني ياس الابتدائية بمواجهة الطاعن طلبت في ختامها الحكم لها ببديل مسكن الحضانة وتوفير خادمة مع دفع أجرتها لتساعدها في تربية ولديهما و خاصة وان البنت معاقبة مما دعاها لإقامة الدعوى.

وبتاريخ ٢٠١٠/١٠/٣١ حكمت محكمة البداية بإلزام المدعى عليه بتوفير خادمة وبأدائه أجرتها للمدعية مبلغ ٨٠٠ درهما شهريا وبرفض باقي الطلبات وتحمله الرسوم والمصاريف. فاستأنف الطاعن هذا الحكم بالاستئناف رقم ٢٠١٠/١٠٣٦ كما استأنفته المطعون ضدها تحت رقم ٢٠١٠/١٠٥١ وبتاريخ ٢٠١٠/١٢/٣٠ حكمت محكمة الاستئناف بقبول الاستئنافين شكلا وفي الموضوع برفضهما وتأييد الحكم المستأنف وألزمت كل مستأنف بمصروفات استئنافه. فلم يرض الطاعن بهذا الحكم فأقام عليه طعنه المائل وقدمت المطعون ضدها مذكرة جوابية كما قدمت النيابة العامة مذكرة رأت فيها قبول الطعن شكلا وفي الموضوع تفويض الرأي للمحكمة، ورأت هذه الأخيرة في غرفة المشورة ان الطعن جدير بالنظر فحددت لنظره جلسة.

وحيث ينعى الطاعن على الحكم المطعون فيه مخالفته لأحكام القانون والقصور في التسبيب ويحمل ذلك في قوله ان المطعون ضدها سبق وان أقامت الدعوى رقم ٢٠٠٩/١٠٣ للمطالبة بالطلاق ومؤخر الصداق واثبات الحضانة واجر الخادمة ومصاريف استقدامها وقد فصل ذلك الحكم في موضوع الخادمة وقضى برفضه مما يتعين معه الحكم بعدم جواز نظر الدعوى لسبق الفصل فيها بموجب حكم قضائي نهائي كما ان الحكم المذكور تناول موضوع النفقات ومنها اجر الخادمة ولم يمض سنة على صدوره مما يتعين رفضه لهذا السبب أيضا ، وان القول بان البنت معاقبة وتحتاج إلى رعاية خاصة جاء من غير دليل ولا يصلح كسند للحكم المطعون فيه مما يستوجب نقضه.

وحيث إن هذا النعي غير سديد، ذلك انه من الرجوع إلى الحكم الصادر من محكمة أبو ظبي الابتدائية رقم ٢٠٠٩/١٠٣ بتاريخ ٢٣/١٢/٢٠٠٩، فإن البين انه بنى قضاءه على ان المطعون ضدها لم تثبت انها ممن تخدم هي وأولادها او كان لديها خادمة من قبل، مما أدى الى رفض طلب المطعون ضدها بشأن الخادمة.

ولما كان من المقرر في قضاء هذه المحكمة ان الأحكام الصادرة في مثل هذه الدعاوي ذات حجية مؤقتة وتزول حجيتها إذا تغيرت المعطيات التي بنيت عليها، إذا أثبت مدعي تغير المعطيات هذا التغير بوجه قانوني.

لما كان ذلك، وكانت المطعون ضدها قد أبرزت ضمن أوراق الدعوى التقرير الطبي الصادر عن مستشفى المفرق الذي يتبين منه ان البنت البالغة من العمر سنة ونصف سنة تعاني من تأخر في النمو العام وتأخر في الكلام وهي دائما تعاني من نقص في التوتر ولا تتحكم في توازن رأسها وانها الآن تستطيع ان تخطو خطوة أو اثنتين وتستطيع بعد ان تحسن نطقها ان تتلفظ بعشر كلمات وهي بحاجة إلى العلاج الطبيعي والمعالجة عن طريق أشغالها بالهوايات وان حالتها عموما تتأرجح من المتوسط إلى الخفيف وان الأطباء ينصحون بإخضاعها لفترة علاج طويلة الأمد في مستشفى الأعصاب، الأمر الذي تكون معه المطعون ضدها قد أثبتت تغير المعطيات التي بني عليها الحكم السابق الذي رفض طلبها إلزام الطاعن بتوفير الخادمة مما يترتب عليه الحكم لها بإلزام الطاعن بتوفير خادمة ودفع أجرتها للعناية بابنتهما المذكورة، مما يجعل ما استخلصته المحكمة المطعون في حكمها من وجود ضرورة للحكم بتوفير خادمة قائما على أساس سليم من القانون ويكون الطعن حريا بالرفض.

الرئيس : المستشار / محمد الأمين محمد بيب - رئيس الدائرة.

الأعضاء : المستشار / عبدالسلام الخراز

المستشار / عبد الكريم فرعون

٢٢ ش - (الطعن رقم ٨٧ لسنة ٢٠١٠ س ٤ ق. أ) جلسة ٢٣ / ١١ / ٢٠١١ (أحوال شخصية)

حضانة. ولاية. هجره وإقامه. حكم «تسببيه. تسبیب معيب». نقض «أسباب الطعن بالنقض. ما يقبل منها». أحوال شخصية.

- وثائق السفر التي تتيح للمحضون السفر دون موافقة كتابيه من ولي النفس. وجوب بقائها مع الولي.
- الحكم للمطعون ضدها بأخذ هويات المحضونين من وليهم والتي تصلح لسفرهم خارج حدود الدولة إلى دول مجلس التعاون الخليجي. مخالفة للقانون.

المحكمة

حيث يؤخذ من وقائع الدعوى وسائر وثائقها ومن الحكم المطعون فيه أن المطعون ضدها كانت قد تحصلت على الأمر على عريضة رقم ١٢٢٤/٢٠١٠ بتاريخ ٢٧/١٠/٢٠١٠ يقضي بإلزام الطاعن تسليمها بطاقات الهوية الخاصة بأولادهما و و و على أن ينفذ الأمر عن طريق الشرطة، إلا أن المطعون ضدها عادت مرة أخرى وكررت طلبها بموجب الأمر على عريضة رقم ١٢٣٦/٢٠١٠ بتاريخ ٣١/١٠/٢٠١٠ واستجابت لها المحكمة على أن ينفذ الأمر عن طريق محكمة التنفيذ، ولم يقبل الطاعن بتسليم المطعون ضدها الهويات الخاصة بأولادهما وقيد التظلمين رقم ٣١٦ و ٢٠١٠/٣٢٠ بصحيفتين إحداهما بتاريخ ١/١١/٢٠١٠ والثانية بتاريخ ٣/١١/٢٠١٠ طلب في ختامهما قبول التظلمين شكلا وفي الموضوع بإلغاء الأمر على عريضة رقم ١٢٢٤+١٢٣٦/٢٠١٠ خشية أن تسافر المطعون ضدها بالأولاد خارج الدولة مستخدمة بطاقات الهوية الخاصة بهم وذلك يعيقهم من مواصلة تعليمهم. ضمت المحكمة التظلم ٢٠١٠/٣٢٠ إلى التظلم ٣١٦/٢٠١٠ لوحدة الأطراف والارتباط وقضت بتاريخ ٢٥/١١/٢٠١٠ بقبول التظلمين شكلا وفي الموضوع بتأييد الأمر على عريضة رقم ١٢٢٤+١٢٣٦/٢٠١٠ وإلزام المتظلم بالرسوم والمصاريف. فاستأنف الطاعن هذا الحكم تحت رقم ١٠٦٨/٢٠١٠ وبتاريخ ٢٩/١٢/٢٠١٠ حكمت محكمة الاستئناف برفض الاستئناف وتأييد الحكم المستأنف.

فلم يرض الطاعن بهذا الحكم فأقام عليه طعنه المائل وقدمت المطعون ضدها مذكرة جوابية كما قدمت النيابة العامة مذكرة رأت فيها قبول الطعن شكلا وفي الموضوع تفويض الرأي للمحكمة، ورأت هذه الأخيرة في غرفة المشورة أن الطعن جدير بالنظر فحددت لنظره جلسة.

وحيث ينعي الطاعن على الحكم المطعون فيه مخالفة القانون والخطأ في تطبيقه وتفسيره وتأويله ويجمل

ذلك في قوله ان الهويات الشخصية بمثابة جوازات سفر تستطيع الطاعنة ان تسافر بواسطتها مع الأولاد دون إذنه بصفته ولي أمرهم، إذ ان الهوية الشخصية تأخذ في دول مجلس التعاون الخليجي حكم جواز السفر الذي أبقاه المشرع بيد الولي إلا ان المحكمة لم تلتفت إلى دفاع الطاعن مما يكون معه الحكم المطعون فيه حريا بالنقض.

وحيث إن هذا النعي شديد، ذلك انه وان كانت المادة ١٥٧/٣ تنص على ان للحاضنة الاحتفاظ بأصل شهادة الميلاد وأية وثائق أخرى ثبوتية تخص المحضون أو بصورة منها مصدقة ولها الاحتفاظ بالبطاقة الشخصية للمحضون، إلا ان المادة ١٤٩ من ذات القانون قد منعت سفر الحاضن بالمحضون خارج الدولة إلا بموافقة ولي النفس خطيا وإذا امتنع الولي عن ذلك يرفع الأمر إلى القاضي، ومن هنا جاء نص الفقرة الأولى من المادة ١٥٧ من نفس القانون والتي تنص على انه دون إخلال بأحكام المادة ١٤٩ من هذا القانون للولي الاحتفاظ بجواز سفر المحضون إلا في حالة السفر فيسلم للحاضنة. والمفهوم من هذه النصوص ان أية وثيقة تتيح للمحضون السفر دون إذن خطي من ولي النفس يجب ان تكون مع ولي النفس إلا في حالة السفر التي تكون بموافقة أو بموافقة القاضي وسواء سميت هذه الوثيقة جواز سفر أو هوية شخصية إذا كان باستطاعة من يحوزها السفر خارج حدود الدولة فيجب ان تكون في حوزة ولي النفس، وعليه يحمل ما جاء في الفقرة الثالثة من المادة ١٥٧ من قانون الأحوال الشخصية من ان للحاضنة الاحتفاظ بالبطاقة الشخصية للمحضون على ما إذا لم يترتب على ذلك سفرها بالمحضون دون إذن وليه جمعا بين الفقرتين الأولى والثالثة من المادة المذكورة.

لما كان ذلك، وكانت المطعون ضدها قد صرحت في الأمر على عريضة المقدم منها رقم ٢٠١٠/١٢٢٤ بتاريخ ٢٧/١٠/٢٠١٠ ان الهدف من طلبها إلزام الطاعن تسليمها الهويات الخاصة بالمحضونين من اجل السفر إلى سلطنة عمان لمدة أربعة أيام، وكانت الهويات الشخصية تستعمل بديلا لجوازات السفر بين دول مجلس التعاون الخليجي ومنها سلطنة عمان، وكانت المطعون ضدها لم تحصل على موافقة ولي النفس (الطاعن) الخطية على سفر أولاده مع الحاضنة أو على إذن القضاء، فيكون الحكم لها بأخذ هويات المحضونين الشخصية مخالفا للقانون، وإذ خالف الحكم المطعون فيه هذا الرأي فانه يكون غير قائم على أساس من القانون حريا بالنقض.

الرئيس : المستشار / محمد الأمين محمد بيب - رئيس الدائرة.

الأعضاء : المستشار / بادي محمد الجرام

المستشار / عبد الكريم فرعون

٢٣ ش - (الطعن رقم ٧٠ لسنة ٢٠١٠ س ٤ ق . أ) جلسة ٢٠١١/٣/٩ (أحوال شخصية)

١ (حضانه . أحوال شخصية . حكم « تسببيه . تسبیب غیر معيب » . نقض « أسباب الطعن بالنقض . ما لا يقبل منها » . محكمة الموضوع « سلطتها » . نفقة .

■ القضاء للأم الأجنبية بحضانه أبنائها الذين في سن حضانه النساء . صحيح . أساس ذلك ؟

٢ (حضانه . أحوال شخصية . نفقة . حكم « تسببيه . تسبیب غیر معيب » . نقض « أسباب الطعن بالنقض ما لا يقبل منها » . إثبات « بوجه عام » .

■ القضاء باستحقاق الأم الحاضنة بعد طلاقها لمسكن للحاضنة ونفقة للأولاد المحضونين . إلى أن يبلغوا السن المقرر قانوناً . صحيح .

المحكمة

حيث يؤخذ من واقعات الدعوى وسائر وثائقها ومن الحكم المطعون فيه أن المطعون ضدها أقامت الدعوى رقم ٢٠٠٩/١٣٢٥ أمام محكمة أبو ظبي الابتدائية بمواجهة الطاعن تطلب في ختامها الحكم بإلزام المدعى عليه بتسليمها أولادها منه جاسم ورائد ومهیر وزايد والحكم لها ولأولادها المذكورين بنفقة شهرية والحكم بتطليقها على المدعى عليه طلاقاً بائنة بينونة صغرى وإثبات حضانتها لأولادها وأجرة حضانه اعتباراً من تاريخ التطلاق وتوفير خادمة وإلزامه بتسليم المدعية صوراً طبق الأصل من جوازات سفر الأولاد والبطاقات الصحية وشهادات الميلاد وإلزامه بالمصاريف المدرسية للأولاد، وذلك على سند من القول انها زوجة للمدعى عليه بصحيح العقد الشرعي منذ عام ٢٠٠٠ ورزقت منه على فراش الزوجية بالأولاد المذكورين، وان المدعى عليه يلحق بها أضراراً بالضرب والسب والاهانة والطرده من بيت الزوجية واحتفظ بالأولاد عنده مما دعاها لإقامة هذه الدعوى . فأقام المدعى عليه (المدعي تقابلاً) الدعوى رقم ٢٠١٠/١٧٤ طلب في ختامها الحكم بتطليق المدعى عليها تقابلاً للشقاق والحكم له بحضانه أولاده منها، وذلك على سند من القول بأنه زوج المدعى عليها ورزق منها بالأولاد المذكورين سلفاً وان المدعى عليها حاولت الانتحار أكثر من مرة وحرر محضر بذلك بتاريخ ٢٠٠٩/٦/٢٧ تحت رقم ٢٠٠٩/٨١٢ وحاولت قتله لكنه استطاع الفرار متجهاً إلى الشرطة وحرر محضر بذلك بتاريخ ٢٠٠٩/٨/٨ تحت رقم ٢٠٠٩/١٠٠٨ جنائي بتهمة الاعتداء على الآخرين، وان المدعى عليها غير أمينة على أولادها وغير قادرة على تربيتهن تربية حسنة وقد سبق ان اعتدت على ابنتها الصغیر مهیر وأحدثت به إصابات بالغة وتم الحكم عليها في الجنحة رقم ٢٠٠٩/٦٧١ بغرامة قدرها ثلاثة آلاف درهم

مع استعمال الرأفة والرحمة في حقها ثم تكرر اعتداؤها على ابنهما الصغير وتمت محاكمتها بتهمة التعدي ومع ان المحكمة حكمت ببراءتها، إلا ان ذلك يرجع إلى عدم استطاعة المحكمة استجواب الطفل الصغير مما دعاه لتقديم الدعوى المتقابلة طالبا الحكم له بطلابه المشار إليها أعلاه.

وبتاريخ ٢٠١٠/٨/٣١ حكمت محكمة البداية بعد ضم الدعويين بما يلي:

في الدعوى رقم ٢٠٠٩/١٣٢٥ بتطبيق المدعية على المدعى عليه طلبة بئنة بدون بدل لا تحل له إلا بعقد زواج جديد، ورفض باقي الطلبات وإلزام المدعى عليه بالرسوم والمصاريف ومائتي درهم مقابل أتعاب المحاماة. وفي الدعوى رقم ٢٠١٠/١٧٤ بإسناد حضانة الأولاد و و و لوالدهم المدعي وإلزام المدعى عليها بالرسوم والمصاريف ومائتي درهم مقابل أتعاب المحاماة ورفض ما زاد على ذلك من الطلبات. فاستأنفت المطعون ضدها هذا الحكم تحت رقم ٢٠١٠/٨٣١، وبتاريخ ٢٠١٠/١٢/٢٢ حكمت محكمة الاستئناف بما يلي: ١. بتأييد الحكم الصادر بتطبيق المدعية على المدعى عليه طلبة بئنة بدون بدل.

٢. إلغاء الحكم المستأنف القاضي برفض باقي الطلبات والحكم مجددا بباقي الطلبات الآتية لتعلقها بالطلاق ومن توابعه: أ. إلغاء الحكم بخصوص الفقرة الأخيرة والحكم بإثبات حضانة المستأنفة لأولادها الأربعة ٧ سنوات و ٦ سنوات و ٤ سنوات و سنة ونصف وإلزام المستأنف ضده سلطان سعيد محمد حسن المسكري بتسليم الأولاد المذكورين إلى أمهم الحاضنة. ب. بإلزام المستأنف ضده المذكور بأداء أجرة حضانة للمستأنفة ومقدارها ألف درهم شهريا ابتداء من تاريخ تسلمها للأولاد. ج. إلزام المستأنف ضده بتوفير سكن الحضانة مؤثث بأثاث مناسب مكون من ثلاثة غرف نوم وصالة وحمامين ومطبخ داخل جزيرة أبو ظبي والى حين توفيره يلزم المستأنف ضده بأداء مبلغ ٦٥٠٠ درهم شهريا ابتداء من تاريخ الحكم بالتطبيق. د. بإلزام المستأنف ضده بأدائه للمستأنفة نفقة سنة قبل رفع الدعوى إلى تاريخ الطلاق مبلغ ألفي درهم شهريا. هـ. بإلزام المستأنف ضده بأداء نفقة الأولاد الأربعة مبلغ ألفي درهم شهريا عن كل ولد ابتداء من تاريخ الحكم.

و. بإلزام المستأنف ضده بتوفير خادمة على كفالاته ونفقاته وتكاليف استقدامها بمبلغ سبعة آلاف درهم وأجورها الشهرية بمبلغ ٨٠٠ درهم شهريا ابتداء من تاريخ الحكم. ز. بإلزام المستأنف ضده بتسليم المستأنفة صورا مصدقة من جوازات سفر الأولاد الأربعة وتسليمها البطاقات الصحية وصورا من شهادات ميلادهم وتأييد الحكم فيما عدا ذلك إلزام المستأنف ضده بالرسوم والمصروفات. لم يرض الطاعن بهذا الحكم فأقام عليه طعنه المائل وقدمت المطعون ضدها مذكرة جوابية كما قدمت النيابة العامة مذكرة خطية فوضت فيها الرأي للمحكمة، ورأت هذه الأخيرة في غرفة المشورة ان الطعن جدير بالنظر فحددت لنظره جلسة.

وحيث ينعي الطاعن على الحكم المطعون فيه مخالفة القانون والثابت في الأوراق والمستندات والالتفات

عن الدفاع الجوهري للطاعن ويجمل ذلك في ثلاثة أسباب: السببان الأول والثاني: وفيهما يقول الطاعن ان الحكم المطعون فيه اخطأ في تطبيق القانون عندما قضى بإسناد حضانة الأولاد للمطعون ضدها على الرغم من ان الطاعن اثبت انها غير أمينة عليهم لهروبها من بيت الزوجية ولم يعرف أين ذهبت ولا مع من أقامت كما حاولت المطعون ضدها الانتحار وحاولت إيذاء الطاعن بالقتل مما يجعلها غير مستحقة لحضانة الأولاد ولأنه يخشى على مصلحة الأولاد وضياعهم لديها خاصة وانها أجنبية، وسبق إدانتها بحكمين قضائيين بعد قيامها بإيذاء بعض الأولاد وهما الجنحة رقم ٢٠٠٩/٦٧١ والجنحة ٢٠٠٩/٦٤٠، ولما التفت الحكم المطعون فيه عن هذه الوقائع واسند الحضانة للمطعون ضدها فانه يكون غير قائم على أساس من القانون مستوجبا للنقض.

وحيث إن هذا النعي غير سديد، ذلك ان المادة ٢/١٤٦ من قانون الأحوال الشخصية أثبتت حق حضانة الطفل للام واشترطت المادتان ١٤٣ و ١٤٤ من ذات القانون في الحاضن شروطا معينة حتى يستحق الحضانة، ولما كانت محكمة الموضوع بما لها من كامل السلطة في تحصيل فهم الواقع في الدعوى رأت أن الأولاد الأربعة و و لا زالوا في سن حضانة النساء وقررت منح والدتهم المطعون ضدها حضانتهم لعدم إثبات الطاعن ان المطعون ضدها ليست أهلا للحضانة، فان حكمها يكون والحالة هذه صحيحا منسجما مع القانون، خاصة وان ما ادعاه الطاعن من وجود حكمين قضائيين يدينان المطعون ضدها غير صحيح، اذ من الرجوع إلى الحكم الصادر في الجنحة رقم ٢٠٠٩/٦٤٠ الصادر من محكمة أبو ظبي الابتدائية - دائرة الجنح بتاريخ ٢٠٠٩/١٠/٢١ نجد انه ينص على ما يلي: « وان كان قد ثبت ان به (الطفل) إصابات إلا انه لم يتمكن لصغره من الإدلاء بأي أقوال عن سبب ما به من إصابات، ولما كانت المتهمة هي والدة الطفل المصاب وهي الأكثر رافة به من أي احد آخر فان المحكمة ولما سلف لا تطمئن لأقوال الشاكي وتقضي المحكمة والحال كذلك وعملا بالمادة ٢١١ من قانون الإجراءات الجزائية ببراءة المتهمة مما اسند اليها.» كما ان محكمة النقض وبموجب حكمها الصادر بتاريخ ٢٠١٠/٩/٧ قد ألغت حكم محكمة الاستئناف رقم ٢٠١٠/٢٠٩٠ المؤيد لحكم محكمة الجنح رقم ٢٠٠٩/٦٧١ الذي قضى بإدانة المطعون ضدها بتهمة إيذاء ابنها الصغير مهير وتغريمها مبلغ ثلاثة آلاف درهم وقضت محكمة النقض ببراءتها من التهمة المنسوبة إليها لان الفعل لا يشكل جريمة بحق المطعون ضدها لأنه يدخل في باب استعمال الحق في تأديب الصغير. أما القول بان المطعون ضدها أجنبية فان ذلك ليس من مسقطات الحضانة التي نصت عليها المادة ١٥٢ من قانون الأحوال الشخصية ولا الفقه المالكي الذي أحال إليه القانون المذكور في حال عدم وجود نص يحكم الدعوى، خاصة وان الطاعن يفترض انه يعلم عند زواجه من المطعون ضدها انها أجنبية وان هذه الصفة لا تسقط حقها في حضانة أولادها.

لما كان ذلك وكان الحكم المطعون فيه قد ألغى ما ذهب إليه الحكم المستأنف من إسقاط حق الحضانة عن المطعون ضدها واسند لها هذا الحق بصفتها أم الأولاد الذين لا زالوا في سن حضانة النساء والأولى بحضانتهم من غيرها فانه يكون قائما على أساس سليم من القانون مما يكون معه هذا النعي مستوجبا للرفض.

السبب الثالث: وفيه يقول الطاعن انه وفر مسكنا شرعيا للمطعون ضدها وانها هربت وتركت منزل الزوجية وإذ قضى الحكم بإلزامه بتوفير سكن حضانة ونفقة للأولاد وتوفير خادمة فانه لا يكون قد صادف صحيح القانون مما يستوجب نقضه.

وحيث إن هذا النعي غير سديد، ذلك انه بعد صدور الحكم بتطبيق المطعون ضدها على الطاعن وثبوت حقها في حضانة أولادها فانها تستحق مسكنا للحضانة ويستحق الأولاد نفقة يعيشون بها كما يستحقون توفير خادمة لخدمتهم وذلك إلى ان يبلغوا السن التي يتكسب فيها أمثالهم ما لم يكونوا طلاب علم يواصلون دراساتهم بنجاح معتاد عملا بأحكام المادة ١/٧٨ من قانون الأحوال الشخصية وذلك بغض النظر عن كون الطاعن سبق ان وفر للمطعون ضدها أثناء قيام الزوجية مسكنا أم لا لان كونه وفر في السابق مسكن الزوجية لا يعفيه من ان يوفر بعد الطلاق مسكن الحضانة.

لما كان ذلك، وكان الحكم المطعون فيه سار في هذا الاتجاه وقضى بإلغاء الحكم المستأنف فيما قضى به بشأن مسكن الحضانة وألزم الطاعن بأن يوفر للمطعون ضدها مسكن حضانة ولحين توفيره تأديته لها مبلغ ستة آلاف وخمسمائة درهم شهريا وألزمه بنفقة لأولاده مقدارها ألفا درهم لكل ولد وتوفير خادمة ودفع تكاليف استقدامها، فانه يكون مصيبا فيما ذهب إليه وعليه يكون هذا النعي غير قائم على أساس من القانون حريا بالرفض.

الرئيس: المستشار / محمد الأمين محمد بيب - رئيس الدائرة.

الأعضاء: المستشار / عبدالسلام الخراز

المستشار / عبد الكريم فرعون

٢٤ ش - (الطعن رقم ١٢٨٥ لسنة ٢٠١٠ س ٤ ق. أ) جلسة ٢٠١١/٢/٩ (أحوال شخصية)

حضانة. محكمة الموضوع « سلطتها ». حكم « تسببيه. تسبیب غیر معيب ». نقض « أسباب الطعن بالنقض. ما لا يقبل منها » شريعته إسلامية. أحوال شخصية. قانون «تطبيقه».

■ فهم الواقع في الدعوى وتقدير أدلتها وإستخلاص الصورة الصحيحة منها. موضوعي. ما دام سائغاً. مثال لإستخلاص سائغ في تنظيم رؤية المحضونين.

المحكمة

حيث يؤخذ من وقائع الدعوى وسائر وثائقها ومن الحكم المطعون فيه أن المطعون ضده أقام لدى محكمة أبو ظبي الابتدائية ضد الطاعنة الدعوى رقم ٢٠١٠/١٠٤٠ طلب بموجبها الحكم بتعديل مواعيد رؤية المدعى عليها لولديهما المحضونين من قبله بجعلها يوماً واحداً كل أسبوع لمدة ساعتين بمقر الاتحاد النسائي بأبوظبي والإذن له باستصحابهما في سفره أيام العطلات والإجازات الرسمية بدلا مما تم الاتفاق عليه سابقا أمام إدارة التوجيه الأسري، وذلك على سند من القول ان الطاعنة مطلقة وأنجبا إثناء قيام الزوجية كلا من الطفلة ميرنا المولودة بتاريخ ٢٠٠٤/٦/١٢ و الطفل المولود بتاريخ ٢٠٠٨/٢/١٤ وانه بعد الطلاق ألت إليه حضانتهم وتم تنظيم رؤية الطاعنة للولدين بموجب سند الإقرار والاتفاق رقم ٢٠١٠/٢٦٤ أمام التوجيه الأسري في محكمة أبوظبي بتاريخ ٢٠١٠/٣/١ وان الطاعنة تزوجت بأجنبي عن المحضونين وليس من مصلحتهم أن يبيتا عند أجنبي وأن مواعيد الرؤية بحالتها فيها إرهاق شديد لهما وان وجودهما مع الطاعنة لفترات طويلة فيه تأثير سلبي عليهما بسبب ميولها للتدخين وارتدائها ملابس السباحة كما انهما لا يبقى لديهما الوقت الكافي للجلوس معه مما دعاه لإقامة الدعوى.

وبتاريخ ٢٠١٠/١٠/١٨ حكمت محكمة أول درجة برفض الدعوى وتحميل رافعها الرسوم والمصاريف. فاستأنف المطعون ضده هذا الحكم بالاستئناف رقم ٢٠١٠/٩٤٦، وبتاريخ ٢٠١٠/١٢/٧ قضت محكمة الاستئناف بقبول الاستئناف شكلا وفي الموضوع بتعديل الحكم المستأنف وذلك بإلغائه جزئيا بخصوص الشق المتعلق بالرؤية، والقضاء مجددا بإعادة تنظيم رؤية الصغيرين لتصبح محددة فيما بين الساعة العاشرة صباح يوم الجمعة إلى الساعة الثامنة مساء نفس اليوم من كل أسبوع، تصطبح المستأنف ضدها الصغيرين في بداية فترة الرؤية وتردهما للمستأنف في نهايتها دون المبيت عندها، وذلك بواسطة مركز الاتحاد النسائي العام، وتأييد الحكم المستأنف فيما عدا ذلك وألزمت الطرفين الرسوم والمصروفات مناصفة بينهما.

وبتاريخ ٢٠١٠/١٢/٢٦، طعنت الطاعنة في هذا الحكم بالطن المائل. وقدم المطعون ضده مذكرة جوابية كما قدمت النيابة العامة مذكرة فوضت فيها الرأي للمحكمة ورأت هذه الأخيرة في غرفة المشورة أن الطعن

جدير بالنظر، فحددت جلسة لنظره.

وحيث إن الطاعة تنعى على الحكم المطعون فيه مخالفة القانون والخطأ في تطبيقه والفساد في الاستدلال والقصور في التسبيب والثابت في الأوراق وأجملت ذلك في ثلاثة أسباب خلاصتها ان الحكم المطعون فيه تجاهل عقد الصلح الموقع بين الطرفين أمام لجنة التوجيه الأسري، وان مصلحة الصغيرين تكون بقربهما من والدتهما وان لا خوف عليهما من زوج الطاعة لانه لا يبيت عندها وقت مبيت الولدين عندها بل عند زوجته الأخرى وان ما نعاه المطعون ضده من ان الطاعة تشرب السجائر وقد ترتدي ملابس السباحة قول مرسل بلا دليل مما يكون معه الحكم المطعون فيه غير قائم على اساس من القانون حريا بالنقض.

وحيث إن هذا النعي غير سديد، ذلك أنه من المقرر في قضاء هذه المحكمة أن محكمة الموضوع تستقل بسلطة فهم وتحصيل الواقع في الدعوى طالما كان استخلاصها سائغاً وهي صاحبة السلطة في استخلاص ما تراه متفقاً مع واقع الدعوى، متى كان استخلاصها سائغاً وإن المجادلة في ذلك هي مجادلة موضوعية

تنحسر عنها رقابة محكمة النقض متى أقام الحكم قضاءه على أسباب سائغة؛ وإن استخلصت محكمة الموضوع في حدود سلطتها الموضوعية ان ما يستخلص من وضعية الصغيرين وأبويهما ان كيفية الرؤية التي سبق ان اتفق عليها الطرفان، والتي تستغرق يومين كاملين متتاليين إضافة إلى ساعات أخرى يومية لم تعد في مصلحة المحضونين بعد أن بلغت سن البنت مرحلة الدراسة التي تتطلب بعض التفرغ لمراجعة دروسها، وان المطعون ضده متخوف من مبيت البنت ميرنا عند الطاعة المتزوجة برجل أجنبي عن المحضونين وخلص الحكم المطعون فيه إلى ان لا مصلحة للصغيرين في قضاء يومي العطلة الأسبوعية بالكامل عند الطاعة وزوجها الأجنبي عنهما وبالتالي قضت بإعادة تنظيم الرؤية لتصبح محددة ما بين الساعة العاشرة صباح يوم الجمعة إلى الساعة الثامنة من مساء نفس اليوم من كل أسبوع تصطبغ الطاعة الصغيرين خلال هذه الفترة وتردهما للمطعون ضده في نهاية فترة الرؤية دون المبيت وذلك بواسطة مركز الاتحاد النسائي العام.

لما كان ذلك وكان هذا الذي خلصت إليه محكمة الموضوع سائغاً ولا مخالفة فيه للقانون وله أصله الثابت في الأوراق وكافياً لحمل قضائها في هذا الخصوص ويتضمن الرد المسقط لكل حجج الطاعة وأوجه دفاعها، فإن النعي يكون غير قائم على أساس من القانون ويتعين رفضه.

الرئيس : المستشار / محمد الأمين محمد بيب – رئيس الدائرة.

الأعضاء : المستشار / بادي محمد الجرام

المستشار / عبد الكريم فرعون

٢٥ ش - (الطعن رقم ١١٣٥ لسنة ٢٠١٠ س ٤ ق . أ) جلسة ٢٠١١/١٩ (أحوال شخصية)

- ١ (حضانة. أحوال شخصية. محكمة الموضوع « سلطتها». حكم « تسببيه. تسبیب غير معيب». نقض أسباب الطعن بالنقض. ما لا يقبل منها. ■ المرض المسقط لحق الحاضن في الحضانة. هو المرض المعدي. أو الذي يعجز الحاضن عن القيام بمصالح المحضون. إذا لم يكن معه من يقوم بها. أساس ذلك؟ ■ تقدير توافر المرض المسقط للحاضنة من عدمه. موضوعي. ما دام سائغاً.
- ٢ (حضانة. محكمة الموضوع « سلطتها». حكم « تسببيه. تسبیب غير معيب». نقض أسباب الطعن بالنقض. ما لا يقبل منها. ■ أحوال شخصية. مذاهب فقهية. ■ جواز مد مدة حضانة النساء للمحضونين للذكر حتي يبلغ وللأنثي حتى تتزوج. متي كان ذلك في مصلحة المحضون. المادة ١٥٦ من قانون الأحوال الشخصية. ■ سن البلوغ للذكر هو البلوغ الشرعي المحدد بسن الثامنة عشرة. أساس ذلك؟ ■ تقدير المصلحة. موضوعي.

المحكمة

حيث يؤخذ من وقائع الدعوى وسائر وثائقها ومن الحكم المطعون فيه أن المطعون ضدها بصفتها قيّمة على ابنتها أقامت الدعوى رقم ٢٠١٠/٥١٢ أمام محكمة العين الابتدائية بمواجهة الطاعن طلبت في ختامها تطبيق ابنتها هناك صالح قاسم على المدعى عليه لضرر الهجر لمدة خمس سنوات وعدم الإنفاق عليها وإلزامه أن يؤدي لها نفقة متعة وتوفير خادمة ومصاريف استقدامها وأجرة حاضنة وبدل أثاث وزيادة نفقة الأولاد وزيادة أجرة المسكن وتوفير سيارة وسائق ودفع أجرته والمصاريف المدرسية والمستحقات الشرعية، وذلك على سند من القول ان المذكورة متزوجة من المدعى عليه ورزقت منه بثلاثة أولاد هم و و وان المدعى عليه أساء معاملتها بالضرب والاهانة وقطع عنها النفقة كما اسكنها في منطقة القطارة وهو مكان مهجور وغير آمن وقام بأخذ الأولاد منها مما أدى إلى مرضها نفسياً وقد تجاهلها المدعى عليه وأهمل في علاجها وعينت محكمة العين الابتدائية والدتها قيّمة عليها بعد الحكم بالحجر عليها .

وأثناء نظر الدعوى تقدم المدعى عليه بدعوى متقابلة طلب بموجبها إثبات أحقيته في حضانة أولاده الثلاثة من المدعية أصلياً وهم و و

وبتاريخ ٢٥/٨/٢٠١٠ حكمت محكمة البداية بتطبيق المدعية على زوجها المدعى عليه طلاقاً بائناً بينونة صغرى ورفض باقي طلباتها وإلزامها برسوم الطلبات المرفوضة . كما حكمت في الدعوى المتقابلة بإثبات حق المدعى عليه في حضانة أولاده من المدعى عليها تقابلاً وهم و و وإلزام المدعى عليها تقابلاً برسوم هذه الدعوى . فاستأنفت المطعون ضدها هذا الحكم تحت رقم ٣٦٩/٢٠١٠، وبتاريخ ٣١/١٠/٢٠١٠ حكمت محكمة الاستئناف بإلغاء الحكم المستأنف جزئياً فيما قضى به من إثبات الحضانة للمستأنف ضده والقضاء مجدداً بإثبات حق المستأنفة في حضانة أولادها من المستأنف وإلزام المستأنف بتوفير مسكن حضانة للمستأنفة وبأن يدفع لها مبلغ ألف درهم شهرياً لحين توفير المسكن ابتداءً من تاريخ تسلمها للمحضونين وبعدهم قبول طلبات مؤخر الصداق والنفقة الزوجية ونفقة الأولاد والأثاث وبرفض الاستئناف فيما عدا ذلك وتأييد الحكم المستأنف وإلزام المستأنف ضده بالمصاريف .

فلم يرض الطاعن بهذا الحكم فأقام عليه طعنه المائل وقدمت المطعون ضدها مذكرة جوابية كما قدمت النيابة العامة مذكرة رأت فيها قبول الطعن شكلاً وفي الموضوع تفويض الرأي للمحكمة، ورأت هذه الأخيرة في غرفة المشورة أن الطعن جدير بالنظر فحددت لنظره جلسة .

وحيث ينعى الطاعن على الحكم المطعون فيه مخالفة أحكام القانون والشرعية الإسلامية والثابت في الأوراق والقصور في التسبيب والفساد في الاستدلال والإخلال بحق الدفاع ويحمل ذلك في خمسة أسباب :

الأسباب الأول والثاني والخامس: وفيها يقول الطاعن أن الأم مريضة ولها تصرفات غريبة ومحجور عليها وأن القيمة عليها هي الجدة عائشة وهي عاجزة عن القيام بشؤون نفسها إذ تبلغ من العمر ستين سنة وليس لها القدرة على تربية المحضونين ورعايتهم مما يجعل الشروط الواجب توافرها في الأم أو الجدة غير متوافرة ولوجود من يصلح من النساء لدى الطاعن فهو أحق بالحضانة كما أنه أحق بها بموجب قانون الأحوال الشخصية الذي أعطاه في المادة ١٤٦ منه حق الحضانة بعد الأم، وإن خالف الحكم المطعون فيه هذا النظر فإنه يكون مستوجبا للنقض .

وحيث إن هذا النعي؛ مردود ذلك أن المقرر في الفقه المالكي المعمول به في هذه الدولة أن المرض الذي يسقط به حق الحاضن في الحضانة هو المرض المعدي الذي يخاف على المحضون منه أو المرض الذي يصير به الحاضن عاجزاً عن القيام بمصالح المحضون إذا لم يكن معه من يقوم بها، أما غير ذلك من الأمراض فلا يسقط به حق الحاضن في الحضانة. (قال صاحب البهجة على التحفة ١/٤٠٧ في عده شروط الحاضن: وصحة جسم الحاضن) فالمرضى الضعيف القوة لا حضانة له وكذا الأعمى والأصم والأخرس والمقعّد لأنّه لا يقوم بمصلحة نفسه فكيف يقوم بمصلحة غيره اللهم إلا أن يكون عنده من يحضن كما يفيد الزرقاني في المقعد، والظاهر أن غيره كذلك وكذا من يخاف من مرضه العدوى على ما جرت به العادة كالجدام والبرص والجرب والحكة .

لما كان ذلك وكان الطاعن لم يدع أن المرض الذي زعم أن المطعون ضدها مصابة به من الأمراض المعدية أو

أنها صارت بسببه طريحة الفراش عاجزة فإن الحضانة لا تسقط عنها، ومع أن الطاعن يعترف بأن أم المطعون ضدها تقيم معها ومن ثم فإن الأم حتى لو افترض أنها صارت عاجزة بسبب المرض عن القيام بمصالح الأولاد المحضونين فلا تسقط حضانتها لأن أمها تقوم نيابة عنها بنفس مهام وتكاليف الحضانة وأن ما يدعيه الطاعن من أن الجدة غير قادرة هي الأخرى على القيام بشؤون نفسها وشؤون المحضونين بقي كلاما مرسلا بلا دليل وان بلوغها ستين عاما لا يعني انها أصبحت عاجزة ما دام عجزها غير ثابت. لما كان ذلك، وكانت المحكمة المطعون في حكمها قررت وبما لها من سلطة موضوعية أن مصلحة الأولاد تكمن في بقائهم عند أمهم المطعون ضدها وليس عند أبيهم الطاعن، فان حكمها يكون صحيحا سليما متفقا مع القانون، ومن ثم فإن هذا النعي يكون على غير أساس متعين الرفض.

السببان الثالث والرابع: وفيهما يقول الطاعن ان الولدين و تجاوزا سن حضانة النساء إذ ان البنت بلغت من العمر ثلاث عشرة سنة والولد بلغ إحدى عشرة سنة والطاعن أحق بحضانة الولد وان من مصلحة الأولاد ان يكونوا مع بعضهم البعض، كما ان الطاعن طلب إحالة الدعوى للتحقيق لسؤال الأولاد عن رأيهم لمعرفة مع من يرغبون العيش، وبالتالي فان الحكم المطعون فيه يكون قد خالف القانون من هذه الناحية مما يوجب نقضه.

وحيث إن هذا النعي مردود، ذلك ان محكمة الموضوع قررت وبما لها من صلاحية في تقدير مصلحة الأولاد بقاءهم مع امهم الحاضنة وبالتالي تكون قد مددت حضانتها للولدين ميثة وخليفة اعتمادا على المادة ١٥٦ من قانون الأحوال الشخصية التي تنص على ان : « للمحكمة ان تمدد حضانة النساء للأولاد الذين بلغوا طور انتهاء حضانة النساء لهم مراعاة لمصلحتهم إلى ان يبلغ الذكر وتزوج الأنثى. » يضاف إلى ذلك ان البلوغ المذكور في هذه المادة بالنسبة للولد الذكر يقصد به البلوغ الشرعي الذي هو إكمال الولد سن الثامنة عشرة من العمر حسب مذهب مالك الذي أعطاه قانون الأحوال الشخصية الأولوية في الإحالة بالنسبة لما لم يرد فيه من الأحكام. وبالرجوع إلى خلاصة القيد الموجودة صورة منها في الملف يتبين ان الولد من مواليد ١٩٩٩ والولد من مواليد ٢٠٠٠ ولم يكمل أي من الولدين و وقت رفع الطاعن لدعواه السنة الثامنة عشرة من عمره حتى لو روعي الحساب القمري. وان عدم إجراء محكمة الموضوع التحقيق المطلوب لسماع أقوالهم فيمن يرغبون العيش معه لا يؤثر في سلامة حكمها ما دام ان محكمة الموضوع رأت ان من مصلحتهم البقاء في حضانة أمهم، ومن ثم يكون الحكم المطعون فيه الذي مدد حضانة المطعون ضدها للأولاد مراعاة لمصلحتهم مصيبا في ما ذهب إليه وبالتالي يكون ما أثاره الطاعن غير قائم على أساس من القانون حريا بالرفض.

الرئيس : المستشار / محمد الأمين محمد بيب - رئيس الدائرة.

الأعضاء : المستشار / بادي محمد الجرام

المستشار / عبد الكريم فرعون

٢٦ ش - (الطعن رقم ١٠٨٤ السنة ٢٠١٠ س ٤ ق. أ) جلسة ٢٠١١/١٩ (أحوال شخصية)

حضانة. جواز سفر. أحوال شخصية. حكم «تسبيبه. تسبيب غير معيب». نقض» أسباب الطعن بالنقض. ما لا يقبل منها». ولاية» ولاية على النفس». محكمة الموضوع» سلطتها».

■ جواز الحكم بإبقاء جواز سفر المحضون بيد الحاضنة. شرطه: إثبات الحاضنة تعنت الولي في تسليم جواز السفر إليها عند الحاجة.

■ تقدير توافر التعنت في حق الولي من عدمه. موضوعي. متي كان سائغاً.

المحكمة

حيث إن الوقائع تتلخص كما يتبين من الحكم المطعون فيه ومن سائر الأوراق، في أن المدعي أقام لدى محكمة الرويس الابتدائية ضد المدعي عليها الدعوى رقم ٢٠١٠/٤ طلب بموجبها الحكم له باستلام جوازات سفر أولاده من المدعي عليها وهم وعمرها ١٠ سنوات و وعمره ٩ سنوات و وعمرها ٧ سنوات لنقل كفالتهم عليه والاحتفاظ بجوازات سفرهم معه لامتناع المدعي عليها عن تسليمها جوازاتهم له، مما دعاه لإقامة الدعوى.

وبتاريخ ٢٠١٠/٨/١٨ حكمت محكمة أول درجة بإلزام المدعي عليها بتسليم جوازات سفر أولادها لوالدهم المدعي ونقل كفالتهم عليه مع إلزامها برسوم الدعوى ومصروفاتها. فاستأنفت الطاعنة هذا الحكم بالاستئناف رقم ٢٠١٠/٢٣ (استئناف الظفرة)، وبتاريخ ٢٠١٠/١٠/٢٠ قضت محكمة الاستئناف بقبول الاستئناف شكلاً وفي الموضوع بإلغاء الحكم المستأنف فيما قضى به من نقل كفالة أولاد المستأنفة على والدهم وتأييده فيما عدا ذلك وألزمته طرفي الدعوى بالمصروفات مناصفة.

وبتاريخ ٢٠١٠/١١/٩، طعنت الطاعنة في هذا الحكم بالطعن المائل. وقدم المطعون ضده مذكرة جوابية كما قدمت النيابة العامة مذكرة فوضت فيها الرأي للمحكمة ورأت هذه الأخيرة في غرفة المشورة أن الطعن جدير بالنظر، فحددت جلسة لنظره.

وحيث إن الطاعنة تنعى على الحكم المطعون فيه مخالفة القانون والخطأ في تطبيقه والقصور في التسبيب والفساد في الاستدلال وتجمل ذلك بقولها أن من حقها الاحتفاظ بجوازات سفر الأولاد المحضون لأنهم كانوا على كفالتها منذ ولادتهم وحتى اليوم وإبقاء المحضون على كفالتها خوفاً من هرب المطعون ضده بالأولاد

إلى العراق وهي بلد غير آمن، وإذ لم تدقق المحكمة المطعون في حكمها في أوراق الدعوى حتى تتأكد من تعنت المطعون ضده فإن الحكم المطعون فيه إذ قضى بتسليم جوازات سفر الأولاد المحضونين لوالدهم المطعون ضده يكون مخالفا للقانون حريا بالنقض.

وحيث إن هذا النعي غير سديد، ذلك ان المادة ١٥٧ من قانون الأحوال الشخصية نصت على أن « للولي الاحتفاظ بجواز سفر المحضون إلا في حالة السفر فيسلم للحاضنة. وان للقاضي ان يأمر بإبقاء جواز السفر في يد الحاضنة إذا رأى تعنتا من الولي في تسليمه للحاضنة وقت الحاجة. وللحاضنة الاحتفاظ بأصل شهادة الميلاد وأية وثائق أخرى ثبوتية تخص المحضون أو بصورة منها مصدقة ولها الاحتفاظ بالبطاقة الشخصية للمحضون.»

وحيث انه لما كان ذلك، وكانت محكمة الموضوع قد انتهت في تقديرها، إلى ان الطاعنة لم تثبت تعنت الولي (المطعون ضده) أو اعتزاه السفر بالمحضونين خارج الدولة، وكان تقدير تعنت الولي من عدمه يدخل في نطاق سلطة محكمة الموضوع، لذلك يكون ما أثير بخصوص ذلك التعنت أو اعتزام المطعون ضده السفر خارج الدولة، مما يدخل ضمن الأمور الواقعية التي تخرج عن نطاق رقابة قضاء النقض، متى كان تقدير محكمة الموضوع مبنيًا على أسباب سائغة كافية لحمل منطوق الحكم، مما حاصله ان النعي المثار في هذا الوجه غير سديد وبالتالي يتعين رفضه.

الرئيس : المستشار / محمد الأمين محمد بيب - رئيس الدائرة.

الأعضاء : المستشار / بادي محمد الجراح

المستشار / عبد الكريم فرعون

٢٧ ش - (الطعن رقم ١١٧٨ لسنة ٢٠١٠ س ٤ ق. أ) جلسة ٢٠١١/١٢ (أحوال

شخصية)

حضانة. شريعة إسلامية. أحوال شخصية. قانون» تطبيقه». حكم «تسببيه. تسبیب غیر معيب». نقض « أسباب الطعن. ما لا يقبل منها».

■ زواج الحاضنة بأجنبي ودخولها به. لا يسقط حقها في الحضانة. شرطه: أن لا يكون في هذا الزواج ضرراً بالمحضونين. المادة ١٤٤ من قانون الأحوال الشخصية. مثال.

المحكمة

حيث يؤخذ من وقائع الدعوى وسائر وثائقها ومن الحكم المطعون فيه، أن الطاعن أقام الدعوى رقم ٢٠١٠/٧١١ أمام محكمة أبو ظبي الابتدائية ضد المطعون ضدها طلب فيها الحكم بإسقاط حضانتها لولديها وعمره ٧ سنوات و..... وعمرها ٤ سنوات وضمهما إليه لحضانتها وإسقاط نفقتهما المفروضة تبعاً لذلك، لزواج طليقته المطعون ضدها بزواج آخر أجنبي عن المحضونين.

وبتاريخ ٢٠١٠/٧/٨ حكمت محكمة البداية برفض الدعوى وإلزام المدعي بالرسوم والمصاريف. فاستأنف المدعي هذا الحكم تحت رقم ٢٠١٠/٧٣٨. وبتاريخ ٢٠١٠/١١/٩ قضت محكمة الاستئناف بقبول الاستئناف شكلاً وبرفضه موضوعاً وتأيد الحكم المستأنف وتحميل المستأنف الرسوم والمصروفات. لم يرض الطاعن هذا الحكم فأقام عليه طعنه المائل، وقدمت المطعون ضدها مذكرة جوابية كما قدمت النيابة العامة مذكرة رأت فيها قبول الطعن شكلاً وفي الموضوع بتفويض الرأي للمحكمة، ورأت هذه الأخيرة في غرفة المشورة أن الطعن جدير بالنظر فحددت لنظره جلسة.

وحيث ينعي الطاعن على الحكم المطعون فيه القصور في التسبيب والفساد في الاستدلال والخطأ في تطبيق القانون والإخلال بحق الدفاع ويحمل ذلك في ثلاثة أسباب خلاصة ما جاء فيها أن الحكم المطعون فيه أخطأ في إبقاء حضانة الصغيرين لأمهما المطعون ضدها رغم زواجهما من أجنبي عنه لأن مصلحتهما تقتضي البقاء مع أمهما، على الرغم من تمسكه بكونه الأحق في حضانتها وإنها أقرت أمام التوجيه الأسري بعدم ممانعتها من إسقاط حضانتها شريطة أن تراهما، ولما ذهبت المحكمة المطعون في حكمها خلاف ذلك وقضت بعدم إسقاط حضانة المطعون ضدها للولدين، فإن حكمها المطعون فيه يكون مستوجباً للنقض.

وحيث إن هذا النعي غير سديد، ذلك أنه وإن كانت المادة ١٤٤ من قانون الأحوال الشخصية تشترط في

الحاضن إذا كان امرأة، زيادة على الشروط المحددة في المواد الأخرى، ان تكون خالية من زوج أجنبي عن المحضون دخل بها، فإنها (أي المادة ١٤٤) استثنت من ذلك الحالة التي تقدر فيها المحكمة ان مصلحة المحضون تقتضي خلاف ذلك، ومؤدى هذا الاستثناء ان زواج الحاضنة بأجنبي ودخوله بها، لا يسقط حضانتها إذا تبين ان هذا الزواج لا يضر بالمحضونين، وان مصلحتهما تقتضي بقاءهما في حضانة أمهما.

وحيث انه لما كان ذلك وكانت محكمة الموضوع قد انتهت في تقديرها، إلى ان مصلحة المحضونين تتحقق في بقاءهما بين يدي أمهما، وان زواجها ليس فيه مساس بمصلحتهما، وان الحاضنة رغم زواجها بأجنبي عن المحضونين لم يصدر عنها ما يخل بواجباتها نحوهما أو أن زوجها أساء معاملته مع ولديها المحضونين. كما ان المطعون ضدها طلبت أمام الموجه الأسري مبيت الولدين المحضونين عندها كشرط لموافقتها على التخلي عن الحضانة وليس في هذا الشرط عدم ممانعة من جانبها لإسقاط حضانتها كما يدعي الطاعن، وكان تقدير مصلحة المحضونين يدخل في نطاق سلطة محكمة الموضوع، لذلك يكون ما أثير بخصوص تقدير هذه المصلحة، مما يدخل ضمن الأمور الواقعية التي تخرج عن نطاق رقابة قضاء النقض، متى كان تقدير محكمة الموضوع مبنيًا على أسباب سائغة كافية لحمل منطوق الحكم، مما حاصله ان النعي المثار في هذا الوجه غير سديد وبالتالي يتعين رفضه.

الرئيس : المستشار / محمد الأمين محمد بيب - رئيس الدائرة.

الأعضاء : المستشار / بادي محمد الجرام

المستشار / عبد الكريم فرعون

٢٨ ش - (الطعن رقم ١٨٦ لسنة ٢٠١٠ س ٤ ق أ) جلسة ٢٠١١/٥/٤ (أحوال شخصية)

١ (حضانة. قانون «تطبيقه». حكم «تسببيه. تسبیب غير معيب». نقض «أسباب الطعن بالنقض. ما لا يقبل منها» إثبات «بوجه عام». أحوال شخصية. شريعة إسلامية.

■ وجوب بقاء المحضون في حضانة النساء متى كان في العمر الذي نص عليه قانون الأحوال الشخصية. وكان في ذلك منفعة دون مضارة له. أساس ذلك وعلته؟

٢ (حضانة. أحوال شخصية. مذاهب فقهية. حكم «تسببيه. تسبیب غير معيب». نقض «أسباب الطعن بالنقض. ما لا يقبل منها».

■ عدم جواز سقوط حضانة الأم. لانتقال ولي المحضون إلى بلد آخر. ولو كان ذلك بقصد الإستقرار. متى كان في ذلك مضارة بالأم الحاضنة. أساس ذلك؟ مثال.

■ الحضانة في معنى المادة ١٤٢ من قانون الأحوال الشخصية. ما هيته؟

٣ (قضاة «صلاحياتهم». قانون «تطبيقه». نقض «أسباب الطعن بالنقض. ما لا يقبل منها».

■ سبق فصل القاضي في قضية لا يؤثر في صلاحيته للفصل في قضية أخرى جديده ولو إتحد الخصوم والموضوع. أساس ذلك وعلته؟

المحكمة

حيث يتلخص من وثائق الملف ومن الحكم المطعون فيه ان الطاعن أقام دعوى في مواجهة المطعون ضدها لدى محكمة أبو ظبي الابتدائية بتاريخ ٢٠١٠/٧/١٤ تحت رقم ٢٠١٠/٨٤٣. طلب في ختامها الحكم بإلزام المدعى عليها بالانتقال إلى بلده بالمملكة العربية السعودية للانضمام لابنتها المقيمة بمسكن الحضانة بالفيللا رقم ٤/٧٥٥٩ شارع البراء بن مالك حي العزيزية بالدمام، وفي حالة رفضها الحكم بإسقاط حاضنتها لابنتها (.....) وثبوتها له لإكمال تربيتها وحفظها ورعايتها، مع إلغاء كافة النفقات المترتبة على الحضانة المفروضة بالحكم الصادر في الدعوى رقم ٢٠٠٧/١٠٦١ مع إلزامها بالمصاريف والأتعاب.

وأوضح في دعواه انه كان زوجاً لها بمقتضى عقد شرعي وأنجبت منه على فراش الزوجية البنت (.....) بتاريخ ٢٠٠٥/٦/٢٨. وبتاريخ ٢٠١٠/١١/٢٢ استصدرت حكماً بتطليقها عليه طلاقاً بائناً للشقاق وإثبات حقها في حضانة بنتها(.....) مع إلزامه بإعادتها إليها وتسليمها لها، ونظراً لكونه يقيم بالمملكة العربية

السعودية بصفة دائمة منذ زواجه بها وله مسكن قار هناك وقام بإدخال بنته بالمدارس السعودية لذا يلتزم ما ذكر.

أجابت المدعى عليها بمذكرة جوابية طلبت في ختامها الحكم بعدم جواز نظر الدعوى لسبقية الفصل فيها في الدعوى رقم ٢٠٠٨/١٠٦١ بمقتضى حكم نهائي حاز قوة الأمر المقضي به.

وبتاريخ ٢٠١٠/١١/٣٠ حكمت محكمة البداية:

أولاً: برفض الدفع بعدم جواز نظر الدعوى لسبقية فيها.

ثانياً: بإسقاط حضانة المدعى عليها لبنتها (.....) وثبوتها للمدعى وإلزامها بتسليمها إليه، وإسقاط ما قضى به في الحكم الصادر في الدعوى ٢٠٠٨/١٠٦١ من نفقة البنت (.....). وأجرة حضانة المدعية وتوفير مسكن حضانة. وألزم المدعى عليها بالمصاريف، ومقابل المحاماة.

فاستأنفت المدعى عليها الحكم بتاريخ ٢٠١٠/١٢/٢٩ تحت رقم ٢٠١٠/١١٤٢.

وبتاريخ ٢٠١١/١/٢٥ حكمت محكمة الاستئناف بإلغاء الحكم المستأنف والحكم برفض الدعوى، وإلزام المستأنف ضده بالمصاريف على الدرجتين.

ولم يرض الطاعن هذا الحكم فأقام عليه طعنه المائل بالنقض بتاريخ ٢٠١١/٢/١٦. وقدمت المطعون ضدها مذكرة جوابية في ختامها رفض الطعن وإلزام الطاعن بالرسوم والمصاريف ومقابل أتعاب المحاماة، كما قدمت النيابة مذكرة فوضت في ختامها الرأي للمحكمة ورأت هذه الأخيرة في غرفة المشورة ان الطعن جدير بالنظر فحددت لنظره جلسة.

وحيث ينعى الطاعن على الحكم المطعون فيه الخطأ في تطبيق القانون والقواعد الشرعية والقصور في التسبيب، والفساد الاستدلال، والقضاء على خلاف الثابت بالأوراق، والإخلال بحق الدفاع. ويحمل ذلك ثلاثة أوجه

ينعى في الوجهين الأول والثاني كون الحكم خالف نص الفقرة الثانية من المادة ١٥٢ من قانون الأحوال الشخصية التي تنص على انه « يسقط حق الحاضن في الحضانة في الحالات الآتية: ٢) إذ استوطن الحاضن بلدا يعسر معه على ولي المحضون القيام بواجباته » وهذا نص أمر يسقط حق المطعون ضدها في حضانة بنتها ويدعم ما ذهب عليه محكمة البداية من إسقاط حضانتها وثبوتها له. ويخالف ما ذهب عليه المحكمة المطعون في حكمها من تغليبها ضرر الأم على ضرر الولي والمحضون. ثم انه خالف نصوص الفقه المالكي المعمول به في الدولة من ان حضانة الأمر تسقط إذا سافر الولي عن بلد الحاضنة إلى بلد آخر سفر نقله وامتنعت من السفر معه. ومن حقه باعتباره سعودي الجنسية مستقراً ومستوطناً بها ان تكون بنته معه تتربى

في كنفه. مما يكون الحكم خالف القانون والفقه يتعين نقضه.

وحيث إن ما ينعاه الطاعن غير سديد، ذلك انه وفي شأن مخالفة نص الفقرة الثانية من المادة ١٥٢ من قانون الأحوال الشخصية فإن البنت المحكوم بإسقاط حضانة أمها لها لا يتجاوز عمرها خمس سنوات. إذ هي من مواليد ٢٨/٦/٢٠٠٥ ومن مصلحتها وهي في سنها الحالي ان تكون عند أمها وتحت حضانتها، ففي هذا السن تكون في أشد الحاجة إليها من حيث العناية والشفقة. ومن المقرر فقهاً أن مدار الحضانة على نفع المحضون وانتقاء الضرر به ومتى تحقق نفعه في شيء وجب المصير إليه ولو خالف مصلحة طالب الحضانة. والأم محمولة على الأمانة والقدرة والرعاية على الحضانة ومن مصلحة المحضونة كما سبق ان تكون عند أمها مما يكون معه ما أثير في هذا الوجه غير سديد حرياً بالرفض.

وفي شأن مخالفة نصوص الفقه المالكي من ان حضانة الأم تسقط إذا سافر ولي المحضون عن بلد الحضانة إلى بلد آخر سفر نقله، وامتنعت الحاضنة من السفر معه. فإن الفقرة الثالثة من المادة ١٥١ من قانون الأحوال الشخصية نصت على عدم سقوط حضانة الأم المبانة لمجرد انتقال الأب إلى غير البلد المقيمة فيه الحاضنة ولو كانت النقل بقصد الاستقرار ان كان في تلك مضارة للأم وحسب الثابت من وثائق الملف ان المطعون ضدها لما انتقلت إلى المملكة العربية السعودية مقر الطاعن لرؤية بنتها عاملها عائلته بعنف وقساوة إذ وقع عليها اعتداء من طرفهم بالضرب مما اضطرها إلى تقديم شكاية ضدهم بذلك حسب الثابت من أوراق الملف (محضر التحقيق والادعاء العام القضية رقم ٨١٣/٣٥٥/٣١ ق بالمملكة العربية السعودية). والحضانة كما عرفت المادة ١٤٢ من قانون الأحوال الشخصية « هي حفظ الولد وتربيته ورعايته بما لا يتعارض مع حق الولي على النفس. » وجاء في المذكرة الإيضاحية لنفس القانون. جعل الشارع الحكيم أمر الحضانة في مرحلة الطفولة الأولى من شؤون النساء لأنهن أرفق به وأهدى إلى حسن رعايته. قال ابن عاصم في التحفة.

وصرفها إلى النساء أليق لأنهي في الأمور أشفق

قال الشيخ المهدي الوزاني في حاشيته على الشيخ التاودي (الجزء الثاني صفحة ٢٦٠). ان صرف الحضانة وجعلها للنساء أليق من جعلها للرجال لأن المقصود منها القيام بشؤون الصبي لأنه خلق ضعيفاً لا يقوم بنفسه فقدم الشارع في الحضانة من هو في طبعه أشفق على المحضون وأرفق به من غيره.

قال القرافي: قاعدة الشرع ان يقدم في كل ولاية من هو أدري بمصالحه. وقد يكون المقدم في باب مؤخرًا في أخرى فالمرأه مؤخرة في الإمامة مقدمة في الحضانة لمزيد شفتها وصبرها فهي أقوم بمصالح الحضانة من الرجال.

والمحكمة بتعليل حكمها بكون الغاية من الحضانة هي رعاية الصغير وحفظه والحرص على توفير كل ما فيه مصلحة له. وان البنت المحضونة لا زالت صغيرة لم يتجاوز عمرها خمس سنوات ووجودها مع أمها أفضل لها

من غيرها تكون قد طبقت القانون ويكون ما أثير في هذا الشق غير سديد حرياً بالرفض.

وينعى في الوجه الثالث كون الحكم خالف نص الفقرة الأولى من المادة ١١٤ حرف (ز) من قانون الإجراءات المدنية من ان القاضي غير صالح لنظر الدعوى ممنوعاً من سماعها ولو لم يرده أحد الخصوم في الأحوال الآتية : « إذا كان قد سبق له نظرها قاضياً ». ورتبت الفقرة الثانية من نفس المادة البطلان على عدم مراعاة ذلك إذ جاء فيها « ويقع باطلاً عمل القاضي أو قضاؤه في الأحوال السابقة ولو تم باتفاق الخصوم » وبذلك فالمستشار محمد أكيد هو الذي نظر هذا النزاع في الدعوى رقم ٢٠٠٨/١٠٦١ وهو الذي أصدر الأمر على عريضة رقم ٢٠٠٨/٣٣٠ القاضي بإلزامه (أي الطاعن) بتسليم البنت المحضونة لأمها المطعون ضدها والذي تم التظلم منه بالتظلم رقم ٢٠٠٩/٨ وصدر الحكم في الدعوى رقم ٢٠٠٩/١٠٩١ بعدم قبول دعواه باعتبار ان البنت كانت في يده والحكم للمطعون ضدها بحضانة بنتها. ما يكون الحكم صدر باطلاً بطلاناً متعلقاً بالنظام العام يستوجب نقضه.

وحيث إن ما ينعاه الطاعن غير سديد، ذلك انه إذا كانت الفقرة الثانية من المادة ١١٤ تمنع القاضي من ان ينظر في دعوى سبق له ان نظرها قاضياً فإن الدعوى الحالية حسبما هو ثابت من الحكم الابتدائي المستأنف لم يكن المستشار المطلوب تنحيته عن الدعوى هو الذي حكم فيها وانما حكم فيها قاضي آخر هو المستشار أكثم السعيد بتاريخ ٢٠١٠/١١/٣٠. وبذلك فالدفع بمقتضيات الفقرة الثانية من المادة المحتج بها لا ينطبق على الواقعة ما دام ان المستشار المطلوب تنحيته لم يكن هو الذي أصدر الحكم الابتدائي أو شارك فيه أما كونه سبق له ان بت في قضية أخرى تتعلق بالأطراف أنفسهم فإن ذلك لا يمنعه من ان ينظر في قضية أخرى غيرها وان كانت تتعلق بنفس الموضوع ونفس الأطراف. إذ الفقرة المحتج بها لا تمنع القاضي من ان ينظر في قضية أخرى جديدة عرضت عليه ولو كانت متحدة الأطراف والموضوع، إذ العبرة بكونه سبق له ان أعطى رأيه في نفس القضية مما يكون معه ما أثير غير سديد حرياً بالرفض.

الرئيس : المستشار / محمد الأمين محمد بيب - رئيس الدائرة.

الأعضاء : المستشار / عبدالسلام الخراز

المستشار / عبد الكريم فرعون

٢٩ ش - (الطعن رقم ١١٣ لسنة ٢٠١١ س ٥ ق. أ) جلسة ٢٠١١/١٠/١٩ (أحوال شخصية)

حضانه. رؤية. عقد. إلتزام. لجنة التوجيه الأسري. إثبات «بوجه عام». «إقرار». حكم «تسببيه. تسبیب غیر معيب». نقض «أسباب الطعن بالنقض. ما لا يقبل منها».

■ إلتفاق الطاعن والمطعون ضدها أمام التوجيه الأسري على مواعيد وأماكن محدده لرؤية المحضون. وصيرورة هذا الإلتفاق في حكم السند التنفيذي. مؤداه: وجوب تطبيقه هو دون غيره. ما دام لم يمض عليه وقت طويل ولم تتغير ظروف أي من الطرفين.

المحكمة

حيث يتلخص من وثائق الحكم ومن الحكم المطعون فيه ان الطاعن أقام الدعوى في مواجهة المطعون ضدها لدى محكمة أبو ظبي الابتدائية بتاريخ ٢٠١١/٤/١٣ تحت رقم ٢٠١١/٥٢٩ طلب في ختامها الحكم بإلزامها بتمكينه من رؤية ولده (..... البالغ من العمر ٦ سنوات) يومي الجمعة والسبت من كل أسبوع مع التصريح له باصطحابه إلى الحدائق والمتنزهات وإلزامها بالمصاريف . وأوضح في دعواه ان المدعى عليها مطلقة وأنجبت منه أثناء العلاقة الزوجية الولد المذكور وبعد الطلاق ألت إليها حضانتها وانها تمنعه من رؤيته لذا يلتمس ما ذكر . وبتاريخ ٢٠١١/٥/١١ حكمت محكمة البداية برفض الدعوى وألزمت المدعى بالمصاريف ومقابل أتعاب المحاماة . فاستأنف الطاعن الحكم بتاريخ ٢٠١١/٦/٨ تحت رقم ٢٠١١/٦٢٢ وبتاريخ ٢٠١١/٨/٢٢ حكمت محكمة الاستئناف بتأييد الحكم المستأنف وألزمت المستأنف بالرسوم والمصروفات بما في ذلك مقابل أتعاب المحاماة .

ولم يرض الطاعن هذا الحكم فأقام عليه طعنه المائل بالنقض بتاريخ ٢٠١١/٩/٢٠. وقدمت المطعون ضدها مذكرة جوابية طلبت في ختامها رفض الطعن وإلزام الطاعن بالرسوم والمصاريف ومقابل أتعاب المحاماة . كما قدمت النيابة العامة مذكرة فوضت في ختامها الرأي للمحكمة ورأت هذه الأخيرة في غرفة المشورة ان الطعن جدير بالنظر فحددت لنظره جلسة .

وحيث ينعى الطاعن على الحكم المطعون فيه مخالفته للقانون والشريعة الإسلامية ، والقصور في التسبیب والإخلال بحق الدفاع ويحمل ذلك في سبب واحد

ينعى فيه كون الحكم رفض دعواه بعله انه لم يثبت ان التنظيم الحالي يضر بمصلحته والحالة ان المحكمة لم تمنحه الفرصة في إثبات تضرره من تنظيم الرؤية المحددة بمقتضى الاتفاق الأسري رقم ٢٠٠٩/١٧٨٧

. الصائر بتاريخ ٢٠١١/١/٥ في يوم الجمعة من الساعة الخامسة مساءً إلى الساعة السادسة مساءً بمقر الاتحاد النسائي بالمشرف في أبوظبي داخل مكتب الرؤية ولا تكون خارجة وهذا الاتفاق خالف الفقرة الأولى من المادة ١٥٤ من قانون الأحوال الشخصية التي تنص على أنه « إذا كان المحضون في حضانة أحد الأبوين فيحق للآخر زيارته واستزارته واستصاحبه حسبما يقرر القاضي على أن يحدد المكان والزمان والمكلف بإحضار المحضون » لما كان نظام الرؤية - يقول الطاعن - نظاماً استثنائياً شرع لمصلحة المحضون التي تقتضي أن يكون قريباً منه ومدة ساعة واحدة في الأسبوع لا تكفي الشيء الذي أضطر معه إلى تقديم طلبه برفع المدة لتمتد يومي الجمعة والسبت والمبيت معه حتى يتمكن من استصاحبه للأماكن العامة والحدائق والمنتزهات . والحكم المطعون فيه لما أغفل طلبه فيما ذكر يكون خالف القانون يتعين نقضه .

وحيث إن ما ينهه الطاعن غير سديد، ذلك أن الثابت من وثائق الملف أن الطاعن سبق أن أبرم اتفاقاً مع المطعون ضدها في شأن زيارة المحضون بتاريخ ٢٠١١/١/٥ تحت رقم ٢٠٠٩/١٧٨٧ أمام الموجه الأسري جاء فيه :

حضر الطرفان (..... - المطعون ضدها - - الطاعن) واتفقا وهما في الحالة المعتبرة شرعاً من جواز الإقرار ونفاذ التصرف على ما يلي : يحق للطرف الثاني (.....) رؤية ابنهما (.....) وعمره خمس سنوات كل يوم جمعة من الساعة الخامسة مساءً إلى الساعة السادسة مساءً بمقر الاتحاد النسائي بالمشرف في أبوظبي داخل مكتب الرؤية ولا تكون خارجة ، ويعمل بهذا الاتفاق بداية من ٢٠١١/١/٧ . وبناء على طلب الطرفين فقد اعتمدت المحكمة هذا الاتفاق وجعلته في قوة السند التنفيذي . وهذا الاتفاق الذي أبرم بين الطرفين بشأن تحديد رؤية المحضون لم يمس على إبرامه أكثر من أربعة أشهر فقط . إذ الدعوى رفعت بتاريخ ٢٠١١/٤/١٣ والاتفاق وقع بتاريخ ٢٠١١/١/٥ . وهذه المدة لم يثبت الطاعن فيها ما يوجب تغيير الاتفاق سيما والمحضون لم يتجاوز سن خمس سنوات . والمحكمة المطعون في حكمها لما عللت - بكون استمرار تطبيق بنود الاتفاق المبرم بين الطرفين بخصوص رؤية المحضون لا ينافي مصلحته خاصة والطاعن لم يثبت أن التنظيم الحالي للرؤية يضر بمصلحته ولم يقدم ما يبرر تغيير بنود الاتفاق المتعلقة بذلك باعتا أن الأصل هو لزوم التقيد بالاتفاق المبرم بين الطرفين في هذا الخصوص عملاً بالنصوص الشرعية الواردة في ذلك - تكون قد طبقت القانون ويكون ما أثير غير سديد حرياً بالرفض .

الرئيس : المستشار / محمد الأمين محمد بيب - رئيس الدائرة.

الأعضاء : المستشار / عبد السلام الخراز

المستشار / عبد الكريم فرعون.

٣ ش - (الطعن رقم ١١١٩ لسنة ٢٠١١ س ه ق أ) جلسة ٢٠١١/١/١٩ (أحوال

شخصية)

(١) حضانه. نفقه. حكم «تسبيبه. تسبيب غير معيب». نقض «أسباب الطعن بالنقض. ما لا يقبل منها». إثبات «بوجه عام».

■ وجوب النفقه للصغير الفقير على والده الموسر. حتى تتزوج الفتاه. ويصل الفتى إلى سن التكسب. ما لم يكن طالب علم يواصل دراسته بنجاح معتاد.

(٢) حضانه. إلتزام. عقد. لجنة التوجيه الأسري. إثبات «إقرار». حكم «تسبيبه. تسبيب غير معيب». نقض «أسباب الطعن بالنقض. ما لا يقبل منها».

■ إلتفاق الطاعن مع المطعون ضدها على أن تكون حضانه أولاده منها بيدها رغم تجاوز بعضهم سن الحضانه في هذا الوقت. مفاده: إقراره بإستمرار حضانتها لهم بعد تجاوز الآخرين لتلك السن. مؤداه: سقوط حقه في طلب الحضانه. أساس ذلك؟

(٣) نفقه. محكمة الموضوع «سلطتها». حكم «تسبيبه. تسبيب غير معيب». نقض «أسباب الطعن بالنقض. ما لا يقبل منها».

■ تحصيل فهم الواقع في الدعوى وتقدير أدلتها والموازنة بينها. موضوعي. ما دام سائغا.

■ مثال في تقدير نفقه.

(٤) محكمة الموضوع «سلطتها» «نظرها الدعوى والحكم فيها». إثبات «بوجه عام».

■ رفض المحكمة الإستجابه إلى طلب الطاعن مخاطبة المدرسة التي يدرس بها الصغير للإطلاع على أحواله. صحيح.

المحكمة

حيث يؤخذ من وقائع الدعوى وسائر وثائقها ومن الحكم المطعون فيه أن المدعي أقام الدعوى رقم ٢٠١١/٤٦٢ أمام محكمة أبو ظبي الابتدائية بمواجهة المدعى عليها طلب بموجبها الحكم بإسقاط حضانه المدعى عليها لأولاده منها وضمهم إليه واحتياطيا الحكم بتخفيض النفقة المفروضة عليه لتكون ألف

درهم شهريا لكل من و و وإلغاء أجرة الخادمتين والسائق والسيارة وثمان بترول السيارة وقيمة فواتير الماء والكهرباء وإلزامها بالرسوم والمصاريف، وذلك على سند من القول انه أنجب من المدعى عليها أثناء قيام الزوجية كلا من الأولاد مواليد ١٩٩٢، مواليد ١٩٩٥، مواليد ١٩٩٧، مواليد ١٩٩٩، مواليد ١٩٩٣، مواليد ٢٠٠٢، مواليد ٢٠٠٣ وهم في حضانة والدتهم المدعى عليها بعد الطلاق، إلا انها غير قادرة على حضانتهم لانشغالها بعملها بالدفاع وتسببت في تدني مستواهم الدراسي كما ان الأولاد بلغوا السن القانونية وانه غير قادر على سداد النفقة المفروضة عليه لأولاده بموجب سند الإقرار والاتفاق ٢٠٠١/١٠٩٨ والبالغ مجموعها ٢٠٧٠٠ درهم شهريا بسبب إفساده، مما دعاه لإقامة الدعوى.

وبتاريخ ٢٠١١/٥/٩ حكمت محكمة أول درجة بانتهاء صلاحية المدعى عليها لحضانة الابن غانم ورفض طلب إسقاط الحضانة والضم وعدم جواز نظر الطلبات بشأن إنقاص النفقة وبشأن إلغاء السيارة وبترونها وأجرة الخادمتين والسائق وقيمة فواتير الماء والكهرباء وألزمت المدعى بالرسوم والمصاريف. فاستأنف الطاعن هذا الحكم بالاستئناف رقم ٥٩٥ و٢٢٤/٢٠١١ وبعد أن ضمت المحكمة الاستئناف ليصدر فيهما حكم واحد حكمت بتاريخ ٢٠١١/٨/٢٣ برفض الاستئناف وتأيد الحكم المستأنف وإلزام المستأنف بمصروفات الاستئناف.

وبتاريخ ٢٠١١/٩/٢٢، طعن الطاعن في هذا الحكم بالطعن المائل. وقدمت المطعون ضدها مذكرة جوابية، وقدمت النيابة العامة مذكرة فوضت فيها الرأي للمحكمة ورأت هذه الأخيرة في غرفة المشورة أن الطعن جدير بالنظر، فحددت جلسة لنظره.

وحيث إن الطاعن ينعى على الحكم المطعون فيه الخطأ في تطبيق القانون وتفسيره وتأويله والقصور في التسبب والفساد في الاستدلال والإخلال بحق الدفاع ويحمل ذلك في سببين:

السبب الأول: وفيه يقول الطاعن أن الحكم المطعون فيه أخطأ عندما قضى بانتهاء صلاحية المطعون ضدها لحضانة الابن غانم دون أن ينقص نصيبه من النفقة المتفق عليها رضاء في الملف الأسري ٢٠٠١/١٠٩٨ مما يستوجب نقض الحكم المطعون فيه.

وحيث إن هذا النعي غير سديد، ذلك ان المقرر في قضاء هذه المحكمة عملا بنصوص فقهاء مذهب مالك المعمول به في الدولة ونص المادة ١/٧٨ من قانون الأحوال الشخصية ان نفقة الولد الصغير الذي لا مال له على أبيه، حتى تتزوج الفتاة، ويصل الفتى إلى الحد الذي يتكسب فيه أمثاله، ما لم يكن طالب علم يواصل دراسته بنجاح معتاد.

وحيث ان الطاعن لم يثبت ان الابن يعمل ويتكسب من عمله أو أنه لا يتابع دراسته بنجاح معتاد،

وكان الطاعن لم يطلب في دعواه خصم نصيب الولد غانم من مجموع النفقة المزم بها بموجب اتفاق التوجيه الأسري رقم ٢٠٠١/١٠٩٨ فيكون القضاء بعدم خصم نفقة الولد متفقاً مع القانون مما يتعين معه رفض هذا النعي.

السبب الثاني: وفيه يقول الطاعن ان الحكم المطعون فيه أخطأ بعدم إسقاط حضانة المطعون ضدها للأولاد المذكورين في صحيفة الدعوى نظراً لإهمالها في رعايتهم، كما أخطأ الحكم المذكور بعدم إنقاص النفقة وإلغاء السيارة وبترونها وأجرة الخادمتين والسائق وقيمة فواتير الماء والكهرباء، كما أخطأ الحكم المطعون فيه بعدم إجابة طلب الطاعن بمخاطبة مدرسة المشاعل الوطنية لبيان أحوال الابن الحاي مما يستوجب نقضه.

وحيث إن هذا النعي غير سديد، ذلك أن بعض الأولاد المذكورين لا زالوا في سن حضانة النساء ، وكان الطاعن قد وافق في سند الإقرار والاتفاق الأسري رقم ٢٠٠١/١٠٩٨ الموقع بتاريخ ٢٢/٥/٢٠٠٨ على أن تكون الحضانة للمطعون ضدها رغم تجاوز بعض الأولاد لسن حضانة النساء مما يعد إقراراً منه باستمرار حضانتها بعد تجاوز المحضونين لسن حضانة النساء وليس له ان يطلب إسقاط الحضانة بعد ذلك الاتفاق إلا إذا فقدت المطعون ضدها احد الشروط الواردة في المواد ١٤٤، ١٤٣ من قانون الأحوال الشخصية، وكان الطاعن لم يثبت اي سبب من أسباب سقوط الحضانة المنصوص عليها في المادة ١٥٢ من قانون الأحوال الشخصية ، وكانت المحكمة المطعون في حكمها قد استخلصت ان مصلحة المحضونين تكمن في بقائهم في حضانة والدتهم المطعون ضدها، وان هذا الاستخلاص هو من أمور الواقع التي تستقل بتقديرها محكمة الموضوع بما لها من سلطة فهم الواقع في الدعوى بغير معقب عليها في ذلك، متى أقامت قضاءها على أسباب سائغة لها أصلها الثابت في الأوراق، ومن ثم يكون حكمها متفقاً مع الشريعة والقانون مما يجعل ما ورد في هذا الشق من النعي حرياً بالرفض.

أما فيما يخص الشق المتعلق برفض المحكمة المطعون في حكمها انقاص النفقة وإلغاء السيارة وبترونها وأجرة الخادمتين والسائق وقيمة فواتير الماء والكهرباء، فان هذا الشق من النعي غير سديد، ذلك ان لمحكمة موضوع أن تستقل بسلطة فهم وتحصيل الواقع في الدعوى طالما كان استخلاصها سائغاً وهي صاحبة السلطة في استخلاص ما تراه متفقاً مع واقع الدعوى، متى كان استخلاصها سائغاً وإن المجادلة في ذلك هي مجادلة موضوعية تنحسر عنها رقابة محكمة النقض متى أقام الحكم قضاءها على أسباب سائغة، وإذا استخلصت المحكمة المطعون في حكمها في حدود سلطتها الموضوعية ان الطاعن لم يثبت تغير الأسباب والظروف والعوامل التي اعتمد عليها سند الإقرار والاتفاق رقم ٢٠٠١/١٠٩٨ المشار إليه أعلاه والذي قضى بفرض تلك النفقات، فان حكمها المطعون فيه برفض طلب الطاعن هذا يكون قائماً على أساس من القانون مما يكون معه هذا الشق النعي حرياً بالرفض أيضاً.

وأما عن الشق المتعلق بعدم إجابة المحكمة المطعون في حكمها لطلب الطاعن مخاطبة المدرسة التي يدرس فيها

الولد الحاي لبيان أحواله فهو غير سديد، ذلك أن المحكمة عند إصدار حكمها تزن ما قدم إليها من بينات في الدعوى وهي ليست طرفا في النزاع القائم بين الطرفين وعليه فلا يحق لها ان تعين احد الطرفين على الحصول على أدلة تثبت دعواه لان ذلك يجعل منها خصما في الدعوى، وبالتالي فان من واجب كل طرف تقديم ما لديه من بينات حسب ما تقتضيه المادة ٤٢/٤ والمادة ١/٤٥ من قانون الإجراءات المدنية، ولما لم يقدم الطاعن أية بينة تؤيد ادعائه بخصوص الولد الحاي فيكون ما جاء في هذا الشق من النعي غير قائم على أساس من القانون مما يجعله حريا بالرفض. وعليه فيكون النعي برمته مستوجبا للرفض.

الرئيس : المستشار / محمد الأمين محمد بيب – رئيس الدائرة.

الأعضاء : المستشار / عبد السلام الخراز

المستشار / عبد الكريم فرعون.

٣١ ش - (الطعن رقم ١٣١١ لسنة ٢٠١٠ س ٤ ق. أ) جلسة ٢٠١١/٤/١٣ (أحوال شخصية)

١ (حكم «بياناته. بيانات الديباجة». تسببيه. تسبیب غیر معيب». نقض «أسباب الطعن بالنقض. ما لا يقبل منها». إثبات «بوجه عام». نظام عام. بطلان. أحوال شخصية. مذاهب فقهية.

■ إغفال اسم الطاعن كمستأنف في ديباجة الحكم. ليس خطأ جسيماً مما يرتب البطلان الذي تنص عليه الفقرة الثالثة من المادة ١٣٠ من قانون الإجراءات المدنية. ما دام أورد في ديباجته رقمي الاستئنافيين المتقدمين من الطاعن والمطعون ضدها وأشار في عدة مواضع من الأسباب إلى الطاعن بصفته مستأنفاً تقابلاً. علة ذلك؟

٢ (عقد «عقد الزواج» شريعة إسلامية. مذاهب فقهية. أحوال شخصية. ولاية. «ولاية على النفس». عدم جواز إلزام ولي الزوجة بالكشف عما يفضحها من أعمال. وجوب تسترة على. ما يقدر في عرضها. وكنتم ما خفي منه. أساس ذلك؟ مثال.

٣ (نفقة. حكم «تسببيه. تسبیب غیر معيب». نقض «أسباب الطعن بالنقض. ما لا يقبل منها». محكمة الموضوع. سلطتها. شريعة إسلامية. أحوال شخصية. مذاهب فقهية. دعوى «سماعها». ■ استحقاق الزوج المدخول بها بالعقد الصحيح ولو حكماً. إذا سلمت نفسها إلى زوجها. للنفقة عليه. ■ عدم سقوطها إلا بالأداء أو الإبراء. وذلك بقدر سعته. من تاريخ الإمتناع عن الإنفاق. ■ عدم جواز سماع دعوى النفقة عن مدة ثلاث سنوات سابقة لتاريخ رفع الدعوى. ما لم تكن مفروضة بالتراضي.

■ عدم تأثر النفقة بإدعاء الزوج ترك الزوجة منزل الزوجية دون إذنه.

■ تقدير مقدار النفقة. موضوعي. ما دام سائغاً. مثال.

المحكمة

حيث يؤخذ من وقائع الدعوى وسائر وثائقها ومن الحكم المطعون فيه أن المطعون ضدها الأولى أقامت الدعوى رقم ٢٠١٠/٣١٣ أمام محكمة العين الابتدائية بمواجهة الطاعن طلبت في ختامها الحكم بإلزام المدعى عليه بنفقة زوجية سابقة، وحتى انتهاء عدتها من الطاعن وبقيمة الأثاث وبدل مسكن، وبإلزامه بأن يدفع لها مؤخر مهرها ونفقة العدة والمنفعة. على سند من القول ان المدعى عليه طلقها بتاريخ ٢٠١٠/٣/١٣، وقدم الطاعن دعوى متقابلة طلب فيها إدخال (المطعون ضده الثاني) خصماً جديداً في الدعوى والتمس إلزام المطعون ضدهما بالتضامن بأن يؤديا له مبلغ ٢٤,٥٥٠ درهم. وقررت المحكمة

إدخال المطعون ضده الثاني في الدعوى.

وبتاريخ ٢٠١٠/١٠/١٣ حكمت محكمة البداية بإلزام المدعى عليه بأن يؤدي للمدعية مبلغ تسعة آلاف درهم نفقة زوجية سابقة شاملة للطعام والملبس والسكن وبأن يؤدي لها مبلغ ستة آلاف درهم نفقة سكنها خلال عدتها وألزمته بالمصروفات وبعدم قبول إلزامه بمؤخر صداق ومتعة المدعية لعدم سبق عرضها على لجنة التوجيه الأسري وبرفض الطلب العارض المقدم من الطاعن (الدعوى المتقابلة). فاستأنفت المطعون ضدها الأولى هذا الحكم تحت رقم ٢٠١٠/٤٢٦، كما استأنف الطاعن تحت رقم ٢٠١٠/٤٢٨. وبتاريخ ٢٠١٠/١١/٣٠ حكمت محكمة استئناف العين برفض استئناف الطاعن وفي موضوع الاستئناف المقدم من المطعون ضدها الأولى بتعديل الحكم المستأنف والحكم بإلزام الطاعن بأن يدفع للمطعون ضدها مبلغ ١٥٠٠ درهم شهريا اعتبارا من ٢٠٠٩/١٠/١ وحتى نهاية عدتها منه شرعا وبرفض الاستئناف فيما عدا ذلك وتأييد الحكم المستأنف وإلزام الطاعن بالمصاريف.

لم يرض الطاعن بهذا الحكم فأقام عليه طعنه المائل وقدمت النيابة العامة مذكرة رأيت فيها تفويض الرأي للمحكمة، ورأت هذه الأخيرة في غرفة المشورة ان الطعن جدير بالنظر فحددت لنظره جلسة.

وحيث ينعى الطاعن على الحكم المطعون فيه انه جاء مشوبا بالبطلان ومخالفا لأحكام القانون والشرعية الإسلامية ويحمل ذلك فيما خلاصته ثلاثة أسباب:

السبب الأول: وفيه يقول الطاعن انه طعن أمام محكمة الاستئناف المطعون في حكمها في الحكم المستأنف بمواجهة المطعون ضدها الأولى والمطعون ضده الثاني، إلا ان الحكم المطعون فيه خلا من بيان اسم المطعون ضده الثاني كمستأنف ضده بصفته خصما في الدعوى، وإذ ان بيان اسم الخصوم من البيانات الجوهرية التي أوجب القانون ورودها في الحكم وغفلت عنه المحكمة المطعون في حكمها فان الحكم المطعون فيه يكون حريا بالبطلان.

حيث إن هذا النعي غير سديد، ذلك ان الفقرة الأولى من المادة ١٣٠ من قانون الإجراءات المدنية نصت على ان يشتمل الحكم على البيانات التي أوجب ذكرها فيه ومنها أسماء الخصوم وألقابهم وصفاتهم، كما نصت الفقرة الثالثة من نفس المادة على ترتيب البطلان جزاءً على القصور في أسباب الحكم الواقعية والنقص أو الخطأ الجسيم في أسماء الخصوم وصفاتهم وهو بطلان متعلق بالنظام العام يجوز التمسك به أمام محكمة النقض.

لما كان ذلك، وكان الثابت ان الحكم المطعون فيه أورد في ديباجته رقمي الاستئنافيين المقدمين من الطاعن ومن المطعون ضدها كما أشار في عدة مواضع من حيثياته إلى الطاعن بصفته مستأنف تقابلا وانتهى الحكم المطعون فيه الى رفض الاستئناف المتقابل، وحيث ذكر الحكم المطعون فيه ان المطعون ضدها هي المستأنفة

أصليا فيكون الطاعن هو المستأنف تقابلا وبالتالي يكون إغفال اسم الطاعن كمستأنف في ديباجة الحكم لا يدل على خطأ جسيم يترتب عليه البطلان كما تقضي بذلك الفقرة الثالثة من المادة ١٣٠ من قانون الإجراءات المدنية، مما يكون معه هذا النعي غير قائم على أساس من القانون حريا بالرفض.

السبب الثاني: وفيه يقول الطاعن ان الحكم المطعون فيه مشوب بالقصور في التسبيب والفساد في الاستدلال، ذلك ان الثابت انه تمسك من خلال دفاعه باشتراطه في عقد الزواج بالمطعون ضدها خلوها من الموانع القانونية والشرعية، وإذ أخفى المطعون ضدهما عنه تهمة التزوير المرفوعة ضد المطعون ضدها من زوجها السابق فان ذلك يعتبر إخلالا بما هو مذكور في عقد الزواج من خلو الزوجة المطعون ضدها من الموانع القانونية والشرعية، وحيث لم يراع الحكم المطعون فيه هذا الدفاع فانه يكون حريا بالنقض.

وحيث إن هذا النعي غير سديد، ذلك ان المقرر في الفقه المالكي الذي أعطاه قانون الأحوال الشخصية الأولوية بالنسبة لما لم ينص عليه هذا القانون أن الولي لا يلزمه الكشف عن مثل هذه التهمة، بل يجب عليه ستر ما يقدر في العرض وكتم الخنى، كما ان المقرر فقها ان الرد بهذا النوع من الأمور ، معلق على اشتراطه السلامة منها، وحيث ان الثابت ان الطاعن لم يشترط السلامة منها مما يجعل ما ذهب إلى ذلك الحكم المطعون فيه قائما على أساس سليم من القانون وعليه يكون هذا النعي حريا بالرفض.

السبب الثالث: وفيه يقول الطاعن ان المطعون ضدها لا تستحق النفقة لانها كانت في بلدها مصر دون إذن منه أو عذر شرعي وان ما قضى به الحكم المطعون فيه من نفقة مبالغ فيها مما يكون معه الحكم المطعون فيه مستوجبا للنقض.

وحيث إن هذا النعي غير سليم، ذلك أنه من المقرر بموجب المادتين ٦٦ و ٦٧ من قانون الأحوال الشخصية - وفي فقه الإمام مالك الواجب التطبيق - أن الزوجة المدخول بها تجب نفقتها على زوجها بالعقد الصحيح إذا سلمت نفسها اليه ولو حكما ولا تسقط الا بالأداء أو الإبراء وذلك بقدر وسعه وحاله وتعتبر نفقة الزوجة من تاريخ الامتناع عن الإنفاق ولا تسمع عن مدة ثلاث سنوات سابقة لتاريخ رفع الدعوى ما لم تكن مفروضة بالتراضي، ولا تتأثر هذه النفقة بادعاء الزوج أن الزوجة تركت منزل الزوجية دون إذن منه. أما من ناحية ان النفقة التي فرضتها المحكمة المطعون في حكمها والبالغة ١٥٠٠ درهم شهريا اعتبارا من تاريخ ٢٠٠٩/١٠/١ وحتى نهاية عدتها منه شرعا، مبالغ فيها فان المحكمة المطعون في حكمها قد استعملت سلطتها في فهم الواقع وفي تقدير المبلغ انطلاقا من فهمها للواقع، فيكون حكمها المطعون فيه متفقا مع القانون ويكون هذا النعي غير قائم على أساس حريا بالرفض.

الرئيس: المستشار / محمد الأمين محمد بيب - رئيس الدائرة.

الأعضاء: المستشار / عبدالسلام الخراز

المستشار / عبد الكريم فرعون

٣٢ ش - (الطعن رقم ٨٨٥ لسنة ٢٠١١ س ٥ ق. أ) جلسة ٢٠١١/١٠/١٢ أحوال شخصية

١) حكم «تنفيذه» «تنفيذ الأحكام الأجنبية». لجنة التوجيه الأسري. دعوى أحوال شخصية. «تحريكها» إجراءات تحريك دعوى الأحوال الشخصية». حضانه. دول مجلس التعاون.

■ جواز تنفيذ الأحكام والأوامر الصادره من بلد أجنبي. ما دامت قد استوفت الشروط والأحكام المنصوص عليها في المادتين ٢٣٥، ٢٣٧ من قانون الإجراءات المدنية.

■ عدم جواز عرض تلك الأحكام على لجنة التوجيه الأسري قبل رفع الدعوى أمام المحكمة المختصة لإسباغ الصيغة التنفيذية على الحكم الأجنبي.

■ عدم جواز بحث تلك المحكمة أصل النزاع وموضوعه بعد أن فصلت فيه المحكمة الأجنبية وأصبح حائزاً لحجية الأمر المقضي فيه.

■ بحث تلك المحكمة يقتصر على استيفاء هذا الحكم للشروط والأوضاع التي تطلبها المادتان ٢٣٥، ٢٣٧ السالف بيانهما.

٢) معاهدات دولية. اتفاقيات دولية. دول مجلس التعاون. أحوال شخصية. حكم «تنفيذه» «حكم أجنبي. تنفيذه» قانون «القانون الواجب التطبيق».

■ وجوب تطبيق المحكمة المطلوب إليها إسباغ الصيغة التنفيذية على الحكم الأجنبي المراد تنفيذه في إقليم الدولة. الاتفاقيات والمعاهدات الدولية. دون نصوص القانون الداخلي ومنها إتفاقية الرياض العربية للتعاون القضائي لسنة ١٩٨٣ وتعديلها. أساس ذلك؟

■ إقتصار دور المحكمة على التأكد من. استيفاء الحكم المطلوب تنفيذه للشروط والإجراءات الواجب توافرها حسبما هو منصوص عليه في تلك المعاهدات والاتفاقيات. دون التعرض لأصل النزاع أو موضوعه.

■ سلطتها في التصدي لذلك من تلقاء نفسها.

■ حقها في إتخاذ الإجراءات والتدابير اللازمة للتنفيذ. كما لو كان صادر من محاكم الدولة.

■ جواز طلب تنفيذ منطوق الحكم كله أو بعضه إذا كان قابلاً للتجزئة.

المحكمة

حيث يؤخذ من وقائع الدعوى وسائر وثائقها ومن الحكم المطعون فيه أن المدعي أقام الدعوى رقم ٢٠١١/٦٦ أمام محكمة أبو ظبي الابتدائية بمواجهة المدعى عليها طلب بموجبها الحكم بجعل الحكم الأجنبي الصادر من محكمة الأسرة الجزئية الابتدائية في الدوحة بمثابة حكم واجب التنفيذ في دولة الإمارات العربية المتحدة وذلك على سند أنه أقام أمام المحكمة السالفة الذكر الدعوى رقم ٢٠٠٧/٦٢٨ ضد المدعى عليها وصدر الحكم لصالحه ويقضي بإسقاط حضانة المدعى عليها الفعلية وإلزامها بتسليم البنات منى ونوف وأمنة إلى والدهن المدعي، وإن الحكم المذكور تأيد أمام محكمة الاستئناف. ولكنه لم يتمكن من تنفيذه بدولة قطر نظرا لانتقال البنات مع والدتهن المدعى عليها إلى دولة الإمارات العربية المتحدة، مما دعاه لإقامة هذه الدعوى.

وبتاريخ ٢٠١١/٤/٢٥ حكمت محكمة أول درجة برفض الدعوى وتحميل رافعها الرسوم والمصاريف. فاستأنف الطاعن هذا الحكم بالاستئناف رقم ٢٠١١/٥٢٤ وبتاريخ ٢٠١١/٦/٢١ قضت محكمة الاستئناف برفض الاستئناف وتأييد الحكم المستأنف وإلزام المستأنف بالرسوم والمصاريف.

وبتاريخ ٢٠١١/٧/٥، طعن الطاعن في هذا الحكم بالطعن المائل. وقدمت المطعون ضدها مذكرة جوابية، وقدمت النيابة العامة مذكرة فوضت فيها الرأي للمحكمة ورأت هذه الأخيرة في غرفة المشورة أن الطعن جدير بالنظر، فحددت جلسة لنظره.

وحيث إن الطاعن ينعى على الحكم المطعون فيه مخالفة القانون والخطأ في تطبيقه والفساد في الاستدلال والقصور في التسبيب ويحمل ذلك بقوله أن المحكمة المطعون في حكمها أخطأت في تفسير نص المادة ٢٣٥ من قانون الإجراءات المدنية عندما قضت بأن هذه الدعوى يجب أن تعرض على لجنة التوجيه الأسري قبل رفعها كما أنها خالفت الاتفاق الموقع بين دول مجلس التعاون الخليجي الخاص بتنفيذ الأحكام الصادرة فيما بينها مما يستوجب نقض الحكم المطعون فيه.

وحيث إن هذا النعي في محله، ذلك أن المطلوب من هذه الدعوى هو إسباغ صيغة التنفيذ لحكم أجنبي أكتسب الدرجة القطعية صادر من محكمة مختصة.

لما كان ذلك وكان الطاعن قد أرفق الحكم المطلوب تنفيذه رقم ٢٠٠٧/٦٢٨ والصادر من محكمة الأسرة الجزئية في الدوحة واستئنأه رقم ٢٠٠٨/١١٤ والمذيل بشرح يفيد أنه قابل للتنفيذ في دولة قطر أي أنه اكتسب الدرجة القطعية، ولم تدفع المطعون ضدها أنه غير قابل للتنفيذ في دولة قطر وكان نص المادتين (٢٣٥)، (٢٣٧) من قانون الإجراءات المدنية يجيز تنفيذ الأحكام والأوامر الصادرة في بلد أجنبي طالما استوفت الشروط والأوضاع الشكلية التي أوردها المشرع في المادتين المذكورتين، ومنها تكليف الخصوم بالحضور ومثولهم

تمثيلاً صحيحاً أمام المحكمة التي أصدرت الحكم الأجنبي واكتساب ذلك الحكم قوة الأمر المقضي قبل الأمر بتنفيذه، وكان البين من مطالعة الحكم المطلوب تنفيذه أن الخصومة في الدعوى التي صدر فيها الحكم المطلوب تنفيذه قد انعقدت بحضور المطعون ضدها ووكيلها، وأصبح الحكم الصادر فيها حائزاً لقوة الأمر المقضي طبقاً لقانون المحكمة التي أصدرته، وقدم الطاعن صورة مصدقة للحكم المذكور موثقة من السلطات الرسمية في دولة قطر، ومصادقاً عليها من وزارة العدل الإماراتية .

لما كان ذلك، وكان من المقرر قضاء وقانوننا انه يمتنع على المحكمة المطلوب إليها إسباغ صيغة التنفيذ للحكم الأجنبي ان تبحث في أصل النزاع وموضوعه وانما عليها أن تفحص الأوضاع الشكلية التي أوردتها المشرع الإماراتي في المادتين ٢٣٥ و ٢٣٧ من قانون الإجراءات المدنية المار ذكرهما، وكانت المادة ١٦ من قانون الأحوال الشخصية تبحث في أصل النزاع ومحاولة الصلح بين الأطراف، فان استناد محكمتي الموضوع إلى هذه المادة لتعليل رفض دعوى الطاعن فيه مخالفة للمادتين ٢٣٥ و ٢٣٧ من قانون الإجراءات المدنية الإماراتي مما يكون معه هذا الشق من النعي قائماً على أساس سليم من القانون. وعن الشق الثاني من النعي المتعلق بعدم تطبيق محكمتي الموضوع لاتفاقية تنفيذ الأحكام والائانات والإعلانات القضائية بدول مجلس التعاون الخليجي فانه سديد، ذلك إن نص المادة (٢٣٨) من قانون الإجراءات المدنية تنص على أنه (لا تخل القواعد المنصوص عليها في المواد السابقة بأحكام المعاهدات بين الدولة وبين غيرها من الدول في هذا الشأن)، يدل على أن الأفضلية في التطبيق لنصوص الاتفاقية - المعاهدة الدولية - دون نصوص القانون الداخلي في شأن تنفيذ الأحكام الأجنبية داخل الدولة، ذلك أن الاتفاقيات الدولية التي أصبحت تشريعاً نافذ المفعول في دولة الإمارات العربية المتحدة بالتصديق عليها تعد قانوناً داخلياً واجب التطبيق في الدولة ويلتزم القاضي الوطني بإعمال أحكامها على ما يعرض عليه من منازعات، كما أن مؤدى المادة (٢٢) من قانون المعاملات المدنية عدم سريان حكم المادة (٢١) في شأن قواعد الاختصاص والمسائل الإجرائية والتي تنص على أن يسري قانون الدولة التي تقام فيها الدعوى أو تباشر فيها الإجراءات إذا وجد نص خاص في معاهدة دولية نافذة في البلاد يتعارض معها، ولما كانت اتفاقية تنفيذ الأحكام والائانات والإعلانات القضائية بدول مجلس التعاون لدول الخليج العربية والمصادق عليها بالمرسوم الاتحادي رقم (٤١) لسنة ١٩٩٦ قد نصت في المادة (١):

(أ) على (أن تنفذ كل من الدول الأعضاء في مجلس التعاون الأحكام الصادرة من محاكم أي دولة عضو في القضايا المدنية والتجارية والإدارية وقضايا الأحوال الشخصية الحائزة لقوة الأمر المقضي به في إقليمها وفق الإجراءات المنصوص عليها في هذه الاتفاقية، إذا كانت المحكمة التي أصدرت الحكم مختصة طبقاً لقواعد الاختصاص القضائي الدولي المقررة لدى الدولة المطلوب إليها التنفيذ أو كانت مختصة طبقاً لأحكام هذه الاتفاقية)، وفي المادة ٧ نصت الاتفاقية ذاتها على انه: تقتصر مهمة الجهة القضائية لدى الدولة المطلوب إليها تنفيذ الحكم على التحقق مما إذا كان الحكم قد توافرت فيه الشروط المنصوص عليها في هذه الاتفاقية وذلك دون التعرض لفحص الموضوع، وتأمّر تلك الجهة باتخاذ التدابير اللازمة لتسبغ على الحكم القوة التنفيذية

كما لو صدر من الدولة ذاتها. ويضاف إلى ذلك ان دولة الإمارات العربية المتحدة قد وقعت على اتفاقية الرياض العربية للتعاون القضائي وتعديلاتها لسنة ١٩٨٣ المعقودة بين حكومات الدول العربية التي وقعت عليها ومن بينها دولة قطر، وقد نصت الاتفاقية في المادة ٢٥/ب منها على أن « مع مراعاة نص المادة ٣٠ من هذه الاتفاقية يعترف كل من الأطراف المتعاقدة بالأحكام الصادرة عن محاكم أي طرف متعاقد آخر في القضايا المدنية بما في ذلك الأحكام المتعلقة بالحقوق المدنية الصادرة عن محاكم جزائية وفي القضايا التجارية والقضايا الإدارية وقضايا الأحوال الشخصية الحائزة لقوة الأمر المقضي به وينفذها في إقليمه وفق الإجراءات المتعلقة بتنفيذ الأحكام المنصوص عليها في هذا الباب وذلك إذا كانت محاكم الطرف المتعاقد التي أصدرت الحكم مختصة طبقاً لقواعد الاختصاص القضائي الدولي المقررة لدى الطرف المتعاقد المطلوب إليه الاعتراف أو التنفيذ أو مختصة بمقتضى أحكام هذا الباب وكان النظام القانوني للطرف المتعاقد المطلوب إليه الاعتراف أو التنفيذ لا يحتفظ لمحاكمة أو لمحاكم طرف آخر دون غيرها بالاختصاص بإصدار الحكم ».

ونصت في المادة ٣٠ منها على انه: “ يرفض الاعتراف بالحكم في الحالات الآتية:

أ . إذا كان مخالفاً لأحكام الشريعة الإسلامية أو أحكام الدستور أو النظام العام أو الآداب في الطرف المتعاقد المطلوب إليه الاعتراف .

ب . إذا كان غيابياً ولم يعلن الخصم المحكوم عليه بالدعوى أو الحكم إعلاناً صحيحاً يمكنه من الدفاع عن نفسه .

ج . إذا لم تراعى قواعد قانون الطرف المتعاقد المطلوب إليه الاعتراف الخاصة بالتمثيل القانوني للأشخاص عديمي الأهلية أو ناقصها .

د . إذا كان النزاع الصادر في شأنه الحكم المطلوب الاعتراف به محلاً لحكم صادر في الموضوع بين الخصوم أنفسهم ويتعلق بذات الحق محلاً وسبباً وحائزاً لقوة الأمر المقضي به لدى الطرف المتعاقد المطلوب إليه الاعتراف أو لدى طرف متعاقد ثالث ومعتزلاً به لدى الطرف المتعاقد المطلوب به الاعتراف .

هـ . إذا كان النزاع الصادر في شأنه الحكم المطلوب الاعتراف به محلاً لدعوى منظورة أمام إحدى محاكم الطرف المتعاقد المطلوب إليه الاعتراف لدعوى منظورة أمام إحدى محاكم الطرف المتعاقد المطلوب إليه الاعتراف بين الخصوم بأنفسهم ويتعلق بذات الحق محلاً وسبباً وكانت الدعوى قد رفعت الى محاكم هذا الطرف المتعاقد الأخير في تاريخ سابق على عرض النزاع على محكمة الطرف المتعاقد التي صدر عنها الحكم المشار إليه . وللجهة القضائية التي تنظر في طلب التنفيذ طبقاً لنص هذه المادة ان تراعي القواعد القانونية في بلدها . « كما نصت المادة ٣١ من ذات الاتفاقية على انه: « أ . يكون الحكم الصادر من محاكم احد الأطراف المتعاقدة والمعتزف به من الأطراف المتعاقدة الأخرى طبقاً لأحكام هذه الاتفاقية قابلاً للتنفيذ لدى ذلك الطرف المتعاقد

الأخر متى كان قابلاً للتنفيذ لدى الطرف المتعاقد التابعة له المحكمة التي أصدرته .

ب. تخضع الإجراءات الخاصة بالاعتراف بالحكم أو تنفيذه لقانون الطرف المتعاقد المطلوب إليه الاعتراف بالحكم وذلك في الحدود التي لا تقضي فيها الاتفاقية بغير ذلك». ونصت المادة ٣٢ من ذات الاتفاقية على انه: « تقتصر مهمة الهيئة القضائية المختصة لدى الطرف المتعاقد المطلوب إليه الاعتراف بالحكم أو تنفيذه على التحقق مما اذا كان الحكم قد توافرت فيه الشروط المنصوص عليها في هذه الاتفاقية وذلك دون التعرض لفحص الموضوع وتقوم هذه الهيئة بذلك من تلقاء نفسها وتثبت النتيجة في قرارها . وتأمر الهيئة القضائية المختصة لدى الطرف المتعاقد المطلوب إليه الاعتراف بالحكم – حال الاقتضاء – عند إصدار أمرها بالتنفيذ باتخاذ التدابير اللازمة لتسبغ على الحكم القوة التقليدية نفسها التي تكون له لو انه صدر من الطرف المتعاقد الذي يراد تنفيذه لديه . ويجوز ان ينصب طلب الأمر بالتنفيذ على منطوق الحكم كله أو بعضه ان كان قابلاً للتجزئة .»

وحيث إن الحكم المطعون فيه قد ذهب إلى خلاف ذلك فانه يكون غير قائم على أساس من القانون حريا بالنقض.

الرئيس : المستشار / محمد الأمين محمد بيب – رئيس الدائرة.

الأعضاء : المستشار / عبدالسلام الخراز

المستشار / عبد الكريم فرعون

٣٣ ش - (الطعن رقم ١٥١ لسنة ٢٠١٠ س ٤ ق أ) جلسة ٢٠١١/٤/٦ (أحوال شخصية)

١ (حكم «تسببيه. تسبیب غیر معيب» ببياناته. بيانات التسبیب». نقض» أسباب الطعن بالنقض. ما لا يقبل منها». بطلان.

■ إيراد الحكم المطعون فيه إسم المطعون ضده الأول في مدوناته وطلبات الطاعة منه. كاف لصحة تسببيه. ولو كان قد أغفل ذكر الإسم في ديباجته.

٢ (حكم «إغفاله طلباً في الدعوى». دعوى «الطلبات فيها». نقض» أسباب الطعن بالنقض. ما لا يقبل منها» «ما يجوز وما لا يجوز الطعن فيه بالنقض».

■ تدارك إغفال المحكمة الفصل في طلب مطروحاً عليها. يكون بالرجوع إليها بطلب للفصل فيما أغفلته من طلبات.

■ عدم جواز الطعن بالنقض على الحكم لهذا السبب.

٣ (حساب جارى «حساب مشترك». وديعه. بنوك. قانون «تطبيقه». حكم «تسببيه. تسبیب غیر معيب». نقض» أسباب الطعن بالنقض. ما لا يقبل منها».

■ تجميد البنك الحسابات المشتركة للوديعة المفتوحة باسم الطاعة ومورث المطعون ضدهم. وإيقاف السحب منها وعدم الإفراج عن هذه الأرصده دون أمر قضائي. صحيح. أساس ذلك؟

■ وجود نص في الاتفاق المعقود بين الطاعنه ومورث المطعون ضدهم على حق أي من الطرفين في التعامل على الحساب المشترك منفرداً ودون تفويض من الطرف الآخر والحق في التصرف في الأموال المودعة. إيراد الحكم في مدوناته أن المورث له نصف المبالغ المودعة في الحساب المشترك. لا عيب.

٤ (اختصاص «إختصاص نوعي». إثبات «قوة الأمر المقضي به». قوة الأمر المقضي. حكم «تسببيه. تسبیب غیر معيب». نقض أسباب الطعن بالنقض. ما لا يقبل منها».

■ النعي بأن النزاع لا يتعلق بمسألة من مسائل الأحوال الشخصية وإنما هو نزاع تجاري. عدم قبوله. متى كان قد فصل في هذا الأمر بقضاء حاز حجية الأمر المقضي به. مثال.

المحكمة

حيث يتلخص من وثائق الملف ومن الحكم المطعون فيه ان الطاعنة أقامت دعوى في مواجهة المطعون ضده الأول (البنك البريطاني للشرق الأوسط) لدى محكمة أبو ظبي الابتدائية (الدائرة التجارية الكلية) بتاريخ ٢٠٠٩/٨/١٧ تحت رقم ٢٠٠٩/٨٤٥ طلبت في ختامها تعيين خبير مختص للقيام بالاطلاع على الودائع الخاصة بها وبزوجها المتوفى المدعو (.....) ، وبيان مستحققاتها في ذمة المدعى عليه البنك البريطاني للشرق الأوسط وتقدير قيمة الأضرار التي لحقت بها نتيجة خطأ هذا الأخير ، وبإلزامه بدفع ما يظهر من تقرير الخبرة مع إلزامه بالرسوم والمصايف وأتعاب المحاماة.

وأوضحت في دعواها انها وزوجها قاما بتاريخ ١٩٨٧/١٢/٨ بفتح حساب مشترك لدى البنك المذكور ، ونص في اتفاقية الحساب على حق أي من الطرفين المفتوح الحساب باسمهما في التعامل على هذا الحساب المشترك منفرداً و بصورة مستقلة دون تفويض من الطرف الآخر ، ويكون له الحق المطلق في التصرف في الأموال والأصول المودعة. وفي حالة وفاة أو انعدام أهلية أحد أصحاب الحساب المذكور أعلاه، فإن الحق الحصري في التعامل في أي أموال أو أصول يؤول إلى باقي الأطراف المفوضين. ولا ينتقل إلى الورثة أو منفذي الوصية أو الممثلين القانونيين للطرف المتوفى أو منعدم الأهلية. وتعامل جميع المراسلات المتعلقة بالحساب في ضوء آخر التعليمات التي يقدمها أحد أصحاب الحساب المذكورين أنفاً إلى البنك أو الوكلاء المفوضين لهم، وتعتبر أي مسؤولية جراء السحب على المكشوف أو غير ذلك فيما يخص الحسابات المصرفية المفتوحة بالأسماء المشتركة فردية ومشتركة أيضاً .

وبتاريخ ٢٠٠٧/١١/٣ توفى زوجها، واستناداً منها لاتفاقية الحساب المشترك المذكور تقدمت إلى البنك (المدعى عليه) بطلب صرف المبالغ المودعة في الحساب المشترك لحسابها إلا ان البنك امتنع من ذلك مما ألحق الضرر وحرمت من استغلال أموالها مما اضطرت معه إلى تقديم الدعوى للمطالبة بقيمة الودائع كاملة والتعويض عن الأضرار التي لحقت بها وما فاتتها من كسب.

وأثناء سريان الدعوى تدخل والدا المتوفى في الدعوى باعتبار انهما من الورثة الشرعيين في تركه ابنيهما المتوفى بموجب الإعلام الشرعي الصادر بتاريخ ٢٠٠٧/١٢/٢٦ في القضية رقم ٢٠٠٧/١٠٧ الذي تضمن ثبوت وفاة ولدهما بتاريخ ٢٠٠٧/١١/٣ وانحصار ارثه الشرعي في أبويه وزوجته (المدعية) وفي أولاده منها ، و ، و طالبين الحكم بتثبيت ملكيتهم في نصف المبالغ المشتركة المودعة في الحساب المشترك لدى البنك المدعى عليه. وإلزام هذا الأخير بتحويل نصف مبالغ الودائع إلى محكمة أبو ظبي لتوزيعها على الورثة الشرعيين طبقاً للأنصبة الشرعية ، وإلزام المدعية بالرسوم والمصاريف وأتعاب المحاماة.

وبتاريخ ٢٠٠٩/١٠/٢١ قضت المحكمة قبل البت في الموضوع بنذب خبير مصرفي للقيام بمهمته وفق

الحكم بندبه. فأنجز الخبير مهمته وأودع تقريره بملف الدعوى وخلص فيه إلى نتيجة مفادها ان الأموال الموجودة في الحساب المشترك مملوكة للمدعية وزوجها المتوفى أصحاب الحسابات المشتركة ، وان نصف المبالغ المودعة بهذه الحسابات تختص بها المدعية والنصف الباقي ترك للمحكمة الفصل فيها وفقاً لمقتضيات القانون واضعاً جدولاً بأنواع الحسابات المذكورة ورقم كل حساب والرصيد المودع به موضحاً رأيه في التعويض عن الضرر الذي تطالب به المدعية في مواجهة البنك نتيجة إيقاف الحساب المشترك حتى يتم تعيين خلف للشريك المتوفى.

وبتاريخ ٢٨/١/٢٠١٠ تقدم محامي المتدخلين بتصحيح شكل التدخل معلناً وفاة موكله لويس معوض فرج والد المتوفى المدعو بتاريخ ٢/١٠/٢٠٠٩ وانحصار إرثه الشرعي في زوجته للوفاة وأولاده البالغين وهم : ، و ، و طالباً اختصاص هؤلاء الورثة واستئناف السير في الدعوى عملاً بنص المادة (١٠٤) من قانون الإجراءات المدنية ، كما تضمنت مذكرته التعقيب على تقرير الخبرة وطلب في ختامها قبول المتدخلين خصماً في الدعوى ورفض طلبات المدعية والحكم للمتدخلين بتثبيت ملكية مورثوهم (.....) لنصف الأموال المودعة في الحسابات المشتركة على النحو الوارد بتقرير الخبير المنتدب وإلزام البنك بتمويل هذا النصف إلى المحكمة لتوزيعه على الورثة الشرعيين ومنهم المتدخلون طبقاً للأنصبة الشرعية.

وبتاريخ ٣١/١/٢٠١٠ حكمت محكمة البداية التجارية برفض الدعوى وألزمت المدعية برسومها ومصروفاتها ومقابل أتعاب المحاماة ، كما ألزمت الخصوم المتدخلين برسوم ومصاريف التدخل.

فطعن في الحكم كل من الطرفين المتدخلون بتاريخ ١٦/٢/٢٠١٠ تحت رقم ١٩٧/٢٠١٠ والمدعية بتاريخ ٢٤/٢/٢٠١٠ تحت رقم ٢٥٨/٢٠١٠ .

وبتاريخ ٢٤/٣/٢٠١٠ حكمت محكمة الاستئناف التجارية بإلغاء الحكم المستأنف والحكم بعدم اختصاص الدائرة التجارية الكلية المشكلة من ثلاث قضاة نوعياً بنظر هذه الدعوى. وإحالتها إلى المحكمة الجزئية الابتدائية المشكلة من قاضي فرد لنظرها عملاً بنص المادة ٨ من قانون الأحوال الشخصية وعلى هذه المحكمة تحديد جلسة أمامها يخطر لها الخصوم وأبقت الفصل في المصروفات لحين صدور حكم ينهي الخصومة. فنظرت القضية رقم ٤٥٨/٢٠١٠ من طرف دائرة التركات وهي القضية المعروضة الآن على المحكمة، وتبادل الأطراف المذكرات بدفاعهم وأكد كل منهم طلباته السابقة.

وبتاريخ ٢٩/٩/٢٠١٠ حكمت محكمة البداية (المحكمة الشرعية) بثبوت وفاة ، وانحصار واردة في والديه نسباً و وفي زوجته لوفاته وفي أولاده منها ، و دون وارث سواهم وتقسيم التركة عليهم لوالديه لكل واحد منهما السدس فرضاً ولزوجته الثمن فرضاً ، والباقي لأولاده تعصيباً للذكر ضعف الأنثى فالمسألة الإرثية من ١٢٠ لوالديه لكل واحد منهما ٢٠ سهماً

وللزوجة ١٥ سهماً ولكل ابن ٢٦ سهماً. وللبنات ١٣ سهماً، كما حكمت للمدعية بنصف الحساب المشترك والبالغ قدره (٧٨٩٨٨,٣٠) درهم إماراتي بالإضافة إلى مبلغ (٥٤١٤٥٦٩٦٥) دولار أمريكي مع إضافة ما أُل إليها من زوجها المتوفى. فاستأنفت المدعية الحكم بتاريخ ٢٨/١٠/٢٠١٠ تحت رقم ٢٠١٠/٩٥٨.

وبتاريخ ١٠/١/٢٠١١ حكمت محكمة الاستئناف بتأييد الحكم المستأنف وألزمت المستأنفة بالمصروفات على درجتي التقاضي .

ولم ترض الطاعنة هذا الحكم فأقامت عليه طعنًا المائل بالنقض بتاريخ ٩/٢/٢٠١١ وقدم المطعون ضدهم مذكرة جوابية طلبوا في ختامها رفض الطعن، كما قدمت النيابة العامة مذكرة فوضت في ختامها الرأي للمحكمة ورأت هذه الأخيرة في غرفة المشورة أن الطعن جدير بالنظر فحددت لنظره جلسة.

وحيث تنعى الطاعنة على الحكم المطعون فيه الخطأ في تطبيق القانون وتأويله والقصور في التسييب، والفساد في الاستدلال وتجل ذلك في أربعة أسباب.

تنعى في السبب الأول كون الحكم أغفل ذكر اسم البنك (المطعون ضده الأول) في حين أنه هو الخصم الرئيسي والأصيل في النزاع وهو من البيانات الجوهرية اللازمة لصحة الحكم الشيء الذي يكون معه خالف القانون ويتعين نقضه.

وحيث إن ما تنعاه الطاعنة غير سديد، ذلك أنه وإن كان يتبين من الحكم الابتدائي المؤيد استئنافاً بالحكم المطعون فيه أنه قد خلت دباخته من بيان اسم المطعون ضده الأول (البنك البريطاني) إلا أنه أورد في مدوناته اسمه وطلبات الطاعنة منه، والمحكمة المطعون في حكمها ردت على هذا الدفع بكون الحكم المستأنف تضمن في مدوناته بيان أسماء الخصوم بما فيه الكفاية مما ينأى بذلك عن التشكيك في التعريف به واتصاله بالخصومة وبالتالي تنفي عنه حالة البطالان مما يكون معه ما أثير غير سديد حرياً بالرفض.

وتنعى في السبب الثاني كون الحكم لم يبت في طلب التعويض عن الضرر اللاحق بها في مواجهة البنك (المطعون ضده الأول) ، إذ من المقرر أنه إذا كانت المحكمة أغفلت الفصل في طلب قدم إليها لأول مرة ولم تتعرض له في أسباب حكمها فإن هذا الطلب يبقى معلقاً، وإغفالها ذلك رتب لها ضرراً وأخل بحقوقها في طلب التعويض الشيء الذي يكون معه الحكم خالف القانون يستوجب نقضه.

وحيث إن ما تنعاه الطاعنة غير سديد، ذلك أنه من المقرر أنه إذا كانت المحكمة أغفلت الفصل في طلب قدم إليها ولم تتعرض له في أسباب حكمها فإن على الطالب أن يطلبه من جديد لدى نفس المحكمة عملاً بنص المادة ١٣٩ من قانون الإجراءات المدنية والتي تنص على أنه : ((إذا أغفلت المحكمة الحكم في بعض الطلبات الموضوعية فعليها بناء على طلب من أحد أصحاب الشأن أن تنظر في الطلب. والحكم فيه بعد إعلان الخصم به، ويخضع الحكم لقواعد الطعن التي تسري على الحكم الأصلي)) مما يكون معه ما أثير غير جدير حرياً بالرفض.

وتنعى في السبب الثالث كون البنك تذرع بالفقرة الرابعة من المادة ٣٧٩ من قانون المعاملات التجارية لا هدار ما وقع الاتفاق عليه بينها وبين زوجها المتوفى بتاريخ ١٩٨٧/١٢/٨ من انفرادها وحدها بالحق في المبالغ الموجودة بالحساب المشترك أي قبل صدور قانون المعاملات التجارية رقم ١٨ لسنة ١٩٩٣ - بحوالي ٦ سنوات - وهو ما لا يجوز ويعد تطبيقاً بأثر رجعي ومخالفاً للمادة ١١٢ من دستور دولة الإمارات العربية المتحدة التي نصت على عدم سرقات أحكام القوانين إلا على ما يقع من تاريخ العمل بها ولا يترتب عليها أثر فيما يقع قبل هذا التاريخ وهذا الخط - تقول الطاعنة - هو مكنم الأخطاء اللاحقة التي تواترت في الدعوى التي يتحمل المطعون ضده الأول مسؤوليته والتعويض عنه وعن تجميد الحسابات دون احتساب فائدة منذ سنة ٢٠٠٧، وأشار الحكم المطعون فيه إلى أن المتوفى يملك نصف المبالغ المودعة في الحساب المشترك دون أن يفصح عن سنده في ذلك. وإن الاتفاق الجاري في الحساب المشترك موضوع الدعوى قضى بأحقية الطرف المفوض حصرياً في التعامل في أي أموال أو أصول بالنسبة للحساب المشترك دون أن ينتقل هذا الحق إلى ورثة الطرف المتوفى أو منعدم الأهلية، ومن ثم فإن هذا الاتفاق هو المعمول عليه ولا يخضع لأي تأويل أو تفسير يخالفه، والمحكمة أخطأت في تطبيق القانون لما أهدرت اتفاقية فتح الحساب المشترك ولم تعمل ببندوها الواجبة التطبيق من أحقيتها الحصرية والوحيدة في التعامل في الحساب بمفردها بعد وفاة زوجها مثلاً هو الحال حال حياته الأمر الذي يكون معه الحكم خالف القانون وخطأ في تطبيقه مما يستوجب نقضه.

وحيث إن ما تنعاه الطاعنة غير سديد، ذلك أن ما تستند إليه، دعوها هو اتفاقية الحساب المشترك المبرمة سنة ١٩٨٧. التي ورد فيها بند حول مصير الحساب المشترك في حالة وفاة أحد أصحابه أو انعدام أهليته بأن الحق في التعامل في أية أموال أو أصول يؤول إلى باقي الأطراف المفوضين ولا ينتقل إلى الورثة أو منفذ الوصية أو الممثلة القانونية للطرف المتوفى أو منعدم الأهلية، وهو الأساس الذي تطالب الطاعنة على أساسه بالإفراج عن الأرصدة المودعة في حساب الودائع المفتوحة كحسابات مشتركة فيما بينها وبين المتوفى وإن حسابات الودائع المشتركة هي حسابات تم فتحها بناء على طلبات مقدمة منها حولت بموجبها الأرصدة المودعة في الحساب المشترك إلى هذه الحسابات كحسابات مستقلة، وذلك خلال سنة ٢٠٠٧، الأمر الذي ينبني عليه تطبيق أحكام قانون المعاملات التجارية رقم ٨ لسنة ١٩٩٣ بشأن الحسابات المشتركة كقانون ساري واجب التطبيق في حال نشوء نزاع بشأن هذه الحسابات.

ولما كانت الفقرة الرابعة من المادة ٣٧٩ من قانون المعاملات التجارية تنص على أنه ((وعند وفاة أحد أصحاب الحساب المشترك أو فقد الأهلية القانونية يجب على الباقيين أخطار البنك بذلك حالاً خلال مدة لا تتجاوز عشرة أيام من تاريخ الوفاة أو فقد الأهلية، وعلى المصرف إيقاف السحب من الحساب المشترك حتى يتم تعيين الخلف))). ولما ثار النزاع في مواجهة البنك بشأن استحقاق الأرصدة المودعة في حسابات الودائع المشتركة بين الطاعنة وباقي الورثة الشرعيين للمتوفى (أحد أصحاب الحسابات المشتركة موضوع الدعوى) قام البنك بتجميد الحسابات المشتركة للودائع المفتوحة باسم الطاعنة والمتوفى - - وإيقاف السحب من هذه

الحسابات والامتناع عن الإفراج عن هذه الأرصدة لصالح الطاعة إلا بأمر قضائي من المحكمة المختصة وما قام به البنك يعتبر إجراء قانونياً سليماً هو واجب قانوني يقع على عاتقه بالتعامل مع هذا النوع من الحسابات وفقاً لأحكام قانون المعاملات التجارية رقم ٨ لسنة ١٩٩٣ بشأن الحسابات (المشتركة) إذ قيام البنك بالإفراج عن هذه الأرصدة لصالح الطاعة وحدها دون أمر قضائي بهذا الخصوص يعتبر مخالفة قانونية صريحة لأحكام القانون يمكن ان تعرض البنك للمسؤولية القانونية.

وفي شأن كون الحكم أشار إلى ان المتوفى يملك نصف المبالغ المودعة في الحساب المشترك دون ان يفصح عن سنده في ذلك، فإنه وعلى خلاف ذلك فالطاعة في صحيفة دعواها صرحت بانها وزوجها قاما بتاريخ ١٩٨٧/١٢/٨ بفتح حساب مشترك لدى البنك المذكور ونص في اتفاقية الحساب على حق أي من الطرفين المفتوح الحساب باسمهما في التعامل على هذا الحساب المشترك منفرداً أو بصورة مستقلة دون تفويض من الطرف الآخر ويكون له الحق المطلق في التصرف في الأموال والأصول المودعة. مما يكون معه ما أثير غير سديد.

وتنعى الطاعة في السبب الرابع كون النزاع لا يتعلق بمسألة من مسائل الأحوال الشخصية وانما يتعلق بنزاع تجاري بينها كعميل للبنك وبين المصرف المطعون ضده فيما يختص بوفاة زوجها(الطرف الآخر في الحساب المشترك) وأحقيتها الحصرية في التعامل فيه منفردة بعد وفاة زوجها كما كان في حياته وطبقاً للاتفاقية الموقعة مع البنك. وما قيل بأن الاختصاص محسوم بالحكم الاستئنائي رقم ٢٥٨ و١٩٧/٢٠١٠. الذي أحال القضية إلى محكمة التركات فإن ذلك يخالف الحقيقة والقانون، إذ عرض النزاع ابتداءً على قاضي التركات بالطب المؤرخ في ٢٠٠٨/٣/١٨ وقرر هذا الأخير حفظ الملف وتوجيه صاحبة الطلب برفع دعوى مدنية أمام المحكمة المدنية المختصة لإثبات ما تدعيه من حقوق خاصة في التركة أو عامة وبذلك فالأمر محسوم من قبل مما يكون الحكم رقم ٢٥٨ و١٩٧/٢٠١٠ خالف قواعد الاختصاص وخالف قرار قاضي التركات باللجوء للمحكمة المدنية، وأرفقت صورة من الطلب الصادر فيه أمر قاضي التركات باختصاص القضاء المدني. مما يعيب الحكم ويوجب نقضه.

وحيث إن ما تنعاه الطاعة غير سديد، ذلك انه :

أولاً: فيما يخص الدفع بعدم اختصاص محكمة الأحوال الشخصية باعتبار ان النزاع نزاع تجاري وان المحكمة التجارية هي صاحبة الاختصاص فإن هذا الدفع سبق ان أثير أمام المحكمة المطعون في حكمها وردت عليه بأن من المقرر في المادة ٤٩ من قانون الإثبات في المعاملات المدنية والتجارية ان ((الأحكام التي حازت حجية الأمر المقضي تكون حجة فيما فصلت فيه من الخصومة ، ولا يجوز قبول دليل ينقض هذه القرينة، ولكن لا تكون لتلك الأحكام هذه الحجية إلا في نزاع قام بين الخصوم أنفسهم دون ان تتغير صفاتهم وتلق بذات الحق محلاً وسبباً وتقضي المحكمة بهذه الحجية من تلقاء نفسه)).

والطاعة لا تنفي انها رفعت دعواها سابقاً أمام القضاء التجاري وقضى هذا الأخير بعدم اختصاصه وأحال القضية على محكمة الأحوال الشخصية بمقتضى الحكم الاستئنائي رقم ١٩٧ و ٢٥٨ / ٢٠١٠. الصادر بتاريخ ٢٤ / ٣ / ٢٠١٠. باعتبار ان النزاع يتعلق بالإرث وليس نزاعاً تجارياً وهذا الحكم حاز صحة الأمر المقضي به باعتبار ان الطاعة لم تطعن فيه بالنقض مما يكون معه ما أثير في هذا الشق غير جدير بالاعتبار حرياً بالرفض.

ثانياً: وفيما يخص ما تتمسك به الطاعة من كون قاضي التركات قضى في طلبها المقدم إليه بتاريخ ١٨ / ٣ / ٢٠٠٨ بحفظ الملف وتوجيه صاحبه برفع دعواها أمام القضاء المدني المختص لإثبات ما تدعيه من حقوق خاصة في الشركة وان ذلك يجعل الاختصاص للمحكمة المختصة في القضايا التجارية فإن ذلك غير سديد لأن ما تتمسك به لا يستند على أي أساس قانوني أو قضائي كما ان ما تعتمد عليه ليس حجة قانونية يمكن اعتمادها إذ هو عبارة عن صورة من جواب البنك غير مصدق عليها مكتوب عليه في آخره جملة ((يحفظ الملف وتوجه صاحبة الطلب لرفع دعوى مدنية لإثبات ما تدعيه من حقوق خاصة في الشركة أو عامة أمام المحاكم المدنية المختصة)) ولا يعرف من كتبها ، ولا تتوفر على المواصفات التي يجب توافرها في القرارات والأوامر القضائية من اسم المحكمة التي صدر عنها القرار أو الأمر واسم القاضي الذي أصدره واسم كاتب الضبط ولا يصح القرار والأمر بدون ذكر ذلك فيه طبق المنصوص عليه في المادتين ١٣٠ و ١٣١ من قانون الإجراءات المدنية مما يكون معه ما أثير غير وجيه حرياً بالرفض.

ولما تقدم يتعين رفض الطعن.

الرئيس : المستشار / محمد الأمين محمد بيب – رئيس الدائرة.

الأعضاء : المستشار / عبدالسلام الخراز

المستشار / عبد الكريم فرعون

٣٤ ش - (الطعن رقم ٤١١ لسنة ٢٠١١ س ٥ ق . أ) جلسة ٢٠١١/٥/٢٦ (أحوال شخصية)

(١) حكم «تسببيه. تسبیب غیر معيب». نقض «أسباب الطعن بالنقض. ما لا يقبل منها». مهر. طلاق. هدية. إثبات إقرار.

■ تطبيق المحكمة أحكام المواد ١١٩ ، ١٢٠ ، ١٢١ ، ١٢٢ من قانون الأحوال الشخصية بشأن التفريق للضرر والشقاق بعد أن أقر الطاعن بخلوته بالمطعون ضدها التي طلبت التطبيق. صحيح. أساس ذلك؟

(٢) دفاع «الإخلال بحق الدفاع. ما لا يوفرة». حكم «تسببيه. تسبیب غیر معيب». نقض «أسباب الطعن بالنقض. ما لا يقبل منها». إثبات «بوجه عام».

■ اشتمال الحكم علي عرض لمجمل وقائع الدعوى وطلبات الخصوم وأوجه دفاعهم الجوهرية. ورأي النيابة العامة والأسباب القانونية التي إستندإ إليها معللا قضاءه تعليلا سائغا. بما يتفق وأحكام المادة ١٣٠ إجراءات مدنية. لا عيب.

المحكمة

حيث يؤخذ من وقائع الدعوى وسائر وثائقها ومن الحكم المطعون فيه أن المطعون ضدها أقامت الدعوى رقم ٢٠١٠/٧٠ أمام محكمة أبو ظبي بمواجهة الطاعن وطلبت بموجبها الحكم لها بتطبيقها عليه للضرر والحكم لها بكافة حقوقها المترتبة على الطلاق وتسليمها جواز سفرها وإلزامه بالمصروفات، وذلك على سند من القول انها زوجة للمدعى عليه بصحيح العقد الشرعي ولم يدخل بها وإن اختلى بها خلوة شرعية في إحدى غرف منزل والدها وانه ذهب خارج الدولة إلى استراليا لمتابعة دراسته وتركها في بيت أهلها مما دعاها لإقامة هذه الدعوى.

وبتاريخ ٢٠١١/٨/٢٢ حكمت محكمة أول درجة:

تطبيق المدعية على زوجها المدعى عليه طلبة بئنة للضرر لا تحل له الا بعقد وصادق جديدين وعلى المدعية إحصاء عدتها شرعا من تاريخ صيرورة هذا الحكم باتا.

بالزام المدعى عليه بأن يؤدي للمدعية مبلغ ٣٠٠٠ درهم شهريا أجرة سكن أثناء فترة العدة ابتداء من تاريخ صيرورة الحكم باتا.

بالزام المدعى عليه بأدائه للمدعية مؤجل صداقها مبلغ ٢٠ ألف درهم عند صيرورة الحكم باتا وبرفض باقي

الطلبات وتحميل المدعى عليه المصروفات. فاستأنف الطاعن هذا الحكم بالاستئناف رقم ٧٨٩/٢٠١٠، وبتاريخ ٢٠١١/٢/٢٨ قضت محكمة الاستئناف بقبول الاستئناف شكلا وفي الموضوع:

أولا: بتعديل الحكم المستأنف فيما قضى به بشأن التطبيق للضرر ونفقة سكنى العدة إلى:

بتطبيق المستأنف ضدها على المستأنف طلبة بئنة بينونة صغرى للضرر لا تحل له إلا بعقد ومهر جديدين بإذنها ورضاها وعليها إحصاء عدتها الشرعية من تاريخ صيرورة طلاقها بئنا.

بإلزام المستأنف بأن يؤدي إلى المستأنف ضدها نفقة سكنى عدة مبلغ خمسمائة درهم شهريا عن كل شهر من شهور العدة تبدأ من تاريخ صيرورة طلاقها باتا.

ثانيا: بإلغاء الحكم المستأنف فيما قضى به بشأن مؤخر الصداق والحكم بإثبات تنازل المستأنف ضدها عن مؤخر صداقها. وبإلزام المستأنف بالمناصب من الرسوم.

وبتاريخ ٢٠١١/٤/٧، طعن الطاعن في هذا الحكم بالطعن المائل، وقدمت المطعون ضدها مذكرة جوابية، وقدمت النيابة العامة مذكرة فوضت فيها الرأي للمحكمة ورأت هذه الأخيرة في غرفة المشورة أن الطعن جدير بالنظر، فحددت جلسة لنظره.

وحيث إن الطاعن ينعى على الحكم المطعون فيه مخالفة القانون والخطأ في تطبيقه والقصور في التسبب والفساد في الاستدلال والإخلال بحق الدفاع ويحمل ذلك في سببين:

السبب الأول: وفيه يقول الطاعن إن المطعون ضدها هي التي طلبت التطبيق وأنه لم يدخل بها ولم يختل بها ومن ثم فإن الواقعة تكون خاضعة لنص المادة ١٢٣ من قانون الأحوال الشخصية وليس لما ذهبت إليه المحكمة من تطبيق المواد ١١٨-١٢٠ من ذات القانون وبالتالي فلا بد من إلزام المطعون ضدها بإيداع ما قبضته من مهر وما أخذته من هدايا وما أنفقت الطاعن من أجل الزواج حتى يتسنى للمحكمة التفريق خلعا مما يجعل الحكم المطعون فيه غير قائم على أساس من القانون حريا بالنقض.

وحيث إن هذا النعي غير سديد، ذلك أن المادة ١٢٣ من قانون الأحوال الشخصية تنص على أن: «إذا طلبت الزوجة الطلاق قبل الدخول أو الخلوة الصحيحة، وأودعت ما قبضته من مهر وما أخذته من هدايا، وما أنفقت الزوج من أجل الزواج، وامتنع الزوج عن ذلك، وعجز القاضي عن الإصلاح، حكم بالتفريق خلعا.»

لما كان ذلك، وكان الثابت من أقوال الطاعن أمام الحكمين أنه يصادق على الخلوة الصحيحة بالمطعون ضدها، وكان المرء مؤاخذا بإقراره، فيكون ما ذهبت إليه محكمة الموضوع من تطبيق أحكام المواد ١١٨-١٢٢ من قانون الأحوال الشخصية قائما على أساس سليم من القانون ويكون هذا النعي غير صحيح مخالفا للثابت في الأوراق حريا بالرفض.

السبب الثاني: وفيه يقول الطاعن ان الحكم المطعون فيه لم يتعرض للدفاع الجوهري الذي أبداه الطاعن وهو ان الحكم المستأنف قد شابه القصور في التسبيب والفساد في الاستدلال مما يستوجب نقضه.

وحيث إن هذا النعي غير سديد، ذلك أن الحكم المطعون فيه قد جاء مشتملا على الأسباب القانونية التي بني عليها وعلى عرض مجمل لوقائع الدعوى وطلبات الخصوم ودفاعهم الجوهري ورأي النيابة ومعللا تعليلا قانونيا سليما بما يجعله متفقا ومتطلبات المادة ١٣٠ من قانون الإجراءات المدنية فيكون ما جاء في هذا النعي غير قائم على أساس حريا بالرفض.

الرئيس: المستشار / محمد الأمين محمد بيب - رئيس الدائرة.

الأعضاء: المستشار / عبد السلام الخراز

المستشار / عبد الكريم فرعون.

٣٥ ش - (الطعن رقم ٣٢٩ لسنة ٢٠١١ س ٥ ق . أ) جلسة ٢٠١١/٦/٨ (أحوال شخصية)

حكم «ما يجوز وما لا يجوز الطعن فيه بالنقض». نقض «ما يجوز وما لا يجوز الطعن فيه». طعن «ما يجوز وما لا يجوز الطعن فيه». بطلان. إشكالات التنفيذ.

■ الأحكام الصادرة من محاكم الاستئناف في منازعة من منازعات التنفيذ. بطلب منعه أو وقفه أو استمراره أو بطلانه. من أطراف التنفيذ أو من الغير. لا يجوز الطعن فيها بالنقض. أساس ذلك؟

المحكمة

حيث إن الفقرة الثانية من المادة ١٧٣ من قانون الإجراءات المدنية تنص على: ان الأحكام الصادرة عن محاكم الاستئناف في إجراءات التنفيذ تكون غير قابلة للطعن بالنقض.

ومفاد هذا النص ان المشرع استثنى من حالات الطعن بطريقة النقض المنازعات المتعلقة بإجراءات التنفيذ سواء بطلب منعه أو وقفه أو استمراره أو بطلانه بحسب الأحوال سواء قدمت أو أقيمت من أحد أطراف الدعوى التنفيذية في مواجهة طرف آخر أو من الغير في مواجهة هؤلاء الأطراف أو أحدهم هو ما ينطبق على إشكالات التنفيذ الوقتية التي أوردها المشرع في الفصل السادس من الباب الأول في الكتاب الثالث من قانون الإجراءات المدنية.

وحيث إن المقرر قضاء ان قابلية الحكم للطعن فيه من المسائل المتعلقة بالنظام العام ويتعين على المحكمة ان تقضي فيها من تلقاء نفسها.

وحيث إن الطاعنة أنصب طعنها على مخالفة قاضي التنفيذ للأحكام والقرارات الانتهائية الصادرة عنه ، وان المنازعة الماثلة التي يدور فيها النزاع تتعلق بالتنفيذ وتنصب على إجراءاته .

وحيث إن المطعون ضده دفع بعدم قبول الطعن لتعلقه بقرار قاضي التنفيذ.

وحيث إن هذا الدفع في محله ، ذلك ان المادة ١٧٣ من قانون الإجراءات المدنية تنص في فقرتها الثالثة على ان الأحكام الصادرة من محاكم الاستئناف في إجراءات التنفيذ تكون غير قابلة للطعن بالنقض .

وإذا كان الحكم المطعون فيه - وعلى ما سلف بيانه - قد صدر بعدم قبول استئناف قرار قاضي التنفيذ فإن ما ذهب إليه يندرج ضمن الأحكام التي أشار إليها النص المذكور ولا يدخل في عداد الأحكام التي يجوز الطعن فيها بطريق النقض، ويترتب على ذلك عدم قبول الطعن .

الرئيس : المستشار / محمد الأمين محمد بيب - رئيس الدائرة.

الأعضاء : المستشار / عبد السلام الخراز

المستشار / عبد الكريم فرعون.

٣٦ ش - (الطعن رقم ٧٦٣ لسنة ٢٠١١ س ٥ ق . أ) جلسة ٢٠١١/٩/٢١ (أحوال شخصية)

حكم «حجيته». قوة الأمر المقضي به. إثبات «قوة الأمر المقضي به». حكم «تسبيه. تسبب معيب». نقض «أسباب الطعن بالنقض. ما يقبل منها». قانون الخطأ في تطبيق القانون». نظام عام. طاعه.

■ القضاء بعدم قبول طلب دخول الزوجة في طاعة زوجها دون أن يناقش الخصوم موضوعه. عدم حيازته قوة الأمر المقضي به في دعوى الطاعة اللاحقة على ذلك. مخالفة ذلك خطأ في تطبيق القانون. أساس ذلك؟

المحكمة

حيث يؤخذ من وقائع الدعوى وسائر وثائقها ومن الحكم المطعون فيه أن الطاعن أقام الدعوى رقم ٢٠١٠/١٤١٣ أمام محكمة أبو ظبي الابتدائية بمواجهة المطعون ضدها نادية وطلب بموجبها الحكم له بإلزامها بالدخول في طاعته، وذلك على سند من القول أنها زوجته بصحيح العقد الشرعي ولا تزال بعصمته إلى الآن إلا أنها تركت منزل الزوجية رغم أنه أعد لها مسكنا شرعيا مما دعاه لإقامة هذه الدعوى.

وبتاريخ ٢٠١١/٢/٢٣ حكمت محكمة أول درجة بإلزام المدعى عليها بالدخول في طاعة زوجها المدعي والقرار في مسكن الزوجية المعد لذلك بعد أن يقوم المدعي بأجراء أعمال الصيانة الواردة في البند الثاني وحتى السادس من تقرير لجنة المصالحة المرفق وألزمته المدعى عليها مقابل أتعاب المحاماة. فاستأنفت المطعون ضدها هذا الحكم بالاستئناف رقم ٢٠١١/٣٤٣، وبتاريخ ٢٠١١/٥/١٨ قضت محكمة الاستئناف بإلغاء الحكم المستأنف ورفض الدعوى وإلزام المستأنف ضده بالرسوم والمصروفات.

وبتاريخ ٢٠١١/٦/١٦، طعن الطاعن في هذا الحكم بالطعن المائل، وقدمت المطعون ضدها مذكرة جوابية، وقدمت النيابة العامة مذكرة فوضت فيها الرأي للمحكمة ورأت هذه الأخيرة في غرفة المشورة أن الطعن جدير بالنظر، فحددت جلسة لنظره.

وحيث إن الطاعن ينعى على الحكم المطعون فيه الخطأ في تطبيق القانون والشرعية الإسلامية والإخلال بحق الدفاع والقصور في التسبب ويجمل ذلك في سببين:

السبب الأول: وفيه يقول الطاعن أن الحكم المطعون فيه اخطأ برفض الدعوى عندما استند إلى سبق الفصل في الدعوى بموجب الحكم ٧٨٦/٢٠١٠، لأن الحكم المذكور قضى بعدم قبول الطلب الذي تقدم به الطاعن في تلك الدعوى وموضوعه إلزام المطعون ضدها بالدخول في طاعته بمسكن الزوجية الذي أعده بسبب عدم مصادفة طلب الطاعن محله من الإجراءات ولعدم سداد الرسم ولم يتناقش الخصوم في موضوع الطلب مما يجعل الحكم المطعون فيه مستوجبا للنقض.

وحيث إن هذا النعي شديد، ذلك أن من المقرر أن النص في المادة ٤٩ من قانون الإثبات في المعاملات المدنية والتجارية يدل على أن للقضاء النهائي قوة الأمر المقضي فيما يكون قد فصل فيه بين الخصوم بصفة صريحة أو ضمنية حتمية، ومتى حاز الحكم هذه القوة فإنه يمتنع على ذات الخصوم في الدعوى التي صدر فيها العودة إلى مناقشة ذات المسألة التي فصل فيها ولو بأدلة قانونية أو واقعية لم يسبق إثارتها أو أثبتت ولم يبحثها الحكم الصادر فيها، وأن حجية الأحكام من القواعد المتعلقة بالنظام العام تقضي بها المحكمة من تلقاء نفسها ولو لم يثرها أي من الخصوم في الدعوى. أي أن مناط التمسك بحجية الأمر المقضي المانعة من إعادة النظر في النزاع أن يكون الحكم السابق قد فصل في منازعة تناقش فيها الخصوم واستقرت حقيقتها بينهم استقرارا مانعا من مناقشتها في الدعوى اللاحقة، ومن ثم فإن ما لم يكن محل نقاش من الخصوم وما لم تنظره المحكمة بالفعل لا يكون موضوعا لحكم يحوز حجية الأمر المقضي به. لما كان ذلك، وكان الثابت بالأوراق أن الطاعن سبق وأن تقدم بطلب من خلال الدعوى رقم ٧٨٦/٢٠١٠ المقيدة بتاريخ ٢٣/٦/٢٠١٠ أمام محكمة أبو ظبي الابتدائية وموضوعه طلب إلزام المطعون ضدها بالدخول في طاعته في بيته الذي أعده لها في الشامخة، وقضت المحكمة أن الطلب المذكور لا ينطبق عليه وصف الطلب العارض ولم يسدد عنه الرسم، الأمر الذي يتعين معه الحكم بعدم قبوله وقد تأيد هذا الحكم استئنافا وأصبح باتا بتأييده من محكمة النقض بموجب الحكم رقم ٤٠/٢٠١١ الصادر بتاريخ ٩/٣/٢٠١١ وبالتالي فإن الخصوم لم يتناقشوا في موضوع الطلب المذكور ولم تنظره المحكمة بالفعل مما يجعل حجتيه غير مانعة من نظر الدعوى من جديد لما كان ذلك وكانت هذه المسألة من النظام العام تثيرها المحكمة من تلقاء نفسها، فإن الحكم المطعون فيه إذ خلص إلى غير هذه النتيجة يكون مشوبا بالقصور معرضا للنقض. وذلك دون حاجة للبحث في سبب الطعن الثاني.

وحيث أن الحكم المطعون فيه قبل دفعا فرعيا تمثل في الدفع بسبق الفصل في الدعوى مما يترتب عليه حسب المادة ٢/١٣ من قانون الأحوال الشخصية أن يكون النقض مع الإحالة وعليه يتعين الحكم بنقض الحكم المطعون فيه وإحالة القضية على محكمة الاستئناف التي أصدرته لنظرها بهيئة مغايرة.

الرئيس: المستشار / محمد الأمين محمد بيب - رئيس الدائرة.

الأعضاء: المستشار / عبد السلام الخراز

المستشار / عبد الكريم فرعون.

٣٧ ش - (الطعن رقم ١٠٣ لسنة ٢٠١٠ س ٤ ق. أ) جلسة ٢٠١١/٣/٣٠ (أحوال شخصية)

حجّر. قوامه. شريعة إسلامية. أحوال شخصية. حكم «تسبيبه. تسبیب غير معيب» نقض أسباب الطعن بالنقض. ما لا يقبل منها» إثبات «شهادة» شهود «بوجه عام» قانون «تطبيقه».

■ الشهادة في معنى المادة ٣٨ من قانون الإثبات. ما هيته. وحالاتها؟

■ مثال في عدم الأخذ بشهادة الشهود في دعوى حجّر.

المحكمة

حيث يتلخص من وثائق الملف ومن الحكم المطعون فيه ان الطاعن أقام دعوى في مواجهة المطعون ضده والده بتاريخ ٢٠١٠/١٢/٢٠ تحت رقم ٢٠١٠/١٣٥٤ لدى محكمة أبو ظبي الابتدائية طلب في ختامها الحكم بالحجر على والده (المطعون ضده) وتعيين قيم عليه. وأوضح في دعواه ان والده كثير الاسكار ومدمن على شرب الخمر والمسكرات ويتصرف في أمواله على غير مقتضى الشرع والقانون يبذرها في المذات والملاهي وقد أهمل أسرته وقطع عنهم النفقة رغم ثرائه فلقد استلم نصيبه من بيع بناية مبلغ (٢٨٠٠٠٠٠٠) درهم وتصرف خلال ثلاثة أشهر وأرفق شهادة أملاكه العقارية بعريضة الدعوى بتاريخ ٢٠١٠/٥/١٠ حكمت محكمة البداية برفض الدعوى وألزمت المدعي بالرسوم والمصاريف. فاستأنف المدعي الحكم بتاريخ ٢٠١٠/٥/٢٠ تحت رقم ٢٠١٠/٥٠٩ بتاريخ ٢٠١٠/١٢/١٩ حكمت محكمة الاستئناف بتأييد الحكم المستأنف وتحميل المستأنف مصروفات استئنافه.

ولم يرض الطاعن هذا الحكم فأقام عليه طعنه المائل بالنقض بتاريخ ٢٠١١/١/٢٧ وقدمت النيابة العامة مذكرة فوضت في ختامها الرأي للمحكمة ورأت هذه الأخيرة في غرفة المشورة ان الطعن جدير بالنظر فحددت لنظره جلسة.

وحيث ينعي الطاعن على الحكم المطعون فيه التناقض في أسباب الحكم ويحمل ذلك في سبب واحد ينعي فيه كون الحكم استند إلى شهادة الشهود في رفض القوامة اعتماداً على المادة ٣٨ من قانون الإثبات في المعاملات المدنية والتجارية من ان الحالة الماثلة ليست من الحالات التي ذكرتها المادة المذكورة لتكون الشهادة سماعية ، إذ من المقرر قانوناً أن السفه من عوارض الأهلية ، ولقد نصت المادة ١٦٨ من قانون المعاملات المدنية في الفقرة الثانية على ان « السفه ، وذا الغفلة يحجر عليهما القاضي ، ويرفع الحجر عنهما وفقاً للقواعد والإجراءات المقررة في القانون » والسفيه كما جاء في المذكرة الإيضاحية لقانون الأحوال الشخصية هو المبذر والمصرف

الذي يصرف ما له في غير موضعه. وينفق ما يعد من مثله إسرافاً ويبيعثر ماله فيما لا فائدة فيه. والمطعون ضده في النقض يتصرف في أمواله بخلاف مقتضى الشرع والعقل بتبذيره للمال وعدم حسن التصرف ويصرفه فيما لا مصلحة فيه في حين أن أسرته في أشد الحاجة لتلك الأموال لضرورياتها ولقد انقطع عن الإنفاق عليهم. والطاعن أهل لكي يكون ولياً شرعياً على المطعون ضده، وكان لازماً على المحكمة أن تتمكن من إثبات ادعائه بكافة وسائل الإثبات إلا أنها لم تفعل مما كان معه الحكم مشوباً بعيب القصور والخطأ في تطبيق القانون يتعين نقضه.

وحيث إن ما ينعاه الطاعن غير سديد، ذلك أنه وإن ادعى أن والده أصبح سفيهاً يبذر أمواله على غير مقتضى الشرع والقانون مدمناً على شرب الخمر، وأهمل أسرته بحيث قطع عنهم النفقة رغم ثرائه، وأنه (أي الطاعن) أهل للقوامة عليه فإنه لم يدل بما يثبت ذلك أما الشاهدان، اللذان استمعت إليهما المحكمة بناءً على طلبه حسبما ورد في أسباب الحكم المطعون فيه فإن أحدهما شهد بأنه سمع أن المشهود عليه أضاع مبلغ ٢٨ مليوناً من الدراهم خلال سنة واحدة ويقال أنه يشرب الخمر، ولا يستطيع تدبير أموره، وإن أولاده يسكنون بالإيجار. أما الشاهد الثاني فصرح بأنه لا يعرف عن المشهود عليه شيئاً منذ أربع أو خمس سنوات وقد سمع بأنه يعيش برأس الخيمة ولا يحسن التصرف في أمواله. والمحكمة لما عللت قضاءها بكون الشهادة التي شهد بها الشاهد أن لم تتوفر فيها لا شروط شهادة المعاينة ولا شروط شهادة التسامع. ولا تدخل ضمن الحالات التي استثنتها المادة ٣٨ من قانون الإثبات في المعاملات المدنية والتجارية والتي تنص على أنه:

« تكون الشهادة عن مشاهدة ومعاينة، ومع ذلك تقبل الشهادة بالتسامع في الحالات الآتية الوفاة النسب. أصل الوقف الخيري» والشاهد أن لم يقطعا في شهادتهما بوقوع حالة واحدة حصلت عن مشاهدة ومعاينة منهما وفي حضورهما وبذلك فشهادتهما لا تقبل في الإثبات لفقدانها شروط الشهادة تكون قد طبقت القانون تطبيقاً سليماً ويكون ما أثير غير سديد حرياً بالرفض.

الرئيس : المستشار / محمد الأمين محمد بيب - رئيس الدائرة.

الأعضاء : المستشار / عبد السلام الخراز

المستشار / عبد الكريم فرعون.

٣٨ ش - (الطعن رقم ٢٧٢، ٢٨٦ لسنة ٢٠١٠ س ٤ ق. أ) جلسة ٢٠١٢/١/١٢ (أحوال شخصية)

١ (حجر. حراسه قضائية. قضاء مستعجل. شريعة إسلامية . أحوال شخصية. حكم « حجته »
« تسببيه. تسبیب غير معيب ». قوة الأمر المقضي به. إثبات: قوة الأمر المقضي به ». نقض « أسباب
الطعن بالنقض » ما لا يقبل منها ». محكمة الموضوع « نظرها الدعوى والحكم فيها ». محكمة أول
درجة « نظرها الدعوى والحكم فيها. محكمة الإستئناف نظرها الدعوى والحكم فيها ».
■ الحكم بتأييد الحكم الصادر من محكمة أول درجة القاضي برفض الحكم بالحجر على المطعون ضده
ورفض الحكم بفرض الحراسة القضائية التي كانت مفروضة على أموال المطلوب الحجر عليه. بحكم مستعجل
صحيح. أساس ذلك؟

٢ (حجر. محكمة الموضوع «سلطانها» « حكم » تسببيه. تسبیب غير معيب ». « نقض » أسباب
الطعن بالنقض. ما لا يقبل منها ». إثبات « بوجه عام ». أحوال شخصية.
■ تقدير مدى سلامه القوى العقلية للمطلوب الحجر عليه. موضوعي. مثال.

(الطعن رقم ٢٧٢، ٢٨٦ لسنة ٢٠١٠ س ٥ ق. أ أحوال شخصية - جلسة ٢٠١١/١/١٢) ٤ ص ١٧

٣ (محكمة الموضوع «سلطانها» . حكم « تسببيه. تسبیب معيب ». نقض « أسباب الطعن بالنقض.
ما يقبل منها ». بطلان. حجر. أحوال شخصية. قانون « الخطأ في تطبيق القانون ».
■ قضاء الحكم المطعون فيه برفض الحكم بالحجر على المطعون ضده. والقضاء من بعد ببطلان تصرفاته
في أملاكه دون التفتن إلى موجبات أحكام المواد ٦٢ / ٢ ، ١٥٧ ، ١٥٩ ، ٣٦١ من قانون الأحوال الشخصية.
مخالفة للقانون خطأ في تطبيقه. مثال.

المحكمة

حيث إن الوقائع تتلخص كما يتبين من الحكم المطعون فيه ومن سائر الأوراق، في أن المدعي
أقام لدى محكمة أبوظبي الابتدائية ضد المدعى عليهم و والأولاد المدخلين و
..... و و أبناء الدعوى رقم ٢٠٠٨/٤٩٣ طلب في ختامها وبصفة
مستعجلة وضع كافة العقارات المملوكة للمدعى عليهم وآخرين من بنايات ومزارع وأراض سكنية
وتجارية تحت الحراسة القضائية وكف يد المتصرف إليها عن التحصل على أي دخل من إيراداتها، والحجر
على المدعى عليه وتعيين الطالب أو أحد من أولاده الآخرين حسب ما تراه المحكمة قيما عليه وإبطال

كافة التصرفات التي أوقعها المدعى عليه على أملاكه السابقة على صدور القرار في الطلب الماثل لوقوعها نتيجة استغلال وتواطؤ لنص المادة ٣/١٧٥ من قانون الأحوال الشخصية مع كل ما يترتب على ذلك قانونا وإلزامه بالمصروفات شاملة مقابل أتعاب المحاماة. وذلك على سند من القول ان المدعى عليه أب لخمسة عشر فردا من ثلاث زوجات اثنتين مطلقات وواحدة على ذمته وهي المدعى عليها، وقد لاحظ أفراد أسرة المدعى عليه ومنهم المدعي قيامه بالتصرف في كافة ممتلكاته العقارية لزوجته الحالية سواء بالهبة أو بالبيع أو بالشراء ابتداء باسمها ودفع الثمن من أمواله، بالإضافة إلى تصرفات أخرى لا يعلمها المدعي وإخوته بتأثير زوجته الموهوب لها، وقد نجحت في حمله على إبرام هذه التصرفات والتي هي على خلاف مقتضى العقل والشرع أو هو الجهل والطيش والتبذير وإساءة التصرف في المال بصرفه فيما لا مصلحة فيه وتضييعه فيما يذم عليه فأصبح ممن يطلق عليه المبذر المسرف الذي يصرف ماله في غير موضعه وينفق فيما يعد من مثله إسرافا. وحيث ان المدعى عليه يعتبر ناقص الأهلية وقد تحقق به عارض من عوارضها الأمر الذي حدا بالمدعي وإخوته التقدم بدعواهم ابتغاء الحكم لهم بطلانهم السالف ببيانها بطلب بطلان التصرفات التي أوقعها المدعى عليه في أملاكه العقارية لزوجته المذكورة وإخطار بلدية أبو ظبي ودبي وإدارة تسجيل الأراضي والعقارات للتعديل في سجلاتها العقارية وإعادتها إلى ملكية المدعى عليه

أصدرت محكمة البداية حكما بتاريخ ٢٠٠٩/٤/١٢ يقضي وبصفة مستعجلة ومؤقتة وضع كافة العقارات المملوكة للمدعى عليه من بنايات ومزارع وأراض سكنية وتجارية وغيرها تحت الحراسة القضائية وكف يد المدعى عليها الخصمة المدخلة عن تحصيل أي دخل من إيراداتها لحين الفصل في موضوع الدعوى رضاء أو قضاءً وتعيين المدعي حارسا على تلك الأموال وندب مكتب خبراء دائرة القضاء لندب احد خبرائه لحصص جميع أموال المدعى عليه وبيان الأموال التي تصرف فيها بالهبة للمدعى عليها ونوعها سواء كانت عقارات مبنية أو أراضي سكنية أو تجارية أو زراعية أو أموال سائلة وقيمتها وحصص تلك الأموال جميعا سواء كان التصرف بغير عوض كالهبة أو كان التصرف بالبيع بدون مقابل.... الخ ما جاء بمنطوق الحكم. وبتاريخ ٢٠٠٩/١٢/٢٧ حكمت محكمة أول درجة بما يلي:

أولا:- برفض طلب المدعي وأخوته الخصوم المدخلين في الدعوى بتوقيع الحجر على المدعى عليه

ثانيا:- بطلان جميع التصرفات التي أوقعها المدعى عليه في أملاكه العقارية في الأراضي السكنية والزراعية والمبينة وصفا وتفصيلا ومساحة وموقعا بتقرير الخبير المرفق بأوراق الدعوى في الصفحة الحادية عشرة والثانية عشرة في البند رقم ٥-١ بمنطقة أبو ظبي والعين وإمارة دبي وإعادة هذه الأملاك لملكية المدعي عليه وإخطار بلدية أبو ظبي والعين ودبي وإدارة تسجيل الأراضي بتعديل تسجيلها باسم المدعى عليه وعلى الأخير ان شاء مراعاة التسوية في الهبة بين الأبناء جميعهم وزوجته على مقتضى أحكام الشرع والدين أو تركها لأحكام الشريعة الإسلامية في توزيع التركة لما بعد الوفاة.

ثالثا:- بعدم قبول طلب المدعي بإلزام الخصم المدخل ثالثا في الدعوى برد ما حصل عليه من

بنوك بمقتضى التوكيل الصادر له من المدعى عليه الأول لمدنية النزاع في هذه المسألة، وألزم المدعى عليهم بالمصاريف المناسبة شاملة مقابل أتعاب المحاماة. فاستأنفه المدعى عليه عن نفسه وبصفته الولي الطبيعي على ابنتيه القاصرتين و ، وهذا الحكم بالاستئناف رقم ٢٠١٠/٨ كما قدم المدعى عليه خليفة استئنافاً آخر تحت رقم ٢٠١٠/٩، كما استأنفه المدعون عن نفسه وبصفته وكيلاً عن اخوته و و و بالاستئناف رقم ٢٠١٠/٢٩ وبتاريخ ٢٠١٠/٣/١ حكمت محكمة الاستئناف بقبول الاستئنافات الثلاثة شكلاً وفي موضوع الاستئنافين ٨ و ٢٩ لسنة ٢٠١٠ برفضهما وتأيد الحكم المستأنف وإلزام كل مستأنف رسوم استئنافه. وفي موضوع الاستئناف رقم ٩ لسنة ٢٠١٠ بإلغاء الحكم المستأنف والحكم بإلغاء ما قضت به محكمة أول درجة بجلسة ٢٠٠٩/٤/١٢ في البند أولاً منه بشأن الطلب المستعجل وبرفضه وألزم المستأنف بالمصاريف عن الدرجتين.

طعن الطاعنون عن نفسه وبصفته وكيلاً عن باقي اخوته كل من و و والحارسا قضائياً على أموال المطعون ضدهما الأول والثانية في هذا الحكم بالطعن رقم ٢٠١٠/٢٧٢ كما طعن فيه الطاعنان عن نفسه وبصفته الولي الطبيعي على ابنتيه القاصرتين و بالطعن رقم ٢٠١٠/٢٨٦ وقدم كل طرف مذكرة جوابية على طعن الطرف الآخر، كما قدمت النيابة العامة مذكرة في الطعنين طلبت في نهايتها تفويض الرأي للمحكمة. ورأت هذه الأخيرة في غرفة المشورة ان الطعنين جديران بالنظر فحددت لنظرهما جلسة حيث قررت ضمهما وإصدار حكم واحد فيهما معا.

أولاً: الطعن رقم ٢٠١٠/٢٧٢:

حيث إن الطاعنين ينعون على الحكم المطعون فيه مخالفة القانون والخطأ في تطبيقه والقصور في التسبب والفساد في الاستدلال والقضاء على خلاف الثابت في الأوراق والإخلال بحق الدفاع واجملوا ذلك في أربعة وجوه:

الوجه الأول:- وفيه يقول الطاعنون ان الحكم المطعون فيه اخطأ عندما قضى بإلغاء حكم المحكمة الصادر بتاريخ ٢٠٠٩/٤/١٢ أثناء سير الدعوى والذي قضى بوضع العقارات المملوكة للمطعون ضده تحت الحراسة القضائية، ذلك ان مسألة الحراسة القضائية قد تم حسمها وأصبح الشق الصادر بشأنها نهائياً لا يجوز التعرض له بعد رفض التظلم رقم ٢٠٠٩/٣٨ والمؤيد استئنافاً بالاستئناف رقم ٢٠٠٩/٤٥٢ وعدم الطعن عليه بالنقض مما يعيب الحكم المطعون فيه ويستوجب نقضه.

وحيث إن هذا النعي غير سديد، ذلك أن الحكم الصادر في التظلم رقم ٢٠٠٩/٣٨ والقاضي برفض التظلم والإبقاء على الحراسة القضائية والمؤيد بالاستئناف رقم ٢٠٠٩/٤٥٢ هو حكم في أمر وقته.

لما كان ذلك وكان من المقرر أن الأمر الصادر في الأحكام الوقتية لا يمس أصل الحق المتنازع عليه الذي

يبقى محفوظاً يتنازل فيه الخصوم أمام محكمة الموضوع وإن الأصل في الأحكام الصادرة في الأمور الوقتية أنها لا تحوز حجية الأمر المقضي. إلا إذا كانت بمواجهة تظلم جديد فإنها تمنع من رفعه بين ذات الخصوم وفي ذات الموضوع، وكان الحكم المطعون فيه لم يتعرض لتظلم جديد وإنما قضى بأصل النزاع بحيث أيد ما ذهب إليه محكمة البداية من رفض الحجر فإن رفض الحراسة القضائية التي قضى بها مؤقتاً الحكم الابتدائي هو من الأمور المكتملة واللازمة لرفض الحجر، إذ ما فائدة أن يرفض طلب الحجر وتبقى الحراسة القضائية قائمة على أموال المطعون ضده خليفة رغم عدم الحجر عليه. وإن التزم الحكم المطعون فيه هذا النظر فإنه يكون قد أصاب صحيح القانون، ويضحي النعي عليه بسبب هذا الوجه على غير أساس.

الوجوه الثاني والثالث والرابع: - وفيها ينعي الطاعنون على الحكم المطعون فيه خطأ بعدم الحجر على المطعون ضده خليفة بعد أن وصفت تصرفاته في حكم المسرف المبذر وإن ما قام به من تصرفات تخرج عن العطاء المتزن والمعتدل في توزيع الأموال وبالتالي اعتبرت أن ذلك لا ينحدر إلى أصباغ صبغة السفه عليه مما يجعل قضاءها متناقضاً ومعيباً ويستوجب النقض.

وحيث إن هذا النعي غير سديد، ذلك أن محكمة الموضوع وبما لها من صلاحية موضوعية قد اعتبرت أن إقرار الطاعن بسلامة القوى العقلية لوالده ورفضه لإحالة والده المذكور إلى الطب النفسي لبحث مدى سلامة عقله يجعل طلبه مع هذا كله للحجر عليه غير قائم على أساس حرياً بالالتفات عنه ولذلك قضت واستناداً لطلبات الطاعن نفسه التي نفى فيها عن والده صفة السفه ورفض طلب إحالته إلى الأطباء المختصين لبيان مدى سلامة قواه العقلية وقدرته على تصريف الأمور وقوله أنه لا يشك في مدى سلامة قوى والده العقلية، برفض الحجر عليه ومن ثم تكون قد استعملت ما لها من صلاحية في رفض طلب الحجر على المطعون ضده مما لا رقابة عليها فيه وبالتالي يكون هذا النعي حرياً بالرفض.

ثانياً: الطعن رقم ٢٨٦/٢٠١٠

وحيث إن الطاعنين يطعنون في الحكم المطعون فيه جزئياً في شقه الثاني المتضمن بطلان تصرفات الطاعن في بعض عقاراته السكنية والزراعية للقصور في التسبب والإخلال بحق الدفاع ومخالفة القانون والخطأ في تطبيقه وأجملوا ذلك في ثلاثة أسباب خلاصتها أن الحكم المطعون فيه اثبت عدم سفه الطاعن وسلامة عقله وإدراكه مما يعني صحة تصرفاته إلا أنه قضى ببطلان التصرفات التي أوقعها الطاعن الأول في بعض عقاراته والتفت عما ورد في تقرير الخبير من أن للطاعن أموالاً أخرى عقارات وغيرها منها على سبيل المثال حصة تقدر ب ١٠٪ من شركة التي تبلغ حصة الطاعن من إرباحها السنوية أكثر من أربعة ملايين درهم وهذا يعني أن التصرف الذي قام به الطاعن لا يمثل إخلالاً كبيراً بمركزه المالي كما أن الحكم المطعون فيه وصف تصرفات الطاعن في ماله بأنها تشكل تحايلاً لإبطال الميراث دون وجود دليل يثبت هذه الدعوى وكل هذا يجعل الحكم المطعون فيه معيباً في هذا الشق منه حرياً بالنقض.

وحيث إن هذا النعي شديد، ذلك أنه وإن كان من المقرر في قضاء هذه المحكمة أن محكمة الموضوع تستقل بسلطة فهم وتحصيل الواقع في الدعوى طالما كان استخلاصها سائغاً وهي صاحبة السلطة في تقدير ما يقدم إليها من أدلة ومستندات وفي استخلاص ما تراه متفقاً مع واقع الدعوى، إلا أن ذلك مشروط بأن يكون قضاؤها سليماً قائماً على أسباب سائغة كافية لحمله.

لما كان ذلك، وكانت محكمة الموضوع قد توصلت إلى أن « تصرفات الطاعن تنأى بصاحبها عن فعل التصرف فيما يذم عليه وهي تصرفات ليس بها طيش أو هوى جامح أو تبذير للمال في غير موضعه مما يجعلها تنال من عقله وتفكيره أو تدخله في زمرة السفهاء، وقد ذهب المدعي نفسه إلى نفي هذا السلوك عن والده أو طلب إحالته إلى الأطباء المختصين لبيان مدى سلامة قواه العقلية وقدرته على تصريف الأمور وقد أقر المدعي بذلك أمام المحكمة وأضاف إلى أنه لا يشك في مدى سلامة قوى والده العقلية، الأمر الذي تنتهي معه المحكمة إلى رفض توقيع الحجر على المدعي عليه للسفء.» إلا أن المحكمة المطعون في حكمها وبالرغم من قضائها هذا قد ذهبت إلى القضاء ببطلان جميع التصرفات التي أوقعها الطاعن في أملاكه العقارية في الأراضي السكنية والزراعية والمبينة وصفاً وتفصيلاً ومساحة وموقعا في تقرير الخبير المرفق بأوراق الدعوى بمناطق أبو ظبي والعين ودبي وإعادة هذه الأملاك للمكيته وإخطار بلديات أبو ظبي والعين ودبي وإدارة تسجيل الأراضي بتعديل تسجيلها باسم الطاعن المذكور دون أن تنتبه المحكمة المطعون في حكمها إلى أمور أساسية كان عليها أن تراعيها وهي:

أولاً:- أن المادة ١٥٧ من قانون المعاملات المدنية والمادة ١٥٩ من قانون الأحوال الشخصية نصت كل منهما على أن كل شخص أهل للتعاقد ما لم تسلب أهليته أو يحد منها بحكم القانون، ومفاد هذين النصوص القانونيين أن تصرفات الشخص الذي لا نقص في أهليته محمولة على المضي ما دامت في نطاق القانون، ومن ثم فلا يجتمع الحكم بإبطال تصرفاته في ماله الخاص به مع الحكم برفض الحجر عليه لسلامة قواه العقلية وعدم ثبوت سفهه وعدم ثبوت استغراق الدين لماله.

ثانياً: أن الفقرة الثانية من المادة ٦٢ من قانون الأحوال الشخصية غير منطبقة على هذه الدعوى لأنها تتعلق بأمرين أحدهما التسوية بين الأولاد في الهبة وأوراق الدعوى خالية مما يثبت أن وهب بعض ماله لبعض أولاده ولا ينال من ذلك توكيله لابنه يوسف توكيلاً سحب بمقتضاه بعض السيولة النقدية لان التوكيل على التصرف لا يعتبر بأي وجه من الوجوه هبة من الموكل للوكيل. وثاني الأمرين التسوية بين الزوجات في الهبة وأوراق الدعوى خالية من دليل يثبت أن المذكور من الزوجات غير زوجته ، وما دام المذكور ليس له من الزوجات إلا زوجة واحدة حسب الأوراق، هي التي وهبها بعض ماله فلا يعتبر ما هبه لها أياً كان قدره إخلالاً بواجب المساواة بين الزوجات في الهبة.

ثالثاً:- أن المادة ٣٦١ من قانون الأحوال الشخصية التي تنص على بطلان التحايل على أحكام الميراث

بالبائع أو الهبة أو الوصية أو غير ذلك من التصرفات غير منطبقة هي الأخرى على واقع هذه الدعوى وذلك لأمر:

أحدها: ان مسألة التحايل على الميراث لا يتأتى بحثها إلا عندما يصير المال الذي تم فيه التحايل ميراثا بعد موت من يزعم انه تحايل بتصرفه على الميراث لحرمان بعض ورثته من الميراث، اما في حياة صاحب المال الذي يتعلق به التصرف فلا يصح إثارة موضوع التحايل لإبطال الميراث لانه ما دام حيا لا يوجد مال يسمى ميراثا كما لا يوجد شخص يسمى وارثا يملك صفة رفع الدعوى لإبطال التصرف بحجة انه إبطال للميراث، وذلك لأن كون شخص معين وارثا في صاحب المال الذي تصرف فيه يتوقف على القطع بكون هذا الشخص سيبقي حيا سالما من موانع الإرث إلى ان يموت صاحب المال الذي تصرف فيه وهذا أمر غير ممكن ما دام الشخص المتصرف في المال حيا صحيحا معافى في بدنه وعقله.

ثانيها: ان صاحب المال ما دام حيا وله مال يتصرف فيه يمكن ان يخص هذا الشخص الذي يخاف من حرمانه من الإرث بمال أكثر من المال الذي تصرف فيه تصرفا يرى فيه ذلك الشخص حرمانا له من الميراث، فتنتفي وقتها حالة التحايل لإبطال الميراث وهذا الاحتمال قائم لا شيء يدفعه ما دام صاحب المال الذي تصرف فيه حيا يملك من المال ما يمكنه من ذلك.

ثالثها: ان كون صاحب المال قام بهذا النوع من التصرف من اجل التحايل على الميراث لحرمان بعض ورثته منه (إذا أثبتت هذه المسألة بعد موت من قام بالتصرف المذكور) لا بد له من دليل يثبتته. لان الأصل سلامة قصد الشخص في تصرفاته وعدم قصده السوء بقرباته ولا يمكن للقاضي في غياب دليل يدل على قصد الحرمان للورثة ان يفترض من تلقاء نفسه حصول هذا القصد، ومن ثم فلا بد للوارث الذي ادعى ان الدافع الذي دفع مورثه إلى هذا التصرف هو قصد إبطال ميراثه فيه ان يثبت دعواه هذه بدليل نحو ان يثبت بغضه له أو حصول عداوة بينهما او ان الشخص المعني قال ذلك في حياته إلى غير ذلك من الأدلة، وما دامت أوراق الدعوى خالية من أي دليل يثبت ان الشخص قصد بتصرفه في ماله إبطال الميراث وحرمان بعض الورثة منه فلا يمكن للقضاء ان يحكم بصحة هذه الدعوى العارية عن الدليل.

لما كان ذلك وكان الحكم المطعون فيه لم ينتبه إلى هذا كله واستبعد اتصاف الطاعن بالسفاهة ولم يقض عليه بالحجر لكونه لم يثبت اتصافه بنقصان العقل بسبب الجنون أو العته أو الخرف وأقام قضاءه بإبطال تصرفات الطاعن على نصوص غير منطبقة على الدعوى فان قضاءه ببطالان تصرفات الطاعن في ماله الخاص به يكون والحالة هذه غير مبرر قانونيا مما يوجب نقضه جزئيا في هذا الشق منه.

الرئيس : المستشار / محمد الأمين محمد بيب - رئيس الدائرة.

الأعضاء : المستشار / بادي محمد الجرام المستشار / عبد الكريم فرعون

٣٩ ش - (الطعن رقم ٦٣١ لسنة ٢٠١١ س ٥ ق . أ) جلسة ٢٠١١/٩/٢٨ (أحوال شخصية)

حجر . محكمة الموضوع «سلطتها» . إثبات « بوجه عام » « خبره » . حكم «تسببيه . تسبیب معيب» .
نقض «أسباب الطعن بالنقض . ما يقبل منها» . قانون «الخطأ في تطبيق القانون» .

■ عدم أخذ محكمة الموضوع بالتقدير الذي أثبت أن المطعون ضده غير قادر على تصريف شؤونه بنفسه في
دعوى الحجر . خطأ في تطبيق القانون . أساس ذلك؟

المحكمة

حيث يؤخذ من وقائع الدعوى وسائر وثائقها ومن الحكم المطعون فيه أن الطاعنين أقاموا الدعوى رقم
٢٠١٠/٨١٢ أمام محكمة أبو ظبي الابتدائية بمواجهة المطعون ضدهما طلبوا فيها الحجر على والدهم المطعون
ضده الأول وتعيين ابنه ليكون قيما عليه وبصفة مستعجلة ندب خبير لحصر أمواله وبيان ما تم
التصرف فيه منها والمستفيدين منها ، وذلك على سند من القول ان والدهم المطعون ضده الأول تقدم في العمر
وتأثرت ذاكرته ويعاني من النسيان وأصبح غير قادر على تصريف شؤونه وأن زوجته الثانية (المطعون ضدها
الثانية) أحكمت سيطرتها على أمواله ونقلت بعضا منها في اسمها ، مما حدا بها لإقامة الدعوى .

وبتاريخ ٢٠١١/١/٣٠ حكمت محكمة البداية برفض الدعوى وتحميل رافعها الرسوم والمصاريف ،
فاستأنف الطاعنون هذا الحكم بالاستئناف رقم ٢٠١١/١٤١ ، وبتاريخ ٢٠١١/٤/٢٧ حكمت محكمة
الاستئناف برفض الاستئناف وتأييد الحكم المستأنف وتحميل المستأنفين الرسوم والمصروفات .

فلم يرض الطاعنون بهذا الحكم فأقاموا عليه طعنهم المائل وقدمت النيابة العامة مذكرة رأيت فيها قبول
الطعن شكلا وفي الموضوع تفويض الرأي للمحكمة ، ورأت هذه الأخيرة في غرفة المشورة ان الطعن جدير
بالنظر فحددت لنظره جلسة .

وحيث ينعى الطاعنون على الحكم المطعون مخالفة القانون والخطأ في تطبيقه وتأويله والقصور في
التسبیب والفساد في الاستدلال ومخالفة الثابت في الأوراق والإخلال بحق الدفاع ويجملوا ذلك في ستة
أسباب :

الأسباب الثاني والثالث والرابع والخامس وحاصلها تخطئة الحكم المطعون فيه لعدم أخذه بتقرير الخبرة

الذي بين ان المطعون ضده الأول يعاني من حالة خرف، وإذ لم تستجب المحكمة المطعون في حكمها لذلك فان الحكم المطعون فيه يكون مشوباً بالقصور والإخلال بحق الدفاع مما يستوجب نقضه.

وحيث إن هذا النعي شديد، ذلك أن من المقرر شرعاً ان القاضي لا يجوز له ان يحكم بعلمه الشخصي في غير عدالة الشهود وانه يتعين عليه ان يستعين في المسائل التي تحتاج إلى رأي فني خارج عن معارف القاضي المعتادة بخبرة فنية ولا يصح ان يترك رأي الخبير الفني اعتماداً على علمه الشخصي. قال خليل بن اسحاق في مختصره: ولا يستند لعلمه إلا في التعديل والجرح. وقال ابن عاصم في التحفة:

وفي الشهود يحكم القاضي بما يعلم منهم باتفاق العلما

وفي سواهم مالك قد شدد في منع حكمه بغير الشهدا

لما كان ذلك، وكان تقرير اللجنة الطبية قد جاء واضحاً ومبيناً أن المطعون ضده الأول، غير قادر على تصريف شؤونه بنفسه نظراً لحالته الذهنية ويحتاج إلى شخص يساعده في إدارة أعماله وكانت محكمة الموضوع لم تأخذ بهذا التقرير دون بيان أسباب سائغة لذلك واكتفت بالقول انها لم تلاحظ أي نقص في عقل المستأنف وذلك اعتماداً منها على العلم الشخصي، وكان المطعون ضده الأول قد طلب إدخال مؤسسة الرعاية الاجتماعية وشؤون القصر وذلك لاستلام وإدارة أمواله بالطريقة التي رسمها القانون.

فيكون ما ذهب إليه الحكم المطعون فيه من عدم إقامة الحجر على المطعون ضده الأول وعدم تعيين مؤسسة الرعاية الاجتماعية وشؤون القصر قيماً عليه غير قائم على أساس من القانون مما يتعين معه نقضه.

لذلك ودونما حاجة للبحث في باقي أسباب الطعن المثارة يتعين الحكم بنقض الحكم المطعون .

الرئيس : المستشار / محمد الأمين محمد بيب - رئيس الدائرة.

الأعضاء : المستشار / عبد السلام الخراز

المستشار / عبد الكريم فرعون.

٤. ش - (الطعن رقم ٨٨٩ لسنة ٢٠١٠ س ٤ ق أ) جلسة ٢٠١١/٣/٢٣ (أحوال شخصية)

طلاق. غيبه. نفقة. ضرر. شريعته إسلامية. أحوال شخصية. حكم «تسببيه. تسبب معيب». نقض «أسباب الطعن بالنقض. ما لا يقبل منها». مذاهب فقهية. محكمة الموضوع «سلطتها».

■ وجوب طلاق الزوجة الغائب زوجها أو المفقود. متى ثبت أنه لا مال له يمكن أخذ نفقة الزوجة منه. المادة ١٢٥ أحوال شخصية. مخالفة ذلك: مخالفة للقانون وخطأ في تطبيقه. أساس ذلك؟ وعلته.

المحكمة

حيث يؤخذ من وقائع الدعوى وسائر وثائقها ومن الحكم المطعون فيه أن الطاعنة أقامت الدعوى رقم ٢٠٠٩/١٤/١٨ أمام محكمة أبو ظبي الابتدائية بمواجهة المطعون ضده طلبت في ختامها إلزامه بتطبيقها عليه لعدم الإنفاق وسوء المعاملة والإهمال وهجرها في الفراش كليا وأن المدعى عليه دائم الاعتداء عليها بالسب وتوجيه الاتهامات والشك في سلوكها وتركها وأولادها بدون نفقة رغم يسره (مهندس طيران) وله محل تجاري وأعمال تجارية أخرى وممتلكات بدولة البحرين، كما طالبت بإلزامه بنفقتها ونفقة الأولاد وأجرة الخادمة وتوفير مسكن للحاضنة بمدينة أبو ظبي وتوفير سيارة ونفقة عدة ومتعة وأجرة حضانة وانه نتيجة لتلك التصرفات وسوء المعاملة أصبح استمرار الحياة الزوجية متعذرا مما دعاها لإقامة هذه الدعوى.

وبتاريخ ٢٠١٠/٤/٢٩ حكمت محكمة البداية بما يلي:

١. إلزام المدعى عليه بأدائه للمدعية نفقتها مبلغ ٢٥٠٠ درهم شهريا ونفقة أولادها الثلاثة و و مبلغ ٤٥٠٠ درهم شهريا لهم جميعا بالسوية بينهم تكون من ٢٠٠٩/١٢/٣١.

٢. إلزام المدعى عليه بتوفير خادمة للمدعية والى حين توفيرها يلزم بأدائه لها مبلغ ٨٠٠ درهم شهريا بدل أجرة خادمة سارية من تاريخ ٢٠١٠/٤/٢٩.

٣. عدم قبول طلب توفير سيارة وبرفض باقي الطلبات وإلزام المدعى عليه بالرسوم والمصاريف. فاستأنفت الطاعنة هذا الحكم تحت رقم ٢٠١٠/٤٧٠، وبتاريخ ٢٠١٠/٧/٢٠ حكمت محكمة الاستئناف بقبول الاستئناف شكلا وفي الموضوع برفضه وتأييد الحكم المستأنف وتحمله الرسوم والمصروفات. فلم ترض الطاعنة بهذا الحكم فأقامت عليه طعنها المائل وقدمت النيابة العامة مذكرة رأيت فيها قبول الطعن شكلا وفي الموضوع

تفويض الرأي للمحكمة، ورأت هذه الأخيرة في غرفة المشورة ان الطعن جدير بالنظر فحددت لنظره جلسة.

وحيث تنعى الطاعنة على الحكم المطعون فيه مخالفة القانون وأحكام الشريعة الإسلامية وتقول في بيان ذلك ما ملخصه ان الحكم المطعون فيه أخطأ عندما رفض طلبها الحصول على الطلاق على زوجها الغائب منذ أكثر من سنتين إلى جهة مجهولة رغم انه لم يترك لها ما تنفق به ولم يرسله لها ولم تجد في هذا البلد مالا له تحصل على النفقة منه فتضررت بسبب عدم النفقة خلال هذه المدة ضررا يتيح لها شرعا وقانونا الحصول على الطلاق، ولما كان الحكم المطعون فيه أهمل مراعاة حقها هذا ورفض قبول طلبها للطلاق دون وجه صحيح فانه يكون معيبا في هذا الشق منه مما يستوجب نقضه جزئيا وإعطاءها الحق في الحصول على الطلاق بسبب ضرر عدم النفقة والهجر.

وحيث إن هذا النعي سديد، ذلك ان المادة ١٢٥ من قانون الأحوال الشخصية نصت في فقرتها الثانية على انه: «إذا كان الزوج غائبا في مكان مجهول أو لا يسهل الوصول إليه أو كان مفقودا، وثبت أيضا انه لا مال له يمكن اخذ النفقة منه طلق عليه القاضي.» كما أن فقهاء المذهب المالكي المعمول به في الدولة نصوا على ان زوجة الغائب الذي لم يترك لها ما تنفق به ولم يرسله لها ولم تجد مالا في بلدها له تنفق منه لها الحق في الحصول على الطلاق بسبب ضرر عدم الإنفاق اذا أثبتت ذلك وحلفت يمين القضاء ومضى على استكمال هذه الإجراءات شهر.

قال ابن عاصم في التحفة:

وزوجة الغائب مهما أملت فراق زوجها بشهر أجلت

وبانقضاء الأجل الطلاق مع يمينها وباختيارها يقع

لما كان ذلك، وكان البين من الأوراق ان المطعون ضده زوج الطاعنة غائب منذ أكثر من سنتين إلى جهة مجهولة وان الطاعنة لم تحصل خلال هذه المدة من ماله على ما تنفق به، وان المحكمة المطعون في حكمها رفضت طلب الطاعنة للطلاق رغم ان لها الحق فيه فان حكمها يكون معيبا في هذا الشق منه مما يستوجب نقضه جزئيا مع تصدي هذه المحكمة للفصل في الموضوع بعد إكمال الإجراءات المتعلقة بحصول الطاعنة على الطلاق وذلك عملا بالمادة ١٣ من قانون الأحوال الشخصية.

وحيث إن الطاعنة أثبتت أمام هذه المحكمة بشهادة الشاهدين و ان زوجها المطعون ضده غائب عن هذا البلد منذ أكثر من سنتين وانه لم يترك لها أو يرسل لها حسب علمها ما تنفق به وانه لا مال له في هذا البلد يمكنها ان تنفق منه حسب علمها وانها حلفت يمين القضاء أمام هذه المحكمة وأقسمت فيها على ان زوجها الغائب لم يرسل لها نفقتها ولم يتركها لها ولم تسقطها عنه أو تحل بها عليه وانه لا مال له في هذا البلد يمكنها الإنفاق منه، وأجلتها هذه المحكمة بعد استكمال هذه الإجراءات مدة شهر خيرتها بعدها، فاختارت

الطلاق فأذنت لها فطلقت نفسها أمام هذه المحكمة.

ولما كان الثابت من الأوراق ان المطعون ضده سبق ان طلق الطاعنة مرتين متفاوتتين خلال سنة ١٩٩٤ ،
مما يترتب عليه ان طلاق الطاعنة لنفسها الآن لا يمكن ان يوصف بأنه رجعي لكونه صار مكملًا للثلاث.

الرئيس : المستشار / محمد الأمين محمد بيب - رئيس الدائرة.

الأعضاء : المستشار / بادي محمد الجراح

المستشار / عبد الكريم فرعون

٤١ ش - (الطعن رقم ٧٨٦ لسنة ٢٠١١ س ٥ ق. أ) جلسة ٢٠١١/١٠/٥ (أحوال شخصية)

طلاق. حكم «تسببيه. تسبیب غیر معيب». نقض «أسباب الطعن بالنقض. ما لا يقبل منها». إثبات «الحكمان» «بوجه عام» أحوال شخصية.

■ تأييد الحكم المطعون فيه الحكم الابتدائي فيما قضي به من تطبيق المطعون ضدها على الطاعن للضرر من إقراره بذلك أمام محكمة أول درجة دون أن تعيين الحكمان المنصوص عليهما في قانون الأحوال الشخصية. لا عيب. أساس ذلك؟ مثال.

المحكمة

حيث يتلخص من وثائق الملف ومن الحكم المطعون فيه ان المطعون ضدها أقامت دعوى في مواجهة الطاعن لدى محكمة بني ياس بتاريخ ٢٠١١/٣/٧ تحت رقم ٢٠١١/٤٠ طلبت في ختامها الحكم بتطبيقها عليه للضرر ، وإثبات حضانتها لبنتها منه هديل مع إلزامه بالرسوم والمصاريف وأوضحت في دعواها انها زوجة له بمقتضى عقد شرعي وأنجبت منه على فراش الزوجية خمسة أولاد ونظراً لما يصيبها من ضرر منه فإنها تطلب ما ذكر.

كما تقدم الطاعن بدعوى متقابلة تحت رقم ٢٠١١/٤١ طلب في ختامها الحكم عليها بالطاعة الزوجية والرجوع إلى بيت الزوجية مع تحميلها الرسوم والمصاريف .
وبتاريخ ٢٠١١/٣/٣١ حكمت محكمة البداية :

أولاً: في الدعوى الأصلية: ١. بالحكم بتطبيق المدعية على المدعى عليه طلاق أولى بئنة للضرر ما لم يثبت وقوع طلاق أخرى قبلها ولا تحل له بعدها إلا بعقد وصادق جديدين وتلزم بقضاء عدتها من تاريخ صيرورة هذا الحكم باتاً .

٢. تثبيت حضانة المدعية لبنتها هديل . وتحميل المدعى عليه تقابلاً الرسوم ومصاريف الدعوى .

ثانياً : في الدعوى المتقابلة برفضها وتحميل المدعي تقابلاً الرسوم ومصاريف الدعوى

فاستأنف الطاعن هذا الحكم بتاريخ ٢٠١١/٤/١ تحت رقم ٢٠١١/٤١٣ .

وبتاريخ ٢٠١١/٥/٢٥ حكمت محكمة الاستئناف بتأييد الحكم المستأنف وألزمت المستأنف بالمصروفات . ولم يرض الطاعن هذا الحكم فأقام عليه طعنه المائل بالنقض بتاريخ ٢٠١١/٦/٢١ وقدمت النيابة العامة مذكرة فوضت في ختامها الرأي للمحكمة، ورأت هذه الأخيرة في غرفة المشورة ان الطعن جدير بالنظر فحددت لنظره جلسة .

وحيث ينعى الطاعن على الحكم المطعون فيه الخطأ في تطبيق القانون، والقصور في التسبيب، والفساد في الاستدلال، ومخالفة الثابت بالأوراق والإخلال بحق الدفاع ويجمل ذلك فيما يلي :

ينعى على الحكم كونه خالف القانون لما قضى بتطليق المطعون ضدها عليه للضرر والحالة انها لم تثبت الضرر الذي تدعيه. إذ من وسائل إثباته شهادة الشهود طبق المنصوص عليه في الفقه. والضرر الذي يبيح التطليق هو الضرر الفاحش الذي يستحيل معه دوام العشرة بين الزوجين وما اعتمدته المحكمة من إقراره بأنه منذ أربع عشرة سنة كانت تحدث خلافات بينهما ومشادات كلامية فإن ذلك لا يعدو ان يكون مجرد خلاف لا يرقى إلى درجة الضرر الفاحش الذي يتعذر معه دوام العشرة بينهما . وكان على المحكمة إذا ما أشكل عليها الأمر ان تعين حكمن من أهلهما ان أمكن طبق المنصوص عليه في الفقرة الأولى من المادة ١١٨ من قانون الأحوال الشخصية وبعدم سلوكها ما ذكر يكون حكمها خالف القانون . كما ان المطعون ضدها لما تركت بيت الزوجية بدون سبب مشروع ودون ان تثبت الضرر الذي تدعيه كان على المحكمة ان تقضي بإلزامها بالطاعة والعودة إلى بيت الزوجية بدلاً مما قضت به من رفض الدعوى في هذا الشأن ومن ثم يكون الحكم معيباً بما يستوجب نقضه .

وحيث إن ما ينعه الطاعن غير سديد، ذلك ان الفقرة من الأولى المادة ١١٧ من قانون الأحوال الشخصية تنص على ان الكل من الزوجين طلب التطليق للضرر الذي يتعذر معه دوام العشرة بالمعروف بينهما ولا يسقط حق أي منهما في ذلك ما لم يثبت تصالحهما والمطعون ضدها اعتمدت في إثبات الضرر الذي تدعيه على تصريحات الطاعن بأنه فعلاً يقع بينه وبينها مشادات كلامية وتبادل السب والشتم ويقوم بضربها وتعنيفها وان ذلك مستمر منذ أربع عشرة سنة باعتبار ان هذا ضرراً فاحشاً يستحيل معه دوام العشرة بينهما بالمعروف . والمحكمة المطعون في حكمها لما اعتبرت ان إضرار الطاعن بالمطعون ضدها بالضرب والسب والشتم ثابت بإقراره بالضرب والشتم والعنف وباستمرار ذلك زمناً طويلاً إقراراً يلزم شرعاً وقانوناً ان يواخذ به وان بعث الحكمين في الدعوى غير وارد ما دام الضرر الذي تدعيه المطعون ضدها ثبت بإقرار الطاعن أمام المحكمة الابتدائية إقراراً قضائياً وقضت المحكمة بناء على ذلك بتأييد الحكم الابتدائي القاضي بتطليق المطعون ضدها على الطاعن للضرر تكون طبقت القانون تطبيقاً سليماً ويكون هذا النعي غير قائم على أساس حرياً بالرفض .

وفي شأن دعواه الرامية إلى إلزام المطعون ضدها بالدخول في طاعته والعودة إلى منزل الزوجية فإنها لم يعد لها مبرر بعد القضاء بالطلاق للضرر ومن ثم يكون نعيه في شأنها غير قويم حرياً بالرفض .

الرئيس : المستشار / محمد الأمين محمد بيب - رئيس الدائرة.

الأعضاء : المستشار / عبدالسلام الخراز

المستشار / عبد الكريم فرعون

٤٢ ش - (الطعن رقم ١٥٣ لسنة ٢٠١٠ س ٤ ق. أ) جلسة ٢٠١١/٤/٦ (أحوال شخصية)

١ (طلاق. نفقة. حضانة. حكم «تسببيه. تسبیب غیر معيب». نقض «أسباب الطعن بالنقض. ما لا يقبل منها». أحوال شخصية. شريعة إسلامية.

■ تخالغ الطاعن والمطعون ضدها. أمام الحكمن. وإعتبار المحكمة ذلك طلاقاً بائناً بینونه صغرى وفرض أجرة حضانة للمحضونین. صحیح. أساس ذلك؟

٢ (دفاع « الإخلال بحق الدفاع. ما لا یوفرة» نقض «أسباب الطعن بالنقض. ما لا يقبل منها». حكم «تسببيه. تسبیب غیر معيب».

■ الدفاع الجدید الذي یخالطه واقع. عدم جواز إثارته لأول مرة أمام النقض. مثال؟

٣ (نفقة. حكم «تسببيه. تسبیب غیر معيب». إثبات «بوجه عام». نقض «أسباب الطعن بالنقض. ما لا يقبل منها».

■ قضاء الحكم المطعون فيه بنفقة للمطعون ضدها. تبدأ من التاريخ الذي أقر به الطاعن في مذكرته المقدمه للمحكمة بعدم إنفاقه علیها منه. صحیح.

٤ (نفقة. حكم «تسببيه. تسبیب معيب». نقض «أسباب الطعن بالنقض. ما يقبل منها». إثبات «بوجه عام».

■ إلزام الطاعن بنفقة لتعلیم المحضون في مدارس بعینها. لم یوافق. علیها ولم تراع قدرته المالية في التزامه بها. عیب.

٥ (نفقة. حكم «تسببيه. تسبیب معيب». نقض «أسباب الطعن بالنقض. ما يقبل منها». إثبات «بوجه عام».

■ إلزام الأب بنفقة خادم لابنه المحضون. شرطه: ملاءة الأب. مخالفة ذلك: خطأ في تطبيق القانون. مثال.

المحكمة

حيث يؤخذ من وقائع الدعوى وسائر وثائقها ومن الحكم المطعون فيه أن الطاعن أقام الدعوى رقم ٢٠١٠/٧١٤ أمام محكمة ابو ظبي الابتدائية بمواجهة المطعون ضدها طلب في ختامها إلزامها بترك عملها والدخول في طاعته والرجوع لبيت الزوجية وإلزامها بتمكينه من رؤية ولديه منها وهما

و وذلك على سند من القول ان المدعى عليها زوجته وفي عصمته وانه رزق منها على فراش الزوجية بولديهما المذكورين وانها خرجت من بيت الزوجية بلا سبب شرعي ومنعته من رؤية ولديه. وأقامت المطعون ضدها الدعوى رقم ٢٠١٠/٧١٥ بمواجهة الطاعن وطلبت بموجبها الحكم لها بتطبيقها عليه للضرر وإثبات حقها في حضانة ولديهما وإلزامه بنفقتهما وأجرة حضانة وتوفير مسكن للحاضنة في مدينة أبو ظبي وإلزامه بنفقة عدة وتوفير خادمة مع دفع راتبها الشهري ومصاريف استقدامها ومصاريف دراسية وبدل مواصلات وإلزامه بتسليمها جوازي سفر الولدين وشهادتي ميلادهما والبطاقات الصحية وبطاقات الهوية، وذلك على سند من القول انها زوجة للمدعى عليه بصحيح العقد الشرعي ورزقت منه على فراش الزوجية بولديهما إلا ان المدعى عليه أضر بها بالقول والفعل بما لا يستطاع معه دوام العشرة الزوجية مما دعاها لإقامة هذه الدعوى.

وبتاريخ ٢٠١٠/١٢/٢٠ حكمت محكمة أول درجة بعد أن ضمت الدعويين ليصدر بهما حكم واحد بما يلي:
في الدعوى رقم ٢٠١٠/٧١٥:

تطبيق المدعية على زوجها المدعى عليه طلاقاً بائنة للضرر مقابل أن ترد له مبلغ ٢٥٠٠٠ درهم، لا تحل له إلا برضاها وب عقد ومهر جديدين، وعلى المدعية إحصاء عدتها من حين صيرورة الحكم باتاً.
إثبات حق المدعية في حضانة ولديها من المدعى عليه.

يلزم المدعى عليه بأن يؤدي للمدعية نفقة ولديهما و مبلغ ألفي درهم للطعام والكسوة ومصاريف المواصلات تسري شهرياً من تاريخ المطالبة القضائية في ٢٠١٠/٦/٦ ويخصم منها ما عسى ان يكون قد حصل من نفقة مؤقتة.

يلزم المدعى عليه بتوفير مسكن للحضانة للمدعية في مدينة أبو ظبي لا تقل مكوناته عن غرفة وصالة وحمام ومطبخ يكون مناسباً ومؤثثاً بأثاث جيد.

يلزم المدعى عليه بتسليم المدعية شهادتي الميلاد وبطاقتي الصحة وبطاقتي هوية ولديهما مبارك وعمر.

عدم جواز نظر الطلب بشأن أجرة الحضانة ويتحمل المدعى عليه الرسوم والمصاريف ورفض باقي الطلبات.

وفي الدعوى ٢٠١٠/٧١٤: بإلزام المدعى عليها بتمكين المدعي من رؤية ولديه و يوم السبت من كل أسبوع من الساعة الرابعة عصراً وحتى الساعة السابعة مساءً بمقر الاتحاد النسائي بأبو ظبي، وعلى المدعى عليها إحضار المحضونين في الزمان والمكان المحددين وإعادتهما بعد تمام الرؤية وتتحمل المدعى عليها الرسوم والمصاريف ورفض باقي الطلبات. فاستأنفت المطعون ضدها هذا الحكم بالاستئناف رقم ٢٠١٠/١١٣، وبتاريخ ٢٠١١/١/١٠ قضت محكمة الاستئناف بقبول الاستئناف شكلاً وفي الموضوع

بتعديل الحكم المستأنف بخصوص ما حكم برفضه من طلبات والحكم على النحو التالي:-

بمبلغ خمسمائة درهم أجرة حضانة ابتداء من تاريخ الطلاق.

بمبلغ مائتي درهم شهريا بدل مواصلات ابتداء من تاريخ المطالبة.

بمبلغ ٢٥٠٠ درهم نفقة سابقة عن التطليق لمدة سنتين للزوجة والابنين بالسوية بينهم.

بتوفير خادمة وتكاليف استقدامها وعلى كفالة المستأنف ضده وبأداء أجورها الشهرية مبلغ ٧٠٠ درهم ابتداء من تاريخ الطلاق.

بالزام المستأنف ضده بأداء مصاريف مدرسية للولدين حسبما ذكر بمبلغ أربعة وثلاثين ألف وثمانمائة وخمسة وأربعين درهم عن الولدين وعن مدة سنتين ٢٠١٠/٢٠٠٩ و ٢٠١٠/٢٠١١. وتأيد الحكم المستأنف فيما عدا ذلك وإلزام المستأنف ضده بالرسوم والمصاريف. ويتبين من أوراق الملف ان الطاعن استأنف الحكم الابتدائي المشار إليه تحت رقم ٢٠١١/٢١ وبتاريخ ٢٠١١/١/٣١ قضت محكمة الاستئناف بقبول الاستئناف شكلا وفي الموضوع برفضه وتأيد الحكم المستأنف وتحميل المستأنف الرسوم والمصروفات.

وبتاريخ ٢٠١١/٢/٩، طعن الطاعن في الحكم رقم ٢٠١٠/١١٠٣ بالظعن المائل، وقدمت المطعون ضدها مذكرة جوابية، وقدمت النيابة العامة مذكرة فوضت فيها الرأي للمحكمة ورأت هذه الأخيرة في غرفة المشورة أن الظعن جدير بالنظر، فحددت جلسة لنظره.

وحيث إن الطاعن ينعى على الحكم المطعون فيه مخالفة القانون والقصور في التسبيب ويحمل ذلك في ستة أسباب:

السبب الأول: وفيه يقول الطاعن ان الحكم المطعون فيه اخطأ عندما قضى بأجرة حضانة للمطعون ضدها وانه سابق لأوانه لان الحكم بالتطليق لم يكن باتا، مما يتعين معه على المحكمة عدم جواز نظره.

وحيث إن هذا النعي غير سديد، ذلك ان الثابت من الحكم المطعون فيه انه قضى بمبلغ خمسمائة درهم أجرة حضانة ابتداء من تاريخ الطلاق، وان قرار الحكمين بتطليق المطعون ضدها على الطاعن كان بائنا بينونة صغرى مقابل أدائها للطاعن صداقها المقبوض مبلغ ٢٥٠٠٠ درهم.

لما كان ذلك، وكان الطرفان قد تخالعا أمام الحكمين مما أدى المحكمة إلى اعتبار الطلاق بائنا بينونة صغرى، فان ما ذهب إليه الحكم المطعون فيه من فرض أجرة حضانة للمحضون ضدها اعتبارا من تاريخ الطلاق يكون متفقا مع القانون، مما يكون معه هذا النعي حريا بالرفض.

السبب الثاني والثالث: وفيهما يقول الطاعن ان الحكم المطعون فيه أخطأ بإثبات حق المطعون ضدها

في حضانة الولدين على الرغم من كثرة أسفارها خارج الدولة وعدم تفرغها لهما. كما أخطأ الحكم المطعون فيه بإلزام الطاعن بتوفير مسكن للحضانة في أبو ظبي مما يكون معه الحكم المطعون فيه مستوجبا للنقض.

وحيث إن هذا النعي غير مقبول، ذلك أنه من المقرر أنه متى كان وجه النعي قد تضمن دفاعا جديدا يخالطه واقع لم يثبت إبداءه أمام محكمة الموضوع، فإنه لا يجوز إثارته لأول مرة أمام محكمة النقض.

لما كان ذلك، وكان البين من الأوراق أن الطاعن لم يتمسك أمام محكمة الموضوع بالدفاع الوارد بسببي النعي ومن ثم يعتبر نعيه هذا سببا جديدا لا تجوز إثارته لأول مرة أمام محكمة النقض.

السبب السادس: وفيه يقول الطاعن أن الحكم المطعون فيه أخطأ بإلزامه بنفقة سابقة مقدارها ٢٥٠٠ درهم لمدة سنتين للمطعون ضدها وولديه منها.

وحيث إن هذا النعي غير سديد، ذلك أن البين من إقرار الطاعن في مذكرته المقدمة إلى محكمة البداية بتاريخ ٢٠١٠/٧/٦ أنه لم ينفق على زوجته وولديه لمدة سنة ونصف سابقة لتاريخ المذكرة السالف الذكر، وبذلك يكون ما ذهب إليه الحكم المطعون فيه من إلزام الطاعن بنفقة سابقة وحتى تاريخ الطلاق قائما على أساس سليم من القانون مما يكون معه هذا النعي حريا بالرفض.

السبب الرابع: وفيه يقول الطاعن أن الحكم المطعون فيه أخطأ بإلزامه برسوم الدراسة في مدرسة خاصة لأن المطعون ضدها قيدت الأولاد بمدرسة باهظة التكاليف ودون موافقته مما يكون معه الحكم المطعون فيه مستوجبا للنقض.

وحيث أن هذا النعي سديد، ذلك أنه وإن كان الأب ملزما بنفقة ولده المحضون ومن ضمنها مصاريف التعليم إلا أن ذلك مشروط بتقديرها بقدر وسع الوالد من الناحية المالية وما إذا كان باستطاعته دفع نفقات التعليم أم لا ولذلك كانت موافقة الأب شرطا لدفع هذه النفقات باعتباره الأقدر على تقدير ملائمة نوع التعليم ومكانه لولده المحضون واستعداده لتحمل النفقات.

لما كان ذلك، وكانت الأوراق خالية مما يثبت أن المطعون ضدها استأذنت الطاعن بصفته ولي أمر الولدين المحضون بتسجيلهما في مدرسة خاصة وإنها قامت بدفع هذه النفقات من مالها الخاص إثناء قيام الزوجية، فإن ما ذهب إليه الحكم المطعون فيه من إلزام الطاعن بنفقات تعليم الولدين والذين ما زالوا في صف الروضة غير قائم على أساس من القانون خاصة وإن راتب الطاعن البالغ ٧١٥٤ درهم مثقل بالالتزامات الأخرى للمطعون ضدها وغيرها مما يكون معه الحكم المطعون فيه حريا بالنقض في هذا الشق منه.

السبب الخامس: وفيه يقول الطاعن أن الحكم المطعون فيه أخطأ عندما قضى بإلزامه بتوفير خادمة ودفع أجرتها الشهرية لكونه غير مليء ولا يستطيع دفع نفقات الخادمة، مما يستوجب نقض الحكم المطعون فيه.

وحيث إن هذا النعي سديد، ذلك أن الفقه المالكي المعمول به في الدولة أوجب على الأب الملىء اخدام ولده المحضون إن احتاج لخدام ومعنى ذلك أن إلزام الأب باخدام ولده مشروط شرعا بأن يكون الأب غنيا.

قال الشيخ العدوي في حاشيته على شرح الشيخ الخرشي الجزء الخامس صفحة ٢٢٦ لدى قول الشيخ خليل في باب النفقة « وخدامها وخدام زوجة الأب ». والذي في المدونة أن على الأب أن يخدم الولد في الحضانة إن احتاج وكان الأب مليئاً أهـ.

لما كان ذلك وكان البين من أوراق الدعوى أن راتب الطاعن هو ٧١٥٤ درهما ولم تثبت المطعون ضدها أن له دخلا غير ما ذكر، وكان هذا الراتب مثقلا بالالتزامات المالية للمطعون ضدها وغيرها، فليس عليه اخدام ولديه المحضونين. وإذ قضى الحكم المطعون فيه بغير ذلك فإنه يكون حريا بالنقض في هذا الشق منه.

الرئيس : المستشار / محمد الأمين محمد بيب - رئيس الدائرة.

الأعضاء : المستشار / عبدالسلام الخراز

المستشار / عبد الكريم فرعون

٤٣ ش - (الطعن رقم ١٥٣ لسنة ٢٠١٠ س ٤ ق. أ) جلسة ٢٠١١/٤/٦ (أحوال شخصية)

١ (طلاق. نفقة. حضانة. حكم «تسببيه. تسبیب غیر معيب». نقض «أسباب الطعن بالنقض. ما لا يقبل منها». أحوال شخصية. شريعة إسلامية.

■ تخالط الطاعن والمطعون ضدها. أمام الحكمين. وإعتبار المحكمة ذلك طلاقاً بائناً بينونه صغرى وفرض أجره حضانة للمحضونين. صحيح. أساس ذلك؟

٢ (دفاع « الإخلال بحق الدفاع. ما لا يوفرة » نقض «أسباب الطعن بالنقض. ما لا يقبل منها». حكم «تسببيه. تسبیب غیر معيب».

■ الدفاع الجديد الذي يخالطه واقع. عدم جواز إثارته لأول مرة أمام النقض. مثال؟

٣ (نفقة. حكم «تسببيه. تسبیب غیر معيب». إثبات «بوجه عام». نقض «أسباب الطعن بالنقض. ما لا يقبل منها».

■ قضاء الحكم المطعون فيه بنفقة للمطعون ضدها. تبدأ من التاريخ الذي أقر به الطاعن في مذكرته المقدمة للمحكمة بعدم إنفاقه عليها منه. صحيح.

٤ (نفقة. حكم «تسببيه. تسبیب معيب». نقض «أسباب الطعن بالنقض. ما يقبل منها». إثبات «بوجه عام».

■ إلزام الطاعن بنفقة لتعليم المحضون في مدارس بعينها. لم يوافق. عليها ولم تراع قدرته المالية في التزامه بها. عيب.

٥ (نفقة. حكم «تسببيه. تسبیب معيب». نقض «أسباب الطعن بالنقض. ما يقبل منها». إثبات «بوجه عام».

■ إلزام الأب بنفقة خادم لابنه المحضون. شرطه: ملأه الأب. مخالفة ذلك: خطأ في تطبيق القانون. مثال.

المحكمة

حيث يؤخذ من وقائع الدعوى وسائر وثائقها ومن الحكم المطعون فيه أن الطاعن أقام الدعوى رقم ٢٠١٠/٧١٤ أمام محكمة ابو ظبي الابتدائية بمواجهة المطعون ضدها طلب في ختامها إلزامها

بترك عملها والدخول في طاعته والرجوع لبيت الزوجية وإلزامها بتمكينه من رؤية ولديه منها وهما و وذلك على سند من القول ان المدعى عليها زوجته وفي عصمته وانه رزق منها على فراش الزوجية بولديهما المذكورين وانها خرجت من بيت الزوجية بلا سبب شرعي ومنعته من رؤية ولديه. وأقامت المطعون ضدها الدعوى رقم ٢٠١٠/٧١٥ بمواجهة الطاعن وطلبت بموجبها الحكم لها بتطبيقها عليه للضرر واثبات حقها في حضانة ولديهما وإلزامه بنفقتهم وأجرة حضانة وتوفير مسكن للحاضنة في مدينة أبو ظبي وإلزامه بنفقة عدة وتوفير خادمة مع دفع راتبها الشهري ومصاريف استقدامها ومصاريف دراسية وبدل مواصلات وإلزامه بتسليمها جوازي سفر الولدين وشهادتي ميلادهما والبطاقات الصحية وبطاقات الهوية، وذلك على سند من القول انها زوجة للمدعى عليه بصحيح العقد الشرعي ورزقت منه على فراش الزوجية بولديهما إلا ان المدعى عليه أضر بها بالقول والفعل بما لا يستطاع معه دوام العشرة الزوجية مما دعاها لإقامة هذه الدعوى.

وبتاريخ ٢٠١٠/١٢/٢٠ حكمت محكمة أول درجة بعد أن ضمت الدعويين ليصدر بهما حكم واحد بما يلي:
في الدعوى رقم ٢٠١٠/٧١٥:

تطبيق المدعية على زوجها المدعى عليه طلاقه بائنة للضرر مقابل أن ترد له مبلغ ٢٥٠٠٠ درهم، لا تحل له إلا برضاها وب عقد ومهر جديدين، وعلى المدعية إحصاء عدتها من حين صيرورة الحكم باتا. إثبات حق المدعية في حضانة ولديها من المدعى عليه.

يلزم المدعى عليه بأن يؤدي للمدعية نفقة ولديهما و مبلغ ألفي درهم للطعام والكسوة ومصاريف المواصلات تسري شهريا من تاريخ المطالبة القضائية في ٢٠١٠/٦/٦ ويخصم منها ما عسى ان يكون قد حصل من نفقة مؤقتة.

يلزم المدعى عليه بتوفير مسكن للحضانة للمدعية في مدينة أبو ظبي لا تقل مكوناته عن غرفة وصالة وحمام ومطبخ يكون مناسباً ومؤثثاً بأثاث جيد.

يلزم المدعى عليه بتسليم المدعية شهادتي الميلاد وبطاقتي الصحة وبطاقتي هوية ولديهما مبارك وعمر.

عدم جواز نظر الطلب بشأن أجرة الحضانة ويتحمل المدعى عليه الرسوم والمصاريف ورفض باقي الطلبات.

وفي الدعوى ٢٠١٠/٧١٤: بإلزام المدعى عليها بتمكين المدعي من رؤية ولديه و يوم السبت من كل أسبوع من الساعة الرابعة عصرا وحتى الساعة السابعة مساء بمقر الاتحاد النسائي بأبو ظبي، وعلى المدعى عليها إحضار المحضونين في الزمان والمكان المحددين وإعادتهما بعد تمام الرؤية وتحمل المدعى عليها الرسوم والمصاريف ورفض باقي الطلبات. فاستأنفت المطعون ضدها هذا الحكم بالاستئناف

رقم ٢٠١٠/١١٠٣، وبتاريخ ٢٠١١/١/١٠ قضت محكمة الاستئناف بقبول الاستئناف شكلا وفي الموضوع بتعديل الحكم المستأنف بخصوص ما حكم برفضه من طلبات والحكم على النحو التالي:-

بمبلغ خمسمائة درهم أجرة حضانة ابتداء من تاريخ الطلاق.

بمبلغ مائتي درهم شهريا بدل مواصلات ابتداء من تاريخ المطالبة.

بمبلغ ٢٥٠٠ درهم نفقة سابقة عن التطليق لمدة سنتين للزوجة والابنين بالسوية بينهم.

بتوفير خادمة وتكاليف استقدامها وعلى كفالة المستأنف ضده وبأداء أجورها الشهرية مبلغ ٧٠٠ درهم ابتداء من تاريخ الطلاق.

بالزام المستأنف ضده بأداء مصاريف مدرسية للولدين حسبما ذكر بمبلغ أربعة وثلاثين ألف وثمانمائة وخمسة وأربعين درهم عن الولدين وعن مدة سنتين ٢٠١٠/٢٠٠٩ و ٢٠١٠/٢٠١٠. وتأيد الحكم المستأنف فيما عدا ذلك وإلزام المستأنف ضده بالرسوم والمصاريف. ويتبين من أوراق الملف ان الطاعن استأنف الحكم الابتدائي المشار إليه تحت رقم ٢٠١١/٢١ وبتاريخ ٢٠١١/١/٣١ قضت محكمة الاستئناف بقبول الاستئناف شكلا وفي الموضوع برفضه وتأيد الحكم المستأنف وتحميل المستأنف الرسوم والمصروفات.

وبتاريخ ٢٠١١/٢/٩، طعن الطاعن في الحكم رقم ٢٠١٠/١١٠٣ بالطعن المائل، وقدمت المطعون ضدها مذكرة جوابية، وقدمت النيابة العامة مذكرة فوضت فيها الرأي للمحكمة ورأت هذه الأخيرة في غرفة المشورة أن الطعن جدير بالنظر، فحددت جلسة لنظره.

وحيث إن الطاعن ينعى على الحكم المطعون فيه مخالفة القانون والقصور في التسبيب ويجعل ذلك في ستة أسباب:

السبب الأول: وفيه يقول الطاعن ان الحكم المطعون فيه اخطأ عندما قضى بأجرة حضانة للمطعون ضدها وانه سابق لأوانه لان الحكم بالتطليق لم يكن باتا، مما يتعين معه على المحكمة عدم جواز نظره.

وحيث إن هذا النعي غير سديد، ذلك ان الثابت من الحكم المطعون فيه انه قضى بمبلغ خمسمائة درهم أجرة حضانة ابتداء من تاريخ الطلاق، وان قرار الحكمين بتطليق المطعون ضدها على الطاعن كان بائنا بينونة صغرى مقابل أدائها للطاعن صداقها المقبوض مبلغ ٢٥٠٠٠ درهم.

لما كان ذلك، وكان الطرفان قد تخالعا أمام الحكمين مما أدى المحكمة إلى اعتبار الطلاق بائنا بينونة صغرى، فان ما ذهب إليه الحكم المطعون فيه من فرض أجرة حضانة للمحضون ضدها اعتبارا من تاريخ الطلاق يكون متفقا مع القانون، مما يكون معه هذا النعي حريا بالرفض.

السببان الثاني والثالث : وفيهما يقول الطاعن ان الحكم المطعون فيه أخطأ بإثبات حق المطعون ضدها في حضانة الولدين على الرغم من كثرة أسفارها خارج الدولة وعدم تفرغها لهما . كما أخطأ الحكم المطعون فيه بإلزام الطاعن بتوفير مسكن للحضانة في أبو ظبي مما يكون معه الحكم المطعون فيه مستوجبا للنقض .

وحيث إن هذا النعي غير مقبول، ذلك انه من المقرر انه متى كان وجه النعي قد تضمن دفاعا جديدا يخالطه واقع لم يثبت إبداءه أمام محكمة الموضوع، فانه لا يجوز إثارته لأول مرة أمام محكمة النقض .

لما كان ذلك، وكان البين من الأوراق ان الطاعن لم يتمسك أمام محكمة الموضوع بالدفاع الوارد بسببي النعي ومن ثم يعتبر نعيه هذا سببا جديدا لا تجوز إثارته لأول مرة أمام محكمة النقض .

السبب السادس: وفيه يقول الطاعن أن الحكم المطعون فيه أخطأ بإلزامه بنفقة سابقة مقدارها ٢٥٠٠ درهم لمدة سنتين للمطعون ضدها وولديه منها .

وحيث إن هذا النعي غير سديد، ذلك ان البين من إقرار الطاعن في مذكرته المقدمة إلى محكمة البداية بتاريخ ٢٠١٠/٧/٦ انه لم ينفق على زوجته وولديه لمدة سنة ونصف سابقة لتاريخ المذكرة السالف الذكر، وبذلك يكون ما ذهب إليه الحكم المطعون فيه من إلزام الطاعن بنفقة سابقة وحتى تاريخ الطلاق قائما على أساس سليم من القانون مما يكون معه هذا النعي حريا بالرفض .

السبب الرابع: وفيه يقول الطاعن ان الحكم المطعون فيه أخطأ بإلزامه برسوم الدراسة في مدرسة خاصة لان المطعون ضدها قيدت الأولاد بمدرسة باهظة التكاليف ودون موافقته مما يكون معه الحكم المطعون فيه مستوجبا للنقض .

وحيث ان هذا النعي سديد، ذلك انه وان كان الأب ملزما بنفقة ولده المحضون ومن ضمنها مصاريف التعليم إلا ان ذلك مشروط بتقديرها بقدر وسع الوالد من الناحية المالية وما إذا كان باستطاعته دفع نفقات التعليم أم لا ولذلك كانت موافقة الأب شرطا لدفع هذه النفقات باعتباره الأقدر على تقدير ملائمة نوع التعليم ومكانه لولده المحضون واستعداده لتحمل النفقات .

لما كان ذلك، وكانت الأوراق خالية مما يثبت ان المطعون ضدها استأذنت الطاعن بصفته ولي أمر الولدين المحضون بتسجيلهما في مدرسة خاصة وانها قامت بدفع هذه النفقات من مالها الخاص إثناء قيام الزوجية، فان ما ذهب إليه الحكم المطعون فيه من إلزام الطاعن بنفقات تعليم الولدين والذين ما زالوا في صف الروضة غير قائم على أساس من القانون خاصة وان راتب الطاعن البالغ ٧١٥٤ درهم مثقل بالالتزامات الأخرى للمطعون ضدها وغيرها مما يكون معه الحكم المطعون فيه حريا بالنقض في هذا الشق منه .

السبب الخامس: وفيه يقول الطاعن ان الحكم المطعون فيه أخطأ عندما قضى بإلزامه بتوفير خادمة ودفع

أجرتها الشهرية لكونه غير مليء ولا يستطيع دفع نفقات الخادمة، مما يستوجب نقض الحكم المطعون فيه.

وحيث إن هذا النعي سديد، ذلك أن الفقه المالكي المعمول به في الدولة أوجب على الأب المليء اخدام ولده المحضون إن احتاج لخدم ومعنى ذلك أن إلزام الأب باخدام ولده مشروط شرعا بأن يكون الأب غنيا.

قال الشيخ العدوي في حاشيته على شرح الشيخ الخرشي الجزء الخامس صفحة ٢٢٦ لدى قول الشيخ خليل في باب النفقة « وخادما وخادم زوجة الأب ». والذي في المدونة أن على الأب أن يخدم الولد في الحضانة إن احتاج وكان الأب مليئاً أهـ.

لما كان ذلك وكان البين من أوراق الدعوى أن راتب الطاعن هو ٧١٥٤ درهما ولم تثبت المطعون ضدها أن له دخلا غير ما ذكر، وكان هذا الراتب مثقلا بالالتزامات المالية للمطعون ضدها وغيرها، فليس عليه اخدام ولديه المحضونين. وإن قضى الحكم المطعون فيه بغير ذلك فإنه يكون حريا بالنقض في هذا الشق منه.

الرئيس : المستشار / محمد الأمين محمد بيب - رئيس الدائرة.

الأعضاء : المستشار / عبدالسلام الخراز

المستشار / عبد الكريم فرعون

٤٤ ش - (الطعن رقم ١١٣ لسنة ٢٠١٠ س ٤ ق. أ) جلسة ٢٠١١/٢/٢ (أحوال شخصية)

طاعة. طلاق. أحوال شخصية. حكم « تسببيه. تسبیب غیر معيب». نقض» أسباب الطعن بالنقض. ما لا يقبل منها» شريعة إسلامية. إثبات» الحكمان». مذاهب فقهية.

■ الحكم بالطاعة. لا يمنع الحكم بالتطبيق بسبب الشقاق. علة ذلك؟

■ الحكمان مؤتمنان ومصدقان في أقوالهما. وقرارهما ملزم للقاضي وللزوجين وأن لم يرتضوه. أساس ذلك؟

المحكمة

حيث يؤخذ من وقائع الدعوى وسائر وثائقها ومن الحكم المطعون فيه أن المطعون ضدها أقامت الدعوى رقم ٢٤٢/٢٠١٠ أمام محكمة أبو ظبي بمواجهة الطاعن وطلبت بموجبها الحكم لها بتطبيقها عليه للضرر والحكم لها بمؤخر مهرها ونفقة عدة ومتعة وإلزامه بدفع نفقة شهرية لابنتها منه وإثبات حقها في حضانتها وتوفير مسكن حضانة أو بدل مسكن وإلزامه بتسليمها جواز السفر الخاص بالمحضونة وشهادة ميلادها ونفقة سابقة لها وللصغيرة وإلزامه بتسليمها متعلقاتها الخاصة والذهب الخاص بها، وذلك على سند من القول انها زوجة للمدعى عليه بصحيح العقد الشرعي ورزقت منه على فراش الزوجية بابنتهما (.....) المولودة بتاريخ ٢٠٠٩/٣/١٦، إلا ان المدعى عليه يسيء إليها بما لا يستطاع معه دوام العشرة الزوجية مما دعاها لإقامة هذه الدعوى.

وبتاريخ ٢٣/٨/٢٠١٠ حكمت محكمة أول درجة:

بتطبيق المدعية على زوجها المدعى عليه طلاقه بئنه للضرر مسندة إلى حين صيرورة الحكم باتا وعلى المدعية إحصاء عدتها شرعا من تاريخ الإسناد.
بإثبات حق المدعية في حضانة ابنتها (ود) من المدعى عليه.

بالإزام المدعى عليه بأن يؤدي للمدعية مبلغ ١٥٠٠ درهم نفقة ابنتهما ود المولودة بتاريخ ٢٠٠٩/٣/١٦، لطعامها وكسوتها تسري شهريا اعتبارا من تاريخ المطالبة القضائية في ٢٣/٢/٢٠١٠ ويخصم منها ما عسى ان يكون قد حصل من نفقة مؤقتة.

عدم قبول بقية طلبات المدعية فيما عدا ما تقدم ويتحمل المدعى عليه الرسوم والمصاريف. فاستأنف الطاعن هذا الحكم بالاستئناف رقم ٨٣٩/٢٠١٠، وبتاريخ ٢٧/١٠/٢٠١٠ قضت محكمة الاستئناف بقبول الاستئناف

شكلاً وبرفضه موضوعاً وبتأييد الحكم المستأنف.

وبتاريخ ٢٢/١١/٢٠١٠، طعن الطاعن في هذا الحكم بالطعن المائل، وقدم بتاريخ ٢٤/١/٢٠١١ مذكرة قال فيها ان المطعون ضدها قبلت بتاريخ ٢٢/١٢/٢٠١٠ تنفيذ حكم الطاعة الصادر بإلزامها بها وطلب الطاعن اعتماداً على قبول المطعون ضدها للطاعة نقض الحكم المطعون فيه القاضي بطلاق المطعون ضدها عليه. وقدمت المطعون ضدها ٢٦/١٢/٢٠١٠ مذكرة جوابية، وقدمت النيابة العامة مذكرة فوضت فيها الرأي للمحكمة ورأت هذه الأخيرة في غرفة المشورة أن الطعن جدير بالنظر، فحددت جلسة لنظره.

وحيث إن الطاعن ينعي على الحكم المطعون فيه القصور في التسبب والإخلال بحق الدفاع والخطأ في تطبيق القانون ويجعل ذلك بقوله انه حصل على حكم مكتسب الدرجة القطعية بإلزام المطعون ضدها الدخول في طاعته مما يجعل دعواها طلب التلطيق للضرر غير مبني على أساس من الضرر الذي تدعيه وقد طلب الطاعن ضم دعوى الطاعة إلى الدعوى المائلة للارتباط، إلا ان محكمتي الموضوع رفضتا ذلك دون سند من القانون وبالتالي يكون قرار الحكمين بالتفريق بين الزوجين متسرعاً لعدم إثبات المطعون ضدها للضرر الذي تدعيه المطعون ضدها، وإن لم تبحث المحكمة المطعون في حكمها دفاع الطاعن بوجود حكم الطاعة وهو دفاع جوهري يتغير به وجه الرأي في الدعوى فان حكمها يكون معيباً مما يستوجب نقضه.

وحيث إن هذا النعي غير سليم، ذلك ان صدور حكم بإلزام المطعون ضدها بطاعة زوجها الطاعن ليس من شأنه ان يمنع المحكمة ان تحكم بطلاقها عليه بسبب الشقاق الحاصل بينها وبينه لأن مدار الطلاق بسبب الشقاق إنما هو تعذر استمرار الحياة الزوجية بين الزوجين وعدم الفائدة من بقاء الرابطة الزوجية بينهما سواء صدر قبل ذلك حكم بالطاعة الزوجية ورفضت الزوجة تنفيذه ام لم يصدر ومن ثم يكون هذا الشق من نعي الطاعن غير قائم على أساس حرياً بالرفض.

أما النعي بأن الضرر لم يثبت وأن الحكمين تسرعاً في قرارهما بوجود الضرر، فانه غير سديد، ذلك ان الحكمين قد استخلصا ثبوت استحالة دوام العشرة بين طرفي الدعوى وثبوت إضرار الطاعن بزوجه المطعون ضدها بإقراره بأنه شتمها، وخلصا إلى قرارهما بالتفريق بينهما بطلقة بائمة للضرر دون المساس بشيء من حقوق الزوجية المترتبة على الزواج والطلاق لا تحل له إلا بعقد ومهر جديدين وبإذنها ورضاها.

لما كان ذلك، وكان من المقرر في قضاء هذه المحكمة اعتماداً على نصوص المذهب المالكي المعمول به في الدولة ان الحكمين مؤتمنان في مهمتهما ومصدقان في أقوالهما التي ضَمَّنَاها تقريرهما، لان طريقيهما طريق الحكم لا طريق الإشهاد، وان قرارهما ملزم للقاضي ولو لم يوافق رأيه، كما انه ملزم للزوجين رضياه أم كرهاه.

قال خليل بن إسحاق «وأتياء فأخبراه فننفذ حكمهما». وقال أيضاً : « ونفذ طلاقهما وإن لم يرض الزوجان

والحاكم .» وقال فيه أيضا: «وبالعكس أئتمناه عليهما أو خالعا له بنظرهما .» قال الدردير في شرحه عليه ٣ / ٢١٢ : «لأن طريقتيهما الحكم» ١ هـ . وقال ابن عاصم في التحفة:

وَمَا بِهِ قَدْ حَكَمًا يُمَضَى وَلَا
إِعْذَارَ لِلزَّوْجَيْنِ فِيمَا فَعَلَا

وكانت محكمة الموضوع، قد استخلصت مما عرض أمامها قيام حالة الشقاق بين الزوجين مما يتعذر معها دوام العشرة بينهما، واعتمد الحكم على قرار الحكّمين، فإن الحكم المطعون فيه يكون متفقا مع النصوص القانونية والشرعية المنطبقة على الدعوى ويكون النعي المثار من قبل الطاعن بهذا الخصوص غير وجيه مما يتعين معه رفضه، ولا ينال من ذلك ما ذكره الطاعن في مذكرته التي قدمها بتاريخ ٢٤/١/٢٠١١ والتي ذكر فيها ان المطعون ضدها قبلت أمام قاضي التنفيذ بتاريخ ٢٢/١٢/٢٠١٠ الدخول في طاعته تنفيذا للحكم الطاعة الذي ألزمها بالدخول في طاعته وطلب في مذكرته هذه اللاحقة لصحيفة طعنه الحكم بنقض الحكم المطعون فيه القاضي بطلاق المطعون ضدها عليه مؤسسا طلبه هذا على قبول المطعون ضدها تنفيذ حكم الطاعة، وانما لم ينل هذا من رفض طعن الطاعن لأمرين:

أحدهما: ان الحكم القاضي بطلاق المطعون ضدها على الطاعن قضى بطلاقها عليه طلاقا بائنا وعليه فلا يجوز شرعا ان تعود المطعون ضدها إلى الحياة الزوجية مع الطاعن الا بعقد نكاح جديد مستكمل شروط النكاح الصحيح ومن ثم لا يجوز ان تتراضى المطعون ضدها مع الطاعن على الدخول في الطاعة الزوجية دون عقد نكاح جديد بينهما.

وثانيهما: ان المطعون ضدها تمسكت في مذكرة جوابها على طعن الطاعن التي قدمتها أمام هذه المحكمة بتاريخ ٢٦/١٢/٢٠١٠ أي بعد التاريخ الذي صرحت فيه أمام قاضي التنفيذ بقبولها للدخول في طاعة الطاعن، تمسكت في صحيفة الجوابية بحكم التطلق الأمر الذي يدل على ان تصريحها بتاريخ ٢٢/١٢/٢٠١٠ أمام قاضي التنفيذ بقبول الدخول في طاعة الطاعن غير جدي عندها ولم تلتزم فعلا به، إذ لو كانت جدية في ذلك التصريح الذي قالت له أمام قاضي التنفيذ بتاريخ ٢٢/١٢/٢٠١٠ لما تمسكت في صحيفة جوابها المقدمة بتاريخ ٢٦/١٢/٢٠١٠ أي بعد ذلك التاريخ بحكم التطلق الصادر بطلاقها على الطاعن، وبناء على هذا فلا يؤثر ما ذكره الطاعن في مذكرته اللاحقة لصحيفة الطعن على ما توصلت إليه هذه المحكمة من رفض طعنه.

الرئيس : المستشار / محمد الأمين محمد بيب – رئيس الدائرة.

الأعضاء : المستشار / بادي محمد الجرام

المستشار / عبد الكريم فرعون

٤٥ ش - (الطعن رقم ٦ لسنة ٢٠١١ س ٥ ق . أ) جلسة ٢٠١١/٥/٢٦ (أحوال شخصية)

طعن «ما يحوز وما لا يجوز الطعن فيه بالتماس إعادة النظر». التماس إعادة النظر. نقض «ما يجوز وما لا يجوز الطعن فيه التماس إعادة النظر». محكمة النقض «سلطتها».

■ جواز التماس إعادة النظر في الأحكام الصادرة من محكمة النقض. على مقتضى نص الفقرة الثالثة من المادة ١٦٩ من قانون الإجراءات المدنية. شرطه : أن تكون الورقة التي حجزت أثناء نظر الدعوى بفعل الخصم أو حال دون تقديمها في الخصومة. متى كان المحكوم له ملزماً بتسليمها أو وضعها تحت بصر المحكوم عليه. عدم توافر ذلك: مؤداه: عدم جواز الالتماس. أساس ذلك؟ مثال.

المحكمة

حيث يؤخذ من الحكم المطعون فيه ومن سائر الأوراق، أن الملتمة إعادة النظر أقامت لدى محكمة أبوظبي الابتدائية ضد الملتمس إعادة النظر ضده الدعوى رقم ٢٠١٠/٦٣٠ طلبت بموجبها الحكم لها بإلزامه بدفع قيمة تذاكر السفر لها ولولديها عمر ومريم عن الأعوام ٢٠٠٨ و ٢٠٠٩ و ٢٠١٠، وكذلك إلزامه بأية مصاريف إضافية للوصول إلى مدينة الإسكندرية أو إلى أبوظبي .

وبتاريخ ٢٠١٠/١٠/٣١ حكمت محكمة أول درجة برفض طلب الملتمة إعادة النظر بشأن دفع تذاكر عام ٢٠٠٨ لها ولولديها المحضونين، وبعدم قبول طلبها بشأن دفع تذاكر عام ٢٠٠٩ لها وعام ٢٠١٠ لها ولولديها المحضونين وألزمتهما بالمصاريف ومقابل أتعاب المحاماة. فاستأنفت الملتمة إعادة النظر هذا الحكم بالاستئناف رقم ٢٠١٠/١٠٥٣ وبتاريخ ٢٠١٠/١٢/١٥ قضت محكمة الاستئناف بقبول الاستئناف شكلاً وفي الموضوع برفضه وتأيد الحكم المستأنف وتحمل المستأنفة الرسوم والمصروفات.

وبتاريخ ٢٠١١/١/١٦، طعنت الملتمة إعادة النظر في هذا الحكم بالطعن رقم ٢٠١١/٤٩ أمام محكمة النقض. وبتاريخ ٢٠١١/٢/١٦ أصدرت محكمة النقض حكماً القاضي برفض الطعن وألزم الملتمة إعادة النظر مبلغ ألفي درهم مقابل أتعاب المحاماة للملتمس إعادة النظر ضده.

لم ترض الملتمة إعادة النظر بهذا الحكم فالتست إعادة النظر فيه بموجب الطعن المائل وطلبت نقض الحكم الصادر من محكمة النقض وذلك استناداً إلى أن الملتمة إعادة النظر حصلت بعد صدور الحكم على

أوراق قاطعة في الدعوى تفيد أنها لم تتسلم قيمة تذاكر سفر عن عام ٢٠٠٨ وهي شهادتان صادرتان من إدارة التنفيذ مؤرختان في ٢٠١١/٣/١٧ في القضيتين التنفيذيتين رقم ٢٠٠٩/٥٠٥ و ٢٠٠٧/٥١٩ تدلان أنها لم تستلم ثمن التذاكر عن عام ٢٠٠٨ ومن ثم فإن الحكم الملتمس إعادة النظر فيه يكون مستوجبا للنقض. وقدمت النيابة مذكرة طلبت في نهايتها تفويض الرأي للمحكمة، ورأت المحكمة نظر الالتماس في غرفة المشورة.

وحيث إن هذا النعي مردود ذلك أنه من المقرر أن المادة ١٨٧ من قانون الإجراءات المدنية نصت على أنه: (لا يجوز الطعن في أحكام النقض بأي طريق من طرق الطعن وذلك فيما عدا ما صدر منها في أصل النزاع فيجوز الطعن فيها بطريق التماس إعادة النظر في الحالات المنصوص عليها في البنود ١، ٢، ٣ من المادة ١٦٩). ونصت المادة ١٦٩ من ذات القانون على أنه: (للخصوم أن يلتمسوا إعادة النظر في الأحكام الصادرة بصفة انتهائية في الأحوال الآتية ١- ٢- ٣- إذا حصل الملتمس بعد صدور الحكم على أوراق قاطعة في الدعوى كان خصمه قد حال دون تقديمها)) مما يدل على أنه يشترط لقيام الحالة المنصوص عليها في الفقرة الثالثة أن تكون الورقة قد حجزت أثناء نظر الدعوى بفعل الخصم الآخر أو حال دون تقديمها في الخصومة، وذلك متى كان المحكوم له ملزماً بتسليمها أو وضعها تحت بصر المحكوم عليه، إذ بغير ذلك لا يكون فعل الخصم هو الذي حال دون تقديم الورقة المدعي بأنها قاطعة في الدعوى.

لما كان ذلك، وكانت شهادتا لمن يهمل الأمر المشار إليهما لم تكونا خافيتين على الملتزمة إعادة النظر وكانت الفرصة متاحة لها طيلة نظر الدعوى لتقديم هذه الأوراق للمحكمة، ولم تقدم الملتزمة إعادة النظر دليلاً على أن الملتمس ضده حال بينها وبين تقديم المستنديين الذين قدمتهما أو أنه حجزها مادياً تحت يده، ومن ثم فإن الالتماس في هذا الخصوص لا تتوافر فيه موجبات إعادة النظر في حكم النقض الملتمس إعادة النظر فيه. وعليه فإن هذا النعي يكون غير مقبول ومن ثم فإنه يتعين القضاء بعدم قبول الالتماس.

الرئيس : المستشار / محمد الأمين محمد بيب - رئيس الدائرة.

الأعضاء : المستشار / عبدالسلام الخراز

المستشار / عبد الكريم فرعون

٤٦ ش - (الطعن رقم ٩٩٥ لسنة ٢٠١١ س ٥ ق. أ) (أحوال شخصية)

طعن «الطعن بالنقض. ما يقبل وما لا يقبل منه». نقض «ما يقبل وما لا يقبل منه». «ما يجوز وما لا يجوز الطعن فيه بالنقض». إستئناف «نظره والحكم فيه».

■ عدم الطعن بالإستئناف من الطاعن على الحكم الابتدائي. إعتبره قبولاً له.

■ قضاء الحكم الإستئنافي برفض الإستئناف المرفوع من المطعون ضده وتأييد الحكم المستأنف. مؤداه: عدم جواز الطعن بالنقض المرفوع ممن لم يستأنف الحكم الابتدائي.

المحكمة

حيث إن الفقرة الأولى من المادة ١٥٠ من قانون الإجراءات المدنية نصت على انه « لا يجوز الطعن في الأحكام إلا من المحكوم عليه، ولا يجوز ممن قبل الحكم صراحة أو ضمناً »

والطاعنة حسب الثابت من وثائق الملف انها قبلت ما قضى به الحكم الابتدائي الصادر من محكمة الرئيس الابتدائية بتاريخ ٢٠١١/٤/٢٠ تحت رقم ٢٠١١/٢ ولم تطعن فيه بالاستئناف والذي طعن فيه هو المطعون ضده حسبما هو ثابت من الحكم الاستئنافي الصادر بتاريخ ٢٠١١/٦/٢٨ تحت رقم ٢٠١١/٢ والقاضي منطوقه برفض استئناف المستأنف وتأييد الحكم المستأنف، وإلزام المستأنف بالرسوم والمصاريف بما فيها أتعاب المحاماة . والطاعنة لما لم تطعن في الحكم الابتدائي المشار إليه أعلاه بالاستئناف تكون قبلت بما قضى به، وبالتالي لا يجوز لها الطعن بالنقض في الحكم الاستئنافي المطعون فيه المؤيد للحكم الابتدائي الذي سبق ان رضيت به وذلك طبق المنصوص عليه في الفقرة الأولى من المادة ١٥٠ من قانون الإجراءات المدنية المشار إليه أعلاه . مما يستوجب معه عدم قبول الطعن شكلاً عملاً بالمادة ١٨٣ من نفس القانون.

الرئيس : المستشار / محمد الأمين محمد بيب - رئيس الدائرة.

الأعضاء : المستشار / عبد السلام الخراز

المستشار / عبد الكريم فرعون

٤٧ ش - (الطعن رقم ١٠٦٢ لسنة ٢٠١٠ س ٤ ق. أ) جلسة ٢٠١١/٣/٩ (أحوال شخصية)

١ (طعن «أسباب الطعن بالنقض. ما لا يقبل منها». نقض «أسباب الطعن بالنقض. ما لا يقبل منها». إثبات «يمين حاسمه» محكمة الموضوع «سلطتها».

■ سلطة محكمة الموضوع في الالتفات عن طلب توجيه اليمين الحاسمة متى رأت أن توجيهها فيه إساءة لاستعمال الحق في توجيهها. متى كان استخلاصها. سائغاً.

٢ (حضانه. حكم «تسببيه. تسبیب غير معيب». نقض «أسباب الطعن بالنقض. ما لا يقبل منها». إثبات «بوجه عام». محكمة الموضوع «سلطتها» أحوال شخصية. قانون تطبيقه».

■ القضاء بإلزام الطاعن بمسكن للحاضنه. بعد ثبوت أنها لا تملك مسكناً خاصاً بها أو مخصص لها من جهه عملها. صحيح.

المحكمة

حيث يؤخذ من وقائع الدعوى وسائر وثائقها ومن الحكم المطعون فيه أن المطعون ضدها أقامت الدعوى رقم ٢٠١٠/٩١٥ أمام محكمة أبو ظبي بمواجهة الطاعن وطلبت بموجبها الحكم لها بإلزام مطلقها المدعى عليه بدفع نفقة سابقة لها من ٢٦/١٢/٢٠٠٦ إلى ٢٨/٨/٢٠٠٨ وتوفير خادمة وأجرة حضانه وتوفير مسكن الحضانه أو دفع أجرته ودفع تكاليف الماء والكهرباء ومصاريف البنيتين الدراسيه وتسليمهما جوازي سفرهما وصادقهما الكامل المعجل والمؤخر المحدد إجماله في أربعين ألف درهم ونفقة العدة والمتعة والزيادة في نفقة البنيتين فاطمة وعمرها ٦ سنوات وعائشة وعمرها ٤ سنوات المحددة بموجب حكم صادر عن محكمة رأس الخيمة الشرعية بتاريخ ٢١/٥/٢٠٠٩ في مبلغ ٤٠٠٠ درهم وإلزامه بالمصروفات وأتعاب المحاماة، وذلك على سند من القول ان المدعى عليه طلقها بعدما أنجبت منه البنيتين المذكورتين وتولت حضانتهم وان المبلغ المخصص لنفقتهم أصبح غير كاف لمصاريفهما نظرا لتطور الظروف الاقتصادية مما دعاها لإقامة هذه الدعوى.

وبتاريخ ٢٠/٤/٢٠١٠ حكمت محكمة أول درجة بإلزام المدعى عليه بأدائه للمدعية ما يلي:

١. مبلغ سبعة آلاف درهم نفقة العدة.

٢. مبلغ أربعين ألف درهم كامل صداقتها.

٣. مبلغ سبعمائة درهم شهريا أجرة خادمة من تاريخ ٢٤/٨/٢٠٠٩ مع مصاريف استقدامها.

٤. مبلغ خمسة آلاف وستمئة درهم مصاريف دراسية.

٥. توفير مسكن للحضانة مناسب ومزود بالماء والكهرباء ومؤثث وفي انتظار توفيره يلزم المدعى عليه بدفع بدل عنه للمدعية مبلغ سبعة آلاف درهم شهريا بداية من تاريخ صدور هذا الحكم.

٦. تحميله مصروفات الدعوى في الشق المتعلق بالزيادة في النفقة ورفض ما عدا ذلك من طلبات. فاستأنفت المطعون ضدها هذا الحكم بالاستئناف رقم ١٨/٤/٢٠١٠ كما استأنفه الطاعن بالاستئناف رقم ٩٧/٤/٢٠١٠، وبتاريخ ١٠/١٠/٢٠١٠ قضت محكمة الاستئناف بعد ضم الاستئنافين بقبول الاستئنافين شكلا وبرفضهما موضوعا وتأيد الحكم المستأنف.

وبتاريخ ١/١١/٢٠١٠، طعن الطاعن في هذا الحكم بالطعن المائل، وقدمت النيابة العامة مذكرة فوضت فيها الرأي للمحكمة ورأت هذه الأخيرة في غرفة المشورة أن الطعن جدير بالنظر، فحددت جلسة لنظره.

وحيث إن الطاعن ينعى على الحكم المطعون فيه الخطأ في تطبيق القانون وتفسيره ويجعل ذلك في سببين:

السبب الأول: وفيه يقول الطاعن ان المحكمة المطعون في حكمها أخطأت في تطبيق القانون عندما قضت بان الطاعن متعسف في توجيه اليمين الحاسمة للمطعون ضدها بخصوص مقدار المهر الذي تستحقه المطعون ضدها، وقضت بعدم توجيهها مما يكون معه الحكم المطعون فيه مخالفا للقانون مستوجبا للنقض.

وحيث إن هذا النعي غير وجيه، ذلك بأن المقرر - في قضاء هذه المحكمة - أن اليمين الحاسمة وسيلة إثبات اقتضتها العدالة وأقرها القانون لتحويل من فاته تحصيل الدليل المطلوب حق الاحتكام إلى ذمة خصمه، وأن مؤدى ما قرره الفقرة الأولى من المادة ٥٧ من قانون الإثبات في المعاملات المدنية والتجارية رقم (١٠) لسنة ١٩٩٢ التي تقول أنه: « ومع ذلك يجوز للقاضي أن يمنع توجيه اليمين إذا كان الخصم متعسفاً في توجيهها. » أن للقاضي ان يلتفت عن طلب الخصم توجيه اليمين الحاسمة لخصمه إذا رأى أن لا حق له في توجيهها، لأن الخصم قد أساء استعمال حقه في توجيهها، وكان ما جرى به قضاء هذه المحكمة ان استخلاص التعسف في توجيه اليمين وكيديتها هو من سلطة محكمة الموضوع دون معقب عليها من محكمة النقض متى أقامت حكمها على اعتبارات من شأنها أن تؤدي إليه وأسباب سائغة لها أصلها الثابت في الأوراق وتكفي لحمل قضائها.

لما كان ذلك، وكانت محكمة الاستئناف بما لها من سلطة تحصيل فهم الواقع في الدعوى وتقدير أدلتها واستخلاص التعسف في توجيه اليمين وكيديتها قد انتهت إلى ان إصرار الطاعن على توجيه اليمين الحاسمة إلى المطعون ضدها رغم وجود عقد الزواج بينه وبين المطعون ضدها والذي يتبين منه ان مجموع مقدار

الصدّاق هو أربعون ألف درهم، المعجل منه عشرة آلاف درهم والمؤجل ثلاثون ألف درهم ولا يوجد ضمن أوراق الملف ما يثبت أن الطاعن قام بتسديد المعجل من الصدّاق أو أي جزء منه هو تعسف من قبل الطاعن في استعمال حقه بتوجيه اليمين رغم ثبوت حق المطعون ضدها بالمهر المذكور في وثيقة عقد الزواج، فإن النعي يغدو في حقيقته جدلاً موضوعياً في سلطة محكمة الموضوع التقديرية مما تنحسر عنه رقابة هذه المحكمة ويكون معه هذا النعي مستوجبا للرفض.

السبب الثاني: وفيه يقول الطاعن بأن الحكم المطعون فيه خالف القانون والتفت عن الثابت في الأوراق عندما قضى بأحقية المطعون ضدها لمسكن الحضانة ذلك انها تملك مسكناً تسكن فيه، مما يجعله مستوجبا للنقض.

وحيث إن هذا النعي غير سديد، ذلك ان دائرة الأراضى والأملاك بحكومة أم القيوين أفادت بكتابها رقم د.ر.م ٢٠١٠/٣٩٧ بتاريخ ٢٠١٠/٧/٢٠ بأن المطعون ضدها لا تملك منزلاً خاصاً بها سواء ملكاً بالشراء أو بالإرث أو مخصصاً لها من جهة عملها، ولما لم يثبت الطاعن وجود أي مسكن تملكه الطاعنة أو مخصصاً لسكنائها، فإن ما ذهب إليه الحكم المطعون فيه من استحقاق المطعون ضدها لسكن الحضانة تطبيقاً للمادة ٢/١٤٨ من قانون الأحوال الشخصية يكون سليماً مما يجعل هذا النعي حرياً بالرفض.

الرئيس: المستشار / محمد الأمين محمد بيب – رئيس الدائرة.

الأعضاء: المستشار / عبدالسلام الخراز

المستشار / عبد الكريم فرعون

٤٨ ش - (الطعن رقم ٣٣ لسنة ٢٠١٠ س ٤ ق . ألتماس) جلسة ٢٠١١/٢/١٦ (أحوال شخصية)

طعن « ما يجوز وما لا يجوز الطعن فيه بالالتماس إعادة النظر أمام النقض » نقض « ما يجوز وما لا يجوز الطعن فيه بالتماس إعادة النظر » . التماس إعادة نظر « ما يجوز وما لا يجوز الالتماس فيه » . أحوال شخصية . شريعته إسلامية .

■ ما يجوز وما لا يجوز الطعن فيه من أحكام النقض . بطريق التماس إعادة النظر في معنى المادة ١٨٧ من قانون الإجراءات المدنية . ما هيته؟

■ الشروط الواجب توافرها في ما يجوز الطعن فيه من أحكام في معنى المادة ١٦٩ من ذات القانون . ما هيته؟

■ مثال لحالة لا يجوز الطعن فيها بالتماس إعادة النظر .

المحكمة

حيث يؤخذ من من وقائع الدعوى وسائر وثائقها ومن الحكم الملتمس إعادة النظر فيه، أن الملتمة إعادة النظر أقامت لدى محكمة أبو ظبي الابتدائية ضد الملتمس إعادة النظر ضده ، الدعوى رقم ٢٠٠٩/١٠٨١ طلبت بموجبها الحكم بإلزامه بأدائه لها متعتها مبلغ تسعة آلاف درهم عن كل شهر لمدة لا تقل عن عشر سنوات، ونفقة عدتها مبلغ تسعة آلاف درهم شهريا عن فترة ثلاثة أشهر، والكل وفقا للقانون المصري للأحوال الشخصية الذي هو قانونهما الوطني، عملا بالمادة الأولى من قانون الأحوال الشخصية الإماراتي وإلزامه بالمصاريف ومقابل أتعاب المحاماة، وذلك على سند من القول أنها كانت متزوجة بالملتمس إعادة النظر ضده بعقد زواج شرعي وطلقت منه بمقتضى حكم صادر عن هذه المحكمة بتاريخ ٢٠٠٩/٣/١٠ في الدعوى رقم ٢٠٠٨/٧٤٤ مضموم إليها الدعوى رقم ٢٠٠٨/٩٩٣ وأصبح باتا باستنفاذ طرق الطعن فيه . فأجاب الملتمس إعادة النظر ضده بمذكرة خطية طلب بموجبها رفض الدعوى لعدم الصحة والثبوت وطلب عدم التمسك بالقانون المصري لكون الطلاق كان بطلب منها وانه لم يتوقف عن الإنفاق عليها وعلى ولديه منها حتى الآن .

وبتاريخ ٢٠١٠/٤/١١ حكمت محكمة أول درجة بإلزام الملتمس إعادة النظر ضده بأدائه للملتمة إعادة

النظر مبلغ عشرة آلاف درهم نفقة عدتها مع إعمال المقاصة بين هذه النفقة وبين ما تسلمته من نفقتها عن فترة ما بعد صيرورة الحكم بالتطليق باتا إلى حين تنفيذ الحكم ومبلغ أربعة وستين ألف درهم متعتها يؤديه بالتقسيط على مدى ستة أشهر من تاريخ قابلية الحكم بها للتنفيذ وإلزام الملتمس إعادة النظر ضده بالمصروفات ومبلغ مائة وخمسين درهم مقابل أتعاب المحاماة. فاستأنفت الملتمة إعادة النظر هذا الحكم بالاستئناف رقم ٢٠١٠/٣٧٨، كما استأنفه الملتمس إعادة النظر ضده بالاستئناف رقم ٢٠١٠/٤٤٠، وبتاريخ ٢٠١٠/٦/٣٠ قضت محكمة الاستئناف بضم الاستئنافين وقبولهما شكلا وفي موضوع الاستئناف رقم ٢٠١٠/٣٧٨ بتعديل الحكم المستأنف فيما قضى به بشأن المتعة إلى إلزام الملتمس إعادة النظر ضده بأن يؤدي إلى الملتمة إعادة النظر متعة مبلغ ٩٥,٩٧٦ وله تقسيطها على ستة أقساط شهرية متساوية من تاريخ صيرورة هذا الحكم باتا. وفي موضوع الاستئناف ٢٠١٠/٤٤٠ بتعديل الحكم المستأنف فيما قضى به بشأن نفقة العدة إلى إلزام الملتمس إعادة النظر ضده بأن يؤدي إلى الملتمة إعادة النظر نفقة عدة مبلغ ٧,٩٩٨ درهم عن كامل مدة العدة (ثلاثة شهور) تبدأ من تاريخ صيرورة حكم التطليق باتا، وتأيد الحكم المستأنف فيما عدا ذلك وإلزام كل مستأنف بالمناسب من مصاريف استئنافه.

وبتاريخ ٢٠١٠/٧/٢٩، طعن الملتمس إعادة النظر ضده في هذا الحكم بطريق النقض، وبتاريخ ٢٠١٠/١١/٣ حكمت المحكمة بنقض الحكم المطعون فيه جزئيا فيما يخص المتعة ليصبح مبلغها ٣١,٩٩٢ درهم بدلا مما قضى به الحكم المطعون فيه ورفض الطعن فيما عدا ذلك وألزمت الملتمة إعادة النظر بنصف الرسوم والمصاريف ومبلغ خمسمائة درهم مقابل أتعاب المحاماة وأمرت بإعادة نصف التأمين للملتمس إعادة النظر ضده. لم ترض الملتمة إعادة النظر بهذا الحكم فطعنت فيه بالتماس إعادة النظر المائل وقدمت النيابة العامة مذكرة خطية فوضت فيها الرأي للمحكمة، وقررت هذه الأخيرة ان الطعن جدير بالنظر فحددت لنظره جلسة.

وحيث تنعى الملتمة إعادة النظر على الحكم الملتمس إعادة النظر فيه ان الحكم الملتمس إعادة النظر فيه قضى بما لم يطلبه الخصم، اذ ان الملتمس إعادة النظر ضده قصر طلباته في صحيفة طعنه على إلغاء الحكم الملتمس إعادة النظر فيه فيما يخص نفقة العدة والمتعة والحكم مجددا برفض طلب نفقة العدة والمتعة مجددا ولم يطلب تخفيض نفقة المتعة بل طلب رفض طلبها لعدم الاستحقاق القانوني، كما ان الحكم الملتمس إعادة النظر فيه قد تناقض مع بعضه البعض عندما قضى بأحقية الملتمة إعادة النظر بتطبيق القانون المصري إلا انه عاد وأيد الملتمس إعادة النظر ضده في تمسكه بعدم استحقاق الملتمة إعادة النظر للمتعة سندا للمادة ١٨ مكرر من قانون الأحوال الشخصية المصري مما يجعل الحكم الملتمس إعادة النظر فيه مخالفا للقانون مستوجبا للنقض سندا للقرارات ٥,٤,٣ من المادة ١٦٩ من قانون الإجراءات المدنية وطالبت الملتمة إعادة النظر الحكم لها مجددا بمتعة كاملة.

وحيث إن هذا النعي غير سديد، ذلك انه من المقرر في قضاء هذه المحكمة أنه وفق ما تقضي به المادة (١٨٧) من قانون الإجراءات المدنية أنه لا يجوز الطعن في أحكام محكمة النقض بأي طريق من طرق الطعن

وذلك فيما عدا ما صدر منها في أصل النزاع فيجوز الطعن فيه بطريق التماس إعادة النظر في الحالات المنصوص عليها في البنود (١) و(٢) و(٣) من المادة (١٦٩) من ذات القانون.

لما كان ذلك وكان الحكم الملتمس إعادة النظر فيه رقم (٢٠١٠/٨٤٠) قد صدر في أصل النزاع فإنه يتعين لقبول الطعن بالتماس إعادة النظر، أن تتوفر إحدى ثلاث حالات محددة في المادة ١٦٩ من قانون الإجراءات المدنية على سبيل الحصر وهي:

١. إذا وقع من الخصم غش كان من شأنه التأثير في الحكم.
٢. إذا كان الحكم قد بني على أوراق حصل بعد صدوره إقرار بتزويرها أو قضي بتزويرها أو بني على شهادة شاهد قضي بعد صدوره بأنها شهادة زور.
٣. إذا حصل الملتمس بعد صدور الحكم على أوراق قاطعة في الدعوى كان خصمه قد حال دون تقديمها. لما كان ذلك وكان ما تدعيه الملتمة إعادة النظر من أن الحكم الملتمس إعادة النظر فيه قضى للملتمس إعادة النظر ضده بما لم يطلبه وأنه مناقض بعضه بعضا وإنها تلتمس إعادة النظر فيه سنداً للفقرات ٣، ٤، ٥ من المادة ١٦٩ من قانون الإجراءات المدنية، فإن ذلك الطلب لا يندرج تحت أية حالة من الحالات الثلاث أنفة الذكر ومن ثم فإن سبب الالتماس يكون غير مقبول الأمر الذي يتعين معه عدم قبول التماس إعادة النظر في الحكم الصادر في الطعن رقم ٢٠١٠/٨٤٠.

الرئيس : المستشار / محمد الأمين محمد بيب - رئيس الدائرة.

الأعضاء : المستشار / بادي محمد الجرام

المستشار / عبد الكريم فرعون

٤٩ ش - (الطعن رقم ١٢٤٧ لسنة ٢٠١٠ س ٤ ق أ) جلسة ٢٠١١/٢/٩ (أحوال شخصية)

١ (طعن « الطعن بالنقض. ميعاده». نقض « ميعاد الطعن بالنقض». إعلان «ميعاد مسافه». إجراءات « إجراءات الإعلان». قانون «تطبيقه».

■ وجوب إضافة ميعاد مسافة إلى ميعاد الطعن الأصلي مدته عشرة أيام لمن كان موطنه خارج دائرة المحكمة المرفوع أمامها الدعوى وتسعون يوماً لمن كان موطنه خارج الدولة. مؤدي ذلك: أن يكون الميعادين ميعاد واحدا متصل الأيام. مثال.

٢ (نفقة. محكمة الموضوع « سلتها». حكم « تسببيه. تسبب غير معيب». نقض « أسباب الطعن بالنقض. ما لا يقبل منها». إثبات « بوجه عام». شريعته إسلامية. مذاهب فقهية. أحوال شخصية. قانون «تطبيقه».

■ سلطة محكمة الموضوع في تحديد مقدار النفقة بما يتناسب مع قدرة المنفق وحاجة المنفق عليه بمراعاة ظروف الحالة الإقتصادية زماناً ومكاناً.

المحكمة

حيث يؤخذ من وقائع الدعوى وسائر وثائقها ومن الحكم المطعون فيه أن المطعون ضدها أقامت الدعوى رقم ٢٠٠١/٤٨٣ أمام محكمة أبو ظبي الابتدائية بمواجهة الطاعن طلبت في ختامها إلزام الطاعن بنفقة ابنهما مصطفى المولود بتاريخ ١٩٩٨/١/٢٤ اعتباراً من تاريخ الطلاق الواقع في ١٩٩٨/٦/٨ وبأجرة حضانة ونفقة تعليم الولد في مدرسة خاصة وبأن يدفع لها أجرة المسكن الذي أقامت فيه وذلك على سند من القول بانها تزوجت الطاعن بتاريخ ١٩٩٧/٢/٥ وطلقها في ١٩٩٨/٦/٨ ومنذ ذلك الحين والطفل في حضانة أمه وتصرف عليه من مالها الخاص، وقد امتنع الطاعن عن الإنفاق على الولد رغم يساره مما دعاها لإقامة الدعوى.

وبتاريخ ٢٠٠٢/٢/١١ حكمت محكمة البداية بمثابة الحضورى بإلزام المدعى عليه بأن يدفع للمدعية النفقة الشهرية المستحقة لطفلها الذي في حضانتها اعتباراً من تاريخ ٢٠٠١/١١/٣ مبلغ أربعة آلاف درهم شاملة لمأكله ومشربه وملبسه وما ينوبه من أجرة السكن وما قد يحتاج إليه من رعاية

صحية، وقضت برفض ما عدا ذلك من طلبات. فاستأنف الطاعن هذا الحكم تحت رقم ٧٨٧/٢٠١٠، وبتاريخ ٢٠١٠/١١/٨ حكمت محكمة الاستئناف بقبوله شكلاً وفي الموضوع برفضه وتأيد الحكم المستأنف وألزمت المستأنف بالمصروفات.

فلم يرض الطاعن بهذا الحكم فأقام عليه طعنه المائل وقدمت المطعون ضدها مذكرة جوابية طالبت فيها بعدم قبول الطعن شكلاً لتقديمه بعد الميعاد القانوني، كما قدمت النيابة العامة مذكرة رأت فيها قبول الطعن شكلاً وفي الموضوع تفويض الرأي للمحكمة، ورأت هذه الأخيرة في غرفة المشورة أن الطعن جدير بالنظر فحددت لنظره جلسة.

وحيث إن الدفع المقدم من المطعون ضدها بعدم قبول الطعن شكلاً لتقديمه بعد الأمد القانوني غير سديد، ذلك أنه من المقرر - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - وفقاً لنص المادة (١٢)، من قانون الإجراءات المدنية والمادة ١٥ من قانون الأحوال الشخصية، أنه يتعين إضافة ميعاد مسافة إلى ميعاد الطعن الأصلي مدته عشرة أيام لمن يكون موطنه خارج دائرة المحكمة، وتسعون يوماً لمن يكون موطنه خارج دولة الإمارات العربية المتحدة بحيث يتكون من هذين الميعادين ميعاد واحد متواصل الأيام، وهذا الحكم يعد قاعدة عامة تقتضيها الضرورة لتمكين الخصم من الانتقال من موطنه للقيام بالإجراء القانوني اللازم فتسري على كافة المواعيد الإجرائية سواء ما ورد منها في قانون الإجراءات المدنية - ومنها مواعيد الطعن في الأحكام - أو في غيرها من القوانين الخاصة بحيث يتعين إضافة ميعاد مسافة إلى الميعاد الإجرائي الذي يحدده القانون ما لم ينص صراحة على عدم إضافة أي ميعاد آخر، وأن المقصود بالموطن في حساب ميعاد المسافة وفقاً لنص المادة (١٢) سالفة الذكر هو المكان الذي اتخذته الخصم موطناً له في مرحلة التقاضي أمام المحكمة المطعون على حكمها.

لما كان ذلك وكان الثابت بالأوراق أن الطاعن قد أقام استئنافه أمام محكمة الاستئناف بموجب صحيفة ثابت بها أن عنوانه هو المردف خلف المسجد الكبير منزل رقم ٦/ دبي وصدر الحكم الاستئنافي بتاريخ ٢٠١٠/١١/٨ - حضورياً في حقه وقد خلت الأوراق مما يدل على أن له موطناً آخر، ومن ثم فإن ميعاد الطعن بالحكم المذكور ومدته ثلاثون يوماً يبدأ اعتباراً من اليوم التالي لتاريخ صدوره في ٢٠١٠/١١/٨ على أن يضاف إليه ميعاد المسافة لكون موطنه الذي حدده في صحيفة استئنافه أمام محكمة الاستئناف - في إمارة دبي - خارج دائرة المحكمة، ومدته عشرة أيام، ليصحى ميعاد الطعن مدته أربعون يوماً، وكان الطاعن قد أقام طعنه بتاريخ ٢٠١٠/١٢/١٩، ومن ثم فإنه يكون قد قدم ضمن الميعاد المقرر قانوناً وفقاً لما تقتضي به المادة (١٢)، من قانون الإجراءات المدنية والمادة ١٥ من قانون الأحوال الشخصية ولكونه قدم في أول يوم عمل بعد عطلة نهاية الأسبوع التي تقع نهاية مدة الطعن خلالها، وعليه يكون الدفع بأن الطعن قدم بعد الأمد القانوني على غير أساس من القانون يتعين رفضه. ومن ثم يكون الطعن استوفى أوضاعه الشكلية.

وحيث ينعي الطاعن على الحكم المطعون فيه الخطأ في تطبيق القانون والقصور في التسيب والفساد في

الاستدلال ويجمل ذلك في قوله ان النفقة المحكوم بها للولد مبالغ فيها ولا تتفق ويساره فضلا عن انه معسر وسبق معاقبته بالحبس لامتناعه عن سداد شيكات أصدرها بدون رصيد، مما يجعل الحكم المطعون فيه مستوجبا للنقض.

وحيث إن هذا النعي غير سديد، ذلك انه من المقرر في قضاء هذه المحكمة عملاً بنصوص فقهاء مذهب مالك المعمول به في الدولة ونص المادة ٦٣ من قانون الأحوال الشخصية، ان لمحكمة الموضوع في نطاق تحديد ما يتناسب من النفقة مع حاجة المنفق عليه ومع القدرة المالية للمنفق انطلاقاً من الوضع الاقتصادي زماناً ومكاناً، كامل السلطة في تقديرها دون رقيب عليها في ذلك ما دام قضاؤها فيه قائماً على أسباب سائغة تكفي لحمله. قال ابن عاصم في التحفة:

وكل ما يرجع لافتراض موكل إلى اجتهاد القاضي

بحسب الأقوات والأعيان والسعر والزمان والمكان

لما كان ذلك، وكان الحكم المطعون فيه اعتبر ان المبلغ الذي قدره لنفقة ابن الطاعن للطعام والملبس والسكن مبلغ أربعة آلاف درهم شهرياً، مناسب لحاجاته وحالة يسار الطاعن وأحوال أهل البلد والظرف الاقتصادي الذي تعيشه البلاد زماناً ومكاناً، وأن ما يتذرع به الطاعن من عدم قدرته على الإنفاق وانه معسر، لا يصلح للتهرب من نفقة ابنه لان نفقته واجبة عليه شرعاً وقانوناً ولانه قد ثبت انه موسر من شهادة المصرف العربي للاستثمار إضافة مبلغ مليون درهم لحساب الطاعن ومن الشقة التي يستأجرها ذات القيمة الايجارية العالية ومن اليمين التي حلفتها المطعون ضدها ان الطاعن موسر.

لما كان ذلك، وكانت المحكمة المطعون في حكمها قد استعملت سلطتها في فهم الواقع وفي تقدير المبالغ انطلاقاً من فهمها للواقع، فيكون حكمها المطعون فيه متفقاً مع القانون، وعليه يكون ما ينعاه الطاعن على الحكم المطعون فيه غير قائم على أساس من القانون حرياً بالرفض.

الرئيس : المستشار / محمد الأمين محمد بيب - رئيس الدائرة.

الأعضاء : المستشار / بادي محمد الجرام

المستشار / عبد الكريم فرعون

٥ ش - (الطعن رقم ٤٢٥، ٤٤٣ لسنة ٢٠١١ س ٥ ق أ) جلسة ٢٠١١/٦/٨

(أحوال شخصية)

(١) محكمة الموضوع «سلطانها» إثبات «بوجه عام» «الحكم» طلاق. لجنة التوجيه الأسري. حكم «تسببيه». تسبب غير معيب». نقض «أسباب الطعن بالنقض». ما لا يقبل منها».

■ حق كل من الزوجين طلب التطلق للضرر. استمرار الشقاق وعدم ثبوت الضرر. وتعذر الإصلاح بينهما من القاضي ولجنة التوجيه الأسري. مؤداه: تعيين القاضي حكيم من أهلها أو ممن يتوسم فيهما القدرة على الإصلاح إذا تقاعس الزوجان أو أحدهما عن تعيين حكمه.

■ ثبوت الضرر. يوجب على القاضي الفصل في الدعوى دون حاجة للحكيم.

■ الحكمان طريقتهم طريق الحكم لا طريق الإشهاد. مؤتمنان ومصدقان في أقوالهما. وقرارهما ملزم للقاضي والزوجين ولو لم يرتضياه. أساس ذلك؟

(٢) طلاق. طاعة. محكمة الموضوع «سلطانها». حكم «تسببيه». تسبب غير معيب». نقض أسباب الطعن بالنقض. ما لا يقبل منها». قانون «تطبيقه».

■ لا محل للحكم بالطاعة. ما دامت المحكمة قد قضت بالتطلق طلاقاً بائناً.

(٣) طلاق. نفقة. حضانة. قانون «تطبيقه». محكمة الموضوع «سلطانها». حكم «تسببيه». تسبب غير معيب». إثبات «بوجه عام» إختصاص «إختصاص نوعي» نقض «أسباب الطعن بالنقض». ما لا يقبل منها».

■ سلطة قاضي الموضوع بناء على طلب ذوي الشأن بعد إيقاع الطلاق أن يأمر بتحديد النفقة للمطلقة والأولاد وتحديد من له حق الحضانة ومواعيد الزيارة. المادة ١٠٧ من قانون الأحوال الشخصية.

المحكمة

حيث يستخلص من وثائق الملف ومن الحكم المطعون فيه ان المطعون ضدها أقامت دعوى في مواجهة الطاعن لدى محكمة أبو ظبي الابتدائية تحت رقم ٢٠١٠/٦٦٩ طلبت في ختامها الحكم بتطبيقها عليه للضرر والإساءة وإلزامه بأن يسلمها أولادها منه السبعة وهم راشد وريسة وفاطمة ومهرة وهادف وسلمان وميثاء والحكم لها بنفقة شهرية وتعيينها حاضنة لأولادها وأجرة حضانة ونفقة سابقة ونفقة الأولاد وتوفير خادمة وتسليمها صوراً طبق الأصل من جوازات السفر وبطاقات الأولاد وشهادات الميلاد والرسوم

المدرسية وتحمله الرسوم والمصروفات. وأوضحت في دعاها أنها زوجة للمدعى عليه بمقتضى عقد شرعي وأنجبت منه على فراش الزوجية الأولاد المذكورة أسماؤهم أعلاه، إلا أن العشرة استحالت بينهما لعدم إنفاقه عليهما والاعتداء عليها بالضرب المبرح المستمر ومعاشرتها من غير موضع الحرث وسبب لها عاهة في عمودها الفقري ويهينها أمام أهله وخيانتها لها مما دعاها لإقامة الدعوى.

وأقام المدعى عليه الدعوى المتقابلة رقم ٢٠١٠/٨٢٠ طلب في ختامها إلزام المدعية أصليا بالدخول في طاعته. وبتاريخ ٢٠١١/١/١٠ حكمت محكمة البداية بعد ضم الدعويين:

أولاً: في دعوى المدعية:

بتطليق المدعية على زوجها المدعى عليه طلاقه بانه تنازلها عن مؤخر صداقها لا تحل له إلا بعقد وصداق جديدين ، وعلى المطلقة إحصاء عدتها من تاريخ صيرورة الحكم باتاً ، واثبات حضانتها للأولاد الواردة أسماؤهم أعلاه، وإلزام المدعى عليه بأدائه للمدعية أجرة حضانة الأولاد مبلغ ١٥٠٠ درهم شهرياً بداية من صيرورة الحكم باتاً وبعدم قبول باقي الطلبات وبإلزامه بمصاريف الدعوى.

ثانياً: في دعوى المدعي تقابلاً: برفضها وتحميل رافعها المصاريف.

فاستأنف الحكم كل من الطرفين الأول تحت رقم ٢٠١١/١٤٤. والثانية تحت رقم ٢٠١١/١٥٦.

وبتاريخ ٢٠١١/٣/١٥ حكمت محكمة الاستئناف : برفض الاستئناف وتأييد الحكم المستأنف، وتحميل كل مستأنف رسوم ومصاريف استئنافه.

لم ترض الطاعنة هذا الحكم فأقامت عليه طعنًا بالنقض رقم ٢٠١١/٤٢٥ بتاريخ ٢٠١١/٤/١٠. كما لم يرض الطاعن به أيضاً فأقام عليه طعنه بالنقض رقم ٢٠١١/٤٤٣ بتاريخ ٢٠١١/٤/١٤. وقدمت المطعون ضدها مذكرة جوابية، كما قدمت النيابة العامة مذكرتين فوضت في ختامهما الرأي للمحكمة، ورأت هذه الأخيرة في غرفة المشورة أن الطعنين جديران بالنظر فحددت لنظرهما جلسة.

الطعن رقم ٢٠١١/٤٤٣:

وحيث ينعى الطاعن على الحكم المطعون فيه الخطأ في تطبيق القانون. والفساد في الاستدلال والقصور في التسبيب، والإخلال بحق الدفاع ، ويحمل ذلك في ستة أسباب:

السببان الرابع والخامس: وفيهما ينعى الطاعن على الحكم المطعون فيه خطأ في تطبيق القانون لقضائه بتطليق المطعون ضدها للضرر لعدم إثباتها أن الطاعن قد الحق بها ضرراً وكان على المحكمة المطعون في حكمها أن تلجأ إلى التحكيم إلا إذا ثبت لديها تكرار شكوى المطعون ضدها مما يكون معه الحكم المطعون فيه مستوجبا للنقض.

وحيث إن هذا النعي غير سديد، ذلك انه عملاً بأحكام المادتين ١١٧ و ١١٨ من قانون الأحوال الشخصية فإن لكل من الزوجين طلب التطلق للضرر الذي يتعذر معه دوام العشرة بينهما، وأنه إذا لم يثبت الضرر واستمر الشقاق بين الزوجين وتعذر على لجنة التوجيه الأسري والقاضي الإصلاح بينهما، عين القاضي حكماً من أهلها، وإلا ممن تتوسم فيهما المحكمة الخبرة والقدرة على الإصلاح إذا تقاعس أحد الزوجين عن تسمية حكمه. أما إذا ثبت الضرر للمحكمة فتقضي في الدعوى دون الحاجة لتعيين حكيم. كما انه من المقرر في قضاء هذه المحكمة اعتماداً على نصوص المذهب المالكي المعمول به في الدولة ان الحكيم مؤتمنان في مهمتهما ومصدقان في أقوالهما التي ضَمَنَها تقريرهما، لان طريقهما طريق الحكم لا طريق الإشهاد، وان قرارهما ملزم للقاضي ولو لم يوافق رأيه، كما انه ملزم للزوجين رضياه أم كراهاه. قال خليل بن إسحاق «وأتياء فأخبراه فنفذ حكمهما». وقال أيضاً: «ونفذ طلاقهما وإن لم يرض الزوجان والحاكم». وقال فيه أيضاً: «وبالعكس أئتمناه عليهما أو خالعا له بنظرهما» ٠ قال الدردير في شرحه عليه ٣ / ٢١٢: «لان طريقهما الحكم» أ هـ.

وقال ابن عاصم في التحفة:

وَمَا بِهِ قَدْ حَكَمًا يُمَضَى وَلَا
إِعْدَارَ لِلزَّوْجَيْنِ فِيمَا فَعَلَا

ذلك ان الحكيم يبينان قرارهما على ما يطرح أمامهما من وقائع من قبل الطرفين وهما ليسا مقيدين ببينة معينة لتكوين قناعتهم، وأن ما يقرره الحكمان يعتبر أمراً ملزماً. ومن ثم يكون هذا النعي غير قائم على أساس حريا بالرفض.

السبب الخامس: وفيه يقول الطاعن ان الحكم المطعون فيه أخطأ في تطبيق القانون عندما رفض الحكم بالإلزام المطعون ضدها بالدخول في طاعته ذلك انها دائمة السفر بدون إذنه مما يجعله مستوجباً للنقض.

وحيث إن هذا النعي غير قائم على أساس من القانون طالما ان المحكمة قد حكمت بتطبيق القانون ضدها على الطاعن طلاقاً بئناً وبذلك لم يبق أي موجب للحكم بالطاعة مما يتعين معه رفض هذا النعي.

الأسباب الأولى والثاني والثالث: وفيها يقول الطاعن ان الحكم المطعون فيه اخطأ في تطبيق القانون عندما قضى للمطعون ضدها بحضانة الأولاد لتخطي أكثرهم سن حضانة النساء ولعدم أمانتها ولعدم سلوكها الطريق المقرر في المادة ١٦ من قانون الأحوال الشخصية بوجوب عرض هذا الطلب على لجنة التوجيه الأسري مما يستوجب نقضه.

وحيث إن هذا النعي غير سديد، ذلك أنه عملاً بأحكام المادة ١٠٧ من قانون الأحوال الشخصية تقضي بأن القاضي المختص يصدر بعد وقوع الطلاق بناءً على طلب ذوي الشأن أمراً بتحديد نفقة المرأة أثناء عدتها، ونفقة الأولاد ومن له حق الحضانة وزيارة المحضون مما يدل على ان إجراءات الخصومة تكون شاملة للفصل في

مقدار النفقات الواجب على الزوج دفعها وتحديد حاضن الأولاد وضمهم إليه وحتى زيارتهم وقد عد القانون ذلك واجبا على القاضي الذي ينظر قضية الطلاق. ولما كانت المحكمة المطعون في حكمها قضت بإثبات حضانة المطعون ضدها للأولاد المحضونين فإن ذلك يعتبر من ما يدخل في اختصاص قاضي الموضوع عملا بأحكام المادة ١٠٧ المشار إليها، مما يتعين معه رفض هذا النعي.

الطعن رقم ٤٢٥/٢٠١١:

وحيث تنعى الطاعنة على الحكم المطعون فيه الخطأ في تطبيق القانون وتأويله وتفسيره والإخلال بحق الدفاع والقصور في التسبيب والفساد في الاستدلال وتجل ذلك في سببين خلاصتهما ان الحكم المطعون فيه خطأ في تطبيق القانون بعدم الحكم لها بباقي طلباتها إذ انها سلكت الطريق القانوني بعرض النزاع على لجان التوجيه الأسري ولتعدر الصلح تمت الإحالة إلى المحكمة المختصة خاصة وان طلباتها المتمثلة بنفقة الأولاد وتوفير خادمة وتوفير مسكن حضانة وتسليمها صورا طبق الأصل من جوازات سفر المحضونين وبطاقاتهم الصحية هي من توابع الطلاق خاصة وان الحكم المطعون فيه حكم بإثبات حضانتها للأولاد المذكورين أعلاه مما يستوجب نقضه.

وحيث إن هذا النعي سديد، ذلك أنه عملا بأحكام المادة ١٠٧ من قانون الأحوال الشخصية فإن القاضي المختص يصدر بعد وقوع الطلاق بناء على طلب ذوي الشأن أمراً بتحديد نفقة المرأة أثناء عدتها، ونفقة الأولاد ومن له حق الحضانة وزيارة المحضون مما يدل على ان إجراءات الخصومة تكون شاملة للفصل في مقدار النفقات الواجب على الزوج دفعها وتحديد حاضن الأولاد وضمهم إليه وحتى زيارتهم وقد عد القانون ذلك واجبا على القاضي الذي ينظر قضية الطلاق. ولما كانت المحكمة المطعون في حكمها قضت بإثبات حق الطاعنة في حضانة أولادها وأجرة حضانتها لهم وحكمت بعدم قبول طلبات الطاعنة بنفقة الأولاد وتوفير خادمة لهم لمساعدة الحاضنة على خدمتهم وتسليمها صورا طبق الأصل من جوازات سفر المحضونين وبطاقاتهم الصحية مع ان ذلك يعتبر من ما يدخل في اختصاص قاضي الموضوع عملا بأحكام المادة ١٠٧ المشار إليها، ولما لم تفعل فإن حكمها المطعون فيه يكون حريا بالنقض في هذا الشق منه.

الرئيس : المستشار / محمد الأمين محمد بيب - رئيس الدائرة.

الأعضاء : المستشار / عبدالسلام الخراز

المستشار / عبد الكريم فرعون

اه ش - (الطعن رقم ١١.٣ لسنة ٢٠١١ س ٥ ق. أ) جلسة ٢٠١١/١١/٣ (أحوال شخصية)

(١) محكمة الموضوع «سلطانها». إثبات «بوجه عام». طلاق. أحوال شخصية. شريعة إسلامية. حكم «تسببيه». تسبیب معيب». نقض «أسباب الطعن بالنقض». ما يقبل منها». مذاهب فقهية. محكمة النقض «سلطانها».

■ تحصيل فهم الواقع في الدعوى وتقدير أدلتها والترجيح بينها. موضوعي. شرطه: أن تبني قضائها على ما إقتنعت به من أدلة الدعوى. وأن لا تستند على أدلة إستبعدتها وأن يكون قضائها سائغا. مخالفة ذلك. عيب. أساس ذلك؟.

■ مثال بشأن حكم قضي برفض دعوى تطليق للضرر. برغم ثبوته من إدانه المطعون ضده جنائيا في جنحة ضرب المطعون ضدها.

■ القضاء بنقض الحكم. يوجب على محكمة النقض التصدي للفصل في الموضوع. عملا بالمادة ١٣٥ من قانون الأحوال الشخصية.

(٢) حضانه. نفقه. محكمة الموضوع «سلطانها». إثبات «بوجه عام». حكم «تسببيه». تسبیب غير معيب». نقض «أسباب الطعن بالنقض». ما لا يقبل منها».

■ سلطة محكمة الموضوع في تقدير النفقة بمراعاة يسار المنفق وحاجة المنفق عليه. ما دام سائغا. أساس ذلك؟

المحكمة

حيث يتلخص من وثائق الملف ومن الحكم المطعون فيه ان الطاعنة أقامت دعوى في مواجهة المطعون ضده لدى محكمة أبو ظبي الابتدائية بتاريخ ٢٠١١/٢/١٥ تحت رقم ٢٠١١/٢٣٩ طلبت في ختامها الحكم بتطليقها عليه للضرر، وإلزامه بأن يؤدي لها نفقة عدتها ومتعتها ومؤخر صداقها، وإثبات حقها في حضانه أولادها منه الثلاثة (..... و و) وإلزامه بنفقتهم وتوفير مسكن حضانه لهم وان يؤدي لها أجره حضانتها وتحمله الرسوم والمصاريف . وأوضحت في دعوها انها زوجة له وأنجبت منه على فراش الزوجية الأولاد الثلاثة المذكورين إلا انه أضربها بما لا يستطاع معه دوام العشرة الزوجية بينهما. إذ انه يضربها ويسبها وله علاقات مع نساء أجنبيات عنه لذا نلتمس ما ذكر .

وبتاريخ ٢٠١١/٥/١٦ حكمت محكمة البداية :

أولاً: بإلزام المدعى عليه بأن يؤدي للمدعية نفقتها و نفقة أولادها منه وهم (عبد الله، ومهند، ورولا) مبلغ (٨٠٠٠) درهم للطعام والكسوة بالسوية بينهم الأربعة تسري شهرياً من تاريخ المطالبة القضائية ٢٠١١/٢/١٥.

ثانياً : إلزامه بالمصاريف ورفض ما عدا ما تقدم من الطلبات .

فاستأنف الحكم كل من الطرفين الأولى تحت رقم ٢٠١١/٥٧٧ والثاني تحت رقم ٢٠١١/٦١٣ . وبتاريخ ٢٠١١/٨/١٧ حكمت محكمة الاستئناف بتأييد الحكم المستأنف وألزمت كل مستأنف بمصروفات استئنافه .

ولم يرض الطاعنة هذا الحكم فأقامت عليه طعنها المائل بالنقض بتاريخ ٢٠١١/٩/١١ فوجهت نسخة من صحيفة الطعن إلى الأستاذ / محامي المطعون ضده فتوصل بها بتاريخ ٢٠١١/٩/١٣ ولم يجب عنها بشيء وقدمت النيابة العامة مذكرة فوضت في ختامها الرأي للمحكمة ورأت هذه الأخيرة في غرفة المشورة ان الطعن جدير بالنظر فحددت لنظره جلسة ٢٠١١/١١/١٩ فلم يحضر محاميا الطرفين رغم إعلانهما بينما حضرت الطاعنة شخصياً وأكدت طلبها التطبيق فحجز الطعن للمداولة لجلسة تاريخه .

وحيث تنعى الطاعنة على الحكم المطعون فيه مخالفة القانون والفساد في الاستدلال . وتكمل ذلك في سببين:

تنعى في السبب الأول كون الحكم خالف المادة ١٢٢ من قانون الأحوال الشخصية التي تنص على انه « في دعوى التطلاق للإضرار يثبت الضرر بطرق الإثبات الشرعية، وبالأحكام القضائية الصادرة على أحد الزوجين» ولقد أدلت بعدة وثائق تثبت إضراره بها ضرراً فاحشاً لا يستطيع معه دوام العشرة بينهما فلقد أدلت بنسخة من الحكم الجزائي رقم ٢٠١١/٢٢٤ الذي أدانه بحبسه شهرين مع وقف التنفيذ وغرامة مبلغ (٣٠٠٠) درهم . وصورة فتوغرافية لأثار الضرب المبرح على رجل ولداها منه وصورة عن سوابقه وتوقفه عن دفع أقساط المدرسة لأولاده . ولقد دأب على معاملتها وأولادها منه معاملة لا تليق فمن السبب إلى الشتم إلى الضرب والتضييق عليها وأصبحت بموجب ذلك الحياة الزوجية مستحيلة بينهما . والحكم المطعون فيه لما أغفل ذلك ولم يستجب لطلبها التطلاق للضرر يكون خالف القانون يتعين نقضه .

وحيث إن ما تنعاه الطاعنة سديد، ذلك انه وان كان من المقرر في قضاء هذه المحكمة ان لمحكمة الموضوع السلطة في تحصيل فهم الواقع في الدعوى وتقدير الأدلة والأخذ بما تراه منها . إلا ان شرط ذلك ان تبني التفاتها عن الأدلة التي استبعدتها ولم تعتبرها على أساس سليم وان تقيم قضاءها بعدم ثبوت الدعوى على أسباب سائغة تكفي لحمله . لما كان ذلك وكان الثابت من الأوراق ان المطعون ضده أدين - بمقتضى الحكم الجنحي الصادر عن المحكمة الابتدائية - دائرة الجناح الأولى - بتاريخ ٢٠١١/٥/١٩ تحت رقم ٢٠١١/٢٢٤ - من أجل ما نسب إليه من الاعتداء على سلامة جسم المجني عليها فأحدث بها الإصابة المبينة بالتقرير الطبي والتي أعجزتها عن أعمالها الشخصية مدة لا تزيد على عشرين يوماً . ومعاقبته من أجل ذلك بحبسه مدة شهرين اثنين وتغريمه مبلغ ثلاثة ألف درهم ، والأمر بوقف تنفيذ العقوبة الحبسية فقط مدة ثلاث سنوات من تاريخ

صيرورة الحكم نهائياً . وكانت الطاعنة أصرت في جميع مراحل الدعوى على الطلاق اعتماداً على هذا الضرر الثابت بالحكم الجزائي المشار إليه أعلاه وكانت الأوراق خالية من أي دليل يثبت ما ادعاه المطعون ضده من عدم إضراره بها فإن من المتعين ان يؤخذ بما أدين به ولا يصدق في إنكاره إلا بدليل مقبول شرعاً .

ولما كان فقهاء المذهب المالكي المعمول به في الدولة نصوا على ان للزوجة الحق في الطلاق بسبب الضرر الذي لا يجوز شرعاً كهجرها بلا موجب شرعي وضربها وسبها وأبيها . قال الشيخ عليش في شرحه منح الجليل على مختصر الشيخ خليل الجزء الثالث صفحة ٣٥٥ لدى قوله في فصل : إنما يجب القسم للزوجات في المبيت : ولها التطلق بالضرر ولو لم تشهد البينة بتكرره .

قال : ولها أي الزوجة التطلق جبراً على الزوج طلاقاً واحدة تبين بها بسبب الضرر من الزوج لها كقطع كلامه عنها وتولييه وجهه عنها في الفراش ولو لم تشهد البينة بتكرره . وقال الشيخ الدردير الجزء الثالث صفحة ٢١٢ . لها التطلق بالضرر وهو ما لا يجوز شرعاً كهجرها بلا موجب شرعي وضربها كذلك وسبها وسب أبيها .

كما ان المادة ١١٧ من قانون الأحوال الشخصية نصت على ان لكل من الزوجين طلب التطلق للضرر الذي يتعذر معه دوام العشرة بالمعروف بينهما ولا يسقط حق أي منهما في ذلك ما لم يثبت تصالحهما مما يدل على ان تمسك الطاعنة بطلب الطلاق بسبب ضرب زوجها المطعون ضده لها ضرباً لم يثبت انها استوجبتة شرعاً قائم على أساس صحيح شرعاً وقانوناً .

ولما كان الحكم المطعون فيه خالف هذا النظر وصدق المطعون ضده في إنكاره إضراره بها رغم ثبوته بمقتضى الحكم الجزائي المشار إليه أعلاه الذي أدانته ولم يستجب إلى ما طلبته الطاعنة من الطلاق بسبب الضرر رغم استحقاقها لذلك فإنه يكون معيباً مستوجب النقض جزئياً في هذا الشق .

وحيث إنه وبناء على ما سبق يتعين على هذه المحكمة ان تتصدى للفصل في الدعوى عملاً بالمادة ١٣ من قانون الأحوال الشخصية .

وحيث إن طلب الطاعنة لحضانة أولادها منه الثلاثة وهم : المولود بتاريخ ١٦/٧/١٩٩٨ و المولود بتاريخ ٨/٣/٢٠٠٠ و المولود بتاريخ ٢٢/١/٢٠٠٤ مرتبط بطلبها للطلاق وجدير بالاعتبار بخلو الأوراق مما يثبت اتصافهما بما يسقط حقها في الحضانة فإن من حقها حضانة الأولاد الثلاثة وعلى المطعون ضده أداء أجرة حضانتها مبلغ (١٠٠٠) درهم شهرياً ابتداء من تاريخ انتهاء عدتها وتوفير مسكن الحضانة وإلى حين توفيره أداء (٥٠٠٠) خمسة آلاف درهم شهرياً . وعليه أداء مؤخر مهرها المحدد في مائتي ألف ليرة سورية أو ما يعادله بالدرهم الإماراتي . وبأدائه لها نفقة عدتها مبلغ (٢٠٠٠) ألفي درهم شهرياً مدة عدتها .

وتنعى في السبب الثاني كون المبلغ المحكوم به كنفقة لها ولأولادها الثلاثة ضئيل لا يتناسب والوضع الاقتصادي الحالي من ارتفاع الأسعار وغلاء المعيشة سيما والمطعون ضده ميسور الحال يملك مؤسستين (مؤسسة هابي جاب) (ومؤسسة المدار) التين يدران عليه ربحاً صافياً لا يقل عن (١٠,٠٠٠) درهم شهرياً مما يكون معه الحكم خالف القانون يتعين نقضه .

وحيث إن ما تنعاه الطاعنة في هذا الشق غير سديد ، ذلك ان من المقرر في قضاء هذه المحكمة عملاً بنصوص فقهاء المذهب المالكي المعمول به في الدولة . ان لمحكمة الموضوع مطلق السلطة في تقدير النفقة الواجب على المنفق ان يدفعها لمن تجب عليه نفقته انطلاقاً من مدى يسار المنفق وحاجة المنفق عليه دون رقابة عليها في ذلك متى قام قضاؤها على أسباب سائغة تكفي لحمله .

قال ابن عاصم في التحفة: وكل ما يرجع لافتراض موكل إلى اجتهاد القاضي

بحسب الأقوات والأعيان والسعر والزمان والمكان

لما كان ذلك وكانت المحكمة المطعون في حكمها رأَتْ في نطاق سلطتها التقديرية ان المبلغ المحكوم به في النفقة مناسب لحال المطعون ضده فإن قضاءها يكون صحيحاً متماشياً مع التطبيق الصحيح للنصوص الشرعية والقانونية التي تحكم الدعوى ومن ثم يكون النعي مجرد جدل موضوعي فيما هو خاضع للسلطة الموضوعية للمحكمة ، ومن ثم يتعين رفضه .

الرئيس : المستشار / محمد الأمين محمد بيب - رئيس الدائرة.

الأعضاء : المستشار / عبدالسلام الخراز

المستشار / عبد الكريم فرعون

٥٢ ش - (الطعن رقم ٢١٩ لسنة ٢٠١١ س ٥ ق. أ) جلسة ٢٠١١/٨/١٠ (أحوال شخصية)

١) نفقة. طلاق. أحوال شخصية. شريعة إسلامية. حكم «حجته» «تسببيه. تسبیب غير معيب». نقض «أسباب الطعن بالنقض. ما لا يقبل منها».

■ الزوجة المدخول بها بالعقد الصحيح. وجوب نفقتها على زوجها. متى سلمت نفسها إليه ولو حكما. وتقدر بمقدار سعة الزوج.

■ عدم سقوط النفقة إلا بالأداء أو الإبراء.

■ إدعاء الزوج خروج زوجته من منزل الزوجية دون إذنه لا يسقط النفقة. ما دام لم يثبت نشوزها بحكم نهائي.

■ الحكم الصادر من محكمة أول درجة بالتطليق طلاقه بائنة. لا يكفي لسقوط النفقة.

٢) محكمة الموضوع «سلطتها». نفقة. شريعة إسلامية. أحوال شخصية. حكم «تسببيه. تسبیب غير معيب». نقض «أسباب الطعن بالنقض. ما لا يقبل منها».

■ سلطة محكمة الموضوع في تقدير النفقة بما يتناسب مع حاجة المنفق عليه وقدرة المنفق بمراعاة ظروف الزمان والمكان. أساس ذلك؟ مثال.

٣) محكمة الموضوع «سلطتها». حضانة. نفقة. أحوال شخصية. شريعة إسلامية.

■ سلطة محكمة الموضوع في إلزام الزوج بتوفير مسكن للحضانة في المكان وبالمقدار المناسب. متى كان ذلك سائغا. مثال.

المحكمة

حيث يؤخذ من وقائع الدعوى وسائر وثائقها ومن الحكم المطعون فيه أن المدعية أقامت الدعوى رقم ٢٠١٠/٦١٢ أمام محكمة أبو ظبي الابتدائية بمواجهة المدعى عليه طلبت في ختامها تطليقها على المدعى عليه طلاقه بائنة بينونة كبرى للضرر واثبات حقها في حضانة الأولاد وإلزام المدعى عليه بأن يؤدي لها نفقتها ونفقة أولادها وأن يوفر لهم مسكنا للحضانة وخادمة وسائق وسيارة وأن يسلمها البطاقات الصحية

وصورا مصدقة من خلاصة القيد وصورا مصدقة من جوازات سفر الأولاد مع الرسوم والمصاريف وذلك على سند من القول انها زوجة للمدعى عليه بصحيح العقد الشرعي وأنجبت منه على فراش الزوجية كلا من من مواليد ١٩٩٩/١٢/١٤ و من مواليد ٢٠٠٤/٥/٢٣ و من مواليد ٢٠٠٥/٧/٥ وحليمة من مواليد ٢٠٠٨/١١/٣٠ وأن المدعى عليه أضر بها بالقول والفعل وأنه دأب على ضربها وسبها وإهانتها وطردها وتعذر دوام العشرة الزوجية بينهما بالمعروف مما دعاها لإقامة الدعوى.

وأقام المدعى عليه (المدعي تقابلا) الدعوى رقم ٢٠١٠/٦٦٧ طلب في ختامها إلزام المدعى عليها تقابلا بالدخول في طاعته.

وبتاريخ ٢٠١٠/١٠/٣١ حكمت محكمة البداية بعد ضم الدعويين بالاتي:

أولا: في الدعوى رقم ٢٠١٠/٦١٢:

تطبيق المدعية على المدعى عليه طلاقه بآئنة للضرر وعلى المطلقة إحصاء عدتها على الوجه الشرعي من تاريخ صيرورة هذا الحكم باتا.

إلزام المدعى عليه بأن يؤدي للمدعية نفقة زوجية مبلغ ٢٠٠٠ درهم تسري من تاريخ المطالبة القضائية في ٢٠١٠/٥/١٣ وحتى تاريخ صيرورة حكم التطلاق باتا على ان يخصم منها ما عسى ان يكون حصل من نفقة زوجية مؤقتة.

إثبات حق المدعية في حضانة أولادها من المدعى عليه وهم و و و وإلزامه بأن يؤدي لها نفقتهم مبلغ ٦٠٠٠ درهم شهريا بالسوية بينهم للطعام والكسوة ومصاريف المواصلات تسري شهريا اعتبارا من تاريخ الحكم.

إلزام المدعى عليه بتوفير مسكن للحضانة للمدعية في جزيرة أبو ظبي مناسب ومؤثت بأثاث مناسب لا تقل مكوناته عن غرفتين وحمام ومطبخ والى حين توفيره يلزم بأن يؤدي للمدعية بدل مسكن حضانة مبلغ خمسة آلاف درهم تسري شهريا من تاريخ الحكم.

يلزم المدعى عليه بتسليم المدعية البطاقات الصحية الخاصة بالمحزونين وصورة مصدقة من خلاصة القيد وصورا مصدقة من جوازات سفرهم. وتحمله الرسوم والمصاريف

ثانيا: ترفض دعوى الطاعة رقم ٢٠١٠/٦٦٧ ويتحمل رافعها الرسوم والمصاريف. فاستأنف الطرفان هذا الحكم الأولى تحت رقم ٢٠١٠/٩٦٨ والثاني تحت رقم ٢٠١١/١٠٥٨. وبتاريخ ٢٠١١/١/٢٥ حكمت محكمة الاستئناف بعد ضم الاستئنافين بقبولهما شكلا وفي الموضوع برفضهما وتأيد الحكم المستأنف.

فلم يرض الطاعن بهذا الحكم فأقام عليه طعنه المائل وقدمت النيابة العامة مذكرة رأيت فيها قبول الطعن

شكلا وفي الموضوع تفويض الرأي للمحكمة، ورأت هذه الأخيرة في غرفة المشورة ان الطعن جدير بالنظر فحددت لنظره جلسة.

وحيث ينعى الطاعن على الحكم المطعون فيه الخطأ في تطبيق القانون ويحمل ذلك في ثلاثة أسباب:

السبب الأول: وفي يقول الطاعن ان المحكمة المطعون في حكمها أخطأت بفرض نفقة للزوجة لانها غادرت منزل الزوجية بدون عذر شرعي وان النفقة هي مقابل احتباس الزوج لزوجته مما يستوجب نقضه.

وحيث إن هذا النعي غير سديد، ذلك أنه من المقرر بموجب المادتين ٦٦ و ٦٧ من قانون الأحوال الشخصية - وفي فقه الإمام مالك الواجب التطبيق - أن الزوجة المدخول بها تجب نفقتها على زوجها بالعقد الصحيح إذا سلمت نفسها إليه ولو حكما ولا تسقط إلا بالأداء أو الإبراء وذلك بقدر وسعه وحاله، ولا تتأثر هذه النفقة بادعاء الزوج أن الزوجة تركت منزل الزوجية دون إذن منه ما لم يثبت نشوزها، اذ يتبين من أوراق الدعوى ان المطعون ضدها أقامت دعوى بمواجهة الطاعن تطلب فيها تطليقها عليه لأنه يقوم بضربها وإهانتها وسبها وطردها من منزل الزوجية وقد أحالت المحكمة الموضوع إلى حكمين لتقصي أسباب الشقاق بين الزوجين وقرر الحكمان التطليق بينهما بطلقة بائنة وقضت محكمة البداية بالتطليق .

لما كان ذلك، وكان الطاعن لم يثبت صدور حكم نهائي يلزم المطعون ضدها الدخول في طاعته مما يعني عدم نشوزها واستحقاقها للنفقة الزوجية ما دامت قائمة، فان ما ينعاه في هذا الشق يكون غير قائم على أساس من القانون حريا بالرفض.

السبب الثاني: وفيه يقول الطاعن ان الحكم المطعون فيه خطأ بفرض مبلغ ٦٠٠٠ درهم نفقة للأولاد وانه لم يراع أحواله المالية مما يستوجب نقضه.

وحيث إن هذا النعي غير سديد ، ذلك ان المحكمة المطعون في حكمها قد طبقت ما استقر عليه قضاء هذه المحكمة عملاً بنصوص فقهاء مذهب مالك المعمول به في الدولة ونص المادة ٦٣ من قانون الأحوال الشخصية تطبيقاً سليماً، اذ ان لمحكمة الموضوع في نطاق تحديد ما يتناسب من النفقة مع حاجة المنفق عليه ومع القدرة المالية للمنفق انطلاقاً من الوضع الاقتصادي زماناً ومكاناً، كامل السلطة في تقديرها دون رقيب عليها في ذلك ما دام قضاؤها فيه قائماً على أسباب سائغة تكفي لحمله . قال ابن عاصم في التحفة:

وكل ما يرجع لافتراض موكل إلى اجتهاد القاضي

بحسب الأقوات والأعيان والسعر والزمان والمكان

لما كان ذلك، وكان الحكم المطعون فيه اعتبر ان المبلغ الذي قدره لنفقة أولاد الطاعن من المطعون ضدها مناسب لحاجاتهم لان أوراق الملف خلت مما يفيد دخل الطاعن باعتبار ان هذا التقدير هو تطبيق للمعايير

الواردة في المادة ٦٣ المشار إليها، إذ تم التقدير على أساس ألا يقل عن حد الكفاية. وكانت المحكمة المطعون في حكمها قد استعملت سلطتها في فهم الواقع وفي تقدير المبالغ انطلاقاً من فهمها للواقع، فيكون الحكم المطعون فيه متفقاً مع القانون ويكون هذا النعي غير قائم على أساس حرياً بالرفض.

السبب الثالث: وفيه يقول الطاعن أن الحكم المطعون فيه اخطأ بتحديد مسكن الحضانة في جزيرة أبو ظبي وأنه لا يستطيع دفع بدل مسكن الحضانة الذي فرضه الحكم مما يستوجب نقضه.

وحيث إن هذا النعي غير سديد، ذلك أن محكمتي الموضوع قد استخلصتا من كافة ظروف الدعوى وجوب توفير مسكن لحضانة المحضونين في جزيرة أبو ظبي وإلى حين توفيره إلزام الطاعن بدفع بدل أجرة مسكن حضانة مقدارها خمسة آلاف درهم، وعليه يكون ذلك متفقاً مع القانون ومع ما لها من سلطة تقديرية، ومن ثم فإن المحكمة المطعون في حكمها تكون قد استعملت سلطتها فيما هو خاضع لسلطتها الموضوعية ولا معقب عليها في ذلك مما يجعل حكمها المطعون فيه متفقاً مع أحكام القانون والشريعة الإسلامية الغراء، ويجعل هذا النعي غير قائم على أساس حرياً بالرفض. ولما تقدم يتعين رفض الطعن.

الرئيس : المستشار / محمد الأمين محمد بيب - رئيس الدائرة.

الأعضاء : المستشار / عبدالسلام الخراز

المستشار / عبد الكريم فرعون

٣٥ ش - (الطعن رقم ٤٨٠ لسنة ٢٠١١ س ه ق . أ) جلسة ٢٠١١/٨/١٧ (أحوال شخصية)

(١) نفقة . طلاق . حكم «تسبيبه . تسبيب غير معيب» . نقض «أسباب الطعن بالنقض . ما لا يقبل منها» .

■ الحكم للمطعون ضدها بنفقة مسكن فقط لطلاقها دون أن تكون حاملا . صحيح . عله ذلك ؟

(٢) حضانة . محكمة الموضوع «سلطتها» . حكم «تسبيبه . تسبيب غير معيب» . نقض «أسباب الطعن بالنقض . ما لا يقبل منها» .

■ تحديد مدة رؤية المحضون زمانا ومكانا . موضوعي . متى كان سائغا . مثال .

(٣) نفقة . محكمة الموضوع «سلطتها» . حكم «تسبيبه . تسبيب معيب» . نقض «أسباب الطعن بالنقض . ما يقبل منها» .

■ تقدير النفقة بما لا يتناسب مع دخل المنفق يسراً أو عسراً . عيب . مثال .

المحكمة

حيث يؤخذ من وقائع الدعوى وسائر وثائقها ومن الحكم المطعون فيه أن المطعون ضدها أقامت الدعوى رقم ٢٠١٠/٩١٠ أمام محكمة أبو ظبي الابتدائية بمواجهة الطاعن عرضت فيها انها زوجة للطاعن ولهما البناتان شما ١١ سنة وسارة ٨ سنوات وطلبت الحكم بتطليقها عليه للضرر واثبات حقها في حضانة البننتين وإلزامه بنفقتهما ونفقة عدة وتوفير مسكن حضانة مناسب وسداد مصاريف دراستهما وتسليمها ذهبها وأغراضها الخاصة، وذلك على سند من القول ان المدعى عليه يضربها ويسبها ويهينها ولا ينفق عليهن، مما حدا بها لإقامة الدعوى .

أقام المدعى عليه الدعوى المتقابلة رقم ٢٠١٠/٩٧٢ طلب في ختامها إلزام المدعى عليها بالدخول في طاعته وتمكينه من رؤية بنتيه .

وبتاريخ ٢٠١١/٢/٧ حكمت محكمة البداية بعد ضم الدعويين بما يلي :

أولا : في الدعوى رقم ٢٠١٠/٩١٠ :

١. تطبيق المدعية على المدعى عليه بائنة ولا تحل له إلا بعقد وصادق جديدين وبإذنها ورضاها، وعلى المدعية إحصاء عدتها من تاريخ صيرورة هذا الحكم باتا.
٢. إثبات تنازل المدعية عن مؤخر صداقها وذهبها الموجود بحوزة المدعي.
٣. إثبات حضانة المدعية في حضانة بنتيهما من المدعى عليه وهما و
٤. إلزام المدعى عليه بأن يوفر للمدعية وبنتيه منها مسكن حاضنة مناسبا وشرعيا.
٥. إلزام المدعى عليه بأن يؤدي للمدعية ما يلي:
٦. نفقة للبنتين شما وسارة مبلغ ٤٠٠٠ درهم شهريا بالسوية بينهما من تاريخ المطالبة القضائية.
٧. نفقة عدة للسكنى قدرها ألف درهم شهريا تبدأ من تاريخ صيرورة هذا الحكم باتا.
٨. إلزام المدعى عليه بأن يسدد مصاريف مدرسة البننتين. وإلزامه بمصاريف الدعوى.

في الدعوى رقم ٩٧٢/٢٠١٠:

بالإلزام المدعى عليها تقابلا بتمكين المدعي تقابلا من رؤية بنتيه شما وسارة مع الاصطحاب يوم الجمعة من كل لأسبوع بدءا من الساعة الثانية مساء وحتى الساعة التاسعة مساء بإشراف الاتحاد النسائي العام بأبوظبي وألزم المدعى عليها بالمناسب من المصاريف ورفضت ما عدا ذلك من طلبات.

فاستأنف الطاعن هذا الحكم بالاستئناف رقم ٢٣٩/٢٠١١ ، وبتاريخ ٢٠١١/٢/٧ حكمت محكمة الاستئناف بعد ضم الاستئنافين ليصدر بهما حكم واحد بتعديل الحكم المستأنف فيما قضى به بالنسبة لمدة رؤية المحضونتين لتكون من الساعة الحادية عشرة صباحا وحتى التاسعة مساء وتأييده فيما عدا ذلك وتحميل المستأنف الرسوم والمصروفات.

فلم يرض الطاعن بهذا الحكم فأقام عليه طعنه الماثل وقدمت المطعون ضدها مذكرة جوابية كما قدمت النيابة العامة مذكرة رأيت فيها قبول الطعن شكلا وفي الموضوع تفويض الرأي للمحكمة، ورأت هذه الأخيرة في غرفة المشورة ان الطعن جدير بالنظر فحددت لنظره جلسة.

وحيث ينعى الطاعن على الحكم المطعون فيه الخطأ في تطبيق القانون والقصور في التسييب ويحمل ذلك في أربعة أسباب:

السبب الثاني: وفيه يقول الطاعن ان المطعون ضدها مخصص لها سكن من جهة عملها وبالتالي فانها لا تستحق مسكن حضانة مما يتعين معه نقض الحكم المطعون فيه.

وحيث أن هذا النعي غير سديد، ذلك أن ما يدعيه الطاعن في هذا السبب قد جاء قولاً ومرسلاً ولم يقدم عليه أي دليل، مما يتعين معه رفضه.

السبب الثالث: وفيه يقول الطاعن ان المطعون ضدها لا تستحق بدل سكنى العدة لأنها منعت نفسها من الزوج أو امتنعت عن الانتقال إلى بيت الزوجية الشرعي دون عذر شرعي، مما يتعين معه نقض الحكم المطعون فيه.

وحيث إن هذا النعي غير سديد، ذلك ان المادة ٦٩ من قانون الأحوال الشخصية تنص على وجوب النفقة والسكنى للمعتدة من طلاق رجعي، والمعتدة من طلاق بائن وهي حامل، كما يجب للمعتدة من طلاق بائن وهي غير حامل السكنى فقط.

لما كان ذلك وكان الثابت في أوراق الدعوى أن الطاعنة طلقت على المطعون ضده طلاقاً بائناً ولم يثبت أنها كانت حاملاً فإنها تستحق السكنى فقط خلال مدة العدة، وإذ قضى الحكم المطعون فيه للطاعنة ببطلان أجره المسكن فإنه يكون متفقاً مع القانون مما يتعين معه رفض هذا النعي.

السبب الرابع: وفيه يقول الطاعن ان الحكم المطعون فيه خالف الواقع والقانون عندما قضى بتحديد رؤيته للبنتين من الساعة الحادية عشرة صباح يوم الجمعة إلى الساعة التاسعة مساءً ذات اليوم، إذ انهما في سن صغيرة ويحتاجان للتوجيه والإرشاد ولا بد من زيادة مدة الرؤية إلى مساء يوم السبت مما يستوجب نقض الحكم المطعون فيه.

وحيث إن هذا النعي غير سديد، ذلك ان مدة الرؤية من حيث زمانها ومكانها هو من مسائل الواقع التي تخضع للسلطة التقديرية لقاضي الموضوع متى أقام قضاءه على أسباب سائغة لها أصل ثابت في أوراق الدعوى.

لما كان ذلك وكانت المحكمة المطعون في حكمها رأت في نطاق سلطتها الموضوعية تحديد موعد رؤية الطاعن لبنتيه من الساعة الحادية عشرة صباح يوم الجمعة إلى الساعة التاسعة من ذات اليوم فيكون الحكم المطعون فيه مصيباً فيما ذهب إليه، ويكون النعي جديلاً موضوعياً فيما لمحكمة الموضوع من سلطة في تحصيل فهم الواقع في الدعوى وهو ما لا يجوز أن يثار أمام محكمة النقض فضلاً عن كون مبيت المحضونتين في غير حضن أمهما مخالفاً لأحكام القانون والمذهب المالكي في شأن عدم مبيت المحضون بعيداً عن الحاضنة والذي يتعين إعادته إلى أمه للمبيت في حضنها، ولذلك يتعين رفض الطعن.

السبب الأول: وفيه يقول الطاعن ان المحكمة المطعون في حكمها لم تراعى ظروفه المالية عند فرض النفقة للبنتين، ذلك ان راتبه الشهري هو ٨٠٧٠ درهم شهرياً وليس له أي دخل غير هذا الراتب وعليه التزامات كثيرة منها إعالة والديه ونفقاته الشخصية من مسكن ومصاريف مختلفة مما يستوجب نقض الحكم المطعون فيه.

وحيث إن هذا النعي سديد، ذلك أنه وإن كان من المقرر في قضاء هذه المحكمة عملاً بنصوص فقهاء مذهب مالك المعمول به في الدولة ونص المادة ٦٣ من قانون الأحوال الشخصية، أن لمحكمة الموضوع في نطاق تحديد ما يتناسب من النفقة مع حاجة المنفق عليه ومع القدرة المالية له انطلاقاً من الوضع الاقتصادي زماناً ومكاناً، كامل السلطة في تقديرها دون رقيب عليها فإن ذلك منوط بأن يكون قضاؤها فيه قائماً على أسباب سائغة تكفي لحمله.

وحيث إن الظاهر من أوراق الدعوى أن الطاعن يتقاضى راتباً مقداره ٨٠٧٠ درهم حسب الشهادة المرفقة في الملف، وإن المطعون ضدها لم تثبت أن للطاعن دخلاً غير راتبه أو أن قيمة راتبه خلاف ما أدلى به، فيكون ما ذهب إليه الحكم المطعون فيه من تقدير لنفقة الصغيرتين المحضونتين شما وسارة غير قائم على أساس من واقع الأوراق في الملف خاصة وأنه ملزم بدفع رسوم مدارسهما وتوفير مسكن حضانة ويعيل والديه وعليه التزامات مالية أخرى، مما يجعل الحكم المطعون فيه معيباً في هذا الشق منه، ويتعين لذلك نقضه جزئياً في الشق نفسه.

الرئيس : المستشار / محمد الأمين محمد بيب - رئيس الدائرة.

الأعضاء : المستشار / عبدالسلام الخراز

المستشار / عبد الكريم فرعون

٥٤ ش - (الطعن رقم ٧٩٨ لسنة ٢٠١١ س ٥ ق. أ) جلسة ٢٠١١/٩/١٤ (أحوال شخصية)

(١) نفقة «نفقة متعة». طلاق. شريعة إسلامية. قانون «تطبيقه» حكم «تسببه. تسبب غير معيب». نقض «أسباب الطعن بالنقض. ما لا يقبل منها».

■ فرض الحكم للطاعنه بنفقة متعة لعدم طلاقها دون رضاها عملاً بالمادة ١٨ مكرر من قانون الأحوال الشخصية المصري. صحيح. أساس ذلك؟

(٢) نفقة. حكم «تسببه. تسبب معيب». نقض «أسباب الطعن بالنقض. ما يقبل منها». أحوال شخصية. شريعة إسلامية. قانون «الخطأ في تطبيق القانون».

■ فرض نفقة حضانة لا تكفي المحضون ولا تتناسب مع يسر المنفق. عيب. أساس ذلك؟ مثال.

(٣) حضانة «مسكن الحضانة». قانون «تطبيقه». حكم «تسببه. تسبب غير معيب». نقض «أسباب الطعن بالنقض. ما لا يقبل منها».

■ عدم تخيير المحكمة للحاضنة بين المسكن الذي يقيم به والد المحضونين ومسكن يؤجره للحاضنة عملاً بأحكام المادة ١٨ من قانون الأحوال الشخصية المصري. صحيح. أساس ذلك وعلته؟

المحكمة

حيث يتلخص من وثائق الملف ومن الحكم المطعون فيه ان الطاعنة أقامت دعوى في مواجهة المطعون ضده لدى محكمة أبو ظبي الابتدائية بتاريخ ٢٠١٠/٠٩/٢ طلبت في ختامها الحكم بتطبيقها عليه للضرر وإلزامه بأدائه لها مؤخر صداقها مبلغ (٧٠٠٠) جنيه مصري ونفقة عدتها مبلغ (٨٠٠٠) درهم شهرياً ونفقة ولديها منه (مبلغ ١٢٠٠٠ درهم) شهرياً وإثبات حضانتها وأجرة حضانتها مبلغ ٦٠٠٠ درهم شهرياً وتوفير مسكن مناسب ومؤثث بمدينة أبو ظبي أو تمكينها من المسكن الحالي كمسكن للحضانة وتوفير خادمة وأداء أجرها مبلغ ٤٠٠٠ درهم ومصاريف تعليم الولدين مبلغ (٤٠٠٠) درهم لكل ولد سنوياً ونفقتها شهرياً مبلغ (٤٠٠٠) درهم من تاريخ ٢٠١٠/٧/٢٧. وتوفير سيارة وسائق أو بدل مواصلات مبلغ (٢٠٠٠) درهم شهرياً، وتجديد بطاقات التأمين الصحي لها ولولديها منه (..... ،) ، وتحمله جميع النفقات الغير المغطاة تأمينياً مبلغ (٢٠٠٠) درهم شهرياً لكل فرد ، ونفقة زوجية مبلغ (٦٠٠٠) درهم شهرياً من تاريخ

رفع الدعوى ٢٠١٠/٩/٢، ونفقة علاج الولدين (المحضونين) . وطلبت في الأخير تطبيق قانون الأحوال الشخصية المصري على القضية باعتبارها والمدعى عليه مصريين .

وأوضحت في دعواها انها كانت زوجة للمدعى عليه وبعد ما أنجبت منه على فراش الزوجية الولدين المذكورين طلقها بتاريخ ٢٠١٠/٧/٢٢ وتركها ولديها بدون نفقة منذ قدومها إلى دولة الإمارات العربية المتحدة بتاريخ ٢٠١٠/٧/١٦ مما اضطرت معه لإقامة الدعوى .

وبتاريخ ٢٠١١/٢/٢٧ حكمت محكمة البداية :

أولاً: بتطليق المدعية على المدعى عليه طلاقاً بائنة للضرر ولا تحل له إلا بعقد وصادق جديدين وعلى المدعية إحصاء عدتها من تاريخ صيرورة هذا الحكم باتاً .

ثانياً: إثبات حضانتها لولديها منه (..... ،) .

ثالثاً: إلزامه بأن يوفر لها ومحضونيه مسكن حضانة مناسب وشرعي بجزيرة أبوظبي .

رابعاً: إلزامه بتسديد رسوم دراسة الولدين (..... ،) في المدرسة التي يختارها هو بما يتناسب ونوعية دراستهما بجمهورية مصر العربية ، وبقيمة المواصلات اللازمة لنقلهما إليها ومنها .

خامساً: إلزامه باستخراج البطاقة الصحية للمحضونين وبتكاليف علاجهما التي تخرج عن نطاق التغطية التأمينية لهما .

سادساً: إلزامه بأن يؤدي لها ما يلي:

١ - مؤخر صداقها مبلغ ٧٠٠٠ جنيه مصري أو ما يعادله بالدرهم الإماراتي من تاريخ صيرورة هذا الحكم باتاً .

٢ - أجرة حضانتها مبلغ ١٠٠٠ درهم من تاريخ صيرورة هذا الحكم باتاً .

٣ - نفقة عدتها مبلغ ٢٠٠٠ درهم من تاريخ صيرورة هذا الحكم باتاً .

٤ - نفقة ولديها منه (..... ،) مبلغ ٦٠٠٠ درهم شهرياً بالسوية بينهما من تاريخ المطالبة القضائية مع خصم ما تم سداده من نفقة مؤقتة .

سابعاً : إلزامه بأدائه لها نفقة زوجية مبلغ ٢٠٠٠ درهم من تاريخ ٢٠١٠/٧/٢٧ وحتى صيرورة هذا الحكم باتاً .

ثامناً: إلزامه بالمصاريف ، ورفض ما عدا ذلك من الطلبات . فاستأنف الحكم كل من الطرفين الأولى تحت

رقم ٢٠١١/١٨٩ والثاني تحت رقم ٢٠١١/٣٢٢.

وبتاريخ ٢٤/٥/٢٠١١ حكمت محكمة الاستئناف:

أولاً: بتعديل الحكم المستأنف ، وذلك بإلزام المستأنف ضده بأن يؤدي للمستأنفة نفقة ولديها منه (.....) ، مبلغ ٥٠٠٠ درهم شهرياً بالسوية بينهما للطعام والكسوة وبدل المواصلات، وما يعتبر من الضروريات في العرف والعادة من تاريخ المطالبة القضائية مع خصم ما تم سداده من نفقة مؤقتة ، وبأجرة حضانة مبلغ ٧٠٠ درهم شهرياً من تاريخ صيرورة الحكم باتاً ، ونفقة عدة مبلغ ٦٠٠٠ درهم عن كامل مدة العدة كل ذلك بدلاً مما قضى به الحكم في هذا الشأن .

ثانياً: بتأييده فيما عدا ذلك .

ثالثاً: بإلزام الطرفين بالمصروفات مناصفة بينهما .

ولم ترض الطاعنة هذا الحكم فأقامت عليه طعنها المائل بالنقض بتاريخ ٢٢/٦/٢٠١١. وقدم المطعون ضده مذكرة جوابية طلب في ختامها رفض الطعن وإلزام الطاعنة بالرسوم والمصاريف ومقابل أتعاب المحاماة . كما قدمت النيابة العامة مذكرة فوضت في ختامها الرأي للمحكمة ، ورأت هذه الأخيرة في غرفة المشورة ان الطعن جدير بالنظر فحددت لنظره جلسة .

وحيث تنعى الطاعنة على الحكم المطعون فيه الخطأ في تطبيق القانون والفساد في الاستدلال ، والقصور في التسبيب وتكمل ذلك في أربعة أسباب :

تنعى في السبب الأول كون الحكم أخطأ لما خالف المادة ١٨ مكرر من القانون المصري المطلوب تطبيقه على النازلة والتي تنص على ان ((الزوجة المدخول بها في زواج صحيح إذا طلقها زوجها دون رضاها ولا بسبب من قبلها تستحق فوق نفقة عدتها متعة تقدر بنفقة سنتين على الأقل وبمراعاة حال المطلق يسراً وعسراً أو مدة الزوجية . ويجوز ان يرخص للمطلق في سداد هذه المتعة على أقساط)) . والحكم المطعون فيه لما قضى برفض طلب متعتها المحددة في مبلغ (٥٠٠,٠٠٠) درهم يكون خالف القانون (المادة ١٨ مكرر من قانون الأحوال الشخصية المصري رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٠ . المعدل بالقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ . المعدل بالقانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥) . المطلوب تطبيقه يتعين نقضه .

وحيث إن ما تنعاه الطاعنة غير سديد، ذلك انه إذا كانت المادة ١٨ مكرر من قانون الأحوال الشخصية المصري المطلوب تطبيقه على النازلة تنص على ان (الزوجة المدخول بها في زواج صحيح إذا طلقها زوجها دون رضاها ولا بسبب من قبلها تستحق فوق نفقة عدتها متعة تقدر بنفقة سنتين على الأقل .. فإن المتعة كما جاء في المذكرة الإيضاحية لقانون الأحوال الشخصية الإماراتي :

هي المال الذي يدفعه الزوج لزوجته التي طلقها غير المهر ، وذلك لتخفيف الوحشة التي تقع في نفسها بعد فرقة الزوج والطاعة هي التي سعت إلى الطلاق باختيارها ورضاها وحصلت عليه فإنها بمفهوم المخالفة لم تجب لها المتعة . إذ بحصولها عليه لا تترتب عليه وحشة في نفسها .

ومحكمة البداية المؤيد حكمها بالحكم المطعون فيه لما عللت بكون البين للمحكمة ان المدعى عليه (المطعون ضده) لم يطلق المدعية بغير رضاها وانما هي التي أقامت هذه الدعوى بطلب التطلاق باختيارها وإرادتها وأصرت عليه في كافة مراحل الدعوى ومن ثم لا تستحق متعة تكون قد طبقت القانون المطلوب تطبيقه على النازلة تطبيقاً سليماً ويكون ما أثير غير سديد حرياً بالرفض .

وتنعى في السببين الثاني والثالث كون الحكم خطأ لما حدد نفقة الولدين في مبلغ (٥٠٠٠) درهم شهرياً والحالة ان والدهما المطعون ضده ميسور الحال فراتبه الشهري محدد في مبلغ (٣٠,٠٠٠) درهم ولقد نصت المادة ١٨ مكرراً ثانياً من قانون الأحوال الشخصية المصري المطلوب تطبيقه انه « إذا لم يكن للصغير مال فنقته على أبيه ، وتستمر نفقة الأولاد على أبيهم إلى ان تتزوج البنت أو تكسب ما يكفي نفقتها وإلى ان يتم الابن الخامسة عشرة من عمره قادراً على الكسب المناسب فإن أتمها عاجزاً عن الكسب لأفة بدنية أو عقلية أو بسبب طلب العلم الملائم لأمثاله ولاستعداده أو سبب عدم تيسر هذا الكسب استمرت نفقته على أبيه . ويلتزم الأب بنفقة أولاده وتوفير المسكن لهم بقدر يساره وبما يكفل للأولاد العيش في المستوى اللائق بأمثالهم وتستحق نفقة الأولاد على أبيهم من تاريخ امتناعه عن الإنفاق عليهم».

والمحكمة بتحديد نفقة الولدين في المبلغ المذكور أعلاه رغم يسر أبيهم تكون أجحفت بحقهم ، إذ النفقة تقدر حسب يسر المنفق وحاجة المنفق عليهم فإن كان موسراً قدرت بما يكفل للأولاد العيش في المستوى اللائق بأمثالهم طبقاً للقانون المصري . والمطعون ضده طبيب جراحة فزيادة على راتبه الشهري فهو يحصل على أجر مقابل إجراء عمليات القلب فيكون الحكم خطأ فيما قضى به كما انه خطأ لما قضى بمبلغ (٧٠٠) درهم شهرياً أجرة الحضانة والحالة انها هي المربية لولديها والساهرة على خدمتهما وإعداد طعامهما فمبلغ (٧٠٠) درهم لا يكفي ان يكون أجراً للخادمة فأحرى والددة المحضونين والحكم المطعون فيه أجحف بحقهما مما يتعين معه نقضه .

وحيث إن ما تنعاه الطاعنة سديد، ذلك انه وبصرف النظر عن كون الولدين لازالا صغيري السن فبالل من مواليد ٢٠٠٤ وجودي من مواليد ٢٠٠٧، فإن مبلغ ٥٠٠٠ درهم شهرياً كنفقة لها معاً ومبلغ (٧٠٠) درهم أجرة الحضانة مبلغ ضئيل لا يتناسب والوضع المادي للمطعون ضده باعتباره طبيباً مختصاً راتبه الشهر ثلاثون ألف درهم . كما لا يتناسب أيضاً مع الظروف الاقتصادية الحالية لمدينة أبو ظبي إذ النفقة يراعى في تقديرها سعة المنفق وحال المنفق عليه والوضع الاقتصادي زماناً ومكاناً على ألا تقل عن حد الكفاية والمادة ١٨ مكرراً ثانياً من قانون الأحوال الشخصية المصري المطلوب تطبيقه ألزمت الأب بنفقة أولاده وبما يكفل لهم العيش في المستوى اللائق بأمثالهم . والنفقة تقدر بحسب يسر المنفق وحال المنفق عليه ويجب ألا تقل عن حد

الكفاية حسب الوضع الاقتصادي للبلد والمطعون ضده (أب المحضونين) وضعه الاجتماعي مرموق (طبيب اختصاصي في جراحة القلب) ولداه يجب ان يعيشا في مستوى يتناسب ووضع الاجتماعي الذي يعيشه هو لا كما يعيش عامة الناس .

والحكم المطعون فيه لما قضى بمبلغ ٥٠٠٠ درهم شهرياً نفقة الولدين ومبلغ (٧٠٠) درهم شهرياً أجرة الحاضنة يكون خالف القانون يتعين نقضه جزئياً في هذا الشق منه.

وتنعى في السبب الرابع كون الحكم خطأ لما رفض تحويل مسكن الزوجية الكائن في جزيرة أبو ظبي إلى مسكن حضانة مخالفاً في ذلك المادة ١٨ مكرراً ثالثاً من قانون الأحوال الشخصية المصري المطلوب تطبيقه والتي جاء فيها ((على الزوج المطلق ان يهيئ لصغاره من مطلقة لحضانتهم المسكن المستقل المناسب ، فإذا لم يفعل خلال مدة العدة استمروا في شغل مسكن الزوجية المؤجر من المطلق مدة الحضانة، وإذا كان مسكن الزوجية غير مؤجر كان من حق الزوج المطلق ان يستقل به إذا هيا لهم المسكن المستقل المناسب بعد انقضاء مدة العدة . ويخير القاضي الحاضنة بين الاستقلال بمسكن الزوجية، وبين ان يقدر لها أجر مسكن مناسب للمحضونين ولها))

والمحكمة بعدم تخييرها للطاعة رغم انها اختارت تحويل مسكن الزوجية إلى مسكن حضانة تطبيقاً للمادة ١٨ مكرراً ثالثاً المشار إليها أعلاه يكون حكمها خالف النص القانوني الواجب التطبيق على الواقعة .

وحيث إن ما تنعاه الطاعة غير سديد، ذلك أولاً أنها لا تنفي ان المحل الذي يسكنه المطعون ضده مؤجر في ملكية غيره . ثانياً كما لا تنفي ان المحل الذي تسكنه والمحضونين هو الذي يؤدي أجره الشهري . وبذلك فالدفع الذي تتمسك به من كون القاضي لم يخيرها بين الاستقلال بمسكن الزوجية وبين ان يقدر لها أجر مسكن مناسباً للحضانة ليس له محل مادام ثبت ان المحل الذي يسكنه المطعون ضده ليس في ملكه ومحكمة البداية المؤيد حكمها بالحكم المطعون فيه لما عللت بكون الثابت من وثائق الملف ان المدعى عليه (المطعون ضده) يستأجر المسكن الذي يقيم فيه حالياً منذ قدومه إلى دولة الإمارات العربية المتحدة والذي بقاؤه فيه بصفة مؤقتة ومرهون بفترة قد تطول أو تقصر، وان مسكن الزوجية الذي تعنيه المادة ١٨ مكرر ثالثاً من قانون الأحوال الشخصية المصري ينطبق على المسكن الكائن في بلدها مصر وليس المسكن الكائن في جزيرة أبو ظبي . تكون قد طبقت القانون تطبيقاً سليماً ويكون ما أثير غير سديد حرياً بالرفض .

الرئيس : المستشار / محمد الأمين محمد بيب - رئيس الدائرة.

الأعضاء : المستشار / عبدالسلام الخراز

المستشار / عبد الكريم فرعون

٥٥ ش - (الطعن رقم ٢٠١٠ لسنة ٢٠١٠ س ٤ ق. أ) جلسة ٢٠١١/٤/٦ (أحوال شخصية)

نفقة. أحوال شخصية. شريعة إسلامية. محكمة الموضوع «سلطانها». إثبات «بوجه عام».

■ زيادة النفقة المفروضة على المنفق. دون النظر إلى قدرته على الانفاق بالنظر إلى دخله والتزاماته الأخرى. مخالفة للقانون وخطأ في تطبيقه. أساس ذلك؟ مثال.

المحكمة

حيث يؤخذ من وقائع الدعوى وسائر وثائقها ومن الحكم المطعون فيه أن المطعون ضدها أقامت الدعوى رقم ٢٠١٠/١١٠٣ أمام محكمة أبو ظبي الابتدائية بمواجهة الطاعن طلبت في ختامها الحكم بالزام المدعى عليه بزيادة نفقة أولادها منه و إلى مبلغ ١٥٠٠٠ درهم وتسجيل الولد خليفة لدى الشؤون الاجتماعية وبتوفير خادمة له لكونه من ذوي الاحتياجات الخاصة، وذلك على سند من القول أنها مطلقة على المدعى عليه وأن محكمة العين الشرعية زادت النفقة إلى ستة آلاف درهم شهرياً بتاريخ ٢٠٠٩/٣/١٥ إلا أنها تطلب زيادتها مرة أخرى نظراً لغلاء الأسعار فضلاً عن أن هذا المبلغ شامل المسكن والمأكل والمشرب وأجرة الحضانة وإن المدعى عليه ميسور الحال مما دعاها لإقامة الدعوى.

وبتاريخ ٢٠١٠/١١/٣٠ حكمت محكمة البداية بالزام المدعى عليه بأن يؤدي للمدعية ثلاثة آلاف درهم زيادة في نفقة الأولاد و بالسوية فيما بينهم من تاريخ المطالبة القضائية لتكون أصلاً وزيادة مبلغ تسعة آلاف درهم شهرياً، وإلزامه بتسجيل ابنه خليفة بالشؤون الاجتماعية وبتوفير خادمة لابن المذكور وسداد راتبها الشهري وألزمته بالمصاريف ومقابل أتعاب المحاماة. فاستأنفت المطعون ضدها هذا الحكم تحت رقم ٢٠١٠/١٠٧٩، كما استأنفته الطاعن تحت رقم ٢٠١٠/١١١٣ بتاريخ ٢٠١١/١/٣١ وبتاريخ ٢٠١١/١/٣١ حكمت محكمة الاستئناف بعد ضم الاستئنافين وقبولهما شكلاً برفضهما وتأيد الحكم المستأنف وتحميل كل مستأنف رسوم ومصاريف استئنافه.

لم يرض الطاعن بهذا الحكم فأقام عليه طعنه المائل وقدمت النيابة العامة مذكرة رأت فيها تفويض الرأي للمحكمة، ورأت هذه الأخيرة في غرفة المشورة أن الطعن جدير بالنظر فحددت لنظره جلسة.

وحيث ينعى الطاعن على الحكم المطعون فيه الخطأ في تطبيق القانون والشريعة الإسلامية ويحمل ذلك في قوله أنه كان على المحكمة عدم زيادة النفقة لأنه أثبت أنه معسر وأن ظروفه تغيرت للأسوأ وأن عليه التزامات مالية لبنك الاتحاد الوطني ولديه ثلاث زوجات وأربعة عشر ولداً منهن غير أولاده من المطعون ضدها وعليه

التزامات مالية مختلفة ومدين للمدعو ولا يستطيع دفع ما قضت به المحكمة مما يكون معه الحكم المطعون فيه مستوجبا للنقض.

وحيث إن هذا النعي سديد، ذلك أن الحكم المطعون فيه على ما يبين من مدوناته قد أقام قضاءه بتأييد الحكم المستأنف بإلزام الطاعن بدفع نفقة لأولاده الثلاثة قدرها تسعة آلاف درهم أصلا وزيادة شاملة المأكل والمسكن والملبس وتوفير خادمة لابنه لكونه من ذوي الاحتياجات الخاصة، دون التأكد من أن وضعه المالي تغير عما كان عليه عند صدور الحكم الاستئنافي رقم ٢٠٠٩/٥٩ من محكمة استئناف العين بتاريخ ٢٠٠٩/٢/٤، بل أن البين من أوراق الدعوى أن الطاعن قد أحيل على التقاعد وأن راتبه التقاعدي أصبح ٥٨٢٩ درهم مما يعني أن دخله نقص عما كان عليه عند فرض النفقة بالحكم الصادر عن محكمة استئناف العين المشار إليه أعلاه، كما يتبين من كتاب قاضي دائرة التنفيذ الأولى بمحكمة العين المحفوظ ضمن أوراق الملف أن الطاعن ملتزم بدفع مبلغ وقدره ٧٥٠٠ درهم للمطعون ضدها منها ٦٠٠٠ درهم نفقة للصغار و ٩٠٠ درهم مصاريف التنقل و ٦٠٠ درهم أجره خادمة وأن الاستقطاع ما زال مستمرا من راتبه.

لما كان ذلك وكان الحكم المطعون فيه قد خالف الثابت في أوراق الدعوى من حيث سعة الطاعن وقضى بزيادة النفقة المفروضة للصغار الثلاث لتصبح أصلا وزيادة تسعة آلاف درهم شهريا وقضى بتوفير خادمة للابن على الرغم من أنه يقوم بدفع مبلغ ٦٠٠ درهم شهريا للمطعون ضدها بدل أجره خادمة، فإنه يكون غير قائم على أساس من القانون حريا بالنقض في هذا الشق منه.

الرئيس : المستشار / محمد الأمين محمد بيب – رئيس الدائرة.

الأعضاء : المستشار / عبدالسلام الخراز

المستشار / عبد الكريم فرعون

٥٦ ش - (الطعن رقم ١١٨٧ لسنة ٢٠١٠ س ٤ ق. أ) جلسة ٢٠١١/٣/٩ (أحوال شخصية)

نفقة. حضانة. خلع. حكم» تسببيه. تسبیب غیر معيب». «نقض» أسباب الطعن بالنقض. ما لا يقبل منها. أحوال شخصية. مذاهب فقهية. شريعة إسلامية.

■ البدل في الخلع. ما هيته؟

■ عدم جواز الخلع بالإتفاق على التخلي عن نفقة الأولاد أو حضانتهم. المادة ١١٠ من قانون الأحوال الشخصية. علة ذلك؟

■ ما تشتمل عليه النفقة في معنى المادة ٦٣ من ذات القانون. ما هيته؟

■ الإتفاق على إسقاط نفقة المحضونين. غير ملزم للأم الحاضنة. المادة ٢/١١٠ من ذات القانون.

المحكمة

حيث يؤخذ من وقائع الدعوى وسائر وثائقها ومن الحكم المطعون فيه أن المطعون ضدها أقامت الدعوى رقم ٢٠١٠/٧٨٢ أمام محكمة أبو ظبي الابتدائية بمواجهة الطاعن طلبت في ختامها إلزام الطاعن بأن يؤدي لها نفقة عدة ومتمعة واثبات حضانة وأجرة حضانة وتوفير مسكن حضانة وذلك على سند من القول انها كانت زوجة للطاعن وطلقها ورزقا أثناء قيام الزوجية ابنتهما التي بيدها بعد الطلاق.

وبتاريخ ٢٠١٠/١٠/١١ حكمت محكمة البداية برفض طلب نفقة العدة وتحمل المدعية الرسوم والمصاريف وبعد جواز نظر الدعوى فيما عدا ذلك من طلبات لسبق الفصل فيها. فاستأنفت المطعون ضدها هذا الحكم تحت رقم ٢٠١٠/٩١٥، وبتاريخ ٢٠١٠/١١/٨ حكمت محكمة الاستئناف بإلغاء الحكم المستأنف فيما قضى به بشأن مسكن الحضانة والحكم بإلزام المستأنف ضده بأن يؤدي للمستأنفة أجرة مسكن حضانة مبلغ ألف وخمسمائة درهم شهريا لحين توفيره مسكنا للحضانة مكون من غرفة وصالة ومنافعه ببني ياس مناسب ومؤثث وبتأييد الحكم المستأنف فيما عدا ذلك وألزم المستأنفة المناسب من المصاريف.

فلم يرض الطاعن بهذا الحكم فأقام عليه طعنه المائل وقدمت النيابة العامة مذكرة رأيت فيها قبول الطعن شكلا وفي الموضوع تفويض الرأي للمحكمة، ورأت هذه الأخيرة في غرفة المشورة ان الطعن جدير بالنظر فحددت لنظره جلسة.

وحيث ينعي الطاعن على الحكم المطعون فيه مخالفة أحكام القانون والشريعة الإسلامية الغراء تطبيقا

وتفسيراً والقضاء بما يخالف اتفاق الطرفين الثابت في الأوراق والفساد في الاستدلال والقصور المبطل في الأسباب ويجعل ذلك بقوله ان الحكم المطعون فيه اخطأ من حيث قضاؤه للمطعون ضدها بأجرة مسكن حضانة خلافا لما تم الاتفاق عليه بين الطرفين أمام التوجيه الأسري الذي بين التزامات الطاعن فيما يخص مسكن الحضانة وانهما اتفقا على موضوع السكن في بلدهما بعد عودته إليها وفي حال عودتها إذا لم تحصل على فرصة عمل في الدولة حيث تتحمل هي أجرة المسكن والتطبيب وإذ قضى الحكم المطعون فيه بغير ما اتفق عليه الطرفان فإنه يكون غير قائم على أساس من القانون حريا بالنقض.

وحيث إن هذا النعي غير سديد، ذلك ان المادة ١١٠/٢ من قانون الأحوال الشخصية نصت على انه: «.....، ولا يصح التراضي على إسقاط نفقة الأولاد أو حضانتهم». وجاء في المذكرة الإيضاحية لهذا القانون تعليقا على هذه المادة ما يلي: «ولما كان البذل في الخلع، هو في مقابل افتداء الزوجة نفسها من العصمة الزوجية، فإنه لا يصح ان يكون متعلقا به حق الأولاد، كنفقتهم أو حضانتهم، فقد جاءت المادة ١١٠ من هذا القانون في فقرتها الثانية صريحة في انه لا يجوز الخلع بالتخلي عن نفقة الأولاد أو حضانتهم وقد أخذ القانون في مسألة عدم جواز الاتفاق على إسقاط نفقة الأولاد برأي من يرى من الفقهاء ان النفقة هي حق للمحزون وليس للحاضن ومن ثم فلا يصح تنازله عنها.

لما كان ذلك، وكانت المادة ٦٣ من قانون الأحوال الشخصية نصت على ان: «تشمل النفقة الطعام والكسوة والمسكن والتطبيب والخدمة.... الخ». مما يعني ان المسكن هو من مشتملات النفقة التي لا يجوز الاتفاق على إسقاطها ان كانت تخص الأولاد المحزونين، وكان الثابت من الأوراق ان طرفي الدعوى ابرما أمام التوجيه الأسري الاتفاق الذي اعتمد عليه الطاعن في طعنه بتاريخ ٢٠١٠/٧/٨ أي في ظل سريان قانون الأحوال الشخصية الحالي، فان ما يتعلق من هذا الاتفاق بسقوط حق المطعون ضدها كأم في مسكن حضانة بنتها من الطاعن يكون غير صحيح وغير ملزم لها عملا بالمادة ١١٠/٢ من قانون الأحوال الشخصية السالف ذكرها.

ولما كان الحكم المطعون فيه سار في هذا الاتجاه وقضى بإلغاء الحكم المستأنف فيما قضى به بشأن مسكن الحضانة والحكم بإلزام الطاعن بأن يؤدي للمطعون ضدها أجرة عن مسكن حضانة مبلغ ألف وخمسمائة درهم شهريا لحين توفيره مسكنا للحضانة مكونا من غرفة وصالة ومنافعه ببني ياس مناسب ومؤثث، فإنه يكون مصيبا فيما ذهب إليه وعليه يكون النعي غير قائم على أساس من القانون حريا بالرفض.

الرئيس : المستشار / محمد الأمين محمد بيب - رئيس الدائرة.

الأعضاء : المستشار / بادي محمد الجرام

المستشار / عبد الكريم فرعون

٥٧ ش - (الطعن رقم ١١٤٣ لسنة ٢٠١٠ س ٤ ق. أ) جلسة ٢٠١١/١٢ (أحوال شخصية)

نفقة. حكم «حجته» «تسببه» . تسبب غير معيب». نقض «أسباب الطعن بالنقض. ما يقبل منها». قوة الأمر المقضي به». إثبات «قوة الأمر المقضي به».

■ الأحكام الصادرة في النفقة حجيتها موقوته. جواز إعادة النظر في زيادتها أو نقصانها بعد مضي عام على الحكم بها. المادة ٦٤ / ١ ، ٢ من قانون الأحوال الشخصية. مثال.

المحكمة

حيث يؤخذ من وقائع الدعوى وسائر وثائقها ومن الحكم المطعون فيه أن الطاعن أقام الدعوى رقم ٢٠١٠/٦٨٩ أمام محكمة أبوظبي الابتدائية بمواجهة المطعون ضدها طلب في ختامها الحكم له بتخفيض أجره مسكن الحضانة وجعله ٢٩,٤٩١ درهم فقط وإلزام المدعى عليها بالمصاريف ومقابل أتعاب المحاماة ، وذلك على سند من القول ان المدعى عليها كانت زوجته بصحيح العقد الشرعي وقد رزق منها على فراش الزوجية بابنته وبتاريخ ٢٠١٠/٩/١٢ تم الاتفاق بينهما على الطلاق وان يقوم بتوفير مسكن الحضانة، وكان يدفع الإيجار بواقع ٢٦,٧٥٠ درهم من خلال عقد الإيجار المبرم باسم والد المدعى عليها وأقامت الأخيرة دعوى طالبت فيها بزيادة أجره المسكن وقضي لها بأجرة مسكن بواقع ستة آلاف درهم شهريا، وقد أقام المدعي دعوى بغية إثبات حالة مسكن الحضانة وبين الخير المنتدب ان القيمة الاجارية للمسكن هي ٢٦,٧٥٠ درهم للفترة ما بين ٢٠٠٧/٨/٩ و ٢٠٠٨/٨/٨ وزيادة بنسبة ٥٪ سنويا للسنوات اللاحقة مما دعاه لإقامة الدعوى مطالبا بتخفيض الأجرة المفروضة عليه.

وبتاريخ ٢٠١٠/٨/٢٦ حكمت محكمة البداية برفض الدعوى. فاستأنف الطاعن هذا الحكم تحت رقم ٢٠١٠/٨٤٥، وبتاريخ ٢٠١٠/١٠/٢٦ حكمت محكمة الاستئناف بقبول الاستئناف شكلا وفي الموضوع برفضه وتأيد الحكم المستأنف وتحميل المستأنف الرسوم والمصروفات. فلم يرض الطاعن بهذا الحكم فأقام عليه طعنه المائل وقدمت المطعون ضدها مذكرة جوابية كما قدمت النيابة العامة مذكرة رأيت فيها قبول الطعن شكلا وفي الموضوع تفويض الرأي للمحكمة، ورأت هذه الأخيرة في غرفة المشورة ان الطعن جدير بالنظر فحددت لنظره جلسة.

وحيث ينعي الطاعن على الحكم المطعون فيه الخطأ في تطبيق القانون وتفسيره وتأويله والإخلال بحق

الدفاع ويحمل ذلك بقوله ان الحكم المطعون فيه أخطأ ان قضى بسبقية الفصل في الدعوى بموجب حكم النقض ٢٠٠٨/١٢٢، إذ ان القانون أجاز طلب زيادة النفقة أو إنقاصها بعد مرور عام من آخر دعوى مقامة أمام المحاكم، كما أخطأ عندما قضى بإبقاء أجره المسكن المفروضة سابقا على حالها على الرغم من ان المطعون ضدها تدفع بدل إيجار سنوي مقداره ٢٩,٤٩١ درهم وقد اثبت الطاعن ذلك في حين انه يقوم بدفع مبلغ ستين ألف درهم سنويا وبالتالي فهي تستولي على الفرق دون وجه حق مما يتعين معه نقض الحكم المطعون فيه.

وحيث إن هذا النعي شديد، ذلك ان أجره المسكن هي من مشتملات النفقة والتي يجوز سماع الدعوى بزيادتها أو نقصانها بعد مضي سنة على فرض النفقة طبقا لأحكام المادة ٦٤ / ١ من قانون الأحوال الشخصية التي تنص على انه « يجوز زيادة النفقة وإنقاصها تبعا لتغير الأحوال ولا تسمع دعوى الزيادة او النقصان قبل مضي سنة على فرض النفقة إلا في الأحوال الاستثنائية. » والثابت من تاريخ الحكم الصادر عن محكمة النقض رقم ٢٠٠٨/١٢٢ الذي قضى بتأييد الحكم الاستثنائي الذي فرض أجره المسكن المطلوب إنقاصها أنه مر على سببية تحديدها أزيد من سنة ، لذلك تكون شروط دعوى إنقاص أجره المسكن وحسب الوارد في المادة ٦٤ المشار إليها متوافرة، وبالتالي يكون الاحتجاج بسبقية البت غير شديد، طالما ان الأحكام الصادرة بخصوص النفقة (ومن مشتملاتها أجره المسكن) تكتسي حجية مؤقتة تتغير بتغير ظروف فرضها المنصوص عليها في الفقرة الثانية من المادة ٦٢ من ذات القانون.

لما كان ذلك وكان الطاعن قد اثبت من خلال عقد إيجار الشقة التي تستعملها المطعون ضدها والذي أقرت المطعون ضدها بصحته، ومن تقرير الخبرة المودع في الدعوى ٢٠٠٩/٣٢٦ المرفوعة من الطاعن ضد المطعون ضدها لدى لجنة فض المنازعات الايجارية أن بدل أجره الشقة المذكورة هو مبلغ ٢٩,٤٩١ درهم سنويا، في حين يقوم الطاعن بدفع مبلغ ستين ألف درهم بموجب الحكم المؤيد بحكم محكمة النقض رقم ٢٠٠٨/١٢٢ المشار إليه أعلاه فيكون ما ذهب إليه الحكم المطعون فيه من الاحتجاج بسبقية الفصل في الدعوى وعدم إنقاص بدل أجره المسكن الذي تقطنه المطعون ضدها إلى المبلغ الفعلي الذي تدفعه غير قائم على أساس من القانون مما يكون معه الحكم المطعون فيه حريا بالنقض وتقضي المحكمة حسب ما هو وارد في المنطوق.

الرئيس : المستشار / محمد الأمين محمد بيب - رئيس الدائرة.

الأعضاء : المستشار / بادي محمد الجرام

المستشار / عبد الكريم فرعون

٥٨ ش - (الطعن رقم ١١٨٧ لسنة ٢٠١٠ س ٤ ق. أ.) جلسة ٢٠١١/٢/٩ (أحوال شخصية)

(الطعن رقم ١٠٧٢ لسنة ٢٠١٠ س ٤ ق. أ.) جلسة ٢٠١١/١/٥ (أحوال شخصية)

١ (نفقة. أحوال شخصية. شريعة إسلامية. حكم) تسببيه. تسبیب غیر معيب». نقض» أسباب الطعن بالنقض. ما لا يقبل منها». إثبات» بوجه عام» قانون» الخطأ في تطبيق القانون.

- استحقاق الزوجة للنفقة الزوجة من تاريخ خروجها من منزل الزوجية وإمتناع زوجها عن الإنفاق عليها.
- قضاء الحكم المطعون فيه بالنفقة لها من تاريخ المطالبة القضائية برغم ثبوت خروجها من منزل الزوجية وإمتناع زوجها عن الإنفاق عليها في تاريخ سابق على المطالبة القضائية. مخالفة للقانون.

٢ (نفقة. حكم) تسببيه. تسبیب معيب». نقض» أسباب الطعن بالنقض. ما لا يقبل منها». إثبات» بوجه عام». قانون» الخطأ في تطبيق القانون. شريعة إسلامية. مذاهب فقهية. أحوال شخصية.

- وجوب نفقة للزوجة على زوجها بالعقد الصحيح. متى سلمت إليه نفسها ولو حكماً. المادة ٦٦ من قانون الأحوال الشخصية.

■ وجوب النفقة لها من تاريخ الإمتناع عن أدائها. وإعتبارها دينا على الزوج دون توقف على قضاء أو رضا. ولا تسقط إلى بالأداء. المادة ٦٧٥ من ذات القانون.

■ عند تقدير النفقة. وجوب مراعاة سعة المنفق وحال المنفق عليه والوضع الإقتصادي زماناً ومكاناً على ألا تقل عن حد الكفاية.

■ سلطة محكمة الموضوع في تقدير النفقة. شرطه. أن يكون تقديرها سائغاً. مخالفة ذلك. عيب. مثال لتقدير غير سائغ لنفقة لم يراعي فيها يسار الزوج.

٣ (نفقة. مسكن الزوجية. حكم) تسببيه. تسبیب معيب». نقض» أسباب الطعن بالنقض. ما يقبل منها». شريعة إسلامية. مذاهب فقهية.

- وجوب تهيئة الزوج لزوجته منزلاً للزوجية يتناسب مع حالتها ويليق بأمثالها.
- إعتبار الحكم المنزل المشترك الذي أعده الزوج لزوجته. منزلاً مناسباً لها. مخالفة للقانون وخطأ في تطبيقه. أساس ذلك؟

٤ (نفقة. حكم) تسببيه. تسبیب معيب». نقض » أسباب الطعن بالنقض. ما لا يقبل منها».

أحوال شخصية. مذاهب فقهية.

■ وجوب إعدام الزوج والأب الملى لزوجته التي في عصمته وولده المحتاج لخدمه. ولو كانت الزوجة خارج بيت الزوجية. أساس ذلك؟ مثال.

المحكمة

حيث يؤخذ من وقائع الدعوى وسائر وثائقها ومن الحكم المطعون فيه أن الطاعنة أقامت بتاريخ ٢٩/٤/٢٠١٠ الدعوى رقم ٢٣٤/٥١٠/٢٠١٠ أمام محكمة أبو ظبي الابتدائية بمواجهة المطعون ضده طلبت في ختامها إلزامه بتوفير مسكن للزوجية ملائم لحالتها ومؤثث وغير مشغول من الغير وبأدائه لها نفقتها ونفقة ولديها منه محمد واليازية مبلغ ٢٥٠٠٠ درهم اعتبارا من تاريخ توقفه عن الأداء في ٥/١٢/٢٠٠٩ وبإعادة توفير ما كان موفرا لها ولولديها من سيارة وسائق ودفع نفقة استقدامه وأجره وتوفير خادمتين لإعانتها على خدمة ولديها ومرافقتها وتوفير مدرسين للولدين وأداء مصروفاتهما للساعات التدريسية لهما وبأن يسلم لها صورة معتمدة من جوازي سفري الولدين، وصورة القيد العائلي وشهادتي ميلادهما وبطائقيهما الصحييتين والهويتين وتحمله المصروفات ومقابل أتعاب المحاماة، وذلك على سند من القول انها زوجة للمدعى عليه بمقتضى عقد شرعي ولا زالت وأنجبت منه على فراش الزوجية الولدين البالغ من العمر سبع سنوات والبنت البالغة من العمر ثلاث سنوات ومنذ ٥/١٢/٢٠٠٩ أهملها وولديها وتركها بدون نفقة ولم يوفر لها مسكن للزوجية مستقلا إذ أن المسكن الذي كانت تقيم فيه مشتركا مع باقي أفراد أسرته.

وبتاريخ ٢١/٦/٢٠١٠ حكمت محكمة البداية بإلزام المدعى عليه بأن يؤدي للمدعية مبلغ ثلاثة آلاف درهم شهريا نفقتها ومبلغ ثلاثة آلاف درهم شهريا نفقة الولدين محمد واليازية شاملة الطعام والكسوة تسري اعتبارا من تاريخ المطالبة القضائية ٢٩/٤/٢٠١٠ على أن يخصم منها ما عسى أن يكون قد حصل منها من نفقة مؤقتة. وبإلزامه بتسليمها بطاقة الصحة وبطاقة الهوية الخاصة بالولدين. وتوفير خادمة وسائق وسيارة على أن يتحمل تكاليف استقدامهما وأجرهما. ورفض ما عدا ذلك من الطلبات، وتحمله المصروفات ومقابل أتعاب المحاماة. فاستأنف الحكم كل من الطرفين الأولى تحت رقم ٦٦٩/٢٠١٠ والثاني تحت رقم ٧٠٢/٢٠١٠.

وبتاريخ ١٢/١٠/٢٠١٠ حكمت محكمة الاستئناف بإلغاء الحكم المستأنف فيما قضى به من إلزام المدعى عليه بتوفير خادمة وسيارة وسائق والحكم برفض الطلب في شأن ذلك وتأبيده فيما عدا ذلك وتحمل كل مستأنف رسوم ومصروفات استئنافه.

ولم ترض الطاعنة هذا الحكم فأقامت عليه طعنها المائل بالنقض بتاريخ ٤/١١/٢٠١٠ وقدمت النيابة العامة

مذكرة فوضت في ختامها الرأي للمحكمة ورأت هذه الأخيرة في غرفة المشورة ان الطعن جدير بالنظر فحددت لنظره جلسة.

وحيث تنعى الطاعنة على الحكم المطعون فيه الفساد في الاستدلال والقصور في التسبيب والخطأ في تطبيق القانون، وتجمل ذلك في أربعة أسباب:

السبب الأول: وفيه تقول الطاعنة ان الحكم المطعون فيه المؤيد للحكم الابتدائي القاضي برفض طلب نفقتها السابقة وقضى بها من تاريخ المطالبة فقط مؤسساً ذلك على انها لم تثبت عدم إنفاقه عليها رغم انها لم تكن تقيم في منزل الزوجية والمطعون ضده وان ادعى الإنفاق إلا انه لم يثبت ذلك وكان على المحكمة ان تجري بحثاً إلا انها لم تفعل مما يجعل حكمها حرياً بالنقض.

وحيث إن هذا النعي سديد، ذلك ان الثابت من الحكم الابتدائي رقم ٢٠١٠/٤٧٣ القاضي بإلزام الطاعنة بالطاعة الزوجية والعودة إلى منزل الزوجية الصادر بتاريخ ٢٠١٠/٧/٦ ان الدعوى مقيدة بتاريخ ٢٠١٠/٤/١٥، كما ان ملف التوجيه الأسري الخاص بذات الدعوى يشير إلى انه صادر بتاريخ ٢٠١٠/٣/٢٩ وينص في سند الإقرار والاتفاق بين الطرفين في الملف رقم ٢٠١٠/٢٥٢ المحفوظ فيها إثبات تعهد المطعون ضده بإحضار ابنه (المولود بتاريخ ٢٠٠٣/٧/٨) إلى بيت والدته الخ ما جاء في السند المذكور، مما يعني ان الطاعنة لم تكن في منزل الزوجية في ذلك التاريخ.

لما كان ذلك وكان المطعون ضده لم ينازع الطاعنة في تاريخ خروجها من المنزل وهو ٢٠٠٩/١٢/٥ وكانت الطاعنة قد طالبت بالنفقة من هذا التاريخ وهو تاريخ خروجها من مسكن الزوجية وامتناع الزوج عن الإنفاق عليها، فإنها تستحق النفقة اعتباراً من تاريخ امتناع الزوج عن الإنفاق الذي ادعته الطاعنة، وليس من تاريخ المطالبة القضائية كما ذهب إلى ذلك الحكم المطعون فيه مما يجعله مخالفاً للقانون حرياً بالنقض.

السبب الثاني: وفيه تقول الطاعنة ان الحكم المطعون فيه لم يراع ملاءة المطعون ضده عند فرض النفقة للطاعنة وللولدين، ذلك ان الشهادة التي قدمها المطعون ضده والتي تفيد ان راتبه هو ١٣,٠٠٠ درهم شهرياً صادرة من إحدى الشركات المملوكة له وانه يملك إضافة إلى ذلك أكثر من عشرين شركة أخرى وبالتالي فقد كان على المحكمة المطعون في حكمها زيادة النفقة لتتناسب مع حاله وأحوال المنفق عليها وحيث انها لم تفعل فان حكمها المطعون فيه يستوجب النقض.

وحيث إن هذا النعي سديد، ذلك ان الثابت من شهادة الراتب التي قدمها المطعون ضده انها صادرة من مؤسسة للوكالات التجارية وثابت أيضاً من كتاب دائرة التنمية الاقتصادية تاريخ ٢٠١٠/٥/٢٣ ان المطعون ضده هو مالك المؤسسة المذكورة، كما انه ثابت أيضاً من كتاب دائرة التنمية الاقتصادية المشار إليه ان المطعون ضده شريك أو وكيل أو مالك لحوالي عشرين شركة ومؤسسة مختلفة مما يعني انه مليء.

لما كان ذلك وكانت المادة ٦٦ من قانون الأحوال الشخصية توجب نفقة الزوجة على زوجها بالعقد الصحيح إذا سلمت نفسها إليه ولو حكما وكانت المادة ٦٧ من ذات القانون تعتبر نفقة الزوجة من تاريخ الامتناع عن الإنفاق مع وجوبه ديناً على الزوج بلا توقف على القضاء أو التراضي ولا تسقط إلا بالأداء أو الإبراء. وكانت المادة ٦٣ من ذات القانون توجب ان يراعى في تقدير النفقة سعة المنفق وحال المنفق عليه والوضع الاقتصادي زماناً ومكاناً على ان لا تقل عن حد الكفاية ، وكان لمحكمة الموضوع كامل السلطة في تقدير النفقة ما دام قضاؤها سائغاً وله أصل ثابت في الأوراق.

لما كان ذلك، وكان المطعون ضده مليوناً فان ما قضت به محكمة الموضوع من تقدير مبلغ ثلاثة آلاف درهم شهرياً للطاعة كنفقة تشمل الطعام والكسوة ومبلغ ثلاثة آلاف درهم للولدين لا يتناسب مع سعة المنفق المتمثلة بامتلاكه أو مشاركته أو بوكالته عن حوالي عشرين شركة و مؤسسة وحال المنفق عليهم مما يجعل الحكم المطعون فيه إذ لم يراع ذلك مخالف للقانون حرياً بالنقض وتقضي المحكمة بأن تكون نفقة الزوجة خمسة آلاف درهم شهرياً ونفقة الولدين ستة آلاف درهم شهرياً بالسوية بينهما كما سيأتي في المنطوق.

السبب الثالث: وفيه تقول الطاعن ان الحكم المطعون فيه التفت عن طلبها في شأن إلزام المطعون ضده بسكن مناسب ومؤثت باعتبار ان مسكن الزوجية الذي أعده لها مشتركاً مع أهله في الحوش والمدخل والحمام وان ذلك يلحق بها ضرراً مما يستوجب نقضه.

وحيث إن هذا النعي سديد ، ذلك ان المادة ٧٤ من قانون الأحوال الشخصية أوجبت على الزوج ان يهيئ لزوجته في محل إقامته مسكناً ملائماً يتناسب وحالتيهما وان من المقرر شرعاً ان من حقوق الزوجة الأساسية على الزوج أن يوفر لها مسكناً يليق عادة بأمثالها. انظر حاشية الدسوقي ٥٠٩/٢ وبهجة على التحفة ٣٩٥/١ ، ومؤدى ذلك أن الطاعة الزوجية بما تشمله من استمتاع الزوج بزوجته لا تتأتى عادة إلا بتوفير المسكن الشرعي الذي هو المحل المناسب لذلك والذي هو حق أساسي من حقوق الزوجة على زوجها فإذا لم يوفره الزوج على الوجه المطلوب شرعاً كان مقصراً في أداء ما وجب عليه للزوجة .

لما كان ذلك وكان الثابت من الأوراق أن المسكن الذي وفره الطاعن لا تتوفر فيه شروط المسكن الشرعي لما جاء في تقرير لجنة المصالحة من أن المسكن الذي وفره المطعون ضدها للطاعة عبارة عن جزء في الدور الأول من فيلا عائلة المطعون ضده وله باب مستقل ويشترك مع مسكن العائلة في الحوش والمدخل ويتكون من غرفة نوم كبيرة مع غرفة الملابس وصالة ومطبخ تحضيري وحمام مشترك، لان كونه مشتركاً في المدخل والحوش والحمام لا يجعله مسكناً شرعياً .

لما كان ذلك، وكان الحكم المطعون فيه اعتبر ان المسكن الذي وفره المطعون ضده كمسكن للزوجية مسكناً شرعياً مناسباً خلافاً لما تقدم فانه يكون مخالفاً للقانون وللمشهور من مذهب الإمام مالك الذي أحال إليه قانون الأحوال الشخصية في مادته الثانية الفقرة الثالثة مما يجعله حرياً بالنقض .

السبب الرابع: وفيه تنعى الطاعنة على الحكم المطعون فيه خطأه بعدم الحكم لها بتوفير خادمة وسائق وسيارة على ان يتحمل المطعون ضده تكاليف استقدامهما ورواتبهما لانها بحاجة إلى الخادمة للمساعدة في خدمة المحضونين والسيارة والسائق لتنقلاتهما وإذ قضى الحكم المطعون فيه خلاف ذلك فانه يكون مستوجبا للنقض.

وحيث إن هذا النعي شديد، ذلك ان الطاعنة لا زالت زوجة للمطعون ضده وان توفير الخادمة ودفع أجرتها هو واجب على الأب المليء، فالفقه المالكي المعمول به في الدولة أوجب على الأب المليء اخدام ولده المحضون إن احتاج لخدم.

قال الشيخ ألدوي في حاشيته على شرح الشيخ الخرشي الجزء الخامس صفحة ٢٢٦ لدى قول الشيخ خليل في باب النفقة « وخادما وخادم زوجة الأب ». والذي في المدونة ان على الأب ان يخدم الولد في الحضانة إن احتاج وكان الأب مليئاً أهـ. وكذلك فان من واجب المطعون ضده توفير سيارة وسائق للطاعنة ولديها لقضاء حاجاتهم اليومية طالما انها لا زالت زوجة وهذه الخدمات هي جزء من النفقة التي يلزم بها المطعون ضده، والمحكمة المطعون في حكمها بتعليقها بأنه ليس من حق الطاعنة المطالبة بما تطالب به من تلك الخدمات وهي خارجه عن بيت الزوجية بدون مبرر مشروع تكون قد خالفت الشرع والقانون في ضوء ما بيناه من عدم توفير المطعون ضده للمسكن الشرعي لها خاصة وانها أبدت استعدادها للعودة للحياة الزوجية في حال توفر مسكن شرعي مناسب لها وعليه فان الحكم المطعون فيه إذ خالف هذا النظر يكون حرياً بالنقض.

الرئيس : المستشار / محمد الأمين محمد بيب – رئيس الدائرة.

الأعضاء : المستشار / بادي محمد الجرام

المستشار / عبد الكريم فرعون

٥٩ ش - (الطعن رقم ٩٦٨ لسنة ٢٠١٠ س ٤ ق. أ) جلسة ٢٠١١/١/٥ (أحوال شخصية)

نفقة. شريعة إسلامية. أحوال شخصية. حكم « تسببه. تسببه غير معيب ». نقض أسباب الطعن بالنقض. ما لا يقبل منها ». إثبات « عبء الإثبات » يمين.

■ وجوب نفقة الصغير على أمه الموسرة إذا فقد الأب الذي لا مال له. أو عجز الأب المكلف بالإنفاق مادياً على ولده.

■ عبء إثبات الإعسار. ونوعه على عاتق الأب المكلف بالإنفاق. بأن يقيم البينة على أنه لا يملك مالا كافياً لنفقة أولاده لا في البلد الذي يعيش فيه ولا في غيره، وأن يحلف بذلك يميناً أمام المحكمة. أساس ذلك؟

■ عدم ثبوت فقد الأب أو إعساره. أثره: عدم جواز التزام الأم بنفقة الصغير.

المحكمة

حيث يؤخذ من وقائع الدعوى وسائر وثائقها ومن الحكم المطعون فيه أن المطعون ضده الثاني أقام لدى محكمة العين الابتدائية الدعوى رقم ٢٠١٠/٧٣ ضد المطعون ضدها الأولى (بصفقتها)، طلب بموجبها الحكم بإلزامها بالإنفاق على أبنائه القصر و على سند من القول من أنه كان قيماً على زوجته والمسؤول عن أموالها وتم إبعاده وتعيين المدعى عليها بصفقتها قيمة على أموالها.

وبتاريخ ٢٠١٠/٣/١٠ حكمت المحكمة برفض الدعوى وإلزام رافعها بالمصاريف، فاستأنف المطعون ضده الثاني هذا الحكم بالاستئناف رقم ٢٠١٠/١٤٠، وبتاريخ ٢٠١٠/٤/١١ قضت محكمة الاستئناف بقبول الاستئناف شكلاً وبرفضه موضوعاً وتأييد الحكم المستأنف.

وبتاريخ ٢٠١٠/١٠/٦، طعن الطاعن في هذا الحكم بالطعن المائل سنداً لنص المادة ١٧٤ من قانون الإجراءات المدنية لصالح القانون. ورأت المحكمة في غرفة المشورة أن الطعن جدير بالنظر، فحددت جلسة لنظره.

وحيث إن الطاعن يعنى على الحكم المطعون مخالفة القانون والخطأ في تطبيقه ويحمل ذلك في أن الرأي عند بعض فقهاء المالكية أنه في حالة عسر الأب أو عجزه أو عدم وجوده تتحمل الأم نفقة الأولاد وقد تأيد ذلك بنص المادة ٨٠ من قانون الأحوال الشخصية رقم ٢٨ لسنة ٢٠٠٥، ومن ثم فقد حسم القانون مسألة من تجب عليه

النفقة في حالة فقد الأب أو عجزه أو عسره وأوجبها على الأم الموسرة. ولما خالف الحكم المطعون فيه هذا النظر فإنه يكون حريا بالنقض.

وحيث إن هذا النعي غير منتج، ذلك أن نص المادة ٨٠ من قانون الأحوال الشخصية المشار إليها في أسباب الطعن أوجب نفقة الولد على أمه في إحدى حالتين فقط إحداهما فقد الأب الذي لا مال له والثانية عجزه ماديا عن الإنفاق على ولده، فإذا وجدت إحدى هاتين الحالتين وجبت النفقة على الأم حسب نص المادة المشار إليها، وإذا انعدمت كل من هاتين الحالتين لم تجب النفقة عليها.

لما كان ذلك وكانت أوراق الطعن خالية مما يثبت وجود إحدى هاتين الحالتين لكون موجودا مع أولاده من غير مفقود، ولكون عجزه عن الإنفاق على أولاده لم يثبت أمام القضاء على الوجه المعتبر شرعا.

ذلك أن الفقرة الثانية من المادة الثانية من قانون الأحوال الشخصية نصت على أن ما لم ينص عليه نفس القانون يرجع فيه بالدرجة الأولى إلى مشهور مذهب مالك مما مفاده أن نصوص مشهور مذهب مالك فيما لا يوجد نص عليه في قانون الأحوال الشخصية يجب قانونا التقيد بها باعتبارها هي النص الواجب التطبيق على الدعوى.

وبما أن دعوى المطعون ضده الثاني الرامية إلى أنه عاجز عن الإنفاق على أولاده من هي في واقع الأمر دعوى إفسار لكونه يدعي فيها أنه لا يملك مالا يمكنه من الإنفاق على أولاده، فيتعين والحالة هذه عليه - قبل أن يصل إلى إلزام أم الأولاد بالإنفاق عليهم - أن يثبت طبقا لنصوص مشهور مذهب مالك أنه معسر لا مال له، ولكي يثبت ذلك فلا بد أن يقوم بأمرين أحدهما أن يقيم البيئة على أنه لا يملك مالا كافيا لنفقة أولاده لا في هذا البلد الذي يعيش فيه الآن ولا في بلد آخر وثانيهما أن يحلف أمام المحكمة على أنه لا يملك مالا يكفي لذلك في أي مكان، لأن الشهادة بالعسر شهادة انما تعتمد على ظاهر الحال فقط، إذ يمكن في الواقع أن يكون للمشهود له بالعسر مال أخفاه عن نظر الشهود الذين شهدوا له بالعسر، ولذلك فلا يتم عند فقهاء المذهب المالكي ثبوت العسر شرعا بالبيئة على عدم المال فقط بل لا بد أن تضاف إلى ذلك اليمين على ما شهد به الشهود من عدم المال، قال ميارة في تكميل المنهج:

والمدعي يحلف مع بينته **أن شهدت بظاهر من حالته**

كغائب عليه حاكم حكم **نفقة زوجة وعسر ويضم الخ**

وقال في شرحه عليه صفحة ٤٦٢: كل بيئة شهدت بظاهر الحال فيستظهر بيمين الطالب على باطن الأمر. ثم قال: أما ما شهدت فيه (أي البيئة) بظاهر الحال معتمدة على الظن لتعذر القطع أو عسره فلا بد فيه من يمين الطالب استظهارا على باطن الأمر.

ولما كان لم يثبت عسره الذي بسببه صار عاجزا عن الإنفاق على أولاده من على هذا الوجه وذلك لكون كل ما في أوراق الطعن من البينة على عجزه هو فقط شهادة أربع شهود اثنان منهم وهما و شهدا أمام محكمة الاستئناف المطعون في حكمها والأخران وهما و شهدا على إقراراه بالعجز أمام الكاتب العدل واقتصرت شهادة الشهود الأربعة على انه لا يعمل ولم يشهد أي واحد منهم بأنه لا مال له لا في هذا البلد ولا في بلده سوريا ولا في بلد آخر حسب علم الشاهد، بل لم يشهد أي واحد منهم أصلا بأنه لا مال له، وانما اقتصرت شهادتهم على انه لا يعمل، ومعلوم ان كون الإنسان لا يعمل لا يستلزم انه لا مال له، لان وسائل كسب المال غير العمل متنوعة، كما ان عدم وجود مال عنده في هذا البلد لا يستلزم أيضا عدم وجود مال له في بلد آخر.

وكما خلت أوراق الطعن من شهادة بينة عسره وعجزه شهادة معتبرة شرعا، فقد خلت كذلك من حلفه اليمين المكملة لشهادة العسر التي لا يثبت العسر شرعا حتى ولو استوفت الشهادة شروطها إلا بها.

فان عجز المطعون ضده الثاني ان عن الإنفاق على أولاده أو فقدته لم يثبت حسب الأوراق أي واحد منهما ويترتب على ذلك قانونيا عدم وجوب نفقة أولاده على أمهم

وما دام الحكم المطعون فيه توصل إلى هذه النتيجة من عدم وجوب نفقة الأولاد على أمهم فان قضاءه يكون سليما متمشيا مع النصوص الواجبة التطبيق على الدعوى أيا كانت الأسباب التي علل بها قضاءه، وعليه يكون الطعن غير قائم على أساس سليم حريا بالرفض.

الرئيس : المستشار / محمد الأمين محمد بيب - رئيس الدائرة.

الأعضاء : المستشار / بادي محمد الجراح

المستشار / عبد الكريم فرعون

٦ ش - (الطعن رقم ٢٨٤ لسنة ٢٠١١ س ٥ ق. أ) جلسة ٢٠١١/٥/١١ (أحوال

شخصية)

نفقة» نفقة مسكن «نفقة صغير» شريعة إسلامية. مذاهب فقهية. أحوال شخصية. قانون»
تطبيقه». حكم» تسببيه. تسبيب غير معيب». نقض «أسباب الطعن بالنقض. ما لا يقبل منها». إثبات «بوجه عام». حضانة.

■ الحكم للحاضنة بنفقة مسكن برغم إقامتها مع والدها. صحيح. ما دامت لا تملك مسكناً خاصاً بها لتقيم فيه. أو خصص لها مسكن لذلك. المادة ١٨٤ من قانون الأحوال الشخصية.

■ الحكم برفض طلب الزوج بانتقال الحاضنة إلى رأس الخيمة للإقامة في مسكن الحضانة الذي وفره لها فيها. صحيح. ما دامت تعمل بمدينة العين وتقيم بها والمحضون يواصل دراسته بها. علة ذلك؟

■ الأحكام الصادرة بالنفقات حجيتها مؤقتة. زوال تلك الحجية بزوال دواعيها.

■ مثال لزوال حجية حكم نفقة. لانتقال الحضانة إلى مدينة أخرى من المدينة التي فرضت النفقة وقت إقامتها فيها.

المحكمة

حيث يتلخص من وثائق الملف ومن الحكم المطعون فيه ان المطعون ضدها أقامت دعوى أمام محكمة البحر الابتدائية بتاريخ ٢٠١٠/٧/١١ تحت رقم ٢٠١٠/٢٨/ في مواجهة الطاعن طلبت في ختامها الحكم بإلزامه بأن يؤدي لها بدل مسكن مبلغ ٣٠٠٠ درهم، وتسليمها جواز سفر ولدها منه للسفر معها خارج الدولة للسياحة أو العلاج وتحمله الرسوم والمصاريف . وأوضحت في دعواها انها كانت زوجة له وبعد ما أنجبت منه الولد طلقها وكان يؤدي لها بدل السكن ومنذ شهر فبراير ٢٠١٠ توقف عن ذلك بعد ما قدم عقد الإيجار لقسم التنفيذ فرفضت المسكن المؤجر لكونها تقيم بمنطقة السليمات وتعمل بمدينة العين ولا تستطيع الرجوع إلى مدينة أبو ظبي مرة أخرى. كما انه امتنع من تسليمها جواز سفر ولدها لذا تلتمس ما ذكر.

وبتاريخ ٢٠١٠/٧/١١ حكمت محكمة البداية بإلزام المدعى عليه بأدائه للمدعية بدل السكن وقدره ثلاثة آلاف درهم وبرفض باقي الطلبات وتحمله مصاريف الدعوى.

فاستأنف الحكم كل من الطرفين الأول بتاريخ ٢٠١١/١/١٦ تحت رقم ٢٠١١/٣٣ والثانية بتاريخ

٢٠١١/١/١٨ تحت رقم ٢٠١١/٤١.

وبتاريخ ٢٠١١/٢/١٤ حكمت محكمة الاستئناف بتأييد الحكم المستأنف وتحمل كل مستأنف مصاريف استئنافه.

ولم يرض الطاعن هذا الحكم فأقام عليه طعنه المائل بالنقض بتاريخ ٢٠١١/٣/١٣ كما قدمت النيابة العامة مذكرة فوضت في ختامها الرأي للمحكمة ورأت هذه الأخيرة في غرفة المشورة ان الطعن جدير بالنظر فحددت لنظره جلسة.

وحيث ينعى الطاعن على الحكم المطعون فيه القصور في التسييب والفساد في الاستدلال، والإخلال بحق الدفاع، والخطأ في تطبيق القانون ويحمل ذلك في ثلاثة أسباب ينعى فيها كون الحكم أخطأ لما قضى للمطعون ضدها ببطل السكن والحالة أنها تملك مسكناً تقيم فيه حسب الثابت من إقرارها في عريضة دعواها مما يكون معه الحكم خالف مقتضيات الفقرة الثانية من المادة ١٤٨ من قانون الأحوال الشخصية.

كما انه تمسك بكونه قام بتوفير مسكن الحضانة في منطقة رأس الخيمة - إمارة أبو ظبي - يتكون من غرفة وصالة مجهزة بكافة المتطلبات عن المدة ما بين ٢٠١٠/٢/١٦ و ٢٠١١/٢/١٥ وقدم صورة من عقد الإيجار إلى محكمتي الموضوع إلا ان المطعون ضدها رفضت استلام المسكن.

كما انه أثار سببية البت في الدعوى بمقتضى حكم صدر بتاريخ ٢٠٠٨/٨/١٠ تحت رقم ٢٠٠٨/٤٣٣ قضى عليه بإلزامه بتوفير مسكن للحضانة في مدينة أبو ظبي أو نواحيها مؤثث ولحين توفيره يلزم بأداء مبلغ ٣٠٠٠ درهم شهرياً للمدعية أجرة مسكن تسري من تاريخ رفع الدعوى ٢٠٠٨/٤/٢١. وهذا الحكم حاز قوة الأمر المقضي به الشيء الذي يكون معه الحكم خالف القانون يتعين نقضه.

وحيث إن ما ينعه الطاعن غير سديد، ذلك انه وفي شأن كون المطعون ضدها تملك مسكناً تقيم فيه فإنه وعلى خلاف ذلك فالمطعون ضدها تسكن بمنزل والدها وسكنها به لا يعنى انها تملك منزلاً تسكن فيه والفقرة الثانية من المادة ١٤٨ من قانون الأحوال الشخصية صريحة في انه « يجب على من يلزم بنفقة المحضون أجرة مسكن حضانة إلا إذا كانت الحاضنة تملك مسكناً تقيم فيه أو مخصصاً لسكنها ». والطاعن لم يثبت تملك المطعون ضدها منزلاً تسكن فيه أو خصص لسكنها. وبالتالي تبقى أجرة مسكن الحضانة واجبة عليه مما يكون معه ما أثير خلاف الواقع .

وفي شأن كون المطعون ضدها رفضت الانتقال إلى المسكن الذي وفره لها بمنطقة رأس الخيمة بإمارة أبو ظبي. فإن الطاعن لا ينفي كون المطعون ضدها تقيم بمدينة العين وتعمل هناك وان المحضون يتابع دراسته بنفس المدينة وانتقالها مع المحضون إلى رأس الخيمة يلحق بها ضرراً، إذ من الصعب عليها وولدها الانتقال يومياً لمدينة العين مقر عملها ومتابعة المحضون دراسته بها. مما يكون معه ما أثير غير سديد حرياً بالرفض.

وفي شأن سبقيّة البت في الدعوى بمقتضى حكم صدر بتاريخ ٢٠٠٨/٨/١٠ تحت رقم ٢٠٠٨/٤٣٣. فإنه إذا كانت المادة ٦٣ من قانون الأحوال الشخصية تنص على أن النفقة تشمل الطعام والكسوة والسكن والتطبيب... إلخ وأن المادة ٧٨ من نفس القانون تنص على أن نفقة الولد الصغير الذي لا مال له على أبيه... إلخ وأن الأحكام الصادرة في النفقة حسبما هو مقرر فقهاً وقضاً حجيتها مؤقتة تظل قائمة طالما أن دواعي النفقة لم تتغير فإذا تغير بعض ذلك زالت حجيتها لتغيرها. وبذلك فالدفع بحجية الحكم المحتج به بعد انتقال الحاضنة وولدها إلى مدينة العين للعمل هناك ومتابعة دراسة المحضون في نفس المدينة غير صحيح سيما وموضوعه يتعلق بتوفير مسكن الحضانة أو دفع بدله. وهما من فروع النفقة التي تتصف بالحجية المؤقتة ولما كان الثابت من وثائق الملف أن الحاضنة انتقلت بالمحضون إلى مدينة العين واستقرت هناك، وانتقالها لا يكون إخلالاً بتربية المحضون ولا يلحق ضرراً بولي المحضون فإن ما أثاره الطاعن في هذا الشق يكون غير ذي أساس حرياً بالرفض.

الرئيس : المستشار / محمد الأمين محمد بيب - رئيس الدائرة.

الأعضاء : المستشار / عبدالسلام الخراز

المستشار / عبد الكريم فرعون

٦١ ش - (الطعن رقم ١١٤٢، ١١٥١ لسنة ٢٠١٠، ٢٠١١/١٩ (أحوال شخصية))

نسب. إثبات « بوجه عام ». حكم « تسببيه. تسبیب غیر معيب ». نقض « أسباب الطعن بالنقض. ما لا يقبل منها ». قانون « تطبيقه ».

■ ثبوت النسب بالفراش الصحيح. المادة ٨٩ من قانون الأحوال الشخصية.

■ عدم جواز نفي النسب. متى سبق إثباته شرعاً. المادة ٩٠ من ذات القانون. مثال.

المحكمة

حيث يؤخذ من وقائع الدعوى وسائر وثائقها ومن الحكم المطعون فيه أن الطاعن أقام الدعوى رقم ٢٠٠٩/١٣٣٣ أمام محكمة أبو ظبي الابتدائية بمواجهة المطعون ضدها طلب في ختامها إثبات إنكار نسب الصغير منصور وإحالة إلى الطب الشرعي لبيان نسبه من عدمه وذلك على سند من القول انه تزوج بالمدعى عليها بتاريخ ٢٠٠٩/١/١ إلا انه فوجئ بحملها في شهرها الخامس ووضعت مولودا ذكرا بتاريخ ٢٠٠٩/٤/٢٨ اختير له اسم ، وبما أنها غررت به ولم يكن على علم بحملها فهو يلتمس قبول الدعوى وإثبات إنكار نسب الصغير إليه مع ما يترتب على ذلك من آثار ومنها حذف اسم الصغير من خلاصة قيد الطاعن واعتباره كأن لم يكن وذلك من تاريخ قيده.

وبتاريخ ٢٠١٠/٤/١٥ حكمت محكمة البداية بعدم جواز نظر الدعوى وإلزام المدعي بالرسوم. فاستأنف الطاعن هذا الحكم تحت رقم ٢٠١٠/٤٦٠، وبتاريخ ٢٠١٠/١٠/٢٦ حكمت محكمة الاستئناف بقبول الاستئناف شكلا وفي الموضوع برفضه وتأيد الحكم المستأنف وألزمت المستأنف الرسوم والمصروفات .

فلم يرض الطاعن بهذا الحكم فأقام عليه طعنه الأول تحت رقم ٢٠١٠/١١٤٢ بتاريخ ٢٠١٠/١١/٢٤ وفي اليوم التالي أقام طعنه الثاني من خلال محام آخر تحت الرقم ٢٠١٠/١١٥١ المائل وقدمت النيابة العامة مذكرة رأيت فيها قبول الطعن شكلا وفي الموضوع تفويض الرأي للمحكمة، ورأت هذه الأخيرة في غرفة المشورة ان الطعن جديران بالنظر فحددت لنظره جلسة.

وحيث ينعى الطاعن في الطعن على الحكم المطعون فيه مخالفة القانون والخطأ في تطبيقه والقصور في التسبب والفساد في الاستدلال والإخلال بحق الدفاع وعدم فحص واقعات الدعوى ويحمل ذلك بقوله ان الحكم المطعون فيه أخطأ عندما استند في قضاؤه على سبق الفصل في الدعوى بموجب الحكم الصادر

من محكمة ابو ظبي الابتدائية رقم ٢٠٠٩/٩٧٤ بتاريخ ٩ ديسمبر ٢٠٠٩ لاختلاف الموضوع ، إذ ان المطعون ضدها لم تطلب في الدعوى المذكورة إثبات نسب الصغير إلى الطاعن ولم يتناقش الخصوم في هذا الموضوع أمام محكمة البداية كما أخطأت بعدم إحالة الصغير إلى الطب الشرعي لإثبات نسبه للطاعن من عدمه ، مما يوجب نقض الحكم المطعون فيه .

وحيث إن هذا النعي غير منتج ، ذلك انه وبغض النظر عما إذا كان ما أثاره الطاعن حول سببية البت في دعوى نسب ولده صحيحا أم لا ، فان المادة ٨٩ من قانون الأحوال الشخصية نصت على ثبوت النسب بالفراش كما ان المادة ٩٠ من نفس القانون نصت في فقرتها الرابعة على انه إذا ثبت النسب شرعا لا تسمع الدعوى بنفيه .

لما كان ذلك ، وكان الطاعن قد اقر أمام محاكم الموضوع سواء في الدعوى الماثلة أو في الدعوى رقم ٢٠٠٩/٩٧٤ بزواجه بالمطعون ضدها وبان الولد منصور ولد على فراش الزوجية بينهما ، كما اقر أيضا بأنه استخرج للولد المذكور شهادة ميلاد وبطاقة صحة ورد فيهما نسبة الولد إليه كأب مما يعتبر إقرارا منه بأبوته للولد المذكور ويترتب على ذلك عدم جواز نفيه بعد ذلك لنسب هذا الولد عنه ، وما دام الحكم المطعون فيه اتجه في قضائه هذا الاتجاه فان قضاءه يكون أيا كانت الأسباب التي بني عليها صحيحا متفقا مع القانون ومن ثم يتعين رفض الطعن .

الرئيس : المستشار / محمد الأمين محمد بيب - رئيس الدائرة .

الأعضاء : المستشار / بادي محمد الجراح

المستشار / عبد الكريم فرعون

٦٢ ش - (الطعن رقم ٣٠٠ لسنة ٢٠١١ س ه ق . أ) جلسة ٢٠١١/٥/١٨ (أحوال شخصية)

(١) نسب. تلقيح صناعي. إثبات «بوجه عام». طلاق. حكم «تسببيه. تسبیب غیر معيب» نقض «أسباب الطعن بالنقض. ما لا يقبل منها».

■ موافقة الطاعن على أخذ حيواناته المنوية وزرعها في رحم زوجته التي في عصمته في زواج صحيح. كاف لإثبات نسب المولود منها له. ولو كان قد طلقها بعد عملية التلقيح.

■ ثبوت النسب للولد المولود على فراش الزوجية الصحيح. ولو لم تتم عملية التلقيح الصناعي. متي مضي على الزواج أقل مدة حمل ومقدارها مائة وثمانون يوماً وأكثره ثلاثمائة وخمسة وستون يوماً المادتان ٩٠ ، ٩١ من قانون الأحوال الشخصية.

■ عدم جواز الإلتفات إلى إنكاره لنسب ابنه من التلقيح الصناعي إليه.

(٢) لعان. نسب. حكم «تسببيه. تسبیب غیر معيب». نقض «أسباب الطعن بالنقض. ما لا يقبل منها». إثبات «لعان». مذاهب فقهية. شريعة إسلامية.

■ نفي النسب بطريق اللعان في معنى المادة ٩٦ من قانون الأحوال الشخصية. ماهيته. وشروطه؟

■ تأخر الزوج عن المدة المقررة في الشريعة والقانون لطلب اللعان بعد علمه بالحمل دون عذر. أثره: سقوط حقه في طلب اللعان.

المحكمة

حيث يتلخص من وثائق الملف ومن الحكم المطعون فيه ان الطاعن أقام دعوى أمام المحكمة الابتدائية بأبو ظبي بتاريخ ٢٠١٠/٦/٧ تحت رقم ٢٠١٠/٧١٨ في مواجهة المطعون ضدها طلب في ختامها أجراء ملاعنة بينه وبينها ونفي حملها عنه وإلزامها بالرسوم والمصروفات ومقابل أتعاب المحاماة.

وأوضح في دعواه أنها كانت زوجة له وبتاريخ ٢٠١٠/٣/١ طلقها أمام التوجيه الأسري بإقرار اتفاق في الملف رقم ٢٠١٠/٣٣٦ وهي لا تنجب وخضعت للعلاج لمحاولة الإنجاب والقيام بالعديد من العمليات من أجل الإنجاب . ولها ملفات في مستشفى الكورنيش ، ودار الشفاء ، ولقد أبلغ من أحد أصدقائه بأنها حامل ، وانه لم

يعاشرها منذ شهر غشت ٢٠٠٩ وهو على استعداد بأن يلاعنها لنفي هذا الحمل عنه لأنه ليس منه.

أجابت المدعى عليها بأنه طلقها طلاقاً رجعياً وأرجعها في نفس اليوم وانه عاشرها بعد تاريخ ٢٠٠٩/٨ وان الأطباء نصحوها بالإنجاب عن طريق الأنابيب ونجحت المحاولة وهي الآن حامل منه في شهرها السادس ولقد أخبرته بالحمل عن طريق الرسالة الهاتفية ورد عليها بأنه سعيد جداً بالخبر وان القانون حدد فترة معينة يحق فيها للزوج ان ينفي عنه نسب الولد (المادة ٩٧) من قانون الأحوال الشخصية والتمست

أولاً :عدم قبول الدعوى واحتياطياً إجراء خبرة بالطرق العلمية D.N.A لإثبات ان هذا الحمل منه وإلزامه بالمصروفات وأتعاب المحاماة.

وبتاريخ ٢٠١٠/١٢/٢٨ حكمت محكمة البداية برفض الدعوى وتحميل رافعها المصاريف. فاستأنف الحكم الطاعن بتاريخ ٢٠١١/١/٤ تحت رقم ٢٠١١/٩ وبتاريخ ٢٠١١/٢/١٦ حكمت محكمة الاستئناف بتأييد الحكم المستأنف وإلزام المستأنف الرسوم والمصاريف.

ولم يرض الطاعن هذا الحكم فأقام عليه طعنه المائل بالنقض.

بتاريخ ٢٠١١/٣/١٤. وقدمت المطعون ضدها مذكرة جوابية طلبت في ختامها رفض الطعن، وإلزام الطاعن بالرسوم والمصاريف ومقابل أتعاب المحاماة. كما قدمت النيابة العامة مذكرة فوضت في ختامها الرأي للمحكمة، ورأت هذه الأخيرة في غرفة المشورة ان الطعن جدير بالنظر فحددت لنظره جلسة.

وحيث ينعى الطاعن على الحكم المطعون فيه مجانبته للصواب، والقصور في التسبيب والخطأ في تطبيق أحكام الشريعة والقانون والإخلال بحق الدفاع ويحمل ذلك في ثلاثة أسباب:

ينعى في السببين الأولى والثالث: على الحكم المطعون فيه كونه تجاهل عدم حضوره (أي الطاعن) وقت حقن السائل المنوي في رحم المطعون ضدها كما أقرت به الأمر الذي يترتب عليه عدم أبوته للجنين الناتج عن عملية حقن السائل المنوي في رحم المطعون ضدها، ومن ثم يكون الحكم المطعون فيه الذي التفت عن هذا وأيد الحكم الابتدائي الذي رفض دعواه الرامية إلى اللعان لنفي نسب الجنين معيباً واجب النقض.

وحيث إن هذا النعي غير سديد، ذلك ان الثابت من رسالة مدير عيادة التلقيح الاصطناعي بالمستشفى الذي تمت فيه عملية التلقيح المؤرخة في ٢٠١٠/٨/٢٩. ان الطاعن حضر إلى المستشفى من أجل أخذ حيواناته المنوية للقيام بعملية التخصيب وزرعها في رحم المطعون ضدها وتم إيداع هذه الحيوانات المنوية في المستشفى، كما تم حقنها بعد الإجراءات اللازمة طبياً في رحم المطعون ضدها مما نتج عنه حملها الذي ينفي الطاعن نسبه إليه. وموافقة الطاعن على أخذ حيواناته المنوية لزرعها في رحم المطعون ضدها كاف لقبوله عملية تلقيح المطعون ضدها بحيواناته المنوية. يضاف إلى ذلك ان كونه (أي الطاعن) طلق المطعون ضدها بتاريخ

٢٠١٠/٣/١ وأنجبت جنينها الذي ينفي نسبة إليه بتاريخ ٢٠١٠/١٠/١٥ كاف شرعاً وقانوناً لصحة نسبة هذا الجنين إليه (أي الطاعن) حتى ولو لم تتم عملية التلقيح أصلاً فقد نصت الفقرة الأولى من المادة ٩٠ من قانون الأحوال الشخصية على أن «الولد للفراس إذا مضى على عقد الزواج الصحيح أقل مدة الحمل» وتنص المادة ٩١ من نفس القانون على أن «أقل مدة الحمل مائة وثمانون يوماً، وأكثره ثلاثمائة وخمسة وستون يوماً». ومن ثم تكون المطعون ضدها ولدت جنينها الذي يطعن الطاعن في نسبته إليه خلال المدة القانونية. مما يستلزم صحة انتسابه (أي الجنين) إليه (أي الطاعن) وعدم الالتفات إلى إنكاره نسبه إليه. وعليه يكون هذا النعي الوارد في هذين السببين غير سديد، يتعين رفضه.

السبب الثاني: ينعى فيه الطاعن على الحكم كونه لم يستجب لطلبه لتمكينه من اللعان مع المطعون ضدها من أجل نفي جنينها عنه، إذ اللعان وسيلة شرعية لنفي نسب أي جنين أراد الملاعن نفي نسبه عنه عن طريق اللعان، وكان على المحكمة أن تجيبه لطلبه الملاعنة وصولاً إلى نفي نسب جنين المطعون ضدها، ولما لم تستجب لهذا الطلب ولم تسر في هذا الاتجاه فإن حكمها يكون معيباً واجب النقض.

وحيث إن هذا النعي غير سديد، ذلك أن المادة ٩٦ من قانون الأحوال الشخصية نصت على أن «اللعان يتم وفق القواعد المقررة شرعاً».

ومؤدى هذا النص أنه يجب تطبيق النصوص الشرعية بخصوص طلب إجراء اللعان من أجل نفي نسب الحمل.

وبالرجوع إلى نصوص فقهاء المذهب المالكي الذي أعطاه قانون الأحوال الشخصية الأولوية في الإحالة بالنسبة لما لم ينص عليه.

يتضح من هذه النصوص أنه يتعين على من يريد القيام باللعان لنفي نسب حمل زوجته أو مطلقته أن تتوفر في طلبه الشروط التالية:

أولاً: أن يطلب اللعان أمام المحكمة فور علمه بالحمل فإذا أخر طلب اللعان بعد علمه بالحمل يوماً فأكثر بلا عذر سقط حقه في اللعان ولحق به نسب الحمل الذي يريد نفي نسبه إليه. قال الشيخ خليل في مختصره: وإن وطئ أو أخر بعد علمه بوضع أو حمل بلا عذر امتنع.

قال الشيخ الخرشي في شرحه عليه (الجزء الخامس صفحة ٨٣) يعنى أن الزوج إذا أقر بأنه وطئ بعد رؤيته أو علمه بوضع أو حمل أو أخر لعانة بعد علمه بوضع أو حمل اليوم واليومين بلا عذر في التأخير امتنع لعانة. وقال المواف في شرحه عليه (الجزء الخامس صفحة ٤٦٣، ٢).

قال ابن الحاجب: شرط اللعان في الولد ألا يظاً بعد الرؤية أو العلم بالوضع أو الحمل.

وقال الشيخ الدردير في الشرح الصغير على أقرب المسالك له الجزء الثالث صفحة ١٩٠ و ١٩٢. وشرطه أي اللعان التعجيل بعد علمه بالحمل فإن أخر ولو يوماً بلا عذر امتنع لعانة.

قال الشيخ الصاوي في حاشيته عليه : ولا فرق بين كون المرأة في العصمة أو مطلقة كان الطلاق بائناً أو رجعيّاً خرجت من العدة أم لا .

وقال ابن عاصم في التحفة:

وساكت والحمل حمل بين يحد مطلقاً ولا يلتعن

قال التزري الزبيدي في شرحه على التحفة الجزء الثاني صفة ١١٥) يعني ان الزوج المكلف المسلم إذا رأى حملاً بيناً بزوجه وسكت ثم أردا نفيه بلعان فإنه لا يقبل منه ويلحق به الولد . وقال الشيخ التسولي في شرحه على التحفة الجزء الأول صفحة ٦٢٥) والمعنى ان الحمل إذا كان بيناً ظاهراً بالزوجة وسكت عنه الزوج مدة بعد علمه به ثم أراد ان ينفيه بلعان فإنه لا يمكن من اللعان طال سكوته كالشهر أم لم يطل كالיום واليومين كما في المدونة.

ثانياً: ان يستبرئ الزوج زوجته التي ينفي حملها منه بحيضة قبل الحمل.

قال ابن جزى في قوانينه (صفحة ٢١٠) ويشترط في لعان نفي الحمل ان يدعي الاستبراء بحيضة بعد وطئه لها ولم يمسه بعد ذلك .

لما كان ذلك، وكان الثابت من أوراق الملف ان الطاعن أقر بأنه علم بحمل مطلقة المطعون ضدها بتاريخ ٢٠١٠/٤/١٥ أو ٢٠١٠/٥/١٥ على الشك منه في أي التاريخين حصل علمه بالحمل حسبما بمحضر جلسة البحث التي أجريت في محكمة البداية بتاريخ ٢٠١٠/٨/٨ وأخر طلبه إجراء اللعان إلى تاريخ ٢٠١٠/٦/٦ .

مما مفاده انه سكت بعد علمه بحمل المطعون ضدها مدة لا تقل عن عشرين يوماً قبل ان يطلب اللعان، كما انه لم يثبت أمام المحكمة انه استبرا المطعون ضدها بحيضة قبل مفارقتها فإن الشروط الشرعية لتمكينه من اللعان لم تتوفر لأن تأخيره لطلب اللعان بعد علمه بالحمل يوماً أو يومين بلا عذر يسقط حقه في اللعان كما تقدم في النصوص الفقهية وهو آخر طلب اللعان عشرين يوماً ولم يبد عذراً يبرر تأخيره وعليه يكون الحكم المطعون فيه الذي أيد الحكم الابتدائي القاضي برفض تمكينه من اللعان صحيحاً متمشياً مع النصوص الشرعية والقانونية المطبقة على الدعوى وعلى ذلك يكون الطعن كله غير قائم على أساس حرياً بالرفض

الرئيس : المستشار / محمد الأمين محمد بيب - رئيس الدائرة.

الأعضاء : المستشار / عبدالسلام الخراز

المستشار / عبد الكريم فرعون

٦٣ ش - (الطعن رقم ٢٠٠ لسنة ٢٠١٠ س ٤ ق. أ) جلسة ٢٠١١/٥/٤ (أحوال شخصية)

١ (عقد «عقد الزواج. فسخه». طلاق. نفقة. أحوال شخصية. شريعة إسلامية. قانون «تطبيق» إثبات «بوجه عام». حكم تسببيه. تسبيب غير معيب». نقض «أسباب الطعن بالنقض. ما لا يقبل منها». محكمة الموضوع «سلطانها».

■ تحصيل فهم الواقع في دعوى فسخ عقد الزواج لعقم الزوج. موضوعي. متى كان سائغاً. مثال.

■ الشروط الواجب توافرها في طلب فسخ عقد الزواج للعقم. في معنى المادتين ١١٤/١١٥، قانون الأحوال الشخصية. ما هيته؟

٢ (مهر. طلاق. نفقة. شريعة إسلامية. محكمة الموضوع «سلطانها». حكم «تسببيه. تسبيب غير معيب». نقض «أسباب الطعن بالنقض. ما لا يقبل منها». مذاهب فقهية.

■ استحقاق المطلقة طلاقاً بئناً لفسخ عقد الزواج. لمؤخر الصداق المسمى في العقد. المادة ٥٢/٢ من قانون الأحوال الشخصية.

■ وجوب نفقة الزوجة المدخول بها بالعقد الصحيح على زوجها. متى سلمت نفسها إليه ولو حكماً. بقدر سعته. المادتان ٦٦، ٦٧ من ذات القانون.

■ عدم سقوطها إلى بالأداء أو الإبراء. ولو ادعى أنها تركت منزل الزوجية بغير إذنه أو أنها هي التي تطلب التخليق. متى كان طلبها نتيجة عقم الزوج.

■ تحديد مقدار النفقة بما يتناسب مع يسار الزوج وحاجة المنفق عليه بمراعات ظروف الزمان والمكان. موضوعي. متى كان سائغاً.

المحكمة

حيث يؤخذ من وقائع الدعوى وسائر وثائقها ومن الحكم المطعون فيه أن المطعون ضدها أقامت الدعوى رقم ٢٠١٠/٦٢٢ أمام محكمة العين الابتدائية بمواجهة الطاعن وطلبت بموجبها الحكم لها بتطبيقها عليه للضرر الذي لحقها من عدم الإنجاب الذي يرجع إلى عقم المدعى عليه وقدرته الضعيفة على

المعاشرة الجنسية وانها سبقت وان اشتركت معه في شراء سيارة ودفعت من ثمنها ٤٠٠٠ درهم ولما ذهب إلى الأردن باعها واستولى على كامل الثمن، كما انها استأجرت محلا للسكنى وانها هي التي تؤدي أجره من مالها الخاص وانه لم ينفق عليها منذ مدة ، مما دعاها للمطالبة بتطليقها عليه للضرر وبأداء باقي صداقها، وبنفقتها وأجرة السكن وكذا مبلغ ١٧٠٠٠ درهم حصتها من قيمة المركبة.

أقام المدعى عليه الدعوى المتقابلة رقم ٢٠١٠/٦٢٥ طلب فيها الحكم بإلزام المدعى عليها بالتقابل بالدخول في طاعته والالتحاق ببית الزوجية وضمت المحكمة الدعويين ليصدر بهما حكم واحد.

وبتاريخ ٢٠١٠/١٢/١٥ حكمت محكمة أول درجة بتطبيق المدعية على زوجها المدعى عليه طلفة بئنة أولى وعليها إحصاء عدتها من تاريخ صيرورة هذا الحكم نهائيا وعلى المحكوم عليه ان يؤدي لها باقي صداقها وقدره ٢٠٠٠ دينار أردني أو ما يعادله بالدرهم الإماراتي وقت التنفيذ، وأن يؤدي لها نفقتها السابقة مبلغ ألفي درهم شهريا شاملة المأكل والمشرب والملابس والسكن ابتداء من ٢٠١٠/١/١ إلى غاية صدور هذا الحكم وبرفض باقي طلبات المدعية الأخرى وبرفض دعوى الطاعة وتحميل المدعى عليه مصاريف الدعويين. فاستأنف الطاعن هذا الحكم بالاستئناف رقم ٢٠١١/١٠ كما استأنفته المطعون ضدها بالاستئناف رقم ٢٠١١/٣٢ وبتاريخ ٢٠١١/١/٢٧ قضت محكمة الاستئناف بقبول الاستئنافين شكلا وفي الموضوع بتعديل الحكم المستأنف جزئيا بجعل التفريق بين طرفي الدعوى فسخا لا تطليقا مع كل ما يترتب عن ذلك شرعا وقانونا وبرفض الاستئنافين فيما عدا ذلك وتأييد الحكم المستأنف وإلزام الطرفين بالمصاريف مناصفة بينهما.

وبتاريخ ٢٠١١/٢/٢٠، طعن الطاعن في هذا الحكم بالطعن المائل، وقدمت النيابة العامة مذكرة فوضت فيها الرأي للمحكمة ورأت هذه الأخيرة في غرفة المشورة أن الطعن جدير بالنظر، فحددت جلسة لنظره.

وحيث إن الطاعن ينعى على الحكم المطعون فيه مخالفة الواقع والقانون والثابت في الأوراق والقصور في التسبب والإخلال بحق الدفاع ويحمل ذلك في سببين:

السبب الأول: وفيه يقول الطاعن ان الحكم المطعون فيه خطأ إذ قضى بفسخ زواجه من المطعون ضدها دون دليل يعتد به شرعا إذ ان تقرير اللجنة الطبية يبين ان الطاعن لا يعاني من عقم دائم بل يعاني من عقم مؤقت وانه قابل للعلاج، وان محكمة الدرجة الأولى حكمت قبل ورود التقرير من المستشفى عن حالته الصحية ولو أخذت المحكمة بالتقرير الطبي لتغير وجه الرأي في الدعوى ولما لم تفعل فان حكمها يكون حريا بالنقض.

وحيث إن هذا النعي غير سديد، ذلك انه من المقرر فقها وقضاءً أن لمحكمة الموضوع أن تستقل بسلطة فهم وتحصيل الواقع في الدعوى طالما كان استخلاصها سائغا وهي صاحبة السلطة في استخلاص ما تراه متفقا مع واقع الدعوى، وإن المجادلة في ذلك هي مجادلة موضوعية تنحسر عنها رقابة محكمة النقض متى أقام الحكم قضاءه على أسباب سائغة، وإذ استخلصت محكمتا الموضوع في حدود سلطتهما الموضوعية ان ملف

الطاعن الطبي المقدم من طرف المطعون ضدها يفيد ان الطاعن يعاني من حالة العقم كما يفيد ذلك ترده على الأخصائيين وإجراء الفحوصات والتحليل الطبية منذ ٢٥/١٢/٢٠٠٥ واستمرار المعالجة بدون نتيجة لحين رفع الدعوى بتاريخ ٣/٨/٢٠١٠، وكانت محكمة أول درجة قد عرضت الطاعن على خبرة طبية لمعرفة ما إذا كان عقمه قابلاً للعلاج، إلا انه ظل يماطل في إحضار التقرير إلى ما بعد صدور الحكم الابتدائي بيوم واحد رغم ان تاريخ التقرير كان قبل صدور الحكم بأسبوع تقريباً.

لما كان ذلك وكان الحكم المطعون فيه قد بين ان الشروط التي تتطلبها المادة ١١٤/٢ من قانون الأحوال الشخصية متوافرة في الدعوى الماثلة من حيث ثبوت العقم بتقرير طبي وان زواج الطرفين استمر لمدة خمس سنوات كان الطاعن خلالها قيد العلاج دون فائدة وانه لا يوجد لهما أولاد من هذا الزواج وان عمر المطعون ضدها لم يتجاوز أربعين سنة فيكون ما ذهب إليه الحكم المطعون فيه من اعتبار التفريق فسخاً عملاً بأحكام المادة ١١٥ من ذات القانون قائماً على أساس سليم من القانون مما يتعين معه رفض هذا النعي.

السبب الثاني: وفيه يقول الطاعن ان الحكم المطعون فيه اخطأ أيضاً عندما قضى بإلزام الطاعن بأن يؤدي للمطعون ضدها مؤخر صداقها ونفقة شهرية مقدارها ٢٠٠٠ درهم لكون المطعون ضدها هي التي تركت منزل الزوجية ورفضت العودة إليه رغم محاولة الطاعن المستمرة إلا انها رفضت ذلك إضافة إلى انها هي التي طالبت بفسخ عقد الزواج وقضي لها بما طالبت به مما يوجب إسقاط مؤخر الصداق وأية حقوق شرعية أخرى مستحقة لها بل انها ملزمة بأن تسدد للطاعن بدلاً نقدياً فداءً لنفسها، يضاف إلى ذلك ان المبالغ المحكوم به تفوق قدرته المالية إذ ان راتبه الشهري هو ٤٠٠٠ درهم وعليه التزامات مالية أخرى كثيرة، ولما لم تراع المحكمة المطعون في حكمها ذلك، فان الحكم المطعون فيه يكون حرياً بالنقض.

وحيث إن هذا النعي غير سديد، ذلك ان المادة ٥١/١ من قانون الأحوال الشخصية نصت على ان: «إذا سمي في العقد مهر تسمية صحيحة وجب للمرأة ذلك المسمى».

ولما كان الثابت من عقد زواج طرفي هذه الدعوى ان المهر المؤجل هو ألف دينار أردني، وأن المحكمة فسخت عقد الزواج بطلقة بئنة فان المطعون ضدها تستحق مؤخر صداقها عملاً بالمادة ٥٢/٢ من ذات القانون.

أما بخصوص المفروض من النفقة فان ما ينعاه الطاعن غير سديد أيضاً، ذلك أنه من المقرر بموجب المادتين ٦٦ و ٦٧ من قانون الأحوال الشخصية - وفي فقه الإمام مالك الواجب التطبيق - أن الزوجة المدخول بها تجب نفقتها على زوجها بالعقد الصحيح إذا سلمت نفسها إليه ولو حكماً ولا تسقط إلا بالأداء أو الإبراء وذلك بقدر وسعه وحاله، ولا تتأثر هذه النفقة بادعاء الزوج أن الزوجة تركت منزل الزوجية دون إذن منه أو انها هي التي تطلب التطليق، إذ يتبين من أوراق الدعوى ان المطعون ضدها أقامت دعوى بمواجهة الطاعن تطلب فيها تطليقها عليه لأنه عقيم لا ينبغي وقضت المحكمة بفسخ عقد الزواج، فيكون ما ذهبت إليه المحكمة المطعون في حكمها من ان المطعون ضدها تستحق النفقة حتى تاريخ الحكم متفق مع القانون والشريعة الإسلامية الغراء.

أما ما ينعاه الطاعن على الحكم المطعون فيه من عدم مراعاته لقدرته على دفع النفقة فانه غير سديد أيضا، ذلك أن من المقرر في قضاء هذه المحكمة عملاً بنصوص فقهاء مذهب مالك المعمول به في الدولة ونص المادة ٦٣ من قانون الأحوال الشخصية، أن لمحكمة الموضوع في نطاق تحديد ما يتناسب من النفقة مع حاجة المنفق عليه ومع القدرة المالية له انطلاقاً من الوضع الاقتصادي زماناً ومكاناً، كامل السلطة في تقديرها دون رقيب عليها.

لما كان ذلك وكان الطاعن قد أقر أنه لم ينفق على المطعون ضدها وإن المحكمة أخذت بالاعتبار أن المبلغ الذي قدرته للمطعون ضدها في حدود الكفاية، وكانت المحكمة المطعون في حكمها قد استعملت سلطتها في فهم الواقع وفي تقدير المبلغ انطلاقاً من فهمها للواقع، فيكون ما قضى به الحكم المؤيد بالحكم المطعون فيه من نفقة للمطعون ضدها قدرها ألفا درهم شهرياً متفقاً مع القانون ويكون هذا النعي غير قائم على أساس حرياً بالرفض.

الرئيس : المستشار / محمد الأمين محمد بيب - رئيس الدائرة.

الأعضاء : المستشار / عبدالسلام الخراز

المستشار / عبد الكريم فرعون

٦٤ ش - (الطعن رقم ١٠٤٥ لسنة ٢٠١٠ س ٤ ق. أ) جلسة ٢٠١١/١/٢٦ (أحوال شخصية)

عقد «تنفيذه». حكم «تسببيه. تسبیب معيب». نقض» أسباب الطعن بالنقض. ما يقبل منها». نفقة. لجنة التوجيه الأسري.

■ مخالفة الحكم المطعون فيه لما إتفق عليه الطرفان أمام لجنة التوجيه الأسري من التزام المطعون ضده بإبقاء الطاعة في مسكن الحضانة الذي تقيم فيه. عيب. ما دام الإتفاق لا يخالف القانون أو النظام العام. مثال.

المحكمة

حيث يؤخذ من وقائع الدعوى وسائر وثائقها ومن الحكم المطعون فيه أن الطاعة أقامت الدعوى رقم ٢٠١٠/٦٩ أمام محكمة أبو ظبي الابتدائية بمواجهة المطعون ضده خالد طلبت في ختامها الحكم بتطبيقها عليه للضرر لهجرتها منذ أكثر من ثلاث سنوات وعدم الإنفاق عليها وعلى أولادها منه وتريد الثبات في المسكن الذي توجد فيه وإلزامه بأن يؤدي لها نفقة متعة وأجرة حضانة ونفقة وأجرة خادمة وتوفير سيارة مع سائقها وبرسوم الدعوى. وذلك على سند من القول انها زوجة المطعون ضده بصحيح العقد الشرعي ولها منه الأولاد (المولودة سنة ١٩٨٨) و (المولود سنة ١٩٨٩) و (المولودة سنة ١٩٩١) و (المولود سنة ١٩٩٤) و (المولودة سنة ١٩٩٨) و (المولودة سنة ١٩٩٩)، وقد هجرها منذ ثلاث سنوات ومتزوج بأخرى ويقوم بمضايقتها والإساءة إليها أمام أولادها وانه قام بتطبيقها طلاقة عندما كان في السجن مما دعاها لإقامة الدعوى.

وبتاريخ ٢٠١٠/٢/٢٣ حكمت محكمة البداية بإلزام المدعى عليه بتوفير خادمة للمدعية والى حين توفيرها أدائه لها مبلغ ٧٠٠ درهم شهريا اعتبارا من ٢٠١٠/١/١٨ وبتمكين المدعية من الاستقرار وأولادها في بيت الزوجية وعدم إخراجهم منه وبعدم قبول طلب النفقة وتوفير سيارة وسائقها وبرفض باقي الطلبات وبتحصيل المدعى عليه الرسوم والمصروفات و ٢٠٠ درهم مقابل أتعاب المحاماة. فاستأنف المطعون ضده هذا الحكم بالاستئناف رقم ٢٠١٠/٢٤٥ كما استأنفته الطاعة بالاستئناف رقم ٢٠١٠/٢٧٠ وبتاريخ ٢٠١٠/٩/٢٩ حكمت محكمة الاستئناف بعد ضم الاستئنافين بقبولهما شكلا وفي موضوع الاستئناف رقم ٢٠١٠/٢٧٠ بإلغاء الحكم المستأنف فيما قضى به بشأن - التطبيق ومسكن الحضانة وأجرة الحضانة والمتعة والحكم:

بإثبات طلاق المستأنف - أصليا - للمستأنف ضدها - أصليا - طلاقة رجعية بتاريخ

٢٨/٥/٢٠١٠ وعدم مراجعته لها خلال فترة العدة وتعد بائعة بينونة صغرى لا تحل له من بعد الا برضاها وبعقد ومهر جديدين.

بإلزام المستأنف - أصليا - ان يؤدي للمستأنف ضدها - أصليا - متعة قدرها مبلغ عشرة آلاف درهم بواقع ألفي درهم شهريا ولمدة خمسة شهور.

بإثبات حضانة المستأنف ضدها - أصليا - لبناتها و و من المستأنف - أصليا - حتى يتزوجن او يعرض للحاضنة عارض يمنعها من حضانتهم.

بإلزام المستأنف - أصليا - توفير مسكن للحضانة مكون من غرفتين وصالة ومرافقها ومناسب بمدينة أبو ظبي ولحين توفيره أن يؤدي لها أجره مسكن حضانة مبلغ ثمانية آلاف درهم ويسري هذا المبلغ من تاريخ إخلائها لمنزل الزوجية.

بإلزام المستأنف - أصليا - أن يؤدي للمستأنف ضدها - أصليا - أجره حضانة ألف درهم شهريا من تاريخ صيرورة هذا الحكم باتا.

وفيما عدا ذلك بتأييد الحكم المستأنف.

وفي موضوع الاستئناف رقم ٢٤٥/٢٠١٠ برفضه وألزمت المستأنف - أصليا - بالمصاريف في الاستئنافين.

فلم ترض الطاعنة بهذا الحكم فأقامت عليه طعنها المائل وقدمت النيابة العامة مذكرة رأَتْ فيها قبول الطعن شكلا وفي الموضوع تفويض الرأي للمحكمة، ورأت هذه الأخيرة في غرفة المشورة ان الطعن جدير بالنظر فحددت لنظره جلسة.

وحيث تنعى الطاعنة على الحكم المطعون فيه مخالفة أحكام القانون والخطأ في تطبيقه وتأويله ومخالفة الثابت في الأوراق والقضاء بما لم يطلبه الخصوم وتجل ذلك بقولها ان الحكم المطعون فيه قضى بإلزام المطعون ضده بتوفير مسكن حضانة للطاعنة مكون من غرفتين وصالة ومرافقها مؤثث ومناسب في مدينة أبو ظبي ولحين توفيره لها بأن يؤدي أجره مسكن حضانة في مبلغ ثمانية آلاف درهم شهريا ويسري هذا الحكم من تاريخ إخلائها من منزل الزوجية في حين ان طلبها كان تثبيتها في المسكن الذي تقيم فيه واعتباره مسكنا للحضانة تنفيذا للاتفاق الموقع بين الطاعنة والمطعون ضده وزوجته الثانية أمام التوجيه الأسري بتاريخ ١٧/١٢/٢٠٠٣ في الملف رقم ١١٨١/٢٠٠٣ وإن خالف الحكم المطعون فيه هذا النظر فانه يكون قد قضى بما لم يطلبه الخصوم ومخالفا للثابت في الأوراق مما يستوجب نقضه.

وحيث إن هذا النعي سديد، ذلك ان الطاعنة طلبت في صحيفة دعواها وفي مختلف مراحل الدعوى الثبات

في المسكن الذي توجد فيه، ومن الرجوع إلى الإقرار والاتفاق الموقع بين الطاعنة والمطعون ضده وزوجته الثانية أمام دائرة التوجيه الأسري في الملف رقم ٢٠٠٣/١١٨١ تاريخ ٢٠٠٣/١٢/١٧ تبين انه ينص في الفقرة الأولى منه على:

«يقيم الطرف الثالث زوجة الطرف الثاني (الطاعنة) صحبة أبنائها و و و في الفيلا الواقعة بمنطقة الرحبة س ١٣ بالدور العلوي والسفلي اعتبارا من اليوم ٢٠٠٣/١٢/١٧.» وينص في الفقرة الثانية منه على: « يقيم الطرف الأول زوجة الطرف الثاني بقسم المجالس من الفيلا الموصوفة في البند الأول اعتبارا من ٢٠٠٣/١٢/١٧.» أي أن الاتفاق المذكور خصص لكل من الطاعنة وزوجة المطعون ضده الأخرى قسما معلوما من الفيلا المشار إليها. ولما كان هذا الإقرار والاتفاق ملزم لأطرافه لعدم مخالفته للقانون أو للنظام العام، وكانت المحكمة المطعون في حكمها لم تراع هذا الاتفاق وحكمت بما لم تطلبه الطاعنة بإلزام المطعون ضده بتوفير مسكن في أبو ظبي فان حكمها المطعون فيه يكون مخالفا للقانون ولما هو ثابت في الاتفاق المشار إليه مما يكون معه الحكم المذكور حريا بالنقض جزئيا في هذا الشق منه.

الرئيس: المستشار / محمد الأمين محمد بيب - رئيس الدائرة.

الأعضاء: المستشار / بادي محمد الجراح

المستشار / عبد الكريم فرعون

٦٥ ش - (الطعن رقم ١٠٨٣ لسنة ٢٠١٠ س ٤ ق أ) جلسة ٢٠١١/١/٢٦ (أحوال شخصية)

قانون « سريانه » القانون الواجب التطبيق » قانون أجنبي». إثبات « عبء الإثبات » حكم تسببيه. تسبیب غیر معيب». نقض « أسباب الطعن بالنقض. ما لا يقبل منها»

■ تطبيق الحكم المطعون فيه قانون دولة الإمارات على واقعة الدعوى. دون قانون البلد التابع له الطاعن. لعدم تقديمه للمحكمة مصدقاً عليه من الجهات المختصة. لا عيب. أساس ذلك؟

المحكمة

حيث يؤخذ من وقائع الدعوى وسائر وثائقها ومن الحكم المطعون فيه أن المطعون ضدها أقامت الدعوى رقم ٢٠١٠/٥٦٤ أمام محكمة أبو ظبي الابتدائية بمواجهة الطاعن طلبت في ختامها إلزامه بنفقة عدة ومتعة وأجرة حضانة ورضاعة وأجرة خادمة ومسكن للحضانة وقيمة فواتير الماء والكهرباء، وذلك على سند من القول أنها كانت زوجة للمدعى عليه ورزقت منه أثناء قيام الزوجية بابتنيها وعمرها ٤ سنوات و وعمرها سنة واحدة وهما بحضانتها وقد طلقها المدعى عليها مما جعلها تستحق نفقة العدة والمتعة وكافة حقوقها الشرعية مما دعاها لإقامة الدعوى.

وبتاريخ ٢٠١٠/٦/٢٩ حكمت محكمة البداية بما يلي:

يلزم المدعى عليه بأن يؤدي للمدعية متعة قدرها ١٦,٠٠٠ درهم تدفع مرة واحدة.

يلزم المدعى عليه بأن يؤدي للمدعية أجرة حضانة مبلغ ٧٠٠ درهم تسري شهرياً اعتباراً من تاريخ الحكم.

يلزم المدعى عليه بتوفير خادمة لخدمة ابنتيه و ويتحمل راتبها الشهري.

إثبات إقرار المدعى عليه بجعل الشقة رقم ٦٠٣ بناية أبناء جاسم درويش قطعة رقم ١٥ غرب الخالدية أبو ظبي التي يستأجرها مسكناً للحضانة ويلزم بسداد القيمة الإيجارية وفاتورة الماء والكهرباء.

٥. عدم قبول طلب أجرة الرضاعة وعدم جواز نظر طلب نفقة العدة.

٦. يتحمل المدعى عليه الرسوم والمصاريف. فاستأنفت المطعون ضدها هذا الحكم تحت رقم ٢٠١٠/٧١١ كما استأنفه الطاعن تحت رقم ٢٠١٠/٨٣٠، وبتاريخ ٢٠١٠/١٠/١١ حكمت محكمة الاستئناف بعد ضم

الاستئناف بقبولهما شكلا وفي موضوع الاستئناف رقم ٧١١/٢٠١٠:

بتعديل الحكم المستأنف فيما قضى به بشأن المتعة إلى إلزام المستأنف ضده بأن يؤدي للمستأنفة متعة مبلغ أربعة وعشرين ألف درهم بواقع ألفي درهم شهريا ولمدة سنة مع تقسيط المبلغ على ثلاثة أقساط متساوية.

بتعديل الحكم المستأنف فيما قضى به بشأن أجره الحضانة إلى إلزام المستأنف ضده بأن يؤدي للمستأنفة أجره حضانة مبلغ ألف درهم شهريا ويسري هذا الحكم من تاريخ انتهاء عدتها منه شرعا.

وفي موضوع الاستئناف رقم ٨٣٠/٢٠١٠: بإلغاء الحكم المستأنف فيما قضى به بشأن الخادمة والحكم برفض هذا الطلب وفيما عدا ما تقدم بتأييد الحكم المستأنف وإلزام كل مستأنف بالمناسب من مصاريف استئنافه.

فلم يرض الطاعن بهذا الحكم فأقام عليه طعنه المائل وقدمت المطعون ضدها مذكرة جوابية كما قدمت النيابة العامة مذكرة رأت فيها قبول الطعن شكلا وفي الموضوع تفويض الرأي للمحكمة، ورأت هذه الأخيرة في غرفة المشورة ان الطعن جدير بالنظر فحددت لنظره جلسة.

وحيث ينعي الطاعن على الحكم المطعون فيه مخالفة القانون والخطأ في تطبيقه وذلك بقوله أن محكمة أول درجة أخطأت عندما طبقت القانون الإماراتي ولم تطبق القانون السوري على طرفي النزاع، ذلك انهما سوريا الجنسية وقد تم الطلاق في مدينة حلب بسوريا مما يجعل القانون السوري هو الواجب التطبيق ولما لم تراع محكمة الاستئناف ذلك وسايرت محكمة الدرجة الأولى في قضائها فان الحكم المطعون فيه يكون مستوجبا للنقض.

وحيث إن هذا النعي غير سديد، ذلك ان المقرر قانونا ان القانون الأجنبي لا يعدو ان يكون مجرد واقعة مادية يجب على المتمسك به إقامة الدليل عليه، لذلك يكون ما ذهب إليه الحكم المطعون فيه من تطبيق قانون دولة الإمارات العربية المتحدة على الدعوى المائلة لكون الطاعن لم يدل أمام أي من محكمتي الموضوع بقانون بلده مصادقا عليه من الجهات المختصة، على اعتبار ان القانون الأجنبي من المسائل التي يقع عبء إثباتها وبيان مضمونها على عاتق الخصم الذي يتمسك بذلك القانون، واقعا في محله متفقا مع القانون مما يكون معه هذا النعي غير سديد حريا بالرفض.

وتأسيسا على ما تقدم فان الطعن يكون حريا بالرفض.

الرئيس: المستشار / محمد الأمين محمد بيب - رئيس الدائرة.

الأعضاء: المستشار / بادي محمد الجرام

المستشار / عبد الكريم فرعون

٦٦ ش - (الطعن رقم ١٢٩٩ لسنة ٢٠١٠ س ٤ ق أ) جلسة ٢٠١١/٢/٩ (أحوال شخصية)

١ (قضاة « صلاحيتهم ». حكم « تسببيه. تسبیب غير معيب ». نقض « أسباب الطعن بالنقض. ما لا يقبل منها » بطلان.

■ عدم صلاحية القضاة في معنى المادة ١١٤ من قانون الإجراءات المدنية. ما هيته؟ مثال للصلاحية.

٢ (قوة الأمر المقضي به. إثبات « قوة الأمر المقضي به ». حكم « تسببيه. تسبیب غير معيب ». نقض أسباب الطعن بالنقض. ما لا يقبل منها ».

■ حجية الأحكام في معنى المادة ٤٩ من قانون الإثبات. ما هيته؟ مثال لإنتفاء الحجية.

٣ (حكم « تسببيه. تسبیب غير معيب ». نقض « أسباب الطعن بالنقض. ما لا يقبل منها ». شريعته إسلامية. طلاق. أحوال شخصية. مذاهب فقهية. محكمة الموضوع سلطتها. إثبات « الحكمان » لجنة التوجيه الأسري.

■ حق كل من الزوجين طلب التطليق للضرر الذي يتعذر معه دوام العشرة.

■ سلطة محكمة الموضوع في تعيين حكمين من أهلها. متى تعذر على لجنة التوجيه الأسري والقاضي الإصلاح بينهما.

■ تعيين الحكمين يكون من أهل الزوجين فإذا تقاعس الزوجان أو أحدهما عن تسمية حكمه عينه القاضي ممن تتوسم فيه المحكمة الخبرة والقدرة على الإصلاح.

■ الحكمان مؤتمنان ومصدقان. قرارهما ملزم للقاضي والزوجين ولو لم يوافق رأيهم. أساس ذلك؟

■ تقدير جديده طلب إعادة الدعوى للمرافعة. موضوعي. مثال.

المحكمة

حيث يؤخذ من وقائع الدعوى وسائر وثائقها ومن الحكم المطعون فيه أن المطعون ضدها أقامت الدعوى رقم ٢٠١٠/٢٤٨ أمام محكمة أبو ظبي الابتدائية بمواجهة الطاعن طلبت في ختامها إلزام

الطاعن بتطبيقها عليه وإثبات حضانتها لبنتها منه ونفقتها ومؤخر الصداق ونفقة عدة وتسليمها صورة مصدقة من جواز سفر البنت، وذلك على سند من القول إنها زوجة المدعى عليه بصحيح العقد الشرعي وأنجبت على فراش الزوجية البنت، إلا أن المدعي يعاملها معاملة سيئة ولم يوفر لها مسكناً ورضي السكن في مسكنها ويريد قطع صلتها مع أشقائها وإنها تضررت من معاملته لها بسببها وسبق لها تقديم دعوى إلا أنها رفضت لعدم استطاعتها إثبات الضرر، كما أنه يرفض الإنفاق عليها من تاريخ رفع الدعوى السابقة، مما دعاها لإقامة هذه الدعوى.

وبتاريخ ٢٠١٠/٤/٧ حكمت محكمة البداية:

١. بإلزام المدعى عليه بأدائه للمدعية نفقتها مبلغ ٢٠٠٠ درهم شهرياً ونفقة البنت آلاء مبلغ ٢٠٠٠ درهم شهرياً سارية لهما معاً من تاريخ ٢٠٠٩/١٢/١٤ وخصم ما عسى أن يكون قد أدى من نفقة مؤقتة، وبعد قبول طلب التخليق وبرفض باقي الطلبات وإلزام المدعى عليه بالرسوم والمصروفات، فاستأنف الطاعن هذا الحكم تحت رقم ٢٠١٠/٤١٧، كما استأنفته المطعون ضدها بالاستئناف رقم ٢٠١٠/٤٠٦/٢٩ بتاريخ ٢٠١٠/١١/٢٩ حكمت محكمة الاستئناف بعد ضم الاستئنافين بقبولهما شكلاً وفي الموضوع:

١. بإلغاء الحكم المستأنف فيما قضى به بنفقة المستأنفة الزوجية والحكم برفض الدعوى بها.

٢. بإلغاء الحكم المستأنف فيما قضى به من رفض باقي الطلبات والحكم:

أ. بتطبيق المستأنفة على زوجها المستأنف ضده محمد علي الكيلاني طلبة بائمة للضرر بدون بدل مسندة لتاريخ هذا الحكم مع سريان العدة من تاريخ صيرورة الحكم بالتطبيق باتاً.

ب. بإثبات حضانة الطفلة آلاء للمستأنفة.

ج. بإلزام المستأنف ضده بأن يؤدي للمستأنفة مبلغ ٤٥٠٠ درهم عن السكنى لكل فترة العدة.

د. بإلزام المستأنف ضده بأن يؤدي للمستأنفة مؤجل صداقها البالغ قدره ٢٥,٠٠٠ درهم.

هـ. بإلزام المستأنف ضده بأن يسلم المستأنفة صورة من جواز سفر ابنتهما آلاء.

١. بتأييد الحكم المستأنف فيما يخص نفقة البنت وإلزام المستأنف ضده بالمصروفات.

فلم يرض الطاعن بهذا الحكم فأقام عليه طعنه المائل وقدمت النيابة العامة مذكرة رأت فيها قبول الطعن شكلاً وفي الموضوع تفويض الرأي للمحكمة، ورأت هذه الأخيرة في غرفة المشورة أن الطعن جدير بالنظر فحددت لنظره جلسة.

وحيث ينعي الطاعن على الحكم المطعون فيه البطلان ومخالفة القانون والشرعية الإسلامية والقصور في

التسبب والفساد في الاستدلال ويجمل ذلك في ثلاثة أسباب:

السبب الأول: وفيه يقول الطاعن ان الحكم المطعون فيه باطل لعدم صلاحية القاضي الذي اصدر الحكم الابتدائي لنظر الدعوى لسبق إصداره حكماً بين ذات الخصوم ويتعلق بذات الحق محلاً وسبباً وإذ رفض الحكم المطعون فيه هذا الدفاع فانه يكون مخالفاً للقانون مستوجباً النقض.

وحيث إن هذا النعي غير سديد، ذلك أن من المقرر في قضاء هذه المحكمة أن المقصود بسبق نظر القاضي للدعوى المطروحة الذي يؤدي إلى عدم الصلاحية المنصوص عليه في المادة ١١٤ من قانون الإجراءات المدنية أن يكون قد سبق له نظر موضوعها في مرحلة أو درجة أخرى، أما سبق نظر دعوى أخرى ولو كانت بين خصمي هذه الدعوى في نفس الدرجة كما هو الحال في واقعة الطعن فلا يصلح سبباً لعدم صلاحية القاضي.

لما كان ذلك، فإن كون القاضي حسن اسماعيلي سبق ان اصدر حكماً في الدعوى رقم ٢٠٠٩/٩٦٨ وموضوعها حضانة وطلاق ونفقات إقامتها المطعون ضدها في مواجهة الطاعن لا يمنعه من نظر الدعوى الماثلة التي هي بين نفس الخصمين لانها دعوى أخرى مغايرة للدعوى الأولى، ولو تشابهت الدعويان في الموضوع، ومن ثم يكون هذا النعي غير قائم على سند من القانون حرياً بالرفض.

السبب الثاني: وفيه يقول الطاعن انه سبق وان صدر الحكم رقم ٢٠٠٩/٩٦٨ من محكمة أبو ظبي الابتدائية والذي اكتسب الدرجة القطعية برفض دعوى المطعون ضدها الطلاق للضرر مما يمنع المحكمة من سماع الدعوى الماثلة لسبقية الفصل في موضوع الدعوى، وإذ خالفت المحكمة المطعون في حكمها هذا النظر فإن حكمها يكون مستوجباً النقض.

وحيث إن هذا النعي غير سديد ذلك ان المادة ٤٩ من قانون الإثبات في المعاملات المدنية رقم ١٩٩٢/١٠ نصت على ان الأحكام التي حازت حجية الأمر المقضي تكون حجة فيما فصلت فيه من الخصومة ، ولا يجوز قبول دليل ينقض هذه القرينة ، ولكن لا تكون لتلك الأحكام هذه الحجية إلا في نزاع قام بين الخصوم أنفسهم دون ان تتغير صفاتهم وتعلق بذات الحق محلاً وسبباً . ومؤدى هذا النص ان حجية الأحكام قاصرة على نفس الخصوم الذين صدرت في نزاعهم دون ان تتعداهم إلى غيرهم من الناس وعلى ذات الحق محلاً وسبباً.

لما كان ذلك، وكان موضوع الدعوى رقم ٢٠٠٩/٩٦٨ هو طلب التطبيق للضرر في حين ان موضوع الدعوى الماثلة رقم ٢٠١٠/٢٤٨ هو طلب التطبيق للشقاق والنزاع فيكون الحق المدعى به في الدعوى الماثلة مختلفاً عن الحق المدعى به في الدعوى السابقة، وعليه فإن الحكم السابق رقم ٢٠٠٩/٩٦٨ لا تكون له حجية الأمر المقضي بالنسبة للدعوى الماثلة رقم ٢٠١٠/٢٤٨ ، يضاف إلى ذلك ان من المقرر في قضاء هذه المحكمة ان الأحكام الصادرة برفض دعوى الطلاق للضرر ذات حجية مؤقتة وتزول حجيتها إذا تغيرت المعطيات التي بنيت عليها، ومن ثم يكون هذا النعي غير قائم على أساس جديراً بالرفض.

السبب الثالث: وفيه يقول الطاعن ان المحكمة المطعون في حكمها أخطأت عندما أحالت الدعوى إلى الحكّمين لخلو أوراق الدعوى مما يفيد تكرار الشكوى والشقاق، كما اخطأ الحكم المطعون فيه عندما ساير تقرير الحكّمين في النتيجة التي انتهى إليها، لأن الحكّمين قصرّا في تقصي أسباب الشقاق بين الطرفين، كما رفضت المحكمة إعادة الاستئناف للمرافعة لتقديم تعقيب الطاعن على قرار الحكّمين مما يجعل الحكم المطعون فيه قد خالف القانون مما يستوجب نقضه.

وحيث إن هذا النعي مردود ، ذلك انه عملاً بأحكام المادتين ١١٧ و ١١٨ من قانون الأحوال الشخصية فإن لكل من الزوجين طلب التطلق للضرر الذي يتعذر معه دوام العشرة بينهما، وإنه إذا لم يثبت الضرر واستمر الشقاق بين الزوجين وتعدّر على لجنة التوجيه الأسري والقاضي الإصلاح بينهما، عين القاضي حكّمين من أهلها، وإلا ممن

تتوسم فيهما المحكمة الخبرة والقدرة على الإصلاح إذا تقاعس أحد الزوجين عن تسمية حكمه. أما إذا ثبت الضرر للمحكمة فتقضي في الدعوى دون الحاجة لتعيين حكّمين.

كما انه من المقرر في قضاء هذه المحكمة اعتماداً على نصوص المذهب المالكي المعمول به في الدولة ان الحكّمين مؤتمنان في مهمتهما ومصدقان في أقوالهما التي ضمّناها تقريرهما، لان طريقتيهما طريق الحكم لا طريق الإشهاد، وان قرارهما ملزم للقاضي ولو لم يوافق رأيه، كما انه ملزم للزوجين رضياه ام كرهاه.

قال خليل بن إسحاق «وأتياء فأخبراه فننّف حكّميها». وقال أيضاً : « ونفّذ طلاقهما وإن لم يرض الزوجان والحاكم ». وقال فيه أيضاً : «وبالعكس ائتمناه عليهما أو خالعا له بنظرهما » قال الدردير في شرحه عليه ٣ / ٢١٢ : « لان طريقتيهما الحكم » اهـ .

وقال ابن عاصم في التحفة:

وَمَا بِهِ قَدْ حَكَمًا يُمَضَى وَلَا
إِعْذَارَ لِلزَّوْجَيْنِ فِيمَا فَعَلَا

وحيث إنه لما كان ذلك، وكانت محكمة الموضوع، قد استخلصت مما عرض أمامها قيام حالة الشقاق بين الزوجين مما يتعدّر معها دوام العشرة بينهما، ومن ثم أمرت ببيع حكّمين للإصلاح والنظر في أمرهما وتحديد المسيء منهما. وقد أفاد الحكّمان في تقريرهما أنهما حاولا الإصلاح وتقديم النصح للزوجين وبذلا قصارى جهدهما لإصلاح ذات البين، إلا أنهما لم يصطلحا، وذكرّا انهما لم يستطيعا تبين من هو المسيء من الزوجين، ورأيا وفقا لأحكام المادة ١٢٠ فقرة ٤ من قانون الأحوال الشخصية التفريق بين الطاعن وزوجته بطلقة بائنة للضرر بدون بدل. وكان البين من أوراق الدعوى ان الطاعن طلب من المحكمة إعادة الاستئناف للمرافعة بعد ان حجزت المحكمة الدعوى للحكم مما يقطع صلة الخصوم بهذه الدعوى إلا بالقدر الذي تصرّح به المحكمة، وكان تقدير مدى الجد في الطلب الذي يقدمه أحد الخصوم بغية إعادة الدعوى للمرافعة هو من الأمور الموضوعية

التي تستقل بها محكمة الموضوع مما لا رقابة عليها فيه لمحكمة النقض، فيكون ما ذهب إلىه المحكمة المطعون في حكمها من عدم السماح بفتح باب المرافعة بعد حجز الدعوى للحكم متفقاً مع القانون ويكون معه النعي المثار من قبل الطاعن بهذا الخصوص غير وجيه حرياً بالرفض.

الرئيس : المستشار / محمد الأمين محمد بيب - رئيس الدائرة.

الأعضاء : المستشار / بادي محمد الجرام

المستشار / عبد الكريم فرعون

٦٧ ش - (الطعن رقم ١٢٩٠ لسنة ٢٠١٠ س ٤ ق. أ) جلسة ٢٠١١/١/٢٦ (أحوال شخصية)

١ (قضاء «صلاحياتهم». نظام عام. بطلان. قانون «تطبيقه» حكم «تسببيه. تسبیب غير معيب». نقض «أسباب الطعن بالنقض. ما لا يقبل منها».

■ متى يكون القاضي غير صالح لنظر الدعوى ممنوعاً من سماعها. ومتى لا يكون. في معنى المادة ١١٤ من قانون الأحوال الإجرائية المدنية؟ مثال للصلاحة.

٢ (طعن «أسباب الطعن بالنقض» ما لا يقبل منها». نقض «أسباب الطعن بالنقض. ما لا يقبل منها» إثبات بوجه عام. حكم «تسببيه. تسبیب غير معيب». دفاع «الاخلال بحق الدفاع. ما لا يوقره»

■ الدفاع الجديد المختلط بواقع عدم جواز إثارته لأول مرة أمام النقض. مثال.

٣ (محكمة الموضوع «سلطانها». حكم «تسببيه. تسبیب غير معيب». نقض «أسباب الطعن بالنقض. ما لا يقبل منها». إثبات «بوجه عام»

■ تحصيل فهم الواقع في الدعوى وتقدير أدلتها. موضوعي. متى كان سائغاً. مثال.

المحكمة

حيث يؤخذ من وقائع الدعوى وسائر وثائقها ومن الحكم المطعون فيه أن الطاعنة أقامت لدى محكمة أبو ظبي الابتدائية ضد المطعون ضدها رسمية عبد الكريم يونس الأمير، الدعوى رقم ٢٠١٠/٢٦٣ طلبت بموجبها الحكم بتغيير مواعيد رؤية المدعى عليها لحفيدها (.....) والمحضون من قبل والدته المدعية بعد وفاة والده بجعلها مرة واحدة كل أسبوع لمدة ثلاث ساعات بدلا من ست ساعات، نظرا لأنها تلاحظ عليه تأثيرا سلبيا من طرف جدته من جهة الأب وعماته بشحن ذهنه أثناء الرؤية بما يولد في نفسه كراهية أمه وأنه نتيجة لذلك تأثرت حالته النفسية وأصبح يكره لقاء جدته ومن معها من أقارب أبيه مما دعاها لإقامة الدعوى.

وبتاريخ ٢٠١٠/٣/٣١ حكمت محكمة أول درجة بتعديل مدة الرؤية بالنسبة للصغير وذلك بجعلها من الساعة التاسعة صباحا الى الساعة الثانية عشرة زوالا يوم السبت من كل أسبوع على ان تتم بواسطة مركز الاتحاد النسائي العام بأبو ظبي، وعلى كل من الطرفين الالتزام بالوقت المذكور وتقسيم مصاريف الدعوى مناصفة بين الطرفين. فاستأنفت المدعى عليها هذا الحكم بالاستئناف رقم ٢٠١٠/٣٥٨، وبتاريخ ٢٠١٠/١١/٢٨ قضت محكمة الاستئناف بقبول الاستئناف شكلا وفي الموضوع بإلغاء

الحكم المستأنف والحكم برفض الدعوى وتحميل المستأنف ضدها المصروفات عن درجتي التقاضي.

وبتاريخ ٢٧/١٢/٢٠١٠، طعنت الطاعنة في هذا الحكم بالطعن المائل. وقدمت المطعون ضدها مذكرة جوابية كما قدمت النيابة العامة مذكرة فوضت فيها الرأي للمحكمة ورأت هذه الأخيرة في غرفة المشورة أن الطعن جدير بالنظر، فحددت جلسة لنظره.

وحيث إن الطاعنة تنعى على الحكم المطعون فيه مخالفة القانون والثابت في المستندات والفساد في الاستدلال وأجملت ذلك في ثلاثة أسباب:

السبب الأول: وفيه تقول الطاعنة ان القاضي السيد الطيب عبد الغفور والقاضي السيد سعيد سعد عبد الرحمن قد شاركا بصفتهم قاضيين بنظر الاستئناف رقم ٣٧٣/٢٠٠٧ عن نفس الموضوع ونفس الخصوم، ثم شاركا بصفتهم قاضيين في الاستئناف المقام من المطعون ضدها في التظلم من الأمر على عريضة ثم شاركا معا بصفتهم قاضيين في نظر الاستئناف المطعون فيه وأصدرا حكما تمهيديا في جلسة ١٥/١٠/٢٠١٠، ثم كانا عضوين في ذات الهيئة التي أصدرت الحكم المطعون فيه مما يكون معه الحكم المطعون فيه باطلا عملا بأحكام المادة ١١٤/١ و٢ من قانون الإجراءات المدنية لعدم صلاحية القاضيين المذكورين لنظر الدعوى ولتعلق ذلك بالنظام العام.

وحيث إن هذا النعي مردود، ذلك أن النص في المادة ١١٤ من قانون الإجراءات المدنية يدل على أن «١- يكون القاضي غير صالح لنظر الدعوى ممنوعاً من سماعها في الأحوال الآتية: أ-.....

ز- إذا كان قد أفتى أو ترفع عن أحد الخصوم في الدعوى أو كتب فيها ولو كان ذلك قبل اشتغاله بالقضاء، أو كان قد سبق له نظرها قاضياً أو خبيراً أو محكماً أو

كان قد أدى شهادة فيها: ج-..... ٢- ويقع باطلاً عمل القاضي أو قضاؤه في الأحوال السابقة ولو تم باتفاق الخصوم» يدل على أن إبداء القاضي لرأيه في دعوى سابقة الذي يؤدي إلى عدم صلاحيته لنظر الدعوى اللاحقة بين نفس الخصوم مشروط بأن يكون موضوع الخصومة بينهم في الدعويين واحداً وذلك متى كانت الخصومة في الدعوى اللاحقة تعد استمراراً للخصومة التي كانت قائمة في الدعوى السابقة، والأصل أن الهدف من ذلك النص هو منع القاضي من إعادة نظر ذات الخصومة في مرحلة لاحقة للتقاضي أمام محكمة أعلى متى كان قد سبق له أن أبدى رأيه فيها، أما حيث يعرض القاضي للحكم في الخصومة اللاحقة بين ذات الأطراف في الدعوى السابقة مع اختلاف الموضوع في كل منهما في ذات مرحلة التقاضي، ولو تطرق لبحث ذات الحجج والأسانيد التي أثرت في الدعوى السابقة، فإنه ليس هناك ما يحول قانوناً دون قيامه بنظر الدعوى اللاحقة والحكم فيها.

لما كان ذلك وكان الثابت بالأوراق أن الدعوى رقم ٣٧٣ لسنة ٢٠٠٧ كانت قد أقامت الطاعنة على المطعون

ضدها بغية تعديل مكان الرؤية، في حين ان الحكم المطعون فيه رقم ٢٠١٠/٣٥٨ يتعلق بتحديد مواعيد الرؤية، وكان النزاع في الدعوى المشار إليهما وإن كان قائماً بين ذات الخصوم إلا أن الموضوع والسبب في كل منهما يختلف عن الآخر مما لا يحول دون اشتراك القاضيين المشار إليهما في الفصل في تلك الدعوى اللاحقة رغم أنه سبق لهما الاشتراك في الحكم في الدعوى السابقة إذ لا تعد تلك الدعوى استمراراً للخصومة التي كانت قائمة بين الطرفين في الدعوى السابقة، أما ما تدعيه الطاعنة من وحدة المسألة القانونية في الاستئناف فهو لا أثر له طالما لم يثبت أن الاستئناف اللاحق يعد امتداداً لذات المنازعة في الاستئناف السابق، وبالتالي فإنه لا صحة لما تدعيه الطاعنة من عدم صلاحية القاضيين المذكورين للفصل في الدعوى رقم ٢٠١٠/٥٨ استئناف ابو ظبي، ومن ثم فإن النعي بهذا السبب يكون غير قائم على أساس من القانون حرياً بالرفض.

السبب الثاني: وفيه تقول الطاعنة انه كان على الحكم المطعون فيه تغيير مكان الرؤية من مركز الدعم الاجتماعي التابع لوزارة الداخلية إلى مقر الاتحاد النسائي العام تنفيذا للقرار التنفيذي الصادر من وزير العدل وإذ لم يفعل فإنه يكون حرياً بالنقض.

وحيث إن هذا النعي غير سديد، ذلك ان الطاعنة تثير هذا النعي لأول مرة أمام محكمة النقض وإذ تضمن النعي دفاعاً جديداً يخالطه واقع لم يثبت إيدأه أمام محكمة الموضوع فإنه لا تجوز إثارته لأول مرة أمام محكمة النقض، إضافة إلى ان الطاعنة وفي صحيفة دعواها انما طلبت تعديل ساعات الرؤية إلى ثلاث ساعات يوم السبت من كل أسبوع بمركز الدعم الاجتماعي، مما يكون معه النعي حرياً بالرفض.

السبب الثالث: وفيه تقول الطاعنة ان الحكم المطعون فيه خالف ما أوصى به المختصون في الطب النفسي من وجوب ان يكون مكان الرؤية مفتوحاً وفي وجود أخصائي اجتماعي لمراقبة الرؤية، وان المحكمة المطعون في حكمها عولت على أقوال شاهدي المطعون ضدها دون شاهدي الطاعنة بالرغم من تضاربها مما يكون معه الحكم المطعون فيه حرياً بالنقض.

وحيث إن هذا النعي غير سديد ذلك أنه من المقرر في قضاء هذه المحكمة أن محكمة الموضوع تستقل بسلطة فهم وتحصيل الواقع في الدعوى طالما كان استخلاصها سائغاً وهي صاحبة السلطة في تقدير ما يقدم إليها من أدلة ومستندات وفي استخلاص ما تراه متفقاً مع واقع الدعوى، متى كان استخلاصها سائغاً وإن المجادلة في ذلك هي مجادلة موضوعية تنحسر عنها رقابة محكمة النقض متى أقام الحكم قضاءً على أسباب سائغة؛ وإذ استخلصت محكمة الموضوع في حدود سلطتها الموضوعية من شهادة شاهدي المطعون ضدها ومن المستندات المقدمة في الدعوى ان المحضون قد تم تنظيم رؤية ذويه من أهل والده المتوفى له وذلك بالسماح لجذته لاب برؤيته في كل أسبوع مرة واحدة لمدة ست ساعات ولها ان تستصحبه خارج مقر الرؤية وإعادة إليه في الوقت المحدد لانتهائها واستمر ذلك الوضع دون شكوى او تضرر من الطاعنة لمدة ثلاث سنوات، وأخذت المحكمة المطعون في حكمها بتلك البيئة وطرح ما عداها واستقر في عقيدتها أن مصلحة المحضون هي في

بقاء نظام الرؤية السابق لذويه.

لما كان ذلك وكان هذا الذي خلصت إليه محكمة الموضوع سائغاً ولا مخالفة فيه للقانون وله أصله الثابت في الأوراق وكافياً لحمل قضائها في هذا الخصوص ويتضمن الرد المسقط لكل حجج الطاعة وأوجه دفاعها، فإن النعي يكون غير قائم على أساس من القانون ويتعين رفضه.

الرئيس : المستشار / محمد الأمين محمد بيب – رئيس الدائرة.

الأعضاء : المستشار / بادي محمد الجرام

المستشار / عبد الكريم فرعون

٦٨ ش - (الطعن رقم ٥٤٤ لسنة ٢٠١١ س ٥ ق أ) جلسة ٢٠١١/٩/١٤ (أحوال شخصية)

شريعة إسلامية. أحوال شخصية. طلاق. حضانة. حكم «تسبيبه. تسبيب معيب». نقض أسباب الطعن بالنقض. ما يقبل منها». خلع. قانون «الخطأ في تطبيق القانون».

■ عدم جواز التراضي على إسقاط حضانة الأم لحقها في حضانة أولادها. في الخلع أو غيره.

■ إسقاطها لها. لا يلزمها. جواز معاودتها المطالبة بهذا الحق بعد ذلك. أساس ذلك؟

■ الشروط الواجب توافرها في الحاضن رجلاً كان أو امرأة في الشريعة والقانون؟

المحكمة

حيث يتلخص من وثائق الملف ومن الحكم المطعون فيه ان الطاعنة..... أقامت دعوى في مواجهة المطعون ضده لدى المحكمة الابتدائية بالعين بتاريخ ٢٠١١/١/٦ تحت رقم ٢٠١١/١٥ طلبت في ختامها إثبات حقها في حاضنة ولديها منه (..... ٧ سنوات و سنتان ، وتسليمهما إليها ، وبإلزامه بأداء نفقتهما مبلغ (٥٠٠٠) درهم شهرياً ، وبتوفير مسكن حضانة مناسب مؤثث ومستقل به ماء وكهرباء والهاتف ، وبتوفير خادمة للمحضونين ، وبتوفير سيارة وسائق ، وإلزامه بتسليمهما صورة مصدق عليها لجوازي سفر الولدين ، وخلاصة القيد وأصول البطاقة الصحية وشهادات الميلاد وإلزامه بأداء مبلغ (١٠٠٠) درهم أجره حضانتها شهرياً وتحمله الرسوم والمصاريف .

وأوضحت في دعوها انها كانت زوجة للمدعى عليه بمقتضى عقد شرعي وأنجبت منه على فراش الزوجية الولدين . وبتاريخ ٢٠١٠/٩/٢٩ طلقها خلعاً.

وبتاريخ ٢٠١١/٢/١٦ حكمت محكمة البداية :

أولاً: بأحقية المدعية لحضانة ولديها من المدعى عليها (..... ، و) وإلزامه بأن يؤدي لها نفقتهما مبلغ ١٨٠٠ درهم شهرياً بالسوية بينهم اعتباراً من ٢٠١١/١/٦ وحتى سقوطها عنه شرعاً .

ثانياً : بإلزامه بتوفير مسكن حضانة شرعي ومستقل ومناسب للمدعية ولولديها منه موفر فيه الماء والكهرباء والهاتف وحتى سقوطه عنه شرعاً .

ثالثاً: بإلزامه بتوفير خادمة لخدمة المحضونين وسداد راتبهما مبلغ ٧٠٠ درهم شهرياً.

رابعاً: إلزامه بأن يسلم لها صورة مصدقة من جوازي سفري المحضونين، وأصل بطاقتها الشخصية وبطاقة هويتها، وشهادتي ميلادهما .

خامساً: رفض ما عدا ذلك من الطلبات وألزمت المدعى عليه بالمصروفات.

فاستأنف المدعى عليه الحكم بتاريخ ٢٠١١/٠٣/١٥ تحت رقم ٢٠١١/١٤٤ .

وبتاريخ ٢٠١١/٠٤/١١ حكمت محكمة الاستئناف بإلغاء الحكم المستأنف والحكم برفض الدعوى وإلزام المستأنف ضدها بالمصاريف.

ولم يرض الطاعنة هذا الحكم فأقامت عليه طعنها المائل بالنقض بتاريخ ٢٠١١/٠٥/٣ وقدم المطعون ضده مذكرة جوابية طلب في ختامها رفض الطعن وإلزام الطاعنة بالرسوم والمصاريف ومقابل أتعاب المحاماة ، كما قدمت النيابة العامة مذكرة فوضت في ختامها الرأي للمحكمة، ورأت هذه الأخير في غرفة المشورة ان الطعن جدير بالنظر فحددت لنظره جلسة .

وحيث تنعى الطاعنة على الحكم المطعون فيه مخالفته للشرع والقانون والقصور في التسبيب ، والفساد في الاستدلال وتجمال ذلك في سببين :

تنعى فيهما كون الحكم خطأ لما قضى برفض دعواها الرامية إلى أحقيتها في حضانة ولديها والحالة انها أحق بحضانتها من المطعون ضده إذ تتوفر فيها جميع شروط الحضانة ولا يوجد ما يسقط حقها فيها سيما والمحضونين في أمس الحاجة إلى رعايتها وشفقتها وحنانها خاصة الولد حمدان الذي لا يزال مسكنه حجرها والذي ساءت صحته وفقد شهيته وأصيبت بأنيميا حادة بسبب نقص الحديد وسوء تغذيته. ثم ان ما ذهبت إليه المحكمة من انها تنازلت عن حقها في حضانة ولديها للمطعون ضده بمقتضى إرادتها أمام الموجه الأسري بتاريخ ٢٠١٠/١٠/٣، ومن ثم لا يجوز لها الرجوع فيه فإن ما جاء في الاتفاق غير صحيح . وغير ملزم لها ومن ثم لا يترتب عليه أثر لانتقال حضانتها لولديها حسب المنصوص عليه في المادتين ١١٠ و ١٥٣ من قانون الأحوال الشخصية ، إذ المطعون ضده أثناء العلاقة الزوجية مارس عليها ضغوطاً كثيرة بدليل انها لم تحصل على طلاقها منه إلا خلعاً بتنازلها عن مؤخر صداقها وسائر نفقاتها الشرعية حسبما هو ثابت بإشهاد الطلاق الخلعي رقم ٢٠١٠/٢/٣ بتاريخ ٢٠١٠/٩/٢٩. مما يكون الحكم بمخالفته لما ذكر معيباً يتعين نقضه .

وحيث إن ما تنعاه الطاعنة سديد، ذلك انه وان كان الثابت من وثائق الملف انها (أي الطاعنة) لما طلقت على المطعون ضده طلاقاً خلعيّاً بتاريخ ٢٠١٠/٩/٢٩ بناء على طلبها مقابل تنازلها عن حقوقها المالية بما فيها مؤخر صداقها حسبما هو ثابت بوثيقة إشهاد الطلاق حضرت بتاريخ ٢٠١٠/١٠/٣ أمام الموجه الأسري

وصرحت انها تنازلت عن حقها في حضانة ولديها من زوجها المطلق وهما (..... من مواليد ٢٠٠٤، و من مواليد ٢٠٠٩) وسلمتهما له ليكون هو الحاضن لهما حسبما بالأشهاد عدد ٩٢٦/٢٠١٠. فإن تنازلها هذا يتعلق بحق غيرها، إذ الحضانة كما ذهب إليه بعض الفقهاء حق لله فقط أو له مع غيره أو للمحضون وعلى هذه الأقوال لا يسقط حق الحاضن فيها بإسقاطه له لأنه يكون أسقط ما لا يملكه وعلى هذه الأقوال اعتمد قانون الأحوال الشخصية الذي نص في المادة ١١٠ منه على انه لا يصح التراضي على إسقاط حضانة الأولاد والواضح من هذا النص القانوني ومن أقوال الفقهاء التي اعتمد عليها ان إسقاط الحاضنة لحقها في الحضانة لا يلزمها ولا يترتب عليه سقوط حضانتها سواء وقع ذلك الاسقاط للحضانة في نطاق الخلع أو خارجه ومن ثم فلا يلزم الطاعة إسقاطها لحقها في الحضانة كما ان الولدين لازالا صغيري السن أصغرهما لا يتعدى عمره سنتين، و لا يتعدى عمرها خمس سنوات وهما يحتاجان إلى حنان أمهما، وبذلك فبقاؤهما عند أمها أفضل من غيرها، إذ الأم أشفق وأرقق بولدها وأصبر على تحمل المشاق في سبيل حضانتها من غيرها سيما ووالدهما (المطعون ضده) لم يقدم ما يثبت ان له من يحضن من النساء. فالفقه وبعده القانون اشترط في الحاضن الذكر ان يكون له من يصلح للحضانة من النساء .

قال الشيخ خليل في باب الحضانة ((وللذكر من يحضن))

قال الزرقاني في تعليقه على هذا النص الجزء الرابع صفحة ٤٧٥: وشرط ثبوتها للذكر ان يكون عنده من يمض أي يصلح للحضانة من الإناث من زوجة مستوفاة لشروط الحاضن أو سرية أو أمة خدمة أو مستأجرة لذلك كما يفيد كلام الإمام وإلا فلا حضانة له ولو مأموناً .

وقال الخرشي أيضاً في تعليقه على هذا النص الجزء الخامس صفحة ٢٤٥.

قول خليل وللذكر من يحضن . يعني ان الحاضن إذا كان ذكراً فإنه يشترط في حقه ان يكون له أهل يتولون المحضون من زوجة أو سرية أو مستأجرة أو متبرعة بذلك. لأن الذكر لا يصبر على ما تصبر عليه النساء من أحوال الأطفال . ويشترط في الحاضن الذكر إذا كانت المحضونة أنثى تطيق الوطء ان يكون محرماً لها وإلا فلا حضانة له ولو كان مأموناً ذا أهل عند مالك.

قال القرافي في الفروق الجزء الثالث صفحة ٢٠٠٦ و ٢٠٠٧ لأن الحضانة تفتقر إلى وفور الصبر على الأطفال لكثرة البكاء والضجر من الهيئات العارضة للصبيان وملابسة الأقدار ، ومزيد الشفة والرقعة الباعثة على الرفق بالمحضون ، فلذلك فرضت على النساء .

وجاء في الفقرة الثانية من المادة ١٤٤ من قانون الأحوال الشخصية . يشترط في الحاضن زيادة على الشروط المذكورة في المادة ١٤٣ . السابقة .

أولاً: إذا كانت امراه ان تكون خالية من زوج أجنبي ٠٠٠ الخ

ثانياً: إذا كان رجلاً ان يكون عنده من يصلح للحضانة من النساء.

وجاء في المذكرة الإيضاحية لقانون الأحوال الشخصية . وأما الشرط الخاص بالرجل الذي يطالب بحق حضانة الصغير ان يكون عنده من يصلح للحضانة من النساء كزوجته مثلاً وبنته أو أخته أو خادمة أو امرأة استأجرها لخدمة الصغير فقط ممن تتوفر فيها تلك الشروط العامة من البلوغ والعقل ، والأمانة، والقدرة على صيانة المحضون صحة وخلقاً.

مع السلامة من الأمراض المعدية إذ من المعلوم إذ الرجل وحده ليس له صبر على تربية الأطفال كالنساء فإن لم يكون عنده من يصلح للحضانة من النساء فلا حق له في الحضانة. والمطعون ضده وان ادعى ان له الحق في حضانة ولديه بعد تنازل والدتهما (الطاعنة) عن حضانتها له فإنه لم يدل بما يثبت ان له من يصلح للحضانة من النساء والقانون وقبله الفقه كما ذكر أعلاه اشترط في الحاضن الذكر ان يكون له من النساء من يحضن وإلا فلا حق له في الحضانة والمحكمة المطعون في حكمها بتعليقها بكون تنازل الطاعنة عن حقها في حضانة ولديها بمحض إرادتها واختيارها وبعد الخلع يلزمها . خالفت المادة ١١٠ من قانون الأحوال الشخصية والآراء الفقهية التي اعتمدت عليها ومن ثم يكون الحكم المطعون فيه حرياً بالنقض .

الرئيس : المستشار / محمد الأمين محمد بيب - رئيس الدائرة.

الأعضاء : المستشار / عبدالسلام الخراز

المستشار / عبد الكريم فرعون

٦٩ ش - (الطعن رقم ٣٥ لسنة ٢٠١١ س ٥ ق. أ) جلسة ٢٠١١/٩/١٤ (أحوال شخصية)

تركات. تظلم. حكم «تسببيه. تسبیب غیر معيب». نقض «أسباب الطعن بالنقض. ما لا يقبل منها». طعن «أسباب الطعن بالنقض. ما لا يقبل منها» «ما يجوز وما لا يجوز الطعن فيه بالنقض». موارد.

■ عدم جواز الطعن بالنقض على القرارات الصادره من قاضي التركات بصفته الولائية. أساس ذلك؟

المحكمة

حيث يؤخذ من وقائع الدعوى وسائر وثائقها ومن الحكم المطعون فيه أنه وأثناء نظر تركة المرحوم / الشيخ - قرر قاضي دائرة التركات بيع أحد عقارات التركة وهو القطعة السكنية بمنطقة المقام (٧) خالية من المباني وذلك عن طريق المزاد بسعر أساس مبلغ (١,٥٠٠,٠٠٠) درهم وبجلسة ٢٠٠٤/٣/٣١ المحددة لإجراء المزاد فتح المزاد ولم يتقدم للمزايدة سوى الطاعن - - الذي قدم ضمانا بنكيا بالمبلغ ((١,٥٠٠,٠٠٠)) درهم وقرر انه مستعد لدفع المبلغ، فقررت المحكمة اعتماده كمشتري للعقار محل المزايدة.

وفي جلسة ٢٠٠٤/٥/١٩ حضر بعض الورثة وقرروا عدم موافقتهم على البيع وطلبوا وقف الإجراءات. وفي جلسة ٢٠٠٤/٧/٧ أفهمت المحكمة من رسا عليه المزاد بوقف الإجراءات وانه عليه استلام الكفالة، فلم يرض ذلك وتقدم بالطعن على القرار أمام محكمة الاستئناف تحت رقم ٢٠٠٤/٢٧٠ بغرض إلغاء القرار والاستمرار في الإجراءات وتسجيل قطعة الأرض باسمه باعتبار ان القرار بوقف الإجراءات مخالف للشرع والقانون - فجاء حكم الاستئناف بقبول الاستئناف شكلا وفي الموضوع ببطالان الحكم المستأنف واعتباره كأن لم يكن وبعدم قبول طلب المستأنف ضدهم (المطعون ضدهم في هذا الطعن) بوقف إجراءات البيع.

لم يقبل المطعون ضدهم بهذا الحكم فطعنوا عليه أمام المحكمة الاتحادية العليا بموجب الطعن رقم ٢٧/٣٩ ق.ع نقض شرعي مدني والتي أصدرت حكمها القاضي بنقض الحكم المطعون فيه وإحالة القضية الى محكمة الاستئناف التي أصدرت الحكم للفصل فيه مجددا مشكلة من قضاة آخرين. وقد جاء في أسباب المحكمة العليا : « ان الحكم بإيقاع البيع على مشتري العقار بالثمن الأساسي الذي حدده قاضي التركات، لا يعتبر حكما بمفهوم الأحكام ولا يفصل في خصومة قضائية بل هو عقد بيع ينقذ جبرا بين الورثة وبين المشتري ويكون لكل ذي مصلحة من الورثة الاعتراض على هذا البيع للأسباب التي يراها بالتقدم إلى قاضي التركات بطلب

على عريضة وفق أحكام المادة ١٤٠ من قانون الإجراءات المدنية لإيقاف البيع مؤقتاً منعاً للضرر المحدق به وللقاضي الاستجابة مؤقتاً لهذا الطلب دفعا للضرر، ولا يعد ذلك مساساً بحجية الحكم ولا تسلطاً منه على قضائه باعتباره ان ما صدر منه بصفته الولائية وليس القضائية وذلك بأمره بوقف إجراءات البيع لعدم موافقة الورثة على البيع.»

نظرت محكمة الاستئناف بهيئة مغايرة القضية وأصدرت فيها حكمها القاضي بعدم جواز نظر الاستئناف.

ثم تقدم مشتري العقار (الطاعن في هذا الطعن) بتظلم ضد قرار قاضي التركات الذي افهمه أن عليه استلام الكفالة البنكية المقدمة منه لعدم موافقة الورثة على البيع، وقررت المحكمة المتظلم إليها في التظلم برفضه وإلزام المتظلم بالمصاريف، فاستأنف الطاعن هذا القرار بموجب الاستئناف رقم ٢٠٠٩/٣٢١، وبتاريخ ٢٠١٠/١٢/٢١ قضت محكمة الاستئناف بعدم قبول الاستئناف وتحميل المستأنف الرسوم والمصاريف.

لم يرض الطاعن بهذا الحكم فأقام عليه طعنه المائل وقدم المطعون ضدهم مذكرة جوابية كما قدمت النيابة العامة مذكرة رأت فيها قبول الطعن شكلاً وفي الموضوع بتفويض الرأي للمحكمة، ورأت هذه المحكمة في غرفة المشورة ان الطعن جدير بالنظر فحددت لنظره جلسة.

وحيث ينعى الطاعن على الحكم المطعون فيه القصور في التسبب والخطأ في تطبيق القانون وبجمل ذلك في قوله ان الحكم المطعون فيه قد خالف القانون عندما قضى بان القرار الذي يصدره قاضي التركات في التظلم من قراره يكون ولائياً لا يجوز الطعن عليه بالاستئناف لأن القاضي قد اصدر حكمه في التظلم بصفته القضائية وليس بصفته الولائية مما يستوجب نقضه.

وحيث إن هذا النعي غير سديد، ذلك ان الطاعن انما يهدف من تظلمه إلغاء القرار الولائي الصادر عن قاضي التركات والذي قرر فيه وقف الإجراءات وان على الطاعن استلام الكفالة، والطعن بهذا الشكل انما ينصب على القرار الذي اتخذه قاضي التركات بصفته الولائية وليس بصفته القضائية. ذلك ان من صفات الحكم القضائي ان يصدر عن محكمة تتبع جهة قضائية وبما للمحكمة من سلطة قضائية أي أن يصدر في خصومة قضائية بأن يكون هذا الحكم قد اتخذ بمواجهة الخصوم ويكفي ان تكون الخصومة محتملة، ويطعن في الأحكام الصادرة بهذه الصفة بالطرق المقررة قانوناً للطعن بالأحكام. بينما تتخذ القرارات الولائية دون منازعة ولا يطعن فيها بنفس طرق الطعن المقررة بالنسبة إلى الأحكام العادية وانما يجوز التظلم منها.

لما كان ذلك، وكان التظلم الذي قدمه الطاعن على القرار الولائي الذي أصدره قاضي التركات الذي تم إصداره في غير خصومة قضائية، لان ذلك القرار يعتبر عملاً ولائياً لانه ليس بحكم قضائي اذ أنه لم يبت في منازعة ولا وجود لمواجهة بين الخصوم ولا يصح بالتالي الطعن فيه بطرق الطعن المخصصة للأحكام العادية وما هو إلا تأكيد لما قضى به سابقاً واكتسب الدرجة القطعية بصور حكم محكمة الاستئناف في القضية رقم

٢٧٠/٢٠٠٤ بعد عودتها من المحكمة الاتحادية العليا.

وحيث ان الحكم المطعون فيه قد ذكر ضمن حيثياته انه كان واجبا على الطاعن إقامة دعوى أمام المحكمة المختصة، وقام الطاعن بإقامة الدعوى رقم ٢٧١/٢٠٠٩ مدني كلي العين، فانه يكون قد سلك الطريق القانوني الواجب عليه سلوكه.

لما كان ذلك وكان الحكم المطعون فيه قد توصل إلى عدم قبول الطعن الاستئنافي لذات العلة المشار إليها في هذا الحكم فانه يكون متفقا مع القانون مما يكون معه هذا الطعن غير قائم على أساس من القانون حريا بالرفض.

الرئيس : المستشار / محمد الأمين محمد بيب - رئيس الدائرة.

الأعضاء : المستشار / عبدالسلام الخراز

المستشار / عبد الكريم فرعون

٧ ش - (الطعن رقم ١٠٥٦ لسنة ٢٠١٠ س ٤ ق أ) جلسة ٢٠١١/١/٢٦ (أحوال

شخصية)

تزوير. إثبات «تزوير» «أوراق عرفيه». حكم «تسبيبه. تسبیب غير معيب». نقض «أسباب الطعن بالنقض. ما لا يقبل منها». محكمة الموضوع «سلطتها».

■ الشروط التي يجب توافرها لتأمر محكمة الموضوع بالتحقيق في دعوى التزوير. ماهيتها؟

■ جواز إلتفاتها عن طلب تحقيق التزوير المدعى به متى تخلف أي من تلك الشروط. مثال.

المحكمة

حيث يؤخذ من وقائع الدعوى وسائر وثائقها ومن الحكم المطعون فيه أن المطعون ضدها أقامت الدعوى رقم ٢٠٠٩/١٢٢٠ أمام محكمة أبو ظبي الابتدائية بمواجهة الطاعن طلبت في ختامها إلزام الطاعن بتطبيقها عليه للضرر وبنفقة أولادها منه وتوفير مسكن لهم وذلك على سند من القول انها زوجة للمدعى عليه وفي عصمته ورزقت منه على فراش الزوجية الصحيح بأولادها وعمره ١٨ سنة و وعمرها ١٥ سنة و وعمرها ١٤ سنة و وعمره ١٠ سنوات ومنصور و سنوات و وعمرها ٤ سنوات وأنه يسيء إليها ويضربها وهجرها مما دعاها لإقامة الدعوى. وأقام المدعى عليه دعوى متقابلة تحت رقم ٢٠٠٩/١٢٢٣ طلب في ختامها الحكم له في مواجهة المدعى عليها تقابلا بفسخ عقد الزواج بينهما بسبب انها تجمع بين زوجين وإلحاق نسب الأولاد ، ، و له وبإسقاط حضانتها وتسوية النفقة وذلك على سند من القول انه تزوج المدعى عليها وتكشف له أخيرا انها ما زالت متزوجة بالمدعو وانها تحمل مستندات متناقضة منها الصور الفوتوغرافية مما دعاها لإقامة الدعوى.

وبتاريخ ٢٠١٠/١/٣١ حكمت محكمة البداية:

أولاً: في الدعوى المتقابلة رقم ٢٠٠٩/١٢٢٣ بعدم قبول دعوى إثبات النسب لعدم صلاحيتها بسبب عدم وجود منازعة، ورفض ما عدا ذلك من طلبات وتحميل رافعها الرسوم والمصاريف.

ثانياً: برفض الدعوى الأصلية رقم ٢٠٠٩/١٢٢٠ وتحميل رافعها الرسوم. فاستأنف الطاعن هذا الحكم تحت رقم ٢٠١٠/١٧٢، كما استأنفته المطعون ضدها تحت رقم ٢٠١٠/١٧٣ وبتاريخ ٢٠١٠/١٠/١٢ حكمت محكمة الاستئناف:-

أولاً: في الاستئناف ١٧٢/٢٠١٠ برفضه وتأييد الحكم المستأنف بخصوص دعوى المستأنف وألزمته بمصروفاته.

ثانياً: في الاستئناف رقم ١٧٣/٢٠١٠ حكمت المحكمة تمهيداً وقبل الفصل في موضوعه بتعيين حكيمين... الخ.

فلم يرض الطاعن بالحكم الصادر في الاستئناف رقم ١٧٢/٢٠١٠ فأقام عليه طعنه المائل وقدمت المطعون ضدها مذكرة جوابية كما قدمت النيابة العامة مذكرة رأت فيها قبول الطعن شكلاً وفي الموضوع تفويض الرأي للمحكمة، ورأت هذه الأخيرة في غرفة المشورة ان الطعن جدير بالنظر فحددت لنظره جلسة.

وحيث إن الطاعن ينعى على الحكم المطعون فيه الفساد في الاستدلال والإخلال بحق الدفاع ومخالفة الثابت في الأوراق والخطأ في القانون ويقول في بيان ذلك انه دفع أمام المحكمة المطعون في حكمها بان عقد الخلع المبرم بتاريخ ١٤/١٠/١٩٨٩ بين المطعون ضدها وبين زوجها السابق والذي تم بموجبه طلاقه لها بذلك التاريخ مزور وطلب من المحكمة ان تحقق في دعوى تزوير هذا العقد الذي أدلت به المطعون ضدها لإثبات طلاق زوجها الأول لها بتاريخ ١٤/١٠/١٩٨٩ وما دام الحكم المطعون فيه التفت عن دعوى التزوير هذه ولم تحقق المحكمة التي أصدرته فيها فان حكمها يكون معيباً واجب النقض.

وحيث إن هذا النعي غير سديد ذلك ان المادة ٢٨ من قانون الإثبات في المعاملات المدنية نصت في الفقرة الأولى منها على ان محكمة الموضوع تأمر بالتحقيق في دعوى التزوير المثارة أمامها إذا اجتمعت شروط أربعة احدها إذا حدد الطاعن مواضع التزوير في المحرر المدعى تزويره والثاني إذا كان الطعن بالتزوير منتجاً في الدعوى والثالث إذا لم تكف وقائع الدعوى ومستنداتها في إقناع المحكمة بصحة المحرر المدعى تزويره والرابع إذا رأت المحكمة ان إجراء التحقيق الذي طلبه الطاعن بالتزوير لإثبات تزوير المحرر المدعى تزويره منتج وجائز.

ومفاد هذا النص القانوني ان المحكمة التي طعن أمامها خصم بتزوير محرر أدلى به خصمه يجوز لها ان تلتفت عن التحقيق في دعوى التزوير وترفض طلب الخصم الذي طلب إحالة ذلك المحرر للتحقيق في تزويره إذا توفرت إحدى حالات أربع:-

إحداها إذا لم يبين الطاعن بالتزوير مواضع التزوير في المحرر المدعى تزويره. والثانية

إذا كان الطعن بالتزوير غير منتج في النزاع والثالثة إذا رأت المحكمة ان وقائع الدعوى ومستنداتها كافية لإقناع المحكمة بصحة المحرر المدعى تزويره والرابعة إذا رأت المحكمة ان إجراء التحقيق في دعوى التزوير غير منتج أو غير جائز.

لما كان ذلك، وكانت المحكمة المطعون في حكمها قد اعتبرت كما هو واضح من أسباب حكمها المطعون فيه:

أولاً: ان الطاعن لم يبين مواضع التزوير في المحرر المدعى تزويره.

ثانياً: ان ادعاء الطاعن ان عقد الخلع المبرم بين المطعون ضدها وبين زوجها السابق مزور غير منتج في النزاع لأن الطاعن يرمي من ورائه إلى غرض واحد هو نفي نسب ابنه الذي ثبت نسبه له بمقتضى حكم بات نهائي صادر عن محكمة النقض بأبو ظبي في الطعن رقم ٢٠٠٩/١٤٢ وبالتالي لم يعد من الجائز قانونياً للطاعن ان يحاول التخلص بأي وسيلة من انتساب ذلك الولد إليه.

ثالثاً: ان وقائع الدعوى ومستنداتها كافية في إقناع المحكمة بصحة المحرر المدعى تزويره للأدلة التي بينتها المحكمة في أسباب الحكم المطعون فيه.

رابعاً: ان إجراء التحقيق في دعوى التزوير التي أثارها الطاعن غير منتج.

فان المحكمة المطعون في حكمها تكون والحالة هذه قد توفرت لديها جميع الحالات الأربع التي يجوز لها إذا توفرت حالة واحدة منها ان تلتفت عن طلب التحقيق في تزوير المحرر المدلى به أمامها أخرى إذا توفرت أمامها جميع تلك الحالات، ومن ثم يكون التفات المحكمة المطعون في حكمها عن التحقيق في دعوى الطاعن ان محرر الخلع المشار إليه أعلاه مزور وقضاؤها برفض طلب التحقيق في تزويره سليماً متفقاً مع صريح القانون ويكون الحكم المطعون فيه سليماً متفقاً مع النصوص القانونية التي تحكم الدعوى وعليه يكون ما نعى به الطاعن في هذا الشأن غير قائم على أساس حري بالرفض.

الرئيس : المستشار / محمد الأمين محمد بيب - رئيس الدائرة.

الأعضاء : المستشار / بادي محمد الجرام

المستشار / عبد الكريم فرعون

القسم الثاني الاجتهاد القضائي

مجموعة الأحكام والمبادئ القانونية الصادرة
عن محكمة النقض من دوائر المواد الإدارية

إعداد:
المكتب الفني

د - (الطعن رقم ٧٩ لسنة ٢٠١١ س ٥ ق أ) جلسة ٢٠١١/١/٣١ (إداري)

إثبات « خبرة ». محكمة الموضوع « سلطتها ». حكم « تسببيه. تسبیب غير معيب ». نقض « أسباب الطعن بالنقض. ما لا يقبل منها ». مكافأة نهاية الخدمة. ترقية. تعويض. قرار إداري.

■ التفات المحكمة عن طلب ندب خبير موارد بشرية لبحث أحقية الطاعن في الترقية من عدمه. لا عيب . أساس ذلك ؟

■ رفض طلب الطاعن الذي تجاوز سن المعاش وبقي في الخدمة. بفرق مكافأة نهاية الخدمة بين الدرجة التي كان عليها والدرجة التي يستحقها. لا عيب . أساس ذلك ؟

■ تسكين الطاعن على درجة برغم تجاوزه سن المعاش وبقاؤه في الخدمة. مكافأة وتقدير له. لا يستحق عنها تعويضاً. علة ذلك ؟

المحكمة

حيث يؤخذ من وقائع الدعوى وسائر وثائقها ومن الحكم المطعون فيه أن الطاعن (المدعي) تقدم بتاريخ ٢٠١٠/١١/٢٢ أمام محكمة أبو ظبي الابتدائية بدعوى قيدت برقم ٢٠١٠/١٥٠ إداري ضد المطعون ضدها (المدعى عليها) دائرة القضاء بأبو ظبي يطلب فيها ندب خبير موارد بشرية للاطلاع على ملفه الوظيفي وبحثه واحتساب الدرجة الأولى له تطبيقاً للائحة الموارد البشرية مع صرف كافة المستحقات المالية بأثر رجعي منذ تاريخ ٢٠٠٨/١/١ مع وضع نسبة ٣٠٪ على الراتب كأساس لتعديله وحتى تاريخ انتهاء خدمته بتاريخ ٢٠١٠/٧/١ وإلزام المدعى عليها بالرسوم، وقال شارحاً لدعواه أنه التحق للعمل بالمدعى عليها منذ عام ١٩٧٧ وهو حاصل على مؤهل جامعي (بكالوريوس علوم عام ١٩٦٧) ولديه خبرة سابقة ٧ سنوات وقد تدرج في الوظيفة حتى رقي إلى الدرجة السادسة بوظيفة أمين سر جلسة أول في عام ١٩٨٢ وحاصل على دورات تدريبية متخصصة وتم تسكينه على الدرجة الرابعة في وظيفة ضابط توظيف بالمخالفة لكافة ضوابط التسكين ورغم تظلم المدعي على قرار التسكين إلا أنه تم تجاهل تظلمه وبتاريخ ٢٠١٠/٧/١ أنهيت خدماته مما دعاه لإقامة هذه الدعوى.

وبتاريخ ٢٠١١/١/١٣ حكمت المحكمة برفض الدعوى وألزمت المدعي بالمصاريف. فاستأنف الطاعن هذا الحكم بالاستئناف رقم ٢٠١١/٥٤ وبتاريخ ٢٠١٠/٤/٢٦ أصدرت محكمة الاستئناف حكماً المطعون فيه والقاضي برفض الاستئناف وتأييد الحكم المستأنف وإلزام المستأنف بالرسوم والمصاريف.

طعن الطاعن في هذا الحكم بالطعن المائل بمقتضى صحيفة قيدت بقلم كتاب هذه المحكمة بتاريخ ٢٠١١/٦/٢١ طلب في ختامها قبول الطعن شكلاً وفي الموضوع نقض الحكم المطعون فيه مع الإحالة وإلزام المطعون ضدها

برسوم الطعن والمصاريف والأتعاب، وتقدمت المطعون ضدها بمذكرة جوابية. ورأت هذه المحكمة في غرفة المشورة أن الطعن جدير بالنظر، فحددت جلسة لنظره.

ينعى الطاعن على الحكم المطعون فيه مخالفة القانون والإخلال بحق الدفاع ومخالفة الثابت بالأوراق ومستندات الدعوى ويبين ذلك فيما خلاصته أن الحكم المطعون فيه أخطأ بعدم إجابته طلب الطاعن ندب خبير للاطلاع على ملفه الوظيفي وبالتالي تسكينه على الدرجة الأولى التي يستحقها أسوة بزملائه في العمل وإعطائه الفرق المتمثل في مكافأته بين ما حصل عليه وما كان سيحصل عليه فيما لو سكن على الدرجة التي يطالب بها مما يكون معه الحكم المطعون فيه مستوجبا للنقض.

وحيث إن هذا النعي غير سديد، ذلك أن ندب خبير موارد بشرية للاطلاع على الملف الوظيفي للطاعن واحتساب الدرجة التي يطالب بها هو من صميم عمل المحكمة وليس من عمل الخبير، ذلك أن مسألة البت في ما يستحقه الطاعن من درجة وتسكينه عليها هو من مسائل القانون وتطبيقه على الواقعة المطروحة من مهام القاضي الرئيسة التي لا يجوز التخلي عنها للخبير وهي ليست من المسائل الفنية التي تحتاج إلى خبرة فنية لا تستطيع المحكمة أن تجزم فيها برأي، والمحكمة ليست ملزمة بإجابة طلب تعيين الخبير متى وجدت في أوراق الدعوى وعناصرها ما يكفي لتكوين عقيدتها للفصل فيها، ذلك أن المادة ٦٩ من قانون الإثبات قد نصت على أنه للمحكمة عند الاقتضاء أن تحكم بندب خبير أو أكثر... للاستنارة برأيهم في المسائل التي يستلزمها الفصل في الدعوى... الخ.» ومؤدى ذلك أن لمحكمة الموضوع في نطاق سلطتها الموضوعية أن تنتدب الخبير وأن سلطاتها في ذلك لا تخضع لرقابة محكمة النقض طالما أقامت قضاءها على أسباب سائغة لها سندها القانوني من أوراق الدعوى. لما كان ذلك، وكانت المحكمة قد رأت عدم ندب خبير موارد بشرية لدراسة ملف الطاعن، فإنها تكون قد استعملت سلطتها الموضوعية الممنوحة لها بموجب القانون، مما يكون معه هذا النعي جدلاً موضوعياً فيما لمحكمة الموضوع من سلطة تقديرية ويكون معه هذا الشق من النعي حرياً بالرفض. أما ما أثاره الطاعن من أحقيته لفرق المكافأة بين ما استلمه وبين ما كان سيستحقه لو جرى تسكينه على الدرجة الأولى، فإن هذا الشق من النعي غير سديد أيضاً، ذلك أن الحكم المطعون فيه قد بين أن الطاعن استمر في الخدمة بعد بلوغه سن الستين، لذلك تكون مدة الخدمة التي قضاها بعد بلوغ هذه السن مدة عمل فعلية لا تعطيه الحق في طلب الترقية، وأن تسكينه على الدرجة الرابعة الذي تم خلال فترة ما بعد بلوغ سن التقاعد، كان من باب التقدير والمكافأة طالما أنه لا يعد موظفاً من الناحية القانونية وإنما مستخدماً فعلياً (موظف فعلي) لا يستحق إلا تعويضاً عما قدمه من جهود وبالتالي لا تجوز ترقيته خلالها، مما يكون معه هذا النعي غير قائم على أساس حرياً بالرفض.

الرئيس: المستشار/ علال عبد السلام لعبودي - رئيس الدائرة.

الاعضاء: المستشار/ عبد العزيز يعكوبي

المستشار/ عبد الكريم فرعون.

٢ د - (الطعن رقم ٥٥٨ لسنة ٢٠١١ س ٥ ق. أ) جلسة ٢٠١١/١٠/٣١ (إداري)

١ (إيجار أماكن. لجنة الفصل في المنازعات الإيجارية. اختصاص « اختصاص نوعي ». محكمة مدنية « نظرها الدعوى والحكم فيها ». محكمة الموضوع « سلطتها ». دعوى مدنية « نظرها والحكم فيها ». حكم « تسببيه. تسبيب غير معيب ». نقض « أسباب الطعن بالنقض. ما لا يقبل منها ».

■ سلطة محكمة الموضوع في وقف الدعوى المدنية المنظورة أمامها تعليقاً أو عدم وقفها متى رأت أن الفصل فيها يتوقف على الفصل في دعوى أخرى. ولأي من الخصوم تعجيل الدعوى متى زال السبب.

■ تقدير توافر سبب الوقف أو عدمه موضوعي. متى كان سائغاً.

٢ (محكمة مدنية « سلطتها ». حكم « تسببيه. تسبيب غير معيب ». نقض « أسباب الطعن بالنقض. ما لا يقبل منها ». اختصاص « اختصاص نوعي ». لجنة الفصل في المنازعات الإيجارية.

■ عدم اختصاص المحكمة المدنية بوقف تنفيذ حكم الإخلاء الصادر من لجنة الفصل في المنازعات الإيجارية.

المحكمة

حيث يؤخذ من وقائع الدعوى وسائر وثائقها ومن الحكم المطعون فيه أن الطاعنة (الدعية) لصاحبها تقدمت بتاريخ ٢٠٠٧/٤/١٢ أمام لجنة فض المنازعات بدعوى قيدت برقم ٢٠٠٧/١٧٩٤ ضد المطعون ضدهم ورثة تطلب فيها الحكم لها بتجديد عقد الإيجار المنقضي في ٢٠٠٧/٣/٣١ بالقيمة الإيجارية الواردة بالعقد وتشكيل لجنة لإجراء معاينة للأرض والمباني وبيان قيمة المنشآت التي أقامها لحفظ حقه في المطالبة بقيمتها، كما أقام الورثة المذكورون دعوى متقابلة مطالبين فيها بإلزام الطاعنة بإخلاء العين المؤجرة وحفظ حقهم بالرجوع على الطاعنة لإلزامها بالتعويض عن تعطيلها هدم البناء وإعادة إنشائه من جديد وما فاتهم من كسب وما لحقهم من خسارة.

وبتاريخ ٢٠٠٩/٩/٢٧ أصدرت اللجنة حكمها القاضي برفض الدعوى الأصلية رقم ١٧٩٤ وإلزام الدعية مصروفات الدعوى. وفي الدعوى المتقابلة بإلزام المدعى عليها منجرة الحلواني ويمثلها مالكة عاطف فريد الحلواني بإخلاء العين المؤجرة (الأرض الصناعية) رقم ١١ و ١٢ مصفح الصناعية (م/١٠) وما عليها من مبانٍ، والملوكة لورثة وتسليمها للورثة خالية من الشواغل وإلزام المدعى عليها مصروفات الدعوى. فاستأنفت الطاعنة هذا الحكم بتاريخ ٢٠٠٩/١٠/١١ بالاستئناف رقم ٢٠٠٩/٢٢٤.

وبتاريخ ٢٠٠٩/١٠/٣١ أقامت الطاعنة الدعوى رقم ٢٠٠٩/٨١ أمام محكمة أبو ظبي الابتدائية ضد دائرة البلديات والزراعة بلدية أبو ظبي طلبت في ختامها وقف تنفيذ الحكم الصادر في الدعوى رقم ٢٠٠٧/١٧٩٤ الصادر من لجنة فض المنازعات الإيجارية والمستأنف تحت رقم ٢٠٠٩/٢٢٤ ومخاطبة اللجنة الاستئنافية بالقرار، وإلغاء قرار المدعى عليها بالتصريح بالهدم ورخصة الهدم لمخالفتها واقع وجود مبانٍ لم يمر على بنائها خمس سنوات يتعلق بها حقوق الغير واعتباره كأن لم يكن، وإلغاء القرار الصادر فيما يتعلق بالمباني الجديدة وقصرها على الشجرة القديمة فقط وبتحميل المدعى عليها الرسوم والمصاريف ومقابل أتعاب المحاماة.

وبتاريخ ٢٠١٠/١/٢١ أصدرت محكمة أول درجة حكمها في الدعوى رقم ٢٠٠٩/٨١ بوقف النظر فيها لحين الفصل في الاستئناف رقم ٢٠٠٩/٢٢٤ المطروح أمام لجنة فض المنازعات الإيجارية الإستئنافية وأبقت الفصل في المصاريف. فاستأنفت الطاعنة هذا الحكم بالاستئناف رقم ٢٠١٠/١٥/٣ بتاريخ ٢٠١٠/٥/٣ أصدرت محكمة الاستئناف حكمها المطعون فيه والقاضي برفض الاستئناف وتأييد الحكم المستأنف.

طعن الطاعن في هذا الحكم بالطعن المائل بمقتضى صحيفة قيدت بقلم كتاب هذه المحكمة بتاريخ ٢٠١١/٥/٣١ طلب في ختامها قبول الطعن شكلاً وفي الموضوع نقض الحكم المطعون فيه مع الإحالة والإزام المطعون ضدها برسوم الطعن والمصاريف والأتعاب، وتقدم المطعون ضدهما كلا بمذكرة جوابية. ورأت هذه المحكمة في غرفة المشورة أن الطعن جدير بالنظر، فحددت جلسة لنظره.

تنعى الطاعنة على الحكم المطعون فيه مخالفة القانون والخطأ في تطبيقه ومخالفة الثابت بالأوراق والفساد في الاستدلال والقصور في التسبب وإخلاله بحق الدفاع مستندات الدعوى ويبين ذلك في ثلاثة أسباب:

السببان الأول والثالث: وفيهما تقول الطاعنة ان الحكم المطعون فيه أخطأ بتطبيق المادة ١٠٢ من قانون الإجراءات المدنية ذلك لأن طلبات الطاعنة تتمثل في إلغاء القرار الإداري الصادر من الجهة المطعون ضدها الأولى بتاريخ ٢٠٠٧/٥/٧ بشأن الترخيص للورثة المطعون ضدهم الثانيين بهدم وإعادة بناء المنشآت والمباني المقامة لورود هذا القرار على مبانٍ لم يمض على بنائها سوى خمس سنوات، وان تطبيق المادة ١٠٢ المشار إليها تطبيقاً سليماً يوجب على المحكمة أن تفصل في الدعوى لا أن توقف النظر فيها، لأن دعوى الإلغاء الماثلة هي الأحق بالبحث قبل الدعوى الإيجارية مما يستوجب نقضه.

وحيث إن هذا النعي غير سديد، ذلك أن المادة ١٠٢ من قانون الإجراءات المدنية تنص على انه: « تأمر المحكمة بوقف الدعوى إذا رأت تعليق الحكم في موضوعها على الفصل في مسألة أخرى يتوقف عليها الحكم وبمجرد زوال سبب الوقف يكون لأي من الخصوم تعجيل الدعوى.» ويتضح من هذا النص ان وقف الدعوى تعليقاً هو أمر جوازي لمحكمة الموضوع بحسب ما يترأى لها من تعليق الحكم في موضوعها على الفصل في دعوى أخرى ولها أن ترفض طلب الوقف لهذا السبب متى أقامت قضاءها على أسباب سائغة تكفي لحمله.

لما كان ذلك، وكانت المادة ٢٣ من القانون رقم (٢٠) لسنة ٢٠٠٦ بشأن إيجار الأماكن وتنظيم العلاقة الإيجارية بين المؤجرين والمستأجرين في إمارة أبوظبي تنص على أنه: «مع مراعاة ما ورد في المادة (٢٠) من هذا القانون، لا يجوز للمؤجر أن يطلب إخلاء العين المؤجرة، إلا لأحد الأسباب الآتية:

٦ - إذا رغب المالك في هدم العقار المؤجر لإعادة بنائه أو تعليته أو بالإضافة عليه أو تحويله، ويشترط لذلك:

■ في حالة الهدم لإعادة البناء والتحويل، أن يكون قد مضى على إنشاء العقار خمس عشرة سنة على الأقل.
- أن يحصل المالك على التراخيص اللازمة من الجهات المختصة.... الخ المادة.

وكان بإمكان الطاعنة أن تثير الدفع الذي تثيره في هذا السبب أمام اللجنة الإيجارية وليس هناك ما يمنعها من ذلك خاصة وان الدعوى أمام اللجنة الإيجارية قد أقيمت قبل إقامة الدعوى الماثلة وإذ علقت المحكمة المطعون في حكمها الحكم في الدعوى الماثلة لحين البت في الدعوى ٢٠٠٧/١٧٤٩ وصدور حكم نهائي فيها، فإنها تكون قد استعملت صلاحيتها الموضوعية في ذلك عملاً بأحكام المادة ١٠٢ المشار إليها أعلاه، ومن ثم يضحى النعي في غير محله.

السبب الثاني: وفيه تقول الطاعنة ان الحكم المطعون فيه أخطأ بعدم إجابة الطاعنة إلى طلبها بوقف تنفيذ حكم الإخلاء الصادر من اللجنة الإيجارية لحين الفصل في الدعوى الماثلة مما يستوجب نقضه.

وحيث إن هذا النعي غير سديد، ذلك ان المحكمة المطعون في حكمها لا تملك صلاحية وقف تنفيذ حكم الإخلاء الصادر من اللجنة الإيجارية.

لما كان ذلك، وكان الحكم المطعون فيه قد طبق صحيح القانون فان هذا النعي يكون حرياً بالرفض.

الرئيس: المستشار/ علال عبد السلام لعبودي - رئيس الدائرة.

الاعضاء: المستشار/ عبد العزيز يعكوبي

المستشار/ عبد الكريم فرعون .

٣ د - (الطعن رقم ٦٩، ٣٩٤ لسنة ٢٠١١ س ٥ ق. أ) جلسة ٢٠١١/١٢/١٩

(إداري)

١ (دفاع « الإخلال بحق الدفاع. ما لا يوفره ». محكمة الموضوع « سلطتها ». حكم « تسببه. تسبب غير معيب ». نقض « أسباب الطعن بالنقض. ما لا يقبل منها ». إثبات « بوجه عام » خبرة « عمال. أجر. »

■ تحصيل فهم الواقع في الدعوى وتقدير أدلتها ومنها تقارير الخبراء . موضوعي . ما دام سائغاً .
■ محكمة الموضوع غير ملزمة بالرد على دفاع لا سند له من الواقع أو القانون . متى كان ما انتهى إليه يوافق صحيح القانون . مثال .

٢ (بدلات « بدل سفر ». عمال . حكم « تسببه. تسبب معيب ». نقض « أسباب الطعن بالنقض. ما يقبل منها ». قانون « الخطأ في تطبيق القانون » .

■ استحقاق العامل بدل تذكرة سفر عن كل سنة من سنوات الخدمة . غير مقيد في ذلك بتجديد العقد بعد مدة معينة من عدمه . مخالفة ذلك . خطأ في تطبيق القانون . أساس ذلك ؟

٣ (عمال « تسكين العامل ». حكم « تسببه. تسبب غير معيب ». نقض « أسباب الطعن بالنقض. ما لا يقبل منها ». قرار إداري .

■ تحديد مركز العامل بالنسبة إلى الوظيفة التي يشغلها . منوط بالقرار الصادر بإسنادها له .
■ إنزال حكم القانون في هذه الحالة . العبرة فيه بهذا القرار وحده بحسب الوصف الذي أسبغه عليه . لا عبرة بمباشرة الطاعن أعباء الوظيفة التي يطلب تثبيته عليها .

■ النذب إلى هذه الوظيفة لا يعد تعييناً فيها أو ترقية إليها . ولا يرتب له حقاً في الاستمرار في شغلها .

٤ (مكافآت « مكافأة نهاية الخدمة ». حكم « تسببه. تسبب غير معيب ». نقض « أسباب الطعن بالنقض. ما لا يقبل منها ». عمال .

■ مكافأة نهاية الخدمة والعلوة التشجيعية . تقدرها جهة العمل وتختار من تمنحها له .
■ صدور القرار بذلك ممن يملكه حسب نظام العمل هو المصدر القانوني لاستحقاقها .
■ الترشيحات أو التوصيات أو الموافقات السابقة على القرار . أعمال تحضيرية . لا تكسب الحق فيها إلا بصور الموافقة النهائية بقرار ممن يملك تلك الصلاحية . مثال .

٥ (بدلات » بدل أاث » حكم » تسببيه . تسبب غير معيب » . نقض » أسباب الطعن بالنقض .
ما لا يقبل منها » .

■ بدل الأثاث منحة للعامل مرة واحدة وفقاً للدرجة التي تحددها اللوائح والقوانين. وذلك عند استحقاقه لها. التغييرات التي تحدث بعد ذلك على حالته الاجتماعية. لا أثر لها في تقدير هذا البدل.

٦ (رسوم قضائية. عمال . حكم » تسببيه . تسبب غير معيب » . نقض » أسباب الطعن بالنقض .
ما لا يقبل منها » . محكمة الموضوع » سلطتها » .

■ إلزام العامل بجزء من المصروفات. متى حكم عليه في جزء من الطلبات دون الآخر. صحيح. أساس ذلك ؟

المحكمة

حيث يؤخذ من وقائع الدعوى وسائر وثائقها ومن الحكم المطعون فيه أن الطاعن (المدعي) أقام أمام محكمة أبو ظبي الابتدائية بتاريخ ٢٩/٤/٢٠١٠ دعوى ضد الطاعنة شركة أبو ظبي للتوزيع (الماء والكهرباء) قيدت تحت رقم ٢٠١٠/٥٤/إداري ، أورد فيها انه عين لدى المدعى عليها بوظيفة مساعد قانوني بصفة مؤقتة، وبتاريخ ٢٧/٥/٢٠٠٥ تم تثبيته بوظيفة كاتب قانوني ونظرا لكون مهام عمله وخبرته لا تتناسب مع هذه الوظيفة فقد طالب جهة عمله بتعديل مسماه الوظيفي لكن دون جدوى. لذا يطلب الحكم بإثبات وظيفته كمساعد قانوني من تاريخ تعيينه في ٢٥/٩/٢٠٠٥ وما يترتب على ذلك من أثار، وإلزام المدعى عليها بصرف الفروق المالية المستحقة له: وهي فرق راتب شهري يناير وفبراير ٢٠٠٤ ، وفرق إجازات ٢٠ يوما، وبدل تذاكر السفر ، وفرق بدل الأثاث ، وعلاوة قيادة سيارة ، وزيادة الراتب أو صرف مكافأة تشجيعية نتيجة حصوله على مرتبة امتياز في تقارير الكفاءة، والتعويض عما أصابه من ضرر بسبب عدم تعديل وضعه. وبتاريخ ٢٠١٠/١١/٤ قضت محكمة البداية برفض الدعوى وألزمت المدعي بالمصاريف ومبلغ مائتي درهم مقابل أتعاب المحاماة.

استأنف الطاعن هذا الحكم بالاستئناف رقم ٢٠١٠/٩٤ ، وبتاريخ ٩/٢/٢٠١١ قضت محكمة الاستئناف بقبول الاستئناف شكلا وفي الموضوع بتعديل الحكم المستأنف إلى إلزام الشركة المستأنف ضدها بان تؤدي للمستأنف مبلغ ١٩٧٠ درهم قيمة تذاكر السفر عن سنة واحدة وبتأييد الحكم المستأنف فيما عدا ذلك، وألزمت المستأنف ضدها بربع المصروفات وألزمت المستأنف بثلاثة أرباعها وبمبلغ أربع مائة درهم مقابل أتعاب المحاماة. طعن الطاعن بالنقض في هذا الحكم بالطعن المائل (رقم ٢٠١١/٣٦٩) بمقتضى صحيفة قيدت بقلم كتاب هذه المحكمة بتاريخ ٢٨/٣/٢٠١١ طلب في ختامها قبول الطعن شكلا، وفي الموضوع الحكم بتعديل الحكم المطعون فيه والقضاء مجددا بطلبات الطاعن الواردة بدعواه، أو نقض الحكم المطعون فيه والإحالة إلى

محكمة الاستئناف لنظره بهيئة مغايرة. وأجابت المطعون ضدها بمذكرة التمس فيها رفض الطعن وإلزام الطاعن بالرسوم والمصاريف.

كما طعنت شركة ابوظبي للتوزيع بالطعن بالنقض رقم ٢٠١١/٤٠٩ على الحكم ذاته بمقتضى صحيفة سجلت بقلم كتاب هذه المحكمة بتاريخ ٢٠١١/٤/٦ طلبت في ختامها الحكم بنقض الحكم المطعون فيه بشأن ما قضى به بخصوص قيمة التذاكر وقدرها ١٩٧٠ درهما وإحالة القضية إلى محكمة الاستئناف لتحكم فيها بهيئة مغايرة أو التصدي والحكم بتعديل الحكم المستأنف والقضاء وفقا لطلبات الطاعنة. وأجاب المطعون ضده بمذكرة التمس فيها عدم قبول الطعن شكلا. وفي الموضوع برفض الطعن وإلزام الطاعنة بالرسوم والمصاريف ومقابل أتعاب المحاماة عن جميع درجات التقاضي. ورأت المحكمة في غرفة المشورة أن الطعن جدير بالنظر فحددت له جلسة ٢٦ أكتوبر ٢٠١١.

أولا: الطعن رقم: ٢٠١١/٣٦٩.

حيث يعيب الطاعن على الحكم المطعون فيه الخطأ في تطبيق القانون ومخالفته، والقصور في التسبيب، والإخلال بحق الدفاع، ويبين وذلك من خلال ثلاثة أوجه.

الوجه الأول: أن الحكم المطعون فيه لم يتعرض لدفاع الطاعن الجوهري بتعيب تقرير الخبرة المأمور بانجازها من قبل المحكمة، ولم يرد على طلباته لا سلبا ولا إيجابا. ذلك أنه أثناء العقد المؤقت خلال عام ٢٠٠٤ كان قد تم تجديد عقد الطاعن لمدة عام من يناير ٢٠٠٤ إلى نهاية العام بزيادة ألف درهم في الراتب الشهري من ٣٠٠٠ درهم إلى ٤٠٠٠ درهم، غير أن هذه الزيادة لم تصرف له عن شهري يناير وفبراير لعام ٢٠٠٤، و قد دلل على ذلك بمستندات إلا أن الخبير أغفلها دون إبداء أسباب. كما أنه قام باحتساب الإجازات من تاريخ ١-١-٢٠٠٤ وليس من بداية عمل الطاعن بتاريخ ٢٥-٦-٢٠٠٢، و قد سايره الحكم المطعون فيه في ذلك مغفلا ما ساقه من دفعات جوهريية حسبما ورد بمذكرته المقدمة بتاريخ ٢١-١٠-٢٠١٠ والتي يتمسك فيها بما أورده في هذا الوجه من النعي. و أنه خلال فترة تعيينه المؤقت التي امتدت ثلاث سنوات وثلاثة أشهر تقريبا من ٢٥/٦/٢٠٠٢ إلى ٢٤/٩/٢٠٠٥ لم تصرف له خلالها إلا تذكرة سفر واحدة حسب إقرار المطعون ضدها مما يجعله مستحقا لبدل تذكرتي سفر آخرين بالقيمة المعتمدة لدى المطعون ضدها في حينه وحسب أسعار منظمة إياتا الدولية للطيران، و الحكم المطعون فيه إذ قضى له بتذكرة سفر إضافية واحدة يكون معيبا معرضا للنقض.

وحيث إن هذا النعي مردود جزئيا، ذلك أن المقرر في قضاء هذه المحكمة أن الدفاع الذي يجب على محكمة الموضوع بحثه والبت فيه هو الدفاع الجوهري الذي يتغير به وجه الرأي في الدعوى، ولا يعيب الحكم التفاته عن الرد على دفاع لا سند له في الواقع أو القانون متى كان ما انتهى إليه يصادف صحيح القانون. و أن محكمة الموضوع متى رأت في حدود سلطتها التقديرية الأخذ بتقرير الخبير المنتدب في الدعوى لاقتناعها

بصحة أسبابه فإنها لا تكون ملزمة بالرد استقلاً على المطاعن التي وجهت إليه، لأن في أخذها بما ورد فيه ما يفيد أنها لم تجد في تلك المطاعن ما يستحق الرد عليه بأكثر مما تضمنه التقرير. لما كان ذلك وكان تقرير الخبرة قد انتهى إلى عدم استحقاق الطاعن لأجرة شهري يناير وفبراير ٢٠٠٤ لكون الزيادة في راتبه الشهري لم تبدأ إلا من شهر مارس من نفس السنة. كما انتهى إلى أن الطاعن استلم جميع مستحقات إجازته عن الفترة التي يطالب بها حسب الثابت من المستند رقم ب ٩- وفقاً لما أورده التقرير -، لذلك يكون الحكم المطعون فيه بتأييده الحكم الابتدائي برفض طلبات الطاعن بهذا الشأن استناداً لما ورد في تقرير الخبرة قد بنى قضاءه على أسس سليمة و بالتالي يكون ما ينعاه الطاعن بهذا الشأن غير وجيه.

وحيث انه بخصوص ما ينعاه الطاعن بشأن كون الحكم المطعون فيه قضى له بتذكرة سفر واحدة والحال انه يستحق تذكرتين أخريين لكونه قضى أكثر من ثلاث سنوات في إطار العقد المؤقت الذي امتد من ٢٥/٦/٢٠٠٢ إلى ٢٥/٩/٢٠٠٥، فانه نعي سديد ذلك أن أحكام المادة ٥٣/١٢ من دليل سياسات شؤون الموظفين الخاص بالطاعنة نصت على أن كل موظف يستحق إجازة سنوية عن كل عام من الخدمة حسب التفصيل الوارد بها، كما نصت على استحقاق الموظف تذكرة سفر في حالة رغبته في الاستفادة من الإجازة السنوية. وإذا كان قد ورد بهذه المادة أن الموظفين المدرجين تحت فئة العمال والسائقين المؤقتين لا يستحقون امتيازات إضافية عدا مبلغ الراتب المقطوع المنصوص عليه في العقد، وان مدة عمل الموظفين بالراتب المقطوع لا تزيد عادة عن سنتين، فانه لم يرد بهذه المادة ما يفيد بشكل صريح تقييد أحقية الموظف في الاستفادة من تذكرة السفر بتجديد العقد بعد كل سنتين من الخدمة. لذلك وأمام ما نصت عليه المادة ٥٣/٨ المشار إليها بشأن أحقية الموظف المؤقت في الحصول على تذكرة سفر في حالة رغبته في الاستفادة من إجازته السنوية، وبما أن هذه المادة جاءت خالية مما يفيد بشكل واضح تقييد الحصول على التذكرة بتجديد العقد عند كل سنتين، وبما أن الطاعن قضى خلال العقد المؤقت ثلاثة سنوات وبضعة أشهر من الخدمة لذلك يكون محققاً في الحصول على ثلاث تذاكر سفر خلال المدة المذكورة، وبما أن المطعون ضدها منحتة عن المدة المذكورة تذكرة سفر واحدة فقط لذلك يكون محققاً في الحصول على تذكرتين أخريين. والحكم المطعون فيه وإن أورد في حيثياته أن الطاعن يستحق تذكرة سفر عن كل سنة من الخدمة إلا انه أخطأ في احتساب عدد التذاكر المستحقة له عن هذه المدة مما يجعله معرضاً للنقض في هذا الجزء، مع الإشارة إلى أن المادة ٥٣/١٢ من دليل سياسات الموارد البشرية الخاص بالطاعنة هي الواجبة التطبيق بهذا الشأن وليست المادة ٣٠٢/١٠ التي استند إليها الحكم المطعون فيه.

وحيث انه بالبناء على ما تقدم، و نظراً لكون الموضوع صالحاً للفصل فيه، وكان تقرير الخبرة الذي استند إليه الحكم المطعون فيه قد حدد قيمة التذكرة السنوية في مبلغ ألف وتسعمائة وسبعين درهماً (١٩٧٠ درهم) لذلك يتعين الحكم للطاعن بمبلغ ثلاثة آلاف وتسعمائة وأربعين درهماً (٣٩٤٠ درهماً) بدل تذكرتي سفر.

الوجه الثاني: ان الحكم المطعون فيه لم يتعرض إلى طلبه الذي تمسك فيه باستحقاق فرق بدل الأثاث، موضحاً بأنه سبق أن صرف له بدل أثاث بقيمة ٢٠٠٠٠ درهم عن فئة أعزب، وحينما تغير وضعه الاجتماعي

من أعزب إلى متزوج لم يتم صرف فرق بدل الأثاث وقيمته ١٠٠٠٠ درهم، حسب الوارد في المادة ٤٠٨ من دليل سياسات شؤون الموظفين. كما أن الحكم المطعون فيه رفض صرف المكافأة والحوافز التشجيعية التي طالب بها الطاعن بعله أن صرفها يخضع للسلطة التقديرية لجهة العمل، والحال انه عملاً بأحكام المادة ٥٠٣/٤ من دليل شؤون الموظفين فان صرف هذه المكافأة يتم بتوصية من مدير الإدارة ويرفع إلى المدير العام لاعتماده ثم لتنفيذه من قبل الإدارة المعنية. وقد تم رفع توصية له مرة بصرف مكافأة تشجيعية وأخرى بزيادة تشجيعية من قبل مديره المباشر إلى مدير عام المطعون ضدها ورئيس مجلس إدارتها في الوقت ذاته حسب الثابت بالأوراق وقام هذا الأخير باعتماد التوصية بالموافقة وإحالتها إلى جهة التنفيذ وهي قسم شؤون الموظفين غير أن هذه القسم امتنع عن التنفيذ. و بالإضافة إلى ذلك فان الحكم المطعون فيه استند في رفض إثبات وظيفة الطاعن كمساعد قانوني إلى القرار الصادر من رئيس مجلس إدارة هيئة مياه وكهرباء ابوظبي و عرض العمل ملتفتاً عن أوجه الدفاع التي ساقها الطاعن و ما قدمه من مستندات وإقرارات صادرة عن المطعون ضدها تفيد عكس ما انتهى إليه الحكم موضوع الطعن.

وحيث إن هذا النعي مردود، ذلك أنه بخصوص ما ينعاه الطاعن بشأن عدم الاستجابة لطلب إثبات وظيفته كمساعد قانوني، فان الحكم المطعون فيه قضى عن صواب برفض هذا الطلب استناداً إلى كون عرض العمل الذي قام الطاعن بالتوقيع عليه مختاراً، اسند إليه وظيفة كاتب قانوني و صدر تبعاً لذلك قرار بتعيينه على هذه الوظيفة بهذا المسمى. والمقرر أن تحديد مركز الموظف بالنسبة إلى الوظيفة التي يشغلها منوط بالقرار الصادر بإسنادها إليه، و إن العبرة في إنزال حكم القانون تكون بهذا القرار وحده بحسب الوصف الذي أسبغه عليه. ولا يغير من ذلك مباشرة الطاعن فعلياً أعباء الوظيفة التي يطلب تنبئته عليها. وانه على فرض ندبه لهذه الوظيفة فان ذلك لا يعتبر تعييناً فيها أو ترقية إليها، ولا يرتب له حقاً في الاستمرار في شغلها.

ولا يغير من ذلك احتجاجه بأوراق و بطائق سبق حصوله عليها تثبت له صفة مساعد قانوني، طالما أنها تناقض ما ورد بقرار تعيينه و أن الغاية التي سلمت له من أجلها هذه الوثائق، حسبما أوضحتها المطعون ضدها في مذكراتها، كانت بهدف تسهيل مأموريته لدى الجهات الإدارية و لا تستهدف تعديل مسماه الوظيفي الذي لم يلحقه أي مساس.

والحكم المطعون فيه إذ التزم هذا النظر و انتهى بشكل سائغ إلى رفض الطلب المقدم بهذا الشأن للعلل المذكورة فانه يكون قد صادف صحيح القانون ومن ثم يكون ما ينعاه الطاعن بهذا لشان غير وجيه.

وحيث انه فيما يتعلق بالنعي المثار بشأن عدم الاستجابة لطلب صرف المكافأة والحوافز التشجيعية، فان الحكم المطعون فيه أوضح في معرض تعليقه رفض هذا الطلب، تأييداً لما قضى به الحكم الابتدائي، أن جهة العمل تتمتع في منح المكافآت والعلاوات التشجيعية بسلطة تقديرية في اختيار من تقرر منحهم هذه العلاوة، وان الحق فيها يستمد من قرار الجهة التي اسند لها القانون صلاحية منحها، و ما يسبق هذا القرار من

ترشحات أو توصيات أو موافقات فلا يعدو أن يكون محض أعمال تحضيرية لا تكسب الحق فيها في غياب صدور الموافقة النهائية من الجهة التي تملك هذه الصلاحية. لما كان ذلك، و كان المقرر بمقتضى المادة ٥٠٣ من دليل سياسات شؤون الموظفين «أن المكافآت التشجيعية تصرف بعد موافقة رئيس مجلس إدارة هيئة وكهرباء ابوظبي أو الشركة حسب كل حالة» و انه لم يثبت موافقة رئيس مجلس إدارة الهيئة على صرف هذه المكافأة للطاعن، لذلك يكون ما قضى به الحكم المطعون فيه بهذا الخصوص صادف صحيح القانون، وبالتالي يكون ما ينعاه الطاعن بها الشأن غير وجيه.

وحيث انه بخصوص النعي المتعلق بعدم فحص دفاع الطاعن بشأن فرق بدل الأثاث، فهو الآخر مردود، ذلك أن المقرر بمقتضى المادة ٤٠٨ و ٤٠٨-١ من دليل سياسات شؤون الموظفين الخاص بالمطعون ضدها أن بدل الأثاث يمنح مرة واحدة للدرجات ٧ فما فوق، وإن استحقاق الموظف لقيمة هذا البدل يتحدد بحسب الدرجة والوضع الاجتماعي. و مؤدى ذلك أن العبرة في تحديد قيمة بدل الأثاث تكون بالنظر إلى الوضعية الاجتماعية التي يوجد عليها المعني بالأمر عند الحصول بداية على هذا البدل، وتبعاً لذلك فإن قيمة البدل لا تتأثر بما قد يطرأ لاحقاً على وضعية المعني بالأمر سواء بالزيادة أو النقص، أي سواء كان أعزب وأصبح متزوجاً أو كان متزوجاً وأصبح أعزب، طالما أن المقرر بمقتضى المادة المشار إليها أن هذا البدل يمنح مرة واحدة بالنسبة للدرجات المذكورة وهو ما لا يستقيم معه القول باستحقاق المعني بالأمر فرق بدل الأثاث في حال تغير وضعيته الاجتماعية. يضاف إلى ذلك أن دليل سياسات شؤون الموظفين المشار إليه جاء خالياً من أي مقتضى يعطي الحق في الحصول على فرق البدل في حالة حصول تغيير في الوضعية الاجتماعية. و الحكم المطعون فيه إذ قضى وفق ما ذكر فانه يكون قد طبق القانون تطبيقاً سليماً ومن ثم يكون الطعن المثار بهذا الشأن غير سديد.

الوجه الثالث: أن الحكم المطعون فيه لم يمحس دفاع الطاعن ولم يقيم بتحقيق الدعوى. والثابت من الأوراق أن الطاعن كان يقوم بمهام قانونية بحتة تتعدى حتى مهام المساعد القانوني كما تقر المطعون ضدها بذلك من واقع المستندات المقدمة في الدعوى، مما يكون معه الحكم المطعون فيه قاصر التسبب مخرلاً بحقوق الدفاع. كما أن الحكم المطعون فيه خالف القانون حين رفض الحكم للطاعن بالتعويض لكون الضرر الذي لحق به واضح وصريح، والضرر الأدبي يعتبر من مشمولات الضرر الموجب للتعويض. مما يكون معه الحكم المطعون فيه معيباً موجباً للنقض.

و حيث إن هذا النعي بشقيه مردود، وقد سبق الرد على شقه الأول في معرض الرد على الوجه الثاني أعلاه فيحال عليه تفادياً للتكرار. و بخصوص الشق الثاني المتعلق بتعيب الحكم المطعون فيه بشأن رفضه طلب التعويض فهو الآخر مردود، ذلك أن الثابت من تعليقات الحكم الابتدائي المؤيد من قبل الحكم المطعون فيه محمولاً على أسبابه، انه لم يثبت قيام أي خطأ في حق المطعون ضدها مما تنتفي معه مسؤوليتها، والحكم المطعون فيه إذ قضى وفق ما ذكر لذلك يكون ما ينعاه الطاعن بهذا الشأن مجرد جدل موضوعي فيما تستقل محكمة الموضوع بتقديره دون معقب عليها في ذلك متى أقامت قضاءها على أسباب سائغة.

وحيث انه بالبناء على ما ذكر يكون النعي بأوجهه الثلاثة غير قائم على أساس سليم و بالتالي يكون مال الطعن الرفض.

ثانيا: الطعن رقم: ٢٠١١/٤٠٩.

حيث تنعى الطاعنة على الحكم المطعون فيه مخالفة القانون والواقع والقصور في التسبيب وتبين ذلك من خلال وجهين:

وحيث تنعى بالوجه الأول أن الحكم المطعون فيه ألزمها بقيمة تذاكر السفر عن كل سنة بالاستناد إلى مفهوم المادة ٣٠٢ / ٨ من دليل سياسات شؤون الموظفين المعمول به لديها في حين أن هذه المادة تطبق بحق الموظفين المعيّنين على الدرجات وعلى العقود المحلية وليس على الموظفين المعيّنين بصفة مؤقتة الذين تطبق بحقهم أحكام المادة ٥٠٣ / ١٢ ، والحكم المطعون فيه إذ قضى بالخلاف لما ذكر يكون قد خالف القانون مما يعرضه للإلغاء .

و حيث إن هذا النعي سبق الرد عليه في معرض مناقشة الوجه الأول من الطعن رقم ٢٠١١ / ٣٩٦ ، حسبما أشير إليه أعلاه، فيحال عليه تفاديا للتكرار.

و حيث ينعي بالوجه الثاني أن الحكم المطعون فيه اخطأ حين ألزم الطاعنة بربع مصروفات الدعوى في حين أن المادة ٧ من قانون الرسوم القضائية لإمارة ابوظبي قد أعفاها من رسوم الدعاوى والطعون والطلبات. كما انه وان جاز للمحكمة أن تحمل كل خصم ما دفعه من مصروفات أو بتقسيم المصروفات بين الخصمين حسب ما تقدره المحكمة طبقاً لأحكام المادة ١٣٥ من قانون الإجراءات المدنية ، فإن ذلك مقيد فيما إذا كانت الطاعنة قد دفعت أي جزء من المصروفات، أو تقسم المصروفات بينهما على حسب تقدير المحكمة، وهذا التقدير يجب أن يكون مبنيًا على أساس صحيح وعلى أقل تقدير فانه كان ينبغي على المحكمة الأخذ بالاعتبار نسبة ٥ في المائة المنصوص عليها في القانون و تطبيقها على مبلغ الحكم كرسوم للدعوى لا أن يكون التقدير جزافيا. والحكم المطعون فيه إذ خالف ذلك يكون معيبا مما يعرضه للنقض.

وحيث إن هذا النعي غير سديد، ذلك أن المقرر بمقتضى المادة السابعة من قانون الرسوم القضائية لإمارة ابوظبي انه «تغى من الرسوم القضائية الدعاوى والطعون والطلبات بما في ذلك الإجراءات المتعلقة بها والمرتبة عليها التي ترفعها أو تقدمها الوزارات والدوائر الحكومية الاتحادية أو المحلية أو الهيئات والمؤسسات العامة ذات النفع العام التابعة لها في جميع الأحوال، وإذا حكم في الدعوى بإلزام الخصوم بالرسوم والمصاريف تحصل منهم على أساس ما حكم به.» و مؤدى هذا النص أن الإعفاء المقرر بمقتضى هذه المادة إنما ينسحب على الحالة التي تكون فيها إحدى الجهات المذكورة طرفا مدعيا، حيث أن القانون يعفيها من أداء الرسم القضائي بشأن الدعاوى والطعون التي ترفعها أمام القضاء، غير أنه إذا كانت طرفا مدعى عليه وحكم عليها فانه يجوز تحميلها مصروفات الرسوم. كما أنه إذا كانت مصروفات الدعوى يحكم بها على الخصم المحكوم

عليه فيها ، وفقا لما هو مقرر بمقتضى أحكام الفقرة الثانية من المادة ١٣٣ من قانون الإجراءات المدنية، فان ذلك لا يمنع المحكمة، حسب مفهوم المخالفة المستمد من هذه المادة، من توزيع المصروفات على طرفي الخصومة إذا كان الخصم قد حكم عليه في بعض الطلبات دون بعضها الآخر. وقد أوردت المادة ١٣٥ من القانون ذاته هذا المعنى بشكل صريح بالنسبة للطلبات المتقابلة حيث نصت على انه إذا أخفق كل من الخصمين في بعض الطلبات جاز الحكم بأن يتحمل كل خصم ما دفعه من مصروفات، أو بتقسيم المصروفات بينهما على حسب ما تقدره المحكمة، كما يجوز لها أن تحكم بها جميعا على احدهما.

وحيث انه لما كان ذلك، وكان الثابت من صحيفة الدعوى أن المطعون ضده تقدم بمجموعة من الطلبات، كسب بعضها وأخفق في بعضها الآخر، لذلك تكون المحكمة مصدرة الحكم المطعون فيه حين خلصت إلى تحميل الطاعنة (المستأنفة) ربع المصروفات و تحميل المطعون ضده (المستأنف) ثلاثة أرباعها في إطار ما تملكه من سلطة تقديرية بهذا الشأن قد طبقت القانون تطبيقا سليما، ولا يعدو أن يكون ما أثارته الطاعنة بهذا الخصوص مجرد جدل موضوعي فيما تستقل محكمة الموضوع بتقديره دون معقب عليها في ذلك متى أقامت قضاها على أسباب سائغة، مما يكون النعي المثار بهذا الشأن غير سديد و من ثم يتعين رده.

الرئيس: المستشار/ علال عبد السلام لعبودي - رئيس الدائرة.
 الاعضاء: المستشار/ عبد العزيز يعكوبي المستشار/ عبد السلام الخراز
 المستشار/ عبد الكريم فرعون المستشار/ المصطفى جلال

٤ د - (الطعن بالتماس إعادة نظر إداري رقم ١٧ لسنة ٢٠١١ س ه ق أ.) جلسة ٢٠١١/١٠/٣١ (إعادة نظر إداري)

طعن « الطعن بالتماس إعادة النظر. ما يجوز وما لا يجوز الطعن فيه ». التماس إعادة نظر « ما يجوز وما لا يجوز الطعن فيه ». نقض « ما يجوز وما لا يجوز الطعن فيه بالتماس إعادة النظر ».

■ حكم النقض الصادر برفض الطعن. عدم جواز الطعن فيه بطريق التماس إعادة النظر. أساس ذلك ؟

المحكمة

حيث يؤخذ من وقائع الدعوى وسائر وثائقها ومن الحكم المطعون فيه أن الملتمس ضده أقامت أمام محكمة أبوظبي الابتدائية بتاريخ ٢٢/١٠/٢٠٠٩ ضد الملتمس ضدهم ١ -هيئة الصحة أبوظبي ٢ -وزارة الصحة و ٣ - دائرة المالية دعوى قيدت تحت رقم ٢٠٠٨/١٨١ إداري ، أوردت فيها أنها التحقت بالعمل في مستشفى المفرق التابع لوزارة الصحة بوظيفة اختصاصي علاج أورام مقابل راتب أساسي قدره ٧٣٧٥ درهم. وبتاريخ ١٤/٦/٢٠٠٤ أصبح المستشفى المذكور تابعا للهيئة العامة للخدمات الصحية، وعدل الراتب الأساسي للمدعية ليصبح مبلغ ١٦٠٠٠ درهم وبدلات أخرى قدرها ١٣٠٠ درهم. وبتاريخ ٢٦/٦/٢٠٠٨ تم إنهاء خدمتها وصرفت لها مستحقاتها عن كامل مدة خدماتها ووجدت المدعية خطأ في احتساب مكافأة نهاية خدمتها. لذا تطلب ندب خير حسابي للتدقيق على الملف المالي الخاص بها واحتساب كامل مستحقاتها على أساس آخر راتب أساسي لها عن مدة خدمتها من ١٠/٨/١٩٨٣ وحتى ٢٦/٦/٢٠٠٨ ، وإلزام المدعى عليهم بالتضامن والتكافل بأن يؤدوا لها ما تسفر عنه الخبرة المحاسبية.

وبجلسة ١٧/١٢/٢٠٠٩ قضت محكمة البداية برفض الدفع بعدم الاختصاص، وباختصاصها ولائيا بنظر الدعوى، وبعدم قبول الدعوى لرفعها على غير ذي صفة بالنسبة لوزارة الصحة. وفي موضوع الدعوى برفضها وألزمت المدعية المصاريف.

استأنفت الطاعنة هذا الحكم بالاستئناف رقم ٤٨/٢٠١٠. وبتاريخ ٢٧/٤/٢٠١١ قضت محكمة الاستئناف بقبول الاستئناف شكلا وفي الموضوع بإلغاء الحكم المستأنف فيما قضى به برفض الدعوى ، والحكم مجددا بإلزام المستأنف ضدهما هيئة الصحة وشركة أبو ظبي للخدمات الصحية بأن تؤدي بالتضامن بينهما مبلغ

٤٤٩٦٢٧ درهم للمستأنفة نجلاء محمد احمد عطية، وتأييده فيما عدا ذلك، وإلزام المستأنف ضدّهما بالرسوم.

طعنت هيئة الصحة وشركة أبو ظبي للخدمات الصحية في هذا الحكم بالنقض. وبتاريخ ٢٠١١/١٢/٣٠ حكمت محكمة النقض بنقض الحكم المطعون فيه وإحالة القضية إلى محكمة الاستئناف بأبو ظبي لنظرها بهيئة مغايرة.

نظرت محكمة استئناف أبو ظبي من جديد في هذه القضية، وبتاريخ ٢٠١١/٣/٢٨ قضت بإلزام شركة أبو ظبي للخدمات الصحية بأن تؤدي للمستأنفة مبلغ ٣٤٥٠١٠ درهم وألزمته المصروفات عن درجتي التقاضي. طعنت شركة أبو ظبي للخدمات الصحية في هذا الحكم بالنقض بموجب صحيفة قيدت تحت رقم ٦٠٧ لسنة ٢٠١١. وبتاريخ ٢٠١١/٦/٢٦ حكمت محكمة النقض برفض الطعن.

و بتاريخ ٢٠١١/٧/٢٤ تقدمت الملتمة شركة أبو ظبي للخدمات الصحية أمام محكمة النقض بالتماس إعادة النظر في هذا الحكم قيد تحت رقم ٢٠١١/١٧، تلتبس فيه قبول الالتماس بإعادة النظر شكلا، و الحكم بإلغاء الحكم الملتبس فيه والقضاء مجددا برفض الدعوى، مع إلزام الملتبس ضدها بالمصروفات ومقابل أتعاب المحاماة. وأجابت الملتمة ضدها بوكالة المحامي / الدكتور عبد الرحمان البكر بمذكرة التمس فيها رفض الالتماس وإلزام الطاعنة بالرسوم والمصاريف و أتعاب المحاماة عن كافة درجات التقاضي. و نظرت المحكمة الطعن في غرفة المشورة وحددت له جلسة ١٩ أكتوبر ٢٠١١.

وتنعى الملتمة على الحكم موضوع التماس إعادة النظر مخالفة القانون والخطأ في تطبيقه والقصور في التسبيب والخطأ في الاستدلال، وتقول في بيان ذلك أن هذا الحكم أيد حكم الاستئناف الذي استند على افتراض قانوني بالمخالفة لكافة القرارات والتعميمات الصادرة من المجلس التنفيذي. و أن احتساب مدة خدمة الملتبس ضدها على أنها مدة متصلة منذ تعيينها بوزارة الصحة بتاريخ ١٠-٨-١٩٨٣ وحتى تاريخ إنهاء خدماتها في ٢٦-٦-٢٠٠٠ يتناقض مع القانون والواقع. وان الخبير المنتدب تجاوز مهامه الفنية وبنى حكمه وتقريره على معتقدات شخصية وادعاءات واهية لا أساس لها من الصحة. والحكم الملتبس ضده إذ خالف ذلك يكون معرضا للإلغاء.

وحيث إن هذا الالتماس غير مقبول ذلك أن المقرر بمقتضى المادة ١٨٧ من قانون الإجراءات المدنية عدم جواز الطعن في أحكام النقض بأي طريق من طرق الطعن، وذلك فيما عدا ما صدر منها في أصل النزاع فيجوز الطعن فيها بطريق التماس إعادة النظر في الحالات المنصوص عليها في البنود ١ و ٢ و ٣ من المادة ١٦٩. ومؤدى ذلك أن هذه الأحكام تعتبر أحكاما باتة لا يجوز للخصوم أن يلتمسوا إعادة النظر فيها، ولا يستثنى من ذلك سوى الحالة المنصوص عليها في المادة المذكورة وهي حالة صدور حكم النقض في أصل النزاع، وهذه الحالة لا تتوافر إلا إذا قبلت المحكمة الطعن بالنقض وتصدت للفصل في الموضوع، وكانت الأسباب المعتمدة

في التماس إعادة النظر تتصل بإحدى الحالات الواردة في البنود الثلاثة الأولى المحددة في المادة ١٦٧ المشار إليها. ولما كان الحكم الصادر من محكمة النقض قد اقتصر على رفض الطعن دون أن تتصدى المحكمة لأصل النزاع وتصدر فيه حكماً فإن التماس إعادة النظر في الحكم يكون غير جائز.

وحيث أنه فضلاً عن ذلك، فإن أسباب الالتماس التي ساققتها الملتزمة في صحيفة الالتماس لم تتناول عيباً من العيوب الواردة تحديداً في البنود ١ ، ٢ ، ٣ من المادة ١٦٩ ، وإنما انصبت كلها على تعيب حكم النقض المطعون فيه بمخالفة القانون والقصور في التسييب ، لذلك فهي عديمة الصلة بالحالات التي يجوز الطعن فيها بالتماس إعادة النظر في حكم النقض ، مما يكون معه الالتماس غير مقبول.

الرئيس: المستشار/ علال عبد السلام لعبودي - رئيس الدائرة.
الاعضاء: المستشار/ عبد العزيز يعكوبي
المستشار/ عبد الكريم فرعون .

٥ د - (الطعن رقم ٢٩١ لسنة ٢٠١١ س ٥ ق. أ) جلسة ٢٠١١/٨/٢٤ (إداري)

محكمة الموضوع « نظرها الدعوى والحكم فيها ». « إجراءات » إجراءات الحكم ». « حكم » تسببه. تسبب معيب ». « نقض » أسباب الطعن بالنقض. ما يقبل منها ». « قانون » الخطأ في تطبيق القانون ». « إثبات » بوجه عام ».

■ قبول الحكم المطعون فيه مذكرة من المطعون ضدها لم يطلع عليها الطاعن. واستنادها على ما جاء فيها. مخالفة للقانون وإخلال بحق الدفاع. أساس ذلك ؟ مثال.

المحكمة

حيث يستخلص من سائر وثائق الدعوى ومن القرار المطعون فيه أن الطاعنة أقامت الدعوى رقم ٢٠١٠/١٤٥ لدى محكمة أبو ظبي الابتدائية بمواجهة مدير شركة أبو ظبي للخدمات الصحية بصفته ومدير عيادة المويجي الصحية بصفته طالبة إلغاء القرار الإداري الصادر بحجب الأعمال المناسبة لمؤهلاتها وخبراتها وإسناد مهام وظيفية لا تتناسب مع ذلك مع إلزامها بالرسوم والمصاريف، على سند من أنها خريجة جامعية التحقت بالعمل لدى المدعى عليها الأولى بوظيفة إحصائية بمسمى (فنيي طب) منذ تاريخ ١٩٩٨/١٠/٢٩ وحتى عام ٢٠٠٧ ثم تم تغيير مسماها الوظيفي إلى (فنيي طب ممارس على الدرجة (س٣) وهي الدرجة التي تناسب مؤهلاتها وخبراتها، ثم عملت بقسم الإحصاء، وفي عام ٢٠٠٩ تم إلغاء هذا القسم ونقلت إلى قسم المالية، ثم إلى عيادة المويجي، وتم تغيير مسماها ومهامها الوظيفية بما لا يتناسب مع مؤهلاتها وخبراتها، وقد تطلعت من هذا الوضع إلى المدير العام ولكن دون فائدة تذكر، فأقامت دعواها طالبة إلغاء القرار المذكور.

وبتاريخ ٢٠١٠/١٢/٢٣ حكمت محكمة أول درجة برفض الدعوى وألزمت المدعية المصاريف دون الرسوم القضائية. استأنفت الطاعنة هذا الحكم بالاستئناف رقم ٢٠١١/٧، وبتاريخ ٢٠١١/٢/٩ قضت محكمة الاستئناف بإلغاء الحكم المستأنف وبإلغاء القرار المطعون فيه وما يترتب على ذلك من آثار وألزمت الشركة المستأنف ضدها المصروفات عن درجتي التقاضي ومبلغ ٤٠٠ درهم مقابل أتعاب المحاماة.

وبتاريخ ٢٠١١/٣/١٣، طعن الطاعنان في هذا الحكم بالطعن المائل وقدمت المطعون ضدها مذكرة جوابية غير موقعة من محام مخول بالمثل أمام محكمة النقض، ورأت هذه المحكمة في غرفة المشورة أن الطعن جدير بالنظر، فحددت جلسة لنظره.

وحيث ينعي الطاعنان على الحكم المطعون فيه الخطأ في تطبيق القانون وتفسيره والإخلال بحق الدفاع ويجعلان ذلك بقولهما إن الحكم المطعون فيه عوّل في أسبابه على المذكرة التي قدمها وكيل المطعون ضدها في غيابهما بالمخالفة لصريح أحكام المادة ١٢٦ من قانون الإجراءات المدنية وأنه خالف الواقع والثابت من الأوراق إذ لا يوجد في ملف الدعوى ما يؤكد وجود قرارات نقل متعاقبة للمطعون ضدها وأن واقعة النقل قد تمت استناداً إلى لائحة الموارد البشرية الخاصة بالطاعنين ومتفقة مع القانون مما يستوجب نقض الحكم المطعون فيه.

وحيث أنه بخصوص الشق المتعلق بتخطئة الحكم المطعون فيه في الجانب المتعلق بقبول المحكمة المطعون في حكمها مذكرة من المطعون ضدها بعد حجز القضية للمداولة ودون اطلاع الطاعنين عليها، فإن هذا النعي سديد، ذلك أنه يتبين من محضر جلسة ٢٠١١/٢/١ أن ممثل الطاعنين حضر بهذه الجلسة ولم يحضر وكيل المطعون ضدها (المستأنفة) وقد حجزت المحكمة الدعوى للحكم لجلسة ٢٠١١/٢/٩، وبعد ذلك حضر وكيل هذه الأخيرة وتقدم بطلب فتح باب المرافعة مرفقاً بمذكرة شارحة للأسباب اشر عليها رئيس الجلسة بملاحظة: «بعد انتهاء الجلسة، إرفاق بالاستئناف» وإن المحكمة لم تشر في حكمها إلى رفض قبول هذه المذكرة ولا إلى استبعادها من الملف وأنه يستفاد من ظاهر تعليقات حكمها استنادها بشكل غير مباشر إلى بعض ما ورد فيها.

لما كان ذلك، وكانت المادة ١٢٦ من قانون الإجراءات المدنية قد نصت على أنه: «لا يجوز للمحكمة بعد حجز الدعوى للحكم ولا أثناء المداولة أن تسمع أحد الخصوم أو وكيله إلا بحضور خصمه أو أن تقبل أوراقاً أو مذكرات من أحد الخصوم دون اطلاع الخصم الآخر عليها وإلا كان الإجراء باطلاً». وكانت المحكمة المطعون في حكمها لم تستبعد مذكرة وكيل المطعون ضدها المدلى بها بعد حجز الدعوى للحكم، ولم تطلع الجهة الطاعنة عليها بل قررت إرفاقها بالاستئناف، لذلك، ودونما حاجة لمناقشة باقي أسباب الطعن، يكون الحكم المطعون فيه قد صدر وفق إجراءات مخالفة لما تنص عليه أحكام المادة ١٢٦ من قانون الإجراءات المدنية مما يعرضه للنقض.

الرئيس: المستشار/ علال عبد السلام لعبودي - رئيس الدائرة.

الاعضاء: المستشار/ عبد العزيز يعكوبي

المستشار/ عبد الكريم فرعون.

د - (الطعن رقم ١٠٨٠ لسنة ٢٠١١ س ٥ ق. أ) جلسة ٢٠١١/١١/٢٨ (إداري)

قرار إداري . إثبات « خبرة » « بوجه عام » . حكم « تسببيه . تسبیب غير معيب » . نقض « أسباب الطعن بالنقض . ما لا يقبل منها » . محكمة الموضوع « سلطتها » .

■ سلطة محكمة الموضوع في تحصيل فهم الواقع في الدعوى وتقدير أدلتها ومنها تقارير الخبراء ولها أن تأخذ بها كلها أو بعضها أو أن تطرحها ما دامت لم تطمئن إليها . متى كان سائغاً .

■ تحديد ما يستحقه الموظف من درجة وتسكينه عليها . وفقاً للضوابط القانونية . وتطبيقه على واقعة النزاع من مهام القاضي الأساسية . مثال .

المحكمة

حيث يؤخذ من وقائع الدعوى وسائر وثائقها ومن الحكم المطعون فيه أن الطاعنة (المدعية) أقامت أمام محكمة أبو ظبي الابتدائية بتاريخ ٢٩/٤/٢٠١٠ دعوى ضد المطعون ضدها المدعى عليها شركة أبو ظبي للإعلام قيدت تحت رقم ٥٣ - ٢٠١٠ إداري ، أوردت فيها أنها التحقت للعمل لدى المدعى عليها بتاريخ ١٦-٧-٢٠٠٠ وصارت على الدرجة الثامنة ، وانه تم نقلها إلى الشركة المدعى عليها وتم تسكينها على نفس درجتها رغم أنها تستحق الدرجة الخامسة . لذا تطلب ندب خبير موارد بشرية للاطلاع على ملف خدمتها وبحته وتسكينها على الدرجة التي تستحقها مع صرف كافة الفروق والبدلات والعلاوات المرتبطة بهذه الدرجة . وبتاريخ ٢٩-١٢-٢٠١٠ قضت محكمة البداية برفض الدعوى موضوعاً وتحميل رافعها المصروفات .

استأنفت الطاعنة هذا الحكم بالاستئناف رقم ٤٤-٢٠١١ . وبتاريخ ٢٢-٦-٢٠١١ قضت محكمة الاستئناف بقبول الاستئناف شكلاً وفي الموضوع برفضه وتأييد الحكم المستأنف ، وألزمت المستأنفة المصروفات و مبلغ أربعمائة درهم مقابل أتعاب المحاماة .

طعن الطاعنة بالنقض في هذا الحكم بالطعن المائل بمقتضى صحيفة قيدت بقلم كتاب هذه المحكمة بتاريخ ١٨-٨-٢٠١١ ، طلبت في ختامها نقض الحكم المطعون فيه مع إحالة القضية إلى محكمة الاستئناف بأبو ظبي لتفصل فيها من جديد بهيئة مغايرة ، أو التصدي والحكم بإلغاء الحكم المستأنف ، والقضاء مجدداً بقبول الدعوى وإثبات أحقية الطاعنة في طلباتها ، وإلزام المطعون ضدها المصروفات ومقابل أتعاب المحاماة عن كافة درجتي التقاضي . ورأت المحكمة في غرفة المشورة أن الطعن جدير بالنظر فحددت له جلسة ١٩ أكتوبر ٢٠١١ .

تنعى الطاعنة على الحكم المطعون فيه الخطأ في تطبيق القانون وتأويله وتفسير هو القصور في التسبب والفساد في الاستدلال ، والقضاء بغير الثابت بالأوراق ، وتقول في بيان ذلك : أن حكم محكمة البداية المؤيد من قبل الحكم المطعون فيه خالف ، من غير مبرر سائغ ، نتيجة الخبرة التي أقرت باستحقاق الطاعنة التسكين على

الدرجة الخامسة. كما انه لم يراع فيما قضى به مؤهلات الطاعنة مقارنة مع من تمت ترقيتهم من زملائها، في ضوء ما تنص عليه أحكام المادة ١٣٨ من لائحة الموارد البشرية للمطعون ضدها، مما يعيب الحكم المطعون فيه ويوجب نقضه.

وحيث إن هذا النعي مردود، ذلك أن تقرير الخبرة لا يعدو أن يكون سوى عنصر من عناصر الإثبات في الدعوى لمحكمة الموضوع أن تأخذ به كله أو بعضه أو تستبعده متى لم تطمئن إلى نتيجة ما توصل إليه. فهي لا تقضي إلا على أساس ما تطمئن إليه متى أقامت قضاءها على أسباب سائغة تكفي لحمله. ذلك أن مسألة تحديد ما تستحقه الطاعنة من درجة وتسكينها عليها، وفقاً للمحددات القانونية الواجبة التطبيق، هو من مسائل القانون، وتطبيقه على الواقعة المطروحة من مهام القاضي الرئيسية.

وحيث انه لما كان ذلك، وكان الحكم المطعون فيه قد عول في قضاؤه على أن « الشركة المستأنف ضدها (المطعون ضدها) حين قامت بتسوية أوضاع المستأنفة (الطاعنة) بمناسبة نقلها إلى الشركة لم تقم بتنزيل درجتها المالية أو الوظيفية أو تنتقص من مزاياها المالية بل على العكس من ذلك تمت زيادتها على النحو الموضح بدفاع الشركة، وكان مسلك الشركة في هذا الشأن موافقاً لأحكام القانون المتقدم بيانها، فإنه لا يلتفت بعد ذلك إلى مطالبتها بالترقية إلى درجة مالية أعلى أو تمسكها بما ورد بتقرير الخبير من استحقاقها لدرجة أعلى، إذ جاء هذا التقرير مخالفاً للقواعد المقررة في النقل وما تقتضيه من وجوب التقيد لدى تسوية وضع الموظف بمناسبة نقله بأن يكون النقل من درجة إلى الدرجة المعادلة لها. ومن ثم فإنه إذا تجاوز نطاق التسكين المشار إليه وانتهى إلى استحقاقها الترقية إلى عدة درجات دفعة واحدة بالمخالفة لحكم قانون الخدمة المدنية والمادة ١٣٨ من لائحة الشركة على حد سواء، ودون مراعاة المدد اللازم قضاؤها في كل درجة قبل الترقية منها، وقام بترتيب أثارها المالية اعتباراً من تاريخ سابق على إجراءات المخالفة لمبدأ الأثر الفوري، فإنه يكون قد خالف أحكام القانون بما يبطل عمله على نحو يكون للمحكمة أن تلتفت عما خلص إليه من نتيجة فاسدة باعتبارها الخبير الأعلى ولا تكون ملزمة بالأخذ به..... وانه لا يسوغ في هذا المجال التمسك بصدور أحكام سابقة لصالح زملائها الذين يماثلونها في المركز القانوني، إذ أن حجية هذه الأحكام قاصرة على أطرافها ولا تقيد هذه المحكمة فيما انتهت إليه من تطبيق صحيح لأحكام القانون، كما أنه يفرض تعيين بعض العاملين دون التقيد بالمؤهل والخبرة إنما يشكل خطأ يكون واجبا تصحيحه وليس القياس عليها أو مطالبة الشركة بتكراره. » لذلك يكون الحكم المطعون فيه قد أسس قضاؤه على أسباب سائغة تكفي لحمله، وبالتالي يكون ما تنعاه الطاعنة بهذا الشأن غير قائم أساس متعين الرفض .

الرئيس: المستشار/ علال عبد السلام لعبودي - رئيس الدائرة.

الاعضاء: المستشار/ عبد العزيز يعكوبي

المستشار/ عبد الكريم فرعون .

٧د - (الطعن رقم ٨٠٠٨ لسنة ٢٠١٠ س ٥ ق. أ) جلسة ٢٠١١/٤ (إداري)

قرار إداري . حكم « تسببيه . تسبیب غیر معيب » . نقض « أسباب الطعن بالنقض ما لا يقبل منها » .

■ تحصيل فهم الواقع في الدعوى وتقدير أدلتها . موضوعي . ما دام سائغاً .

■ تغيب الموظف عن عمله مدة ثلاثين يوماً متصلة . أو ثلاثين يوماً متقطعة خلال عام ميلادي واحد . دون عذر تقبله المنشأة . مؤداه : اعتبار العقد منتهياً . وتطبق بشأنه أحكام الانقطاع عن العمل الواردة في عقد العمل .
الفقرة الثالثة من المادة الرابعة من الفصل السادس عشر من لائحة الموارد البشرية لشرطة أبوظبي للخدمات الصحية .

المحكمة

حيث يستخلص من سائر وثائق الدعوى ومن القرار المطعون فيه أن الطاعنة عينت بتاريخ ٢٠٠١/٦/٥ في مستشفى العين الحكومي وبتاريخ ٢٠٠٨/٢/٢٥ تقدمت بطلب نقل إلى هيئة الصحة . وبتاريخ ٢٠٠٨/٤/٩ تمت الموافقة على نقلها من مستشفى العين الحكومي إلى هيئة الصحة بأبوظبي . وتم نقل ملفها بتاريخ ٢٠٠٨/٦/١٨ إلى هذه الهيئة حتى تتمكن من قبض راتبها منها اعتباراً من ٢٠٠٨/٧/١ وأثر ذلك قامت بمراجعة الهيئة لاستلام عملها إلا أنها أفادت بعدم وجود درجة خالية لديها ولم تقم بصرف راتبها وكلفتها بمراجعة مستشفى العين بشأن الراتب الذي لم يقم بدوره بصرف راتبها على اعتبار أنه تم نقلها ونقل ملفها للهيئة وبالتالي فهي تستحق راتبها من الهيئة . وبعد ذلك تم صرف راتب المطعون ضدها من مستشفى العين الحكومي اعتباراً من شهر تموز ٢٠٠٨ وحتى تشرين الثاني ٢٠٠٨ ثم توقف صرف راتبها حتى الآن .

وبعد عدة مراجعات من المطعون ضدها للهيئة لأجل استلام وظيفتها امتنعت عن ذلك وأخبرتها بأنه لا يتواجد لديها وظيفة مماثلة لوظيفتها التي كانت تشغلها في مستشفى العين الحكومي ولكن توجد ثلاث وظائف عليها أن تختار من بينها ، فاختارت وظيفة رئيس قسم موارد بشرية . وعند ذهابها لاستلام مهام وظيفتها أخبرتها من قبل الهيئة أنه لا توجد لديها غير وظيفة منسقة ، وقبلت بها المطعون ضدها رغم أنها لا تتناسب مع مؤهلها العلمي وخبرتها ووضعها الوظيفي السابق ، وقامت بمراجعة الهيئة لاستلام هذه الوظيفة فامتنعت الهيئة عن تسليمها هذه الوظيفة . وظلت المطعون ضدها تراجع الهيئة لاستلام وظيفتها وتنفيذ النقل حتى قامت الهيئة بإخبارها بالأمر تأتت لمراجعتها إلا عند الاتصال بها ولم تتصل حتى رفع هذه الدعوى . وبما أن الهيئة امتنعت عن تسليم المطعون ضدها وظيفتها ، وأن مستشفى العين الحكومي أوقف راتبها ، لذلك تقدمت بهذه الدعوى طالبة

الحكم لها بإلزام الطاعنة الثانية (الهيئة العامة للخدمات الصحية . أبوظبي) بأن تؤدي لها رواتبها المتأخرة منذ كانون أول ٢٠٠٨ وحتى تاريخ إعادتها لعملها فضلاً عن إلزامها بتسليمها وظيفتها الملائمة لخبرتها ودرجتها العلمية تنفيذاً لقرار النقل المشار إليه . وإلزام المدعى عليها الأولى بصرف فروق الرواتب المستحقة لها عن الأعمال التي تولتها زيادة عن مهام وظيفتها التي عينت عليها منذ تاريخ توليها لها وحتى نقلها ، وإلزام المدعى عليهم بإعطاء المطعون ضدها ترقية المستحقة لها (ترقيتين) حيث لم ترق منذ تعيينها مع إلزامهم بفروق الرواتب عن هذه الترقيات . وبتاريخ ٢٠٠٩/٨/١١ قررت محكمة أول درجة ندب خبير حسابي للاطلاع على الملف الوظيفي للمطعون ضدها وأوراق الدعوى ومستنداتها ورفع تقرير حول النقاط الواردة بالقرار المذكور ، ثم أدلى الخبير المنتدب بتقريره كما أدلت المطعون ضدها بمذكرتين التمس فيهما الحكم على المدعى عليه الأول بأداء مبالغ الرواتب الشهرية المحددة من قبل الخبير كما تمسكت بطلباتها الواردة في صحيفة دعواها . وبتاريخ ٢٠٠٩/١١/١٠ ، حكمت محكمة أول درجة بإلزام المدعى عليه الأول (مستشفى العين الحكومي) بأن يؤدي للمدعية مبلغاً إجمالياً قدره ٦٧,٦٨١,١٧٤ درهم (إجمالي رواتبها من شهر ديسمبر ٢٠٠٨ وحتى أكتوبر ٢٠٠٩) ورفضت ما عدا ذلك من طلبات مع إلزامها بالرسوم والمصاريف وخمسمائة درهم مقابل أتعاب المحاماة . استأنف المطعون ضدهم هذا الحكم بالاستئناف رقم ٢٠١٠/٤ ، وبتاريخ ٢٠١٠/١/٢٥ قضت محكمة الاستئناف بقبول الاستئناف شكلاً وفي الموضوع برفضه وتأييد الحكم المستأنف وإلزام المستأنفين بالمصروفات ومبلغ ٥٠٠ درهم مقابل أتعاب المحاماة .

وبتاريخ ٢٠١٠/٣/٨ ، طعن المطعون ضدهم في هذا الحكم بالنقض رقم ٢٠١٠/١٧٧ . ثم أنه بتاريخ ٢٠١٠/٥/١٣ حكمت محكمة النقض بنقض الحكم المطعون فيه وإحالة الدعوى إلى محكمة الاستئناف التي أصدرته لنظره من جديد بهيئة مغايرة .

وبتاريخ ٢٠١٠/٨/٢٥ حكمت محكمة الاستئناف بقبول الاستئناف شكلاً وفي الموضوع بإلغاء الحكم المطعون فيه والقضاء مجدداً بعدم قبول الدعوى وإلزام المستأنف ضدها (الطاعنة) الرسوم والمصاريف عن درجتي التقاضي .

وبتاريخ ٢٠١٠/١٠/٢١ طعن الطاعنة في هذا الحكم بالطعن المائل وقدم المطعون ضدهم مذكرة جوابية بواسطة مدير إدارة قضايا الحكومة ، ورأت هذه المحكمة في غرفة المشورة أن الطعن جدير بالنظر ، فحددت جلسة لنظره .

وحيث تنعي الطاعنة على الحكم المطعون فيه مخالفة القانون والخطأ في تطبيقه وتأويله والفساد في الاستدلال والقصور في التسبيب ومخالفة الثابت في الأوراق والإخلال بحق الدفاع وتجمل ذلك بقولها أنها لم تعلن بقرار إعادتها إلى المطعون ضده الأول مستشفى العين حيث تقدمت بطلب نقلها منه إلى هيئة الصحة وتم إيقاف راتبها بعد أن تم تحويل ملفها من المستشفى إلى الهيئة اعتباراً من ٢٠٠٨/٧/١ إلى أن صدر كتاب

شركة أبوظبي للخدمات الصحية بتاريخ ٢٠٠٨/٨/٧ بإعادة تسكينها في وظيفتها في مستشفى العين ودفع رواتبها من تاريخ نقلها إلى هيئة الصحة لعدم إخطارها بمباشرة العمل أو علمها بذلك القرار ولا تعلم مقر عملها الجديد لدى المطعون ضده مما يكون معه الحكم المطعون فيه إذ خالف هذا الاتجاه مستوجباً النقض.

وحيث أن هذا النعي غير سديد ، ذلك أن محكمة الموضوع وبما لها من سلطة تقديرية قد استخلصت من وقائع الدعوى ومستنداتهما أن الطاعنة قد علمت دون شك بعدم قبول طلبها بالنقل إلى هيئة الصحة وإعادتها للعمل مرة أخرى بمستشفى العين وأنها كانت تتابع الإجراءات بنفسها وقامت بصرف رواتبها من يوليو وحتى نوفمبر ٢٠٠٨ بالمستشفى وإيداعها لصورة شهادة ميلاد ابنتها لدى إدارة مستشفى العين بغرض الحصول على أجازة الوضع مما يؤكد أنها كانت عالمة علماً يقينياً أن موقع عملها بالمستشفى المذكور، وقد تغيبت عن العمل من تاريخ انتهاء أجازة الوضع في ٢٠٠٨/١١/١٨ إلى أن صدر قرار من إدارة مستشفى العين بتاريخ ٢٠٠٨/١٢/١٤ بإيقاف راتبها للغياب اعتباراً من ٢٠٠٨/١١/١٩ ثم لم تعد للعمل مرة أخرى إلى أن تم إنهاء خدماتها بتاريخ ٢٠٠٩/٥/١٣.

لما كان ذلك ، وكانت الفقرة الثالثة من المادة الرابعة من الفصل السادس عشر من لائحة الموارد البشرية لشركة أبوظبي للخدمات الصحية تنص على أنه : « إذا انقطع الموظف عن عمله لمدة ثلاثين يوماً متتالية (أو ثلاثين يوماً متقطعة خلال عام ميلادي واحد) وبدون عذر تقبله المنشأة ، اعتبر العقد منتهياً وتطبق بشأنه أحكام الانقطاع الواردة في عقد العمل ، وكان قد ثبت للمحكمة المطعون في حكمها علم الطاعنة اليقيني أن موقع عملها هو في مستشفى العين وانقطعت عن مباشرة عملها بعد أجازة الوضع لمدة أكثر من شهر وبدون عذر خلافاً للفقرة الثالثة من المادة الرابعة المشار إليها ، لذلك يكون ما تنعاه الطاعنة بهذا الشأن غير سديد وبالتالي يتعين رفض الطعن.

الرئيس: المستشار/ علال عبد السلام لعبودي - رئيس الدائرة.

الاعضاء: المستشار/ عبد العزيز يعكوبي

المستشار/ عبد الكريم فرعون .

٨د - (الطعن رقم ١٠٤٢ لسنة ٢٠١١ س ٥ ق.أ) جلسة ٢٣/١١/٢٠١١ (إداري)

١ (قرار إداري. حكم « تسببيه. تسبیب غیر معيب » . نقض « أسباب الطعن بالنقض. ما لا يقبل منها ». أجازة دراسية . قانون.

■ نكول جهة الإدارة عن وعدھا للمطعون ضده برفضھا منحة إجازة دراسية. وعدم معاملتها له بالمساواة. مع زملائه في الوظيفة . مخالفة لمبدأ الثقة في أعمال الإدارة ولمبدأ المساواة بين الموظفين.

■ وجوب بيان جهة الإدارة المبررات التي أستخدمت إليها في تقديرھا لرفض منح المطعون ضده أجازة دراسية. وكذلك مبررات منحھا تلك الإجازة لزملائه الآخرين. ولو كان المنع والمنح من سلطتها الجوازية . مخالفة ذلك. يعيب القرار بعدم المشروعية.

٢ (محكمة الموضوع « سلطتها » . حكم « تسببيه. تسبیب غیر معيب » . نقض « أسباب الطعن بالنقض. ما لا يقبل منها ». قرار إداري. دفاع « الإخلال بحق الدفاع. ما لا يوفره ». دفع « الدفع بعدم جواز نظر الدعوى لسابقة الفصل فيها » .

■ عدم رد المحكمة على دفع أو دفاع. لا أثر له على ما انتهت إليه في الحكم. لا عيب. مثال.

■ تسكين المطعون ضده للعمل بوظيفة رئيس وحدة البحوث والدراسات بالمنطقة الشرقية. يتضمن النقل للموظف مكانياً ونوعياً. عدم جوازه : إلا إذا صدر من لجنة المتابعة والتنفيذ بناءً على عرض لجنة الموارد البشرية في حالة نقله من وظيفة إلى أخرى داخل الأمانة العامة للمجلس. ومن رئيس المجلس بموافقة رئيس الدائرة الأخرى إذا كان النقل من الأمانة العامة إلى دائرة أخرى. مخالفة ذلك . يعيب القرار بعدم المشروعية . أساس ذلك ؟

المحكمة

حيث يؤخذ من وقائع الدعوى وسائر وثائقها ومن الحكم المطعون فيه أن المطعون ضده (المدعي) أقام أمام محكمة أبو ظبي الابتدائية بتاريخ ٢٠١٠/٢/١٠ دعوى ضد الطاعن المجلس الاستشاري الوطني لإمارة أبو ظبي قيدت تحت رقم ٢٠١١/٣٦ إداري كلي، يعرض فيها انه موظف لدى الطاعن منذ العام ١٩٩٥، وتدرج على سلم الدرجات حتى رقي إلى الدرجة الخاصة. وبتاريخ ٢٠١٠/٢/١٤ شكل المدعي عليه لجنة للتحقيق معه بشأن مخالفات نسبت إليه، وتمت إحالته بتاريخ ٢٠١٠/٢/١١ إلى مجلس التأديب. وبتاريخ

صدر قرار المجلس بوقفه عن العمل من دون راتب إجمالي لثلاثة أشهر، وبتاريخ ٢٢/٦/٢٠١٠ تم إنهاء خدماته عن مخالفة أخرى، فتظلم على قرار إنهاء الخدمة أمام محكمة الاستئناف التي أصدرت حكمها بإلغائه وما يترتب عليه من آثار، فعاد إلى العمل إلا أنه لم يتم إعادة صرف رواتب الشهور المخصوصة رغم تظلمه أمام جهة الإدارة. وقد أصدرت جهة الإدارة بعد حكم الاستئناف المذكور قرارا باستحداث وظيفة في مدينة العين وتم نقله إليها وقد جاء هذا القرار متعسفا، كما أنه تقدم بطلب الإجازة الدراسية إلا أن المدعى عليها رفضت الترخيص له بالإجازة، ورغم التظلم من تلك القرارات لكن دون جدوى. لذا يلتمس الحكم بإلغاء قرار خصم ٣ أشهر من رواتب الشهور ٦ و٧ و٩ من سنة ٢٠١٠ وإعادة صرفها له، وإلغاء قرار رفض طلب الإجازة الدراسية، وإلغاء قرار استحداث وظيفة جديدة لنقل المدعي إليها في مدينة العين، وإلزام المدعى عليه بالرسوم والمصروفات وأتعاب المحاماة.

وبتاريخ ٢٨/٤/٢٠١١ قضت محكمة البداية بعدم اختصاصها نوعيا بنظر الطلب الأول بشأن إلغاء قرار خصم ثلاثة أشهر من رواتب ٦ و٧ و٨ من سنة ٢٠١٠، وبإحالاته إلى محكمة الاستئناف، وفي موضوع الطلبين الثاني والثالث برفضهما.

استأنف الطاعن هذا الحكم بالاستئناف رقم ١٠٦/٢٠١١. وبتاريخ ٢٢/٦/٢٠١١ قضت محكمة الاستئناف بقبول الاستئناف شكلا، وفي الموضوع بإلغاء الحكم المستأنف والقضاء مجددا بإلغاء القرار الصادر برفض منح المستأنف إجازة دراسية لنيل درجة الدكتوراه وما يترتب على ذلك من آثار، وإلغاء القرار الصادر بنقل المطعون ضده للعمل بالمنطقة الشرقية وما يترتب على ذلك من آثار، وتأييد الحكم المستأنف فيما عدا ذلك، وألزمت المستأنف ضده المصروفات عن درجتي التقاضي ومبلغ خمسمائة درهم مقابل أتعاب المحاماة.

طعن المجلس الاستشاري الوطني بالنقض في هذا الحكم بالطعن المائل بمقتضى صحيفة قيدت بقلم كتاب هذه المحكمة بتاريخ ١٠-٨-٢٠١١ طلب في ختامها قبول الطعن شكلا، وفي الموضوع نقض الحكم المطعون فيه مع الإحالة إلى محكمة الاستئناف مصدرة الحكم لنظره بهيئة مغايرة للقضاء مجددا وفقا لطلبات الطاعن، وإلزام المطعون ضده المصروفات ومقابل أتعاب المحاماة عن كافة درجات التقاضي. وأجاب المطعون ضده بوكالة عبد الله فاضل الحمادي بمذكرتين التمس فيهما رفض الطعن وإلزام الطاعن بالرسوم والمصاريف و أتعاب المحاماة. ورأت المحكمة في غرفة المشورة أن الطعن جدير بالنظر فحددت لنظره جلسة ١٩ أكتوبر ٢٠١١.

حيث ينعى الطاعن على الحكم المطعون فيه مخالفة القانون والثابت بالأوراق، والفساد في التأويل، والقصور في التسبيب، والإخلال بحق الدفاع، ويبين ذلك من خلال سببين:

وحيث ينعى بالسبب الأول أن الشهادة التي استند إليها الحكم المطعون فيه، فيما قضى به من إلغاء قرار رفض منح التفرغ الدراسي، إنما أعطيت لغرض التزكية للقبول دون أن تعني الموافقة على التفرغ الدراسي،

ولم تتضمن أو تقطع بالتفرغ الذي حددت له لائحة الموارد البشرية للأمانة العامة للمجلس الاستشاري الوطني في مادتها ١٢٩ شروطا وضوابط خاصة. وان رئيس المجلس الوطني في إطار السلطة الجوازية المقررة له بمقتضى المادة ١٢٩، المشار إليها، قرر بناء على ما أوصت به لجنة الشؤون التنفيذية رفض طلب التفرغ الدراسي المقدم من الطاعن لعدم استجماعه الشروط المطلوبة. كما أن الحكم المطعون فيه استند فيما قضى به إلى عدم مراعاة قاعدة المساواة مع زملائه دون أن يكون لذلك أصل ثابت بالأوراق، ودون بيان مصدر هذه القاعدة وأساسها ودرجة قوتها القانونية، حتى تبسط محكمة النقض رقابتها القانونية على صحة الاستناد إليها. مما يكون معه الحكم المطعون فيه معيبا بالقصور المبطل مستوجبا للنقض.

وحيث إن هذا النعي غير سديد، ذلك أنه وكما أورده الحكم المطعون فيه عن صواب فان: « الثابت من الأوراق أن الأمانة العامة للمجلس الاستشاري الوطني أصدرت بتاريخ ٢٠٠٩/١/١١ شهادة لمن يهيمه الأمر تفيد أن المستأنف كان يدرس بدوام جزئي لنيل درجة البكالوريوس وماجستير إدارة الأعمال التنفيذية، وأنها تشهد بكفاءته وتوصي به لتقديم طلب لاستكمال دراسته العليا لأي جهة يرغب في تقديم طلبه إليها. » وقد استخلص الحكم المطعون فيه من هذه الشهادة موافقة الأمانة العامة موافقة مفتوحة وغير مقيدة على تقديم المطعون ضده طلب استكمال دراسته التي تجاوز البكالوريوس والماجستير. و أن المطعون ضده استند إلى هذه الشهادة في مخاطبة كلية الإدارة بلبل وباريس بفرنسا التي أفادت بتاريخ ٢٠٠٩/١/١٤ بموافقتها على تسجيله بها لنيل درجة الدكتوراه خلال الفترة من ٢٠٠٩/٣/١ إلى ٢٠١٢/٢/١٤. وانتهى الحكم المطعون فيه إلى أنه لا يجوز للإدارة النكول عن موقفها و رفض منحه الإجازة الدراسية التي تقدم للحصول عليها تنفيذا لسابق موافقتها، لما ينطوي عليه ذلك من مخالفة لمبدأ الثقة في أعمال الإدارة وكذلك لمبدأ المساواة بين موظفيها. وقد تمسك المطعون ضده صراحة أمام محكمة الموضوع بأنه لم يعامل بالمثل كباقي الموظفين الذين منحوا التفرغ الدراسي، وأشار على سبيل المثال إلى اسمي موظفين استفادا من الإجازة الدراسية غير أن الجهة الإدارية المعنية لم تورد سببا يبرر المغايرة بينه وبينهم.

وحيث أنه لما كان ذلك، وكان الثابت بالأوراق أن الطاعن سبق له أن حصل على موافقة أولية لمتابعة الدراسة، وقام على إثرها بالتسجيل في سلك الدكتوراه وقطع أشواطاً في ذلك، غير أن الجهة الإدارية المعنية امتنعت لاحقا عن منحه إجازة دراسية دون تقديم أي سبب يبرر تراجعها عن موافقتها الأولية، كما أنها لم تورد أي سبب يبرر وجه المغايرة بينه وبين بعض زملائه الذين رخصت لهم بذلك، وهو ما يشكل إخلالا بمبدأ المساواة الذي يعتبر من المبادئ العامة للقانون و الذي يتعين على الإدارة أن تتقيد به في تصرفاتها تجاه موظفيها أو تجاه الأفراد عموما. وأنه إذا كان لا خلاف في كون الترخيص بالإجازة الدراسية يدخل في إطار السلطة الجوازية لرئيس مجلس الاستشاري الوطني، وفقا لما هو مقرر بمقتضى المادة ١٢٩ من لائحة الموارد البشرية الخاصة بالأمانة العامة للمجلس، وتبعا للمحددات الواردة في المادتين ١٣٠ و ١٣١ من اللائحة ذاتها، إلا أن هذا السلطة الجوازية ليست مطلقة وان على الإدارة توضيح المبررات التي استندت إليها في تقديرها، وكذا بيان

مبررات منح الإجازة الدراسية لبعض زملائه و حرمانه هو منها، وإلا كان قرارها مفتقرا إلى سبب يبرره مما يوصمه بعدم المشروعية.

وحيث انه بالبناء على ما ذكر، ولما كان الحكم المطعون فيه قد التزم هذا النظر، وانتهى إلى الحكم بعدم مشروعية القرار الإداري برفض منح المطعون ضده إجازة دراسية للعلل المذكورة، فانه يكون قد بنى قضاءه على أساس سليم، وبالتالي يكون النعي المثار بهذا الشأن مردودا.

وينعى بالسبب الثاني أن الحكم المطعون فيه قضى بإلغاء القرار الصادر بنقل المطعون ضده للعمل بالمنطقة الشرقية دون أن يبحث في الدفاع الجوهرى المثار من قبل الطاعن، والذي تمسك فيه بعدم جواز النظر في هذا الطلب لسبق الفصل فيه بموجب الحكم في الدعوى الابتدائية رقم ٢٠١٠/٩ برفض الطلب، والذي تأيد استئنافية بالحكم الصادر في الاستئنافات أرقام ٢٠، ٢٩، ٣٠ لسنة ٢٠١٠، وقد تم الطعن بالنقض في الحكم الاستئنافية الصادر بهذا الشأن، وما زالت محكمة النقض لم تبت فيه. و أضاف بان الحكم المطعون فيه أخطأ في تكيف القرار المطلوب إلغاؤه إذ اعتبره نقلا والحال انه تسكين بالنقل. والتسكين بالنقل مكنة للإدارة تضع فيه الموظف في المكان الذي يناسبه مراعاة لمقتضيات العمل ولما تقضي به المصلحة مادام قرارها لا يتضمن تنزيله إلى وظيفة اقل. و الحكم المطعون فيه إذ اغفل الرد على دفاع الطاعن الجوهرى المثار بهذا الشأن يكون مشوبا بالقصور مما يعرض للنقض.

وحيث إن هذا النعي غير سديد، ذلك أن محكمة الموضوع غير ملزمة بمسايرة الخصوم في جميع مناحي ادعاءاتهم، ولا يعيب حكمها عدم التفاتها إلى دفع أو دفاع مثار من احد الخصوم، طالما لم يؤثر عدم ردها عليه في نتيجة الحكم.

و لما كان ذلك، وكان موضوع الطعن الحالي يتعلق بقرار بنقل وتسكين المطعون ضده بإدارة البحوث والدراسات بالأمانة العامة للمجلس الاستشاري الوطني على وظيفة رئيس وحدة البحوث والدراسات بالدرجة الخاصة بإدارة شؤون المنطقة الشرقية وقد صدر بتاريخ ٢٨/١٢/٢٠١٠ تحت رقم ٦٧ لسنة ٢٠١٠، أي خلال فترة لاحقة للدعوى التي سبق رفعها، لذلك يكون القرار المطعون فيه قرارا جديدا لاحقا للدعوى السابقة المحتج من قبل الطاعن في دفاعه المشار إليه، ومن ثم فانه لا شيء يحول دون نظر الطعن في القرار موضوع الدعوى الماثلة، مما حاصله أن النعي المثار بهذا الوجه غير سديد.

وحيث انه فيما يتعلق بالشق الثاني من هذا النعي، فهو الآخر مردود ذلك انه وكما انتهى إلى ذلك الحكم المطعون فيه عن صواب، فان القرار المطعون فيه بتسكين المطعون ضده للعمل بوظيفة رئيس وحدة البحوث والدراسات بالمنطقة الشرقية اعتبارا من ١/٢/٢٠١١ ينطوي في حقيقته على نقل المطعون ضده نقلا نوعيا ومكانيا للعمل بالمنطقة الشرقية، وقد صدر هذا القرار عن الأمين العام للمجلس الاستشاري الوطني منفردا، وذلك بالمخالفة لما تنص عليه أحكام المادة ٨٠ من لائحة الموارد البشرية بالأمانة العامة للمجلس الاستشاري الوطني،

التي تنص على أنه «يجوز بقرار من لجنة المتابعة والتنفيذ بناء على عرض لجنة الموارد البشرية نقل الموظف من وظيفته إلى أخرى داخل الأمانة العامة، كما يجوز نقل الموظف من الأمانة العامة إلى دائرة أخرى في وظيفة معادلة لوظيفته بموافقة رئيس المجلس ورئيس الدائرة الأخرى.»

وحيث أنه لما كان ذلك ، و كانت أحكام المادة ٨٠ المشار إليها أناطت بلجنة المتابعة والتنفيذ الاختصاص بإصدار القرار موضوع الطعن ، ولم يثبت عرض أمر المطعون ضده على لجنة الموارد البشرية أو يرد بالأوراق ما يفيد ذلك ، لذلك فإن صدور قرار النقل بالمخالفة لما ذكر يجعله مشوباً بعدم المشروعية مما يعرضه للإلغاء . والحكم المطعون إذ التزم هذا النظر ، و خلص إلى كون قرار النقل صدر بالمخالفة لما هو مقرر بمقتضى المادة المذكورة ، لذلك يكون قد صادف صحيح القانون وبالتالي يكون النعي المثار بهذا الشأن غير قائم على أساس .

الرئيس: المستشار/ علال عبد السلام لعبودي - رئيس الدائرة.

الاعضاء: المستشار/ عبد العزيز يعكوبي

المستشار/ عبد الكريم فرعون .

د ٩ - (الطعن رقم ٨٤٠ لسنة ٢٠١١ س ٥ ق. أ) جلسة ٢٠١١/١٠/٣١ (إداري)

١ (قرار إداري. ملكية. تعويض. حكم « تسببيه. تسبب غير معيب ». نقض « أسباب الطعن بالنقض. ما لا يقبل منها ».

■ نزع الملكية لأي سبب. يستوجب تعويضاً عادلاً. ولو كان للمنفعة العامة.

■ مطالبة بلدية أبو ظبي بالتعويض العادل عن نزع ملكية المطعون ضده. صحيح. ما دامت البلدية هي التي تولت عملية تخصيص الأراضي والنظر في التظلمات المثارة بشأنها.

٢ (محكمة الموضوع « سلطتها ». إثبات « بوجه عام » « خبرة ». حكم « تسببيه. تسبب غير معيب ». نقض « أسباب الطعن بالنقض. ما لا يقبل منها ».

■ سلطة محكمة الموضوع في تحصيل فهم الواقع في الدعوى وتقدير أدلتها والموازنة بينها. ومنها تقارير الخبراء والأخذ بما تلمئن إليها منه. وإطراح ما عداه. متى أقامت قضاها على أسباب سائغة. مثال.

المحكمة

حيث يؤخذ من وقائع الدعوى وسائر وثائقها ومن الحكم المطعون فيه أن المطعون ضده (المدعي) أقام أمام محكمة أبو ظبي الابتدائية بتاريخ ٢٩/٤/٢٠١٠ دعوى ضد الطاعنة بلدية مدينة أبو ظبي قيدت تحت رقم ٥١/٢٠١٠ إداري كلي، أورد فيها أنه بتاريخ ١/٤/٢٠٠٦ اشترى قطعة أرض سكنية رقم ٣٢ في حوض ١٠ بمساحة ١٠×٢٠٠ قدم مربع بمدينة خليفة الجديدة وهي في بداية المنطقة السكنية، و قريبة من شارع المطار الرئيسي، وتوجد في زاوية على شارعين. وبمناسبة تعديل المخطط الكلي استبدلت البلدية المدعى عليها أرضه سالفة الذكر بقطعة أرض أخرى لا تحمل ذات مميزات الأرض المستبدلة، وقد تظلم المدعي من ذلك وتم رفض كافة تظلماته بزعم أن الأرض الجديدة بذات مواصفات أرضه السابقة، لذا يطلب الحكم بإلزام المدعى عليها باستبدال أرضه بأرض أخرى تحمل مميزات أرضه السابقة وإلزامها بالمصروفات وشمول الحكم بالنفاذ المعجل دون كفالة.

وبتاريخ ١٠/٦/٢٠١٠ قضت محكمة البداية برفض الدعوى وألزمت المدعي بالمصاريف ومبلغ مائتي درهم مقابل أتعاب المحاماة.

استأنف الطاعن هذا الحكم بالاستئناف رقم ٤٩/٢٠١٠، وبتاريخ ٢٦/٤/٢٠١١ قضت محكمة الاستئناف

بقبول الاستئناف شكلا، وفي الموضوع بإلغاء الحكم المستأنف والقضاء مجددا بإلزام المستأنف ضدها بأن تؤدي للمستأنف مائتي ألف درهم والرسوم والمصاريف وأربعمائة ألف درهم بدل أتعاب المحاماة عن درجتي التقاضي.

طعن الطاعنة بالنقض في هذا الحكم بالطعن المائل بمقتضى صحيفة قيدت بقلم كتاب هذه المحكمة بتاريخ ٢٠١١/٦/٢٦ طلبت في ختامها قبول الطعن شكلا، وفي الموضوع نقض الحكم المطعون فيه والقضاء مجددا برفض الدعوى، واحتياطيا بإحالة الدعوى لمحكمة الاستئناف مصدرة الحكم لنظرها بهيئة مغايرة، وإلزام المطعون ضده المصروفات ومقابل أتعاب المحاماة عن كافة درجات التقاضي. وأجاب المطعون ضده بوكالة عبد الله فاضل الحمادي بمذكرة التمس فيها رفض الطعن وإلزام الطاعنة بالرسوم والمصاريف وأتعاب المحاماة عن كافة درجات التقاضي. ورأت المحكمة في غرفة المشورة أن الطعن جدير بالنظر فحددت له جلسة ١٩ أكتوبر ٢٠١١.

تنعى الطاعنة على الحكم المطعون فيه مخالفة القانون والخطأ في تطبيقه والقصور في التسيب والفساد في الاستدلال والإخلال بحق الدفاع، وتقول في بيان ذلك: أن استبدال الأراضي السكنية بمدينة خليفة الجديدة بأراضي في منطقة العاصمة تم بناء على قرار رئيس مجلس أبوظبي للتخطيط العمراني، وفقا للصلاحيات المخولة للمجلس بموجب القانون رقم ٢٣ لسنة ٢٠٠٧، والغرض منه تحقيق مصلحة عامة وبتوجيهات من السلطات العليا في الدولة، الأمر الذي تكون معه الطاعنة غير ملزمة بأي تعويض عن قيامها باستبدال أرض المطعون ضده بأرض أخرى تنفيذا للأمر الصادر إليها من جهة الاختصاص، وذلك عملا بأحكام المادة ١/٢٨٩ من قانون المعاملات المدنية. كما تعيب على الحكم المطعون فيه أنه أخذ برأي الخبير الذي حدد قيمة التعويض في مبلغ ٢٠٠٠٠٠ درهم مع العلم أن قيمة شراء الأرض المستبدلة هي ٩٠٠٠٠٠ درهم ودون أن يراعي في ذلك أن الأرض البديلة تتميز بمساحة أكبر وموقع أفضل. وقد أخذت المحكمة مصدرة الحكم المطعون فيه بما توصل إليه الخبير دون أن تؤسس قضاءها على أسباب معقولة وسائغة، مما يعيبه ويوجب نقضه.

وحيث إن هذا النعي غير سديد، ذلك أن المقرر بمقتضى المادة ٢١ من الدستور أن الملكية مصونة، ولا ينزع من أحد ملكه إلا في الأحوال التي تقتضيها المنفعة العامة وفقا لأحكام القانون وفي مقابل تعويض عادل. وهو المعنى ذاته الذي أكدته المادة ١١٣٥ من قانون المعاملات المدنية. ومؤدى ذلك أن نزع ملكية عقار سواء مقابل استبداله بعقار آخر أو مقابل تعويض مادي يجب أن يكون في جميع الأحوال لقاء تعويض عادل. وإن تمسك الطاعنة بكون عملية الاستبدال تمت بناء على إعادة تخطيط منطقة العاصمة أبوظبي من قبل مجلس أبو ظبي للتخطيط العمراني ولغاية المصلحة العامة، فإن ذلك لا يعفيها من التعويض، على اعتبار أن من صميم مشروعية عملية نزع الملكية قيامها على المصلحة العامة، وأن توافر هذه المصلحة لا يسقط حق المنزوعة ملكيتهم في تعويض عادل. كما أنه وإن كان مجلس أبو ظبي للتخطيط العمراني، وفقا للاختصاصات الموكولة إليه قانونا، هو الذي قام بإعادة تخطيط المدينة، إلا أن الثابت من معطيات النزاع أن لجنة الأراضي والمساكن

الشعبية ببلدية ابوظبي هي التي تولت عملية تخصيص الأراضي لملاك قطع الأراضي التي تم إلغاؤها وفقا للمخطط المعد من قبل المجلس المذكور، وقد تقدم المطعون ضده بتظلم أمام هذه اللجنة طلب فيه تعويضه بالأرض رقم ٢٤٤ حوض ٤ إلا أن تظلمه قوبل بالرفض، وقد نظرت هذه اللجنة في ٣٦ تظلما ووافقت على ٥ طلبات ورفضت الباقي وأمرت بإعادة دراسة طلبين، مما حصله أن مجلس أبو ظبي للتخطيط العمراني وإن كان هو الذي قام بتعديل تخطيط المدينة، إلا أن البلدية هي التي تولت عملية التخصيص والنظر والحسم في التظلمات المثارة بشأن تخصيص أراضي مماثلة للأراضي التي تم نزعها، لذلك تكون مساءلة البلدية بالتعويض مبنية على هذا الأساس.

لما كان ذلك، وكان الحكم المطعون فيه قد التزم هذا النظر، وتقيد بالأحكام القانونية المشار إليها أعلاه، لذلك يكون النعي المثار بهذا الشأن غير قائم على أساس حريا بالرفض.

أما بخصوص ما تنعاه الطاعنة من كون الحكم المطعون فيه أخذ بما توصل إليه الخبير دون أن يؤسس ما قضى به على أسباب معقولة وسائغة تبرر ما انتهى إليه الحكم، فإن هذا النعي أيضا مردود، ذلك أن المقرر في قضاء هذه المحكمة أن لمحكمة الموضوع كامل السلطة في تحصيل وفهم الواقع في الدعوى، وبحث تقدير سائر الأدلة والمستندات المقدمة إليها تقديمًا صحيحًا والأخذ بتقرير الخبير متى اطمأنت إلى صحة أسبابه، ولها أن تأخذ به محمولاً على أسبابه وإن تحيل إليه متى رأت عدم وجود مطعن عليه من غير تعقيب عليها في ذلك من محكمة النقض متى أقامت قضاءها على أسباب سائغة لها معينها الثابت بالأوراق ولا يجوز مجادلتها فيما تستنبطه من قرائن بغية الوصول إلى نتيجة أخرى غير تلك التي أخذت بها.

لما كان ذلك وكان تقرير الخبير الذي استند إليه الحكم المطعون فيه قد بين أن الأرض البديلة ليست بنفس ميزات الأرض المستبدلة، ووضح العناصر المتعلقة بهذه الميزات، وانتهى إلى تحديد التعويض المناسب، لذلك فإن ما أثير بهذا الشأن لا يعدو أن يكون مجرد جدل موضوعي فيما تستقل محكمة الموضوع بتقديره دون معقب عليها في ذلك متى بنت قضاءها على أسباب سائغة. وحيث إنه بالبناء على ما ذكر تكون أوجه النعي المثارة غير وجيهة، وبالتالي يكون الطعن غير قائم على أساس حريا بالرفض.

الرئيس: المستشار/ علال عبد السلام لعبودي - رئيس الدائرة.

الاعضاء: المستشار/ عبد العزيز يعكوبي

المستشار/ عبد الكريم فرعون.

١د - (الطعن رقم ١٣٠٧، ١٢١، لسنة ٢٠١٠ س ٥ ق. أ) جلسة ٢٠١١/٢/٢٨ (إداري)

قرار إداري. رسوم قضائية. حكم « تسببيه. تسبب معيب ». نقض « أسباب الطعن بالنقض. ما يقبل منها ». قانون « الخطأ في تطبيق القانون ». نظام عام. طعن « الطعن بالاستئناف » « إجراءاته ». إجراءات « إجراءات الطعن بالاستئناف ».

■ قبول الطعن بالاستئناف في غير حالات الطعن بإلغاء القرار الإداري. بغير سداد الرسوم القضائية المقررة على تلك الحالات. مخالفة للقانون وخطأ في تطبيقه. المادتان (٥٣، ٢) من قانون الرسوم القضائية رقم (١٦) لسنة ٢٠٠٨.

■ وجوب استيفاء الرسوم القضائية على الطلبات المستحق عليها الرسم. متى كانت الدعوى تشتمل على طلبات معفاة من الرسوم وأخرى غير معفاة منها. مخالفة ذلك؟ مخالفة للقانون وخطأ في تطبيقه. مثال.

المحكمة

حيث يستخلص من سائر وثائق الدعوى ومن القرار المطعون فيه أن تقدمت بواسطة محاميها بدعواها أمام محكمة العين الابتدائية قيدت برقم ٢٠٠٩/١٥ إداري ضد المدعى عليهما مستشفى العين الحكومي و شركة أبو ظبي للخدمات الصحية تعرض فيها أنها تعاقبت بتاريخ ١٠/٥/١٩٨٩ مع المدعى عليهما للعمل بوظيفة ممرضة مؤهلة فنية براتب شهري ٩,٢٧٠ درهم وقد قامت الجهة المدعى عليها بإنهاء خدماتها دون مبرر قانوني بزعم أنها لا تحمل الثانوية العامة وذلك بعد ما يزيد عن عشرين سنة من العمل بالمستشفى. لذلك فهي تطالب بإعادتها إلى عملها الذي فصلت منه تعسفياً، وفي حالة تعذر ذلك تسليمها مكافأة نهاية الخدمة عن فترة عملها، وتسديد بدل السكن بواقع ٢٥٠٠ درهم شهرياً من تاريخ توقف المدعى عليهما عن أداء أجرة السكن من تاريخ ٢٠٠٧/٦/٣٠ حتى الفصل في الدعوى، وتعويضها عن الأضرار المادية والنفسية والمعنوية التي لحقت بها جراء الفصل التعسفي، وإلزام المدعى عليهما بأداء تذكرة سفرها وبدل شحن أمتعتها والرسوم والأتعاب.

دفع ممثل قضايا الحكومة بعدم قبول الدعوى لرفعها على غير ذي صفة، ذلك أن المرسوم رقم ١٠ لسنة ٢٠٠٧ بشأن إنشاء شركة أبو ظبي للخدمات الصحية (صحة) نقل لها كافة المنشآت الصحية التي كانت تتبع الهيئة العامة للخدمات الصحية لإمارة أبو ظبي وكذا العاملين لدى المنشآت الصحية اعتباراً من ٢٠٠٧/١٢/٤. كما دفع بعدم اختصاص محكمة أول درجة نوعياً بنظر الدعوى ذلك أن حقيقة الدعوى الحالية تتمحور حول القرار الإداري الصادر عن المدعى عليها الثانية بإنهاء خدمات المدعية وإن تظلم الموظف من هذا القرار يكون أمام محكمة الاستئناف خلال ثلاثين يوماً من تاريخ إعلانه عملاً بالمادة ٨١ من قانون الخدمة المدنية لإمارة

أبو ظبي. وأضاف بأن خدماتها أنهيت لرسوبها في الامتحانات المقررة لموظفي التمريض غير الحاصلين على الثانوية العامة بهدف تسكينهم وصدر كتاب بصرف مستحققاتها، ومن ثم يكون القرار بإنهاء خدماتها مستندا إلى سبب مشروع وابتغت الإدارة من ورائه تحقيق مصلحة عامة وإن جميع حقوقها محفوظة من خلال الآليات التي حددتها اللوائح والقرارات والتمس رفض الدعوى.

وبتاريخ ٢٠٠٩/٦/١٦ حكمت المحكمة بعدم اختصاصها نوعيا بنظر الدعوى وأحالته بحالتها إلى محكمة الاستئناف بالعين وأبقت الفصل في المصاريف. وبتاريخ ٢٠٠٩/٨/٢٤ حكمت محكمة الاستئناف في الشق المتعلق بإنهاء الخدمة بقبول التظلم شكلا وبرفضه موضوعا وإحالة الملف مرة أخرى على محكمة الدرجة الأولى للبت في باقي طلبات المتظلمة المبينة بصحيفة الدعوى.

قررت محكمة أول درجة ندب خبير إداري بغرض احتساب مكافأة نهاية الخدمة.

وبتاريخ ٢٠٠٩/١٢/٢٧ حكمت محكمة أول درجة بإلزام المدعى عليهما بتأدية مبلغ ١١٣,٦٥٥,٠٦ درهم للمدعية وبأن تسلمها تذكرة العودة لبلدها وكذا مصاريف نقل أمتعتها وفقا للمقياس المحدد بالفقرة ٩ من المادة ١٠ من الفصل ١٦ من لائحة الموارد البشرية لشركة أبو ظبي للخدمات الصحية وذلك حال مغادرتها للدولة مع الرسوم والمصاريف وخمسمائة درهم مقابل أتعاب المحاماة. فاستأنفت المدعية هذا الحكم تحت رقم ٢٠١٠/٤ كما استأنفه المدعى عليهما مستشفى العين الحكومي وشركة أبو ظبي للخدمات الصحية تحت رقم ٢٠١٠/١٠. وبتاريخ ٢٠١٠/٣/٣٠ قضت محكمة الاستئناف بقبول الاستئنافين شكلا وفي الموضوع برفضهما وتأيد الحكم المستأنف.

وبتاريخ ٢٠١٠/٥/١٧، طعنت الطاعنة في هذا الحكم بالطعن رقم ٢٠١٠/٤٨٤ كما طعن الطاعنان مستشفى العين الحكومي وشركة أبو ظبي للخدمات الصحية فيه أيضا تحت رقم ٢٠١٠/٥٣٧ بتاريخ ٢٠١٠/٥/٢٦.

وبتاريخ ٢٠١٠/٧/٢٥ حكمت محكمة النقض في الطعن رقم ٢٠١٠/٤٨٤ المقدم من الطاعنة أمال محمد عبد المولى حميدة بعدم قبوله شكلا وفي الطعن رقم ٢٠١٠/٥٣٧ المقدم من الطاعنين مستشفى العين الحكومي وشركة أبو ظبي للخدمات الصحية بنقض الحكم المطعون فيه مع إحالته إلى محكمة الاستئناف التي أصدرته لنظره بهيئة مغايرة.

وبتاريخ ٢٠١٠/١٠/٣١ أصدرت محكمة استئناف العين حكمها في الاستئناف المقدم من الطاعنة رقم ٢٠١٠/٤ وقضت فيه بعدم التعرض لهذا الاستئناف لسبق الفصل فيه بحكم نهائي وبات من محكمة النقض، وفي الاستئناف رقم ٢٠١٠/١٠ المقدم من الطاعنين مستشفى العين الحكومي وشركة أبو ظبي للخدمات الصحية بقبوله شكلا وبرفضه موضوعا وتأيد الحكم المستأنف.

وبتاريخ ٢٠١٠/١٢/١٣ طعن الطاعنان مستشفى العين الحكومي وشركة أبو ظبي للخدمات الصحية في هذا الحكم بالطعن رقم ٢٠١٠/١٢١٠ كما طعنت الطاعنة أمال محمد عبد المولى حميدة فيه أيضا تحت رقم ٢٠١٠/١٣٠٧، وقدم الطرفان مذكرتين جوابيتين. ورأت هذه المحكمة في غرفة المشورة أن الطعنين جديران

بالنظر، فقررت ضم الطعن رقم ١٣٠٧/٢٠١٠ إلى الطعن رقم ١٢١٠/٢٠١٠ ليصدر فيهما حكم واحد وحددت جلسة لنظرهما.

في الطعنين معا:

حيث إن الطاعنين مستشفى العين الحكومي وشركة أبو ظبي للخدمات الصحية ينعيان في السبب الثاني من أسباب طعنهما على الحكم المطعون فيه الخطأ في فهم الواقع ومخالفة الثابت في الأوراق ذلك ان المطعون ضدها لم تقم بسداد الرسوم القضائية على الطلبات التي تطالب بها، خلافا لما توجبه المادة الثانية من القانون رقم ١٦ لسنة ٢٠٠٨ بشأن الرسوم القضائية في إمارة أبو ظبي مما يجعل الحكم المطعون فيه مشوباً بمخالفة القانون، وإذ أصدرت المحكمة حكمها المطعون فيه قبل استيفاء الرسوم القضائية فإنه يكون باطلاً مما يستوجب نقضه. وحيث إن هذا النعي في محله، ذلك انه يتبين من أوراق الدعوى، ان المحكمة المطعون في حكمها قبلت صحيفة استئناف المطعون ضدها للحكم الابتدائي دون ان تتأكد من دفعها للرسوم القضائية أو تأجيلها أو الإعفاء منها طبقاً لما تستوجبه المادة ٢ من القانون رقم ١٦ لسنة ٢٠٠٨ بشأن الرسوم القضائية في إمارة أبو ظبي التي تنص على انه: « لا تقيد أية دعوى أو طعن، ولا يقبل أي طلب إلا بعد استيفاء الرسم المستحق كاملاً، ما لم يكن قد صدر قرار بالإعفاء أو تأجيل الرسم كلياً أو جزئياً، ويفصل رئيس المحكمة في المنازعة حول قيمة الرسم بقرار نهائي غير قابل للطعن. »

لما كان ذلك، وكان هذا الوجوب الذي فرضته المادة الثانية أعلاه من النظام العام، وان للمحكمة ان تثيره من تلقاء نفسها ولو لم يثره احد من الخصوم. وكانت محكمة النقض بحكمها السابق الصادر في هذه القضية قضى انه من « الثابت من معطيات الملف أن الطاعنة تقدمت بطلبات تستهدف في شق منها الحكم بإلغاء قرار إنهاء خدمتها وفي الشق الآخر تلتمس في حالة عدم الحكم بإلغاء هذا القرار الحكم لها بمكافأة نهاية الخدمة وسداد أجرة المسكن وتذكرة السفر ومصروفات الشحن إضافة إلى طلب التعويض عن الأضرار المادية والمعنوية التي لحقتها، وقد قضت محكمة الاستئناف في طلب إلغاء قرار إنهاء خدمة الطاعنة برفضه وأحالت نظر الطلبات الأخرى إلى المحكمة الابتدائية للاختصاص أصدرت فيها هذه الأخيرة حكماً تأيد استئنافاً بمقتضى الحكم المطعون فيه. ولا شك أن الطلبات الأخيرة تخرج عن نطاق دعوى الإلغاء و بالتالي تكون غير مشمولة بالإعفاء المنصوص عليه في المادة ٥٣ من القانون المذكور. »

لذلك تكون محكمتا الموضوع إذ قبلتا دعوى المطعون ضدها دون أن تتأكدا من دفعها للرسوم القضائية أو تأجيلها أو الإعفاء منها طبقاً لما تستوجبه المادة ٢ أعلاه قد خالفتا أحكام هذه المادة، مما يكون معه الحكم المطعون فيه مستوجباً للنقض، ودون البحث في باقي أسباب الطعنين.

الرئيس: المستشار/ علال عبد السلام لعبودي - رئيس الدائرة.

الاعضاء: المستشار/ عبد العزيز يعكوبي

المستشار/ عبد الكريم فرعون.

الد - (الطعن رقم ١٠٤ لسنة ٢٠١١ س ٥ ق. أ) جلسة ٢٠١١/١٠/٣١ (إداري)

قانون « القانون الواجب التطبيق » . خدمة مدنية. قرار إداري. موظفون عموميون. حكم « تسببيه. تسبیب غير معيب ». نقض « أسباب الطعن بالنقض. ما لا يقبل منها ». محكمة الموضوع « سلطتها ». عمال.

■ تطبيق المحكمة أحكام قانون الخدمة المدنية في إمارة أبوظبي في شأن فصل الموظف العامل في جهة يخضع الموظفون فيها لأحكام النظم الخاصة بها. لا عيب . ما دامت تلك النظم قد خلت من تنظيم الضمانات والإجراءات التأديبية التي تكفل صيانة حقوق الموظف في الدفاع بما يضمن حيادية وموضوعية المحاكمة التأديبية. أساس ذلك ؟ مثال.

المحكمة

حيث يؤخذ من وقائع الدعوى وسائر وثائقها ومن الحكم المطعون فيه أن المطعون ضدها (المتظلمة) تقدمت بتاريخ ٢٠١١/٢/٢١ أمام محكمة الاستئناف بأبو ظبي بتظلم قيد برقم ٢٠١١/٢ ضد الطاعنة كلية الإمارات للتطوير التربوي (المتظلم ضدها)، أوردت فيه أنها كانت تعمل مسؤولة تسويق واستقطاب الطلبة لدى المتظلم ضدها اعتباراً من تاريخ ٢٠٠٧/٢/٢٨ بالدرجة الخامسة، وأنها قامت برفع دعوى ضد هذه الأخيرة تحت رقم ٢٠١١/١٤ إداري لبيان مدى استحقاقها للدرجة الرابعة بوظيفة رئيس قسم التسويق والإعلام، غير أنها فوجئت بتاريخ ٢٠١١/٢/١٤ بكتاب من المتظلم ضدها تخطر فيها بفصلها عن العمل بزعم أنها قامت بسرقة بعض المجالات دون تحقيق معها أو سماع أقوالها، لذا تطلب الحكم بإلغاء قرار الفصل الصادر في حقها من غير موجب واعتباره كأن لم يكن، مع ما يترتب على ذلك من آثار قانونية ومادية، أهمها عودتها إلى عملها وإلزام المتظلم ضدها بالمصروفات، وشمول الحكم بالنفاذ المعجل دون كفالة. و بتاريخ ٢٠١١/٥/٣١ قضت محكمة الاستئناف بقبول التظلم شكلاً وفي الموضوع بإلغاء القرار المتظلم منه واعتباره كأن لم يكن مع ما يترتب على ذلك من آثار قانونية ومادية، وبعودة المتظلمة إلى عملها مع إلزام المتظلم ضدها بالمصروفات ومبلغ ٤٠٠ درهم مقابل أتعاب المحاماة.

طعن الطاعنة بالنقض في هذا الحكم بالطعن المائل بمقتضى صحيفة قيدت بقلم كتاب هذه المحكمة بتاريخ ٢٠١١-٧-٢١ طلبت في ختامها قبول الطعن شكلاً وفي الموضوع نقض الحكم المطعون فيه مع الإحالة وإلزام المطعون ضدها بالمصروفات ومقابل أتعاب المحاماة. وأجابت المطعون ضدها بوكالة المحامي حسن الريامي بمذكرة التمسست فيها أساساً عدم جواز نظر الطعن، واحتياطاً رفض الطعن وإلزام الطاعنة الرسوم

والمصاريف ومقابل أتعاب المحاماة. ورأت المحكمة في غرفة المشورة أن الطعن جدير بالنظر فحددت له جلسة ١٩ أكتوبر ٢٠١١.

تنعى الطاعنة على الحكم المطعون فيه القصور في التسبيب والإخلال بحق الدفاع، وتقول في بيان ذلك أن الحكم المطعون فيه قضى بإلغاء قرار إنهاء خدمة المطعون ضدها تأسيساً على كون الطاعنة لم تسلك الإجراءات التي رسمها قانون الخدمة المدنية في إمارة أبوظبي المتعلقة بتشكيل مجلس التأديب، والحال أن أحكام هذا القانون وفقاً لما هو مقرر في مادته الثانية تسري على الموظفين المدنيين العاملين لدى الجهات الحكومية الذين يتقاضون رواتبهم من الميزانية العامة، ويستثنى من تطبيق هذه الأحكام موظفو الجهات والهيئات الصادر بشأنها قوانين ومراسيم أو نظم خاصة بهم في حدود ما نصت عليه. وبما أن كلية الإمارات للتطوير التربوي لها نظام خاص بموظفيها كما تسمح لها بذلك أحكام المادة الثامنة من قانون إنشائها رقم ١٧ لسنة ٢٠٠٧، لذلك فإن موظفيها يخضعون لهذا النظام الخاص وليس لأحكام قانون الخدمة المدنية. وقد جاء في المادة الثامنة من شروط وأحكام سياسات التوظيف في الكلية أنه من الممكن إنهاء خدمة الموظف دون إنذار لأسباب تأديبية. واعتباراً لهذا النص التشريعي الخاص فإنه يجوز إنهاء خدمة المطعون ضدها دون إنذار لأسباب تأديبية متى ثبت للكلية ارتكابها لمخالفات تأديبية دونما حاجة لتشكيل مجلس تأديب، إذ أن هذا النص الخاص يقدم على النصوص العامة التي وردت في قانون الخدمة المدنية. وتمسكت بكونها حققت مع الطاعنة بخصوص المخالفة المنسوبة إليها ومكنتها من الدفاع عن نفسها، وأن المحكمة المطعون في حكمها لم تراعى هذه مقتضيات ولم تجب على الدفاع الجوهري المثار من قبل الطاعنة بهذا الخصوص والذي من شأنه تغيير وجه الرأي في الدعوى، مما يعيب الحكم المطعون فيه ويوجب نقضه.

وحيث إن هذا النعي غير سديد، ذلك أنه وإن كان مقرراً بمقتضى المادة الثانية من القانون رقم (١) لسنة ٢٠٠٦ في شأن الخدمة المدنية في إمارة أبوظبي أن موظفي الجهات والهيئات الصادر بشأنها قوانين أو مراسيم أو نظم خاصة يخضعون لأحكام هذه النظم، ويستثنون تبعاً لذلك من الخضوع لأحكام قانون الخدمة المدنية، إلا أن المقرر بموجب المادة ذاتها أن هذا الاستثناء يكون في حدود ما نصت عليه هذه النظم الخاصة، مما يعني بمفهوم المخالفة أن ما لم تتناوله هذه النظم بالتنظيم يرجع فيه إلى أحكام قانون الخدمة المدنية باعتباره الشريعة العامة المطبقة على موظفي الإمارة. وإذا كانت شروط وأحكام التوظيف الخاصة بالكلية الطاعنة قد أوردت تحت العنوان المتعلق بالفصل من الخدمة أن للكلية إنهاء خدمات الموظف بدون إنذار وذلك لأسباب تأديبية في أي وقت، فإن الأحكام الواردة بهذا الشأن جاءت مقتضبة، وخلت من تنظيم الضمانات والإجراءات التأديبية التي يتعين مراعاتها عند اتخاذ جزاء تأديبي في حق الموظف، بما يكفل له حقوقه في الدفاع في إطار قواعد تضمن حيادية وموضوعية المحاكمة التأديبية. إذ المقرر فقها وقضاء أن حق الدفاع يعتبر من المبادئ العامة التي يتعين احترامها قبل توقيع أي جزاء تأديبي.

لما كان ذلك، وكان الحكم المطعون فيه قد انتهى إلى إلغاء القرار المطعون فيه تأسيساً على كون الجهة

المطعون ضدها لم تحترم إجراءات التأديب الواردة في قانون الخدمة المدنية ، وكانت أحكام هذا القانون تشكل مرجعية تشريعية مكملة لما لم يقع تنظيمه بأحكام مفصلة في النظم الخاصة بموظفي بعض الهيئات ، وكان النظام الخاص بكلية الإمارات للتطوير التربوي قد خلا من إيراد أحكام تفصيلية بشأن إجراءات التأديب واكتفى بإيراد عبارة عامة لا تتضمن أحكاما تفصيلية بهذا الشأن، لذلك تكون المحكمة المطعون في حكمها حين استندت إلى أحكام التأديب الواردة في قانون الخدمة المدنية قد طبقت القانون تطبيقا سليما، وليس في ذلك إنكار أو تجاهل للنظام الخاص بموظفي الكلية الطاعنة ، طالما أن هذا النظام قد خلا من إيراد أحكام مفصلة بشأن الإجراءات والضمانات التأديبية التي من شأنها أن تغني عن الرجوع إلى الأحكام الواردة في قانون الخدمة المدنية ، مما حاصله أن النعي المثار بهذا الشأن غير وجيه .

أما بخصوص النعي بكون الحكم المطعون فيه لم يجب عن الدفاع الجوهري المثار من قبل الطاعنة، بخصوص تمسكها بعدم جواز الاستناد إلى أحكام التأديب الواردة في قانون الخدمة المدنية وان الأحكام الواجبة التطبيق هي الواردة في النظام الخاص بموظفيها ، فإن هذا النعي هو الآخر مردود، ذلك أن الحكم إذا أقام قضاءه على أسباب سائغة وكافية لحمله فإنه لا يعاب عليه عدم رده على كافة ما يسوقه الخصم من حجج ودفعات إذ لا تلتزم المحكمة بتتبع كل حجة أو تفنيذ كل دفاع طالما كان في أخذها بالأدلة التي أقامت عليها قضاؤها ما يتضمن الرد الضمني المسقط لتلك الحجج والدفعات .

وحيث انه بالبناء على ما ذكر تكون أوجه النعي المثارة في مجموعها غير وجيهة، وبالتالي يكون مال الطعن الرفض .

الرئيس: المستشار/ علال عبد السلام لعبودي - رئيس الدائرة.

الاعضاء: المستشار/ عبد العزيز يعكوبي

المستشار/ عبد الكريم فرعون .

١٢ د - (الطعن رقم ٩٩٢ لسنة ٢٠١١ س هـ ق. أ) جلسة ٢٠١١/١٢/١٩ (إداري)

١ (رسوم مدرسية. قانون « القانون الواجب التطبيق » عقد « تفسيره ». محكمة الموضوع « سلطتها ». حكم « تسببيه. تسبیب غير معيب ». نقض « أسباب الطعن بالنقض. ما لا يقبل منها ». قرار إداري .

■ حق صاحب ترخيص المدرسة الخاصة في تحديد الرسوم المدرسية لها. حده : اعتماد وزارة التربية والتعليم لتلك الرسوم.

■ حق الوزارة في إنقاص الرسوم المقدمة من صاحب الترخيص للحد المناسب.

■ خضوع المؤسسات التعليمية الخاصة لرقابة وزارة التربية والتعليم للتحقق من تطبيق أحكام القانون.

٢ (محكمة الموضوع « سلطتها ». حكم « تسببيه. تسبیب غير معيب ». نقض « أسباب الطعن بالنقض. ما لا يقبل منها ». دفاع « الإخلال بحق الدفاع . ما لا يوفره ».

■ محكمة الموضوع غير ملزمة بالرد على كل طلب أو دفاع يثيره الخصوم.

المحكمة

حيث يستخلص من سائر وثائق الدعوى ومن القرار المطعون فيه أن المدعية تقدمت بواسطة محاميها بدعواها أمام محكمة أبو ظبي الابتدائية قيدت برقم ٢٠١١/٢٢ إداري ضد المدعى عليه مجلس أبو ظبي للتعليم تطلب الحكم لها بإلزام المدعى عليه بإعادة تحديد الرسوم المدرسية عن عام ٢٠١١/٢٠١٠ وجعلها مساوية للرسوم المحددة للمدارس المماثلة لها ومنها مدرسة الراحة الدولية والحكم بإلزام المدعى عليه بأن يؤدي للمدعية مبلغ ٧,٦٠٠,٠٠٠ درهم كتعويض عن الخسائر التي لحقت بها نتيجة لخطئه في تقدير الرسوم للمرة الأولى عام ٢٠٠٧/٢٠٠٦ وما تلاها من تقديرات في الأعوام التالية، واحتياطياً إحالة الدعوى إلى لجنة خبراء ثلاثية لتحديد قيمة الأضرار التي لحقت بالمدعية نتيجة خطأ المدعى عليه وتقدير الخسائر التي أصابت المدعية والحكم لها بما يسفر عنه تقرير الخبرة، وإلزام المدعى عليه بالرسوم والمصاريف شاملة أتعاب المحاماة، وذلك على سند من القول أن المدعية مدرسة منشأة بموجب عقد التأسيس المؤرخ في ٢٠٠٦/١/١٨ وتعديله في صورة شركة ذات مسؤولية محدودة باسم (مدرسة أبو ظبي الأسترالية ذ.م.م) ومسجلة لدى الجهات المختصة وتتبع منهاج (نظام البكالوريا الدولية)، وأن اللائحة التنفيذية لمؤسسات التعليم الخاص تخول المدارس الخاصة تحديد رسومها الدراسية لأول مرة دون سلطة من وزارة التربية والتعليم، إلا أن منطقة أبو ظبي التعليمية التابعة للوزارة وحالياً للمدعى عليه لم تعتمد مقترح المدرسة المدعية وقامت بتخفيض الرسوم المقترحة إلى ما يوازي ٥٠٪ مما يخالف حكم المادة ١/٥١ من اللائحة المذكورة، وقد جاء ذلك القرار مجحفاً بالمدعية ومخالفاً

لمبدأ المساواة وتكافؤ الفرص بينها وبين سائر المدارس الخاصة التي تطبق ذات المنهج وقد ألحق بها ضرراً كبيراً بلغ قيمة التعويض المطالب به، واستدانت على إثره المدرسة المدعية من بنوك استرالية، وقد استمر المدعى عليه في ذات الخطأ في المواسم الدراسية التالية رغم التظلمات المرفوعة لمثلي المدعى عليه التي لم تلق تجاوباً، مما دعاها لإقامة هذه الدعوى.

وبتاريخ ٢٠١١/٣/٣١ حكمت محكمة أول درجة برفض الدعوى وألزمت المدعية المصاريف ومبلغ ٢٠٠ درهم مقابل أتعاب المحاماة. فاستأنفت المدعية مدرسة أبو ظبي الأسترالية هذا الحكم تحت رقم ٢٠١١/١٠٥/١٥ بتاريخ ٢٠١١/٦/١٥ قضت محكمة الاستئناف بقبول الاستئناف شكلاً وفي الموضوع برفضه وتأييد الحكم المستأنف.

وبتاريخ ٢٠١١/٧/٢٦، طعنت الطاعنة مدرسة أبو ظبي الأسترالية في هذا الحكم بالطعن المائل وقدمت إدارة قضايا الحكومة مذكرة جوابية، ورأت هذه المحكمة في غرفة المشورة أن الطعن جدير بالنظر، فحددت جلسة لنظره.

وحيث تنعى الطاعنة على الحكم المطعون فيه مخالفته للقانون والخطأ في تطبيقه وفي الإسناد وفي فهم الواقع ومخالفة الثابت في الأوراق والقصور في التسبيب والفساد في الاستدلال وتجل ذلك في ثلاثة أسباب: **السبب الأول:** وفيه تقول الطاعنة ان الحكم المطعون فيه لم يحص أوراق الدعوى ذلك أن الطاعنة هي مدرسة جديدة، وأن المادة ١/٥١ من اللائحة التنفيذية للقانون رقم ٢٨ لسنة ١٩٩٩ أكدت على أن تحديد الرسوم يكون بناءً على طلب صاحب الترخيص أثناء فتح المدرسة لأول مرة، ويقتصر دور الوزارة في ذلك على مجرد اعتماد ذلك التحديد الذي تقدم به صاحب الترخيص دون اشتراط الموافقة المسبقة على تحديد هذه الرسوم، مما يجعل تفسير الحكم المطعون فيه للمادة ١/٥١ المشار إليها قد تم بشكل خاطئ مما يجعله مخالفاً للقانون مستوجباً النقض.

وحيث إن هذا النعي غير سديد، ذلك أن المادة ١/٥١ من اللائحة التنفيذية للقانون رقم ٢٨ لسنة ١٩٩٩ بشأن مؤسسات التعليم الخاص تنص على ما يلي: « تحدد الرسوم المدرسية للمدارس الخاصة بناءً على طلب صاحب الترخيص الوارد في طلب فتح المدرسة لأول مرة بعد اعتمادها من الوزارة ». لما كان ذلك، وكان من المقرر أنه يتعين على المحكمة تحديد القانون الواجب التطبيق وتفسيره، كما أنه من المقرر في قضاء هذه المحكمة أن تفسير العقود أو الاتفاقات وسائر المحررات من سلطة محكمة الموضوع حسبما تراه في مقصود عاقيدها أو محرريها، فلها استخلاص ما يمكن استخلاصه منها ولا سلطان عليها من محكمة النقض متى كانت عبارة الورقة تحمل المعنى الذي حصلته وجاء تفسيرها سائغاً له أصله الثابت في الأوراق ولا مخالفة فيه للقانون بما يكفي لحمل قضائها . وكان ما ذهب إليه الحكم المطعون فيه عن صواب من تفسير للمادة ١/٥١ المشار إليه أعلاه وفي ضوء المراسلات بين الطاعنة والمطعون ضده من أن حق صاحب الترخيص في تحديد الرسوم مرهون باعتماد الوزارة وموافقتها على الرسوم، وأن من حق الوزارة تبعاً لمفهوم المخالفة لهذا النص أن تقوم بتخفيض الرسوم إلى الحد المناسب، تحقيقاً لسلطتها المنوطة بها في القانون المشار إليه وفي المادة ٢١ منه

والتي تقضي بخضوع المؤسسات التعليمية الخاصة لرقابة الأجهزة المختصة بالوزارة في متابعة سير العملية التعليمية بها وتقويمها والمساعدة في تطويرها والتحقق من تطبيق أحكام هذا القانون ولائحته التنفيذية وذلك في الحدود الواردة بهما وبالقرارات الصادرة تنفيذا لهما، وعملا أيضا بنص المادة ١٨ من الدستور التي نصت على أنه يجوز للأفراد والهيئات إنشاء المدارس الخاصة وفقا لأحكام القانون على أن تخضع لرقابة السلطات العامة المختصة وتوجيهاتها، سائغا ومتفقا مع القانون مما يكون معه هذا النعي غير قائم على أساس حريا بالرفض.

السبب الثاني: وفيه تقول الطاعنة ان الحكم المطعون فيه أخطأ بعدم فهم واقع الدعوى وخالف الثابت في الأوراق، ذلك أن المستندات التي قدمتها الطاعنة تثبت أن حالتها مماثلة لحالة مدرسة الراحة التي تدرس نفس المنهاج، وكان على الحكم المطعون فيه أن يلزم المطعون ضده بمعاملة الطاعنة على قدم المساواة وبنفس المعايير واعتماد نفس الرسوم التي تتقاضاها مدرسة الراحة لتطبيقها على الطاعنة، وإن لم يقض الحكم المطعون فيه بذلك فإنه يكون باطلا مستوجبا للنقض.

حيث إن هذا النعي غير سديد ذلك أن الطاعنة لم تقدم لمحكمة الموضوع المطعون في حكمها ما يفيد وجود تماثل بين أوضاعها وبين أوضاع مدرسة الراحة من حيث رأس المال المستثمر في كليهما ولا من حيث تكلفة مباني كل منهما ولا عدد الفصول فيهما وغير ذلك من الأمور حتى تتمكن محكمة الموضوع من إجراء المقارنة، وما إذا كانت الجهة المطعون ضدها قد تعسفت في استعمال حقها بعدم زيادة الرسوم المدرسية للطاعنة لتساوي تلك التي تتقاضاها مدرسة الراحة المطلوب مساواة الطاعنة بها مما يتعين معه ان ما توصل إليه الحكم المطعون فيه من عدم وجود دليل على عدم الإجحاف بحق الطاعنة يكون صحيحا ويكون ما جاء في هذا النعي غير قائم على أساس من القانون حريا بالرفض.

السبب الثالث: وفيه تنعى الطاعنة على الحكم المطعون فيه عدم اشتماله على الأسباب التي بني عليها بشكل واضح واكتفى بذكر أسباب مجهولة والتفت عن دفاع الطاعنة المتمثل بطلبها استدعاء لجنة التفتيش الفنية، مما يعيبه ويجعله مستوجبا للنقض.

وحيث إن هذا النعي في غير محله، ذلك أن الحكم المطعون فيه قد اشتمل على كافة ما تطلبته المادة ١٣٠ من قانون الإجراءات المدنية من شروط لصحة الحكم وكانت الأسباب التي بني عليها الحكم المطعون فيه واضحة وجليّة وليس فيها اي جهالة، وكان من المقرر في قضاء هذه المحكمة ، أن محكمة الموضوع غير ملزمة بالرد على كل طلب أو دفاع يثيره الخصوم، فيكون ما جاء في هذا النعي غير قائم على أساس صحيح من القانون حريا بالرفض.

الرئيس: المستشار/ علال عبد السلام لعبودي – رئيس الدائرة.

الاعضاء: المستشار/ عبد العزيز يعكوبي المستشار/ عبد السلام الخراز

المستشار/ عبد الكريم فرعون المستشار/ المصطفى جلال

القسم الثالث

حكم وتعليق

المستشار:

عبد اللطيف تجاني

رئيس الدائرة التجارية الثالثة

بمحكمة الاستئناف التجارية بأبوظبي

هل يعتبر الدفع بسابق الفصل دفعاً شكلياً أو موضوعياً؟

تعليق على الحكم رقم ١٠٤٢ - ٢٠١٠ الصادر بتاريخ ١٨-١-٢٠١١ عن محكمة أبوظبي الاستئنافية يعتبر سبق الفصل في الدعوى من الدفع التي كثيراً ما تثار من طرف المدعي عليه، فإذا تأكدت المحكمة من قيام الدفع أي من توافر الشروط المنصوص عليها قانوناً من كون الشيء المطلوب هو نفس ما سبق طلبه، ومن تأسيس الدعوى على نفس السبب ومن كون الدعوى قائمة بين نفس الخصوم ومرفوعة منهم وعليهم بنفس الصفة،^(١) قضت بعدم جواز نظر الدعوى لسبق الفصل فيها، فهل يعتبر حكمها هذا حكماً في الشكل أم حكم في الموضوع أي هل لها سلطة التصدي أم ترجع الدعوى للمحكمة الابتدائية للحكم في موضوعها؟

فالمادة ١٦٦ من قانون الإجراءات المدنية تنص على ما يلي:

«إذا حكمت المحكمة الابتدائية في الموضوع ورأت محكمة الاستئناف أن هناك بطلاً في الحكم أو بطلاً في الإجراءات أثر في الحكم، تقضي بإلغائه وتحكم في الدعوى، أما إذا حكمت المحكمة الابتدائية بعدم الاختصاص أو بقبول دفع فرعي ترتب عليه منع السير في الدعوى وحكمت محكمة الاستئناف بإلغاء الحكم وباختصاص المحكمة أو برفض الدفع الفرعي وبنظر الدعوى وجب عليها أن تعيد القضية للمحكمة الابتدائية للحكم في موضوعها.»

فما المقصود بالدفع الفرعي هل الدفع الشكلي أم الدفع الموضوعي؟ أم يشملهما معاً؟

ففي دعوى رقم ٧٢٥ - ٢٠١٠ رفعها شخص أمام محكمة أبوظبي الابتدائية طلب فيها الحكم بتحديد مبلغ مقطوع قدره ٥٠٠ درهم لمتطلبات تعليم ولديه من مطلقته ، باعتبارها أنها حصلت على أحكام في شأن نفقة الولدين منها الحكم في الدعوى رقم ١١٦٤/٢٠٠٨ والحكمين ١٣٣٦/٢٠٠٧ و ٢٤٠/٢٠٠٨، ومن بين ما تم القضاء به عليه مصاريف الدراسة ومتطلبات التعليم، وأن المدعى عليها بعد صدور هذه الأحكام عمدت إلى الإضرار به بشراء حاجيات بعيدة كل البعد عن متطلبات التعليم وتقديم فواتيرها لقاضي التنفيذ الذي يقوم بدوره بإلزامه بسداد قيمتها بالرغم من أنه هو الملزم بشرائها بنفسه، فحكمت المحكمة الابتدائية بعدم جواز نظر الدعوى لسابقة الفصل فيها في الدعويين رقم ١٣٣٦/٢٠٠٧ و ٢٤٠/٢٠٠٨، فاستأنف هذا الحكم ١٠٤٢/٢٠١٠، فحكمت محكمة الاستئناف بتاريخ ١٨/١/٢٠١١ بإلغاء الحكم المستأنف وإعادة الأوراق إلى المحكمة الابتدائية لإعادة السير في الدعوى والحكم في موضوعها.

(١) تنص المادة ٤٩ من قانون الإثبات في المواد المدنية والتجارية على ما يلي:

«١- الأحكام التي حازت حجية المر المقتضي تكون حجة فيما فصلت فيه من الخصومة ولا يجوز قبول دليل ينقض هذه القرينة ولكن لا تكون لتلك الأحكام هذه الحجية إلا في نزاع قام بين نفس الخصوم أنفسهم دون أن تتغير صفاتهم وتعلق بذات الحق محلاً وسبباً وتقضي المحكمة بهذه الحجية من تلقاء نفسها»

ويتضح من هذا الحكم أنه اعتبر الدفع بسابق الفصل دفعاً شكلياً، فهل كان سليماً؟
جاء في حكم المحكمة الاتحادية العليا الصادر بتاريخ ١٥ من ديسمبر سنة ٢٠٠٤ (مدني) في الطعن رقمي ١٠٧ و ١٣٦ لسنة ٢٤ القضائية:

«أن الدفع الموضوعي هو الذي يرمي إلى الطعن بعدم توافر الشروط اللازمة لسماع الدعوى وهي الصفة والمصلحة والحق في رفع الدعوى أو سقوطه سواء لسبق الصلح فيه أو لانقضاء المدة المحددة لرفعها ، اما الدفع المتعلقة بإجراء أوجب القانون اتخاذه حتى تستقيم الدعوى بهدف الطعن في صحة الإجراءات المكونة للخصومة- اعتبارها من الدفوع الشكلية دون اعتداد بالتسمية التي تطلق عليها. مثال: في دعوى قضت فيها محكمة الاستئناف بإلغاء الحكم المستأنف الذي كان قد حكم بعدم قبول الدعوى لرفعها بغير الطريق الذي رسمه القانون لكنها رغم ذلك تصدت للفصل في الموضوع بينما كان يتعين عليها إعادة القضية إلى أول درجة إعمالاً لقاعدة التقاضي على درجتين مما يشوبه بالخطأ في تطبيق القانون ومن ثم يتعين نقضه والحكم في موضوع الاستئناف بإعادة القضية إلى محكمة أول درجة للفصل في الموضوع .»

وهكذا يتضح من هذا الحكم أن الدفع بسابق الفصل هو دفع موضوعي لأنه لا يتعلق بالإجراءات الشكلية للدعوى وإنما ينصب على موضوع الدعوى، وقد أكدت محكمة تمييز دبي هذا الاتجاه في حكمها الصادر بتاريخ ١٢ من يناير ١٩٩٢ في الطعن رقم (١٥٩)- لسنة ١٩٩١ بقولها:

«إنه من الأصول المقررة أن قضاة محكمة أول درجة بعدم جواز نظر الدعوى لسبق الفصل فيها هو قضاء في موضوع الدعوى برمتها وتنحسم به الخصومة أمامها وتستنفذ به المحكمة ولايتها بالفصل فيها، بحيث يتعين على محكمة الاستئناف إذا ما رأت إلغاء هذا الحكم، أن تنظر في موضوع الدعوى وتفصل فيه دون إعادتها إلى محكمة أول درجة لأن الاستئناف المرفوع عن هذا الحكم يطرح الدعوى على محكمة الاستئناف بما احتوته من طلبات وأوجه دفاع، ولا يعد قضاؤها في موضوعها تفويتاً لدرجة من درجات التقاضي على الخصوم».

والجدير بالإشارة أن الحكم الاستئنافي موضوع التعليق لم يطعن فيه بالنقض، بل إنه نفاذاً لمقتضياته، حكمت المحكمة الابتدائية بتاريخ ٢٧/٣/٢٠١١ بتحديد مبلغ ٥٠٠ درهم شهرياً لمتطلبات تعليم الولدين، فاستأنفت المطلقة هذا الحكم بالاستئناف رقم ٤٤٠/٢٠١١، وبتاريخ ٢٤/٥/٢٠١١ حكمت محكمة الاستئناف برفض الاستئناف وتأيد الحكم المستأنف. فطعن فيه بالنقض، وبالتالي فإن الطعن بالنقض انصب على هذا الحكم الاستئنافي الأخير ولم يشمل الحكم الاستئنافي الأول، لذلك فإن محكمة النقض ردت على سبب النقض المتعلق بسابق الفصل بالحكمين ١٣٣٦/٢٠٠٧ و ٢٤٠/٢٠٠٨ بأن الحكم الصادر من محكمة استئناف أبوظبي رقم ١٠٤٢-٢٠١١ بتاريخ ١٨/١/٢٠١١، قد اكتسب الدرجة القطعية بعدم الطعن عليه بأي طريق من طرق الطعن المقررة قانوناً، وبذلك يكون له حجية الأمر المقضي مما لا مجال معه بعد ذلك لإثارة هذا الدفع أمام القضاء من جديد استناداً لنفس الأحكام التي استند إليها الحكم المذكور^(١).

(١) الطعن رقم ٨٠٢/٢٠١١ (نقض احوال شخصية) الصادر الحكم فيه بتاريخ ٢٨-٩-٢٠١١.

القسم الرابع

أعلام الفقة والقضاء وأهمات كتبهم

المستشار:

أحمد السراج الأندلسي

رئيس الغرفة الشرفي

بمحكمة النقض بالمملكة المغربية



يمثل الفقه الإسلامي ثروة عالمية هائلة في مجالات متعددة من الحياة، متمشياً مع أحدث النظريات الفقهية والقانونية والدستورية والإدارية في تنظيم طرق الحكم وتوفير سبل الحكامة الرشيدة، وفي ضبط المعاملات والعلاقات العامة سواء بين الأفراد فيما بينهم أو بينهم وبين الدولة .

فمجلد القوانين الدستورية والإدارية وقوانين المعاملات المعتمدة دولياً اليوم إلا ولها أصل في الفقه الإسلامي، وفي مصنفات أئمة الإسلام معززة بما تضمنه التشريع الإسلامي من قواعد محكمة تساير المستجدات على اختلاف العصور والأمصار، مما جعل عدداً من الفقهاء وعلماء القانون الدوليين يعتبرونه مصدراً لعدد من القوانين في الغرب .

وما أجدر بعض شبابنا اليوم، ممن لم تتح لهم فرصة دراسة الفقه الإسلامي، أن يتدارسوا هذه الثروة الفقهية والقانونية العالمية وما تخزنه نصوص الفقه الإسلامي من ثراء يضاهي أحدث النظريات الفقهية الحديثة، وذلك بالتعرف على أعلام الفقه وأمّهات مصنفاته من خلال البحوث والدراسات التي تقوم بإعدادها نخبة متميزة من علمائنا وفقهائنا ومفكرينا .

توطئة

لا شك أن الفقه الإسلامي في مختلف الحقب كان نتيجة عمل متأصل من أئمة مجتهدين وعلماء ومحققين، عملوا على تأصيله وتبويبه واعتمدوا في النصوص الأصلية لمصادر التشريع على كتاب الله وسنة رسوله صلى الله عليه وسلم لاستنباط الأحكام. وبعد عهد الرسول عليه السلام تولى الصحابة رضوان الله عليهم اتباع ما كانوا عليه في عهد الرسول صلوات الله عليه، ثم جاء عهد التابعين فكثرت المسائل المستجدة في معاملات الناس، واختلفت في تأثيراتها على المجتمع المسلم ليجد نفسه أمام مستحدثات مستعصية أحياناً تدعو الضرورة إلى حلها وفق المنهج الإسلامي الصحيح فتصدى لهذه المهمة من وفقهم الله في استنباط الأحكام لتلك المحدثات بما لا يخالف أصول الشرع وما يضمن مصلحة العباد في معاملاتهم .

فخلال تلك الفترات من تاريخ الإسلام عرف الفقه الإسلامي أعلاماً نذروا أنفسهم لخدمة الفقه وتكونت مذاهب ومدارس فقهية، ودونت مصنفاً ظلت محل تقدير واعتزاز عبر العصور، وازدهرت الساحة العلمية في مجال الفقه والدين بوجود أئمة الفقه المجتهدين، كما برزت مجموعة من العلماء في الساحة العلمية الإسلامية تكونت من رجال وفقهم الله لعطاءات علمية ناجحة في شتى المجالات العلمية أفادوا البشرية وعلموا العالم ما لم يكن يعلم في مختلف العلوم والفنون، وما زال التاريخ يحفظ للعلماء المسلمين ابتكاراتهم التي ما زالت معطياتها تتجدد، وما زالت محل اعتراف المنصفين من مؤرخي الحضارات الذي يقرون بما استفادته الغرب وما استفادته أوروبا على وجه الخصوص من حضارتهم وتفوقهم العلمي، لا في مجال المعاملات فحسب، ولكن أيضاً في الطب، والهندسة، وعلم الفلك الذي أدى بعلماء الغرب إلى أن يخلقوا عالماً بعد استثمارهم لما ورثوه، وما استخلصوه من بعض علماء الإسلام في مجالات عديدة خلال عهوده الزاهرة .

بالتأكيد كان ذلك السبق هو المفتاح السحري لنبغاء الغرب الذي أدى إلى الرقي بالعالم نحو ما نشاهده اليوم من حضارة وتقدم علمي في جميع مناحي الحياة .

وعلى مدى زمن طويل لم يكن هناك من يعترف للعلماء المسلمين بأفضلية السبق العلمي الذي فتح أعين الغرب وأوروبا على العموم، وكان الطريق الممهّد للاكتشافات المتعاقبة، غير أن هناك منصفين دونوا في كتبهم اعترافاً صريحاً بهذا السبق .

قد يعتبرنا البعض مغالين إذا تحدثنا اليوم عن علمائنا بلغة يطبعها الإعجاب والافتخار، ولكنها الحقيقة التي اعترف بها بعض المنصفين ممن درسوا الحضارة العربية الإسلامية وما خلفته من آثار ما زالت لحد اليوم تأخذ باهتمام الباحثين والدارسين الغربيين .

وحسبنا في هذه التوطئة أن نشير إلى كتاب «حضارة العرب» لمؤلفه غريستاف لويون^(١).

وهذا العالم الفرنسي الذي جال خلال رحلاته العالم الإسلامي وأدرك مدى ما قدمه العلماء المسلمون من خدمات في المجال العلمي، وما أسدوه من فضل للعالم الغربي، خلافاً لما دأب عليه جمهور كبير ممن ينكرون هذا الفضل.

ويقر «غوستاف لويون» بأن المسلمين هم الذين مدّنوا أوروبا.

وفي كتابة «حضارة العرب» أبرز المستوى العلمي الذي بلغه العلماء المسلمون في الرياضيات، والفيزياء، والكيمياء، وفي الطب وعلم الفلك، مستدلاً بأسماء بارزة لعلماء الإسلام وجرّد لمؤلفاتهم التي استفادت منها أوروبا بعد ترجمتها إلى لغاتها.

وفي نفس المسعى أنجزت الدكتورة «سيجيريد هونكة» كتاباً بعنوان: «شمس الله على الغرب» أو «فضل العرب على أوروبا».

في هذا الكتاب قدمت المؤلفة جملة مما قدمه العلماء المسلمون والعرب إلى أوروبا^(٢).

وإذا كان علماء الإسلام قدموا للإنسانية في المجال العلمي خدمات جليلة ما زالت محل تقدير المنصفين من علماء عالميين، فإن أئمة الفقه ومجتهديه من فقهاء الإسلام قد قدموا لجزء كبير من العالم قواعد فقهية كانت مصدراً تاريخياً وموضوعياً لما تتضمنه القوانين الحديثة اليوم وفي أوروبا على الخصوص التي كانت لها إمكانية الاتصال بالعالم الإسلامي خلال حقبة من الزمن كما هو الشأن بالنسبة للأندلس المسلمة التي كانت مكنتها العامة تتضمن أعداداً من الكتب والمخطوطات تضيق عنها الأرقام في مختلف العلوم.

ويثبت التاريخ أن ترجمة أعداد كبيرة منها ساهم بالتأكيد في تنوير الفكر القانوني الغربي وبوأ الفقه الإسلامي مكانة ذات بعد عالمي.

(١) غريستاف لويون: عالم نفس اجتماعي، طبيب هاوي له عدة مؤلفات في الحضارات العريقة، منها: حضارة العرب: ١٨٨٤- حضارة الهند - الحضارة المصرية - حضارة العرب في الأندلس، وهو أشهر فلاسفة الغرب الذين أنصفوا الحضارة الإسلامية - ولد في ٧ مايو ١٨٤١ ومات في ١٣ ديسمبر ١٩٣١.

الموقع الإلكتروني: WWW.cil-@.org/user files

(٢) كتاب الدكتورة «سيجيريد هونكة» العاملة الألمانية، ترجمة وتحقيق وتعليق الدكتور: فؤاد حسين علي - طبع ونشر دار النهضة العربية - القاهرة.

المبحث الأول

عالمية الفقه الإسلامي

أجمع جمهور من علماء القانون الغربيين أن الفقه الإسلامي يعتبر ضمن مجموعات الفقه التي تحفظ الحقوق وتصور المعاملات بشكل يسع كل أنواع المعاملات .

ويعتبر الفقه المالكي على الخصوص من أوسع المذاهب الذي تخطى الحدود حيث انتشر في الأفاق مع أن مالكا رضي الله عنه ما برح المدينة المنورة، خلال حياته، إلا إلى مكة المكرمة ومع ذلك انتشر المذهب المالكي بما شمله من قواعد فقهية في أقطار شاسعة من العالم، في آسيا وإفريقيا وجنوب أوروبا حتى بلغ الآخذون به اليوم الملايين ^(١) .

هذا فضلاً عما يلقاه الفقه المالكي والفقه الإسلامي على العموم من اهتمام من طرف أعلام الفقه والقانون الدوليين .

وقد نقل العلامة سيدي عبدالله كنون رئيس رابطة علماء المغرب في بحث له في ندوة الإمام مالك التي نظمت بالمغرب احتفاءً بذكره الألفية حديثه مع البروفسور «ميو» أحد رجال القانون المرموقين، على إثر عودة هذا الأخير من مؤتمر للقانون الدولي عقد بهولندا ودار الحديث عن فقه المعاملات ودور العمل فيه وأثره في حل أعوص المسائل مثل مسألة بيع الصفقات التي كانت تعاني منها أوروبا ما تعانيه من مشاكل عويصة، مخبراً إياه بأن المؤتمر الدولي قرر اعتبار الفقه الإسلامي مصدراً أولياً من مصادر القانون الدولي، مضيفاً أن الفقه المالكي على الأخص بلغ إلى الذروة من الأصالة والشمولية.

وقد تواتر الحديث على ما للفقهاء المالكي من أثر في عدد من القوانين الأجنبية كما هو الشأن بالنسبة للفقه الإسلامي على جه العموم، حيث وجد فيه رجال القانون الغربيون مادة قانونية واسعة، بل أوسع في تاريخ الشرائع ^(٢) .

هذا ما أكدته رجال القانون في الغرب خاصة أولئك الذين أتاحت لهم فرصة دراسة الفقه الإسلامي والتعرف على خصائصه حيث أكدوا أن قواعده تتصف بالشمولية وغير متوافرة في غيره من القوانين .

لقد برزت مميزات الفقه الإسلامي وصفته ذات البعد الدولي في عدد من المؤتمرات القانونية التي احتضنتها أوروبا وعلى الخصوص لدى علماء وفقهاء القانون .

(١) ندوة الإمام مالك ج ٢ ص: ٣٦ .

(٢) بحث العلامة سيدي عبدالله كنون بعنوان : القاعدة المحكمة في المذهب المالكي - مجلة الإيمان - العدد العاشر - السنة الخامسة ص ٥٧-٥٨ . دراسة الدكتور عائشة عبدالرحمان، بنت الشاطي، أستاذة علوم القرآن بكلية الشريعة، جامعة القرويين بفاس - نفس المرجع .

فخلال المؤتمر الأول للقانون الدولي الذي انعقد في لاهاي بهولندا في دورته لسنة ١٩٣٢، أي منذ أزيد من سبعة عقود، حضره رجال وفقهاء قانون بارزون من ألمان وإنجليز، وفرنسيين، أكدوا أن الشريعة الإسلامية تعتبر إحدى الشرائع الأساسية التي سادت العالم وما زالت تسود فيه، وأنها شريعة مرنة تسير التطور خلافاً لما كان يعتقد البعض من كونها شريعة جامدة غير قابلة لمسايرة المستجدات، كما نفى المؤتمرون أن تكون الشريعة الإسلامية مقتبسة من مخلفات قوانين سابقة .

نفس الاتجاه تجلّى في الدورة الثانية التي انعقدت بنفس المدينة لاهاي، خمس سنوات بعد الدورة الأولى أي سنة ١٩٣٧، حيث قرر المؤتمر الثاني بإجماع الآراء اعتبار الشريعة الإسلامية مصدراً من مصادر التشريع العام، وأنها شريعة حية قابلة للتطور، وأنها شريعة قائمة بذاتها، أي شريعة مؤثرة في غيرها وليست متأثرة بغيرها.

وبعد عشر سنوات، أي سنة ١٩٤٧ انعقد في لاهاي المؤتمر الدولي للمحامين، في هذا التجمع القانوني البارز الذي ضم محامين على المستوى الدولي، وبصفتهم رجال قانون ممارسين، اتخذ المؤتمر قراراً ملزماً لجمعية المحامين الدولية بتبني الدراسة المقارنة للشريعة الإسلامية والتشجيع عليها معللين قرارهم الإجماعي هذا بما في التشريع الإسلامي من مرونة، وما له من شأن هام في المجال القانوني مسجلين اعترافاً علنياً بذلك .

وفي سنة ١٩٥١ نظمت شعبة الحقوق الشرقية في المجمع الدولي للحقوق المقارنة بكلية الحقوق بجامعة باريس أسبوعاً للفقه الإسلامي، كانت تلك التظاهرة القانونية المتميزة تحت رئاسة الأستاذ ميو - سبقت الإشارة إليه - وأثناء المداخلات صرح أحد المشاركين وهو نقيب سابق للمحامين بالعاصمة الفرنسية باريس قائلاً : «أنا لا أعرف كيف أوفق بين ما كان يحكى لنا عن جمود الفقه الإسلامي وعدم صلاحيته أساساً تشريعياً في بحاجيات المجتمع العصري المتطور، وبين ما نسمعه من المحاضرات ومناقشتها اليوم، مما يعني اقتناعه بما يمثلته الفقه الإسلامي من مكانة بين موسوعات الفقه والقانون لدى الغرب .

كانت المحاضرات التي أقيمت في ذلك الملتقى العلمي الكبير أعطت الأضواء الكاشفة للمشاركين لاستجلاء ما يتمتع به الفقه الإسلامي من مميزات لم تكن ظاهرة لهم من قبل بعد الاستماع إلى المواضيع التي طرحت للنقاش، كما تجلّى، وبوضوح أيضاً، ما تحتويه مختلف المذاهب والمدارس الفقهية من مميزات، واعتبر المؤتمر في توصياته ومستنتجاته الختامية : أن اختلاف المذاهب الفقهية في هذه المجموعة الحقوقية ينطوي على ثروة هائلة من المفاهيم والمعلومات، ومن الأصول الحقوقية التي هي مناط الإعجاب، مؤكدين أنه بذلك يستطيع الفقه الإسلامي أن يستجيب لجميع مطالب الحياة الحديثة والتوفيق بين حاجياتها .

١ نقلا عن موضوع ظاهرة الزواج المختلط في المغرب للأستاذة شابل لطيفة المنشور بـ «مجلة البحوث»

٢ نفس المرجع السابق

مبادرة أخرى ذات أهمية عالية وبعد دولي آخر، لقد اهتم نفر من رجال القانون الدولي الغربيين بأحد أعلام الفقه الإسلامي، وهو الإمام محمد بن الحسن الشيباني^(١)، حيث أنشأ فقهاء القانون الدولي في «غوتنجن بألمانيا» «جمعية الشيباني للقانون الدولي» وقد ضمت هذه الجمعية عدداً من علماء القانون من مختلف بلاد العالم، وتهدف هذه الجمعية ضمن أهدافها إلى التعريف بالعالم والفقهاء محمد بن الحسن الشيباني على المستوى الدولي وإظهار آرائه في هذا الفرع من القانون، معتبرة - الجمعية - أن محمد بن الحسن الشيباني جدير بأن يأخذ مكانته الحقبة بين رواد القانون الدولي العالمين، كأول عالم خاض غمار هذا الفرع من فروع القانون من وجهة نظر الفقه الإسلامي .

بل إن بعض من درسوا مؤلفات الشيباني أكدوا في استنتاجاتهم أن آخر كتاب ألفه الشيباني وذاع صيته كان هو «السير الكبير»^(٢). الذي تضمن صفحاته قواعد غير مسبقة تعتبر أساساً للقانون الدولي العام .

«وفي هذا المجال يقول المحقق الدكتور صلاح الدين المنجد بأن هذا الكتاب يعتبر في الحقيقة أهم أدبيات القانون الدولي» حيث تعرض إلى دار الإسلام ودار الحرب، وبين أحكام أسارى الحرب بين الفريقين، رجالاً أو نساءً أو أطفالاً، وتحدث عن الأمان على اختلاف ضروبه، والرسائل الذين يقدمون إلى دار الإسلام من دار الحرب والحصانات التي يتمتعون بها، مما يعني اليوم البعثات الدبلوماسية والحصانة الدبلوماسية، وتطرق إلى ضوابط الصلح وقواعد التحكيم، كما تعرض الكتاب إلى وضعية الأراضي التي يتم الاستيلاء عليها أيام الحرب ونقض المعاهدات وجرائم الحرب .

هذا ما أكد أن الفقيه والعالم محمد ابن الحسن الشيباني بمؤلفه كتاب «السير الكبير» الذي يرجع تاريخ تأليفه إلى أواسط القرن الثاني الهجري - أواسط القرن الثامن الميلادي - كان أول من تصدى للخوض في هذا القانون مما اعتبره معه، عن حق، أب القانون الدولي .

إن تزايد الاهتمام بدراسة التشريع الإسلامي والفقه الإسلامي في مختلف فروع ومجالاته والعناية بقواعده المحكمة ودراسته المتعددة من طرف رجال القانون الدوليين، وفي مؤتمرات ولقاءات على جانب كبير من الأهمية، وعلى مستوى فقهاء قانونيين دوليين ومحامين، يؤكد الصفة العالمية لهذا الفقه باعتبار توسعه، وشموليته، ومرونته، وصلاحيته لكل زمان ومكان فهو وليد شريعة سماوية جاءت لمصلحة العباد في دنياهم وآخرتهم، وفي معاشهم ومعاملاتهم .

(١) محمد بن الحسن الشيباني ولد عام ١٣٢هـ/٧٤٨م - ومات عام ١٨٩هـ - ٨٠٤ أو ٨٠٥م حسب الروايات .

وقد كان الشيباني يتألفه في أمور تتعلق بالقانون الدولي أسبق من غروشيوس Grotius الهولندي الذي عاش بين ١٥٨٣ و ١٦٤٥م، وسمي أب القانون الدولي لأنه بحث في بعض الأمور الخاصة بالقانون الدولي كما سبق من سبق غروشيوس أو عاصروه مثل فاسكويز Vasquez وفيتوريا Vitoria وسواريز Suarez، من فقهاء أوروبا . لذلك فإنه من العدل تسمية محمد بن الحسن الشيباني أب القانون الدولي العام .

المراجع: موقع الموسوعة العربية WWW.arab-ency.com

(٢) عن نفس المرجع .

المبحث الثاني

شمولية الفقه الإسلامي

منذ أن بعث الله الرسل كانت رسالات الله إلى أنبيائه ورسله هي إقامة العدل، وإحقاق الحق، وصيانة العقل، وحفظ النفس والعرض والمال .

«لقد أرسلنا رسلنا بالبينات وأنزلنا معهم الكتاب والميزان ليقوم الناس بالقسط.»

وأمر أنبياءه ورسله بالفصل بين الناس بالحق وبما أراهم الله فهم خلفاء الله في الأرض، «يا داوود إنا جعلناك خليفة في الأرض فاحكم بين الناس بالحق ولا تتبع الهوى فيضلك عن سبيل الله» .

ومن رحمته تعالى جعل العدل والقسط حقاً مشاعاً بين جميع البشر، ففرض العدل بين العباد دون تمييز بين أجناسهم وألوانهم، ولا بين فقيرهم وغنيهم، ولا بين شريفهم ومشروفهم، الكل سواسية في معيار العدل . «إن الله يأمر بالعدل والإحسان» وإذا حكمتهم بين الناس أن تحكموا بالعدل» فالحكم بالعدل وإقامته بين الناس أمر واجب في منطق الشرع الذي أمر به في محكم التنزيل حتى بالنسبة لغير المسلمين .

«إن الله لا ينهاكم عن الذين لم يقاتلوكم في الدين ولم يخرجوكم من دياركم أن تبروهم وتقسطوا إليهم» ففي الآية الكريمة ما يفيد بالتأكيد أنها تحت على القسط والعدل مع الذين لم يقاتلوا المسلمين في الدين ولم يخرجوهم من ديارهم .

والإسلام في أحكامه المختلفة المستخلصة من الكتاب والسنة، ومصادر التشريع الأخرى، جاء لتنظيم العلاقات الإنسانية بين بني البشر في مختلف مناحي الحياة، نظم طرق المعاملات، وأحكم العلاقة بين الناس على أسس معتمدة ثابتة، وقواعد محكمة أمرة، لا يحل للمؤمن التحلل منها .

واعتبر التشريع الإسلامي المعاملات جوهر الدين «الدين المعاملات» لأنها مدار الحياة البشرية إذ لا يمكن للإنسان أن ينزوي دون تعامل لقضاء مآرب ومشاكل الحياة .

كما وضع قواعد لتنظيم الحكم، وجعل مبدأ الشورى قاعدة لتنظيم العلاقة بين الحاكم والمحكوم، ورفع من شأن الإمام العادل بما وعده الله من ثواب وحسن مآب في الآخرة، وقرن طاعته سبحانه وتعالى، بطاعة رسوله عليه السلام وطاعة أولي الأمر من المسلمين، «يا أيها الذين آمنوا أطيعوا الله وأطيعوا الرسول وأولي الأمر منكم» وذلك حتى يستقيم أمر الأمة وتنظم أحوالها ويعم الأمن والاستقرار .

وبالمقابل أمر الرسول عليه السلام المسلمين ببذل النصيح لأولياء الأمر ولأئمة المسلمين وبذلك يعينونهم على أداء الأمانة التي طوقهم الله بها وحملهم إياها .

ولم يكن أولو الأمر في صدر الإسلام يترددون في طلب العون من الأمة بالنصح لهم وتنبيههم إلى ما قد يصدر عنهم مما يجب اجتنابه، وما ينبغي القيام به مما يجب اتباعه .

وقد نقل السيوطي عن الإمام مالك رضي الله عنهما معلقاً على خطبة أبي بكر الصديق، رضي الله عنه، حين استُخلفَ بعد موت الرسول عليه السلام قوله: «فإذا أحسنت فأعينوني، وإن أنا زغت فقوموني» .

وضمن التشريع حق الفرد في المجتمع، وحق الأسرة : أباً وأماً وأطفالاً، وأقر مبدأ المساواة بين الرجل والمرأة في الحقوق والواجبات «النساء شقائق الرجال في الأحكام»، وكَرَّم الإنسان بنص القرآن، فكان السبَّاق إلى احترام حقوق الإنسان قبل أربعة عشر قرناً من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان، وسوَّى بين الناس : «لا فضل لعربي على أعجمي، ولا لأبيض على أسود إلا بالتقوى» .

وضمنت الشريعة حق الإنسان في التربية، والتعليم، والصحة، والمعاش، والتكافؤ والتكافل، وجعلت ضمان تلك الحقوق من مسؤولية الأولياء، وأولي الأمر، ومن مسؤولية الأسرة، والمجتمع والدولة .

المبحث الثالث

مرونة الفقه الإسلامي

لقد جاء التشريع الإسلامي تشريعاً متكاملاً شاملاً في أحكامه وقواعده لكل ما يعتري الحياة البشرية من مشاكل لإيجاد الحلول لها بما يضمن التناسق بين مقتضيات الحياة في سيرها العادي، وبين التطور الحتمي للمجتمعات، فكانت القواعد المعتمدة في التشريع قواعد مرنة توفر للمتعامل في دائرتها وبمقتضاها حيزاً شاسعاً يساعد على التأقلم مع التطور الذي يفرضه التغيير الذي هو ضرورة من ضروريات المجتمعات البشرية منذ النشأة الأولى للإنسان، فلولاً ذلك التغيير الحتمي لظلت الإنسانية في موقعها الأول .

لذلك كان التشريع يأتي على مراحل بحسب التطور التدريجي، وحسب وقائع تختلف في زمن حدوثها لتكون القاعدة الواردة في شأنها قاعدة مستجدة تناسب الزمان والمكان وحاجة الناس .

وعلى اختلاف الأزمنة التي بُعث فيها الرسل عليهم السلام، تطورت رسالات الله في التشريع، وهي وإن توافقت في العقيدة فقد اختلفت في بعض الأحكام، كما جاء في القرآن الكريم على لسان عيسى عليه السلام «ومصدقاً لما بين يدي من التوراة، ولأحل لكم بعض الذي حرم عليكم» بالنسبة لبني إسرائيل .

فنبى الله عيسى أحل بعض ما كان محرماً من قبل على الذين هادوا، دون تحديد لمعيار عام في التحليل أو التحريم، ثم جاء الإسلام، وفي إطار تطور التشريع، جعل للتحريم معياراً وأساساً موضوعياً كما يستفاد من قوله تعالى «ويحل لكم الطيبات، ويحرم عليكم الخبائث». فمعيار الحلية فيما هو حلال هو خلوه من الأذى ومن الخبث، ومعيار التحريم فيما هو حرام هو ما به من خبث وما يلحقه من أذى .

وهكذا جاء التشريع الإسلامي ليفسح المجال لتطور الإنسان . ومع التطور الحتمي كان لا بد من إعمال الفكر للاجتهاد بالنسبة للقضايا المستجدة ومن هنا استعمل الأئمة والمجتهدون ما أتيح لهم بحكم تضلعهم وتفقههم في الدين لاستنباط الأحكام وفق ضوابط ساهمت في إغناء الفقه وطبعه بالمرونة، حيث اعتمدوا نظرية «الضرورات تبيح المحظورات» مع تقديرها بقدرها، وفي قاعدة «تغيير الأحكام بتغير الأزمان»، فلم يقف الفقهاء المجتهدون فيما يتعلق بالنصوص على حرفية النص بل اعتبروا المقاصد ومرامي التشريع وإن اختلفوا في بعض المسائل، فهناك نصوص تتطور الأجيال في فهمها وتأويلها، وعموميات تتطور الأجيال في التفريع عليها، ومطلقات تختلف الأنظار في تقييدها، وأحكام متقابلة تتباين الآراء في الجمع بينها والاستنباط منها، وأدلة شرعية يفرق الفقهاء في مدى حجيتها، ومساحة كبيرة ومنطقة فسيحة اسمها «المباح والعفو والمسكوت عنه» تبقى على إطلاقها أو يُشرع لها على هدي القواعد العامة، أو بالقياس على أحكام جزئية تشترك معها في العلة» .

«وهذه كلها مصادر عقلية في التشريع الإسلامي مرنة بطبيعتها وهي أدوات فقهية جليلة في مواجهة التطور الاجتماعي^(١)»

يقول ابن القيم :^(٨) «إن الله أرسل رسله وأنزل كتبه ليقوم الناس بالقسط، وهو العدل الذي قامت به السماوات والأرض فإذا ظهرت أمارات الحق وقامت أدلة العدل وأسفر صبحه بأي طريق كان فثم شرع الله ودينه ورضاه وأمره، والله تعالى لم يحصر طرق العدل وأدلته وأماراته في نوع واحد وأبطل غيره من الطرق التي هي أقوى منه وأدل وأظهر بل بين مما شرعه من الطرق أن مقصوده إقامة الحق والعدل وقيام الناس بالقسط، فأبي طرق استخرج بها الحق وعرف العدل وجب الحكم بموجبها ومقتضاه .»^(٩)

وينبغي التأكيد على أن القول بتغيير الأحكام بتغير الزمان ليس على إطلاقه، فجمهور الفقهاء أجازوه فيما يتعلق بالمعاملات الدنيوية لما يداخلها من تغيير وحسب العادات والأعراف ومنعوه في العبادات، فالنصوص فيها ثابتة لا تتغير لا بتغير الزمان ولا المكان، ولا يمس هذا بمبدأ الترخيص الشرعي في الحالات التي ورد فيها النص حيث اتباع الرخصة للضرورة المتعلقة بالحالة موضوع الرخصة والمنصوص عليها شرعاً، والرخصة تنحصر في حالتها ولا تتعدى محلها .

وعلى هذا ، فالأحكام المعرضة للتغيير والتعديل معظمها يتعلق بالجزئيات دون القواعد الكلية التي تبقى ثابتة . يقول ابن القيم في «إغاثة الملهوف» «الأحكام نوعان : نوع لا يتغير من حالة واحدة فهو عليها لا بحسب الأزمنة ولا الأمكنة ولا اجتهد الأئمة كوجوب الواجبات وتحريم المحرمات أو الحدود المقدرة بالشرع على الجرائم ونحو ذلك لا يتطرق إليها التغيير ولا اجتهد مخالف لما وضع عليه . والنوع الثاني ما يتغير بحسب اقتضاء المصلحة زماناً ومكاناً وحالاً، كمقادير التعزيزات وصفاتها، فإن الحكم يتغير فيها بحسب المصلحة .»

وباختصار فإن الحديث في هذا الموضوع تناولته عدة دراسات ولا يسع المجال لإيفائه ما هو جدير به في هذا القسم من دراستنا على اعتبار القصد من هذا القسم من البحث هو إلقاء الضوء على أهمية الفقه الإسلامي وإبراز بعض مميزاته وخصائصه التي انفرد بها ، والمتمثلة في عالميته، وشموليته، ومرونته، وستتناول الأقسام أو الفصول التالية من البحث الحديث عن أعلام الفقه وأمهات مصنفاته لإبراز شخصياتهم ومكانتهم العلمية وأمهات مصنفاتهم .

والله ولي التوفيق

(١) فتحي عثمان - الفكر القانوني الإسلامي - المرجع السابق .

(٢) الشيخ الإمام العلامة شمس الدين أبو عبد الله محمد بن أبي بكر المعروف بابن القيم الجوزية .

(٣) الفكر القانوني الإسلامي المصدر السابق ص ١٠ من كتاب الفكر الإسلامي والتطور لنفس المؤلف فتحي عثمان .

القسم الخامس

آفاق قانونية

إنشاء مقر محكمة التحكيم الرياضي الدولي بأبوظبي:

تم بمدينة لوزان السويسرية بتوجيه من سمو رئيس دائرة القضاء التوقيع على اتفاقية إنشاء مقر بأبوظبي لمحكمة التحكيم الرياضي التابعة للمجلس الدولي للتحكيم الرياضي يعتبر الأول من نوعه في منطقة الشرق الأوسط بين دائرة القضاء والمجلس الدولي للتحكيم الرياضي ، وذلك دعماً للعمل الرياضي في مختلف جوانبه الاحترافية والقانونية والقضائية، وتحقيقاً لأفضل الممارسات الدولية ذات الصلة بالقضاء، وتعزيزاً للثقة به على الساحة الدولية، وتركيزاً للتخصص القضائي، مما ستكون له أبعاد هامة على النظام القضائي، وتطوير القطاع الرياضي محلياً وإقليمياً ودولياً .

وقد نصت الاتفاقية على دعم التعاون الوثيق بين الطرفين بالنسبة لتدريب القضاة والمحامين والباحثين القانونيين والإداريين، وعلى استخدام هذا المقر لتنظيم المؤتمرات والمنتديات وكل الفعاليات الأخرى ذات الصلة بتطوير وترويج الوعي القانونية الرياضي، وذلك إلى جانب عقد جلسات التحكيم الرياضي .

وتقدم دائرة القضاء بناء على هذه الاتفاقية لمحكمة التحكيم الرياضي الدولي كل الدعم الفني والتقني والبشري المطلوب لعقد الجلسات من حيث القاعات والبنية الأساسية التقنية لاتصالات الفيديو وغرف الاجتماعات والمكاتب والأطر البشرية المؤهلة لمساندة قضاة المحكمة .

وقد افتتح مقر المركز الإقليمي لمحكمة التحكيم الرياضي الدولي فعلاً بتاريخ ٢١ جمادي الآخرة ١٤٣٣هـ (١٢ مايو ٢٠١٢م) بحضور وكيل دائرة القضاء الذي أكد بهذه المناسبة أن هذا المركز جاهز لعقد الجلسات وفض النزاعات الدولية والإقليمية والمحلية في مجال الرياضة وخاصة بالنسبة للفيديو وعرض مداخلات الخبراء والشهود في أي مكان في العالم بواسطته خلال النظر في القضايا الرياضية كلما تطلب الأمر ذلك .

وأذهلت السرعة التي تحقق بها تنفيذ الاتفاقية المذكورة الجميع مما حدا برئيس المجلس الدولي للتحكيم الرياضي إلى التصريح عند تدشين مقر هذا المركز بأن ما يميز أبوظبي ومن خلال متابعته لنشاطاتها وتطورها هو أن الفارق بين الفكرة والواقع، والحلم والحقيقة أيام ولحظات لأن الاتفاق كان في شهر فبراير، والمشروع تحول خلال شهرين وبضعة أيام فقط إلى حقيقة واقعة، وإلى أن المجلس الدولي للتحكيم الرياضي حقق نقلة نوعية في منطقة الشرق الأوسط بشكل عام على ضوء التجهيزات العالية، وإلى أن المركز سيسهم في سرعة فض النزاعات الرياضية، وفي تحقيق العدالة المأمولة في النشاط الرياضي على كافة المستويات، سواء في الدورات الأولمبية أو القارية أو البطولات العالمية أو التعاقدات بين الأندية واللاعبين أو المنشطات أيضاً .

النظام الأساسي لهيئات تسوية النزاعات الخاصة بالنشاط الرياضي

أ- أحكام عامة

المادة (١)

لضمان تسوية النزاعات المتعلقة بالنشاط الرياضي عن طريق التحكيم والوساطة، تم إنشاء الهيئات التالية :

■ المجلس الدولي للتحكيم الرياضي.

■ محكمة التحكيم الرياضي.

لا تخضع للتحكيم طبقاً لأحكام هذا القانون النزاعات التي يكون طرفاً فيها إتحاد رياضي أو رابطة أو أي هيكل رياضي آخر إلا في الحالات التي ينص القانون الداخلي لهذه الهيئات أو أي اتفاقية خاصة على خلاف ذلك.

يوجد مقر كل من المجلس الدولي للتحكيم الرياضي ومحكمة التحكيم الرياضي بمدينة «لوزان» بسويسرا.

المادة (٢)

يتولى المجلس الدولي للتحكيم الرياضي مهمة الفصل بين النزاعات المتعلقة بالنشاط الرياضي عن طريق التحكيم أو الوساطة، وكذلك المحافظة على حقوق الأطراف والحفاظ على استقلالية محكمة التحكيم الرياضي، كما يتولى إدارة هذا الهيكل وتمويله.

المادة (٣)

تحتوي محكمة التحكيم الرياضي على قائمة من المحكمين الرياضيين، ليقوموا بإيجاد الحلول المناسبة لفض النزاعات في المجال الرياضي عن طريق التحكيم، وذلك من خلال لجان مكونة إما من عضو واحد أو من ثلاثة أعضاء.

وتتكون المحكمة المذكورة أنفاً من لجنتين، تختص الأولى بالنظر في النزاعات كلجنة ابتدائية والثانية كلجنة إستئنافية.

كما تتضمن المحكمة على قائمة من الوسطاء في التحكيم لإيجاد الحلول المناسبة لفض النزاعات المتعلقة بالنشاط الرياضي عن طريق الوساطة في التحكيم، تحدد إجراءاتها في قانون خاص بها.

٢- المجلس الدولي للتحكيم الرياضي

أ- تكوينه

المادة (٤)

يتكون المجلس من ٢٠ عضو، قانونيين من الدرجة العالية، موزعين كالآتي:

أ- (٤) أعضاء يتم تعيينهم بواسطة الاتحادات الدولية، ثلاثة منهم يعينون من قبل الاتحاد الدولي للألعاب الأولمبية الصيفية ويعين العضو الرابع من قبل الاتحاد الدولي للألعاب الأولمبية الشتوية، ويستوي أن يكون هؤلاء الأعضاء من الاتحادين المذكورين أو من خارجهم.

ب- (٤) أعضاء يقع تعيينهم من قبل اتحاد اللجان الأولمبية الوطنية، سواء كانوا من ضمن هذا الاتحاد أو خارجين عنه .

ج- (٤) أعضاء تعيينهم اللجنة الدولية الأولمبية، سواء كانوا من ضمن هذا اللجنة أو من خارجها .

هـ- (٤) أعضاء يعينون بواسطة (١٢) عضو للمجلس الدولي للتحكيم الرياضي المذكورين آنفاً، وذلك للحفاظ على حقوق الرياضيين.

و- (٤) أعضاء يعينون بواسطة (١٦) عضو للمجلس المذكورين آنفاً أعلاه ويتم اختيارهم من بين الشخصيات المستقلة عن الهياكل التي تعين بقية أعضاء المجلس.

المادة (٥)

يتم تعيين أعضاء المجلس لمدة (٤) سنوات، قابلة للتجديد يوقع أعضاء المجلس بمجرد تعيينهم على إقرار، يتعهدون من خلاله بأن يمارسون وظائفهم بصفة شخصية وبكل موضوعية واستقلالية طبقاً لمقتضيات هذا القانون ويحمل عليهم واجب السرية التامة طبقاً لمقتضيات

المادة (٤٣)، ولا يجوز لأعضاء المجلس أن يوجدوا من ضمن قائمة أعضاء محكمة التحكيم الرياضي.

يتم استبدال أي عضو استقال من المجلس أو توفي أو لأي سبب آخر يمنعه من القيام بمهامه، وذلك بالنسبة للفترة المتبقية له، لممارسة نشاطه داخل المجلس وطبقاً للإجراءات المعتمدة لتعيينه. وللمجلس أن يمنح لأحد من الأعضاء لقب عضو شرفي، وذلك نظير إسهاماته المتميزة في تطور المجلس أو محكمة التحكيم الرياضي،. ويجوز منح هذا اللقب بعد وفاة العضو .

٢- وظائفه

المادة (٦)

يقوم المجلس بالوظائف التالية :

١- إقرار وتعديل أحكام القانون المذكور.

٢- انتخاب أعضاء المجلس لمدة (٤) سنوات متجددة، وذلك بالنسبة للأشخاص الآتي ذكرهم:

■ رئيس المجلس.

■ نائبين لرئيس المجلس، يحل أحدهما محل الرئيس في حالة التخلف عن أداء مهامه، وذلك حسب الترتيب العمري لهؤلاء النائبين، ويمارس نائب رئيس المجلس نفس مهام رئيسه، ويتحمل نفس المسؤولية المنوطة به إلى حين تعيين رئيس جديد للمجلس.

■ رئيس لجنة التحكيم الابتدائية ورئيس لجنة التحكيم الاستئنافية لمحكمة التحكيم الرياضي.

■ نواب لرئيسي إدارتي التحكيم الابتدائية والاستئنافية، يحلوا محلهم في حالة تعذر قيامهم بأداء مهامهم.

تتم عملية انتخاب رئيس المجلس ونوابه بعد استشارة كل من اللجنة الأولمبية الدولية والاتحاد الدولي للألعاب الأولمبية الصيفية والاتحاد الدولي للألعاب الأولمبية الشتوية واتحاد اللجان الوطنية الأولمبية، ويتم انتخاب أعضاء المجلس المذكورين أعلاه في الاجتماع النهائي للمجلس عند نهاية مدة السنوات الأربع.

٣- ينتخب الأعضاء المكونين لقائمة المحكمين، وكذلك لقائمة الوسطاء في التحكيم لمحكمة التحكيم الرياضي، وللمجلس سحبهم من هذه القوائم، وذلك طبقاً للمادة (٣).

٤- يمارس مهام عزل أو طرد المحكمين الرياضيين، وكذلك كل المهام التي يقتضيها قانون الإجراءات في هذا المجال.

■ يضمن تمويل محكمة التحكيم الرياضي بالمبالغ المالية اللازمة له، ولهذا الغرض يقوم المجلس بـ :

■ استلام وإدارة الأموال اللازمة لمحكمة التحكيم الرياضي.

■ المصادقة على ميزانية محكمة التحكيم الرياضي المعد من قبل قلم كتاب المحكمة.

■ المصادقة على الحسابات السنوية للمحكمة المعد من قبل قلم كتاب المحكمة.

٦- يعين الأمين العام لمحكمة التحكيم الرياضي، وتنهى خدماته بقرار من رئيس المجلس.

٧- يقوم بمراقبة مهام قلم كتاب بالمحكمة.

٨- يقوم بوضع هياكل التحكيم الدائمة أو الوقتية على المستوى الإقليمي أو المحلي في الحالة التي يرى فيها المجلس الحاجة إلى ذلك.

٩- يقوم بإنشاء صندوق يتضمن مبالغ مالية لتسهيل عملية اللجوء إلى التحكيم الرياضي بالمحكمة، وذلك بالنسبة للأشخاص الطبيعيين غير القادرين على دفع المبالغ المالية اللازمة للجوء إلى التحكيم.

١٠- يجوز له أخذ كل الإجراءات اللازمة للمحافظة على حقوق الأطراف، وكذلك للحفاظ على الاستقلالية التامة للمحكمين، ولضمان تسوية النزاعات المتعلقة بالأنشطة الرياضية عن طريق التحكيم الرياضي.

المادة (٧)

كما يقوم المجلس بممارسة المهام المنوطة به، إما بنفسه أو عن طريق المكتب التابع له، والمكون من رئيس المجلس ونوابه الاثنين، رئيس لجنة التحكيم الابتدائية ورئيس لجنة التحكيم الاستئنافية لمحكمة التحكيم الرياضي.

لا يجوز للمجلس أن يفوض المكتب المذكور أعلاه بأداء المهام المنصوص عليها في البنود (٢، ٥، ٣ و ٦) من المادة (٦).

٣- سير العمل داخل المجلس

المادة (٨)

١- يجتمع المجلس كلما طلبت منه محكمة التحكيم الرياضي ذلك، وفي جميع الأحوال يجتمع المجلس مرة واحدة في السنة على الأقل.

٢- ويكتمل النصاب القانوني للمجلس بحضور نصف أعضائه على الأقل، وتعتمد القرارات المعروضة عليه بتصويت أغلبية الأعضاء ولا يعتد بأصوات الأعضاء الغائبين أو الذين سلموا وثيقة التصويت فارغة أو تلك التي إعتراها البطلان كما لا يجوز لأحد الأعضاء أن يوكل شخصا آخر للتصويت بدلا منه وتصدر نتيجة التصويت في صحيفة سرية بقرار من رئيس المجلس، إذا ما رأى الحاجة إلى ذلك، أو بطلب من ربع الأعضاء الحاضرين، وفي حالة تساوى أصوات الأعضاء يكون صوت رئيس المجلس هو المرجح.

٣- لا يجوز إجراء تغيير على هذا القانون إلا بموافقة أغلبية ثلثي أعضاء المجلس، وتسري أحكام البند (١) من هذه المادة في حالة زيادة عدد الأعضاء لأكثر من الثلثين.

٤- لكل عضو من أعضاء المجلس أن يرشح نفسه لرئاسة المجلس، ويجب أن يقدم طلب الترشيح مكتوباً للأمين العام للمجلس، وذلك خلال مدة أقصاها (٦) أشهر قبل الموعد المحدد للانتخابات.

ينتخب رئيس المجلس خلال اجتماع المجلس بحضور ثلاثة أرباع أعضائه، وبحصوله على أغلبية الأصوات.

يتم التصويت على أكثر من دورة في حالة تعدد المترشحين لمنصب رئاسة المجلس، ويستبعد المرشح المتحصل على أقل عدد من الأصوات من رئاسة المجلس، وفي حالة تعادل الأصوات بالنسبة لمرشحين اثنين أو أكثر يتم التصويت مرة أخرى والمرشح الحاصل على أقل عدد من الأصوات يستبعد من عملية الترشيح. وفي حالة تساوى الأصوات مرة أخرى بعد إتمام التصويت الإضافي، يتم اختيار المرشح أو المرشحين الأكبر سناً.

ويستمر الرئيس السابق للمجلس في ممارسة وظائفه لحين إجراء الانتخابات القادمة في الحالات التالية:

■ عدم توافر النصاب القانوني للانتخابات.

■ عدم حصول آخر مرشح للدورة الإضافية للتصويت أو المرشح الوحيد لرئاسة المجلس على أغلبية الأصوات.

تنطلق الدورة الانتخابية الجديدة خلال أربعة أشهر ابتداء من الانتخابات التي فشلت في اختيار رئيس للمجلس، وذلك طبقاً للإجراءات السابقة الذكر، غير أن عملية انتخاب رئيس المجلس تتم بمجرد حصوله على أغلبية الأصوات في صورة بقاء مرشحين اثنين أو أقل على قائمة المرشحين، وذلك خلافاً لما سبق ذكره آنفاً.

تتم عملية الانتخاب عن طريق الاقتراع السري، ولا يجوز أن تتم عن طريق المراسلات.

٤- يشارك الأمين العام لمحكمة التحكيم الرياضي في أخذ القرارات، ويكون رأيه استشارياً، ويشغل في هذه الحالة منصب أمين سر المجلس.

المادة (٩)

رئيس المجلس الدولي للتحكيم الرياضي هو نفسه رئيس محكمة التحكيم الرياضي، وتعهد إليه المهام الإدارية الخاصة بالمجلس.

المادة (١٠)

يجتمع أعضاء مكتب إدارة المجلس بدعوة من رئيسه يكون للأمين العام لمحكمة التحكيم الرياضي دور استشاري في اتخاذ القرارات المعروضة عليه، كما يمارس هذا الأخير مهام أمين عام لكتب إدارة المجلس

تصدر قرارات مكتب إدارة المجلس بحضور ثلاثة من أعضائه في اتخاذها، وتتخذ هذه القرارات من خلال اجتماع المكتب المذكور، ويرجع صوت رئيس المكتب في حالة تعادل الأصوات.

المادة (II)

يجوز عزل أي عضو من أعضاء المجلس أو أي عضو من أعضاء مكتب إدارة المجلس، عندما تتوافر الشكوك في مدى استقلالية هذا الأخير تجاه الأطراف المتجنيين للتحكيم، ويؤخذ هذا العزل بموجب قرار من المجلس أو المكتب وذلك طبقاً لأحكام المادة (٦) فقرة رابعة، ويكون العزل تلقائياً في صورة اتخاذ هذا العضو قرار تحكيمي، ويكون طرفاً فيه هيكل رياضي ينتمي إليه أو يكون عضواً من أعضاء مكتب المحاماة الذي يشغل فيه كمحكم أو استشاري.

يحدد المجلس طرق وإجراءات العزل، باستثناء الحالة التي يطلب فيها العزل لأحد من الأعضاء. لا يشارك العضو الذي تم عزله في اتخاذ القرارات الخاصة بالتحكيم ولا يتلقى أية معلومة عن نشاط المجلس أو مكتب إدارته.

٣- محكمة التحكيم الرياضي

أ- المهام

المادة (I٢)

تنشئ المحكمة مجموعة من الهيئات، يكون الهدف منها توفير الحلول المناسبة لفض النزاعات في المجال الرياضي، سواء عن طريق التحكيم أو الوساطة، وذلك تطبيقاً للأحكام الإجرائية المنصوص عليها بالمادة ٢٧ وما بعدها، ولهذا الغرض، تحرص المحكمة على أن توفر للأطراف كافة الوسائل اللازمة لذلك وتهدف هذه الهيئات إلى:

أ- فض المنازعات التي تعرض على المحكمة عن طريق التحكيم لدى اللجنة الابتدائية.

ب- فض المنازعات التي تتعلق بقرارات الاتحادات أو الجمعيات أو أي هيكل رياضي آخر عن طريق لجنة التحكيم الاستئنافية، وذلك في الحالات التي ينص فيها النظام الأساسي لهذه الهيئات الرياضية أو القوانين المنظمة لها أو الاتفاقيات الخاصة بها على ذلك.

ج- إعطاء رأي استشاري غير ملزم تطلبه اللجنة الأولمبية الدولية أو الاتحادات الدولية أو اللجان الوطنية الأولمبية أو الوكالة العالمية لمكافحة تعاطي المنشطات في المجال الرياضي أو الجمعيات المعتمدة من طرف اللجنة الدولية الأولمبية ومن طرف لجان تنظيم الألعاب الأولمبية.

٢- المحكمون الرياضيون

المادة (١٣)

يسجل في قائمة أعضاء محكمة التحكيم الرياضي الأشخاص المعيّنين من قبل المجلس الدولي للتحكيم الرياضي طبقاً للمادة (٦) الفقرة (٣)، وذلك لمدة أربعة سنوات قابلة للتجديد، ويقوم المجلس بمراجعة هذه القائمة كل أربع سنوات، وتدخل القائمة الجديدة حيز التنفيذ في الأول من يناير من السنة التالية.

يبلغ عدد المحكمين الرياضيين ١٥٠ على الأقل. أما بالنسبة للوسطاء، فيجب ألا يقل عددهم عن ٥٠.

المادة (١٤)

لإنشاء قائمة المحكمين الرياضيين المكونين لمحكمة التحكيم الرياضي، يلجأ المجلس الدولي للتحكيم الرياضي إلى ندب اشخاص يتقنون العلوم القانونية كاملة، ويتمتعون بمهارات معترف بها في مجال القانون الرياضي والتحكيم الدولي، كما يشترط أن يكون لديهم إلمام ومعرفة شاملة للنشاط الرياضي بصفة عامة، ويتكلمون على الأقل إحدى اللغات التي تتعامل بها محكمة التحكيم الرياضي في القيام بمهامها.

ويجب على المجلس الدولي للتحكيم الرياضي أن يحترم، بصفة مبدئية، توزيع أعضاء محكمة التحكيم الرياضي كالاتي:

- خمس المحكمون الرياضيون منتدبين من بين الأشخاص المرشحين من قبل اللجنة الدولية الأولمبية والمختارين من داخل اللجنة أو خارجها.
- خمس المحكمون الرياضيون منتدبين من بين الأشخاص المرشحين من قبل الاتحادات الدولية و المختارين من داخل هذه الاتحادات أو خارجها.
- خمس المحكمون الرياضيون منتدبين من بين الأشخاص المرشحين من قبل اللجان الوطنية الأولمبية والمختارين من داخل هذه اللجان أو خارجها.
- خمس المحكمون الرياضيون مختارين للحفاظ على حقوق الرياضيين.
- خمس المحكمون الرياضيون مختارين من بين الأشخاص المستقلة عن الهيئات الموكول إليها مهمة اقتراح المحكمين الرياضيين المذكورة أعلاه.

المادة (١٥)

تعرض على المجلس اقتراحات تعيين المحكمين المكونين للقائمة المذكورة بالمادة ١٤.

وتنشر هذه القائمة لأعضاء المحكمة، وكذلك كل تغيير أو تعديل فيها.

المادة (١٦)

يسهر المجلس قدر الإمكان عند تعيين الأعضاء المكونين لقائمة المحكمين على تحقيق تمثيل عادل لمختلف القارات وللمختلف الثقافات القانونية.

المادة (١٧)

إذا توفى أحد الأعضاء المكونين لقائمة المحكمين أو صار غير قادراً على القيام بمهامه لأي سبب كان يجوز اختيار عضو آخر بدلاً منه ، وذلك بالنسبة للمدة المتبقية له طبقاً لإجراءات تعيينه ، وبمراعاة لأحكام المادة ٢٧ وما بعدها والمتعلقة بالأحكام واجبة التطبيق في شأن تعيين المحكمين .

المادة (١٨)

لأعضاء قائمة المحكمين أن يعملوا في إحدى لجان محكمة التحكيم يوقع المحكمون الرياضيون والوسطاء في التحكيم عند تعيينهم على تعهد بأن يمارسوا أعمالهم بصفة شخصية وبكل موضوعية واستقلالية وطبقاً لأحكام هذا القانون ولا يجوز لهؤلاء أن يكونوا مستشارين لطرف من أطراف النزاع أمام المحكمة.

المادة (١٩)

يلتزم المحكمون الرياضيون والوسطاء بالسرية المنصوص عليها في هذا القانون، كما يلتزمون بعدم إفشاء أي وقائع أو معلومات خاصة بسير عمل المحكمة للغير .

وللمجلس أن يقصي أي محكم رياضي أو وسيط في التحكيم بصفة مؤقتة أو نهائية عن القيام بمهامه في حالة عدم احترامه لأحكام هذا القانون أو في حالة قيامه بتصرف يسيئ إلى سمعة المجلس أو المحكمة.

٣- الهيكل التنظيمي لمحكمة التحكيم الرياضي

المادة (٢٠)

تتكون المحكمة من لجنتين للتحكيم الرياضي: لجنة التحكيم الابتدائية ولجنة التحكيم الاستئنافية.

أ- لجنة التحكيم الابتدائية، وتتكون من دوائر يعهد إليها مهمة فض النزاعات الخاصة بالنشاط الرياضي، وتمارس عن طريق رئيسها أو نائبه جميع المهام المتعلقة بحسن تطبيق الأحكام الاجرائية المنصوص عليها بالمادة ٢٧ و ما بعدها.

ب- لجنة التحكيم الاستئنافية، وتتكون من دوائر يعهد إليها مهمة فض المنازعات المتعلقة بالقرارات الصادرة عن الاتحادات الرياضية أو عن الجمعيات أو عن أي هيئة رياضية وذلك متى كان النظام

الأساسي لهذه الهيئات أو أية اتفاقية خاصة تجيز بذلك.

وتمارس هذه اللجنة عن طريق رئيسها أو نائبه جميع المهام المتعلقة بحسن تطبيق الأحكام الاجرائية المنصوص عليها بالمادة ٢٧ وما بعدها.

وتقوم قلم كتاب المحكمة بتوزيع النزاعات على اللجنتين، بحسب نوعية النزاع المعروض عليها، على نحو لا يتم الإعتراض فيه على هذا التوزيع، سواء من قبل أطراف النزاع أو بواسطة قلم كتاب المحكمة من تلقاء نفسها. وفي حالة ظهور ظروف جديدة خلال سير عمل النزاع من الناحية الإجرائية، يجوز لقلم كتاب المحكمة أن تعين محكما آخر بعد أخذ رأي اللجنة المعروض عليها النزاع، ولا يؤثر ذلك على تشكيل اللجنة أو على صحة الإجراءات المتخذة لإعادة تعيين المحكم الرياضي.

تستخدم المحكمة نظام وساطة في التحكيم، تحدد إجراءاته بمقتضى اللوائح التنظيمية التي تصدرها.

المادة (٢١)

يجوز عزل رئيس لجنة التحكيم الابتدائية أو رئيس لجنة التحكيم الاستئنافية، وذلك في حالة توافر أسباب مشروعة للشك في حياد كل منهما تجاه أحد أطراف النزاع المعروض عليهما.

ويجب على هذا الأخير أن يتنحى عن وظيفته كرئيس للجنة (الأولى أو الثانية) تلقائيا في الحالة التي يعرض عليه نزاع يكون طرفا فيه هيئة رياضية ينتمي إليها أو في الحالة التي يكون فيها أحد أعضاء مكتب المحاماة الذي ينتمي إليه كمحكم رياضي أو استشاري في المجال الرياضي.

يحدد المجلس باستثناء العضو المراد عزله طرق وإجراءات العزل.

تمارس المهام التي كان رئيس أحد الغرفتين يقوم بها لحسن سير تطبيق الإجراءات طبقا لأحكام المادة (٢٧) وما بعدها بعد عزله من قبل نائبه وفي حالة عزل هذا الأخير يقوم بممارسة نفس هذه المهام رئيس محكمة التحكيم الرياضي.

ولا يجوز إعلام الأعضاء الذين تم عزلهم بأية معلومة تخص نشاط المحكمة فيما يتعلق بنتيجة التحكيم التي أدت إلى عزلهم.

المادة (٢٢)

يوجد لدى المحكمة قلم كتاب، يتكون من أمين عام ومستشارين ينوبون عن الأمين العام وقت اللزوم.

٣- أحكام مختلفة

المادة (٢٣)

يتم هذا القانون بمجموعة من الأحكام الإجرائية التي تم اعتمادها من قبل المجلس.

المادة (٢٤)

يعتمد في هذا القانون النص الفرنسي أو النص الانجليزي، وفي حالة الإختلاف يرجح النص الفرنسي.

المادة (٢٥)

يجوز تعديل هذا القانون بقرار من المجلس، وذلك طبقاً لأحكام المادة ٨ منه.

المادة (٢٦)

يدخل هذا القانون حيز النفاذ وكذلك الأحكام الإجرائية المتممة له بقرار من المجلس ويتخذ هذا القرار بحسب أغلبية ثلثي الأصوات.

القواعد الإجرائية

أحكام عامة

المادة (٢٧)

تطبيق القواعد الإجرائية

تنطبق القوانين الإجرائية عندما يتفق الأطراف على إختيار محكمة التحكيم الرياضي لفض النزاعات القائمة بينهم بخصوص النشاط الرياضي.

ويجوز اللجوء إلى التحكيم في هذا النزاع عند وجود شرط تحكيم في العقد أو القانون أو إتفاقية تحكيم لاحقة (إجراءات التحكيم لدى اللجنة الابتدائية) أو أن يتم اللجوء إلى التحكيم لدى اللجنة الاستئنافية بناءً على قرار صادر من أحد الاتحادات الرياضية أو الجمعيات الرياضية أو أي هيئة رياضية أخرى في الحالة التي ينص فيها النظام الأساسي لهذه الهيئات الرياضية أو القوانين أو الاتفاقيات الخاصة بها على جواز اللجوء إلى التحكيم لدى الاستئناف أمام محكمة التحكيم الرياضي (إجراءات التحكيم لدى الاستئناف).

يجوز أن تشمل هذه النزاعات المسائل المتعلقة بالمبادئ الخاصة بالنشاط الرياضي أو بالمصالح المالية أو أية

مسألة أخرى تتعلق بتطبيق أو تطوير الرياضة بصفة عامة وأي نشاط له علاقة بالنشاط الرياضي بصفة خاصة. تنطبق كذلك القوانين الإجرائية عندما يقتضى الأمر تدخل محكمة التحكيم الرياضي لإعطاء رأيا استشاريا.

المادة (٢٨)

المقر الاجتماعي

يوجد المقر الاجتماعي لمحكمة التحكيم الرياضي، ومقر كل اللجان التابعة لها بمدينة لوزان في سويسرا. غير أنه يمكن لرئيس اللجنة أو لرئيس الغرفة المعنية بالأمر في صورة تعذر هذا الأخير اتخاذ قرار بتغيير مكان انعقاد الجلسة التحكيمية وتحديد طرق انعقادها وذلك بعد أخذ رأي الأطراف المعنية بالنزاع .

المادة (٢٩)

اللغة

تستعمل المحكمة كل من اللغة الفرنسية و اللغة الإنجليزية لسير أعمالها. يختار رئيس اللجنة أو رئيس الغرفة المعنية بالنظر في النزاع في صورة إختلاف الأطراف على اللغة استعمال إحدى اللغتين لدى التحكيم و ذلك منذ بداية الإجراءات و اعتمادا على سلطته التقديرية، وبناء على ذلك تتم إجراءات التحكيم باللغة المختارة باستثناء الحالة التي يتفق فيها الأطراف على اعتماد لغة مغايرة أو الحالة التي توافق فيها اللجنة تغيير اللغة المقرر استعمالها .

ويجوز لأطراف النزاع إختيار إستعمال إحدى اللغتين لدى التحكيم بعد الحصول على موافقة لجنة التحكيم أو كتابة المحكمة وفي هذه الحالة تحدد هذه الأخيرة بالتعاون مع اللجنة الشروط المتعلقة باختيار اللغة المعتمدة لدى التحكيم وللجنة أن تحمل الأطراف جزءا أو كامل مصاريف الترجمة و التفسير .

وللجنة أن تشترط وجود ترجمة مصدقة لكل الوثائق المعروضة على المحكمة بلغة مغايرة للغة المقرر اعتمادها لدى التحكيم.

المادة (٣٠)

التمثيل والمساعدة

لأطراف النزاع أن يختاروا أشخاصا آخرين ينوبوا عنهم أو يستعينوا بهم لدى التحكيم ويجب أن يتم مد كل من قلم كتاب المحكمة والطرف المقابل واللجنة المعروضة عليها النزاع منذ تشكيلها بأسماء هؤلاء وعناوينهم وأرقام الهاتف والفاكس الخاص بهم كما يشترط وجود وكالة قانونية تفيد تلك الإنابة.

المادة (٣١)

الإخطارات والمراسلات

ينجز قلم كتاب المحكمة جميع الإخطارات والمراسلات التي ترسلها المحكمة أو إحدى اللجنتين التابعتين لها إلى أحد الأطراف بالعنوان الموجود بعريضة التحكيم أو بعريضة الاستئناف أو بطلب الاستشارة أو بأي عنوان آخر يتم إلحاقه مستقبلاً.

يتم الإعلان عن الأحكام والأذونات وبقية القرارات المتخذة سواء من قبل المحكمة أو من إحدى اللجنتين بطريقة تمكن من إثبات استلامها من قبل المعلن له .

أما بالنسبة للإخطارات التي يرسلها الأطراف للمحكمة أو لإحدى اللجنتين تتم عن طريق الناقل أو بالفاكس وتسلم إلى قلم كتاب المحكمة ولا يعتد بأي طريقة أخرى في تسليم هذه المراسلات .

ويجب أن يقوم الأطراف بإيداع كل من عريضة التحكيم صحيفة الاستئناف وكل تقرير آخر صادر عنهم لدى قلم كتاب المحكمة كما تسلم نسخة من هذه الوثائق السابقة الذكر لكل من بقية الأطراف وكذلك للمحكم المعارض عليه النزاع ولا تنظر المحكمة في الملف في حالة عدم احترام هذه الإجراءات وللأطراف إرسال الوثائق الملحقة لعريضة الدعوى إلى كتابة المحكمة عن طريق البريد الإلكتروني ثم تتولى الكتابة إرسالهم بنفس الطريقة أنفة الذكر.

المادة (٣٢)

المواعيد

تسري المواعيد المحددة حسب أحكام هذا القانون ابتداء من اليوم التالي لاستلام الإعلان الموجه من طرف قلم كتاب المحكمة وتحسب في هذا الميعاد أيام الإجازات والعطلات الرسمية، وتقبل الإخطارات التي يرسلها الأطراف إذا تمت في أجل أقصاه آخر يوم لانتهاؤ الأجل القانوني المحدد لاستلام المراسلات قبل منتصف الليل من هذا اليوم.

وإذا صادف آخر يوم لانتهاؤ الميعاد القانوني المحدد لاستلام المراسلات يوم إجازة أو عطلة رسمية، يكون انتهاء الميعاد في يوم العمل التالي له.

ولرئيس الدائرة أو لرئيس اللجنة المعارض عليها النزاع الإذن بتمديد المواعيد المحددة طبقاً للقوانين الإجرائية، وذلك بطلب مبرر من الأطراف وقبل انتهاء مدة الميعاد المحدد، باستثناء مواعيد إيداع عرائض الدعوى لدى الاستئناف.

ويختص أمين سر قلم كتاب المحكمة بالنظر في كل طلب تمديد في المواعيد القانونية على أن لا يكون التمديد أكثر من (٥) أيام.

كما يجوز للدائرة أو رئيس اللجنة المختصة بالنظر في النزاع أن يعلق إجراءات التحكيم لمدة معينة في صورة وجود طلب مبرر لذلك.

المادة (٣٣)

حياد المحكم ومؤهلاته

يجب أن يتحلّى المحكم بالحياد التام تجاه أطراف النزاع، وهو ملزم بإزالة كل الظروف التي يمكن أن تشوب حياده تجاه الأطراف أو أحد منها بصفة عاجلة وفورية.

كما يجب على كل محكم أن يكون عضواً من أعضاء قائمة المحكمين التي حددها المجلس الدولي للتحكيم طبقاً لمقتضيات هذا القانون، ويجب عليه كذلك أن يكون متمكناً من اللغة المعتمد استعمالها لدى التحكيم وأن يتحلّى بالتفرغ التام لمهامه لإنهاء التحكيم في أقرب وقت ممكن.

المادة (٣٤)

الرد

يجوز رد المحكم من وظائفه كلما توافرت شكوك مقبولة في مدى حياده تجاه الأطراف ويجب أن يقدم طلب الرد خلال سبعة أيام من تاريخ العلم بتوافر سبب الرد، ينفرد مكتب المجلس الدولي للتحكيم باتخاذ قرار رد المحكم ويحسم هذا الأخير أو المجلس نفسه هذا القرار اعتماداً على طلب مبرر من أحد الأطراف وبعد سماع رأي بقية الأطراف وسماع رأي المحكم المعني بالرد وكذلك رأي بقية المحكمين ويجب أن تدون هذه الآراء كتابة، يصدر مكتب المجلس أو المجلس نفسه قرار الرد بصفة موجزة ومسببة، ويجوز الإذن بنشر هذا القرار.

المادة (٣٥)

العزل

يقوم المجلس بعزل المحكم في الحالات التالية:

- امتناعه عن القيام بمهامه.
- عدم توافر الظروف السانحة له بالقيام بمهامه.
- عدم احترامه للمقتضيات هذا القانون عند أداء وظيفته.

ويجوز للمجلس أن يمارس السلطة المخولة له في اتخاذ هذا القرار من خلال مكتبه طبقاً لأحكام هذا القانون.

ويصدر المجلس قرار العزل بشكل موجز ومسبب، بعد أخذ رأي كتابي لكل من أطراف النزاع والمحكم المعني بالعزل وبقية المحكمين.

المادة (٣٦)

تعويض المحكم

في حالة استقالة المحكم من وظائفه أو وفاته أو عزله، يتم استبداله، بذات الإجراءات المتبعة في تعيينه. أما بالنسبة للقواعد الإجرائية السابقة لعملية الاستبدال، فتبقى بصفة عادية إلا إذا وقع الاعتراض على ذلك من قبل الأطراف أو بقرار من اللجنة.

المادة (٣٧)

التدابير المؤقتة والتحفزية

لا يجوز لأي طرف من أطراف النزاع اتخاذ تدابير مؤقتة أو تحفظية طبقاً للقواعد الإجرائية قبل تقديم عريضة الدعوى أو مطلب الاستئناف على محكمة التحكيم التي تفترض استنفاد إجراءات القانون الداخلي.

ولرئيس اللجنة المعنية بالنظر في النزاع قبل عرض ملف الدعوى على الدائرة أو الدائرة نفسها أن يتخذ تدابير مؤقتة و تحفظية وذلك بطلب من أحد الأطراف ويعدل الأطراف عن طلب مثل هذه التدابير من قبل السلطات الحكومية بالنسبة للنزاع المعروض لدى لجنة الاستئناف وذلك طبقاً للقواعد الإجرائية لهذا القانون خلافاً للنزاعات المعروضة على التحكيم لدى اللجنة الابتدائية.

ويدعو رئيس اللجنة المختصة أو الدائرة في صورة طلب تدابير مؤقتة الخصم لتقديم دفاعه خلال (١٠) أيام أو حتى قبلها إذا تطلبت الظروف ذلك و يصدر هذا الأخير أو الدائرة بناءً على دفع الخصم القرار التحكيمي في أجل قصير على أن ينظر أولاً في إختصاص المحكمة ويمكن لرئيس اللجنة المختصة بالنظر في النزاع أن يوقف إجراءات التحكيم إذا ما رأى أن محكمة التحكيم غير مختصة بالنظر في الدعوى المعروضة عليها وفي الحالات القصوى يجوز لرئيس اللجنة المختصة بالنظر في النزاع قبل عرض الملف على الدائرة إصدار قراره بمجرد تقديم عريضة الدعوى على أن يقع تحديد الخصم في وقت لاحق وتكون هذه التدابير المؤقتة والتحفزية خاضعة لتوفير الأمن.

٢) القواعد الخاصة بإجراءات التحكيم لدى اللجنة الابتدائية

المادة (٣٨)

عريضة الدعوى لدى التحكيم

يقدم الطرف الذي يختار اللجوء إلى محكمة التحكيم الرياضي، طبقاً للأحكام الإجرائية المنظمة لها، عريضة دعوى، تتضمن العناصر التالية:

- ١- الاسم والعنوان الكامل للمدعى عليه (عليهم) .
- ٢- عرض موجز لوقائع الدعوى والدفعات القانونية وكذلك عرض مفصل للمسائل المراد عرضها على المحكمة للتوصل إلى إيجاد حلول لها.
- ٣- طلبات المدعي.
- ٤- نسخة من العقد المتضمن لاتفاقية التحكيم، وكذلك جميع الوثائق التي تقرر باعتماد التحكيم وفقاً للقواعد الإجرائية المنظمة له.

كل المعلومات الكافية المتعلقة باختيار المحكم أو المحكمين وعددهم. وفي الحالة التي تقتضي إتفاقية التحكيم بوجود ثلاثة محكمين، يتعين على المدعي اختيار اسم المحكم الذي سيرض عليه النزاع وعنوانه من بين قائمة المحكمين التابعين لمحكمة التحكيم الرياضي يقوم المدعي عند تقديمه لعريضة الدعوى بسداد الرسوم المستحقة لرفع الدعوى لدى قلم كتاب المحكمة، وذلك طبقاً لأحكام المادة (٦٤) فقرة (١) .

وفي حالة عدم احترام الشروط المذكورة أعلاه عند تقديم عريضة الدعوى، يقوم قلم كتاب المحكمة بتحديد ميعاد قريب ولمرة واحدة لتمكين المدعي من استكمال الشروط الواجب توفرها في عريضة الدعوى، وإذا لم يتم بذلك خلال المدة المحددة تعتبر العريضة كأن لم تكن.

المادة (٣٩)

تطبيق إجراءات التحكيم والردود المقدمة من طرف المحكمة

يتخذ قلم كتاب المحكمة كافة التدابير اللازمة لتطبيق إجراءات التحكيم. ولهذا الغرض، يقوم بإعلام المدعي بطلب اللجوء للتحكيم ويدعو الأطراف لاختيار القانون واجب التطبيق على موضوع النزاع كما أنها تحدد ميعاد يلتزم المدعى عليه بإحترامه ويتعين عليه أن يعبر عن اختياره للمحكم أو المحكمين للنظر في الدعوى من ضمن قائمة المحكمين التابعة لمحكمة التحكيم الرياضي.

كما يبين قلم كتاب المحكمة عناصر الرد على طلب التحكيم، وهي:

- ١- عرض موجز لدفع المدعى عليه.

٢- كل استثناء لعدم الإختصاص القضائي للمحكمة.

٣- كل دعوى مقابلة.

وللمدعى عليه أن يطلب من قلم كتاب المحكمة تقديم رده على عريضة الدعوى المقدمة من طرف المدعي بعد قيام هذا الأخير بسداد نسبة من المصاريف القضائية التي تقتضيها المادة (٦٤) فقرة (٢) من هذا القانون.

المادة (٤٠)

تشكيل دائرة التحكيم

١- عدد المحكمين

تتكون دائرة التحكيم من محكم واحد أو من ثلاثة محكمين. وإذا لم تحدد إتفاقية التحكيم عدد المحكمين، يقوم رئيس اللجنة المعروض عليها النزاع بتحديد المحكمين، مع الأخذ بعين الاعتبار المبلغ المتنازع عليه ومدى تشعب موضوع النزاع.

٢- تعيين المحكمين

يتفق الأطراف على كيفية تعيين المحكمين وفي غياب ذلك يعين المحكمين طبقاً للإجراءات أنفة الذكر يجوز للأطراف إختيار المحكم بالاتفاق في حالة تعيين محكم واحد طبقاً لاتفاقية التحكيم أو بمقتضى قرار من رئيس اللجنة المعروض عليها النزاع ويجب على الأطراف أن يعبروا عن إختيارهم للمحكم خلال الخمسة عشر يوماً التالية لقبول عريضة الدعوى ويحدد هذا الأجل من قبل قلم كتاب المحكمة .

وفي حالة غياب اتفاق بين أطراف النزاع في تعيين المحكم، فإن رئيس اللجنة المختصة بالنظر في النزاع هو الذي يتولى عملية تعيين المحكم.

وفي حالة تعيين ثلاثة محكمين طبقاً لإتفاقية التحكيم أو بمقتضى قرار من رئيس اللجنة المختصة بالنظر في النزاع، يقوم المدعي باختيار محكم ضمن عريضة دعواه أو في في الأجل المحدد لاتخاذ القرار المتعلق بعدد المحكمين. أما بالنسبة للمدعى عليه، فيقوم باختيار المحكم في الأجل المحدد من قبل قلم كتاب المحكمة منذ استلام عريضة الدعوى.

وفي حالة عدم القيام باختيار المحكم سواء من طرف المدعي أو من طرف المدعى عليه، يقوم رئيس اللجنة المختصة بالنظر في النزاع باختيار المحكم عوضاً عن الأطراف. وبناءً على ذلك، يختار المحكمين المعيّنين بالإتفاق رئيس هيئة التحكيم خلال الميعاد المحدد من قبل قلم كتاب المحكمة وفي حالة عدم التوصل إلى إتفاق خلال هذا الميعاد، فإن رئيس اللجنة المختصة بالنظر في النزاع هو الذي يقوم بتعيين رئيس هيئة التحكيم عوضاً عن المحكمين.

٣- اعتماد المحكمين المختارين وتحويل ملف الدعوى

لا يعتبر المحكمين المعيّنين من قبل الأطراف أو من قبل محكمين آخرين معتمدين للقيام بإجراءات التحكيم إلا بعد موافقة رئيس اللجنة المختصة بالنظر في النزاع على أن يتأكد هذا الأخير قبل صدور قراره من توفر الشروط التي تقتضيها المادة (٣٣) من هذا القانون. وبمجرد أن يتم تشكيل دائرة التحكيم، يقوم قلم كتاب المحكمة باعتمادها ويتولى إرسال ملف الدعوى للمحكمين إلا في الحالة التي لم يقم فيها أحد الأطراف بسداد جزء من المصاريف القضائية طبقاً لأحكام المادة (٦٤) فقرة ٢ من هذا القانون.

يتم تعيين كاتب خاص يتولى مساعدة دائرة التحكيم، ويجب أن يكون هذا الأخير مستقلاً عن أطراف النزاع وتحسب أتعابه من ضمن مصاريف التقاضي عن طريق التحكيم.

المادة (٤١)

تعدد الأطراف لدى التحكيم

١- تعدد المدعين أو المدعى عليهم:

تشكل محكمة التحكيم الرياضي دائرة تحكيمية في حالة وجود أكثر من مدعي أو مدعى عليه ضمن عريضة الدعوى وذلك طبقاً لعدد المحكمين وطريقة تعيينهم المتفق عليها من قبل جميع الأطراف. وفي غياب هذا الاتفاق، يحدد رئيس اللجنة المختصة بالنظر في النزاع عدد المحكمين طبقاً لمقتضيات المادة ٤٠ فقرة ١ وتنطبق أحكام الفقرة ٢ من المادة ٤٠ في حالة تعيين محكم واحد لفض النزاع أما في حالة وجود ثلاث محكمين مع تعدد المدعين فإن هؤلاء هم الذين يقومون بتعيين محكم بالاتفاق بينهم ويكون الأمر كذلك بالنسبة لتعدد المدعى عليهم وفي غياب مثل هذه الاتفاقات حول تعيين المحكم فإن رئيس اللجنة المختصة بالنظر في النزاع هو الذي يقوم بتعيين المحكمين عوضاً عن الأطراف (مدعين أو مدعى عليهم) وفي حالة وجود أكثر من طرف في النزاع (٣ أطراف أو أكثر) ذوي مصالح مختلفة، يعين المحكمين طبقاً لاتفاق الأطراف وفي غياب ذلك فإن رئيس اللجنة المختصة بالنظر في النزاع هو الذي يتولى مهمة تعيينهم طبقاً لمقتضيات المادة ٤٠ فقرة ٢ وفي كل الحالات يختار المحكمين رئيس الهيئة التحكيمية طبقاً لمقتضيات الفقرة ٢ من المادة ٤٠.

٢- إدخال الغير:

إذا أراد المدعى عليه الاستعانة بشخص آخر ضمن التحكيم، يجب عليه أن يذكره اسمه ضمن رد على عريضة الدعوى مع تقديم التبرير الذي يفيد الاستعانة به كما أنه ملزم بتقديم نسخة إضافية من هذا الرد ويقوم قلم كتاب المحكمة بإرسال هذه النسخة إلى الشخص المستعان به ويحدد له أجل لتقديم ما يفيد قبول مبدأ الاستعانة وكذلك تقديم رد وفقاً للمادة ٣٩ من هذا القانون كما يحدد قلم كتاب المحكمة كذلك أجلاً للمدعي حتى يعطي رأيه في الشخص المستعان به من طرف المدعى عليه.

٣- تدخل الغير:

يجب على الشخص الذي يريد التدخل كطرف في النزاع المعروض على محكمة التحكيم أن يقدم لدى قلم كتاب المحكمة طلباً لهذا الغرض مبرر في خلال العشرة أيام التالية لعلمه بوجود التحكيم وقبل جلسة التحكيم أو على الأقصى قبل غلق إجراءات التحكيم كتابياً في حالة عدم وجود أي جلسة ويرسل قلم كتاب المحكمة نسخة من هذا الطلب للأطراف ويحدد لهؤلاء أجلاً لإبداء رأيهم في مشاركة هذا الطرف في النزاع وتضمينه ضمن ردهم وفقاً للمادة (٣٩).

٤- أحكام مشتركة للإدخال والتدخل:

لا يجوز للغير أن يشارك في التحكيم، إلا إذا كان طرفاً في اتفاقية تحكيم أو تم الموافقة عليها من قبله ومن قبل الأطراف على هذه الاتفاقية بانتهاء المواعيد المحددة بالمادتين ٤١ و ٤١ فقرات ٢ و ٣ يقر رئيس اللجنة المختصة بالنظر في النزاع أو رئيس الدائرة التحكيمية (المؤلفة من المحكمين الرياضيين) في حال تكوينها بمشاركة الغير ضمن إجراءات التحكيم مع الأخذ بعين الاعتبار وجود اتفاقية تحكيم منذ اللحظة الأولى مثل ما تقتضيه المادة ٣٩ وإن قرار رئيس اللجنة المختصة بالنظر في النزاع لا يخل بقرار الدائرة التحكيمية بخصوص هذا الموضوع.

وفي حالة قبول رئيس اللجنة المختصة بالنظر في النزاع مشاركة الغير كطرف في التحكيم تنشئ المحكمة الدائرة التحكيمية اعتباراً لعدد المحكمين ولطريقة تعيينهم المتفق عليها من قبل الأطراف. وفي غياب اتفاق بين الأطراف يحدد رئيس اللجنة عدد المحكمين طبقاً لأحكام الفصل ٤٠ فقرات ١ و ٢ وتطبق المادة ٤٠ فقرات ٢ في حالة تعيين محكم واحد أما في حالة تعيين ٣ محكمين من قبل رئيس اللجنة يقوم هؤلاء باختيار رئيس الدائرة التحكيمية على معنى المادة ٤٠ فقرات ٢ ولا يجوز التشكيك في تشكيل الدائرة التحكيمية وذلك بغض النظر عن القرار الصادر عنها بخصوص مشاركة الغير في النزاع وتقوم هذه الأخيرة بتنظيم القواعد الإجرائية الخاصة بذلك كما تحدد الدائرة بعد استشارة الأطراف الوضع القانوني لوجود الغير وحقوقه القانونية خلال الإجراءات كما يجوز لها الإذن بإيداع مذكرات هؤلاء.

المادة (٤٢)

التسوية الصلحية للنزاع

لرئيس اللجنة المختصة بالنظر في النزاع قبل عرض الملف على الدائرة التحكيمية محاولة فض النزاع عن طريق التسوية الصلحية بين الأطراف ويضمن اتفاق الأطراف ضمن قرار تحكيمي.

المادة (٤٣)

واجب السرية

تنسم القواعد الإجرائية التي يقتضيها هذا القانون بالسرية التامة ويلتزم كل من الأطراف المحكمين وأعضاء محكمة التحكيم بعدم إفشاء أي معلومة للغير تتعلق بوقائع الدعاوى أو أي معلومة أخرى من شأنها أن تكون لها علاقة بالنزاع و بالإجراءات دون الحصول على موافقة المحكمة ولا يتم نشر القرارات التحكيمية إلا في حالة اتفاق كل الأطراف على جواز ذلك أو بقرار من رئيس اللجنة.

المادة (٤٤)

الإجراءات أمام الدائرة التحكيمية

١- التقارير الكتابية:

تقوم الإجراءات أمام الدائرة التحكيمية على التقارير الكتابية و يجوز للدائرة قبولها شفاهيا إذا استدعت الحاجة إلى ذلك ويحدد رئيس الدائرة بمجرد استلامه للملف طرق وإجراءات التقرير الكتابي ويتضمن هذا التقرير مبدئيا صحيفة دعوى والرد عليها ورد على الرد وهكذا إذا تطلبت ظروف الدعوى ذلك وللأطراف عند تقديم صحيفة الدعوى والرد عليها تقديم طلبات غير مضمنة بصحيفة الدعوى أو بالرد عليها ولا يجوز لأي طرف إثر ذلك تقديم طلبات جديدة بدون الحصول على موافقة الطرف المقابل يرفق الأطراف مع التقارير الكتابية كل الوثائق المراد الاستشهاد بها ولا يجوز لهم إرفاق وثائق أخرى خلال مرحلة تبادل التقارير إلا إذا إتفق الأطراف على ذلك أو في حالات استثنائية تجيزها الدائرة.

ويقوم الأطراف ضمن التقارير المعروضة على الدائرة بما يلي :

- ذكر أسماء الشهود و عرض موجز لمضمون شهادتهم.
- ذكر أسماء الخبراء المراد الاستعانة بهم مع بيان مجال تخصصهم.
- تقديم أي وسيلة أخرى من وسائل الإثبات المؤيدة للدعوى .

ويجب إيداع شهادة الشهود كتابيا قبل أن يقوم الأطراف بإيداع تقاريرهم.

في حالة تقديم دعوى مضادة أو الدفع بعدم الإختصاص تحدد كتابة المحكمة للمدعى عليه أجل لإيداع رده.

٢- المرافعة الشفاهية:

بمجرد الإنتهاء من عملية تبادل التقارير يحدد رئيس الدائرة التحكيمية إجراءات المرافعة الشفاهية وتاريخ الحضور للجلسة وتتولى الدائرة خلال هذه الجلسة بسماع الخصوم والشهود والخبراء وكذلك بسماع دفع الخصوم النهائية والمدعى عليه الكلمة الأخيرة في تقديم دفعه يتولى رئيس الدائرة إدارة الجلسة ويحرص على التقيد بموضوع الطلبات الكتابية باعتبار أنها نهائية وتنعقد الجلسة بصفة سرية إلا إذا إتفق الأطراف على

خلاف ذلك ويحرر محضر جلسة لهذا الغرض يمكن لأي شخص يدلي بأقواله أمام الدائرة أن يطلب الإستعانة بمترجم ويتحمل الطرف الذي طلب مترجماً مصاريف الترجمة . وتستدعي الأطراف الشهود والخبراء التي قامت بذكرهم ضمن التقارير الكتابية للحضور للجلسة لسماع أقوالهم كما أنها تتحمل مسؤولية تفرغهم للحضور للموعده المحدد للجلسة وكذلك هي التي تتولى بتسديد المصاريف المستحقة من طرفهم يمكن لرئيس الدائرة التحكيمية بصفة استثنائية الإذن بسماع الشهود والخبراء عن طريق التسجيل التلفزيوني كما يمكن له كذلك بعد الحصول على موافقة الأطراف إعفاء شاهد أو خبير من الحضور للإدلاء بأقواله في الجلسة باعتبار أنه قدم مسبقاً تصريح كتابي بأقواله كما يمكن للدائرة التحكيمية رفض مثل الشاهد أو الخبير للإدلاء بأقواله بحجة أن هذه الأقوال أو جزء منها تشوبها السطحية تعلم الدائرة قبل سماع أي شاهد أو خبير أو مترجم بوجود الإدلاء بأقوالهم بكل صدق وتعرضهم للعقوبة في صورة الإدلاء بأقوال خاطئة لا يجوز للأطراف تقديم أي تقارير كتابية بعد تجاوز مرحلة المرافعة الشفاهية إلا إذا سمحت لهم الدائرة بذلك يمكن للدائرة إذا رأت أنها مطلعة على النزاع بالقدر الكافي عدم تحديد جلسة وذلك بعد موافقة الأطراف.

٣- الأذون الصادرة عن الإدارة:

لأي طرف من أطراف النزاع أن يطلب من الدائرة أن تصدر له إذن يجبر الطرف المقابل بتقديم وثائق بحوزته أو تحت تصرفه وعلى الطرف الطالب للإذن إثبات وجود هذه الوثائق بحوزة الطرف المقابل.

وللدائرة في كل وقت إذا رأت موجبا لاستكمال طلبات الأطراف أن تصدر إذن لتقديم وثائق إضافية أو سماع شهود أو تعيين خبراء والإطلاع على تقاريرهم أو أي إذن آخر من شأنه استكمال عناصر النزاع ويمكن لها أن تلزم الأطراف بالمشاركة في تسديد المصاريف الإضافية المتعلقة بسماع الشهود أو الخبراء وتأخذ الدائرة رأي الأطراف في عملية اختيار الخبير والمهمة المناطة به ويجب على الخبير المنتدب من قبل الدائرة التحكيمية الإلتزام بحياده عن الأطراف وبواجب إعلامها بكل ظرف من شأنه أن يؤثر على حياده تجاه الأطراف أو أحدها.

٤- التدابير المستعجلة:

لرئيس اللجنة المختصة بالنظر في النزاع أو لرئيس الدائرة التحكيمية بعد الحصول على اتفاق الطرفين اللجوء إلى اتخاذ تدابير مستعجلة تكون إجراءاتها محددة.

٥- الإخلال بالإلتزامات الواقعة على المدعي و المدعى عليه:

يسحب ملف التحكيم عندما لا يقوم المدعي بإيداع صحيفة دعواه طبقاً لأحكام المادة (٤٤) فقرة (١) من هذا القانون وللدائرة التحكيمية مواصلة إجراءات التحكيم والنطق بالقرار إذا لم يقيم المدعى عليه بإيداع رده طبقاً لأحكام المادة (٤٤) فقرة (١) من هذا القانون كما يجوز لها عقد الجلسة التحكيمية حتى في صورة عدم حضور أحد الأطراف بالرغم من إستدعائهم بصفة قانونية.

المادة (٤٥)

تطبيق القانون من حيث الأصل

تطبق الدائرة التحكيمية القانون المختار من قبل الأطراف وفي غياب هذا الإختيار يطبق القانون السويسري وللأطراف أن يسمحوا لها بالحكم طبقاً لقواعد الإنصاف والعدالة.

المادة (٤٦)

القرار التحكيمي

يصدر القرار التحكيمي بأغلبية الاصوات وفي حالة عدم توفرها فإن رئيس الدائرة هو الذي يتولى ذلك يصدر القرار بصيغة كتابية مع ذكر موجز للأسانيد التي إعتد عليها إلا إذا اتفق الاطراف على خلاف ذلك كما يجب أن يدون به تاريخ النطق بالقرار ويكون موقعاً من طرف رئيس الدائرة على أنه يجب إرسال القرار قبل توقيعه إلى الأمين العام لمحكمة التحكيم الرياضي حيث يكون بإمكانه تعديل القرار فقط من حيث الشكل ولفت انتباه الدائرة حول نقاط تهم أصل الموضوع يتسم القرار التحكيمي بعد تبليغه من قبل قلم كتاب المحكمة قرار نهائي ومذيل بالصيغة التنفيذية ولا يجوز الطعن عليه بأي وجه من أوجه الطعن باعتبار أنه ليس للأطراف مسكن أو مقر معتاد بسويسرا وباعتبار أنهم تنازلوا عن الطعن في القرار طبقاً لاتفاقية التحكيم أو لاتفاق لاحق لهذا الغرض يبرم عند بداية إجراءات التحكيم.

٣) القواعد الخاصة بإجراءات التحكيم لدى الاستئناف

المادة (٤٧)

الاستئناف

يودع استئناف قرار صادر عن اتحاد رياضي أو جمعية رياضية أو أية هيئة رياضية أخرى لدى قلم كتاب المحكمة في حالة النص على ذلك في النظام الأساسي أو القوانين المنظمة لهذه الهيئات أو في حالة عقد الأطراف اتفاقية تحكيم خاصة وكان المستأنف قد استوفى طرق الطعن بالاستئناف التي يقتضيها النظام الأساسي للهيئات المذكورة أنفاً أو القوانين المنظمة لها.

كما يجوز استئناف القرارات الصادرة عن محكمة التحكيم عن المرحلة الابتدائية في حالة النص على جواز استئنافها طبقاً للقواعد التي تنظم إجراءات التقاضي في هذه المرحلة .

المادة (٤٨)

صحيفة الاستئناف

يقدم المستأنف لمحكمة التحكيم الرياضي صحيفة استئناف تتضمن العناصر التالية :

- اسم المستأنف ضده وعنوانه الكامل.
 - صورة من القرار المستأنف.
 - طلبات المستأنف
 - ذكر المحكم الرياضي المختار من قبل المستأنف من ضمن قائمة المحكمين الرياضيين المسجلة لدى المحكمة، إلا إذا اتفق الأطراف على اللجوء إلى محكمة واحد.
 - تقديم مطلب وقف تنفيذ مسببة، إذا استدعى الأمر ذلك.
 - نسخة من النظام الأساسي أو القوانين أو اتفاقيات خاصة تجيز القيام بإجراءات الاستئناف أمام المحكمة.
- يتولى المستأنف عند تقديمه لمطلب المستأنف تسديد رسوم الاستئناف لدى قلم كتاب المحكمة طبقاً لأحكام المادة (٦٤) فقرة (١) والمادة (٦٥) فقرة (٢) في حالة عدم القيام بالإجراءات الأنفة الذكر عند تقديم مطلب الاستئناف تمنح كتابة المحكمة المستأنف أجل معين وموجز لاستكمال العناصر الواجب توفرها في المطلب وفي صورة عدم قيامه بذلك يسحب مطلبه من قلم كتاب المحكمة.

المادة (٤٩)

ميعاد الاستئناف

في حالة غياب ميعاد للاستئناف سواء ضمن النظام الأساسي أو القانون الخاصين بالاتحاد الرياضي أو الجمعية الرياضية أو أية هيئة رياضية أخرى أو ضمن اتفاقية خاصة مبرمة مسبقاً بين الأطراف فإن أجل الاستئناف هو (٢١) يوماً ابتداء من تاريخ الإعلام بالقرار موضوع الاستئناف ولرئيس الدائرة عدم متابعة صحيفة الاستئناف إذا قدم بعد انقضاء الأجل المحدد آنفاً.

المادة (٥٠)

عدد المحكمين

- يعرض الاستئناف على دائرة تتكون من ثلاثة محكمين إما عدا في الحاتين التاليتين:
- إذا ذكر المستأنف ضمن مطلبه اتفاق الأطراف لاختيار محكم واحد.
 - في صورة عدم اتفاق الأطراف حول اختيار عدد المحكمين، فإن رئيس الدائرة يقرر عرض الاستئناف على محكم واحد نظراً لخصوصية النزاع.

ولرئيس الدائرة دعوة الأطراف للموافقة على ضم دعويين أو أكثر معروضتين أمام دائرتين ومتحدثين في الموضوع لتعرض أمام دائرة تحكيمية واحدة وفي غياب اتفاق للأطراف يؤخذ القرار من طرف رئيس الدائرة.

المادة (٥١)

مذكرة الاستئناف

يودع المستأنف لدى محكمة التحكيم الرياضي في أجل ١٠ أيام ابتداء من انتهاء ميعاد الاستئناف المحدد أنفاً مذكرة الاستئناف والتي تتضمن عرض للوقائع والأسانيد القانونية المؤيدة لاستئنافه وتكون مرفقة بالمستندات والوثائق التي تثبت دعواه ويجب على المستأنف أن يعلم كتابة المحكمة بصفة كتابية أن صحيفة الاستئناف يعتبر في الآن ذاته مذكرة الاستئناف، وإلا اعتبر استئنافه وكأنه لم يكن كما يجب على المستأنف أن يذكر في مذكرة استئنافه الأطراف التي ينوي الاستشهاد بها مثل الشهود مع عرض موجز لمضمون شهادتهم والخبراء مع بيان نطاق اختصاصهم، وفي حالة وجود أقوال كتابية أخرى للشهود يجب أن يقع إرفاقها بمذكرة الاستئناف، إلا إذا قرر رئيس اللجنة بخلاف ذلك.

المادة (٥٢)

تطبيق إجراءات التحكيم من قبل المحكمة

تتخذ المحكمة كل التدابير اللازمة لتطبيق إجراءات التحكيم إذا اتضح منذ البداية عدم وجود اتفاقية للجوء إلى التحكيم من خلال محكمة التحكيم الرياضي أو أن الاتفاقية ليس لها أي علاقة بالنزاع.

ولهذا الغرض، تقوم كتابة المحكمة بإرسال عريضة الاستئناف للمستأنف ضده ويتولى رئيس الغرفة المعروض عليها النزاع بتشكيل الدائرة، طبقاً لأحكام المادتين (٥٣ و ٥٤).

تنظر كذلك قلم كتاب المحكمة في مواعيد مختصرة طلب التعليق وطلب التدابير المؤقتة تتولى المحكمة إرسال نسخة من صحيفة الاستئناف ومذكرة الاستئناف للسلطة التي أصدرت القرار المستأنف بغاية الإطلاع وفي حالة اتفاق الأطراف يمكن للجنة التحكيم الاستئنافية أو لرئيس الدائرة في حالة عدم تشكيل هذه الأخيرة بعد اتخاذ إجراءات مستعجلة تحدد طرق العمل بها من قبل هؤلاء وفي حالة تقديم أحد الأطراف للمحكمة صحيفة استئناف ضد قرار اتضح أنه محل استئناف جاري فإنه يمكن لرئيس اللجنة المختصة بالنظر في النزاع أو لرئيس الدائرة في صورة عدم تعيين هذا الأخير بعد اتخاذ قرار بضم المطالبين معاً ليشكلاً استئنافاً واحداً.

المادة (٥٣)

تعيين المحكم من قبل المستأنف ضده

يجب على المستأنف ضده أن يتولى تعيين محكم خلال (١٠) أيام ابتداء من تاريخ توصله بمذكرة الاستئناف، ما عدا الحالات التالية :

- ١- في صورة اتفاق الأطراف لاختيار محكم واحد.
- ٢- في الصورة التي يقرر فيها رئيس الدائرة الصبغة المستعجلة للنزاع .

وفي حالة عدم تعيين المحكم من طرف المستأنف ضده خلال الأجل المذكور أعلاه، فإن رئيس الدائرة هو الذي يتولى ذلك عوضا عنه.

المادة (٥٤)

تعيين المحكم الوحيد أو الرئيس ومصادقة المحكمة على المحكمين

يعين المحكم الوحيد إما بمقتضى اتفاق الأطراف بذلك أو إذا رأى رئيس الدائرة ضرورة لعرض الاستئناف على محكم وحيد وما عدا هاتين الحالتين فإن رئيس اللجنة المعروض عليها النزاع هو الذي يتولى تعيين المحكم الوحيد ابتداء من تاريخ توصله بمطلب الاستئناف يقوم رئيس اللجنة المختصة بالنظر في النزاع في حالة اختيار اللجوء إلى ثلاثة محكمين بتعيين الدائرة التحكيمية بمجرد تعيين المحكم من قبل المستأنف وبعد استشارة بقية المحكمين للنظر في النزاع ولا يعتبر المحكمين المعيّنين من قبل الأطراف معتمدين بتلك الصفة إلا بعد المصادقة عليهم من قبل اللجنة المختصة بالنظر في النزاع التي تتولى بالتأكد من احترام قواعد تعيين المحكمين طبقاً لأحكام المادة (٣٣) تصادق قلم كتاب المحكمة على تشكيل الدائرة التحكيمية وتقوم بإرسال الملف للمحكمين إلا إذا قام أحد الأطراف بدفع تسبقة بعنوان المصاريف التي تقتضيها المادة (٦٤) فقرة (٢) من هذا القانون يعين كاتب خاص لمساعدة الدائرة يشترط أن يكون مستقل عن الأطراف وتسدد أتعابه من ضمن مصاريف التحكيم تطبق المادة (٤١) بالنسبة لإجراءات التحكيم لدى الاستئناف وذلك بعد إدخال التعديلات اللازمة عليها ويعين رئيس الدائرة التحكيمية من قبل رئيس لجنة التحكيم لدى الاستئناف.

المادة (٥٥)

رد المستأنف ضده

يجب على المستأنف ضده أن يقدم رده للمحكمة خلال أجل ٢١ يوما ابتداء من استلامه لمذكرة الاستئناف و يتضمن الرد العناصر التالية :

■ وصف لأساليب دفعه

■ الدفع بعدم الاختصاص إن وجد

■ كل الوثائق و الاثباتات التي يريد المستأنف ضده الاستشهاد بها بما في ذلك أسماء الشهود و الخبراء المراد سماعهم و يرفق الرد كذلك بمضمون الشهادة الكتابية إن وجدت إلا إذا قرر رئيس الدائرة خلاف ذلك.

وإذا لم يتم المستأنف ضده بإيداع رده على مذكرة المستأنف في الأجل المقررة قانوناً يمكن للدائرة مواصلة إجراءات التحكيم و إصدار قرارها بغض النظر عن ذلك.

وللمستأنف ضده أن يحدد أجل تقديم رده بعد قيام المستأنف بسداد التسبقة بعنوان المصاريف التي اقتضتها أحكام المادة (٦٤) فقرة (٢) من هذا القانون.

المادة (٥٦)

الطبيعة الشاملة لمذكرة الاستئناف وللرد عليها و للمصالحة

لا يجوز للأطراف لاستكمال أو تغيير استنتاجاتهم أو دفعاتهم كما لا يمكن لهم إضافة وثائق جديدة أو الاستشهاد بوسائل إثبات أخرى بعد تقديم مذكرة الاستئناف ورد المستأنف ضده عليها باستثناء الحالة التي يتفق فيها الأطراف على خلاف ذلك أو الحالة التي يتخذ فيها رئيس الدائرة قرار بخلاف ذلك نظراً لظروف استثنائية.

وللدائرة أن تحاول حل النزاع عن طريق التسوية الصلحية و تضمن التسوية بقرار تحكيمي باتفاق الأطراف.

المادة (٥٧)

فحص الاستئناف

تتمتع الدائرة بكامل السلطة القانونية لمراجعة الملف من حيث الوقائع و من حيث الأسانيد القانونية و بناء على ذلك يمكن لها إما أن تصدر قراراً جديداً يحل محل القرار المستأنف أو أن تحكم بإلغاء القرار المستأنف و إحالته للسلطة التي أصدرته في أول درجة. يحدد رئيس الدائرة منذ إرساله للملف إجراءات الجلسة لسماع الأطراف، الشهود و الخبراء و كذلك لسماع المرافعات كما يمكن له طلب الملف من الاتحاد الرياضي أو من الجمعية الرياضية أو من أي هيئة رياضية أخرى اتخذ القرار المستأنف وذلك طبقاً لأحكام المادة (٤٤) فقرة (٢) و فقرة (٣) .

وللدائرة التحكيمية بعد استشارة الأطراف و إذا رأت أنها على دراية كافية لتفاصيل النزاع عدم عقد جلسة.

أما إذا انعقدت الجلسة فإنها تكون سرية إلا إذا اتفق الأطراف على خلاف ذلك و تقرر الدائرة عقد الجلسة حتى لو تخلف أحد الأطراف عن الحضور بها بالرغم من استدعائه بطريقة قانونية .

المادة (٥٨)

القانون واجب التطبيق

تصدر الدائرة التحكيمية قراراتها على ضوء القوانين المطبقة وطبقا للقانون المختار من قبل الأطراف و في غياب هذا الاتفاق يطبق قانون الدولة الذي يوجد فيها الاتحاد الرياضي أو الجمعية الرياضية أو أي هيئة رياضية أخرى و الذي أصدر القرار المستأنف طبقاً له ،أو وفقا للقانون الذي تراه الدائرة مناسبا و في هذه الحالة يجب أن يكون قرارها مسببا .

المادة (٥٩)

القرار التحكيمي

يصدر القرار التحكيمي بأغلبية الأصوات وإذا لم تتوفر ينفرد رئيس الدائرة بإصداره ويجب أن يصدر القرار بصفة كتابية، أن يكون مسببا وأن يكون مؤرخا وموقعا وإن توقيع رئيس الدائرة يكفي لصدوره يجب أن يقع إرسال القرار إلى الأمين العام للمحكمة قبل التوقيع عليه إذ أنه يمكن للمحكمة أن تدخل عليه تغييرات شكلية بحتة و أن تلفت انتباه الدائرة إلى عناصر أساسية لها مساس بأصل الموضوع و لا تأخذ المحكمة بعين الاعتبار الآراء المتضاربة و لا تقوم بإعلانها و يمكن أن تقرر الدائرة إبلاغ الأطراف بمنطوق القرار قبل التعرض لمسبباته و يكون القرار قابلا للتنفيذ منذ الإعلام الكتابي لمنطوقه تتولى كتابة المحكمة تبليغ القرار للأطراف الذي يكون حاسما للنزاع بصفة نهائية و لا يمكن الطعن فيه بأي وجه من أجه الطعن باعتبار أنه ليس للأطراف مقر أو مسكن معتاد بسويسرا و باعتبار أنهم قد تنازلوا عن امكانية الطعن فيه طبقا لاتفاقية التحكيم أو ضمن اتفاق كتابي مبرم بينهم بصفة لاحقة عند بداية إجراءات التحكيم يجب أن يقع إعلان الأطراف بمنطوق القرار خلال (٣) أشهر ابتداء من تاريخ تحويل الملف للدائرة التحكيمية ويمكن التمديد في هذا الأجل من قبل رئيس اللجنة المختصة بالنظر في النزاع اعتمادا على طلب مسببا مقدم من طرف رئيس الدائرة التحكيمية تقوم المحكمة بنشر القرار أو ملخص له أو إلقاء بيان صحفي لبيان متضمناً نتيجة إجراءات التحكيم إلا إذا إتفق الأطراف على سريتها .

٤) القواعد الخاصة بالدور الاستشاري للمحكمة

المادة (٦٠)

طلب الرأي الاستشاري

والهيئات للجنة الأولمبية الدولية و للاتحادات الدولية و اللجنة الأولمبية الوطنية و لمنظمة مكافحة تعاطي المنشطات و للهيئات المعترف بها من قبل اللجنة الأولمبية الدولية و للجنة المنظمة للألعاب الأولمبية طلب رأي إستشاري من قبل المحكمة فيما يتعلق بأية مسألة قانونية ذات صلة بممارسة أو تطوير الرياضة أو أي نشاط متعلق بها يقدم طلب الرأي الاستشاري للمحكمة و يجب أن يكون مصحوبا بكل الوثائق التي من شأنها أن تساعد الدائرة التحكيمية لإبداء رأيها.

المادة (٦١)

اتخاذ الراي الاستشاري من قبل المحكمة

عند تقديم طلب رأي استشاري، يقوم رئيس المحكمة بدراسة الطلب المقدم و إلى أي مدى يمكن أن يكون محل رأي استشاري و في هذه الحالة يتولى هذا الأخير تشكيل دائرة تحكيمية مكونة من محكم واحد أو من ثلاثة محكمين و يعين رئيس لها و يقوم بصياغة الأسئلة المعروضة على الدائرة طبقا لسلطته التقديرية و إرسالها للدائرة.

المادة (٦٢)

الرأي الاستشاري

يجوز للدائرة التحكيمية قبل إبداء رأيها طلب معلومات إضافية و يجوز أن ينشر هذا الرأي بموافقة مقدم الطلب و لا يشكل هذا الرأي قرار تحكيمي و ليس له أي قوة إلزامية.

٥) الترجمة

المادة (٦٣)

لأي طرف من اطراف النزاع أم يطلب من المحكمة ترجمة القرار الصادر ضمن إجراءات التحكيم لدى المرحلة الابتدائي أو لدى الاستئناف و ذلك عندما يكون منطوق القرار غير واضح أو ناقص أو غامض أو عندما تكون عناصره متناقضة فيما بينها أو مع أسباب القرار أو عندما يتضمن القرار على أخطاء طباعية أو حسابية.

يقوم رئيس اللجنة المعروض عليها النزاع عند تقديم مطلب الترجمة بدراسة امكانية الموافقة على طلب الترجمة في حالة القبول يقوم هذا الأخير بإرسال الطلب للدائرة التحكيمية التي أصدرت القرار المراد ترجمته التي تقدم قرارها بخصوص طلب الترجمة خلال شهر ابتداء من استلامها له ويستبدل أعضاء الدائرة الذين يتعذر عليهم الحضور طبقاً لأحكام المادة ٣٦.

٦) المصاريف المترتبة عن إجراءات التحكيم

المادة (٦٤)

١- مصاريف عامة: يتعين على المدعي أو المستأنف عند إيداع صحيفة الدعوى أو مذكرة الاستئناف أن يسدد رسوم لقلم كتاب المحكمة تقدر ب ٥٠٠ فرنك سويسري و في صورة عدم سداد هذه الرسوم لا تقوم المحكمة بمباشرة العمل في النزاع و يبقى هذا المبلغ مستحقاً من طرف المحكمة على أن تقوم الدائرة التحكيمية بخصمه عند احتساب المصاريف النهائية.

٢- يحدد قلم كتاب المحكمة عند تشكيل الدائرة التحكيمية مبلغ التسبقة بعنوان المصاريف وطريقة تسديده مع الأخذ بعين الاعتبار للتغييرات اللاحقة.

و ينجر عن تقديم طلبات مضادة أو طلبات جديدة تحديد مبلغ التسبقة بعنوان المصاريف مستقل عن المبلغ المذكور أعلاه.

لتحديد المبلغ الإجمالي لتكاليف التحكيم يقوم قلم كتاب المحكمة بتقدير مصاريف إجراءات التحكيم التي سيتحملها الأطراف و تسدد بالتساوي بين كل من المدعي أو المستأنف و المدعى عليه أو المستأنف ضده طبقاً لأحكام المادة (٦٤) فقرة (٤) و في صورة عدم تسديد هذه المصاريف من قبل أحدهم يمكن للطرف الثاني تسديد نصيبه منها أما إذا لم يتم تسديد هذه المصاريف في الآجال المقررة من قبل المحكمة تسحب صحيفة الدعوى المقدمة من طرف المدعي أو مذكرة الاستئناف المقدمة من طرف المستأنف و تنهي المحكمة إجراءات التحكيم و ينطبق هذا الإجراء كذلك على الطلبات المعارضة .

٣- يسدد كل طرف المصاريف المستحقة نظير حضور الشهود أو الخبراء أو المترجمين و في حالة تعيين الدائرة التحكيمية لخبير أو مترجم للإستعانة بخدماتهم أو تأذن بسماع شاهد فإنها تسدد المصاريف المتعلقة بهم من المبلغ المخصص لإجراءات التحكيم.

٤- يحدد قلم كتاب المحكمة عند نهاية إجراءات التحكيم المبلغ النهائي للمصاريف المتعلقة بها و التي تتضمن:

■ الرسوم المتعلقة بكتابة المحكمة، بالمصاريف الإدارية للمحكمة التي تحتسب طبقاً لجدول قياسي تحدده المحكمة.

■ المصاريف و أتعاب المحكمين التي تحتسب طبقاً لنفس الجدول

■ المصاريف التي قامت المحكمة بتسبقتها بعنوان مصاريف سماع الشهود والخبراء و مصاريف الترجمة.

ويجوز أن يحدد المبلغ الإجمالي للمصاريف المترتبة عن إجراءات التحكيم ضمن القرار التحكيمي أو أن يقع إبلاغ الأطراف به بوثيقة مستقلة.

تحدد الدائرة التحكيمية ضمن قرارها الطرف الذي سيتحمل المصاريف المترتبة عن التحكيم أو نسبة كل واحد منهم وبصفة عامة يمكن للدائرة أن تلزم طرف من أطراف النزاع بتسديد جزء من المصاريف المترتبة عن انتداب محامي للطرف المقابل وكذلك بالمصاريف التي بذلها هذا الأخير كمصاريف سماع الشهود وخدمات الترجمة.

و تأخذ المحكمة بعين الاعتبار عند تحميل الأطراف بسداد المصاريف المترتبة عن التحكيم بنتيجة التحكيم و كذلك بسلوك الأطراف و إمكانياتهم المادية.

المادة (٦٥)

المنازعات التأديبية ذات الطبيعة الدولية والمحكوم فيها بالاستئناف

تطبق هذه المادة بالنسبة لاستئناف القرارات ذات الطابع التأديبي فقط و الصادرة من قبل اتحاد رياضي أو جمعية رياضية دولية أو من قبل اتحاد رياضي أو جمعية رياضية وطنية بصفتها وكالة لاتحاد رياضي أو لجمعية رياضية دولية.

يكون هذا الإجراء مجانية و ذلك طبقاً لأحكام المادة (٦٥) فقرة (٢) و فقرة (٤) و تحتسب مصاريف المتعلقة بالمحكمين تأسيساً على الجدول القياسي المحدد من قبل لمجمل المصاريف المترتبة عن إجراءات التحكيم و تتحمل المحكم سداد المصاريف الخاصة بها.

و يسدد المستأنف عند إيداعه لمذكرة الاستئناف لكتابة المحكمة (٥٠٠) فرنك سويسري و في صورة عدم قيامه بذلك يسحب استئنافه و تكتنع المحكمة عن النظر في الطلب المقدم على أنظارها و يبقى هذا الحق من اختصاص المحكمة وحدها.

يقوم الأطراف بدفع تسبقة بعنوان المصاريف المتعلقة بسماع الشهود و بالاستعانة بالخبراء و المترجمين و تحدد الدائرة التحكيمية النسبة التي سيتحملها كل واحد مع الأخذ بعين الاعتبار بالنتيجة التي آل إليها التحكيم

و بسلوك الأطراف و إمكانياتهم المادية.

يجوز لرئيس اللجنة التحكيمية الاستئنافية إذا توفرت الظروف السانحة لذلك تطبيق لأحكام المادة (٦٤) على إجراءات التحكيم لدى الاستئناف سواء بقرار من تلقاء نفسه أو بطلب من رئيس الدائرة التحكيمية.

المادة (٦٦)

المصاريف المتعلقة بالرأي الاستشاري

يتحمل مقدم الطلب الاستشاري تسديد المصاريف المترتبة عن ذلك و يجوز لقلم كتاب المحكمة أن يطلب من هذا الأخير سداد المبلغ المخصص لهذه المصاريف قبل إعلامه بنتيجة الرأي الاستشاري.

(٧) أحكام متنوعة

المادة (٦٧)

تطبق هذه القواعد الإجرائية على كل الإجراءات المتخذة من قبل المحكمة ابتداءً

من ١ يناير ٢٠١٠ أما بالنسبة للإجراءات المتخذة و التي لا زال جارية عند حلول هذا الأجل فتطبق عليها الأحكام المعمول بها قبل دخول هذا القانون حيز التنفيذ إلا إذا اتفق الأطراف على تطبيق القانون المذكور.

المادة (٦٨)

لا يكون أي من الأطراف المذكورة تالياً ملزماً تجاه أي شخص أو تصرف أو تغافل عن شيء لهم علاقة بأي إجراء من إجراءات التحكيم و هم : المحكمين و وسطاء التحكيم و المجلس الدولي للتحكيم الرياضي و موظفيه و محكمة التحكيم الرياضي وموظفيها.

المادة (٦٩)

يعتد بكل من النص الفرنسي و النص الإنجليزي . و في صورة تضارب النصين، يكون النص الفرنسي هو المعتمد.

المادة (٧٠)

يجوز أن يتم التعديل في هذه القواعد الإجرائية بقرار من المجلس الدولي للتحكيم الرياضي طبقاً لأحكام المادة (٨).

القسم السادس

أنشطة مركز البحوث والدراسات
الفقهية والتشريعية والقضائية

أنشطة مركز البحوث والدراسات الفقهية والتشريبية والقضائية

أنشئ مركز البحوث والدراسات الفقهية والتشريبية والقضائية بقرار رئيس دائرة القضاء رقم (٨) لسنة ٢٠١٠، الصادر بتاريخ ١ ربيع الأول ١٤٣١هـ الموافق ١٥ فبراير ٢٠١٠ م .

ويأتي إنشاء هذا المركز في سياق تعزيز دور الفكر القانوني في مواكبة متطلبات التطور والنماء، والتحول الاقتصادي والاجتماعي بالبحث العلمي والدراسة المتخصصة لمواجهة ما تفرزه من قضايا تستوجب في بعدها القانوني توفير معارف وتقنيات دقيقة، ورصد مدى ملاءمة التشريع لمسايرة التطورات الحديثة، ودعم النظام القضائي بالمستجدات القانونية والقضائية، واستغلال المؤشرات والإحصائيات القضائية، والاستفادة من دلالاتها البيانية .

ويتولى المركز تحقيقاً لهذه الغايات البحث العلمي في مختلف الموضوعات ذات الصلة بمهام الدائرة، وتعميق الدراسات الميدانية فيها ويقوم على الخصوص بالمهام التالية :

■ إعداد البحوث الفقهية ومتابعتها، ودراسة النصوص التشريعية سارية المفعول، والأنظمة القضائية المقارنة.

■ تأصيل القواعد القانونية المعمول بها وتوضيح مقاصدها .

■ متابعة مدى ملاءمة التشريع للتطورات الاقتصادية والاجتماعية .

■ دعم النظام القضائي بالدراسات، وتزويده بالوسائل والأساليب الرامية إلى الرفع من كفاءته وحسن أدائه .

■ دراسة التوقعات المحتملة التي تتطلب انعكاساتها معالجة تشريبية وبيان الاقتراحات المناسبة في هذا الشأن.

■ تهيئ إصدارات علمية في المجالات القانونية والتشريبية والقضائية .

■ إصدار مجلة دورية محكمة تعنى بنشر البحوث والدراسات وكل ما يهم المعارف الفقهية والقانونية والقضائية والتعريف بأنشطة المركز العلمية .

■ تنظيم ندوات ومؤتمرات علمية لمناقشة الموضوعات ذات الصلة بالنظام القانوني والقضائي .

■ تقوية أواصر التعاون العلمي مع مراكز البحوث الوطنية والدولية ذات الصلة .

وقد نص قرار رئيس دائرة القضاء رقم (١٥) لسنة ٢٠١٠ م، الصادر بتاريخ ٤ جمادى الآخرة ١٤٣١هـ

الموافق ١٨ مايو ٢٠١٠م، على تشكيل مجلس إدارة المركز برئاسة وكيل دائرة القضاء وعضوية كل من النائب العام أو من يقوم مقامه، والوكيل المساعد لشؤون المساندة القضائية، والأمين العام لمجلس القضاء، ومدير إدارة التفتيش القضائي، ومدير أكاديمية الدراسات القضائية والتدريب المتخصص، ومدير مركز البحوث والدراسات الفقهية والتشريعية والقضائية، وذلك ليتولى وضع الخطة العامة للمركز، ويشرف على تنفيذها، ويصدر القرارات اللازمة لذلك .

وصادق مجلس إدارة المركز في دورته الأولى المنعقدة بتاريخ ٣١ مايو ٢٠١٠ على النظام الداخلي لهذا المجلس الذي تضمن على الخصوص الإجراءات المتعلقة بممارسة مهامه والقواعد التنظيمية الخاصة بانعقاد دوراته، وجدول أعمالها، وسير جلساتها، وكيفية تعديل هذا النظام وتفسيره .

كما صادق في هذه الدورة على النظام الأساسي لمجلة الفقه والقضاء والقانون التي يصدرها المركز .

وبناءً على مقتضيات المادة الثامنة من قرار رئيس دائرة القضاء رقم ٨ لسنة ٢٠١٠ بشأن استحداث المركز، والتي تنص على أن يضع مجلس إدارة المركز نظاماً داخلياً للمركز يحدد فيه كيفية تنظيمه، وشروط تعيين الباحثين والموظفين، والإجراءات المتعلقة بانعقاد المجلس واجتماعاته ومداولاته، صادق المجلس في اجتماعه المنعقد بتاريخ ٤ نوفمبر ٢٠١٠م، على النظام الداخلي للمركز الذي حدد القواعد والإجراءات المتعلقة بالمركز ومهامه وتنظيمه وسير العمل به، ومجلس إدارته ومديريته وهيكلية التنظيمية الإدارية والمالية، والندوات والمؤتمرات العلمية واللقاءات الدراسية التي تنظم فيه، والمجلة العلمية التي يصدرها .

كما أصدر وكيل دائرة القضاء القرار الإداري رقم (٢٤٦) لسنة ٢٠١٠م، والقرار الإداري رقم ١٢٦ لسنة ٢٠١١ في شأن الأقسام التابعة للمركز واختصاصاتها وهي :

١- قسم الدراسات الفقهية .

٢- قسم الدراسات التشريعية .

٣- قسم دراسة وتحليل المؤشرات القضائية .

٤- قسم النشر والمطبوعات القانونية

وأصدر في دوراته اللاحقة التي عقدها عدة قرارات بشأن برامج عمل المركز وتنفيذها .

كما وضع المركز خطة عمله المستقبلية وفق تخطيط عملي، وتصميم مرحلي على المدى القريب في نطاق برنامج عمل المركز بين دورات المجلس وعلى المدى المتوسط في إطار الخطة الاستراتيجية لدائرة القضاء (٢٠٠٨-٢٠١٣)، وعلى المدى البعيد ضمن مسار المركز خلال السنوات الموالية بهدف تفعيل دوره في تعزيز الفكر القانوني، وذلك من خلال سبعة محاور هي :

أولاً : البحوث العلمية والدراسات المتخصصة .

ثانياً : الأبحاث الفنية .

ثالثاً : الدلائل العملية.

رابعاً : الندوات والمؤتمرات العلمية واللقاءات الدراسية.

خامساً: التعاون مع المراكز الدولية المماثلة.

سادساً: إحياء التراث.

سابعاً : الترجمة.

وتجدر الإشارة إلى أن مجلس إدارة المركز قرر تشكيل لجنة علمية بجانبه لإبداء الرأي في الموضوعات ذات الصلة بأهداف المركز واختصاصاته اختار لها خمسة أساتذة جامعيين تم فعلاً تعيينهم لهذا الغرض بموافقة كريمة من سمو رئيس دائرة القضاء .

وقد برزت أنشطة المركز بصفة خاصة فيما أنجزه من دراسات وأبحاث ودلائل عملية وأوراق عمل وغيره وفق ما يلي :

أولاً : الأبحاث والدراسات

(١) دراسة حول «منهجية تحرير الأحكام وفق قانون الإجراءات المدنية الإماراتي» .

تناولت هذه الدراسة بالتحليل ديباجة الحكم باعتبارها أول ما يفتتح به تحريره ، والوقائع التي ترد مباشرة بعد الديباجة، والتسبيب أو التعليل الذي يعتبر أهم عمل يقوم به القاضي في عملية تحرير الحكم، والمنطوق الذي هو النتيجة الحتمية لكل ما سبق من محتويات الحكم .

(٢) دراسة حول زواج القاصرات

تطرقت هذه الدراسة إلى مفهوم زواج القاصرات وأسبابه، وموقف الفقه الإسلامي من هذا الزواج، وزواج القاصرات في القانون المقارن .

(٣) ورقة عمل حول الخبرة القضائية

تعرضت هذه الورقة إلى المفهوم العام للخبرة الفنية وآلية الاستعانة بها من قبل السلطة القضائية، وإلى تقييم قطاع الخبرة القضائية وسبل تحسين أدائها، والإشكاليات المطروحة ووسائل حلها .

٤) دراسة حول «شيك الضمان»

تناولت هذه الدراسة الوضعية القانونية للشيك كورقة تجارية في التشريعات المعمول بها وطنياً ودولياً، والشروط والقواعد التي تحكم الشيك، والجزاء المترتب على الإخلال بها، واتفاقية جنيف المؤرخة في ١٩ مارس ١٩٣١ بشأن إقرار قانون موحد للشيك، والوضعية الفعلية لشيك الضمان وموقف المحاكم منه على الصعيد الوطني والدولي، وبعض الحلول المقترحة في مجاله.

٥) دراسة حول «بطاقات الائتمان»

تطرقت هذه الدراسة إلى استعمال هذه البطاقات والإفراط في الائتمان الاستهلاكي الذي توفره، وتقاعس بعض المستفيدين منها عن الوفاء بمسئولياتها وما يترتب عن ذلك من آثار سلبية وانعكاسات مالية خطيرة، وإلى الدعاوى التي تعرض على القضاء في هذا المجال، وإلى ضرورة وضع تشريع قانوني متكامل ينظم مختلف العلاقات المتعددة الناشئة عن التعامل بها، وإلى عدة اقتراحات أخرى متعلقة بالموضوع.

٦) دراسة حول «ظاهرة العنف بين الشباب»

حللت هذه الدراسة العنف بين الشباب كظاهرة اجتماعية عالمية مستمرة تاريخياً، ومتنقلة عبر المجتمعات والثقافات، وأسبابها ونتائجها الوخيمة، وانتهت إلى تقديم اقتراحات تشريعية واجتماعية ووقائية في الموضوع.

٧) دراسة حول «تحديد حد الكفاية في دعاوى النفقة»

انصبت هذه الدراسة على النفقة ومشمولاتها، ومعايير تقديرها، وموقع معيار الكفاية منها، وفئات الأشخاص الواجبة لهم، وذلك في ظل القانون الاتحادي الإماراتي للأحوال الشخصية مع الإشارة إلى بعض النصوص المقارنة المعمول بها في عدة دول عربية في هذا المجال، وتطبيقات العمل القضائي في ضوء أحكام محكمة النقض بأبوظبي، وانتهت إلى تقديم عدة اقتراحات في الموضوع.

٨) ورقة عمل حول «تهيئة الدعوى للبت فيها»

تطرقت هذه الدراسة إلى التطور التاريخي لنظام تحضير الدعوى في القانون المقارن، وإلى الإجراءات المتبعة حالياً في تهيئتها للبت فيها، وإلى بعض الاقتراحات المتعلقة بالموضوع.

٩) دراسة حول «الحصانة القضائية للمبعوث الدبلوماسي»

تضمنت هذه الدراسة تحليلاً لما هيبة الحصانات والامتيازات الدبلوماسية، والحصانة الجنائية للمبعوث والسفير، والحصانة بالنسبة للقضاء المدني والإداري والأساس القانوني للحصانات والامتيازات الدبلوماسية، وغاية الحصانة القضائية وأنواعها ونطاقها.

١٠) دراسة حول «محافظ استثمار الثروات والشركات الوهمية»

تناولت هذه الدراسة وضعية محافظ الاستثمار والشركات الوهمية التي تتطلب وجود حماية جزائية كافية وكفيلة بالوقاية من العبث بأموال الناس ومن استعمال الاحتيال والغش التجاري وغيرهما في هذا المجال، وإحكام الرقابة عليها، وانتهت إلى تقديم عدة اقتراحات في الموضوع .

١١) دراسة حول «التوقيع الالكتروني وحجيته في ضوء التشريع الإماراتي»

تعرضت هذه الدراسة إلى اهتمام التشريعات الدولية بالتوقيع الالكتروني ، وإلى تعريفه، وإلى المبادئ المأخوذ بها في مجاله، وإلى تحديد شخص صاحب التوقيع، وإلى ربط التوقيع بالرسالة الالكترونية بنية توثيقها أو اعتمادها، وإلى حجية التوقيع الالكتروني، وإلى تقدير هذه الحجة .

١٢) دراسة حول «الشركات المملوكة للحكومة (الموارد البشرية)»

تطرقت هذه الدراسة إلى مميزات الشركات المملوكة للحكومة والدور الذي تقوم به في النسيج الاقتصادي والاجتماعي ووضعيتها القانونية، والجهة القضائية المختصة بالنزاعات المتعلقة بها، وإلى الحلول المقترحة في هذا المضمار .

١٣) دراسة حول «أسلوب تحرير الحكم»

تناولت هذه الدراسة المبادئ والقواعد التي يتقيد بها في تحرير الحكم الذي يعتبر عنواناً للحقيقة، والذي ينبغي أن يكون واضح الدلالة بين المعنى، سليماً في صياغته وأسلوبه حتى يحظى بالثقة ويسهل تنفيذه، وكذا التدرج في تحريره من الديباجة إلى المدخل إلى الوقائع إلى التعليل إلى النتيجة فالمنطوق بأسلوب يعتمد في بناء الحكم على الإيجاز والدقة والوضوح .

١٤) دراسة حول «نظام الوكالة التجارية في القانون الإماراتي»

تطرقت هذه الدراسة إلى المقتضيات القانونية المتعلقة بالوكالة التجارية في النص الخاص بتنظيمها وفي قانون المعاملات التجارية وفي قانون المعاملات المدنية، وكذا الأحكام والاجتهادات القضائية التي ساهمت بالمبادئ التي أقرتها في ملء الفراغ القانوني ببعض الجوانب المرتبطة بها، وإلى وضعية الشركات العائلية، وانتهت إلى تقديم عدة اقتراحات في الموضوع .

١٥) دراسة حول «دعوى القروض الشخصية والديون والأسهم»

تناولت هذه الدراسة بالتحليل وضعية الدعوى المتعلقة بالقروض الشخصية والديون، وإحصائياتها

ومؤشرات ذات الدلالة من حيث نسبة الإنجاز ومعدل المدة التي يستغرقها القيام بالخبرة فيها والبت فيها، ونسبة الدعاوى المقامة من الأبنك والمصارف وجنسية الأطراف التي سجلت ضدها، ومواضيع هذه الدعاوى وغير ذلك، وكذا طبيعة النزاعات في دعاوى الأسهم، والإحصائيات والاستنتاجات والمؤشرات المتعلقة بها وخاصة بالنسبة لأطراف الدعاوى ومعدل مدة إنجاز الخبرات المأمور بها فيها، وأمد البت فيها، كما انتهت الدراسة المذكورة إلى عدة اقتراحات متعلقة بالموضوع .

١٦) دراسة حول «الحماية التشريعية والقضائية المتعلقة بالشركات الوهمية ومحافظ استثمار الثروات

انصبت هذه الدراسة على تحليل ظاهرة الشركات الوهمية ومحافظ استثمار ثروات الغير وموقف القوانين منها (الحماية القانونية) ، والتطبيقات القضائية المتعلقة بهذه الظاهرة (الحماية القضائية) والاقتراحات المتعلقة بهذا الموضوع .

١٧) دراسة حول «النظام القانوني للقضاء الرياضي الدولي»

تطرقت هذه الدراسة إلى ظاهرة بروز قانون المعاملات الرياضية والقضاء الرياضي، واعتماد التوفيق والتحكيم لحل المنازعات الرياضية وفق قواعد معينة وبواسطة مؤسسات دولية متخصصة متمثلة بصفة عامة في المجلس الدولي للتحكيم الرياضي، وقضاء التحكيم الرياضي، ومنظمة الفيفا وغيرها، وإلى بعض الاقتراحات المتعلقة بالموضوع .

١٨) دراسة حول «تنظيم القانوني لسباقات الهجن»

تناولت هذه الدراسة اهتمام دولة الإمارات العربية المتحدة بسباقات الهجن، والقواعد التي رسختها لإجرائها وفق التقاليد الرياضية وتطويرها وتقنين كيفية ممارستها وشروطها وإشاعة ثقافتها وطنياً ودولياً، ومدى ملاءمة إصدار نص تشريعي جامع ينظم شؤونها القانونية والإدارية والتنظيمية ويكون مرجعية أساسية لها، وانتهت الدراسة المذكورة إلى التقدم بعدة اقتراحات متعلقة بالموضوع .

١٩) دراسة حول «الزواج المختلط والاشكاليات المحتبة به»

تطرقت هذه الدراسة لظاهرة الزواج المختلط الذي ترتفع نسبته باستمرار، ولأسبابه قديماً وحديثاً، وأنواعه وأثاره، ولاشكالياته المتعلقة بالشروط الشكلية والموضوعية لانعقاده، وباختلاف جنسية الزوج عن جنسية الزوجة، وبالحضانة، وبالنقل غير المشروع للأطفال في الروابط الدولية الخاصة .

ثانياً : المؤشرات القضائية

قام المركز بتنفيذاً لقرارات مجلس إدارة المركز، وتفعيلاً للقرار الإداري رقم ٢٤٦ لسنة ٢٠١٠ وخاصة بالنسبة لدراسة ما يرتبط من هذه المؤشرات بالجوانب الأسرية والتجارية والمالية والإجرامية بالمساهمة في عدة دراسات تحليلية حول حوادث المرور والطلاق والنفقة والدعاوى التجارية وغيرها، والبحث عن العوامل والأسباب المؤثرة فيها، وارتفاع معدلاتها، والآثار المترتبة عنها، ونوعية المنازعات فيها وأطرافها وغير ذلك من العناصر، كما استغل الإحصائيات البيانية والمؤشرات التي تفصح عنها في الأبحاث التي أنجزها في بعض المجالات .

ثالثاً : إحياء التراث

تم تكليف لجنة بإحياء التراث الفقهي والقضائي، وتحقيق أمهات كتب الفقه والأحكام القضائية القديمة مع المبادئ والقواعد الفقهية المعتمدة فيها، والاجتهادات التي أقرتها، وكذا فهرستها وتبويبها ونشرها وقد شرعت هذه اللجنة في مباشرة مهامها، وما زالت مستمرة فيها .

رابعاً : الإصدارات :

في نطاق ما تهدف إليه دائرة القضاء منذ إنشائها من ترسيخ لمبادئ العدل والإنصاف وسيادة القانون تم نشر سلسلة من القوانين والتشريعات المعمول بها والتي يحتاج إليها القاضي والمحامي وغيرهما من العاملين والمهتمين بشؤون القضاء كمراجع ضرورية لأداء مهامهم على الوجه الأكمل ، بالإضافة إلى الاتفاقيات الدولية التي صادقت عليها دولة الإمارات العربية المتحدة، وإلى سلسلة حقوق الإنسان التي تبرز مدى اهتمامها بهذه الحقوق وكفالتها، وسلسلة التعاون القضائي الدولي، وسلسلة المبادئ التي انتهى إليها الاجتهاد القضائي لمحكمة النقض وغير ذلك وفق ما يلي :

١ - سلسلة التشريعات الاتحادية

- دستور دولة الإمارات العربية المتحدة
- دستور دولة الإمارات العربية المتحدة مع أحكام المحكمة الاتحادية العليا بشأن تفسير نصوص الدستور
- قانون الإجراءات الجزائية

- قانون الإجراءات المدنية
- قانون العقوبات الاتحادي
- قانون تنظيم المنشآت العقابية والمذكرة الإيضاحية له
- قانون المعاملات المدنية
- قانون مكافحة المخدرات والمؤثرات العقلية
- قانون تنظيم علاقات العمل
- التنظيم القانوني للإفلاس
- قانون الأسلحة والذخائر والمتفجرات
- التشريعات الالكترونية
- قانون المعاملات التجارية
- تشريعات حماية البيئة الاتحادية
- قانون الشركات التجارية
- قانون مكافحة الاتجار بالبشر
- تشريعات مكافحة غسل الأموال
- قانون الرفق بالحيوان
- قانون التعاون الدولي في المسائل الجنائية
- قوانين الملكية الفكرية
- قانون مكافحة الجرائم الإرهابية
- قانون المناطق الحرة المالية
- المذكرة الإيضاحية لقانون الأحوال الشخصية
- قانون الأحوال الشخصية
- قانون مكافحة التبغ
- قانون الأحداث الجانحين المشردين

٢ - سلسلة التشريعات المحلية

- قانون الإيجار
- تشريعات حماية البيئة المحلية
- تشريعات الصيد
- قانون العقوبات لإمارة أبوظبي
- التشريعات العقارية
- قانون دائرة القضاء في إمارة أبوظبي
- قانون الرسوم القضائية لإمارة أبوظبي
- تشريعات الجهاز الحكومي لإمارة أبوظبي
- التشريعات التعليمية

٣ - سلسلة الاتفاقيات الدولية

- الاتفاقيات الجماعية
- الاتفاقيات الدولية الخاصة بمكافحة الإرهاب
- اتفاقيات العمل الدولية
- الاتفاقيات الثنائية
- قانون الجمارك الموحد
- الاتفاقيات الدولية بشأن المواد النووية
- الوكالة الدولية للطاقة المتجددة (أيرينا)
- الاتفاقيات الدولية الخاصة بالنفط والبتترول
- الاتفاقيات الدولية الخاصة بالملكية الفكرية
- الاتفاقيات الدولية الخاصة بحماية البيئة
- نظام العلامات التجارية الموحد لدول مجلس التعاون الخليجي

٤ - سلسلة تشريعات الشركات

■ شركات النفط والبترو

■ الشركات العقارية

٥ - سلسلة التشريعات الرياضية

■ التشريعات الرياضية العامة

■ التشريعات الرياضية الخاصة بكرة القدم

■ تشريعات سباقات الهجن

٦ - سلسلة حقوق الإنسان

■ الاتفاقيات الدولية بشأن حقوق الطفل

■ الاتفاقيات الدولية الخاصة بحقوق المرأة

■ حقوق المعاقين

٧ - سلسلة التشريعات الانجليزية

■ دستور دولة الإمارات العربية المتحدة

■ قانون العقوبات الاتحادي

■ التنظيم القانوني للإفلاس

■ تشريعات قانون مكافحة غسل الأموال

■ قانون الأسلحة والذخائر

■ حقوق المعاقين

٨ - سلسلة أحكام محكمة النقض

- المحاماة في ضوء أحكام محكمة النقض
- الخبرة في ضوء أحكام محكمة النقض (الجزء الأول)
- الخبرة في ضوء أحكام محكمة النقض (الجزء الثاني)
- الشيك بدون رصيد في ضوء أحكام محكمة النقض
- المنازعات العمالية في ضوء أحكام محكمة النقض
- المخدرات في ضوء أحكام محكمة النقض (الجزء الأول)
- المخدرات في ضوء أحكام محكمة النقض (الجزء الثاني)
- الشركات في ضوء أحكام محكمة النقض
- أعمال البنوك في ضوء أحكام محكمة النقض
- القبض والتفتيش في ضوء أحكام محكمة النقض
- المنازعات الإدارية في ضوء أحكام محكمة النقض
- الاستعانة بمترجم في ضوء أحكام محكمة النقض
- التحكيم في ضوء أحكام محكمة النقض
- الإعلانات القضائية في ضوء أحكام محكمة النقض
- جرائم دخول وإقامة الأجانب في ضوء أحكام محكمة النقض

٩ - سلسلة البحوث والدراسات

- مبادئ النقض في جرائم القصاص والدية
- منهجية تحرير الأحكام وفق قانون الإجراءات المدنية الإماراتي
- الحماية الدولية لحقوق الإنسان
- بطلان أحكام التحكيم الأجنبية

١. - سلسلة التعاون الدولي

- دليل الإعلانات القضائية الأجنبية
 - دليل الإنابات القضائية الأجنبية
 - دليل تنفيذ الأحكام الأجنبية
 - الحصانة القضائية للمبعوث الدبلوماسي
 - اتفاقيات الحصانات والامتيازات الدبلوماسية
- كما أصدر المركز عدة كتب نشرت فيها بعض الدراسات التي قام بإنجازها في كثير من المجالات.

خامساً : الأنشطة الموازية

شارك المركز في بعض اللقاءات القانونية والقضائية كالحلقة النقاشية التي نظمت حول الخبرة القضائية، والندوة التي نظمت حول الإعلان العالمي لحقوق الإنسان، وبرنامج دعم قدرات المحامين .