

جلسة ٢٧ من مايو سنة ٢٠١٠

برئاسة السيد القاضى / محمد محمد طيبة نائب رئيس المحكمة
وعضوية السادة القضاة / عبد الجواد موسى ، عبد الله لملوم ، عمران محمود
عبد المجيد نواب رئيس المحكمة وحاتم كمال .

(١٢١)

الطعن رقم ٧٦٧ لسنة ٧٦ القضائية

(١-٤) دعوى " إجراءات رفع الدعوى: التكليف بالحضور: انعقاد الخصومة بالإعلان
أو بالحضور " .

(١) قيام الخصومة . شرطه . الربط بين الخصوم فى ساحة القضاء . وسيلته . الحضور
الفعلى أو الحكمى بالتخلف عن الحضور بعد الإعلان . عدم تحقق الإعلان . أثره . انعدام
الخصومة . علة ذلك . م ٦٣ ، ٦٧ ، ٦٨ مرافعات .

(٢) الإعلان . كفيته . تسليم الأوراق المطلوب إعلانها إلى الشخص أو فى موطنه . مخالفة
ذلك . أثره . عدم انعقاد الخصومة . م ١٠ مرافعات .

(٣) عدم انعقاد الخصومة . أثره . فقدان الحكم محله . الاحتجاج بمثل هذا الحكم مواجهته
بإقامة دعوى أصلية ببطلانه .

(٤) تقديم محامى الطاعنين طلباً بإعادة الدعوى للمرافعة بعد حجزها للحكم أمام محكمة أول
درجة لوفاة مورثة الطاعنين (الثالث والرابعة) وإرفاقه شهادة وفاتها بالأوراق وصدور حكم فى
الدعوى برفضها لعدم تقديم البنك (المدعى) المستندات . اختصام البنك فى استئنائه مورثة
الطاعنين وصدور الحكم المطعون فيه ضدها رغم وجود شهادة وفاتها أمام محكمة أول درجة . أثره .
عدم قبول طعن الثالث والرابعة بالنقض . علة ذلك .

(٥) التماس إعادة النظر : حالاته " .

اتخاذ الطاعنة الثانية موطناً آخر غير موطنها المعلوم للبنك المطعون ضده - وقت إبرامها
وإخوتها معه عقد المراجعة - دون إخطاره . إعلانها فى مواجهة النيابة بعد إجراء التحريات عن
موطنها وعدم الاستدلال عليه . تنظيم المشرع طريق الطعن بالتماس إعادة النظر لمن صدر الحكم

عليه من الأشخاص الطبيعية أو الاعتبارية دون أن يكون ممثلاً تمثيلاً صحيحاً فى الدعوى .
م ٧/٢٤١ مرافعات . أثره . عدم قبول طعنهما بالنقض .

(٦) تحكيم " اتفاق التحكيم : ماهيه الاتفاق على التحكيم " .

شروط التحكيم . عدم تعلقه بالنظام العام . مؤداه . ليس للمحكمة أن تقضى بإعماله من تلقاء
نفسها . وجوب التمسك به أمامها .

(٧) محكمة الموضوع " سلطة محكمة الموضوع بالنسبة لمسائل الإثبات: سلطتها بشأن ندب
الخبراء " .

محكمة الموضوع لها عدم الاستعانة بأهل الخبرة متى وجدت فى الأوراق ما يكفى لتكوين
عقيدتها وفى الحقيقة التى اقتنعت بها الرد الضمنى لكل ما يخالفها من حجج الخصوم .

١- مؤدى نصوص المواد ٦٣ ، ٦٧ ، ٦٨ من قانون المرافعات أن شرط قيام
الخصومة - كما نظمها قانون المرافعات - هو الربط بين طرفيها المتخاصمين فى ساحة
القضاء بالمثل فيها حقيقة بالحضور الفعلى أو حكماً بالتخلف عن الحضور مع هذا لا
تقوم المواجهة بين دعوى المدعى ودفاع المدعى عليه ليفصل بينهما القضاء ، تلك
المواجهة التى لا تتأتى - على ما أوجبه القانون - إلا بإعلان المدعى عليه للحضور
أمام القاضى فى التاريخ المحدد لنظر الدعوى ليحق له الفصل فى خصومة معقودة بين
يديه . لما كان ذلك ، فإنه ما لم يتحقق الإعلان - على هذا النحو - فلا تكون ثمة
خصومة ، فإذا قضى فيها القاضى رغم ذلك كان قضاؤه وارداً على غير محل .

٢- إذ كان نص المادة (١٠) من قانون المرافعات يقضى بأن " تسلم الأوراق
المطلوب إعلانها إلى الشخص نفسه أو فى موطنه " وكان تسليم صحيفة افتتاح الدعوى
فى غير موطن المدعى عليه من شأنه أن يحول بين المدعى عليه وبين الاتصال
بالدعوى عن طريق الحضور أمام القضاء الأمر الذى يفوت الغاية من تلك الورقة
ويبطلها تبعاً لذلك ولا تتعقد الخصومة بها .

٣- إذا كان عدم انعقاد الخصومة من شأنها أن يفقد الحكم محله ويجرده بالتالى

من ركن لا قيام له بدونه ، فإنه لا جناح على من يحتج عليه بمثل هذا الحكم أن يواجه ذلك بإقامة دعوى أصلية ببطلانه .

٤- إذ كان الثابت بالأوراق أن محامى الطاعنين بعد أن حجزت محكمة أول درجة الدعوى للحكم قدم لها طلباً بإعادتها للمرافعة لوفاة مورثة الطاعنين الثالث والرابعة مرفقاً به شهادة رسمية بوفاتها فأشر عليها رئيس المحكمة بالإرفاق وأصدرت المحكمة حكمها فى الدعوى بجلسة ٢٩/٣/٢٠٠٥ بالرفض لعدم تقديم البنك المستندات المؤيدة لدعواه ، ورغم ذلك فقد اختصم البنك فى استئنافه للحكم على مورثة الطاعنين الثالث والرابعة والمطعون ضدهم بالبند ثانياً ، وإذ لم تظن محكمة الاستئناف لذلك وأصدرت حكمها المطعون فيه رغم وجود شهادة الوفاة بملف الدعوى أمام محكمة أول درجة ، فإنه لا يكون لورثتها ومنهم الطاعنين الثالث والرابعة إلا رفع دعوى أصلية بانعدام الحكم ويكون طعنهما عليه بطريق النقض غير مقبول .

٥- إذ كانت الطاعنة الثانية قد اتخذت - كما تدعى - موطناً آخر لها غير موطنها المعلوم للبنك المطعون ضده وقت أن أبرمت وإخوتها معه عقد المراجعة دون تخطره بذلك ، فقام البنك المطعون ضده - بعد إجراء تحريات عن موطنها بمعرفة الشرطة وعدم الاستدلال عليه - بإعلانها فى مواجهة النيابة بعد إذن المحكمة له بذلك ، وكان المشرع قد رسم بنص المادة ٢٤١ فقرة (٧) من قانون المرافعات طريق الطعن بالتماس إعادة النظر لمن صدر الحكم عليه من الأشخاص الطبيعية أو الاعتبارية دون أن يكون ممثلاً تمثيلاً صحيحاً فى الدعوى ، فإن طعنها بالنقض يكون غير مقبول .

٦- شرط الالتجاء إلى التحكيم فى المنازعات لا يتعلق - وعلى ما جرى به قضاء محكمة النقض - بالنظام العام ، فلا يجوز للمحكمة أن تقضى بإعماله من تلقاء نفسها وإنما يتعين التمسك به أمامها .

٧- لا على محكمة الموضوع إن هى لم تر الاستعانة بأهل الفن من الخبراء إذا وجدت فى أوراق الدعوى ما يكفى لتكوين عقيدتها للفصل فى النزاع وفى الحقيقة التى اقتنعت بها الرد الضمنى لكل ما يخالفها من حجج الخصوم .

المحكمة

بعد الاطلاع على الأوراق وسماع التقرير الذى تلاه السيد القاضى المقرر والمرافعة وبعد المداولة .

حيث إن الوقائع تتحصل - على ما يبين من الحكم المطعون فيه وسائر الأوراق - فى أن الممثل القانونى للبنك المطعون ضده الأول أقام على الطاعنين - الأول عن نفسه وبصفته وأخوته الطاعنتين الثانية والخامسة ومورثة الطاعنين الثالث والرابعة - الدعوى رقم لسنة ٢٠٠٣ تجارى جنوب القاهرة الابتدائية بطلب الحكم بإلزامهم متضامنين بأن يؤدوا له مبلغ ١٢٦٤٦٠٠ جنيهاً استحقاق ٢٣/١/٢٠٠١ وما يستجد من عائد وعمولات ومصاريف حتى تمام السداد والمصروفات شاملة أتعاب المحاماة ، على سند من مديونية الشركة القائمة بينهم للبنك الذى يمثله فى هذا المبلغ نتيجة لتسهيلات إئتمانية بموجب عقود تمويل ومرابحة إسلامية مع الطاعن الأول بضمان وكفالة أخوته كشركاء بتاريخ ٢٢/٦/١٩٩٨ ، وإذ توقفت الشركة عن الوفاء بالمديونية ، رغم إنذار كل من الشركاء فيها بتاريخ ١٧/٣/٢٠٠٣ فقد أقام الدعوى وأقام المدعى عليهم على البنك دعوى فرعية بطلب براءة ذمة الشركة من الدين وإلزام البنك بتقديم كشف حساب عنه ، ولما لم يقدم البنك المطعون ضده المستندات المؤيدة لدعواه حكمت المحكمة برفض الدعوى الأصلية وباعتبار الدعوى الفرعية كأن لم تكن . استأنف البنك المطعون ضده الأول هذا الحكم بالاستئناف رقم لسنة ١٢٢ ق القاهرة ، وبتاريخ ٢٩/١١/٢٠٠٥ قضت المحكمة بإلغاء الحكم المستأنف وإلزام المستأنف ضدهم بأن يؤدوا للبنك المستأنف - المطعون ضده - مبلغ ١٢٦٤٦٠٠ جنيهاً حتى ٢٣/١/٢٠٠١ وما يستجد من عوائد تأخير والعمولات والمصاريف حتى تمام السداد . طعن الطاعنون على هذا الحكم بطريق النقض ، وقدمت النيابة مذكرة أبدت فيها الرأى بنقض الحكم ، وإذ عُرض الطعن على هذه المحكمة فى غرفة مشورة حددت جلسة لنظره وفيها التزمت النيابة رأياً .

وحيث إن الطعن أقيم على أربعة أسباب ينعى الطاعنون على الحكم المطعون فيه

بالسببين الأول والثانى البطلان وفى بيان ذلك يقولون إن الخصومة لم تتعد بالنسبة للطاعة الثانية لثبوت إعلانها أمام درجتى التقاضى على محل إقامة ثبت من التحرى بمعرفة الشرطة عدم إقامتها فيه ، كما أن البنك المطعون ضده الأول قد اختصم فى استئنافه للحكم الابتدائى مورثة الطاعنين الثالث والرابعة والمطعون ضدهم (ثانياً) رغم أنه قد ثبت وفاتها رسمياً بموجب شهادة وفاة قدمت لمحكمة أول درجة قبل إصدارها لحكمها المستأنف ، مما يعيبه بالبطلان ويوجب نقضه .

وحيث إن هذا النعى غير مقبول ، ذلك أن مؤدى نصوص المواد ٦٣ ، ٦٧ ، ٦٨ من قانون المرافعات أن شرط قيام الخصومة - كما نظمها قانون المرافعات - هو الربط بين طرفيها المتخاصمين فى ساحة القضاء بالمثل فيها حقيقة بالحضور الفعلى أو حكماً بالتخلف عن الحضور مع هذا لا تقوم المواجهة بين دعوى المدعى ودفاع المدعى عليه ليفصل بينهما القضاء ، تلك المواجهة التى لا تتأتى - على ما أوجبه القانون - إلا بإعلان المدعى عليه للحضور أمام القاضى فى التاريخ المحدد لنظر الدعوى ليحق له الفصل فى خصومة ومعقودة بين يديه . لما كان ذلك ، فإنه ما لم يتحقق الإعلان - على هذا النحو - فلا تكون ثمة خصومة ، فإذا قضى فيها القاضى رغم ذلك كان قضاؤه وارداً على غير محل ، ولما كان نص المادة (١٠) من قانون المرافعات يقضى بأن " تسلم الأوراق المطلوب إعلانها إلى الشخص نفسه أو فى موطنه " وكان تسليم صحيفة افتتاح الدعوى فى غير موطن المدعى عليه من شأنه أن يحول بين المدعى عليه وبين الاتصال بالدعوى عن طريق الحضور أمام القضاء الأمر الذى يفوت الغاية من تلك الورقة ويبطلها تبعاً لذلك ولا تتعد الخصومة بها ، وكان عدم انعقاد الخصومة من شأنها أن يفقد الحكم محله ويجرده بالتالى من ركن لا قيام له بدونه فإنه لا جناح على من يحتج عليه بمثل هذا الحكم أن يواجه ذلك بإقامة دعوى أصلية ببطلانه . لما كان ذلك ، وكان الثابت بالأوراق أن محامى الطاعنين بعد أن حجزت محكمة أول درجة الدعوى للحكم قدم لها طلباً بإعادتها للمرافعة لوفاة مورثة الطاعنين الثالث والرابعة مرفقاً به شهادة رسمية بوفاتها فأشر عليها رئيس المحكمة بالإرفاق وأصدرت المحكمة حكمها

فى الدعوى بجلسة ٢٩/٣/٢٠٠٥ بالرفض لعدم تقديم البنك المستندات المؤيدة لدعواه ، ورغم ذلك فقد اختصم البنك فى استئنائه للحكم على مورثة الطاعنين الثالث والرابعة والمطعون ضدهم بالبند ثانياً ، وإذ لم تقطن محكمة الاستئناف لذلك وأصدرت حكمها المطعون فيه رغم وجود شهادة الوفاة بملف الدعوى أمام محكمة أول درجة ، فإنه لا يكون لورثتها ومنهم الطاعنون الثالث والرابعة إلا رفع دعوى أصلية بانعدام الحكم ويكون طعنهما عليه بطريق النقض غير مقبول ، ولما كانت الطاعنة الثانية قد اتخذت - كما تدعى - موطناً آخر لها غير موطنها المعلوم للبنك المطعون ضده وقت أن أبرمت وإخوتها معه عقد المرابحة دون أن تخطر به بذلك ، فقام البنك المطعون ضده - بعد إجراء تحريات عن موطنها بمعرفة الشرطة وعدم الاستدلال عليه - بإعلانها فى مواجهة النيابة بعد إذن المحكمة له بذلك ، وكان المشرع قد رسم بنص المادة ٢٤١ فقرة (٧) من قانون المرافعات طريق الطعن بالتماس إعادة النظر لمن صدر الحكم عليه من الأشخاص الطبيعية أو الاعتبارية دون أن يكون ممثلاً تمثيلاً صحيحاً فى الدعوى ، فإن طعنهما بالنقض - أيضاً - يكون غير مقبول .

وحيث إن الطعن بالنسبة لباقي الطاعنين استوفى أوضاعه الشكالية .

وحيث إن الطاعنين ينعون بالسببين الثالث والرابع على الحكم المطعون فيه مخالفته لشرط اللجوء للتحكيم الوارد بعقود الكفالة للدين قبل سلوك طريق التقاضى العادى أمام محاكم القاهرة التى لا ينعقد لها الاختصاص قبل اللجوء للتحكيم ، هذا إلى أن الحكم قضى فى النزاع بإلزامهم بالمبلغ المقضى به أخذاً بكشوف الحساب التى قدمها البنك المطعون ضده دون إحالتها لمكتب الخبراء لفحصها وبيان حقيقة المديونية واعتراضاتهم عليها ، إذ إن عقود الكفالة التى قدمها البنك هى من الأوراق العرفية التى لا يعتد بها فى مواجهتهم ، مما يعيبه بالقصور المبطل بما يستوجب نقضه .

وحيث إن النعى بهذين السببين غير مقبول ، ذلك أن شرط الالتجاء إلى التحكيم فى المنازعات لا يتعلق - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - بالنظام العام فلا يجوز للمحكمة أن تقضى بإعماله من تلقاء نفسها وإنما يتعين التمسك به أمامها ، كما

أنه لا على محكمة الموضوع إن هي لم تر الاستعانة بأهل الفن من الخبراء إذا وجدت في أوراق الدعوى ما يكفي لتكوين عقيدتها للفصل في النزاع وفي الحقيقة التي اقتنعت بها الرد الضمني لكل ما يخالفها من حجج الخصوم . لما كان ذلك ، وكان الحكم المطعون فيه قد أقام قضاءه على ما ثبت من أوراق حسابات البنك المطعون ضده الأول من مديونية الشركة الطاعنة والشركاء فيها للبنك بالمبلغ المقضى به ، وكانت الأسباب التي ساقها سائغة ولها أصلها الثابت بالأوراق - كشوف الحساب - التي لم يطعن الطاعنون عليها بثمة مطعن - فإن ما يثيرونه بهذين السببين لا يعدو أن يكون جدلاً في سلطة محكمة الموضوع في فهم الواقع في الدعوى وتقدير الأدلة مما تتحسر عنه رقابة هذه المحكمة ، ويكون النعي غير مقبول .

ولما تقدم ، يتعين الحكم برفض الطعن بالنسبة للطاعنين الأول عن نفسه وبصفته والأخيرة ، وبعدم قبوله بالنسبة لباقي الطاعنين وألزم الطاعنين المصروفات مع مصادرة الكفالة .

—————

Court of Cassation