



جامعة دمشق
كلية الحقوق
قسم القانون الخاص

الدفع بعدم القبول في دعاوى المدنية والتجارية

بحث علمي قانوني أعدّ لنيل درجة الماجستير في القانون الخاص

إعداد الطالب
نزیه أوسكان

إشراف الدكتور
علي الجاسم
الأستاذ المساعد في قسم القانون الخاص

1439هـ - 2018م

أعضاء لجنة الحكم

استناداً إلى قرار مجلس البحث العلمي والدراسات العليا رقم / 3188 / تاريخ
2018/8/27 م، تم مناقشة هذه الرسالة بتاريخ 2018/9/13 م.
وقد تألفت لجنة المناقشة من السادة الأساتذة:

الدكتورة أمل شربا الأستاذة في قسم القانون الخاص

بكلية الحقوق – جامعة دمشق

عضواً

التوقيع

الدكتور علي الجاسم الأستاذ المساعد في قسم القانون الخاص

بكلية الحقوق – جامعة دمشق

عضواً مشرفاً

التوقيع

الدكتور عمران كحيل الأستاذ المساعد في قسم القانون الخاص

بكلية الحقوق – جامعة دمشق

عضواً

التوقيع

بسم الله الرحمن الرحيم

أَفَلَا يَعْلَمُونَ
أَنَّهُمْ قُلُوبُهُمْ
وَأَنَّهُمْ قُلُوبُهُمْ
وَأَنَّهُمْ قُلُوبُهُمْ

صدق الله العظيم

الإهداء

إلى الوطن الذي أفخر بالانتماء إليه... إليك سورية
إلى من علمني... إليكم أساتذتي في كلية الحقوق
إلى كل من ساندني ووقف بجانبني وشجعني...
إليكم أبي وأمي أخوتي وأخواتي وجميع أقربائي
إلى من أحمل لهم أجمل الذكريات... إليكم أصدقائي

شكر وتقدير

بداية الحمد والشكر لله العظيم، الذي أمدني بالقوة والصبر
كما يسعدني ويشرفني أن أقدم بأسمى آيات الشكر والامتنان، إلى أستاذي الفاضل . . .

الدكتور علي الجاسم

الذي كرمني بقبوله الإشراف على رسالتي فمدّ لي يد العون، حيث كان لإرشاداته
وتوجيهاته عظيم الأثر بإنجاز هذا العمل، فله مني كل التقدير والاحترام .
وأتوجه بخير الشكر، إلى السادة أعضاء اللجنة لقبولهم مناقشة هذه الرسالة، فملاحظاتهم
وتوصياتهم ستثري هذا العمل .

وأتوجه بخير الشكر إلى عمادة كلية الحقوق، وكادرها التعليمي لما يبذلونه من جهود جليّة
في دعم البحث العلمي، ورفد المجتمع بالكوادر القانونية المتميزة .
كما أتوجه بالشكر إلى السادة العاملين في مكتبة الأسد، ومكتبة كلية الحقوق لجامعة
دمشق، ومكتبة القصر العدلي بدمشق، وذلك لما قدموه لي من عون .

المقدمة

يُمنع على الشخص اقتضاء حقوقه بنفسه، وذلك في حال ما تعرضت للإنكار أو للاعتداء أو للتهديد من قبل الآخرين، وإنما يتوجب عليه أن يلجأ إلى الوسائل التي أباحها القانون لحماية الحقوق وتقريرها، ومن أهم تلك الوسائل القانونية هي الدعوى، فالدعوى هي وسيلة قانونية يتمكن من خلالها من يزعم تعرض حقه للإنكار أو للاعتداء بمراجعة السلطة القضائية لتأمين الحماية لحقه، وذلك بعد أن تتأكد المحكمة من صحة هذا الزعم من عدمه، وهي بالنسبة للخصم الآخر الحق في مناقشة صحة هذا الزعم.

فتكفل الدولة حق التقاضي، كما تكفل حق الدفاع، وإذا كان الادعاء يتحقق بلجوء الشخص إلى القضاء للمطالبة بحماية حقوقه ومصالحه عن طريق رفع الدعوى بواسطة الطلب، فإن الدفاع يتحقق بتمكين الشخص المرفوع عليه الدعوى بمجابهة هذا الادعاء بكل جوانبه، وبذلك يكون القانون قد يسر السبيل لاستعمال حق التقاضي وحق الدفاع، وحتى يصدر حكم يكون حجة على الخصوم.

فإذا لجأ الشخص إلى القضاء لحماية حقه، فإنه يجب أن يكون له حق موضوعي مهدد أو منكر بحاجة للحماية القضائية، وأن يلتزم بالإجراءات الشكلية المبينة في قانون أصول المحاكمات حتى تتعقد الخصومة صحيحة، وأن يكون قد راعى شروط قبول الدعوى سواء العامة أم الخاصة، الإيجابية أم السلبية، أي أن تكون له دعوى مقبولة، فإذا لم يلتزم بهذا كان من حق المدعى عليه أن يرد على ذلك بواسطة الدفع التي تختلف باختلاف الغرض منها، والأثر الناتج عن التمسك بها، فإذا كان الدفع موجهاً للحق الموضوعي بقصد رفضه كلياً أو جزئياً، كان دفعاً موضوعياً، وإذا كان الدفع موجهاً للخصومة أو بعض إجراءاتها بقصد إيقاف أو تأخير الفصل فيها، كان دفعاً شكلياً، أما إذا كان الدفع موجهاً للدعوى وشروط قبولها، بقصد منع المحكمة من النظر في موضوعها، وإصدار الحكم فيه كان دفعاً بعدم القبول.

فلم يلزم المشرع القضاء بالفصل في كل ما يقدم إليه من ادعاءات، لعدم إضاعة الوقت والجهد والمصاريف سدىً في بحث منازعات غير مفيدة أو غير جدية؛ لذا اشترط للنظر في أي دعوى تقدم إليه توافر شروط معينة، إن توافرت قام للمدعي حقاً في أن يحصل من القضاء على حكم في موضوع ما يدعيه، وإن لم تتوافر هذه الشروط في الدعوى المرفوعة كان من حق المدعي عليه دفعها بدفع يسمى (دفع عدم القبول).

فتنقسم الدفوع إلى دفوع شكلية ودفوع موضوعية ودفوع بعدم القبول، وإذا كان المشرع قد نظم الدفوع الموضوعية والدفوع الشكلية تنكظيماً كافياً وافياً، وبين الحالات التي تثار فيها، والنظام القانوني الخاص بكل منهما، إلا أنه لم يفعل ذلك بالنسبة للدفوع بعدم القبول، فهل هذه الدفوع توجه إلى الحق أم إلى الخصومة، أم هي دفوع لا توجه للحق، كما أنها لا توجه للخصومة؟ اختلف الفقه والقضاء في هذا الأمر، فصاغت هذه الدفوع بين الدفوع الموضوعية والدفوع الشكلية.

فلم يخص المشرع السوري الدفع بعدم القبول بأي نص يبين مفهومه أو حقيقته، أو الحالات التي يوجه فيها، أو نظامه القانوني، وأغلب الظن أن المشرع لم يشأ أن يتدخل في تنظيم مسألة هي أساساً كانت محل خلاف واجتهاد في الفقه والقضاء وذلك عند وضعه لقانون الأصول، وليترك المجال واسعاً للبحث فيه دون التقيد بنصوص غير حاسمة للمسألة المنظمة. وهو ما كان عليه موقف المشرعين الفرنسي واللبناني في ذلك الوقت أيضاً، إلا أن المشرع الفرنسي ومثله اللبناي قد عدلا عن موقفهما، فنصا على نظرية متكاملة للدفع بعدم القبول، إذ قاما بتعريف هذا الدفع، وبيننا أهم حالاته، ووقت الإدلاء به، وطبيعة الحكم الصادر فيه، ويمكن القول إن موقف المشرع المصري لا يختلف كثيراً عن موقف المشرع السوري سوى أنه بيّن وقت الإدلاء بهذا الدفع، إلا أن عدم تنظيم المشرع لهذه الدفوع بنصوص خاصة أدى إلى ضياعها بين الدفوع الموضوعية والدفوع الشكلية، وخلط حالاته بحالات هذه الدفوع، والحكم فيه وكأنه دفع موضوعي أو شكلي، وتطبيق النظام القانوني لهذين الدفعين عليه، مما أدى لصدور أحكام متناقضة لا تتناسب والطبيعة الخاصة لهذا الدفع، فنص المشرع الفرنسي صراحة على عدّ دفعاً بعدم القبول،

بينما نجد أن أغلب أحكام محكمة النقض المصرية تذهب لاعتباره دفعاً موضوعياً، ويطبق النظام القانوني لهذه الدفوع عليه، ومن جهة أخرى نجد أن محكمة النقض السورية تعد أغلب حالات هذا الدفع من قبيل حالات الدفوع الشكلية وخاصة الدفع لانتهاء الصفة، والدفع بعدم قبول الدعوى لعدم رفعها في الميعاد المحدد.

ومن هنا كان تطليحي لإجراء هذا البحث، والذي سأحاول فيه عرض مختلف الآراء التي قيلت في هذا الدفع ومناقشتها وتحليلها، بغرض التوصل إلى أفضل الحلول التي عالجت المشاكل المتعلقة بهذا الدفع.

- مشكلة البحث:

إن الدفع بعدم القبول هو أحد أنواع الدفوع التي تُثار في الدعوى، وإذا كان الفقه والقضاء قد أجمعا على أن هذا الدفع يوجه إلى الدعوى أو شروط قبولها، إلا أنهم اختلفوا في تحديد نوعه أو طبيعته: أهو دفع موضوعي، أم دفع شكلي، أم دفع مختلط، أم ليس كل هذا؟ وقد ترتب على اختلافهم في هذا الأمر، اختلافهم في تحديد ماهية وحالات وموقع هذا الدفع من الدفوع الأخرى، ومن الجزاءات الإجرائية الموجودة في قانون الأصول إلى اتجاهات ومذاهب متعددة؛ ولذلك اختلفوا أيضاً في تحديد النظام القانوني الذي يجب إخضاعه له، ويرجع ذلك بشكل أساسي في رأينا إلى الغموض الذي أحيط بنظرية الدعوى، كون الدفع بعدم القبول هو دفع يوجه للدعوى أو شروط قبولها، فاختلاف الفقه في تحديد العلاقة بين الدعوى والحق، أدى لاختلافهم في موقع هذا الدفع من الدفوع الأخرى، واختلافهم في تحديد شروط قبولها أدى لاختلافهم في تحديد حالاته.

وبناء على ما تقدم يمكننا طرح التساؤلات التالية:

- 1- ما مفهوم هذا الدفع؟ وهل يمكن وضع تعريف جامع مانع له يميزه عن الدفوع الأخرى، وعن الجزاءات الإجرائية الموجودة في قانون الأصول؟
- 2- وإذا كان الدفع بعدم القبول هو دفع موجه للدعوى أو شروط قبولها، فهل يمكن التوصل إلى تعريف دقيق وجامع مانع للدعوى، وتحديد صلة الدعوى بالحق، وحصص شروط قبول الدعوى؟ وهذه المسائل كلها اختلف فيها الفقه والقضاء حتى قيل إنه توجد من نظريات الدعوى بقدر عدد الكتاب الذين ألفوا وكتبوا فيها،

وهنا كانت صعوبة البحث في هذا الدفع، فالغموض في نظرية الدعوى سواء من حيث مفهومها، أم علاقتها بالحق، أم شروط قبولها، أدى لاختلاف الفقه والقضاء حول مفهوم الدفع بعدم القبول، والمسائل التي توجه إليها، واختلفوا كذلك حول ما إذا كان دفعاً موضوعياً أو شكلياً أو دفعاً مختلطاً أو دفعاً مستقلاً؛ ومما أدى لاختلافهم في النظام القانوني الواجب التطبيق عليه.

3- ما مدى تعلق هذا الدفع بالنظام العام؟ وما مدى السلطات الممنوحة للخصوم وللقاضي إزاء هذا الدفع، وخاصة من حيث وقت الإدلاء به؟

4- ما طبيعة أو نوع الدفع بعدم القبول؟ وهل الحكم الصادر فيه هو حكم موضوعي أي صادر في أصل الحق المدعى به؟ أم هو حكم فرعي صادر قبل الفصل في موضوع الدعوى؟ وما يترتب على ذلك من نتائج: فهل الحكم الصادر فيه يحوز الحجية أم لا؟ وهل يجوز تجديد الدعوى بعد صدور الحكم في الدفع؟ وما آثار الحكم الصادر في الدفع بعدم القبول على صحيفة الدعوى، وخاصة الحكم الصادر بقبول الدفع وبعدم قبول الدعوى؟ وهل الطعن في الحكم الصادر فيه بالاستئناف أو بالنقض ينقل إلى محكمة الطعن الدعوى برمتها؟ أم أن أثر الطعن يقتصر على ما طعن فيه بالفعل، وبالتالي فالمحكمة لا تستنفد سلطتها بالنسبة للموضوع الذي لم تبثه؟

هذه هي المشاكل المتعلقة بهذا الدفع، والتي بالإجابة عليها نكون قد توصلنا لإزالة الغموض الذي يحيط به.

- أهمية البحث وأهدافه:

تتجلى أهمية هذا الدفع في أنه يترتب عليه في حال ما كان المدعى عليه محقاً فيه لعدم قبول دعوى المدعي وذلك دون البحث في موضوعها، وعليه فهذا الدفع يحقق وظيفة هامة تتفق مع مبدأ الاقتصاد في الخصومة، وعدم انشغال المحاكم بدعاوى لا فائدة منها.

إلا أن الغموض الذي يحيط بهذا الدفع، وعدم تنظيم المشرع له بنصوص خاصة تبين حقيقته ونظامه القانوني هو الذي دفعنا إلى دراسته، ويهدف هذا البحث بشكل أساسي إلى عرض مختلف الآراء الفقهية والقضائية التي عالجتها

المشاكل المتعلقة بهذا الدفع، وذلك بهدف التوصل إلى أفضل وأحسن هذه الآراء، وبيان مدى الحاجة إلى تنظيم هذا الدفع بنصوص خاصة في قانون أصول المحاكمات السوري، وذلك أسوة بالمشعر الفرنسي الذي قام بوضع نظرية متكاملة له، حيث عرّف الدفع، وبَيّن أغلب حالاته، وميزه عن الدفع الأخرى، وبين وقت الإدلاء به، وحدد نظامه القانوني، ونص على أن الحكم في الدفع هو حكم فرعي، لا يمس موضوع الدعوى، ولا يخفى ما في ذلك من أهمية إذ بتحديد مفهوم هذا الدفع، وبيان حالاته، والوقت الذي يجوز فيه التمسك به، وطبيعة الحكم الصادر فيه، بما يمكن المدعى عليه من تهيئة دفاعه بالشكل الأمثل، ويؤدي من ناحية أخرى إلى منع صدور أحكام متناقضة.

- منهج البحث:

منهج تحليلي تجلى في تحليل مختلف الآراء التي قيلت في الدفع بعدم القبول ومناقشتها، ومنهج مقارنة تجلى في المقارنة بين بعض القوانين التي نظمت هذا الدفع، وقانون أصول المحاكمات السوري.

- نطاق البحث وخطته:

يتناول بحثنا موضوع الدفع بعدم القبول، ومن أجل إزالة الغموض الذي أحيط به يتوجب علينا عرض التعريفات المختلفة التي قيلت بشأنه، وتمييز جزاء عدم القبول عن الجزاءات الإجرائية الأخرى الموجودة في قانون الأصول، ويتوجب علينا تحديد حالاته أي المسائل التي يوجه إليها، وذلك كله يتطلب منا التعريف بالدعوى وتحديد علاقتها بالحق الموضوعي، وتحديد شروط قبولها، وهو ما سنبحثه في الفصل الأول من هذا البحث. ويتوجب علينا تحديد موقع هذا الدفع من الدفع الأخرى الموجودة في الدعوى المدنية، ومن ذلك كله لنصل إلى تحديد النظام القانوني للدفع من حيث وقت الإدلاء به، ومدى سلطات الخصوم والقاضي إزاءه، ومدى حجية الحكم الصادر فيه، وما يترتب على ذلك من نتائج، وما آثار الطعن فيه، وهو ما سنناقشه في الفصل الثاني.

ولعرض النقاط السابقة كافة، وللإجابة عن التساؤلات المطروحة، فقد رأينا تقسيم هذا البحث وفق التقسيم اللاتيني الثنائي بتقسيمه إلى فصلين، وكل فصل إلى مبحثين، وكل مبحث إلى مطلبين، وذلك على النحو التالي:

الفصل الأول: ماهية الدفع بعدم القبول.

المبحث الأول: مفهوم الدفع بعدم القبول.

المطلب الأول: التعريف بالدفع بعدم القبول.

المطلب الثاني: تمييز جزء عدم القبول عن الجزاءات الإجرائية الأخرى.

المبحث الثاني: تحديد حالات الدفع بعدم القبول.

المطلب الأول: انتفاء الحق في الدعوى.

المطلب الثاني: انتفاء شروط قبول الدعوى.

الفصل الثاني: النظام القانوني للدفع بعدم القبول.

المبحث الأول: موقع الدفع بعدم القبول من الدفوع الأخرى.

المطلب الأول: الاتجاه الذي يدمج الدفع بعدم القبول ضمن الدفوع الأخرى.

المطلب الثاني: الاتجاه الذي يميز الدفع بعدم القبول عن الدفوع الأخرى.

المبحث الثاني: أحكام الدفع بعدم القبول.

المطلب الأول: سلطات الخصوم والمحكمة إزاء الدفع بعدم القبول.

المطلب الثاني: الحكم الصادر في الدفع بعدم القبول.

الخاتمة.

الفصل الأول

ماهية الدفع بعدم القبول

يقتضي البحث في ماهية الدفع بعدم القبول التعريف به، وذلك بعرض مختلف التعريفات التي قيلت فيه سواء أكان في القانون، أم في القضاء، أم في الفقه.

وكون عدم القبول يعد دفعاً من الدفع، فهو جزء إجرائي، ونظراً لأنّ هذا الجزء قد يختلط في كثير من الحالات بالجزاء الإجرائية الأخرى الموجودة في قانون الأصول، فيجب بيان موقع هذا الجزء من الجزاءات الأخرى. وهذان العنوانان نناقشهما في المبحث الأول.

ويجب علينا حصر أو تحديد حالات الدفع بعدم القبول، ومدى تميزها عن حالات الدفع الشكلية والدفع الموضوعية، وهو ما سيكون موضوع المبحث الثاني من هذا الفصل.

المبحث الأول

مفهوم الدفع بعدم القبول

يتطلب التعريف بالدفع بعدم القبول التطرق للتعريفات التي قيلت بشأنه، إذ حاول المشرع في بعض الدول، والاجتهاد القضائي والفقهية، الخروج بتعريف جامع مانع له، يميزه عن غيره من الأنظمة والجزاءات الأخرى التي قد تشتبه به من جهة، وعن الدفع الأخرى الموجودة في الدعوى المدنية من جهة أخرى، وذلك كله من أجل الوصول إلى أنسب تعريف للدفع بعدم القبول، ونعرض لهذا في المطلب الأول.

وكون الدفع بعدم القبول هو الجزاء الإجرائي الذي رتبته المشرع عند انتقاء حقّ الدعوى أو شروط قبولها، فقد يختلط بالجزاءات الإجرائية الأخرى الموجودة في قانون الأصول؛ ولهذا يجب بيان موقع هذا الجزاء من الجزاءات الإجرائية الأخرى، وهو ما سنبينه في المطلب الثاني من هذا المبحث.

المطلب الأول

التعريف بالدفع بعد القبول

نستعرض تعريف الدفع بشكل عام، ومن ثم نبين الدفوع الموجودة في الدعوى المدنية، ونختتم هذا المطلب بتعريف الدفوع بعدم القبول.

تعريف الدفع: من القوانين التي عرفت الدفع، قانون المرافعات العراقي، وذلك في المادة الثامنة منه، والتي نصت على أنّ الدفع هو " الإلتيان بدعوى من جانب المدعى عليه، تدفع دعوى المدعي وتستلزم ردها كلاً أو بعضاً ".

وقد عرفت محكمة النقض السورية الدفع بأنّه " السبب الذي يتذرع به المدعى عليه لطلب رد دعوى خصمه، فالدفع هو ما يثيره المدعى عليه للتخلص من دعوى المدعي⁽¹⁾. " أو أن الدفوع هي " جميع وسائل الدفاع التي يجوز للخصم أن يستعين بها لجيب على دعوى خصمه، بقصد تفادي الحكم لخصمه بما يدعيه⁽²⁾ ".

والفقه بدوره يعرف الدفع: على أنّه " جواب الخصم على ادعاء خصمه بقصد منع الحكم له بما يدعيه⁽³⁾. " أو أنّ الدفع هو " ما يجيب به الخصم على دعوى خصمه⁽⁴⁾. " فالدفوع في قانون الأصول هي مصطلح إجرائي يقصد به الأداة الأخرى من أدوات استعمال الحق في الدعوى، فإذا كانت الدعوى هي عبارة عن حق إجرائي يخول صاحبه مكنة طرح ادعاء معين على القضاء طالباً منه الحكم في موضوعه، فإنّ المدعى عليه له الحقّ في دفع هذه الدعوى بالعديد من الدفوع

(1) - نقض مدني سوري /ق/226/أ/652 تاريخ 1997/3/2، سجلات محكمة النقض، الحسيني 1419/2. أشار إليه د. أيمن أبو العيال، د. أحمد الحراكي، أصول المحاكمات المدنية السوري، ج1، جامعة دمشق، مركز التعليم المفتوح، دمشق، 2006م، ص 299.

(2) - نقض مدني سوري /ق/612/أ/965 تاريخ 1997/5/11، سجلات محكمة النقض، الحسيني 1421/2. أشار إليه د. أيمن أبو العيال، د. أحمد الحراكي، مرجع سابق، ص 299.

(3) - د. أحمد السيد الصاوي، شرح قانون المرافعات المدنية والتجارية، بدون ناشر وسنة النشر، ص261، بند 134.

(4) - د. رمزي سيف، الوسيط في شرح قانون المرافعات المدنية والتجارية، ط9، دار النهضة العربية، 1969 . 1970، ص 376، بند 323.

التي تختلف باختلاف الغرض منها والأثر الناتج على قبولها، إذ قد ترمي إلى تحطيم ادعاء المدعي، أو منع الحكم له به كله أو بعضه أو رفضه، أو الحكم بعدم قبوله، أو الحكم بعدم صحة الاجراءات المتخذة⁽¹⁾.

يتبين مما سبق، إنّ الدفوع تتصف بخصائص الدعوى من حيث إنّها وسائل قانونية؛ أي إنها وسيلة أو مكنة وضعها القانون بين يدي الخصوم كي يدفع كل منهم مطالب ودفوع الآخر؛ ولهذا لا يقبل أي دفع ليس لصاحبه مصلحة قانونية وقائمة وشخصية فيه⁽²⁾، ويفترض توافر هذا الشرط أصلاً؛ إذ لا يمكن تصور الدفاع مجرداً من أية مصلحة أو فائدة طالما أنّه يرمي إلى نقض مطالب الخصم الآخر⁽³⁾.

الخلاصة: إذا وجّه الدفع للحق سمي بالدفع الموضوعي، وإذا وجه للخصومة سمي بالدفع الشكلي، وإذا وجه للدعوى أو شروط قبولها سمي بالدفع بعدم القبول⁽⁴⁾.

(1) - د. نبيل إسماعيل عمر، قانون أصول الماكامات المدنية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2008، ص 313، بند 142.

(2) - د. محمد واصل، أصول المحاكمات المدنية السوري، ج 1، ط 1، منشورات جامعة دمشق كلية الحقوق، دمشق، 2010، ص 479، بند 142.

(3) - د. إدوار عيد، موسوعة أصول المحاكمات والإثبات والتنفيد، ج 1، مجلد 2، ط 2، بدون ناشر، ص 12، بند 110.

(4) - من هذا الرأي، د رمزي سيف، مرجع سابق، ص 376 وما بعدها، بند 323. د أحمد ابو الوفا، نظرية الدفوع في قانون المرافعات، ط 5، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1977، ص 12، بند 1. وأيضاً د محمد واصل، مرجع سابق، ص 478، بند 141. وأيضاً د أمينة النمر، أصول المحاكمات المدنية، الدار الجامعية، بيروت، 1988، ص 124، وما بعدها، بند 98. إلياس أبو عيد، أصول المحاكمات المدنية، ط 1، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2002، ص 219، بند 15. وأيضاً: د أحمد خليل، أصول المحاكمات المدنية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2001، ص 243 وما بعدها، بند 269. د عبدالمنعم الشرقاوي، الوجيز في المرافعات المدنية والتجارية، دار النشر للجامعات المصرية، القاهرة، 1951، ص 82 وما بعدها، بند 59. وأيضاً د. فارس علي عمر الجرجري، الدفع بعدم قبول الدعوى، بحث منشور في مجلة الرافدين، المجلد (10)، العدد (37)، السنة 2008 م، ص 53.

الفرع الأول - تعريف الدفوع الموضوعية والدفوع الشكلية:

أولاً - تعريف الدفوع الموضوعية:

يُعد الدفع موضوعياً، إذا توجه به الخصم إلى الحقّ موضوع الدعوى منازعاً فيه، ومطالباً بإصدار حكم يقضي برفض الدعوى كلياً أو جزئياً، وذلك بإنكار وجود هذا الحق أصلاً كأن ينكر العقد الذي يستند إليه خصمه، أو أن هذا الحق قد نشأ بتصرف غير صحيح كأن يدفع ببطلان العقد أو صورته أو بالتشكيك في مقداره، أو أن هذا الحق قد انقضى بسبب من الأسباب، كأن يدفع بالوفاء أو بالإبراء.

وقد أورد المشرع في بعض القوانين والاجتهاد القضائي والفقه، تعريفات مختلفة للدفع الموضوعي تلتقي في مجموعها، على أنه كلّ ما يعترض به الخصم على الحق الموضوعي الذي يطالب به المدعي، وذلك بقصد رفض هذا الحق كلياً أو جزئياً.

و إذا كان المشرع في العادة لا يقوم بتعريف المصطلحات القانونية؛ وذلك لصعوبة وضع تعريف جامع مانع لبعض المفاهيم القانونية أحياناً؛ ولذلك يترك هذه المهمة للفقهاء والاجتهاد القضائي، وهو ما فعله المشرع السوري إذ لم يحاول تعريف الدفوع بأنواعها الثلاثة، إلا أن بعض القوانين قد خرجت عن هذه القاعدة، كالقانون الفرنسي واللبناني، إذ تعرف المادة الخامسة من قانون أصول المحاكمات اللبناي الدفع الموضوعي بأنه هو " كل سبب يرمي به الخصم إلى رد طلب خصمه لعدم صحته بعد بحث الحق في الموضوع ". وهذا التعريف مأخوذ من تعريف قانون أصول المحاكمات الفرنسي الجديد للدفع الموضوعي⁽¹⁾.

وإذا انتقلنا إلى موقف الفقه نجد عدة تعريفات للدفع الموضوعي، نختار منها: إن الدفوع الموضوعية " هي الدفوع التي توجه إلى الحق موضوع الدعوى، بهدف الحكم برفض الدعوى كلياً أو جزئياً، فهو ينازع في نشوء الحق أو بقائه أو مقداره⁽²⁾".

(1) - أشار إليه: د. إدوار عيد، مرجع سابق، ج1، مجلد2، ص10، بند 110.

(2) - د. وجدي راغب فهمي، الموجز، ص259. أشار إليه: باسم محمد الزغول، الدفوع المدنية بين النظرية والتطبيق، ط1، مكتبة القطة، عمان، 2000 م، ص57.

نرى مما سبق، إن الدفوع الموضوعية تعتمد وسيلة من شأنها القضاء على أصل الحق المدعى به، كأن يقوم المدعى عليه بإنكار وجود هذا الحق الذي يبنى المدعي دعواه عليه، أو ينكر العقد الذي يستند إليه خصمه للحكم له بموضوع طلبه. فالدفوع الموضوعية هي تلك التي توجه إلى الإثبات أو الحق ذاته، ويكون من شأن التمسك بها في الدعوى القضاء على دليل الخصم، أو إسقاط الحق الذي يدعيه، وهي بشكل عام مستمدة من نظرية الحق أو نظرية الإثبات⁽¹⁾. والدفوع الموضوعية هي الأسباب التي يُدلى بها بعد بحث الحق في الموضوع، وتوجه إلى الحق الموضوعي فينكر نشأته أو بقاءه أو مقداره، ولذلك تتميز من هذا المنطلق بالذات عن الدفوع الإجرائية التي توجه إلى الخصومة وإجراءاتها، وعن الدفوع بعدم القبول التي توجه إلى الدعوى أي الحق في الحماية القضائية، أو شروط قبولها، فما يترتب عليه استجابة المحكمة له أن يرفض طلب المدعي لحقه الموضوعي كلياً أو جزئياً يعد من الدفوع الموضوعية. والدفع الموضوعي إن تم قبوله يصيب الدعوى في صميمها وينبني عليه رفضها كلياً أو جزئياً، بحكم موضوعي يحوز حجية الشيء المقضي به، فلا تجوز رفع دعوى أخرى به، وإلا دفعت بسبق الفصل في موضوعها⁽²⁾.

فهذه الدفوع تتعلق بأصل الحق وجوداً وعدماً، لذا تنظمها القوانين المقررة للحقوق، ويمكن أن تستمد من نصوص القانون، أو من أحكام العقد، أو من مبادئ الشريعة الإسلامية، أو العرف، أو من المبادئ العامة⁽³⁾، ولم يشر قانون أصول المحاكمات إليها ولم يضع تنظيماً موضوعياً لها، إلا في سبيل مقارنة أحكامها مع أحكام الدفوع الشكلية والدفوع بعدم القبول⁽⁴⁾.

(1) - د. محمد واصل، مرجع سابق، ص 496، بند 143 . 3.

(2) - د. أحمد أبو الوفا، نظرية الدفوع، مرجع سابق، ط5، ص 16، بند 3.

(3) - د. محمد العشماوي، مرجع سابق، ص 201، بند 295.

(4) - د. عبدالمنعم الشرقاوي، مرجع سابق، ص 83، بند 60.

ولا يمكن حصر الدفوع الموضوعية، فهي تشمل كل دفع يترتب على قبوله رفض طلب المدعي كلياً أو جزئياً⁽¹⁾، فهي تتعدد بتعدد القواعد الموضوعية المنظمة للحقوق⁽²⁾.

وتختلف الدفوع الموضوعية عن دعاوى المدعى عليه في أنها مجرد وسائل دفاع سلبية محضة يقصد بها المدعى عليه منع صدور الحكم عليه وفق مزاعم المدعي دون أن يقصد منها الحصول على مزية خاصة، ففي دعوى التعويض مثلاً إذا أنكر المدعى عليه حصول ضرر بسببه فهو يكون قد أبدى دفعاً موضوعياً، أما إذا هو طالب بتعويض الضرر الذي لحقه بخطأ المدعي يكون قد تقدم بطلب عارض⁽³⁾.

ويرى بعض الفقه أنه من الضروري التمييز بين الدفاع الموضوعي والدفع الموضوعي، إذ أن مجرد إنكار الوقائع المدعاة أو إنكار أثرها القانوني يعد دفاعاً موضوعياً، أما الدفع الموضوعي فيقتضي تمسك المدعى عليه بواقعة مانعة أو منهيّة للحق بغرض رفض الدعوى، فعندما ترفع الدعوى على المدعى عليه، فإنه يكون من مصلحته ألا يحكم عليه وفق طلبات المدعي كلياً أو جزئياً، وهذا الحق الممنوح للمدعى عليه يقابله حق المدعي في الالتجاء إلى القضاء، فلكي لا يحكم عليه وفق مطالب ومزاعم المدعي، ولأجل الحصول على حكم برفض الدعوى فقد يقوم: بإنكار الوقائع المنشئة التي تمسك بها المدعي كأساس لطلبه أو إنكار الآثار القانونية التي ينسبها المدعي إلى هذه الوقائع، كما لو أنكر المدعى عليه أنه سبب الحادث الذي حصل بموجبه ضرر للمدعي، أو أنكر جزءاً من مسؤوليته، أو بالتمسك بواقعة معاصرة لنشأة الواقعة التي تمسك بها المدعي تؤدي لمنع الواقعة الأخيرة من إنتاج كل أو بعض آثارها القانونية، كما لو تمسك المدعى عليه بصورية العقد، أو تمسك بأن العقد باطل لسبب من أسباب البطلان، أو بالتمسك بواقعة منهيّة تؤدي لإنهاء آثار الواقعة المنشئة التي تمسك بها المدعي، كما لو

(1) - د. أحمد هندي، مرجع سابق، ص214، بند154.

(2) - د. أمينة النمر، مرجع سابق، ص126، بند 99.

(3) - د. أحمد أبو الوفا، أصول المحاكمات المدنية، مرجع سابق، ص 212، بند 211.

تمسك المدعى عليه بالوفاء أو بالمقاصة القانونية، أو بانقضاء الالتزام بأي سبب من أسباب الانقضاء.

ويطلق أغلب الفقه⁽¹⁾ اصطلاح الدفع الموضوعية على هذه الصور الثلاث، فالدفع الموضوعي هو كل ما يوجهه المدعى عليه إلى الحق الموضوعي الذي يزعم المدعي وجوده له بقصد رفضه. إلا أن الفقه السابق ينتقد هذا التعميم ويرى أن مجرد إنكار الوقائع المنشئة أو إنكار آثارها لا يمكن أن يعد دفعاً بالمعنى الصحيح بل هو مجرد وسيلة دفاع الهدف منها تنبيه القاضي إلى واجبه إزاء هذه الوقائع؛ ولهذا فإن اصطلاح الدفع الموضوعي يجب قصره على ما يقوم به المدعى عليه من تأكيد لواقعة مانعة أو منهيّة ترمي إلى رفض الدعوى، فبهذا التأكيد يدخل المدعى عليه في القضية وقائع غير تلك التي أكدت الطلبات، يقع عليه عبء إثباتها⁽²⁾، فالدفع الموضوعي يتميز بأنه يتعلق بواقعة ليس للقاضي أعمال آثارها من تلقاء نفسه⁽³⁾، وهو بهذا يقابل حق الدعوى، إذ ليس للقاضي أعماله بغير طلب من المدعي، فالقاضي لا يتدخل لفض المنازعات بين الناس إلا بناء على طلب يقدم إليه وفق القانون⁽⁴⁾. ويتم تمييز هذه الوقائع المانعة أو المنهيّة عن تلك التي على القاضي أعمال أثرها من تلقاء نفسه، إذا نص القانون عليها صراحة، كما هو الحال بالنسبة لواقعة المقاصة إذ تنص المادة (363) مدني سوري على أن المقاصة لا تقع إلا إذا تمسك بها من له مصلحة فيها، وفي حال عدم وجود نص صريح في القانون، فإن القاضي يصل لتحديد الواقعة التي يجب أن يحصل تمسك

(1) - د. عبدالباسط الجمعي، شرح قانون الإجراءات، ص413. أشار إليه د. فتحي والي، الوسيط في قانون القضاء المدني، دار النهضة العربية، القاهرة، 1987 م مصور من طبعة عام 1986 م، ص 489، بند 283.

(2) - ليبمان، المرافعات، ج1، ص54 أشار إليه د. فتحي والي، الوسيط في قانون القضاء المدني، مرجع السابق، ص479 وما بعدها، بند 283

(3) - كيوفندا، نظم، ج1، ص295، بند 98. وأيضاً ساتا، مرافعات، ص133، بند 91. أشار إليهما د. فتحي والي، المرجع السابق، ص480 وما بعدها، بند283.

(4) - ساتا، التعليق، الكتاب الأول، ص434 وما بعدها. أشار إليه: د. فتحي والي، المرجع السابق، ص481، بند 283.

بها من قبل المدعى عليه بواسطة الدفع وليتم الأخذ بها بأنها: تلك التي يمكن أن تكون محلاً لدعوى مستقلة من جانبه، إذ كما أن للمدعي وحده سلطة إثارتها بواسطة الدعوى أو الطلب، تكون للمدعى عليه وحده سلطة إثارتها بواسطة الدفع⁽¹⁾.

هذا هو كل ما يتعلق بالدفع الموضوعي والدفاع الموضوعي، إلا أن الرأي الراجح هو أنه حتى التمسك بإنكار الوقائع المنشئة للحق المدعى به، أو التمسك بإنكار آثار هذه الوقائع فقط يعد دفعاً موضوعياً، فقيام المدعى عليه بإنكار الوقائع المنشئة يقتضي منه أن يقدم الوقائع والأسانيد القانونية التي تثبت وتعزز إنكاره للوقائع المدعاة أو إنكار آثارها، وحتى في الأحوال التي يقتصر المدعى عليه فيها على إنكار الآثار القانونية للوقائع المنشئة للحق المدعى به، فإن المدعى عليه يتقدم بوقائع جديدة ترمي إلى إنكار الآثار الناتجة عن الوقائع التي يدعيها المدعي. يرى هذا الفقه أنه في كل هذه الحالات بأننا نكون إزاء دفع موضوعي يترتب على بحثه والنظر فيه ضرورة التصدي للمراكز الموضوعية للخصوم، كما يترتب على الفصل فيه التأثير إيجاباً أو سلباً في أصل الحق المدعى به⁽²⁾.

والخلاصة: فكل ما يوجه للحق الموضوعي الذي يطالب به المدعي، بقصد رفضه كلياً أو جزئياً، وذلك سواء كان ينازع به المدعى عليه في نشأته أو في مقداره أو يزعم انقضائه، يعد دفعاً موضوعياً.

والآن وبعد الانتهاء من التعريف بالدفع الموضوعي ننتقل إلى التعريف بالدفع الشكلي.

(1) - كيوفندا، نظم، ج1، ص304، بند101 وساتا، المرجع السابق، ص434. وأيضاً ليبمان، المرافعات، ج1، ص190. أشار إليهم د. فتحي والي، المرجع السابق، ص481، بند283.

(2) - د. نبيل إسماعيل عمر، سلطة القاضي التقديرية في المواد المدنية والتجارية، ط1، منشأة المعارف الإسكندرية، 1984، ص413، بند361.

ثانياً - تعريف الدفوع الشكلية:

تتميز هذه الدفوع عن غيرها، في أن الخصم الذي يتمسك بها لا ينازع في الحق الموضوعي المدعى به، ولا في الحق في رفع الدعوى لعدم توفر شروط قبولها، وإنما يعترض بها على صحة الخصومة وإجراءاتها، كما لو دفع بأن الدعوى رفعت إلى محكمة غير مختصة، أو أن هناك خللاً في إجراءات الخصومة⁽¹⁾.

وقد عرف المشرعان الفرنسي واللبناني الدفع الشكلي - بعكس المشرعين السوري والمصري الذين لم يتعرضا لتعريفه - إذ جاء في المادة (52) من القانون اللبناني الجديد " إنَّ الدفع الإجرائي هو كل سبب يرمي به الخصم إلى إعلان عدم قانونية المحاكمة أو سقوطها أو وقف سيرها "، وتورد المادة المذكورة في فقرتها الثانية أمثلة على الدفوع الإجرائية، وهذا التعريف مأخوذ من قانون الأصول الفرنسي الحالي⁽²⁾.

ويعرف الفقه بدوره الدفوع الشكلية على أنها: " الوسائل التي يدفع بها المدعى عليه الخصومة بغير أن يواجه موضوعها أو يناقشها، وذلك ليتجنب الفصل فيه إلى أجل معين أو لحين قيام المدعي باستيفاء إجراءات خاصة " ⁽³⁾. أو أنها " الدفوع التي توجه إلى إجراءات الخصومة، بغرض استصدار حكم ينهي الخصومة دون الفصل في موضوعها، أو يؤدي إلى تأخير الفصل فيها "، وتقوم هذه الدفوع على أساس قواعد الأصول المنظمة للخصومة⁽⁴⁾.

فهي وسائل دفاع يطعن فيها المدعى عليه في صحة الخصومة أو في الإجراءات المكونة لها، دون التصدي لذات الحق المدعى به، فلا يقصد بها رفض طلب المدعي، فالمدعى عليه لا يتعرض فيها لموضوع الطلب، أو منازعته في

(1) - د. إبراهيم سعد، القانون القضائي، ص 638. أشار إليه: باسم محمد الزغول، مرجع سابق، ص 69

(2) - قانون أصول المحاكمات المدنية اللبناني الصادر بالمرسوم رقم 90/83 تاريخ 1983/9/16م وتعديلاته. أشار إليه: د. إدوار عيد، مرجع سابق، ج 1، مجلد 2، ص 16، بند 111. وأيضاً: د. أمينة

النمر، مرجع سابق، ص 127، بند 101

(3) - د. محمد العشماوي، مرجع سابق، ص 202، بند 296

(4) - د. وجدي راغب فهمي، الموجز، ص 361. أشار إليه: باسم محمد الزغول، مرجع سابق، ص 71

أحقية فيما يدعيه، ولا يناقش في أساسه لا نفيًا ولا تثبيتًا، ولا يتعرض للحق بإقرار أو جحود، وتهدف إلى تقادي الحكم في الموضوع بصفة مؤقتة، أي يستبعد البحث فيه مؤقتاً ليفحص في وقت آخر، ويقتصر فيها على بيان الأخطاء الإجرائية.

فبينما يهدف المدعى عليه من الدفع الموضوعي إلى إنكار الحق المزعوم الذي يدعيه خصمه، أي رفض طلبه، ويهدف من الدفع بعدم القبول إلى إنكار حق الدعوى، فهو يهدف من الدفع الشكلي إلى منع المحكمة من الفصل في موضوع الخصومة مؤقتاً⁽¹⁾.

فعندما ترفع الدعوى إلى محكمة غير مختصة مثلاً، فهذا عيب إجرائي سببه عدم الالتزام بقواعد الاختصاص المنصوص عليها في قانون الأصول، ولذلك ينشأ للمدعى عليه الحق في دفع إجرائي هو الدفع بعدم اختصاص المحكمة، فإذا نجح في ذلك فإنه يتقاضي صدور حكم عليه منها، وهو يصل إلى هذه النتيجة مستنداً إلى عيب إجرائي، وليس إلى عيب في الموضوع إذ هو لم يبحث بعد، أي لم يتم التعرض للموضوع أو مدى أحقية المدعي في الطلب، ولا إلى عيب في شروط قبول الدعوى، إذ لم تعد للمحكمة غير المختصة أي سلطة سوى أن تحكم بعدم اختصاصها، وإحالة الدعوى إلى المحكمة المختصة، إذا كان القانون يوجب عليها ذلك، ولا يمكن لها في هذه الحالة البحث في مسألة قبول الدعوى أو عدم قبولها؛ لأن هذا أصبح من اختصاص المحكمة المختصة.

والحكم الصادر في الدفع الشكلي هو حكم فرعي؛ أي صادر قبل الفصل في الموضوع⁽²⁾، ومن ثم فهو حكم لا يحوز حجية الأمر المقضي.

والدفع الشكلي له أنواع كثيرة، وهو واحد من الحقوق الإجرائية، وبالتالي يكون حقاً لكل من تثبت له صفة المدعى عليه في الخصومة، وذلك إذا خالف المدعي الإجراء المطلوب منه⁽³⁾.

(1) - د. عبد المنعم الشراقي، مرجع سابق، ص 83، بند 61. وأيضاً د. أحمد مسلم، أصول المرافعات، دار الفكر العربي، القاهرة، 1971م، ص 572، بند 530.

(2) - د. أمينة النمر، مرجع سابق، ص 127، بند 101.

(3) - د. نبيل إسماعيل عمر، قانون أصول المحاكمات، مرجع سابق، ص 323، بند 148.

وكان المشرع الفرنسي في قوانين الأصوص القديمة يحصر الدفوع الشكلية في الدفع بوجوب تقديم كفالة، والدفع بعدم الاختصاص، والدفع بالبطلان، ويقصد به التمسك ببطلان صحيفة افتتاح الخصومة أو أي إجراء من إجراءاتها، والدفع بوقف إجراءات الخصومة، أو بطلب ميعاد، وهو ما فعله المشرع المصري، إلا أن المشرع أتجه في هذه الدول في القوانين الحالية إلى عدم حصر الدفوع الشكلية، على اعتبار أن كل دفع يتعلق بالإجراءات يجب أن يعد دفعاً شكلياً، وعلى أساس أنها تجمعها فكرة واحدة إذ لا تمس أصل الحق المدعى به، ويقصد بها تقادي الحكم في الموضوع بصفة مؤقتة، وهو ما عليه الحال قانون أصول المحاكمات السوري.

وإذا كانت المادة (12) من قانون أصول المحاكمات تنص على أنه لا يقبل أي طلب أو دفع لا يكون لصاحبه فيه مصلحة قائمة يقرها القانون، فإن المصلحة في التمسك بالدفع الشكلي واضحة ظاهرة لا تحتاج إلى إثبات أو بيان، فالمدعى عليه في هذه الحالة يهدف إلى التخلص من الخصومة المرفوعة عليه.

فمثلاً، إذا رفعت الدعوى إلى محكمة غير مختصة، فأى ضرر يلزم المدعى عليه بإثباته حتى تحكم المحكمة بعدم اختصاصها⁽¹⁾.

والخلاصة: فلكل إجراء في الخصومة شكل ومضمون قانوني معين، ومن ثم يجب أن يكون الإجراء المتخذ متطابقاً مع نموذج القانوني المحدد، وعند عدم حدوث هذا التطابق يكون العمل الإجرائي معيباً، والجزاء على هذا العيب هو جزاء قانوني، والتمسك به يتم عن طريق الدفوع الشكلية⁽²⁾.

(1) - د. أحمد أبو الوفا، نظرية الدفوع، مرجع سابق، ط5، ص36، بند 19.

(2) - د. نبيل إسماعيل عمر، المرجع السابق، ص323، بند 148.

الفرع الثاني - تعريف الدفع بعدم القبول:

تبين معنا مما سبق، إن كل دفع موجه إلى الحق يعتبر دفع موضوعي، وكل دفع موجه إلى الخصومة وإجراءاتها يعتبر دفعاً شكلياً. إلا أنه تبين للفقهاء أن هناك دفعاً يوجه إلى الدعوى أو شروط قبولها، فهذا الدفع لا هو موجه إلى الحق الموضوعي ليعتبر دفعاً موضوعياً، ولا هو بدفع موجه إلى الخصومة ليعتبر دفعاً شكلياً؛ ولذلك ذهب أغلب الفقه والقضاء إلى القول بوجود طائفة ثالثة من الدفع هي الدفع بعدم قبول الدعوى أو الطلب أو الدفع أو الطعن. والحقيقة فهي دفع موجه لانتفاء شروط قبول الادعاء أمام القضاء، فعندما يقبل الفقه شروط قبول الدعوى أو الطلب أو الدفع، فإنه يقصد بكل ذلك الادعاء المطروح فيهما.

نبين تعريف الدفع بعدم القبول في القوانين التي عرفتته، ومن ثم نبين رأي الاجتهادين القضائي والفقهي في هذا الخصوص.

أولاً - تعريف القانون للدفع بعدم القبول:

نستعرض تعريف الدفع بعدم القبول في بعض القوانين التي عرفتته كالقانون الفرنسي، ومثله اللبناني الذي أخذ نصوصه من القانون الفرنسي الجديد في هذا الخصوص، والقانون الجزائري، ومن ثم نبين موقف المشرعين المصري والسوري في هذا الصدد.

1- تعريف الدفع في القانون الفرنسي:

قبل ظهور مصطلح الدفع بعدم القبول في القانون الفرنسي القديم، كانت نصوصه تقتصر على قواعد خاصة تطبق على طائفة معينة من الدفع هي الدفع الشكلية. أما ما عداها من وسائل الدفاع فعبر عنها المشرع الفرنسي بتعبير دفع موضوعية تطبق عليها قواعد أخرى غير تلك القواعد التي تطبق على الدفع الشكلية.

وفي تلك الفترة، وتحت تأثير أفكار القانون الروماني، لم يكن التمييز بين الدعوى والحق الموضوعي واضحاً بل كان الرأي السائد⁽¹⁾ أن الدعوى هي الحق الموضوعي نفسه أمام القضاء، وبالتالي اعتبر الدفع الموجه للدعوى دفعاً موضوعياً، لأنه دفع موجه إلى الحق الموضوعي نفسه، فكما أن الدعوى اختلطت بالحق الموضوعي، كذلك اختلط الدفع الموجه إليهما. إلا أنه بعد أن تبين للفقهاء عدم صحة هذا الاعتقاد، وأصبح الرأي الراجح والسائد في الفقه يقول باستقلال الدعوى عن الحق الموضوعي الذي تحميه، ومن هنا ذهب الرأي الراجح في الاجتهادين الفقهي والقضائي إلى القول بأنه توجد طائفة ثالثة من الدفع تحت مركزاً وسطاً، فهي نوع من الدفع قوام بين الدفع الشكلي وبين الدفع الموضوعية⁽²⁾. وتحت تأثير الفقه والقضاء ظهر مصطلح الدفع بعدم القبول لأول مرة في القانون الفرنسي في الأمر الملكي الصادر سنة 1667 م وذلك في الباب الخامس من هذا الأمر تحت رقم (5) من مواده " واستخدم مصطلح عدم القبول (la fin de non-recevoir) في معنى مرادف لمصطلح (Voloirla fin de non) وكان هذا المعنى يفيد عدم القبول بالمعنى الضيق "، وإلى جانب هذا المعنى كان يوجد للدفع بعدم القبول معنى شائع أو معنى عام، وكان يقصد به عدم القبول لتخلف المصلحة أو لانعدام الصفة، ويقصد بذلك أن الدفع بعدم القبول في معناه العام كان يرمي إلى عدم السماح للمدعي بمناقشة طلباته أو دعواه أمام القضاء، كما كان يقصد بهذا المعنى العام الذي أعطي للدفع بعدم القبول كل دفع حاسم يوجه إلى موضوع النزاع، إلا أنه بالرغم من هذا فقد اعتبر المشرع الفرنسي

(1) - على رأس الفقهاء الذين قالوا بهذا الرأي الأستاذ (سافيني). أنظر في ذلك زانزوكي، المرافعات، ج1، ص 55، أشار إليه: د. فتحي والي، أصول المحاكمات، مرجع سابق، ص 160، بند 89. وكوش، مختصر المرافعات المدنية والتجارية، ط9، 1946م، رقم 127، ص 160. أشار إليه: د. عبدالمنعم البدرأوي، مرجع سابق، ص 233، بند 248.

(2) - أشار إليه: د. رمزي سيف، مرجع سابق، ص 421، بند 354.

الدفع بعدم القبول وكما نصت عليه المادة (5) من هذا الأمر، مجرد دفع من الدفوع الإجرائية الواجب التمسك بها قبل إبداء أي دفع من الدفوع الموضوعية⁽¹⁾.

ويرى بعض الفقه، إنه كان يغلب على فكرة الدفع بعدم القبول في ظل القانون الفرنسي القديم الغموض الشديد، وبقي هذا الغموض حتى في ظل فترة الانتقال بين القانون القديم ومجموعات نابليون.

وفي مشروع قانون الأصول الفرنسي الصادر سنة 1806م وضعت فقرة بعنوان " الدفع بعدم القبول " وذلك في المادة (185) منه التي أوجبت التمسك بالدفع بعدم القبول قبل الدخول في موضوع الدعوى.

ومع ذلك ثار الخلاف حول المعنى الواجب اعطاؤه لفكرة الدفع بعدم القبول، ولعدم إمكانية التوصل إلى حل بصدد المشاكل المتعلقة بتفسير هذه المادة عند مناقشة هذا المشروع، رأى واضعوا هذا المشروع حذف المادة (185) منه، وبقي أمر الدفع بعدم القبول للفقه والقضاء⁽²⁾. واستمر الخلاف والتضارب إلى أن توج أخيراً جهود الفقه والقضاء الفرنسيين بصدد الدفع بعدم القبول، فجاء القانون الجديد ينص على نظرية متكاملة للدفع بعدم القبول. المواد من (122) إلى (126) من قانون أصول المحاكمات الفرنسي الجديد.

وعرفت المادة (122) منه هذا الدفع، بأنه يعتبر دفعاً بعدم القبول كل دفع " يقصد به عدم قبول دعوى الخصم - دون المساس بالموضوع - وذلك بسبب انقضاء حق التقاضي " كما في حالة فقد الصفة أو المصلحة أو بسبب السقوط أو التقادم أو بسبب سبق الفصل في الدعوى⁽³⁾.

⁽¹⁾Rodier: questions sur l'ordonnance de louis XIV, Toulouse.9779, p,100, cite, par. Omar, p, 53, note,no,67.

أشار إليهما د. نبيل إسماعيل عمر، الدفع بعدم القبول ونظامه القانوني في قانون المرافعات، ط1، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1981 م، ص24 وما بعدها، بند 16.

⁽²⁾Béguet: Etude critique de la notion de fin de non - recevoir. R. T.D. 1947. p.139.note.no. 4 J. p.

أشار إليه: د. نبيل إسماعيل عمر، المرجع السابق، ص27، بند 17.

⁽³⁾ - أشار إليه: د. أحمد أبو الوفا، نظرية الدفوع، مرجع سابق، ط7، ص 824، بند 470. =

2- تعريف الدفع في القانون اللبناني:

عرفت المادة (62) من قانون أصول المحاكمات اللبناني الدفع بعدم القبول بأنه كل " سبب يرمي به الخصم إلى إعلان عدم قبول طلب خصمه، دون البحث في موضوعه، لانتفاء حقه في إقامة الدعوى " (1).

ونرى أن تعريف القانون اللبناني أدق من تعريف القانون الفرنسي، وذلك مع أن المشرع اللبناني أخذ النصوص المتعلقة بنظرية الدفع من القانون الفرنسي، إذ لم يشر إلى انقضاء لحق التقاضي في هذه الحالة، فحق التقاضي حق دائم، ولا يمكن أن ينقضي، وإنما استخدم مصطلح انتفاء حقه في إقامة الدعوى.

3- تعريف الدفع في القانون الجزائري:

عرف المشرع الجزائري الدفع بعدم القبول في المادة (67) من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد بأنه الدفع الذي " يرمي إلى التصريح بعدم قبول طلب الخصم لانعدام الحق في التقاضي، لانتفاء الصفة والمصلحة أو للتقادم أو انقضاء الأجل المسقط وحجية الشيء المقضي به، وذلك دون النظر في موضوع الدعوى " (2).

4- عدم وجود تعريف للدفع في القانون المصري:

لم يعرف المشرع المصري الدفع بعدم القبول في قانون المرافعات بحجة صعوبة وضع تعريف جامع مانع له - وذلك بحسب ما جاء في المذكرة الإيضاحية له - ولذلك اكتفى بما أورده في المذكرة الإيضاحية من أن لا خلاف في أنه يقصد به الدفع الذي يرمي إلى المنازعة بعدم توفر الشروط اللازمة لقبول الدعوى وهي المصلحة بأوصافها، والحق في رفع الدعوى باعتباره حقاً مستقلاً عن ذات الحق الذي ترفع الدعوى بطلب تقريره كانهعدام الحق في الدعوى، أو سقوطه لحصول

= أو كما ترجمه فقه آخر بأنه كل دفع " ينكر به الخصم دعوى خصمه، ودون المساس بموضوعها، وذلك بسبب عدم توافر شروط قبول دعواه

أشار إليه: د. عباس العبودي، مرجع سابق، ص 283.

(1) - د. إدوار عيد، ج 1، مجلد 2، مرجع سابق، ص 285، بند 170

(2) - د. هدى زوزو، أنواع الدفع في قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد، بحث منشور في مجلة المنتدى القانوني، 2009/11، العدد السادس، ص 198.

الصلح بين الأطراف، أو لعدم التقييد بالمدة اللازمة لرفعها بموجب القانون... إلخ، مما لا يختلط بالدفع المتعلق بشكل الإجراءات من جهة، ولا بالدفع المتعلق بأصل الحق المزعوم الذي يطالب به المدعي من جهة أخرى⁽¹⁾.

5- عدم وجود تعريف للدفع في القانون السوري:

لم يعرف المشرع السوري في قانون أصول المحاكمات الدفوع بعدم القبول، كما أنه لم يخص الدفع بعدم القبول بأي نص خاص يبين مفهومه أو حالاته أو أحكامه، وموقف المشرع السوري من الدفوع بعدم القبول يتلخص في أنه حرص كما فعل المشرع المصري في قانون المرافعات السابق على أن يفرق بين الدفوع بعدم القبول وبين الدفوع الأخرى، ولم يفعل أكثر من هذا، وأغلب الظن أن رغبة المشرع السوري في عدم تنظيم أو تخصيص الدفوع بعدم قبول بأحكام أو مواد خاصة تبين تعريفه أو حالاته أو نظامه القانوني ترجع إلى عدم الدخول في تنظيم مسألة اختلف الفقه والقضاء فيها، وذلك عند وضعه لقانون الأصول، تاركاً المجال للاجتهادين الفقهي والقضائي في هذا الخصوص لكي يبحثوا هذا الموضوع، دون التقيد بنصوص محددة وغير حاسمة للموضوع، فتكون سبباً في تعميق الخلاف، بدلاً من إيجاد الحلول المناسبة للمشاكل المتعلقة بهذا الدفع.

ثانياً - تعريف القضاء للدفع بعدم القبول:

قبل أن يرد ذكر للدفع بعدم القبول في القانون الفرنسي القديم، أي عندما كانت نصوصه تقتصر على الدفوع الموضوعية والشكلية، كان القضاء الفرنسي يقول بوجود طائفة ثالثة من الدفوع غير تلك التي ينص عليها القانون، وعرف هذه الدفوع بأنها الدفوع التي توجه إلى الدعوى؛ أي الدفوع التي ينكر بها الخصم حق خصمه في رفع الدعوى⁽²⁾.

وقد ذهبت محكمة النقض المصرية في العديد من أحكامها إلى أن الدفع بعدم قبول الدعوى إعمالاً للمادة (115) مرافعات مصري هو الدفع الذي يرمي إلى

(1) - المذكرة الإيضاحية لقانون المرافعات الملغى. أشار إليها: د. رمزي سيف، مرجع سابق، ص 422،

بند 421. وأيضاً د. عبدالمنعم الشرقاوي، مرجع سابق، ص 86، بند 63.

(2) - أشار إليه: د. رمزي سيف، مرجع سابق، ص 421 وما بعدها، بند 354.

إنكار سلطة المدعي في مباشرة واستعمال الدعوى أمام القضاء، ويجوز التمسك به في أية حالة تكون عليها الدعوى⁽¹⁾.

ثالثاً - تعريف الفقه للدفع بعدم القبول:

يعرف جانب من الفقه الدفع بعدم القبول بأنه كل دفع لا يوجه إلى إجراءات الخصومة كما هو الحال في الدفوع الموضوعية، وإنما هو دفع يوجه إلى الحق المدعى به كما هو الحال في الدفوع الشكلية، ولا يوجه إلى الحق المدعى به كما هو الحال في الدفوع الموضوعية، وإنما هو دفع يوجه إلى حق الخصم في رفع الدعوى، ويهدف إلى منع المحكمة من النظر في موضوع الدعوى⁽²⁾. فيما يعرفه البعض بأنه الدفع "الذي ينازع بها المدعى عليه في أن للمدعي حقاً في رفع دعواه، أو في توافر الشروط التي يتطلبها القانون لقبول الدعوى"⁽³⁾. والبعض يقول أنه "وسيلة دفاع يرمي إلى إنكار وجود الدعوى، فهو يوجه إذاً إلى الوسيلة التي يحمي بها صاحب الحق حقه، وما إذا كان من الجائز استعمالها، أم أن شرط هذا الاستعمال غير جائز لعدم توافر شرط من الشروط العامة التي يتعين أن تتوافر لقبول الدعوى، أو لعدم توافر شرط خاص من الشروط المتعلقة بذات الدعوى المرفوعة"⁽⁴⁾. أو أن "عدم القبول هو تكييف قانوني لطلب مقدم إلى المحكمة يؤدي إلى امتناعها عن النظر في الادعاء الذي يتضمنه الطلب"⁽⁵⁾. أو "هو كل دفع ينكر به الخصم دعوى خصمه دون المساس بالموضوع، لعدم توافر شروط وجود الحق في الدعوى"⁽⁶⁾. أو أن الدفع بعدم القبول هو "الوسيلة الإجرائية التي

(1) - الطعن رقم 508، سنة 45 ق، جلسة 1978/5/11، س 29، ص 1228. أشار إليه: سعيد أحمد الشعلة، قضاء النقض في الصفة والمصلحة في الدعوى والطعن، مجموعة القواعد القانونية التي قررتها محكمة النقض خلال أربعة وستين عاماً من 1931 وحتى 1994 م، دار محمود، مصر، 1955، ص 63، بند 31.

(2) - د. أحمد السيد الصاوي، مرجع سابق، ص 324، بند 184.

(3) - د. عبدالمنعم الشرقاوي، مرجع سابق، ص 86، بند 63.

(4) - د. أحمد أبو الوفا، نظرية الدفوع، مرجع سابق، ط7، ص 807، بند 458.

(5) - د. فتحي والي، نظرية البطلان في قانون المرافعات، ط1، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1959، ص9.

(6) - د. محمد شحاتة، الوجيز في الإجراءات المدنية، 1995، ص 266، أشار إليه: محمد باسم الزغول، مرجع سابق، ص 106.

حددها المشرع للمدعى عليه للتمسك بتخلف الشروط القانونية الواجب توافرها في الدعوى القضائية والتي تكون لازمة لقبولها ". أو هو " مطالبة القاضي بعدم سماع ادعاء المدعي لانتفاء حقه في طلب الحماية القضائية حيث إنه يفتقد الحق في الدعوى "(1). أو هي الدفع " التي ينكر بها المدعى عليه على المدعي الحق في رفع الدعوى، ويطلب عدم قبولها، أو عدم سماعها " (2). أو أن الدفع بعدم القبول هي " وسائل الدفاع التي ينكر بها الخصم سلطة خصمه في استعمال الدعوى، أي التي يعارض فيها الخصم، حق خصمه في رفع الدعوى بوصفه حقاً مستقلاً عن ذات الحق الموضوعي الذي ترفع الدعوى بطلب تقريره " (3). أو هو الدفع الذي يوجه إلى الحق في الدعوى أي إلى إمكانية الحصول على حكم في موضوعها، فهو عبارة عن التمسك بعدم توافر شرط من شروط قبول الدعوى، سواء كانت من شروطها العامة أم الخاصة، الإيجابية أم السلبية (4).

وبناء على ما تقدم نجد: أنَّ الدفع بعدم القبول يتميز عن غيره من الدفع بأنَّه دفع لا يعترض به المدعى عليه لاختصاص المحكمة، أو لإجراءات الخصومة بهدف التدليل على أن هناك خطأ في الإجراءات، ومنع المحكمة من الفصل في موضوع الدعوى مؤقتاً إلى أن يتم تصحيح هذه الإجراءات كما في الدفع الشكلي. كما أنه لا يعترض به على الحق الموضوعي الذي يطالب المدعي بحمايته أو تقريره له، فلا يتناول هذا الحق بالإنكار أو الاحتجاج بأدائه أو بانقضائه، ولا ينازع به في نشوء الحق أو بقاءه أو مقداره، بهدف رفض الدعوى كلياً أو جزئياً كما في الدفع الموضوعي.

(1) - د. نبيل إسماعيل عمر، قانون أصول المحاكمات، مرجع سابق، ص 333 وما بعدها، بند 155

(2) - د. أحمد مسلم، مرجع سابق، ص 578، بند 535

(3) - د. أيمن أبو العيال، أصول المحاكمات المدنية السوري، ج1، ط1، منشورات جامعة دمشق . مركز التعليم المفتوح، دمشق، 2006، ص 343.

(4) - د. عوض أحمد الزعبي، أصول المحاكمات المدنية، ص 639. أشار إليه: د. محمد خليل الطعاني، سلطة القاضي في توجيه سير إجراءات الخصومة المدنية " دراسة مقارنة "، دار المسيرة، الأردن، عمان، ط 1، 2009، ص 129.

وإنما هو دفع يعترض به المدعى عليه على الوسيلة التي يحمي بها صاحب الحق حقه، أي على الحق في الدعوى، وينكر في هذا الدفع وجود سلطة لدى خصمه في استعمال الدعوى، أو ينكر عليه الحماية القضائية التي يطالب بها لحقه الموضوعي المزعوم، فهو يستهدف من هذا الدفع، عدم قبول الدعوى، ومن ثم منع المحكمة من إصدار حكم في موضوعها لعدم توفر شرط من الشروط العامة التي يتعين أن تتوافر لقبول أي دعوى " أو لعدم توافر شرط خاص من الشروط المتعلقة بذات الدعوى المرفوعة، أو لوجود موانع تمنع المحكمة من النظر في موضوعها. فهذه الشروط تتركز - كما سنرى - في شرط المصلحة بأوصافها الثلاث (القانونية والشخصية والقائمة)، أو بالشروط الخاصة واللازمة لقبول بعض الدعاوى، أو بالشروط السلبية؛ أي الشروط التي إذا وجدت امتنع على المحكمة النظر في موضوع الدعوى. ك

وبناء على كل ما سبق، نرى أنه من المناسب تعريف الدفع بعدم القبول على أنه: كل دفع يقصد به منع المحكمة من نظر موضوع الدعوى وإصدار الحكم فيه، لعدم توفر شروط قبولها. وبعبارة أخرى هو كل دفع يقصد به منع المحكمة من إصدار حكم في موضوع الدعوى؛ لعدم توفر شروط قبولها، أو هي الدفع التي تمنع سماع الدعوى وإصدار الحكم في موضوعها؛ لعدم توفر شروط قبولها، أو هي الدفع التي ينازع بها المدعى عليه، بأن الدعوى المرفوعة عليه غير مستوفية لشروط قبولها.

وعبارة منع المحكمة من نظر موضوع الدعوى وإصدار الحكم فيه تفيد أنّ المحكمة عندما تقبل الدفع بعدم القبول، فإنها تمتنع عن النظر في الموضوع أو الفصل فيه، ومن ثم فحكمها هذا يُعد حكماً فرعياً سابقاً على الفصل في موضوع الدعوى، وعبارة شروط قبولها تشمل بالطبع الشروط العامة لقبول الدعوى، كما تشمل الشروط الخاصة والتي قد تلزم لقبول بعض الدعاوى، وسواء أكانت شروطاً إيجابية لقبولها، أم شروطاً سلبية أي وجود هذه الشروط تمنع المحكمة من النظر أو سماع الدعوى، كما هو الحال عند الدفع بوجود اتفاق التحكيم بخصوص الموضوع المرفوع به الدعوى.

فإذا رفعت دعوى ولم تتوافر فيها مصلحة لدى رافعها، أو لم تتوافر أوصافها فيها، أو إذا أوجب القانون شرطاً خاصاً لرفعها، ولم يلتزم المدعي بهذا الشرط، فإنه يتولد للمدعى عليه حق إجرائي في التمسك بعدم قبول هذه الدعوى، وذلك دون بحث في موضوعها، وإصدار الحكم فيه.

وتأتي أهمية الدفع بعدم القبول في أنه يرمي إلى تحقيق وظيفة تختلف عن وظيفة الدفع الموضوعي، ففكرة عدم القبول ترمي إلى منع المحكمة من النظر فيما إذا كان الحق الموضوعي موجوداً أم لا، وبعبارة أخرى إلى منعها من مناقشة موضوع القضية، أو يخول القاضي سلطة عدم نظر وقائع القضية وتحقيقها وإثباتها، ومن ثم الحكم بعدم قبول الدعوى دون بحث في الموضوع، أو بردها شكلاً بحسب تعبير الاجتهاد القضائي السوري. وبهذا تساهم فكرة عدم القبول في تحقيق وظيفة هامة تتفق مع مبدأ الاقتصاد في الخصومة، إذ يمتنع القاضي عن النظر فيما قدم إليه، إذا ما وجد إن الدفع مؤسس، وهو ما يوفر الوقت والجهد والمصاريف⁽¹⁾.

والخلاصة: فقد يدفع المدعى عليه الدعوى المرفوعة عليه بموجب حق الدفاع الممنوح له بدفع موضوعية يوجهها إلى أصل الحق المدعى به، أو قد يدفعها بدفع شكلية يوجهها إلى الخصومة وإجراءاتها، وقد يدفع الدعوى بدفع لا يتعرض به للحق المدعى به من حيث نشوئه، أو من حيث صحته أو مقداره، أو من حيث بقائه قائماً حتى رفع الدعوى، ولا يطعن به على صحة الخصومة أو إجراءاتها، وإنما يدفعها بدفع ينازع به في حق المدعي في رفع الدعوى.

من كل ما سبق، نلاحظ أنه إذا كان رفض الطلب، هو الجزاء القانوني على عدم وجود الحق الذي يدعيه المدعي وذلك عند التمسك بالدفع الموضوعي، وبطلان الإجراءات أو الخصومة هو الجزاء الإجرائي على وجود عيب فيها لعدم

(1) - د. فتحي والي، الوسيط، مرجع سابق، ص 489 وما بعدها، بند 286.

اتخاذها بالشكل القانوني المحدد، وذلك في حال التمسك بالدفع الشكلي، فإن عدم القبول هو الجزاء الإجرائي المترتب على تخلف الحق في رفع الدعوى أو مباشرتها أو استعمالها أمام القضاء عند عدم توفر شروط قبولها، وذلك في حال التمسك بالدفع بعدم القبول.

وبما إن الدفوع في الخصومة المدنية هي جزاءات إجرائية، ومن ثم فعدم القبول هو جزاء إجرائي، ولأن هذا الجزاء كثيراً ما يختلط بالجزاءات الإجرائية الأخرى التي توجد في قانون الأصول وخاصة البطلان، ولذلك نرى ضرورة التمييز بين جزاء عدم القبول وما يمكن أن يختلط به من جزاءات إجرائية أخرى، وهو ما سيكون موضوع المطلب التالي.

المطلب الثاني

تمييز جزاء عدم القبول عن الجزاءات الإجرائية الأخرى

الأصل أن القواعد الواردة في قانون الأصول هي قواعد شكلية تبين الإجراءات والأوضاع التي يلزم التقيد بها لمن يريد الالتجاء إلى القضاء لأجل حماية حقه، وكذلك يبين المواعيد التي يجب مراعاتها عند اتخاذ هذه الإجراءات. ولأن المشرع قدر أنه من الممكن ألا يتم الالتزام بهذه الإجراءات أو المواعيد، فقد رتب جزاءات على مخالفتها، ووسيلة لمن يريد التمسك بأن خصمه قد ارتكب مخالفات إجرائية هي الدفع.

فالبحث في موضوع الدفع، هو بحث في الجزاء الذي وضعه المشرع على مخالفة قواعد الأصول، وكيفية التمسك بهذا الجزاء⁽¹⁾.

وإذا كانت الدفع في قانون الأصول هي دفع موضوعية ودفع شكلية ودفع بعدم قبول الدعوى، إلا أن الجزاءات الناتجة عن التمسك بهذه الدفع تتعدد، فقد تكون عدم القبول، أو البطلان، أو رفض الطلب كلياً أو جزئياً أو السقوط، أو عدّ الإجراء كأن لم يكن، أو سقوط الخصومة، أو تقادمها.

تعدد هذه الجزاءات، قد يؤدي إلى تداخلها واختلاطها، وعليه يجب بيان متى يعمل جزاء عدم القبول، ولأن هذا الجزاء كثيراً ما يختلط بالجزاءات الأخرى وخاصة البطلان، فعلينا تمييزه عن الجزاءات الأخرى الموجودة في قانون الأصول، كل ذلك من أجل إزالة الغموض الذي يحيط بجزاء عدم القبول.

(1) - د. أحمد أبو الوفا، نظرية الدفع، ط5، ص1، بند 1.

الفرع الأول - تعدد الجزاءات الإجرائية في قانون أصول المحاكمات:

يقاس فعالية القاعدة القانونية بمدى إمكانية إنزال الجزاء عند مخالفة الأمر الذي تتضمنه هذه القاعدة سواء أكانت قاعدة قانونية موضوعية أم إجرائية، فالقاعدة القانونية بدون جزاء يترتب على مخالفتها، لا يضمن ولا يؤمن الفعالية أو الاحترام لأوامر القانون ونواهيه، وإذا لم تقترن القاعدة القانونية بجزاء ما فعندها تكون قاعدة تنظيمية تتضمن مجرد توجيهات تشريعية غير ملزمة⁽¹⁾.

ويعرف قانون الأصول العديد من الجزاءات القانونية، فالالتزام بمصاريف الدعوى، أو الحكم على بعض الخصوم بالتعويض في بعض الحالات... إلخ، ما هي إلا جزاءات قانونية ينص عليها قانون الأصول، وإلى جانب هذه الجزاءات القانونية التي ينص عليها قانون الأصول، يوجد الجزاء الإجرائي - وهو ما يهمننا في هذا البحث - وهو عبارة عن أثر أو نتيجة يرتبها قانون الأصول عند ارتكاب مخالفات إجرائية⁽²⁾، فتحديد إجراءات ومواعيد الأصول لا يحقق الغاية منها ما لم تقترن بجزاءات تضمن احترام هذه الإجراءات والمواعيد إذا ما تم مخالفتها⁽³⁾.

ويمكن تعريف الجزاء الإجرائي بأنه هو وصف للعمل الإجرائي الذي لا يتطابق مع نمودجه، إما لاتخاذ بشكل معيب، أو لعدم اتخاذه أصلاً. فلمعرفة ما إذا كان الإجراء سليماً ومن ثم مولداً لآثاره وغير مستحقاً لأي جزاء، فإنه يجب مقارنته بنمودجه القانوني للتأكد من أنه هو الإجراء الذي حدده القانون في القاعدة الإجرائية لتحقيق هذا الهدف⁽⁴⁾، ويوجد في قانون الأصول العديد من المراكز القانونية الإجرائية، وكل مركز من هذه المراكز يؤدي وظيفة معينة ومحددة تستجيب إلى الغاية النهائية التي وجد من أجلها هذا المركز، هذا التعدد في المراكز الإجرائية، أدى إلى التعدد والتنوع في الجزاءات الإجرائية.

(1) - د. نبيل إسماعيل عمر، عدم فعالية الجزاءات الإجرائية في قانون المرافعات، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1986، ص 7، بند 1

(2) - د. نبيل إسماعيل عمر، الدفع بعدم القبول ونظامه القانوني، مرجع سابق، ص 165، بند 107

(3) - د. أحمد السيد صاوي، مرجع سابق، ص 524، بند 339.

(4) - د. عبد الحميد الشواربي، البطلان المدني الإجرائي والموضوعي، المكتب الجامعي الحديث، 2007، ص 17.

فيهدف المركز القانوني للدعوى القضائية إلى غاية معينة، هي طرح ادعاء معين على القضاء بهدف الحصول على حكم في موضوعه، وبالتالي حسم النزاع الحاصل حول هذا الحق الموضوعي المزعوم والمدعى بحصول الاعتداء أو التهديد أو الإنكار أو التجهيل القانوني له ⁽¹⁾، وسواء كان هذا الحكم لصالح المدعي أم لغير صالحه، إلا أنه عندما يلجأ المدعي إلى القضاء يتوجب عليه الالتزام بالإجراءات الشكلية الصحيحة التي نص عليها قانون الأصول، حتى يكون ممارسة الحق في الدعوى صحيحاً من حيث الشكل، أي من حيث البيانات والإجراءات اللازمة توافرها لرفع الدعوى بالفعل أمام القضاء وصحتها من الناحية الشكلية، وأما الحق الموضوعي فإنه في مرحلة قبول الدعوى، يجب أن تكون هناك قاعدة قانونية تقره وتحميه، ومع افتراض وجوده، وكما يدعيه صاحبه، وأما في مرحلة الحكم في الموضوع فيجب أن يتم إثبات وجوده في الواقع وفي القانون، وأن تكون له دعوى أي أن يكون المشرع قد سمح له بالالتجاء إلى القضاء لحماية الحق الذي يدعيه. فكل هذه الشروط الموضوعية والشكلية تعتبر مفترضات أو عناصر ممارسة المركز القانوني الناشئ عن الحق في الدعوى القضائية، توافر هذه العناصر بالشكل المحدد وكما هو منصوص عليه في القانون، سوف يؤدي لقيام هذه الدعوى أمام القضاء بشكل صحيح، ومن ثم سوف تؤدي لترتيب آثارها القانونية سواء الموضوعية أو الإجرائية، أما إذا لم تستكمل هذه الشروط، فهنا سوف يوجد خلل يصيب عناصر المركز القانوني للحق في الدعوى ويجعله معيباً، وبما أنه كذلك فيتولد من ذلك عدم إنتاج الآثار التي كان يرتبها لو كان صحيحاً، وبالتالي فللمدعى عليه أن يجيب على ما يدعيه خصمه بدفوع تختلف باختلاف الغرض منها، والآخر الناتج عن التمسك بها، وهي إما أن توجه للخصومة فيكون شكلياً، أو

(1) - د. نبيل إسماعيل عمر، عدم فعالية الجزاءات الإجرائية، مرجع سابق، ص 28 وما بعدها، بند 20 وبند 21.

لالحق الموضوعي الذي يدعيه خصمه فيكون موضوعياً، أو للدعوى فيكون دفعاً بعدم القبول.

فتخلف شروط الحق الموضوعي والتي رفعت الدعوى بقصد الحصول على الحماية له، يؤدي إلى رفض الدعوى كلياً أو جزئياً، فرفض الدعوى أو الطلب هو جزاء قانوني موضوعي وليس جزاء إجرائي على تخلف شروط الحق الموضوعي، بناء على دفع موضوعي، أما تخلف شروط قبول الدعوى، فإنه يؤدي إلى عدم قبولها، وذلك بناء على دفع بعدم القبول، بينما عدم الالتزام بالإجراءات الشكالية اللازمة لرفع الدعوى والسير بها أمام القضاء، فإنه يؤدي إلى بطلان يصيب هذه الإجراءات بناء على دفع شكلي، كأن يكون هناك عيب في صحيفة رفع الدعوى أو عيب في تبليغها للمدعى عليه⁽¹⁾، وكذلك الأمر فإن عدم اتخاذ الإجراء في الميعاد المقرر لاتخاذها، فإنه سوف يؤدي إلى بطلانه بسبب العيب في الشكل، لأن من شروط صحة الإجراء أن يتم في الميعاد المقرر له، ومن ثم فإذا لم يتم تكليف المدعى عليه بالحضور في خلال ثلاثة أشهر من تقديم الصحيفة إلى قلم الكتاب فإن الدعوى تعتبر كأن لم تكن، ولا يمكن القول في هذه الحالة أن الدعوى غير مقبولة؛ لأنه يتعلق بعيب في الإجراءات وليس بعيب في شروط قبول الدعوى.

فالبطلان هنا هو وصف للإجراء المعيب وليس وصفاً للحق في الدعوى، فالحقوق لا توصف بالبطلان، وإنما الإجراءات نفسها هي التي توصف بهذا الوصف. وأما إذا ما وضع المشرع ميعاداً لرفع الدعوى أمام القضاء، ومهما كانت الغاية التي من أجلها وضعت هذا الميعاد، وسواء اشترط رفع الدعوى في خلال هذا الميعاد أو بعد انقضاء هذا الميعاد أو قبل بداية هذا الميعاد، فإذا لم يتم احترام هذا الميعاد، فإن المشرع يرتب جزاء إجرائياً على ذلك هو سقوط الحق في استعمال

(1) - د. أحمد أبو الوفا، نظرية الدفع في قانون المرافعات، ط 5، مرجع سابق، ص 12، بند 1. وأيضاً د. نبيل إسماعيل عمر، المرجع السابق، ص 29 وما بعدها، بند 21.

الدعوى، وليس البطلان، فالدعوى ذاتها تظل موجودة ولكن الحق في استعمالها يسقط⁽¹⁾، فجزاء السقوط يتم التمسك به بواسطة عدم القبول.

والخصومة المدنية هي مجموعة الإجراءات التي تتخذ في الدعوى من وقت المطالبة القضائية وحتى الحكم فيها، أو انتهائها بغير حكم، فقبل مباشرة الدعوى أمام القضاء لا توجد الخصومة، وهي ليست حقاً إجرائياً، وإنما هي مجال أو وسط إجرائي تحوي الادعاءات وأعمال الإثبات⁽²⁾، وتتكون الخصومة من عدة إجراءات قانونية تهدف إلى خلق الخصومة كعمل قانوني مجرد بصرف النظر عن توافر الحق المدعى به من عدمه، فهي وسيلة الوصول إلى الحق، وسواء تحققت هذه الغاية بالفعل بقبول الدعوى والقضاء للمدعي بطلباته، أم رفضت لعدم أحقيته فيها، فالخصومة كعمل قانوني تقوم بمجرد رفع الدعوى أمام القضاء والالتزام بالإجراءات المنصوص عليها في القانون، وحتى صدور الحكم فيها⁽³⁾.

ويجب أن تكون الخصومة وإجراءاتها سليمة صحيحة، حتى ترتب آثارها، فإن لم تكن كذلك بأن كانت معيبة، فإن المشرع قد نص على العديد من الجزاءات التي يمكن أن تصيب أحد إجراءاتها، أو يمكن أن تصيب الخصومة ككل، وقد اقتضت السياسة التشريعية، وتنوع وتعدد الإجراءات إلى تنوع وتعدد الجزاءات التي تصيبها: فقد تكون بطلان الإجراءات؛ مثلاً إذا لم تتوفر البيانات المطلوبة في صحيفة رفع الدعوى، فإنها تكون معيبة، والجزاء على هذا التعيب هو البطلان. وقد تكون الإجراءات سليمة، إلا أن المدعي يخطأ برفع الدعوى إلى المحكمة المختصة، والجزاء على عدم رفع الدعوى إلى المحكمة المختصة هو الحكم بعدم الاختصاص، وعدم الاختصاص هو الجزاء الذي يضمن الالتزام بقواعد

(1) - د. أحمد أبو الوفا، نظرية الدفوع، ط5، مرجع سابق، ص 31 وما بعدها، بند 15. وأيضاً د. فتحي والي، الوسيط، مرجع سابق، ص 424 وما بعدها، بند 256.

(2) - د. أحمد أبو الوفا، المرافعات المدنية والتجارية، مرجع سابق، ص 190، بند 95. وأيضاً د. أحمد السيد صاوي، مرجع سابق، ص 183، بند 91

(3) - د. عبدالحكم فوده، البطلان في قانون المرافعات المدنية والتجارية، ط 2، 1993، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، ص7.

الاختصاص، وقد يوجب المشرع في بعض الحالات أن لا تكتفي المحكمة بتقرير عدم اختصاصها، وإنما أوجب عليها أن تحيل الدعوى للمحكمة المختصة، من ذلك المادة (148) أصول سوري التي أوجبت على المحكمة إذا حكمت بعدم اختصاصها أن تقرر إحالة الدعوى بحالتها إلى المحكمة المختصة، فإحالة الدعوى إلى المحكمة المختصة هو الجزاء على عدم الالتزام بقواعد الاختصاص، وهدف المشرع من الإحالة هو الاقتصاد في الإجراءات، وسرعة الفصل في القضايا؛ ولهذا أوجب عليها المشرع في هذه الحالة أن تحيل الدعوى إلى المحكمة المختصة لا أن تكتفي بالحكم بعدم اختصاصها.

وينقطع سير الخصومة بحكم القانون بوفاة أحد الخصوم أو بفقده أهلية الخصومة، أو بزوال صفة من كان يباشر الخصومة عنه من النائين، إلا إذا كانت الدعوى قد تهيأت للحكم في موضوعها، فإذا حدث انقطاع وكانت الدعوى قد تهيأت للحكم في موضوعها جاز للمحكمة أن تحكم في الموضوع بناء على موجب الأقوال والطلبات الختامية أو أن تؤجلها بناء على طلب من قام مقام الذي توفي، أو فقد أهلية الخصومة، أو من زالت صفته أو بناء على طلب الطرف الآخر، المادتان (166، 167) أصول سوري، ويترتب على انقطاع الخصومة وقف جميع مواعيد الأصول التي كانت جارية في الخصومة، وبطلان جميع الإجراءات التي تحصل أثناء الانقطاع المادة (168) أصول سوري، فالانقطاع هو الجزاء الإجرائي على وفاة أحد الخصوم أو فقده لأهلية الخصومة، وليس البطلان أو سقوطها، وهدف المشرع من نظام انقطاع الخصومة في هذه الحالات هو الحفاظ على الأعمال التي تمت في الخصومة قبل الانقطاع.

وقد تقتضي مصلحة أطراف النزاع أحياناً بعدم السير بالدعوى مدة من الزمن، كأن تكون هناك مفاوضات لعقد صلح بينهم، أو اتفاق تحكيم، أو تسوية ودية بين أطراف النزاع، إلا أن المدعي لا يريد بالرغم من هذه الأسباب إسقاط دعواه؛ لأنه قد يترتب على ذلك آثار قانونية قد لا تكون في مصلحته، كما أن تجديد الدعوى، وذلك في حال ما فشلت المفاوضات لعقد الصلح أو اتفاق التحكيم، سوف يؤدي لتعقيد المسألة، وإطالة أمد التقاضي، وقد يكلف المدعي مصاريف

باهظة، كما أن طلب التأجيل قد لا يوافق عليه القاضي وخاصة إذا تكرر أكثر من مرة، وبناء على كل هذا أوجد المشرع أصول وقف الخصومة باتفاق أطراف النزاع، فنصت المادة (164) أصول سوري على أنه يمكن للخصوم أن يتفقوا على وقف الدعوى مدة لا تزيد على ستة أشهر، فبدلاً من تكرار طلب التأجيل الذي قد لا يوافق عليه القاضي، وللأسباب السابقة أوجد المشرع نظام وقف الخصومة باتفاق أطراف الدعوى، ولكن دون أن يكون لهذا الاتفاق أي أثر في أي ميعاد من المواعيد الحتمية التي حددها القانون لإجراء من الإجراءات، فإذا مضت مدة الوقف ولم تعجل الدعوى من جانب الخصوم في ثمانية الأيام التالية لنهاية الأجل اعتبر المدعي تاركاً دعواه، وقد نصّ المشرع على هذا الجزاء الحازم، حتى لا يساء استعمال هذه الرخصة فتصبح وسيلة تعطيل ومماطلة ⁽¹⁾.

ويعني سقوط الخصومة زوالها واعتبارها كأن لم تكن بسبب عدم قيام المدعي بمتابعة الإجراءات اللازمة لسيرها، فهو جزاء يوقعه القانون على المدعي نتيجة لإهماله في مباشرة نشاطه في الخصومة، والسبب في إيجاد المشرع لنظام سقوط الخصومة يرجع إلى أن المدعي الذي لا يقوم بنشاط ومتابعة الخصومة مدة طويلة يعتبر مهملاً لا يستحق انشغال المحاكم بقضيته ⁽²⁾، أو قد تكون نيته إطالة أمد النزاع إضراراً ونكاية بخصمه، فالهدف من تقرير نظام سقوط الخصومة سوف يؤدي إلى حث المدعي بالإسراع في تسير الخصومة خوفاً من سقوطها.

وتزول الخصومة بما تضمنته من أعمال، وما أنتجته من آثار سواء أكانت آثار موضوعية أم آثار إجرائية، على أنه استثناء من هذه النتيجة، ينص القانون على الإبقاء على بعض أعمال الخصومة وأدلة الإثبات المقدمة فيها رغم سقوطها،

(1) - د. رزق الله إنطاكي، مرجع سابق، ص 435 وما بعدها، بند 336، وهامش 1 ص 436.

(2) - وقد قضت محكمة النقض السورية في هذا الصدد بأن الشطب شرع جزاء للاهمال والتراخي في متابعة الخصومة. نقض صادر عن الغرفة المدنية الثانية في القضية أساس 3032، قرار 1418، تاريخ 2010/5/10، المحامون الأعداد 3. 6، لعام 2012، السنة 77، ص 568، القاعدة 245.

وأساس هذه الاستثناءات هو مبدأ الاقتصاد في الخصومة؛ أي إنفاذ بعض أعمال الخصومة التي سقطت، وذلك لاستخدامها خارجها⁽¹⁾.

هذه بعض أمثلة للجزاءات الإجرائية التي تختلف باختلاف النظام الإجرائي الذي تولد آثارها بداخله، وقد لاحظنا أن بعض هذه الجزاءات تقتصر على حالة محددة بذاتها، وبعضها الآخر لا تقتصر على حالة محددة بعينها؛ ولذلك يذهب بعض الفقه إلى التمييز بين الجزاءات الإجرائية ذات النطاق العام والجزاءات الإجرائية ذات النطاق الخاص: فالدفع بعدم القبول يمكن اعتباره نوعاً من الجزاءات ذات النطاق العام، والمقصود بعمومية نطاق الجزاء الإجرائي، هي أن مجال أعمال هذا الجزاء يكون غير قاصر على حالة بعينها، أو على نظام إجرائي بعينه، فإذا رفعت دعوى دون توافر شروط قبولها سواء الشروط العامة أي المصلحة بأوصافها الثلاثة فيه، أو الشروط الخاصة، أو قدم طلب أو دفع أو طعن دون توافر المصلحة بأوصافها، فإنه سوف يحكم بعدم قبول الدعوى أو الطلب أو الدفع أو الطعن، وذلك بناء على دفع بعدم القبول. وإذا رفعت دعوى في غير الميعاد أو الترتيب أو المناسبة المعينة فإن الحق في رفعها يسقط، ويتم التمسك بالسقوط في صورة دفع بعدم القبول.

ويقصد بعمومية هذا الجزاء هي أنه صالح للإعمال في نطاق نظرية الدعوى والخصومة والطعن في الأحكام، ومن ثم فهو لا يقتصر على حالة محددة بعينها. والبطلان باعتباره وصفاً لعمل إجرائي لا يتطابق مع نموذج، هو عيب عام في الإجراءات، وآثاره وهي عدم توليد الإجراء لنتائج التي كان يولدها لو كان صحيحاً توجد في جميع النظم الإجرائية، فالأصل في العمل الإجرائي أن يتم وفق النموذج المرسوم والمحدد له في القانون، فلا يجوز للخصم أو للغير أو للقاضي أن يتخذه بغير نموده أو شكله المحدد في القانون، فإذا ما تم بغير ذلك، فإن المشرع رتب جزاء على ذلك، هذا الجزاء هو البطلان. وبما إن إجراءات الخصومة متعددة ومتنوعة فتشمل صحيفة رفع الدعوى وجميع الإجراءات المكونة للخصومة، والتبليغات، وإجراءات المحاكمة، وكيفية إصدار الأحكام والطعن فيها. فالأعمال

(1) - د. فتحي والي، الوسيط، مرجع سابق، ص 595، بند 320، ص 602 وما بعدها، بند 323.

الإجرائية متعددة ومتنوعة وتؤدي مباشرتها إما إلى بدء الخصومة، أو تسييرها، أو تعديلها، أو وقفها، أو إنهاؤها، وهذه الأعمال قد يقوم بها الخصوم، أو القاضي، أو الغير، فجميع هذه الإجراءات يجب أن تتم وفق النموذج المحدد وإلا كانت معيبة ومؤدية للحكم بطلانها، ومن ثم فالبطلان هو جزء إجرائي ذو نطاق عام⁽¹⁾، ومع هذا، فإن آثار البطلان تكون واحدة في كل هذه الأحوال؛ بمعنى أن الإجراء إذ يوصف بالبطلان، فإنه لا يولد آثاره التي كان يولدها لو كان صحيحاً.

والسقوط يعتبر كذلك جزء ذات نطاق عام، وعمومية جزء السقوط تظهر في أنه في جميع الأحوال التي يحدد فيها المشرع ميعاداً حتمياً، أو ترتيباً معيناً، أو مناسبة معينة، فإنه من الواجب اتخاذ الإجراءات باحترام هذه المواعيد في اتخاذها. فالدفع بعدم القبول والبطلان والسقوط يعتبران جزاءات إجرائية ذات النطاق العام. ولكن قانون الأصول يتضمن كذلك العديد من الجزاءات الإجرائية ذات النطاق المحدود بحالات محددة من قبل القانون، وبأنظمة إجرائية معينة لا يعمل إلا في داخلها وبآثار تم تحديدها من قبل المشرع، مثال ذلك شطب الدعوى، أو اعتبارها كأن لم تكن⁽²⁾.

والخلاصة: أنه داخل المركز القانوني الإجرائي للدعوى توجد مجموعة من الجزاءات. هذه الجزاءات يمكن أن تصيب الحق الذي يطالب المدعي بحمايته أو الدعوى أو الإجراءات أو الخصومة بدءاً من رفع الطلب القضائي، وحتى صدور الحكم والطعن فيه؛ ولذلك فهذه الجزاءات تتعدد وتتنوع، فهي إما أن تكون البطلان وذلك في حال عدم التقيد بالمقتضيات الشكلية اللازمة، ومعنى البطلان هو عدم صحة الإجراء، وبالتالي عدم قدرته على توليد الآثار التي يولدها لو كان صحيحاً⁽³⁾. وهناك أيضاً الانعدام وهو تكييف أو وصف يرد على عمل قام به

(1) - د. عبدالحكم فوده، المرجع السابق، ص 11، 15.

(2) - د. نبيل إسماعيل عمر، عدم فعالية الجزاءات الإجرائية، مرجع سابق، ص 75 وما بعدها، بند 60 وما بعده.

(3) - د. فتحي والي، نظرية البطلان في قانون المرافعات، مرجع سابق، ص 7.

الخصم إلا أن القانون لا يعرفه⁽¹⁾. ويوجد عدم الاختصاص وهو جزء يوقع على عمل إجرائي تقدم به الخصم إلى من لا اختصاص له. وهناك عدم قبول العمل الإجرائي الذي تخلف فيه مقتضى شكلياً أو موضوعياً من مقتضيات قبوله، أو عدم القبول لتخلف شرط من شروط القبول العامة أو الخاصة أمام القضاء، وإما سقوط الحق في استعمال أو مباشرة الدعوى أمام القضاء لعدم رفعها في الميعاد، أو الترتيب، أو المناسبة المعينة، وبالتالي لا يستطيع من سقط حقه في اتخاذ الإجراء أن يقوم به، وأن قام به بالرغم من سقوط حقه، دفع بعدم قبوله.

إلا أنه بالرغم من اختلاف الجزاءات الإجرائية وتعددتها، فإنها تتفق في الغاية النهائية لها وهي عدم ترتيب الآثار التي كان من الممكن أن يولدها الإجراء لو كان مطابقاً لنموذجه، فالغاية من الجزاء الإجرائي هي تأمين الاحترام للقواعد القانونية الإجرائية، أما بالنسبة للعوامل التي تؤثر في الغاية المحددة للجزاء الإجرائي فهي متعددة، الأمر الذي أدى إلى أن يكون لكل جزء نظام قانوني خاص به، فرغم هذه الوحدة في الآثار إلا أن كيفية توليدها تختلف بحسب نوع الجزاء الإجرائي، فعندما يقوم المشرع بتصميم الجزاء الإجرائي وصناعته وصياغته في نصوص قانونية يكون هناك العديد من الاعتبارات القانونية والعلمية والفنية والعملية التي يجب عليه أخذها في الاعتبار؛ وذلك لكي يحقق الإجراء الغاية منه.

ويجب عدم الإفراط أو المغالاة في الشكليات، بحيث لا يفرط في استخدام إجراءات متعددة للوصول إلى نفس النتيجة، بل يجب أن يحرص على أن يكون الوصول إلى النتيجة المطلوبة بأقل عدد ممكن من الإجراءات⁽²⁾، توفيراً للوقت والجهد والمصاريف.

(1) - وقد جاء في حكم لمحكمة النقض السورية من أن الفارق بين البطلان والانعدام هو أن الباطل له وجود قانوني حتى يتقرر زواله، وأما الانعدام فهو حالة من حالات اللا وجود. نقض سوري صادر عن الغرفة المدنية الثانية في القضية أساس 757، قرار 1402، تاريخ 2008/9/22 م، المحامون، العددان 1. 2، لعام 2011، السنة 76، ص 57، القاعدة 14.

(2) - د. نبيل إسماعيل عمر، عدم فعالية الجزاءات الإجرائية، مرجع سابق، ص 71 وما بعدها، بند 57.

الفرع الثاني - تمييز جزاء عدم القبول عن جزائي البطلان والسقوط:

إن عدم القبول يواجه العمل الإجرائي الذي لا يتطابق مع نموذج، وتؤدي عدم المطابقة هذه إلى عدم قبول هذا العمل، وإذا كان الدفع بعدم القبول هو الجزاء الإجرائي على تخلف الشروط اللازمة لقبول الدعوى أو الطلب أو الدفع أو الطعن⁽¹⁾، فإن هذا الجزاء الإجرائي يمكن أن يختلط بالجزاءات الإجرائية الأخرى وخاصة جزاء البطلان السقوط، ولهذا سوف نميز فيما يلي بين جزاء عدم القبول، وكلاً من جزائي البطلان والسقوط.

أولاً - تمييز جزاء عدم القبول عن جزاء البطلان:

يختار القانون الأعمال التي يرتب آثاره عليها، ولهذا يضع لها نماذج معينة، ويتطلب في كل نموذج مقتضيات معينة، والواقعة القانونية كما يحددها القانون بصفة مجردة يمكن أن تطلق عليها اسم الواقعة النموذجية، أما الواقعة القانونية كما تحدث في الواقع، فإنه يمكن تسميتها بالواقعة التاريخية.

والأصل أنه يجب أن تنطبق الواقعة التاريخية على الواقعة النموذجية حتى يمكن ترتيب الآثار التي ربطها القانون بوقوعها، فإذا لم يحدث هذا التطابق فإن الواقعة التاريخية تعتبر غير كاملة أو معيبة، وإذا كانت الواقعة التاريخية معيبة، فالأصل أنها لا تنتج آثار الواقعة الصحيحة، فإذا كان هناك خلل أو عيب أدى إلى عدم ترتيب الآثار القانونية، فإنه يقال إن العمل القانوني باطل، فيشترط إذاً لوجود البطلان أن يكون هناك عيب؛ أي عدم تطابق بين العمل ونموذجه القانوني، وأن يرتب القانون على هذا العيب عدم إنتاج العمل لآثاره التي تترتب إذا كان كاملاً.

وبناء على ما تقدم، يرى بعض الفقه بأن البطلان هو " تكييف قانوني لعمل يخالف نموذج القانوني مخالفة تؤدي إلى عدم إنتاج الآثار التي يربتها عليه القانون إذا كان كاملاً⁽²⁾ ". وأما عدم القبول فهو تكييف قانوني لدعوى أو طلب أو

(1) - د. نبيل إسماعيل عمر، الدفع بعدم القبول ونظامه القانوني، مرجع سابق، ص 166 وما بعدها، بند 108. 109.

(2) - د. فتحي والي، نظرية البطلان، مرجع سابق، ص 6 وما بعدها.

دفع أو طعن مقدم إلى المحكمة يؤدي إلى امتناعها عن نظر الادعاء المتضمن في هذا الطلب أو الدفع، وبالتالي تمتنع المحكمة عن إصدار حكم في الموضوع. فعلى الرغم من أن البطلان هو عيب يصيب الإجراءات أو الخصومة، أي أن مجاله إجراءات الخصومة فقط، والدفع بعدم القبول يكون عندما ترفع الدعوى، ولا تكون مستوفية لشروط قبولها، إلا أن الخلط بين جزاء البطلان وجزاء عدم القبول كثيراً ما يحدث، فمثلاً صحيفة الطعن التي لا يوقع عليها محامي مقبول للمرافعة أمام محكمة النقض تكون باطلة، ويتم الحكم عملاً بعدم قبول الطعن لبطلان صحيفته. هنا شروط قبول الطعن التي هي المصلحة بأوصافها تكون متوافرة، لكن صحيفته تكون باطلة، وبدلاً من أن يقال إن الصحيفة باطلة لعدم الالتزام بالإجراءات الشكلية اللازمة، يقال إن الصحيفة أو الطعن غير مقبول⁽¹⁾. ويذهب بعض الفقه في تحديده لحالات الدفع بعدم القبول إلى القول إن الطلب يكون غير مقبول إذا كان باطلاً، فلكي ينظر القاضي ادعاء مقدم الطلب يجب أن يكون هذا الأخير قد احترم القواعد التي يفرضها القانون لتقديم طلبه؛ ولهذا فإنه إذا كانت صحيفة افتتاح الخصومة باطلة مثلاً لعدم إمضاء المحضر أو لعدم أهلية الطالب، فإن المطالبة القضائية تكون غير مقبولة. كذلك إذا كانت صحيفة الاستئناف باطلة مثلاً لرفعها بعد الميعاد أو لأن المستأنف ليس محكوماً عليه، أو لأن الصحيفة لم يوقع عليها محام مقرر للمرافعة أمام محاكم الاستئناف، في كل هذه الحالات يعتبر الاستئناف باطلاً وبالتالي غير مقبول⁽²⁾. وكذلك يكون الطلب غير مقبول إذا كانت المحكمة غير مختصة بنظر الدعوى فإذا رفعت دعوى إلى محكمة غير مختصة بها، امتنعت المحكمة عن النظر في الادعاء، ويكون الطلب غير مقبول لعدم اختصاص المحكمة بالدعوى⁽³⁾.

(1) - د. نبيل إسماعيل عمر، عدم فعالية الجزاءات الإجرائية، مرجع سابق، ص 78، بند 63.

(2) - ديولوجو، عدم القبول، رقم 85، ص 100، وما بعدها. أشار إليه د. فتحي والي، نظرية البطلان، ص 10.

(3) - د. نبيل إسماعيل عمر، الدفع بعدم القبول ونظامه القانوني، مرجع سابق، ص 168 وما بعدها، بند

فكأن هذا الفقه يساوي بين جزاء البطلان وجزاء عدم القبول، فالعمل الباطل هو عمل غير مقبول، والعمل غير المقبول هو عمل باطل، والحقيقة فهذا نوع من الخلط بين الجزاءات الإجرائية لا يمكن التسليم به، وذلك لوجود فوارق جوهرية بين نظام البطلان ونظام عدم القبول، بدليل أن هذا الفقه نفسه يقر بوجود فوارق بين البطلان وبين عدم القبول، فالبطلان هو تكييف قانوني للعمل القانوني في الخصومة الذي يخالف نمودجه، وأما عدم القبول فهو تكييف قانوني يقتصر على الدعوى، وبعبارة أدق على الادعاء المطروح بواسطة الدعوى أو الطلب أو الدفع، وذلك عندما لا توفر شروط قبوله أو سماعه. ويرى أنّ الفكرتين متداخلتان بالنسبة للطلبات، فالطلب الباطل يعتبر غير مقبول، ولكن قد يكون الطلب غير مقبول رغم صحته، وذلك إذا كان عدم القبول راجعاً إلى عدم الاختصاص، أو إلى عدم توافر شروط قبوله؛ وبالتالي فإذا كان سبب عدم القبول هو بطلان الطلب، اتحدت أحكام عدم القبول مع أحكام البطلان، ولكنه يرى أن هذا الإتحاد لا يوجد في الحالات الأخرى⁽¹⁾.

والحقيقة فإذا ما وجد عيب في الخصومة أو إجراءاتها فإنه يمكن طلب البطلان عن طريق الدفع بالبطلان، أو عن طريق طلب أصلي بتقرير البطلان، أو عن طريق الطعن والتمسك في صحيفة الطعن بالبطلان. وإذا ما رفعت الدعوى إلى محكمة غير مختصة، أي عندما يرفع المدعي الدعوى، ولا يلتزم بقواعد الاختصاص التي نص عليها قانون الأصول، والتي تحدد اختصاص كل محكمة من المحاكم بالدعوى، فإنه يمكن الدفع بعدم الاختصاص، وهو دفع شكلي.

أما إذا تمسك الخصم بعدم قبول الإجراء لبطلانه، فإن عدم القبول هنا يكون قد استخدم في غير محله، ويكون الهدف من استخدامه هو مجرد التمسك ببطلان الإجراء.

(1) - د. فتحي والي، نظرية البطلان، مرجع سابق، ص 20 وما بعدها.

وبناء على ذلك فإذا استخدم الدفع بعدم القبول في بعض الحالات لتقرير البطلان، فإن ذلك يكون من باب الاستعمال الخاطئ لأداة فنية تواجه أموراً أخرى غير تلك التي يواجهها جزاء البطلان⁽¹⁾.

فالدفع بعدم القبول هو كل دفع يقصد به منع المحكمة من نظر موضوع الدعوى وإصدار الحكم فيه لعدم توفر شروط قبولها، فعدم القبول يؤدي في حالة نجاحه إلى امتناع المحكمة عن النظر في الادعاء المطروح بواسطة الطلب أو الدفع.

فالمحكمة قبل أن تنتظر في وجود الحق الموضوعي من عدمه يجب أن تتأكد من توافر شروط معينة يؤدي تخلفها إلى عدم قبولها الدعوى أو الطلب أو الدفع، أي إلى عدم دخولها في النظر فيما إذا كان المدعي محقاً في دعواه أم لا⁽²⁾.

وعدم القبول تكييف للطلبات أو الدفوع المقدمة إلى المحكمة دون غيرها من الأعمال القانونية في الخصومة سواء أكانت من أعمال القاضي أو معاونيه أو من أعمال الخصوم أو معاونيهم أو من أعمال الغير، فمن الخطأ وصف هذه الأعمال بعدم القبول.

ولأن عدم القبول تكييف قانوني؛ فإنه لا ينطبق على ما يسمى بعدم القبول المادي وهو ما يحدث لو قدم الطلب دون دفع الرسم المالي المقرر⁽³⁾. ومن ناحية أخرى، فإنه لا ينطبق على غير ما يقدمه الخصم إلى المحكمة؛ ولهذا من الخطأ القول مثلاً أن حكماً يُعد غير مقبول، أو أن تبليغاً إلى خصم يكون غير مقبول.

باختصار؛ فعدم القبول هو الجزاء الإجرائي المترتب على تخلف شروط قبول الدعوى، أما عدم القبول الذي يطلقه البعض عند تخلف أحد المفترضات أو الشروط الإجرائية التي يجب توافرها لكي يستطيع القاضي نظر موضوع القضية

(1) - د. عبد الخالق عمر، فكرة عدم القبول، رسالة دكتوراه، ص 93. أشار إليه: د. نبيل إسماعيل عمر، الدفع بعدم القبول ونظامه القانوني، المرجع السابق، ص 168، بند 108.

(2) - د. نبيل إسماعيل عمر، المرجع السابق، ص 168 وما بعدها، بند 108. 109.

(3) - د. فتحي والي، نظرية البطلان، مرجع سابق، ص 9 وما بعدها.

كعدم اختصاص المحكمة، أو إذا كان الطلب باطلاً لم تتوافر فيه شروط صحته، فالأمر هنا في الحقيقة يتعلق بدفع شكلي يتعلق بالمطالبة القضائية يرمي إلى عدم قبولها والجزاء هو البطلان وليس عدم القبول، فإذا أصدرت محكمة غير مختصة حكماً، فإن هذا الحكم يكون باطلاً لصدوره من محكمة غير مختصة⁽¹⁾، ولا يمكن القول إن هذا الحكم غير مقبول.

الخلاصة: فجزاء البطلان يواجه مسألة صحة الطلب القضائي، بينما عدم القبول يواجه مسألة توافر أو عدم توافر الشروط اللازمة لقبول الطلب القضائي بهدف النظر فيما بعد في مسألة منح الحماية القضائية للمدعي.

وقد ميّزت محكمة النقض المصرية بين الحالتين في حكم لها جاء فيه من إن الدفع بعدم قبول المعارضة شكلاً لرفعها بعد الميعاد المحدد ليس من أوجه البطلان أو الدفع التي يسقط الحق في ابدائها إذ أغفل المستأنف التمسك بها في صحيفة الاستئناف، أو تعرض للموضوع قبل التمسك بها، بل هو دفع بعدم قبول الدعوى يجوز بموجب ما هو منصوص عليه صراحة في المادة (115) مرافعات مصري أن يبدي في أية حالة تكون عليها الدعوى⁽²⁾.

فالدفع بعدم القبول يكون عندما تكون الدعوى المرفوعة غير مستوفية لشروط من شروط قبولها سواء كانت من الشروط العامة أم الخاصة، أو كانت من الشروط الإيجابية أم السلبية، وهذه الحالات هي قليلة مقارنة بالحالات التي يحكم فيها بالبطلان الذي يشمل الخصومة وجميع إجراءاتها بدءاً من رفع الدعوى، وحتى صدور الحكم فيها، وأعمال الخصوم والقاضي والغير؛ ولذلك يمكن القول إن مجال عدم القبول هو أضيق بكثير من مجال البطلان⁽³⁾.

(1) - د. فتحي والي، الوسيط، مرجع سابق، ص 698، بند 337.

(2) - الطعن رقم 788 لسنة 20 ق جلسة 1952/4/24. د. علي عوض حسن، الدفع بعدم القبول في المواد المدنية والجنايية وفقاً لأحدث أحكام النقض والإدارية العليا حتى 7/ 1995، دار المطبوعات الجامعية، مصر، الإسكندرية، 1996، ص 36، بند 22.

(3) - د. نبيل إسماعيل عمر، الدفع بعدم القبول ونظامه القانوني، مرجع سابق، ص 169، بند 109.

ثانياً - تمييز جزاء عدم القبول عن جزاء السقوط:

يُعد السقوط أحد أنواع الجزاءات الإجرائية في قانون الأصول، وهو جزاء شديداً إذ يترتب عليه فقدان الحق في اتخاذ الإجراء نهائياً؛ ولهذا فجزاء السقوط يختلف عن سائر الجزاءات الإجرائية الأخرى، فالبطلان مثلاً في كثير من الحالات يمكن تصحيحه، وفي بعض الحالات يمكن أن يترتب الإجراء آثاره كما لو كان صحيحاً على الرغم من بطلانه، كما في حالة تحقق الغاية من الإجراء، ولو أنه أُتخذ بغير الشكل المفروض قانوناً، وعدم قبول الدعوى، لعدم توافر شروط قبولها، لا يمنع من قبولها من جديد، بشرط استيفاء هذه الشروط عند رفعها من جديد.

وعلى الرغم من شدة وصرامة جزاء السقوط، إلا أن المشرع في فرنسا كما في سورية ومصر لم يقدّم بتنظيم جزاء السقوط، أو بيان نطاقه، أو أحكامه.

وأغلب الظن أن رغبة المشرع في هذه الدول بعدم تنظيم جزاء السقوط، يرجع لصعوبة إيجاد معيار دقيق، يمكن به تمييز مواعيد السقوط عن المواعيد الأخرى الموجودة في القانون وخاصة مواعيد التقادم. بينما نجد إن بعض القوانين قد قامت بتنظيم هذا الجزاء بنصوص أو أحكام خاصة، كما هو عليه الحال في القانون اللبناني إذ تنص المادة (325) من قانون أصول المحاكمات على أن جميع المهل المعينة بمقتضى أحكام هذا القانون لاستعمال حق ما، يستلزم تجاوزها سقوط هذا الحق.

وإذا كان المشرع لا ينظم مواعيد السقوط بنصوص خاصة، كما هو عليه الحال في القانون السوري، فما هو السبيل أو المعيار الذي على أساسه يكون التفريق بين المواعيد المختلفة الموجودة في القانون؟ يمكن القول إنه في بعض الحالات يتولى النص القانوني نفسه بيان نوع أو طبيعة أو ماهية الميعاد، وما إذا كان ميعاد تقادم أو ميعاد سقوط أو ميعاد إجرائي، إلا أنه لم يفعل ذلك في بعض الحالات الأخرى، الأمر الذي أدى لاختلاف الفقه والقضاء في إيجاد معيار دقيق

يبين ماهية الميعاد في هذه الحالة⁽¹⁾، ولهذا فإذا نص القانون صراحة على أن المدة هي ميعاد سقوط، كأن ينص القانون على أن العمل يعتبر غير مقبول، أو

(1) - يذهب رأي إلى إنكار وجود أي تفرقة بين مدد التقادم ومدد السقوط، فالسقوط يخضع لجميع أحكام التقادم، أي إن هذين النظامين يخضعان لقواعد واحدة، إلا إذا كان القانون ينص صراحة أو دلالة على قواعد خاصة بالسقوط، إذ إن هذه التفرقة ليست لها أهمية من الناحية العملية ما دام أن القانون قد نص على القواعد الواجب تطبيقها بسبب عدم مراعاة المواعيد المقررة، فالسقوط والتقادم يتناولان الدعوى وأصل الحق معاً، فالإهمال وعدم المطالبة موجودان في النظامين، وإذا حصل وأخضع المشرع بعض مواعيد السقوط لقواعد خاصة، بقصد تحقيق غاية معينة، فإنه لا يجب أن يؤدي هذا الأمر إلى القول بوجود نوعين من المواعيد، بل يكفي تسميتها بأنها مواعيد تقادم خاصة؛ ولهذا يذهب هذا الاتجاه إلى أنه يجب بحث كل حالة على حدة لمعرفة ما إذا كان التقادم الذي نحن بصده يخضع للقواعد العادية أم لا، ولمعرفة طبيعة البواعث التي دعت إلى تعيين المدة فيها. ومن هذا الرأي أوبري ورو جزء 12، ص 536. وميرلان، الموسوعة لفظ التقادم، ص 399. ودينو ص 115، ماركاديه تعليقاً على المادة 2220 مدني فرنسي. وبودري وتيسيه بند 26 وما بعده أشار إليهم د. محمد اللطيف، التقادم المكسب والمسقط، دار النشر للجامعات المصرية، القاهرة، 1958 م، ص 22 وما بعدها. بينما ذهب رأي آخر إلى القول إن المواعيد المسقطة تختلف عن مواعيد التقادم في المهمة أو الوظيفة التي وجدت من أجلها، فهي قد وضعها المشرع، لا كما في مواعيد التقادم المسقط لحماية الأوضاع المستقرة، أو للجزاء على إهمال الدائن أو لتقوم على قرينة الوفاء، بل لتحديد الميعاد الذي يجب أن يتم فيه حتماً عمل معين وخاصة لتحديد الوقت الذي يجب أن يتم استعمال رخصة قررها القانون، فهي مواعيد حتمية، لا بد أن يتم العمل المعين في خلالها، وإلا كان غير مقبولاً، ولذلك فهي تختلف عن مواعيد التقادم، لا في المهمة التي تقوم بها فحسب، بل أيضاً في كيفية إعمالها فيجوز للقاضي إثارتها من تلقاء نفسها دون حاجة إلى أن يتمسك الخصم بها، ولا تنقطع، ولا يقف سريانها، ولا يتخلف عنها التزام طبيعي، كل هذا بعكس التقادم المسقط، والحق الذي ينقضي بالتقادم إذا لم يصلح أن يكون طلباً، فإنه يصلح أن يكون دفعاً، إذ الدفوع لا تتقادم، أما الحق الذي سقط لعدم استعماله في الميعاد فلا يصلح لا طلباً ولا دفعاً د. عبدالرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، المجلد الثالث، دار النهضة العربية، القاهرة، بدون سنة نشر، ص 1000. إلا أن أصحاب هذا الاتجاه اختلفوا فيما بينهم في إيجاد معيار دقيق للتمييز بين مواعيد السقوط ومواعيد التقادم، فذهب رأي إلى أنه إذا كان الزمن هو عامل مشترك بين نظام التقادم ونظام السقوط، إلا أن الغرض من تقريره في الحالتين يختلف، ومن ثم يتعين لمعرفة طبيعة هذا الميعاد هو تبين الغرض الذي قصد إليه القانون من تقرير هذا الميعاد، فإن كان لحماية الأوضاع المستقرة، أو غير ذلك من أغراض التقادم المسقط كوجود قرينة للوفاء أو الإبراء، فإن الأمر يتعلق بميعاد تقادم، أما في مدد السقوط فإن المشرع لا يفترض وجود قرينة للوفاء، أو وجود غرض من أغراض التقادم، بل هي تفرض على صاحب الحق أن يستعمله في وقت معين، وإلا سقط الحق فيه، فهي تقوم على فكرة وجود أجل قانوني يتناول أصل الحق ويسقطه فالمواعيد المسقطة تقوم على تحديد الوقت الذي يجب أن يتم في خلاله =

= استعمال حق أو رخصة، أي إن الزمن وحده هو الذي يؤدي إلى حرمان الشخص من حقه، ودون افتراض أي قرينة للوفاء أو للإبراء. أوبري ورو جزء 12، ص 532 وما بعدها. تروبلونج جزء 1 في التقادم بند 27. لوران جزء 32، بند 10 أشار إليهم: د. محمد عبد اللطيف، مرجع سابق، ص 21. أوبري ورو 12 فقرة 771، ص 532، 538. بيدان ولاجارد 9 فقرة 1090. كولان وكابيتان 2 فقرة 621. جوسران 2 فقرة 1004، 1006. أشار إليهم د. عبدالرزاق السنهوري، مرجع سابق، ص 1001. د. عبدالمنعم البدرائي، أثر مضي المدة في الالتزام، رسالة دكتوراه، جامعة فؤاد الأول، كلية الحقوق، سنة 1950، بند 41، ص 50 وما بعدها. وذهب البعض من أصحاب هذا الرأي إلى أنه يجب بحث كل حالة على حدة لمعرفة طبيعة البواعث التي دعت إلى تقريرها، فإذا كانت هذه المواعيد تقوم على اعتبارات خاصة تتعارض مع قواعد التقادم، وجب اعتبارها مدد سقوط. د. محمد عبداللطيف، مرجع سابق، بند 23، ص 28. وذهب البعض إلى أن العنصر الأساسي في التقادم هو عدم الاستعمال أو عدم المطالبة بالحق، وأما مرور الزمن فهو عامل ثانوي، بينما في السقوط فالعامل الأساسي فيه هو مرور الزمن، بينما عدم المطالبة هو العامل الثانوي. موديك، نظرية السقوط في القانون المدني الإيطالي، 1، الفصل الثالث. وتوفيلو، موجز القانون المدني الإيطالي، ط 2، رقم 150، ص 484. أشار إليهم د. عبدالمنعم البدرائي، مرجع سابق، بند 42، ص 51 وما بعدها.. وفي هذا المعنى قضت محكمة استئناف أسيوط بمصر بأن مواعيد التقادم تقوم على إيقاع جزاء على إهمال صاحب الحق في المطالبة به، بينما السقوط يقوم على وجود أجل قانوني يتناول أصل الحق ويسقطه. حكم في 23 / 12 / 1946 المجموعة الرسمية، 48، رقم 181 أشار إليه د. عبدالرزاق السنهوري، مرجع سابق، ص 1002، هامش 1. وذهب البعض إلى أن المواعيد المسقطه هي مواعيد قصيرة، على خلاف مواعيد التقادم، ورأى البعض أن مدد التقادم لا تتعلق بالنظام العام، بينما مواعيد السقوط تكون متعلقة بالنظام العام. د. عبدالرزاق السنهوري، مرجع سابق، بند 594، ص 1001.

وذهب رأي إلى أن التقادم يقضي على كل حق عيني أو شخصي مقرر من قبل وكامل الوجود، إذا لم يحم صاحبه باستعماله أو المطالبة به في الميعاد المحدد له، وأما السقوط فهو لا يتعلق بحق عيني أو شخصي بسبب عدم الاستعمال أو عدم المطالبة به، وإنما السقوط يتعلق بسقوط الحق في مباشرة الإجراء، أو عمل معين، أو في مزاولة رخصة بسبب عدم استعمالها في المدة المحددة، فالحق في أحوال السقوط لم يكن تام الوجود والتكوين بل لا بد فيه وحتى يكون تاماً من رفع الدعوى في المدة المفروضة، ولهذا فالمدة في أحوال السقوط لازمة لتكوين الحق أو تدخل في تكوينه، وتكون عنصراً من عناصر الحق، بينما في مدد التقادم فالمدة ليست لازمة لتكوينه؛ لأنه بالأصل حق كامل، فإذا طالب المالك بحقه في حالة مدد التقادم، فهو إنما يطلب حقاً كاملاً من قبل، بينما في أحوال السقوط فالمدعي يتوجب عليه رفع الدعوى في الزمن المحدد حتى يظهر كاملاً، ولهذا فالحق الكامل إعطاء المشرع رعاية واهتمام أكبر فقرر بشأنه قواعد الوقف والانقطاع، بعكس السقوط فالأصل إنها لا تخضع لهذه القواعد. د. محمد عبداللطيف، مرجع سابق، ص 26. وحكم لمحكمة الإسكندرية التجارية في 1 / 8 / 1946 المجموعة الرسمية، 47، رقم 235 أشار إليه د. عبدالرزاق السنهوري، مرجع سابق، ص 1002، هامش 1. فموضوع التقادم هو حق كامل =

النص على عدم جواز القيام به⁽¹⁾، فهنا يكون النص القانوني قد حسم المسألة، ولكن من المتفق عليه أنه توجد حالات للسقوط بغير نص.

إلا أن المشكلة التي ثارت هي الوقت الذي يحكم فيه بالسقوط رغم عدم النص عليه؟ اختلف الفقه والقضاء في هذه المسألة⁽²⁾، فذهب رأي إلى أن المواعيد الإجرائية المفروضة لاستعمال أو لمباشرة الدعوى أمام القضاء، وسير الخصومة إلى نهايتها الطبيعية بالحكم الموضوعي الفاصل لموضوعها، أو حكم غير فاصل لموضوعها، فجميع هذه المواعيد تعد مواعيد إجرائية، ومن ثم يطبق عليها النظام القانوني لهذه المواعيد⁽³⁾.

فهذا الرأي يدمج مواعيد السقوط ضمن مواعيد الأصول، وهو على الرغم من سهولته، إلا أنه لا يمكن الأخذ به، إذ إنه وبحسب أغلب الفقه توجد مواعيد أكثر شدة وصرامة من مواعيد الأصول، وبالتالي لا يمكن تطبيق القواعد المطبقة عليها على مواعيد السقوط، كما أن مواعيد السقوط تقترب من مواعيد التقادم أكثر مما تقترب من مواعيد الأصول، وحتى إن البعض يرى إنه لا موجب للترقية بين مواعيد التقادم ومواعيد السقوط.

= يظهر في العنصر الإيجابي لذمة الدائن، وفي العنصر السلبي لذمة المدين، ولهذا فالتقادم يؤدي إلى إبراء المدين من الالتزام، أما السقوط فهو يفقد الرخص التي يجيز القانون استعمالها في خلال مدة معينة، فالأمر في أحوال السقوط لا يتعلق بحق عيني أو التزام ينقضيان بعدم الاستعمال. فالتقادم يفترض حق بالمعنى الكامل، وهو يؤدي إلى تأييد حالة واقعية مخالفة لهذا الحق متى مرّ عليه الزمن، بينما السقوط على العكس من ذلك يؤدي إلى تأييد حالة قانونية سابقة ويرفع عنها كل منازعة. د. عبدالمنعم البدرائي، مرجع سابق، بند 48، ص 60 وما بعدها.

(1) - د. نبيل إسماعيل عمر، سقوط الحق في اتخاذ الإجراء في قانون المرافعات، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1989، ص 7 وما بعدها، بند 1، 3

(2) - بيكيه، دروس، ص 72. أشار إليه: د. فتحي والي، الوسيط، مرجع سابق، ص 427، بند 257.

(3) - Vasseur: de ais prdfix details de prescription delais prace dure. R. T. D.

.C. 1950. P. 439. Solus et Perrat. OP. ciot. P. 384

أشار إليه: د. كمال الدين أحمد السيد عاطف، مدى حجية عدم القبول من الناحيتين الشكلية والموضوعية في القضاء المدني، ط1، دار النهضة العربية، القاهرة، 2012، ص 163.

في حين يرى البعض الآخر، إن مواعيد السقوط تأخذ موقعاً وسطاً بين المواعيد الإجرائية، ومواعيد التقادم، ومع ذلك يرى أنها تخضع للنظام القانوني المطبق على المواعيد الإجرائية (1).

إلا أن بعض الفقه يذهب إلى أن مواعيد السقوط تتميز عن المواعيد الإجرائية من حيث محلها، إذ إن مواعيد السقوط تتعلق بالحق الموضوعي، ويؤدي انقضاءها إلى انقضاء الحق في الدعوى، بينما المواعيد الإجرائية تتعلق بصحة الإجراءات، ويؤدي انقضائها إلى انقضاء أو سقوط الحق في الإجراء (2).

وأخيراً، ذهب رأي إلى أن السقوط ولو لم ينص عليه القانون، هو الجزء الحتمي أو المفروض أو المترتب على عدم ممارسة أو استعمال الحق الإجرائي الممنوح للخصم في الميعاد أو الترتيب أو المناسبة المحددة قانوناً للقيام به، وذلك دون نظر لما إذا كان الميعاد جوهرياً أو غير جوهري، متعلقاً بالنظام العام أم غير متعلق به، ودون نظر إلى الغاية من الميعاد وهل يرمي الميعاد إلى التعجيل بسير الخصومة أو إلى استقرار الأحكام أو إلى غير ذلك من الغايات، أو نظر إلى تحقق الغاية أو عدم تحققها، فالغاية تتخلف بعدم احترام الميعاد أو الترتيب الزمني، وينحصر البحث فقط فيما إذا كان هناك حق إجرائي لأحد الخصوم أم لا، فإذا تعلق بحق إجرائي للخصم، فإنه يسقط إذا لم يقم به في الميعاد أو المناسبة أو الترتيب المحدد في القانون لاستعماله (3).

فالرأي الراجح أنه إذا خول القانون الخصم حقاً إجرائياً معيناً، وأوجب عليه أن يقوم بالعمل الذي يستند إلى هذا الحق خلال مهلة معينة أو في ترتيب معين أو مناسبة محددة بالنسبة لأعمال أو وقائع الخصومة الأخرى، ولم يلتزم الخصم بهذا القيد، لم يعد من حق الخصم القيام بهذا العمل، ويقال إن هذا الحق قد سقط، ولا

(1) - د. إبراهيم سعد، القانون القضائي الخاص، ص 687. أشار إليه: د. كمال الدين أحمد السيد عاطف، الرجوع السابق، ص 163.

(2) - د. عبد الخالق عمر، فكرة عدم القبول، رسالة دكتوراه، ص 183. أشار إليه: د. كمال الدين أحمد السيد عاطف، المرجع السابق، ص 163.

(3) - جابيو، المرافعات، بند 42، ص 34. أشار إليه: د. فتحي والي، الوسيط، مرجع سابق، ص 427، بند 257.

يرد على هذه القاعدة أي استثناء إلا حيث ينص القانون على جزاء معين غير السقوط، فعندئذ يكون المشرع قد أوضح إرادته في عدم ترتب سقوط الحق كجزاء عليه في هذه الحالة، أو إذا تعلق الأمر بميعاد تنظيمي يكون القصد منه حث الأطراف على عدم البطء في الإجراءات⁽¹⁾.

هذا الرأي الأخير هو الذي نؤيده؛ فالسقوط في قانون الأصول هو جزاء قانوني إجرائي يتم إيقاعه على حق إجرائي لم يتم مباشرته أو استعماله بشكل صحيح في الميعاد أو الترتيب أو المناسبة المحددة قانوناً لممارسته؛ ولهذا يرى البعض أنه لا يوجد سقوط إذا تعلق الأمر بالحق في الدعوى، فإذا رفع الدائن دعوى بعد انقضاءها بمضي المدة، فإنه يمكن الدفع بانقضاء الدعوى بالتقادم وهو مختلف عن السقوط، من حيث بعض القواعد أو الأحكام، وهذا ناتج عن اختلاف مواعيد التقادم عن مواعيد السقوط.

ومن ناحية أخرى، إذا كان القيام بالعمل الإجرائي لا يستند إلى حق بالمعنى الصحيح، وإنما إلى سلطة أو واجب أو عبء⁽²⁾، فلا يمكن أن يتحقق سقوط، فليس كل أعمال الخصوم يتحقق بعدم القيام بها جزاء السقوط، فلا يمكن أن يتحقق السقوط ولو تعلق الأمر بأعمال الخصوم إذا كان الخصم مكلفاً بالقيام بعمل ما في خلال ميعاد معين، كما إذا كان على الخصم تقديم مستند معين مثلاً خلال هذا الميعاد؛ ولهذا لا يترتب السقوط في كل الحالات التي يفرض فيها القانون على الخصم القيام بعمل ما لمصلحته الذاتية، ولا يترتب على عدم القيام بهذا العمل جزاء قانوني، وإنما فقط إلى عدم الاستفادة أو فوات المصلحة التي كان سيجنيها الخصم لو قام بالعمل المطلوب منه.

(1) - د. وجدي راغب فهمي، مبادئ، ص 98، 99. أشار إليه د. فتحي والي، المرجع السابق، ص 427، بند 257.

(2) - ويفرق البعض بين السلطة والمكنة، فالسلطة ولاية تمنح لشخص لمصلحة غيره، أو للمصلحة العامة، كالسلطة الأبوية، أما المكنة فتمنح لمصلحة ذاتية. أما الواجب الإجرائي فهو يختلف عن الحق الإجرائي في أنه مجرد نشاط يظهر في صورة خضوع أو أمثال لحق إجرائي أو لسلطة إجرائية. د. فتحي والي، الوسيط، رقم 196، ص 299. أشار إليه د. نجيب أحمد عبدالله الجبلي، مرجع سابق، ص 22، هامش 1.

ولا يتحقق السقوط إذا كان القانون يفرض على الشخص القيام بواجب قانوني تجاه شخص آخر، أو يفرض عليه هذا الواجب تحقيقاً للمصلحة العامة، وإنما يجعل أو يوقع القانون في حالة عدم القيام بهذا الواجب جزاء قانوني غير السقوط، لأن الأمر لا يتعلق بحق إجرائي. وكذلك لا يتصور السقوط بالنسبة للأعمال التي يقوم بها القاضي أو معاونيه، فإذا حدد القانون ميعاداً لقيام القاضي بعمله، فليس لأحد الخصوم أن يتمسك بسقوط حق القاضي في القيام بالعمل بعد انقضاء الميعاد، فأعمال القاضي لا يمكن وصفها بالسقوط، وإنما ترتب البطلان، وتعرض حكمه للنقض (1).

وإذا كان السقوط هو جزاء لحق إجرائي لم يمارس بشكل صحيح في الميعاد أو الترتيب أو المناسبة المحددة من قبل القانون لممارسته، فما هو المقصود بالحق الإجرائي الذي يكون محلاً مباشراً لجزاء السقوط؟ ذهب بعض الفقه إلى أن السقوط هو " فقدان أو انقضاء حق القيام بإجراء معين بسبب تجاوز الحدود التي رسمها القانون لمباشرته" (2). ويقصر البعض تعبير الحق الإجرائي على المركز المستمد من وضع معين في الخصومة، مثل حق الطعن الذي لا يكون إلا للخصم المحكوم عليه (3).

ويذهب بعض الفقه إلى أن السقوط هو الجزاء المترتب على مخالفة الإجراءات والمواعيد التي تكفل القانون بتحديدتها، بحيث يترتب عليه زوال حق الخصم في العمل أو الإجراء، مما يمتنع عليه القيام به مجدداً (4). في حين يرى

(1) - د. فتحي والي، الوسيط، مرجع سابق، ص 424 وما بعدها، بند 256

(2) - د. وجدي راغب فهمي، مبادئ القضاء المدني، 1987، ص 372. أشار إليه د. نبيل إسماعيل عمر، سقوط الحق في اتخاذ الإجراء، مرجع سابق، ص 21، بند 14.

(3) - د. فتحي والي، الوسيط، 1980، ص 485. وأيضاً د. أحمد أبو الوفا، المرافعات، ط 14، ص 512، ود. عبد الحميد أبو هيف، المرافعات، 1921، ص 514. أشار إليهم د. نبيل إسماعيل عمر، المرجع السابق، ص 21، بند 14.

(4) - د. أحمد السيد صاوي، الوسيط في شرح قانون المرافعات المدنية والتجارية، ص 414. أشار إليه د. فارس علي عمر، سقوط الحق في مباشرة الإجراء القضائي، دراسة مقارنة، بحث منشور في مجلة الرافدين، العراق، بغداد، مجلد 2/ السنة 10، العدد 25، سنة 2005. ص 197.

البعض الآخر أن السقوط هو " فقدان أو انقضاء سلطة القيام بعمل إجرائي معين؛ وذلك لتجاوز الحدود القانونية المباشرة لهذه السلطة " (1).

ويرى البعض الآخر من الفقه، أن مثل هذا المركز لا يعد حقاً إجرائياً بالمعنى الدقيق، وإنما يطلق تعبير الحقوق الإجرائية على " كافة مكناات الخصم (2)، مثل الحق في اتخاذ الإجراء، والحق في الإثبات، والحق في الطعن، والحق في التنفيذ " (3).

ويعرف البعض الحق الإجرائي بأنه " قدرة طرف في الخصومة المدنية، تحددها وتحميها قواعد القانون الإجرائي " (4).

وذهب البعض - وهو الرأي الذي نؤيده - إلى تعريف الحق الإجرائي بأنه " عبارة عن تسلط أو مكنة إرادية يعترف بها القانون لشخص من أجل تحقيق مصلحة ذاتية له " (5).

فالحقوق الإجرائية: هي مجموع المكناات التي يخولها القانون للخصم، وذلك سواء توافرت لها مقومات الحق الشخصي الذي لا يقابله التزام على عاتق الطرف الآخر، بل يكون فقط في حالة خضوع للآثار القانونية التي يربتها القانون على هذا

(1) - د. محمود محمد هاشم، قانون القضاء المدني، ج 2، دار الفكر العربي، القاهرة، ص 215. أشار إليه د. فارس علي عمر، المرجع السابق، ص 179.

(2) - د. وجدي راغب فهمي، مبادئ القضاء المدني، ص 373، 439. أشار إليه د. نبيل إسماعيل عمر، المرجع السابق، ص 21 وما بعدها، بند 15.

(3) - د. عبدالمنعم الشراوي، شرح المرافعات المدنية، ج 1، 1956، ص 26. وأيضاً د. عبدالحميد أبو هيف، المرافعات، 1921، ص 515. أشار إليه د. نبيل إسماعيل عمر، المرجع السابق، ص 22، بند 15.

(4) - د. محمد عبدالخالق عمر، الحقوق الشخصية لأطراف الخصومة، مجلة مصر المعاصرة، 1970 م، ص 123. أشار إليه: د. نجيب أحمد عبدالله الجبلي، التعسف في استعمال الحق الإجرائي، المكتب الجامعي الحديث، اليمن، صنعاء، 2006، ص 22، هامش 3.

(5) - د. وجدي راغب، مبادئ الخصومة المدنية، 1978، ص 37. وأيضاً د. أحمد حشيش، فكرة عدم القبول، رسالة دكتوراه، ص 272 وما بعدها. وأيضاً د. فتحي والي، الوسيط، ص 299. أشار إليهم: د. نجيب أحمد عبدالله الجبلي، مرجع سابق، ص 22.

الحق⁽¹⁾، أم كانت مجرد مباشرة إجراء معين لا يقابلها التزام بالمعنى الفني، أي لا يقابلها علاقة مديونية ومسؤولية وهما عنصران الالتزام المدني⁽²⁾، مثال ذلك مكنة تقديم دليل ما.

والحق الإجرائي باعتباره مكنة إرادية يخولها القانون للخصم لتحقيق مصلحة ذاتية له، يقترب في بعض صفاته وخصائصه من الحق الموضوعي، إلا أنه مع ذلك تبقى فوارق رئيسية بين جوهر الحق الموضوعي وجوهر الحق الإجرائي، فالحق الإجرائي له وظيفة ومضمون وشكل محدد مسبقاً في القانون، ويهدف للوصول إلى نتائج معينة ومحددة في القانون، ولا توجد في الحق الإجرائي فكرة الاستثناء أو المنفعة الموجودة في الحق الموضوعي⁽³⁾، والحرية الممنوحة للشخص في استعمال واستخدام الحق الموضوعي تكون أكثر من الحرية الممنوحة له عند استعمال الحق الإجرائي، والحقيقة فإن الذي يميز الحق الإجرائي عن الحق الموضوعي، هو أن الحق الإجرائي يهدف وبالتضافر مع الحقوق والأنشطة الإجرائية الأخرى للوصول إلى تقرير، أو تأمين الحماية للحق الموضوعي المدعى به، كما أن الحق الإجرائي ليس حقاً مالياً، ولا يخضع للقواعد العامة للحق المالي الواردة في القانون الموضوعي، وإنما يخضع لقواعد إجرائية خاصة واردة في القانون الإجرائي، أي قانون الأصول، وهذا الحق الإجرائي يخول صاحبه القيام بأعمال إجرائية محددة لتحقيق مصلحة معينة لصاحبه⁽⁴⁾.

(1) - د. إبراهيم سعد، القانون القضائي الخاص، ص 129. أشار إليه: د. نبيل إسماعيل عمر، المرجع السابق، ص 23، بند 16.

(2) - د. فتحي والي، الوسيط في التنفيذ الجبري، ص 20 وما بعدها. أشار إليه: د. نبيل إسماعيل عمر، المرجع السابق، ص 23، بند 16.

(3) - جاك نورماند، القاضي والنزاع، رسالة، ليل، 1965، ص 25. أشار إليه: د. نبيل إسماعيل عمر، المرجع السابق، ص 31، بند 23.

(4) - د. أحمد حشيش، فكرة عدم القبول، رسالة دكتوراه، ص 262. أشار إليه: د. نجيب أحمد عبدالله الجبلي، مرجع سابق، ص 19 وما بعدها.

فالحقوق الإجرائية ما هي إلا وسائل قانونية إجرائية وضعها القانون للوصول إلى الحقوق الموضوعية (1).

وقد ذهب بعض الفقه في تحديده لطبيعة مواعيد السقوط إلى الاستناد إلى بعض القواعد، أو الأفكار الموجودة في القانون المدني، فرأى أنّ المواعيد المطلوبة لاتخاذ الإجراءات فيها ما هي إلا أجل منهي لممارسة الحق الإجرائي، أو هي شرط فاسخ يترتب على وقوعه عدم إمكان القيام بالإجراءات لزوال الحق في اتخاذها (2). إلا أنّ الرأي الراجح هو أنّه لا يمكن الاستناد إلى القواعد الموجودة في القانون المدني لتحديد طبيعة مواعيد السقوط؛ ولذلك يذهب هذا الرأي إلى أنّ مدد السقوط تعد قيد قانوني يجب أن يتم استعمال الحق الإجرائي فيه، فهذه المواعيد مظهر من مظاهر الشكالية في القانون لتنظيم استعمال بعض الحقوق أو الدعاوى، فهي مجرد تطبيق لفكرة الحقوق الوظيفية (الوسيلية) للوصول إلى الحقوق الموضوعية (3).

ويتم استعمال الحق الإجرائي بهذا الشكل في " صورة إعلان إرادي صادر من صاحبه وموجه إلى شخص آخر أو إلى المحكمة، طالباً من الأول الخضوع لمقتضى الحماية القضائية، وطالباً من الثانية الحصول على هذه الحماية " (4). و يرى البعض أنّ السقوط يتحقق بصرف النظر عن القيام بالعمل الإجرائي، فإذا حدد القانون ميعاداً أو ترتيباً معيناً للقيام بالعمل، وانقضى هذا الميعاد أو الظرف الزمني المعين دون القيام بالعمل، سقط الحق في القيام به. فإذا قام الخصم بالعمل بعد ذلك، تحقق جزاءان: جزاء السقوط الذي يتحقق قبل القيام بالعمل،

(1) - دابان، النظرية العامة للحق، ط2، رقم 215. أشار إليه: د. نبيل إسماعيل عمر، المرجع السابق، ص 31، بند 23

(2) Sallé: de la marnière, la déchéances, R. T. 1983.op,cit,p,1089
أشار إليه: د. نبيل إسماعيل عمر، سقوط الحق في اتخاذ المرجع السابق، ص 191 وما بعدها، بند 104.

(3) - د. نبيل إسماعيل عمر، المرجع السابق، ص 198، بند 108.

(4) - د. فتحي والي، نظرية البطلان، مرجع سابق، ص 160. أشار إليه: د. نبيل إسماعيل عمر. المرجع السابق، ص 32، بند 24.

وجزاء البطلان الذي يتحقق بالقيام بالعمل في غير الظرف الزمني الذي نص عليه القانون⁽¹⁾.

نرى أن هذا نوع من الخلط أو التوحيد بين الجزاءات الإجرائية غير مقبول؛ فلكل جزاء أحكامه الخاصة به، فالسقوط لا يمكن تجديده أو تصحيحه بعكس البطلان، ومن ثم فإذا ما انقضى الميعاد أو الترتيب المحدد للقيام بالعمل الإجرائي، فإنّه لن يعود بالإمكان القيام به بعد ذلك، وإذا قام به من له الحق فيه بالرغم من ذلك، فإنه يكون غير مقبول؛ وذلك لسقوط الحق فيه لعدم القيام به في الوقت المعين، ولا يمكن القول ببطلانه، فحالات السقوط متميزة عن حالات البطلان؛ وذلك بدليل ما يقول به هذا الفقه نفسه فهو يرى أنّ الاختلاف بين جزاء البطلان وجزاء السقوط لا ينفي أن هناك علاقة بين البطلان والسقوط؛ فوجود الحق في القيام بالعمل الإجرائي يعتبر من مقتضيات صحة العمل، ولهذا فإنه إذا سقط الحق وقام الشخص بالعمل بعد هذا فإن عمله يكون باطلاً، فالقيام بالعمل خلاله فترة معينة يعتبر من مقتضيات العمل الشكالية، ولهذا فإن العمل قد يبطل لعيبٍ شكلي إذا لم يتم خلال الفترة المحددة، ولكنه يرى أن السقوط لا يؤدي دائماً إلى البطلان، ويتحقق هذا إذا لم يقم الشخص بالعمل حتى بعد الفترة التي حددها القانون، فإذا انقضى ميعاد الطعن في الحكم بالاستئناف، سقط الحق في الاستئناف، ولا يكون هناك بطلان؛ إذ أن البطلان تكيف ولا يمكن الكلام عن البطلان ما دام العمل لم يتم القيام به من الناحية المادية.

ويرى أيضاً أن السقوط الذي يؤدي إلى البطلان هو سقوط الحق الإجرائي وليس سقوط الحق في الدعوى، فإذا رفع الدائن دعوى المديونية بعد انقضائها بالتقادم، فإن طلبه يكون صحيحاً إذ أنه يقدمه استعمالاً لإمكانيته العامة في الالتجاء إلى القضاء، وهذه لا تقبل الانقضاء بالتقادم.

والسقوط في قانون الأصول يصيب مكنة أو قدرة الشخص على القيام باتخاذ الإجراء، فالإجراء ذاته لا يسقط، وإنما يكون باطلاً، وبعبارة أخرى يكون غير مقبولاً

(1) - جابيو، المرافعات، بند 53، ص 42. أشار إليه د. فتحي والي، الوسيط، مرجع سابق، ص 424 وما بعدها، بند 256.

إذا أُنْزِلَ بعد سقوط الحق الإجرائي الذي كان يسمح باتخاذ، عكس البطلان الذي يعتبر عيباً يصيب الإجراء ذاته لاتخاذ بشكل مخالف لنموذجه القانوني، فالحق الإجرائي لا يوصف بالبطلان، وإنما يوصف بالسقوط لعدم ممارسته في ميعاده.

كما أن هناك حالات تتم فيها مخالفة المواعيد الإجرائية، ومع ذلك لا يرتب المشرع على مخالفتها جزاء السقوط لشدته وصرامته، وإنما رتب على ذلك جزاءات أخرى، وذلك بهدف فتح المجال لتجديد الإجراءات، أو تصحيحها، أو للإبقاء على بعض آثارها، كما هو الحال في جزاء سقوط الخصومة، أو اعتبار الدعوى كأن لم تكن، أو حالات وقف الخصومة، أو جزاء عدم القبول⁽¹⁾.

وإذا كانت القاعدة أن عدم رفع الدعوى أو الطعن في الميعاد أو الترتيب أو المناسبة المحددة، سوف يؤدي إلى سقوط الحق في الحاليتين، ويكون للمدعى عليه أو للمطعون عليه التمسك بعدم قبول الدعوى أو الطعن. أما عدم اتخاذ الإجراء في الميعاد المقرر له، فإنه يؤدي إلى بطلانه بسبب العيب في الشكل، إذ أن من شروط صحة الإجراء أن يتم اتخاذه في الميعاد المحدد له، ومن ثم فإذا لم يتم تعجيل الدعوى في خلال ستين يوماً من تاريخ شطبها فإنها تعتبر كأن لم تكن، ولا تكون غير مقبولة، والتمسك باعتبار الدعوى كأن لم تكن يكون بدفع شكلي، وليس بدفع عدم القبول⁽²⁾.

وقد تكون المدة ميعاداً تنظيمياً، أي لا يكون الهدف منه استقرار المراكز الإجرائية للخصوم، وإنما بغرض عدم السماح لهم بالتراخي أو المماطلة في اتخاذ الإجراءات⁽³⁾.

والذي يفرق مواعيد الأصول عن مواعيد السقوط هو أن مواعيد الأصول تتخلل الإجراءات، بينما مواعيد السقوط، كما هو عليه الحال في مواعيد التقادم تسبق في جميع الأحوال رفع الدعوى إلى القضاء، وتكون شرطاً من شروط قبولها.

(1) - د. أحمد أبو الوفا، نظرية الدفع، مرجع سابق، ط7، ص 841، بند 480.

(2) - د. أحمد أبو الوفا، نظرية الدفع، ط5، 1977، مرجع سابق، ص 31 وما بعدها، بند 15.

(3) - د. وجدي راغب فهمي، مبادئ، ص 98 وما بعدها. أشار إليه د. فتحي والي، الوسيط، مرجع سابق، ص 427، بند 257.

ومواعيد الأصول يقصد بها التعجيل في سير الإجراءات، وعدم السماح للخصوم بالتراخي أو بالمماطلة في اتخاذها⁽¹⁾، بينما عدم احترام مواعيد السقوط يؤدي إلى سقوط الحق الإجرائي نهائياً، وقد يؤدي ذلك إلى فقدان الحق الموضوعي وعدم إمكان المطالبة به.

والتمسك بتجاوز مواعيد الأصول يكون بدفع شكلي، بينما يحصل التمسك بتجاوز ميعاد من مواعيد السقوط بدفع بعدم القبول في جميع الأحوال. وكل من مواعيد الأصول ومواعيد السقوط لا تحترم إلا باتخاذ ذات ما يقتضيه القانون، فلا تنقطع هذه أو تلك بما تنقطع به مواعيد التقادم عملاً بالمادة (380) مدني سوري، ولكن كل من مواعيد الأصول ومواعيد السقوط ومواعيد التقادم تقبل الوقف بسبب القوة القاهرة⁽²⁾.

وإذا كان السقوط والبطلان هما من الجزاءات القانونية الإجرائية التي يحددها قانون الأصول عند عدم الالتزام بالشكل القانوني المطلوب لاتخاذ أو للقيام بالإجراءات اللازمة للوصول إلى تأمين الحماية للحق، إلا أنهما يختلفان عن بعضهما في عدة مسائل أهمها: إن البطلان هو الجزاء الإجرائي الذي يترتب عند عدم اتخاذ الإجراءات الشكلية اللازمة لصحة الخصومة بالشكل المحدد في قانون الأصول، أما السقوط فهو الجزاء الإجرائي المترتب لعدم استعمال الحق الإجرائي في الميعاد أو الترتيب أو المناسبة المحددة في القانون⁽³⁾.

فالبطلان هو وصف أو تكييف ينصب على ذات العمل الإجرائي، أما السقوط فهو تكييف يرد على الحق الإجرائي؛ ولهذا فلكل من البطلان والسقوط مجاله ونطاقه أو حالاته الخاصة به؛ ولهذا فبينما البطلان كتكييف أو وصف قانوني يمكن أن يرد على جميع الأعمال الإجرائية أياً كان الشخص الذي قام به سواء كان القاضي أو معاونيه أو الغير أو الخصوم، فإن السقوط كتكييف قانوني يرد على الحق الإجرائي يقتصر على بعض الأعمال التي يقوم بها الخصوم، ودون

(1) - د. عبدالمنعم البدرابي، مرجع سابق، ص 46، بند 38.

(2) - د. أحمد أبو الوفا، نظرية الدفع، مرجع سابق، ص 842 وما بعدها، بند 480.

(3) - د. فتحي والي، نظرية البطلان، مرجع سابق، ص 6 وما بعدها.

أياً من الأعمال التي يقوم بها القاضي أو معاونيه أو الغير، ولهذا فحالات أو نطاق البطلان أوسع أو أعم بكثير من نطاق وحالات السقوط⁽¹⁾. والأصل إن البطلان يمكن تصحيحه أو تجديده بعكس السقوط الذي لا يمكن تجديده أبداً؛ ولهذا فجزاء السقوط أبعد أثراً وأكثر شدة من جزاء البطلان⁽²⁾. والتمسك بالبطلان أثناء نظر الدعوى يحصل بدفع شكلي، وقبل الدخول في الموضوع، بينما التمسك بسقوط الحق الإجرائي لعدم ممارسته في الميعاد، أو الترتيب، أو المناسبة المحددة له يكون بدفع عدم قبول الإجراء لسبق سقوط الحق في اتخاذه⁽³⁾، وهذا الدفع يمكن التمسك به في أية حالة تكون عليها الدعوى، وذلك وفقاً للمادة (122) أصول فرنسي، والمادة (115) مرافعات مصري.

فالدفع بعدم القبول هو الوسيلة الإجرائية التي حددها المشرع كأداة فنية للتمسك بالسقوط، مثال ذلك رفع الطعن في الأحكام، أو عدم التمسك بالدفع الشكلي في الميعاد، أو الترتيب الذي حدده القانون، سقوط الحق في اتخاذ الإجراء يثار دائماً بواسطة عدم القبول.

فالخصم الذي يتمسك بالسقوط يستخدم الدفع بعدم القبول كأداة فنية لأعمال هذا الجزاء؛ بمعنى أن الإجراء إذا سقط يكون غير مقبول، أي أن الإجراء يكون غير مقبول لسقوط الحق في اتخاذه.

ويرى بعض الفقه، أن عدم القبول هنا يفيد أن القائم بالإجراء تتخلف لديه المصلحة القانونية الواجب توافرها للقيام به أو اتخاذه، هذه المصلحة هي الشرط الوحيد لقبول أي إجراء، كما هي شرط لقبول أي دعوى، فالمصلحة القانونية في

(1) - د. فتحي والي، نظرية البطلان، مرجع سابق، ص 21 وما بعدها.

(2) - نقض مدني مصري 1978/4/24م، س 29، ص 1088. أشار إليه: د. نبيل إسماعيل عمر، المرجع السابق، ص 221، بند 120.

(3) - المذكرة الإيضاحية لقانون المرافعات المصري السابق، أشار إليها: د. عبدالمنعم الشراقوي، مرجع سابق، ص 86، بند 63. ونقض مدني مصري 1984/6/28 طعن 5780، سنة 51 ق، ونقض 1989/2/8 في الطعن رقم 180، سنة 50 ق. أشار إليه أنور طلبية، ج3، مرجع سابق، ص 14. ونص القانون الفرنسي الحالي صراحة على ذلك في المادة (122) منه. وأيضاً د. فارس علي عمر الجرجري، الدفع بعدم قبول الدعوى. دراسة مقارنة. مرجع سلبق، ص 48.

أحوال السقوط تربط الفائدة التي سوف تعود على الشخص الذي يتخذ الإجراء بميعاد معين، أو يجب اتخاذ الإجراء في خلاله وإلا سقط الحق في اتخاذه؛ ولذلك فالإجراء الذي يتخذ بشكل مخالف للميعاد المحدد له، إنما يكون إجراء عديم الجدوى أو الفائدة، وبالتالي افتقاد المصلحة لوصف من أوصافها، وهو وصف القانونية فيها، وبالتالي يكون الإجراء غير مقبول، بمعنى أنه توجد لديه مصلحة في اتخاذ الإجراء، ولكن القانون يمنعه من ذلك؛ إذ أنه لم يقم به في الوقت المحدد، ومن ثم فمصلحته تكون غير قانونية.

والدفع بعدم القبول هنا وكما هو الشأن في كافة الدفوع من هذا النوع يرمي إلى إنكار الحماية القضائية على طالباها لعدم أحقيته في ذلك نظراً لسقوط حقه في اتخاذ الإجراء، وبالتالي افتقاد الإجراء لعنصر المصلحة القانونية⁽¹⁾.

ونرى إن ممارسة أو استعمال الحق الإجرائي في الميعاد أو الترتيب المحدد، هو شرط خاص لقبوله، فاتخاذ الإجراء في ميعاده القانوني، يؤدي لقبوله، وأما إذا اتخذ في غير الميعاد المحدد، فإنه سوف يحكم بعدم القبول لفوات الميعاد.

وهذا الدفع - بعدم القبول - قد يتعلق بالنظام العام أو بمصلحة خاصة، وذلك بحسب الميعاد الذي يحدده القانون لاستعمال الحقوق الإجرائية وما إذا كان متعلقاً بالنظام العام، أم بمصالح خاصة، ونتيجة لذلك فجزاء السقوط نفسه قد يتعلق بالنظام العام، وقد يتعلق بالمصالح الخاص بكل ما يترتب على ذلك من نتائج⁽²⁾.

أما المواعيد التي لا تعد من مواعيد السقوط، أي مواعيد الأصول التي رتب المشرع على عدم احترامها جزاء آخر كالبطلان أو اعتبار الدعوى كأن لم تكن، فرغم أن الجزاء بصدها يقع هو أيضاً بقوة القانون، إلا أن التمسك بفوائد هذا الجزاء يتم عن طريق إبداء دفع شكلي يخضع للقواعد العامة.

(1) - د. نبيل إسماعيل عمر، سقوط الحق في اتخاذه الإجراء، مرجع السابق، ص 182 وما بعدها، بند 117. وأيضاً د. كمال الدين أحمد السيد عاطف، مدى حجية عدم القبول من الناحيتين الشكلية والموضوعية في القضاء المدني، دار النهضة العربية، القاهرة، ط 1، 2012، ص 164.

(2) - د. فتحي والي، الوسيط، مرجع سابق، ص 427، بند 258.

وبناءً على كل ما سبق، فتقرير قيام ووقوع السقوط يحصل التمسك به عن طريق الدفع بعدم القبول؛ وذلك لأن السقوط لا يمكن إثارته عن طريق الدفع الموضوعي - حتى ولو أدى ذلك إلى فقدان الحق الموضوعي - الذي يتوجه لأصل الحق، فسقوط الحق الإجرائي لعدم ممارسته في الميعاد المحدد، لا يعني أن المدعي ليس له حق موضوعي، ولا يعني تمسك المدعي عليه بسقوط الحق الإجرائي، أنه يقصد رفض الحق الموضوعي للمدعي كلياً أو جزئياً، وإنما يقصد به أن الحق الإجرائي لم تجر ممارسته في الموعد المحدد قانوناً.

ومن جهة أخرى، لا يمكن التمسك بالسقوط عن طريق الدفع الشكلية، فليس الغرض من تمسك المدعي عليه بالسقوط إيقاف أو تأخير الفصل في النزاع، أو إعلان أن هناك خلل في إجراءات الخصومة، وإنما يقصد به عدم قبول الحق الإجرائي الذي لم يتخذ في ميعاده المحدد نهائياً.

فالعمل الإجرائي الذي حدده القانون لممارسة الحق الإجرائي إذا تم اتخاذه بعد فوات الميعاد المحدد لممارسة هذا الحق، فإنه يكون غير مقبول لسبق سقوط الحق في اتخاذه، فالسقوط يقع حتى ولو كان العمل الإجرائي ذاته خالياً من العيوب الإجرائية كافة. كذلك إذا تمت ممارسة العمل الإجرائي المنبثق من الحق الإجرائي في الميعاد المحدد له وكانت به عيوب إجرائية تؤدي إلى بطلانه، وكان الميعاد ما زال قائماً، فإنه لا يحكم بالسقوط وإنما بالبطلان، ويجوز تجديد العمل الإجرائي في الميعاد⁽¹⁾. وإذا اتخذ العمل الإجرائي باطلاً أثناء الميعاد المحدد لممارسة الحق الإجرائي ولم تُثر مسألة البطلان حتى انتهى الميعاد، فإن هذا العمل يحكم ببطلانه ولا يحكم بالسقوط؛ لأن العمل وإن كان باطلاً إلا أنه قد اتخذ في الميعاد، ولا يجوز لصاحبه تجديده بعد فوات الميعاد⁽²⁾.

(1) - Vasseur. Délais préfix. délais de procédure délais prescription. p. 454

أشار إليه: د. نبيل إسماعيل عمر، سقوط الحق في اتخاذ الإجراء، مرجع سابق، ص 177، بند 98.

(2) - 1110. op. cit. Salle', de la marnière, la déchéances, R. T. 1983.

أشار إليه: د. نبيل إسماعيل عمر، سقوط الحق في اتخاذ الإجراء، مرجع السابق، ص 177، بند 98.

ويترتب على السقوط زوال وانقضاء الحق الإجرائي، وعدم إمكانية اتخاذ الإجراء المستند على بقاء وجود هذا الحق.

والسقوط يرد على ذات الحق الإجرائي، " وينتج عن ذلك استحالة اتخاذ العمل الإجرائي الذي حدده القانون لممارسة هذا الحق. والسقوط ليس له أثر رجعي، فسقوط الحق في الطعن مثلاً لا يؤثر على الحكم، ولا على الخصومة التي صدر فيها هذا الحكم " (1).

وبعبارة أخرى، فإذا وقع السقوط فقد الخصم حقاً إجرائياً، وبالتالي لا يستطيع الخصم اتخاذ أي عمل إجرائي بناء على هذا الحق، فمثلاً إذا انقضى ميعاد الطعن بالاستئناف فلا يستطيع الخصم تقديم صحيفة الطعن بهذا الطريق؛ لأن حقه الإجرائي سقط (2)؛ ولهذا فقد ذهب بعض الفقه إلى أن عدم احترام مواعيد السقوط يؤدي إلى سقوط الحق الموضوعي (3)،

بينما ذهب البعض الآخر إلى القول بعدم صحة هذا الرأي؛ لأن الأمر يتعلق بمسألة إجرائية، فجزاء السقوط في قانون الأصول قد يؤثر على الحق الموضوعي بشكل غير مباشر، وذلك في الأحوال التي يتقدم فيها هذا الحق بمدة تساوي أو تقل عن ميعاد السقوط وحتى في هذه الأحوال فإن سقوط الحق الموضوعي يتم بناء على أسباب متعلقة بهذا الحق الموضوعي ذاته، ويحكمها القانون والنظام الذي يحكم الحق الموضوعي، ولا علاقة لنظام السقوط الإجرائي بها (4).

ومع ذلك ففي بعض الأحوال الاستثنائية قد يترتب على عدم ممارسة الحق الإجرائي فيها في ميعاده تأثير سلبي على ذات الحق الموضوعي، مثال ذلك سقوط الحق في رفع بعض الدعاوى لعدم استعماله في الميعاد المحدد، كميعاد السنة المحدد لرفع دعوى الحيازة، سقوط الحق في رفع هذه الدعوى يجعل الحق

(1) - د. نبيل إسماعيل عمر، سقوط الحق في اتخاذ الإجراء، مرجع السابق، ص 176 وما بعدها، بند 98 وما بعده.

(2) - د. نبيل إسماعيل عمر، الدفع بعدم القبول ونظامه القانوني، ص 183، بند 117

(3) - د. أحمد أبو الوفا، المرافعات المدنية، مرجع سابق، ط 10، ص 557، بند 412.

(4) - د. نبيل إسماعيل عمر، المرجع السابق، ص 183، بند 117.

الموضوعي للحائز وهو هنا مركزه القانوني كحائز مجرداً من الحماية القضائية لزوال الحق في الحصول عليها. وكذلك الأمر فيما يتعلق بسقوط الحق في التمسك بالدفع الموضوعي بقفل باب المرافعة مثلاً، فإن السقوط هنا يؤثر بشكل مباشر في الحق الموضوعي⁽¹⁾. فالأصل أن سقوط الحق الإجرائي لا يترتب عليه حتماً سقوط الحق الموضوعي، ومع ذلك فهناك حالات يتأثر فيها الحق الموضوعي نتيجة لسقوط الحق الإجرائي⁽²⁾.

وبناءً على ما سبق يمكن لنا بيان أهم الفوارق بين جزاء السقوط وجزاء عدم القبول: فقد وجدنا أن حالات السقوط تكون عندما يحدد القانون للقيام بالعمل الإجرائي ميعاداً، أو ترتيباً، أو مناسبة معينة ولم يتم القيام بهذا العمل وفق هذا المقتضى، فإنه يحكم بالسقوط، بينما عدم القبول هو الجزاء الإجرائي الذي يترتب عندما لا تستوفي الدعوى المرفوعة الشروط التي أوجب القانون توافرها فيها لرفعها سواء أكانت من الشروط العامة أم الخاصة، الإيجابية أم السلبية.

والعمل الإجرائي إذا ما سقط فإنه لن يكون بالإمكان إعادة تجديده، أي أنه يسقط نهائياً، بينما الأصل هو أنه يمكن إعادة رفع الدعوى من جديد بشرط استيفاء المقتضى الناقص والذي أدى لعدم قبولها أول مرة عند رفعها، ما لم يكن الحق فيها قد سقط أو انقضى. وجزاء عدم القبول يحتاج إلى حكم قضائي يقرره، بينما السقوط فإنه يقع بقوة القانون إذ لا حاجة لتقريره، إلا أنه إذا قام به من له الحق فيه بالرغم من أنه فوت الميعاد أو المناسبة المحددة للقيام بالعمل، فإنه يمكن للخصم التمسك بسقوط حقه في ذلك، ويتم التمسك بجزاء السقوط في هذه الحالة عن طريق الدفع بعدم القبول⁽³⁾.

(1) - د. أحمد أبو الوفا، المرافعات، ط14، ص 513. أشار إليه د. نبيل إسماعيل عمر، سقوط الحق في اتخاذ الإجراء، ص 194، بند 106.

(2) - د. نبيل إسماعيل عمر، المرجع السابق، ص 209، بند 115.

(3) - د. عبدالله خليل الفراء، الدفع بعدم سماع دعوى الميراث لمرور الزمن عليها، بحث منشور في مجلة الجامعة الإسلامية للدراسات الإسلامية، كلية الحقوق، جامعة الأزهر بغزة، المجلد العشرون، العدد الثاني، ص 211.

المبحث الثاني

تحديد حالات الدفع بعدم القبول

إذا كان الدفع بعدم القبول هو الجزء الإجرائي الذي رتبته المشرع عند افتقار الحق في الدعوى لعدم توفر شروط قبولها، إلا أن الغموض الذي يكتنف نظرية الدعوى سواء من حيث تعريفها أو شروط قبولها أمام القضاء، أو العلاقة التي تربطها بالحق الموضوعي هو الذي أدخل الغموض وعدم الدقة في دراسة هذا الدفع، وخاصة من ناحية الحالات التي يوجه إليها، وطبيعة الدفع الموجه لها.

والسؤال: متى يتم توجيه الدفع بعدم القبول؟ هل عند افتقار الحق في الدعوى لدى رافعها؟ وبالتالي يتوجب علينا معرفة متى يوجد الحق في الدعوى، أم عند عدم توفر شروط قبولها، ومن ثم يجب علينا حصر هذه الشروط، لنحدد هذه الحالات، أم هي دفع توجه في الحالتين؛ أي أن انتفاء الحق في الدعوى، يعني فقدان الدعوى لشروط قبولها.

ولأجل الإجابة على هذين السؤالين، وبالتالي بيان حالات هذا الدفع، يتوجب علينا بيان متى يوجد الحق في الدعوى، ومتى ينتفي؟ وهو ما سنتعرض له في المطلب الأول. ومن ثم نحدد شروط قبول الدعوى؛ وذلك كله بهدف تحديد وحصر الحالات التي يوجه فيها هذا الدفع، وهو ما سيكون موضوع المطلب الثاني.

المطلب الأول انتفاء الحق في الدعوى

غموض نظرية الدعوى:

الدعوى أهم وسائل حماية الحق، ولهذا كان من المفروض أن تحظى بعناية المشرع ويقوم بتنظيمها تنظيمًا محكمًا، إلا أنه لم يفعل ذلك⁽¹⁾، إذ لم يستجب إلى من نادى بوجوب تعريف الدعوى، وتحديد العلاقة بينها وبين الحق الموضوعي، وتحديد شروط قبولها، اعتقاداً منه بأن هذه المسائل تغلب عليها الصفة الفقهية، ولا تحتل التنظيم التشريعي⁽²⁾.

ولما كانت نظرية الدعوى تشغل حيزاً وسطاً بين القانون المدني وقانون أصول المحاكمات فقد ترك كل من فقهاء هذين القانونين بيان الغموض الذي يحيط بها اعتماداً من كل منهما على الآخر؛ ولهذا جاءت نظرية الدعوى يحيط بها الغموض، وعدم الوضوح⁽³⁾.

وبالإضافة لما سبق، فإن اللغة القانونية المستعملة قد ساعدت على زيادة هذا الخلاف، وذلك بإطلاق لفظ الدعوى على مفاهيم قانونية أخرى تشبه بها، وحتى على مفاهيم غير قانونية⁽⁴⁾. وقد أدى هذا الاختلاف في استعمال نفس الاصطلاح إلى أكثر الخلاف الموجود في الفقه الآن، فكل فقيه يقدم تعريفاً

(1) - د. أحمد السيد الصاوي، مرجع سابق، ص 177، بند 85.

(2) - د. أحمد أبو الوفا، المرافعات المدنية والتجارية بمقتضى قانون المرافعات الجديد وقانون الإثبات رقم 13 لسنة 1968، وقانون الإثبات رقم 25 لسنة 1968، ط10، دار المعارف، الإسكندرية، 1970.

(3) - د. أحمد أبو الوفا، نظرية الدفع، مرجع سابق، ط1، ص 507، بند 339. وأيضاً المرافعات المدنية، المرجع السابق، ص 185، بند 90.

(4) - الأمر الذي دعا بعض الفقه للقول بأن الدعوى كلمة مطاطية غير معينة المراد. د. عبدالمنعم الشرقاوي، شرح المرافعات المدنية والتجارية، قانون رقم 77 لسنة 1949 م، ج 1، ط 2، المطبعة العالمية، القاهرة، 1956، بند 20، ص 34.

للدعوى، هو في ذاته تعريف صحيح، ولكنه لا ينطبق على كل الاستعمالات التي يستعمل فيها لفظ الدعوى، ولا ينفي بالضرورة صحة التعريف الآخر الذي ينتقده أو يعيبه؛ أي أن التعريف يأتي غالباً غير جامع مانع لمفهوم الدعوى. إلا أن الرأي الراجح والذي نؤيده هو أن الدعوى تطلق على القول أو الادعاء المطروح أمام القضاء وذلك عندما لا يكون مؤكداً، أي أنه مازال يحتاج إلى البحث فيه للتأكد من صحته أو عدم صحته، وهو ما يذهب إليه تعريف المشرع الفرنسي للدعوى كما سنرى.

وعدم تحديد مفهوم، أو تعريف دقيقٍ للدعوى أدّى إلى وجود العديد من المشاكل المتعلقة بنظرية الدعوى.

وبناء على ما تقدم، يمكن القول: إنّ من أكثر المسائل التي أثّرت حولها الخلاف فيما يخص نظرية الدعوى هي تعريفها، والصلة التي تربطها بالحق الموضوعي، وشروط قبولها⁽¹⁾، وبالإجابة على هذه التساؤلات، فإنه سوف يمكننا أن نحدد الحالات التي توجه فيها الدفع بعدم القبول، ويمكننا أن نقرر مبدئياً نوع الدفع الموجه للدعوى، أي هل هو دفعٌ موضوعي أو دفعٌ شكلي أو دفعٌ موضوعي شكلي، أم هو دفعٌ مستقل عن الدفع الأخرى؟ وفيما يلي سوف نستعرض هذه المسائل.

(1) - د. فتحي والي، الوسيط، مرجع سابق، ص 43 وما بعدها، بند 22. وأيضاً: د. أحمد أبو الوفا، المرافعات المدنية، مرجع سابق، ص 185، بند 90.

الفرع الأول - تعريف الدعوى:

نبين تعريف الدعوى في القوانين التي عرفتھا، ومن ثم نستعرض تعريفھا لدى القضاء والفقه.

أولاً - تعريف القانون للدعوى:

لم تتطرق غالبية التشريعات إلى تعريف الدعوى، ولم يتضمن قانون أصول المحاكمات المدنية الفرنسي الصادر عام 1807م تعريفاً لها بالرغم من أن محكمة النقض الفرنسية طلبت في ذاك الوقت أن يشتمل القانون على نصوص توضح الغموض الذي يكتنف نظرية الدعوى، ذلك أن هذه القوانين تترك أمر التعريف للاجتهادين الفقهي والقضائي؛ وذلك تحسباً من أن يأتي التعريف قاصراً وغير جامع ولا مانع للمفهوم المعرف، فيكون سبباً في فتح باب الخلاف أكثر بدلاً من إزالة هذا الغموض، وعلى هذا الدرب سارت أغلب القوانين التي أخذت عن قانون الأصول الفرنسي كالسوري والمصري والأردني... إلخ⁽¹⁾.

إلا أن عدم تنظيم المشرع لنظرية دعوى ولو بوضع خطوط عريضة لها سواء من حيث تعريفها أو بيان شروط رفعها أو طبيعتها، قد أدى إلى اختلاف الفقه والقضاء في حقيقة الدعوى، وإزالة الغموض حولها، حتى قيل إنه توجد من نظريات الدعوى بقدر عدد الذين بحثوا فيها⁽²⁾، الأمر الذي دفع المشرع الفرنسي في قانون أصول المحاكمات الجديد الذي صدر عام 1975م وأصبح نافذ المفعول عام 1976م فأورد تعريفاً للدعوى، وبين شروط رفعها، وبين نوع وطبيعة الدفع الموجه لها، وبين حالات هذا الدفع، وطبيعة الحكم الصادر فيه.

وبذلك حسم الخلاف الذي استمر طويلاً بصدها، فنصت المادة (30) من هذا القانون على أن الدعوى: " هي الادعاء الذي يقدمه الخصم في أن يسمع

(1) - د. أحمد أبو الوفاء، المرافعات المدنية، مرجع سابق، ط10، ص 185، بند 90.

(2) - أشار إليه: د. فتحي والي، أصول المحاكمات المدنية، مرجع سابق، ص151، بند 82.

القاضي حقيقة ادعائه ليفصل في صحة أو عدم صحة هذا الادعاء وأن من حق الخصم الآخر أن يناقش صحة هذا الادعاء ⁽¹⁾.

وقد أخذ المشرع اللبناني في قانون أصول المحاكمات الجديد بتعريف المشرع الفرنسي للدعوى، فجاء في المادة (7) منه بأن: "الدعوى هي الحق الذي يعود لكل ذي مطلب بأن يتقدم به إلى القضاء للحكم له بموضوعه، وهي بالنسبة إلى الخصم الحق بأن يدلي بأسباب دفاع أو بدفوع ترمي إلى دحض ذلك المطلب" ⁽²⁾. وعرفت مجلة الأحكام العدلية الدعوى على أنها "طلب واحد حقه من آخر في حضور الحاكم" (م1613) ⁽³⁾. وبهذا التعريف أخذ قانون المرافعات العراقي وذلك في المادة الثانية منه. ومن هنا فالدعوى بموجب هذا التعريف لا توجد إلا برفع الطلب إلى القضاء، ولو كان هناك اعتداء على الحق.

وقد عرفت المادة (50) من قانون المرافعات اليمني رقم 27 لسنة 1992 الدعوى بأنها "الوسيلة التي يخولها القانون للشخص في سبيل الالتجاء إلى القضاء للحصول على حق أو ضمانته إثباته" ⁽⁴⁾، إلا أن المشرع اليمني عدل عن هذا التعريف في قانون المرافعات اليمني الصادر بتاريخ (2002/10م) إذ عرفت المادة (70) منه الدعوى بأنها هي "الوسيلة الشرعية أو القانونية لكل ذي ادعاء أو دفاع يرفعه إلى القاضي للفصل فيه وفقاً للقواعد الشرعية والقانونية"، وهذا التعريف - كما جاء في المذكرة التفسيرية لهذا القانون - نقل عن الفقهاء المسلمين (الفقه

(1) - أشار إليه: د. عباس العبودي، مرجع سابق، ص 183. أو "إن الدعوى هي الحق المقرر لمن يزعم زعماً، في أن يستمع إليه إستناداً لما يقوم عليه زعمه من أساس، لكي يبت القاضي في ذلك الزعم من حيث توفر جوهره من عدمه. أما بالنسبة للخصم فالدعوى هي الحق في مناقشة الأساس الذي يقوم عليه هذا الزعم". كما جاء في مؤلف د. صلاح الدين عبداللطيف الناهي، النظرية العامة في الدعوى في المرافعات والأصول المدنية، ط1، دار الجيل، بيروت، ودار عمان، عمان، 1988، ص 21.

(2) - قانون أصول المحاكمات المدنية اللبناني الصادر بالمرسوم الإشتراعي رقم 90 - تاريخ 1983/9/16م.

(3) - سليم رستم باز اللبناني، شرح المجلة، دار أحياء التراث العربي، لبنان، بيروت، ط3، سنة 1986م، الكتاب الرابع عشر في الدعوى، ص 907.

(4) - أشار إليه: د. عباس العبودي، مرجع سابق، ص 183 و 185.

الحنفي)، ويبرر ذلك أن تعريف الفقه الحنفي للدعوى يتفق مع تعريف الفقهاء القانونيين المحدثون لها (1).

أما قانون أصول المحاكمات السوري ومثله المرافعات المصري، فلم يرد فيهما أي تعريف للدعوى؛ وذلك اعتقاداً منهما بأن مهمة وضع التعريفات من اختصاص الفقه وشرح القانون، واكتفيا فقط بتحديد شروط قبول الدعوى، وذلك في المادة (11) أصول سوري، ومثلها المادة (3) مرافعات مصري، وقد أوردت هاتان المادتان هذه الشروط بصورة مجملة، الأمر الذي لم يحسم الخلاف في هذا الصدد أيضاً.

ثانياً - تعريف القضاء للدعوى:

عرفت محكمة النقض السورية الدعوى بأنها " الوسيلة القانونية التي يتمكن بواسطتها الشخص من اللجوء إلى المحاكم للحصول على اعتراف بحقه، وعند الاقتضاء لصيانة هذا الحق "(2)، وفي حكم آخر عرفت الدعوى بأنها وسيلة لحماية الحق، ووسيلة أو طريق يلجأ إليه الشخص مستعيناً بسلطة القضاء لحماية حقوقه أو تقريرها (3). كما عرفت محكمة النقض المصرية: " بأنها هي حق الالتجاء إلى القضاء للحصول على حماية قانونية للحق المدعى به " (4).

(1) - ويتلخص تعريف الدعوى وفقاً للفقه الإسلامي (المذهب الحنفي): إن الدعوى قول (أي ادعاء) يطلب به الإنسان إثبات حق على الغير . د. نجيب أحمد عبدالله الجبلي، مرجع سابق، ص 16 وما بعدها.

(2) - نقض مدني سوري / ق / 1443 / 1 / 1771، تاريخ 1997/10/26، سجلات محكمة النقض، الحسيني 1337/2. أشار إليه د. أيمن أبو العيال، د. أحمد الحراكي، مرجع سابق، ص 439، هامش 1.

(3) - نقض مدني سوري في القضية أساس 8178، قرار 1، تاريخ 2011/1/25 م، المحامون، العددان 11. 12، لعام 2011 م، السنة 76، ص 1706.

(4) - الطعن رقم 1451 لسنة 48 ق . جلسة 1980/1/31. أشار إليه د. معوض عبدالنواب، الموسوعة النموذجية في الدفوع، ج 1، الدفوع المدنية والإجرائية، مكتبة عالم الفكر والقانون، مصر، طنطا، ط 5، 2003، 266.

وعرفت محكمة التمييز الأردنية الدعوى بأنها " أساس الخصومة وهي الوسيلة القانونية التي يلجأ بمقتضاها صاحب الحق إلى القضاء لحماية حقه "(1).

ثالثاً - تعريف الفقه للدعوى:

يُحيط الغموض تعريف الدعوى، ويثير جدلاً كبيراً في الفقه المقارن، والاتجاه السائد وفقاً لمفاهيم القانون الروماني هو تصويرها كحق أو سلطة، ولكن يثور الاختلاف حول هذا الحق هل هو الحق الموضوعي نفسه أو حق قائم بذاته؟ ويختلف أنصار الاتجاه الأخير حول علاقة هذا الحق بالحق الموضوعي، كما يختلفون حول مضمونه وأطرافه.

ويذهب رأي آخر إلى القول بأنّ الفكرة الفنية للدعوى تنحصر في الادعاء من حيث يعتد به القانون الإجرائي، ويجعل منه محلاً للإجراءات القضائية، وبعبارة أخرى محلاً ابتدائياً للعمل القضائي، وهو ما يتفق - بحسب هذا الرأي - مع فكرة الدعوى في القانون الروماني، والفقه الإسلامي.

هذا ولم يختلف الفقهاء حول مفهوم الدعوى وهل هي حق أو وسيلة أو ادعاء فقط؟ إنما اختلفوا أيضاً في طبيعتها، فهل هي ذات طبيعة ذاتية أم موضوعية؟ وفيما يلي سوف نبين هذه الآراء، وذلك من أجل الوصول إلى التعريف المناسب للدعوى.

1- الدعوى هي حق:

يعرف البعض الدعوى بأنها " حق كل إنسان في أن يصل بحكم إلى ما يملكه أو إلى ما هو مستحق له "(2). وهذا التعريف مأخوذ من تعريف القانون الروماني للدعوى، إذ عرفها هذا القانون بأنها " حق الحصول بواسطة القضاء على ما يلزم به الغير نحوك "(3).

(1) - تمييز حقوق أردني 82/565 سنة 1982، ص 1693. أشار إليه د. عباس العبودي، مرجع سابق، ص 184. وأيضاً د. مفلح عواد القضاة، أصول المحاكمات المدنية والتنظيم القضائي في الأردن، ط2، مكتبة دار الثقافة، عمان، 1992، ص 168.

(2) - وهذا هو تعريف بوتييه للدعوى. أشار إليه د. عبد المنعم البدرابي، أثر مضي المدة في الإلتزام، رسالة دكتوراه، ط1، مطبعة جامعة فؤاد الأول، 1950، ص 233 وما بعدها، بند 248.

(3) - أشار إليه د. عبد المنعم البدرابي، المرجع السابق، ص 233، بند 248.

وقد أيد بعض الفقه في إيطاليا هذا التصور، إذ يرى " كيوفندا "، أنه يوجد إلى جوار كل حق موضوعي حق آخر منفصل عنه وإن كان تابعاً، وهذا الأخير هو حق الدعوى، وهذا الحق المخول هو الذي يسمى " الدعوى " ولا ينشأ الحق في الدعوى، إلا إذا كان هناك اعتداء أو إنكار للحق الأصلي المطالب به (1).

2- الدعوى هي سلطة: يرى بعض الفقه أنّ الدعوى هي: " سلطة قانونية يكلف الشخص بالاستناد إليها السلطة القضائية بحماية حق يدعيه بالمؤيدة المقررة" (2).

3- الدعوى هي وسيلة: يذهب الرأي الغالب في الفقه المعاصر (3) إلى تعريف الدعوى بأنها: " الوسيلة القانونية التي خولها القانون صاحب الحق في الالتجاء إلى القضاء لتقرير حقه أو حمايته (4). وعرفها البعض الآخر بأنها وسيلة من وسائل حماية الحق (5).

(1) - أنظر أعمال بوتيه ج1، ص 41. أشار إليه د. مفلح عواد القضاة، مرجع سابق، ص 167.

(2) - هنري سولس وروجيه بيرو، القانون القضائي الخاص، س، ج1، ص 94 وما بعدها. وأنظر أيضاً هنري سولس، محاضرات في القانون القضائي الخاص، سنة 1950-1951. أشار إليه د. صلاح الدين عبداللطيف الناهي، ص 20.

(3) - وهو تعريف موريل للدعوى. أشار إليه د. أحمد أبو الوفا، أصول المحاكمات، مرجع سابق، ص 105، بند 74. وأيضاً د. رمزي سيف، الوسيط، مرجع سابق، ص 101، بند 70. وأيضاً د. صلاح الدين عبد اللطيف الناهي، مرجع سابق، ص 20. وأيضاً د. مفلح عواد القضاة، مرجع سابق، ص 168. وأيضاً د. أيمن أبو العيال ود. أحمد الحراكي، مرجع سابق، ص 203.

(4) - دوجي، القانون الدستوري، ج1، ص 299، رقم 28. وسبقه إلى تعريف الدعوى بأنها وسيلة

Aubry et Rau: cours de droit civil Français. t. 12. paris. 1922. p. 2n. 764

أشار إليه د. وجدي راغب فهمي، مرجع سابق، ص 452، والهامش 1.

(5) - د. محمود الكيلاني، شرح قانون أصول المحاكمات المدنية، دار وائل، الأردن، عمان، 2002، ص 235. وأيضاً د. عوض الزعبي، الوجيز في قانون أصول المحاكمات المدنية، دار وائل، الأردن، عمان، 2007، ص 208، 209. أشار إليهما د. بشار عدنان ملكاوي، د. نائل مساعدة، د. أمجد منصور، شرح نصوص قانون أصول المحاكمات المدنية الأردني، سلسلة أعرف عن العلمية القانونية، عدد رقم (10) ط 1، دار وائل، 2008، ص 88.

ويستفاد من هذا التعريف أنّ الدعوى تكون وسيلة لحماية الحق، وليست في ذاتها حقاً آخر إلى جوار الحق الذي تحميه يضاف إلى ذمة صاحب الحق⁽¹⁾.

4- الدعوى هي ذات طبيعة ذاتية وموضوعية: وينتقد البعض التعاريف السابقة؛ لأنها تقصر الدعوى على الحالات التي تستند إلى حق ذاتي، إذ إن هناك حالات تُقبل فيها الدعوى أمام القضاء مع أنها لا تستند إلى حق ذاتي لرافعها، كالدعوى التي ترفعها نقابة من النقابات للدفاع عن مهنة من المهن، فمثل هذه الدعوى لا تقوم على حق ذاتي للنقابة، إذ إنه لم يحصل اعتداء على مصلحة ذاتية للنقابة، ويفضل هذا البعض تعريف الدعوى بأنها " سلطة خولها القانون للأفراد في الالتجاء إلى القضاء لتطبيق القانون "⁽²⁾.

وهو التعريف الذي يفضلهُ أيضاً أنصار النظرية التي تقول إن الدعوى هي عنصر في الحق؛ لأن تعريفها الذي درج عليه الفقه وهو أنها سلطة الالتجاء إلى القضاء بقصد الحصول على تقرير حق أو لحمايته، يتناقض مع كون الوسيلة لا يمكن أن تكون جزءاً أو عنصراً من الهدف أي الحق⁽³⁾.

وبهذا المعنى يعرفها " دوجي " إذ يقول إنها " حماية لقاعدة مقررة في القانون "⁽⁴⁾، ومن هنا ينتج أن الدعوى هي عند " دوجي " حماية لقاعدة مقررة في القانون الوضعي، وليست حماية لحق مزعوم قانونية⁽⁵⁾. إلا أنّ هذا الرأي منتقد؛ لأن الشخص عندما يرفع الدعوى إلى القضاء، فهو يقصد الدفاع عن مصلحته الذاتية فقط، ولا يكون هدفه تطبيق القانون.

(1) - د. رمزي سيف، مرجع سابق، ص 101، بند 70. وأيضاً د. مفلح عواد القضاة، مرجع سابق، ص 168.

(2) - موريل، مؤلفه (traite élémentaire de procedure civile)، ط2، ص23، بند 22.

أشار إليه د. رمزي سيف، مرجع سابق، ص 102، بند 70.

(3) - Cuhe et vincet: précis de procédure civile et comm. 1954 p. 12.

أشار إليه د. أحمد أبو الوفا، نظرية الدفع، ط1، مرجع سابق، ص 507 بند 340.

(4) - دوجي، شرح القانون الدستوري، ط3، ج1، ص 266. أشار إليه د. أحمد أبو الوفا، نظرية الدفع، ط1، ص 508، بند 340.

(5) - دوجي، شرح القانون الدستوري، ص 266. أشار إليه د. عبد المنعم البدرابي، مرجع سابق، ص 241، بند 259.

وقد حاول البعض التوفيق بين الاتجاه الذاتي والاتجاه الموضوعي في تعريفه للدعوى ولذلك ذهب إلى تعريفها بأنها هي " تقاضي حماية حق أو مصلحة أخل بهما أو أصبغا عرضة للإخلال أو الضياع " .

وميزة هذا التعريف بحسب هذا الفقه أنه تقاضي الانحياز للاتجاهات المتعارضة في صدد تعريف أو وصف الدعوى، فلم يشر إلى كونها وسيلة لحماية حق ذاتي أو موضوعي، نظراً لجمعه بين حماية الحق وبين حماية المصلحة أياً كانت تلك المصلحة المشروعة.

وهكذا يتضح لنا أن الفقه الحديث في كل من فرنسا وألمانيا وإيطاليا مختلف في صدد طبيعة الدعوى اختلافاً بالغاً يصل في نظر الفقه الألماني والإيطالي وجانب من الفقه الفرنسي إلى حد إسباغ الموضوعية على الدعوى، وهو ما دعا بعض الفقه إلى القول بأن الفكرة الموضوعية تغلبت على الفكرة الذاتية في الدعوى، فأصبحت الدعوى وسيلة لتطبيق القاعدة القانونية على وضع معين، بدلاً من حماية حق منتهك ومهدد⁽¹⁾.

5- الدعوى هي ادعاء لدى القضاء: ذهب جانب من الفقه⁽²⁾ إلى انتقاد كل التعاريف السابقة للدعوى، فالدعوى في القانون الإجرائي هي الادعاء، فلا هي حق أو سلطة⁽³⁾، وإصرار الفقهاء على ذلك هو الذي أدخل الغموض، وعدم الدقة في

(1) - د. خليل جريج، أصول المحاكمات المدنية، مرجع سابق.

(2) - د. أحمد مسلم، أصول المرافعات ص 375، بند 244. وأيضاً د. وجدي راغب فهمي، مرجع سابق، ص 453.

(3) - فقد انتقدت فكرة إن الدعوى هي حق، بأن الدعوى ليست هي الحق المدعى، وليست حقاً آخر، إذ لا يقابلها أي التزام، فهي ليست حقاً للمدعي قبل الدولة أو القاضي أو المدعى عليه، ولا يمكن تصويرها كحق عيني. كما ذهب إليه البعض. يقابله خضوع الطرف الآخر؛ لأن الحق العيني لا يمكن أن يرد على شخص. (كانرنا تشيني، الحماية القضائية وصياغة الإجراءات، ص 745. أشار إليه د. وجدي راغب فهمي، مرجع سابق، ص 482). وهذا ما دفع الفقه الحديث إلى تصويرها كحق منشئ أو حق وسيلي أو حق من نوع خاص. فالرأي الراجح هو أنه لا يمكن تصوير حق للمدعي في الحصول على حكم في موضوع الدعوى إلا إذا تجاهلنا مفهوم الحق من أساسه؛ لأن فكرة الحق تقوم على عنصرين أو ركنين أساسيين هما حماية مصلحة ذاتية لصاحب الحق أو سلطة يعترف بها القانون لإرادته، وكل من هذين العنصرين لا يتوفران في مركز الدعوى؛ فالدعوى قد تتمخض عن ضرر للمدعي؛ لأن الحكم الصادر =

دراسة نظرية الدعوى، وأدى إلى الخلاف بينهم؛ ولذلك يجب تغيير هذه النظرة للدعوى، والأخذ بنظرة مثل نظرة الفقه الإسلامي والقانون الروماني لها.

فالمقصود بالدعوى في القانون الإجرائي هو أنها ادعاء معروض على القضاء، والذي يؤكد هذا التصور - بحسب هذا الفقه - هو أن: المقتضيات التي يتطلبها القانون لقبول الدعوى كالمصلحة وأوصافها ليست في حقيقتها سوى أوصاف في الادعاء. وتقسيم الدعاوى إلى شخصية وعينية وعقارية ومنقولة، وقابلة أو غير قابلة للتنازل عنها تعكس كلها تقسيمات محل الادعاء، ويقال رفع الدعوى،

= في الموضوع قد يكون في غير صالحه، وأما مصلحة المدعي الافتراضية واللازمة لقبول دعواه فهي ليست عنصراً أو غاية لحق في الدعوى، وإنما هي مقتضى يتطلبه القانون لقبول وسماع الدعوى؛ أي لنشوء المركز القانوني للدعوى، أو على توافر الحاجة إلى الحماية القضائية. (بتي، الادعاء والدعوى، ص 229 وما بعدها. اتاردي، المصلحة، ص 7، ليبمان، موجز، ج1، ص 40 وما بعدها، رقم 14. أشار إليهم د. وجدي راغب فهمي، مرجع سابق، ص 482 وما بعدها).

ويرى بعض الفقه أن الدافع الحقيقي لاعتبار الدعوى حقاً للمدعي، هو أن نشاط القاضي يتوقف على مطالبته، فالقانون يمنح المدعي سلطة إرادة عمل القاضي، أو أن الحق المنشئ للدعوى هو سلطة استيفاء شرط تحقيق إرادة القانون، وتبدو مباشرته في المطالبة القضائية، والحق الواسيلي سلطة في المبادأة أو تحريك القضاء. إلا أن الرأي. والذي نؤيده. هو أن هذه السلطة ليست سوى حق التقاضي الذي يعترف به القانون للكافة، فمركز الدعوى لا يتضمن أي سلطة للمدعي فالادعاء مجرد تعبير عن رأي ذاتي قانوني، يدخل ضمن الحريات العامة، وهو مجرد رخصة، ولكن هذه الرخصة ليست هي مركز الدعوى، إذ أن مضمون هذا المركز ليس هو إمكانية صدور الادعاء عن صاحبه، وإنما في إمكانية صدور حكم في موضوعه، وليس للمدعي أي إمكانية صدور حكم في موضوع الدعوى؛ لأن هذه الإمكانية تتوقف على توفر مقتضيات خارجية أهمها المصلحة. وهكذا يذهب بعض الفقه إلى أن الدعوى لا يمكن أن تعتبر حقاً للمدعي أو سلطة له، وهي كذلك ليست رخصة له؛ ولهذا فالمدعي الذي يكون شخصاً من أشخاص الدعوى لا يكون طرفاً إيجابياً في مركزها القانوني، ويصل هذا الرأي إلى أن مركز الدعوى وهو إمكانية صدور حكم في الموضوع، ليس مركزاً ذاتياً للدولة أو القاضي أو المدعي عليه أو المدعي، وإنما هو قابليتها لأن تكون محلاً للعمل القضائي؛ فالعمل القضائي يستلزم من الدولة جهداً ومالاً، ولأجل هذا كله فالدولة لا تصدره لمجرد مشيئة أو إرادة المدعي، وإنما إذا توافرت فيها شروط معينة أهمها المصلحة حتى تستحق قبولها أو سماعها أو النظر في موضوعها من قبل القضاء، وهذا هو المركز القانوني للدعوى، وهكذا فإن مركز الدعوى ليس حقاً أو سلطة للمدعي، وإنما هو مجرد تكييف للدعوى أو وصف قانوني للدعوى تنعت به أو يلحق بها، في حال ما توافرت فيها شروط قبولها، وينفذ في مواجهة الكافة. د. وجدي راغب فهمي، مرجع سابق، ص 484 وما بعدها.

وقبول أو عدم قبول الدعوى، وأن الدعوى على أساس، أو على غير أساس، فكل هذه المفاهيم تنصرف إلى الادعاء. وتصوير الدعوى كادعاء هو الذي يفسر صلة الدعوى بمشكلة نفاذ القانون، فالادعاء هو مظهر تجهيل القانون في الواقع، وهذا يقتضي اعتداد القانون بآراء الأفراد، ولكن باعتبارها مجرد ادعاءات، والقانون الإجرائي إذ يستقبل هذه الادعاءات وينظم طريقة رفعها وفحصها والفصل فيها، فإنها تكتسب اسماً فنياً هو الدعوى، وهذا يعني أن كل دعوى عبارة عن ادعاء قانوني، ولكن العكس ليس صحيحاً فالادعاء القانوني خارج النطاق الإجرائي لا يكون دعوى، وإنما مجرد ادعاء.

وبناءً على كل ما تقدّم، وتلافياً لكل الانتقادات الموجهة للتعاريف السابقة، فإننا نقترح تعريف الدعوى بأنها: وسيلة قانونية يتمكن بها من إثبات أمام القضاء أن له حق موضوعي مهدد، أو منكر، أو معتدى عليه من الحصول على الحماية التي يقرها القانون لهذا الحق. وبعبارة أخرى هي وسيلة قانونية يتمكن بها من إثبات أمام القضاء صحة ادعاءه بحصول اعتداء أو تهديد أو إنكار لحق له من الحصول على الحماية التي يقرها القانون لهذا الحق.

أو هي وسيلة قانونية لإزالة التجهيل القانوني عن الحق. فادعاء المدعي بأن له حق معتدى عليه أو منكر، وادعاء المدعى عليه بأنه لم يقم بهذا الاعتداء، أو ليس كما يدعيه خصمه، فإنه سيحصل تجهيل قانوني للحق، مما يتطلب تدخل القضاء لإزالة هذا التجهيل القانوني. أو هي وسيلة قانونية يتمكن بها شخص من عرض ادعاءه على القضاء؛ لأجل الحصول على حكم في موضوعه.

فنحن وإن كنا نميل إلى ترجيح الرأي الأخير - أي الدعوى هي ادعاء معروض على القضاء - إلا أنه تلافياً للانتقاد الموجه له، وهو أن الدعوى وسيلة قانونية لعرض الادعاء على القضاء من أجل البت في صحة هذا الادعاء، وليس هي الادعاء ذاته، فقد فضلنا تعريفها بأنها وسيلة يعرض بها شخص ادعاءه على القضاء للحكم له في موضوعه. وجميع الصياغات السابقة نراها تتوافق مع

المضمون الحقيقي للدعوى وهي أنها الحق في الحصول على حكم في الموضوع، وسواء كان في صالح من رفعها، أم كان في غير صالحه، والذي يؤكد هذا هو أن كلمة الدعوى لا تطلق على القول المدعوم بالحجة والبرهان، إذ يصير عندئذ حقاً، وصاحبه في هذه الحالة يكون محقاً لا مدعياً، ومن ثم فكلمة الدعوى تطلق على الزعم، أي القول الغير مبني على برهان، وإنما يحتاج إلى بحث وتحقيق فيه، ليتبين صحته من عدمه (1).

وهو ما يوافق تعريف الفقه الإسلامي للدعوى، إذ يعرفونها على أنها " قول مقبول أو ما يقوم مقامه في مجلس القضاء، يقصد به إنسان طلب حق له أو لمن يمثله، أو حمايته ". وهو ما سيتضح معنا أكثر عند البحث في العلاقة بين الدعوى والحق. وإننا نرى أن تعريف القانون الفرنسي للدعوى يذهب في هذا الإتجاه أيضاً (2). والمادة (31) أصول فرنسي أيضاً تؤكد ذلك إذ تقول تتاح الدعوى لكل ذي مصلحة مشروعة في نجاح الادعاء أو دحضه... (3). أي؛ أن الحق في الدعوى يتوقف على تقديم ادعاء مقبول، وبالتالي فالحق في الدعوى مرتبط بقبولها.

(1) - د. محمد نعيم ياسين، نظرية الدعوى بين الشريعة الإسلامية وقانون المرافعات المدنية والتجارية، رسالة دكتوراه، دار عالم الكتب، الرياض، 2009 م، ص 76، ص 83.

(2) - l'action est le droit pour l'auteur d'une prétention d'être entendu sur le fond de celle-ci afin que le juge la dise ou la fonde mal. من وجيز دالوز

أشار إليه د. صلاح الدين الناهي، مرجع سابق، ص 21.

(3) - د. كمال الدين أحمد السيد عاطف، مرجع سابق، ص 47.

الفرع الثاني - العلاقة بين الدعوى والحق الموضوعي:

الحق هو مصلحة مادية، أو أدبية يحميها القانون ⁽¹⁾، وعندما لا يكون الحق الموضوعي مهدداً أو معرضاً للاعتداء، فلا يكون صاحبه في حاجة إلى حماية القضاء، فالمالك وهو يتمتع بملكه، يستعمله أو يستغله أو يتصرف فيه، لا يحتاج إلى الدعوى، وإنما تنشأ الحاجة للدعوى عندما يحدث اعتداء على الحق الموضوعي ⁽²⁾.

إلا أن بعض الفقه يربط بين الدعوى والحق الموضوعي رابطة وجود وعدم، ويرى أن " القانون متى سحب جزاء الحق لم يبق منه شيء، وأن التفرقة بين الحق والدعوى تفرقة لا أساس لها، إذ الدعوى ليست سوى الحق متحركاً ومستعملاً أمام القضاء، فإذا قضى الشرع على الدعوى قضى في نفس الوقت على الحق ".

(1) - أثار تعريف الحق الكثير من الخلاف بين الفقهاء، " رغم ما قد يبدو لأول وهلة من سهولة إعطاء تعريف له "، ويمكن القول إن أهم الآراء في هذا الصدد هو رأي يذهب إلى تعريف الحق بالنظر إلى الجانب الشخصي فيه، أي نظر إلى الحق من ناحية صاحبه، فعرفه بأنه قدرة أو سلطة إرادية تثبت لصاحب الحق، وأبرزوا بذلك دور الإرادة في تعريفهم له، وهذا هو المذهب الشخصي. ورأي آخر نظر إلى الحق من ناحية محله أو موضوعه والغرض منه، أو من حيث المصلحة التي يخولها الحق لصاحبه، أي التي يراد الحصول عليها من ورائه؛ ولهذا فإنهم عرفوا الحق بأنه مصلحة يحميها القانون، وهذا هو المذهب الموضوعي. د. توفيق حسن فرج، المدخل للعلوم القانونية (النظرية العامة للقانون، والنظرية العامة للحق)، الدار الجامعية، بيروت، ط 3، 1988، بند 271 وما بعده، ص 444 وما بعدها. د. شفيق شحاته، محاضرات في النظرية العامة للحق، أقيمت سنة 1948. 1949، دار النشر للجامعات المصرية، القاهرة، بند 6 وما بعده، ص 7 وما بعدها. د. جميل الشرقاوي، دروس في النظرية العامة للحق، دار الفكر العربي، مصر، 1955، ص 15 وما بعدها. واتجه فريق ثالث اتجاهاً وسطاً، جمع فيه بين المذهب الشخصي والمذهب الموضوعي في تعريفه للحق، وبالتالي فالحق . بموجب هذا الرأي . هو سلطة أو قدرة إرادية يخولها الشخص لتمكينه من القيام بأعمال معينة، تحقيقاً لمصلحة له يعترف له بها القانون. د. سليمان مرقس، شرح القانون المدني، المدخل للعلوم القانونية، المطبعة العالمية، القاهرة، 1967 م، بند 198، ص 431 وما بعده. ويعرف البعض الحق بأنه اختصاص بقيمة معينة يعترف به القانون أو الشرع. د. أحمد سلامة، المدخل لدراسة القانون، دار النهضة العربية، القاهرة، 2000م، ص 132. أشار إليه د. محمد حاتم البيات، النظرية العامة للالتزام، دراسة مقارنة، منشورات جامعة دمشق، كلية الحقوق، 2008م، ص 19.

(2) - د. فتحي والي، الوسيط، مرجع سابق، ص 49، بند 26. أصول المحاكمات، مرجع سابق، ص 159، بند 88.

لا يتفق الفقه بخصوص العلاقة بين الحق والدعوى التي تحميه، فإذا كان بين الدعوى والحق الذي تحميه علاقة أو ارتباط وثيق، فهل يعني ذلك استغراق أحدهما للآخر، أم أن لكل من الدعوى والحق وجوداً متميزاً؟ ويمكن القول إن أهم الآراء التي قيلت في هذا الشأن، هو اتجاه يدمج الدعوى في الحق، ولكنهم اختلفوا في مدى هذا الدمج. وانتقد رأي آخر هذا النظر، وذهب إلى القول باستقلال الدعوى عن الحق، إلا أنهم اختلفوا أيضاً من جهة أخرى حول مدى هذا الاستقلال. وإلى عرض هاتين النظريتين والآراء التي قيلت بهذا الشأن.

أولاً - النظرية التي تدمج بين الدعوى والحق:

اختلف أصحاب هذه النظرية في مدى الدمج بين الدعوى والحق، فذهب رأي قديم - النظرية التقليدية - إلى أن الدعوى هي ذات الحق الموضوعي متحرراً إلى القضاء. وذهب رأي آخر حديث نسبياً، إلى أن الدعوى وإن لم تكن هي ذات الحق الموضوعي إلا أنها عنصر من عناصره، أو أنها جزء لا يتجزأ منه نعرض أولاً للرأي الذي يقول بأن الدعوى هي ذات الحق الموضوعي، ثم ننقل للرأي الذي يقول بأن الدعوى هي عنصر في الحق، أو أنها جزء لا يتجزأ منه. الدعوى هي ذات الحق (1):

تدمج النظرية التقليدية الدعوى في الحق، وتراها مجرد مظهر للحق، فالحق الموضوعي يبقى في حالة هدوء طالما لم ينازع فيه، أو لم يعتقد عليه أحد، وإنما ينشط إذا ما تعرض للإنكار أو للمنازعة فيه، أو يقع عليه تعدٍ، وعندئذ يتحرك في شكل دعوى قضائية إلى المحاكم لحسم النزاع، ولرفع الاعتداء الواقع عليه.

(1) - يرى أصحاب هذا التوجه " أن الدعوى هي ذات الحق في إحدى حالاته، إذ يكون الحق في الحالة العادية في سكون وركود، فإذا تحرك الحق أطلقنا عليه اسم الدعوى، فلا خلاف. بحسب هذا النظر. بين الحق وبين الدعوى إلا بمقدار ما بين حالة الحركة وحالة السكون من خلاف، والحق في حالة سكونه واستقراره يكون هادئاً ما دام ليس محلاً لنزاع من أي نوع، ولم يسلبه أحد من الناس الاحترام الواجب له، فلا مصلحة في تحريكه فيظل ساكناً وتظل الدعوى كامنة فيه، حتى إذا ما حصل اعتداء أو إنكار له اندفع هو بنفسه بحركة رد فعل ضد هذا الاعتداء والإنكار ليثبت وجوده، ويلزم المعتدى أن يقف اعتدائه، ويلزم من ينكره أن يعترف به ويحترمه ". أبو هيف، المرافعات، بند 395. أشار إليه د. عبدالمعمر الشرقاوي، شرح المرافعات المدنية والتجارية، مرجع سابق، بند 23، ص 38.

فالحق يتضمن إذاً الدعوى، والدعوى لصيقة بالحق⁽¹⁾، وعلى رأس الفقهاء الذين قالوا بهذا الرأي الأستاذ "سافيني"⁽²⁾ ويستند هذا الرأي إلى مركز الدعوى في القانون الروماني، فقد كان الحق يختلط بالدعوى، وعندما كان البريتور يمنح أحد الأشخاص دعوى معينة، فقد كان هذا الشخص يعتبر صاحباً لحق؛ ولذا قيل بأن الدعوى هي الحق أي مطالباً به أمام القضاء.

إلا أن هذه الأفكار توارت واختفت وأصبحت من الماضي، ولم ينادي بها أحد، إلى أن أحيّاها من جديد كاتب حديث هو الأستاذ "ساتا" الذي يقول: "إنّه لا توجد في الحياة حقوق، وإنما توجد مصالح تنشأ من مراكز واقعية، ولأن هذه المصالح يعترف بها القانون ويحميها، فإننا نسميها حقوقاً"⁽³⁾، فعندما نطلب من القاضي تطبيق القانون لصالحنا لا نكون بصدد حق، وإنما نفس الحق يظهر أو يتحدد في صورة دعوى ". وحجة أصحاب هذا الاتجاه هو:

أ- إن الحق والدعوى ينشآن وينتهيان معاً: فالدعوى لا تقوم إلا على حق، فكل حق تحميه دعوى، وإنها تتبعه وجوداً وعدماً، وكما أنه لا يوجد حق بدون دعوى، فكذلك لا توجد دعوى بدون حق، فكل دعوى تفترض بالضرورة وجود حق سابق تستند إليه⁽⁴⁾.

إلا أن أصحاب هذا التوجه، اختلفوا في وجود أو عدم وجود دعاوى لحماية الحقوق أو الالتزامات الطبيعية، فذهب البعض إلى أن الحقوق المقابلة للالتزامات الطبيعية لا تحميها دعاوى؛ لأنه ليس لصاحبها أن يطالب بها أمام القضاء، إذ هي

(1) - كوش، مختصر المرافعات المدنية والتجارية، ط9، 1946، رقم 127، ص 160. أشار إليه د.

عبدالممنع البدرائي، مرجع سابق، ص233، بند 248.

(2) - أنظر، زانزوكي، المرافعات، ج1، ص 55. أشار إليه د. فتحي والي، أصول المحاكمات، مرجع سابق، ص160، بند 89.

(3) - د. فتحي والي، أصول المحاكمات، ص 160، بند 99.

(4) - د. عبدالممنع البدرائي، مرجع سابق، ص 234، بند 249. ود. رمزي سيف، مرجع سابق، ص

102، بند 71.

ليست حقوقاً بالمعنى القانوني إذ ينقصها عنصر إكراه المدين على الوفاء بالطرق التي قررها القانون وأهمها الدعوى⁽¹⁾.

بينما ذهب آخرون إلى القول إنه يستثنى من مبدأ عدم وجود حق بدون دعوى، الالتزامات الطبيعية التي لا يملك صاحب الحق بها رفع الدعوى⁽²⁾. وذهب رأي آخر إلى أن الدعوى تسمع ابتداء بالنسبة للالتزامات الطبيعية؛ لأن الالتزام الطبيعي يصلح أن يكون سبباً لالتزام مدني⁽³⁾، وعليه فلا يوجد حق دون دعوى تحميه.

ب - لكل حق دعوى واحدة: فإذا كان للشخص حق واحد كانت له دعوى واحدة⁽⁴⁾، وفي هذا كما يقولون يختلف القانون الحديث عن القانون الروماني حيث كان من الجائز أن يكون لشخص عدة دعاوى ناشئة من حق واحد، وإذا حدث وكان لشخص واحد الحق في رفع عدة دعاوى، فمرد هذا إلى أن له عدة حقوق.

ج - موضوع الدعوى هو نفسه موضوع الحق: إذ الدعوى عند أصحاب هذه النظرية ليست سوى الحق منظوراً إليه من ناحية الحماية القضائية، أو هي الحق عندما تترتب عليه مطالبة قضائية⁽⁵⁾، فالقاضي يحكم على المدين بأن يسلم نفس الشيء الموعود به أو الواجب أدائه⁽⁶⁾، وعلى ذلك فدعوى الوفاء بدين هي حق الدائنية وليست حقاً مستقلاً، ودعوى ضمان المشتري ليست سوى حق الضمان⁽⁷⁾.

2- الدعوى عنصر في الحق:

ذهب رأي إلى أن الدعوى ليست هي نفس أو ذات الحق الموضوعي المطلوب حمايته، متحركاً إلى القضاء - كما ذهب إلى ذلك البعض - كما أنها

(1) - د. رمزي سيف، مرجع سابق، ص 102، بند 71.

(2) - د. رزق الله إنطاكي، أصول المحاكمات في المواد المدنية والتجارية، ط 9، منشورات جامعة دمشق، دمشق، 2001، ص 148، بند 132.

(3) - د. محمد واصل، مرجع سابق، ص 314، بند 99.

(4) - د. أحمد أبو الوفا، نظرية الدفع، ط 7، مرجع سابق، ص 813، بند 461.

(5) - د. عبدالمنعم البدرابي، مرجع سابق، ص 234، بند 249.

(6) - د. أحمد السيد الصاوي، مرجع سابق، ص 180، بند 89.

(7) - د. عبدالمنعم البدرابي، مرجع سابق، ص 234، بند 249.

ليست كياناً مستقلاً، أو حقاً منفصلاً عن الحق الذي تحميه، بحيث توجد بغيره أو يوجد بغيرها - كما يذهب إليه آخرون - وإنما الدعوى هي جزء لا يتجزأ من الحق، في أحد عناصره لا يكتمل الحق دونها، ولا يتصور لها وجود إن لم تستند إليه⁽¹⁾، فالدعوى هي عنصر من عناصر الحق الموضوعي، وهي متصلة بالحق الذي وجدت لحمايته، تدور معه وجوداً وعدماً، فهي لا توجد إلا لتكمل وجوده، ولا يكتمل للحق وجود بغيرها⁽²⁾.

وفي هذا المعنى قضت محكمة التمييز اللبنانية، بأنه بما إن الدعوى هي وسيلة لحماية الحق، أو هي عنصر من عناصره تلازمه في وصفه، فلا يكون الحكم الصادر بنتيجتها إلا مكرساً للحق، متصفاً بطابعه، فيعلن ثبوته، ويقويه بقطع النزاع الحاصل حوله، ويرى أصحاب هذا التوجه أنّ ذلك يظهر على الأخص عندما يقوم القضاء كما في دعوى التعويض بتحديد أو تعيين قيمة هذا التعويض، أو عندما تنشأ وضعاً جديداً لم يكن موجوداً من قبل كما في دعاوى الطلاق، والحجر، والإفلاس⁽³⁾.

وبناءً على ما سبق، يذهب أصحاب هذا التوجه إلى أنّه لا يمكن أن يوجد دعوى دون أن تستند إلى حق، أو أن يوجد حق دون أن تحميه دعوى، أو أن يوجد لحق واحد أكثر من دعوى، بل أنّ لكل حق دعوى واحدة تحميه⁽⁴⁾.
فالحق مصلحة مادية أو أدبية يحميها القانون، فعنصر الحق هما المصلحة والحماية القانونية، وصورة الحماية القانونية هي الدعوى؛ فالدعوى ليست إلا وسيلة لحماية الحق⁽⁵⁾.

(1) - د. أحمد أبو الوفا، نظرية الدفع، ط7، مرجع سابق، ص 815، بند 463. وأيضاً عبدالمنعم الشرقاوي، الوجيز في المرافعات، مرجع سابق، ص 24، بند 21.

(2) - د. عبد المنعم الشرقاوي، الوجيز في المرافعات، مرجع سابق، ص 24، بند 21.

(3) - د. محكمة التمييز اللبنانية، تاريخ 1963/3/4، باز، 11، رقم 226/27. أشار إليه: د. خليل جريج، محاضرات في نظرية الدعوى، مؤسسة نوفل، لبنان، بيروت، وأيضاً في سورية، دمشق، 1980، ص 70، هامش 1.

(4) - د. أحمد أبو الوفا، نظرية الدفع، مرجع سابق، ط7، ص 815 وما بعدها، بند 463 وما بعده.

(5) - د. عبدالمنعم الشرقاوي، الوجيز في المرافعات، مرجع سابق، ص 24، بند 21.

فالدعوى هي تقرير أو اعتراف من قبل المشرع بمنفعة ما ووعده بحمايتها إذا ما حصل إنكار أو تهديد أو اعتداء عليها، وبحصول هذا الاعتراف وبتقرير تلك الحماية ينشأ الحق⁽¹⁾.

وقد تعرضت هذه الأفكار لانتقادات عديدة، معظمها ترجع بشكل أساسي إلى أن للدعوى كيان ومفهوم مستقل عن الحق، وأن الدعوى لا توجد في الواقع إلا عند حصول اعتداء على الحق، وهناك من يذهب أبعد من ذلك بالقول إن الدعوى لا توجد إلا إذا تم اللجوء فعلاً إلى القضاء.

إلا أن أصحاب نظرية الدعوى هي عنصر في الحق يردون على هذه الانتقادات لإثبات وجهة نظرهم كما يلي:

أ - الدعوى لا تستقل عن الحق، ولا يمكن أن توجد الدعوى بدن وجود الحق، أو أن يوجد الحق بدون دعوى؛ ولهذا ينتقد أصحاب هذا الاتجاه البعض من الذين قالوا إنه يمكن تصور وجود الحق دون أن تحميه دعوى، كما هو الحال بالنسبة إلى الحق الذي يتخلف للدائن بعد انقضاء الدين بالتقادم؛ لأن الحق إذا ما سقط بمضي المدة انعدم وانتهى ولا يتخلف منه للدائن حق ناقص، وإنما تتخلف منه مجرد مصلحة لا يقرها ولا يحميها القانون، والحق لا يوجد إلا بتوافر مصلحة يحميها القانون، وبناء عليه، فالحق الذي يسقط بمضي المدة ينقضي ولا يكون له أي وجود، ولا يعتد باعتراف القانون لمصلحة معينة طالما أنه لا يحميها⁽²⁾.

بينما ذهب البعض الآخر من أنصار هذا الرأي إلى أنه في حالة الالتزامات الطبيعية لا يقال بأنه لا يوجد حق للدائن دون أن تكون لديه دعوى يستطيع أن يطالب بها أمام القضاء، بل أن لكل دائن بالتزام طبيعي دعوى، لا ينال منها ما يكون للمدين من دفع قانوني من جهة طبيعة الدين (كدين القمار)، أو من جهة انقضاء الدين بمضي المدة، فإن مثل هذا الدفع وإن كان يشل الدعوى، فإنه لا يعدمها، إذ لا يكون له أي أثر إلا إذا تمسك به المدين.

(1) - د. أحمد أبو الوفا، نظرية الدفع، ط7، مرجع سابق، ص 817، بند 464.

(2) - د. أحمد أبو الوفا، نظرية الدفع، ط7، مرجع سابق، ص 817 وما بعدها، بند 464.

كما أنه لا يمكن أن توجد دعوى بغير حق تستند إليه، ولهذا فما يراه البعض من أن هناك دعاوى توجد بدون وجود أي حق، كما هو عليه الحال في دعاوى الحيازة، فهذا التصور غير صحيح، لأن دعاوى الحيازة لها طبيعة خاصة، إذ يقصد بها المحافظة على صاحب الحق الظاهر ورد الاعتداء على الحيازة ومنع اغتصابها، وهذه الحماية مؤقتة إلى أن يفصل في أصل الحق موضوع الحيازة، ويلاحظ دائماً أنه كلما توافرت شبهة وجود الحق أو عدم وجوده، تأكدت شبهة جواز الالتجاء إلى القضاء أو عدم جوازه⁽¹⁾، فهذه الدعاوى لا تحمي حقاً بل تحمي مظهر الحق⁽²⁾،

ب - إن لكل حق دعوى واحدة تحميه وتقرره، وأما إذا تعددت الدعاوى بصدد واقعة قانونية ما؛ فذلك مرده إلى أن هذه الواقعة تنشئ أكثر من حق فتتعدد الدعاوى بقدر الحقوق المتعلقة بها.

ولما كانت الدعوى هي عنصر من عناصر الحق: فإن سبب الحق (وهو الواقعة القانونية المنشئة له) يعد في الواقع سبباً للدعوى؛ لأنه سبب للحق بعنصريه.

أما النزاع الحاصل بين الخصوم حول الحق فهو سبب الالتجاء إلى القضاء أي المطالبة القضائية؛ أي للخصومة فهو سبب لاستعمال الدعوى ومباشرتها أمام القضاء، وليس بسبب وجودها، فالدعوى قائمة وملازمة للحق ولو لم تستعمل، لأنها مجرد سلطة خولها القانون للدود عن منفعة معينة، أو للوصول إلى احترام القانون. كما أن موضوع الدعوى هو ذات موضوع الحق، أو أنها تتصف بذات أوصاف الحق، فتوصف الدعوى بأنها دعوى عينية أو عقارية أو شخصية وفقاً لما هو عليه الحق؛ لأنها ليست إلا سلطة الالتجاء إلى القضاء بقصد الحصول على ذات المزايا التي يخولها الحق نفسه⁽³⁾.

(1) - د. عبد المنعم الشرقاوي، الوجيز في المرافعات، مرجع سابق، ص 25، بند 21. وهو ما تشير إليه المادة (203) مدني سوري.

(2) - د. فتحي والي، أصول المحاكمات، مرجع سابق، ص 161، بند 90.

(3) - د. أحمد أبو الوفا، نظرية الدفوع، ط7، مرجع سابق، ص 817 وما بعدها، بند 464، 465.

فالدعوى . بموجب هذه النظرية - هي عنصر في الحق إلا أن أصحابها اختلفوا في نوع الدفع الموجه لها، فذهب رأي إلى أن الحق شرط لوجود الدعوى، فلا يمكن أن ينشأ حقّ إلا وله دعوى، ولا تنشأ دعوى إلا مع حق، وأما المصلحة فهي شرط لقبول الدعوى، فالدعوى موجودة بوجود الحق، ولكنها لا تكون مقبولة إلا إذا تحققت بذلك مصلحة لدى رافعها (1).

وحسب مفهوم هذا الرأي لفكرة الدعوى، فإنّ الدفع بعدم القبول يوجد ويوجه إلى الدعوى عند انعدام الحق الموضوعي المزعوم، أو في الأحوال التي يوجد فيها الحق الموضوعي، ولكنه يفتقد عنصر الحماية القانونية، ويصل هذا الفقه من كل ما سبق إلى أن الدفع الموجه للدعوى هي دفع موضوعية، فما يوجه للدعوى يعتبر في ذات الوقت موجهاً للحق، لأن الدعوى هي جزء أو عنصر في الحق، فما يوجه للجزء يعتبر في نفس الوقت موجهاً للكل (2).

ويذهب رأي آخر من أصحاب هذه النظرية إلى القول بأن الذي يؤكد أن الدعوى هي عنصر من عناصر الحق - بالإضافة للإدلة السابقة التي وجدناها لديه - هو أن القواعد المتعلقة بقبولها أو عدم قبولها تعد قواعد موضوعية، ولا تعد من القواعد أو القوانين المتعلقة بشكل الإجراءات، فإذا نص القانون مثلاً على وجوب رفع الدعوى في خلال مدة معينة وإلا كانت غير مقبولة... إلخ، فالقانون إنما ينص في هذه الحالات على قواعد موضوعية تتصل بأصل الحق، فالمصلحة التي قد يتمسك بها الخصم لا يعتد بها ولا يعترف بها المشرع ولا يحميها إلا إذا

(1) - د. عبدالمنعم الشرقاوي، الوجيز في المرافعات، مرجع سلبق، ص 24 وما بعدها، بند 21. وبحسب هذا التصور كان يجب أن يكون الدفع بعدم وجود الحق متميزاً عن الدفع بعدم توف المصلحة. وبعبارة أخرى، إذا كان الدفع بعدم وجود حق للمدعي هو دفع موضوعي، وهو دفع بعدم وجود دعوى أيضاً؛ لأن الدعوى عنصر أو جزء في الحق، وأما الدفع بعدم وجود مصلحة . وهو شرط لقبولها بحسب هذا الفقه . فكان يجب اعتباره دفعاً بعدم القبول، لأنه شرط يتعلق بمباشرة الدعوى واستعمالها أمام القضاء، لا بوجودها.

(2) - د. عبدالمنعم الشرقاوي، نظرية المصلحة، مرجع سابق، ص 417 وما بعدها. أشار إليه د. نبيل إسماعيل عمر، الدفع بعدم القبول، مرجع سابق، ص 116 وما بعدها، بند 78، 79.

كانت ناشئة عن وقائع قانونية معينة، وبعبارة أخرى هذه الوقائع هي التي تنشئ الحق الذي يحميه القانون.

ويصل هذا الفقه من كل ذلك إلى أن الدفع بعدم القبول ما هو إلا دفع موضوعي، وإنما يتميز عنه في أنه لا يوجه إلى ذات المنفعة، وإنما يوجه إلى الحماية التي وضعها المشرع لها بقصد إنكارها، فهذا الرأي يرى أن الحق يتشكل من عنصرين؛ عنصر المنفعة أو الفائدة التي يتضمنها الحق، وعنصر الحماية الذي يمنحه القانون لهذا الحق، ومن ثم يقوم بعزل عنصر المنفعة عن عنصر الحماية، ويرى أن الدفع بعدم القبول يوجه إلى هذا العنصر الأخير وحده دون عنصر المنفعة، أو الفائدة الموجود في الحق.

فحالات الدفع بعدم قبول الدعوى هي الحالات التي يكون فيها إنكار الحق ظاهراً بحيث لا يحتاج الأمر عادة إلى الخوض في الموضوع عند الحكم فيها. ويوضح هذا الفقه رأيه أكثر بالقول إنه إذا لم تكن الدعوى بذات الحق الموضوعي المدعى به، فلا يكون الدفع الموجه إليها دفعاً موضوعياً، إنما هو دفع من نوع خاص يوجه إلى الوسيلة التي قررها القانون لحماية الحق. فالخصم بهذا الدفع ينكر وجود دعوى لدى خصمه لعدم توافر أحد الشروط التي يتطلبها القانون لقبولها⁽¹⁾.

- النقد الموجه لهذه النظرية:

هذه النظرية تشترط لقبول الدعوى وجود الحق الموضوعي، وفي هذا تناقض منطقي، فكيف يكون الحق شرطاً لقبول الدعوى، والدعوى في نفس الوقت هي ذات الحق⁽²⁾. وأنصار هذه النظرية عندما يقولون إن الدعوى هي عنصر في الحق، فهم في الواقع يخلطون بين الحماية القانونية التي هي عنصر في الحق، وبين

(1) - د. أحمد أبو الوفا، نظرية الدفع، ط7، مرجع سابق، ص 818، بند 464، ص 824، بند 470.

(2) - د. عبد المنعم البدر، مرجع سابق، ص 235 وما بعدها، بند 250 وما بعدها.

الحماية القضائية التي هي وسيلة لحماية الحق فقط، ولا تعتبر لذلك عنصر أو جزء في الحق (1).

(1) - د. أيمن أبو العيال، ود. أيمن الحراكي، مرجع سابق، 209 وما بعدها. فقد انتقدت هذه النظرية من عدت وجوه وهي تتلخص في أن: وجود الدعوى لا يتوقف على وجود الحق الموضوعي وثبوته، فلا تلازم بينهما ابتداء فالدعوى لا تتعلق دائماً بحق، وإنما تتمسك أيضاً بمراكز ذات طبيعة موضوعية، وبالتالي فإن إدماج الدعوى بالحق يجعل وجوده من مستلزمات الدعوى مع أن جوهر الدعوى ومميزها هو عدم التأكد من وجوده، وهذا التجهيل هو أساس وجودها وحكمته؛ ولذا فإن القانون الإجرائي يفترض دائماً أن المدعي قد يكون محقاً في دعواه أو غير محق. واعتبار الدعوى هي الحق لا يفسر ما يمنحه القانون الإجرائي للمدعى عليه من حقوق متساوية للمدعي في الادعاء والدفع، فلو كانت الدعوى هي الحق أو كانت عنصر في الحق، لكان يجب أن يعتبر المدعى عليه طرفاً سلبياً فيها أيضاً. (د. وجدي راغب فهمي، مرجع سابق، ص 462 وما بعدها).

وهذه النظرية تقول إنه لا يوجد حق بدون دعوى، إلا أنها فشلت في تقديم دليل مقنع في تلك الحالات التي توجد فيها حقوق، ولكن دون أن تكون هناك دعاوى تحميها، وهذه هي حالة الالتزامات الطبيعية التي يجوز تنفيذها باختيار المدين، ولكن لا يستطيع الدائن مطالبة المدين بتنفيذها وإجباره على ذلك. فكيف نتصور إذاً وجود حق بدون دعوى في هذه الحالات؟ وهذا أن دل على شيء فإنما يدل على استقلال الدعوى عن الحق، وإنهما ليسا شيئاً واحداً. (د. عبدالمنعم البدراري، مرجع سابق، ص 236، بند 251).

فالحق بالنسبة للدعوى هو الأساس والغاية منها، وهي بالنسبة له وسيلة حمايته، الأمر الذي لا يمكن معه اعتبار الدعوى هي ذات الحق. (د. أيمن أبو العيال، عقد الصلح في المعاملات، رسالة دكتوراة، جامعة عين شمس، كلية الحقوق، سنة 1999م، ص 46). كما أنّ الرأي الثاني الذي يذهب إلى أنّ الدعوى هي عنصر في الحق، أو جزء لا يتجزأ منه غير دقيق، فلا يمكن التسليم بأن الدعوى قائمة قبل الاعتداء على الحق، لأن الدعوى لا تثور الحاجة إليها إلا إذا حصل اعتداء أو إنكار أو تجهيل قانوني للحق.

فإنصار هذا الرأي يخلطون بين الحماية القانونية، التي تعد عنصراً في الحق ولا وجود له من دونها، وبين الحماية القضائية وهذه لا تثور الحاجة إليها إلا بعد المنازعة في الحق، فالقضاء لا يمكن له أن يمنح حمايته، إلا للحقوق المتكاملة العناصر. (د. أيمن أبو العيال، د. أحمد حراكي، مرجع سابق، 209 وما بعدها).. وبناءً على ما تقدم، فهذا التصور يجعل من مسألة تفسير ظاهرة قبول الدعوى قبل الفصل في موضوعها أمر مستحيلاً، فشروط القبول هي نفسها شروط الحكم في موضوع الدعوى لصالح المدعي؛ أي شروط وجود الحق الموضوعي نفسه، إذ تقوم هذه الظاهرة على توافر مقتضيات معينة، أهمها المصلحة بأوصافها الثلاث، بصرف النظر عن وجود الحق فعلاً. (د. وجدي راغب فهمي، مرجع سابق، ص 463).

فهم يشترطون لقبول الدعوى وجود الحق الموضوعي، ويعتبرونه أهم شرط، وكما يقول أنصارها " هذا ظاهر؛ لأنّ الدعوى ليست سوى الحق أمام القضاء "، وفي هذا تناقض واضح لا يمكن القبول به، إذ =

وكان من المنطقي لأصحاب هذا النظرية أن يسلموا بنتائج تترتب مباشرة على التوحيد بين الدعوى والحق ومنها مسألة قبول الدعوى، فالفصل فيها يعد فصلاً في مسألة موضوعية والدفع التي تتعلق بقبول الدعوى هي في حقيقتها دفع موضوعية⁽¹⁾.

ثانياً - النظرية الحديثة: استقلال الدعوى عن الحق:

يجمع الفقه الحديث على خلاف الفقه التقليدي، على أنّ الدعوى حق له كيان مستقل عن الحق الذي تحميه، فمفهوم الدعوى مستقل عن مفهوم الحق الموضوعي فهي وسيلة قانونية لحماية الحق وليست هي ذات الحق الموضوعي الذي يزعم المدعي تعرضه للاعتداء⁽²⁾. وقد كان للفقيه الألماني "فاخ" الفضل في إبراز هذه الفكرة، وانتقلت إلى إيطاليا في صورة متطورة على يد الفقيه "كيوفندا"⁽³⁾. فالنظرية التقليدية التي تدمج أو تخلط الحق بالدعوى لتجعل منهما شيئاً واحداً، ليست صحيحة وفق أغلب الفقه، إذ يجب عدم الخلط بين الحق الموضوعي لشخص وبين إمكانه الالتجاء إلى القضاء، والصحيح هو استقلال الدعوى عن الحق، وذلك سواء أكانت الدعوى وسيلة قانونية أم حقاً؛ إذ لم يذهب أحد إلى أن الحجز مثلاً أو الحق في الحبس، وهما من الوسائل القانونية لحماية الحق يختلطان

= كيف يكون الحق شرطاً لقبول الدعوى، والقول إن الدعوى هي ذات الحق، فهذا الشرط كان يمكن قبوله عند من يقولون باستقلال الدعوى عن الحق، فطالما هما ليسا شيئاً واحداً، فيمكن اعتبار وجود أحدهما متوقفاً على وجود الآخر، ولكن عند أصحاب الدعوى هي ذات الحق، فإنه يكون من التناقض القول إن الحق شرط لوجود الدعوى، والقول إنهما نفس الشيء، والحقيقة لا يمكن تصور وجود شروط خاصة لرفع الدعوى مستقلة عن شروط الحق نفسه، مع القول باتحادهما في نفس الوقت؛ لأن في هذا تناقض منطقي، وهذه الشروط الخاصة تكون على العكس مفهومة كل الفهم عند من يميزون بينهما. (د. عبد المنعم البدرابي، مرجع سابق، ص 235 وما بعدها، بند 250 وما بعدها).

(1) - د. كمال الدين أحمد السيد عاطف، مدى حجية عدم القبول من الناحيتين الشكلية والموضوعية في القضاء المدني، ط1، دار النهضة العربية، القاهرة، 2012، ص 18.

(2) - د. رمزي سيف، مرجع سابق، ص 103، بند 71. ود. أحمد السيد الصاوي، مرجع سابق، ص 180، بند 89. ود. أحمد أبو الوفا، نظرية الدفع، ط7، مرجع سابق، ص 813 وما بعدها، بند 462. ود. فتحي والي، أصول المحاكمات، ص 162، بند 91.

(3) - د. فتحي والي، أصول المحاكمات، ص 162، بند 91.

بالحق الذي يحميانه، ونفس الأمر بالنسبة للدعوى، فهي وسيلة لحماية الحق أو تفريقه²، إنما ليست هي ذات الحق، أو عنصر من عناصره، أو جزء منه.

وإذا اعتبرنا الدعوى في ذاتها حقاً، كانت حقاً خاصاً في طلب الحماية التي يقرها القانون لهذا الحق بواسطة القضاء، وتأمين الحماية للحق الموضوعي الواقع عليه الاعتداء، أو الحاصل بصدده النزاع⁽¹⁾.

وهكذا فمفهوم الدعوى مستقل عن مفهوم الحق الذي تركز عليه. وهذه النظرية هي السائدة في الفقه، والذي يؤكد هذا:

1- عدم التلازم بين الدعوى والحق في الوجود: فقد توجد الدعوى بغير حق يستند إليه صاحبها، وقد يوجد الحق دون أن تحميه دعوى

أ- فالدعوى قد توجد بغير نظر إلى وجود الحق أو الاستناد إليه:

ومن أمثلة هذه الدعاوى، الدعوى بطلب اتخاذ إجراء وقائي أو احتياطي، ودعاوى الحيازة، والدعاوى المستعجلة، كذلك ما يكون للشخص من حق في الحصول على حكم يؤكد عدم وجود الحق الذي ادعاه شخص آخر تجاهه، إذا كان طلب المدعي على غير أساس ففي هذه الحالات لا ترتبط الدعوى بأي حق موضوعي، سواء للمدعي أم للمدعى عليه⁽²⁾.

ب- وقد يوجد الحق دون أن تحميه دعوى:

الحقوق عادة تنشأ أو توجد، وصاحبها يتمتع بها ولا يحتاج إلى الدعوى، وقد ينشأ الحق لشخص بذمة شخص آخر، ومع ذلك يقوم هذا الأخير بتنفيذ التزامه كاملاً طوعاً، وعندئذ أيضاً فصاحبه لا يحتاج إلى الدعوى، وبالتالي فالدائن قبل حلول أجل دينه، والمالك قبل حصول الاعتداء على ملكه يكون له حق موضوعي، ولكن ليس له أي دعوى. وقد توجد الدعوى وتنقضي، وعندئذ يبقى الحق بغير دعوى، ويحدث هذا إذا انقضت الدعوى بالتقادم⁽³⁾.

(1) - د. عبد المنعم البدرائي، مرجع سابق، ص 242 وما بعدها، بند 262.

(2) - د. أيمن أبو العيال، عقد الصلح في المعاملات، مرجع سابق، ص 47.

(3) - د. فتحي والي، أصول المحاكمات، مرجع سابق، ص 162 وما بعدها، بند 91.

وصاحب الالتزام الطبيعي صاحب حق له وجود قانوني إذ يرتب عليه القانون آثاراً، فهذا الحق يصلح سبباً لالتزام مدني المادة (203) مدني سوري، ويجوز تنفيذه باختيار المدين، ولكن لا يستطيع الدائن مطالبة المدين بتنفيذها وإجباره على ذلك.

ولذلك فأصحاب النظرية التقليدية بعد أن قرروا عدم وجود حق بدون دعوى، اضطروا إلى قبول استثناء في بعض الحالات يعترف فيها القانون بالالتزام ينتج آثاراً قانونية، ولكنهم لم ير أنه جدير بالحماية عن طريق الدعوى⁽¹⁾.

2- ومن ناحية أخرى، فإنّه حتى في الحالات التي تنشأ الدعوى بسبب الاعتداء على حق موضوعي، فإن الدعوى تعتبر مستقلة عن هذا الحق:

أ . **من حيث سببها:** فسبب الحق (أي مصدره) قد يكون العقد، أو الفعل الضار، أو الإرادة المنفردة، أو غير ذلك من مصادر الالتزام، وبعبارة أخرى ينشأ الحق أو المركز الموضوعي المزعوم عن أحد الوقائع أو التصرفات القانونية التي يحددها القانون الموضوعي. أما الدعوى فسببها على العكس من ذلك نزاع بين المدعي والمدعى عليه حول وجود الحق؛ أي إنها لا تنشأ إلا إذا حصل اعتداء أو تهديد أو إنكار للحق الموضوعي، وعندئذ يمكن لصاحب الحق المزعوم اللجوء إلى القضاء بغرض الحصول على الحماية التي يقرها القانون لهذا الحق المهدد أو المنتهك، وحسم النزاع الواقع عليه بواسطة الدعوى⁽²⁾.

فالدعوى لا تنشأ إلا من واقعة إنكار الحق أو الاعتداء عليه، أي أن يحدث نزاع أو حالة واقعية تبرر المصلحة في الدعوى وهي التجهيل القانوني⁽³⁾؛ ولهذا

(1) - د. عبد المنعم البدرائي، مرجع سابق، ص 246، بند 267، وص 235، بند 250.

(2) - د. فتحي والي، أصول المحاكمات، مرجع سابق، ص 162 وما بعدها، بند 91. وأيضاً د. عبد المنعم البدرائي، مرجع سابق، ص 243، بند 263. وأيضاً د. رمزي سيف، مرجع سابق، ص 103، بند 71.

(3) - د. وجدي راغب فهمي، مرجع سابق، ص 463.

يقرر الذين لا يميزون بين الدعوى والحق، أنه لا يكفي لاستعمال الدعوى وجود الحق، بل يشترطون أن يكون هذا الحق غير موصوف، أي غير مقترن بأجل أو معلق على شرط، وأن يكون قد وقع عليه اعتداء⁽¹⁾.

ب- من حيث مضمونها (موضوعها): مضمون الالتزام أداء الشيء أو القيام بعمل أو الامتناع عن عمل، ومضمون الملكية الاستعمال والاستغلال والتصرف. أما الدعوى (أي الحق في الحماية القضائية)، فإن مضمونها - أيأ كان الحق الذي تحميه - هو دائماً الحصول على حكم من القضاء، وهذا الحكم قد يكون تقرير وجود أو عدم وجود مركز قانوني أي الحق الموضوعي، أو الزام بأداء معين أو تغيير في المراكز الموضوعية⁽²⁾. ولذلك فإن الدعوى قد لا تصل إلى نفس موضوع الحق، وخاصةً بالنسبة للالتزامات بعمل أو بالامتناع عن عمل، فكثيراً ما يحدث في هذه الحالات ألا يحصل الدائن على ذات موضوع الحق، ولكن يحصل على تعويض نقدي.

ج- الحق الواحد قد ينشأ عنه أكثر من دعوى: ليس صحيحاً من أنه لكل حق دعوى واحدة تحميه، بدليل أنه توجد حالات عديدة يكون صاحب الحق فيها بالخيار بين رفع عدة دعاوى لتقرير أو لحماية حقه من الاعتداء، يطلق عليها الفقهاء حالات تعدد الدعاوى، فالمالك الذي يحصل اعتداء على حقه مثلاً، عدة دعاوى لرد هذا الاعتداء عن حقه، فهو قد يستعمل أحياناً دعوى الاستحقاق، وفي أحيان أخرى يستعمل دعوى الإنكار، وفي أحوال أخرى دعوى شخصية بتعويض الضرر، وقد يرفع دعوى مطالباً باتخاذ إجراءات تحفظية أو وقتية لحماية ذات الحق.

ويفسر أصحاب النظرية التقليدية هذه الحالات بأنها تقتض أن للشخص عدة حقوق منشئة لدعاوى متعددة، إلا أنهم تراجعوا عن هذا التصور، وذلك أمام النقد الذي وجه لفكرتهم هذه، فقالوا بأن من تكون له حق استعمال عدة دعاوى، قد

(1) - د. عبدالمنعم البدرابي، مرجع سابق، ص 243، بند 263.

(2) - د. وجدي راغب فهمي، مرجع سابق، ص 464.

تكون له حقوق متعددة ناشئة من واقعة قانونية واحدة، وقد يكون له حق واحد تقررت حمايته عدة دعاوى⁽¹⁾.

د- تتميز الدعوى عن الحق من حيث ثبوتها: قد توجد الدعوى بغير ثبوت وجود الحق الموضوعي، مثال ذلك الدعوى لاتخاذ الحجز الاحتياطي، فهنا يوجد الحق في الدعوى بصرف النظر عن وجود الحق الموضوعي⁽²⁾، وكذلك دعاوى الحيازة، والدعاوى المستعجلة. فكل هذه الدعاوى توجد بغير ثبوت أو تأكيد أي وجود للحق الموضوعي.

هـ- تتميز الدعوى عن الحق من حيث القانون الواجب التطبيق: فشرط الدعوى وآثارها يحكمها القانون القائم وقت استعمالها أي رفعها. بينما يبقى الحق خاضعاً للقانون النافذ وقت قيامه، خاصةً إذا كان التزاماً تعاقدياً، وقد يكون القانون الواجب التطبيق قانوناً أجنبياً⁽³⁾.

و- التمييز من حيث آثارها: تتميز الدعوى عن الحق كذلك من حيث آثارها، وفي هذا المعنى يرى بعض الفقه أن الدعوى تضيف شيئاً إلى الحق، فهي تضيف إليه عنصراً جديداً لم يكن يتضمنه من قبل؛ إذ بواسطة الحكم الصادر لصالح المدعي أو لصالح صاحب الحق، فإنه يمكن له من الحصول على القرار أو السند التنفيذي الذي يمكنه من اقتضاء حقه المنكر قهراً من المدين، وذلك إذا ما أصر على إنكار، أو رفض أدائه مختاراً، ويظهر هذا العنصر الجديد على وجه الخصوص في الحالات التي يكون فيها تدخل السلطة القضائية لازماً لتحديد حق الدائن، كما هو الحال بالنسبة للفعل الضار، حيث تتدخل المحكمة لتحديد طبيعة التعويض وقدره.

و تذهب بعض أحكام القضاء إلى أبعد من ذلك، إذ تقرر أن حق من وقع عليه الضرر لا ينشأ إلا من وقت صدور الحكم القاضي بالتعويض.

(1) - د. عبد المنعم البدرأوي، مرجع سابق، ص 244 وما بعدها، بند 264 وما بعده.

(2) - د. مفلح عواد القضاة، مرجع سابق، ص 171.

(3) - د. رمزي سيف، مرجع سابق، ص 103، بند 71. وأيضاً د. أحمد السيد الصاوي، مرجع سابق، ص 181، بند 89. وأيضاً د. خليل جريج، محاضرات في نظرية الدعوى، مرجع سابق، ص 76.

والدعوى المنشئة تؤدي إلى نشأة مركز قانوني جديد لم يكن موجوداً من قبل، كما في حالات الحكم بالطلاق، أو الإفلاس، أو الحجر⁽¹⁾.

ز - تتميز الدعوى عن الحق من حيث نطاق كل منهما: قد يختلف نطاق الدعوى عن الحق، فهو دائماً نطاق نسبي من حيث الأطراف والمحل والسبب، فالحق العيني يكون لفرد قبل الكافة بينما يلزم في دعوى الاستحقاق مدعي ومدعى عليه، وقد تقام الدعوى من شخص ليس هو صاحب الحق بالذات، كما هو الشأن في الدعوى غير المباشرة، وقد يتعدد الدائنون أو المدينون بحق واحد (كما في حالات التضامن الإيجابي والسلبي) ولا يشترط في الدعوى كمدعي أو مدعى عليه سوى نفر منهم.

ح - تختلف الدعوى عن الحق من حيث أسباب انقضاء كل منهما: تختلف أسباب انقضاء الحقوق الموضوعية عن أسباب انقضاء الدعاوى، فالالتزام ينقضي بالوفاء أو بالإبراء أو باستحالة التنفيذ أو بأي سبب من أسباب انقضاء الالتزام. بينما للدعوى أسباب انقضاء أخرى مختلفة كالمعمل القضائي، أي بالحكم فيها، أو بالصلح، أو بالاتفاق على التحكيم؛ ولهذا يرى بعض الفقه، أنّ الحق قد ينقضي وتكون الدعوى مع ذلك مقبولة، لادعاء صاحبه أنّ حقّه لم ينقض، والعكس صحيح، فقد تنقضي الدعوى دون الحق، كالحق المقضي الذي لم ينفذ بعد⁽²⁾.

وقد استنتج الفقه⁽³⁾ من اختلاف نظام كل من الحق الموضوعي والدعوى وهو ما سبق عرضه بأنّ للدعوى وجوداً مستقلاً عن الحقّ الذي تحميه، وإنّ الخلاف الذي أثير في هذا الصدد مرده العجز في التعبير والبيان، ويعد هذا الاتجاه

(1) - د. عبد المنعم البدر، مرجع سابق، ص 246، بند 266.

(2) - د. وجدي راغب فهمي، مرجع سابق، ص 463 وما بعدها. وأيضاً د. خليل جريج، محاضرات في نظرية الدعوى، مرجع سابق، ص 76 وما بعدها.

(3) - وقد اعتبر القانون المدني المصري ومثله السوري. إقتباساً من القانون الفرنسي. أنّ الدعوى في ذاتها حق له قيمته المستقلة عن قيمة الحق ذاته الذي وجدت لحمايته. د. عبد المنعم الشرفاوي، شرح قانون المرافعات المدنية والتجارية، مرجع سابق، بند 20، ص 34.

الرأي الراجح في الفقه والقضاء في التفرقة بين الدعوى وبين الحق الذي تحميه⁽¹⁾،
فالدعوى من حيث هي تختلف عن الحق من حيث هو⁽²⁾، وبعبارة أخرى فالدعوى

(1) - سوليس وبيرو، القانون القضائي الخاص، ص 97، بند 95. وأيضاً جان فانسان، وسرج كوينشارد،
المرافعات المدنية، ص 41، بند 18. أشار إليهم د. صلاح الدين عبداللطيف الناهي، مرجع سابق، ص
26.

(2) - فالقانون هو مجموعة القواعد المنظمة لعلاقات الأشخاص، من خلال بيان ما يسمح لهم فعله، وما
يمنع عليهم، وبالتالي فهو يبين ما يعتبر مصلحة مشروعة لكل شخص، ويبين ما لصاحب هذه المصلحة
من مزايا أو سلطات أو مكنات، كما يبين حدود هذه السلطات أو المزايا، ومن خلال تنظيم القانون
للعلاقات القانونية بين الأشخاص، وبيان المصالح المشروعة، والتي يجب رعايتها وحمايتها، يكون قد
أنشئ الحق، وبينمده وحدوده، وكفل احترامه. د. سليمان مرقس، مرجع سابق، بند 198، ص 432.
ووجود التعارض بين المصالح لدى الأشخاص، يؤدي لنشوء رابطة أو علاقة قانونية بينهم، وهنا تبرز دور
القاعدة القانونية لتقرر أي من هذه المصالح أولى بالرعاية والاحترام، وترجيح مصلحة على أخرى، هو
عين أو ذات الحق. د. شفيق شحاته، مرجع سابق، بند 3، ص 4 وما بعدها. فلا يكفي أن يكون هناك
شخص يسأثر أو يختص بميزة أو بشيء أو بمنفعة أو بقيمة، لنقول إن له حق، وإنما لا بد أن يقر
ويعترف القانون له بهذا الاستثناء ويحميه له؛ أي إزالة كل اعتداء أو تهديد يواجه الحق، وذلك بحسب ما
يقضي به القانون. د. توفيق حسن فرج، مرجع سابق، بند 285، ص 471. فإقرار القانون الحق
لصاحبه، هو ركن جوهري أو أساسي لنشوء أو وجود الحق؛ ولهذا فالحق هو من خلق القانون، وكل حق
لا بد وأن ينشأ من القانون وكل حق لا بد وأن يحكمه قاعدة قانونية تقره وتحميه وتجسده وتظهره لصاحبه.
د. جميل الشرقاوي، مرجع سابق، بند ص 207. وأيضاً د. محمد عبدالله. د. محمد حاتم البيات. د.
عماد قطان، مدخل إلى علم القانون، منشورات جامعة دمشق، مركز التعليم المفتوح، قسم الدراسات
القانونية، ص 112. ومن ثم فخارج نطاق أو حدود القانون لا يمكن القول بوجود أي حق لأي شخص،
وبالتالي فالحق يمكن اعتباره أنه المحصلة لمجموعة القواعد القانونية التي تبين ما يمكن القيام به وما لا
يمكن، ولكي يضمن القانون الالتزام بأوامره ونواهيه، فإنه يضع جزاءات قانونية على من يخالف ذلك،
والحماية التي يقرها القانون للحق، هي نفس الجزاء الذي يقرره للقاعدة القانونية، فضمن الاحترام لأوامر
القانون يكون بجزاء توقعه الدولة على من يأتي بسلوك مخالف لما فرضه أو أوجبه القانون، ومن ثم
فالجزاء الذي يفرض السلوك بالصورة المعينة التي توجد الحق لشخص من الأشخاص، هو الحماية التي
يقرها القانون لهذا الحق، وهي تختلف من حق إلى آخر، ووجود الجزاء القانوني هو الذي يعطي للقاعدة
القانونية التي تقرض سلوكاً محدداً صفة القاعدة القانونية الملزمة؛ ولهذا فوجود الحق لا يتم إلا بوجود هذا
الجزاء في القواعد القانونية التي تخلقه أو توجد، أي بوجود الحماية القانونية، ومن ثم فهذه الحماية تعتبر
لازمة وضرورية لوجود الحق، وبدونها لا وجود له. د. توفيق حسين فرج، مرجع سابق، بند 280، ص
464. وأيضاً د. جميل الشرقاوي، مرجع سابق، ص 207. فالحماية القانونية تتصرف إلى إقرار القانون
لاستثناء صاحب الحق بميزة أو منفعة معينة، وما يخوله هذا الاستثناء من ميزات، فهي تتحقق عن=

ليست إلا وسيلة قانونية لتحريك أو للحصول على الحماية القانونية التي وضعها القانون للحق، فهي ليست إلا إجراءً قانونياً يمكن لكل شخص من اللجوء - لإزالة ما يقع على حقه من اعتداء أو تهديد، أو ما يحدث لحقه من إنكار، أو للتعويض عن هذا الاعتداء - إلى السلطة المختصة بتطبيق القانون على المنازعات الخاصة، أي إلى السلطة القضائية؛ ولهذا فالدعوى باعتبارها وسيلة لتحريك أو للحصول على الحماية القانونية، لا يمكن أن تختلط بهذه الحماية نفسها، ولا يمكن أن تختلط من باب أولى بالحق الذي يتم تحريك الحماية الخاصة به؛ ولهذا فالحماية القانونية إذا كانت لازمة وضرورية لنشوء ووجود الحق، فإنه يجب أن يكون واضحاً أن الحق لا يختلط بالدعوى، فالحماية تتبع الحق، ولكنها تخول حقاً جديداً متميزاً عن الحق المحمي، هذا الحق الجديد هو حق الدعوى⁽¹⁾.

والحق في تحريك الطرق أو الوسائل القانونية للحماية، لا يوجد إلا إذا وجد اعتداء أو تهديد للحق، فالحق طالما ظلّ محترماً، فإنه لا موجب أو مبرر للدعوى⁽²⁾. فالدعوى لا تعتبر ركناً أو عنصراً في الحق؛ أي لا تعتبر جزءاً مكوناً له لا يوجد بدونه، بل هي وسيلة قانونية تأتي لحمايته؛ ولهذا فهي تالية لنشوءه، ولا

=طريق كفالة القانون للشخص مباشرة السلطات اللازمة لتحقيق انفراده أو اختصاصه بالشيء أو بالقيمة. وبناء على ما تقدم، فالحماية القانونية والتي هي ركن أو عنصر أساسي لوجود الحق، هي الحماية بمعنى إقرار القانون واعترافه باستثنائ صاحب الحق، أما الحماية القضائية، أي عندما يكون هناك اعتداء أو تهديد أو إنكار للحق، ويلجأ صاحب الحق للقضاء، فإنها ليست إلا أثراً مترتباً على قيام حق حماه وأعترف به القانون، ولأن القانون يحمي هذا الحق أو هذا الاستثناء، فإنه يعطي أو يوفر الوسيلة للوصول إلى الحماية القانونية، هذه الوسيلة هي الدعوى أو الدفع وبعبارة أخرى؛ فإذا كانت الحماية القانونية لازمة لنشوء ووجود الحق، إلا أنه يجب التمييز بين هذه الحماية القانونية والتي هي الإقرار لشخص باستثنائه، وما يخوله هذا الاستثناء من ميزلت، وبين الوسيلة التي تضمن الوصول إلى هذه الحماية، وهي الدعوى، فالدعوى وسيلة الحماية، أو وسيلة لتحقيق الحماية القانونية، وهي لا تعتبر لازمة لنشوء الحق، ولا تعتبر كذلك عنصر أو جزء منه. د. توفيق حسن فرج، مرجع سابق، بند 285، ص 472 وما بعدها.

(1) - د. جميل الشرقاوي، مرجع سابق، ص 208 وما بعدها. وأيضاً د. توفيق حسن فرج، مرجع سابق، بند 280، ص 465.

(2) - د. توفيق حسن فرج، مرجع سابق، بند 280، ص 465.

يمكن تبعاً لذلك اعتبارها معياراً لوجوده، والقانون يحمي الحق عن طريق الدعوى إذا ما وجد هذا الحق ⁽¹⁾.

أما القول إن الدعوى هي الحق أو عنصر فيه، فهذا القول سببه الخلط بين الحماية ووسيلتها، وهذا غير صحيح؛ لأنه إذا كانت الدعوى هي الوسيلة القانونية، التي يتمكن بها صاحب الحق من حماية حقه أو تقريره، فإنه كثيراً ما يمنح القانون دعاوى لأشخاص ليست لهم حقوق معينة يراد تمكينهم من استعمالها، ومثال ذلك، إن وازع اليد على ملك الغير لا يكسب حقاً معيناً على هذا المال، ومع هذا فالقانون يخوله في بعض الحالات أن يرفع دعوى وضع اليد.

وبناء على كل ما تقدم، فالدعوى تستقل عن الحق، وإن ظهرت مشكلة معرفة الصلة أو العلاقة التي تربط أو توجد بين الدعوى والحق. ولذلك فيما يلي نعرض أهم النظريات الحديثة التي تحاول تحديد العلاقة بين الحق والدعوى، ومن ثم تحديد طبيعة الدعوى.

(1) - د. توفيق حسن فرج، مرجع سابق، بند 272، ص 452. وأيضاً د. جميل الشرقاوي، مرجع سابق، ص 205.

الفرع الثالث: أهم النظريات الحديثة التي تبين العلاقة بين الدعوى والحق:

إذا كان الرأي الراجح في الفقه والقضاء يذهب إلى القول باستقلال الدعوى عن الحق الموضوعي، إلا أن أصحاب هذه النظرية اختلفوا من جهة أخرى حول الصلة التي تربط الدعوى بالحق أو مدى ارتباط الدعوى بالحق، ويمكن القول إن أهم الآراء التي قيلت في هذا الشأن هو: الرأي الذي يجرد الدعوى عن الحق وعن الادعاء، أي يربطها بالحق في الالتجاء إلى القضاء، والرأي الذي يربط الدعوى بالحق، والرأي الذي يجرد الدعوى عن الحق ويربطها بالادعاء⁽¹⁾.

(1) - وفيما يأتي سوف نعرض لهذه الآراء الثلاثة:

1. الرأي الذي يقول إن الدعوى هي حق الالتجاء إلى القضاء:

الدعوى بموجب هذا الرأي هي الحق الذي لكل مواطن في أن يسمعه القضاء سواء كان ادعاؤه مؤسساً أم لا؛ فيرى البعض من أنصار هذا الاتجاه أن الدعوى هي حق مجرد قبل الدولة، فالقضاء حق للدولة كما هو واجب عليها، وبأدائها لهذا الواجب تحقق المصلحة العامة والخاصة معاً؛ ولذا اعترف لكل مواطن بسلطة إرادة نشاط الدولة القضائي، وهذا هو حق الدعوى الذي يمثل رابطة مستقلة عن الرابطة الموضوعية التي يطلب تقييدها أو حمايتها، إذ أنه برفع الدعوى ومباشرتها أو استعمالها، يمكن معرفة هل توجد الرابطة الموضوعية أو لا توجد، ولكن حتى لو صدر حكم في الموضوع برفض الدعوى، أو بعدم وجود أي حق موضوعي للمدعي تجاه المدعى عليه، فإن حق المدعي في أداء النشاط القضائي يكون قد تحقق وأدى غايته، وأداء النشاط القضائي في صورة حكم لا يعني تحقيق الرابطة الموضوعية، وإنما يجعل فقط تحقيقها ممكناً. بينما يذهب البعض الآخر إلى أن الدعوى هي حق إجرائي في حل النزاع، فالدعوى مستقلة عن الحق الموضوعي في مضمونه وأطرافه، فمضمون الدعوى ليس هو المصلحة الداخلية في النزاع، وإنما هو المصلحة الخارجية في حل هذا النزاع؛ ولذا فإنه ليس حقاً في الحصول على حكم لصالح المدعي، وإنما هو مجرد حق في الحكم، وسواء كان هذا الحكم لصالح المدعي أم لغير صالحه، والدعوى لا يملكها من يكون طرفاً بالمعنى الموضوعي، وإنما لمن يظهر بمظهر الطرف في النزاع. (د. وجدي راغب فهمي، مرجع سابق، ص 471 وما بعدها. وأشار إليه أيضاً: د. فتحي والي، أصول المحاكمات اللبنانية، مرجع سابق، ص 153 وما بعدها، بند 83).

النقد الموجه لهذه الرأي: من العرض السابق نجد أن هذه النظرية تساوي بين حق الدعوى وحق الالتجاء إلى القضاء، وهو ما يندقده أغلب الفقه، فالشخص يكون له حق الالتجاء إلى القضاء دائماً، ولكن قد يكون لديه الحق في دعوى معينة، مثلاً دعوى استحقاق عقار معين، وقد لا يكون لديه هذا الحق. (د. أحمد أبو الوفا، أصول المحاكمات، مرجع سابق، ص 110 وما بعدها، بند 80 وما بعده، وأشار إليه: د. كمال الدين أحمد السيد عاطف، مرجع سابق، ص 28 وما بعدها. وأيضاً د. رمزي سيف ص 105 وما بعدها، بند 72). فالترقة بين الدعوى وحق الالتجاء إلى القضاء هي كالترقة بين حق الملكية وحق التملك. =

= (د. فتحي والي، أصول المحاكمات، مرجع سابق، ص 155 وما بعدها، بند 85). فالشخص يكون له دائماً الحق في الالتجاء إلى القضاء، ولكن قد يكون له الحق في دعوى معينة إذا ما توافرت شروطها، وقد لا يكون له هذا الحق، إذا لم تتوافر في دعواه الشروط اللازمة لقبولها، وهناك من يذهب أبعد من ذلك، ولا يمنح الحق في الدعوى، إلا إذا كان رافعها محقاً في دعواه من حيث أساسها. وهذه النظرية إذا كانت قد أصابت في قولها باستقلال الدعوى عن الحق، والقانون الموضوعي عن القانون الإجرائي، إلا أنها لم تحتفظ لها بطبيعتها الإجرائية، وإنما انحرفت بها إلى ظاهرة دستورية، وهي ما يعرف بحق التقاضي أو حق الالتجاء إلى القضاء. الأمر الذي يجعلها غير قادرة على تفسير نظامها الإجرائي، ولا تفسر عدم قبول الدعوى رغم تقديم مطالبة قضائية صحيحة، ولا تحدد مضمونها أو أطرافها. فإذا كان الأصل أن المراكز الإجرائية ترتبط بالمراكز الموضوعية، إلا أن ذلك ليس ضرورياً في كل الأحوال؛ لأن من يتقدم بالطلب الأصلي يعتبر مدعياً حتى لو ثبت فيما بعد أنه ليس صاحب حق فيكون هنا قد استعمل حقه في الالتجاء إلى القضاء، وليس حقه في الدعوى؛ لأن استعمال هذا الحق الأخير مقصور على صاحب الحق الموضوعي الذي يقوم القاضي بتقديره بشكل مستقبلي مبكر ومجرد عن طريق البحث عن قاعدة قانونية تحمي بصفة مجردة مثل صاحب الحق من هذا النوع، فإن وجد هذه القاعدة حكم بقبول الدعوى، أما إذا لم توجد هذه القاعدة، فإنه يحكم بعدم القبول، ويكون الشخص قد استعمل مجرد حقه في الالتجاء إلى القضاء. (د. نبيل إسماعيل عمر، الوسيط في قانون المرافعات المدنية والتجارية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 1999م، ص 297).

2- الرأي الذي يربط الدعوى بالحق:

يتجه بعض الفقه إلى صياغة الدعوى كحق معين لصاحب الحق الموضوعي، يتيح له الحصول على حكم في موضوع الدعوى لصالحه، إذ يرى أن الإرادة الخاصة للقانون في الحالة الواقعية تتولد مجرد تحقق الوقائع القانونية، ويفرض القانون على الشخص الملزم بالحق أداء التزامه مختاراً، فإذا لم يفعل ذلك، أي خالف هذه الإرادة - أوامر القانون - تولد حق الدعوى ليحقق إرادة القانون الخاصة بغير إرادة الملزم. فهو حق منفصل عن الحق الأول، ولكنه ناتج عن ذات الإرادة الخاصة للقانون ويرمي إلى تحقيق ذات المصلحة الاقتصادية. فالدعوى توأم الحق، كلاهما يتولد عن إرادة القانون الخاصة، الحق يرمي إلى تحقيقها بأداء الملزم، والدعوى ترمي إلى تحقيقها بغير هذا الأداء، ولكن بما أن تحقيق هذه الإرادة لا يمكن إلا بناء على طلب فإن تحقيق القانون أو تطبيقه يعلق على شرط التعبير عن إرادة الفرد عن طريق المطالبة القضائية. ولهذا فالدعوى هي السلطة أو المكنة القانونية في استيفاء شرط تحقيق إرادة القانون، وهذه المكنة لا تكون إلا لصاحب الحق الذي يحكم لصالحه في مواجهة الخصم. (كيوفندا، الدعوى، ص 15، رقم 8، وأيضاً مؤلفه: مبادئ، ص 43، رقم 1. وأيضاً مؤلفه: نظم، ج1، ص 22، رقم 7. أشار إليه: د. وجدي راغب فهمي، مرجع سابق، ص 466).

ويعود الفضل لهذا الفقه في إثبات أن الحق في الدعوى لا يكون للشخص في مواجهة الدولة، كما ذهب إليه البعض، إذ أن الشخص ليس له في مواجهة الدولة سوى إمكانية عامة هي إمكانية الالتجاء إلى القضاء، فالحق يفترض تعارض مصالح، في حين أن الحماية القضائية هي في مصلحة كل من الفرد =

= المعتدى على حقه والدولة، بل أن الحق في الدعوى هو حق للمدعي في مواجهة المدعى عليه وليس الدولة، وساعده على ذلك ظهور طائفة الحقوق الإرادية أو الحقوق المنشئة، فالحق قد يقابله التزام، وقد لا يقابله إبي التزام من جانب الطرف الآخر؛ وعلى ذلك فالحقوق الإرادية هي الحقوق التي تخول صاحبها سلطة إحداث آثار قانونية معينة بمحض إرادته في مواجهة الغير الذي لا يعتبر ملتزماً بأي أداء، وإنما يكون في حالة خضوع للآثار القانونية التي ترتبها، ولا يملك أن يمنعها. ويرى البعض أنه هكذا تخلص هذا الفقه من أهم انتقاد وجه لفكرة استقلال الدعوى كحق، فالحق في الدعوى لا يقابله أي التزام على عاتق المدعى عليه سواء بالحضور أو بالدفاع، ولا يوجد التزام أيضاً على عاتق الدولة أو القاضي يقابل هذا الحق في الدعوى. (كيففندا، نظم، ج1، ص 18 . 19. وأيضاً مناهج البحث في قانون المرافعات، ص 28- 33. أشار إليه: د. فتحي والي، أصول المحاكمات، مرجع سابق، ص 158 وما بعدها، بند87). ويصل أصحاب هذه النظرية إلى أن الدعوى ليست مجرد حق الالتجاء إلى القضاء، إذ الالتجاء إلى القضاء يعتبر من الإمكانات العامة التي لكل مواطن، فلكل مواطن أن يلتجئ إلى القضاء وليس معنى هذا أن له الحق في الدعوى، كذلك ليست الدعوى هي مجرد الحق في الحصول على حكم في الموضوع أياً كان مضمونه، ذلك أن مضمون الحق أياً كان هو مصلحة لصاحبه، فلا يمكن الكلام عن مصلحة لشخص في الحصول على حكم ضد مصلحته. فالكلام عن إمكانية الالتجاء إلى القضاء يعني إمكانية الحصول على حكم في الموضوع. وبما إن القانون يمنع الشخص من اقتضاء حقه بنفسه، فإنه يجب عليه أن يؤمن الحماية اللازمة للحق إذا ما انتهك أو حصل عليه اعتداء أي الحماية عينها التي سيحصل عليها الشخص لو قام باقتضاء حقه بنفسه، وهو المقصود بالمركز القانوني للدعوى باعتبارها وسيلة الحماية القضائية، وهذا الأمر لا يمكن أن يشيع أو أن يتم بمجرد تنظيم خصومة تتيح للشخص عرض ادعائه على القضاء. إذاً الدعوى - بموجب هذا الرأي - هي حق الشخص في الحصول على حكم في موضوع الدعوى في صالحه، وذلك في مواجهة شخص آخر بواسطة السلطة القضائية. فالقانون يعطي مثلاً الحق في دعوى استرداد الحياة لشخص معين هو من سلبت منه الحياة في مواجهة شخص معين هو من اغتصب الحياة، ومضمون هذا الحق هو تطبيق القانون (في هذه الحالة الحكم برد الحياة) بواسطة القضاء. وبناءً على ما سبق، يذهب أنصار هذا الاتجاه إلى أنه إذا كانت الدعوى هي الحق في الحصول على حكم يطبق القانون ويمنح الحماية القضائية للمدعي، فإن شروط الدعوى في الواقع تعتبر شروطاً لإصدار حكم في الموضوع لصالح المدعي. (د. فتحي والي، نظرية البطالان، مرجع سابق، ص 12 وما بعدها). فهذا الرأي يربط الحق في الدعوى بنجاحها وليس بقبولها، أو بمجرد رفع طلب إلى القضاء - كما يذهب إليه البعض - وإنما لا بد أن يثبت المدعي أن له حق موضوعي تعرض للاعتداء، لكي نقول أنه باشر حقه في الدعوى، وإلا فإنه يكون قد باشر مجرد حقه في الالتجاء إلى القضاء. وإذا كان الحق في الدعوى يتوقف على نجاحها، فلذلك يذهب أنصار هذا الرأي إلى أنه يشترط لوجود الحق في الدعوى ما يلي:

أ- حق أو مركز قانوني: فما دامت الدعوى وسيلة لحماية حق أو مركز قانوني، فإنها تقتض لوجودها سبق وجود حق أو مركز يحميه القانون، فحيث لا حق لا دعوى. ومن ثم فإنه لا يمكن أن توجد الدعوى =

= بغير وجود أي حق أو مركز قانوني، ويكون الهدف من الدعوى هو مجرد تطبيق القانون، كما في دعاوى الحيازة.

فالحق الموضوعي أي كان ليس سوى مركز واقعي " مصلحة مادية أو أدبية " يضيف عليه القانون حمايته فيسمى حقاً. ويعبر الفقه عن هذا الشرط بالقول بأنه يشترط في المصلحة اللازمة لقبول الدعوى أن تكون مصلحة قانونية، وهو التعبير الذي اعتمده قانون الأصول باشتراطه في المصلحة في الدعوى أن تكون مصلحة يقرها القانون. وحتى يتوفر شرط وجود الحق الموضوعي واللازم لنشأة الحق في الدعوى، فإنه يجب أن توجد قاعدة قانونية تحمي مصلحة من النوع التي يطالب بها رافع الدعوى، وهذه مسألة قانونية بحتة تبحث من الناحية المجردة، وبالتالي فإذا لم توجد هذه القاعدة، فإن الحق في الدعوى لا ينشأ.

والقاعدة القانونية المجردة يستطيع القاضي استخلاصها من التشريع ككل، أي لا يشترط ورودها بنص صريح في القانون، وبعد أن يتأكد أو يصل القاضي لهذه القاعدة، فإنه عليه أن يتأكد من ثبوت وقائع معينة تنطبق عليها هذه القاعدة القانونية المجردة، وهذه مسألة واقعية تبحث في الحالة المحددة التي يطرحها المدعي على القضاء.

ب - اعتداء على الحق أو المركز القانوني: أي أن يحدث ما يحرم المدعي من المنافع التي يحصل عليها من هذا الحق أو المركز القانوني، أي أن يحدث خرق لقاعدة قانونية، مما يوجب تدخل القضاء لحمايته بتطبيق جزاء القاعدة القانونية، فالدعوى باعتبارها وسيلة تحقيق الحماية القانونية، لا تنشأ إلا حيث توجد الحاجة لهذه الحماية لرد الاعتداء، أو لإزالة التهديد عن الحقوق، فالدعوى تدور وجوداً وعدماً مع الحاجة إلى الحماية القضائية ويتحدد نطاقها بهذه الحاجة.

ج - الصفة: أي أن يكون رافع الدعوى إلى القضاء هو صاحب الحق. وأن يكون المرفوع عليه الدعوى هو قام بإنكار أو الاعتداء على حق رافع الدعوى. ويتوافر الشروط الثلاثة السابقة ينشأ الحق في الدعوى، وبعدم قيام سبب من أسباب انقضاء الحق في الدعوى، تنشأ مصلحة في الدعوى، أي مصلحة في الحصول على حماية قضائية لرد هذا الاعتداء، أما إذا تخلف أحد هذه الشروط فإنه لن يوجد الحق في الدعوى؛ ولذلك يرى أصحاب هذا الاتجاه أن القانون وغالبية الفقه أخطؤوا في اعتبارهم هذه المصلحة - بهذا المعنى - شرطاً من شروط قبول الدعوى، وذهبوا إلى القول بأن المصلحة هي معيار الدعوى، وأن المصلحة هي مناط الدعوى، وفسرت هذه القواعد على أن المصلحة هي شرط لقبول الدعوى، وعرفوها بأنها الفائدة أو المنفعة التي ترجع على المدعي من استعمال أو مباشرة الدعوى أمام القضاء. إلا أن هذا الاتجاه يرى، إنه بالنظر في هذه القواعد، يلاحظ أنها تربط بين المصلحة والدعوى رابطة وجود وعدم، وليس رابطة شرط بمشروط. فالمصلحة بهذا المعنى بحسب هذا الاتجاه " ليست شرطاً لوجود الدعوى أو ليست شرطاً سابقاً على وجود الدعوى، ذلك أنها هي مضمون الحق في الدعوى.

و بعبارة أخرى، فبتوافر الشروط الثلاثة السابقة تنشأ حتماً المصلحة في الدعوى، وكذلك الحق في الدعوى، فشرط المصلحة لا يضيف جديداً إلى شروط الدعوى، لأنها تعبر عن نشأة الحق في الدعوى، وما دامت المصلحة هي العنصر الداخلي للدعوى، فلا يمكن أن تكون شرطاً لنشأتها؛ أي شرطاً لوجودها، ذلك أنها هي مضمون الحق في الدعوى، فالدعوى حق أي مصلحة، وهي مصلحة شخص في الحصول =

= على حماية القانون بواسطة القضاء، ويتوافر الشروط الثلاثة السابقة تنشأ المصلحة، أي ينشأ الحق في الدعوى. ويقال إن المصلحة قد تكون مادية أو أدبية؛ ولهذا يقبل الطلب - لوجود مصلحة أدبية - المطالبة بتعويض الضرر الواقع على الشعور أو الشرف، ففي هذا المثال يتبين أن المصلحة الأدبية هي المصلحة التي تكون مضمون الحق الموضوعي، وبحدوث الاعتداء أو التهديد لهذا الحق، أي على هذه المصلحة الأدبية التي يقرها ويعترف بها القانون، فإنه سوف ينشأ الحق في الدعوى أي تكون هناك مصلحة في حماية القضاء، ولا يمكن وصف هذه الأخيرة بأنها مصلحة أدبية؛ وبعبارة أخرى فالحق الموضوعي يوصف بأنه مصلحة. وقد تكون هذه المصلحة مادية أو أدبية، أي حق مادي أو أدبي، أما المصلحة في الدعوى فإنها دائماً تكون مادية، وبناءً على ذلك يصل هذا الفقه إلى أن المصلحة في الدعوى لا تضيف شيئاً جديداً إلى شروط الدعوى؛ لأنها إنما تعبر عن نشأة الحق في الدعوى، وما يؤكد ذلك أيضاً - بحسب هذا الفقه - هو أن مجرد توفر مصلحة لشخص في الحصول على حماية قضائية معينة لا تكفي لنشأة الدعوى، فالمصلحة التي توجد الدعوى بوجودها ليست مجرد الفائدة التي تعود على المدعي من استعمال الدعوى، وإنما هي المصلحة التي توجد بتوافر الشروط اللازمة لنشأة الحق في الدعوى؛ ولذلك من الخطأ القول بأن كل من تعود عليه منفعة أو فائدة عملية من الحكم (أي من له مصلحة فيها) يكون له الحق في الدعوى. وخلاصة هذا الرأي هو أن الحق في الدعوى لا يكون لكل من تكون له مصلحة في صدور قضاء معين. (د. فتحي والي، أصول المحاكمات، مرجع سابق، ص 168 وما بعدها، بند 93 وما بعده. وأيضاً مؤلفه: الوسيط، مرجع سابق، ص 54 وما بعدها، بند 28 وما بعده). وتطبيقاً لذلك فقد قضت محكمة النقض المصرية من أن المصلحة التي تجيز قبول الدعوى هي المصلحة القانونية، ومن ثم فمجرد توافر مصلحة للمدعي في الحصول على منفعة مادية أو أدبية لا تكفي لقبول الدعوى. (الطعن رقم 2015، لسنة 54 ق، جلسة 1988/12/28 م أشار إليه: د. علي عوض حسن، الدفع بعدم القبول، 1996م، مرجع سابق، ص 40، بند 26).

ولذلك يرى أصحاب هذا التوجه أن الفقه يضطر لعدم كفاية شرط المصلحة في الدعوى، أو لعدم إمكان ربط وجود الدعوى بوجود المصلحة كما بينها، ولمحاولة إعطاء هذا الشرط كياناً ليس له، إلى وضع بعض الشروط في هذه المصلحة والتي بدونها لا تقبل الدعوى: فيقول إنه يشترط في المصلحة أن تكون قانونية، أي أن تكون الدعوى مستندة إلى حق، وأن تكون شخصية أي أن تكون لصاحب الحق، وأن تكون المصلحة حالة فلا تكفي المصلحة المحتملة إلا استثناءً لقبول بعض الدعاوى.

و هي شروط بحسب هذا الاتجاه تتعلق بأمور أخرى غير المصلحة في الدعوى: فالمصلحة القانونية يقصد بها أن تكون الدعوى مستندة إلى حق أو مركز قانوني، وعلى ذلك ليس لشخص أن يرفع دعوى إذا كانت مصلحته فيها مجرد مصلحة اقتصادية، أو إذا كانت مصلحته غير مشروعة، ومثلها الدعوى التي ترفعها الخلية للمطالبة بالتعويض عن وفاة خليلها.

وهذه النتائج بحسب هذا الفقه يمكن التوصل إليها بطريقة أكثر توافقاً مع الأفكار القانونية بالرجوع إلى شرط وجود حق، أو مركز قانوني موضوعي: فالخليلة ليس لها الحق في التعويض لأن وفاة خليلها لا يعتبر اعتداء على أي حق أو مركز قانوني لها، فالحق الموضوعي مضمونه مصلحة، ويمكن وصف =

= هذه المصلحة بأنها مصلحة قانونية، ولكن الأمر عندئذ يتعلق بالمصلحة الأصلية محل الحماية، وليس بالمصلحة في الدعوى. وأما المصلحة الشخصية فالمقصود بها أن تكون الدعوى شخصية، أي أن تكون الدعوى لصاحب الحق وليس دعوى غيره، ويغني عن ذلك شرط الصفة.

أما القول بأن المصلحة يجب أن تكون قائمة وحالة، وأنه يمكن استثناء رفع الدعوى في بعض الحالات التي يكون فيها المصلحة محتملة، فإن هذا القول غير دقيق بحسب هذا الفقه؛ لأن الحماية القضائية لا تمنح إلا إذا كانت المصلحة فيها قائمة، فإذا حدث اعتداء على الحق، فإنه يتولد عن ذلك المصلحة في الدعوى، أي نشأ عنه حق في الدعوى، وإذا انقضى هذا الحق فلا تمنح الحماية التي يرمي إليها. والمصلحة في الدعوى، وهي مضمون الحق في الدعوى، لا يمكن - إذا وجد هذا الحق - إلا أن تكون موجودة، أي أن تكون حالة. فالاستثناءات التي يذكرها الفقه والقضاء لا ترد في الواقع على وصف الحلول في المصلحة في الدعوى، وإنما على وصف الحلول في الاعتداء الذي يولد المصلحة، أي تنشأ الدعوى لمواجهة اعتداء محتمل. هذه هي شروط نشأة الحق في الدعوى، وإذا توافرت هذه الشروط، نشأ لشخص الحق في دعوى معينة، أي نشأت له مصلحة في الحصول على حكم في موضوع الدعوى لصالحه. وبعد توافر هذه الشروط، فإنه سوف يحكم في موضوعها بالرفض. فشروط الحق في الدعوى هي شروط إجابة المدعي إلى طلبه، أي أن الحق في الدعوى يكون لمن يثبت أنه صاحب الحق المعتبر عليه، وبالتالي فإذا لم يكن المدعي محقاً في دعواه أو ادعائه، فإنه لا يكون قد باشر حقه في الدعوى، وإنما مجرد حقه في الالتجاء إلى القضاء. ولذلك يذهب أصحاب هذه الاتجاه إلى أنه يجب تمييز الحق في الدعوى عن مجرد الحق في الحصول على حكم في موضوع الدعوى، ويجب تبعاً لذلك التفرقة بين شروط الحق في الدعوى (حق أو مركز قانوني - اعتداء - الصفة) والتي إذا تخلف أحدها فُضي برفض الدعوى. وبين الشروط اللازمة للحصول على حكم في موضوع الدعوى والتي بغيرها يقضي بعدم قبول الدعوى أي بعدم نظرها، وبالتالي أيضاً التمييز بين المصلحة في الدعوى والمصلحة في الإجراء.

إلا أن أصحاب هذا الرأي يقولون إنه حيث يكون من الظاهر تخلف الحق في الدعوى، فإنه يمكن القول إنه لا مصلحة في بحث موضوع الدعوى، ذلك أن هذا البحث أياً كانت نتيجته لن ينتهي بحكم لصالح المدعي، أي لن يحقق له الحماية القضائية. وبهذا تؤدي فكرة عدم القبول إلى تحقيق وظيفة هامة تتفق مع مبدأ الاقتصاد في الخصومة، إذ يمتنع القاضي عن النظر فيما قدم إليه، وهو ما يوفر الوقت والجهد والمصاريف. (د. فتحي والي، الوسيط، مرجع سابق، ص 67 وما بعدها، بند 37). ويصل أصحاب هذا الاتجاه إلى أنه بما إن الدعوى مستقلة عن الحق الموضوعي، فيمكن توجيه الدفع بعدم القبول إلى ذات الحق في الدعوى، وذلك في الأحوال التي يتخلف فيها شرط من شروط نشأة الحق في الدعوى، أو في أحوال انقضاء الحق في الدعوى، وإذا انتقد هذا التصور على أساس أنه يجب في هذه الحالات الحكم برفض الدعوى، إلا أنه يرد على ذلك بأن الحكم بعدم القبول يعني حق الدعوى، أما الحكم برفض الدعوى فهو يفترض قبول الدعوى، على الأقل شكلاً، أي يفترض وجود الحق في الدعوى، ولكنه يقضي في موضوعها لغير صالح المدعي بنفي الحق الموضوعي المدعى به. (د. نبيل إسماعيل عمر، الدفع بعدم القبول، مرجع سابق، ص 54 وما بعدها، بند 35). باختصار فالدفع بعدم القبول - وبحسب أصحاب =

= هذا الاتجاه - يكون عند تخلف أحد شروط نشأة الحق في الدعوى باستثناء وجود الوقائع التي تنطبق عليها القاعدة القانونية، أو في أحوال انقضائها. (د. فتحي والي، أصول المحاكمات، مرجع سابق، 698، بند 336).

النقد الموجه لهذه الرأي: أهم نقد وجه لهذه النظرية هو أنها تعلق وجود الدعوى على نجاحها إذ هي لا تعترف بالدعوى إلا لصاحب الحق، وهو ما لا يمكن معرفته إلا بعد مباشرة الدعوى والحكم في موضوعها؛ ولذلك يذهب البعض من أنصار هذه النظرية إلى القول بما أنه توجد علاقة وثيقة بين الدعوى والادعاء فلا بد أن يكون هذا الادعاء على أساس لكي يمكن القول بأن مقدم الطلب قد باشر حقه في الدعوى. (د. إبراهيم سعد، القانون القضائي الخاص، ص 128. أشار إليه: د. فتحي والي، الوسيط، مرجع سابق، ص 45، هامش 3). ولأن كان رد أصحابها على ذلك بأن هذا ما تقتضيه طبيعة الدعوى باعتبارها حق أو وسيلة لتحقيق غاية معينة، فالدعوى وسيلة لحماية الحق الموضوعي، ولا يتصور الاعتراف بهذه الوسيلة إلا لمن لديه الحق، وإلا أصبحت وسيلة لحماية صاحب الحق ومن ليس صاحبه. (د. فتحي والي، الوسيط، مرجع سابق، ص 45، بند 23).

إلا أن هذا التعليل مردود عليه فإذا كانت الدعوى وسيلة قانونية لعلاج النزاع الذي يتعرض له الحق الموضوعي، ولكن هذا الأمر يجعل علاقتها بهذا الحق علاقة غائية؛ فالدعوى أن كانت هي وسيلة، فالحق هو الهدف، وكشف الحق، أي هل يوجد حق، ولمن هذا الحق؟ وهل هناك اعتداء أو تهديد له؟ أي كما يزعم المدعي هو الغاية العملية من هذه الوسيلة؛ وبعبارة أخرى فالدعوى تكشف من هو المحق في ادعائه المدعي أم المدعى عليه، ومن ثم تقوم بتطبيق القانون، وتحكم لصالح الشخص الذي يتمكن من إثبات ادعائه، أكثر من كونها وسيلة لحماية الحق الموضوعي للمدعي؛ ولهذا فإن أساس الدعوى هو القانون الإجرائي. ومن وجهة نظر هذا القانون لا يمكن معرفة وجود الحق الموضوعي إلا بعد الحكم في موضوع الدعوى، أي عند انقضائها. فلا تلازم بين الحق والدعوى، فالدعوى تكشف من هو صاحب الحق، أي من هو المحق في ادعائه، فكلمة الدعوى تطلق على الزعم، أي القول الخالي من البرهان، أي الادعاء الذي يحتاج إلى تحقيق وبحث فيه للتأكد من صحته من عدمه، الأمر الذي يرجح القول غن مضمون المركز القانوني الدعوى، أي الحق في الدعوى هو الحق في صدور حكم في الموضوع، وليس في الحصول على حكم لصالح رافعه، أو أن الحق في الدعوى يتوقف على نجاحه وثبوته، بل الحق في الدعوى يتوقف على قبول الادعاء، والدليل على هذا أيضاً أنها تعامل المدعي والمدعى عليه معاملة متساوية سواء بالدفع أو بالطلب، وإلا فإنها سوف تخل بحق الدفاع. فهذه النظرية إذا كانت قد ميزت الدعوى عن الحق الموضوعي، وفسرت النظام الإجرائي المستقل لها من حيث مضمونها ونطاقها وأشخاصها، إلا أنها بعد أن ميزت الدعوى عن الحق، ظلت تنتظر إليها من خلال القانون الموضوعي وحده، وجعلت القاعدة الأساسية في فكرتها هي وجود حق موضوعي في حاجة إلى حماية، وربطت وجود الحق في الدعوى بوجود الحق الموضوعي، وبالتالي فالحق في الدعوى مرتبط بنجاحها، ولهذا يرى المنتقدون لهذه النظرية، أنها بعد أن قالت باستقلال الدعوى عن الحق، عادت وبشكل آخر سلبت الدعوى استقلالها، وجعلتها مجرد تكرار للحق، وأخرجت فكرة الدعوى عن مضمونها الحقيقي، وجعلت تفسير =

= ظاهرة قبولها أو عدم قبولها قبل الفصل في موضوعها أمراً عسيراً؛ ولذلك كله - يرى أصحاب هذا النقد - أنه لا يكفي تمييز مركز الدعوى عن الحق. وإنما تقتضي النظرية الإجرائية تحريره من أي تبعية للحق الموضوعي، وذلك لأنَّ الاعتراف بالدعوى كمركز قانوني قائم بذاته يعتد به القانون الإجرائي يقتضي النظر إليه من خلال هذا القانون ابتداءً، والبحث عن الشروط التي يتطلبها هذا المركز، والنتائج التي يترتبها على وجوده، فمن وجهة نظر هذا القانون لا يمكن معرفة وجود الحق الموضوعي إلا بعد الحكم في موضوع الدعوى، أي عند انقضائها. (د. وجدي راغب فهمي، مرجع سابق، ص 465، ص 468 وما بعدها).

3- الرأي الثالث - الدعوى هي الحق في الحصول على حكم في الموضوع:

الدعوى هي الحق في الحصول على حكم في موضوع الادعاء المعروض على القضاء، وبالتالي فهذا الرأي يجرد الدعوى عن الحق الموضوعي كلياً، ويربطها بالادعاء، وليس أي ادعاء يقدم للقضاء يعد مقدمه صاحب الحق في الدعوى، وإنما لا بد أن تتوفر فيه مقتضيات معينة لقبوله، وتتوافر هذه المقتضيات في الادعاء المرفوع أمام القضاء، يكون لصاحبه الحق في الدعوى، أي يكون من حقه الحصول على حكم في الموضوع، ولا يشترط أن يكون الحكم في صالحه، فسواء أكان الحكم الصادر في الموضوع في صالحه، أم في غير صالحه، فإنه في الحالتين يعد صاحب الحق في الدعوى، وتكون الدعوى قد أدت دورها ووظيفتها. فالهدف من الدعوى هو الحصول على حكم في موضوع الادعاء المطروح؛ والدليل على ذلك هو أن المحكمة تنتظر في الادعاءات المطروحة سواء أكانت بواسطة الطلب أو بواسطة الدفع، ودون أي تمييز بينهما، وإلا فإنها سوف تخل بحق الدفاع، وبالتالي سوف تحكم أما في صالح المدعي إذا ما كان محقاً في طلبه، وأما في صالح المدعى عليه وذلك إذا ما كان هو المحق في دفعه. فيعرف البعض من أنصار هذا الاتجاه الدعوى بأنها السلطة التي يعترف بها النظام القانوني لأشخاص معينين، عند توافر مقتضيات معينة تسمى شروط قبول الدعوى. بينما يعرفها بعضهم بأنها " سلطة تسمح للفرد أن يكون قبل خصمه ادعاءً مقبولاً". (بايجر، القانون الإجرائي، ص 92 . 96، رقم 34. وأيضاً فوبيه، رسالة، ص 294- 296. أشار إليهم د. وجدي راغب فهمي، مرجع سابق، ص 476). ويذهب البعض الآخر إلى أنَّ صياغة الفكرة القانونية للدعوى تقتضي ابتداء تحديد القواعد المنظمة لها. فالدعوى ظاهرة إجرائية تخضع للقانون الإجرائي: فهي ترفع أمام القضاء بإجراء المطالبة القضائية، ويتحقق القاضي خلال الإجراءات من توافر مقتضيات قبولها، ويفصل فيها بحكم هو بذاته عمل إجرائي، وقانون الأصول هو الذي ينظم كيفية رفعها وطريقة فحصها والفصل فيها، وأهم من هذا هو الذي يحدد المقتضيات العامة لقبولها المادة (3) مرافعات مصري، كما المادة (11) أصول سوري.

فالمركز القانوني للدعوى لا يوجد له أي نفاذ خارج المجال الإجرائي. فهو قبل الإجراءات القضائية لا يمثل لصاحب المصلحة سوى وسيلة احتياطية للحماية القضائية إلى جانب وسائل قانونية أخرى كالصلح أو التسوية الودية أو التحكيم مثلاً، ويمثل للطرف الآخر تهديداً بإمكانية هذه الحماية، ولذا فهي تؤثر في شعور الأفراد، ولكنها لا تمثل تنظيمياً مباشراً لسلوكهم، وإنما تستمد هذه القيمة الواقعية من إمكانية مباشرتها كوسيلة إجرائية. فإذا انقضت الإجراءات بعمل قضائي، فإن الدعوى تنقضي وتعدم وجودها. =

= فمضمون المركز القانوني للدعوى هو إمكانية الحصول على حكم في الموضوع، فالقانون الإجرائي ينظر في الدعوى على مرحلتين: المرحلة الأولى، هي مرحلة قبول الدعوى ويتطلب القانون في هذه المرحلة توافر شروط معينة، أهمها المصلحة بأوصافها للحكم في موضوعها، وبمجرد قبول الدعوى فإن المدعي يكون له الحق في الدعوى، ويكون من حقه أن تنتظر المحكمة فيها وتصدر حكمها في الموضوع، وقد يكون هذا الحكم لصالح المدعي أو لغير صالحه، وإنما يعني إمكانية إصدار حكم في الموضوع، وهذا هو مضمون المركز القانوني للدعوى. والمرحلة الثانية: هي مرحلة النظر في موضوعها فعلاً سواء كانت الدعوى على أساس أو على غير أساس، ويحكم القاضي بأن الدعوى على أساس إذا رأى تطابقها مع إرادة القانون الخاصة في الحالة الواقعية المعروضة عليه. فالهدف من الدعوى هو صدور حكم في موضوع الادعاء المعروض عليها، وليس الهدف منها هو الحصول على حكم لصالح المدعي؛ والدليل على ذلك هو أنه قبل الحكم لا يمكننا معرفة ذلك، أما بعد صدور هذا الحكم، فإن الدعوى تكون قد انقضت وانتهت، وإذا كان يمكن تصور إمكانية صدور حكم لصالح المدعي قبل الحكم في الدعوى لمصلحته، فإن هذا لا يعدو أن يكون مجرد رأي ذاتي للشخص بإمكانية صدور الحكم في موضوعها لصالحه. ولكن طالما نكون بصدد دعوى أمام القضاء، فإنه ليس بالضرورة أن يصدر الحكم موافقاً لهذه الإرادة، لأن هذا الأمر يتوقف على عدة أمور منها مدى قدرة الخصوم في تحضير دعواهم، وأدلة الإثبات التي لديهم، ومدى قدرتهم في أقناع القاضي، ولذا يتكلم الفقه الإجرائي عن المخاطرة التي تتضمنها الدعوى، فهي قد تعرض صاحبها للخسارة، إذا لم يتمكن من إثبات ادعائه. والقانون كما هو معروف لا يعتد بعدم عدالة الحكم خارج النطاق الإجرائي. (بتي، الادعاء والدعوى، ص 220 وما بعدها. بايجر، القانون الإجرائي، ص 92، رقم 34، و ص 49، رقم 34. وأيضاً: كارنيولوتي، نظم، ج 1، ص 193، رقم 206. أشار إليهم: د. وجدي راغب فهمي، مرجع سابق، ص 457 وما بعدها. لكل ما سبق نرى أنه ليس بالضرورة أن يكون الحكم الصادر في الدعوى لمصلحة المدعي رافع الدعوى، ونصل إلى نتيجة وهي أن المركز القانوني الوحيد للدعوى هو المركز الذي يخول إمكانية الحصول على حكم في الموضوع. (وهو ما أخذ به قانون المرافعات اليمني الجديد عند تعريفه للدعوى المادة 70/ منه. وهو ما أخذ به أيضاً المشرع الفرنسي في تعريفه للدعوى المادة 30/ منه).

النقد الموجه لهذا الرأي: يرى المنتقدون لهذه النظرية أنّ الدعوى ليست مجرد الحق في الحصول على حكم في الموضوع أياً كان مضمونه؛ أي باعتبارها حقاً في الحصول على حكم لصالح المدعي أو ضد مصلحته، ذلك أن مضمون الحق أياً كان هو مصلحة لصاحبه، فلا يمكن الكلام عن مصلحة لشخص في الحصول على حكم ضد مصلحته؛ ولهذا فإن الحق في الدعوى لا يمكن أن يسمى حقاً بالمعنى الصحيح إلا إذا كان مضمونه الحصول على حكم لصالح صاحبه. ويرى البعض أنّ الكلام عن إمكانية الالتجاء إلى القضاء يعني إمكانية الحصول على حكم في الموضوع. ومن التناقض القول: بأن لشخص أن يلتجأ إلى القضاء دون أن يكون له حق الادعاء أمامه. (د. فتحي والي، أصول المحاكمات، مرجع سابق، ص 155 وما بعدها، بند 85. وأيضاً مؤلفه: نظرية البطلان، مرجع سابق، ص 12 وما =

= بعدها). فالادعاء القانوني هو تأكيد شخص لمركز قانوني قبل شخص آخر بناءً على واقعة أساسية معينة، ويعبر هذا التأكيد عن رأي ذاتي، فهو مجرد زعم أو قول نتيجة تطبيق ذاتي للقانون، وهو بالتالي حصيلة تقرير انفرادي لإرادة القانون الخاصة في حالة واقعية معينة ومحددة، ولذا فإنه قد يكون على أساس، أي مطابقاً لهذا الإرادة فعلاً، أو على غير أساس أي مخالفاً لها (د. وجدي راغب فهمي، مرجع سابق، ص 427). أو هو مسألة قانونية مستندة إلى واقع معين تطرح على القاضي بهدف إعطائها الحل القانوني. (د. نبيل إسماعيل عمر، الوسيط في الطعن بالتماس إعادة النظر في المراد المدنية والتجارية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2000م، بند 24، ص 25).

ولذلك يذهب المنتقدون لهذه النظرية إلى أنه إذا استعمل الشخص حقه في الالتجاء إلى القضاء، فإنه يطرح ادعاء معيناً أمام المحكمة، وإذا كان يستعمل لفظ الدعوى في اللغة القانونية أحياناً بمعنى الادعاء، إلا أنه يجب عدم الخلط بين الفكرتين، فكل شخص - بموجب حقه في الالتجاء إلى القضاء - أن يطرح ادعاءه أمام المحكمة، ولكن قيام هذا الادعاء أمام المحكمة لا يعني أن لصاحبه الحق في الدعوى، وعندما ينظم القانون - على سبيل المثال - شروط دعوى استرداد الحياة أو الدعوى البوليسية، فإنه لا ينظم شروط مجرد الادعاء، وإنما الشروط التي إذا توافرت حصل المدعي على حكم لصالحه، أي شروط الحق في الدعوى.

فإذا كانت الدعوى كحق، إنما تحيا أمام القضاء باعتبارها ادعاء، فلا يتبين أن المدعي هو صاحب الحق في الدعوى إلا بصور الحكم، إلا أن الادعاء القائم أمام القضاء لا يعني أن من تقدم به له الحق فيه، فهذا الادعاء قد يقبل إذا كان رافعه هو صاحب الحق في الدعوى، أو يرفض إذا لم يكن كذلك.

ولا يمكن القول بأن الدعوى هي الادعاء، ما دامت الدعوى هي وسيلة حماية الحقوق والمراكز القانونية، ذلك أن الذي يحقق الحماية ليس مجرد الادعاء أو الحق فيه، وإنما الحق في الحصول على حكم يحقق هذه الحماية بواسطة القضاء. ولاختلاف فكرة الدعوى عن الادعاء، فإن من المقرر أن الدعوى توجد بمجرد الاعتداء على الحق ولو قبل بدء الخصومة، أما الادعاء فإنه لا يوجد إلا برفعه أمام القضاء. (د. فتحي والي، الوسيط، مرجع سابق، ص 46 وما بعدها، بند 24، وهامش 1).

ونرى أن الانتقادات السابقة لا تنال من قيمة هذا الرأي، فيقول المنتقدون أن الدعوى حق، ومضمون الحق أي كان هو مصلحة لصاحبه، ولا يمكن تصور مصلحة لشخص في صدور حكم ضد مصلحته، والحقيقة فالدعوى بالأساس هي ليست بحق، وإنما هي وسيلة لحماية الحق عن طريق تطبيق القانون، وليست حق لحماية الحق، فالدعوى هي وسيلة لتطبيق القانون، وعن طريق تطبيق القانون تتم حماية الحقوق.

وقالوا إنه بمجرد لجوء الشخص للقضاء فإنه يطرح ادعاء أمام القضاء، فحق الادعاء وحق الالتجاء للقضاء واحد، ويرد على هذا بأنه ليس أي ادعاء يشكل دعوى، وإنما لا بد من توفر المقترضات اللازمة لقبوله، ليشكل دعوى. والذي يؤكد وجهة نظر هذا الاتجاه أيضاً أن المادة (11) أصول سوري تنص على أنه لا يقبل أي طلب أو أي دفع، والمادة (3) مرافعات مصري تنص على أنه لا يقبل أي دعوى أو طلب أو دفع أو طعن لا تكون فيه مصلحة..، والمقصود بعدم القبول هو الادعاء الموجود في الطلب أو الدفع أو الطعن؛ أي أن كل طلب أو دفع أو طعن يشكل دعوى؛ أي أن كل ادعاء مقبول أمام القضاء =

= يُعَدُّ دعوى. وكما رأينا سابقاً، فإن قانون الأصول الفرنسي الجديد يأخذ بهذا الاتجاه وهو ما يستدل عليه من تعريفه للدعوى، وعند تحديده لشروطها.

وبناءً على ما تقدم، فهذه النظرية هي الجديرة بالتأييد، وذلك لأنها قد أصابت في تحديد مركز الدعوى، فهو مركز متميز ومستقل عن المركز المدعى في وجوده ونظامه، ولكنه ذو مضمون معين يخول صاحبه الحصول على حكم في الموضوع، وهذا هو المقصود بالدعوى في القانون الإجرائي. وهو إذ يفسر النظام القانوني المستقل للدعوى، من حيث أسباب نشوئها وانقضائها ومضمونها ونطاقها، ويفسر أيضاً لماذا تتأثر بطبيعة الحق الموضوعي المدعي، فهذا الرأي يربط حق الدعوى بمسألة قبولها، إذ يتطلب القانون توافر مقتضيات معينة في الدعوى حتى تكون قابلة كمحل للعمل القضائي، وبعبارة أخرى حتى يتواجد المركز القانوني للدعوى، وهو ما يثير مسألة قبول أو عدم قبول الدعوى، إذ يتمسك الخصم بعدم توافر هذه المقتضيات عن طريق الدفع بعدم القبول. (د. وجدي راغب فهمي، مرجع سابق، ص 477 وما بعدها، ص 488). و على ذلك فالحكم بقبول الدعوى يؤكد الحق في الدعوى، والحكم بعدم القبول ينفي حق الدعوى للمدعي، وتثار هذه المسألة قبل الفصل في موضوع الدعوى، أي قبل تأكيد الحق الموضوعي المدعى أو نفيه. وبناءً على ما تقدم، فالحكم بقبول الدعوى وذلك إذا كانت شروط قبول الدعوى كلها متوافرة لا يعني الفصل في موضوعها لصالح المدعي، وإنما يعني فقط تقرير حق المدعي في نظر دعواه وتحقيقتها، وبالتالي تقرير حقه في أن يفصل في موضوعها سواء لصالحه أم لغير صالحه، وهذا هو الحق في الدعوى. و الحكم بعدم قبول الدعوى لا يعني أن القاضي قد فصل في موضوعها بالرفض، وإنما يعني أنه قد حكم بعدم جواز نظر الدعوى أو بعدم سماعها، وذلك لتخلف شرط من شروط قبولها، فالحكم بعدم قبول الدعوى يختلف عن الحكم الصادر برفض الدعوى، فالحكم بعدم القبول ينفي حق الدعوى، أما الحكم برفض الدعوى فهو يفترض قبول الدعوى شكلاً، أي وجود حق الدعوى، ولكنه يقضي في موضوعها لغير صالح المدعي وذلك بنفي الحق الموضوعي المدعى به. (د. نبيل إسماعيل عمر، الدفع بعدم القبول، مرجع سابق، ص 52، بند 34). ولذلك فالحكم بعدم قبول الدعوى لا يحول دون قبول ذات الدعوى من جديد، إذا توافرت مقتضياتها بعد صدور الحكم بعدم قبولها أول مرة، أما الحكم بالرفض فيحول دون قبول ذات الدعوى من جديد (د. وجدي راغب فهمي، مرجع سابق، ص 491). وبما أن الحق في الدعوى يتمثل في مكنة الحصول على حكم في الموضوع، بمعنى أن الحق في الدعوى يرتبط بمسألة قبولها، فإن الدفع بعدم القبول يوجه بلا تمييز إلى الحق في الدعوى، أو إلى شروط قبولها عند تخلف واحد منها، فقبول هذا الدفع يعني أن حق الدعوى غير موجود في جانب الخصم الذي يستعمل حقه في الدعوى (د. نبيل إسماعيل عمر، الدفع بعدم القبول، مرجع سابق، ص 52، بند 34).

ولهذا فالدفع بعدم القبول يعني التمسك بعدم قابلية الدعوى لأن تكون محلاً للعمل القضائي. وقد يعني التمسك بانتقاء المركز القانوني للدعوى بصورة مطلقة، بحيث لا تصلح هذه الدعوى لأي عمل قضائي، كالدفع بانعدام المصلحة، كما أنه قد يعني عدم قابلية الدعوى لأن تكون محلاً للعمل القضائي الذي يصدر في إجراءات معينة كعدم قبول الطعن لرفعه بعد الميعاد، ففي هذه الحالات يتعلق الدفع بخصومة بعينها. (د. وجدي راغب فهمي، مرجع سابق، ص 491).

ونرى أن الرأي الراجح هو الذي يقول إن الدعوى هي الحق في الحصول على حكم في الموضوع، ونرجحه على الرأي الذي يقول إن الدعوى هي حق الالتجاء إلى القضاء؛ لأن هذه الرأي يساوي بين حق التقاضي وهو حق دستوري وممنوح للكافة، وبين حق الدعوى الذي هو حق محدد ممنوح لشخص معين هو من حصل الاعتداء أو الإنكار لحقه، كما نرجحه على الرأي الذي يربط الحق في الدعوى بالحق؛ أي الرأي الذي يقول إن الحق في الدعوى هو الحق في الحصول على حكم في الموضوع لصالح المدعي، فهذه النظرية تعلق وجود الدعوى على نجاحها، إذ هي لا تعترف بالدعوى إلا لصاحب الحق، وهو ما لا يمكن معرفته إلا بعد مباشرة الدعوى والحكم في موضوعها، إلا أنها تكون في ذاك الوقت قد انقضت وانتهت.

فمضمون المركز القانوني للدعوى هو إمكانية صدور حكم في موضوعها؛ ولذا فإن هذا التصوير قادر على تفسير حقائقها الإجرائية، فيفسر لماذا لا يعترف بمركز الدعوى للكافة، أو لماذا لا يعترف به فقط للمنتصر، وإنما لمن تتوافر في دعواه شروط معينة، وبصرف النظر عما إذا كانت الدعوى على أساس أو على غير أساس. ويفسر هذا الرأي قبول الدعوى أو عدم قبولها قبل الفصل في موضوعها، إذ يعني الدفع بعدم القبول منازعة أو تمسك المدعى عليه بانعدام المركز القانوني للدعوى، وحكم المحكمة في مسألة القبول هو حكم في وجود أو عدم وجود مركز الدعوى. وبما أن الحق في الدعوى هو الحق في الحصول على حكم في موضوعها، بمعنى أن الحق في الدعوى مرتبط بمسألة قبولها، وليس بنجاحها، أو بمجرد حق الالتجاء إلى القضاء، فإن الدفع بعدم القبول يمكن توجيهه بلا أي تمييز إلى الحق في الدعوى، أو إلى شروط قبولها عند تخلف واحد منها⁽¹⁾، وبعبارة أخرى فتخلف شروط قبول الدعوى يعني أيضاً عدم وجود الحق في الدعوى لدى المدعي.

(1) - د. وجدي راغب فهمي، مرجع سابق، ص 491.

المطلب الثاني انتفاء شروط قبول الدعوى

إذا كان لكل شخص أن يلجأ إلى القضاء عارضاً عليه ادعاءاته ومزاعمه في صورة دعوى، فإنها لا تقبل إلا إذا توافرت فيها شروط معينة، بمعنى أنه إذا لم تتوافر هذه الشروط، فإن الدعوى التي يقيمها لا تكون مقبولة بصرف النظر عما إذا كان محقاً في ادعائه أم لا؛ أي أن المحكمة لا تبحث موضوع الدعوى، ولا تصدر فيه حكماً بالرفض أو بالإجابة، وإنما تحكم بعدم قبول الدعوى.

أما إذا أقام الشخص دعواه وتوافرت الشروط التي يقتضيها القانون لقبولها، أي كان للمدعي الحق في استعمال هذه الوسيلة القانونية لحماية الحق، فإنه يكون من واجب المحكمة أن تسمع هذه الدعوى وأن تنتظرها ويكون لها أن تبحث فيما إذا كان المدعي محقاً في ادعائه، ومن ثم تصدر حكماً موضوعياً يحسم النزاع، أو أنه غير محق فيما يدعيه، وبالتالي تصدر حكماً برفض الدعوى في هذه الحالة⁽¹⁾.

فالدعوى بطلب دين إذا لم تتوافر شروط قبولها حكمت المحكمة بعدم قبولها دون بحث في وجود الدين أو في صحته. وفي الدعوى بطلب حق ارتفاق على عين إذا لم تتوافر شروط قبول الدعوى حكمت المحكمة بعدم قبولها دون بحث في وجود حق الارتفاق أو عدم وجوده⁽²⁾، فقبول الدعوى يعني مجرد صلاحيتها للنظر فيها وبصرف النظر عما إذا كان الحق الموضوعي المدعى به موجوداً فعلاً أم لا، أما صحتها فيقصد به أحقية المدعي فيما يدعيه، أي صحتها من حيث الأساس⁽³⁾. ولكن السؤال ما هي الشروط القادرة على تحقيق هذا الغرض؟ نصت المادة (11) من قانون أصول المحاكمات السوري على أنه لا يقبل أي طلب أو دفع لا تكون لصاحبه فيه مصلحة قائمة يقرها القانون.

(1) - د. رمزي سيف، مرجع سابق، ص 109، بند 75. وأيضاً د. أمينة النمر، مرجع سابق، ص 85، وما بعدها، بند 70.

(2) - د. رمزي سيف، مرجع سابق، ص 109، بند 75.

(3) - د. أحمد مسلم، قانون القضاء المدني، دار النهضة العربية، القاهرة، 1966، ص 149، بند 109.

وكان المشرع المصري قد استحدث لأول مرة نصاً يعالج الشروط العامة للدعوى وذلك في المادة الرابعة من قانون المرافعات رقم (77) لسنة 1949م، وقد أخذ بهذا قانون المرافعات الحالي في المادة (3) منه⁽¹⁾.

كما لجأ المشرع الفرنسي إلى تقنينها لأول مرة في قانون الأصول الصادر سنة 1975م، وذلك في المادة (31) منه جاء فيها من أنه تتاح أو تقبل الدعوى من كل شخص تتوافر له مصلحة مشروعة في نجاح أو رفض ادعاء ما، مع الاحتفاظ بالحالات التي يحصر فيها القانون حق الادعاء بأشخاص يخولهم تقديم الطلب أو معارضته أو المدافعة عن مصلحة معينة⁽²⁾.

وتنص المادة (100) مرافعات إيطالي على ضرورة وجود مصلحة لتقديم أي طلب أو دفع⁽³⁾.

ويشترط الفقه الإسلامي في الدعوى المقصد أو الغرض الصحيح لكي تكون معتبرة شرعاً والمراد بالمقصد الصحيح النفع الشرعي⁽⁴⁾.

ولكن القاعدة التي يقررها المشرع كان الفقه والقضاء يقول بها حتى أنها كانت تعتبر من الأصول المسلمة به في القانون بغير نص، وكان يعبر عنها بالقول المشهور " لا دعوى بغير مصلحة، والمصلحة مناط الدعوى"⁽⁵⁾.

إلا أن هناك اختلاف في الفقه فيما يشترط لقبول الدعوى، ولقد مهد لتباين مواقف الفقه في هذا الصدد سكوت المشرع في فرنسا وفي مصر والقوانين التي أخذت عنهما، عن تحديد شروط معينة لقبول الدعوى، وعندما حاول المشرع المصري، ومثله السوري الذي أخذ عنه أن يحدد شروط قبول الدعوى، فإنه أوردها بصورة مجملة حيث أنه قصرها على شرط المصلحة بأوصافها القانونية والقائمة والشخصية، الأمر الذي أفسح مجال الخلاف بين الفقهاء في تحديد شروط قبولها،

(1) - أشار إليه: د. رمزي سيف، مرجع سابق، ص 110، 76.

(2) - د. إدوار عيد، مرجع سابق، ج1، ص 86 وما بعدها، بند 18.

(3) - أشار إليه: د. فتحي والي، الوسيط، مرجع سابق، ص 66، هامش 1.

(4) - د. صلاح الدين عبداللطيف الناهي، مرجع سابق، ص 119.

(5) - د. رمزي سيف، مرجع سابق، ص 110، بند 76.

وللفقهاء آراء متعددة في تحديدها، ولكل فقيه وجهة نظر تختلف عن الآخر بحسب الزاوية التي ينظر إليها منها.

فبينما رأى البعض أن المصلحة بأوصافها هي الشرط الوحيد لقبول الدعوى⁽¹⁾، رأى البعض الآخر عدم كفاية المصلحة فاشتراط فضلاً عن المصلحة توافر الصفة⁽²⁾، وزاد فريق ثالث على ذلك ضرورة توافر الحق⁽³⁾، وذهب فريق رابع إلى أبعد من ذلك فاشتراط إلى جانب ما تقدم أهلية التقاضي⁽⁴⁾، وأخيراً ذهب البعض إلى أن المصلحة بأوصافها كما نص عليها قانون الأصول، وينظر إليها أغلب الفقه ليست شرطاً لقبول الدعوى، وإنما هي تكون مضمونه، وبعبارة أخرى هي شرط لنشأة الحق في الدعوى، أي للحكم للمدعي في موضوع الدعوى لصالحه، وحدد شروط قبول الدعوى في وجود الحق أي أن توجد قاعدة قانونية تحمي مصلحة من النوع التي يطالب بها المدعي، وأن يكون هناك عتداء على الحق، وتوافر الصفة لدى أطراف الدعوى، ويجمع هذه الحالات تحت فكرة المصلحة في الإجراء، وبذلك يكون الشرط الوحيد لقبول الدعوى هو توافر المصلحة في الإجراء فيها لدى رافعها فإذا توافرت هذه الشروط قبلت الدعوى، وإلا فإنه يحكم بعدم القبول⁽⁵⁾.

ولهذا بالذات اختلف الفقه أيضاً في تحديد الحالات التي يوجه إليها الدفع، لأن الدفع بعدم القبول هو الجزاء الإجرائي الذي رتبته المشرع على تخلف شرط من شروط قبول الدعوى.

إلا أن الرأي الراجح في الفقه - وكما سيتبين معنا - هو أن المصلحة بأوصافها القانونية والحالة والشخصية هي الشرط العام أو الإيجابي الوحيد لقبول

(1) - د. رمزي سيف، مرجع سابق، ص 137، بند 100. وأيضاً د. أحمد السيد صاوي، مرجع سابق، ص 186، بند 94. وأيضاً د. عبد المنعم الشرقاوي، مرجع سابق، ص 26، بند 23. د. كمال الدين أحمد السيد عاطف، مرجع سابق، ص 46.

(2) - د. أحمد مسلم، مرجع سابق، ص 333، بند 299.

(3) - د. أحمد أبو الوفا، نظرية الدفع، مرجع سابق، ط7، ص 834.

(4) - د. أسعد المحاسني، الوجيز في أصول المحاكمات، مطبعة الانشاء، دمشق، 1955، ص 212.

(5) - د. فتحي والي، الوسيط، مرجع سابق، ص 65 وما بعدها، بند 36 وما بعده.

الدعوى، وقد يوجد بجانب هذا الشرط شروط خاصة لازمة لقبول بعض الدعوى، كما أن هناك موانع أو شروط سلبية؛ أي وجود هذه الشروط تمنع قبول الدعوى. وأما الأهلية فالرأي الراجح هو أنها لا تعتبر من شروط قبول الدعوى، وإنما هي شرط لصحة الخصومة وإجراءاتها⁽¹⁾.

ولما كان حق الالتجاء إلى القضاء في العصر الحديث من الحقوق العامة، فإن لكل شخص الحق في أن يلجأ إلى القضاء كلما حصل اعتداء على حق من حقوقه دون حاجة لوجود نص في القانون يجيز رفع الدعوى، فليس من شروط قبول الدعوى وجود نص في القانون يجيز رفعها.

ومن جهة أخرى، فإن الحقوق في التشريع الحديث لا تقع تحت حصر، كذلك فالدعاوى التي تحمي هذه الحقوق لا تقع بدورها تحت حصر⁽²⁾، وبالتالي فالاستدلال عليها يكون من التنظيم القانوني ككل وليس فقط من نص قانوني صريح⁽³⁾.

- وذهب البعض الآخر إلى القول إنه يشترط لقبول الدعوى ضرورة توافر الحق الموضوعي⁽⁴⁾، إلا أن الرأي الراجح هو أن وجود الحق الموضوعي ليس شرطاً لقبول الدعوى، وإنما الذي يشترط لقبولها هو أن يكون موضوعها التمسك بحق أو مركز قانوني، وهو ما يعبر عنه الفقه والمشرع بعبارة مصلحة يقرها القانون، ولا يعني ذلك وجود الحق فعلاً، وإنما فقط الحماية المجردة لنوع المصلحة التي يطلبها المدعي، وهو ما يتحقق منه القاضي من صياغة الدعوى ذاتها دون

(1) - د. رمزي سيف، مرجع سابق، ص 137 وما بعدها، بند 101. وأيضاً د. أحمد السيد الصاوي، مرجع سابق، ص 187، بند 94.

(2) - الطعن رقم 246، سنة 40ق، جلسة 1976/2/26. أشار إليه د. عبد الحميد الشواربي، الدفع الإجرائية والموضوعية، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1994، ص 773.

(3) - د. رمزي سيف، مرجع سابق، ص 109 وما بعدها، بند 75. وأيضاً د. أحمد السيد الصاوي، مرجع سابق، ص 184 وما بعدها، بند 92. وأيضاً د. أيمن أبو العيال، ود. أحمد حراكي، مرجع سابق، ص 223.

(4) - د. أحمد أبو الوفا، نظرية الدفع، ط7، مرجع سابق، ص 824، بند 473. وأيضاً د. عبد المنعم البدرأوي، مرجع سابق، ص 236، بند 251.

بحث للوقائع وتحقيقها⁽¹⁾، أما وجود الحق الموضوعي فهو شرط لصحة الدعوى من حيث الأساس.

وقد وجدنا أن هناك رأي يقول أن الحق شرط لوجود الدعوى، فالحق هو سبب الدعوى وعلة وجودها، ومتى انتفى الحق فقد انتفت هي أيضاً⁽²⁾، ولا يوجد حق بدون دعوى، ولا دعوى بغير حق، لأن الدعوى عنصر في الحق، أو هي عنصر الحماية القانونية، وعلى ذلك فالدعوى موجودة بوجود الحق، ولكنها لا تكون مقبولة إلا إذا تحققت بذلك مصلحة لدى رافعها⁽³⁾.

والواقع فهذا الرأي يخلط بين الحماية القانونية والتي تعد عنصراً في الحق، ولا وجود للحق بدونها، وبين الحماية القضائية وهذه لا تثور الحاجة إليها إلا إذا حصل اعتداء على الحق. فالدعوى لا توجد قبل الاعتداء على الحق⁽⁴⁾.

فالأهلية وشرط وجود الحق الموضوعي ليسا من شروط قبول الدعوى، وأما شرط الصفة - وكما سنرى عند دراسة وصف المصلحة الشخصية - فهو نفسه تعبير المصلحة الشخصية؛ ولهذا نرى أن المصلحة بأوصافها الثلاث هي الشرط العام أو الإيجابي الوحيد لقبول الدعوى، فأى دعوى ترفع إلى القضاء ولا تتوافر فيها المصلحة بخصائصها القانونية والشخصية والحالة لا تقبل.

كما يمكن أن يوجد بجانب هذا الشرط العام، شروط خاصة مستقلة لقبول بعض الدعاوى، أو شروط سلبية أي وجودها تمنع قبول الدعوى، ولأجل ذلك نبدأ بدراسة شرط المصلحة، ثم نتعرض لأوصافها، وفي نهاية المطاف نبين الشروط الخاصة اللازمة لقبول بعض الدعاوى، أو الموانع التي تمنع قبولها، ولنصل بذلك إلى تحديد الحالات التي يوجه فيها الدفع بعدم القبول.

(1) - د. وجدي راغب فهمي، مرجع سابق، ص 494. وأيضاً د. أحمد مسلم، مرجع سابق، ص 315، بند 282.

(2) - د. خليل جريج، أصول المحاكمات المدنية، 1960، مرجع سابق، ص 151. وأيضاً د. أسعد المحاسني، الوجيز في أصول المحاكمات، مطبعة ابن زيدون بدمشق، 1950، ص 144.

(3) - د. عبدالمنعم الشراوي، الوجيز في المرافعات، مرجع سابق، ص 25، بند 21.

(4) - د. أيمن أبو العيال، ود. أحمد الحراكي، مرجع سابق، ص 209.

الفرع الأول - شرط المصلحة:

أولاً - التعريف بشرط المصلحة في الدعوى:

عندما نصّ المشرع السوري في قانون أصول المحاكمات - ومثله المصري - على ضرورة توافر المصلحة في الدعوى حتى تكون مقبولة، وليتم النظر فيها، فإنه لم يوضح أو يبين معنى هذه المصلحة ⁽¹⁾؛ لأن التشريعات في أغلب الأحيان تترك

(1) - كانت الرؤيا الأولى للمصلحة تتلخص في المبدأ القائل إن مقدار الحكم بالأداء يحدد وفقاً لقيمة الشيء، وبذلك فإن التعويض عن الخسارة يكون قد تحقق، وعندما ظهر . في العديد من الحالات . أن هذا المبدأ لا يؤدي إلى تعويض كامل عن الخسارة لجأ الفقه إلى فكرة المصلحة، حيث يمكن للقاضي أن يحدد مقدار التعويض تبعاً للمصلحة، أي قيمة الضرر الذي تحمله المضرور من الاعتداء، أو قيمة النفع الذي ضاع عليه فيما لو لم تكن الجريمة أو الاعتداء قد تم أو ارتكب. وما يميز المصلحة عن الضرر الواقع، هو أن المصلحة تتعلق بأثر الدعوى أو الدفع، وبذلك ينظر إليها في المستقبل، بينما الضرر فهو يعبر عن شيء حدث بالماضي. والمصلحة هي المنفعة الحقيقية، وتطلق مجازاً على الفعل الذي فيه صلاح بمعنى المنفعة؛ ولهذا يقال إن التجارة مصلحة، وطلب العلم مصلحة، فهما سببان للمنافع المادية والمعنوية، والمصلحة بهذا المعنى هي ضد المفسدة، كما أن النفع هو نقيض الضرر. وقد عرفها الغزالي بأنها " المحافظة على مقصود الشرع "، والمصلحة في ذاتها هي المنفعة، فالعلم والريح واللذة والمتعة والراحة... إلخ كلها منافع أو مصالح في ذاتها وبأي طريقة حصلت. فالمصلحة بشكل عام تعني المزية أو الفائدة المالية أو الأدبية التي يمكن الحصول عليها عند استعمال حق أو أداء عمل، وإنها قد تكون مادية أو أدبية، حالة أو محققة؛ ولهذا قيل " إنه لا دعوى بلا مصلحة " فإذا وجدت المصلحة في الدعوى، فإنها سوف تقبل، وإذا انعدمت المصلحة، ردت الدعوى أو لم تقبل، ودون بحث في موضوعها. للمزيد من المعلومات حول فكرة المصلحة راجع د. حسام راتب القاعد، شرط المصلحة في دعوى الإلغاء، رسالة دكتوراه، جامعة دمشق، كلية الحقوق، 2010، ص 19 وما بعدها. وفي نفس المعنى يرى البعض أيضاً: إنه عندما يكون الشخص مالك لحق شخصي، فإنه تكون له دعوى قضائية من واقع كون أن له حقاً حصل عليه اعتداء، أي من له حق، فإن له دعوى، أما إذا لم يوجد حق شخصي، فإن الامتياز بالحق بدعوى قضائية لشخص سيسمح له أن يطلب الحماية القضائية، إلا أن هذه الحماية لا تمنح له إلا بمقدار ما يستفيد من هذه الدعوى؛ ولهذا فإنه في حالة وجود حق شخصي مسبق، فإن الدعوى هي بشكل طبيعي ممنوحة لمالك هذا الحق، أما في حالة تعلق الأمر بدعوى قضائية مستقلة عن حق مسبق، فإنه لا بد من البحث عن هم الأشخاص الذين لهم الحق بالادعاء، إذ إن الدعوى لن تقبل من أي شخص كان، ومن هنا وجدت فكرة المصلحة كشرط لقبول الدعوى. المحامي. عبدالهادي عباس، المراكز القانونية ومظاهرها في التشريع السوري، دار الحكمة، دمشق، ط 1، 1988، بند 113 . 2، ص 198 وما بعدها. وكان الفقيه الألماني " إهرنج " أول من استعان بفكرة المصلحة في تعريف الحق؛ فالحقوق مصالح محمية بموجب القانون، ومن ثم فالمصلحة هي العنصر الوحيد للحق، وهي ذات منفعة مادية أو أدبية، يسندها =

مهمة وضع التعاريف للمصطلحات القانونية للفقهاء والقضاء، خوفاً من أن يأتي التعريف قاصراً وغير جامع ولا مانعٍ لمعنى المصلحة؛ ولأن تحديد معنى المصلحة هو أمر موضوعي وقد يختلف من دعوى إلى أخرى. وقد جاء في حكم لمحكمة النقض السورية من أن قاعدة المصلحة مقياس الدعوى تطبق في حالة الطعن، كما في حالة رفع الدعوى، ومن ثم يكون الطعن غير مقبول إذا لم يكن هناك مصلحة من رفعها، ويكون للخصم مصلحة في الطعن إذا أضر به الحكم بأن كان محكوماً عليه، ويكون الخصم محكوماً عليه إذا لم يقض له بكل طلباته؛ بمعنى أن الشخص الذي يحكم له بكل طلباته لا يجوز له الطعن في الحكم؛ لانتفاء أية مصلحة له في هذه الحالة (1). وقد قضت محكمة النقض المصرية أيضاً في هذا الخصوص من أن النص في المادة الثالثة من قانون المرافعات على أنه لا يقبل أي دعوى أو طلب أو دفع لا تكون لصاحبه فيها مصلحة شخصية ومباشرة وقائمة يقرها القانون، يدل على أن المشرع قد قرر قاعدة أصولية تقضي بأنه لا دعوى ولا دفع بغير مصلحة، ومفادها أن الفائدة العملية هي شرط لقبول الدعوى أو أي طلب أو دفع فيها؛ وذلك منعاً لانشغال القضاء بدعاوى لا فائدة عملية منها وما أنشأت المحاكم لهذا الغرض (2).

والمصلحة لغةً هي الصلاح أو المنفعة التي يجنيها المرء من وراء تصرف ما (3).

= الشخص إلى مال يتخذ كوسيلة لإشباع حاجاته، فإذا كان مضمون كل حق يحتوي على مال، فإن هذا المال لا يكون له نفس القيمة، ولا يمثل ذات المصلحة بالنسبة للجميع، وبالتالي فإن تقدير المنفعة أو الفائدة يتم حسب كل مستفيد (Garaud, L, op, CIT, p. 20) أشار إليه د. حسام راتب القاعد، مرجع سابق، ص 27).

(1) - نقض مدني سوري، رقم 510، في الطعن 499، لسنة 1984، جلسة 1983/10/8، أشار إليه مجلة المحامون، تصدر عن نقابة المحامين في الجمهورية العربية السورية، دمشق، العدد 6، السنة 49، لعام 1984، ص 782 وما بعدها.

(2) - الطعن رقم 1406، سنة 52 ق، جلسة 1989/2/5. أشار إليه ق. سعيد أحمد الشعلة، مرجع سابق، ص 53، بند 29.

(3) - د. صلاح الدين عبداللطيف الناهي، مرجع سابق، ص 121.

ويقصد بالمصلحة في الاصطلاح القانوني بأنها الفائدة أو المنفعة العملية التي تعود على رافع الدعوى من الحكم له بطلباته كلها أو بعضها، فحيث لا تعود من رفع الدعوى فائدة على رافعها فلا تقبل دعواه⁽¹⁾. أو هي كما عرفها البعض بأنها فائدة الشخص في الحصول على حماية حقه⁽²⁾. أو أن المصلحة هي الحاجة إلى حماية القانون، فإذا حصل تهديد أو اعتداء على حق شخص، فإنه تتحقق مصلحته في قبول الدعوى، فالمصلحة وثيقة بالاعتداء على الحق⁽³⁾.

ويرى بعض الفقه، أن المصلحة هي الفائدة العملية المشروعة التي يراد تحقيقها بالالتجاء إلى القضاء، فإذا لم تتوافر هذه المصلحة فلا تقبل الدعوى؛ ولذلك يقال إن المصلحة هي مناط الدعوى، وإنه لا دعوى حيث لا مصلحة، ومعنى أن المصلحة فائدة أنه لا يجوز الالتجاء إلى القضاء عبثاً، دون رغبة في تحقيق هدف أو فائدة ما، ومعنى كونها فائدة عملية أن المسائل النظرية لا تصلح لذاتها أن تكون محلاً لدعوى قضائية، فالقضاء ليس داراً للاقتاء، ولا مجالاً للمجادلات النظرية البحتة.

ومعنى أن تكون الفائدة العملية مشروعة، ألا يكون الهدف من رفع الدعوى مجرد الكيد أو التشفي أو الانتقام، ويمكن اعتبار الدعوى المبنية على المصلحة التافهة من هذا القبيل⁽⁴⁾. ويرى البعض أن قاعدة لا دعوى بلا مصلحة هي الترجمة الحرفية لقاعدة " أنه لا يجب الشكوى قبل حدوث الضرر " ⁽⁵⁾.

(1) - د. رمزي سيف، مرجع سابق، ص 110، بند 76. وأيضاً د. أحمد السيد الصاوي، مرجع سابق، ص 194، بند 96. وأيضاً د. وجدي راغب فهمي، مرجع سابق، ص 493.

(2) - د. مفلح عواد القضاة، مرجع سابق، ص 178، هامش 2.

(3) - د. عبد المنعم الشرقاوي، الوجيز في المرافعات، مرجع سابق، ص 27، بند 24.

(4) - د. أحمد مسلم، أصول المرافعات، مرجع سابق، ص 322، بند 288.

(5) - Garaud. L, "l' intérêt pour agir en justice, Thèse, 1959.op.cit. p. 11. Et.

أشار إليه: د. حسام راتب القاعد، شرط المصلحة في دعوى الإلغاء، رسالة دكتوراه، جامعة دمشق، كلية الحقوق، 2010، ص 59.

ثانياً - أنواع المصلحة:

يميز بعض الفقه - من أصحاب الاتجاه الذين يربطون الحق في الدعوى بنجاحها وثبوتها - بين ثلاثة أنواع من المصالح المتميزة في الدعوى: فهناك المصلحة الموضوعية محل الحماية، أي التي ترفع الدعوى لحمايتها وتقديرها، والمصلحة مضمون الحق في الدعوى، أي المصلحة اللازمة للحكم للمدعي في موضوع الدعوى لصالحه، وذلك إذا ما حصل اعتداء على حق له، والمصلحة الإجرائية، أي المصلحة اللازم توافرها لكي تنتظر المحكمة في الدعوى سواء كان الحكم الصادر لصالح المدعي أم لغير صالحه، أو لكي تنتظر في أي إجراء من إجراءاتها، وبغض النظر عما إذا كان للمدعي الحق في الدعوى أم لا.

والمصلحة في الإجراء تختلف عن المصلحة في الدعوى - بحسب أصحاب هذا التوجه - فيما يأتي: فالمصلحة في الدعوى توجد بتوافر شروط الدعوى وهي الشروط اللازمة لمنح الحماية القضائية، أما المصلحة في الإجراء فهي تتعلق بصلاحيات إجراء معين لتحقيق هذه الحماية أو للمساهمة في تحقيقها؛ ولهذا فإنه عند البحث في توافر أو عدم توافر المصلحة في الإجراء لا ينظر إلى الشروط اللازمة لتوافر المصلحة في الدعوى.

والمصلحة في الإجراء تختلف عن سلطة الخصم أو حقه في القيام بالإجراء، فحق الخصم في القيام بالإجراء قد يوجد لمجرد توافر صفة الطرف في الخصومة، أو بتوافر شروط محددة كما هو الحال في الحق في الطعن، ومع ذلك قد لا يقبل هذا الطعن لانعدام المصلحة في الإجراء.

والمصلحة في الإجراء تتوافر بصرف النظر عن تحقق أو عدم تحقق الغاية التي أرادها القانون من قاعدة معينة؛ ولهذا فإذا رفعت الدعوى إلى محكمة غير مختصة محلياً مثلاً، فإنه يمكن الدفع بعدم الاختصاص ولو كانت أقرب إلى المدعى عليه من المحكمة المختصة، ذلك أن هذا الدفع من شأنه منع صدور حكم لمصلحة المدعي، وهو ما يحقق مصلحة المدعى عليه في الدفع أي في الإجراء.

كما أن المصلحة في الإجراء مفترضة، على عكس المصلحة في الدعوى التي تحتاج إلى إثبات لكي يحصل المدعي على حكم لصالحه⁽¹⁾.
إلا أننا نرى أن هناك خطأً أو دمجاً بين المصلحة في الدعوى، والمصلحة في الإجراء لدى أصحاب هذا الاتجاه في كثير مما قالوه، فهم يضعون أغلب شروط نشأة الحق في الدعوى تحت فكرة المصلحة في الإجراء، والتي هي بحسب أصحاب هذا التوجه شرط لقبول الدعوى، فهنا تندمج أو تختلط المصلحة في الدعوى بالمصلحة في الإجراء، وهذا إن دلَّ على شيء، فإنما يدل على أنه لا يوجد فرق بين المصلحة في الدعوى والمصلحة في الإجراء، وبالتالي فالحق في الدعوى مرتبط بقبولها، وليس بنجاحها.

ومن جهة أخرى، فعدم تمييز بعض الفقه بين المصلحة الموضوعية، والمصلحة اللازمة لقبول الدعوى، وخاصةً الذين دمجوا الدعوى بالحق، هو الذي جعلهم يقولون بأن الدفع الموجه للمصلحة أو أحد أوصافها من الدفوع الموضوعية.

ثالثاً - الحكمة من اشتراط المصلحة في الدعوى لتكون مقبولة:

الرأي الراجح هو أن المصلحة اللازمة لقبول الدعوى هي الفائدة أو المنفعة العملية التي تعود على المدعي من الحكم له بطلباته⁽²⁾، وتطبيقاً لذلك فقد قضت محكمة استئناف مصر في حكم لها أنه من القواعد العامة لا محل للدعوى إذا لم يكن لرافعها مصلحة فيها، والدعوى تقدر بمقدار المصلحة⁽³⁾. وقضت محكمة النقض المصرية في حكم لها جاء فيه أنه يشترط لقبول الخصومة أمام القضاء قيام

(1) - د. أيمن أبو العيال، ود. أحمد الحراكي، مرجع سابق، ص 227 وما بعدها.

(2) - د. أمينة النمر، مرجع سابق، ص 87. وأيضاً د. كمال الدين أحمد السيد عاطف، مرجع سابق، ص 58.

(3) - استئناف مصر 1924/3/20 م، محاماة، س 4، قاعدة 565، ص 735. أشار إليه: د. علي إبراهيم الجاسم، التزام المرجر بضمان التعرض والاستحقاق، رسالة دكتوراه، جامعة عين شمس، كلية الحقوق، 1999 م.

نزاع بين أطرافها على الحق موضوع التقاضي، حتى تعود على المدعي منفعة من اختصاص المدعى عليه، للحكم عليه بطلبه (1).

واتجهت محكمة النقض الفرنسية تطبيقاً للقاعدة القائلة إنه لا دعوى بلا مصلحة إلى ربط الحق في استعمال أو مباشرة الدعوى، بوجود مصلحة لرافعها، ولذلك قضت بأن الحق في رفع الدعوى يجب ألا يباح إلا لمن يثبت أن له مصلحة مشروعة يحميها القانون (2). وعبرت محكمة النقض السورية في العديد من أحكامها عن ضرورة توفر المصلحة في الدعوى لكي تتم قبولها، من ذلك حكم لها جاء فيه بأن الوقوف على توفر المصلحة في الدعوى من المسائل الجوهرية أو الأساسية التي يجب على المحكمة التحقق من وجودها في كل دعوى تعرض على القضاء (3). والمصلحة في الدعوى تقدر بالمنفعة التي يمكن أن تعود على الخصم من الحكم الصادر في الدعوى، وتتولد المصلحة في الدعوى من توافر عنصرين هما: الادعاء بحق معين، والادعاء بأن هناك اعتداء وقع على هذا الحق.

ومبنى هذه القاعدة تنزيه ساحات القضاء عن الانشغال بدعاوى لا فائدة عملية منها، فمثل هذه الدعاوى غير منتجة أو غير مفيدة أو كيدية، وما أنشأت المحاكم لمثل هذه الدعاوى، فهي الضابط لضمان جدية الدعوى، وعدم خروجها عن الغاية التي رسمها القانون لها، الأمر الذي يوفر المصاريف والوقت والجهد (4).

(1) - نقض مصري، تاريخ 1975/12/2م، مجموعة النقض، س 23، ص 923. أشار إليه د. حسام راتب القاعد، مرجع سابق، ص 33.

(2) - حكم لمحكمة النقض الفرنسية (J.C.P, 201, J, 1970, D, 27/2/1970, 1970/11/19305). أشار إليه د. حسام راتب القاعد، مرجع سابق، ص 31.

(3) - نقض مدني سوري، رقم 478 في الطعن 470 تاريخ 1984/6/26، مجموعة قانون أصول المحاكمات المدنية، إعداد الأستاذ ممدوح عطري، المحامي محمد فخر شقفة، القسم الأول، مؤسسة النوري، دمشق، 1997 م، ص 47.

(4) - د. رمزي سيف، مرجع سابق، ص 110، بند 76. وأيضاً د. أحمد السيد الصاوي، مرجع سابق، ص 194، بند 96.

إذ لا يمكن للمحاكم أن تنشغل في قضايا لا مصلحة لأصحابها فيها، فالدعوى لا تقبل إذا كانت تهدف مثلاً إلى الحصول على مجرد تفسير نص قانوني ما، أو أن يقيم المشتري بعقد رسمي دعوى للحصول على حكم بالملكية بينما العقد الرسمي بيده هو سند تنفيذي يمنحه الحق في التنفيذ جبراً انقضاء لحقه وإجابة طلباته⁽¹⁾.

رابعاً . المصلحة كما هي شرط لقبول الدعوى فهي شرط لقبول أي طلب أو دفع: المصلحة ليست شرطاً لقبول الدعوى فحسب، وإنما هي شرط لقبول أي طلب، أو دفع، أو طعن في حكم، أو لاتخاذ أي إجراء من إجراءات الخصومة، والمصلحة الإجرائية في هذه الحالة تقدر بالمنفعة العملية التي تعود على الخصم من هذا الإجراء .

وقد قضت محكمة النقض السورية من أنه لا يسمع دفع ممن ليس له مصلحة فيه؛ لأن مناط الدفع هو المصلحة القائمة كمناط الادعاء سواء بسواء⁽²⁾. وفي حكم آخر قررت إن شرط المصلحة هو أحد شروط قبول الطعن شكلاً، كما هو شرط لقبول الدعوى⁽³⁾، ومما جاء في حيثيات هذا الحكم إن القرار المطعون فيه الذي قرر اعتبار المبلغ المودع من قبل المدعى عليه في صندوق المحكمة محجوزاً لصالح المدعي وتمكيناً له من تنفيذ الحكم واستيفاء حقوقه المحكوم بها،

(1) - د. أمينة النمر، مرجع سابق، ص 87 وما بعدها.

(2) - حكم صادر عن محكمة النقض السورية، أساس مخاصمة 159، قرار 114، لعام 1995. أشار إليه: مجلة القانون، تصدرها وزارة العدل في سورية، دمشق، مجموعة القواعد القانونية التي قررتها الهيئة العامة وغرفة المخاصمة لدى محكمة النقض، لعامي 1994، 1995، ص 477.

(3) - نقض سوري، الغرفة المدنية الأولى في القضية أساس 489، قرار 352، تاريخ 2008/5/27، المحامون، العددان 11 . 12، لعام 2010، السنة 75، ص 1730، القاعدة 727. وقضت في حكم آخر بأن المصلحة متا ط كل دعوى، ومن ثم فكل طلب أو دفع يرفع للقضاء ودون أن تتوافر فيه المصلحة اللازمة للمخاصمة، فإنه يجب الالتفات عنه، وأنها تطبق في حالة الطعن، كما في حالة رفع الدعوى من أول الأمر. حكم لمحكمة النقض السورية، رقم 280 في القضية أساس 64 لسنة 1998 م، مجلة القانون، وزارة العدل، القسم الثاني، لعام 1998، ص 759. وفي حكم آخر جاء فيه كل دفع أو طلب بادعاء لا تتحقق فيه المصلحة، فإنه غير مقبول على الإطلاق. نقض مدني سوري رقم 884 تاريخ 2000/5/18م، مجلة المحامون، العددان التاسع والعاشر، السنة 66، لعام 2001 م ص 870.

ومن ثم تنتقي للطاعن - المدعي - أية مصلحة في الطعن بالقرار المطعون فيه. وفي حكم آخر جاء فيه أن الادعاء يجب أن يقدم من ذي مصلحة ولا يقبل من غير صاحب المصلحة، وذلك وفق ما جاء بالمادة (11) أصول سوري⁽¹⁾. وقضت بأن المصلحة مناط كل دعوى، ومن ثم فكل طلب أو دفع لا مصلحة للمدعي بالمخاصمة به يتوجب الالتفات عنه⁽²⁾.

وقضت محكمة النقض المصرية أيضاً في هذا الخصوص، في أحد أحكامها من أن قاعدة المصلحة مناط الدعوى وفق المادة (3) مرافعات تطبق حين الطعن بالنقض كما تطبق في الدعوى عند رفعها وعند استئناف الحكم الذي يصدر فيها، ومعيار المصلحة الحق سواء كانت حالة أو محتملة، إنما هو كون الحكم المطعون فيه قد أضر بالطاعن حين قضى برفض طلباته كلها، أو قضى له ببعضها دون البعض الآخر، فلا مصلحة للطاعن فيما يكون قد صدر به الحكم وفق طلباته أو محققاً لمقصوده منها، فإذا كان الحكم المطعون فيه قد صدر محققاً لمقصود الطاعنين، فإنه تنتقي معه مصلحتهما في الطعن ويتعين من أجل ذلك القضاء بعدم قبول الطعن⁽³⁾.

خامساً - أهم الآراء بخصوص شرط المصلحة:

فيما يلي نعرض أهم الآراء بخصوص شرط المصلحة والذي يلزم لقبول أي دعوى يتم رفعها إلى القضاء - وكما رأينا سابقاً - فإن أهم رأيين يبينان العلاقة بين الدعوى والحق هما: رأيي يقول إن الدعوى هي عنصر أو جزء في الحق، ورأي آخر يقول باستقلال الدعوى عن الحق.

(1) - نقض مدني سوري، رقم 313، تاريخ 1975/6/22، مجلة الحامون، لعام 1975 م، ص 630. أشار إليه شفيق طعمة، وأديب أستانبولي، تقنين أصول المحاكمات السوري في المواد المدنية والتجارية، ج 1، ط 3، المكتبة القانونية، دمشق، 1997م، ص 124، القاعدة 43.

(2) - نقض مدني سوري، قرار 280، أساس هيئة عامة 64، لعام 1998 م، مجلة القانون، القسم الثاني، لعام 1998 م، ص 759.

(3) - هشام الطويل، شروط قبول الطعن بالنقض في المواد المدنية والتجارية ومواد الأحوال الشخصية في ضوء آراء الفقه وأحكام النقض حتى نهاية 1985، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1987، ص 198.

1- المصلحة كما يراها أصحاب الاتجاه الذين يقولون بأن الدعوى هي عنصر أو جزء في الحق:

وجدنا أن بعض الفقه يقول إن الدعوى ليست حقاً منفصلاً عن الحق الذي تحميه وليست هي ذات الحق متحركاً إلى القضاء، بل هي عنصر من عناصر الحق، أو هي جزء لا يتجزء منه؛ ولذلك فلا يوجد حق بدون دعوى، كما لا توجد دعوى بغير حق. فالحق هو شرط لوجود الدعوى، فهما ينشآن معاً، ويزولان معاً. أما شروط قبول الدعوى أو استعمالها أمام القضاء فهي تتلخص - بحسب هذا الفقه - في المصلحة بأوصافها القانونية والقائمة والشخصية، فالدعوى موجودة بوجود الحق، ولكنها لا تكون مقبولة إلا إذا تحققت بذلك مصلحة لدى رافعها. والمصلحة - بحسب هذا الفقه - هي الشرط الوحيد لقبول الدعوى؛ لأن الشروط الأخرى التي يذكرها الفقه واللازمة لقبول الدعوى إلى جانب شرط المصلحة، إنما تتمخض أو ترجع إلى شرط واحد هو ضرورة توافر المصلحة بأوصافها فيها لتتم قبولها.

ولذلك قيل إنه " لا دعوى بلا مصلحة " وإن " المصلحة معيار الدعوى " وهو الشرط الوحيد الذي نص عليه القانون لقبول دعاوى أو الدفوع. وكان الفقه والقضاء يسلم به حتى قبل أن ينص عليه القانون. ولهذا يرى هذا الفقه أن النظر في وجود أو عدم وجود شرط المصلحة واللازم لقبول الدعوى، لا يتضمن البحث في وجود أو عدم وجود الحق الموضوعي الذي ترفع الدعوى لتأمين الحماية له أو لتقريره، وإلا كان هناك اختلاط بين مسألة القبول، أي قبول النظر وسماع الدعوى، وبين مسألة الحكم في أصل الحق المدعى به أي من حيث صحتها في الأساس، بل أن التحقق من توفر شرط المصلحة أو عدم توفره في الدعوى يجب قصره على وجود الحق في مباشرة الدعوى واستعمالها أمام القضاء، بغض النظر عن أي وجود للحق الموضوعي الذي يزعم المدعي وجوده أو قيامه له.

ويرى هذا الفقه، إن مصطلح المصلحة يستعمل في معاني مختلفة بحسب الموضوع الذي تدرس المصلحة بصدده، فحين ينظر إلى الحق الموضوعي يقال إن هذا الحق يتركب من عنصرين: مصلحة مادية أو أدبية، وحماية يضيفها

القانون على هذه المصلحة. وحين ينظر إلى شروط قبول الدعوى، يقال إنّ المصلحة شرط لقبولها، وهي تتكون من المنفعة المادية أو الأدبية التي يحصل عليها المدعي من الحكم له في موضوع الدعوى. ومن ثم فإذا كان لشخص حق موضوعي حصل اعتداء أو تهديد أو إنكار له، فإنه تتوافر له مصلحة في قبول دعواه؛ ولهذا فالمصلحة كشرط لقبول الدعوى وثيق الصلة بالاعتداء على الحق فهي تدور معه وجوداً وعدمًا، وبالتالي فكلما كان هناك اعتداء على الحق، كان لصاحب الحق الموضوعي مصلحة في طلب حماية القانون بتدخل القضاء لتطبيقه على الواقعة المطروحة عليه. ويعرف هذا الفقه المصلحة بأنها هي المنفعة التي يحصل عليها المدعي بتحقيق حمايته. أو هي الحاجة إلى حماية القانون. أو هي الغاية التي يهدف إليها من يرفع الدعوى، وهذه الغاية ما هي إلا تحقيق الحماية القانونية للحق المدعى به (1).

وعلى ذلك فيجب - حسب هذا الرأي - استبعاد أن المصلحة هي مجرد الحصول على منفعة مادية أو أدبية؛ لأنّ هذا المعنى الضيق الذي يمكن وصفها به، يجعل من المصلحة في الدعوى مجرد تعبير لا قيمة له، إذ إن المنفعة المادية أو الأدبية لا يحصل عليها المدعي من الحكم له في الدعوى باعتبارها غاية في ذاتها، بل لأنها المظهر أو الوسيلة لتحقيق حماية القانون، فعندما يتم الحكم بالتعويض للمدعي عن ضرر لحق به، إنما يصدر باعتبار أن هذا التعويض هو وسيلة القانون لحماية الحق الذي حصل التهديد أو الاعتداء عليه.

الحكم في الدعوى هو الذي يحقق حماية القانون، ومن ثم فالمصلحة باعتبار أنها هي المصلحة في الحكم في الدعوى تتحقق بتحقيق حماية القانون، وهي بهذا المعنى تعرف بأنها المنفعة التي يحصل عليها المدعي بتحقيق حماية القانون لحقه الذي اعتدى عليه، أو المهدد بالاعتداء عليه (2).

(1) - د. عبدالمنعم الشرقاوي، الوجيز في المرافعات، مرجع سابق، ص 24 وما بعدها، بند 21 وما بعده.

(2) - د. عبدالمنعم الشرقاوي، نظرية المصلحة، ص 42 وص 52 ما بعدها. أشار إليه د. نبيل إسماعيل عمر، الدفع بعدم القبول، مرجع سابق، ص 68 وما بعدها، بند 49، 50.

وقد تعرض هذا الرأي للنقد من قبل أصحاب الاتجاه الذين يربطون الحق في الدعوى بنجاحها، فالمصلحة بهذا المعنى لن تعرف ولن يحدّد صاحبها إلا بعد صدور الحكم المقرر للحماية القضائية، فهي إذاً ليست شرطاً لقبول الدعوى، بل شرطاً لنشأة الحق في الدعوى، وبعبارة أخرى شرط للحكم للمدعي في موضوع الدعوى لصالحه، وهو ما يتبين من التعريف الذي يضعه هذا الرأي للمصلحة⁽¹⁾.

والحقيقة فهذا الرأي لا يميز بين المصلحة كشرط لقبول الدعوى، وبين الحق الموضوعي الذي يعتبر أو يمكن أن يوصف بأنه مصلحة، أو أنه يدمج شروط قبول الدعوى، بشروط الحق الموضوعي، وبناء على هذا التصور يعتبر الدفع لانقضاء شرط المصلحة في الدعوى على أنه دفع بعدم وجود حق، ومن ثم فهو دفع موضوعي.

ويرى فقه آخر، من أصحاب الاتجاه الذين يرون أن الدعوى هي عنصر في الحق أو هي جزء لا يتجزأ منه: أنه يشترط لقبول الدعوى أن تستند إلى حق مستحق الأداء، وبذلك نكون قد استغنينا عن شرط المصلحة بأوصافها الذي يراه القانون والفقه والقضاء أنه شرط لقبول الدعوى، فوجود الحق الموضوعي الذي ترفع الدعوى لحمايته أو تقريره يغني عن المصلحة القانونية، وكون الحق مستحق الأداء يغني عن المصلحة القائمة الحالة؛ ولهذا فالدفع الموجه في هذه الأحوال هو دفع موضوعي، لأنه دفع بعدم وجود حق موضوعي، أو بعدم استحقاقه.

و بناءً على ما سبق، يرى هذا الفقه أنه يتوجب فهم المقصود من اصطلاح " المصلحة في الدعوى؛ أي المصلحة المطلوبة لقبول الدعوى، بأنه حتى إذا سلمنا بوجود الحق في الخصومة المطروحة إلا أن رافعها لا يحق له الالتجاء إلى القضاء؛ لأنه لا توجد لديه مصلحة، ولن يفيد من الالتجاء إلى القضاء حتى لو سلم له بما يدعيه ".

فإذا كان لكل شخص أن يلجأ إلى القضاء ويعرض عليه ادعاءه ومزاعمه في صورة دعوى، فإنها مع ذلك لا تقبل إلا إذا توافرت فيها شروط معينة، وأهم هذه

(1) - د. نبيل إسماعيل عمر، الدفع بعدم القبول، مرجع سابق، ص 70 وما بعدها، 49. وأيضاً د. فتحي والي، الوسيط، ص 68، بند 37.

الشروط هو شرط المصلحة، فإن وجدت المحكمة إن دعواه لا تتوافر فيها هذه المصلحة وجب عليها أن تقضي بعدم قبول الدعوى، ولو من تلقاء ذاتها⁽¹⁾.
والحقيقة فهذا الفقه لا يختلف في رأيه بخصوص شرط المصلحة اللازم لقبول الدعوى، والدفع الموجه له عن أصحاب النظرية التي تقول باستقلال الدعوى عن الحق، وخاصة الرأي الذي يربط الحق في الدعوى بنجاحها وثبوتها أبداً، وهو ما سنبينه فيما يأتي.

2- المصلحة كما يراها أصحاب الاتجاه الذين يقولون باستقلال الدعوى عن الحق: ونناقش فيه الرأي الذي يربط الحق في الدعوى بنجاحها، ومن ثم فالمصلحة اللازمة لقبول الدعوى تختلف عن المصلحة اللازمة لنشأة الحق في الدعوى، وكذلك عن المصلحة محل الحماية أي المدعى بحصول الاعتداء عليها، والرأي الذي يربط الحق في الدعوى بقبولها، وبالتالي فالمصلحة اللازمة لقبول الدعوى هي نفسها المصلحة اللازمة لنشأة الحق في الدعوى، وبعبارة أخرى فهناك مصلحة لازمة لقبول الدعوى، والمصلحة أو الحق محل الحماية فقط.

أ- الرأي الذي يربط الحق في الدعوى بنجاحها: وجدنا أن بعض الفقه يذهب إلى أن الدعوى هي الحق في الحصول على حكم في الموضوع لصالح المدعي، وبعبارة أخرى الدعوى هي حق لصاحب الحق الموضوعي، يتيح له الحصول على حكم لصالحه، ومن ثم فشروط الحق في الدعوى تعد شروطاً لإصدار حكم في الموضوع لصالح المدعي، فإذا وجد حق أو مركز قانوني، واعتداء على الحق، وإذا كان رافع الدعوى إلى القضاء هو صاحب الحق في الدعوى، والمرفوع عليه الدعوى هو من قام بالاعتداء على حق رافع الدعوى، بتوافر الشروط الثلاثة السابقة ينشأ الحق في الدعوى، وبعدم قيام سبب من أسباب انقضاء الحق في الدعوى، تنشأ مصلحة في الدعوى، أي مصلحة في الحصول على حماية قضائية لرد هذا الاعتداء، أما إذا تخلف أحد هذه الشروط فلا يوجد الحق في الدعوى.

(1) - د. أحمد أبو الوفا، نظرية الدفع، ط7، مرجع سابق، ص 825 وما بعدها، بند 471 وما بعده.

ويرى هذا الفقه، أنّ المشرع المصري في قانون المرافعات ذهب لاعتبار المصلحة بهذا الشكل شرطاً عاماً ووحيداً لقبول الدعوى المادة (3) مرافعات، وهو ما فعله المشرع السوري أيضاً المادة (12) أصول محاكمات.

إلا أن هذا الفقه ينتقد ذلك ويرى أن المصلحة بهذا المعنى لا يمكن أن تكون شرطاً لقبول الدعوى، ذلك أنها هي مضمون الحق في الدعوى، وتخلف هذا الشرط يؤدي إلى تخلف نشوء الحق في الدعوى ذاته، فيحكم برفضها.

والحق في الدعوى بهذا المعنى يختلف عن الحق في الحصول على حكم في الموضوع؛ لأن القول بعكس ذلك يؤدي إلى الخلط بين شروط نشأة الحق في الدعوى، أو الشروط اللازمة لكي تحكم المحكمة لصالح رافع الدعوى، وبين شروط سماع أو قبول النظر في موضوعها، وسواء كان الحكم الصادر في الموضوع لصالح من رفع الدعوى أم ليس في صالحه.

فلو كان الحق في الدعوى هو هذا الحق لأنتهت الدعوى بتقرير المحكمة بقبول الدعوى في حين أن المحكمة بعد أن تحكم بقبول الدعوى لتوفر شروط سماعها، تنتقل لبحث موضوعها، وتنتهي بعد بحث الموضوع بالحكم في الدعوى أي بحكم يفصل في موضوع الادعاء بعد التحقق من شروطها، أي الشروط اللازمة للحصول على الحماية القضائية للمدعي، فإن توافرت شروط الدعوى قضت للمدعي، وأن لم تتوافر حكمت برفض الدعوى، أي أكدت عدم توافر شروط الحق في الدعوى. فالحق في الدعوى يختلف عن مجرد الحق في الحصول على حكم في الموضوع؛ ولهذا يجب التفرقة بين شروط الحق في الدعوى - حق أو مركز قانوني، اعتداء على الحق، وصفة - والتي إذا تخلفت إحداها قضى برفض الدعوى، وبين الشروط اللازمة للحصول على حكم في موضوع الدعوى والتي بغيرها يقضي بعدم قبول الدعوى أي بعدم نظرها، أو البحث في موضوعها وإصدار الحكم فيه.

فيرى هذا الفقه، أنه من جهة، لكي يحصل صاحب الدعوى على الحماية القضائية لحقه، فإنه يتقدم بطلب إلى المحكمة يبدأ به خصومة ضد المدعى عليه، ويخول كل من الطرفين في هذه الخصومة سلطات معينة، وتوفيراً للوقت والجهد

والمصاريف، فإنه من المسلم به أن أية رغبة من أحد الطرفين إلى المحكمة لا يجوز النظر في قبولها إذا كان من الواضح أن قبولها لا يساهم في تحقيق الحماية القانونية لمقدمها، ويسمى هذا المبدأ عند هذا الفقه بشرط المصلحة في الإجراء، إذ لا مصلحة لطرف في إجراء لا يمكن أن يساهم من حيث النتيجة في تقرير أو تأمين الحماية لحقه المزعوم.

وهو مبدأ عام يسري على كل إبداء رغبة في الخصومة من أحد الخصوم أو من الغير، سواء تعلق الأمر برفع الدعوى ابتداءً أم بتقديم طلب عارض أو دفع، أم طلب يتعلق بالإثبات أم بالإجراءات، إذ أن هذا يعتبر هدراً للوقت والجهد والمصاريف سدىً، وخروجاً بالدعوى عن الهدف الذي وجدت لأجله.

والبحث في المصلحة في الإجراء يكون بحثاً سابقاً على البحث في موضوع الطلب أو الدفع أو الطعن؛ ولهذا فإن جزاء عدم توافر هذه المصلحة هو عدم جواز النظر في الطلب أو الدفع أو الطعن أي عدم قبوله، ويصل هذا الفقه إلى أن " المصلحة في الإجراء " تعتبر شرطاً لقبول أي طلب أو دفع أو طعن. وهو ما أشارت إليه المادة (3) مرافعات مصري، المقابلة للمادة (12) أصول سوري.

أمّا شروط أو أوصاف المصلحة التي تشير إليها المادة المذكورة فلا علاقة لها بشرط المصلحة في الإجراء، وإنما هي تتعلق بشروط نشأة الحق في الدعوى، وهي أيضاً الشروط اللازمة لتوافرها لكي يصل المدعي إلى حكم في الموضوع لصالحه، وليس على مجرد صدور حكم في الموضوع؛ ولذلك يرى هذا الفقه أن المشرع الإيطالي أحسن بنصه في المادة (100) مرافعات على شرط المصلحة دون وصفها بأي وصف.

والحقيقة فهذا الفقه ينتقد موقف المشرع المصري والسوري، إذ يرى أن أوصاف المصلحة لا تعتبر شرطاً لقبول الدعوى؛ لأنها تتعلق بالمصلحة في الدعوى، أي هي شروط لازمة للحكم للمدعي في موضوع الدعوى، إلا أننا نراه يعود وبشكل آخر ويرى أن هذه الأوصاف هي شروط لقبول الدعوى أيضاً، ويضعها تحت شرط المصلحة في الإجراء. والفرق بين هذا الفقه والرأي الذي يربط الحق في الدعوى بقبولها هو النص صراحة على هذه الأوصاف، أو ضمها إلى

شرط المصلحة في الإجراء، فهو يرى - كما سبق القول - إنه يشترط لقبول الدعوى ضرورة توافر المصلحة في الإجراء فيها لقبولها والنظر في موضوعها. ويرى من جهة أخرى - وبالإضافة إلى ضرورة توافر شرط المصلحة في الإجراء لكي تنتظر المحكمة في الدعوى - إنه يشترط لقبول النظر في الدعوى شروط أخرى، ويقصد بهذه الشروط تلك الشروط التي إذا توافرت نظرت المحكمة الدعوى، أي أنه إذا توافرت هذه الشروط، فإنه يكون من حق رافع الدعوى النظر في موضوعها، وأما إذا لم تتوافر هذه الشروط، فإن المحكمة تحكم بعدم قبول الدعوى، ولا تنتظر في موضوعها. وهذه الشروط تتوافر إذا قامت حاجة لبحث موضوع الدعوى للتأكد من توافر الحق في الدعوى، فإذا لم تقم مثل هذه الحاجة بأن كان تخلف الحق في الدعوى ظاهراً، بحيث لا يحتاج الأمر إلى نظر موضوع الدعوى، فلا تنتظر الدعوى. ويكون ذلك في حالات يتعلق بعضها بشروط نشأة الحق في الدعوى، وبعضها بانقضائه.

- بالنسبة لشروط نشأة الحق في الدعوى: فإذا تخلف الحق الموضوعي المطلوب حمايته بسبب عدم وجود قاعدة قانونية تقرر أو تحمي المصلحة التي يطالب بها المدعي، وإذا كان من الظاهر عدم وجود اعتداء على الحق الموضوعي، كما لو رفعت دعوى للمطالبة بدين لم يحل أجله بعد، أو إذا كان من الظاهر عدم توافر الصفة في الدعوى لدى المدعي أو لدى المدعى عليه، فإذا رفع شخص دعوى بطلان عقد شركة ليس طرفاً فيها، فإن المحكمة تحكم بعدم قبول الدعوى دون بحث فيما إذا كان العقد باطلاً، ذلك أنه بفرض بطلان العقد، فإن الحق في رفع دعوى البطلان ليست له.

- بالنسبة لانقضاء الحق في الدعوى: فإذا انقضى الحق في الدعوى دون انقضاء الحق الموضوعي، كان نظر الدعوى غير مقبول كحصول صلح بين أطرافها، أو سبق الفصل فيها ففي هذه الأحوال لا ضرورة لبحث ما يتعلق بتوافر شروط الحق في الدعوى، إذ بفرض توافرها ونشأة هذا الحق، فإن هذا الحق يكون قد انقضى وانتهى.

وبالتالي ففي كل الحالات السابقة، فإنّه يكون من الظاهر تخلف الحق في الدعوى، فعندئذٍ يمكن القول إنه لا فائدة أو منفعة أي لا مصلحة في بحث موضوع الدعوى، ذلك لأن هذا البحث أياً كانت نتيجته لن ينتهي بحكم لصالح المدعي؛ أي لن يحقق له الحماية القضائية، وبالتالي فلا مصلحة للمدعي في بحث موضوع الدعوى أي بقبول نظرها.

ويجمع هذا الفقه هذه الحالات تحت فكرة المصلحة في الإجراء - التي رأيناها سابقاً - على أساس أن الإجراء المقصود هنا هو نظر موضوع الدعوى. ويقصد بالمصلحة هنا ليس الشرط الأساسي لنشأة الحق في الدعوى، وإنما المصلحة في الإجراء؛ أي أن المصلحة هنا ينظر إليها بالنظر إلى الإجراء المطلوب سماع الحكم بصدده أي نظر موضوع الدعوى، ولينضم هذا الفقه بذلك إلى القائلين بأن الشرط الوحيد لقبول الدعوى هو شرط المصلحة، ويقصد بذلك المصلحة في بحث موضوعها، ولكن دون وصف هذه المصلحة بالأوصاف القانونية والقائمة والشخصية، ودون خلطها بالمصلحة في الدعوى، أي المصلحة في الحصول على حكم بالحماية القضائية.

فالمصلحة في الإجراء - بحسب الاتجاه الذي يربط الدعوى بنجاحها - واللازمة كشرط لقبول الدعوى هي التي تتوافر بوجود الحاجة لنظر موضوع الدعوى، ولذلك فهي تختلف عن المصلحة اللازمة كشرط لنشأة الحق في الدعوى، أي عن المصلحة اللازمة للحكم للمدعي في موضوع الدعوى لصالحه⁽¹⁾، وعلى ذلك فالدفع بعدم القبول - بحسب هذا الاتجاه - يوجد ويوجه في الحالة التي تنعدم فيها المصلحة في الإجراء، أي المصلحة في نظر موضوع الدعوى لوجود عيب شكلي أو موضوعي في الطلب القضائي الذي يمارس به المدعي دعواه، أو لعدم قيام مصلحة تبرر نظر موضوع الدعوى.

ويرى أنصار هذا الاتجاه أنّه إذا كان الطلب القضائي باعتباره هو الأداة الفنية التي عن طريقه يتم استعمال الحق في الدعوى، فهو إذاً يختلف عن هذا الحق، ومن ثم فالطلب القضائي إذا كان يخضع لتكييف عدم القبول باعتباره عملاً

(1) - د. فتحي والي، الوسيط، مرجع سابق، ص 65 وما بعدها، بند 36 وما بعده.

إجرائياً، وذلك في الأحوال التي يكون فيها هذا الطلب معيباً بعبث في شكله أو في موضوعه، وبالإضافة إلى ذلك فهذا الطلب يخضع لتكييف عدم القبول لأسباب تتعلق بالحق في الدعوى؛ ولهذا ففكرة عدم القبول يمكن استخدامها في مواجهة الطلب القضائي، الذي هو أداة استعمال الحق في الدعوى، في الحالات التي يكون فيها تخلف الحق في الدعوى ظاهراً بحيث لا يحتاج الأمر إلى بحث موضوع الدعوى.

ويرى هذا الفقه، أنّ الأوصاف الخاصة بشرط المصلحة كشرط لقبول الدعوى قد تتصل بشروط نشأة الحق في الدعوى، ويتم هذا الاتصال من باب تكييف الأداة التي يمارس بها الحق بأوصاف الحق نفسه؛ ولهذا أيضاً فالمصلحة كشرط لقبول الطلب توصف بأوصاف الحق في الدعوى، لأن هذا الطلب القضائي يتطابق دائماً مع هدف الحق في الدعوى، فالطلب القضائي يقصد برفعه من حيث النتيجة الحصول على الحماية القضائية، فإذا وجد القاضي أن الطلب القضائي لا تسنده دعوى قضائية، لعدم نشوء الحق في هذه الأخيرة، فإنه يحكم بعدم قبوله، أي بعدم صلاحية هذا الطلب للحصول على الحماية القضائية، ومن هنا ينعكس تخلف الحق في الدعوى، على الطلب القضائي، ويؤدي هذا الانعكاس إلى عدم قبول الطلب القضائي.

وبناءً على ما سبق، يصل أصحاب هذا الاتجاه إلى القول بأن المصلحة في الإجراء هي الشرط اللازم والجوهري لقبول الطلب القضائي، والذي يوجه إليه الدفع بعدم القبول، وذلك في حال عدم توفر هذه المصلحة في الطلب⁽¹⁾.

ب - الرأي الذي يربط الحق في الدعوى بقبولها: يذهب بعض الفقه إلى القول إنّ الدعوى في القانون الإجرائي: هي ادعاء لدى القضاء، وهو المعنى المقصود بالدعوى في القانون الإجرائي؛ إذ إنّ الشروط التي يفرضها القانون لقبول الدعوى كالمصلحة وأوصافها ليست في حقيقتها سوى أوصاف في الادعاء.

(1) - د. نبيل إسماعيل عمر، الدفع بعدم القبول، مرجع سابق، ص 68، بند 48، وص 78 وما بعدها، بند 56.

وتوافر هذه الشروط مقتضى ضروري لكي تكون الدعوى قابلة كمحل للعمل القضائي، وبعبارة أخرى حتى يوجد المركز القانوني للدعوى، وهو ما يثير مسألة قبول أو عدم قبول الدعوى، إذ يتمسك الخصم بعدم توافر هذه المقتضيات عن طريق الدفع بعدم القبول، ويحكم القاضي عند عدم توافرها بعدم القبول. وإذا كان القانون يقتضي لقبول الدعوى انتفاء الأسباب العامة والخاصة لعدم القبول، فإنّ هناك مقتضيات إيجابية يتطلب توافرها في كل دعوى حتى تكون مقبولة كمحل للعمل القضائي، وتعتبر هذه المقتضيات عن الواقعة الأساسية المنشئة لمركز الدعوى.

فالدعوى هي ادعاء قانوني - بحسب هذا الفقه - والادعاء ينشأ عن التجهيل القانوني، وحتى يمكن اعتباره محلاً للعمل القضائي يجب أن تتوفر العناصر المكونة لهذا التجهيل، فيجب أولاً أن يتوافر تجهيل لأنه لا دعوى بلا تجهيل، وهو ما يبرر الحاجة إلى العمل القضائي، أي يثير المصلحة في الدعوى، ولكن يجب أن يكون هذا التجهيل قانونياً أي يتعلق بتطبيق أو بنفاد القانون، ويجب أن يقوم هذا التجهيل بالنسبة لأطراف المركز القانوني المجهل، وهكذا يمكن حصر هذه المقتضيات في المصلحة، وقانونية الدعوى، وشخصية الدعوى أو ما يعرف بشرط الصفة.

و بعبارة أخرى؛ فالمصلحة بأوصافها الثلاثة هي المقتضى اللازم والضروري لقبول أي دعوى، وهو ما تنصّ عليه المادة (3) مرافعات مصري، (12) أصول سوري، إذ لا يقبل أي طلب أو دفع لا يكون لصاحبه فيه مصلحة قائمة يقرها القانون ويحتوي هذا النص - بحسب هذا الفقه - على كافة المقتضيات الإيجابية اللازمة لقبول الدعوى، فالمصلحة هي مناط الدعوى ولا دعوى بلا مصلحة، ويقصد بالمصلحة فائدة أو منفعة عملية تعود على المدعي من الحكم له بطلباته كلها أو بعضها، ولكن يلاحظ أن الحكم لا ينفذ حق المدعي فعلاً، وإنما يقوم فقط بالتنقييد بصحة ادعائه ومزاعمه، وبعبارة أخرى فالحكم الصادر في مضمون هذا الادعاء قد يكون لصالح من رفعه أو طرحه على القضاء بواسطة الدعوى، أو في غير صالحه؛ ولهذا فالفائدة التي تعود على المدعي من الحكم له في ادعائه الذي رفعه

إلى القضاء، إنما تترتب عمّا يحققه الحكم الصادر من يقين قانوني، فهي إذاً مصلحة المدعي في اليقين القانوني، أي من تطبيق القانون، وتوجد هذه المصلحة في الأحوال التي يلحق المدعي فيها ضرر من التجهيل القانوني، وهذا المقتضى يرتبط إذاً بوظيفة العمل القضائي، ووفقاً لهذه الوظيفة فإنه لا تثور الحاجة إلى هذا العمل، ما لم يتحقق تجهيل يعوق نفاذ النظام القانوني.

ويصل هذا الفقه إلى أن المصلحة الوحيدة التي يحققها العمل القضائي، والتي يتطلبها القانون لقبول أو لسماع الدعوى، هي المصلحة في اليقين القانوني، أي إنه بمجرد أن يقوم القضاء بتطبيق القانون على الواقع المطروح، فإنه يجب أن يلتزم ويحترم المدعي أو المدعى عليه، الحكم الصادر في موضوع الدعوى، لأنه هو الحقيقة أو اليقين القانوني المعلن بواسطة القضاء. ولا يعني هذا أن العمل القضائي يعمل إشباعاً للمصلحة الخاصة، إذ قد يصدر الحكم برفض الدعوى، وإنما تؤخذ هذه المصلحة بصورة مجردة افتراضية، علامة على وجود المبرر إلى العمل القضائي بالنسبة لدعوى معينة، أي على وجود المصلحة العامة لليقين القانوني التي يحميها المركز القانوني للدعوى⁽¹⁾.

وبناءً على ما سبق نرى أنّ الخلاف بين الاتجاه الذي يربط الحق في الدعوى بنجاحها، والاتجاه الذي يربط الحق في الدعوى بقبولها هو خلاف نظري فقط، فما الفائدة من وضع أوصاف المصلحة تحت شرط المصلحة، وبين النص صراحة على أنه يشترط لقبول الدعوى ضرورة توافر مصلحة شخصية وقانونية وحالة فيها لرافعها لتتم قبولها. والدليل على صحة ما نقول به هو إن الدعوى التي تكون غير مقبولة بحسب الاتجاه الذي يربطها بنجاحها، فإنها سوف تكون كذلك غير مقبولة بموجب أصحاب الاتجاه الذين يربطون الدعوى بقبولها، والعكس صحيح أيضاً.

فالأتجاهين السابقين يقولان بنفس الفكرة: فالمصلحة القانونية هي شرط لقبول الدعوى، وهو نفسه شرط وجود الحق الموضوعي، ولكن عند النظر في مسألة قبول الدعوى يكفي لتحقيق هذا الشرط، أن توجد قاعدة قانونية تحمي هذه المصلحة

(1) - د. وجدي راغب فهمي، مرجع سابق، ص 453 وص 488 وما بعدها.

المطالب بحمايتها. بينما عند النظر في مسألة الحكم في الموضوع، فإنه يجب إثبات وجود هذه المصلحة، وبالتالي الحق من حيث الواقع والقانون، والاتجاهين يشترطان لقبول الدعوى ضرورة أن تكون المصلحة قائمة وحالة؛ أي أن يكون الإنكار أو الاعتداء واقعاً على الحق، مما يستدعي تدخل القضاء لتطبيق القانون، ويشترطان كذلك أيضاً توافر المصلحة الشخصية أي الصفة فيها ليتم قبولها، وإذا كانت الدعوى قد انقضت، فإنها بموجب هذين الاتجاهين لا تقبل.

الفرع الثاني - أوصاف المصلحة:

لا يكفي لقبول الدعوى أن يكون لصاحبها مصلحة بمعنى الفائدة العملية في رفعها، وإنما يجب طبقاً لنص المادة (12) أصول سوري، أن تتوافر في هذه المصلحة أوصاف معينة تجعلها جديرة بالقبول، وإلا تعين الحكم بعدم قبولها: فيجب أن تكون المصلحة قانونية، وأن تكون قائمة أي حالة، وأن تكون شخصية، ونعرض لهذه الأوصاف فيما يلي:

أولاً - المصلحة القانونية:

المصلحة التي تلزم لقبول الدعوى هي المصلحة القانونية، والمصلحة القانونية هي التي تشير إليها المادة (12) أصول بقولها "... مصلحة يقرها القانون ". وقد قضت محكمة النقض المصرية في هذا الخصوص بأن " المصلحة توصف بأنها قانونية متى كان أساس الدعوى حقاً للمدعي يسعى إلى تقريره، أو حالة قانونية يرمي إلى حمايتها؛ وبعبارة أخرى لا يعتد بالمصلحة إلا إذا كان للمدعي حق مقرر له في القانون يرفع لأجله الدعوى لينتفع بمزاياه، أو ليرد الاعتداء الواقع عليه، أو ليطالب تعويض الضرر الناشئ عن هذا الاعتداء " (1). و يرى بعض الفقه أن المصلحة تكون قانونية إذا كانت مزاعم أو ادعاءات المدعي مستندة ولو ظاهرياً إلى حق فعندئذ يمكن الحكم بأنه قد يحصل على فائدة ما من رفعه الدعوى، أما الذي يطالب بما يكون مؤكداً أنه لا يمكن أن يكون له حق فيه، ويكون ذلك واضحاً من النظرة الأولى، فلا تقبل دعواه، لأن الدعوى ادعاء حق أو ادعاء يستند إلى حق، فإذا كان واضحاً، ومما لا شك فيه إن الادعاء لا يستند إلى حق، فلا مبرر لقبول الدعوى (2). في حين يرى البعض الآخر أن معنى قانونية المصلحة هو أن يكون من شأنها تبرير تطبيق القانون (3).

(1) - الطعن رقم 788، لسنة 50 ق، جلسة 1984/4/26. أشار إليه د. علي عوض حسن، الدفع بعدم

القبول في المواد المدنية والتجارية، طبعة عام 1996، ص 40، بند 26.

(2) - د. أحمد مسلم، قانون القضاء المدني، مرجع سابق، ص 154، بند 113.

(3) - Brulliard:procedure civile, 1944,. op. cit.p. 29. Et s Germain

أشار إليه د. نبيل إسماعيل عمر، الدفع بعدم القبول، مرجع سابق، ص 82، بند 57.

و يرى البعض أيضاً أن المصلحة تكون قانونية إذا قامت على حق يقره القانون، أو انبثقت عن حالة شرعية، أو أن يكون الحق المدعى به مرتكزاً على أساس قانوني، ومتى كانت المصلحة المطلوبة متصفة بهذا الطابع فإنها تحظى باعتراف المشرع ورعايته⁽¹⁾، فالتاجر الذي تقوم بجوار منشأته التجارية شركة منافسة لا يكون له طلب بطلان هذه الشركة المنافسة ولو كان عقد إنشائها باطلاً؛ لأن مصلحته في دعوى البطلان ليست قانونية، أي لا تستند إلى أي أساس قانوني فلا شأن له في بطلان أو عدم بطلان عقد إنشائها، ولكن تكون دعوى هذا التاجر مقبولة إذا كان عضواً في الشركة أو متعاقداً على عدم مباشرة نفس تجارته في الحي الذي توجد فيه؛ لأنه في هذه الحالة يستند إلى حق مصدره عقد الشركة، أو إلى العقد الذي بينه وبين الشركة⁽²⁾.

ويعبر البعض عن المصلحة القانونية بقانونية الدعوى، ويدخله البعض ضمن فكرة الصفة، فالمصلحة القانونية هي جانب مكمل لكل من المصلحة والصفة في وجود الدعوى، فإذا كانت المصلحة تعبر عن الجانب الواقعي أو المادي للدعوى، والصفة تعبر عن جانبها الشخصي، فإن هذا المقتضى يعبر عن جانبها القانوني، إذ يجب أن يكون موضوع الدعوى هو التمسك بحق أو مركز قانوني، وبعبارة أخرى يجب أن تستند الدعوى إلى قاعدة قانونية مجردة، فلا تقبل الدعوى إذا كان ما يطلبه المدعي هو حماية مصلحة اقتصادية أو أدبية، لا يقرر لها القانون حماية مجردة كأن يطالب الدائن بإلزام مدينه بالعمل لديه مقابل الدين، وبالأحرى لا تقبل الدعوى إذا كان المدعي يطلب حماية مصلحة غير قانونية أو غير مشروعة.

ولا يعني شرط أو وصف المصلحة القانونية وجود الحق أو المركز القانوني فعلاً، وإنما فقط الحماية المجردة لنوع المصلحة التي يطلبها المدعي، وهو ما يتأكد منه القاضي من صياغة الدعوى ذاتها دون بحث في الوقائع المطروحة فيها.

(1) - د. خليل جريج، أصول المحاكمات، 1960، مرجع سابق، ص 152.

(2) - د. عبد المنعم الشرقاوي، الوجيز في المرافعات، مرجع سابق، ص 27، بند 24.

فالمصلحة القانونية هي مجرد شرط لقبول الدعوى، وتحكم المحكمة في حالة عدم قانونية المصلحة بعدم قبول الدعوى بصرف النظر عما إذا كان المدعي محقاً في ادعائه أم لا؛ لأنها لم تبحث أو تنتظر في هذا الأمر.

وتوافر المصلحة القانونية في الدعوى، لا يعني بالضرورة الحكم للمدعي بالحق الذي يدعيه أو يزعمه؛ ذلك أن هذه المصلحة تختلف عن ثبوت الحق المدعى به، أو أحقيته في الطلب موضوع الدعوى، وكون المدعي محقاً في الطلب هو شرط لصحتها من حيث أساسها. أما إذا توافرت المصلحة القانونية للمدعي وتوافرت بقية شروط قبول الدعوى، واستطاع المدعي إثبات حقه، أجابته المحكمة إلى طلبه وحكمت لصالحه، أما إذا كان غير محق في ادعائه، أي لم يتمكن من إثبات ما يدعيه، فالمحكمة تحكم برفض الدعوى⁽¹⁾.

ولا يشترط أن يوجد نص صريح في القانون يقر الحماية لهذا الحق، لكي تقبل الدعوى للمطالبة به، وإنما يمكن للقاضي أن يستخلصها من التشريع المطبق بشكل عام⁽²⁾.

وترجع الحكمة من هذا الشرط - شرط المصلحة القانونية - إلى أن القضاء إنما يقوم بوظيفة محددة، هو حماية النظام القانوني في الدولة، وهذا لا يتحقق إلا بحماية الحقوق أو المراكز التي يحميها القانون، ومن ثم كان لا بد أن يكون كل ما يعرض على القضاء من تلك الحقوق أو المراكز التي يحميها القانون، فإذا كانت من المصالح التي لا يعترف، ولا يقرر المشرع حماية لها فلا يكون هناك مبرراً لنظرها من جانب القضاء، ولهذا فالدعوى لا تقبل إلا إذا كان القصد من رفعها حماية حق أو مركز قانوني، توفيراً للوقت والجهد والمصاريف⁽³⁾.

(1) - د. محمد شتا أبو السعد، الموجز العملي في الدفع بعدم القبول، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 1997، ص 60، بند 467.

(2) - د. كمال الدين أحمد السيد عاطف، مرجع سابق، ص 57.

(3) - د. أحمد هندي، أصول المحاكمات المدنية والتجارية، الدار الجامعية، بيروت، 1989، بند 112، ص 151.

أما إذا كانت المصلحة التي يتمسك بها المدعي لا تستند إلى حق أو مركز يقره القانون، فهي إما أن تكون مصلحة اقتصادية، أو مصلحة غير مشروعة، أو مصلحة غير واقعية، وهي في كل هذه الحالات لا تبرر قبول الدعوى. وتطبيقاً لذلك حكمت محكمة النقض المصرية بأن المصلحة التي تجيز رفع الدعوى، ماهيتها هي المصلحة القانونية، دون المصلحة الاقتصادية، وذلك بحسب نص المادة الثالثة من قانون المرافعات المصري (1).

وحكمت محكمة التمييز الأردنية في حكم لها بأن مصلحة الجار في أن يلتزم جاره بالقواعد المتعلقة بتنظيم المدن لا تصل إلى مضاف أو مرتبة الحقوق، حتى يكون له مصلحة قانونية في رفع دعوى مدنية لدى القضاء العادي (2). فتلك الدعاوى تحمي مصالح اقتصادية لرافعها، إلا أنه ليس في نصوص القانون ما يعطي المدعي الحق فيها. وقد قضت محكمة النقض المصرية في حكم لها من أنه لا يكفي لقبول الطعن توافر منفعة للطاعن لتقبل دعواه، بل يجب أن تكون هذه المنفعة مما يقرها القانون، وأن يستند الطاعن إلى ذلك ولو كانت الأسباب التي يؤسس عليها طعنه ظاهرة الفساد، أي غير صحيحة، ولا سند لها من القانون وهو ما تبجته وتفصل فيه محكمة الطعن بعد قبول الطعن، وذلك وفقاً لنص المادة (3) مرافعات مصري (3).

ويرى البعض، أن المصلحة الاقتصادية لا يمكن أن تسند طلب قضائي، ولا يمكن أن تبرر قبوله؛ لأن صاحبها ليس له حق أو مركز قانوني يحميه القانون؛ بمعنى أن الطلب المؤسس على مجرد المصلحة الاقتصادية يفتقد مقدمه ومن قبل

(1) - الطعن رقم 1455، لسنة 53 ق، جلسة 1987/6/14. أشار إليه د. عبدالحاميد الشواربي، الدفوع المدنية الإجرائية والموضوعية، مرجع سابق، ص 760.

(2) - تمييز أردني، حقوق، 283/77، ص 1539، سنة 1977. أشار إليه د. عباس العبودي، مرجع سابق، ص 190.

(3) - نقض مدني مصري، 1986/1/26، طعن 164، س 51 ق. ونقض 1986/6/17، طعن 2469، س 52 ق أشار إليهما ق. أنور طلبة، الطعن بالاستئناف والتماس إعادة النظر، مرجع سابق، ص 322.

تقديمه الحق في الدعوى القضائية، وهذا فقدان راجع إلى أن شرط نشأة الحق في الدعوى غير موجود⁽¹⁾.

إذا فالمصلحة القانونية هي وحدها التي تصلح عماداً أو أساساً لقبول الدعوى، وتتميز المصلحة القانونية عن المصلحة الاقتصادية، بأن المصلحة تكون قانونية عندما تتعلق بحق فردي معين، أما حيث تكون المصلحة مرسلة أي غير مرتبطة بحق معلوم، فإنها لا تكون قانونية ولا يمكن إقامة الدعوى بموجبها⁽²⁾.

ويذهب بعض الفقه إلى أن مشروعية المصلحة تختلف باختلاف القواعد الأخلاقية، مثلاً مصلحة الخلية في بقاء خليتها على قيد الحياة هي في القانونين المصري والسوري غير مشروعة، وبالتالي لا يحق لها المطالبة بالتعويض عن الضرر الذي لحق بها إذا كان المضرور ينفق عليها أثناء حياته في حال وفاته، أما في القانون الفرنسي، فقد اعتبر القضاء الفرنسي هذه المصلحة مشروعة، وبالتالي أعطى الحق للخلية في المطالبة بالتعويض عن الضرر الملحق بها نتيجة وفاة خليتها⁽³⁾.

وأخيراً، فإن بعض الفقه ينتقد وصف قانونية المصلحة، ولذلك يرى أنه من الأفضل القول بأنه يشترط لقبول الدعوى أن تستند إلى حق مستحق الأداء، وبهذا نكون قد استغنينا عن شروط المصلحة بأوصافها المعروفة، فوجود الحق الموضوعي في رفع الدعوى يغني عن المصلحة القانونية، وكون الحق مستحق الأداء هو المصلحة القائمة الحالة؛ ولهذا من الخطأ القول بعدم قبول الدعوى لأن الحق الذي تستند إليه يخالف النظام العام، أو لأن مصلحة رافعها اقتصادية بحتة، وإنما يقال إنه لا يوجد حق موضوعي في الحالتين، والدفع الموجه في هذه الحالة دفع موضوعي يتصل بأصل الحق المطالب به⁽⁴⁾.

(1) - د. نبيل إسماعيل عمر، الدفع بعدم القبول، مرجع سابق، ص 87، بند 61.

(2) - د. أحمد مليجي، التعليق على قانون المرافعات، ج1، د. ن، القاهرة، 1995، ص 70.

(3) - د. فواز صالح، التعويض عن الضرر الأدبي الناجم عن جرم، دراسة مقارنة، بحث منشور في

مجلة المحامون، العددان 11 . 12، لعام 2008، السنة 73، ص 1505، الهامش رقم 1.

(4) - د. أحمد أبو الوفا، نظرية الدفوع، ط7، مرجع سابق، ص 825 وما بعدها، بند 471.

ويذهب رأي آخر إلى القول بأن الفقه يضطر لعدم إمكان ربط وجود الدعوى بوجود المصلحة كما حددها إلى وضع بعض الشروط أو الأوصاف في هذه المصلحة، فيقول إنه يشترط في المصلحة أن تكون قانونية، ويعرّفون المصلحة القانونية بأنها تكون كذلك إذا كانت الدعوى مستندة إلى حق، ويشترط الفقه هذا الوصف في المصلحة لكي يمنع قبول الدعاوى التي تكون المصلحة فيها غير شرعية، أو أن المصلحة فيها اقتصادية فقط.

فهذه النتائج بحسب هذا الرأي يمكن التوصل إليها بطريقة أكثر سهولة وإنسجاماً مع الأفكار القانونية، وذلك بالرجوع إلى شرط وجود حق أو مركز قانوني موضوعي، فالخليلة ليس لها الحق في التعويض لأن وفاة خليلها لا يعتبر اعتداء على أي حق أو مركز قانوني لها.

فالحق الموضوعي مضمونه مصلحة ويمكن وصف هذه المصلحة بأنها مصلحة قانونية، ولكن الأمر عندئذ يتعلق بالمصلحة الأصلية محل الحماية، وليس بالمصلحة في الدعوى⁽¹⁾؛ أي أن المصلحة القانونية هي شرط للحكم للمدعي في موضوع الدعوى لصالحه.

فهذا الاتجاه يرى أن شرط المصلحة القانونية هو شرط وجود الحق، أو إن المقصود بالمصلحة القانونية هو أن يستند المدعي على حق؛ ولهذا فالدعوى وفقاً لهذا الرأي تفترض لوجودها سبق وجود الحق.

إلا أن الرأي الراجح هو أن المقصود بقانونية المصلحة، أن يتمسك المدعي بحق أو مركز قانوني، أي أن يكون موضوعها مجرد ادعاء بوجود حق موضوعي منكر أو معتدى عليه، أي الادعاء بحق يحميه ويعترف به القانون، ومن دون أن يتأكد القاضي من وجود الحق، وهو بصدد الحكم في مسألة قبول الدعوى؛ لأن الدعوى هي بالأساس ترفع بقصد تأكيد وجود هذا الحق أو نفي وجوده، وهذا لا يتبين إلا بعد البحث في موضوع الدعوى التي تم قبولها؛ ولهذا فدور القاضي عند بحثه في مسألة قبول الدعوى أو عدم قبولها، هو البحث فيما إذا كانت هناك قاعدة

(1) - د. فتحي والي، الوسيط، مرجع سابق، ص 63 وما بعدها، بند 35.

قانونية تقرر وتحمي ما يدعيه رافع الدعوى، أي ما يطالب به أم لا، والحكم بقبول الدعوى في الحالة الأولى، وبعدم قبولها في الحالة الثانية⁽¹⁾.

(1) - ويرى البعض في هذا الصدد إنه مهما حاول الفقه في تقديره لشرط المصلحة واعتمادها أساساً أو شرطاً لقبول الدعوى، بمعزل عن الحق الموضوعي، فإن هذا يعتبر تصرفاً منحرفاً لتغطية حقيقة واقعية، إذ لا يمكن بالنتيجة الاستغناء عن بحث الدعوى على أساس الحق المطالب به؛ ويستند في ذلك إلى بعض الاجتهادات القضائية التي اعتمدت على واقعة الحق بدلاً من المصلحة، وذلك عند الحكم بعدم قبول دعوى الخلية بالتعويض عن قتل خليلها، إلا أنه يرى الأدق أن تواجه الأمور بصراحة، وأن تسمى الأشياء بأسمائها الحقيقية، ومن ثم فإنه يجب التمييز بين مسألة قبول الدعوى، ومسألة الحكم في موضوعها؛ أي صحتها من حيث الأساس؛ ولهذا فالمصلحة شرط لسماع أو لقبول الدعوى، وأما الحق فهو شرط لصحتها من حيث الأساس. فإذا كان البحث في قانونية المصلحة يتناول التثبت أو التأكد من وجود حق للمدعي تعرض للاعتداء أو التهديد من قبل الغير، إلا أنه يغني عن شرط وجود الحق، أو أن هذا الشرط يتم اهماله عند النظر في شروط قبول الدعوى؛ لأنه يعتبر مندمج بشرط المصلحة، وإذا كان هذا القول يؤدي للجمع بين فكرتين متنافرتين، إحداهما تتطلع إلى المستقبل وهي الفائدة المرجوة من رفع الدعوى، والثانية تنظر إلى الماضي (وجود الحق)، إلا أنه يرى أنه بالرغم من ذلك لا يوجد تناقض في الموضوع، فإذا كان القاضي من الناحية العملية ملزم بأن يتناول أثناء بحثه سماع الدعوى تقدير الأساس، والتثبت من وجود الحق، وقد يخطئ في بعض الحالات في هذا التقدير، وخاصة عندما يكون الحق مشكوكاً في وجوده، فيرد الدعوى أساساً من حيث الموضوع في مجال بحثه عن شروط سماعها، ويصل هذا الفقه من كل ما تقدم إلى أن الحق شرط لوجود الدعوى؛ لأنه مصدرها، وأما المصلحة فهي شرط لقبولها عندما ترفع إلى القضاء للنظر فيها. ونرى أن الأدق القول إن وجود الحق شرط للحكم للمدعي في الموضوع، بينما المصلحة شرط لقبولها - (د. خليل جريج، محاضرات في نظرية الدعوى، مرجع سابق، ص 67، 96، 103). وهو ما تذهب إليه محكمة النقض المصرية، إذ قضت في حكم لها في هذا الخصوص من أنه لا يكفي لقبول الطعن أن يكون الطاعن محكوماً عليه، ويرفع طعنه بذات الصفة التي كانت له عند صدور الحكم المطعون فيه، وإنما لا بد أن تكون له مصلحة حقيقية يهدف إليها من هذا الطعن، ولو لم يكن له حق في ذلك، بل يكفي سعيه للحصول عليها، والمطالبة بالحق الذي يتحقق معه بتوافرها. سواء كان يطالب بإلغاء الحكم أو تعديله،.... أو لم يحكم له بكل طلباته، أو لم يؤخذ بكل دفاعه، ومن ثم فلا يكون الحكم محققاً لمقصوده ومتعارضاً مع المركز القانوني الذي يدعيه، وما قد يترتب عليه من آثار تؤدي إلى حرمانه من حق يدعيه. أشار إليه: أنور طلبية، الطعن، ص 321. وفي حكم آخر لمحكمة النقض المصرية بعدم قبول دعوى رفعها زوجة على زوجها ببطلان تصرف في أمواله وهو ما يزال على قيد الحياة، ويتبين فيه بوضوح الربط بين المصلحة والحق؛ أي أن شرط المصلحة القانونية هو نفسه شرط وجود الحق، وذلك عند النظر في مسألة قبول الدعوى، فلا يعترف بمصلحة في قبول الدعوى إلا بالمصلحة في حماية الحق (المصلحة القانونية) جاء فيه: إنه يلزم في كل دعوى أن يكون لصاحبها مصلحة، وأن يكون رافعها ذا صفة في رفعها، وحيث إنه يتبين من هذه الدعوى أن الطاعنة لا=

وبهذا نكون قد انتهينا من أول وصف من أوصاف المصلحة كشرط لقبول الطلب القضائي.

ثانياً - المصلحة القائمة:

إذا كان الحق أو المصلحة التي يطالب المدعي بحمايتها لم يحدث لها اعتداء، أو لم تكن معرضة للتهديد أو الإنكار، فلا توجد أية حاجة لرفع الدعوى، وطلب الحماية القضائية أيّاً كان نوعها؛ ومن ثم فإذا لم تكن المصلحة قائمة أو حالة، فإنها لا تكفي لقبول الدعوى ولو كانت قانونية، وإذا ما رفعت دعوى قضائية في مثل هذه الفرض، فإنه سوف يحكم بعدم قبولها لانتفاء المصلحة القائمة والحالة، فالحق المدعى به لم يكن معرضاً للاعتداء أو للمنازعة فيه.

ورغم اشتراط أن تكون المصلحة قائمة وحالة في الدعوى، وذلك حتى يتم قبولها، فإن المصلحة المحتملة قد تكفي لقبول بعض الدعاوى. وقد نص قانون الأصول على هذه القاعدة والاستثناء في المادة (12) أصول المحاكمات السوري.

1- القاعدة - المصلحة القائمة:

القاعدة العامة التي يقرها القانون والقائلة إنه يشترط لقبول الدعوى أن تكون المصلحة فيها قائمة، ويقصد بذلك أن يكون حق رافع الدعوى أو المركز القانوني الذي يسعى لحمايته برفع الدعوى قد وقع عليه اعتداء بالفعل، أو حصل له تهديد، أو حصلت له منازعة فيه، فيتحقق الضرر الذي يبرر الالتجاء إلى القضاء⁽¹⁾، أي أن يكون الضرر الذي يسعى إلى دفعه أو إصلاحه قد وقع بالفعل، أو أن يكون قد

=تملك الصفة في طلب بطلان تصرف مورثها المفترض؛ لأن الصفة المطلوبة لرفع مثل هذه الدعوى هي أن تكون واردة، وبما أنه لا يمكن أن تكون لها هذه الصفة طالما أنه ما زال زوجها حياً، وكذلك بالنسبة لشرط المصلحة، فإن الوارث لا تنشأ له حقوق على التركة إلا بعد وفاة المورث، وبالتالي فإن ما تثيره الطاعنة بقولها إن العقد الحاصل باطل بطلاناً مطلقاً، وبالتالي يمكن التمسك ببطلانه من أي ذي مصلحة، لا يأخذ بعين الاعتبار ولا ينطبق على دعاوها؛ لأن المقصود حقيقة بذلك هو أن الذي يتمسك بالبطلان يجب أن تتوافر فيه الشروط القانونية لرفع الدعوى، بأن يدعي لنفسه حقاً حالياً يقتضي الدفاع عنه برفع الدعوى لإبطال العقد المذكور. نقض مصري، بتاريخ 28/1/1937، مجموعة القواعد القانونية، ج 2، ص 48. أشار إليه د. عبد المنعم الشرقاوي، شرح قانون المرافعات المدنية والتجارية، مرجع سابق، ص 44، هامش 1.

(1) - د. رمزي سيف، مرجع سابق، ص 123، بند 87.

نشأ ولم يزل قائماً أي برز إلى عالم الوجود، فلم يزل قائماً حتى اتصل بلحظة إقامة الدعوى في المحكمة⁽¹⁾.

ويتشدد القضاء الفرنسي في اشتراط حلول الأجل قبل رفع الدعوى إلى درجة أنه يعتبر الدعوى التي ترفع قبل حلوله غير مقبولة حتى ولو حل الأجل بعد رفعها وقبل الحكم بعدم قبولها، فيجب الحكم في الدعوى بحالتها يوم رفعها؛ وذلك رعاية للأجل المقرر لمصلحة المدين، ومنعاً للالتجاء إلى التقاضي قبل الأوان⁽²⁾.

ويرى فقه آخر، أنّ المصلحة القائمة تتواجد كلما أصاب المدعي ضرر من التجهيل القانوني، وقد يترتب هذا الضرر عن الاعتداء على حق المدعي وهنا تكون له مصلحة في دعوى الإلزام، ولكنه قد ينشأ عن ظروف موضوعية أو شخصية أخرى كوجود عقد باطل أو مزاعم جدية ضارة يذيعها الغير، وتكون له في هذه الحالة مصلحة في دعوى تقريرية، كما أن هذا الضرر قد ينشأ عن تجهيل بحكم القانون لحق منشئ، كحق التطليق، فتتوافر مصلحته في الدعوى المنشئة.

أما فكرة المصلحة المحتملة، فقد قصد بها قبول الدعوى في بعض الحالات وذلك على الرغم من أن الضرر لم يقع بعد، وإنما يتوقع حصوله⁽³⁾.

ويذهب بعض الفقه إلى أن وصف المصلحة القائمة والحالة يعني " استمرار حاجة المدعي إلى إزالة الاعتداء الذي وقع على حقه أو مركزه القانوني وإصلاح الضرر الناجم عن هذا الاعتداء"⁽⁴⁾، فقد لا توجد مصلحة في مباشرة هذه الدعوى إذا تم صلح أو حدث اتفاق على تسوية الأضرار الناجمة عن هذا الاعتداء، وبالتالي لا توجد مصلحة في طلب الحماية القضائية⁽⁵⁾.

وفي الفقه الفرنسي، فإن الرأي السائد هو القول بضرورة توافر شرط المصلحة القائمة والحالة، كشرط لقبول الطلب القضائي، بحيث إذا تخلفت أو انعدمت هذه

(1) - د. صلاح الدين عبد اللطيف الناهي، مرجع سابق، ص 124.

(2) - د. أحمد مسلم، أصول المرافعات، مرجع سابق، ص 328، بند 295.

(3) - د. وجدي راغب فهمي، النظرية العامة للعمل القضائي في قانون المرافعات، ص 493 وما بعدها.

(4) - د. وجدي راغب فهمي، مبادئ، ص 168. أشار إليه د. نبيل إسماعيل عمر، الدفع بعدم القبول،

مرجع سابق، ص 103، بند 71.

(5) - د. نبيل إسماعيل عمر، المرجع السابق، ص 103 وما بعدها، بند 71.

المصلحة، فإن الطلب القضائي يكون غير مقبول، إلا أنهم اختلفوا بخصوص المعنى الواجب إعطاؤه لفكرة المصلحة القائمة والحالة⁽¹⁾.

ويرى البعض أنّ المصلحة تكون قائمة في حالة وقوع مخالفة للقانون متعلقة بالحق المطلوب حمايته. في حين يذهب البعض الآخر إلى أنّه إذا لم يحدث اعتداء على الحق بأي صورة من الصور، فمعنى هذا أنه لا يوجد في هذه الحالة أي خرق أو مخالفة لأية قاعدة قانونية، ومن ثم لا توجد حاجة إلى رفع الدعوى⁽²⁾. ومع ذلك يرى فريق آخر من الفقه أن هذا التعريف غير واضح، وسبب هذا الغموض يرجع إلى أن هذا التعريف يوحي بالخلط بين شروط أو أوصاف المصلحة من جهة، وضرورة إثبات أو تحقق الضرر وذلك في ذات اللحظة التي يقدم فيها الطلب القضائي إلى المحكمة⁽³⁾.

مما سبق نلاحظ مدى اختلاف الفقه بصدد المعنى الواجب إعطاؤه لوصف المصلحة بأن تكون حالة، وتراوح هذا الخلاف بين ضرورة وقوع الاعتداء على الحق، وبين التمييز بين الاعتداء والضرر، واقتصار البعض على قيام الضرر الحال، بينما اكتفى فريق آخر بوقوع اعتداء حال، فيما ذهب فقه آخر إلى أن المقصود بالمصلحة القائمة هو استمرار حاجة المدعي إلى إزالة الاعتداء الواقع على حقه.

إلا أن الرأي الراجح هو، أنّ الضابط لتحقيق المصلحة القائمة وقوع الضرر بالفعل على الحق أو المركز القانوني المراد حمايته، وكما تقول محكمة النقض المصرية، فإن المقصود بالمصلحة القائمة التي يقررها القانون لقبول أي طلب أو دفع على ما جرى به نصّ المادة الثالثة من قانون المرافعات المصري، هو أن يكون لرافع الدعوى حق يحميه القانون، وأن يكون قد وقع عليه الاعتداء بالفعل، أو

(1) - (Vincent, Précis, op. 42) (Brulliard: procedure civile, 1944. p. 29 - (1)

أشار إليهما د. نبيل إسماعيل عمر، الدفع بعدم القبول، مرجع سابق، ص 100، بند 70.

(2) - د. بشار عدنان ملكاوي، د. نائل مساعدة، د. أمجد منصور، شرح نصوص قانون أصول المحاكمات المدنية الأردني، مرجع سابق، ص 100.

(3) - Glasson, Tissier et morel: T.I.P.441 - (3)

أشار إليه د. نبيل إسماعيل عمر، مرجع سابق، ص 100 وما بعدها، بند 70.

تهديده أو حصلت منازعة بصدده، فيتحقق الضرر الذي يبرر الالتجاء إلى القضاء⁽¹⁾.

فالمعيار في كون المصلحة قائمة وحالة أن يكون الضرر الذي أصاب الحق حالاً⁽²⁾.

ويتحقق القاضي من توافر هذا الوصف من خلال صياغة الطلب أو الدفع دون إثبات، ودون تحقق من الوقائع المدعاة. فلا يكفي لقبول الدعوى أن يتمسك المدعي بحق، وإنما لا بد أن يكون هناك مبرر واقعي للحصول على حماية القضاء، ومن ثم فإذا كانت المصلحة القانونية تعني الادعاء بحق يحميه القانون، فإن المصلحة الحالة تعني وقوع الاعتداء على الحق أو المنازعة فيه، إذ إن الشخص لن يكون بحاجة للجوء إلى القضاء إلا إذا كان هناك اعتداء أو إنكار للحق، وبناءً على ذلك فلا تظهر المصلحة الواقعية إلا عند حصول اعتداء أو تهديد للحق وعلى فرض وجوده أو التهديد به؛ أي أن يدعي رافع الدعوى أن هناك اعتداء واقع على حق له؛ ولذلك يطلب تدخل القضاء من أجل تطبيق القانون،

(1) - نقض مصري 1987/1/22، طعن 1016، لسنة 52. أشار إليه د. محمد شتا أبو السعد، مرجع سابق، ص 86.

(2) - د. عبد المنعم الشراقي، شرح المرافعات المدنية والتجارية، مرجع سابق، بند 28، ص 48. ويرى بعض الفقه في هذا الصدد، إن الضرر الحال هو الذي ينتج عن الاعتداء الفعلي على الحق، الأمر الذي لا بد منه من تدخل القضاء لحمايته، أي لإزالة الاعتداء وإصلاح ما ينتج عنه من ضرر عن طريق تطبيق القانون، ومن ثم فهذا الشرط يقتصر على الدعاوى التي يكون موضوعها تطبيق الجزاء القانوني بإلزام المخالف للقانون بالكف عن الاعتداء، وإزالة الأضرار المترتبة عليه عن طريق إلزامه بأداء معين، كما هو عليه الحال في دعاوى الإلزام، فالحكم الصادر فيها يتميز بأن محله جزاء قانوني، ومن ثم فهذه الدعاوى لا تقبل ما لم تستند إلى اعتداء فعلي على الحق، والذي ترتب عليه ضرر حال، مما يلزم لإزالته حكم بالإلزام. بينما الدعاوى المنشئة أو التقريرية، فلا يشترط لسماعها أو لقبولها حصول ضرر حال بالحق أو بالمصلحة التي ترفع الدعوى للمطالبة بحمايتها. (د. وجدي راغب، مبادئ الخصومة، ص 127 وما بعدها. وأيضاً د. محمود محمد هاشم، قانون القضاء المدني، ج 2، ص 72. أشار إليهم: د. علي إبراهيم الجاسم، مرجع سابق، ص 317 وما بعدها. إلا أن الرأي الراجح والذي نؤيده، وكما تذهب إليه محكمة النقض السورية هو أنه لا يشترط في الغصب وقوع القوة والإكراه، وإنما كل إنكار لحق مشروع يعتبر غصباً. نقض سوري أساس غرفة المخاصمة رقم 867، قرار 616، لعام 1999م، مجلة القانون، مجموعة القواعد القانونية، الغرف المدنية، لعام 1999م، ص 260.

طالما أنه لا يمكنه الحصول على حقه بنفسه؛ لأن اقتضاء الحق بالنفس بات ممنوعاً في القوانين الحديثة إلا في بعض الحالات الاستثنائية، وبالتالي فإن ضرراً ما سوف يلحق صاحب الحق المعتدى عليه ما لم يتدخل القضاء، وهو المقصود بواقعية المصلحة.

فالمصلحة القائمة تتمثل في الضرر الذي يمكن أن يلحق المدعي إذا لم يحصل على حكم من القضاء، وإن هذا الحكم من شأنه على فرض صحة ما يزعمه المدعي أن يزيل هذا الضرر، بمعنى أن تكون هناك فائدة عملية تعود على المدعي من الحكم له في طلباته أو دفعه، والتي كان محروماً منها قبل الحكم، ويتم التحقق من ذلك، بأن يفترض القاضي صحة ما يدعيه المدعي من حيث الواقع والقانون، ويرى مع ذلك في هل سيؤدي الحكم للمدعي بطلباته إلى تحقيق فائدة له أم لا؟ فإذا وجدت هذه الفائدة، حكم القاضي بقبول الدعوى، أي إنها جديرة بالنظر في موضوعها، وأما إذا انتهى القاضي إلى عدم وجود هذه الفائدة، فإن الدعوى لن تقبل لعدم واقعية المصلحة⁽¹⁾. وهو ما تذهب إليه محكمة النقض السورية فالمقصود من شرط المصلحة القائمة هو أن يكون الادعاء بحصول ضرر ليتم قبول الدعوى، لا أن يتم إثبات الضرر فقد جاء في حكم لها من أنه لا يشترط لقبول الدعوى أن يتم إثبات الضرر بالمدعي، بل أن يكون الادعاء بحصول ضرر له من جراء الاعتداء أو الإنكار⁽²⁾. وفي حكم آخر قضت من أن دعوى الحيازة أساسها الغضب، ومن ثم لا يجوز سماع أو قبول هذه الدعوى بدون الادعاء أن واضع اليد قد اغتصب العقار⁽³⁾.

(1) - د. وجدي راغب، مبادئ الخصومة، ص 124. وأيضاً د. فتحي والي، الوسيط في قانون القضاء المدني، ص 71. أشار إليهم د. علي إبراهيم الجاسم، مرجع سابق، ص 315 وما بعدها.

(2) - نقض مدني سوري، الغرفة الشرعية، أساس رقم 46، قرار رقم 3، لعام 2000م، مجلة القانون. مجموعة القواعد القانونية التي قررتها محكمة النقض، لعام 2000م.

(3) - نقض مدني سوري، قرار 297، أساس مخاصمة 562، لعام 1994 م، مجلة القانون، لعامي 1994 م. 1995 م، ص 310. وفي حكم آخر قضت أن الحصول على رخص الهدم شرط للحكم بالإخلاء، وليس شرطاً لإقامة الدعوى، أي ليس بشرط لقبولها وسماعها. نقض سوري، مخاصمة، قرار 123، أساس 278، لعام 1996 م، مجلة القانون، القسم الثاني، لعام 1996 م، ص 409.

وحكمة تطلب هذا الشرط لقبول الدعوى أن حلول المصلحة في الدعوى معيار لتحقيق الغرض الذي وجدت من أجله الدعوى، لأن الدعوى لم توجد لحماية مصالح المدعي فقط بل قصد بها أيضاً استقرار النظام وتأمين المعاملات بين الناس، فمباشرة الدعوى لا يصح أن تكون متوقفة على مجرد مشيئة من تقرر لمصلحته، بل تخضع مباشرتها لشروط أخرى لا دخل لإرادته فيها، حيث يكون ثمة أمر شاذ أو غير قانوني بحصول اعتداء على حقه يستدعي رده وإصلاحه⁽¹⁾. كما أنه لا حاجة لصاحب الحق في أن يلجأ إلى القضاء إذا لم ينازع أحد في حقه أو مركزه القانوني، فضلاً عن أن مهمة القضاء الفصل في المنازعات، وحيث لا منازعة حول الحق أو المركز القانوني فإنه لا يصح أن ينشغل القضاء بمنازعات لم تحل بعد، فلا مجال لقبول الدعوى في نزاع لم يقع بعد على الحق؛ لأن الدعوى بوصفها وسيلة ترمي إلى دفع اعتداء وقع بالفعل، أو إصلاح ضرر حصل فعلاً للحق⁽²⁾.

2- الاستثناء - المصلحة المحتملة:

وإذا كانت القاعدة أن المصلحة في الدعوى يجب أن تكون قائمة حالة، وإلا فإن الدعوى لن تقبل، فإن هذه القاعدة يرد عليها استثناء مقتضاه جواز قبول الدعوى في بعض الحالات ولو كانت المصلحة فيها محتملة أو مستقبلية ولم تحل بعد⁽³⁾، وذلك إذا كان يستخلص من ظروف الدعوى ووقائعها أن المنازعة في

(1) - د. عبدالمنعم الشرقاوي، الوجيز في المرافعات، مرجع سابق، ص 29، بند 25.

(2) - د. رمزي سيف، مرجع سابق، ص 123، بند 87. وأيضاً د. أحمد السيد الصاوي، مرجع سابق، ص 209 وما بعدها، بند 103.

(3) - وقد ثار في الفقه والقضاء خلاف بشأن قبول دعاوى الدائنين الموقوف دينهم على حلول الأجل، بناء على أن المدين بالتزامات المؤجلة لا يلزم بالأداء في الحال، علماً أن الحق المعلق على أجل هو حق موجود، وإن كان مؤجلاً؛ ذهب بعض الفقه إلى أنه يمكن رفع الدعوى، ولو قبل حلول الأجل؛ ليحصل الدائن على حكم يتم تنفيذه على المدين عند حلول الأجل، إذ إن الدعوى في هذه الحالة لا تحرم المدين من مزايا الأجل؛ لأنها تتضمن فقد التقرير بصحة الالتزام المطالب به ووجوده بذمة المدين، والدائن فقط يسعى فيها للمحافظة على حقه، وهو الذي يتحمل مصاريف الدعوى (ديمولومب، ج 25، ص 616. أشار إليه د. عبدالمنعم الشرقاوي، شرح قانون المرافعات المدنية والتجارية، ص 51 وما بعدها). وذهب رأي آخر إلى عدم قبولها؛ لأنه قبل حلول الأجل لا يمكن رفع الدعوى؛ لأن رفعها في هذه الحالة يعتبر =

= تعسفاً من الدائن في اللجوء للقضاء، كما أن المدين قد يوفي بالدين عند حلول الأجل؛ ولهذا فليس له سوى الإجراءات التحفظية. (السنهوري، موجز، هامش 476 وما بعدها. أشار إليه د. عبدالمنعم الشرقاوي، المرجع السابق، ص 52).

أما إذا حدث إنكار للدين ولو كان مؤجلاً، ففي هذه الحالة سوف يكون فيها للدائن مصلحة في الحصول على تقرير حقه، واو قبل حلول الأجل، ولا يستطيع المدين بعد إنكار الدين أن يتمسك بالأجل، وذلك لأنه نازع في وجود الدين، وتكون مصاريف الدعوى في هذه الحالة على المدين الذي أنكر الدين (د. عبدالمنعم الشرقاوي، المرجع السابق، ص 52).

وقد يرفع الدائن دعوى للمطالبة بدين مؤجل، إلا أن الأجل حلّ أثناء نظر الدعوى، وقبل الحكم بعدم قبولها، ذهب رأي إلى أنه لا يمكن الحكم بعدم قبولها، وذلك لأن مصلحة الدائن قد حلت، مادام حلّ الأجل ولم يوفي المدين بالدين؛ ولهذا فإنه يجب الحكم عليه بالدفع، ولكن إذا وفى المدين بالدين عند حلول الأجل المتفق عليه، فإنه تكون مصاريف الدعوى على الدائن الذي تعجل برفع الدعوى قبل حلول الأجل (ديمولومب ج 25 فقرة 17 تعليق على المادة 1186 في دالوز. أشار إليه د. عبدالمنعم الشرقاوي، المرجع السابق، ص 53). وذهب رأي آخر إلى أنه يجب الحكم بعدم قبول الدعوى في هذا الفرض أيضاً؛ لأن رفع الدعوى قبل حلول الأجل عيب يصيب الدعوى من أساسها ويستوجب رفضها، وهو عيب لا يمكن إزالته بحلول أجل الدين أثناء نظر الدعوى، كما أن هناك مستجدات أخرى سوف تكون قد ظهرت برفع الدعوى (لارومبير، تعليق على المادة 186 فقرة 26. د. العشماوي، ج 1، بند 717. أشار إليهم د. عبدالمنعم الشرقاوي، المرجع السابق، ص 53). ومن هذا الرأي محكمة النقض الفرنسية التي ترى أنه لتقرير العلاقات القانونية بين أطراف الدعوى، والتي تكون أساساً للدعوى المرفوعة، فإنه يجب الرجوع إلى يوم رفعها، فإذا كانت شروط قبولها متوافرة عند رفعها كانت مقبولة، وإن لم تكن متوافرة في هذا الوقت، فلا يصححها توفر هذه الشروط بعد رفعها؛ لأن الأحكام مقررّة للحقوق وليست منشئة، كما أن الحكم الذي يصدر يكون له أثر من يوم رفع الدعوى، وليس من وقت توفر شروط قبولها، وعلى ذلك فالعبرة بقبول الدعوى هي بحلول الأجل يوم رفعها، لا بما يوجد بعد ذلك (1897/7/22 دالوز 614/1/1897 والتعليق عليه. أشار إليه د. عبدالمنعم الشرقاوي، المرجع السابق، ص 53). وقد انتقد هذا الرأي من قبل بعض الفقه؛ لأنه ليس من المنطلق وحسن سير العدالة أن يحكم بعدم قبول دعوى يمكن للمدعي رفعها في نفس الوقت من جديد؛ لأن هذا يعتبر هدراً للوقت والمصاريف والجهد بغير فائدة، فإذا حلّ الأجل بعد رفع الدعوى، أي أثناء نظرها، فإنه تنشأ للمدعي مصلحة حالة، وهذا يصحح مركزه ويجعل دعواه مقبولة ما دام لم يحكم فيها بعد بعدم القبول، فالمصلحة تنشأ بعدم الوفاء رغم حلول الأجل، فالدعوى تقبل لمجرد المنازعة في الحق خارج مجلس القضاء، ولذلك فالأولى قبولها والنزاع عليه حاصل أمام القضاء والمدين ممتنع عن الوفاء، كما أن الدعوى تقبل لمجرد احتمال وقوع الاعتداء أو الضرر، وأما قاعدة أن أثر الحكم يرجع إلى وقت رفع الدعوى، فهي لا يمكن الاحتجاج بها على الدائن؛ لأنها بالأساس موضوعة لصالحه حتى لا يضار من بطء إجراءات المحاكمة فيعتبر أنه قد حصل على دينه من وقت رفع الدعوى؛ ولهذا فهو وحده يمكنه التمسك بها، ويرى هذا الفقه إن القضاء المصري قد =

= أحسن حين لم يأخذ بالرأي الذي ذهبت إليه محكمة النقض الفرنسية، فقد جاء في حكم لها أنه لا يمكن الحكم بعدم قبول الدعوى لم يتمسك فيها المدعي عليه بعدم قبولها حتى بعد حلول الأجل؛ ولهذا فإنه يجب الحكم برفض الدفع المبدي بعد حلول الأجل، والحكم بقبول الدعوى (1933/2/16، محاما، س 13، ص 1135 مشار إليه في د. عبدالمنعم الشرقاوي، المرجع السابق، ص 54 وما بعدها)

ومن جهة أخرى، هل يلزم قيام المصلحة في الدعوى لدى رافعها إلى أن يتم الفصل في موضوعها؟ ذهب رأي إلى أنه إذا زالت المصلحة أو الصفة في الدعوى بعد رفعها والحكم بقبولها، وقبل قفل باب المرافعة، وفي وقت يمكن التمسك فيه بالدفع بعدم قبولها، فإنه يجب الحكم بعدم قبولها في هذه الحالة، فالمصلحة شرط مستمر يجب أن يظل قائماً إلى وقت الفصل في الدعوى، أي قبل قفل باب المرافعة، وفي وقت يمكن التمسك فيه بالدفع بعدم القبول (د. عبدالمنعم الشرقاوي، المرجع السابق، ص 59). وذهب رأي آخر قريب من الرأي السابق إلى أن العبرة بتوافر شرط المصلحة بوقت رفع الدعوى، واستمرارها حتى صدور الحكم النهائي، بينما الصفة فيكفي توافرها وقت رفع الدعوى حتى ولو انتقلت بعد ذلك (القاضي أنور طلبية، مرجع سابق، ج 1، ص 52). وذهب رأي آخر إلى أنه يكفي وجود المصلحة عند رفع الدعوى وزوالها بعد ذلك لا يؤدي إلى عدم قبولها، وإنما على المحكمة أن تبحث الدعوى على ضوء الوضع الجديد الذي قد يتصل بأساسها، ويرجح أن تحكم المحكمة في هذه الحالة بانتفاء الخصومة (د. أحمد أبو الوفا، أصول المحاكمات، مرجع سابق، ص 125 وما بعدها، هامش 2). وقد قضت محكمة النقض المصرية بأن العبرة في بحث توافر شروط قبول الدعوى هي بوقت طرح الطلب؛ لأنه الوقت الذي كان يجب فيه أن يصدر الحكم حتى لا يضار صاحب الحق من بطل الإجراءات أو مماطلة الخصوم، ولكي لا يكون لأية ظروف طارئة من أثر على مراكز الخصوم (نقض مدني مصري، 2002/11/25، طعن 6217، س 65 ق. أشار إليه القاضي أنور طلبية، مرجع سابق، ج 1، ص 52). وقضت محكمة النقض المصرية في حكم آخر لها أنه يكفي لتحقيق المصلحة في الطعن قيامها وقت صدور الحكم المطعون فيه؛ ولهذا يجب قبول الدعوى لتوفر شرط المصلحة فيها عند رفعها، ولو زالت المصلحة بعد ذلك، فالعبرة بتوافر شرط المصلحة الحالة في الطعن هي بوقت صدور الحكم المطعون فيه، وزوالها بعد ذلك لا يؤدي لعدم قبولها، ويتعين على محكمة الطعن الفصل فيه كما لو كانت المصلحة لم تزل قائمة، أما انعدامها قبل صدور الحكم، فإنه سوف يؤدي لعدم قبولها (نقض مصري 1986/1/26، طعن 164، س 51 ق. أشار إليه القاضي أنور طلبية، الطعن بالاستئناف والتماس إعادة النظر، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1995، ص 322)، وذهب محكمة النقض المصرية في أحكام أخرى أبعد من ذلك من ذلك بالقول إنه لا قيمة لانعدامها قبل صدور الحكم المطعون فيه إذا لم يتم التمسك به أمام محكمة الموضوع (نقض مصري 1956/12/13، ص 779، بند 156. أشار إليه القاضي هشام الطويل، شروط قبول الطعن بالنقض، مرجع سابق، ص 205). وقد انتقد هذا الرأي من قبل البعض؛ لأنه لا معنى لقبول الطعن إذا زال الاعتداء على الحق، أو التهديد الموجه له؛ لأنه من العبث وإضاعة الوقت الاستمرار في دعوى لن يفيد منها أحد، إلا إذا كان هناك محل لتصفية آثار الاعتداء (د. عبدالمنعم الشرقاوي، شرح قانون المرافعات المدنية، ص 59). ويتطلب مجلس الدولة السوري توافر المصلحة في =

الحق أو الاعتداء عليه أمر مرجح أو مؤكد وليس محتملاً، أو أن هناك ضرراً حالاً سوف يعود على صاحب الحق المراد حمايته من تأخير الحصول على المصلحة المطلوبة إلى التاريخ المقرر لطلبها⁽¹⁾. وقد قنن المشرع السوري ذلك فنص في المادة (2/12) أصول، بأنه تكفي المصلحة المحتملة إذا كان الغرض من الطلب الاحتياط لدفع ضرر محقق أو الاستيثاق لحق يخشى زوال دليله عند النزاع فيه، فالمصلحة المحتملة هي المصلحة التي يكون فيها الضرر أو الاعتداء على الحق المراد حمايته، لم يقع بعد، وإنما هو محتمل الوقوع أو متوقع الحصول، فهي مصلحة لم تتولد بعد، وربما لن تتولد أبداً، أو هي مصلحة يفتح بابها، إذا تولدت أسبابها، فترفع الدعوى لا لدفع ضرر وقع بالفعل، وإنما لتوقي الضرر قبل وقوعه، ولذلك تسمى هذه الدعاوى بالدعاوى الوقائية⁽²⁾.

إلا أن هناك بعض الفقه يرى أن هذا الاصطلاح غير دقيق، فالمصلحة لا يمكن إلا أن تكون قائمة وحالة عند رفع الدعوى، ومن ثم فلا يمكن قبول دعوى أن لم توجد فيها مصلحة تعود على رافعها، أي بمعنى فائدة عملية تعود عليه من الحكم في ادعائه، هذه المصلحة لا بد أن تكون قائمة وحالة، ولا يمكن أن تكون احتمالية، وأما مصطلح المصلحة الاحتمالية فيقصد به عدم وجود نزاع قائم وحال حول الحق الموضوعي الذي يدعيه المدعي؛ وبعبارة أخرى فالاعتداء الفعلي وأن لم يقع فعلاً، إلا أنه محتمل أو مستقبل الوقوع، أو أن هذا الاعتداء قد وقع ولكن يترتب عليه ضرر احتمالي أو ضرر في المستقبل، فمصطلح الاحتمال لا يرد أو

= دعوى الإلغاء ل يتم قبولها، وأن تبقى هذه المصلحة قائمة من تاريخ رفع الدعوى، ومستمرة حتى الحكم فيها، بحيث إذا زالت هذه المصلحة أثناء سيرها، فإنه يجب الحكم بعدم قبول الدعوى (حكم المحكمة الإدارية العليا السورية في الطعن 1645/90 / 1990 م، مبادئ القضاء الإداري، اجتهادات المحكمة الإدارية العليا في أربعين عاماً 1959 . 2000م، إعداد المحامي مصباح نوري المهائني، ج 3، ص 657، أشار إليه د. حسام راتب القاعد، مرجع سابق، ص 230 وما بعدها)

(1) - د. أمينة النمر، مرجع سابق، ص 91 وما بعدها، بند 76 . 2.

(2) - د. رمزي سيف، مرجع سابق، ص 123 وما بعدها، بند 88.

يوصف به شرط المصلحة ذاته؛ لأن من المتفق عليه أنه لا توجد دعوى دون توافر مصلحة فيها، وإنما يوصف به الاعتداء أو الضرر الذي ينتج عن هذا الاعتداء⁽¹⁾. ويذهب رأي آخر إلى القول بأن المصلحة التي تبرر قبول الدعوى باعتبارها الحاجة إلى الحماية القضائية، لا تتصور إلا مصلحة حالة، فالأصل أنه يجب لنشأة الحق في الدعوى، أن يحدث اعتداء على الحق، إذ بحدوث هذا الاعتداء يتولد عنه مصلحة في الدعوى، أي ينشأ الحق في الدعوى، وأما إذا كانت هذه الحاجة محتملة لم توجد بعد فليس هناك من مبرر لوجود الدعوى، فالمصلحة في الدعوى، وهي مضمون الحق في الدعوى، لا يمكن شأنها شأن أي حق قائم، إلا أن تكون موجودة أي حالة، وإذا كانت هناك حالات تكفي فيها المصلحة محتملة لنشأة الحق في الدعوى، فإن الأمر في الحقيقة يتعلق بدعوى حالة، أي بمصلحة حالة في الحماية القضائية، وإنما تنشأ الدعوى لمواجهة اعتداء محتمل، فالاحتمال لا يرد على شرط المصلحة نفسه، وإنما يرد على الضرر نفسه، إذ قد يقع أو لا يقع⁽²⁾.

ويذهب رأي آخر إلى أن القول بأن هناك بعض دعاوى لا تستند إلى حق وأن المصلحة فيها محتملة ومع هذا فهي تقبل، فهذا القول يجانبه الصواب؛ لأن الدعوى تكون دائماً مستندة إلى حق موجود وحال، وأما الدعوى التي ترفع بقصد إثبات وقائع للاستناد إليها في نزاع مستقبل، فهي ترفع بقصد حماية الدليل، وذلك إذا وجبت هذه الحماية وكانت ضرورية، وحمايته حماية للحق ذاته، ودعوى وقف الأعمال الجديدة تقبل؛ لأن الغرض منها درء التعرض قبل حصوله ويستند رافعها إلى حق ظاهر ويطلب حمايته⁽³⁾.

ويرى بعض الفقه بأن المصلحة كشرط لنشأة الحق في الدعوى القضائية تتوفر بحدوث اعتداء مادي أو قانوني حال أو محتمل على الحق أو المركز

(1) - د. نبيل إسماعيل عمر، الدفع بعدم القبول، ص 99 وما بعدها، بند 69.

(2) - د. فتحي والي، الوسيط، مرجع سابق، ص 65، بند 35. وأيضاً د. أحمد السيد صاوي، مرجع سابق، بند 103، ص 210.

(3) - د. أحمد أبو الوفا، نظرية الدفع، مرجع سابق، ط7، ص 826، بند 471.

القانوني المدعى به، فهي بهذا الشكل توجد كشرط لميلاد الحق في الدعوى، تخلف المصلحة بهذا المعنى يؤدي إلى تخلف مقابل ومواز له في نشأة الحق في الدعوى، وهذا الأمر يؤكد ويثبت المبدأ الذي درج عليه الفقه والقضاء والقائل إنه لا دعوى بلا مصلحة؛ ولهذا فنشأة الحق في الدعوى يختلف عن مباشرة أو استعمال هذه الدعوى أمام القضاء، فيشترط لاستعمال الحق في الدعوى أن يتوافر لصاحبها مصلحة في الحصول على الحماية القضائية، ومن ضمن شروط هذه المصلحة أن تكون قائمة وحالة، تخلف المصلحة القائمة والحالة في مثل هذه الحالات وبهذا المعنى يؤدي إلى عدم قبول الطلب القضائي، فالدفع بعدم القبول يوجه هنا إلى تخلف وصف من الأوصاف الواجب توافرها في شرط المصلحة اللازم لقبول الطلب القضائي. ومع ذلك فإن فكرة المصلحة كشرط لنشأة الحق في الدعوى تنعكس على شرط المصلحة اللازم لقبول الطلب القضائي، فتصبغه أحياناً بلونها وتعطيه أحياناً طبيعتها الخاصة، بحيث ينتهي الدفع بعدم القبول ليس فقط إلى إطراح هذا الطلب القضائي، وإنما إلى إدخال نوع من العجز الدائم أو المؤقت على ذات الحق في الدعوى.

ويتضح من نص المادة (12) أصول سوري، أن المشرع جمع الحالات التي تقبل فيها الدعوى بالرغم من أن المصلحة فيها محتملة في طائفتين: الأولى، أن يكون الغرض فيها من الدعوى الاحتياط لدفع ضرر محقق. ومن أمثلة هذه الدعاوى، دعوى قطع النزاع وصورتها أن يزعم شخص أن له حقاً قبل شخص آخر، فيرفع هذا الأخير دعوى عليه، ويطالبه بإثبات ما يدعيه. وقد اختلف الفقه والقضاء في قبولها، وسبب الخلاف أن هذه الدعوى تعتبر خروجاً على قاعدة حرية الشخص في الالتجاء إلى القضاء، ولهذا الاعتبار رفض البعض قبول هذه الدعوى⁽¹⁾، إلا

(1) Classon et Tissier: no. 230 – solus et perrot: no. 232. p. 209 –

وهذه الدعوى غير مقبولة في الفقه الإسلامي لأن المدعي إذا ترك، ترك. وهي غير مقبولة في القانون العراقي. أشار إليهم د. أحمد السيد صاوي، مرجع سابق، ص 212، بند 105، وهامش 2، ص 212.

أن الرأي الراجح هو قبولها⁽¹⁾، وقد ورد في المذكرة التفسيرية لقانون المرافعات المصري السابق والحالي ما يؤيد قبولها ويبين شروطها فجاء بها أنه يمكن لمن يريد وقف مسلك تهديدي أن يدعو خصمه الذي يحاول بمزاعمه الاضرار بمركزه المالي أو بسمعته، الحضور لإقامة الدليل على صحة زعمه، فإن عجز حكم عليه بأنه لا حق له فيما يزعمه، وحرّم من رفع الدعوى فيما بعد، بشرط أن تكون هذه المزاعم جدية وليست مجرد مزاعم أو أقاويل فارغة " تخرصات فارغة " ليس لها أثر ضار يعتد به وإلا كانت الدعوى غير مقبولة⁽²⁾.

والطائفة الثانية، يكون الغرض فيها من الدعوى الاستيثاق لحق يخشى زوال دليله عند النزاع فيه. وهي دعاوى التي يطلب فيها من القضاء إجراء تحقيق لإثبات واقعة للاستناد إليها في نزاع مستقبل، أو هدم دليل لمنع الاستناد إليه في نزاع مستقبل⁽³⁾.

ومن تطبيقات محكمة النقض السورية في هذا الخصوص، والتي تدل على أنه يقبل الدعوى على الرغم من أن المصلحة فيها هي محتملة، فقد جاء في حكم لها من أنه في طلب التدخل تكفي المصلحة المحتملة إذا كان الغرض منه الاحتياط لدفع ضرر، أو الاستيثاق من حق يخشى زوال دليله⁽⁴⁾. وحكمت بأنه تكفي المصلحة لإقامة الدعوى ولو كانت محتملة، على اعتبار أن المصلحة مناط كل دعوى، وعلى الشخص إثبات مصلحته فيها لتتم قبول دعواه⁽⁵⁾.

(1) - د. أحمد السيد صاوي، مرجع سابق، ص 212، بند 105. وأيضاً د. رمزي سيف، مرجع سابق، ص 125، بند 89. وأيضاً عبد المنعم الشرقاوي، مرجع سابق، ص 32، بند 27.

(2) - أشار إليه د. أحمد أبو الوفا، المرافعات المدنية، مرجع سابق، ص 201، بند 111.

(3) - د. أحمد السيد صاوي، مرجع سابق، ص 216 وما بعدها، بند 106.

(4) - نقض سوري، الغرفة المدنية الثانية في القضية أساس 4677، قرار 3375، تاريخ 2010/10/24 م، المحامون، الأعداد 7. 12، لعام 2012، السنة 77، ص 799.

(5) - نقض سوري، رقم 540، تاريخ 2000/4/24 م، مجلة المحامون، العددان 3. 4، السنة 69 لعام 2003 م، ص 261.

ثالثاً - المصلحة الشخصية:

1- القاعدة: قد ينشأ الحق في الدعوى نتيجة اعتداء على حق، وصاحب هذا الحق هو الوحيد الذي يمكن أن تعود عليه منفعة من الفصل فيما بعد في الدعوى، ومن ثم فهو وحده الذي يحتاج لحماية القضاء؛ ولذلك تقبل الدعوى - أي تكون صالحة للنظر فيها - ما دام هو رافعها⁽¹⁾.

فيقصد بالمصلحة الشخصية أن يكون رافع الدعوى هو صاحب الحق أو المركز القانوني محل النزاع أو نائبه بحيث يكون الغرض من الدعوى حماية حق أو مركز قانوني له، فلا تقبل الدعوى من غير صاحب الحق أو المركز القانوني المعتدى عليه مهما كان للغير من مصلحة في حماية حق غيره⁽²⁾.

فيقصد بالمصلحة الشخصية وجود نوع من التوافق بين صاحب الحق الموضوعي وصاحب الدعوى، وبين الملمزم بهذا الحق والمرفوع عليه الدعوى، وهذه الشروط يعبر عنها بالصفة في رفع الدعوى، أي أن يكون المدعي هو صاحب الحق، والمدعى عليه من صدر منه الاعتداء أو الإنكار لهذا الحق⁽³⁾.

وبناءً على ذلك لا يستطيع أحد أن يرفع أو يستعمل دعوى لحساب غيره، إلا إذا سمح له باستعمال هذه السلطة، وعلى ذلك فالشخص الذي يقيم الدعوى يجب أن يكون قد تضرر من تعرض أو تهديد أو اعتداء واقع على حق له، وأن يطلب في دعواه إزالة هذا التعرض أو الاعتداء.

وقد قضت محكمة النقض الفرنسية في هذا الصدد في حكم لها، بأن الشخص الذي يرفع الدعوى يجب أن يكون هو نفسه صاحب الحق المراد حمايته أو من يمثله قانوناً⁽⁴⁾.

(1) - د. أحمد خليل، مرجع سابق، ص 189، بند 197.

(2) - د. أحمد السيد صاوي، مرجع سابق، ص 201، بند 101. وأيضاً د. رمزي سيف، مرجع سابق، ص 114، بند 79.

(3) - د. نبيل إسماعيل عمر، قانون أصول المحاكمات، مرجع سابق، ص 256، بند 105. 3.

(4) - نقض فرنسي، 1919/5/13، داللو 1922، 1، 94. أشار إليه د. رزق الله إنطاكي، مرجع سلبق، ص 158، بند 137.

وقد قضت محكمة النقض المصرية في حكم لها بأن الدعوى هي حق الالتجاء إلى القضاء لحماية الحق أو المركز القانوني المدعى به، ومن ثم فإنه يلزم لقبولها توفر الصفة الموضوعية لطرفي هذا الحق، بأن ترفع الدعوى ممن يدعي استحقاقه لهذه الحماية، وضد من يراد الاحتجاج عليه بها (1).

وهو ما يذهب إليه الاجتهاد القضائي السوري، فقد قضت محكمة النقض السورية في حكم لها من أن الصفة هي ما للشخص من شأن في الدعوى يجيز له المخاصمة في موضوعها، وإن أصحاب الحقوق هم ذوو الصفة بالمخاصمة أمام القضاء، ولا يقبل من غير صاحب الحق أن يقاضي عنه لحساب غيره، ولا يلزم أحد ما أن يدافع في دعوى تجرد صاحبها من صفة التقاضي (2). وقضت أن الصفة في الادعاء شرط أساسي لقبول الدعوى، وهذا الشرط يتعلق بالنظام العام، والصفة شرط لازم لقبول الدعوى سواء بالنسبة للمدعي أم بالنسبة للمدعى عليه (3). والصفة كما هي شرط لقبول الدعوى، فهي شرط لقبول أي دفع، وقد قضت محكمة النقض السورية من أن الصفة شرط أساسي لقبول أي دفع، وهذا من متعلقات النظام العام (4). وجاء في حكم آخر، أن الصفة في الدعوى شرط أساسي لقبولها،

(1) - الطعن رقم 864، سنة 53 ق جلسة 1987/1/14، س 38، ص 67. أشار إليه ق. سعيد أحمد الشعلة، مرجع سابق، ص 52، بند 24

(2) - نقض سوري، الغرفة المدنية الثانية في القضية أساس 1413، قرار 434، تاريخ 2009/3/29 م، المحامون، العددان 3-4، لعام 2011، السنة 76، القاعدة 70. ونقض رقم 1958 تاريخ 1981/12/10، المحامون، لعام 1982، ص 387. والمحامون، العددان 5-6، لعام 2010، السنة 75، ص 837 وفي حكم آخر جاء فيه إن الصفة هي ما للشخص من شأن في الدعوى يجيز له المخاصمة في موضوعها. والسبب هو إن المدعي كان قد تعاقد مع المدعي عليه بصفته رئيس نادي، ولم يتعاقد معه بصفته الشخصية، ومن ثم فرفعه الدعوى بصفته الشخصية يجعلها مردودة شكلاً. نقض سوري، الغرفة المدنية الثالثة في القضية أساس 2253، قرار 2375، تاريخ 2008/6/16، المحامون، العددان 5-6، لعام 2010، السنة 75، ص 836، القاعدة 292.

(3) - نقض مدني سوري، أساس 5673، قرار 4532، تاريخ 1994/12/27، المحامون، العددان 11-12، لعام 2011، السنة 76، ص 1709.

(4) - نقض مدني سوري، في القضية أساس 8377، قرار 2، تاريخ 2011/1/25، المحامون، الأعداد 1-6، حزيران 2013، السنة 78، ص 113.

وكما يسري هذا الشرط على المدعي، فهو يسري أيضاً على المدعى عليه، وتوافر الصفة في الدعوى يعتبر من متعلقات النظام العام، ومن ثم يكون من حق المحكمة إثارته عفواً من تلقاء نفسها ⁽¹⁾. وفي حكم آخر جاء فيه: من لا صفة له لا تسمع دعواه ⁽²⁾.

وعلة عدم قبول الدعوى من غير صاحب الحق، أو من ينوب عنه، إنه ليس لأحد أن يفرض نفسه قيماً على صاحب الحق، فهو أقدر على ترجيح مصلحته، وقد يرى عدم رفع الدعوى، أو قد يتنازل عن حقه سواء بمقابل أم بغير مقابل، ومن ثم فليس من حق الغير أن يجبره على رفعها وإلا غد ذلك فضولاً منه ⁽³⁾، كما أن صاحب الحق قد يفضل اللجوء إلى الوسائل الودية، أو إلى الصلح، أو إلى التحكيم، لحل نزاعاته مع الآخرين.

فانشغال القضاء بدعاوى لم يرفعها أصحابها مضيعة للوقت والجهد بغير طائل. كما أن رفع الدعوى من غير ذي مصلحة شخصية ومباشرة لا يجعل للحكم الصادر فيها حجية في مواجهة صاحب الحق.

فصاحب الحق له أن يرفع الدعوى أو لا يرفعها وليس لأحد أن يجبره على الالتجاء إلى القضاء، وتطبيقاً لذلك، قضت محكمة النقض المصرية بأنه إذا شطب الاستئناف الأول فقام المحامي تطوعاً برفع الاستئناف الثاني عن الحكم وأثبتت المحكمة أن الخصم منع محامية من رفع هذا الاستئناف الذي تطوع برفعه، فإن هذا الاستئناف يعد استئنافاً فضولياً لا وجود له ⁽⁴⁾.

وفي هذا الصدد يرى البعض، أن مصطلح المصلحة الشخصية في دعوى الإلغاء يأخذ معنى أوسع مما هو عليه في الدعوى العادية، ففي الدعوى أمام

(1) - قرار صادر عن محكمة الصلح المدنية العاشرة بدمشق في القضية أساس 8482، قرار 577، تاريخ 2010/11/23. وصدق هذا القرار من قبل محكمة النقض. الغرفة الإجارية بموجب قرارها رقم 528، تاريخ 2011/3/27، المحامون 12.11، لعام 2011، السنة 76، ص 1713.

(2) - نقض سوري قرار رقم 438، أساس 305 مجلة المحامون، لعام 2006، أشار إليه: أنور عبدالله محمد، مرجع سابق، ص 91.

(3) - د. أحمد السيد صاوي، مرجع سابق، ص 202، 101.

(4) - د. أحمد السيد صاوي، مرجع سابق، ص 202، بند 101.

القضاء العادي يجب أن يستند رافع الدعوى إلى حق له معتدى عليه ليتم قبول دعواه، بينما في دعوى الإلغاء فإنّه يكفي فيها مجرد توافر مصلحة لا ترقى إلى مرتبة الحق الشخصي⁽¹⁾؛ لأن دعوى الإلغاء هي بحسب وظيفتها وجدت أساساً لحماية مبدأ الشرعية، فالهدف منها إلغاء القرار الإداري المعيب، أكثر من كونها وسيلة لحماية حق شخصي لرافع الدعوى، كما أن إلغاء القرار المعيب سيستفيد منه آخرون غير الشخص رافع الدعوى. ومن تطبيقات مجلس الدولة السوري في هذا الخصوص، ما قضت به المحكمة الإدارية العليا من أنّ المصلحة في دعوى إلغاء القرارات الإدارية، تتوفر عندما يكون رافعها في حالة قانونية يؤثر فيها القرار المطعون فيه تأثيراً مباشراً، ويجعل له مصلحة شخصية مباشرة في طلب إلغاءه⁽²⁾.

2- الاستثناء: إذا كان الأصل أن الدعوى لا تقبل إلا إذا رفعها صاحب الحق المعتدى عليه؛ لأنه وحده صاحب الصفة في رفعها، وإنما أجاز المشرع استثناء من هذه القاعدة العامة بعض الدعاوى دون أن يكون رافعها صاحب الحق المعتدى عليه، إذ قد ينص القانون في بعض الحالات على قبول الدعوى مع أن الحق موضوع الدعوى ليس خاصاً برافعها، ودون أن ينيبه صاحب الحق هذا، ومن أمثلة هذه الدعاوى، الدعوى غير المباشرة، إذ جاء في المادة (236) مدني سوري ما يجيز ويشترط لقبولها من أنه لكل دائن ولو لم يكن حقه مستحق الأداء أن يستعمل باسم مدينه جميع حقوق هذا المدين بشرط أن لا تكون هذه الحقوق متصلة بشخص المدين، وأن يثبت أن مدينه لم يستعمل هذه الحقوق، وأن ذلك من شأنه أن يؤدي لاعتساره أو يزيد منه، وهي الشروط الموضوعية لقبولها، ومن الناحية الإجرائية يشترط إدخاله خصماً في الدعوى، ولكن لا يشترط إعداره، فالدعوى هنا ترفع باسم صاحب الصفة الأصلي ولمصلحته أي الدائن، وليس باسم المدين، ويعتبر الدائن نائباً عن هذا المدين في استعمال حقوقه بموجب القانون.

(1) - د. حسام راتب القاعد، مرجع سابق، ص 56 وما بعدها.

(2) - حكم المحكمة الإدارية العليا السورية رقم 7، في الطعن رقم 40، لسنة 1967 م، مبادئ القضاء الإداري، اجتهادات المحكمة الإدارية العليا في أربعين عاماً (1959 - 2000)، إعداد المحامي مصباح نوري المهاياني، ج 1، مؤسسة النوري، دمشق، 2004 م، ص 794. أشار إليه د. حسام راتب القاعد، مرجع سابق، ص 55.

3- وصف المصلحة الشخصية هو نفسه شرط الصفة اللازم لقبول

الدعوى: يقصد بتوافر الصفة كشرط لقبول الدعوى أن يوجد تطابق بين المركز القانوني للشخص رافع الدعوى، والمركز القانوني لصاحب الحق المدعى، كما يشترط وجود تطابق بين المركز القانوني للمدعى عليه، والمركز القانوني للمعتدي على هذا الحق المزعوم⁽¹⁾.

وقد عبر المشرع المصري في قانون المرافعات المادة (3) منه لاشتراط الصفة في رفع الدعوى بتعبير المصلحة الشخصية. والمشرع السوري وإن لم ينص صراحة على اشتراط شخصية المصلحة في الدعوى، إلا أننا نرى، أنّ عبارة لصاحبه الواردة في نص المادة (12) أصول تقي بالغرض، فتعبير المصلحة الشخصية والمباشرة هو نفسه شرط الصفة.

وتطرح مسألة الصفة بالنسبة للمدعى عليه بالمعنى الذي يأخذ به وهي أنها وصف من أوصاف المصلحة وليست شرطاً مستقلاً بذاته، وبالتالي يتعين أن ترفع الدعوى ضد شخص يملك الصفة للدفاع فيها، ومن شخص يدعي أنه صاحب الحق المتنازع عليه⁽²⁾.

وقد قضت محكمة النقض السورية في حكم لها، إن الصفة شرط أساسي لقبول الدعوى، وهي تسري بحق الطرفين المدعي، والمدعى عليه⁽³⁾. وإذا كان هناك إجماع في الفقه والقضاء على وجوب شرط الصفة لقبول الدعوى، إلا أن هناك اختلاف بين اعتبارها وصف من أوصاف المصلحة، أو بين اعتبارها شرط مستقل إلى جانب شرط المصلحة لقبول الدعوى، ويرجع ذلك إلى أن الصفة تختلط أحياناً بتعريف المصلحة الشخصية، وأحياناً يتخلص منه ليختلط بتعريف السلطة أو الأهلية.

(1) - د. نبيل إسماعيل عمر، الدفع بعدم القبول، مرجع سابق، ص 57، بند 38.

(2) - د. نبيل إسماعيل عمر، الوسيط، مرجع سابق، ص 305. وأيضاً د. إدوار عيد، مرجع سابق، ج1، مجلد 1، ط2، ص 119، بند 23.

(3) - نقض سوري، في القضية أساس 5673، قرار 4532، تاريخ 1994/12/27 م، المحامون، العددان 11. 12، لعام 2011، السنة 76، ص 1709.

ويرجع اختلاف الفقه في تعريف الصفة إلى أن: لكلمة الصفة معاني غير محددة، فقد يقصد بها المصلحة الشخصية عندها يكون صاحب الصفة هو صاحب الحق، وقد يقصد بها سلطة استعمال الدعوى ومباشرتها، عندها يكون صاحب الصفة هو من يمثل صاحب الحق المدعى به أيضاً، وغموض شروط قبول الدعوى واختلاطها بشروط استعمالها ومباشرتها أمام القضاء، فقد تكون الدعوى لشخص ويباشرها غيره بصفته نائباً أو وصياً.

فالصفة بمعنى المصلحة الشخصية هي شرط لقبول الدعوى، والصفة بمعنى السلطة أو الأهلية، إنما هي شرط لمباشرة الدعوى⁽¹⁾.

ويستند أصحاب استقلال الصفة عن المصلحة في ذلك على أنه إذا كانت المصلحة تتمثل في الفائدة التي يتوخاها الخصم من إقامة الدعوى؛ ولذلك فإنها تعود حصراً لصاحب الحق فقط، بينما تتمثل الصفة في السلطة التي تمكن الخصم من رفع الدعوى، ولذلك فهي تكون عادة لصاحب الحق المدعى به، أو لمن تلقى الحق عنه بأي طريق قانوني، كما تكون لممثل الشخص الاعتباري، ولممثل صاحب الحق، أو لمن أحله القانون محله في الادعاء، وهي تكون كذلك للنيابة العامة في حالات معينة⁽²⁾.

ويرى البعض أنه من المغالاة القول بأن شرط الصفة ليس سوى شرط أن تكون المصلحة الشخصية؛ فشرط الصفة قد ينفصل عن شرط المصلحة الشخصية وقد يندمج فيه؛ وبعبارة أخرى إذا كان لكل ذي مصلحة شخصية صفة في رفع الدعوى، فليس لكل ذي صفة مصلحة شخصية فيها⁽³⁾.

(1) - د. مفلح عواد القضاة، مرجع سابق، ص 182.

(2) - د. نبيل إسماعيل عمر، الوسيط، مرجع سابق، ص 304 وما بعدها. وأيضاً د. إدوار عيد، المرجع السابق، ص 120 وما بعدها، بند 23.

(3) - د. أحمد مسلم، أصول المحاكمات، مرجع سابق، ص 335، هامش 1.

وتتميز الصفة عن المصلحة في الحالات التي يجيز فيها القانون لشخص ما الادعاء بحق يعود إلى غيره، ولهذا يتم تقدير شرط المصلحة في شخص صاحب الحق، بينما تقدر الصفة في شخص رافع الدعوى⁽¹⁾.

(1) - د. نبيل إسماعيل عمر، الوسيط، مرجع سابق، ص 307. وأيضاً د. إدوار عيد، المرجع السابق، ص 120، بند 23. وكما اختلف الفقه في هل شرط الصفة هو شرط مندرج في شرط المصلحة أم لا؟ فقد اختلف القضاء في هذا الأمر، فالقضاء الفرنسي . في بعض أحكامه . ذهب إلى القول باستقلال الصفة عن المصلحة ومن هذه الأحكام، حكم لمحكمة استئناف ليون جاء فيه أنه من الشروط الأساسية التي يجب أن تتوفر في كل متقاضي حتى يمارس حقاً لدى القضاء، تبرز بالإضافة لشرط المصلحة، الصفة. (حكم لمحكمة استئناف ليون، بلا رقم، تاريخ 1951/12/4، مشار إليه في د. محمد عبدالسلام مخلص نظرية المصلحة في دعوى الإلغاء. أشار إليه د. حسام راتب القاعد، مرجع سابق، ص 101) بينما نجد إن هذا القضاء في أحكام أخرى ذهب إلى القول باتحادهما، حيث قضت محكمة النقض الفرنسية في حكم لها: إن صاحب الصفة هو صاحب الحق، وعند تخلف هذا الشرط ترفض الدعوى لعدم وجود صفة للمدعي؛ أي لعدم وجود مصلحة شخصية له. (أشار إلى هذا الحكم د. عبدالمنعم الشرقاوي، نظرية المصلحة في الدعوى، ص 272 وما بعدها. أشار إليه د. حسام راتب القاعد، مرجع سابق، ص 100). وقد اتجه القضاء السوري في بعض أحكامه إلى اعتبار أن الصفة هو شرط مستقل عن شرط المصلحة من ذلك حكم لها جاء فيه أن الدعوى لا تسمع إلا من ذي صفة فيها (حكم لمحكمة الاستئناف المدنية السورية رقم 216 في القضية أساس 472، جلسة 1992/6/30، مجلة المحامون، العددان 5 . 6، السنة 58، لعام 1993، ص 528. كما أن محكمة النقض السورية في العديد من أحكامها اتجهت إلى الفصل بين الصفة والمصلحة من ذلك حكم لها: إن الصفة شرط أساسي لقبول الدعوى، سواء بالنسبة للمدعي أو المدعى عليه، وإن التحقق من صحة الخصومة، والوقوف على المصلحة، عند النظر في قبولها، من المسائل الجوهرية التي يتوجب على المحكمة ولو من تلقاء ذاتها التحقق منهما في كل دعوى تعرض عليها (نقض سوري، رقم 2126، في القضية أساس 2260، جلسة 1999/12/30، مجلة المحامون، العددان 3 . 4، السنة 66، لعام 2006 م، ص 297). وفي أحكام أخرى نجده قد اتجه إلى الفصل بينهما من ذلك أنه من شروط قبول الدعوى المدنية أمام القضاء أن تكون للمدعي صفة تجيز له المخاصمة بموضوعها أو إبداء دفاع فيها، ومن ثم يجب البحث عن صاحب الحق الحاصل بخصوصه النزاع؛ لتعلق ذلك بالنظام العام (نقض مدني سوري، رقم 195 في القضية أساس 174، جلسة 1992/6/17 أشار إليه د. حسام راتب القاعد، مرجع سابق، ص 111. ومن ذلك أيضاً حكم لمحكمة الاستئناف المدنية جاء فيه إن المدعية ليست لها صفة في مباشرة هذه الدعوى، ذلك أنها لم تثبت أنها مستأجرة، بل على العكس فهي تقر بأن العلاقة الإيجارية حاصلة مع ابنها..... وبما إن ابنها هو الخصم في الدعوى، فهو صاحب الصفة والمصلحة في المخاصمة بصفة مدعي أو مدعى عليه، وحيث إن المدعية لا يحق لها المخاصمة منفردة؛ لأنه لا يوجد لها حق قانوني مستمد من أي علاقة مع المدعى عليه، أي مصلحة شخصية، مما يجعلها غير ذات صفة في إقامة هذه الدعوى (حكم محكمة =

إلا أن الرأي الراجح هو أن هذا الاتجاه لا يميز بين الصفة الموضوعية والتي تعني أن صاحب المصلحة هو نفسه صاحب الحق المعتدى على حقه، وجزاء عدم توافرها هو الحكم بعدم قبول الدعوى، وبين الصفة الإجرائية التي تخول صاحبها القيام بالإعمال الإجرائية بشكل صحيح، وجزاء تخلفها هو البطلان، فممثل صاحب الحق ليس لديه مصلحة بالمعنى الذي تكون لصاحب الحق نفسه، بل كل ما لديه هو الصفة لمباشرة الإجراءات نيابة عن صاحب الحق فقط.

وبدليل أن محكمة النقض السورية تميز بين الحالتين فقد قضت في حكم لها أنه إذا زال عيب التمثيل أثناء الدعوى تصبح إجراءات التقاضي صحيحة⁽¹⁾. وقضت أن تصحيح التمثيل أمام المحكمة الاستئنافية يجعل سير الدعوى بمواجهة الممثل الحقيقي صحيحاً⁽²⁾. بينما نجدها لا تقر هذا الحكم عندما يتعلق الأمر بالصفة الموضوعية فقد قضت في حكم لها أنه من غير الجائز تبديل الصفة خلال سير الدعوى. وفي حكم آخر قضت أنه لا يجوز قبول الطلب العارض لتصحيح صفة الخصم في الدعوى⁽³⁾.

من كل ما سبق، نرى أن تعبير المصلحة الشخصية ينصرف إلى الصفة بدليل أن الفقه يعرف المصلحة الشخصية بأنها تعني وجود نوع من التطابق بين صاحب الحق الموضوعي وصاحب الدعوى، وبين الملزم بهذا الحق والمرفوع عليه الدعوى. وهو ما يعبر عنه بالصفة في الدعوى، أي أن يكون المدعي هو صاحب الحق، والمدعى عليه هو المعتدي على هذا الحق⁽⁴⁾. والدليل أيضاً على أن الصفة

= الاستئناف المدنية السورية، الغرفة الإيجارية، رقم 180، القضية أساس 474، جلسة 1990/5/25، مجلة المحامون، الأعداد 1. 2. 3، السنة 56، لعام 1991 م، ص 138 وما بعدها.

(1) - نقض مدني سوري، قرار رقم 1593، أساس 3473، مجلة المحامون لعام 1965م.

(2) - نقض مدني سوري، قرار رقم 711، أساس 319، مجلة المحامون لعام 1971 م.

(3) - الحكمان بالترتيب: نقض مدني سوري، الغرفة المدنية الرابعة، قرار 392، أساس 261، تاريخ 2009/5/27، سجلات محكمة النقض. والحكم الثاني نقض مدني سوري، الغرفة المدنية الرابعة، قرار 686، أساس 1056، تاريخ 2000/4/11م، سجلات محكمة النقض. أشار إليهما د. محمد أديب الحسيني، الخصومة والتمثيل في القضايا المدنية والإيجارية، مقالة منشورة في مجلة المحامون، الأعداد 1. 6، لعام 2013 م، السنة 78.

(4) - د. نبيل إسماعيل عمر، قانون أصول المحاكمات، مرجع سابق، ص 256، بند 105. 3.

هي وصف من أوصاف المصلحة هو أن أنصار الرأي السابق يرون أن الصفة تظل متصلة برابطة وثيقة بالحق الموضوعي الذي تركز عليه الدعوى⁽¹⁾.

وحتى التعديل الجديد الوارد بالقانون رقم 81 لسنة 1996م للمادة الثالثة من قانون المرافعات المصري يذهب إلى أن صاحب المصلحة الشخصية هو ذو الصفة الموضوعية التي تكون دعواه مقبولة، أما غيره فهم أصحاب صفة إجرائية تنشأ من العمل القانوني أو التصرف القانوني الذي سمح لهم بتمثيل صاحب المصلحة⁽²⁾.

ويذهب الاجتهاد القضائي السوري في هذا الاتجاه أيضاً، إذ قضت في حكم لها بأن صفة الإرث لا تثبت للوارث إلا بالوفاة، وعلى ذلك فإن مصلحته المحتملة لا تكفي لقبول اعتراض الغير المقدم منه على حكم صادر بحق المورث الذي يتمتع بالحرية الكاملة في التصرف بأمواله ما لم يمنعه القانون من ذلك⁽³⁾.

خلصنا مما سبق إلى أن شرط الصفة هو نفسه وصف المصلحة الشخصية، وهو شرط لقبول أي دعوى أو دفع، فأى دعوى لا تتوفر فيها صفة لدى رافعها لا تقبل، وإذا كان هذا الشرط واضحاً ومتميزاً ولا يختلط بشروط الحق الموضوعي عند أصحاب الاتجاه الذين يربطون الحق في الدعوى بقبولها، إلا أننا نجد أن أصحاب الاتجاه الذين يربطون الحق في الدعوى بنجاحها يخلطون شروط قبول أو استعمال الدعوى بشروط منح الحماية القضائية؛ أي شروط الحكم لصالح المدعي.

وبالنظر إلى هذه العلاقة الوثيقة بين الصفة كشرط لقبول الدعوى، والحق الموضوعي؛ إذ إنه يعني أن صاحب الصفة في الدعوى هو صاحب الحق

(1) - د. إدوار عيد، المرجع السابق، ص 120، بند 23. وأيضاً د. نبيل إسماعيل عمر، الوسيط، مرجع سابق، ص 305.

(2) - د. نبيل إسماعيل عمر، الوسيط، المرجع السابق، ص 308.

(3) - نقض مدني سوري، قرار رقم 405، أساس 577، مجلة المحامون، لعام 1977م، القاعدة رقم 293. أشار إليه: القاضي. أنور عبدالله محمد، صحة التمثيل والخصومة أمام القضاء في ضوء القانون والاجتهاد، ط 1، مكتبة طارق بن زياد، طرطوس، 2007م، ص 20.

الموضوعي، فقد ذهب البعض ⁽¹⁾ إلى القول إن الدفع بعدم القبول لانتفاء الصفة أو المصلحة الشخصية هو من الدفوع الموضوعية.

إلا أن الرأي الراجح والذي نؤيده هو أن الصفة كشرط لقبول الدعوى، والتحقق منه، يتميز عن مسألة أصل الحق المدعى به وصحة الدعوى من حيث أساسها، فبحث الصفة سابق على بحث صحة الدعوى؛ لأنها مجرد شرط لقبول الدعوى، فقد يحكم بقبول الدعوى لتوافر الصفة، ثم يحكم في موضوعها بالرفض؛ لعدم وجود الحق الطالب به وثبوته، فشرط الصفة واللازم لقبول الدعوى وسماعها يتم تقديره بصورة مجردة ⁽²⁾، بأن يفترض القاضي صحة الادعاء، وينظر هل إن المدعي هو صاحب الحق المزعوم، والمدعى عليه هو من صدر منه الاعتداء أو التهديد أو الإنكار لهذا الحق المزعوم، وبناء على ذلك يحكم بقبول أو بعدم قبول الدعوى.

(1) - د. محمد حامد فهمي، تعلق في مجلة القانون والاقتصاد، س1، ص 871 وما بعدها. أشار إليه: د.

أحمد أبو الوفاء، مرجع سابق، ص861، بند 490.

(2) - د. نبيل إسماعيل عمر، الوسيط، مرجع سابق، ص 310 وما بعدها.

الفرع الثالث - الشروط السلبية أو الخاصة اللازمة لقبول بعض الدعاوى:

إذا كان المشرع قد نص على وجود شروط موضوعية يجب توافرها في كل دعوى ليتم قبولها، فإنه خص بعض الدعاوى بشروط خاصة إضافة إلى الشروط العامة، كما أنه قد توجد شروط أو موانع إذا ما رفعت الدعوى بوجودها، فإنها لن تقبل، ويمكن القول إن أهم هذه الشروط الخاصة أو السلبية هي:

أولاً - الشروط الخاصة:

1. اشتراط ميعاد أو مناسبة أو ترتيب أو إجراء معين لرفع الدعوى:

يشترط المشرع في بعض الحالات أن ترفع الدعوى في خلال ميعاد معين، ويترتب على عدم مراعاة هذا الميعاد عدم قبول الدعوى، من ذلك اشتراط رفع دعوى استرداد الحياة خلال السنة التالية لفقدائها، وفق المادة (1/65) أصول سوري، والأمثلة على تحديد المشرع لميعاد معين لرفع الدعوى كثيرة.

ويمكن تعريف ميعاد رفع الدعوى بأنه: ميعاد يحدده المشرع لاستعمالها باعتبارها وسيلة قانونية إلى طلب الحماية القضائية للحق، ويترتب على عدم مراعاة هذا الميعاد عدم قبول الدعوى، والغرض من تحديد ميعاد لرفع الدعوى هو التوفيق بين حماية حق المدعي الموضوعي، ورعاية بعض الأوضاع المشروعة للمدعى عليه⁽¹⁾. وسقوط الحق في رفع تلك الدعوى بفوات الميعاد المحدد في القانون لرفعها، يثار في صورة دفع بعدم القبول⁽²⁾، وقد قيل في تبرير ذلك بأن القاضي

(1) - د. آمال أحمد الفزائري، مواعيد المرافعات، دراسة تحليلية مقارنة، منشأة المعارف، الإسكندرية، ص 123 وما بعدها، بند 97.

(2) - وهو ما يأخذ به قانون الأصول الفرنسي الجديد صراحة في المادة (122) منه. أشار إليه د. أحمد أبو الوفا، نظرية الدفوع في قانون المرافعات، ط7، مرجع سابق، ص 824. وقانون المرافعات المصري السابق والحالي، وذلك بحسب ما هو وارد في المذكرة الايضاحية لهذا القانون. ومحكمة النقض المصرية في أغلب أحكامها. إذ قضت بأن المقصود بالدفع بعدم القبول، بحسب نص المادة (115) مرافعات ومذكرته التفسيرية الدفع الذي يرمي إلى الطعن بعدم توافر الشروط اللازمة لسماع الدعوى وهي..... أو لانقضاء المدة المحددة في القانون لرفعها.... أشار إليه د. على عوض حسن، مرجع سابق، طبعة 1996، ص 17. وقانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري الجديد. أشار إليه د. هدى زوزو، مرجع سابق، ص 197.

يتمتع عن النظر في توافر شروط الدعوى؛ لأنه على فرض وجودها للمدعى عليه، فإنها تكون قد انقضت أي لم يعد لها وجود⁽¹⁾.

إلا أن الرأي الراجح هو أنه كلما تناولت المدة حقاً من الحقوق وأدت إلى انقضائه اعتبر الدفع الموجه من الخصم بزوال الدعوى التي تكفل حماية الحق من الدفع بعدم القبول، وذلك على تقدير أن الحق بانقضاء الميعاد المحدد لاستعماله تزول عنه حماية القانون.

وقد لا يحدد المشرع ميعاداً لرفع الدعوى، وإنما قد يضع ترتيباً معيناً عند استعمالها فإذا خالف صاحب الحق في رفع الدعوى هذا الترتيب سقط حقه في رفعها. كدعوى الحيازة التي تسقط برفع دعوى المطالبة بأصل الحق.

وقد يشترط المشرع رفع الدعوى في مناسبة معينة فإذا فوت صاحب الحق في رفعها هذه المناسبة دون مباشرتها، سقط حقه برفعها، كسقوط الحق في التدخل بعد أقفال باب المرافعة، وسقوط الحق في رفع الاستئناف التبعي بقفل باب المرافعة في الاستئناف الأصلي⁽²⁾.

و يجب التمييز في هذا الصدد بين عدم رفع الدعوى في الميعاد المحدد، وبين عدم اتخاذ الإجراء في الموعد المحدد: فعدم رفع الدعوى في الميعاد أو المناسبة أو الترتيب المحدد يؤدي لعدم قبولها، بناءً على دفع بعدم القبول، أما إذا تعلق الأمر بإجراء يجب اتخاذه في الميعاد المعين، فإنه يؤدي لبطلانه، بناءً على دفع شكلي، وذلك في حال لم يتم الالتزام بهذا الميعاد⁽³⁾.

2. قد يشترط القانون أن ترفع الدعوى من جانب أشخاص معينين، أو على أشخاص معينين: ومن ثم فلا تقبل ما لم يتم الالتزام بهذا القيد، كما هو الحال بالنسبة لدعوى الشفعة المادة (943) مدني مصري. أو الدعوى الفرعية بطلب إسقاط الخصومة المرفوعة على عدة أشخاص المادة (136) مرافعات مصري.

(1) - د. فتحي والي، نظرية البطلان، مرجع سابق، ص 17.

(2) - د. أحمد أبو الوفا، نظرية الدفع، مرجع سابق، ط7، ص 840 وما بعدها، بند 480.

(3) - د. أحمد أبو الوفا، نظرية الدفع، مرجع سابق، ط 5، ص 31 وما بعدها، بند 15.

وقد قضت محكمة النقض السورية في هذا الخصوص في حكم لها من أنه لا بد من اختصام جميع المالكين بالسجل العقاري في دعوى إزالة التجاوز الواقع من عقار على عقار المدعين، وذلك إذا تبين من بيان قيد العقار الحاصل بشأنه النزاع على أنه ليس خالصاً للجهة المدعى عليها، بل هناك مالكون آخرون وهي مشاعة بينهم وبين آخرين⁽¹⁾. فإن هذه الدعوى لا تقبل إلا إذا وجهت صحيحة إلى جميع من أوجب القانون اختصامهم، ويكون للمدعى عليه أن يتمسك بعدم قبول الدعوى لعدم اختصام غيره ممن يوجب القانون اختصامهم، هذا ولو كانت القاعدة الأخيرة لا تتعلق بالنظام العام، لأن قبول الدعوى مشروط باختصام أشخاص معينين وإلا كانت غير مقبولة، ومتى عُدَّت كذلك جاز لصاحب المصلحة أن يتمسك بعدم قبولها.

فإذا أوجب القانون رفع دعوى من جانب أشخاص معينين معاً، فلا تقبل هذه إلا إذا رفعت بواسطتهم جميعاً⁽²⁾. وقد قضت محكمة النقض السورية في العديد من أحكامها بذلك، حيث جاء في حكم لها، إنه في الدعاوى العينية العقارية يجب اختصام جميع الورثة، وإلا ردت الدعوى شكلاً⁽³⁾. وفي حكم آخر قضت، إن اختصام ورثة البائعين فقط دون اختصام باقي البائعين يجعل الخصومة في الدعوى غير صحيحة⁽⁴⁾. وفي حكم آخر جاء فيه، إنه في دعوى اعتراض الغير يجب

(1) - نقض مدني سوري، أساس 634، قرار 339، لعام 1996م، بتاريخ 1996/3/10 م، ومثله حكم رقم 1965/4 و 7/1151/986/1725. أشار إليهم مجلة القانون، مجموعة القواعد القانونية التي قررتها محكمة النقض السورية، القسم الثاني، لعام 1996م، ص 807.

(2) - د. أحمد أبو الوفا، نظرية الدفع، مرجع سابق، ط 7، ص 836 وما بعدها، بند 476، و ص 840، بند 478.

(3) - نقض مدني سوري، الغرفة المدنية الثانية في القضية أساس 3955، قرار 2627، تاريخ 2010/8/16م، المحامون، الأعداد 7-12 لعام 2012م، السنة 77، ص 787. ونقض مدني سوري، الغرفة المدنية الثانية في القضية أساس رقم 756، قرار 784، تاريخ 2009/4/26م، المحامون، العددان 2-3 لعام 2011م، السنة 76، ص 441، القاعدة 89.

(4) - نقض مدني سوري، الغرفة الثانية، في القضية أساس 900، قرار 790، لعام 2013م، مجلة القانون، اجتهادات محكمة النقض المدنية والشرعية، عدد عام 2015م، ص 99.

اختصاص كافة أطراف الدعوى عند رفع الدعوى الاعتراضية التي صدر فيها الحكم موضوع الاعتراض، ومن ثم فعدم الالتزام بهذا الأمر يجعل الخصومة غير صحيحة، ولا يغير من هذا الحكم، أن يقول الطاعن، إن بقية المدعى عليهم قد توفوا، إذ عليه في هذه الحالة أن يخاصم الورثة، لا أن يقوم بإقصاء من هو طرف أساسي فيها، وحيث أنّ صحة الخصومة من النظام العام، ولذلك يتوجب رفض الطعن في هذه الحالة⁽¹⁾. وجاء في حكم آخر، إن عدم إدخال كافة الأطراف في دعوى تثبيت عقد المشاركة والتخصص يجعل الخصومة غير صحيحة⁽²⁾.

ثانياً - الشروط السلبية:

1. يشترط لقبول الدعوى ألا يكون قد سبق الحكم فيها:

فلا يجوز للشخص أن يستعمل الحق في الدعوى المعينة إلا مرة واحدة، فالقانون قد يسر السبيل لاستعمال حق التقاضي وحق الدفاع حتى يصدر حكم يحتاج به الطرفان، وحينئذ لا يجوز لأي منهما العودة لاستعمال هذا الحق بالنسبة لذات النزاع؛ والعلة في هذا هو وجوب احترام إرادة القانون كما يعلنها القضاء⁽³⁾، وحتى لا تتأبد المنازعات ولو كان ذلك استناداً إلى أدلة قانونية أو واقعية جديدة لم يسبق طرحها. فقد كان باب القضاء مفتوحاً ليقدم كل خصم ما يشاء، فإن لم يفعل فلا سبيل إليه مرة ثانية، لأن الحق في الدعوى ينقضي بصدور حكم فيها، وقد خص القانون دعواً لمواجهة هذا الوضع أطلق عليه الدفع بعدم جواز نظر الدعوى لسبق الفصل فيها، أو الدفع بعدم قبولها، وحدد الشروط الواجب توافرها للتمسك به وهي وحدة الخصوم والموضوع والسبب.

ومؤدى ذلك أن تتعرض المحكمة لبحث الموضوع في الدعوى المطروحة عليها والموضوع في الدعوى التي سبق الفصل فيها لتقضي في الدفع بالقبول إذا

(1) - نقض مدني سوري، الغرفة الثانية، في القضية أساس 813، قرار 740، لعام 2013م، مجلة القانون، اجتهادات محكمة النقض المدنية والشرعية، عدد عام 2015م، ص 94.

(2) - نقض مدني سوري، الغرفة الثانية، في القضية أساس 1174، قرار 939، لعام 2013م، مجلة القانون، اجتهادات محكمة النقض المدنية والشرعية، عدد عام 2015م، ص 112.

(3) - د. فتحي والي، نظرية البطالان، مرجع سابق، ص 17.

اتّحد الموضوعان، أو برفضه إذا اختلفا مع بحث وحدة الخصوم والسبب، وهي بذلك تتصدى لذات الحق محل النزاع لا لتفصل فيه من جديد، وإنما لتتوصل إلى الوضع القانوني للدفع.

وبناءً على ما تقدم، فالدفع بعدم جواز نظر الدعوى لسبق الفصل فيها هو من قبيل الدفع بعدم القبول⁽¹⁾؛ لأنه على فرض وجودها للمدعي ضد المدعى عليه، فإنّها تكون قد انقضت بسبق الفصل فيها، في هذه الحالات يحكم بعدم القبول لتخلف أحد شروط قبول الدعوى⁽²⁾.

وقد نص المشرع السوري في المادة (1/88) بينات على أن الأحكام التي حازت درجة القطعية تكون حجة بما فصلت فيه من الحقوق ولا يجوز قبول دليل ينقض هذه القرينة، بشرط توفر شروط الحجية وهي وحدة الموضوع والخصوم والسبب. ونصت الفقرة الثانية من المادة (88) السابقة على أنه لا يجوز للمحكمة أن تأخذ بهذه القرينة من تلقاء نفسها. بينما نجد أن المادة (251) من قانون أصول المحاكمات تنص على للخصوم أن يطعنوا أمام محكمة النقض في الأحكام الصادرة عن محاكم الاستئناف... وذلك في الأحوال الآتية: ونصت الفقرة (ج) من المادة السابقة على أنه إذا صدر الحكم نهائياً خلافاً لحكم آخر سبق أن صدر بين

(1) أنور طلبية، مرجع سابق، ج3، ص 31 وما بعدها. ومن هذا الرأي: قانون الاصول الفرنسي الحالي المادة (122) منه. وقانون المرافعات المصري الحالي، المادة (116) منه. وقانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري المادة (67) منه. د. أحمد أبو الوفاء، نظرية الدفع، ط 7، مرجع سابق، بند473، ص 834. محكمة النقض المصرية من ذلك حكم لها في 8 / 2 / 1989، الطعن رقم 180، السنة 50 ق. أشار إليه د. أحمد السيد صاوي، مرجع سابق، بند 162، ص 289. هذا وقد ذهب المشرع الأردني في قانون الأصول الحالي رقم 16 لسنة 2006 إلى تعديل المادة (1/109) واشترط بموجب هذا التعديل أن يقوم الخصم بالتمسك بالدفع بالحجية قبل الدخول في موضوع الدعوى، أي أن يبيده مع دفعه عدم الاختصاص المكاني، والدفع بالتحكيم، ومرور الزمن، وبطلان أوراق التبليغ. وقد انتقد بعض الفقه مسلك المشرع الأردني هذا، بحجة إن هذه الدفع بالحجية هو من الدفع الموضوعية التي يمكن التمسك بها في كافة مراحل الدعوى (د. بشار عدنان المكاوي، د. نائل مساعدة، د. أمجد منصور، مرجع سابق، ص 131 وما بعدها). والحقيقة فالدفع بالحجية لا نراه دفعاً شكلياً يجب التمسك به قبل الدخول في الموضوع، ولا هو بدفع موضوعي، وإنما الأسلم اعتباره من الدفع بعدم القبول.

(2) - د. فتحي والي، نظرية البطلان، مرجع سابق، ص 17.

الخصوم أنفسهم دون أن تتغير صفاتهم وتعلق النزاع بذات الحق محلاً وسبباً وحاز قوة القضية المقضية سواء دفع بهذا أم لم يدفع. فالدفع بالحجية بموجب هذه المادة من النظام العام، بعكس المادة (88) بينات التي منعت المحكمة من التمسك بالحجية من تلقاء ذاتها. ولهذا من الأفضل تغيير هذه المادة وجعل الدفع بسبق الفصل في الدعوى من النظام العام، وإعطاء الإمكانية للمحكمة بإثارة ذلك من تلقاء ذاتها، منعاً من التعارض بين النصوص القانونية،

2 - يشترط لقبول الدعوى ألا يكون هناك اتفاق بين الأطراف يمنع

قبولها:

أ- اتفاق الصلح: يشترط لقبول الدعوى ألا يكون قد تم صلح بين الخصوم بصدد الدعوى المرفوعة، إذ بمقتضى هذا الصلح لا يكون للخصوم دعوى لحماية الحقوق التي تم التنازل عنها بموجب عقد الصلح⁽¹⁾.

(1) - د. نبيل إسماعيل عمر، الدفع بعدم القبول، مرجع سابق، ص 60، بند 41. يذهب بعض الفقه إلى القول إن المقابل في عقد الصلح هو التنازل ليس عن حق قانوني، والذي يمكن أن يكون موجوداً أو لا وقت حصول الصلح بين الأطراف، إذ إنه يحتاج إلى رفع دعوى أمام القضاء لإثبات وجوده، وإنما هو التنازل عن حق الادعاء بمثل هذا الحق؛ لأنه إذا كانت المطالبة لا أساس لها، فإن المدعي سوف يكون قد حصل شيئاً مقابل لا شيء والعكس صحيح، فإذا كانت المطالبة صحيحة، وتصلح المدعي مع خصمه في مقابل أقل من قيمتها الحقيقية، فإنه سوف يكون قد تخلّى عن شيء بدون مقابل، ولكن هذا إنما يكون لتوفير الوقت والجهد والمصاريف الناجمة عن رفع الدعوى. (Cheshire, fifoot and furmston s: op. CIT. p. 79, 80) أشار إليه د. أيمن أبو العيال، عقد الصلح في المعاملات، مرجع سابق، ص 40. فيما ذهب البعض الآخر وهو الرأي الذي نرجحه، إلى القول إن النزول عن الادعاءات رغم أنه أصح من القول إنه نزول عن حق، إلا أنه يرى أن التحليل القانوني السليم، لا يمكن أن يقنع بفكرة النزول عن الادعاء، وذلك لأن تعبير الادعاء في حد ذاته، مجرداً عن المطالبة القضائية، هو لفظ ليس له أي مدلول قانوني، ولا يعبر عن أية فكرة قانونية، وفي الوقت ذاته لما كان الصلح يحسم النزاع، ويمنع القضاء من أن يسمع أو ينظر في الموضوع. أي الحق الموضوعي الحاصل بصدده الصلح فإنه لا يمكن القول بأن التنازل هو عن الحق المطالب به كما لو كان ثابتاً، فإذا تنازع شخصان ملكية عقار ثم حصل صلح بينهما، وبأن يكون لكل منهما ملكية نصف هذا العقار، فإنه يستحيل القول بأن كلا منهما قد تنازل عن حقه في ملكية النصف، وإلا كان ذلك اعترافاً بملكية العقار لهما في نفس الوقت، وكذلك لا يمكن القول بأن كلا منهما قد تنازل عن حقه في ملكية النصف، لأنه لم يتبين ذلك بعد، مادام هما قد تصالحا بالذات لمنع القضاء من الحكم والفصل في نزاعهم. وبناء على ما سبق، فالنزول=

ب- اتفاق التحكيم: يشترط لقبول الدعوى، ألا يكون هناك اتفاق على التحكيم بصدها، فالاتفاق على التحكيم - وفق الرأي الراجح - لا ينزع الاختصاص من المحكمة، وإنما يمنعها من سماع الدعوى ما دام شرط التحكيم قائماً. والخصم بموجب الاتفاق على التحكيم يتنازل عن الالتجاء إلى القضاء لحماية حقه، وبالتالي يكون الدفع بالاعتداد بشرط التحكيم من قبيل الدفع بعدم القبول؛ لأنّ الخصم ينكر به سلطة خصمه في الالتجاء إلى القضاء العادي للدود عن حقه⁽¹⁾. وهو ما أخذ به المشرع السوري صراحة في قانون التحكيم الحالي رقم

=المتبادل في عقد الصلح، إنما ينصب على حق الدعوى، وهو حق كل طرف في اللجوء إلى القضاء ليفصل في موضوع ادعائهم، وهو ما يعبر عن طبيعة الصلح، وحقيقة ما يرمي إليه المتصالحان، وهو تجنب عرض الأمر على القضاء، ولو كان أحدهما أو كلاهما يؤمن بثبوت هذا الحق له. أكثر أمين الخولي، العقود المدنية (الصلح والهبة والوكالة)، ص 18 وما بعدها. أشار إليه د. أيمن أبو العيال، عقد الصلح في المعاملات، مرجع سابق، ص 39 وما بعدها.

(1) - د. أحمد أبو الوفا، نظرية الدفع، مرجع سابق، ط7، ص 836، بند 475. وأيضاً د. نبيل إسماعيل عمر، الدفع بعدم القبول، مرجع سابق، ص 60، بند 41. ونظراً لاختلاف القوانين وكذلك الفقه والقضاء في تحديد طبيعة الدفع بوجود اتفاق تحكيم، وذلك إذا ما رفع النزاع المبرم بشأنه اتفاق تحكيم أمام القضاء، فإننا نعرضه بشيء من التفصيل: ويمكن القول إن أهم الآراء التي قيلت في تحديد هذه الطبيعة هو رأي قال بأنّه دفع شكلي أو إجرائي، ورأي آخر قال بأنّه دفع بوقف الخصومة، ورأي ثالث حدّده بأنّه دفع ببطلان المطالبة القضائية، ورأي آخر قال بأنّه دفع بعدم جواز نظر الدعوى، ورأي يقول بأنّه دفع بعدم الاختصاص، ورأي آخر قال بأنّه دفع بعدم القبول. وفيما يلي نتولى عرض هذه الآراء:

- الدفع بالتحكيم هو دفع شكلي أو إجرائي: يرى بعض الفقه، أنّ أحكام الدفع بعدم القبول، والدفع بعدم الاختصاص، لا يمكن تطبيقها على الدفع بالتحكيم، ولهذا يفضل الاقتصار على أنها نوع من الدفع الشكلي التي تسقط بعدم إبدائها قبل الدخول في الموضوع. (Jean Vincent et Serge Guinchard ,procedure civile, op,cit,n1664,p,1114)

أشار إليه: د. أحمد إبراهيم عبدالتواب، الدفع بوجود اتفاق التحكيم في القانون القطري والمقارن، بحث منشور في المجلة القانونية والقضائية، وزارة العدل، قطر، الدوحة، ج 1، ص 53، هامش 3. ويذهب بعض الفقه، إلى أنه لا علاقة للدفع بالتحكيم بموضوع الدعوى الذي هو سبب النزاع المراد حله بطريق التحكيم، ولا علاقة له بعدم القبول الذي يرمي إلى الطعن بعدم توافر الحق في الدعوى، لانعدام شروط قبولها، وإنما هو دفع بعدم صحة الإجراءات، أي هو دفع يوجه إلى إجراءات الخصومة القضائية؛ لأن اتفاق التحكيم يلزم أطرافه بعدم سلوك طريق التقاضي العادي، والاستعاضة عنه بإجراءات التحكيم. فأنصار عدم الاختصاص أو انتفاء الولاية يقرّون الطبيعة الإجرائية البحتة لاتفاق التحكيم ولا ينكرونها، إلا أنهم يتجاوزون مفهوم التنازل هذا إلى أبعد من ذلك، ويقولون إنه توزيع لقواعد الاختصاص بإرادة الأفراد.=

=كما أن قول أنصار عدم القبول إنه تنازل عن حق الالتجاء، أو حق الدعوى، فهو قول غير دقيق؛ لأنه إنما هو تنازل فقط عن إجراءات التقاضي العادية، لصالح إجراءات التحكيم.

و يصل أصحاب هذا التوجه إلى أن اتفاق التحكيم ليس تنازلاً عن الاختصاص، ولا عن حق الدعوى، بل هو تنازل عن إجراءات التقاضي العادية واستبدالها بإجراءات التحكيم، ولهذا فالدفع بالتحكيم لا يمكن اعتباره دفعاً بعدم الاختصاص، أو دفعاً بعدم القبول، بل هو دفع إجرائي يرمي إلى بطلان الإجراءات.

والذي يؤكد هذا - بحسب أصحاب هذا الاتجاه - هو أن أغلب التشريعات تنص على أنه يجب إيدأؤه قبل الدخول في الموضوع، وإن المحكمة لا تستنفد سلطتها في نظر الموضوع بالحكم فيه، فكل هذا من أحكام الدفوع الشكلية أو الإجرائية. (د. وجدي راغب فهمي، طبيعة الدفع بالتحكيم أمام القضاء، بحث منشور ضمن أعمال مؤتمر التحكيم في القانون الداخلي والخارجي، والذي عقد بالعريش في الفترة من 20- 25/9/1987م، ص 95 وما بعدها. أشار إليه: د. أحمد إبراهيم عبدالقواب، مرجع سابق، ص 67).

وقد اعتبرت محكمة النقض المصرية، الدفع بالتحكيم، أنه دفع من الدفوع بعدم القبول الإجرائي، ومن ثم فلا ينطبق عليه حكم المادة (115) مرافعات مصري الذي يتخذ اسم عدم القبول؛ لأن العبرة بحقيقة الدفع ومرماه، وليس بالتسمية التي تطلق عليه، ولما كان الدفع بالتحكيم هو طريق استثنائي لفض المنازعات مفاده الخروج على طرق التقاضي العادية، فلا يتعلق بالنظام العام، ولا تستنفد محكمة أول درجة بقبوله ولايتها في نظر موضوع الدعوى. (نقض مدني مصري، الطعن رقم 9 لسنة 42 ق، جلسة 1976/1/6م. والطعن رقم 1875 لسنة 90 ق تاريخ 1986/3/3م).

إلا أن هذا الرأي لا يمكن الأخذ به؛ لأن الدفع بالتحكيم لا يوجه إلى الإجراءات، أو الخصومة، بل الخصم بتمسكه باتفاق التحكيم، إنما يرمي إلى منع المحكمة من النظر في موضوع الدعوى بسبب وجود هذا الاتفاق، وذلك على الرغم من أن المدعي يلتزم بالإجراءات الشكلية المطلوبة. كما أن قولهم إن اتفاق التحكيم يلزم أطرافه بعدم سلوك طريق التقاضي العادي، يؤكد صحة الرأي الذي يعتبره دفعاً بعدم القبول.

- الدفع بالتحكيم هو دفع ببطلان المطالبة القضائية:

يذهب البعض إلى أن اتفاق التحكيم يترتب التزاماً على عاتق طرفيه بعدم الالتجاء إلى القضاء، وعدم اتباع إجراءات التقاضي، أي يعني عدم اتباع إجراءات الخصومة العادية؛ والاستعاضة عنه بإجراءات التحكيم؛ ولهذا فالدفع بالتحكيم هو دفع إجرائي بحت، وهو دفع ببطلان المطالبة القضائية بسبب عيب موضوعي، والذي يؤكد هذا أيضاً هو أنه لا صلة لاتفاق التحكيم بموضوع الدعوى، ولا بالدفع بعدم القبول الذي ينازع به الخصم في الحق في رفع الدعوى، ومدى توافر شروط قبولها والفصل في الادعاء المرفوع للقضاء ويرى أنصار هذا الاتجاه، أن المطالبة كعمل قانوني يلزم لصحتها إلى جانب الشكل، توافر عناصر موضوعية.

و في الدفع باتفاق التحكيم فسبب بطلان المطالبة القضائية لا يرجع لعيب شكلي، وإنما لعيب موضوعي يتعلق بمحل المطالبة. فمحل الإجراء أي الشيء الذي يقع عليه الإجراء، وهو عنصر لازم في الإجراء، =

= ويتطلب القانون فيه شروطاً معينة لوجوده وصحته، وهو أن يكون موجوداً ومعيناً أو قابلاً لأن يكون محلاً للإجراء.

والمطالبة القضائية التي تتضمن طلباً يكون محل اتفاق التحكيم تقتضى هذا المقتضى مما يؤدي لبطلانها؛ لأن اتفاق التحكيم يخول طرفيه الحق في عدم اتباع إجراءات التقاضي العادية، أي تقرير عدم قابلية الطلب لأن يكون محلاً للمطالبة به أمامه.

وهو يؤدي إلى بطلان إجراءات المطالبة القضائية لانتفاء أحد مقتضياتها الموضوعية، وهو قابلية المحل، وهذا كله وظيفة الدفع بوجود اتفاق التحكيم. (د. وجدي راغب فهمي، طبيعة الدفع بالتحكيم أمام القضاء، مرجع سابق، ص 12 وما بعدها. أشار إليه: د. مصطفى محمد الجمل، د. عكاشة محمد عبدالعال، التحكيم في العلاقات الدولية والداخلية، ط1، ج 1، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 1998م، ص 522 وما بعدها، بند 356، 357. وأشار إليه أيضاً د. أحمد إبراهيم عبدالقواب، مرجع سابق، ص 67) وقد ذهب البعض إلى أن الدفع بالتحكيم هو دفع ببطلان المطالبة القضائية على أساس عدم قابلية الطلبات التي تتضمنتها صحيفة الدعوى لأن تكون محلاً لهذه المطالبة، ونزولاً على مقتضى اتفاق التحكيم، فالمطالبة القضائية هي إجراء، وإن الإجراء هو عمل قانوني يتألف من عناصر موضوعية كالإرادة والأهلية والمحل والاختصاص، وأخرى شكلية تتمثل في الشكل الذي وضعه القانون له، ووظيفة اتفاق التحكيم هي مجرد الحيلولة دون المطالبة بالحق المتنازع عليه عن طريق القضاء، ومن ثم فالمطالبة بالحق بعد الاتفاق على التحكيم تكون باطلة؛ وسبب البطلان هو افتقار هذا الإجراء أي المطالبة القضائية عنصراً من عناصره الموضوعية هو عنصر المحل. (د. وجدي راغب فهمي، طبيعة الدفع بالتحكيم أمام القضاء، ص 104 وما بعدها. أشار إليه: د. مصطفى محمد الجمل، د. عكاشة محمد عبدالعال، التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية والداخلية، المرجع السابق، ص 522 وما بعدها).

وانتقد هذا الرأي؛ لأن اعتبار الدفع بالتحكيم دفعً ببطلان المطالبة يخالف القواعد الثابتة في البطلان، إذ أنه يجب أن يستند البطلان إلى شيء في المطالبة القضائية محل الطلب، ولا يجب أن يستند إلى شيء خارجي عنه، مثل اتفاق التحكيم.

فالمطالبة تكفي لصحتها مجرد الالتزام بالشروط الشكلية المنصوصة عليها في قانون الأصول، ويرى البعض في هذا الصدد أن الأمر يتعلق بسبب خاص للبطلان، أقامه الطرفان بإرادتهما، لا بأسباب البطلان العامة التي ينص عليها القانون، وأما إذا كان اتفاق التحكيم لاحقاً لقيام الدعوى أي بعد رفع الدعوى واستكمال المطالبة لمقتضيات صحتها فيرى أنه في هذه الحالة لا يكون السبب راجعاً لبطلان المطالبة القضائية، وإنما هو الحكم بوقفها لحين الانتهاء من إجراءات التحكيم (د. محمود محمد هاشم، النظرية العامة للتحكيم في المواد المدنية والتجارية، ص 262. أشار إليه: د. مصطفى الجمل، د. عكاشة عبدالعال، مرجع سابق، ص 524 وما بعدها. كما أشار إليه أيضاً د. أحمد إبراهيم عبدالقواب، مرجع سابق، ص 67). والحقيقة فاتفاق التحكيم ليس له إلا أثر واحد وهو منع المحكمة من النظر في الدعوى، ولا علاقة لكل هذا بصحة المطالبة أو بطلانها، فالدعوى قد ترفع صحيحة ولا يكون هناك إي بطلان في إجراءاتها، وتحكم المحكمة بقبولها شكلاً، وبعد هذا كله يحصل اتفاق تحكيم، والذي سيؤدي =

= لمنع المحكمة من نظر موضوع الدعوى، فهل يمكن القول إنها حكمت ببطلان المطالبة بعد أن حكمت بصحتها؟ وقول أصحابها إنَّ المحكمة في هذه الحالة تحكم بوقف الدعوى، مردود عليه أن المحكمة لا تحكم بوقف الإجراءات في هذه الحالة، وإنما تحكم بالامتناع نهائياً عن نظر الدعوى. والحقيقة فهذا كله ينفي أن يكون الدفع بالتحكيم، يرمي لوجود عيوب في المطالبة تؤدي لبطلانها.

كما أن قول أصحاب هذا الاتجاه، إن الأطراف باتفاقهم على عدم اتباع إجراءات التقاضي العادية، أي إجراءات الخصومة، وعرضه على التحكيم، أي اتباع إجراءات التحكيم، ولهذا فالطلب يكون باطلاً برفعه إلى القضاء، ولأنه لم يعرض على التحكيم، في الحقيقة لا يرمي لبطلان المطالبة لعب فيها، وإنما يرمي لعدم قبولها أمام القضاء، لوجود شرط أو مانع أو عائق يمنع ذلك، ويمنع المحكمة من نظر الدعوى.

- الدفع بالتحكيم دفع بوقف الخصومة:

يرى بعض الفقه أن أحكام الدفع بعد القبول، والدفع بعدم الاختصاص، لا يمكن أن تنطبق على الدفع بالتحكيم، وبما أن كل دفع يوجه للخصومة وإجراءاتها، يعدّ دفع شكلي، ومن هذه الدفوع ما يقصد به تأخير الفصل في الدعوى حتى استيفاء إجراء ما؛ ولهذا يذهب هذا الرأي إلى أن الدفع بالتحكيم هو من قبيل الدفع بوقف الخصومة، والفصل في اتفاق التحكيم يعامل كمسألة أولية في هذا الفرض، وبعد الفصل فيها - في هذه المسألة - سوف تتضح الأبعاد الحقيقية للنزاع، وتكون خصومة التحكيم قد تحددت نهائياً إما بصور حكم وينتهي دور القضاء، وتزول الدعوى بالشطب أو الترك، أو بفشل التحكيم والعودة للقضاء ليحسم النزاع.

فوقف الدعوى لا يتعارض مع الطبيعة القضائية للتحكيم بل يؤكد، ويرى أن ميزة الوقف تظهر في أنه يمكن العودة إلى القضاء للنظر في بعض المسائل أثناء سير إجراءات التحكيم، ويستند إلى أن القانون منح الحق للمحكمة سلطة وقف الخصومة كلما رأت أن الفصل في موضوع الدعوى يتوقف على مسألة أخرى، وبمجرد زوال سبب الوقف يكون للخصوم تعجيل الدعوى. كما أن للمحكم سلطة وقف خصومة التحكيم عندما تثار أمامه مسألة أولية لازمة للفصل في النزاع المعروض عليه. (د. هدى محمد مجدي، طبيعة وأثار الدفع بعدم قبول الدعوى لوجود اتفاق التحكيم، بحث منشور في مجلة القانون والاقتصاد للبحوث القانونية والاقتصادية، تصدر عن كلية الحقوق بالقاهرة، العدد 80/ لعام 2008م، مطبعة كلية الحقوق بجامعة القاهرة، ص 680 وما بعدها. ومن هذا الرأي أيضاً د. مصطفى الجمال، و د. عكاشة محمد عبدالعال، مرجع سابق، ص 525 وما بعدها). وقد أخذت محكمة النقض السورية بهذا التوجه في بعض أحكامها، إذ جاء في حكم لها، إن الدفع بمشارطة التحكيم من شأنه أن ينهي مؤقتاً ولاية القضاء العادي ويعرضه على الهيئة التحكيمية والتي يعود لها أمر الفصل في القضية. (نقض مدني سوري . الغرفة المدنية الأولى، في القضية أساس 1018، قرار 989، تاريخ 2010/11/15م، المحامون، الأعداد 3 - 6 لعام 2012م، السنة 77، ص 518، القاعدة 197).

لا يمكن قبول هذا الرأي؛ لأن اتفاق التحكيم ليس اتفاقاً على وقف الخصومة أمام القضاء، فلا يمكن عده من قبيل الوقف الاتفاقي الذي يفترض معاودة الخصوم، إلى الحضور أمام المحكمة بعد فترة زمنية معينة، بعد أن تنتهي مهمة التحكيم. المادتان (163، 164) أصول المحاكمات السوري.

- الدفع بالتحكيم هو دفع بعدم جواز نظر الدعوى:

يذهب رأي إلى أن التحكيم هو اتفاق إجرائي لا عقد، وذلك بدليل أن المشرع الفرنسي والمصري يعبران عنه بلفظ " اتفاق " وهذا الاتفاق هو اتفاق إجرائي لا اتفاق موضوعي، فليس كل اتفاق يراد به إحداث أثر قانوني يكون عقداً، بل لا بد أن يكون هذا الاتفاق واقعاً في نطاق القانون الخاص، وفي دائرة المعاملات المالية؛ ولذلك فاتفاق التحكيم ليس توافقاً بين إرادتين على إحداث آثار موضوعية، وإنما هو تساند بين إرادتين على إحداث أثر إجرائي واحد ينصرف إلى الطرفين معاً وفي وقت واحد، ويتعلق بالدعوى فهذا الأثر هو عدم قبول الدعوى من جانب القضاء، وقبولها في التحكيم؛ أي أن الوجه الإيجابي لهذا الأثر المشترك هو جواز الالتجاء إلى التحكيم، أما وجهه السلبي - فعلى الرغم من اختلاف الفقه في هذه المسألة - إلا أن أصحاب هذا التوجه يرون أنه هو عدم جواز الجمع بين الدعوى التحكيمية والدعوى القضائية، ولهذا فهو ليس تنازل عن حق الدعوى القضائية، ولا تنازل عن الخصومة القضائية، ولا نزاع للاختصاص القضائي بالدعوى، ولا إفقاد صحيفة الدعوى القضائية عنصراً من عناصرها أي عنصر المحل مما يجعلها باطلة.(د. أحمد محمد حشيش، طبيعة المهمة التحكيمية، دار الكتب القانونية، مصر، المحلة الكبرى، 2001م، ص 98، ص106، هامش 2، ص 105، 106).

فوجود اتفاق على التحكيم يعد قرينة على حسم النزاع تمنع نشوء حق الدعوى، أي أن اتفاق التحكيم هو دفع بعدم جواز نظر الدعوى لخلق حق الدعوى أصلاً لدى الخصم، وليس دفعاً بعدم قبول الدعوى الذي يرمي إلى منع التعسف في استعمال حق الدعوى في حالة تخلف المصلحة، والفرق بين الحالتين أنه في حالة الحكم بعدم جواز نظر الدعوى فإن ذلك يمنع من إعادة رفع الدعوى ثانية، أما الدفع بعدم القبول، فلا يحول دون إعادة رفع الدعوى مرة أخرى، وذلك إذا ما توفر الشرط الناقص، والذي أدى لعدم قبولها. فحسم النزاع بطريق التحكيم هو واقعة إجرائية مانعة تحول دون حق الدعوى القضائية ولا تختلف عن واقعة حسم النزاع قضاء إلا من حيث أن الواقعة الأخيرة هي واقعة إجرائية منهيّة تنتهي حق الدعوى القضائية.

أما عن خصائص هذا الدفع فيرى هذا الفقه أنه دفع شكلي لا يتعلق بالنظام العام. ويرى أن فكرة عدم جواز نظر الدعوى لا تختلط بفكرة عدم القبول من جهة، ولا بفكرة عدم الاختصاص، وهي فكرة قائمة بذاتها، فالدفع بوجود الصلح، والدفع بأعمال السيادة لا يجوز نظر الموضوع من قبل القضاء العادي، والدفع بعدم جواز جمع دعوى الحيابة ودعوى أصل الحق، والدفع بسبق الفصل فيها، والدفع بحسم النزاع تحكيمياً، ففي كل هذه الحالات يكون الدفع هو دفع بعدم جواز نظرها من قبل القضاء العادي. (د. أحمد محمد حشيش، الدفع بعدم القبول، ص 230 وما بعدها، بند 163، ص 305، بند 63، ص 143، بند 96).

وانتقد هذا الرأي من عدة وجوه، مما لا يمكننا الأخذ به: فهو يرى أن الاتفاق على التحكيم يؤدي لحسم النزاع تمنع حق الدعوى، مع أن الاتفاق على التحكيم يحصل بصدد نزاع قائم بالفعل، أو نزاع سيقوم بالفعل، ويرى أن الفارق بين عدم الجواز وعدم القبول، هو أن عدم الجواز يحول دون إعادة الدعوى، بعكس عدم القبول، والحقيقة ففي الحالتين يمكن إعادة رفع الدعوى في بعض الحالات، وذلك كما في =

= حالة ما ترك الخصوم اتفاق التحكيم مثلاً. والحقيقة فمصطلح عدم الجواز هو نفسه مصطلح عدم القبول. (نقض مدني مصري، رقم 697 لسنة 49 ق جلسة 1982/12/12م. وأيضاً د. محمد عبدالخالق عمر، ص 199. أشار إليهما د. كمال الدين أحمد السيد عاطف، مرجع سابق، ص 189 وما بعدها.

- الدفع بالتحكيم هو دفع بعدم الاختصاص:

يذهب بعض الفقه إلى أن اتفاق الأطراف على عدم طرح نزاعهم على القضاء، وإجازة المشرع لهذا الاتفاق، فإن هذا يجعل موضوع النزاع المتفق بشأنه على التحكيم خارجاً عن اختصاص القضاء، وهو تطبيق لدور إرادة الأفراد في تعديل قواعد الاختصاص في بعض الحالات. (د. وجدي راغب فهمي، طبيعة الدفع بالتحكيم أمام القضاء، مرجع سابق، ص 104 وما بعدها. أشار إليه د. مصطفى محمد جمال، د. عكاشة محمد عبدالعال، مرجع سابق، ص 516 وما بعدها). فاتفاق التحكيم لا يعني أكثر من رضا الخصوم بعرض النزاع القائم بينهم على المحكم للفصل فيه بدلاً من المحكمة المختصة، ومن ثم فلا يمس هذا الاتفاق حق الدعوى الذي هو مجرد سلطة للحصول على حكم في موضوعها، وهو ينشأ إذا ما حصل اعتداء أو تهديد على الحق، وقد يلجأ صاحبه إلى القضاء، وقد لا يلجأ، وهذا الحق يشعب أو يتحقق سواء أصدر هذا الحكم قاضي عادي، أم أصدره محكم يختاره الأطراف، وإجازة المشرع لنظام التحكيم، ومن ثم لا يعد اتفاق التحكيم تنازلاً عن الحق في الدعوى، وهو لا يعد كذلك تنازلاً عن الحق في اللجوء إلى القضاء؛ لأن هذا الحق حق عام ومحمي بالدستور ولا يقبل التنازل عنه (د. محمود هاشم، النظرية العامة للتحكيم في المواد المدنية والتجارية، ص 285 وما بعدها، بند 81. وأيضاً د. أسامة المليحي، هيئة التحكيم الاختياري، ص 136، 149. أشار إليهم د. أحمد عبدالقواب، مرجع سابق، ص 53، بند 10). فالدفع بالتحكيم لا يعد دفعاً بعدم قبول الدعوى، وإنما هو نوع من توزيع الاختصاصات بين القضاء العادي وهيئات التحكيم، فكما أن المشرع وزع الاختصاصات بين القضاء العادي والقضاء الإداري، أو أي جهة أخرى، فإنه كذلك أعطى الحق للأفراد في بعض الحالات، بإجراء اتصالات على اختصاص هيئة تحكيمية معينة بالنزاع القائم بينهم، فهو نوع من إعطاء الأولوية لاختصاص هيئة التحكيم تجاه قضاء الدولة ولا يهم ما إذا كان داخلياً ضمن الاختصاص النوعي أو القيمي أو الوظيفي أو المحلي للمحكمة.

وبدليل إن المشرع منع الأفراد من إجراء اتفاق التحكيم في خصوص المسائل التي لا يجوز الصلح فيها، فهذا إن دلّ على شيء، فإنما يدلّ على توزيع الاختصاص بين هيئات التحكيم والقضاء العادي. ويرى البعض أيضاً، أن اتفاق التحكيم، إنما يعني حجب سلطة المحاكم عن نظر النزاع وهو ما يؤدي إلى نزع الاختصاص من القضاء العادي بنظر النزاع، وإعطائه لهيئة التحكيم المختارة.

فاتفاق التحكيم يؤدي لسلب الاختصاص من القضاء العادي وإعطائه لهيئة التحكيم، أو أنه استثناء على اختصاص القضاء بنظر النزاع، وأنه تقرير لاختصاص هيئة التحكيم، باتفاق أطراف النزاع، وإجازة المشرع لهذا النوع من الاتفاق. (د. محسن شفيق، التحكيم التجاري الدولي، مرجع سابق، ص 199 وما بعدها، بند 130. وأيضاً د. محمود هاشم، النظرية العامة للتحكيم في المواد المدنية والتجارية، مرجع سابق، ص 258 وما بعدها، بند 81. وأيضاً د. عز الدين عبدالله، تنازع القوانين في مسائل التحكيم الدولي في مواد =

= القانون الخاص، بحث منشور في مجلة العدالة الصادرة عن وزارة العدل الإماراتية، العدد 19، س 6، لعام 1979/4م، ص 81، بند 10. وأيضاً الأستاذ. سعد أبو السعود، الدفع بالتحكيم يجب إيدائه قبل سائر الدفوع، مجلة المحاماة، السنة 1961، العدد 8، ص 1329 وما بعدها. أشار إليهم د. أحمد عبدالنواب، مرجع سابق، ص 51 وما بعدها، بند 8).

وعلى هذا الأساس فالدفع بالتحكيم هو دفع بعدم اختصاص القضاء العادي بنظر النزاع. وقد عللت محكمة النقض المصرية ذلك، بأن قانون المرافعات هو الذي أجاز أو خول الأفراد الالتجاء إلى جهة التحكيم بدلاً من المحاكم المختصة بالنظر في نزاعهم، وهذا الأمر وإن كان يستند إلى حكم القانون الذي أجاز لهم استثناء سلب اختصاص جهات القضاء، إلا أنه ينتج مباشرة من اتفاق الطرفين، ولهذا لا يتعلق بالنظام العام (نقض مدني مصري 1976/1/6م، في الطعن رقم 119 لسنة 42 ق).

فاتفاق التحكيم لا يتضمن خروجاً على قاعدة أن الاختصاص من عمل المشرع؛ لأن المشرع هو الذي يجيز للأفراد الحق في الاتفاق على هذا الاختصاص.

وقد نصّ القانون الفرنسي صراحة على اعتبار الدفع بالتحكيم دفعاً بعدم الاختصاص المادة (1458) أصول فرنسي. ويجري الفقه والقضاء الفرنسيان على أن الدفع بالتحكيم من الدفوع بعدم الاختصاص التي تسقط بعدم إيدائها قبل الكلام في الموضوع، وكان القضاء الفرنسي متردداً بين اعتباره دفع بعدم الاختصاص متعلق أو غير متعلق بالنظام العام، فذهبت بعض الأحكام إلى أنه يتعلق بالنظام العام، فيما اعتبرته في أحكام أخرى غير متعلقاً بالنظام العام.

وبصدور القانون الحالي جاءت المادة (1458) أصول فرنسي لحسم هذه المسألة مؤكدة منع قضاء الدولة في نظر المنازعات المعروضة على المحكم بسبب عدم الاختصاص، وإن هذا الدفع لا يتعلق بالنظام العام، بل يتعلق بمصلحة خاصة. (نقض مدني فرنسي، 1981/5/13م، مشار إليه في جازيت دي باليه 1981م، أشار إليه: د. أحمد عبدالنواب، مرجع سابق، ص 52، بند 8).

وقد نصّ قانون التحكيم الكويتي كذلك في المادة (5/173) منه على أنه لا تختص المحاكم بنظر المنازعات التي اتفق على التحكيم بشأنها. وقد قضت محكمة النقض المصرية في بعض أحكامها، قبل صدور قانون التحكيم الحالي، بأن الدفع بالتحكيم من الدفوع الشكلية المتعلقة بعدم الاختصاص والتي تسقط بالكلام في الموضوع (أشار إليه د. أحمد عبدالنواب، مرجع سابق، ص 25 وما بعدها، بند 8، 9).

وقد اعتبرت محكمة النقض السورية في بعض أحكامها أيضاً إن الدفع بالتحكيم هو دفع بعدم الاختصاص، إذ جاء في حكم لها، إن المحكمة عندما تقرر عدم اختصاصها بالدعوى المرفوعة أمامها لوجود مشاركة تحكيم سابقة بين الأطراف، فإن ذلك يستتبع إلغاء كافة الإجراءات التي اتخذتها المحكمة ومنها الحجز الاحتياطي. (نقض مدني سوري، الغرفة المدنية الثانية في القضية أساس 1161، قرار 852 تاريخ 2010/4/12م، المحامون، الأعداد 3-6 لعام 2012 م السنة 77، ص 551 وما بعدها، القاعدة 231).

وقد انتقد هذا التكييف من عدة نواحي: فلا يمكن تحديد نوع الاختصاص الذي يتم الدفع به، وهل هو اختصاص وظيفي أم نوعي؟ فذهب البعض من أنصار هذا التوجه إلى القول إنه اختصاص نوعي =

= لتعلقه بتوزيع الاختصاص بين المحاكم العادية وهيئات التحكيم وهو اختصاص ذو طبيعة خاصة يتعلق بتعين نصيب كل من المحاكم وجهات التحكيم، وتوزيع المنازعات بينهم، ولا يتعلق بالنظام العام. (أ. سعد أبو السعود، مرجع سابق، ص 1329 وما بعدها).

وقد قضت محكمة النقض الفرنسية في بعض أحكامها أنه دفع بعدم الاختصاص النوعي المتعلق بموضوع الدعوى، ومن ثم يمكن التمسك به في أية حالة تكون عليها الدعوى. (نقض فرنسي 1957/6/20م، مجلة التحكيم 1957م، ص 89. أشار إليه د. مصطفى محمد جمال، د. محمد عكاشة عبدالعال، مرجع سابق، ص 517، بند 352. وأشار إليه أيضاً د. فتحي والي، قانون التحكيم في النظرية والتطبيق، ص 181، بند 95. وأشار إليه أيضاً د. أحمد إبراهيم عبدالقواب، مرجع سابق، ص 54، بند 11). وهذا القاعدة لا تنطبق على اتفاق التحكيم؛ لأن الاختصاص النوعي يفترض تحديد اختصاص المحاكم تنظيمياً عاماً بنوع معين من الدعاوى، بينما نجد أنه في اتفاق التحكيم قد يتفق الأطراف على التحكيم في مسألة تدخل في الاختصاص القيمي أو النوعي. (د. أحمد إبراهيم عبدالقواب، مرجع سابق، ص 56، بند 12. وراجع المواد 63-80 من قانون أصول المحاكمات السوري بخصوص الاختصاص النوعي).

فيما ذهب البعض الآخر إلى القول إنه دفع بعدم الاختصاص الولائي، أي هو يسلب ولاية القضاء العادي والإداري للنظر بالنزاع، ويعطيه لهيئة التحكيم (د. محمود هاشم، النظرية العامة للتحكيم في المواد المدنية والتجارية، ص 258، بند 81. وأيضاً د. أسامة المليجي، هيئة التحكيم الاختياري، ص 149، بند 157. أشار إليهم د. أحمد إبراهيم عبدالقواب، مرجع سابق، ص 54، بند 11) وهذا التعليل أيضاً غير صحيح؛ لأن الاختصاص الولائي لا يكون إلا بين المنازعات التي تدخل في اختصاص القضاء العادي أو القضاء الإداري ويقع باطلاً كل مخالفة لهذه القواعد، كما أن هذا التوزيع يفترض وجود جهة قضائية مشكلة تشكياً قانونياً يوزع المشرع عليها بموجبه أنواعاً معينة من المنازعات أو الدعاوى بحسب طبيعتها. (راجع في هذا الخصوص قانون مجلس الدولة السوري الحالي)

و نظراً لعدم انطباق قواعد الاختصاص النوعي أو الوظيفي على الدفع بالتحكيم؛ لأن هذين الاختصاصين متعلقان بالنظام العام، وهو من عمل المشرع، ولا يمكن تركه لإرادة الأفراد، فقد ذهب البعض إلى وصفه بأنه نوع من الاختصاص الاستثنائي أو البديل الذي يقوم على أساس الطبيعة الخاصة لاتفاق التحكيم، وذلك دون حاجة إلى تكييفه بأنه اختصاص ولائي أو نوعي؛ لعدم تعلق هذا الاتفاق بالنظام العام، فيما ذهب البعض الآخر منهم إلى أنه دفع بعدم الاختصاص فقط. (د. أحمد إبراهيم عبدالقواب، مرجع سابق، ص 74، بند 25).

والحقيقة فالدفع بالتحكيم لو كان دفعاً بعدم الاختصاص، لكان يجب أن يندرج ضمن أحد الاختصاصات التي يعرفها قانون الأصول، وعجز أصحاب هذا الاتجاه عن تحديد نوع الاختصاص المدفوع به يثبت عدم صحة وجهة نظرهم؛ ولهذا كله لا يمكن القول بأن الدفع بالتحكيم هو دفع بعدم الاختصاص، وذلك لعدم إمكان التوصل إلى تحديد نوع هذا الاختصاص، كما أن فكرة الاختصاص البديل هي فكرة مصطنعة تؤكد عدم صحة هذه النظرية، بل لو كان الدفع باتفاق التحكيم دفعاً بعدم الاختصاص النوعي أو =

= الولائي كما يزعم أصحابه، لكان يجب أن يكون متعلقاً بالنظام العام، والحقيقة فاتفاق التحكيم يعني هدم قواعد الاختصاص وتجاهلها وإنكارها كلياً. وامتناع المحكمة عن النظر في النزاع لوجود اتفاق التحكيم، ليس لعدم اختصاصها، ولا يمكن أبداً تشبيهه بنوع من توزيع الاختصاص. كما أن المحكمة التي تقرر عدم اختصاصها لوجود اتفاق التحكيم تبقى بالرغم من صدور هذا الحكم مختصة ببعض المسائل. والقول إن المحكمة غير مختصة والمحكم هو المختص قول غير صحيح؛ لأن الاختصاص لا يمكن تصوره إلا بين الجهات القضائية، والمحكم ليس محكمة معينة حتى يمكن الحديث عن اختصاصه. (د. أحمد إبراهيم عبدالقواب، مرجع سابق، ص 56 وما بعدها، و ص 70).

والاختصاص يتم توزيعه وفقاً لمعايير محددة عامة ومجردة عن طريق تحديد مجموعة أو طوائف الدعاوى وذلك بحسب نوع الخبرة التي تتطلب للفصل فيها، كما هو الحال في الدعاوى التي أصبحت من اختصاص القضاء الإداري، وقد توزع الدعاوى بحسب نوعها أو أهميتها أو قيمتها، وبالتالي فالمحكمة سوف تكون مختصة أو غير مختصة وفق ما تنطبق عليها هذه القواعد أو المعايير أو لا، وأغلب هذه القواعد من النظام العام، ولا يجوز مخالفتها. (د. وجدي راغب فهمي، طبيعة الدفع بالتحكيم أمام القضاء، مرجع سابق، ص 104 وما بعدها. أشار إليه د. مصطفى محمد جمال، د. عكاشة محمد عبدالعال، مرجع سابق، ص 518، بند 353).

بينما نجد أن اتفاق التحكيم لا يلتزم بهذه المبادئ أو المفاهيم، فقد تكون الدعوى المبرم بشأنها اتفاق التحكيم داخلة ضمن الاختصاص النوعي أو الولائي أو القيمي، ولا يتعلق هذا الاتفاق بالنظام العام فيمكن للأفراد إبرامه، أو التنازل عنه، فقد يتفق الأفراد على التحكيم بصدد نزاع معين بينهم، ولا يعرضوه على القضاء، وقد يحدث نزاع مشابه له، ولا يتفق الأطراف بصده على التحكيم، ويعرض هذا على القضاء، وهو ما يختلف فيه التحكيم الاختياري عن التحكيم الإجباري، الذي يكون النزاع المعروف عليه محدداً ومن نفس النوع والعلة، أي طائفة معينة من المنازعات، والقانون هو الذي يحدد هذا مما يمكن عده نوعاً من توزيع الاختصاص، أو انتقاء الولاية بعكس الحال ما هو عليه اتفاق التحكيم. كما أن قواعد الاختصاص النوعي والولائي من النظام العام، ولا يجوز مخالفتها، بعكس اتفاق التحكيم الذي يتعلق بإرادة الأفراد، ولا يتعلق بالنظام العام.

كما أن المحكمة عندما تحكم بعدم اختصاصها، فإن القانون يوجب عليها في هذه الحالة أن تحيل الدعوى إلى المحكمة المختصة، لا أن تكتفي بتقرير عدم اختصاصها، بعكس التحكيم إذ المحكمة تكتفي فقط بالامتناع عن النظر في الدعوى. (المادة 110 مرافعات مصري).

. **الدفع بالتحكيم هو دفع بعدم قبول:** قد نصّ قانون التحكيم السوري في المادة (10) منه صراحة على عدّ الدفع بالتحكيم من الدفوع بعدم القبول، إذ يجب على المحكمة التي ترفع أمامها دعوى في مسألة أبرم بشأنها اتفاق تحكيم أن تحكم بعدم قبول الدعوى إذا دفع المدعى عليه بذلك قبل إبدائه أي طلب أو دفاع في الدعوى، كل هذا مالم يتبين أن الاتفاق باطل أو ملغى أو عديم الأثر أو لا يمكن تنفيذه.

ومن القوانين التي أخذت بهذا الاتجاه قانون التحكيم المصري وذلك في المادة (1/13) منه. وكذلك القانون العماني في المادة (1/13) من قانون التحكيم أخذ بهذا التوجه. ونصت المادة (192) من قانون =

= المرافعات القطري على أنه يترتب على شرط التحكيم نزول الخصوم عن حقوقهم في الالتجاء إلى المحكمة المختصة أصلاً بنظر النزاع، وإذا رفع أحد الخصوم دعوى أمام المحكمة المختصة على الرغم من هذا الاتفاق جاز للطرف الآخر أن يتمسك بشرط التحكيم في صورة دفع بعدم قبول الدعوى. (د. أحمد إبراهيم عبدالنواب، مرجع سابق، ص 46 وما بعدها).

وقد ذهبت محكمة النقض المصرية بعد صدور قانون التحكيم الحالي إلى اعتبار الدفع بالتحكيم من الدفع بعدم القبول. (نقض مدني مصري 1976/1/6م. وأنظر الأحكام الأخرى التي أشار إليها د. محمود هاشم، النظرية العامة للتحكيم، ص 256، هامش 1. أشار إليهم د. مصطفى محمد الجمال، د. عكاشة محمد عبدالعال، مرجع سابق، ص 519).

يمكن القول إن أهم الأراء التي قيلت لتحديد طبيعة الدفع بالتحكيم، هو رأي يقول إنه دفع بعدم الاختصاص، ورأي يقول إنه من الدفع بعدم القبول، إلا أننا نذهب مع الرأي الذي يقول إنه دفع بعدم القبول؛ ففي كل من الدفع بعدم الاختصاص، والدفع بعدم القبول، يكون القصد من الدفع منع المحكمة التي رفعت إليها الدعوى من نظرها والفصل فيها؛ إما لأنها غير مختصة، أو لأنها غير مقبولة. (د. أحمد أبو الوفا، التحكيم الاختياري والاجباري، منشأة المعارف، الإسكندرية، ط 4، 1983م، ص 119، بند 44).

ولهذا فقد خلطت بعض المحاكم بين الحالتين، إذ قضت محكمة تمييز دبي إن الدفع بعدم قبول الدعوى لوجود اتفاق التحكيم هو من قبيل الدفع بعدم الاختصاص؛ لأن المقصود فيه إنكار اختصاص المحاكم بنظر النزاع. (تمييز دبي في الطعن رقم 89 لسنة 1995م، جلسة 1996/1/20م، العدد 7، ص 27. أشار إليه د. أحمد إبراهيم عبدالنواب، مرجع سابق، ص 53، بند 9).

إلا أن الذي يفرق بينهما أنه في حالة الدفع بعدم الاختصاص، فالمدعى عليه ينازع في اختصاص ولاية المحكمة في نظر الدعوى. بينما في حالة الدفع بعدم القبول فهو ينازع في حق أو سلطة المدعي في رفع الدعوى أمام القضاء، أي يدعي عدم أحقية المدعي لرفع الدعوى أمام القضاء لعدم توفر شروط قبولها، والتي قد تكون شرطاً عاماً أو خاصاً، سلبياً أو إيجابياً، مانعاً أو عائقاً قانونياً أو اتفاقياً، أي كل ما يمنع رفع الدعوى إلى القضاء، ويمنعه من النظر والفصل فيها، ومن ثم يكون من حق المدعى عليه التمسك بعدم الاختصاص إذا ما رفعت الدعوى عليه من قبل المدعي، ولكنه لم يلتزم بقواعد الاختصاص كما نصّ عليها قانون الأصول، بينما يكون من حقه التمسك بعدم قبول الدعوى، عندما ترفع عليه الدعوى، ولا يلتزم المدعي بالشروط المطلوبة لرفعها وسماعها، فهو دفع ينكر فيه سلطة أو حق المدعي في مباشرة أو استعمال الدعوى، وبالتالي حقه في اللجوء إلى القضاء، وذلك على الرغم من أن المدعي التزم بالشروط الشكلية المطلوبة لصحة دعواه، والتزم بقواعد الاختصاص، إذ أنه رفعها إلى المحكمة المختصة، بل ويقر المتخاصمان باختصاص المحكمة بهذا النزاع، وإنما يرغبان بعرض نزاعهم على هيئة تحكيم بدلاً من المحكمة المختصة أصلاً بنظره.

فعدم التزام المدعي، بقواعد الاختصاص المنصوصة في قانون الأصول، والتي هي محددة تحديداً دقيقاً راع فيها المشرع صفة أو أهمية أو قيمة أو نوع الدعوى، وهي قواعد تنطبق على أي نزاع يحصل في =

= الواقع؛ بمعنى أنه إذا حدث نزاع معين، وكان يدخل ضمن الاختصاص النوعي للمحكمة، فإنه إذا حصل نزاع آخر من نفس النوع، فإنه سوف يدخل أيضاً ضمن اختصاصها، فإذا خالف المدعي هذه القواعد العامة والمجردة، فإنه يكون من حق المدعي عليه، أن يدفع بعدم اختصاصها، بينما عدم التزام المدعي عند رفع دعواه بالشروط المطلوبة لقبولها، فإنه يكون من حق المدعي عليه، أن يدفع بعدم قبولها لتخلف الشروط الإيجابية لقبولها أو شرط خاص تطلبه القانون، أو لوجود عائق أو مانع يمنع رفعها وقبولها من قبل المحكمة.

فالدعوى هي الوسيلة القانونية لعرض النزاع على القضاء من أجل إصدار حكم في الموضوع ملزم للطرفين، وحتى يتمكن القضاء من نظر هذا الموضوع وإصدار الحكم الحاسم للنزاع والملزم للطرفين، فإنه يجب أن يتقيد الخصوم بالإجراءات الشكلية المنصوصة عليها في قانون الأصول، سواء لجهة رفعها عن طريق الطلب، أم لجهة دفعها من قبل المدعي عليه، ويجب أن تكون المحكمة مختصة بنظر الدعوى وفق قواعد الاختصاص المبينة في قانون الأصول، ومخالفة الشروط الشكلية اللازمة لصحتها أو مخالفة قواعد الاختصاص، فإنها تكون معيبة بعيب شكلي يؤدي لبطلانها، ويمكن للمدعي عليه الدفع ببطلانها، بناء على دفع شكلي.

ومن جهة أخرى، فإن المشرع لم يلزم القضاء بالفصل في كل ادعاء أو دعوى تعرض عليه، وإنما لا بدّ من توفر شروط قبولها، وألا يوجد ما يمنعها من النظر وإصدار الحكم فيها، وبغير توافر هذه الشروط، أو بوجود تلك الموانع، فإنه يكون من حق المدعي عليه، الدفع بعدم قبولها والفصل في موضوعها، وإذا ما وجدت المحكمة، إنه محق في دفعه هذا، فإنه يتوجب عليها الحكم بعدم قبولها.

وبناءً على ما تقدم، وعند الدفع بالتحكيم، فهل امتناع المحكمة عن النظر في الدعوى المطروحة عليها، هو لعدم اختصاصها، أم هو لعدم توفر شروط قبولها، وشروط القبول قد تكون شروطاً عامة تلزم لقبولها، أو شروطاً خاصة تلزم لقبول بعض الدعاوى، والشروط الخاصة تقسم بدورها إلى شروط إيجابية يجب توفرها لتقبل الدعوى، أو شروط سلبية، أي توفرها، تمنع من قبول الدعوى. ومن جهة أخرى هل يمكن للأفراد إيجاد شروط أو موانع تمنع قبول الدعوى؟ نعم يمكن، فالاتفاق على الصلح يمنع من رفع الدعوى، والقبول بالحكم يمنع من قبول الطعن... إلخ.

نرى مع أغلب الفقه، أنّ شرط التحكيم لا ينزع الاختصاص من المحكمة، ولا يسلبها هذا الاختصاص، بل أن اتفاق التحكيم ليس له القدرة على إخراج النزاع من اختصاص المحكمة، فالمحكمة أو القضاء العادي يبقى مختصاً ببعض المسائل بالرغم من قيام هذا الاتفاق، كما يمكن أن يرجع له هذا الاختصاص من جديد بتنازل الأطراف عن التحكيم، أو إذا لم يؤدّ إلى نتيجة؛ ولهذا فاتفاق التحكيم هو مانع أو عائق يمنع المحكمة المختصة أصلاً بنظر النزاع وفق قواعد الاختصاص المنصوصة عليها في قانون الأصول من النظر والفصل في الدعوى. (د. أحمد أبو الوفا، مرجع سابق، ص 119 وما بعدها، بند 44).

فالرأي الراجح هو أن اتفاق التحكيم يتضمن تنازلاً من الطرفين عن حق الدعوى بحيث إذا لجأ أحدهم إلى القضاء، فإنه يكون من حق الطرف الآخر أن يتمسك بعدم قبول الدعوى بسبب التنازل عنها. (د. أحمد أبو الوفا، التحكيم الاختياري والاجباري، مرجع سابق، ص 119 وما بعدها، بند 44، 45. وأيضاً =

= د. فتحي والي، الوسيط في قانون القضاء المدني، مرجع سابق، ص 39، بند 21). والحقيقة فإن أفضل تعليل لعدم قبول الدعوى في حالة الدفع بوجود اتفاق التحكيم هو أن اتفاق التحكيم يشكل مانع أو شرط سلبي أو عائق يمنع بوجوده المحكمة المختصة أصلاً بنظر النزاع، من النظر والفصل فيها (وهو ما أخذت به محكمة النقض السورية في حكم لها جاء فيه أن القضاء العادي ممنوع من سماع الدعوى، طالما كان شرط التحكيم قائماً. نقض مدني سوري، مدنية ثانية قرار 1300، أساس 1552، لعام 1996م، مجلة القانون، القسم الأول، لعام 1997م، ص 99). أو يمكن القول في هذه الحالة أن القانون قد حدد عدة وسائل لحماية الحق، كوسيلة الدعوى والتحكيم والصلح، وقد تكون عدة دعاوى: كدعاوى الحيازة ودعاوى الملكية، والدعوى المدنية أو رفع الدعوى المدنية تبعاً للدعوى الجنائية في بعض الحالات، فإذا ما اختار المدعي وسيلة ما لحماية حقه، امتنع عليه اللجوء إلى الوسيلة الأخرى، أو الجمع بينهما، أو سقوط حقه في بعض الحالات.

وتقرير المحكمة عدم النظر في الدعوى المطروحة عليها والمبرم بشأنها اتفاق التحكيم، ليس تقريراً لعدم اختصاصها، إذ هي مختصة وفق قواعد الاختصاص، وإنما هي تقرر عدم النظر فيها لوجود مانع أو عائق يمنعها.

وتراجع الخصوم عن التحكيم، ومن ثم لجوءهم إلى القضاء من جديد، وبالذات يتوجب عليهم عرض نزاعهم على المحكمة التي كانت مختصة بالنزاع، وإنما اتفاق التحكيم منعها من الفصل فيها، والتي بقيت مختصة ببعض المسائل مع قيام التحكيم، ورجوع الأطراف إليها من جديد عندما قرروا التراجع عن التحكيم، ومع كل هذا الحقائق يصعب علينا القول إن الدفع بالتحكيم هو دفع بعدم الاختصاص، وإنما التكييف أو الوصف المنطقي والمعقول هو القول إنه بتراجع الأطراف عن التحكيم، إنما زال العائق الذي منعها أول الأمر من الفصل فيها، ومن ثم يمكن لهم العودة إلى المحكمة التي قررت امتناعها عن النظر في النزاع، ويتوجب عليها النظر في دعواهم والفصل فيها، ما لم يمنعها سبب آخر، وإلا كانت منكراً للعدالة.

وإذا سلمنا جدلاً لأصحاب نظرية الاختصاص بهذا التكييف، فهم حتماً سوف يعجزون عن إيجاد نوع الاختصاص المدفوع به، وعجزهم هذا إن دلّ على شيء، فإنما يدل على عدم صحة نظريتهم.

فاتفاق التحكيم لا يمس الشروط الشكلية المتعلقة بالاختصاص، أو القواعد التي توزع الاختصاص، ولا يتعلق بإجراءات الخصومة، وإنما هو فقط يمس سلطة الخصم في الالتجاء إلى القضاء.

فاتفاق التحكيم ينشأ عائق أو مانع يمنع المحكمة من النظر في الدعوى، ويكون الأفراد بإرادتهم وبترخيص من المشرع قد قيدوا حقهم في اللجوء إلى القضاء، وزوال هذا الاتفاق يؤدي لزوال هذا العائق أو المانع، ويمكن في هذه الحالة اللجوء إلى القضاء. (د. أحمد أبو الوفاء، المرجع السابق، ص 122 وما بعدها، بند 45).

وبناءً على ما تقدّم، نرى أن الرأي الذي يقول بأن الدفع بالتحكيم هو من الدفوع بعدم القبول هو الأجدر بالتأييد، وإذا كان هناك من ينتقد هذا بالقول إن اتفاق التحكيم لا يعد تنازلاً عن حق الالتجاء إلى القضاء؛ لأن هذا الحق عام وقائم دائماً ومحمي بالدستور ولا يمكن النزول عنه، ولا يمكن تقييده أيضاً. كما أنه =

= لايمس الحق في الدعوى بالتقييد والتحديد (د. محمود هاشم، النظرية العامة للتحكيم في المواد المدنية والتجارية، ص 261، بند 102، وأيضاً د. رمزي سيف، الوسيط في قانون المرافعات المدنية والتجارية، 1961م، ص 125. أشار إليهم د. أحمد إبراهيم عبدالقواب، مرجع سابق، ص 54 وما بعدها، بند 12).
فحق الدعوى وإن كان حقاً فردي وخاص ويمكن النزول عنه، والدعوى هي الوسيلة القانونية لحماية هذا الحق عند الاعتداء عليه بالذات، فهو ينشأ بحصول الاعتداء على حق خاص أو مركز معين بالذات من قبل شخص آخر، ولهذا فالقانون يعترف بالحق في الدعوى لصاحب الحق ولكي يحمي حقه. بينما اتفاق التحكيم لا يمس هذا الحق بالذات، فهذا الحق يبقى قائماً رغم الاتفاق على التحكيم، ولذلك يرى أصحاب هذا النقد أنه تعديل كيفية ممارسته، فيصنع هذا الاتفاق كيفية خاصة، وبعبارة أخرى فهو ينصب على إجراءات ممارسة الحق في الدعوى، ولا يمس هذا الحق في ذاته بالتقييد أو بالتحديد.

ويستخلص من كل هذا إن الدعوى مقبولة في ذاتها على الرغم من وجود وقيام شرط التحكيم، وتظل مقبولة ما لم يحصل تنازل عنها أو يتصالح مع خصمه حول موضوعها (د. مصطفى محمد الجمال، د. عكاشة محمد عبدالعال، مرجع سابق، ص 519، بند 353). فتخلف شرط من شروط قبول الدعوى يجعلها غير مقبولة أمام سائر المحاكم، بينما وجود اتفاق التحكيم يمنع فقط المحكمة العادية وحدها؛ لأنها غير ذات ولاية أو اختصاص ما دام اتفاق التحكيم قائماً صحيحاً، فالخصوم لا يتنازلون عن حقهم في الحصول على حكم لحماية حقوقهم الموضوعية، وإنما يتفقون على اتباع طريق آخر، فاتفاق التحكيم لا يعني سلب اللجوء إلى القضاء من أطرافه، بل حق الاستمرار في الإجراءات لحين الفصل في موضوع النزاع. (د. مصطفى محمد الجمال، د. عكاشة محمد عبدالعال، ص 521، بند 355).

ويرد على كل هذا، بأن اتفاق التحكيم هو تنازل عن حق الالتجاء إلى القضاء بخصوص الدعوى المبرم بشأنها اتفاق التحكيم، فطالما كان اتفاق التحكيم قائماً فإنه يمنع اللجوء إليه، فهو عائق أو مانع أو شرط سلبى يمنع المحكمة من الفصل في الدعوى المطروحة، فهو تقييد لهذا الالتجاء وليس تنازل عنه، فحق الالتجاء حق عام وقائم دائماً ومحمي بالدستور ولا يجوز التنازل عنه، وأي اتفاق على التنازل عنه يقع باطلاً ولا يعتد به فكل هذا معروف. بينما اتفاق التحكيم هو تقييد لهذا الحق، وليس تنازل كلي عنه، هو تنازل عن الحق في الدعوى معينة، في نزاع محدد بدقة، وهو اتفاق أجازته المشرع بقانون هو قانون التحكيم، ولم يجزه في كل المسائل، وإنما في بعضها.

فالأطراف لا يتنازلون عن حق الالتجاء كلياً، فلا يجوز مثلاً أن يبرما اتفاق تحكيم ويقولوا إن أي نزاع يحصل بيننا فسوف نعرضه على التحكيم، ولا يجوز أن نلجأ إلى القضاء. ولا يجوز أن يبرما اتفاق تحكيم ويقولوا أن أي اعتداء يصدر من قبلنا فسوف نلجأ إلى التحكيم، ولن نلجأ إلى القضاء، ففي هذا الصور هو تنازل كلي عن حق الالتجاء وهو لا يجوز. بينما في اتفاق التحكيم فيتم التنازل عن دعوى معينة، عن نزاع محدد.

والحكم الصادر لا ينفذ ما لم يتم إكسائه وإعطائه صيغة التنفيذ، والمحكمة المختصة، أو محكمة الاستئناف التي يجري في دائرتها التحكيم تبقى مختصة ببعض المسائل، أي المسائل التي لا يمكنهم التوصل إلى حل بشأنها، ويمكن اللجوء من جديد إلى المحكمة المختصة، لتفصل في الموضوع وذلك =

= إذا ما تراجع الأطراف عن اتفاق التحكيم، ولم يجز المشرع الاتفاق على التحكيم في كثير من المسائل، وإنما فقط في المسائل التي يجوز الصلح فيها. فكل هذا إنما يدل على أنه تقييد لحق الالتجاء وليس تنازل كلي عنه، وهو تقييد بإجازة المشرع.

والقول إن الدفع بالتحكيم هو دفع بعدم القبول لانتفاء شروط قبولها، أو لوجود مانع يمنعها، ولهذا فإنها يجب أن تكون غير مقبولة أمام سائر المحاكم، فهذا القول مردود عليه، بأن التحكيم ليس جهة قضائية، كما أنَّ من حالات عدم القبول، حالة ما لو حدد القانون للشخص عدة وسائل لحماية حقه، وإذا ما اختار الشخص إحدى هذه الحالات، امتنع عليه الجمع بينهما أو العدول عن الوسيلة التي اختارها، وهو ما ينطبق على اتفاق التحكيم، ومن ثم رفع الدعوى أمام القضاء، فلا يجوز الجمع بين الدعوى أمام القضاء وأمام هيئة التحكيم.

ويرى البعض أنَّ أحكام الدفع بعدم القبول لا تنطبق على الدفع بالتحكيم، إذ الدفع بعدم القبول يقصد به الطعن في عدم توافر الشروط اللازمة لسماع الدعوى وهي الصفة والمصلحة والحق في رفع الدعوى، بينما اتفاق التحكيم لا يتعلق بكل هذا (د. هدى محمد مجدي، مرجع سابق، ص 18 وما بعدها). ويرد على هذا - كما سبق القول أيضاً - بأن المشرع قد نصَّ على عدة وسائل أو حتى عدة دعاوى لحماية الحق، ومن ثم فإذا اختار الأطراف إحدى الوسائل لحل نزاعهم، فلا يجوز لهم العدول عنها إلى الوسيلة الأخرى.

ويرى الفقه السابق أنَّ المحكمة عندما تحكم بعدم قبول الدعوى، فإن هذا الحكم يحوز الحجية، ومن ثم فإذا ما تراجع الخصوم عن التحكيم ولجؤوا إلى المحكمة المختصة أي التي أصدرت حكم عدم القبول، فهل المحكمة - في هذه الحالة - سوف تقبل الدعوى التي حكمت بعدم قبولها أول الأمر، الأمر الذي يتعارض مع الحجية، أم إنها سوف ترفض الدعوى؛ لسبق الفصل فيها؟ (هدى محمد مجدي، مرجع سابق، ص 21). ويردُّ على هذا أنَّ الدفع بعدم القبول ليس دفع موضوعي، والأصل فيه أنه يجوز إذا ما زال العائق أو المانع الذي منعها أول الأمر من الحكم فيها، أن تعود فتتظر الموضوع من جديد.

كما أن نصوص قانون التحكيم تكفل العودة للمحاكم العادية أو محكمة الاستئناف للنظر في بعض المسائل أثناء سير إجراءات التحكيم، وهذا الأمر يتعارض مع أحكام عدم القبول، فالمحكمة التي تحكم بعدم القبول، لا تبقى لها أي سلطة على الموضوع.

والقول إنه يصعب اعتبار الدفع بالتحكيم دفعاً بعدم القبول؛ لأنَّ هذا الدفع يمكن إثارته في كافة مراحل الدعوى، بينما الدفع بالتحكيم فأغلب القوانين تنص على أنه يجب إثارته قبل الدخول في الموضوع، كما هو الحال المادة (10) من قانون التحكيم السوري، ويرد على هذا القول إن المدعي عندما يلجأ إلى القضاء، فإنَّه يكون قد تنازل عن حقه في التحكيم، ويبقى مصير هذا الاتفاق متوقفاً على موقف المدعي عليه، فإن لم يثره في بداية النزاع فهذا دليل على أنَّه أيضاً يريد التنازل عن اتفاق التحكيم، والتنازل عن اتفاق التحكيم، جائز في أي وقت، وبتنازل الطرفين يصبح اتفاق التحكيم لاغياً لا وجود له، أي أن =

4/ لعام 2008م، المادة (1/10) منه. والاجتهاد القضائي السوري يأخذ بهذا التوجه، إذ جاء في حكم لها أن القضاء العادي ممنوع من سماع الدعوى مادام شرط التحكيم قائماً⁽¹⁾.

3- يشترط لقبولها ألا تكون الدعوى قد انقضت بالتقادم المسقط:

ذهب المشرع الأردني في قانون أصول المحاكمات المدنية المادة (109) منه إلى أنه يجب على من يريد التمسك بالدفع بالتقادم أن يتقدم به قبل التعرض لموضوع الدعوى⁽²⁾. ويرى البعض أن محكمة التمييز الأردنية - على الرغم من صراحة النص القانوني - تتجه إلى أن الدخول في أساس الدعوى لا يمنع من

= العائق أو الشرط السلبي، أو المانع الذي كان يمنع المحكمة من النظر في الدعوى قد زال ويمكنها عندئذ النظر في الدعوى.

وبدليل أنه إذا كان هناك اتفاق تحكيم، ولم يثره المدعى عليه في بداية النزاع، وتابعت المحكمة النظر في الدعوى، وأبرم الأطراف اتفاق تحكيم جديد، فهنا المحكمة سوف تمتنع عن الفصل أو متابعة النظر في الدعوى، لقيام المانع الذي يمنعها.

وبناءً على كل ما سبق، نرى أن الدفع بالتحكيم هو دفع من الدفع بعدم قبول الدعوى، فالأطراف بإبرام اتفاق التحكيم يكونون متنازعين عن الحق في اللجوء إلى القضاء، وهو بالأحرى تقييد لهذا الحق، وبإجازة المشرع، أي يمنع عليهم اللجوء إلى القضاء العادي، في هذه الدعوى المحددة، أو النزاع المحدد. مع أن المحكمة المرفوع لديها الدعوى تكون مختصة وفق قواعد الاختصاص، فشرط التحكيم لا ينزع الاختصاص من المحكمة، ولا يعتبر نوعاً من توزيع الاختصاص بين القضاء، وهيئة التحكيم، وإنما اتفاق التحكيم يمنعها من سماعها أو قبول النظر والفصل فيها، ما دام هذا الشرط أو العائق أو المانع قائماً، أو لم يتنازل عنه الأطراف، فهو في هذا الدفع لا ينافي في أن المحكمة مختصة أو لا، وإنما ينكر حق أو سلطة خصمه في اللجوء إلى القضاء العادي لرفع دعواه.

فنزول الخصم عن حقه في اللجوء إلى القضاء في نزاع معين متفق عليه مع خصمه وبإجازة المشرع لهذا الاتفاق، ولو كانت المحكمة مختصة، فإن الدعوى المرفوعة تفقد شرطاً من شروط قبولها، ومن ثم يجب عليها الامتناع عن النظر والفصل فيها، لوجود هذا الاتفاق، أي هذا العائق أو المانع أو هذا الشرط، فمن شروط قبول الدعوى أمام القضاء، ألا يوجد اتفاق تحكيم بصدد موضوعها، وإلا حكم بعدم قبولها في حالة وجود هذا الاتفاق.

(1) - نقض مدني سوري، مدنية ثانية أساس 1552، قرار 1300، لعام 1996، مجلة القانون، مجموعة القواعد القانونية التي قررتها محكمة النقض، القسم الأول، لعام 1997م، ص 101، ص 99.

(2) - د. بشار عدنان المكاوي، د. نائل مساعدة، د. أمجد منصور، مرجع سابق، ص 139.

دفعها بالتقادم أمام المحكمة ذاتها مالم يصدر من المدعى عليه طالب الدفع إقراراً بالحق المدعى به موضوع الدعوى (1).

وذهب المشرع العراقي في قانون أصول المحاكمات الحقوقية، إلى أنه إذا ما كان هناك مرور زمن يمنع سماع الدعوى، فليس على المحكمة أن تتدخل في أساس الدعوى؛ لأنه ليس هناك من حاجة لذلك، وإنما تصدر قرارها برد الدعوى (2).

وقد ذهبت محكمة النقض السورية في العديد من أحكامها إلى القول إن الدفع بالتقادم هو دفع موضوعي، فقد قضت في حكم لها أن الدفع بالتقادم هو دفع موضوعي وليس دفعاً شكلياً يسقط بالتكلم في الموضوع، ولكن لا يمكن التمسك به لأول مرة أمام محكمة النقض؛ لأن ذلك يقتضي البحث في وقائع الدعوى مما يخرج عن اختصاصها (3). وقد اعتبرت محكمة النقض السورية في حكم لها أن الدفع بالتقادم يرتب عدم سماع الدعوى، جاء فيه "إذا اكتملت مدة التقادم فإن الأقرار بالدين المقترن بالدفع بالتقادم لا يلغي هذا التقادم، وإنما يرتب عدم سماع الدعوى لسقوط الحق بالتقادم والساقط لا يعود إذا تمسك المدين بالتقادم الطويل" (4) فعلى الرغم من وصفها لهذا الدفع بأنه دفع يرتب عدم سماع الدعوى، إلا أنها تعتبره من الدفع الموضوعية.

(1) - د. الظاهر، شرح أصول المحاكمات المدنية، ص 403، 404. أشار إليه عبدالله محمد ربايعه، يوسف عبدالله الشريفيين، وقت إثارة دفع الدعوى. دراسة فقهية قانونية، بحث مقدم لمجلة علوم الشريعة والقانون، المجلد 35، العدد 1، 2008، الأردن، عمان، ص 25.

(2) - داوود سمرة، شرح قانون أصول المحاكمات الحقوقية، العراق، بغداد، مطبعة الرشيد، ط 4، 1947، ص 147.

(3) - نقض مدني سوري، الغرفة المدنية الثانية، أساس 74، قرار رقم 112، لعام 1995م، المحامون عام 1996م، العددان 9-10، القاعدة 303. ونقض مدني سوري، أساس رقم 1852، قرار رقم 3143، تاريخ 1993/11/22م، المحامون العددان 9-10 السنة 59، لعام 1994 م. أشار إليهم د. محمد واصل، مرجع سابق، ص 496، هامش رقم 3.

(4) - نقض مدني سوري، الغرفة المدنية الأولى، أساس رقم 474، قرار رقم 434، لعام 2002 م، مجلة القانون، مجموعة القواعد القانونية التي قررتها محكمة النقض، الكتاب الأول، الأحكام المدنية، لعام 2002 م، ص 199 وما بعدها.

إلا أننا نرى إن الدفع بالتقادم هو من الدفع بعدم القبول؛ لأنه لا يوجه إلى الحق الموضوعي، وذلك لاستقلال الدعوى عن الحق.

فالرأي الراجح هو أن التقادم سبب لسقوط الدعوى، دون الحق الموضوعي ذاته، فمتى تم التقادم، وهو لا يتم إلا بتمسك صاحب المصلحة فيه، سقطت الدعوى ولم يكن للدائن بعد ذلك أن يلجأ إلى القضاء طلباً للحماية، ولكن الحق الموضوعي موضوع هذه الدعوى يبقى، وأن كان بدون دعوى.

فتقادم الدعوى لا يؤثر إذًا على الحق، ما دامت الدعوى مستقلة عن الحق، والقانون يعترف بوجود حقوق غير محمية بدعوى، فالدعوى هي من الوسائل القانونية التي ينظمها القانون لحماية الحق، والمشرع له الحرية في تنظيم هذه الوسائل التي يقررها حماية للحقوق، وله بموجب هذه الحرية، أن يضع أجلاً لاستعمال هذه الوسائل، فإذا ما فات هذا الأجل قفل باب القضاء أمام صاحب الحق، وأصبح أداء الحق متروكاً لإرادة المدين وضميره.

وقد عالج " بوتيه " التقادم في شرح الالتزامات بين الدفع بعدم القبول فهو يعرّف هذه الدفع بأنها بعض الأسباب التي تقف بين الدائن وبين أن يستمع القضاء إلى مطالبته بحقه.

فالدفع بالتقادم المسقط، هو دفع بعدم القبول، وذلك لأنه لا يسقط الإجراءات وحدها، وأنه لا يمس أصل الحق، لأن الحق يبقى بعد التقادم، وإنما يسقط التقادم الدعوى ويحول دون قبولها أو سماعها (1).

4- يشترط لقبول الدعوى ألا يوجد مانع قانوني يمنع سماعها:

ومن تطبيقات محكمة النقض السورية في هذا الخصوص، إن إشارة منع التصرف الموضوعية على صحيفة العقار تحول دون سماع دعوى تثبتت الشراء قبل ترقيتها من المراجع المختصة (2).

(1) - بوتيه، شرح الالتزامات، فصل 8، رقم 676، 677. أشار إليه د. عبدالمعنى البدراني، مرجع سابق، ص 248 وما بعدها، بند 270، 271.

(2) - نقض سوري . الغرفة المدنية الثانية في القضية أساس 1036، قرار 966، تاريخ 2010/4/12، المحامون، الأعداد 3، 6، لعام 2012، السنة 77، ص 558، القاعدة 238.

خلاصة: بناءً على ما تقدم، نصل إلى نتيجة مفادها أن شرط المصلحة بأوصافها الثلاثة القانونية والقائمة والشخصية، هي الشرط العام والرئيسي أو الأيجابي والوحيد لقبول الدعاوى والدفع، وذلك أن الشروط العامة الأخرى التي أوردتها بعض الفقه إلى جانب المصلحة واللازمة لقبول الدعوى إنما هي شروط متداخلة وتتفق في جوهرها أو ترجع لشرط واحد ألا وهو المصلحة بأوصافها الثلاث، فيدخل ضمن هذا الشرط كل العناصر المستفادة من سائر الشروط، أو أن جميع الشروط الأخرى لا تعدو أن تكون وجهات نظر لشيء واحد وهو المصلحة بأوصافها الثلاث، كما يمكن أن يوجد بجانب هذا الشرط العام، شروط خاصة مستقلة ببعض الدعاوى، أو شروط سلبية أي وجود هذه الشروط تمنع قبول الدعوى.

إلا أن بعض الفقه يذهب إلى أبعد من ذلك ويقوم بدمج حتى الشروط السلبية والخاصة واللازمة لقبول بعض الدعاوى ضمن شرط المصلحة، إذ إنه بالتمعن في هذه الشروط السلبية أو الخاصة - بحسب هذا الفقه - فإنها سوف ترد إلى شرط واحد هو الحاجة إلى الحماية القضائية، هذه الحاجة تظهر في الأحوال التي تتوافر فيها المصلحة في نظر الدعوى.

ويصل أصحاب هذا الرأي إلى القول بأن المصلحة هي الشرط الوحيد للحق في رفع الدعوى، وبأن المصلحة، وعدم سبق الفصل في الدعوى، وعدم الاتفاق على التحكيم، ومراعاة المواعيد المقررة لرفع الدعوى كلها شروط الحق في رفع الدعوى، فإن القولين صحيحين، حيث إن المصلحة هي الوعاء لكل الشروط الأخرى، وأنها صورة من صور عدم توافر المصلحة في حالة عدم توافرها كلها إذ تؤدي إلى عدم قبول الدعوى وإن اختلفت في ألفاظها أو مفاهيمها حيث قد يقضي بعدم الجواز أو بالسقوط أو بعدم القبول، فإن المحصلة والنتيجة في النهاية هي عدم حصول رافع الدعوى على الفائدة أو الميزة المرجوة من رفع الدعوى وهو مناط المصلحة⁽¹⁾.

(1) - فالقول بأنه يشترط لقبول الدعوى عدم الاتفاق على التحكيم مثلاً هو قول غير صحيح؛ فعدم الاتفاق على التحكيم يمكن الاستغناء عنه بتوافر المصلحة في طرح الادعاء أمام القضاء ولنظرة الفصل فيه، =

= فمن ضمن أوصاف المصلحة هي المصلحة القانونية ومناطق قانونيتها استنادها إلى حق أو مركز قانوني لذا فإن اتفاق التحكيم يعد حقاً للطرفين المتفقين عليه ويولد لهما مركزاً قانونياً وفقاً لهذا الاتفاق. فإذا تمسك المدعى عليه بشرط التحكيم، فهو في حقيقته تمسك بانتقاء المصلحة القانونية في الحق في رفع الدعوى، أي أن وجود اتفاق التحكيم يعني انتقاء المصلحة في طلب الحماية القضائية، حيث إن الأفراد بترخيص من المشرع قد اتفقوا على طرح النزاع أمام هيئة المحكمين. وكان انتقاء المصلحة وفقاً لنص المادة الثالثة من قانون المرافعات المصري والدفع بها من النظام العام، ومن ثم يصح الدفع به في أية مرحلة من مراحل الدعوى، ويصح للقاضي أن يقضي به من تلقاء نفسه، ومن ثم بات اتفاق التحكيم قيماً على الحق في رفع الدعوى وبات وجهاً من وجوه المصلحة. ونفس الأمر ينطبق على ما يراه البعض من ضرورة عدم وجود اتفاق على الصلح كشرط لقبول الدعوى، فوجود عقد الصلح معناه أن الأطراف قد حسموا بالعقد النزاع القائم بينهما وبالتالي تنتفي الحاجة إلى الحماية القضائية ولا توجد أي مصلحة في طرح الادعاء على القضاء.

أما عدم القبول لعدم رفع الدعوى في الميعاد المعين أو المناسبة أو الترتيب المحدد، فإن الدفع في هذه الحالة، إنما هو صورة من صور انتقاء المصلحة القانونية حيث أن عدم مراعاة المدعي تلك المواعيد في رفع دعواه يؤدي إلى عدم وصوله إلى الفائدة أو الميزة المرجوة من دعواه ومن ثم تنتفي معه المصلحة القانونية؛ لأن مراعاة المواعيد المقررة لرفع الدعوى ما هو إلا شرط من شروط الحق في رفع الدعوى، وبعبارة أخرى فهذا الاتجاه يربط ضرورة مراعاة مواعيد رفع الدعوى بنشأة الحق في الدعوى من جهة، والحاجة إلى الحماية القضائية من جهة أخرى.

ومعنى ذلك أنه لا يمكن استعمال الحق في الدعوى قبل نشوء الحق فيه، فصاحب الحق لا يستطيع الالتجاء إلى القضاء إلا إذا حدث اعتداء على حقه وكانت له صفة في طلب حمايته، هنا ينشئ له الحق في الدعوى، أما طلب الحماية القضائية فهو أمر متروك له، فشرط الميعاد هذا يمكن إرجاعه إلى شرط المصلحة؛ لأنها الشرط الوحيد لقبول الدعوى وفقاً لما سبق وتعد وعاءاً له.

ويرى أصحاب هذا التوجه أنه حين يشترط البعض عدم سبق الفصل في موضوع الدعوى كشرط لقبولها، فإنهم بذلك يخلطون بين شروط قبول الدعوى، وأحوال انقضاء الحق في الدعوى، ومعنى ذلك أنه بالحكم في الدعوى والحصول على الحماية القضائية، فإن الحق في الدعوى ذاته يتم استنفاده، ولا يستطيع صاحب الشأن أن يعود مرة ثانية، ويعيد طرح نفس النزاع بذات عناصره المكونة له مرة ثانية أمام القضاء. فإذا كان الدفع بعدم جواز نظر الدعوى لسابقة الفصل فيها يقصد به عدم طرح ومناقشة الموضوع مرة أخرى، فإن هذا يعني أن المصلحة المرجوة من وراء النزاع قد تم استنفادها في النزاع السابق، وأن النزاع المدفوع فيه بسبق الفصل لا طائل منه، مما ينبئ أن الدفع إنما يرمي كذلك إلى انتقاء المصلحة في الدعوى لدى رافعها مما يعد مصطلح سابق الفصل ما هو إلا رافد من روافد تحقيق المصلحة، أو نفيها، أو وجه من وجوه المصلحة ومن ثم تعد المصلحة وعاءاً له. (د. نبيل إسماعيل عمر، الدفع بعدم القبول، مرجع سابق، ص 72 وما بعدها، بند 52. وأيضاً د. كمال الدين أحمد السيد عاطف، مرجع سابق، ص 69 وما بعدها).

ونرى أن هذا التصور سوف يؤدي إلى تعقيد مسألة هي بالأصل معقدة، ومن الناحية العملية، فإن الذي سيدفع بالتحكيم أو بالصلح أو بالسقوط، سوف يدعي أن هناك شرط تحكيم أو اتفاق صلح، وقد لا يذكر شرط المصلحة أبداً في هذه الحالة، فما الفائدة من هذا الدمج، فالأفضل عدم صهر أو دمج الشروط السلبية والخاصة في شرط المصلحة أيضاً تجنباً لتعقيد المسألة أكثر.

الفصل الثاني

النظام القانوني للدفع بعدم القبول

اختلف الفقه والقضاء بشأن الدفع بعدم القبول، أتخضع للأحكام الخاصة بالدفع الشكلية، أم للأحكام الخاصة بالدفع الموضوعية، أم أن لهذه الدفع طبيعة خاصة تستوجب مراعاتها عند البحث عن الأحكام الواجبة التطبيق عليها؟ ويرجع السبب الرئيسي في هذا الخلاف إلى ما لهذه الدفع من طبيعة خاصة، ففي بعض الأحوال تتفق مع الدفع الموضوعية فيما تختلف فيه عن الدفع الشكلية، وفي أحوال أخرى تتفق مع الدفع الشكلية فيما تختلف فيه عن الدفع الموضوعية؛ ولهذا السبب فالذي حاول إبعاد هذه الدفع عن الدفع الموضوعية ألصقها بالدفع الشكلية، والذي حاول إبعادها عن الدفع الشكلية قام بإلصاقها بالدفع الموضوعية.

إلا أنّ الرأي الراجح هو أن لهذه الدفع طبيعة خاصة تستوجب مراعاتها عند البحث عن الأحكام القانونية الواجبة التطبيق عليها. فعلى الرغم من أن الدفع بعدم القبول يشبه من حيث بعض الأحكام التي يخضع لها، كذلك المطبقة على الدفع الأخرى، إلا أن ذلك ينبغي ألا يكون سبباً في دمجها بها، فالذي يميز الدفع عن بعضها هو الغرض منها، والحالات التي توجه فيها، والأثر الناتج عن التمسك بها. بناء على ما تقدم، يجب علينا بيان موقع ومكانة الدفع بعدم القبول بين الدفع الأخرى، وإلى أي مدى تتشابه أو تختلف معها، وهو ما نستعرضه في المبحث الأول، ومن ثم يسهل علينا تحديد الأحكام الواجبة التطبيق عليها والتي سنبينها في المبحث الثاني.

المبحث الأول

موقع الدفع بعدم القبول من الدفع الأخرى

اختلف الفقه والقضاء في نوع الدفع الموجه للدعوى وشروط قبولها، أهو دفع شكلي أم دفع موضوعي، أم دفع مختلط، أم دفع من نوع خاص مستقل عنهما؟ وبالتالي اختلفوا في إيجاد الأحكام القانونية التي تخضع لها هذه الدفع، أتجري عليها أحكام الدفع الشكلية، أم أحكام الدفع الموضوعية؟ ولكل فقه حجة في ذلك.

ويرجع السبب الرئيسي في رأينا إلى الغموض الذي شاب نظرية الدعوى سواء من حيث تعريفها، أم علاقتها بالحق الموضوعي، أم من حيث شروط قبولها، فمن حيث علاقة الدعوى بالحق الموضوعي، فإن الذي دمج بين الدعوى والحق، اعتبر الدفع الموجه لهما من نوع واحد وهو الدفع الموضوعي، والذي قال باستقلال الدعوى عن الحق، قال باستقلال الدفع الموجه لهما، فهو عدم قبول إذا وُجّه للدعوى، وموضوعي إذا وُجّه للحق.

ومن جهة أخرى، فالذين قالوا باستقلال الدعوى عن الحق اختلفوا. كما رأينا. في مدى هذا الاستقلال، فالذي ربط الدعوى بالحق الموضوعي، أي أن الحق في الدعوى مرتبط بنجاحها، كان التمييز بين مسألة القبول ومسألة الفصل في الموضوع متداخلاً وغير واضح، ولذلك كان تعبيره عن شروط قبول الدعوى، وكأنه تعبير عن شروط الحق الموضوعي. وأما الذي جعل الاستقلال بين الدعوى والحق تاماً، أي أن الحق في الدعوى مرتبط بقبولها، كان التمييز بين الدفع بعدم القبول والدفع الأخرى واضحاً وأكثر سهولة. أما الذي جرد الدعوى كلياً عن الحق الموضوعي وعن الادعاء، وربطها بحق التقاضي فلا توجد لديه حاجة للدفع بعدم القبول، وتتوقف سماع الدعوى على تقديم مطالبة قضائية صحيحة من حيث الشكل.

وأما من حيث شروط قبول الدعوى، فعلى الرغم من اتفاق الفقه على أن عدم القبول هو الجزاء الإجرائي المترتب على تخلف شروط قبول الدعوى، إلا أن عدم

اتفاق الفقه على حصر هذه الشروط، قد أدى إلى اختلافهم في حصر حالات الدفوع بعدم القبول وقد رأينا ذلك تفصيلاً فيما سبق.

بعد هذا العرض، يجب علينا بيان محل أو موقع الدفوع بعدم القبول بين الدفوع الأخرى، ولنصل بعد ذلك إلى تحديد الأحكام القانونية الواجبة التطبيق عليها.

فلم يكن أمام الفقه إلا طائفة الدفوع الشكلية والدفوع الموضوعية، ولذلك ذهب الفقه بدلاً من القول باستقلال الدفوع بعدم القبول عن الدفوع الأخرى إلى إلحاقها بهذه الدفوع. وعلى ذلك فقد ذهب رأيي إلى القول بأن الدفع بعدم القبول هو دفع شكلي، وذهب رأي آخر إلى القول بأنه دفع موضوعي، وذهب رأي ثالث بغرض إيجاد الأحكام القانونية لهذه الدفع - ولصعوبة إخضاع كل الدفوع بعدم القبول إلى الأحكام الخاصة بالدفوع الشكلية فقط، أو للدفوع الموضوعية فيما إذا اعتبرناها دفوع موضوعية وليست شكلية - إلى تقسيم الدفوع بعدم القبول بين الدفوع الموضوعية والدفوع الشكلية، وذلك بالاعتماد على معيار شكلي لا أساس قانوني له، فما غلبت فيه الصفة الشكلية اعتبره دفعاً شكلياً أو إجرائياً، وما غلبت فيه الطبيعة الموضوعية اعتبره دفعاً موضوعياً، ومن ثم قام بتطبيق الأحكام الخاصة بكل دفع من هذه الدفوع على الدفوع بعدم القبول، إلا أن أصحاب هذا التوجه اختلفوا فيما بينهم فمنهم من ذهب لاعتبار دفع ما من الدفوع بعدم القبول دفعاً شكلياً، بينما اعتبره آخرون دفعاً موضوعياً.

ولعدم صحة الآراء الثلاثة السابقة، اتجه المشرع كما في فرنسا ولبنان ومصر وحتى في سورية، وأغلب الفقه والقضاء إلى عدّ الدفوع بعدم القبول طائفة مستقلة من الدفوع الأخرى، فلا هو شكلي، ولا هو بموضوعي، ولا هو شكلي موضوعي، وإنما هو دفع مستقل عن هذه الدفوع أي دفع بعدم القبول.

وبناء على ما سبق، ولإحاطة بهذا الموضوع سوف نبحث الرأي الذي يلحق الدفوع بعدم القبول بالدفوع الأخرى وذلك في مطلب الأول، ومن ثم سوف نبين الرأي الذي يقول باستقلال الدفوع بعدم القبول عن الدفوع الأخرى وذلك في مطلب ثانٍ.

المطلب الأول

الاتجاه الذي يدمج الدفوع بعدم القبول ضمن الدفوع الأخرى

ذهب رأي إلى أنّ الدفوع بعدم القبول هي دفوع شكلية لأنها توجه إلى الإجراءات اللازمة لرفع الدعوى، بينما ذهب رأي آخر إلى أنّها دفوع موضوعية؛ لأن الدفع بعدم قبول الدعوى لانتفاء شروطها، هو دفع بعدم وجود الحق الموضوعي، فما يوجه للدعوى يعد في الواقع موجهاً للحق نفسه، وأمام عجز هذين الرأيين في بيان حقيقة وحالات الدفوع بعدم القبول، ولصعوبة إخضاع كل الدفوع بعدم القبول لأحد الدفوع الأخرى، وكان من المفروض القول بأن الدفوع بعدم القبول هي دفوع مستقلة عن الدفوع الأخرى، ذهب رأي إلى تقسيم الدفوع بعدم القبول إلى دفوع موضوعية ودفوع شكلية، ومن ثم قام بتطبيق الأحكام الخاصة بكل قسم على الدفوع بعدم القبول.

الفرع الأول - الرأي الذي يدمج الدفع بعدم القبول ضمن الدفع الشكالية:

ظهرت فكرة الدفع بعدم القبول لأول مرة في القانون الفرنسي القديم الذي كان سارياً قبل الثورة الفرنسية، في الأمر الملكي الصادر سنة 1667م، وذلك في الباب الخامس من هذا الأمر في المادة (5) منه. إلا أن الدفع بعدم القبول اعتبر في هذا الأمر الملكي دفعاً من الدفع الشكالية التي يجب التمسك بها قبل الإدلاء بأي دفع من الدفع الموضوعية، أي قبل الدخول في موضوع الدعوى، وإلا سقط الحق فيه⁽¹⁾.

وفي مشروع قانون الأصول الفرنسي الصادر سنة 1806م وضعت فقرة بعنوان الدفع بعدم القبول، وذلك في المادة (185) منه التي كانت تنص على أن الدفع بعدم القبول يجب التمسك به قبل الدخول في موضوع الدعوى. إلا أن مصطلح الدفع بعدم القبول أشار جداً كبيراً عند مناقشة المشروع ولعدم التوصل إلى حل بصدد المشاكل المتعلقة بالمعنى الواجب إعطاؤه لمصطلح الدفع بعدم القبول، فقد ألغى واضعو المشروع المادة (185) منه وتركوا أمر الدفع بعدم القبول للفقهاء والقضاء⁽²⁾.

وقد أيد بعض الفقهاء دمج الدفع بعدم القبول ضمن الدفع الشكالية، بمقولة إن قانون الأصول المدنية لا يعرف إلا نوعين من الدفع: النوع الأول يتوجه إلى الإجراءات بقصد عرقلة سير الخصومة، والنوع الثاني يتوجه إلى مضمون الادعاء، أي للحق الموضوعي بقصد رفضه كلياً أو جزئياً.

(1) Rodier: question sur l'ordonnance de Louis XIV - Toulouse. 9779. p. 100.
Cite' par. omar. P. 53 note - 1 no. 67.

أشار إليه د. نبيل إسماعيل عمر، الدفع بعدم القبول ونظامه القانوني، مرجع سابق، ص 24 وما بعدها، بند 16.

(2) Pe'guete: e'tude critique de la notion de fin de non - recevoir. R. T. D. 1947. p. 139.not. No. 4

أشار إليه د. نبيل إسماعيل عمر، المرجع السابق، ص 26 وما بعدها، بند 17.

وبتفسير نصوص قانون الأصول المتعلقة بالدفع، فالباب التاسع من قانون الأصول الصادر سنة 1806م قد عدّ الدفع الشكلية فقط، مما يدل على أن المشرع في هذه الفترة لم يضع في اعتباره إلا الدفع الشكلية والدفع الموضوعية فقط، وبما أن الدفع بعدم القبول هي دفع لا توجه إلى الحق الموضوعي، فقد قام هذا الفقه بإلحاقها بالدفع الشكلية، لأنها أيضاً لا توجه للحق الموضوعي⁽¹⁾.

كما أن الدفع بعدم القبول هو الأداة الإجرائية التي حددها المشرع للتمسك بعيوب الحقوق الإجرائية التي تحول دون نظر الدعوى.

وقد ورد في قانون هو قانون إجرائي، ويوجه إلى العيوب المتعلقة بالإجراءات كالدفع بسقوط الخصومة، أو الدفع ببطلان الإجراءات، فالتمسك بهذه الدفع يتم عن طريق الدفع بعدم القبول كذلك الحال إذا لم تتوافر الصفة في الدعوى، أو لم ترفع الدعوى في المناسبة أو الشكل المحدد قانوناً، أو في الترتيب المحدد إجرائياً.

فهذه الشروط يغلب عليها الصفة الإجرائية، والتمسك بعدم توافر هذه الشروط يكون بواسطة جزاء هو جزاء إجرائي، وهو الدفع بعدم قبول الدعوى لعدم توافر الصفة، أو لعدم رفعها في المناسبة أو الترتيب المحدد قانوناً.

وبناء على ما تقدم: فالدفع بعدم القبول هي دفع توجه إلى الإجراءات اللازمة لسماح الدعوى، وعلى ذلك فهو دفع شكلي أي إجرائي.

ومع ذلك فقد ذهب البعض الآخر من الفقه، وأحكام القضاء، إلى نقد الرأي السابق، فالمشرع الفرنسي عندما وضع مشروع قانون أصول المحاكمات عام 1806م في فرنسا والذي نص فيه على بعض أحكام الدفع بعدم القبول، إلا أنه أثناء مناقشة هذا المشروع تم حذف المادة المتعلقة بهذه الدفع، فإنه لم يكن القصد من ذلك إدماج الدفع بعدم القبول ضمن الدفع الشكلية، وإنما رغبة من المشرع أن يترك المجال واسعاً أمام الفقه والقضاء لكي يبحثوا في هذا الدفع⁽²⁾.

(1) - Garsonnet et C' esar. pru: traite. T. 1. p. 709

أشار إليه د. نبيل إسماعيل عمر، المرجع سابق، ص 139، بند 94.

(2) - Vincet: précis. 18 eme. ed. p. 64

أشار إليه د. نبيل إسماعيل عمر، الدفع بعدم القبول، مرجع سابق، ص 140، بند 94.

وبناء على هذا المسلك من جانب واضعي قانون الأصول الفرنسي فقد ذهب الفقيه "بيجو" سنة 1807م في محاولة لوضع تحديد لفكرة الدفع بعدم القبول، فنذكر أن الطلب القضائي يكون مقبولاً إذا لم يوجد دفع بعدم القبول يمنع طرحه أمام القضاء⁽¹⁾.

وكان هذا الفقيه يقصد بالدفع بعدم القبول واحداً من الدفع الآتية: افتقار الحق في الدعوى لعدم وجود أو نشأة الواقعة المولدة لهذه الدعوى، أو إذا لم يكن للمدعي بتاتاً أي دعوى، أو إذا لم يثبت صحة تمثيل الخصم، أو لم تثبت صفته، أو إذا لم تتوافر الشروط التي يتطلبها القانون لإمكانية رفع الدعوى، أو إذا وجهت الدعوى إلى شخص ليس له صفة في رفعها عليه، أو إذا كان هناك خيار للمدعي بين عدة دعاوى وكان المدعي قد اختار واحدة منها، وكان هذا الاختيار يسقط حقه في استعمال النوع الآخر من الدعاوى، أو إذا كان الحق في استعمال الدعوى قد سقط بالتقادم مثلاً. في جميع هذه الحالات يرى هذا الفقيه أن للمدعي عليه الحق في مواجهة هذا الطلب بدفع عدم القبول.

وانتقد هذا الرأي بمقولة إنه أدخل ضمن حالات الدفع بعدم القبول بعض حالات الدفع الشكلية، فيما رأى البعض الآخر أنه من غير الواضح لدى الفقيه "بيجو" مسألة التمييز بين الحق الموضوعي والدعوى⁽²⁾.

إلا أننا نرى أن هذا الفقيه قد خطا في دراسة هذا الدفع خطوات قيّمة، وعالج أهم مشكلتين بخصوصه، وذلك من ناحية تحديد مفهومه، وبيان معظم حالاته، ولو أنه أدخل ضمن هذه الحالات حالة عدم صحة تمثيل الخصم والتي تعتبر شرطاً لصحة الخصومة، والدفع الموجه إليها هو دفع شكلي وليس دفعاً بعدم القبول، إلا أن ذلك لا ينال من قيمة هذا الرأي فهذا الفقه هو الذي أرسى المبادئ الأولية

(1) - Pigeau: la procédure civile des tribunaux de france. T. 1.paris. :1807.p.48.cite' par omar. p. 56

أشار إليه د. نبيل إسماعيل عمر، مرجع سابق، ص 27، بند 17.

(2) - د. عبد الخالق عمر، فكرة عدم القبول، رسالة دكتوراه، ص 56، هامش 83. أشار إليه د. نبيل إسماعيل عمر، المرجع السابق، ص 28، 18.

لدراسة هذا الدفع، وإزالة الغموض الذي أحاط به، وذلك بتحديد مفهومه، وبيان أغلب الحالات التي يثار فيها.

إلا أن كثرة الآراء التي قيلت في هذا الدفع، ولعدم التوصل إلى أساس مشترك بخصوص مفهوم هذا الدفع وحالاته ونظامه القانوني، ومع صعوبة البحث في دراسة هذا الدفع، ورغبة المشرع الفرنسي في ذلك الوقت في الإسراع من الانتهاء من المسائل الشكلية، أي الإجراءات المتعلقة بالدعوى والخصومة، صدر قانون في (30/10/1935م) معدلاً لقانون الأصول الفرنسي حيث تم تعديل المادة (192) منه، والتي جاء فيها أن: " جميع الدفوع الإجرائية، والدفوع المتعلقة بالبطلان، والدفوع بعدم القبول وكل الدفوع المذكورة في المواد السابقة يتعين إبدائها قبل الكلام في الموضوع ". وبهذا التعديل ألحق المشرع الفرنسي الدفوع بعدم القبول بالدفوع الشكلية، وهذا التعديل هو عكس ما كان يأخذ به القضاء قبل تعديل سنة 1935م إذ كان من المجمع عليه تقريباً فقهاً وقضاً أن الأحكام الخاصة التي أوردتها المشرع الفرنسي للدفوع الشكلية لا يمكن تطبيقها على الدفوع بعدم القبول؛ لأن هذه الدفوع هي أقرب إلى الدفوع الموضوعية منها إلى الدفوع الشكلية.

ولذلك ذهب الفقه والقضاء الفرنسي، ولتلافي مخاطر إدماج الدفوع بعدم القبول ضمن الدفوع الشكلية، بالتضييق من مضمون هذا التعديل التشريعي، تارة بحجة أن بعض الدفوع بعدم القبول تقترب من الدفوع الموضوعية، وبالتالي لا يمكن تطبيق الأحكام الخاصة بالدفوع الشكلية عليها⁽¹⁾، وتارة بحجة أن هذا التعديل لم يغير أحكام الدفوع بعدم القبول.

واستمر الخلاف بين الفقهاء وأحكام المحاكم إلى أن صدر قانون في 1958م معدلاً للمادة (192)، والذي صار بموجبه من الممكن التمسك بالدفوع بعدم القبول في أية حالة تكون عليها الدعوى، ولم يفعل أكثر من ذلك.

(1) - عرائض فرنسي 21 نوفمبر 1882، سيري 110/1/84. أشار إليه د. عبدالمنعم البدرابي، مرجع سابق، ص 250، بند 273.

وبصدور هذا القانون، رأى بعض الفقه أن هذا التعديل يتضمن اعترافاً بوجود طائفة مستقلة من الدفوع، تسمى الدفوع بعدم القبول⁽¹⁾.

وأخيراً، فإننا نلاحظ من استقراء بعض أحكام محكمة النقض السورية أنها تعتبر بعض شروط قبول الدعوى، وخاصة شرط الصفة، شروطاً لصحة الخصومة، من ذلك ما قضت به من أنه لما كانت الخصومة والصفة والتمثيل من النظام العام، فإنه من أولى واجبات المحكمة التحقق من توافر الأهلية اللازمة للتقاضي، وصحة التمثيل والإذن وذلك بحسب ما جاء في المادة (17) أصول سوري⁽²⁾. وفي حكم آخر جاء فيه: إن ردّ الدعوى لعدم صحة الخصومة أو التمثيل، إنما هو من قبيل ردها شكلاً لا موضوعاً⁽³⁾، ومما جاء في حيثيات هذا الحكم أن الدعوى مقامة على من لا صفة له فيها. وفي حكم آخر جاء فيه أنه لا يجوز تصحيح الخصومة بعد إقامة الدعوى وتوجيهها إلى غير من جرى اختصاصه فيها ابتداءً، ومن ثم فإن الطلب العارض المقدم لجهة تصحيح الخصومة في غير محله القانوني⁽⁴⁾. وفي حكم آخر قضت بأن الخصومة في الدعوى توجه إلى الشخصية الطبيعية أو الاعتبارية، والقول بأن الادعاء يجب أن يوجه إلى الممثل القانوني للشخصية الاعتبارية وإلا عدت الخصومة غير صحيحة هو قول غير صحيح⁽⁵⁾. ويؤيد هذا القضاء بعض الفقه بقوله إن الصفة شرط لصحة الخصومة وقبولها، وليست شرطاً للدعوى أي لمنح الحماية القضائية، وحتى عندما تستعمل المحاكم

(1) - د. عبدالخالق عمر، فكرة عدم القبول، رسالة دكتوراه، ص 65. أشار إليه د. نبيل إسماعيل عمر، الدفع بعدم القبول، مرجع سابق، ص 142، بند 96.

(2) - نقض مدني سوري، مدنية أولى قرار رقم 73، أساس 126، لعام 1996. مجلة القانون لعام 1966 م ص 284.

(3) - نقض مدني سوري، القضية أساس 954، قرار 727، تاريخ 2009/11/25 م، أشار إليه مجلة المحامون العددان 3 و 4، لعام 2011، السنة 76. ص 380، القاعدة 29.

(4) - نقض مدني سوري، الغرفة المدنية الرابعة، قرار 1625، أساس 1756، تاريخ 2000/4/11، أشار إليه: د. محمد أديب الحسيني، الخصومة والتمثيل في القضايا المدنية والإجارية، مقالة منشورة في مجلة المحامون الأعداد 1، 2، 3، 4، 5، 6 لعام 2013، السنة 78، ص 10.

(5) - نقض مدني سوري قرار رقم 362، أساس 1890، تاريخ 2004/9/21، مجلة المحامون، الأعداد 9-10، لعام 2005 م، ص 764.

عبارة الدعوى، فإنه ينبغي أن تفسر بمعنى الخصومة. ويرى أن الأهلية ليست شرطاً من شروط قبول الدعوى، أو بمعنى الحق في الحماية القضائية، إنما هي كالصفة شرط لصحة الخصومة وللقيام بالأعمال الإجرائية⁽¹⁾. من الأحكام السابقة، ومما قاله الرأي السابق نلاحظ أن هذا الاتجاه يعتبر الصفة شرطاً لصحة الخصومة لا لقبول الدعوى، وعلى هذا الأساس يكون الدفع بانتفاء الصفة بموجب هذا الرأي دفعاً شكلياً، وليس من قبيل الدفع بعدم القبول.

لا نرى صحة هذا التوجه، فالصفة هو شرط لقبول الدعوى لا لصحة الخصومة، فالخصومة تقوم وتتعدّد بمجرد الالتزام بالإجراءات الشكلية المنصوص عليها في قانون الأصول، بينما نجد أنه للتيقن من وجود الصفة، فإنه يجب معرفة من هو صاحب الحق، أي أن يكون صاحب الحق محل الاعتداء هو الذي يباشر الحق في الدعوى⁽²⁾، وهذه كلها أمور موضوعية لا شكلية، وهو ما تقر به محكمة النقض السورية إذ قضت في حكم لها: أن الصفة هي ما للشخص من شأن في الدعوى يجيز له المخاصمة في موضوعها، وإن أصحاب الحقوق هم ذوو الصفة بالمخاصمة أمام القضاء، ولا يقبل من غير صاحب الحق أن يقاضي عنه لحساب غيره، وليس لأحد أن يدفع في دعوى تجرد صاحبها من صفة التقاضي⁽³⁾. إلا أنه في مرحلة قبول الدعوى، فإن القاضي يتأكد من توافر شرط الصفة في الدعوى بافتراض صحة الادعاء، ويرى مع ذلك أهذا الحق الموضوعي هو للمدعي، وضد المدعى عليه أم لا؟ ويحكم بالقبول أو بعدم القبول بناء على ذلك، فالصفة هو شرط لقبول الدعوى لا لصحة الخصومة⁽⁴⁾. وبديل أن محكمة النقض السورية

(1) - د. أحمد حراكي، د. أيمن أبو العيال، أصول المحاكمات، ج 1، مرجع سابق، ص 234 وما بعدها.

(2) - د. هجيرة دنوني بن الشيخ الحسين، موجز المدخل للقانون (النظرية العامة للقانون والنظرية العامة للحق وتطبيقاتها في التشريع الجزائري، منشورات د حلب، الجزائر، ص 189 وما بعدها.

(3) - نقض مدني سوري، قرار رقم 434، أساس 1413، تاريخ 2009/3/29 م، مجلة المحامون العددان

3. 4، لعام 2011 م، السنة 76، ص 421، القاعدة 70.

(4) - د. فتحي والي، نظرية البطلان في قانون المرافعات، مرجع سابق، 15 وما بعدها.

تذهب في أحكام أخرى إلى الأخذ بذلك منها ما قضت به أن الصفة شرط أساسي لقبول الدعوى وهي تسري بحق الطرفين المدعي والمدعى عليه (1).

كما إن هناك فرق بين الصفة اللازمة لقبول الدعوى، وصحة التمثيل، وبديل أن محكمة النقض السورية نفسها تفرق بين الحالتين - وكما سبق القول - فقد جاء في حكم لها " إذا زال عيب التمثيل أثناء الدعوى تصبح إجراءات التقاضي صحيحة " (2) وفي حكم آخر قضت " تصحيح التمثيل أمام المحكمة الاستئنافية جائز ويجعل سير الدعوى بمواجهة الممثل الحقيقي قد تم وفق الأصول " (3).

وجاء في حكم لها إن تصحيح الخصومة ابتداء لدى محكمة الاستئناف وتوجيهها إلى الوزيرين بدلاً من المديرين، فإن اختصاص الوزيرين على هذا الأساس، إنما يعد إدخالاً لخصم جديد في المرحلة الاستئنافية، الأمر الذي يخالف أحكام المادة (239) أصول سوري (4).

إلا أنها عادة وتراجعت عن القضاء السابق - وهو التوجه الصحيح - فقضت في حكم آخر أنه إذا وجهت الخصومة إلى شخصية اعتبارية، ولئن كان قد حضر من لا يملك حق تمثيل هذه الشخصية الاعتبارية، فإن حضور الوكيل الصحيح لا ينطوي تحت التحريم المنصوص عليه؛ لأن صفة الشخص الاعتبارية لم تتغير، وإنما كان الخطأ في التمثيل، ومن ثم فإن حضور الممثل الصحيح لا يعني تعديلاً وتصحيحاً في الخصومة (5).

(1) - نقض مدني سوري قرار رقم 577، أساس 8482، تاريخ 2010/11/23، مجلة المحامون،

العددان 11 . 12، لعام 2011 م، السنة 76

(2) - نقض مدني سوري، قرار رقم 1593، أساس 3473، مجلة المحامون لعام 1965م، أشار إليه:

أنور عبدالله محمد، مرجع سابق، ص 88.

(3) - نقض سوري، قرار رقم 711، أساس 319، مجلة المحامون لعام 1971 م، أشار إليه أنور عبدالله

محمد، مرجع سابق، ص 365.

(4) - نقض مدني سوري، قرار رقم 3، أساس 625، مجلة المحامون، لعام 1984م. أشار إليه: أنور

عبدالله محمد، ص 374.

(5) - نقض مدني سوري، قرار 379، أساس مخاصمة 560، لعام 1998 م، مجلة القانون، القسم الثاني،

لعام 1998م، ص 618.

بينما نجدها لا تجيز تصحيح الصفة، فمن غير الجائز تبديل الصفة خلال سير الدعوى. (كما رأينا سابقاً).

النقد الموجب لهذا الرأي: بناء على ما تقدم، نرى أنه لا يمكن اعتبار الدفع بعدم القبول دفعاً شكلياً، بحجة أنها أيضاً كالدفع الشكلي لا توجه للحق الموضوعي، وهو الأساس الذي اعتمده أصحاب هذا الاتجاه لقولهم إن الدفع بعدم القبول هي دفع إجرائية توجه إلى الإجراءات اللازمة لسماع الدعوى، فإذا كان صحيحاً أن الدفع بعدم القبول لا توجه للحق الموضوعي، ولذلك فهي لا تعتبر دفعاً موضوعية، لاستقلال الحق عن الدعوى، فإن نفس الأمر يدعونا لكي لا ندمجها ضمن الدفع الشكلي؛ وذلك لاستقلال الدعوى عن الخصومة وإجراءاتها من جهة أخرى؛ فالدفع بعدم القبول، لا توجه للخصومة وإجراءاتها، وليس الغاية من إثارة هذه الدفع إيقاف أو تأخير الخصومة أو إعلان بطلان إجراءاتها، وإنما الهدف منها هو عدم قبول الطلب أو الدعوى أو الدفع نهائياً.

فإذا ما كان الدفع بعدم القبول مؤسساً، فإنه سوف يؤدي للحكم بعدم قبولها، وزوال سائر الإجراءات التي تمت فيها، ويتوجب رفع الدعوى من جديد، وذلك في الحالات التي يمكن فيها ذلك، بحسب السبب الذي أدى لعدم قبولها. فقد تكون الدعوى مقبولة لتوفر شروط قبولها، وذلك على الرغم من وجود عيوب شكلية فيها، وبالعكس فقد تكون الدعوى غير مقبولة، ويحكم بعدم قبولها، لعدم توفر شروط قبولها، وذلك على الرغم من عدم وجود عيوب شكلية فيها تؤدي لبطلانها، فلا علاقة لشروط قبول الدعوى - والتي هي شروط موضوعية لقبولها - بالشروط الشكلية المطلوبة حتى تتعقد الخصومة صحيحة.

الفرع الثاني - الرأي الذي يقسم الدفوع بعدم القبول بين الدفوع الشكلية والدفوع الموضوعية:

أولاً - رأي الفقه والقضاء الفرنسي في هذا التقسيم: عند تعديل بعض نصوص القانون الفرنسي سنة 1931م أثير جدل حول عدّ الدفع بعدم القبول دفعاً موضوعياً أو دفعاً شكلياً، ولكن لم يتم إيجاد حل لهذه المشكلة.

فلما صدر القانون في (30/10/1935م) والقاضي بتعديل المادة (192) من قانون الأصول الفرنسي، ونص التعديل الجديد على أن كافة الدفوع بعدم القبول يتعين للتمسك بها إبدائها قبل التكلم في موضوع الدعوى. وبهذا التعديل ألحق المشرع الفرنسي الدفوع بعدم القبول بالدفوع الشكلية. والمقصود من هذه القاعدة عدم السماح للمدعى عليه بالتراخي في إبداء الدفوع التي لا توجه للحق الموضوعي إلى ما بعد التكلم في الموضوع، تجنباً لتأخير الفصل في الدعوى⁽¹⁾.

ولما كانت هذه القاعدة الواردة في المادة (192) بعد تعديلها سوف تؤدي لنتائج غير منطقية؛ لأنها تؤدي إلى حرمان المدعى عليه من دفاع جوهري يترتب عليه عدم قبول الطلب بمواجهته، فقد حاول الفقه والقضاء بمختلف الوسائل تجريد النص المتقدم من كل أثر، فقليل إنه لا يتعلق إلا بالدفوع التي أشارت إليها النصوص المتقدمة عليه (وليس من بينها الدفوع بعدم القبول)⁽²⁾.

فالمادة (192) تتكلم في فقرتها الأولى عن الدفوع الشكلية وطلب البطلان والدفوع بعدم القبول " المشار إليها في المادة السابقة " والمادة السابقة على هذه المادة لا تشير إلى أي دفع بعدم القبول؛ ولذلك ذهب بعض الفقه إلى القول بأن هذا التعديل الجديد لا يتضمن أي تغيير في أحكام الدفوع بعدم القبول⁽³⁾.

(1) - د. أحمد أبو الوفا، نظرية الدفوع، ط7، مرجع سابق، ص 850، بند 484.

(2) - مقال هيرد في 1939، rey, crit، رقم 24، وأنظر موريل رقم 52، وسوليس ص 265 وما بعدها. ونقض فرنسي مدني 14 يونيو 1950 (جازيت باليه) 7-10/10/1950. ونقض 23 فبراير 1944 (سيريه 944-1-17)، وتعليق موريل. أشار إليهم د. أحمد أبو الوفا، المرجع السابق، ص 850، بند 484.

(3) - فانلير، المرسوم بقانون الصادر في 30/10/1935 والخاص بالمرافعات المدنية، ص 280. أشار إليه د. عبد المنعم البدر، مرجع سابق، ص 250، بند 273.

وقد أخذت محكمة النقض الفرنسية بهذا التفسير في بعض أحكامها⁽¹⁾. إلا أن هذا التفسير انتقد فالمادة (192) تنص بصريح العبارة على أن الدفع بعدم القبول يجب للتمسك بها إثارتها قبل الكلام في الموضوع. بينما ذهبت أحكام أخرى لها إلى التفريق بين الدفع بعدم القبول التي تقترب من الدفع الموضوعية وبين سواها، ولم يخضعوا الأولى للحكم الوارد في المادة (192) المعدلة.

وبناء على ما سبق، ميزوا بين نوعين من الدفع بعدم القبول: دفع متصل بالموضوع كالدفع بانتفاء المصلحة والدفع بحجية الشيء المحكوم فيه وهذه لا تطبق عليها نص المادة (192)، وبالتالي تجوز إثارتها في أية حالة تكون عليها الدعوى، ولو بعد التكلم في الموضوع، وسميت بالدفع بعدم القبول الموضوعي، ودفع مبناها السقوط لانقضاء المدة أو الميعاد، أو لعدم اتخاذ إجراء أوجبه القانون قبل رفعها، فهذه الدفع لا تتصل بالموضوع، وهي التي بالتالي تخضع لحكم المادة (192)، ولا يجوز التراخي في الإدلاء بها بل يتعين إبدائها قبل التكلم في الموضوع، وسميت بالدفع بعدم القبول الإجرائي⁽²⁾.

وقد قررت محكمة النقض الفرنسية في حكم لها أن الدفع بعدم قبول دعوى البتوة بسبب سوء سلوك الزوجة في أثناء الحمل عملاً بنص المادة (34) من القانون المدني الفرنسي يعتبر من الدفع الموضوعية التي لا يسري عليها حكم المادة (192) من قانون الأصول. وقد طبقت نفس القاعدة على الدفع بسقوط الدعوى بالتقادم طبقاً للمادة (640) من قانون الإجراءات الجنائية الفرنسي⁽³⁾.

(1) - نقض فرنسي 12/17/1941. ونقض فرنسي 23 فبراير 1944، سيري، 117/1/1944، وتعليقاً للأستاذ موريل على هذين الحكمين. أشار إليه د. عبد المنعم البدرابي، مرجع سابق، ص 251، بند 273.

(2) - د. رمزي سيف، مرجع سابق ص 424، بند 356. وأيضاً د. أحمد أبو الوفا، نظرية الدفع، مرجع سابق، ص 850 وما بعدها، بند 484. وأيضاً د. نبيل إسماعيل عمر، المرجع السابق، ص 29 وما بعدها، بند 19.

(3) - الحكمان منشوران في سيري 1944. 1. 117 أشار إليه د. رمزي سيف، مرجع سابق، ص 425 وما بعدها، هامش 2.

ثانياً - رأي الفقه والقضاء المصري في هذا التقسيم:

1. وذهب بعض الفقه إلى تعريف هذين النوعين من الدفوع بعدم القبول، بأنه يقصد بالنوع الأول أي الدفع بعدم القبول المرتبط بالموضوع، فهو الدفع الذي يواجه الادعاء بحق أمام القضاء كأساس للطلب القضائي، ومثال ذلك ما يتمسك به شخص يدعي ضده بأنه أب لطفل يبحث عن نسبه من أن أم الطفل كانت ذات سلوك سيء⁽¹⁾.

ففي هذه الأحوال يرى هذا الفقه، أن الدفع لا يتعلق بمسألة إجرائية، وإنما يتعلق بأصل الحق المدعى به والذي يتأسس عليه الطلب القضائي⁽²⁾.

أما النوع الثاني، أي الدفوع بعدم القبول الإجرائية فهي تلك التي تهدف لاستبعاد الطلب القضائي نظراً لأن الدعوى لم تمارس من خلال الشروط الواجب توافرها لاستعمالها استعمالاً مقبولاً من الناحية الإجرائية، بسبب انعدام المصلحة أو انتهاء الميعاد، في مثل هذه الحالات، فإن أصل الحق المزعوم لم يعارض فيه أحد⁽³⁾.

2- ويذهب بعض الفقه إلى أن عدم القبول هو تكييف قانوني لطلب مقدم إلى المحكمة يؤدي إلى امتناعها عن النظر في الادعاء المرفوع به الطلب.

ولذلك يفرق بين نوعين من عدم القبول: عدم القبول الإجرائي، وهو ينشأ عند فقدان أحد الشروط الإجرائية اللازمة لإمكان نظر القاضي للادعاء.

فالطلب يكون غير مقبول إذا كان باطلاً، فلكي ينظر القاضي الادعاء المطروح بواسطة الطلب القضائي يجب أن يكون صاحبه قد احترام القواعد التي يفرضها القانون لتقديم طلبه، كعدم تقديم الاستئناف في ميعاده، ويكون الطلب غير مقبول إذا كانت المحكمة غير مختصة بنظر الدعوى وفق قواعد الاختصاص.

(1) - 14/5/1950. D. 1950 - 534. Cass. civ. 17/12/1941. D. C. 1942-

113 أشار إليه د. نبيل إسماعيل عمر، مرجع سابق، ص 144 وما بعدها، بند 97.

(2) - 1961.. p. 291 Solus et perrot: Droit judiciaire prive'.

أشار إليه د. نبيل إسماعيل عمر، مرجع سابق، ص 145، بند 97.

(3) Rene' Morel: Traite élémentaire de pro. civ. 2eme. ed. 1943.56

أشار إليه: د. نبيل إسماعيل عمر، مرجع سابق، ص 144، بند 97.

وأما عدم القبول الموضوعي: فيكون عند انعدام أحد شروط الحق في الدعوى إذا كان هذا التخلّف ظاهراً⁽¹⁾. ويرى هذا الفقه أن هذا النوع الثاني لا يعتبر عدم قبول بالمعنى الدقيق، ذلك أن المحكمة وهي تقضي فيه بعدم القبول؛ فإنها تكون قد دخلت أو بدأت ببحث الموضوع؛ ولهذا فعدم القبول في هذه الحالات لا يعني امتناع المحكمة عن النظر في الادعاء، وإنما يعني عدم الاستمرار فيه.

وبناء على ما سبق، يذهب هذا الفقه إلى انتقاد المعيار الذي يقول به غالبية الفقه⁽²⁾ من التفرقة بين الدفع الشكلي والدفع بعدم القبول والدفع الموضوعي؛ لأن الدفع بعدم القبول - بحسب هذا الفقه - يعتبر في بعض حالاته دفعاً موجهاً إلى الإجراءات، بينما كل دفع موجه للحق في الدعوى يعتبر في ذات الوقت موجهاً للحق الموضوعي، وبعبارة أخرى فإن عدم القبول لعدم توافر شروط الدعوى هو في حقيقته عدم تأسيس؛ أي أن المحكمة عندما تقرر عدم قبول الدعوى، فهي إنما تقرر في هذه الحالة عدم وجود الحق في الدعوى للمدعي ضد المدعى عليه، وبالتالي فإن ما يوجه إلى الحق الموضوعي يعتبر في نفس الوقت موجهاً إلى الحق في الدعوى، وهذا كله خلط لمسألة القبول، بمسألة الحكم في الموضوع؛ ولهذا يرى هذا الفقه أن قواعد عدم القبول لا يمكن أن تكون واحدة، وبعبارة أخرى فالطبيعة المختلفة لفكرة عدم القبول تستوجب ألا نضع لعدم القبول أحكاماً موحدة بل يجب ترك هذا الأمر لقواعد البطلان، أو لقواعد عدم الاختصاص، أو لقواعد وجود الحق في الدعوى. ففي حالة عدم القبول بسبب بطلان الطلب يخضع الأمر لقواعد البطلان، وفي حالة عدم القبول لعدم الاختصاص، يخضع الأمر لقواعد الاختصاص، وفي حالة عدم القبول لعدم توافر أحد شروط الدعوى، يخضع الأمر لنظرية الدعوى⁽³⁾. وإذا سلمنا لهذا الفقه بهذا الرأي، ففي حالة بطلان الإجراءات،

(1) - بيجيه، المجلة الفصلية، ق. م. 1947، ص 146. أشار إليه د. فتحي والي، نظرية البطلان، مرجع سابق، ص 17.

(2) - موريل، سيرى، 1944. 1. 117. بيجيه، المجلة الفصلية، ق. م. 1947. ريكول، دروس، ص 61، جلاسون، المرافعات، ج 1، رقم 227، ص 575. أشار إليهم د. فتحي والي، المرجع السابق، ص 18.

(3) - د. فتحي والي، نظرية البطلان، مرجع سابق، ص 9 وما بعدها.

فالأمر يخضع لقواعد البطلان، وفي حالة مخالفة قواعد الاختصاص، فإنه يجب ترك الأمر لقواعد الاختصاص، فنحن لا نجادل هذا الفقه في هذا الأمر، ونسلم له بهذا الذي قاله، وإنما فيما يخص الحالة الأخيرة، أي حالة عدم توافر شروط قبول الدعوى، فما هي القواعد التي تحكمها؟ يرى الفقه السابق أنه يجب إخضاعها لقواعد الحق في الدعوى، والسؤال ما هذه القواعد؟ نرى أن هذه القواعد وفيما يخص الدفع الموجه لها، هو أنه دفع بعدم القبول.

3- وفي نفس المعنى يرى بعض الفقه أن الدفع بعدم القبول هو الوسيلة القانونية التي يتمسك بواسطتها المدعى عليه بوجود الحكم بعدم قبول النظر في الطلب، أو الدفع، أو الطعن المقدم من خصمه إلى المحكمة. وترجع أسباب عدم القبول بحسب هذا الفقه إلى أحد نوعين من الأسباب: عيب في الطلب أو الدفع أو الطعن كعمل إجرائي، سواء تعلق العيب بالشكل كما هو الحال بالنسبة لصحيفة استئناف مقدمة بعد ميعاد الاستئناف، أم صحيفة دعوى رفعت قبل اتخاذ إجراء يجب أن يسبق رفع الدعوى⁽¹⁾، أم بمقتضى موضوعي في العمل، كأن ترفع الدعوى من شخص لا يتمتع بأهلية التقاضي اللازمة، ذلك أنه لكي ينظر القاضي في العمل المقدم إليه يجب أن يحترم مقدمه المقتضيات التي فرضها القانون لصحته⁽²⁾.

ويرى هذا الفقه أن الدفع بعدم القبول لعيب في العمل الإجرائي، لا تثور أية مشكلة بالنسبة للأحكام التي يجب أن يخضع لها، إذ هو دفع شكلي فيخضع لأحكام الدفوع الشكلية. وأما السبب الثاني لعدم القبول فهو عدم توافر المصلحة في الإجراء وهو الشرط اللازم لسماع الدعوى، ويقصد بهذا عدم وجود فائدة للمدعي من صدور حكم في موضوع الدعوى التي يرفعها. ويدخل هذا الفقه ضمن شرط المصلحة في الإجراء هذا بعض الحالات التي يكون فيها من الواضح أو من

(1) - نقض مدني فرنسي، 5 فبراير 1974، مجموعة النقض، 25 - 285 - 48. أشار إليه د. نبيل

إسماعيل عمر، مرجع سابق، ص 490، بند 286.

(2) - ديولوجو، عدم القبول، بند 80، ص 10 وما بعدها. أشار إليه د. نبيل إسماعيل عمر، الوسيط،

مرجع سابق، ص 490، بند 286.

الظاهر تخلف أحد شروط نشأة الحق في الدعوى، أو كان هذا الحق قد انقضى⁽¹⁾. ويطلق هذا الفقه على الدفع بانتفاء المصلحة في الإجراء في الدعوى، اسم الدفع بعدم القبول الموضوعي.

ويرى أن أحكام هذا الدفع هي كما يلي: الدفع بعدم القبول الموضوعي يجوز إبدائه في أية حالة تكون عليها الدعوى، وأنّ للمحكمة أن تفصل في الدفع بعدم القبول وحده أو مع الموضوع، وللمحكمة في الغالب سلطة القضاء به من تلقاء نفسها، إلا أن هذا الفقه وعلى الرغم من أنه ينكر وجود الدفع بعدم القبول، إذ إن الدفع لديه إما دفع شكلي أو دفع موضوعي، يعتبر أن الدفع بعدم القبول الموضوعي، لا تستنفد المحكمة ولايتها بالحكم في الدفع، لأن الدفع بعدم القبول له سمة أساسية تميزه عن الدفع الموضوعي وهو أنه يرمي إلى تجنب بحث الموضوع⁽²⁾، فإن هذا يعني أن محكمة أول درجة عندما تحكم بعدم قبول الدعوى فإنها تقرر بأنها لم تنظر موضوع الدعوى، وبناء على ما تقدم فالمحكمة لا تستنفد ولايتها بالحكم في الدفع، ويرى أيضاً أن الحكم في الدفع يحوز حجية الأمر المقضي أو لا يحوزه حسب الأحوال⁽³⁾. وهذا كله إن دلّ على شيء، فإنما يدل على أن هناك دفع تمييز عن الدفع الموضوعي، كما تمييز عن الدفع الشكلي.

4- ويذهب بعض الفقه إلى القول بأن الدفع بعدم القبول الذي عنته المادة (1/115) من قانون المرافعات الحالي، هو الدفع الذي لا يمكن الحكم فيه سلباً أو إيجاباً إلا إذا كان على المحكمة البحث أو التطرق لموضوع الدعوى، أي لأصل الحق المدعى به، فهو بهذه المثابة يعتبر دفعاً موضوعياً يرد على الحق في رفع الدعوى، ولا يمكن الحكم فيه إلا ببحث أصل الحق المدعى به، للوقوف على ما إذا

(1) - نقض مدني فرنسي، 23 مايو 1972، مجموعة النقض، 23- 981 - 173. وتضمن هذا الحكم تعريفاً للدفع بعدم القبول الموضوعي. أشار إليه د. نبيل إسماعيل عمر، الوسيط، مرجع سابق، ص 492، بند 287.

(2) - سوليس وبيرو: ج1، بند 315، ص 293. أشار إليه د. نبيل إسماعيل عمر، الوسيط، ص 494 وما بعدها، بند 287.

(3) - نقض مدني فرنسي، 25 يناير 1962 - مجموعة النقض 13- 108 - 17. أشار إليه د. نبيل إسماعيل عمر، الوسيط، مرجع سابق، ص 495، بند 287.

كانت هناك صلة بين هذا الحق وبين المدعي تمكنه رفع الدعوى من عدمها وقد قضت محكمة النقض المصرية تطبيقاً لذلك بأن تقدير قيام المصلحة أو انتقائها بخصائصها المقررة في القانون وهي اتصالها بشخص صاحبها اتصالاً مباشراً وقيامها قياماً حالاً واستنادها إلى القانون يقتضي من المحكمة اتصالاً بموضوع النزاع متمثلاً في عنصر أو أكثر من عناصرها، وهي الخصوم والمحل والسبب (1).

وأما الدفع بعدم القبول الإجرائي، فهو يكون في الحالات التي يورد فيها المشرع شروطاً لرفع الدعوى وينص على عدم قبولها في حالة عدم توافرها، وحينئذ تلتزم المحكمة ومن تلقاء نفسها بالتحقق من توافرها دون أن يتطلب ذلك التعرض لموضوع الدعوى بحيث إذا قضت بعدم قبول الدعوى لهذا السبب، فإنه يكون للحكم على هذا النحو حجية مؤقتة تزول عنه متى رفعت دعوى جديدة مستوفية للشروط التي لم تكن قد توافرت في الدعوى السابقة، مثال ذلك، الدفع بعدم قبول الدعوى لرفعها بدين تتوافر فيه شروط استصدار أمر الأداء، والدفع بعدم قبول دعوى إخلاء العين المفروشة لعدم قيد عقد الإيجار بالوحدة المحلية (2).

النقد الموجه لهذا الرأي: أخذ على هذا التمييز - الذي اعتمدته محكمة النقض الفرنسية فيما يتعلق بالدفع بعدم القبول، وأخذت به كذلك محكمة النقض المصرية في أغلب أحكامها، وأيدهما في ذلك بعض الفقه - أنه لم يكن سهلاً في جميع الحالات إجراؤه، فهذا التمييز يتصف بالدقة والصعوبة، فليس من السهل في كل حالة معرفة ما إذا كان الدفع بعدم القبول يتعلق بالموضوع، وبالتالي يأخذ حكمه، أم يتعلق بالإجراءات، وبالتالي تسري عليه قواعد الدفوع الشكلية (3).

فمثلاً الدفع بتخلف الصفة، فقد ذهب بعض الفقه إلى أن توافر الصفة هو شرط ضروري لقبول الطلب القضائي، أي شرط لممارسة الحق في الدعوى، بينما

(1) - نقض مدني مصري 1980/4/26 طعن 153 س 41 ق. أشار إليه أنور طلبية، مرجع سابق، ج3، ص 7 وما بعدها.

(2) - أنور طلبية، مرجع سابق، ج3، ص 8 وما بعدها.

(3) - د. إبراهيم سعد، القانون القضائي الخاص، ص 652. أشار إليه د. نبيل إسماعيل عمر، مرجع سابق، ص 147 وما بعدها، بند 98.

ذهب البعض الآخر إلى أن تخلف الصفة هو شرط متعلق بالموضوع، وبالتالي يواجه بدفع بعدم القبول متعلق بالموضوع⁽¹⁾.

ومن ذلك أيضاً، فقد ذهبت محكمة النقض المصرية في بعض أحكامها إلى أن الدفع بعدم قبول الدعوى لعدم الالتجاء إلى جهة معينة قبل رفعها، قضاء تسند به المحكمة ولايتها في موضوع الدعوى، وبالتالي لا يجوز لمحكمة الاستئناف عند إلغاء حكم محكمة أول درجة وقبول الدعوى أن تعيدها إليها لنظر موضوعها⁽²⁾. بينما نجد أنها ذهبت في أحكام أخرى عكس ذلك، إذ قضت بأن الدفع بعدم القبول هو الدفع الذي يرمي إلى الطعن بعدم توافر شروط قبول الدعوى وهي المصلحة والصفة، ومن ثم فإنه حيث يتعلق الأمر بإجراء أوجب القانون اتخاذه، وحتى تستقيم الدعوى فإن الدفع المبني على تخلف هذا الإجراء يعد دفعاً شكلياً ويخرج عن نطاق الدفع بعدم القبول متى انتقت صلته بالصفة أو بالمصلحة، وذلك دون اعتداد بالتسمية التي تطلق عليه، لأن العبرة في تكييف الدفع هي بحقيقة جوهره ومرماه⁽³⁾. وفي حكم آخر قضت بأن المقصود بالدفع بعدم القبول هو الدفع بعدم القبول الموضوعي، فلا تنطبق القاعدة الواردة في (م 115) مرافعات مصري على الدفع بعدم القبول الذي يتخذ اسم عدم القبول، كما هو الحال في الدفع بعدم القبول لرفعها مباشرة إلى المحكمة للمطالبة بدين تتوافر فيه شروط استصدار أمر بالأداء⁽⁴⁾.

ومثال أيضاً للنتائج الخطيرة المترتبة على دقة هذا التمييز وصعوبته أيضاً، ما ذهبت إليه محكمة النقض الفرنسية من أن الدفع بعدم القبول المستمد من تخلف الشهر بالنسبة لطلب إبطال بيع عقاري يعتبر دفعاً بعدم القبول مرتبطاً بالموضوع،

(1) - 29 Solus et Perrot: Droit judiciaire prive'. op. cit. p. 29. أشار إليه د. نبيل إسماعيل

عمر، المرجع السابق، بند 97، ص 144 وما بعدها.

(2) - نقض 1985/3/25 الطعون أرقام 523، 1474، 1498، لسنة 53 ق. أشار إليه د. أحمد مليجي، مرجع سابق، ج2، ص 451، بند 769.

(3) - نقض 1989/2/8 طعن 18 سنة 50 ق، أشار إليه د. أحمد مليجي، مرجع سابق، ج2، ص 460، بند 804.

(4) - طعن رقم 393 لسنة 37 ق جلسة 1972/5/23. أشار إليه محمد عزمي البكري، مرجع سابق، ص 930، بند 444.

وبالتالي يجوز التمسك به حتى بعد الكلام في الموضوع⁽¹⁾. في حين ذهب بعض الفقه إلى أن هذا الدفع الذي اعتبرته محكمة النقض الفرنسية متعلقاً بالموضوع هو دفع يتعلق بالأحرى بالإجراءات⁽²⁾.

وكذلك الدفع بعدم القبول لانعدام المصلحة، فقد ذهب البعض إلى أنه دفع بعدم القبول يتعلق بالإجراءات⁽³⁾. بينما يؤكد البعض الآخر أنه دفع يتصل بالموضوع⁽⁴⁾.

وبناء على ما سبق، فإن هذا الاتجاه الذي يقوم بدمج أو توزيع حالات الدفع بعدم القبول بين الدفع الشكلي والدفع الموضوعية وذلك بهدف التغلب على مشكلة عملية وهي إيجاد الأحكام والقواعد القانونية اللازمة لتطبيقها على الدفع بعدم القبول، فهذا التقسيم لم يعتمد على أي أساس قانوني، وإنما اتبع أسلوباً شكلياً محضاً في ذلك والدليل على أن هذا التقسيم لم يستند لأي أساس قانوني، هو أن أصحاب هذا الاتجاه أنفسهم اختلفوا فيما يعتبر من الدفع بعدم القبول من الدفع الشكلي أو من الدفع الموضوعية، حتى أننا وجدنا أنه لكل رأي من أصحاب هذا الاتجاه تصنيف خاص ومختلف عن التصنيف الذي يأخذ به غيره. وقد وجدنا التناقض في الأحكام بين محكمة النقض الفرنسية، ومحكمة النقض المصرية، وحتى تناقض محكمة النقض المصرية في بعض الأحكام الصادرة عنها. ومن أمثلة ذلك أيضاً ما قضت في حكم لها من أن الدفع بعدم قبول الاستئناف لرفعه بعد الميعاد، هو دفع يتعلق بعمل إجرائي، يقصد به القول إن حق الخصم في رفعه قد سقط كجزء على انقضاء الميعاد الذي يجب القيام به خلاله، وهو بهذا الشكل

(1) - Cass. civ. 6/6/1962.J. C. 1963.11. 1319. 1.

أشار إليه د. نبيل إسماعيل عمر، المرجع السابق، ص 31، بند 20.

(2) - Solus et perrot: droit judiciaire prive' T. 1. p. 296

أشار إليه د. نبيل إسماعيل عمر، المرجع السابق، ص 31، بند 20.

(3) - Solus et Perrot: p. 293

أشار إليه د. نبيل إسماعيل عمر، المرجع السابق، ص 147 وما بعدها، بند 98.

(4) - د. محمد وعبد الوهاب العشماوي، ج2، ص 297. أشار إليه د. نبيل إسماعيل عمر، المرجع السابق، ص 148، بند 98.

يعتبر دفع شكلي متصل بالنظام العام، وليس دفعاً بعدم القبول والذي نصت عليه المادة (115) مرافعات مصري، ولا يعتبر لهذا أيضاً هذا الدفع تعرضاً لموضوع الاستئناف⁽¹⁾. ففي هذا الحكم اعتبرت محكمة النقض المصرية أن رفع الطعن في غير الميعاد هو دفع شكلي، بينما نجد في أحكام أخرى إنها لم تلتزم بهذا التوجه، مثال ذلك حكم لها جاء فيه: إن الدفع بعدم قبول المعارضة شكلاً لرفعها بعد الميعاد ليس من أوجه البطلان، أو الدفوع التي يسقط الحق في إبدائها إذ أغفل المستأنف التمسك بها في صحيفة الاستئناف، أو لم يتم التمسك بها قبل الدخول في الموضوع، وإنما هو من الدفوع بعدم قبول الدعوى، ومن ثم يمكن التمسك به في أية حالة تكون عليها الدعوى وفقاً لنص المادة (115) مرافعات مصري⁽²⁾. نلاحظ من هذا الحكم إن محكمة النقض المصرية اعتبرت أن الدفع بعدم رفع الطعن أو الدعوى في الميعاد المحدد، فإن الدفع الموجه في هذه الحالة هو من الدفوع بعدم القبول التي لا تختلط بالموضوع، ولا بالدفوع المتعلقة بشكل الإجراءات. ومن جهة أخرى فمحكمة النقض المصرية اعتبرت في الحكم السابق، أن عدم التمسك بالدفع في الميعاد يؤدي لسقوط الحق فيه؛ أي أنها تقر أن جزاء ذلك هو السقوط، ولكن هل يمكن التمسك بالسقوط عن طريق دفع شكلي، وهي التي في العديد من أحكامها تقول إن من حالات الدفع بعدم القبول هو عند سقوط الحق في رفع الدعوى⁽³⁾.

وقد وجدنا الرأي الذي ينتقد تقسيم الدفوع إلى دفوع موضوعية، ودفوع شكلية، ودفوع بعدم القبول، فهو يعتبر أغلب دفوع بعدم القبول دفوعاً موضوعية، إلا أننا وجدنا أن هذا الرأي نفسه يقول: إن الحكم بقبول الدفع بعدم القبول الموضوعي، فإن المحكمة لا تستنفذ سلطتها بالنسبة لموضوع الدعوى، ويرى أن هذا الدفع له سمة

(1) - أشار إليه أنور طلبه، الطعن بالاستئناف، مرجع سابق، ص 787 وما بعدها.

(2) - الطعن رقم 788 لسنة 20 ق، جلسة 1952/4/24. أشار إليه د. علي عوض حسن، الدفع بعدم القبول، 1996، مرجع سابق، بند 22، ص 36.

(3) - راجع المذكرة الإيضاحية لقانون المرافعات المصري، وحكم محكمة النقض المصرية في الطعن رقم 508، سنة 45 ق، جلسة 1978/5/11، س 29، ص 1228. أشار إليه سابقاً. وراجع المادة (122) أصول فرنسي التي تنص صراحة على أن التمسك بالسقوط يكون بدفع عدم القبول.

أساسية تميّزه عن الدفعوع الموضوعية وهو أنه يرمي إلى تجنب مناقشة موضوع الدعوى، فعندما تقضي المحكمة بعدم قبول الدعوى، فإنها تقرر في ذات الوقت، أنها لم تنتظر موضوعها، فهذا كله إن دلّ على شيء، فهو إنما يدل على أنّ هذا الفقه يقر بوجود دفعوع بعدم القبول وتتمييز عن الدفعوع الموضوعية. مما سبق نرى أن هذا التقسيم فيه صنعة واضحة هدفها إلغاء طائفة الدفعوع بعدم القبول، إذ لن يكون هناك إلا الدفعوع الموضوعية والدفعوع الشكلية، وذلك بقصد تطبيق الأحكام الخاصة بهذه الدفعوع على الدفعوع بعدم القبول، إلا أن هذا التصور منتقد فهذا التناقض في الأحكام، يؤكد لنا أن هذا التقسيم مصطنع، ولا أساس قانوني له، فالذي يميز الدفعوع عن بعضها هو وظيفتها وخصائصها والآثار الناجمة عن التمسك بها، ولأجل كل هذا لا نرى الأخذ به.

الفرع الثالث - الرأي الذي يقول بأن الدفع بعدم القبول هو دفع موضوعي:

الدفع بعدم القبول عند القائلين بأن الدعوى هي ذات الحق المطالب به، هو من قبيل الدفع الموضوعية؛ لأن إنكار الحق في الدعوى عندهم، هو إنكار للحق الموضوعي ذاته؛ ولذلك يسلم أصحاب هذه النظرية بنتائج تترتب مباشرة على التوحيد، أو الدمج بين الدعوى والحق، وذلك فيما يتعلق بمسألة قبول الدعوى، فالحكم فيها يعتبر فصلاً في مسألة موضوعية، والدفع التي تتعلق بقبول الدعوى هي في حقيقتها دفع موضوعية، فما يوجه للدعوى يعد في الواقع موجهاً إلى الحق الموضوعي، أو أن إنكار وجود الدعوى، هو إنكار لوجود الحق الموضوعي؛ لأنهما شيء واحد⁽¹⁾، فكما تم دمج الدعوى بالحق، كذلك تم دمج الدفع الموجهة إليهما. ورأينا أن هناك اتجاه يذهب إلى أن الدعوى ليست حقاً منفصلاً عن الحق الذي تحميه، بل هي عنصر من عناصر الحق، فالدعوى موجودة بوجود الحق ولكنها لا تكون مقبولة إلا إذا تحققت بذلك مصلحة لدى رافعها⁽²⁾. وانطلاقاً من هذا الموقف الذي يتخذه هذا الفقه بصدد فكرة الدعوى يذهب إلى اعتبار الدفع بعدم قبول الدعوى، أي الدفع الموجه للدعوى من الدفع الموضوعية؛ لأنها تختلط بوسائل الدفاع الموضوعية مع خلاف واحد هو أنها لا توجه لأصل الحق المدعى به بذاته، ولا ينازع بها في نشوء أو مقدار أو بقاء الحق، ولكنه يتناول الوسيلة التي يحمي بها صاحب الحق حقه، وما إذا كان من الجائز استعمالها أو لا⁽³⁾. ويستند هذا الرأي لإثبات وجهة نظره هذه بمجموعة أحكام قضائية من ذلك⁽⁴⁾: إن الدفع

(1) - د. كمال الدين أحمد السيد عاطف، مرجع سابق، ص 18.

(2) - د. عبدالمنعم الشرقاوي، الوجيز، ص 24 وما بعدها، بند 21.

(3) - د. عبدالمنعم الشرقاوي، نظرية المصلحة في الدعوى، ص 412. أشار إليه د. نبيل إسماعيل عمر، مرجع سابق، ص 113، بند 76. أيضاً د. كمال الدين أحمد السيد عاطف، مرجع سابق، ص 106.

(4) - Cass. civ. 87/7/1869 - siry - 1870 - 1 - 56, Cass. civ. 17/4/1866 - siry - 1866 - 1 - 184, Cass. civ. 27/4/1875 - siry - 1870 - 1 - 263

أشار إليه د. عبدالمنعم الشرقاوي، نظرية المصلحة في الدعوى، ص 413. ود. نبيل إسماعيل عمر، مرجع سابق، ص 113 وما بعدها، بند 77.

بعدم القبول الذي يقوم على عدم وجود صفة للمدعي ليس إلا دفاعاً في أصل الدعوى، ويمكن أن يعرض لأول مرة أمام محكمة الاستئناف.

وقضت محكمة الاستئناف الأهلية بمصر بأن الدفع بعدم القبول ليس دفاعاً أولاً يجب إبدائه قبل المرافعة في موضوع الدعوى، وإنما هو دفع موضوعي لا يمكن الفصل فيه دون بحث في الموضوع، ولهذا يمكن التمسك به في أية مرحلة من مراحل الدعوى (1).

وقضي أيضاً، بأن الدفع لانتفاء الصفة في الدعوى، ليس دفاعاً ابتدائياً مما لا يتعلق أو لا يتصل بالموضوع، بل أن النزاع في هذه القضية يدور حول ما إذا كان الدين قد نشأ وثبت في ذمة المدين، كما يدور حول ما إذا كان قد بقي في ذمتهم، وما إذا كان المدعي لا يزال صاحب الحق هذا أم لا؟ ومن ثم إذا ما كان صاحب الصفة في المطالبة بهذا الدين أم لا، وبالتالي لم تعد له صفة في المطالبة به، كأن يكون قد قام بحوالة حقه إلى شخص آخر، وهو ما يزعمه المستأنف عليهم أنفسهم. وبناء على ذلك فالدفع بعدم القبول في مثل هذه الأحوال يعتبر دفاعاً موضوعياً؛ ولهذا يجب على محكمة الاستئناف أن تنظر في باقي البنود أو المسائل الموضوعية التي لم يتعرض لها قضاة محكمة الدرجة الأولى، بسبب الحكم بعدم قبولها (2).

وقد أيد بعض الفقه ما ذهب إليه الاتجاه السابق والقضاء في هذه الفترة بالقول: إن الدفع بعدم القبول وخاصة الدفع لانعدام صفة المدعي في رفعها هو دفع موضوعي يقصد به الرد على الدعوى برمتها، ويترتب على الحكم بقبوله أن يخسر المدعي دعواه نهائياً، ولا يمكنه تجديدها، فالمحكمة وهي تقضي بقبول الدفع بعدم القبول لانتفاء الصفة تفصل في موضوع الدعوى، أي تقضي في موضوعها بالرفض، ولا يغير وجه المسألة أن المحكمة إذا قبلت ما أثير أمامها من الدفوع

(1) - استئناف أهلي 1928/3/7. المحاماة س 9، ص 887. أشار إليه د. نبيل إسماعيل عمر، مرجع سابق، ص 114، بند 77.

(2) - نقض مدني فرنسي 1971/5/27 - 22 - 702. أشار إليه د. أحمد أبو الوفا، نظرية الدفوع، مرجع سابق، ط 7، ص 861، بند 490.

الموضوعية لاستغنائها عن الفصل فيها، كما لا يغير من ذلك أن المدعى عليه قصر دفاعه في موضوع الدعوى على الدفع بعدم قبولها، ودون أن يبدي أي دفع موضوعي موجه لأصل الحق المدعى به⁽¹⁾. ويقصد بذلك أن المحكمة عندما تحكم بعدم قبول الدعوى لانعدام الصفة فهي تحكم بعدم وجود الحق للمدعي، وعلى هذا الأساس فهو دفع موضوعي، ومن ثم فإن المحكمة عندما تحكم بعدم وجود حق، فهي غير ملزمة بالنظر في المسائل الأخرى.

ويرى بعض الفقه أيضاً أن الدفع بعدم القبول قد يتعلق بأصل الحق ذاته، مثال ذلك الدفع بعدم القبول لانعدام المصلحة القانونية كما إذا رفع المدعي دعواه معتمداً على مصلحة اقتصادية لا يحميها القانون، فدفعت في مواجهته بعدم قبول دعواه؛ لأنه لا يقصد إلى حماية حق له، بل مجرد مصلحة لا يحميها القانون، أو لأداء واجب أدبي لا يرقى إلى مرتبة الالتزام القانوني.

فالدفع في هذه الحالة يتعلق بذات الحق، وليس ذلك إلا نتيجة منطقية لكون الحق لا يوجد إلا بوجود الدعوى، فإنكار وجود دعوى للمدعي معناه أنه ليس له حق ما، فالدفع بعدم قبول الدعوى لانعدام المصلحة القانونية هو دفع بعدم وجود حق للمدعي.

ويرى أيضاً أن الدفع بعدم وجود مصلحة حالة يعتبر دفعاً موضوعياً، فدفعت دعوى المسؤولية بعدم وجود ضرر قد يكون سببه عدم حدوث الضرر بالمدعي حتى وقت رفع الدعوى، وعدم تأكيد وقوعه في المستقبل، فهو لذلك يعتبر دفعاً موضوعياً.

في كل هذه الحالات، يرى هذا الفقه أن الدفع بعدم القبول لا يتعلق بالحق في رفع الدعوى فحسب، بل يتعلق أيضاً بأصل الحق ذاته. وبناء على ما تقدم

(1) - د. محمد حامد فهمي، تعليق في مجلة القانون والإقتصاد، س 1، ص 871 وما بعدها. أشار إليه د. أحمد أبو الوفا، مرجع سابق، ص 861، بند 490. وأشار إليه أيضاً د. نبيل إسماعيل عمر، مرجع سابق، ص 115، بند 77.

يصل هذا الاتجاه إلى نتيجة مفادها: أن الدفع بعدم القبول هو دفع موضوعي بحت، وليس دفعاً يقع في مرحلة وسط بين الدفع الشكلية والدفع الموضوعية⁽¹⁾.

الدفع بعدم القبول حسب هذا الرأي هو دفع يتوجه إلى شروط قبول الدعوى، وعلى هذا الأساس فهو دفع موضوعي، وبعبارة أخرى فالدفع بعدم القبول يتوجه إلى شرط المصلحة، أو إلى وصف من الأوصاف الواجب توافرها في هذه المصلحة، ولأن البحث في وجود أو عدم وجود هذا الشرط يستوجب البحث في مسائل متعلقة بأصل الحق الذي يزعمه المدعي، ولهذا فالدفع بعدم القبول هو دفع موضوعي.

ومن جهة أخرى، فهذا الاتجاه يرى أن الدفع بعدم القبول هو من الدفع الموضوعية، لأنه يختلط بوسائل الدفاع الموضوعية، مع خلاف واحد هو أنه لا يوجه إلى الحق الموضوعي ذاته، ولكنه يتناول الوسيلة التي يحمي بها صاحب الحق نفسه، وما إذا كان من الجائز استعمالها أو لا.

هذا هو المفهوم الذي يأخذ به هذا الفقه بصدد فكرة الدعوى، والدفع الموجه لها، فهو يرى أن الدعوى القضائية هي عنصر من عناصر الحق، أو أنها جزء لا يتجزأ من الحق الذي تحميه، فهي الحماية التي قررها المشرع للمنفعة التي يخولها الحق لصاحبه، وبالتالي فالدعوى لدى هذا الفقه تتصف بأوصاف الحق، وبما أن الدفع بعدم القبول يوجه إلى الدعوى القضائية، أو إلى الأداة التي تمارس بها هذه الدعوى، فيكون هو أيضاً دفعاً متعلقاً بأصل الحق، أي دفعاً موضوعياً⁽²⁾.

والخلاصة: فالمفهوم الذي يأخذ به هذا الفقه بصدد فكرة الدعوى نفسها وهي أنها عنصر من عناصر الحق الموضوعي، يجعله يعتبر الدفع بعدم القبول دفعاً موضوعياً.

ونرى أنه لا يمكن التسليم بهذا الرأي؛ لأنه - كما مر معنا سابقاً - فالرأي الراجح في الفقه هو أن الدعوى مستقلة عن الحق الموضوعي، إذ يجب عدم الخلط بين الحق الشخصي للفرد وبين إمكانه الالتجاء إلى القضاء، فالفقه الحديث مجمع

(1) - د. عبد المنعم الشرقاوي، نظرية المصلحة في الدعوى، ص 417. أشار إليه د. نبيل إسماعيل عمر، ص 115 وما بعدها، بند 78.

(2) - د. نبيل إسماعيل عمر، مرجع سابق، ص 113 وما بعدها، بند 77 وما بعده.

على أن الدعوى حق له كيان مستقل عن الحق الذي تحميه، فمفهوم الدعوى مختلف عن مفهوم الحق الموضوعي الذي تحميه، وليس صحيحاً أن الدعوى توجد مع الحق الموضوعي وتدور معه وجوداً وعدمياً، وأنه لا توجد دعوى بغير حق، كما لا يوجد حق بدون دعوى.

بل إن الدعوى لا توجد إلا بوقوع الاعتداء على الحق، بل إن هناك من يذهب أبعد من ذلك بالقول إن الدعوى لا توجد إلا عند رفعها إلى القضاء⁽¹⁾. فالحماية القضائية لا تنشر الحاجة إليها إلا إذا كان هناك اعتداء على الحق، أو إنكار له، أو تجهيل قانوني حوله⁽²⁾.

فإنصار هذا الاتجاه يخلطون بين الحماية القانونية التي تعد عنصراً في الحق ولا وجود له من دونها، وبين الدعوى التي تعد وسيلة لحماية الحق إلى جانب وسائل أخرى يمنحها القانون للشخص لرد الاعتداء عنه⁽³⁾.

فالدفوع بعدم القبول هي التي يعارض بها المدعي على الحق في الدعوى، أو في توافر الشروط اللازمة لقبولها، وهذا الدفع يكون لانعدام المصلحة في الدعوى أو لنقص وصف من أوصافها، أو لعدم وجود شرط من الشروط الخاصة واللازمة لقبول بعض الدعاوى، وبما أن البحث في توافر أحد هذه الشروط لا يتناول البحث في وجود الحق الذي تقام الدعوى لحمايته، وبعبارة أخرى لا تتناول الحق ذاته بالإنكار أو الاحتجاج بأدائه أو بانقضائه، ولا ينازع بها في نشوء الحق أو بقاءه أو مقداره، كلياً أو جزئياً، وإنما يعترض بها على الوسيلة التي يحمي بها صاحب الحق حقه (أي الدعوى)، وما إذا كان من الجائز استعمالها أم لا؛ لكل ذلك يجب اعتباره دفعاً مستقلاً عن الدفوع الموضوعية.

(1) - د. أحمد مسلم، مرجع سابق، ص 315، بند 315.

(2) - د. عبدالمنعم البدرابي، مرجع سابق، ص 235 وما بعده، بند 250 وما بعده. وأيضاً د. رمزي سيف، مرجع سابق، ص 103 وما بعدها، بند 71. وأيضاً د. نبيل إسماعيل عمر، مرجع سابق، ص 123، بند 83.

(3) - د. فتحي والي، أصول المحاكمات، مرجع سابق، ص 162 وما بعدها، بند 91.

والحقيقة فإن هذه النظرية على الرغم من ذهابها إلى القول باستقلال الدعوى عن الحق لم تتخلص من هذه الفكرة كلياً، وبقيت تدمج الدعوى في الحق، فهي إحدى صور النظرية التقليدية التي تقول بأن الدعوى هي ذات الحق الموضوعي، فلا فرق كثيراً بين أن نقول إن الدعوى هي ذات الحق، أو إنها جزء لا يتجزء منه، وبالتالي فالدفع الموجه للدعوى تعتبر دفعاً موجهاً للحق الموضوعي، أي دفعاً موضوعياً.

ولعدم دقة الرأي السابق، فإننا نؤيد الرأي الآخر من أصحاب نظرية الدعوى هي عنصر في الحق، إذ يرى هذا الفقه أن القواعد المتصلة بقبول الدعوى أو بعدم قبولها تعد من صميم القواعد الموضوعية التي تتصل بأصل الحق، ولا تعد من القواعد أو القوانين المتصلة بشكل الإجراءات.

وبما أن الدفع بعدم القبول هو الدفع الذي يوجه لانتفاء هذه الشروط، ولذلك فما هو إلا دفع موضوعي، وإنما يتميز عنه في أنه لا يوجه إلى ذات المنفعة، بل يوجه إلى الحماية المقررة لها بقصد إنكارها.

فحالات الدفع بعدم قبول الدعوى هي الحالات التي يكون فيها إنكار الحق ظاهراً بحيث لا يحتاج الأمر عادة إلى الخوض في الموضوع عند الحكم فيها. إلا أن هذا الفقه يوضح موقفه أكثر بصدد فكرة الدعوى، والدفع الموجه لها، فيقول: بما أن الدعوى ليست بذات الحق المدعى به، وإنما هي عنصر من عناصر الحق، أو هي جزء لا يتجزأ من الحق، فلا يكون الدفع الموجه إليها دفعاً موضوعياً وإنما هو دفع من نوع خاص يوجه إلى الوسيلة التي قررها القانون لحماية الحق.

فالخصم بهذا الدفع ينكر وجود دعوى لدى خصمه لعدم توافر أحد الشروط التي يتطلبها القانون لقبولها سواء أكانت شروطاً عامة أم خاصة.

وبما أن شروط قبول الدعوى هي أن تستند إلى حق مستحق الأداء، وذلك عوضاً من أن نقول إنه يشترط لقبولها توافر مصلحة قانونية وقائمة في رفعها، وأن ترفع من ذي صفة على صفة، وقد يحدد المشرع ميعاداً معيناً أو مناسبة معينة لرفع بعض الدعاوى فلا تقبل إذا رفعت قبل أو بعد هذا الميعاد أو تلك المناسبة،

وقد يوجب القانون أن ترفع الدعوى من جانب أشخاص معينين على أشخاص معينين، ولا يكتفى بأن ترفع من أحدهم أو على أحدهم، وقد يوجب اتخاذ إجراء تمهيدي يسبق رفعها، وألا يكون قد سبق صدور حكم في موضوعها، أو سبق صلح فيها، أو تم الاتفاق على التحكيم بصددتها.

ولهذا يذهب هذا الفقه إلى أن الدفع بعدم القبول ينحصر في الأحوال التي يتم فيها التمسك بانتقاء الشروط السابقة واللازمة لقبولها، أو الدفع بوجود الموانع السابقة والتي تؤدي إلى عدم قبولها، باستثناء شرط المصلحة القانونية والقائمة، لأن شرط وجود الحق الموضوعي لرفع الدعوى هو المصلحة القانونية، وكون الحق مستحق الأداء هو المصلحة القائمة الحالة، والدفع بعدم وجود هذين الشرطين هو دفع موضوعي وليس دفعاً بعدم القبول.

فبحسب هذا الفقه، من الخطأ القول بعدم قبول الدعوى؛ لأن الحق الذي تستند إليه يخالف النظام العام، أو لأن مصلحة رافعها اقتصادية بحتة، وإنما يقال إن الدعوى لا تستند إلى حق في الحالتين، والدفع الموجه في هذه الحالة هو دفع موضوعي؛ لأنه يتعلق بذات ما يدعيه الخصم.

ومن الخطأ القول إن الدفع بانتقاء المصلحة القائمة هو من الدفوع بعدم قبول الدعوى، لأنه يوجه إلى صميم أصل الحق المطالب به، فيتمسك الخصم بإنكاره بصفة مطلقة أو يتمسك بعدم استحقاقه، أو تحصل المنازعة بصفة عامة في أمر يتعلق بطبيعته أو آثاره، والدفع الموجه في كل هذه الحالات هو دفع موضوعي.

وإذا كان الفقه السابق يرى أن الدفع بعدم القبول يوجه لعدم توافر شروط قبول الدعوى، أو لوجود موانع تمنع من قبولها، وهي الحالات السابقة التي رأيناها باستثناء شرط المصلحة القانونية والقائمة، أي شرط وجود حق مستحق الأداء لأنه دفع موضوعي.

إلا أنه يرى أنه يتعين فهم المقصود من شرط المصلحة اللازمة لقبول الدعوى بأنه حتى إذا سلمنا بوجود الحق في الخصومة المطروحة إلا أن رافعها لا يحق له الالتجاء إلى القضاء لأنه لا توجد لديه مصلحة، ولن يفيد من الالتجاء إلى القضاء حتى ولو سلم له بما يدعيه، فالدعوى لا تقبل إلا إذا كان صاحبها يجني

فائدة ما تعود عليه من رفعها. والحقيقة فإن هذا الرأي يتفق مع الرأي الراجح الذي يقول باستقلال الدفوع بعدم القبول عن الدفوع الأخرى، ويتفق معه في تحديد حالاته.

ولذلك ينتقد هذا الفقه بعض أحكام القضاء والفقه السابق الذي رأيناه سابقاً، من الذين اعتبروا الدفع بعدم وجود الصفة دفعاً موضوعياً؛ لأنه يرى أن هذا الدفع هو من قبيل الدفوع بعدم القبول، والحكم الصادر فيه لا يمس موضوع الدعوى أبداً، ولا يتصل بأصل الحق، وأحياناً كثيرة تحكم فيه المحكمة قبل فحص الموضوع فهو يعد دفعاً أولياً أو ابتدائياً، إلا أنه حتى ولو كانت المحكمة بسبيل إصدار حكمها في الدفع لانتفاء الصفة تتعرض لفحص الموضوع في بعض الحالات، فإن هذا لا يعني أنه دفع موضوعي. فالحكم في الدفع بعدم الاختصاص يستدعي أو يتطلب في بعض الحالات بحث موضوع الدعوى، ولكي يحدد القاضي اختصاصه أو عدم اختصاصه بالدعوى، ومع ذلك لم يقل أحد إن الدفع بعدم الاختصاص في هذه الحالات هو دفع موضوعي⁽¹⁾.

ويرى بعض الفقه أن الدفوع الموضوعية تنقسم بحسب طبيعتها إلى ثلاثة أقسام: القسم الأول ويسمى دفوعاً بعدم جواز الدعوى، وهو دفع يقصد به، بأن الدعوى غير جائزة القبول لذاتها، وبغض النظر عن ثبوت أو وجود الحق الموضوعي المدعى به، كالدفع بسقوط الدعوى بمضي المدة. والقسم الثاني: يسمى دفوعاً بعدم صحة الدعوى، ويرى أن هذا القسم يشمل دفوعاً مختلفة ومتنوعة، مثل انتفاء الصفة في الدعوى، أو أن الاستئناف غير مقبول شكلاً؛ لأنه رفع بعد ميعاده، فكل هذه المسائل - بحسب رأي هذا الفقه - تخرج عن موضوع الدعوى، ولكنها تؤثر على نظرها، وبعبارة أخرى فالمحكمة تنظر في كل هذه المسائل قبل أن تبحث في الموضوع، أي أنه بالحكم في هذه الدفوع سوف يتضح ما إذا كان للمحكمة أن تنتقل لنظر موضوع الدعوى أم لا، ولهذا فهي بمثابة عقبات أو موانع يجب على القاضي النظر والحكم فيها حتى يمكنه الانتقال لنظر موضوع الدعوى

(1) - د. أحمد أبو الوفا، نظرية الدفوع، مرجع سابق، ط7، ص 817 - 818، بند 464، ص 824 وما بعده، بند 470، وما بعده.

أو لا. ويقول هذا الفقه: إن التمسك بأحد هذه الدفوع لا يعتبر دفعاً في الموضوع نفسه؛ بمعنى أنه إذا لم يقبل للمدعى عليه الحق في إبداء دفوعه الموضوعية الأخرى، التي توجه إلى أصل الحق الذي يطالب به خصمه، ويرى أن من هذه الدفوع ما يمنع نظر الموضوع نهائياً، ومنها ما يكون المنع مؤقتاً وتجاوز بعد زوال المانع من نظر الموضوع. والقسم الثالث: وهذا القسم من الدفوع الموضوعية هو الدفع الموضوعي الحقيقي، أي التي توجه لأصل الحق الذي يطالب به المدعي، كأن يدعي المدعى عليه أنه وفى بالدين، أو غير ذلك من الدفوع الموضوعية التي توجه لأصل الحق بقصد رفض الحق كلياً أو جزئياً⁽¹⁾.

فهذا الفقه يقسم الدفوع الموضوعية إلى قسمين: منها ما توجه مباشرة للحق الموضوعي، وينازع بها المدعي في نشأة هذا الحق أو بقاءه أو مقداره، ويقصد رفضه كلياً أو جزئياً. ومنها ما توجه للدعوى أكثر من كونها دفوع موجهة للحق الموضوعي، والفصل فيها ضروري لإصدار الحكم في الموضوع. وأننا نرى أنه من هنا ظهرت فكرة عدم القبول، فبما أن هذه الدفوع لا توجه للحق، وإنما هي دفوع موجهة للدعوى، فلذلك قال الفقه والقضاء بوجود طائفة ثالثة من الدفوع، هي الدفوع بعدم القبول التي توجه للدعوى، أو شروط قبولها.

(1) - د. عبد الحميد أبو هيف، المرافعات المدنية والتجارية، بدون دار نشر، 1915، ص 384 وما بعدها، بند 519.

المطلب الثاني

الاتجاه الذي يميز بين الدفع بعدم القبول والدفع الأخرى

الرأي الراجح في الفقه يذهب إلى أن الدفع بعدم القبول هي دفع مستقلة عن الدفع الموضوعية والدفع الشكلية، والمحكمة عندما تحكم في الدفع بعدم القبول، وتقرر قبول الدعوى أو عدم قبولها، لا تنتظر موضوع الدعوى ولا تصدر فيه حكمها، وهو ما سنبحثه في الفرع الأول. والاتجاه القضائي في فرنسا ومصر يذهب في هذا الاتجاه، وهو ما سنعرضه في الفرع الثاني. والرأي الراجح قانوناً، هو أن الدفع بعدم القبول مستقلة عن الدفع الأخرى، وهو ما نعرضه في الفرع الثالث.

الفرع الأول - تمييز الدفع بعدم القبول عن الدفوع الأخرى في الفقه:

الدفع الشكلي هو دفع يتوجه إلى الخصومة أو إجراءاتها، والدفع الموضوعي هو الذي يوجه إلى الحق موضوع الدعوى، وأما الدفوع بعدم القبول فهي دفوع لا توجه للخصومة أو إجراءاتها، فالذي يتمسك بها لا يهدف لإيقاف أو تأخير الفصل قي الخصومة، أو لإظهار أن هناك خللاً أو بطلاناً في الإجراءات؛ ولذلك لا يمكن عدها دفوعاً شكلية، كما أنها دفوع لا توجه للحق الموضوعي، فالذي يتمسك بها لا ينكر الحق الموضوعي في وجوده أو مقداره أو انقضائه، سواء كلياً أم جزئياً؛ ولهذا لا يمكن اعتبارها أيضاً دفوعاً موضوعية⁽¹⁾.

وقد توصلنا فيما سبق إلى أن الدعوى ليست بذات الحق، كما أنها ليست عنصراً في الحق. والحقيقة فإن أي دمج بين الدعوى والحق سواء كان إدماجاً كلياً أم جزئياً غير مقبول وغير منطقي، فالدعوى وسيلة لحماية الحق إلى جانب وسائل أخرى كثيرة، وإنما ليست هي ذات الحق أو حتى جزء منه، والقول بغير ذلك معناه دمج الوسيلة بالهدف، وهذا غير منطقي وغير مقبول.

وإذا كان الرأي الراجح هو القول باستقلال الدعوى عن الحق، وكذلك استقلالها عن الخصومة، فإن الرأي الراجح والمنطقي هو القول باستقلال الدفوع الموجهة للدعوى عن الدفوع الموجهة للحق، وعن الدفوع الموجهة للخصومة.

فهذا الدفع مفهومه مستقل، والحالات التي يوجه إليها مستقلة، فلا هو بدفع موجه للحق أو للخصومة ليعتبر دفوعاً موضوعياً أو دفوعاً شكلياً، ووظيفته مستقلة وهو دفع أساساً لن يحقق وظيفته إلا إذا كان دفوعاً مستقلاً عن الدفوع الأخرى، فكل دفع وظيفة محددة وجد من أجلها، وأي دمج بين الدفوع بعدم القبول والدفوع الأخرى، يعني الاستغناء عن وظيفة هذا الدفع تحت حجج لا أساس لها، وآثاره الناجمة عن التمسك به تختلف كلياً عن آثار التمسك بالدفوع الأخرى. فالدفع بعدم القبول لا يمكن إلا أن يكون دفوعاً بعدم القبول، فهو دفع يوجه إلى الوسيلة التي يحمي بها صاحب الحق حقه، وما إذا كان من الممكن استعمالها، أم أن شرط هذا

(1) - د. عبدالمنعم البدرأوي، مرجع سابق، ص 249، بند 272. وأيضاً د. أحمد أبو الوفا، نظرية الدفوع، مرجع سابق، ط7، ص 808، بند 485. وأيضاً د. عبدالمنعم الشرقاوي، مرجع سابق، ص 86، بند 63.

الاستعمال غير متوافر، والخصم بهذا الدفع ينكر وجود دعوى لدى خصمه لعدم توافر أحد شروط قبولها سواء العامة أم الخاصة، فهناك شروط لقبول الدعوى، وإذا ما رفعت دعوى ولم تتوافر فيها هذه الشروط حكم بعدم قبولها، بناء على دفع بعدم القبول، وهو دفع مستقل عن الدفع الأخرى. أما إلغاء الدفع بعدم القبول، معناه أنه لا توجد أية شروط موضوعية لقبول الدعوى، وبما أنها شروط موضوعية؛ فلهذا لا يمكن أن يكون الدفع بعدم توفرها دفعاً شكلياً، وبما أنها شروط لقبول الدعوى، أي لقبول النظر والحكم فيها، ولهذا أيضاً فلا يمكن اعتبارها من الدفع الموضوعية، وإنما يتم البحث فيها قبل النظر أو الفصل في الموضوع، وإلا كان هناك خلط لمسألة قبول الدعوى بمسألة الحكم في الموضوع.

وقد وجدنا أهم نظريتين تذهبان في هذا الاتجاه، أي النظرية التي تربط الحق في الدعوى بنجاحها، والنظرية التي ربطت الحق في الدعوى بقبولها، إذ هما يقولان باستقلال الدعوى عن الحق، وكذلك استقلال الدفع الموجهة لهما، والحالات التي يوجه إليها واحدة في النظريتين والخلاف بينهما نظري مرده طريقة التعبير، والذي يؤكد ذلك هو أن الدعوى غير المقبولة بموجب النظرية الأولى، فإنها لن تكون مقبولة بموجب النظرية الثانية أيضاً، ولنفس الأسباب، والاختلاف فقط في الصياغة والتعبير، والخلاف بينهما هو متى يوجد الحق في الدعوى؟ وبعبارة أدق لمن يكون الحق في الدعوى، لمن تقبل دعواه، أو لمن ينجح في دعواه أي يكسبها؟ وهذا الاختلاف لا يؤثر على ما قلناه بخصوص رأيهما عن الدفع بعدم القبول وحالاته، إذ إن النظريتين تشترطان لقبول الدعوى، أي للنظر في موضوعها ضرورة توافر المصلحة بأوصافها فيها، أي لقبول النظر فيها، والدفع بعدم توفر هذه الشروط بموجب النظريتين هو دفع بعدم قبول وهو دفع مستقل عن الدفع الأخرى.

أولاً: استقلال الدفع بعدم القبول عن الدفع الأخرى عند الذين يربطون الحق في الدعوى بنجاحها: فهم يرون أنه من جهة، وإعمالاً لمبدأ الاقتصاد في الخصومة، من المقرر أن أية رغبة من أحد الطرفين إلى المحكمة لا يجوز النظر في قبولها إذا كان من الواضح أن قبولها لا يساهم في تحقيق الحماية القانونية لمقدمها ويسمى هذا المبدأ لدى هذا الفقه بشرط المصلحة في الإجراء، إذ لا

مصلحة لطرف في إجراء لا يمكن أن يساهم من حيث النتيجة في حماية حقه أو مركزه القانوني الموضوعي.

ومن جهة أخرى، فإذا كان من الظاهر تخلف الحق في الدعوى، أي عدم وجود دعوى، لعدم وجود قاعدة قانونية تحمي مصلحة من النوع التي تمسك بها المدعي، أو إذا كان من الظاهر عدم وجود اعتداء على الحق أو المركز القانوني، أو إذا كان من الظاهر عدم توافر الصفة لدى طرفي الدعوى.

يمكن القول إنه لا مصلحة في بحث موضوع الدعوى، ذلك أن هذا البحث أياً كان نتيجته لن ينتهي بحكم لصالح المدعي، أي لن يحقق له الحماية القضائية. وعلى هذا فقد وُجد استعمال فكرة عدم القبول، التي مقتضاها عدم النظر فيما يطالب به المدعي، في الحالات التي يكون فيها تخلف الحق في الدعوى ظاهراً بحيث لا يحتاج الأمر إلى نظر موضوع الدعوى، وهو ما نص عليه المادة (12) أصول سوري، و(3) مرافعات مصري. وبالنسبة لانقضاء الحق في الدعوى، فإذا انقضى الحق في الدعوى دون انقضاء الحق الموضوعي، كان نظر الدعوى غير مقبول، ففي هذه الأحوال لا أهمية لبحث ما يتعلق بتوافر شروط الحق في الدعوى، إذ بفرض توافرها ونشأة هذا الحق، فإنه يكون قد انقضى، ويجمع هذه الحالات تحت فكرة المصلحة في الإجراء وبذلك يصبح الشرط الوحيد لقبول الدعاوى أو الدفوع هو وجوب توافر المصلحة، ويقصد بذلك المصلحة في بحث موضوعها⁽¹⁾، وبعدم توافر هذا الشرط، فإن الدعوى لن تكون مقبولة.

ثانياً: استقلال الدفع بعدم القبول عن الدفوع الأخرى عند الذين يربطون الحق في الدعوى بقبولها: فالقانون يقتضي المصلحة كشرط لقبول الدعوى، فالمصلحة هي مناط الدعوى، ولا دعوى بلا مصلحة، وتوجد كلما أصاب شخص ضرر من التجهيل القانوني، وهذا يعني بالنسبة للقانون الخاص أن يؤدي التجهيل إلى المساس بالمصالح الخاصة التي يحميها، ومن هنا تصبح للمدعي مصلحة في اليقين القانوني أي في إزالة هذا التجهيل، وهذا لا يعني أن العمل القضائي يعمل إشباعاً للمصلحة الخاصة، فقد يصدر برفض الدعوى، وإنما تؤخذ هذه المصلحة

(1) - د. فتحي والي، الوسيط، مرجع سابق، ص 65 وما بعدها، بند 36، 37.

بصورة مجردة افتراضية علامة على وجود الحاجة إلى العمل القضائي بالنسبة لدعوى معينة، أي على وجود المصلحة العامة لليقين القانوني التي يحميها المركز القانوني للدعوى، ويشترط أيضاً أن يكون هذا المقتضى قانونياً، إذ يجب أن يكون موضوع الدعوى هو التمسك بحق أو مركز قانوني، وهو ما يتحقق منه القاضي من صياغة الدعوى ذاتها دون بحث للوقائع، ويشترط كذلك أن يكون المدعي هو صاحب الحق أو المركز القانوني المزعوم، والمدعى عليه هو المسؤول عن هذا الاعتداء.

باختصار، فبحسب هذا الفقه يشترط لقبول الدعوى، أي دعوى ضرورة توافر المصلحة بأوصافها الثلاثة القانونية والحالة والشخصية.

وذلك وفق ما تنص عليه المادة (12) أصول سوري، (3) مرافعات مصري، ويحتوي هذا النص بحسب هذا الفقه على كافة المقتضيات الإيجابية اللازمة لقبول الدعوى.

وبعد توفر هذه المقتضيات، فإنه سوف يحكم بعدم قبول الدعوى، وذلك بناء على دفع بعدم القبول وهو دفع مستقل بحسب هذا الفقه عن الدفع الأخرى، وبالإضافة إلى ذلك فإنه يشترط لقبول الدعوى انتفاء الأسباب العامة والخاصة لعدم قبولها.

ويرى هذا الفقه أن بعض أسباب عدم القبول العامة ترجع إلى انقضائها سواء بالتقادم المسقط، أم لسبق الفصل في موضوعها، أم حصول صلح بين أطراف الدعوى، أم بناء على تصرف كاشف، أو مشاركة تحكيم، ويرجع بعضها الآخر إلى عدم قبولها في خصومة بعينها لعدم ارتباطها بالطلبات الأصلية أو لسقوط مكنة تقديمها، كما في حالة تقديم الطعن بعد فوات مياعده. وتوجد بجانب الأسباب العامة أسباباً موضوعية خاصة ببعض الدعاوى، وذلك مثل عدم قبول دعوى الحيازة إذا رفعت بعد انقضاء سنة من بدء الاعتداء، والدعاوى التي يمنع القانون سماعها⁽¹⁾.

(1) - د. وجدي راغب فهمي، مرجع سابق، ص 491 وما بعدها.

والخلاصة: فالدفع بعدم القبول بحسب هاتين النظريتين هو دفع مستقل عن الدفع الأخرى، ويوجه في الحالة التي ينتفي فيها شرط المصلحة أو أحد أوصافها في الدعوى، وإذا ما وجد شرط خاص لقبول الدعوى المرفوعة، فإن هذه الدعوى لن تقبل بدونه أيضاً.

ثالثاً - الرأي الراجح هو استقلال الدفع بعدم القبول عن الدفع الأخرى عند الذين دمجو بين الدعوى والحق:

وجدنا البعض من انصار هذه النظرية يقول إن الدعوى موجودة بوجود الحق، ولكنها لا تكون مقبولة إلا إذا تحققت بذلك مصلحة لدى رافعها. وبناء على ما تقدم، فهذا الفقه يرى أن المصلحة بأوصافها القانونية والقائمة والشخصية، هي شرط لقبول الدعوى، ولذلك قيل إنه لا دعوى بلا مصلحة؛ ولهذا فإن بحث المحكمة لهذا الشرط، وتصل إلى قبول أو عدم قبول الدعوى، لا يعد بحثاً في وجود أصل الحق الذي يزعمه المدعي، إذ يجب عدم الخلط بين شروط قبول الدعوى، وبين الحكم في موضوعها⁽¹⁾.

ويعرف هذا الفقه الدفع بعدم القبول، بأنها هي الدفع التي ينازع بها المدعي عليه في أن للمدعي حقاً في رفع دعواه، أو في توافر الشروط التي يتطلبها القانون لقبول الدعوى. وهذا الدفع يكون لانعدام المصلحة في الدعوى أو لنقص وصف من أوصافها، أو لنقص الشروط الخاصة واللازمة لقبول بعض الدعاوى، كفوات الميعاد المحدد لرفعها أو المناسبة المحددة لذلك، أو لوجود موانع تمنع قبولها.

وتعد الدفع بعدم القبول وسطاً بين الدفع الشكلية والدفع الموضوعية، فهي لا توجه إلى إجراءات الخصومة كما في الدفع الشكلية، كما أنها لا توجه لأصل الحق الذي يطالب به المدعي كما في الدفع الموضوعية، ولكنها تتناول الوسيلة التي يحمي بها صاحب الحق حقه (أي الدعوى)، وما إذا كان من الجائز استعمالها ومباشرتها أم لا. هذا هو مفهوم هذا الفقه لشروط قبول الدعوى من جهة، وللجزاء الإجرائي المترتب على تخلف شرط من شروط قبولها. وكل هذه المقدمات التي استعرضناها لدى هذا الفقه، كان يجب أن تؤدي إلى القول بأن الدفع بعدم

(1) - د. عبدالمنعم الشراقي، مرجع سابق، ص 24 وما بعدها، بند 21 وما بعده.

قبول الدعوى لانتفاء المصلحة أو أحد أوصافها، أو لعدم توافر الشروط الخاصة واللازمة لقبول بعض الدعاوى، أو لوجود موانع تمنع قبولها، هو دفع مستقل عن الدفوع الأخرى من جهة، والحكم في هذا الدفع لا يعد حكماً في موضوع الدعوى من جهة أخرى.

إلا أنه بالرغم من كل هذه المقدمات التي يسلم بها هذا الفقه، يذهب إلى اعتبار الدفوع بعدم القبول، أي الدفوع التي توجه لشروط قبول الدعوى، دفوع موضوعية؛ لأنها تختلط أو تندمج بوسائل الدفاع الموضوعية، مع فارق واحد، وهو أن هذه الدفوع لا توجه إلى أصل الحق المدعى به، بل توجه إلى الوسيلة المقررة لحماية الحق وتقريره، أي للدعوى وما إذا كان شروط استعمالها ومباشرتها أمام القضاء متوافرة أم لا (1).

فهل يستقيم هذا التصور؟ مع القول إن البحث في كون المصلحة شرطاً لقبول الدعوى لا يتناول البحث في وجود الحق الذي تقام الدعوى لحمايته، وإلا كان في ذلك خلط بين موضوع الدعوى وشروط قبولها، فالخلط بين الدفوع الموجهة للدعوى، والدفوع الموجهة للحق، ألا يعتبر وكأننا نخلط بين مسألة القبول، ومسألة الفصل في موضوع الدعوى، فما الفائدة من وضع شروط لقبول الدعوى واعتبار الدفوع الموجهة لانتفاء هذه الشروط دفوع موضوعية؟ والحكم في توافر أو عدم توافر هذا الشروط هو حكم في موضوع الدعوى.

ولعدم صحة هذا الرأي لا نرى الأخذ به، والدليل على عدم صحة هذا الرأي هو أن هذا الفقه نفسه في مؤلف آخر يؤيد الاتجاه الراجح الذي يقول باستقلال الدفوع بعدم القبول عن الدفوع الأخرى، فهذا الرأي ينتقد الفقه الذي يعتبر أن الدعوى قد تستند إلى حق، وقد تستند إلى مصلحة دون وجود حق، إذ يقول " إنه بالنسبة للنظرية الحديثة التي تقول بأن الدعوى قد توجد رغم عدم وجود حق اكتفاء بوجود المصلحة، فإننا نأخذ عليها أنها ترى في المصلحة شرطاً لوجود الدعوى، وإنها لا تشترط إلى جوار المصلحة وجود حق ترفع الدعوى للدفاع عنه " إلا أن هذا الفقه لا يشترط لمباشرة الدعوى أو استعمالها وجود الحق وثبوته بل يكفي

(1) - د. عبد المنعم الشرقاوي، مرجع سابق، ص 82، بند 59، ص 86 وما بعدها، بند 63.

بتوافر المصلحة إذ يرى أنه عند الحديث عن شروط الدعوى، فالمقصود بالدعوى هو كونها عبارة عن عنصر في الحق، فهنا يشترط لوجود الدعوى وجود الحق. أما المطالبة القضائية باعتبارها المباشرة الفعلية للدعوى فيجب أن تتوافر شروط لوجودها وهي (وجود مدع، ومدعى عليه، وموضوع للمطالبة، وسبب هو الواقعة القانونية التي تستند عليها المطالبة). وشروط لقبولها وصحتها وهي توافر الصفة لدى المدعي والمدعى عليه، ومصلحة لدى المدعي فيها، وأن تكون المحكمة مختصة بالموضوع المرفوع إليها، وأن يتبع المطالب إجراءات شكلية معينة، ومن هذا يتبين - أنه بحسب هذا الفقه - أن المصلحة شرط لقبول الدعوى حتى بمعنى المطالبة القضائية، غير أنه إذا كان وجود الحق عنصر من عناصر الدعوى باعتبارها جزءاً من الحق، أو فرعاً منه أو وسيلة لحمايته - كما سبق ورأينا - أما المطالبة القضائية - ومثلها الدفع - فهي لا تعدو أن تكون زعماً يصدق أو قد لا يصدق بوجود الحق؛ ولذلك لم يكن وجود الحق شرطاً مبدئياً لسماع الطلب أو الدفع، وإن كان ثبوته لدى القضاء شرطاً لإصدار حكمه بإجابة الطلب أو الدفع؛ ولهذا يرى أنه يجب أن تكون المصلحة التي هي شرط لقبول المطالبة معنى أضيق من المصلحة في الدعوى لا يداخله عنصر الحق الذي تستند إليه الدعوى في الأصل، وإن داخله الحق في المطالبة ذاتها، إن كان للطلب باعتباره مجرد إجراء شروط عامة أو خاصة يجب توافرها، وإلا حكم بعدم سماع أو قبول الطلب أو الدفع؛ لعدم توفر المصلحة⁽¹⁾. والحقيقة فهذا كله ناتج عن الخلط بين الدعوى والحق، وبين المصلحة اللازمة لقبولها، والحق باعتباره مصلحة محمية، وهذا الرأي يخلط من جهة أخرى، بين الحماية القانونية التي تعد عنصراً في الحق ولا وجود له من دونها، وبين الدعوى أي الحماية القضائية، فهذه لا توجد إلا بوجود اعتداء على الحق؛ وكل هذا يجعل هذا الفقه يعتبر الدفوع الموجهة للدعوى، أي الدفوع بعدم القبول، دفوع موضوعية.

(1) - د. عبدالمنعم الشرقاوي، شرح قانون المرافعات المدنية والتجارية، مرجع سابق، بند 23، ص 38، والهامش رقم 1 في ص 40 وما بعدها.

ولأننا وجدنا بالتفصيل عدم صحة هذه النظرية، بل أن الصحيح هو القول باستقلال الدعوى عن الحق الموضوعي؛ ولذلك فلا تعتبر الدفوع بعدم القبول دفوعاً موضوعية.

وبالمقابل فقد وجدنا فقه آخر ⁽¹⁾ من أصحاب النظرية التي تقول إن الدعوى هي عنصر في الحق، يرى أن حالات الدفوع بعدم قبول الدعوى هي الحالات التي يكون فيها إنكار الحق ظاهراً بحيث لا يحتاج الأمر إلى نظر موضوعها، ويوضح هذا الفقه رأيه بدقة أكثر بالقول بما أن الدعوى ليست بذات الحق المدعى به، وبالتالي فلا يجب عد الدفع الموجه إليها دفعاً موضوعياً، إنما هو دفع من نوع خاص يوجه إلى الوسيلة التي قررها القانون لحماية الحق.

فالدفع بعدم القبول هو دفع مستقل عن الدفوع الموضوعية والدفوع الشكلية، لأنه لا يوجه إلى ذات أصل الحق المطالب به فلا يعد دفعاً موضوعياً، ولا يوجه إلى الخصومة أو إجراءاتها فلا يعد دفعاً شكلياً، وإنما هو دفع يوجه إلى الوسيلة التي قررها القانون لتأمين الحماية للحق، فالخصم بهذا الدفع ينكر أو ينازع في وجود دعوى لدى خصمه لعدم توافر أحد الشروط التي يقتضيها القانون لقبولها، سواء كانت من الشروط العامة أم الخاصة، الإيجابية أم السلبية.

فالدفع بعدم القبول وبحسب الرأي الراجح في الفقه هو أنها دفوع مستقلة عن الدفوع الموضوعية ⁽²⁾ وعن الدفوع الشكلية؛ فلا يمكن اعتبار شروط قبول الدعوى

(1) - د. أحمد أبو الوفا، نظرية الدفوع، مرجع سابق، ص 817 وما بعدها، بند 464.

(2) - فلا يشترط لتحقيق شرط المصلحة في الدعوى: أن يتم إثبات وجود الحق الموضوعي المزعوم، وإنما تؤخذ هذه المصلحة بصورة مجردة افتراضية، علامة على وجود الحاجة إلى العمل القضائي بالنسبة لدعوى معينة، أي على وجود المصلحة العامة للیقین القانوني التي يحميها المركز القانوني للدعوى. (د. وجدي راغب، مرجع سابق، ص 453 . 488 وما بعدها). والغريب أن محكمة النقض المصرية تأخذ بهذا التصور ومع ذلك تعتبر الدفع لانقضاء المصلحة في الدعوى من الدفوع الموضوعية فقد جاء في حكم لها من أنه إذا كانت المصلحة في الدعوى بأوصافها المقررة قانوناً، ومنها أن تكون شخصية مباشرة، أي أن تتوفر الصفة لدى أطراف الدعوى، أي صلاحية كل طرف فيها في توجيه الطلب منه وإليه، مما يقتضي من المحكمة اتصالاً بموضوع الدعوى للتحقق من وجود علاقة بين المدعي أو المدعى عليه وبين الطلبات المطروحة فيها، إلا أنه لا يلزم أن تكون هذه المصلحة محققة فعلاً؛ لأن ذلك لا يتبين إلا بعد بحث الموضوع، وإنما تكفي فرضية التحقق، ومن ثم فإنه يكفي لقبول الدعوى أن تكون للمدعي شبهة حق

حتى تكون دعواه جديرة بالقبول. (نقض مدني مصري، في الطعن 2579، تاريخ 2001/5/8 م، س 70 ق. أشار إليه المستشار أنور طلبه، المطول في قانون المرافعات، مرجع سابق، ج 2، ص). كما أن التحقق من أوصافها أيضاً لا يتضمن فصلاً في موضوع الدعوى: أولاً - **كيفية التحقق من توفر وصف المصلحة القانونية في الدعوى**: إن القاضي عندما يفصل في الدفع بعدم القبول، أي عندما يتأكد من توافر أو عدم توافر شروط قبول الدعوى - شرط المصلحة القانونية - فهو لا يفصل في موضوع الدعوى. فعندما يقوم القاضي ببحث عنصر قانونية المصلحة فعليه أن يتأكد من خلال صياغة الطلب القضائي أن ما يدعيه المدعي تتوافر فيه المصلحة التي يحميها القانون بصفة مجردة، فإذا ما تبين له أن الادعاء هو ادعاء بحق أو مركز لا يقره القانون ولا يحميه، فإنه يحكم بعدم قبول الدعوى لعدم قانونيته، دون بحث في الوقائع المدعاة ذاتها والتحقق منها، أي أنه يحل مسألة قانونية بحتة، فهو يقوم بتطبيق القواعد العامة للقانون فقط، وكل هذا يتم دون إثبات أو دفاع، وكل هذا يتم بالنسبة لأي ادعاء يطرح عليه أيأ كانت صورته (د. وجدي راغب فهمي، النظرية العامة للعمل القضائي، مرجع سابق، ص 491، ص 495). وبعبارة أخرى فإذا كان هذا البحث يتم في الواقع وفي القانون، فإن الواقع يؤخذ بصورة مجردة ويفرض صحة الوقائع المدعاة وكما طرحها المدعي، مجرد افتراض فإذا ما وجد أن قواعد القانون تحمي هذه المصلحة فإن الطلب يكون مقبولاً، وفي الحالة المعاكسة فإن الطلب لن يكون مقبولاً، فالقاضي لا يفصل بأية صورة في مسائل الواقع، فهو فقط يستخدم هذا الواقع كدليل لبحث مجرد في التشريع الساري أو المطبق بغرض إيجاد القاعدة القانونية التي يحتمل قابليتها للانطباق على نوع النزاع المطروح عليه. فهو لا يهدف في مرحلة قبول الادعاء أو عدم قبوله إلى تطبيق فعلي لأية قاعدة قانونية على الوقائع المطروحة عليه، وإنما هو يبحث فقط مسألة قبول الادعاء بهذه الوقائع وكما طرحها المدعي، فلكي تكون مقبولة يجب أن تهدف إلى حماية مصلحة يقرها القانون، أي أن المصلحة التي يدعيها الشخص هي من المصالح التي يحميها القانون بصفة مجردة.

وفي هذا المعنى تقول محكمة النقض المصرية من أنه لا يلزم أن يثبت الحق للمدعي حتى تقبل دعواه، بل يكفي أن تكون له شبهة حق حتى تكون دعواه جديرة بالعرض أمام القضاء (نقض مدني مصري، تاريخ 1969/6/17م، مجموعة النقض، س 20، ص 970. أشار إليه: د. نبيل إسماعيل عمر، مرجع سابق، ص 358، 312).

فهو لا يحسم مسائل الواقع، لأنه لا يصدر حكماً قطعياً يزيل تجهيل المراكز القانونية بصدد هذا المركز الواقعي المطروح عليه، كما أنه لا يحسم مسائل القانون بحكم قطعي يزيل التجهيل حول المراكز القانونية الموضوعية المتعلقة بأصل الحق؛ لأنه يبحث بطريقة مجردة مسألة محددة وهي: هل القاعدة القانونية القابلة للتطبيق على وقائع النزاع تحمي أو لا تحمي نوع المصلحة الموجودة ضمن الوقائع المادية المطروحة في صياغة الطلب أو الدفع أم لا.

وعلى ذلك فعند قبول القاضي للدعاء الذي لا يقوم على مصلحة قانونية لا يتضمن فصلاً في الموضوع المطروح عليه، فلا يشترط في مرحلة قبول الدعوى أن يتحقق القاضي من ثبوت الحق الموضوعي =

= للمدعي، بل يكفي أن يكون الادعاء هو ادعاء بحق من الحقوق التي تستحق الحماية القانونية، بدليل أن ذلك لا يمنع من إمكانية تجديد رفع الطلب مرة أخرى في الأحوال التي تقوم فيها هذه المصلحة. ولكن الفصل في وجود أو عدم وجود المصلحة القانونية يؤدي إلى إزالة التجهيل عن مركز قانوني معين بحكم قطعي، هذا المركز هو حق المدعي في قبول ادعائه، فعلى ضوء الحكم الصادر في الدفع بعدم القبول يتبين أحقية أو عدم أحقية المدعي في طلب الحماية القانونية.

وهو ما يذهب إليه الرأي الذي يربط الحق في الدعوى بقبولها، وهذا الشرط هو نفسه عند الاتجاه الذي يربط الحق في الدعوى بنجاحها، وبما أنهم يربطون الحق في الدعوى بنجاحها، ومن ثم فهذا الحق متوقف على نجاح المدعي في إثبات أنه صاحب الحق الموضوعي، وإذا لم يكن المدعي صاحب الحق، فإنه لا يكون قد باشر حقه في الدعوى، وإنما مجرد حقه في الالتجاء إلى القضاء، فشروط الحق الموضوعي، هي نفس شروط الحق في الدعوى، وهذه الشروط تشكل أغلب شروط قبول النظر في الدعوى. فهناك تداخل بين شروط النظر في الدعوى، وشروط الحكم في الموضوع لصالح المدعي، أي شروط الحق الموضوعي نفسه؛ ولذلك يذهب بعض الفقه المؤيد لهذا التوجه إلى توضيح الصورة في الحالتين، ولرفع هذا الخلط فيرى أنه بالإضافة إلى بحث توافر شرط قانونية المصلحة اللازم لكي تقبل أو تنتظر المحكمة في الادعاء المرفوع إليها بواسطة الطلب القضائي، فإن القاضي يبحث أيضاً وجود شرط قانونية المصلحة اللازم وجوده لنشأة الحق في الدعوى ذاتها، فهو يرى أنه يوجد ضمن الشروط اللازمة توافرها لقيام الحق في الدعوى شرط وجود حق أو مركز قانوني، وهذا الشرط يلزم لوجوده أن تتوافر فرضيتين أو عنصرين الأول: أن توجد قاعدة قانونية تقر وتحمي المصلحة التي يطالب بها المدعي، وهذه مسألة قانونية يبحثها القاضي من الناحية المجردة. والثاني: أن تنطبق الوقائع التي يزعم حدوثها المدعي على هذه القاعدة، وأن يتم إثباتها في الواقع والقانون، وهذه مسألة واقعية تبحث في الحالة المحددة التي يطرحها المدعي في طلباته، وهذان العنصران يكونان شرط المصلحة القانونية اللازم وجوده لنشأة الحق في الدعوى، والقاضي في بحثه عن هذين العنصرين يفصل في مسائل موضوعية بحكم قطعي، وعند عدم توفر شرط المصلحة القانونية، فإن القاضي سوف يحكم برفض الدعوى، ومع هذا كله يرى هذا الفقه أنه قبل أن يصدر القاضي حكمه برفض الدعوى، فإنه يقوم ببحث موضوعي في الواقع والقانون ويحسم مسألة موضوعية بصفة قطعية، هي مسألة وجود أو عدم وجود الحق في الدعوى، فالحق في الدعوى مرتبط بنجاحها، ولذلك فالبحث في وجود أو عدم وجود الحق في الدعوى يختلف عن بحث مجرد وجود أو عدم وجود الحق في الحصول على حكم في موضوع الدعوى، والذي يهدف إليه الادعاء المطروح بواسطة الدعوى على القاضي.

وبالتالي فالحكم الصادر يختلف أيضاً، فهو عدم قبول الادعاء إذا لم يستند إلى مصلحة قانونية، ورفض للدعوى إذا تخلف شرط من الشروط اللازمة لنشأة الحق فيها.

ولكن بحث توفر أو عدم توفر شرط المصلحة يبين العلاقة أو نقاط الاتصال الموجودة بين الحق الموضوعي الذي يعتبر وجوده شرطاً أساسياً لنشأة الحق في الدعوى، والحق في الدعوى، والذي يعتبر حقاً مستقلاً عن الحق الموضوعي المدعى به، فالقول بأن المصلحة كشرط لازم لقبول الطلب القضائي =

= لا يوجد، يعني في ذات الوقت أن الحق في الدعوى لم ينشأ؛ لأن هذا الحق ينشأ بتوافر حق واعتداء على هذا الحق وصفة مما يوجد الحاجة إلى الحماية القضائية أي الدعوى، ومن ثم تنشأ له مصلحة في الدعوى. (د. نبيل إسماعيل عمر، سلطة القاضي التقديرية، مرجع سابق، ص 354 وما بعدها، وأيضاً مؤلفه الدفع بعدم القبول، مرجع سابق، ص 123 وما بعدها).

والحكم بعدم قبول الطلب أو الدفع أو الطعن لعدم قيام المصلحة يعني عدم توافر المصلحة في الإجراء، فالطلب باعتباره إعلان رغبة، يؤدي عدم توافر المصلحة فيه إلى أن تحقيق الرغبة المطلوبة فيه ليس من شأنه تحقيق الحماية لطالبيها، ولذلك يكون من العبث إضاعة وقت القضاء.

ولذلك يذهب أصحاب هذا الرأي إلى أنه إذا كان إعلان الرغبة بواسطة الطلب يتضمن رفع دعوى إلى المحكمة فإنه فضلاً عن خضوعه لتكثيف عدم القبول باعتباره عملاً إجرائياً لسبب يتعلق بأسباب عدم القبول العامة، فإنه يخضع لتكثيف عدم القبول لأسباب تتعلق بالدعوى.

وعلى هذا فقد وُجد استعمال فكرة عدم القبول التي مقتضاها عدم النظر في حق الطالب فيما يطلب، في الحالات التي يكون فيها تخلف الحق في الدعوى ظاهراً بحيث لا يحتاج الأمر إلى نظر موضوع الدعوى، ويصل أصحاب هذه الاتجاه إلى أن الفصل في مسألة نشوء الحق في الدعوى لا يتضمن بأية صورة فضلاً في مسألة مضمون الادعاء الذي تتضمنه هذه الدعوى. (د. فتحي والي، الوسيط، مرجع سابق، ص 490 وما بعدها، بند 286 وما بعده).

فعدم وجود قاعدة قانونية تحمي مصلحة من النوع الذي يطالب به المدعي، يعني عدم وجود مصلحة قانونية، ويثار ذلك عن طريق الدفع بعدم القبول، سواء عند الذين يربطون الدعوى بقبولها، أو بنجاحها، فوجود قاعدة قانونية تحمي المصلحة التي طالب المدعي بحمايتها له، شرط لسماع أو لقبول الدعوى، وللحكم في موضوعها.

ثانياً - كيفية التحقق من توفر وصف المصلحة القائمة في الدعوى: وجدنا سابقاً أن البعض يقول إن المصلحة تكون قائمة في حالة وقوع مخالفة للقانون متعلقة بالحق المطلوب حمايته. وقد ذهبت محكمة النقض المصرية إلى أن المقصود بالمصلحة القائمة والحالة التي يقرها القانون لقبول الدعوى، هو أن يكون لرافع الدعوى حق يحميه القانون، وأن يكون قد وقع عليه الاعتداء بالفعل، أو تهديده أو حصلت منازعة بصده، فيتحقق الضرر الذي يبرر الالتجاء إلى القضاء. إلا أن جانب آخر من الفقه ينتقد هذا التصور، لأن هذا سوف يؤدي إلى الخلط بين شروط المصلحة من جهة، وضرورة إثبات أو تحقق الضرر وذلك في ذات اللحظة التي يقدم فيه الطلب القضائي إلى المحكمة (Mazaurd: la lesion d'un interet legitime juridiquement protégém, chr. D. 19. 54. p. 39).

أشار إليه د. نبيل إسماعيل عمر، الدفع بعدم القبول، مرجع سابق، ص 100 وما بعدها، بند 70). أي بين شروط قبول الدعوى وشروط الحق الموضوعي، أي في معنى أن رافع الطلب هو فعلاً صاحب الحق المدعى به، وهذا ما لا يمكن التحقق منه إلا بعد صدور الحكم في الموضوع.

وفي هذا المعنى يرى فقه آخر أنه إذا كان يقصد بالمصلحة القائمة التي يقرها القانون أن يكون لرافع الدعوى حق وأن يكون قد حدث اعتداء عليه بالفعل، أو حصلت منازعة بصده، فيتحقق الضرر الذي =

= يبرر الالتجاء إلى القضاء، كما إذا حصل اعتداء على حيازة الحائز أو امتنع المستأجر عن أداء ما عليه من أجرة مع حلول ميعاد استحقاقها، ويرى أنه يرجع في تحديد الحق إلى القانون الموضوعي، فالقانون المدني مثلاً هو الذي يحدد وينظم حق المستأجر في استعمال العين المؤجرة، وهو الذي يحدد حقوق كل من البائع والمشتري تجاه بعضهما، ومن ثم فعدم التزام أي منهما بما يفرضه عليه القانون، فإنه يشكل خرقاً لقاعدة قانونية، أي يشكل اعتداء، ولهذا فحصول الاعتداء أو الإنكار أو التهديد والذي يشترطه القانون والفقه والقضاء لقبول الدعوى واستعمالها أو مباشرتها والمسمى بشرط المصلحة القائمة ويقصد به أن يكون الاعتداء حالاً موجوداً في لحظة رفع الدعوى، فهذا الشرط يتصل أو يختلط في أغلب الحالات بأصل الحق المطالب به، مثلاً في دعوى عدم نفاذ تصرفات المدين في حق الدائن، يذهب هذا الفقه إلى أن الشروط المبررة للالتجاء إلى القضاء تتصل بذات الشروط الموضوعية المفروضة لرفع الدعوى والتي ينص عليها القانون المدني، ونفس الأمر ينطبق على دعاوى الحيازة، وكثيراً ما يختلط كل هذا بالصفة في رفع الدعوى، ولا يمكن في هذه الحالات معرفة الباعث أو الغرض من الالتجاء إلى القضاء مستقلاً عن أصل الحق، من ناحية التحقق من وجوده، إلا في حالات قليلة يكون فيها الحق ثابتاً بصورة أكيدة من ناحية استحقاقه، وفي هذه الحالات تسليم المدعى عليه بدعوى خصمه لا يؤدي إلى عدم قبولها، وإنما قد يؤدي إلى الحكم على المدعي بالمصاريف. (د. أحمد أبو الوفا، التعليق على قانون المرافعات، مرجع سابق، ط1، ص 26 وما بعدها). ولذلك كله يرى هذا الفقه أنه من الخطأ أن يقال إن الدفع بانتفاء المصلحة القائمة هو من الدفع بعدم قبول الدعوى، لأنه دفع بعدم وجود حق مستحق الأداء، فهو يوجه إلى أصل الحق المزعوم. (د. أحمد أبو الوفا، نظرية الدفع، ط7، مرجع سابق، ص 825 وما بعدها، بند 471). ويذهب البعض الآخر من أنصار الرأي الذين يربطون الحق في الدعوى بنجاحها، وذلك توضيحاً للرأي السابق، وليبين كيف أن القاضي يبحث في وجود شرط المصلحة القائمة، لكي يكون للمدعي الحق في الدعوى، وبالتالي للحكم له في موضوع الدعوى من جهة، ومن جهة أخرى كيف أن القاضي يبحث شرط المصلحة اللازم لقبول الدعوى، فيرى أن القاضي من جهة، وعندما يبحث في توافر أو عدم توافر وصف المصلحة القائمة، للتأكد من نشأة الحق في الدعوى للمدعي أولاً، فإنه يبحث أو يتطرق في بعض الحالات إلى بحث عناصر الحق الموضوعي المدعى به من ناحية وجوده أو قيامه، واحتمال تعرض هذا الحق للاعتداء أو التهديد أو الأضرار الناتجة عن هذا الاعتداء والذي يزعم وقوعه من رفع الدعوى، ومن جهة ثانية، يبحث القاضي بصورة مجردة عن القواعد القانونية التي تقر مثل هذا الحق المطالب به، ثم هو يقارن بين الوقائع المطروحة أو المدعاة، وفرض القاعدة القانونية الموضوعية وحكمها ولينظر ما إذا كان مثل هذا الحق المطالب به، أو الذي يزعم المدعي وجوده أو قيامه له، يتعرض بصفة احتمالية للاعتداء عليه، أم لا. فإذا ما توصل القاضي إلى تقرير وجود هذا الاعتداء، فإن القاضي يكون قد تأكد من قيام المصلحة اللازمة كشرط لنشأة الحق في الدعوى، ومن احتمال وقوع الضرر على هذا الحق الذي يدعيه المدعي له، وبناء على ذلك يحكم بقبول الدعوى، ولكن دون أن يتضمن ذلك فصلاً في ذات موضوع هذه الدعوى، وأما إذا توصل القاضي إلى تقرير عدم وجود أي اعتداء على الحق الموضوعي المدعى به، فالأصل في هذه الحالة أن يحكم القاضي برفض الدعوى، لتخلف شرط من شروط نشأتها، ومع ذلك =

= يفضل أصحاب هذا التوجه استخدام نظام عدم القبول في هذه الحالة. (د. نبيل إسماعيل عمر، سلطة القاضي التقديرية، مرجع سابق، ص 369 وما بعدها، بند 323). وأما بالنسبة لضرورة توافر شرط أو وصف المصلحة القائمة والحالة في الادعاء الذي يطرحه المدعي بواسطة الطلب، فالقاضي يتحقق من توافره ببيان مدى استمرار حاجة المدعي إلى إزالة الاعتداء الذي حصل أو تعرض له حقه الموضوعي، وإصلاح الضرر المترتب على ذلك، ومن ثم فإذا كان عند حصول الاعتداء أو التهديد أو الإنكار ينشأ الحق في الدعوى لشخص، إلا أنه قد لا توجد مصلحة في مباشرة أو استعمال الدعوى إذا حصل تسوية ودية على إصلاح الأضرار الناتجة عن هذا الاعتداء، أو قد يتنازل صاحب الحق على الرغم من قيام حقه في الدعوى القضائية عن حقه فيها، ولا يرفع الدعوى أمام القضاء بالأصل، ومن ثم لا تتور مشكله قبولها من الأساس (د. وجدي راغب فهمي، مبادئ، ص 168 أشار إليه د. نبيل إسماعيل عمر، الدفع بعدم القبول، مرجع سابق، ص 102 وما بعدها، بند 71). وإنما حصول الاعتداء على الحق، ونشأة الحق في الدعوى لصاحب الحق، واستمرار حاجة المعتدى على حقه لرد هذا الاعتداء، وإصلاح الضرر الذي لحقه من جراء ذلك، وبقاء هذا الاعتداء إلى وقت تقديم الطلب القضائي هو الذي يبرر في المصلحة وصف القائمة والحالة، وحتى تقبل الدعوى أو الطلب. والقاضي عندما يبحث مدى استمرار الحاجة إلى الحماية القضائية، فهو إنما يبحث مسائل تتعلق بالمراكز الموضوعية للخصوم من حيث الواقع ومن حيث القانون، وذلك للتوصل إلى إعمال الآثار الإجرائية المترتبة على نتيجة هذا البحث، وليخلص إلى قبول أو عدم قبول الادعاء المطروح في الدعوى، وبحته لهذه المسائل الموضوعية لا يكون بغرض حسم النزاع على أصل الحق المطالب به، وإنما بهدف تحديد آثار القواعد القانونية الإجرائية المترتبة في هذه الحالة. فحصول الاعتداء أو الإنكار للحق الموضوعي، والذي يؤدي لقيام المصلحة الحالية والمبررة لاستعمال ومباشرة الدعوى أمام القضاء، إن كان البعض - كما سبق ورأينا - يتصل أو يتعلق أو يختلط بأصل الحق المطالب به، كما في دعاوى الحيازة، ودعوى عدم نفاذ تصرفات المدين تجاه الدائن، إلا هذا الرأي ينتقد ذلك، ويرى أنه ليس في كل هذا اختلاط المراكز الإجرائية بالمراكز الموضوعية، وإنما هناك شروط يتوجب على القاضي استخلاصها من داخل المراكز الموضوعية، من واقع ومن قانون، وذلك بهدف ترتيب آثار إجرائية موجودة في القواعد القانونية الإجرائية عليها، ولكن إعمال هذه الآثار مرتبط بالتحقق من شروط يجب توافرها في المراكز الموضوعية، ومن ثم فبحثه هذا كله لا يكون بهدف حسم أو الفصل في المسائل الموضوعية والمتنازع عليها. (د. نبيل إسماعيل عمر، الدفع بعدم القبول، مرجع سابق، ص 103 وما بعدها، بند 71). إلا أننا نرى أن الرأي الراجح، هو الذي يذهب إليه الرأي الذي يربط الحق في الدعوى بقبولها، فالقانون يقتضي المصلحة كشرط لقبول الدعوى، فلا دعوى بلا مصلحة، وتتواجد كلما أصابه ضرر من التجهيل القانوني، فالدعوى لا تتور الحاجة إليها ما لم يتحقق تجهيل للحق الموضوعي يعوق نفاذ النظام القانوني. و من هنا تصبح للمدعي مصلحة في اليقين القانوني، أي في إزالة هذا التجهيل، فالعمل القضائي لا يهدف لإشباع المصلحة الخاصة أو تحقيقاً لها، إذ قد يصدر برفض الدعوى، وإنما تؤخذ هذه المصلحة بصورة مجردة افتراضية، علامة على وجود الحاجة إلى العمل القضائي بالنسبة لدعوى معينة، أي على وجود المصلحة العامة لليقين القانوني التي يحميها المركز القانوني =

= للدعوى. وتطبيقاً لذلك قضت محكمة النقض المصرية من أن المصلحة في الدعوى لا تهدف إلى حماية الحق أو اقتضائه فحسب، إنما قد يقصد بها مجرد استيثاق المدعي لحقه، ومن ثم فلا يلزم أن يكون له حق ثابت وقع عليه العدوان حتى تقبل دعواه، بل يكفي حتى تكون دعواه مقبولة ومسموعة أن يكون ادعاؤه بحق أو مركز يحميه القانون وينازعه فيه المدعى عليه، وبالتالي لتكون له فيها فائدة من رفع الدعوى لتقرير هذا الحق. (نقض مدني مصري، في الطعن رقم 90/10 عمالي، جلسة 1992/10/19م، مجموعة محكمة التمييز 1992-1996م، القسم الثالث، المجلد الثاني، ص 825 وما بعدها، مجلة الحقوق، الكويت، ملحق العدد الرابع، السنة 25 لعام 2001م، ص 12. أشار إليه د. حسام راتب القاعد، مرجع سابق، ص 33). أما إذا قام القاضي بإجراء تحقيقه، وقام بإثبات هذا الادعاء في الواقع وفي القانون، فإن عمل القاضي هذا يعد فصلاً للدعوى في موضوعها، لا فصلاً لمسألة قبولها. وإنما نرى أن عدم التمييز بين الحالتين هو الذي دعا بعض الفقه للقول بأن الدفع بانتفاء المصلحة القائمة في الدعوى أو الادعاء، هو دفع موضوعي. وفيما يلي سوف نعرض حكم لمحكمة النقض المصرية يميز بدقة بين حالة أو ضرورة أن يكون هناك اعتداء أو تهديد أو إنكار للحق ليتم قبول الدعوى، وبين ضرورة إثبات الضرر أو الاعتداء لكي يحكم للشخص الواقع عليه الاعتداء، والخلط الذي قال به بعض الفقه بين الحالتين كثير الوقوع في الواقع العملي لدى المحاكم. وتطبيقاً لهذا - وكمثال لهذا الخلط أيضاً - فقد قضت محكمة النقض المصرية من أن مفاد نصوص المواد (37، 38، 117) من قانون الجمارك رقم 66/ لسنة 1963م أن المشرع قد أقام قرينة مؤداها أن وجود نقص في مقدار البضائع التي تم فرطها، عن ما هو مسجل في قائمة الشحن مما يفترض معه أن الريان قد قام بتهريبها إلى داخل البلاد، ودون أداء الرسوم الجمركية المفروضة عليها، مما يحق معه لمصلحة الجمارك في هذه الحالة اقتضاء الضرائب والغرامات المفروضة المبينة في المادة (117) من ذلك القانون، وهو حق ناجز حال وغير معلق على شرط ويتوافر به شرط المصلحة القائمة المطلوب والمفروض لقبول الدعوى، وإذا كان القانون قد أجاز في المادتين (37، 38) من قانون الجمارك لريان السفن في هذه الحالة نفي مظنة التهريب عن طريق إثبات أن الطرود سلمت بحالة ظاهرية سليمة، أو تبرير أسباب النقص على النحو المبين في المادة (38) من قانون الجمارك، أو الاستفادة من نسبة التسامح التي صدر بها قرار من مدير مصلحة الجمارك بالنسبة للبضائع المفرطة، أو النقص الجزئي في البضاعة الناشئ من عوامل طبيعية، أو نتيجة ضعف في الغلافات، فإن هذا كله يعتبر دفعاً موضوعياً، والكلام فيها يعتبر دخولاً في موضوع الدعوى، ومن ثم يمكن لصاحب الشأن دفع دعوى مصلحة الجمارك المرفوعة عليه، للحصول على حكم برفضها موضوعاً، ولا يتعلق كل هذا بشروط قبول الدعوى، أي بمسألة القبول، وإنما هو بحث في مسألة الحكم فيها موضوعاً، أي من حيث صحتها في الأساس، ومن ثم فإنه يكون من حق المدعى عليه أن يتمسك بهذه الدفع، في أية حالة تكون عليها الدعوى؛ لأنها دفع موضوعية، ولو أمام محكمة الاستئناف، وكان الثابت أن الشركة الناقلة والمطعون ضدها قد دفعت دعوى مصلحة الجمارك بأن من حقها الإفادة من نسبة التسامح المشار إليه في المادة (2/37) من قانون الجمارك والتي صدر بتحديد قرار من مدير الجمارك رقم 4 لسنة 1963 م، فإن الحكم المطعون فيه إذ انتهى إلى عدم قبول دعوى مصلحة =

= الجمارك لرفعها قبل الأوان، يكون قد خلط بين شروط قبول الدعوى، وبين دفع المدعى عليه فيها، أي بين مسألة القبول، ومسألة النظر في الموضوع، ومن ثم أخطأت في تطبيق القانون. فلا يشترط أن يتم إثبات الضرر، للقول إن المصلحة هي قائمة وحالة، بل يكفي الادعاء بوجود اعتداء أو تهديد ترتب عليه ضرر ليتم قبول الدعوى (الطعن رقم 537، سنة 39 ق، جلسة 19/12/1975م، س 26، ص 1718. أشار إليه د. عبد الحميد الشواربي، الدفع المدنية الإجرائية والموضوعية، مرجع سابق، ص 772). وتطبيقاً لذلك فقد قضت محكمة النقض السورية في حكم لها من أن " مجرد ادعاء أي من الزوجين إضرار الآخر به موجب لقبول دعوى التفريق دون أن يشترط إثبات الإضرار. (محكمة النقض السورية، الغرفة الشرعية، أساس رقم 46، قرار رقم 3، لعام 2000 م، مجلة القانون، مجموعة القواعد القانونية التي قررتها محكمة النقض، لعام 2000م).

ثالثاً - كيفية التحقق من وصف المصلحة الشخصية (الصفة) في الدعوى: ذهب البعض كما سبق ورأينا للقول إن الدفع بانتفاء الصفة في الدعوى هو دفع موضوعي، فيجب إثبات أن الحق الموضوعي المطالب به هو لرافع الدعوى ليتم قبولها، وهذا خلط بين مسألة القبول ومسألة الحكم في الموضوع، وهو كثير الوقوع في الواقع العملي. فقد قضت محكمة النقض المصرية في حكم لها بأن الدفع بعدم قبول الدعوى لانتهاء الصفة هو دفع موضوعي متى كان مبناه يتحصل في أن المدعى عليه يدفع المسؤولية عن نفسه تأسيساً على أنه غير ملتزم بصفته الشخصية قبل المدعي بأي التزام، وإنما الملتزم هو شخص آخر، فإذا قضى الحكم برفض الدعوى تأسيساً على عدم التزام المتمسك بالدفع شخصياً لا يكون قد خالف القانون ما دام هذا القضاء غير ذي أثر فيما يدعيه المدعي قبل الشخص الآخر.

ويرى البعض الآخر من أنصار الاتجاه الذين يربطون الحق في الدعوى بنجاحها، وتجنباً لهذا الخلط، وتوضيحاً لما سبق، أنه على القاضي لتقدير شرط الصفة كعنصر لازم لنشأة الحق في الدعوى التطرق بالبحث للروابط الموضوعية والمراكز القانونية المتعلقة بأصل الحق، وكذا عليه بحث قواعد القانون المرتبطة بهذه المراكز، وذلك لتقدير نشأة الحق في الدعوى، وثبوته لصاحب معين.

وهو في هذا البحث لا يفصل في موضوع الادعاء، ولا يحسم المسائل المتعلقة بأصل الحق الحاصل بصدده النزاع، وإنما يفصل في وجود الحق في استعمال أو مباشرة الوسيلة التي تطرح بواسطتها هذا الادعاء عليه، أي الحق في الدعوى ذاته، ولكي يتوصل القاضي إلى تقرير وجود هذا الشرط، أو عدم وجوده، يجب عليه أن يبحث المراكز القانونية الموضوعية للخصوم، لكي يبين الحقوق التي تعرضت للأضرار أو للاعتداء، وعليه أن يبين القواعد القانونية المجردة التي تقر وتحمي هذه المراكز، والقابلة للتطبيق على هذه الحقوق أو المراكز، ثم ينتقل لمعرفة هل حصل اعتداء أو إنكار لهذا الحق؟ ويبحث عن الشخص المسؤول عن هذا الاعتداء، ويرى بعد ذلك، ما إذا كان هناك تطابق أو توافق بين المركز الموضوعي المزعوم، والمركز الإجرائي لرافع الدعوى أم لا، ثم يقارن ما إذا كان هناك تطابق أو توافق بين المركز القانوني الموضوعي للمدعى عليه، والمركز القانوني الإجرائي للمسؤول عن هذا الاعتداء، فإذا كان هناك تطابق وتوافق في الحالتين، فإنه سوف يخلص إلى توافر الصفة في الدعوى لدى طرفيها، والعكس صحيح. فالقاضي عندما يبحث في توفر أو عدم توفر شرط الصفة والالتزام لقبول الدعوى أو =

= الادعاء، يعمل على محور الإجراءات والموضوع، وهو يبحث القواعد المتصلة بأصل الحق المدعى به، وذلك كله بغرض الوصول إلى تطبيق الآثار الإجرائية اللازمة لسماع الادعاء أو قبول النظر فيه. (د. نبيل إسماعيل عمر، سلطة القاضي التقديرية، مرجع سابق، ص 365 وما بعدها، بند 319 - 320).

ويذهب رأي آخر من أنصار الاتجاه السابق - وهو الذي نرجحه لوضوحه وسهولته - إلى أن القاضي لا ينظر في وجود إرادة قانونية تقرر الحق في الدعوى، ولا في وجود الوقائع التي أنشأت هذا الحق أو التثبت والتحقق منها. وإنما ينظر أولاً هل مع فرض وجود الحق في الدعوى؟ وبعبارة أدق، مع فرض الحكم في موضوع الدعوى لصالح المدعي، أي يفترض أن المدعي محق في ادعائه، فهل يكون هذا الحق لمن زعم أنه له أي رافع الدعوى، وضد المدعى عليه، أي الذي يزعم المدعي بأنه هو من قام بالاعتداء على الحق، أو هدد أو أنكر حقه؟ فإذا كان مع فرض صحة مزاعم المدعي، فإن هذا الحق يكون للمدعي الذي رفع الدعوى، وبمواجهة المدعى عليه المرفوع عليه الدعوى، فالقاضي سوف يحكم بقبولها، وينتقل للتأكد فعلاً من صحة هذه المزاعم التي افترض صحتها، ويفصل في الموضوع. وأما إذا افترض القاضي صحة مزاعم المدعي ومع هذا تبين أن هذا الحق ليس له، أو ليس بمواجهة المرفوع عليه الدعوى، وإنما من حق أو بمواجهة شخص آخر، فإنه سوف يحكم بعدم قبول الدعوى أو الطلب، والأصح القول بعدم قبول الادعاء في هذه الحالة، ويقصد بعدم القبول في هذه الحالة، عدم قبول النظر في وجود الحق في الدعوى في الحالة المعروضة؛ وذلك لأن هذا الحق وعلى فرض وجوده، فإنه ليس مقررراً للطالب أو ليس مقررراً ضد المرفوع عليه الدعوى، أو الموجه إليه الطلب، مثلاً إذا رفع شخص دعوى بطلان عقد دون أن يكون طرفاً في هذا العقد، فإن المحكمة سوف تحكم بعدم قبول الدعوى، وتمتنع عن النظر في موضوع الدعوى، والبحث فيما إذا كان فعلاً العقد باطلاً أم لا؟ ولكي تحكم ببطلانه في الحالة الأولى، والعكس صحيح، ذلك أنه على فرض بطلان هذا العقد، فإن دعوى البطلان ليست حقاً لرافع الدعوى الذي ليس طرفاً في العقد، وإنما القانون يقرر هذا الحق لمن كان طرفاً في العقد الباطل ولمن تقرر البطلان لمصلحته. (د. دلوجو، عدم القبول، رقم 49، ص 60 وما بعدها، ورقم 112، ص 134. أشار إليه: د. فتحي والي، نظرية البطلان في قانون المرافعات، مرجع سابق، ص 15 وما بعدها). وبناء على ما تقدم، نرى أن القاضي وهو ينظر في الدفع بعدم القبول للحكم فيه، لا يفصل في موضوع الدعوى، أو أصل الحق المدعى به، ومن ثم لا يمكن اعتبار الدفع بعدم القبول من الدفع الموضوعية، وإلا كان ذلك خطأ لمسألة القبول، بمسألة الحكم في موضوعها. وقد قضت محكمة النقض السورية في حكم لها، بأن الصفة هي ما للشخص من شأن في الدعوى يجيز له المخاصمة في موضوعها. وقالت في أسباب حكمها هذا، من حيث إن تقديم الدعوى من قبل المدعي الطاعن بصفته الشخصية يجعله غير ذي صفة باعتباره كان قد تعاقد مع المدعى عليه بصفته رئيس نادٍ رياضي، ولم يتعاقد معه بصفته الشخصية. وحيث إن الصفة هي ما للشخص من شأن في الدعوى يجيز له المخاصمة في موضوعها وإن أصحاب الحقوق هم ذوو الصفة في المخاصمة عنها أمام القضاء، ولا يقبل من غير صاحب الحق أن يقاضي عنه لحساب غيره، ولا يجبر أحداً على أن يدافع في دعوى تجرد صاحبها من صفة التقاضي. وحيث إنه متى كان ذلك وكانت محكمة الدرجة الأولى قد انتهت إلى رد الدعوى شكلاً، وأيدتها في ذلك محكمة الاستئناف، =

على أنها شروط لصحة الخصومة، والقول إن الدفع بعدم وجود هذه الشروط هو دفع شكلي، ولا يمكن اعتبارها كذلك دفوع موضوعية حتى ولو كان القاضي في سبيل الوصول إلى تأسيس الدفع أو عدم تأسيسه، تطرق أو بحث بعض المسائل المتعلقة بأصل الحق، فالعبرة بما فصلت فيه المحكمة حقيقة أو حكماً، فلم يكن الهدف من بحث هذه المسائل الفصل فيها، أو حسم النزاع على أصل الحق، وإنما كان الهدف هو معرفة مدى توفر شروط قبول الدعوى أو عدم توافرها، ولكي يفصل في مسألة قبولها، الأمر الذي لا يجعل الحكم الصادر في هذا الدفع دفعا موضوعياً، فالقاضي لأجل الحكم في بعض الدفوع الشكلية، وخاصة في بعض مسائل الاختصاص، قد يلجأ لنظر موضوع الدعوى لمعرفة مدى اختصاصه بالموضوع المطروح عليه، ومع ذلك لم يقل أحد أنه يفصل في مسائل موضوعية، والدفع بناء على هذا البحث أصبح دفعا موضوعياً⁽¹⁾، أو تحول من دفع شكلي إلى دفع موضوعي لمجرد أنه اضطر لأجل الحكم في الدفع الشكلي، إلى نظر موضوع الدعوى⁽²⁾.

= والتي أصدرت الحكم المطعون فيه، فيكون قرارها صحيحاً، ولا تتال منه أسباب الطعن. ومن المعروف في اجتهاد محكمة النقض السورية إن ردّ الدعوى شكلاً هو حكم لا يفصل في الموضوع، ولا يحوز الحجية، ويمكن رفع الدعوى من جديد بشرط استيفاء الشرط الناقص والذي أدى لعدم قبولها أو ردها شكلاً أول الأمر.

(1) - د. أحمد أبو الوفا، الدفع بعدم القبول، بحث منشور في مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية، جامعة الإسكندرية، كلية الحقوق السنة الخامسة، العددان 2 . 3، شباط، آذار لعام 1951، ص 192، بند 18. وأيضاً د. نبيل إسماعيل عمر، الدفع بعدم القبول، مرجع سابق، ص 130، بند 89.

(2) - والملاحظ إن محكمة النقض المصرية تقرر أنه حتى عند الحكم في الدفع بعدم القبول فالمحكمة لا تنظر الموضوع، وإنما هي تنظر في الموضوع لتتوصل إلى الحكم في شكل الدعوى، ومع هذا فهي تعتبره دفع موضوعي من ذلك حكم لها جاء فيه: إنه إذا قضى الحكم الابتدائي بعدم جواز نظر الدعوى لسبق الفصل فيها، ورفع المحكوم عليه استئنافاً لعدم توافر الشروط اللازمة للدفع، ورأت محكمة الاستئناف ذلك، فإنها تقضي بإلغاء الحكم المستأنف وتنتقل لنظر موضوع الدعوى، وإصدار الحكم فيه سواء بالقبول أو بالرفض، فإن كان الدفع بعدم جواز نظر الدعوى قد أبدى أمام محكمة الاستئناف فقصت وفقاً له، فطعن المحكوم عليه بالنقض، فإن محكمة النقض تبحث موضوع الدعوى، لا لتفصل فيه، وإنما لأجل الفصل في شكل الطعن، وبحيث إذا ظهر لها أن مصير الدعوى هو الرفض حتماً، فإنها يجب أن تقضي بعدم قبول الطعن إذ لن تتحقق من قبوله سوى مصلحة نظرية بحتة؛ لأنه لو قضى بإلغاء الحكم المطعون =

= فيه، فإن الحكم الذي قد يصدر سوف يقضي حتماً برفض الدعوى، وهو ما يتفق من حيث الآثار بالحكم المطعون فيه، وبالتالي تكون المصلحة التي سيجنيها الطاعن نظرية بحتة. (أشار إليه: أنور طلبة، الطعن بالاستئناف، مرجع سابق، ص 322). وهناك الكثير من الحالات التي تقوم فيها المحكمة بفحص الموضوع لا لتحكم فيه، وإنما لتتوصل إلى تقرير إجراء أو أمر ما، وبالرغم من هذا الفحص لا ينقلب حكمها إلى حكم موضوعي فاصل للموضوع، مثلاً في الدعاوى المستعجلة فقد قضت محكمة النقض المصرية إن تناول القاضي المستعجل للموضوع ليبين منه وجه الجد في الخصومة ويتخذ إجراءً وقتياً عاجلاً يحمي به الطرف الذي ينبئ ظاهر الأوراق أنه جدير بهذه الحماية لا يعتبر مساساً بأصل الحق، لأن حكمه لا يحسم موضوع النزاع بين الخصمين ولا يمس حق الخصم في اقتضاء ما يحتمل أن يكون له في ذمة خصمه بعد أن تتبين حقيقته لدى محكمة الموضوع (نقض مصري 1953/12/19 منشور في ملحق مجلة القانون والاقتصاد سنة 6، ص 85. ونقض مصري 1953/12/17، في مجلة المحاماة، سنة 35، ص 1077. أشار إليه د. رمزي سيف، مرجع سابق، ص 251 وما بعدها، بند 207). ومما قضت فيه محكمة النقض السورية في هذا الخصوص من أنه للمحكمة النازرة في دعوى الاعتراض على الحجز الحق في بحث الوثائق والمستندات المبرزة في الدعوى لا لتقرر مبدأ بشأنها أو لتفصل فيها، وإنما لتستشف منها ما إذا كانت تكفي لاعتبار الحاجز محقاً في طلب الحجز أو لا، وبدون أن يؤثر حكمها هذا في حق وصلاحيات محكمة الموضوع المكلفة في بحث الوثائق وتقرير ما تراه بشأنها (نقض مدني سوري . مدنية ثالثة، أساس 4584، قرار 1849، لعام 1995م، مشار إليه في مجلة القانون، مجموعة القواعد القانونية التي قررتها محكمة النقض، القسم الثاني، لعام 1996م، ص 685).

فلماذا لا نقرر نفس الحقيقة بالنسبة للدفع بعدم القبول؟ والقول إن الفصل في الدفع لا يعد فصلاً في أصل الحق المتنازع، بدليل - كما سنرى - أنه يمكن معاودة رفع الدعوى، التي يحكم بعدم قبولها لعدم توفر الشروط اللازمة لسماعها أو للنظر فيها، وذلك في حال استكملت الشروط الناقصة والتي أدت لعدم قبولها أول الأمر، فالقاضي عندما يحكم بعدم قبول الدعوى، بناء على قبول دفع بعدم القبول، فإنه يقرر في نفس الوقت أنه امتنع عن نظر موضوع الدعوى، أي أنه لم ينظر الموضوع، ولم يصدر حكمه الحاسم في المسائل المتنازع عليها حول أصل الحق؛ لأنه حكم بعدم القبول؟ وإذا ما قلنا بعكس هذا، إلا يعد هذا خطأ لمسألة القبول، بمسألة النظر في الموضوع، وخطأ لشروط قبول الدعوى، بشروط الحق الموضوعي. مما سبق نرى، أن الدفع بعدم القبول هو الدفع الذي يوجه للدعوى، وذلك عندما لا تستوفي الشروط المطلوبة لقبولها أو للنظر فيها، ولهذا فهو دفع مستقل عن الدفوع الموضوعية التي توجه للحق، وعن الدفوع الشكلية التي توجه للخصومة وإجراءاتها. وبالتالي فالحكم في الدفع بعدم القبول، وسواء أكان الحكم الصادر فيه بقبوله أم بعدم قبوله، لا يفصل بأي شكل من الأشكال في مسائل متعلقة بأصل الحق الموضوعي الذي يدعيه ويزعمه المدعي، وترجع أهمية الدفع بعدم القبول إلى أنه يرمي إلى تحقيق وظيفة تختلف عن وظيفة الدفع الموضوعي، ففكرة عدم القبول ترمي إلى منع المحكمة من النظر فيما إذا كان الحق الموضوعي موجوداً أم لا؟ وبعبارة أخرى إلى منعها من مناقشة موضوع القضية والحكم برد الدعوى، أي عدم قبولها دون بحث في الموضوع.

الفرع الثاني: تمييز الدفع بعدم القبول عن الدفع الأخرى لدى القضاء:

فقد وجدنا سابقاً أن القضاء الفرنسي حتى ولو بدون وجود نص صريح في القانون يقول إن هناك طائفة ثالثة من الدفع غير تلك التي ينص عليها القانون، وعرفوها على أنها دفع توجّه للدعوى؛ أي الدفع التي ينازع بها المدعى عليه حق خصمه برفع الدعوى عليه (1).

وقد عرفت محكمة النقض المصرية الدفع بعدم القبول في العديد من أحكامها بأنه: الدفع الذي يرمي إلى الطعن بعدم توافر الشروط اللازمة لسماع الدعوى وهي الصفة والمصلحة والحق في رفع الدعوى باعتباره حقاً مستقلاً عن ذات الحق الذي ترفع الدعوى بطلب تقريره... إلخ، ونحو ذلك مما لا يختلط بالدفع المتعلق بشكل الإجراءات من جهة، ولا بالدفع المتعلق بأصل الحق المتنازع عليه من جهة أخرى (2).

واستخدمت محكمة النقض السورية مصطلح الدفع بعدم القبول في العديد من أحكامها، مما يدل على أنها تمييز بين هذا الدفع والدفع الموضوعية والدفع الشكلية، فقد جاء في حكم لها من أن القضاء العادي ممنوع من سماع الدعوى ما دام شرط التحكيم موجوداً. وجاء في أسباب هذا الحكم بأنه بما أن الاتفاق على التحكيم لا ينعز الاختصاص عن المحكمة، وإنما يمنعها من سماع الدعوى ما دام شرط التحكيم ما زال قائماً، والخصم بهذا الاتفاق يتنازل عن الالتجاء للقضاء لحماية حقه، وبالتالي يكون الدفع بالاعتداد بالتحكيم من قبيل الدفع بعدم قبول الدعوى؛ لأن الخصم ينكر به سلطة خصمه في الالتجاء إلى القضاء العادي لحماية أو تقرير حقه (3).

(1) - د. رمزي سيف، مرجع سابق، ص 421 وما بعدها، بند 354.

(2) - نقض مدني مصري تاريخ 1963/3/29. السنة 12، مجموعة أبو شادي من 62. رقم 957.

(3) - نقض مدني سوري، الغرفة المدنية الثانية، أساس 1552، قرار 1300، لعام 1996 م، مجلة القانون، مجموعة القواعد القانونية التي قررتها محكمة النقض، القسم الثاني، لعام 1997 م، ص 99.

الفرع الثالث - تمييز الدفع بعدم القبول عن الدفع الأخرى في القانون:

سوف نبين وضع الدفع بعدم القبول في القانون الفرنسي واللبناني والجزائري، وذلك كمثال للقوانين التي نصت صراحة على الدفع بعدم القبول وميزتها عن الدفع الموضوعية والدفع الشكلية، ونظمت أغلب أحكامها. ومن ثم نعرض لما عليه الحال في القانونين المصري والسوري.

أولاً - القانون الفرنسي:

لم يكن المشرع الفرنسي ينظم الدفع بعدم القبول تنظيمًا واضحًا في القوانين السابقة على القانون الحالي، الأمر الذي أدى لاختلاف الفقه والقضاء في بيان حالاته وأحكامه، كل ذلك دعا المشرع الفرنسي إلى وضع نظرية متكاملة للدفع بعدم القبول - بما يوفق مع ما ذهب إليه الرأي الراجح في الفقه والقضاء - في قانون الأصول الحالي.

فعرفت المادة (122) أصول فرنسي الدفع بعدم القبول، كما مر معنا سابقاً، وبينت المادة المذكورة أغلب الحالات التي يوجه فيها هذا الدفع، كما في حالة فقد الصفة أو المصلحة أو بسبب التقادم أو السقوط أو بسبب سبق الفصل في الدعوى، وبينت كذلك أن الحكم في الدفع بعدم القبول، لا يمس الموضوع، وإنما هو حكم فرعي سابق على الفصل في موضوع الدعوى، وهو ما يستخلص من عبارة "دون المساس بالموضوع".

ثانياً - القانون اللبناني:

القانون اللبناني السابق لم يكن يتضمن نصاً عاماً حول الدفع بعدم القبول، بل كان يخلط بينها وبين الدفع الإجرائية والدفع الموضوعية، ويبدو أن القانون القديم كان متأثراً بالتمييز بين دفع عدم القبول ذات الطابع الإجرائي، ودفع عدم القبول المتعلقة بالأساس، فنص على هذا النوع الأخير من دفع عدم القبول كوسائل دفاع في الأساس، إذ اعتبرت المادة (75) أصول المحاكمات اللبناني السابق أن مرور الزمن وقوة القضية المقضية هي من وسائل الدفاع في الأساس،

ويمكن بالتالي إثارتها في كل طور من أطوار المحاكمة المادة (77) أصول لبناني سابق (1).

إلا أن المشرع اللبناني عدل عن ذلك في قانون الأصول الجديد، إذ ميّز فيه بين الدفع الموضوعية والشكلية من جهة، وبين الدفع بعدم القبول من جهة أخرى، وعالج هذه الدفع الأخيرة في المواد (62-65) أصول المحاكمات اللبناني الحالي، إذ عرف هذا الدفع، وبين أغلب حالاته، وبين طبيعة الحكم الصادر فيه على أنه حكم فرعي يصدر قبل الفصل في الموضوع، متبيناً إجمالاً النصوص الواردة في قانون الأصول الفرنسي الجديد (2).

ثالثاً - القانون الجزائري:

ميز المشرع الجزائري بين الدفع بعدم القبول، وكلاً من الدفع الموضوعية والشكلية في قانون الإجراءات المدنية والإدارية لعام 2008 م، وقد تناول أنواع الدفع الثلاثة في الباب الثالث من الكتاب الأول المتعلق بوسائل الدفاع، بحيث قسمه إلى ثلاثة فصول، وخصص كل فصل لنوع من أنواع الدفع، والتي هي كما أوردها المشرع الجزائري الدفع الموضوعية والدفع الشكلية والدفع بعدم القبول، وقد عرف الدفع بأنواعها الثلاثة، وفيما يخص الدفع بعدم القبول فقد عرف هذا الدفع، ونصّ على أن هذا الدفع يكون عند انعدام الصفة أو انعدام المصلحة في الدعوى، أو عند سقوط الدعوى بالتقادم، أو انقضاء الأجل المسقط، وحجية الشيء المقضي فيه، وذلك دون النظر في موضوع الدعوى، ونصت المادة (68) من قانون الإجراءات المدنية على أنه يمكن إبداء الدفع بعدم القبول في أية مرحلة كانت عليها الدعوى، ولا يسقط الحق في ابدائه بالتعرض لموضوع الدعوى (3).

رابعاً - القانون المصري:

قبل أن ينص المشرع المصري في قانون المرافعات على الدفع بعدم القبول صراحة، كان الفقه والقضاء المصريين يسيران بما جرى عليه الفقه والقضاء في

(1) - أشار إليه: د. فتحي والي، أصول المحاكمات، مرجع سابق، ص 696، بند 336.

(2) - أشار إليه: د. إدوار عيد، مرجع سابق، ج1، مجلد 2، ص 285، بند 170.

(3) - أشار إليه: د. هدى زوزو، مرجع سابق، ص 197 وما بعدها.

فرنسا قبل تعديل المادة (192) من قانون المرافعات الفرنسي بقانون في (30/ 10/ 1935م).

فلما صدر قانون المرافعات المصري السابق حرص المشرع فيه على أن يفرق بين الدفع بعدم القبول وبين الدفع الشككية فخصه بالذكر في عنوان الفصل الذي أفرده للدفع، ولم يذكره ضمن الدفع الشككية التي صدر بها هذا الفصل، إذ عنون المشرع الفصل الأول من الباب السادس من الكتاب الأول من قانون المرافعات السابق بالعنوان الآتي " في الدفع وفي الدفع بعدم قبول الدعوى ".

وقد حاول المشرع المصري تعريف الدفع بعدم القبول وتمييزها عن الدفع الأخرى، غير أنه رأى من غير المستطاع وضع تعريف جامع مانع لهذا الدفع، ولذلك اكتفى بما أورده في المذكرة الإيضاحية من أنه لا خلاف في أن المقصود به هو الدفع الذي يرمي إلى الطعن بعدم توافر الشروط اللازمة لسماع الدعوى، وأكدت على تمييز هذا الدفع عن الدفع الموجهة للخصومة أو إجراءاتها من جهة، وعن الدفع الموجهة للحق الموضوعي، من جهة أخرى، ثم أكد هذه التفرقة بنصه على أن الدفع بعدم قبول الدعوى يجوز إبداءه في أية حالة تكون عليها الدعوى ولو في الاستئناف المادة (142)، كما نص على أن الدفع الشككية يجب إبدائها قبل الدفع بعدم قبول الدعوى وإلا سقط الحق فيها راجع المادة (133)، والمادة (141) قبل إلغائهما بالقانون رقم 100 لسنة 1962م، وراجع المادة (132) معدلة بالقانون المذكور.

ثم صدر قانون المرافعات الحالي فخص الدفع بعدم القبول بمادتين هما (115) و(116) تتعلق الأولى بوقت الإدلاء بالدفع، والثانية نصت على أن الدفع بعدم جواز نظر الدعوى لسبق الفصل فيها تقضي به المحكمة من تلقاء نفسها. أما غير ذلك من المسائل فلم يعرض لها القانون، وذلك لصعوبة وضع أحكام عامة تسري على جميع الدفع بعدم القبول، صرح واضع قانون المرافعات السابق والحالي بذلك في المذكرة الإيضاحية⁽¹⁾.

(1) - أشار إليه د. عبدالمنعم الشرقاوي، مرجع سابق، ص 86 وما بعدها، بند 63 و64. وأيضاً د. رمزي سيف، مرجع سابق، ص 426 وما بعدها، بند 357.

إلا أن عدم تنظيم المشرع المصري للدفع، بنصوص واضحة وخاصة إذا ما كان الحكم بقبول الدفع بعدم القبول يعد حكماً في الموضوع، أم يعد حكماً فرعياً - وذلك كما فعل المشرع الفرنسي - قد أدى لاختلاف الفقه في ذلك، وصدر أحكام متناقضة في هذه المسألة، وما يترتب على ذلك من نتائج: فهل هذا الحكم يرتب حجية الأمر المقضي؟ وهل تستند المحكمة ولايتها في نظر الموضوع أم لا؟ وهو ما سنراه تفصيلاً في المطلب الثاني من هذا الفصل.

خامساً - القانون السوري:

لم يرد في قانون أصول المحاكمات السوري أي نص خاص بالدفع بعدم القبول، يبين تعريفه أو مدلوله أو حالاته أو أحكامه.

وموقف المشرع السوري من الدفع بعدم القبول يتلخص في أنه حرص كما فعل المشرع المصري في قانون المرافعات السابق على أن يفرق بين الدفع بعدم القبول وبين الدفع الأخرى، فخصه بالذكر في عنوان الفصل الذي أفرده للدفع، ولم يذكره ضمن الدفع الشككية التي صدر بها هذا الفصل. إذ عنون المشرع الفصل الأول (الخاص بالدفع) من الباب السادس من الكتاب الأول من قانون أصول المحاكمات بالعنوان الآتي " في الدفع وفي الدفع بعدم قبول الدعوى " فهذا يدل على أن المشرع السوري يميز الدفع بعدم القبول عن الدفع الموضوعية والدفع الشككية، لأنه أضاف إلى عنوان الفصل عبارة " وفي الدفع بعدم قبول الدعوى ".

وذلك رغبة من المشرع في التأكيد على وجود ثلاث أنواع للدفع وهذه العبارة " وفي الدفع بعدم قبول الدعوى " وإن كانت زائدة في عنوان الفصل المذكور، لأن عبارة في الدفع أو الدفع تكفي لأنها تشمل أو تتضمن الدفع الثلاثة أي الدفع الموضوعية والشككية والدفع بعدم القبول.

ولكن بما أن المشرع لم يذكر الدفع بعدم القبول، أي لم يخص الدفع بعدم القبول بنصوص خاصة تبين تعريفه أو حالاته أو أحكامه، ومنعاً من الالتباس، ولكي لا يذهب البعض إلى القول بأن المشرع السوري لا يعرف إلا الدفع الموضوعية والشككية.

فهذه العبارة " وفي الدفع بعدم قبول الدعوى " وإن كانت على سبيل الاستزادة إلا أنها أكدت على رغبة المشرع في التمييز بين الدفع بعدم قبول الدعوى والدفع الموضوعية والشكلية.

وأغلب الظن أن رغبة المشرع في عدم تنظيم أو تخصيص الدفع بعدم قبول الدعوى بأحكام أو مواد خاصة ترجع إلى عدم الدخول في تنظيم مسألة اختلف الفقه والقضاء في وضع نظرية عامة لها في ذلك الوقت، عند صدور قانون الأصول، تاركاً المجال للاجتهادين الفقهي والقضائي لكي يبحثا هذا الموضوع من أوسع أبوابه.

وإذا كان المشرع السوري لم يخص الدفع بعدم القبول بنصوص وأحكام خاصة، في الفصل الخاص بالدفع، إلا أنه أشار إليه في عدة مواضع أخرى في قانون أصول المحاكمات تدل على أنه يميز بين هذا الدفع والدفع الأخرى، وهي إجمالاً تبين بعض حالاته، من ذلك: الفصل الثالث المعنون بـ "حق الادعاء" إذ جاء في المادة (12) منه وذلك بالتعديل عام 1958: لا يقبل أي طلب أو دفع لا يكون لصاحبه فيه مصلحة قائمة يقرها القانون، وتكفي المصلحة المحتملة... إلخ.

وقد نص المشرع السوري صراحة على اعتبار الدفع بوجود اتفاق التحكيم من الدفع بعدم القبول وذلك في قانون التحكيم السوري الحالي، حيث جاء في المادة (1/10) منه، أنه يجب على المحكمة المرفوع أمامها دعوى في موضوع أو مسألة أبرم بشأنها اتفاق تحكيم، أن تحكم بعدم قبول الدعوى، وذلك إذا ما دفع المدعى عليه بذلك قبل إبدائه أي طلب أو دفاع في الدعوى، كل ذلك بشرط ألا يكون هذا الاتفاق باطلاً أو ملغى أو عديم الأثر أو لا يمكن تنفيذه⁽¹⁾.

بناء على كل ما تقدم، نرى أن الدفع بعدم القبول لا يمكن اعتباره دعواً شكلياً أو دعواً موضوعياً، أو تقسيم حالاته بينهما، والواقع فإن أية محاولة لدمج الدفع بعدم القبول ضمن الدفع الشكلية أو الدفع الموضوعية، سوف تؤدي إلى تشويه

(1) - قانون التحكيم السوري رقم 4/ الخاص بالتحكيم في المنازعات المدنية والاقتصادية والتجارية الصادر بتاريخ 2008/3/25 م.

فكرة الدفع بعدم القبول والدفع الأخرى تماماً، فلهذا الدفع خصوصيته واستقلاله عن الدفع الأخرى، سواء من حيث مفهومه، أو من حيث حالاته، أو من حيث النظام القانوني الخاضع له.

فالدفع الشكلي هي التي توجه إلى الخصومة أو إلى بعض إجراءاتها دون التعرض لذات الحق المدعى به أو المنازعة فيه، ودون إنكار حق الدعوى، ويقصد بها تقادي الحكم في الموضوع بصفة مؤقتة. والدفع الموضوعية هي التي توجه إلى الحق الموضوعي موضوع الدعوى بهدف الحكم برفض الدعوى كلياً أو جزئياً، وينازع بها في نشوء الحق أو بقاءه أو مقداره. أما الدفع بعدم القبول فهو دفع يقصد به منع المحكمة من النظر في موضوع الدعوى وإصدار حكم فيه، لعدم توفر شروط قبولها.

وتعد الدفع بعدم القبول وسطاً بين الدفع الشكلي والدفع الموضوعية، فهي لا توجه إلى الخصومة أو إجراءاتها، كما أنها لا تتناول الحق ذاته بالإنكار أو الاحتجاج بأدائه أو بانقضائه، فهو لا ينازع بها في نشوء الحق أو مقداره أو بقاءه، ولكنها تتناول الوسيلة التي يحمي بها صاحب الحق حقه أي الدعوى، وما إذا كان من الجائز استعمالها أم لا.

ويمكن القول إن الدفع بعدم القبول يختلف عن كل من الدفع الموضوعي والدفع الشكلي من بعض النواحي، كما يقترب منهما من نواحٍ أخرى: فهو من جهة، يختلف عن الدفع الشكلي ويقترب من الدفع الموضوعي في أنه لا يتعلق بالخصومة أو إجراءاتها، ويصح الإدلاء به في أية حالة تكون عليها الدعوى، دون النظر إلى تعلقه أو عدم تعلقه بالنظام العام. ومن جهة أخرى، يختلف عن الدفع الموضوعي ويقترب من الدفع الشكلي في أنه لا يتعرض إلى الحق الموضوعي بقصد رفضه، وإنما يعترض به على الحق في الدعوى فالخصم بهذا الدفع ينكر وجود دعوى لدى خصمه لعدم توافر أحد الشروط التي يتطلبها القانون لقبولها سواء

أكانت هذه الشروط من الشروط العامة التي يتعين أن تتوافر لقبولها، أم من الشروط الخاصة لقبول بعض الدعاوى⁽¹⁾.

فإذا كان المدعي يرمي من خلال ادعائه أي الدعوى القضائية التي يرفعها للحصول على حكم في موضوعها، فالدفع بعدم القبول يرمي بحسب وظيفته إلى منع صدور هذا الحكم. فإننا أدفع بعدم قبول الدعوى بمعنى أنني أنكر على خصمي حقه في رفع الدعوى، إما لأنه ليس صاحب حق في الدعوى، أو لأن شروط الدعوى، رغم قيام الحق في الدعوى، غير متوافرة، وذلك بحسب وجهة نظر أصحاب الاتجاه الذين يربطون الحق في الدعوى بنجاحها. أما أصحاب الاتجاه الذين يربطون الحق في الدعوى بقبولها، فلا يوجد أي فرق بين شروط قبول الدعوى، وشروط الحق فيها؛ لأن الحق في الدعوى مرتبط بقبولها.

والدفع بعدم القبول لعدم وجود الحق في الدعوى، أو لعدم توافر شروط رفعها لا يمنع المدعي مرة ثانية من العودة وطلب الحماية القضائية لحقه إذا ما وجد الحق في الدعوى، أو توافرت هذه الشروط، وهنا بالذات يتميز الدفع بعدم القبول عن الدفع الموضوعي الذي يتوجه إلى الحق الموضوعي بقصد رفضه كلياً أو جزئياً، ففي حالة رفض طلب المدعي، فإنه لن يتمكن من رفع دعوى للمطالبة بنفس الحق الموضوعي لنفس السبب، وإذا رفع دعوى بالرغم من ذلك فإنها سوف تدفع بدفع سبق النظر في موضوعها⁽²⁾.

وفي نهاية هذا المبحث نصل إلى نتيجة وهي: إن الدفوع بعدم القبول وبحسب الرأي الراجح قانوناً وفقهاً وقضاءً، إنها دفوع مستقلة عن الدفوع الأخرى؛

(1) - د. محمد العشماوي، مرجع سابق، ص 205، بند 301. وأيضاً د. فتحي والي، أصول المحاكمات، مرجع سابق، ص 696، بند 336. وأيضاً د. نبيل إسماعيل عمر، الدفع بعدم القبول، ص 135، بند 92.

(2) - د. وجدي راغب فهمي، مرجع سابق، ص 491.

ولذلك فالأحكام القانونية للدفع بعدم القبول تختلف عن الأحكام القانونية الخاصة بالدفع الموضوعية والدفع الشكلية، وهو ما سنبجته حالاً.

وقد اختلف فقهاء القانون الإداري، كما اختلف فقهاء القانون المدني أيضاً بخصوص طبيعة الدفع الموجه لانتقاء المصلحة في الدعوى: فذهب رأي إلى أن الدفع بانعدام المصلحة في الدعوى هو دفع موضوعي⁽¹⁾. وهو ما يأخذ به محكمة النقض المصرية التي قضت في أحد أحكامها من أنه لا يلزم إبداء الدفع لعدم توافر شرط المصلحة في بداية النزاع؛ لأنه دفع موضوعي لا يسقط بالدخول في الموضوع⁽²⁾. بينما ذهب اتجاه آخر إلى القول إن الدفع بانتقاء المصلحة في الدعوى هو دفع بعدم القبول، ومن الشروط الشكلية الأساسية لقبول الدعوى، فحيث توجد مصلحة، توجد دعوى، وحيث تنعدم المصلحة تنتفي الدعوى⁽³⁾. وهذا الاتجاه يتفق مع قضاء المحكمة الإدارية العليا في سورية التي تقضي بعدم قبول الدعوى في حالة عدم توفر شرط المصلحة في الدعوى⁽⁴⁾.

(1) - د. سليمان الطماوي، القضاء الإداري. قضاء الإلغاء، ص 501 وما بعدها. أشار إليه ماجد جمعة قريوي، شرط المصلحة في دعوى الإلغاء، بحث لنيل درجة الدبلوم في العلوم الإدارية والمالية، جامعة دمشق، كلية الحقوق، 2002. 2003، ص 41 وما بعدها.

(2) - حكم المحكمة الإدارية العليا بتاريخ 1963/3/24. أشار إليه ماجد جمعة قريوي، مرجع سابق، ص 41 وما بعدها.

(3) - د. بشار جميل عبدالهادي، الاتجاهات الحديثة لشرط المصلحة في الدعوى الإدارية. دراسة مقارنة، دار وائل، الأردن، عمان، ط 1، 2009، ص 5.

(4) - مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها المحكمة الإدارية العليا لسنة 1987، ص 105 وما بعدها. أشار إليه ماجد جمعة قريوي، مرجع سابق، ص 41 وما بعدها.

المبحث الثاني أحكام الدفع بعدم القبول

توصلنا فيما سبق إلى أن الرأي الراجح قانوناً وفقهاً وقضاءً، يقول باستقلال الدفع بعدم القبول عن الدفع الموضوعية والدفع الشكلية؛ ولذلك فالأحكام الخاصة بهذه الدفع لا يمكن تطبيقها على الدفع بعدم القبول، وإنما الطبيعة الخاصة لهذا الدفع تستوجب البحث عن الأحكام الخاصة له والتي تتناسب مع وظيفة وطبيعة هذا الدفع، هذا وأن تشابه الدفع بعدم القبول في بعض أحكامه مع الدفع الأخرى، فإن هذا لا يجب أن يدعونا لاعتباره واحداً من هذه الدفع، كما حصل مع بعض الفقه فالمشرع الفرنسي ومثله المصري مثلاً نصّا على أن الدفع بعدم القبول يمكن التمسك بها في أية حالة تكون عليها الدعوى؛ ولذلك ذهب بعض الفقه إلى اعتبارها دفعاً موضوعية، وأبعدوها عن الدفع الشكلية، وحجتهم في ذلك فقط بأن المشرع أجاز التمسك بها في أية حالة تكون عليها الدعوى، كالدفع الموضوعية.

وهو ما لا يمكن التسليم به، فالذي يميز الدفع عن بعضها هو الغرض منها، وهل ترمي لإنكار الحق الموضوعي، أم ترمي لبيان أن هناك بطلان في الإجراءات، أم ترمي إلى عدم قبول الدعوى لعدم توفر شروط قبولها، ودون المساس بالموضوع؟ والذي يميزها أيضاً هي الحالات التي توجه فيها، والآثار الناجمة عن التمسك بها. بعد هذا التمهيد نحاول بيان الأحكام الخاصة بالدفع بعدم القبول، والتي تتناسب مع طبيعتها، كونها دفعاً توجه إلى الدعوى أو شروط قبولها.

ويمكن القول إن من أهم المسائل التي أثير حولها الخلاف في هذا الصدد هي ما مدى سلطات الخصوم والمحكمة إزاء الدفع بعدم القبول؟ وهو ما نبينه في المطلب الأول. والأمر الآخر الذي أثير حوله الخلاف كثيراً هو ما مدى تأثير الحكم الصادر بقبول الدفع على صحيفة رفع الدعوى؟ وهل يعد الحكم الصادر في

الدفع بعدم القبول، حكماً فرعياً صادراً قبل الفصل في الموضوع، أم أن الحكم في الدفع بعدم القبول يعد في نفس الوقت حكماً صادراً في موضوع الدعوى؟ وما يترتب على ذلك من نتائج وخاصة من ناحية حجية هذا الحكم، ومدى استنفاد المحكمة لولايتها بالنسبة لموضوع الدعوى؟ وهذه المسائل نعالجها في المطلب الثاني من هذا المبحث.

وبالإجابة عن التساؤلات السابقة نكون قد بينا الأحكام الخاصة بالدفع بعدم القبول أيضاً.

المطلب الأول

سلطات الخصوم والمحكمة إزاء الدفع بعدم القبول

نعرض أولاً لمكنات وسلطات الخصوم على هذا الدفع، ومن ثم نستعرض
لسلطات المحكمة إزاء هذا الدفع.

الفرع الأول - سلطات الخصوم إزاء الدفع بعدم القبول:

ونبحث فيه، هل يمكن للخصوم التنازل عن التمسك بهذا الدفع؟ وإذا ما أراد المدعى عليه التمسك به ففي أي لحظة يمكنه ذلك، وإلى أي وقت يبقى له حق التمسك بهذا الدفع؟

أولاً - التنازل عن التمسك بالدفع بعدم القبول:

من المبادئ السائدة في الخصومة المدنية مبدأ سيادة الخصوم على الدعوى، والمقصود به أن النزاع الخاص ملك للخصوم فيها، لهم أن يطرحوه على القضاء أو لا، أما بالنسبة للقاضي المدني فالمبدأ هو حياده⁽¹⁾. وقد قضت محكمة النقض السورية في حكم لها، أن المحكمة غير ملزمة بحث الخصوم لإثبات دعواهم⁽²⁾. وبمقتضى مبدأ حرية الدفاع أن الأصل تمكين الخصوم من تقديم الدفوع والأدلة والأسانيد المثبتة لحقهم، ومقتضى هذا المبدأ أيضاً أن الخصوم أحرار في استعمال هذه الوسائل أو عدم استعمالها⁽³⁾.

وبناء على ذلك فيجوز للخصوم التنازل عن التمسك بالدفع بعدم القبول، طالما لم يتعلق هذا الدفع بالنظام العام، والتنازل قد يكون صريحاً أو ضمناً وذلك بعدم إثارته من قبل من له الحق في التمسك به، ويجب أن يصدر هذا التنازل من صاحب الصفة في التمسك بإعمال هذا الجزاء، أي من ذات الخصم الذي شرع الدفع بعدم القبول لمصلحته، وإذا تعدد الأطراف الذين لهم الحق في التمسك بالدفوع بعدم القبول، فإنه يجوز لكل منهم التمسك أو عدم التمسك به وذلك فيما يخصه هو

⁽¹⁾ Carnu et Foyer. procédure civile. p. 365.

أشار إليه د. نبيل إسماعيل عمر، الدفع بعدم القبول، مرجع سابق، ص 229، بند 145.
⁽²⁾ - نقض سوري، الهيئة العامة لمحكمة النقض في القضية أساس 1822، قرار 400، تاريخ 2010/10/4، المحامون، الأعداد 3 . 6، لعام 2012، السنة 77، ص 379، قاعدة 71. وفي حكم آخر قضت أن المحكمة غير ملزمة أو مكلفة بالتحري عن أدلة الخصوم، كما أنها ليست مكلفة بحث الأطراف على تقديم دليلهم. نقض مدني سوري، مدنية ثانية، قرار 421، أساس 823، لعام 1996، مجلة القانون، القسم الأول، لعام 1996، ص 353.

⁽³⁾ - د. وجدي راغب فهمي، مبادئ، ص 226. أشار إليه د. نبيل إسماعيل عمر، مرجع سابق، ص 229، بند 145.

وحده، أي أنه لا يفيد التنازل إلا الخصم الذي صدرت منه إرادة النزول عن التمسك بهذا الدفع، وتستثنى الأحوال التي يتعلق فيها الدفع بالنظام العام، فعندها يجوز لكل خصم أن يتمسك به، وعلى المحكمة أن تحكم به من تلقاء نفسها.

ولا يعتبر الكلام في الموضوع متضمناً أي تنازل عن الدفع بعدم القبول، ولا يعني كذلك إبداء الدفع الموضوعية قبل الدفع بعدم القبول تنازلاً عن هذه الدفع الأخيرة، ولا يعتبر كذلك الكلام في الموضوع، من جانب الخصم الذي دفع بعدم القبول رضاً ضمناً عن الحكم الصادر برفض الدفع، فيجوز له بعد صدور الحكم في الموضوع أن يطعن في الحكم الأول⁽¹⁾.

وبقبول التدخل الاختصامي يعتبر المدعي والمدعى عليه في الدعوى الأصلية، مدعى عليهما في التدخل، بالإضافة لصفتهما الأصلية؛ ولهذا يمكن لأي منهما التمسك أو التنازل في مواجهة المتدخل عن أي دفع شكلي أو دفع موضوعي أو دفع بعدم القبول، بموجب القواعد العامة فمتى اختصم الغير، أصبح خصماً في الدعوى، يملك التمسك والتنازل عن الدفع أيّاً كان نوعها.

وإذا كان المتدخل يتدخل انضمامياً، فإنه يملك التمسك بكل أنواع الدفع التي يملك الطرف الذي حدث تدخله الانضمامي إلى جانبه التمسك بها، وبالتالي يستطيع التمسك بكل أنواع الدفع ما لم يكن حق الطرف الأصلي في التمسك بها قد سقط أو تم التنازل عنه⁽²⁾.

فالدفع بعدم القبول يمكن إثارتها في أية حالة كانت عليها الدعوى، ولا يسقط الحق في التمسك بها إلا بقفل باب المرافعة، فإذا ما قفل فعندئذ يمكن القول بأن من له حق التمسك بها قد تنازل عن حقه هذا.

ونظراً لإمكانية إثارة هذا الدفع في أية حالة تكون عليها الدعوى وحتى أمام محكمة الاستئناف، وقبل قفل باب المرافعة، الأمر الذي يؤدي إلى إعاقة سير الإجراءات وجعلها مهددة بالزوال في أية لحظة يتم فيها التمسك بالدفع، ولعلاج

(1) - د. أحمد أبو الوفا، نظرية الدفع في قانون المرافعات، ط 5، 1977م، مرجع سابق، ص 56 وما بعدها، بند 43.

(2) - د. أحمد أبو الوفا، المرجع السابق، ط 5، ص 68، 74، 76، بند 44.

هذه المساوئ يقترح بعض الفقه تحديد بعض الحالات يمكن القول فيها بسقوط الحق في التمسك بالدفع بعدم القبول؛ ولذلك فإذا كان مسلك من له التمسك بالدفع هو مناقشة موضوع النزاع وتقديم أدلة الإثبات وأوجه الدفاع المتعلقة بأصل الحق، ولم يثر أو لم يشكك أبداً فيما يخص مسألة الدفع بعدم القبول أي مسألة الحق في طلب الحماية القضائية. فهنا - وبحسب هذا الفقه - يجب اعتبار أن من له حق التمسك بالدفع متنازلاً عن التمسك بالدفع بعدم القبول الذي يمكن استخلاص عناصره من ذات الوقائع الواردة في الطلب الأصلي، أما إذا كان مسلك المدعى عليه هو الإلتزام بجانب الحذر وشكك في حق المدعي في طلب الحماية القضائية، فهنا في هذه الحالة لا يمكن القول بوجود إرادة مفترضة تعيد تنازله عن حقه في التمسك بالدفع بعدم القبول⁽¹⁾.

إلا أن هذا الرأي على الرغم من وجاهته، فإنه لا يمكن الأخذ به وخاصة مع وجود نص صريح في القانون، كما هو عليه الحال نص المادة (115) مرافعات مصري، ونص المادة (123) أصول فرنسي. الذي أعطى الحق في التمسك بالدفع بعدم القبول حتى بعد مناقشة موضوع القضية. وحتى أننا نرى أن أغلب حالات هذا الدفع تتعلق بالنظام العام، ولذلك فإن الخصم لا يستطيع التنازل عن التمسك به، وحتى ولو حصل هذا التنازل، فإنه لا يرتب أي أثر.

فالدفع بعدم القبول هي الدفع التي توجه عند انتقاء شروط قبول الدعوى كالمصلحة أو الصفة... إلخ، ولذلك فما الفائدة من الاستمرار في دعوى لا تتوافر فيها شروط قبولها، ولن يفيد منها أحد.

ثانياً - اللحظة التي يستطيع الخصوم التمسك فيها بالدفع بعدم القبول:

اختلاف الفقه والقضاء في بيان نوع الدفع الموجه للدعوى وشروط قبولها أمام القضاء، أدى لاختلافهم في تحديد اللحظة التي يمكن التمسك به، فالفقه الذي اعتبره دفعاً شكلياً أوجب التمسك به قبل الدخول في الموضوع، وأما الذي اعتبره دفعاً موضوعياً أجاز التمسك به في أية حالة تكون عليه الدعوى.

(1) - د. نبيل إسماعيل عمر، الدفع بعدم القبول، ص 229 وما بعدها، بند 145، 146.

1- لحظة التمسك بالدفع بعدم القبول في القانون الفرنسي: ظهرت - كما

سبق القول - فكرة عدم القبول في الأمر الملكي الصادر في القرن السابع عشر في فرنسا، وعلى وجه التحديد سنة 1667م، وكان الدفع بعدم القبول يعتبر في مفهوم المادة (5) من هذا الأمر مجرد دفع من الدفوع الإجرائية الواجب التمسك بها قبل إبداء أي دفع من الدفوع الموضوعية⁽¹⁾.

وفي ظل هذا الأمر الملكي قام بعض الفقه بمحاولة تحديد فكرة الدفع بعدم القبول، فيرى "بوتيه" تمشياً مع المادة الخامسة من هذا الأمر أنه يجب إبداء الدفع بعدم القبول قبل إبداء الدفوع الموضوعية. ومع ذلك فإن هذا الفقيه يرى أنه من الحكمة إجازة التمسك بهذه الدفوع حتى بعد إبداء الدفوع الموضوعية، وحتى اللحظة السابقة على صدور الحكم النهائي، وتبرير ذلك يرجع إلى أن الدفع بعدم القبول يؤدي إلى تحطيم الطلب القضائي ذاته، وهذا يرجع حقيقة إلى أن المدعي لم يكن له الحق في الدعوى إذا ما كان الدفع بعدم القبول مؤسساً وله فعالية هدم الطلب القضائي⁽²⁾.

وفي مشروع قانون الأصول الفرنسي الصادر سنة 1806م وضعت فقرة بعنوان الدفوع بعدم القبول، ونصت المادة (185) منه على أن الدفع بعدم القبول يجب التمسك به قبل إبداء الدفوع الموضوعية، ومع ذلك أثير الجدل حول المعنى الواجب إعطاؤه لفكرة الدفع بعدم القبول، ومع عدم إمكانية التوصل إلى حل بصدد المشاكل المتعلقة بالمعنى الواجب إعطاؤه لهذا المصطلح فقد ألغى واضعو المشروع المادة (185) منه، وتركوا أمر الدفع بعدم القبول للفقه والقضاء⁽³⁾.

(1) - Rodier: questions sur l'ordonnance de Louis XIV. Toulouse. 9779. p. 100.

Cite' par omer. p. 53. note. no. 67.

أشار إليه د. نبيل إسماعيل عمر، الدفع بعدم القبول، مرجع سابق، ص 24 وما بعدها، بند 16.

(2) - Pothier: traite de procédure civile, Paris, 1778. p. 30. cite par omer. p. 54. note. 71.

أشار إليه د. نبيل إسماعيل عمر، مرجع سابق، ص 25 وما بعدها، بند 16.

(3) - ومع ذلك فإن القانون التجاري الصادر في نفس الفترة قد خصص باباً عنوانه باسم "الدفوع بعدم القبول" أشار إليه د. نبيل إسماعيل عمر، مرجع سابق، ص 24 وما بعدها، بند 16، 17.

وعليه فلم يرد في قانون الأصول الفرنسي قبل تعديله بالقانون الصادر في (30 / 10 / 1935م) أحكام خاصة بالدفع بعدم القبول، وإنما جاءت فيه أحكام خاصة بالدفع الشكلية، وكان الرأي السائد فقهاً وقضاً إن هذه الأحكام لا يمكن تطبيقها على الدفع بعدم القبول؛ لأن الدفع الشكلية كانت واردة في القانون على سبيل الحصر في ذاك الوقت؛ ولأن القاعدة الواردة بصدد قاعدة استثنائية، ولأن هذه الدفع أقرب إلى الدفع الموضوعية منها إلى الدفع الشكلية.

ومن ثم فعلى الرغم من حذف النص الخاص بالدفع بعدم القبول من قانون الأصول الفرنسي فقد كان القضاء والفقه في فرنسا يسلمون بوجود هذا الدفع، إنما كانوا يلحقونه من بعض الوجوه بالدفع الموضوعية، وخاصة من ناحية الوقت الذي يجوز إبداءه فيه.

ولذلك استقر قضاء محكمة النقض الفرنسية على أن الدفع بعدم القبول لا يشترط للتمسك بها إبداءها في بدء النزاع، ولا يسقط الحق في إبدائها بالتعرض لموضوع الدعوى⁽¹⁾.

فقد قضت محكمة النقض الفرنسية بأن الدفع بعدم قبول الدعوى لرفعها من غير ذي صفة هو من وسائل الدفاع في الموضوع يجوز أن يبدى لأول مرة أمام محكمة الاستئناف، ولا يصح أن يخلط بالدفع الشكلية، التي يجب التمسك بها قبل الدخول في الموضوع⁽²⁾.

ويمكن القول إن القضاء الفرنسي في الأحوال التي لم يكن يوجد فيها نص مخالف، كان يعتق مبدأ جواز إبداء الدفع بعدم القبول في أية حالة تكون عليها

(1) - أشار إليه: د. أحمد أبو الوفا، الدفع، ط7، مرجع سابق، ص 849 وما بعدها، بند 484. وأيضاً د. رمزي سيف، مرجع سابق، ص 423 وما بعدها، بند 356. وأيضاً د. عبدالمنعم الشراوي، مرجع سابق، ص 88، بند 64.

(2) - نقض مدني فرنسي 27 يولييه 1869، سيريه 1870 - 1 - 6. وحكم محكمة استئناف شامبيري في 28 مارس 1874، سيريه 75 - 2 - 39. أشار إليه د. أحمد أبو الوفا، مرجع سابق، ط7، ص 849، بند 484.

الدعوى، دون أي تمييز بين أي من حالاته، ولعدم وجود تنظيم خاص لهذه الدفوع في ذاك الوقت، ذهب بعض الفقه إلى دمجها ضمن الدفوع الموضوعية⁽¹⁾.

والسبب الذي جعل هذا القضاء يسمح بإبداء هذه الدفوع في أية حالة تكون عليها الدعوى، هو أنها تحسم الطلب نهائياً، وهي هنا تشبه أو تقترب من الدفوع الموضوعية، التي تؤدي لحسم الطلب نهائياً إذا ما تم قبولها، ولكن بالرغم من ذلك يبقى الفارق الأساسي بينهما هو أن الدفوع بعدم القبول تحسم الطلب نهائياً، ولكن دون أن توجه لموضوع الطلب نفسه، أي لا توجه لأصل الحق المدعى به ويمكن تجديد الدعوى، بشرط مراعاة المقتضى الناقص والذي أدى لعدم قبولها؛ أي إذا تغيرت الظروف أو الأسباب التي أدت لعدم قبولها، كأن تصبح المصلحة حالة، أو يصبح الشخص صاحب صفة، بينما الدفوع الموضوعية توجه لموضوع الطلب وتحسم النزاع نهائياً ولا يجوز تجديد الدعوى، ولذلك فليس من العدالة أن يفقد الخصم قضيته لأنه لم يبد دفاعاً حاسماً بعدم القبول قبل إبدائه دفاعاً موضوعياً.

ولكن من جهة أخرى، فإن هذا الاتجاه الذي اعتنقه القضاء الفرنسي وبعض الفقه، رأى فيه البعض الآخر أنه يعرقل سير الدعوى، ويؤدي إلى إطالة أمد التقاضي، خاصة إذا ما تم التمسك به في مراحل متأخرة من الدعوى، وإذا قبل فسيكون كل ما تم في الدعوى إلى زوال، ولذلك رأى بعض الفقه تجنباً لكل هذا، أن يتم التمسك بالدفوع بعدم القبول قبل الدخول في الموضوع، في حين رأى البعض الآخر أنه من الأفضل أن يتدخل المشرع ويحسم هذه المسألة بنصوص قانونية⁽²⁾. وعند تعديل بعض نصوص القانون الفرنسي سنة 1931م أثير جدل حول اعتبار الدفع بعدم القبول دفاعاً موضوعياً أو دفاعاً شكلياً، ولكن دون التوصل إلى حل بهذا الصدد⁽³⁾.

(1) - موريل، تعليق منشور في سيريه، 1944 - 1 - 117. أشار إليه د. رمزي سيف، مرجع سابق، ص 423 وما بعدها، بند 356.

وأيضاً د. أحمد أبو الوفا، نظرية الدفوع، ط7، مرجع سابق، ص 848 وما بعدها، بند 483، 484.

(2) - د. نبيل إسماعيل عمر، الدفع بعدم القبول، مرجع سابق، ص 28، بند 18.

(3) - د. أحمد أبو الوفا، نظرية الدفوع، ط7، مرجع سابق، ص 850، بند 484.

وفي قانون (30 / 10 / 1935م) تم تعديل نص المادة (192) من قانون الأصول الفرنسي ونصت بعد تعديلها على أن " جميع الدفوع الإجرائية، والدفوع المتعلقة بالبطلان، والدفوع بعدم القبول، وكل الدفوع المذكورة في المواد السابقة يتعين إبدائها قبل الكلام في الموضوع، وكان تطبيق هذا التعديل التشريعي يتم على جميع الدفوع بعدم القبول دون أي تمييز بينها⁽¹⁾.

اقترح هذا التعديل مؤتمر وكلاء الدعاوى في فرنسا، وكان المبرر لإجراء هذا التعديل، هو منع تأخير الفصل في الدعوى، إذ قد لا يتمسك به من له الحق فيه، إلا في مراحل متأخرة من الدعوى، أو قد يبدي عدة دفوع بعدم قبول الدعوى، وكل منها على حدة، ولا يثيرها معاً، وذلك إذا ما أحيى له إثارة هذه الدفوع في أية حالة تكون عليها الدعوى، وقد يكون قصده المماطلة أو تأخير الفصل في الدعوى، وما ينتج عن كل ذلك من زوال الخصومة وزوال سائر الإجراءات المتخذة فيها إذا ما قبل الدفع، إلا أن بعض الفقه ينتقد هذا التعديل، إذ إنه إذا صدر حكم في دفع بعدم القبول واستؤنف فإن سلطة محكمة الاستئناف تقتصر على بحث الدفع فقط، ولا تمتد للموضوع إلا إذا توافرت شروط التصدي مما يعطل البت في النزاع⁽²⁾.

فكافة الدفوع بعدم القبول يتعين للتمسك بها إبدائها قبل التكلم في موضوع الدعوى، وبهذا ألحق المشرع الفرنسي الدفع بعدم القبول بالدفوع الشكلية وأوجب إبدائها جميعاً قبل التكلم في الموضوع. وإذا كان المقصود من هذه القاعدة عدم السماح للمدعى عليه بالتراخي في إبداء الدفوع التي لا تمس أصل الحق بعد الدخول في الموضوع منعاً من تأخير الفصل في الدعوى، فإننا نرى وإن أدى السماح للمدعى عليه بإبداء دفوع بعدم القبول في كافة مراحل الدعوى لتأخير الفصل فيها، أو زوال الخصومة، وإعادة رفعها من جديد، فإن لهذه القاعدة ما يبررها، إذ إنه لا يمكن الاستمرار في دعوى غير مستوفية لشروط قبولها، ويمكن

(1) - د. نبيل إسماعيل عمر، الدفع بعدم القبول، مرجع سابق، ص 29، بند 19. وأيضاً د. رمزي سيف، مرجع سابق، ص 425، بند 356.

(2) - موريل، تعليق منشور في سيريه، 1944 - 1 - 117 أشار إليه د. رمزي سيف، مرجع سابق، ص 425، هامش 1.

التغلب على السلبيات السابقة بالحكم على المدعى عليه بالتعويض إذا كان قصده التأخير والمماطلة، وذلك على أساس التعسف في استعمال حق التقاضي، وأن تمنح للمحكمة سلطة إثارتها من تلقاء نفسها، فلا نرى الحل في وجوب التمسك بها قبل الدخول في الموضوع، وإلا سقط الحق فيها.

ومقتضى هذا التعديل قلب الوضع الذي استقر عليه القضاء قبل تعديل سنة 1935م فبعد أن كان الثابت أن الدفع بعدم القبول جميعاً يجوز إبدائها في أية حالة تكون عليها الدعوى ولا يسقط الحق فيها بالتكلم في موضوع الدعوى، أوجب المشرع الفرنسي بهذا التعديل أن يتم التمسك بهذه الدفع قبل الدخول في الموضوع، وإلا سقط الحق في التمسك بها.

وقد أثار نص المادة (192) معدلاً بالقانون الصادر في (30/ 10/ 1935م) انتقاداً واسعاً من جانب الفقه والقضاء ⁽¹⁾، وقيل في نقده أنه مفاجأة ليس

(1) - علل الفقهاء ورود هذا النص على هذه الصورة بأنه خطأ من المشرع في استعمال الاصطلاحات؛ لأنه عامل الدفع بعدم القبول نفس معاملة الدفع ببطلان أوراق المرافعات، والدفع التي تتعلق بالاختصاص أو بإحالة القضية إلى محكمة أخرى غير المحكمة التي رفعت إليها الدعوى، بالرغم من أن هذين الدفعين الأخيرين هما من الدفع الشككية التي تتعلق بالإجراءات وبشروط الخصومة، ومن ناحية أخرى، فإن هذا النص لم يبين المقصود بالدفع بعدم القبول التي وردت فيه. وقد وجد القضاء الفرنسي نفسه أمام استحالة أدبية في تطبيق نص المادة (192) برفض الدفع به بعد التكلم في الموضوع، ولتلافي هذه النتيجة رأى بعض الفقه ضرورة تغير معنى مصطلح الدفع بعدم القبول، فبعض الشراح يعتبر أن معناها الدفع الشككية، أما الدفع بعدم القبول الأساسية (كالدفع بالتقادم، أو بحجية الشيء المحكوم فيه، أو بعدم وجود صفة، أو مصلحة) فإنها تتعلق بموضوع النزاع، ويمكن تسميتها بالدفع الموضوعية. وذهب آخرون إلى القول بأن هذا النص يكون أقرب إلى تعليل وروده على هذا النحو سهو المشرع أو خطأه في استعمال الاصطلاحات أو الأسماء من أن يقال إنه قصد أن يجعل من الدفع بعدم القبول والتي هي دفع موضوعية دفوعاً شككية ويجب للتمسك بها أن يتم ذلك قبل الدخول في الموضوع، وهو ما ذهبت إليه محكمة النقض الفرنسية والشراح الفرنسيون في تفسير المادة (192) المعدلة من قانون الأصول الفرنسي. فانلير، دراسة قانون 30/ 10/ 1935، ج 1، ص 278. وحكم لمحكمة النقض الفرنسية ذهبت فيه إلى تفسير لفظي لهذا النص مؤداه أنه لم يأت بتعديل ما في أحكام الدفع بعدم القبول؛ لأن المادة (192) المذكورة عندما ألحقت الدفع بعدم القبول بالدفع الشككية إنما أشارت إلى الدفع بعدم القبول الواردة في " المواد السابقة " إلا أن الحقيقة هو ان المواد السابقة ليس بها دفع بعدم القبول (حكم صادر في 23/ 2/ 1944 سيري 1944 . 1 - 117، وتعليق موريل عليه). أشار إليهم د. عبد المنعم الشرقاوي، =

لها أصل في مشروعات التعديل التي سبق اقتراحها، وقيل إن المشرع قد أخطأ في استعماله للاصطلاحات⁽¹⁾. فالمادة (192) أصول فرنسي بعد تعديلها لم تقطع الجدل الدائر حول فكرة الدفع بعدم القبول، بل أكثر من ذلك فإن هذا القانون أثار مشاكل جديدة بصدد هذا النوع من أنواع الدفوع، إذ إن هناك دفوع بعدم القبول يصعب أو يستحيل إخضاعها للقاعدة المتقدمة، كالدفع بعدم قبول الدعوى لانتفاء الصفة لدى أطرافها، أو الدفع بعدم القبول لانعدام المصلحة أو أحد أوصافها فيها، أو الدفع بسبق الفصل في الدعوى، فهذا إذا لم يتبين عدم توافر المصلحة أو أحد أوصافها، أو إن الدعوى قد سبق الحكم في موضوعها قبل الدخول في الموضوع، إذ إنه في بعض الحالات قد لا يتكشف وجود ما يمنع قبول أو سماع الدعوى إلا بعد الدخول في الموضوع، فإذا اشترط للتمسك بالدفع بعدم القبول قبل التكلم في الموضوع، فهذا معناه أن تستمر المحكمة في نظر الدعوى وإصدار الحكم في موضوعها، وذلك على الرغم من عدم توفر شروط قبولها، فهذا ما الفائدة من النظر وإصدار الحكم في هذه الدعوى، وخاصة إذا ما كان سبب عدم القبول يرجع إلى انتفاء الصفة أو المصلحة فيها، أي صدور حكم لا يكون له أية حجية على صاحب الصفة الحقيقية، أو حكم لن يفيد منه أحد.

ولما كانت هذه القاعدة تتنافى مع المبادئ السليمة؛ لأنها تؤدي إلى حرمان المدعى عليه من دفاع يمس غالباً موضوع الدعوى عن قرب، فقد حاول الشراح والقضاء الفرنسي الذي كان قد اعتاد على حلول مخالفة قبل هذا التعديل، أن يخفف من حدة هذا التعديل التشريعي الذي أخضع الدفوع بعدم القبول، للقواعد المطبقة على الدفوع الشكلية، وذلك من ناحية الوقت الذي يمكن التمسك فيه به، فذهب بعض الفقه إلى أن المادة (1/192) تتكلم عن الدفوع الشكلية وطلب البطلان والدفوع بعدم القبول " المشار إليها في المادة السابقة "، والمادة السابقة على هذه

= شرح قانون المرافعات المدنية والتجارية، مرجع سابق، بند 81، ص 161 وما بعدها، والهامش رقم 2 في ص 162.

(1) - د. رمزي سيف، مرجع سابق، ص 425، بند 356. وأيضاً د. أحمد أبو الوفا، مرجع سابق، ص 850، بند 484.

المادة لا تشير إلى أي دفع بعدم القبول، ولذلك فهو يرى أن هذا التعديل الجديد لم يدخل أي تغيير على أحكام الدفع بعدم القبول. وقد أخذت محكمة النقض الفرنسية بهذا التفسير في بعض أحكامها⁽¹⁾، ومع ذلك رأى البعض أن هذا التفسير لا يستند لأي أساس قانوني، وفيه صنعة واضحة، لأن نصوص الباب التاسع من قانون الأصول الفرنسي لا تحتوي أيأً منها على أي دفع بعدم القبول، مما يعطل العمل بالمادة (192) السالفة الذكر⁽²⁾، كما أن المادة (192) المعدلة صريحة في وجوب التمسك بالدفع بعدم القبول قبل الدخول في الموضوع.

بينما ذهب البعض الآخر وللتخفيف من حدة أثر هذا التعديل التشريعي الذي جاءت به المادة (192) على الدفع بعدم القبول إلى التضييق من مضمون هذا التعديل وليس إلغائه كلياً، ففرقوا بين الدفع بعدم القبول التي تقترب من الدفع الموضوعية وهذه لم يخضعوها لحكم المادة (192) المعدلة، وبين الدفع بعدم القبول التي تقترب من الدفع الشكلية وهذه أخضعوها للحكم الوارد بالمادة المذكورة. فقد قضت محكمة النقض الفرنسية بأن الدفع بعدم قبول الدعوى لرفعها من غير ذي صفة هو من وسائل الدفاع في الموضوع يجوز أن يبدى لأول مرة أمام محكمة الاستئناف، ولا يصح أن يخلط بالدفع الشكلية التي يجب التمسك بها قبل الدخول في الموضوع⁽³⁾. ومن هنا ظهرت المحاولات الأولى لإجراء تفرقة تحكيمية أو مصطنعة داخل طائفة الدفع بعدم القبول وذلك بتقسيمها إلى قسمين:

(1) - فانلير، ص 280. ونقض مدني فرنسي 17 ديسمبر 1941. ونقض 23 فبراير 1944، سيري 117/1/1944. وتعليق موريل عليهما. أشار إليهم د. عبدالمنعم البدراني، مرجع سابق، ص 250 وما بعدها، بند 273.

(2) - Carbonnier. Note au Dalloz critique 1942. p. 113

أشار إليه د. نبيل إسماعيل عمر، مرجع سابق، ص 244، بند 152.

(3) - نقض مدني فرنسي 27 يولييه 1869، سيريه 1870 - 1 - 6. وحكم محكمة إستئناف شامبيري في 28 مارس 1874، سيريه 75 - 2 - 39. أشار إليه د. أحمد أبو الوفاء، مرجع سابق، ط7، ص 849، بند 484. وفي حكم آخر قضت محكمة النقض الفرنسية، بأن الدفع الذي ينشأ من عدم وجود حق أو صفة للمدعي يتعلق بموضوع الدعوى هو دفع موضوعي يمكن تقديمه في حالة تكون عليها الدعوى ولو لأول مرة أمام محكمة الاستئناف؛ ولهذا فإن محكمة الاستئناف أخطأت إذ اعتبرت هذا الدفع شكلياً، وبالتالي قررت أن حق التمسك فيه قد سقط مادام لم يحصل التمسك به قبل الدخول في الموضوع، =

- دفعوع بعدم القبول تتعلق بالإجراءات: ويقصد بها الدفعوع التي مبناها السقوط لانقضاء المدة أو الميعاد، وهذه تطبق عليها نص المادة (192) من قانون الأصول الفرنسي بعد التعديل وتسقط بالكلام في الموضوع، فاعتبروا أن هذه الدفعوع هي التي تخضع لحكم المادة (192) فقط.

- دفعوع بعدم القبول تتعلق بالموضوع: مثال ذلك الدفع بعدم القبول المستمد من تخلف الصفة لدى الخصم، أو الدفع بانتقاء المصلحة في الدعوى، أو الدفع بحجية الشيء المحكوم فيه، وهذه لا تسقط بالكلام في الموضوع ويجوز إثارتها ولو لأول مرة أمام محكمة الاستئناف⁽¹⁾.

واستمر الوضع على هذا الحال إلى أن حدث تعديل سنة 1958م والذي نص على أن الدفعوع بعدم القبول يمكن التمسك بها ولو بعد الدخول في الموضوع، ولم يفعل أكثر من ذلك، وأما المسائل الأخرى المتعلقة بهذا الدفع فقد بقيت مجالاً للخلاف.

إلا أنه بصدور قانون 1958م المعدل للمادة (192) أصول فرنسي، رأى بعض الفقه أن هذا التعديل يتضمن اعترافاً بوجود طائفة مستقلة من الدفعوع، تسمى الدفعوع بعدم القبول⁽²⁾.

= وبالتالي فتطبيق المادتين (173 و 186) أصول فرنسي خطأ، إذ إنهما يتعلقان ببطلان أوراق المرافعات وبالدفع بطلب ميعاد، بينما في هذا الدفع فإن الأمر يتعلق بالبحث عن وجود أو عدم وجود الحق الذي يمكن أن تقوم عليه الدعوى فهو دفع موضوعي، ومن ثم يمكن التمسك به في كافة مراحل الدعوى. حكم محكمة النقض الفرنسية منشور في سيري 1870- 1. 421. أشار إليه د. عبدالمنعم الشرقاوي، شرح قانون المرافعات المدنية والتجارية، مرجع سابق، ص 159 وما بعدها، هامش 3.

(1) - د. أحمد أبو الوفا، مرجع سابق، ط7، ص 850، بند 484. وأيضاً د. رمزي سيف، مرجع سابق، ص 425، بند 356. وأيضاً د. عبدالمنعم الشرقاوي، مرجع سابق، ص 88، بند 64. وأيضاً د. نبيل إسماعيل عمر، مرجع سابق، ص 29 وما بعدها، بند 19.

(2) - د. عبد الخالق عمر، فكرة عدم القبول، ص 65. أشار إليه د. نبيل إسماعيل عمر، الدفع بعدم القبول، مرجع سابق، ص 142 وما بعدها، بند 96

وصدر قانون الأصول الفرنسي الجديد في 5 / 12 / 1975م مقررًا في المادة (123) منه على جواز إبداء هذا الدفع في أية حالة تكون عليها الدعوى، وبذلك تم الأخذ بوجهة القضاء الفرنسي من حيث لحظة التمسك بالدفع بعدم القبول⁽¹⁾.

2- لحظة التمسك بالدفع بعدم القبول في القانون المصري: لم يكن قانون المرافعات المصري السابق يرد أي نص خاص بالدفع بعدم القبول؛ ولذلك جرى الفقه والقضاء المصريان على القول بما جرى عليه الفقه والقضاء في فرنسا قبل تعديل المادة (192) من قانون الأصول الفرنسي الصادر بقانون في (10/30/1935م) وقالوا إن الأحكام الخاصة بالدفع الشككية لا يمكن تطبيقها على الدفع بعدم القبول، لأن هذه الدفع أقرب إلى الدفع الموضوعية منها إلى الدفع الشككية، ومن ثم فلا يجب للتمسك بها إبدؤها في بداية النزاع، ولا يسقط الحق في إبدائها بالتعرض لموضوع الدعوى⁽²⁾.

وعند وضع قانون المرافعات السابق على القانون الحالي، أراد المشرع المصري تنظيم هذا الدفع بأحكام خاصة، بعد أن طال بحثه في الفقه والقضاء، فنص المشرع في المادة (142) من قانون المرافعات السابق على أن الدفع بعدم قبول الدعوى يجوز إبداءه في أية حالة تكون عليها ولو في الاستئناف.

(1) - أشار إليه د. أحمد أبو الوفا، نظرية الدفع، مرجع سابق، ص 825، بند 470.

(2) - د. رمزي سيف، مرجع سابق، ص 426، بند 357. ويرى بعض الفقه في هذا الصدد، إن الدفع بعدم القبول ينزل في سائر أحكامه منزلة الدفع الموضوعية؛ لأنه يختلط بوسائل الدفاع الموضوعية مع خلاف واحد هو أنه لا يوجه إلى الحق الموضوعي ذاته، فلا ينافي به المدعي في بقاءه أو نشأته أو مقداره كلياً أو جزئياً، وإنما يتناول الوسيلة التي يحمي بها صاحب الحق نفسه، وما إذا كان له الحق في استعمالها ومباشرتها أو لا. فالحق يوجد ولا يكتمل وجوده إلا بوجود الدعوى، ولكن لا يكون لصاحب الحق أن يستعمل الدعوى لحماية حقه إلا إذا كان هناك اعتداء أو إنكار للحق، ومن ثم فإن هذا الدفع يمكن إبداءه في أية حالة تكون عليها الدعوى. د. عبد المنعم الشرقاوي، شرح قانون المرافعات المدنية والتجارية، مرجع سابق، ص 159.

وجاءت المادة (115) من قانون المرافعات المصري الجديد تقرر ذات المبدأ، فنصت في فقرتها الأولى على أن الدفع بعدم قبول الدعوى يجوز إبداءه في أية حالة تكون عليها الدعوى⁽¹⁾.

وألغت اللجنة التشريعية التي ناقشت مشروع قانون المرافعات عبارة " ولو في الاستئناف " من نهاية الفقرة الأولى من المادة (115) المقابلة للمادة (142) من القانون السابق، وهذا الإلغاء لا يؤثر في جواز التمسك بالدفع بعدم القبول ولو لأول مرة في الاستئناف، إذ إن القواعد العامة تغني عن ذلك، لأن النص على أن الدفع بعدم قبول يجوز إبداءه في أية حالة تكون عليها الدعوى يغني عن ذلك، فالاستئناف ما هو إلا حالة من حالات الدعوى⁽²⁾.

3- لحظة التمسك بالدفع بعدم القبول في القانون السوري: المشرع السوري وإن كان لم ينص صراحة على هذه الدفع، ولم ينص صراحة على أن الإدلاء بالدفع بعدم القبول يمكن أن تكون في أية حالة تكون عليها الدعوى، ولكن الاجتهاد القضائي السوري سار على جواز سماع الدفع المتعلقة بعدم قبول الدعوى، في أية مرحلة تكون عليها الدعوى⁽³⁾.

4- الحكمة من جواز التمسك بالدفع بعدم القبول ولو بعد الدخول في الموضوع: إذا كان المشرع الفرنسي يجيز في القانون الجديد إبداء الدفع في أية حالة تكون عليها الدعوى. والمشرع المصري أيضاً يجيز إبداء هذه الدفع في أية حالة تكون عليها الدعوى

(1) - د. أحمد أبو الوفا، نظرية الدفع، مرجع سابق، ط7، ص 851، بند 485. وأيضاً د. رمزي سيف، مرجع سابق، 426، بند 357.

(2) - د. محمد عزمي البكري، مرجع سابق، ص 940، بند 448.

(3) - راجع قرارات محكمة النقض السورية رقم 3117 . 954/11/27، مجلة القانون ص 57، لعام 1954 م. ورقم 180 . 956/9/13، مجلة القانون ص 666، لعام 1956 م. ورقم 10 . 1967/1/22 م، مجلة القانون ص 99 لعام 1967 م. أشار إليهم د. صلاح الدين سلحدار، أصول المحاكمات المدنية، كلية الحقوق، جامعة حلب، منشورات جامعة حلب، مديرية الكتب والمطبوعات الجامعية، 1984، ص 199.

إلا أن بعض الفقه يرى أن الدفع بعدم القبول، لا يمس أصل الحق المدعى به، ففكرة عدم القبول في الأصل ترمي إلى منع الحكمة من مناقشة موضوع الدعوى، مما يوفر الوقت والجهد والمصاريف، ولهذا فإن الدفع بعدم القبول يجب منطقياً لكي يحقق هدفه ووظيفته أن يبدى قبل الكلام في الموضوع⁽¹⁾. وحتى أن بعض القوانين تأخذ بهذا الاتجاه، فالمادة (274) من القانون الألماني توجب إبداء هذا الدفع قبل التكلم في الموضوع⁽²⁾، إلا أن المشرع الفرنسي ومثله المصري لم يأخذا بهذا التصور، ونصا على أنه يمكن التمسك بالدفع بعدم القبول في أية حالة تكون عليها الدعوى.

ويبرر بعض الفقه الاتجاه الذي تبناه المشرع الفرنسي والمصري بأن هناك اعتباراً آخر أهم من وظيفة الدفع بعدم القبول وهو حق الدفاع، فهذا الحق يستوجب تمكين الخصوم من إثارة كل ما يتعلق بوجود الحق في الدعوى في أية حالة تكون عليها الدعوى، فوجود أو عدم وجود الحق في الدعوى يعتبر مسألة ضرورية للحكم في موضوعها، وبالتالي فقد راعى المشرع مصلحة المدعى عليه حتى لا يحرمه من دفاع يمس غالباً موضوع الدعوى⁽³⁾.

وذهب فقه آخر إلى القول بأن قاعدة جواز إبداء الدفع بعدم قبول في أية حالة تكون عليها الدعوى ترجع إلى طبيعة هذا الدفع وهو أنه دفع إجرائي يتعلق بالموضوع، فهذا الدفع يوجه إلى الحق في استعمال أو مباشرة الدعوى أمام القضاء، لعدم توفر شروط قبولها أو سماعها، وبما أن الحق في الدعوى هو الحق في الحصول على حكم في الموضوع، فإن العبرة في وجوده لا تكون بتوافر شروطه عند رفع الدعوى، وإنما في وقت الحكم في الموضوع، ولذا يكون منطقياً تمكين

(1) - د. سوليس وبيرو، ج1، بند 314، ص 291. أشار إليه د. فتحي والي، الوسيط، مرجع سابق، ص

492، بند 287. وأيضاً د. أحمد أبو الوفا، نظرية الدفع، ط7، ص 851، بند 486.

(2) - د. أحمد أبو الوفا، نظرية الدفع، مرجع سابق، ط7، ص 851، بند 484.

(3) - د. نبيل إسماعيل عمر، الدفع بعدم القبول، مرجع سابق، ص 238، بند 149. وأيضاً د. أحمد أبو الوفا، نظرية الدفع، مرجع سابق، ط7، ص 852، بند 486.

الخصم من التمسك بتخلف هذه الشروط في أية حالة تكون عليها الدعوى قبل الحكم في الموضوع⁽¹⁾.

وبناء على ذلك، وإعمالاً لنص المادة (115) من قانون المرافعات المصري فإن الدفع بعدم القبول يجوز التمسك به في أية حالة تكون عليها الدعوى ولو لأول مرة أمام محكمة الاستئناف، ولا يسقط الحق في إبدائه بالتكلم في موضوع الدعوى، ولا يشترط أن تبدى الدفع بعدم القبول والتي يمكن إثارتها معاً جملة، ولا يوجد ترتيب معين لإبدائها، فيجوز إبداء دفع بعدم القبول قبل دفع آخر دون أن يسقط الحق فيه وبصرف النظر عما إذا كان يتعلق بشرط عام لقبول الدعوى أو بشرط خاص، وما إذا كان متعلقاً بالنظام العام أم لا⁽²⁾.

بمعنى أن للخصم أن يتمسك بعدم القبول في أية حالة تكون عليها الدعوى ولو لم يتعلق الدفع بالنظام العام، فإذا ما كان هذا الدفع متعلقاً بالنظام العام فإن أي صاحب مصلحة يجوز له التمسك به ويستطيع القاضي إثارته من تلقاء نفسه، كما لا يجوز التنازل عن الحق في التمسك به.

إلا أنه في حالات خاصة قد ينص المشرع صراحة على وجوب إبداء هذا الدفع في موعد معين، وعندها يجب التقيد بهذا الموعد وإلا سقط الحق في إبداء هذا الدفع، كالمادة (6) من قانون التحكيم الأردني رقم 18 لسنة 1953م التي أوجبت إثارة الدفع بوجود شرط التحكيم قبل الدخول في موضوع الدعوى⁽³⁾، والمادة (1/10) من قانون التحكيم السوري الحالي، التي توجب إبداء الدفع بعدم قبول الدعوى لوجود اتفاق أو شرط التحكيم بخصوص الموضوع المرفوع به هذه الدعوى، قبل أي طلب أو دفاع في الدعوى.

(1) - د. وجدي راغب فهمي، المرافعات، ص 424. أشار إليه د. نبيل إسماعيل عمر، سقوط الحق في

اتخاذ الإجراءات، مرجع سابق، ص 179، بند 99.

(2) - د. محمد عزمي البكري، مرجع سابق، ص 942، بند 448.

(3) - باسم محمد الزغزل، مرجع سابق، ص 117 وما بعدها.

5- التمسك بالدفع بعدم القبول ولو بعد الدخول في الموضوع لا يحوله لدفع موضوعي، الأمر الذي لا يجب أن يكون له تأثير على التمسك بالدفع الشكلية: الدفع بعدم القبول يشبه من ناحية اللحظة التي يجوز فيها التمسك به، الدفوع الموضوعية تماماً، وحسب المادة (108) من قانون المرافعات المصري فإن التمسك بالدفع بعدم القبول يؤدي إلى سقوط الحق في التمسك بالدفوع الشكلية غير المتعلقة بالنظام العام.

وتنص المادة (74) من القانون الفرنسي الجديد على وجوب إبداء جميع الدفوع الشكلية معاً قبل التكلم في الموضوع وقبل إبداء أي دفع بعدم القبول حتى ولو كان الدفع الشكلي متعلقاً بالنظام العام.

إلا أن بعض الفقه ينتقد هذا الربط بين التمسك بالدفع بعدم القبول وسقوط الحق في التمسك بالدفوع الشكلية، ويرى أن ذلك يرجع إلى غموض فكرة الدفع بعدم القبول لدى المشرع المصري والفرنسي فيما أن الدفع بعدم القبول يجوز إثارته في أية حالة تكون عليها الدعوى، فإن التمسك به في بداية الخصومة سوف يؤدي لسقوط الحق في التمسك بالدفوع الشكلية نظراً لصراحة النص، فإذا حكمت المحكمة بقبول الدفع وبالتالي حكمت بعدم قبول الدعوى، فإن الخصومة ستنتهي، الأمر الذي لا يستدعي تمسك المدعى عليه بأي من الدفوع الشكلية، أو لن يكون بمقدوره التمسك بها، وبالأحرى لن يكون في حاجة للتمسك بها من الأساس، أما إذا أثار المدعى عليه دفعاً بعدم قبول الدعوى في بداية الخصومة، إلا أن المحكمة قضت برفضه أي بعدم قبوله، واستمرت في نظر موضوع الدعوى، ومع هذا فإنه استناداً لصراحة نص المادة (108) مرافعات مصري، والمادة (74) أصول فرنسي فإن حقه في التمسك بالدفوع الشكلية يكون قد سقط؛ وذلك لأنه لم يتمسك بها قبل إثارة الدفع بعدم القبول ففي هذه الحالة يرى بعض الفقه أنه لا يوجد أي مبرر لحرمان المدعى عليه من التمسك بالدفوع الشكلية، ولو بعد إثارة الدفوع بعدم القبول، إذ هي تهدف إلى عدم سماع أو قبول الدعوى، أو إنكار حق خصمه في استعمال أو مباشرة الدعوى، ولا توجه إلى أصل الحق المدعى به، أي أن المدعى عليه لا يدخل في موضوع الدعوى، فهنا - وبحسب هذا الفقه - من الحكمة

السماح له بإبداء دفوعه الشكلية، ولو سبق له وأن آثاردفعاً بعدم القبول، وهذا يحقق المساواة بين الخصوم، ويحترم مبدأ حقوق الدفاع⁽¹⁾. مما سبق نرى أن هذا الرأي جدير بالتأييد، فلا يوجد أي مسوغ لحرمان المدعى عليه من إثارة دفوعه الشكلية؛ لأنه آثار دفعاً بعدم قبول الدعوى، إذ إن هذين الدفعين يهدفان لالتزام المدعي بالنواحي الشكلية، ولا يكون المدعى عليه قد تكلم بإثارتها في موضوع الدعوى.

فالدفع بعدم القبول تشبه الدفع الموضوعية من ناحية لحظة التمسك بها، فكلاهما يجوز إثارتها في أية حالة تكون عليها الدعوى، وتختلف عن الدفع الشكلية التي يوجب المشرع التمسك بها قبل الدخول في الموضوع، وقبل إثارة أي دفع من دفوع بعدم القبول. إلا أن هذا الأمر لا ينبغي أن يستتج منه أن الدفع بعدم القبول هي دفوع موضوعية، فليست لحظة التمسك بالدفع هي التي تحدد طبيعته، وإنما الذي يحدد طبيعته الذاتية هي عناصره المكونة له، ووظيفته داخل النظام القانوني الذي يعمل بداخله، لأن الدفع بعدم القبول بحسب وظيفته وتركيبه والمسائل التي يوجه إليها لا يوجه إلى الادعاء المطروح بواسطة الطلب، أي لا يوجه إلى أصل الحق الذي يطالب به المدعي، وإنما يوجه إلى حقه في استعمال أو مباشرة الدعوى، ويقصد به المدعى عليه عدم سماع دعوى خصمه لعدم توفر شروط قبولها، ودون المساس بالموضوع⁽²⁾.

6- مدى شمولية قاعدة التمسك بالدفع بعدم القبول في أية حالة تكون

عليها الدعوى لكل حالاته: الدفع بعدم القبول يمكن التمسك بها في أية حالة تكون عليها الدعوى سواء أكان الدفع بعدم القبول لانتقاء المصلحة أو أحد أوصافها، أم لانتقاء الشروط الخاصة مثل شرط الميعاد، أو إجراء أوجب القانون اتخاذه قبل رفع الدعوى، ولا يستثنى من ذلك إلا في حال ما نص القانون صراحة على التمسك بدفع معين - من الدفع بعدم القبول - قبل الدخول في الموضوع.

إلا أن محكمة النقض المصرية تذهب في أغلب أحكامها للقول بأن الدفع بعدم القبول الذي نصت عليه المادة (115) من قانون المرافعات المصري وأجازت

(1) - د. نبيل إسماعيل عمر، الدفع بعدم القبول، مرجع سابق، ص 239 وما بعدها، بند 150.

(2) - د. نبيل إسماعيل عمر، المرجع السابق، ص 159، بند 103.

إبداءه في أية حالة كانت عليها الدعوى هو الدفع الذي يرمي إلى الطعن بعدم توافر الشروط اللازمة لسماع الدعوى وهي الصفة والمصلحة والحق في رفع الدعوى باعتباره حقاً مستقلاً عن ذات الحق الذي ترفع الدعوى بطلب تقريره، كانتفاء الحق في الدعوى أو سقوطه لسبق الصلح فيه أو لانقضاء المدة المحددة في القانون لرفعها، ونحو ذلك مما لا يختلط بالدفع المتصل بشكل الإجراءات من جهة، ولا بالدفع المتصل بأصل الحق المتنازع عليه من جهة أخرى.

وترى أن الدفع بعدم القبول الذي أشارت إليه المادة (115) لا ينطبق إلا على الدفع بعدم القبول الموضوعي، دون الدفع بعدم القبول الإجرائي، ومن ثم فإنه حيث يتعلق الأمر بإجراء أوجب القانون اتخاذه وحتى تستقيم الدعوى، فإن الدفع المبني على تخلف هذا الإجراء يعد دفعاً شكلياً ويخرج عن نطاق الدفع بعدم القبول متى انقطعت صلته بالصفة أو بالمصلحة في الدعوى أو بالحق في رفعها، كما هو الحال في الدفع بعدم قبول الدعوى لرفعها مباشرة للمطالبة بدين تتوافر فيه شرط استصدار أمر الأداء، والدفع بعدم قبول الدعوى لوجود شرط التحكيم... إلخ⁽¹⁾.

وتبرر محكمة النقض المصرية هذا التوجه بالقول إن الدفع في هذه الحالة موجه إلى إجراءات الخصومة وشكلها وكيفية توجيهها، ولا يتصل بموضوع الحق المدعى به، أو بشروط وجوده.

ويفرق بعض الفقه كذلك بين نوعين من الدفع بعدم القبول: دفع بعدم القبول لعيب في العمل الإجرائي، ويرى أن هذا الدفع هو في حقيقته دفع شكلي فيخضع لأحكام الدفع الشكلية؛ ولهذا فإنه يجب إبداءه مع غيره من الدفع الشكلية - ما لم يتعلق بالنظام العام - قبل الكلام في الموضوع وقبل أي دفع بعدم القبول غير متعلق بالإجراءات. وتطبيقاً لهذا فقد قضت محكمة النقض المصرية بأن الدفع بعدم قبول الدعوى لرفعها بصحيفة واحدة من متعددين لا تربطهم رابطة هو في

(1) - نقض مدني مصري في الطعن رقم 393 لسنة 37 ق جلسة 1972/5/32 س 23 ص 981 أشار إليه هشام الطويل، مرجع سابق، ص 267، بند 6. ونقض 1982/11/21 في الطعن 697 لسنة 52 ق. ونقض 1986/3/3 طعن رقم 1875 لسنة 50 ق. أشار إليه د. محمد شتا أبو سعد، مرجع سابق، ص 14، 16، بند 2، 4.

حقيقته اعتراض على إجراءات الخصومة وكيفية توجيهها، ومن ثم يجب للتمسك به إثارته قبل الدخول في الموضوع، وإلا سقط الحق فيه، لأنه لا يتعلق بالنظام العام⁽¹⁾. وعلى العكس فالدفع بعدم قبول الاستئناف لرفعه بعد الميعاد، يمكن التمسك به في أية حالة تكون عليها الدعوى؛ لتعلقه بالنظام العام⁽²⁾.

ويصل هذا الفقه إلى نتيجة وهي أن الدفع بعدم القبول المنصوص عليه في المادة (115) مرافعات مصري لا ينطبق إلا على الدفع بعدم القبول الموضوعية أو المتصلة بالموضوع، وهو يتحقق في الأحوال التي يكون فيها من الظاهر تخلف أحد شروط الحق في الدعوى، كما في حالة انتفاء المصلحة في الإجراء، أو في أحوال انقضاء الدعوى، كالدفع بسبق الفصل في موضوعها⁽³⁾.

فبحسب محكمة النقض المصرية أنه إذا رفعت دعوى إلى القضاء وكان هناك إجراء، أو طريق آخر أوجب القانون اللجوء إليه، فإنها لن تقبل، ولكن ليس بناء على دفع بعدم القبول، وإنما بناء على دفع شكلي، وذلك لأن هناك بطلان في الإجراءات. وأما الرأي الثاني فقد ذهب أبعد من ذلك واعتبر إضافة لهذه الحالات، حالة ما إذا اشترط القانون لرفع الدعوى أو الطعن ميعاداً معيناً، فإذا رفعت بدون الالتزام بهذا الميعاد، فإنها لن تقبل، لبطلان الإجراءات، أي إنها اعتبرت مواعيد السقوط، وكأنها مواعيد مرافعات، وهو ما لم يقل به أحد، فهناك فرق كبير بين هذين الميعادين، حتى أن مواعيد السقوط تقترب من مواعيد التقادم أكثر من كونها مواعيد مرافعات.

والخلاصة: فهذا الاتجاه يذهب إلى أن الدفع في هذه الحالات، إنما هو دفع شكلي، وليس دفع بعدم القبول، ولذلك فإنه يجب على من يريد التمسك به إبداءه قبل الدخول في الموضوع.

(1) - نقض مدني مصري، 28 مارس 1962، مجموعة النقض، 13 - 339 - 54. أشار إليه د. فتحي والي، الوسيط، مرجع سابق، ص 491، بند 287.

(2) - استئناف مصري 15 مايو 1947، المجموعة الرسمية، 48 - 693 - 309. أشار إليه د. فتحي والي، الوسيط، مرجع سابق، ص 491، بند 287.

(3) - فتحي والي، نظرية البطلان، مرجع سابق، ص 17 وما بعدها. والوسيط، مرجع سابق، ص 491 وما بعدها، بند 287. وأصول المحاكمات، مرجع سابق، ص 698 وما بعدها، بند 337.

لا نرى صحة هذا الاتجاه، فالدفع بوجود شرط التحكيم وفق الرأي الراجح في الفقه - كما رأينا سابقاً - هو دفع بعدم القبول، ولا يمكن اعتباره دفعاً شكلياً أو دفعاً بعدم الاختصاص؛ لأنه لا يوجد بطلان في الإجراءات، واتفاق التحكيم لا ينزع الاختصاص من المحكمة أيضاً، وإنما هو مانع يمنع بوجوده سماع أو قبول الدعوى، حتى أن اتفاق التحكيم قد يوجد قبل حصول المنازعة أو حصول الاعتداء على الحق، أي قبل الخصومة، وشرط الميعاد هو شرط لقبول الدعوى، لا لصحتها وتأكيداً لهذا فقد قضت محكمة النقض المصرية من أن الدفع بعدم قبول المعارضة شكلاً لرفعها بعد الميعاد ليس من قبيل أوجه البطلان أو الدفوع التي يسقط الحق في إبدائها إذا أغفل المستأنف التمسك بها في صحيفة الاستئناف أو دخل في موضوع الدعوى قبل التمسك بها، بل هو دفع بعدم قبول الدعوى، ومن ثم فبحسب نص المادة (115) مرافعات مصري، فإنه يجوز إبدائه في أية حالة كانت عليها الدعوى⁽¹⁾.

فالدفع بعدم القبول يجوز إبدائه في أية حالة تكون عليها الدعوى، ولا يوجد أي مبرر أو سبب منطقي للتفريق بين الدفوع بعدم القبول، والقول بأن هذا الدفع هو دفع بعدم قبول إجرائي، ويجب التمسك به في بداية النزاع، وإلا سقط الحق في التمسك به، إلا إذا وجد نص صريح في القانون يوجب التمسك بالدفع بعدم القبول قبل الدخول في الموضوع، فعندئذ لا اجتهاد، كما هو الحال في الدفع بعدم قبول الدعوى لوجود اتفاق التحكيم، إذ توجب أغلب التشريعات على أنه يجب لمن يريد التمسك به أن يبديه قبل أي طلب أو دفاع، ووجوب الدفع بوجود شرط التحكيم قبل الدخول في الموضوع، ليس بسبب أنه ليس بدفع بعدم القبول، بل إننا نرى أن دخول الخصم في الموضوع، دون أن يبدي الدفع بوجود اتفاق التحكيم، يعد تنازلاً منه عن اتفاق التحكيم، كما المدعي تنازل عنه بلجؤه إلى القضاء، أي يعتبر اتفاق التحكيم وكأنه لم يكن.

(1) - الطعن رقم 788، لسنة 20 ق، جلسة 1952/4/24. أشار إليه د. علي عوض حسن، الدفع بعدم القبول في المواد المدنية والتجارية، طبعة 1996 م، مرجع سابق، ص 36.

الفرع الثاني - سلطات المحكمة إزاء الدفع بعدم القبول:

اختلف الفقه والقضاء بالنسبة للدفع بعدم قبول الدعوى فيما إذا كان يجوز للمحكمة أن تحكم من تلقاء نفسها بعدم قبول الدعوى أم لا؟ ولا علاقة لهذا الاختلاف بتحديد مركز الدفع بعدم القبول بين الدفع الأخرى، فلو اعتبرنا دعواً بعدم القبول من الدفع الشككية، فإن هذا لا يعني أن المحكمة ليس بمقدورها إثارته من تلقاء نفسها، فهناك الكثير من الدفع الشككية ما تقضي به المحكمة من تلقاء نفسها ودون طلب من الخصوم، مثال ذلك الدفع بعدم الاختصاص بسبب نوع الدعوى، وبالعكس فإذا ما اعتبرنا دعواً بعدم القبول من الدفع الموضوعية لا يعني أن هذا الدفع يمكن للمحكمة أن تحكم به من تلقاء نفسها، إذ يوجد العديد من الدفع الموضوعية يمكن للخصم النزول عنها فلا يمكن للمحكمة الحكم فيها من تلقاء نفسها، وإنما مرجع هذا الاختلاف هو مدى تعلق الدفع بعدم القبول بالنظام العام كما ذهب إليه البعض، أو مدى السلطة الممنوحة للقاضي في إثارة الدفع بعدم القبول من تلقاء نفسه، بحسب ما ذهب إليه البعض الآخر.

فيذهب أغلب الفقه والقضاء إلى القول إن مبدأ حياد القاضي يمنع على المحكمة تدخلها في الدعوى لكونها تتعلق بمصالح خاصة، فكما أنه لا يجوز الحكم للمدعي بشيء دون طلب منه، فكذلك لا يجوز للمحكمة إثارة الدفع بعدم القبول من تلقاء نفسها؛ ولذلك يذهب هذا الاتجاه إلى القول بأن سلطة المحكمة في إثارة هذه الدفع تتوقف على الاعتبارات التي يبني عليها الدفع، وهي اعتبارات متعلقة بالمصالح العام أم هي اعتبارات تقوم على مصالح خاصة⁽¹⁾؟ فحيث يتعلق الدفع بالنظام العام، فإن المحكمة تقضي بعدم قبول الدعوى من تلقاء نفسها، وحيث لا يتعلق الدفع بالنظام العام، فإنه لا يمكن للمحكمة أن تقضي بعدم قبول الدعوى إلا إذا تمسك به من له الحق في ذلك⁽²⁾.

(1) - د. رمزي سيف، مرجع سابق، ص 430، بند 358.

(2) - د. أحمد أبو الوفا، نظرية الدفع، ط 7، مرجع سابق، ص 853، بند 487. وأيضاً د. رمزي سيف، مرجع سابق، ص 430، بند 358.

إلا أن هناك اتجاه آخر من الفقه يذهب إلى أن هذا المعيار غير كاف، فالمسألة لا تتعلق بالنظام العام قدر تعلقها بسلطة القاضي في الخصومة المدنية، فإذا كان المبدأ التقليدي السائد في قانون الأصول هو أن الخصومة ملك للخصوم، ومعنى ذلك أن الخصوم هم الذين يملكون رفع الأمر إلى القضاء والسير فيه أو تركه وإنهاء النزاع، ومع ذلك فإن الاتجاه الحديث يذهب إلى إعطاء القاضي دوراً أكثر فعالية وإيجابية في حسن توجيه سير الخصومة المدنية⁽¹⁾.

وتمشياً مع نظرة الاتجاه الحديث لدور القاضي في الخصومة، فهل يمكن تصور دور للقاضي في إثارة الدفع بعدم القبول في بعض الحالات، وذلك على الرغم من عدم تعلقه بالنظام العام؟ وفيما يلي نستعرض هذين الاتجاهين:

أولاً - الاتجاه الذي يربط سلطة المحكمة بإثارة الدفع بمدى تعلقه بالنظام العام:

يذهب هذا الاتجاه إلى أن الأصل هو حياد القاضي حيال الدعوى المدنية وليس له التدخل فيها؛ لأنها تتعلق بمصالح الخصوم، فكما أنه لا يمكن الحكم للمدعي بشيء لم يطلبه، أو بشيء أكثر مما طلبه، فلهذا لا يمكنها إثارة الدفع بعدم القبول من تلقاء ذاتها، ودون طلب من صاحب الشأن، وتتوقف سلطة المحكمة في إثارة هذه الدفع على الاعتبارات التي يبنى عليها.

فعندما يتعلق الدفع بعدم القبول بالنظام العام، فجمهور الفقه مستقر على أن للقاضي أن يثير هذا الدفع من تلقاء نفسه حتى ولو امتنع الخصوم عن التمسك به⁽²⁾.

إلا أن السؤال: ما هي الحالات التي يتعلق فيها الدفع بالنظام العام، والحالات التي لا تتعلق به؟

(1) - د. نبيل إسماعيل عمر، المرجع السابق، ص 250 وما بعدها، بند 156. وأيضاً د. فتحي والي، ص 687، بند 333 وص 699، بند 337.

(2) - د. أحمد أبو الوفا، نظرية الدفع، مرجع سابق، ط 7، ص 853، بند 487. وأيضاً د. رمزي سيف، مرجع سابق، ص 430، بند 358. وأيضاً د. أحمد هندي، مرجع سابق، ص 232، بند 166.

1- إذا كان هناك من الدفع بعدم القبول ما نص القانون صراحة على اعتبارها من النظام العام، ومن ثم فإن النص القانوني يكون قد حسم هذه الأمر، مثال ذلك: عدم قبول الطلبات الجديدة في الاستئناف، أما بالنسبة لما لم يرد في شأنه نص خاص، فقد اختلف الفقه والقضاء فيه، فيذهب الرأي السائد في الفقه إلى القول إنه يصعب أو يستحيل وضع حكم أو مبدأ عام يمكن تطبيقه على كافة الدفع بعدم القبول من ناحية تعلقها أو عدم تعلقها بالنظام العام، ولهذا فإنه يجب البحث في موضوع كل دفع يثار على حدة، لمعرفة طبيعة الباعث عليه الذي دعا إلى تقريره، فإذا تبين من خلال هذا البحث أن الدفع يتصل بمصلحة المجتمع أي بمصلحة عامة، فإنه يكون متعلقاً بالنظام العام، وأما إذا كان متصلاً بمصلحة خاصة فقط، فإنه يكون في هذه الحالة غير متعلقٍ بالنظام العام⁽¹⁾.

2- وذهب رأي آخر إلى أن سبب عدم القبول قد يساعد في تحديد مدى تعلقه بالنظام العام أو عدم تعلقه به؛ ولذلك يرى أنه إذا كان سبب عدم القبول يرجع إلى واقعة تتعلق بنشأة الحق الموضوعي، أي إلى عدم وجود قاعدة قانونية تقر أو تعترف بالمصلحة المطالب بها، فإن على المحكمة أن تقضي بعدم القبول من تلقاء نفسها⁽²⁾.

3- ويذهب رأي آخر إلى أنه بما أن جمهور الفقه مجمع على أنه لا يمكن وضع قاعدة واحدة تحكم كل الدفع بعدم القبول من حيث تعلقها أو عدم تعلقها بالنظام العام، فإنه يمكن وضع مجموعة قواعد أساسية تُعين القاضي في هذا الخصوص، مع الأخذ في الاعتبار طبيعة هذا الدفع باعتباره دفْعاً موجهاً إلى الحق في استعمال أو مباشرة الدعوى أمام القضاء.

فإذا نص القانون صراحة على تعلق الدفع بالنظام العام فلا مشكلة، ذلك أن المشرع يكون قد حسم المسألة، ولا اجتهد في مورد النص، وأحياناً أخرى تكون المبادئ العامة في قانون الأصول هي التي تحت القاضي على إثارة الدفع بعدم

(1) - د. عبد المنعم الشرقاوي، شرح المرافعات المدنية والتجارية، 1956، ص 164 وما بعدها. أشار

إليه د. محمد عزمي البكري، مرجع سابق، ص 948، بند 451.

(2) - د. فتحي والي، الوسيط، مرجع سابق، ص 492 وما بعدها، بند 287.

القبول من تلقاء نفسه ودون نص صريح في القانون، كمبدأ التقاضي على درجتين، أو مبدأ احترام حقوق الدفاع، أو مبدأ ثبات النزاع، فإذا لم يوجد نص صريح، أو مبدأ عام من مبادئ قانون الأصول، فإن القاضي في بحثه عن مدى تعلق الدفع بعدم القبول بالنظام العام، يحاول البحث عن طوائف الحقوق أو الالتزامات التي يراها المشرع غير جديرة بأن يسبغ عليها القضاء حمايته، وبالتالي فالدعاوى التي يكون موضوعها المطالبة بحماية مثل هذه الحقوق تكون غير مقبولة وعدم القبول هنا يتعلق بالنظام العام.

ومن جهة أخرى، فهناك مجموعة من القواعد القانونية تتعلق بالنظام العام مثال ذلك قواعد التسعير الجبري، أو القواعد المنظمة لحسن سير مرفق القضاء، وبالتالي فالدعاوى التي تخالف هذه القواعد تكون غير مقبولة وعدم القبول يتعلق أيضاً بالنظام العام.

فكل هذه المسائل تتعلق بالنظام العام، فإذا تعلق حق للخصوم بهذه المسائل فإن مخالفته تشكل مخالفة لأمر من أمور النظام العام تولد دعواً بعدم القبول، هذا هو جوهر أو ماهية الأسلوب الذي يتبعه القاضي - بحسب هذا الفقه - للقول بأن الدفع بعدم القبول يتعلق أو لا يتعلق بالنظام العام⁽¹⁾.

والقاضي عند قيامه بإثارة الدفع بعدم القبول من تلقاء نفسه، وذلك في الحالات التي يقدر فيها أن هذا الدفع متعلق بالنظام العام عليه: أولاً أن يتأكد من وجود مجموعة الوقائع التي ادعاها الخصوم بأنفسهم والتي ولدت الدفع بعدم القبول، فعلى الخصم أن يبدي وأن يثبت الوقائع الضرورية والمنتجة واللازمة لتأييد طلباته ودفعه، فإذا لم يعرض الخصم هذه الوقائع، فلن يكون بمقدور القاضي استخلاصها ما دام لا يمكن له أن يمس الواقع، أو أن يضيف إليه شيئاً لم يعرض بمعرفة الخصوم، وإلا تعرض حكمه للنقض. وثانياً: ضرورة أن يجد القاضي حاجة أساسية تمس مصالح المجتمع المعتبرة من النظام العام، وأن تكون هذه الحاجة مبررة لإثارته للدفع بعدم القبول من تلقاء نفسه⁽²⁾.

(1) - د. نبيل إسماعيل عمر، الدفع بعدم القبول، مرجع سابق، ص 213 وما بعدها، بند 135، 136.

(2) - د. نبيل إسماعيل عمر، المرجع السابق، ص 257 وما بعدها، بند 162، 163.

وفيما يلي سوف نعرض أمثلة للدفع بعدم القبول المتعلقة بالنظام العام، وتلك التي لا تتعلق به، ولنبين بذلك مدى اختلاف الفقه والقضاء في هذا الشأن؟

1. مدى تعلق الدفع بعدم القبول لانتفاء الصفة بالنظام العام:

ذهب رأي إلى أن الدفع بعدم قبول الدعوى لانتفاء الصفة فيها، هو دفع يتعلق بالنظام العام، إذ يجب على المحكمة قبل النظر في موضوع الدعوى أن تتأكد من توافر الصفة لدى أطرافها؛ لأن الحكم الصادر في موضوع الدعوى قد يصدر على شخص لم يكن طرفاً في الدعوى، أو لم يمثل تمثيلاً قانونياً صحيحاً، ومن ثم يكون من حق هذا الشخص التمسك بعدم سريان حجية هذا الحكم عليه، أو يقوم بالتوصل مما قام به من تولى السير في الخصومة، دون أن يكون مأذوناً بذلك، وبناء على هذا ولتقادي السير في خصومة مهددة بالزوال والبطلان، وحتى لا ينشغل القضاء في دعاوى لن يفيد منها أحد، فإنه يكون من المصلحة العامة ولحسن سير مرفق القضاء أن تحكم المحكمة ولو دون طلب من الخصوم بعدم قبول الدعوى المرفوعة من قبل من ليس له صفة في مباشرتها⁽¹⁾، فإذا كان المشرع في مصر وسورية قد أوجب على المحكمة ولو من تلقاء ذاتها أن تكلف من يحضر عن الخصوم بإثبات أو إبراز وكالتهم عمّن يمثلونهم، وذلك خشية السير في خصومة مهددة بالبطلان والزوال، فالأحرى أن يكون لها هذا الحق، في حالة إذا ما تبين لها عدم توافر الصفة لدى أطراف الدعوى. كما يجيز القانون الفرنسي الجديد الدفع بانتفاء سلطة تمثيل الخصم في أية حالة تكون عليها الدعوى⁽²⁾.

في حين يعلل البعض الآخر لاعتبار توفر شرط الصفة لدى أطراف الدعوى متعلقاً بالنظام العام، بأن الغرض منه قصر سلطة أو مباشرة الدعوى أمام القضاء

(1) - نقض مدني فرنسي، 7 يناير 1895 (دالوز 1895 - 1 - 38). ونقض بلجيكي 11 نوفمبر سنة 1869 (دالوز 1870 - 2 - 1) أشار إليه د. أحمد أبو الوفا، نظرية الدفع، مرجع سابق، ط 7، ص 854 وما بعدها، بند 487.

(2) - د. أحمد أبو الوفا، المرجع السابق، ط 7، ص 856، بند 487.

على صاحب الحق الذي يحصل الاعتداء أو الإنكار أو التهديد له، والادعاء من قبلهم فقط أمام القضاء بهذا الحق، ولهذا كله فهو اعتبار يتعلق بالنظام العام⁽¹⁾.

و يتجه رأي آخر على العكس من ذلك إلى أن هذا الدفع لا يتصل بالنظام العام، إذ إن النظام العام لا يعينه ذلك ما دام من الثابت وجود حق موضوعي معرض للاعتداء أو التهديد أن يدافع عنه صاحبه أو سواه، فما دام هناك خرق لقاعدة قانونية، فإن هذا الأمر يستدعي تطبيق القانون على المسؤول، كما أنه قد يحدث أن تكون هناك وكالة ضمنية بين المدعي وصاحب الحق الحقيقي، أو أن يقوم المدعي بالدعوى على سبيل الفضالة وهذا جائز قانوناً⁽²⁾ بحسب هذا الرأي.

وذهب فقه آخر إلى القول بأن الدفع المبني على انتفاء الصفة يتعلق عموماً بمصلحة خاصة، وإن اتصل بحسن سير العدالة، فهو لا يصل لدرجة من الخطورة تجعله متعلقاً بالنظام العام؛ ولذا فإن التمسك به يكون من حق الخصم الآخر وحده الذي يهمه أمر توافر الصفة، إلا أن هذا الفقه يرى أن هناك حالات قد تتعلق فيها الصفة بالنظام العام، كما لو أثير أمر الصفة في دعوى يتعلق موضوعها بالنظام العام أو في شأن تمثيل الأشخاص المعنوية العامة، ففي هذه الأحوال يكون الدفع بانتفاء الصفة في الدعوى متعلقاً بالنظام العام⁽³⁾. وبمفهوم المخالفة بموجب هذا الرأي أنه إذا كان موضوع الدعوى مما لا يتعلق بالنظام العام فإن الدفع بانتفاء الصفة فيها لا يتعلق بالنظام العام.

وذهب رأي آخر إلى القول إن قانون المرافعات المصري الجديد بخلاف القانون السابق قد حسم مسألة تعلق أو عدم تعلق شرط الصفة في الدعوى بالنظام

(1) - د. أمينة النمر، ص 93. أشار إليه د. محمد عزمي البكري، مرجع سابق، ص 1082، بند 501.

(2) - د. عبدالمنعم الشراقوي، المرافعات، ص 168. وأيضاً نظرية المصلحة في الدعوى، رسالة دكتوراه، رقم 388، 389. أشار إليه د. محمد عزمي البكري، مرجع سابق، ص 1082، بند 501.

(3) - د. رينه غاسين، الصفة للنقاضي، 1955، فقرة 392، 394. ونقض فرنسي 1948/11/15، النشرة المدنية، 1950، ص 297. وتمييز لبناني، 1970/4/28، مجموعة باز، 18، ص 272، رقم 48. ونقض مدني فرنسي 1953/12/10. دالوز 1954، ص 105. وتمييز لبناني 1969/10/15. مجموعة باز 17، ص 124، رقم 36. أشار إليهم د. إدوار عيد، مرجع سابق، ج 1، مجلد 2، ص 289، هامش 2 و3.

العام، وهو ما يفهم - بحسب هذا الرأي - من نص الفقرة الثانية من المادة (115) مرافعات مصري التي نصت على أنه إذا رأت المحكمة أن الدفع بعدم قبول الدعوى لانتفاء صفة المدعى عليه قائماً على أساس أجلت الدعوى لإعلان ذي الصفة، وإذا تعلق الأمر بإحدى الوزارات... أو بشخص اعتباري عام أو خاص، فيكفي في تحديد الصفة أن يذكر اسم الجهة المدعى عليه في صحيفة الدعوى. فبحسب هذا الفقه إن السماح للمحكمة بتأجيل الدعوى، إذا ما تبين لها أن الدعوى مرفوعة على من لا صفة له فيها، لإعلان صاحب الصفة الحقيقي يدل على أن شرط الصفة لا يتعلق بالنظام العام، إذ لو كان متعلقاً به، لكان المشرع أوجب في هذه الحالة الحكم بعدم قبول الدعوى لانتفاء الصفة، لا أن تؤجل الدعوى. إلا أن هذا الرأي لا يمكن التسليم به، فالمشرع المصري في قانون المرافعات عندما نص على تأجيل الدعوى في هذه الحالات، فهذا النص نراه ينصرف إلى حالة عدم صحة التمثيل، وهو ما يفهم أيضاً من عبارة قائماً على أساس نراه يشير إلى حالة عدم صحة التمثيل، لا إلى حالة انتفاء الصفة في الدعوى، وهو ما يفهم أيضاً من عبارة أنه يكفي في تحديد الصفة عندما يتعلق الأمر بالأشخاص الاعتبارية العامة أو الخاصة أن يذكر اسم الجهة المدعى عليها في صحيفة الدعوى⁽¹⁾.

في حين ذهب البعض الآخر إلى القول بما أن المصلحة أصبحت في ظل قانون المرافعات الحالي من النظام العام، وأما الصفة فلم يرد في شأنها نص مماثل، ولذلك لا تعتبر من النظام العام، إلا أن ارتباطها بالمصلحة على نحو يستحيل الفصل بينهما، الأمر الذي يجعلها لهذا السبب متصلة بالنظام العام، فالصفة تعد عنصراً من عناصر المصلحة، ولذلك فإنه يترتب على عدم توافر هذا العنصر تخلف شرط المصلحة نفسه وهو ما يتعلق بالنظام العام وتتصدى له المحكمة من تلقاء نفسها، فإذا تبين لها عدم توافر الصفة لدى أطراف الدعوى، أن تقرر تخلف شرط المصلحة، إذ يستحيل الفصل بين شرط الصفة والمصلحة، أو أن تتحقق مصلحة المدعي إلا إذا كانت له صلة بالحق تتحقق بالقضاء به للمدعي،

(1) - د. محمد عزمي البكري، مرجع سابق، ص 1082، بند 501.

وتلك الصلة هي التي يتوافر بها صفة المدعي. والحقيقة فإننا نرى أن المشرع المصري نص صراحة على اعتبار شرط الصفة من النظام العام، إذ إن شرط الصفة لديه هو نفسه شرط المصلحة الشخصية.

إلا أن الرأي السابق يرى أن هذا الأمر ينطبق على صفة المدعي دون صفة المدعى عليه، فبما أن صفة المدعي تتصل بشرط المصلحة اتصالاً وثيقاً، فإنها تأخذ حكمها وتتعلق بالتالي بالنظام العام خلافاً لصفة المدعى عليه، فهي ليست عنصراً من عناصر المصلحة، ولا صلة لها بها، ومن ثم لا تأخذ حكمها، فلا تتعلق بالتالي بالنظام العام، وفقاً للمادة (115) من قانون المرافعات، كما أن صفة المستأنف تتعلق بجواز الاستئناف ذات الاتصال بالنظام العام خلافاً لصفة المستأنف عليه التي لا شأن لها بجواز الاستئناف⁽¹⁾، والحقيقة فإن رفع الدعوى على غير ذي صفة أيضاً لن يحقق أية مصلحة للمدعي، ولهذا فكما أن صفة المدعي تتعلق بالنظام العام، فكذلك الأمر صفة المدعى عليه.

وقد اتجهت محكمة النقض المصرية في أغلب أحكامها إلى أن الدفع بعدم قبول الدعوى لانقضاء الصفة لا يتعلق بالنظام العام، بل هو مقرر لمصلحة صاحب الشأن فلا تملك المحكمة التعرض له من تلقاء نفسها.

فقد قضت بأن توافر أو عدم توافر صفة المدعي في الدعوى لا يتعلق بالنظام العام، فإذا تبين من مدونات الحكم المطعون فيه أن الطاعن شخصياً قد أقر بأن تظهير الشيك إليه كان بصفته مصفياً للشركة وإن لم تتضمن عبارة التظهير إيضاح تلك الصفة ولم تتنازع المطعون ضدها في ذلك وقصرت منازعتها على عدم أحقية الطاعن بصفته في اقتضاء قيمة الشيك لأنه يمثل في الحقيقة ديناً غير مشروع، ومن ثم فإن تعرض الحكم المطعون فيه من تلقاء نفسه لنفي حصول تظهير الشيك إلى الطاعن بصفته مصفياً وإقامة قضائه على أن التظهير تم لاسم

(1) - أنور طلبه، مرجع سابق، ج1، ص 148 وما بعدها.

الطاعن بصفته الشخصية رغم أن كلاً من الطاعن والمطعون ضدها لم ينازعا في ذلك، فإن الحكم المطعون فيه يكون قد خالف القانون (1). وقضت بأنه لا شأن لبطلان الإجراءات المبني على انعدام صفة أحد الخصوم في الدعوى بالنظام العام إذ هو مقرر لمصلحة من وضع لحمايته، فإذا كانت الطاعنة وإن تمسكت أمام محكمة الدرجة الأولى بعدم قبول الدعوى لانعدام صفة الحراسة في رفعها، إلا أنها لم تتمسك بذلك أمام محكمة الدرجة الثانية التي أصدرت الحكم المطعون فيه، فإنه لا يقبل منها إثارة هذا الدفع أمام محكمة النقض (2).

إلا أنه بعد تعديل قانون المرافعات المصري اتجهت لاعتبار الدفع لانتفاء الصفة من النظام العام، فقد قضت محكمة النقض المصرية في حكم لها بأن مؤدى المادة الثالثة من قانون المرافعات بعد تعديلها بالقانون رقم 81 لسنة 1996م أن بطلان الإجراءات المبني على انعدام صفة أحد الخصوم في الدعوى يعتبر من النظام العام مما يجوز الدفع به لأول مرة أمام محكمة النقض، ولو لم يسبق إثارته أمام محكمة الموضوع بشرط توافر جميع عناصر الفصل فيه من الوقائع والأوراق التي سبق عرضها على محكمة الموضوع، أما إذا كان التحقق والتأكد من توافر شرط الصفة أو عدم توافره يتطلب بحث أي عنصر واقعي لم يكن معروضاً على محكمة الموضوع، فلا سبيل للتمسك بهذا الدفع لأول مرة أمام محكمة النقض لخروج ذلك عن اختصاصها ووظيفتها (3).

(1) - الطعن رقم 1049 لسنة 45 ق جلسة 1978/6/26 س 29 ص 1557. أشار إليه هشام الطويل، الدفع بعدم قبول الدعوى في قانون المرافعات والقوانين الخاصة، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1988، ص 124،

(2) - طعن رقم 10 لسنة 34 ق جلسة 1967/5/23. أشار إليه محمد عزمي البكري، مرجع سابق، ص 1083، بند 501.

(3) - نقض 1997/6/12 طعن 5870، 7251 س 66 ق. ونقض 2000/11/20 طعن 1618 س 64 ق. ونقض 2004/6/20 طعن 88 س 73 ق. أشار إليهم المستشار أنور طلبية، مرجع سابق، ج 1، ص 149 وما بعدها. وأشار إليه أيضاً د. علي عوض حسن، الدفع بعدم القبول في المواد المدنية والتجارية وفقاً لأحدث أحكام النقض والإدارية العليا، دار الكتب القانونية، مصر، المحلة الكبرى، 2000 م، ص 172 وما بعدها، وص 173، هامش 1.

وقد ذهب محكمة النقض السورية في العديد من أحكامها إلى اعتبار شرط الصفة في الدعوى من النظام العام من ذلك إن توافر الصفة لدى أطراف الدعوى من الشرائط اللازمة لقبول أية دعوى، وسواء كان الأمر يتعلق برفع الدعوى ابتداءً، أم كان يتعلق بطعن في حكم، أم كان يتعلق بدعوى مخاصمة، وهذا الشرط من متعلقات النظام العام، ومن ثم يكون من حق المحكمة إثارته من تلقاء نفسها، ولو دون طلب من الخصوم (1).

وقد قضت محكمة الصلح المدنية العاشرة بدمشق في حكم لها أيضاً أن الصفة في الدعوى شرط أساسي لقبولها، وهذا الشرط يجب توافره في كل من المدعي والمدعى عليه، وهو من متعلقات النظام العام، ومن حق المحكمة إثارته من تلقاء نفسها (2).

2- مدى تعلق الدفع بعدم القبول لانتفاء المصلحة أو أوصافها بالنظام

العام: في ظل قانون المرافعات المصري السابق كذلك اختلف الفقه والقضاء حول ما إذا كانت المصلحة بمقوماتها بما فيها الصفة من النظام العام، فذهب رأي إلى أنها متعلقة بالنظام العام، إذ إن هذا يتعلق بوظيفة القضاء وما يمكن رفعه إليه؛ ولهذا فهو لا يتقرر لمصلحة المدعى عليه الشخصية بل لمصلحة الدولة والنظام العام ولمصلحة القضاء ومجموع المتقاضين الذين يكون من مصلحتهم عدم ازدحام

(1) - نقض مدني سوري، أساس 362، مخاصمة، قرار 607، تاريخ 1996/10/20، المحامون، العددان 11 . 12، لعام 2011م، السنة 76، ص 1715.

(2) - قرار صادر عن محكمة الصلح المدنية العاشرة بدمشق في القضية 8482 أساس، قرار 577، تاريخ 2010/11/23، وصدق هذا القرار من قبل محكمة النقض . الغرفة الإيجارية بموجب قرارها رقم 528 تاريخ 2011/3/27، أساس 2011/556، المحامون 11 . 12، لعام 2011، السنة 76، ص 1713. وفي حكم آخر جاء فيه إن مناط أي دعوى هو توافر المصلحة والصفة فيها، وفي حال عدم توافرها فعلى المحكمة أن ترد الدعوى، على اعتبار أن المصلحة والصفة من المسائل الجوهرية التي ترقى إلى مرتبة النظام العام. (نقض مدني سوري، الغرفة الأولى، رقم 942، في القضية أساس 1133، تاريخ 2003/7/9 م، مجلة المحامون، العددان 7، 8، السنة 69، لعام 2004 م، ص 704.

العمل في المحاكم حتى لا يضيع وقت القضاء في منازعات غير جدية، أو لن يفيد منها أحد (1).

فلم يلزم المشرع القضاء بالفصل في كل ما يقدم إليه من ادعاءات؛ لعدم إضاعة الوقت والمصاريف في بحث منازعات لن يفيد منها أحد، فالدولة بواسطة السلطة القضائية، تقوم بفض المنازعات التي تقوم بين الأفراد، أو إزالة الاعتداء أو التهديد عن الحقوق؛ ولهذا يجب أن يكون ثمة نزاع أو اعتداء أو إنكار للحق، حتى يقوم القضاء بوظيفته التي رسمها له القانون. فالمصلحة - كما سبق أن رأينا - هي الدعوى من حيث إمكان استعمالها ومباشرتها، ومن حيث إمكان قبولها والنظر في موضوعها، فهي شرط وجد لبيان حقوق الأفراد في الالتجاء إلى القضاء، وتحديد وظيفة القضاء في الوقت ذاته (2).

ويرى البعض أنه إذا تبين للمحكمة أن الدعوى لا تتوافر فيها المصلحة أو أحد أوصافها، فإنه يتعين عليها أن تقضي بعدم قبولها ولو لم يطلب منها أحد، ولو اتفق الطرفان على السير في الدعوى بحالتها، ويستند هذا الرأي في ذلك إلى أنه من العبث أن ترفع دعوى أمام القضاء، دون أن تتوافر فيها لرافعها أية مصلحة، إذ لن تكون ذات فائدة أو حجية على أحد، ولهذا فرفع هذا العبث من النظام العام، إذ إن القضاء كمرفق عام وسلطة من سلطات الدولة أنشأ للفصل في النزاعات أو الخصومات ذات النتائج المفيدة، ولا موجب لتعطيله أو إشغاله برفع خصومات عديمة الفائدة إليه، لانعدام المصلحة فيها لرافعها، أو صدور أحكام عديمة الحجية لانعدام الصفة فيها (3)، فشرط توفر المصلحة بأوصافها الثلاث واللازم لقبول الدعوى حسب هذا الرأي يعتبر من النظام العام.

ويرى بعض الفقهاء أيضاً أن شرط المصلحة اللازم توافره لقبول الدعوى يعتبر متعلقاً بالنظام العام؛ لأنه وجد لصالح الأفراد وللصالح العام ذاته، ولأن القضاء لا

(1) - د. عبدالمنعم الشرقاوي، المرافعات، ص 168. أشار إليه د. محمد عزمي البكري، مرجع سابق، ص 1080، بند 500.

(2) - محمد كمال أبو الخير، قانون المرافعات، ط 5، د. ن، القاهرة، 1963، ص 304.

(3) - د. أحمد مليجي، مرجع سابق، ج 1، ص 83.

يقوم بوظيفته بغير قيد يحدد مدى هذه الوظيفة ويرسم نطاقها، فالدولة - بواسطة السلطة القضائية - تقوم بفض المنازعات ورد الاعتداء عن الحقوق التي تحصل لها الاعتداء أو التهديد، وتقرير الحقوق المعرضة للإنكار، ومن ثم فإنه يجب أن يكون هناك اعتداء أو إنكار للحقوق حتى يمكن طلب حماية القضاء، وأن يقوم بوظيفته المحددة له، فالمصلحة هي معيار الدعوى من حيث إمكان استعمالها ومباشرتها، أو سماعها وقبولها؛ ولهذا فهو شرط وجد لتحديد حقوق الأفراد في الالتجاء إلى القضاء، وتحديد وظيفة القضاء في الوقت ذاته، وبناء على كل ما تقدم، فشرط المصلحة اللازم توفره لقبول الدعوى يعتبر من النظام العام.

ومع ذلك يرى هذا الفقه ضرورة التمييز بين الدفع بانتقاء المصلحة الحالة، والدفع بانتقاء المصلحة القانونية أو المصلحة شخصية، فالدفع بعدم وجود مصلحة حالة يجب أن يعتبر دفعاً متعلقاً بالنظام العام؛ لأنه يتعلق بوظيفة القضاء وما يمكن رفعه إليه، فالدفع بعدم توفر وصف المصلحة القائمة في الدعوى، معناه إنه لا يوجد أي اعتداء أو إنكار أو تهديد للحق، أي لا يوجد خرق لأي قاعدة قانونية، ومن ثم فلا يوجد ما يبرر رفع الدعوى وقبولها، كما أن استلزام هذا الشرط لسماع الدعوى، يؤدي لعدم ازدحام الدعاوى أمام القضاء، وحتى يفرغ للمنازعات الجدية، الأمر الذي يحقق حسن أداء القضاء لوظيفته، وهذه الاعتبارات كلها من النظام العام. أما إذا كان الدفع بعدم قبول الدعوى يرجع إلى أن المصلحة غير قانونية أي أن المدعي لا يستند في دعواه إلى حق، لأن حقه لم ينشأ أو لأنه انقضى بمضي المدة، فإن هذا الدفع يتعلق بحق ذاتي بالمدعى عليه، وبالتالي فله وحده أن يتمسك به أو أن يتنازل عنه؛ ولهذا فالدفع بعدم القبول لأن المصلحة غير قانونية لا يتعلق بالنظام العام.

إلا أننا نرى، إن الدفع بعدم وجود المصلحة القانونية يعني عدم وجود قاعدة قانونية تقر أو تحمي المصلحة المطالب بها، كأن يطالب شخص بدين على آخر ناتج عن لعب بالقمار، فعدم وجود المصلحة القانونية يكون في أغلب الأحيان ناتجاً عن إن المصلحة المدعى بها غير مشروعة، وهذا كله نراه مما يتعلق بالنظام العام.

وأما بالنسبة لوصف المصلحة الشخصية، فيرى هذا الفقه أنه مقرر لمصلحة المدعى عليه ذاته، فله أن يدفع به، كما أن له أن يتنازل عنه، وبالتالي فالدفع بعدم القبول لتخلف هذا الوصف لا يعتبر حسب هذا الرأي من النظام العام؛ لأن النظام العام لا يهتم طالما أنه من الثابت وجود حق تعرض للاعتداء أو للتهديد أن يدافع عنه صاحبه أو غيره، كما أنه يمكن أن تكون هناك وكالة بين المدعي أي من يرفع الدعوى، وصاحب الحق، أو أن يقوم المدعي برفع الدعوى على سبيل الفضالة، وهذا جائز قانوناً - بحسب هذا الفقه - ومن ثم يرى هذا الفقه أن الدفع بعدم وجود صفة مع أنه في أغلب الحالات يعتبر دفع موضوعي، ويمكن الدفع به في أية حالة تكون عليها الدعوى، إلا أنه ليس من النظام العام؛ ولهذا فإنه يمكن للمدعى عليه أن يتنازل عنه، ولا يتمسك به (1).

فيما ذهب البعض الآخر إلى أن نطاق اعتبار المصلحة من النظام العام يجب قصره على الشرط ذاته بوجوب توافر المصلحة في أي دعوى ترفع للقضاء، دون أوصافها التي قد لا تتعلق بالنظام العام إذا كان مقررًا للمصلحة الخاصة، ومثال الحالة الأولى عدم جواز الصلح في الدعوى، ومثال الحالة الثانية كون المصلحة حالة (2).

في حين يذهب البعض الآخر إلى أن الدفع بانتقاء المصلحة القانونية أو المصلحة الحالة، هما من الدفوع الموضوعية البحتة التي تتعلق بأصل الحق المطالب به، ومن ثم فلمعرفة تعلقها بالنظام العام من عدمه، فإنه يجب الرجوع إلى القواعد الأساسية التي تتصل بنظام المجتمع الأعلى، مثلاً الاتفاق الذي يفرض على شخصين إيجاد علاقة غير مشروعة هو اتفاق باطل، فإذا ما قام أحدهما برفع الدعوى استناداً لهذا الاتفاق الحاصل بينهم، فإن على المحكمة ولو من تلقاء ذاتها الحكم برفض هذه الدعوى؛ لأن هذا الاتفاق مخالف لحسن الآداب العامة، وقيل إنه

(1) - د. عبد المنعم الشرقاوي، شرح قانون المرافعات المدنية والتجارية، مرجع سابق، بند 83، ص 164 وما بعدها. وأيضاً د. عبد المنعم الشرقاوي، نظرية المصلحة في الدعوى، ص 422 وما بعدها. أشار إليه د. نبيل إسماعيل عمر، الدفع بعدم القبول، مرجع سابق، ص 210 وما بعدها، بند 133.

(2) - د. أمينة النمر، ص 67. أشار إليه د. محمد عزمي البكري، مرجع سابق، ص 1080، بند 500

لا يجوز اتفاق الخصوم على رفع الدعوى إلى القضاء مع انتفاء المصلحة فيها، وقد حكم بعدم قبول الدعوى إذا قصد بها مجرد الحصول على اختصاص قضائي⁽¹⁾.

وذهب رأي آخر، إلى أن المصلحة بخصائصها بما فيها الصفة ليست متعلقة بالنظام العام، ومن ثم لا يجوز للمحكمة أن تقضي بعدم قبول الدعوى لانتفاء الصفة ما لم يثره أحد الخصوم، إذ لا يمكن الحكم بذلك من تلقاء نفسها. وقد أخذت محكمة النقض المصرية بالرأي الأخير واستقرت في أحكامها على ذلك، فقد ذهبت إلى أن هذا الدفع لا يتعلق بالنظام العام إذ قضت في حكم لها بأنه: متى كان الطاعن لم يتمسك أمام محكمة الموضوع بانعدام صفة المطعون هذه في رفع الدعوى لكونه غير مالك أو بانعدام مصلحته فيها لزوال حق الارتفاق الذي يطالب به، فإن هذا الدفاع يكون سبباً جديداً لا يمكن طرحه لأول مرة أمام محكمة النقض. كما أن محكمة النقض المصرية قد اتجهت في أغلب أحكامها إلى أن الدفع بعدم قبول الدعوى لانتفاء الصفة فيها لدى أطرافها لا يتعلق بالنظام العام، وبما أن الصفة وصفاً من أوصاف المصلحة - كما رأينا سابقاً - فإن هذا يدل على أن شرط المصلحة أيضاً لا يعتبر متعلقاً بالنظام العام⁽²⁾.

وذهب البعض الآخر إلى أنه لما كانت المادة الثالثة من قانون المرافعات المصري قبل تعديلها بالقانون رقم 81 لسنة 1996م تنص على أنه لا يقبل أي طلب أو دفع لا تكون لصاحبه فيه مصلحة قائمة يقرها القانون، ومع ذلك تكفي المصلحة المحتملة... إلخ، الأمر الذي دعا بعض الفقه للقول بأن شرط المصلحة اللازم لقبول الدعوى لا يتعلق بالنظام العام، وكان يلزم حتى تتعرض المحكمة لبحث توفر أو عدم توفر شرط المصلحة في الدعوى، أن يتمسك به المدعى عليه، بحيث إذا لم يثره، انتقلت المحكمة لبحث موضوع الدعوى دون أن يكون لها الحق في إثارة هذا الشرط من تلقاء نفسها، فإن لم يكن المحكوم عليه قد تمسك به أمام

(1) - د. أحمد أبو الوفا، نظرية الدفع، ط 7، مرجع سابق، ص 857 وما بعدها، بند 487.

(2) - نقض مدني مصري طعن رقم 403 لسنة 34 جلسة 1968/5/9. أشار إليه د. محمد عزمي البكري، مرجع سابق، ص 1081، بند 500.

محكمة الاستئناف، امتنع عليه التمسك به أمام محكمة النقض باعتبار أنه لا يجوز التمسك أمام محكمة النقض بالأسباب الجديدة إلا إذا كانت متعلقة بالنظام العام، كما يجوز لها إثارة السبب المتعلق بالنظام العام من تلقاء نفسها متى كانت عناصره الواقعية مطروحة على محكمة الاستئناف، فإن لم تكن تلك العناصر مطروحة عليها، فلا يجوز لمحكمة النقض التصدي له لما يستلزم ذلك من بحث عناصر واقعية لم تكن مطروحة على محكمة الموضوع، أو إجراء تحقيق أو الرجوع إلى مستندات لم تقدم لها خلال الميعاد المحدد لذلك، وهو ما يخرج عن ولايتها.

ولظروف قدرها المشرع المصري، صدر القانون رقم 81 لسنة 1996م بتعديل المادة الثالثة من قانون المرافعات، وجعل شرط المصلحة بأوصافها الثلاث متعلقاً بالنظام العام وأوجب على المحكمة الحكم به إذا ما رأت انتفاء المصلحة أو أحد أوصافها في الدعوى ولو لم يثره الخصوم⁽¹⁾. وقد قضت محكمة النقض السورية بهيئتها العامة من أن التحقق من صحة الخصومة ومن توفر المصلحة بالادعاء هو من متعلقات النظام العام⁽²⁾. وفي حكم آخر قضت أن الصفة والمصلحة من النظام العام⁽³⁾.

3- مدى تعلق الدفع بعدم قبول الدعوى لسبق الفصل فيها من النظام

العام: نص قانون المرافعات المصري صراحة في المادة (116) على تعلق هذا الدفع بالنظام العام، فالدفع بحجية الشيء المحكوم به لم يكن متعلقاً بالنظام العام في ظل القانون السابق، وكان ذلك محل نقد، وجاءت المادة (116) مرافعات

(1) - أنور طلبية، مرجع سابق، ج1، ص 147.

(2) - قرار صادر عن الهيئة العامة لمحكمة النقض السورية أساس 337، قرار 242، عام 2004 م. أشار إليه مجلة القانون، تصدرها وزارة العدل السورية، دمشق، اجتهادات الهيئة العامة لمحكمة النقض في القضايا المدنية والتجارية للأعوام 2004، 2005، 2006، ص 111، القاعدة 27.

(3) - نقض سوري . الغرفة المدنية الثانية في القضية أساس 1017، قرار 994، لعام 2013، مجلة القانون . اجتهادات النقض (المدنية والشرعية)، عدد عام 2015 م، ص 118. وفي حكم آخر قضت من أن التحقق من صحة الخصومة والوقوف على المصلحة من تقديم الدعوى، من المسائل الجوهرية التي جعلها الاجتهاد من النظام العام، وبالتالي يتوجب على المحكمة التحقق من توفرها في كل دعوى تطرح عليها. نقض مدني سوري رقم 470 أساس، 475، تاريخ 1984/6/26 م، مجلة المحامون، لعام 1985م، ص 635، أشار إليه شفيق طعمة وأديب أستانبولي، مرجع سابق، ص 125، القاعدة 44.

والمادة (101) من قانون الإثبات توجب على المحكمة الحكم من تلقاء نفسها بعدم قبول الدعوى لسبق الفصل فيها مخالفاً في ذلك نص المادة (2/405) من القانون المدني، والنص المستحدث يلغي المادة (2/405) من القانون المدني؛ وعلة ذلك احترام الحكم السابق صدوره في نفس الدعوى وهذه الحجية أولى بالاحترام وأكثر تعلقاً بالنظام العام من أي اعتبار آخر، فهي تستهدف حسن أداء القضاء لوظيفته ولما يترتب على تجاهلها من تأبيد المنازعات وعدم استقرار الحقوق لأصحابها، وما يمكن أن يؤدي رفع عدة دعاوى للمطالبة بنفس الحق من صدور أحكام متعارضة. فاحترام حجية الأحكام تؤدي لإرساء الأمن والسلام في المجتمع، وبذلك أصبح هذا التعديل متوافقاً مع ما نص عليه المشرع المصري في المادة (249) من المشروع؛ فقد كان غريباً أن يحظر على المحاكم أن تقضي من تلقاء نفسها بعدم جواز نظر الدعوى لسبق الفصل فيها، بينما يكون الحكم الصادر على خلاف حكم سابق قابلاً للطعن بالنقض سواء دفع الخصوم بهذا الدفع أم لم يدفعوا، المادة (3) من قانون حالات النقض⁽¹⁾.

والدفع بعدم جواز النظر في الدعوى لسبق الفصل فيها هو من قبيل الدفع بعدم القبول، وإذا تمسك به أحد الخصوم تحمل عبء إثبات عناصره، بإثبات أن الدعوى الماثلة تتحد موضوعاً وخصوماً وسبباً مع دعوى سابقة قضي فيها بحكم حاز قوة الأمر المقضي، ويمكن له تقديم صورة رسمية من الحكم لتتحقق المحكمة من توافر شروط الدفع⁽²⁾.

ومن أمثلة الدفع بعدم القبول المتصلة بالنظام العام، الدفع بعدم قبول الطعن في الحكم لرفعه قبل الميعاد أو بعده، كعدم قبول الاستئناف المرفوع عن حكم فرعي لا يقبل الطعن المباشر قبل الفصل في موضوع الدعوى⁽³⁾.

(1) - د. رمزي سيف، مرجع سابق، ص 429 وما بعدها، بند 357. وأيضاً د. أحمد أبو الوفا، نظرية الدفع، ط 7، مرجع سابق، ص 856 وما بعدها، بند 487. وأيضاً أنور طلبية، مرجع سابق، ج 3، ص 31.

(2) - أنور طلبية، مرجع سابق، ج 3، ص 43 وما بعدها.

(3) - د. أحمد أبو الوفا، نظرية الدفع، ط 7، مرجع سابق، ص 853، بند 487.

4- مدى تعلق الدفع بعدم قبول طلبات جديدة في الاستئناف بالنظام العام:

كان الرأي الراجح في ظل قانون المرافعات المصري السابق يذهب إلى أن الدفع بعدم قبول الطلبات الجديدة أمام المحكمة الاستئنافية لا يتعلق بالنظام العام، وبالتالي لم يكن للمحكمة أن تتعرض له ما لم يثره الخصم صاحب المصلحة، وكان يمكن للخصوم أصحاب العلاقة الاتفاق على طرح طلبات جديدة لأول مرة في الاستئناف، إلا أن المادة (411) من القانون الجديد نصت على أنه لا تقبل الطلبات الجديدة في الاستئناف وتحكم المحكمة من تلقاء نفسها بعدم قبولها، فالأصل أن التشريع المصري يأخذ بمبدأ التقاضي على درجتين وهو مبدأ يستند لاعتبارات عامة كثيرة وكلها من النظام العام، كما أن هذا المبدأ يساير الاتجاه الذي ذهب إليه المشرع باعتبار أنه جعل قواعد الاختصاص النوعي من النظام العام، كما أن في قبول طلبات جديدة يتنافى مع فكرة ووظيفة الاستئناف على أساس أنه طعن في أحكام محكمة الدرجة الأولى، ويرمي لبيان أخطاء قضاة هذه المحكمة، ولا يمكن إسناد خطأ لقاض في أمر لم يعرض عليه. وهذا المبدأ يجب الأخذ به ولو لم تعتبر قواعد الاختصاص النوعي من النظام العام؛ لأنه من المبادئ الأساسية في التقاضي، وعلى ذلك إذا قام أحد الخصوم برفع طلب جديد في الاستئناف للخصم الآخر الدفع بعدم قبوله في أية حالة تكون عليها الدعوى، وتجوز إثارته لأول مرة أمام محكمة النقض، وعلى المحكمة أن تقضي من تلقاء نفسها بعدم قبوله ولو لم يدفع بذلك أحد الخصوم، لأنه متعلق بالنظام العام⁽¹⁾، وقد نص قانون الأصول السوري في المادة (239) منه على أنه لا تقبل الطلبات الجديدة في الاستئناف وتحكم المحكمة من تلقاء نفسها بعدم قبولها.

5- ومن أمثلة الدفوع بعدم القبول التي لا تتعلق بالنظام العام، الدفع بعدم قبول دعوى منع التعرض لرفعها بعد سنة من حصوله، والدفع بعدم قبول دعوى الحيابة لرفعها بعد إقامة دعوى المطالبة بالحق، وعدم قبول دعوى المطالبة بالحق المرفوعة من المدعى عليه في دعوى الحيابة قبل التخلي عن الحيابة لخصمه، وعدم قبول دعوى الدائن على الكفيل قبل رجوعه على المدين المادة (754) من

(1) - د. أحمد أبو الوفا، التعليق على نصوص قانون المرافعات، مرجع سابق، ج2، ط1، ص 998.

القانون المدني السوري، وتنص المادة (384) من القانون المدني السوري على أنه لا يجوز للمحكمة أن تقضي بالتقادم من تلقاء نفسها، بل يجب أن يكون ذلك بناء على طلب من المدين أو بناء على طلب دائنيه أو أي شخص له مصلحة فيه ولو لم يتمسك به المدين⁽¹⁾.

6- خلاصة: مما سبق نلاحظ مدى اختلاف الفقه والقضاء في مسألة مدى تعلق الدفع بعدم القبول بالنظام العام أو عدم تعلقه به. وإذا كان الفقه يرى أن الأصل أن الدفع لا تتعلق بالنظام العام لأنها تتعلق بمصالح الأفراد وحقوقهم وخصوماتهم وحقوقهم في الالتجاء إلى القضاء والحق في الدعوى، وهذه المسائل كلها تتعلق بالمصالح الخاص، ويرى بعض الفقه أيضاً أن الدفع بعدم القبول هو دفع خاص مقرر لمصلحة الخصم فلا تملك المحكمة التعرض له من تلقاء نفسها إذ لا شأن لهذا الدفع بالنظام العام⁽²⁾، لذا كان الأصل هو حرية الخصوم في التمسك بها أو عدم التمسك بها أمام المحاكم أو اتخاذ مواقف تدل على رغبة الخصم في إسقاط حقه في التمسك بالدفع. وفي بعض الحالات يرى المشرع أن هناك اعتبارات معينة تجعل الدفع مهم لأنه يتعلق بمصلحة اجتماعية عالية القيمة، وفي هذه الأحوال يجعله متعلقاً بالنظام العام، ويتم ذلك عن طريق النص الصريح على تعلق الدفع بالنظام العام، أو ينص على أنه يجوز لكل صاحب مصلحة أن يتمسك به، أو أنه يجوز التمسك به ولو لأول مرة أمام محكمة النقض، في كل هذه الحالات يعتبر الدفع متعلقاً بالنظام العام.

إلا أننا نرى بأن هذا الكلام إذ يصدق على الدفع الشكلي والدفع الموضوعية، فإن الأمر فيما يتعلق بالدفع بعدم القبول غير صحيح، فالدفع بعدم القبول - كما قلنا سابقاً - هو الجزء الإجرائي الذي رتبته المشرع على تخلف الحق في رفع الدعوى لانتفاء شروط قبولها، ولذلك فكل أسباب الدفع بعدم القبول تتعلق بالنظام العام، لأن المشرع عندما حدد شروطاً لقبول الدعوى، كان ذلك من أجل

(1) - د. أحمد أبو الوفا، نظرية الدفع، مرجع سابق، ط7، ص 856، بند 487.

(2) - أ. علي أحمد الخنجي، التعليق على قانون المرافعات القطري، الجزء الأول، الناشر الدوحة، الخنجي، 1996، ص 179.

تنظيم مرفق القضاء وأداء لوظيفته أداءً حسناً، حتى لا يضيع وقت القضاء، وتتكدس جلساته بدعاوى لا جدوى من ورائها، ولا فائدة من الحكم فيها، ولهذا فإنها اعتبارات تتعلق بالنظام العام، ومن ثم يجب على المحكمة أن تتصدى للفصل في مسألة قبول، أو عدم قبول الدعوى من تلقاء نفسها (1).

وعلى ذلك فالأصل هو أن الدفوع بعدم القبول تتعلق بالنظام العام، والاستثناء هو عدم تعلقها به، وذلك في حالة النص الصريح على عدم تعلق الدفع بالنظام العام، كما هو الحال بالنسبة لتقادم الحق في الدعوى المادة (374) مدني سوري التي نصت على أنه لا يجوز للمحكمة أن تقضي بالتقادم من تلقاء ذاتها، ولوجود اتفاق التحكيم المادة (10) من القانون السوري الخاص بالتحكيم رقم 4 / الصادر في 2008 م، أو لوجود اتفاق صلح بين أطراف الدعوى (2).

ثانياً: الاتجاه الذي يربط سلطة القاضي بإثارة الدفع بمدى السلطة الممنوحة للقاضي:

ينتقد هذا الاتجاه الرأي السابق الذي يجري تفرقة بين الدفوع بعدم القبول التي تتعلق بالنظام العام وتلك التي لا تتعلق به، فتقضى المحكمة بالأولى من تلقاء نفسها ودون طلب من الخصوم دون الثانية.

فهذا الرأي يذهب إلى أن هذا المعيار غير كاف، لأن المسألة لا تتعلق بالنظام العام بقدر ما تتعلق بسلطة القاضي في الخصومة المدنية، ومدى السلطة التقديرية الممنوحة له في إثارة الدفوع المدنية من تلقاء نفسه.

يرى هذا الفقه أنه بالنسبة للدفوع الموضوعية يجب على القاضي ولو لم يطلب الخصوم منه ذلك أن يبحث أو يثير مسألة عدم وجود الواقعة المنشئة للحق الموضوعي المطالب به، ولو لم تتعلق بالنظام العام، فمن واجب القاضي أن

(1) - د. أحمد أبو الوفا، المرافعات المدنية، بند 207. وأيضاً د. أحمد أبو الوفا، نظرية الدفوع في قانون المرافعات، بند 354. وأيضاً د. محمود هاشم، قانون القضاء المدني، ج2، ص 278، بند 178. أشار إليهم د. السعيد محمد الازماني عبدالله، انقضاء الخصومة بغير حكم. دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، كلية الشريعة والقانون، جامعة طنطا، المكتب الجامعي الحديث، 2007، ص 282.

(2) - د. عباس العبودي، مرجع سابق، ص 285. ومن هذا الرأي أيضاً د. فتحي والي، الوسيط، ص492، بند 287.

يرفض الطلب الذي لا يقوم على أساس قانوني، أو كان لا يقوم على أساس واقعي ولو لم يتمسك بذلك الخصم.

وعلى القاضي أن يتعرض ويبحث ولو من تلقاء نفسه وجود واقعة من الوقائع المانعة أو المنهية التي من شأنها ألا يوجد الحق الموضوعي، وبالتالي الحق في الدعوى، وذلك سواء كانت هذه الواقعة معاصرة لنشأة الحق كالإبطال والصورية أم تالية لها كالوفاء.

وأخيراً فإن هناك وقائع مانعة أو منهيّة تتميز بأنها لا ترتب أثرها إلا إذا تمسك بها الخصم، وفي حال لم يتمسك بها المدعى عليه، فإن حق المدعي يعتبر قائماً، ويجب قبول دعواه، كالدفع بالمقاصة والإبطال، ولو كان في ملف الدعوى ما يفصح عن وجودها.

وينتهي هذا الفقه إلى أن سلطة القاضي في إثارة الدفوع من تلقاء نفسه يكون بتحديد هذه الوقائع وذلك في حال لم ينص القانون صراحة على ذلك، فالمعيار هو النظر لما إذا كانت الواقعة التي يراد إثارتها يمكن أن تكون سبباً لدعوى مستقلة، فإذا كانت كذلك، فليس للقاضي أن يتعرض لها دون طلب من الخصوم، فكما أنه للشخص الحق في رفع أو استعمال الدعوى، أو عدم رفعها أمام القضاء بواسطة الطلب، فيجب أن تمنح نفس الإمكانية عندما ترفع الدعوى بواسطة الدفع، ويرى هذا الفقه أن نفس الأمر ينطبق على الدفوع بعدم القبول، ولذلك يقول إن للمحكمة في أغلب الحالات أن تحكم به من تلقاء نفسها، وذلك بحسب سبب عدم القبول، فإذا كان عدم قبول الدعوى يرجع إلى واقعة تتعلق بنشأة الحق الموضوعي، أي إلى عدم وجود قاعدة قانونية تقرر أو تحمي المصلحة المطالب بها، فإنه يجب على القاضي أن يحكم بعدم قبول الدعوى من تلقاء نفسه⁽¹⁾.

أما إذا تعلق الأمر بأحد الأسباب الأخرى، فإن الحل يختلف حسب ما إذا كان الأمر يتعلق أو لا يتعلق بالنظام العام.

(1) - كيوفندا، نظم، ج1، بند 96، 101، ص 292، 302 وما بعدها. أشار إليه د. فتحي والي، أصول المحاكمات، مرجع سابق، ص 687، بند 333.

ويرى هذا الفقه أن الدفع بعدم قبول الدعوى لعدم وجود إنكار أو تهديد أو اعتداء على الحق أو لعدم توافر الصفة لدى الخصوم، أي لعدم توفر شرط المصلحة القائمة والمصلحة الشخصية يتعلق بالنظام العام، ولهذا فإنه يجب على القاضي إثارته ولو لم يطلبه الخصوم، كما إنه يجب على القاضي أن يتعرض ولو من تلقاء نفسه للوقائع المنهية للحق في الدعوى، ولا يستثنى من هذا إلا أن يتعلق الأمر بواقعة ينص القانون على عدم إعمال أثرها بغير طلب من المدعى عليه، كما هو الحال بالنسبة لتقادم الحق في الدعوى⁽¹⁾، واتفاق التحكيم.

ويذهب فقه آخر تأييداً لوجهة النظر السابقة، واستناداً إلى بعض نصوص القانون كالمادة (2/7) من قانون الأصول الفرنسي الصادر سنة 1976م التي تنص على أنه من بين الوقائع التي توجد في الخصومة، فإن القاضي يستطيع أن يأخذ في اعتباره الوقائع التي لم يتمسك بها الخصوم بصفة خاصة لتأييد ادعاءاتهم. فيكفي أن يقوم الخصم بادعاء الوقائع المنتجة والضرورية لإثبات ادعاءاته، وذلك حتى يقوم القاضي بالحكم في النزاع، ولو لم يتمسك بها الخصم بصفة خاصة، وذلك بشرط ألا يحدث تنازل صريح أو ضمني من جانبه عن واقعة أو وقائع معينة.

وبناء على كل ذلك، ولأن الدفع بعدم القبول هو الدفع الذي يقوم على إنكار حق المدعي في طلب الحماية القضائية، فإذا كانت الوقائع المطروحة في ملف الدعوى تتضمن العناصر المكونة للدفع بعدم القبول، فإنه لا يوجد ما يمنع القاضي من إثارة الدفع بعدم القبول من تلقاء نفسه، ولو أن الخصوم قد أغفلوا التمسك بهذا الدفع، وذلك حتى في الأحوال التي لا يتعلق فيها الدفع بالنظام العام⁽²⁾.

ولعدم الإخلال بمبدأ المساواة بين الخصوم، ومبدأ احترام حقوق الدفاع، فعليه أن يمكن الخصم الآخر من مناقشة العناصر التي تم انتزاع الدفع بعدم القبول منها،

(1) - د. فتحي والي، الوسيط، مرجع سابق، ص 492 وما بعدها، بند 287.

(2) - د. نبيل إسماعيل عمر، الدفع بعدم القبول، مرجع سابق، ص 253 وما بعدها، بند 158، 159.

وحتى يستطيع أن يثير كل ما لديه من أوجه دفاع يرد به على ما قام به القاضي عندما يثير الدفع بعدم القبول⁽¹⁾.

ويصل هذا الرأي إلى أنه يبقى الفارق الأساسي بين الدفع بعدم القبول المتعلق بالنظام العام، والدفع بعدم القبول غير متعلق بالنظام العام والذي يمكن للقاضي إثارته من تلقاء نفسه، هو أن الدفع بعدم القبول المتعلق بالنظام العام يمكن إثارته لأول مرة أمام محكمة النقض بشرط أن تكون عناصره الواقعية قد سبقت عرضها على محكمة الموضوع. فقد قضت محكمة النقض المصرية من أنه إذا كان يستلزم بحث عناصر واقعية لم تكن معروضة على محكمة الموضوع عند الحكم في الدعوى، وإذا كان الفصل في الدفع يتطلب تحقيق عنصر واقعي هو التحقق من ملكية طرفي النزاع للعقار المرتفق والمرتفق به، فإنه لا يقبل من الطاعن إثارته لأول مرة أمام محكمة النقض⁽²⁾.

أما الدفع بعدم القبول غير المتعلق بالنظام العام فلا يجوز التمسك به لأول مرة أمام محكمة النقض، وإنما يجب التمسك به أمام محكمة الموضوع. أما في غير ذلك من الأحوال، فإن الدفع بعدم القبول يستطيع القاضي إثارته من تلقاء نفسه سواء تعلق بالنظام العام أم لم يتعلق به بشرط وجود الوقائع المولدة لهذا الدفع في ملف الدعوى⁽³⁾.

(1) - د. وجدي راغب فهمي، دراسات في المركز القانوني للخصم، ص 80. وأيضاً د. إبراهيم سعد، قاعدة لا تحكم دون سماع الخصوم، منشأة المعارف، 1981، ص 45. أشار إليهما د. نبيل إسماعيل عمر، المرجع السابق، ص 256، بند 161.

(2) . نقض مدني مصري 1999/11/30، طعن 4347، سنة 68 ق. أنور طلبية، الطعن بالنقض في المواد المدنية والتجارية، المكتب الجامعي الحديث، الإسكندرية، ط1، 2004، ص 977، وما بعدها.

(3) . د. نبيل إسماعيل عمر، المرجع السابق، ص 260، 261، بند 164.

المطلب الثاني

الحكم الصادر في الدفع بعدم القبول

اختلف الفقه والقضاء كما مر معنا في نوع الدفع الموجه للدعوى وشروط قبولها، الأمر الذي أدى لاختلافهم في طبيعة الحكم الصادر في الدفع بعدم القبول، فهل الحكم الصادر فيه هو حكم فرعي سابق قبل الفصل في موضوع الدعوى، أم أن الحكم في الدفع بعدم القبول هو في ذات الوقت حكم في موضوع الدعوى؟ فالحكم بقبول دفع بعدم القبول هو بمثابة قبول دفع موضوعي، وقد أدى اختلافهم في هذه المسألة إلى اختلافهم في عدة نقاط أهمها:

فعند صدور حكم بقبول هذا الدفع من قبل المحكمة، وبالتالي عدم قبول الدعوى. فهل هذا الحكم يترتب عليه عدم جواز تجديد الدعوى أم أن أثر الحكم يقتصر على إلغاء إجراءات الخصومة التي صدر فيها، ولا يتعداه إلى الموضوع الذي لم تنظر فيه المحكمة؟ وبالتالي يمكن إعادة رفع دعوى فيه من جديد بشرط توفر المقتضى الناقص والذي أدى لعدم قبولها. وبعبارة أخرى أل هذا الحكم حجية بالنسبة لموضوع الدعوى أم لا؟

ما هي آثار الحكم الصادر بقبول الدفع على صحيفة الدعوى؟ وإذا ما طعن في الحكم الصادر في الدفع بعدم القبول، فقد اختلف الفقه والقضاء بصدد الآثار المترتبة على هذا الطعن، فهل هذا الطعن ينقل النزاع برمته إلى محكمة الطعن، كون هذا الطعن رتب أثراً ناقلاً بالنسبة للموضوع، أم أن أثر هذا الحكم يقتصر على طرح المسائل الخاصة بالدفع فقط أمام المحكمة ولا يتعداه للموضوع؟

الفرع الأول - آثار الحكم الصادر في الدفع بعدم القبول:

ونبحث فيه حجية الحكم الصادر في الدفع بعدم القبول، أو مدى جواز تجديد الدعوى، بعد الحكم بعدم قبولها (أولاً). ومن ثم نستعرض آثار الحكم الصادر بقبول الدفع بعدم قبول الدعوى على صحيفة الدعوى (ثانياً).

أولاً - حجية الحكم الصادر في الدفع:

إذا كان الحكم الصادر بقبول الدفع الموضوعي يترتب عليه عدم جواز تجديد الدعوى إذ يحوز حجية الشيء المحكوم به، والحكم الصادر بقبول الدفع الشكلي هو عائق مؤقت للدعوى ويقتصر أثره على إلغاء إجراءات الخصومة التي صدر فيها، ويجوز لصاحب المصلحة تجديد الدعوى إذا لم يكن قد سقط حقه بسبب من أسباب السقوط⁽¹⁾.

أما الدفع بعدم القبول فهل الحكم الصادر فيه بقبوله يترتب عليه عدم جواز تجديد الدعوى أم لا، وبعبارة أخرى هل لهذا الحكم حجية الأمر المقضي، أم أن أثر الحكم يقتصر على إلغاء إجراءات الخصومة التي صدر فيها، بمعنى ليس للحكم الصادر أية حجية؟

ويقصد بعدم إمكانية تجديد الدعوى أن المحكمة في حالة قبولها الدفع بعدم القبول لتأسيسه، وبالتالي الحكم بعدم قبول الدعوى، والامتناع عن النظر في الموضوع، عندئذ يجوز إعادة طرح هذه الدعوى وبنفس الموضوع أمام القضاء من جديد أم لا؟ وهل حكمها في هذا الحالة يحوز الحجية بالنسبة للموضوع، أم أن أثر الحكم يقتصر على الإجراءات، وبالتالي فإنه يمكن تجديد الدعوى بعد تصحيح هذه الإجراءات؟ أما إذا رفضت المحكمة الدفع بعدم القبول أي لم تقبله؛ لعدم تأسيسه، ولأن الدعوى مستوفية لكافة المقتضيات اللازمة لقبولها، ولا يعني هذا أن الخصم الذي وجه إليه الدفع هو صاحب الحق في إجابة القضاء لما يطلبه، فهذا الحق سوف يقرره الحكم الصادر في الموضوع، فالحكم برفض الدفع بعدم القبول يعني فقط أنه غير مؤسس، وأن من حق المحكمة أن تنتقل لنظر موضوع الدعوى

(1) - د. أحمد أبو الوفا، نظرية الدفع، مرجع سابق، ط7، ص 858، بند 488.

والحكم فيها، فإذا صدر الحكم الموضوعي، فإنه لا يمكن إعادة طرح هذه النزاع بذات العناصر من جديد أمام القضاء، لأن الحكم الصادر يحوز حجية الأمر المقضي، وإذا ما رفعت الدعوى بالرغم من ذلك، فإنها سوف تدفع بدفع سبق الفصل فيها، فالذي يمنع من تجديد النزاع هو حجية الحكم الصادر في الموضوع، ففي هذا الفرض لا تنثور أية مشكلة.

أما الحكم الصادر بقبول الدفع بعدم القبول وبعدم قبول الدعوى، فقد اختلف الفقه والقضاء في أیترتب على صدوره حجية الشيء المقضي به أم لا؟ ويمكن القول إن أهم الآراء التي قيلت في هذا الخصوص هو:

1- رأي يقول بأن الدفع بعدم القبول هو دفع موضوعي يقصد به الرد على الدعوى ذاتها⁽¹⁾، وبالتالي يترتب على الحكم بقبوله أن يخسر المدعي دعواه بحيث لا يستطيع العودة إليها.

ويبرر هذا الرأي وجهة نظره بأن المحكمة وهي تقضي بقبول الدفع فإنها تفصل في موضوع الدعوى، وبعبارة أخرى فالدفع بعدم القبول هو دفع موضوعي، وقبول الدفع بعدم القبول وكأنه قبول دفع موضوعي؛ ولذلك فالمحكمة بناء على ذلك تستنفذ ولايتها بقبول الدفع بعدم القبول، كما هو الحال عند قبول دفع موضوعي. وتطبيقاً لذلك فقد قضت محكمة النقض المصرية أن قبول المحكمة للدفع بعدم القبول لعدم توافر الشروط اللازمة لسماع الدعوى وهي الصفة والمصلحة في رفعها تستنفذ به المحكمة ولايتها كالحال في شأن الدفع الموضوعية المتعلقة بأصل الحق.

فبحسب هذا الرأي هي أنه بعد الحكم بقبول الدفع بعدم القبول، وبعدم قبول الدعوى، فإنه لا يجوز تجديد ذات النزاع بذات عناصره مرة أخرى أمام القضاء⁽²⁾.

(1) - د. عبدالمنعم الشرقاوي، نظرية المصلحة في الدعوى، ط1، سنة 1947، ص 410 وما بعدها. أشار إليه د. علي عوض حسن، الدفع بعدم القبول في المواد المدنية والتجارية، طبعة عام 1995، مرجع سابق، ص 20، هامش 2.

(2) - نقض مدني مصري في الطعن رقم 182 لسنة 41 ق جلسة 1981/11/16. أشار إليه محمد عزمي البكري، مرجع سابق، ص 945، بند 449. وأيضاً استئناف مختلط 21 فبراير سنة 1930 =

وفي هذا المعنى يرى فقه آخر، بأن هناك دفعوفاً لا توجه للحق الموضوعي المطالب به، وإنما يطعن به الخصم في حق المدعي في رفع أو استعمال دعواه أمام القضاء، ويسمى دفعاً بعدم القبول، أو عدم الجواز كالدفع بعدم قبول لانتفاء الصفة أو المصلحة في الدعوى، والدفع بعدم قبول الطعن في الحكم لسبق الرضا به من المحكوم عليه، أو لفوات ميعاد الطعن فيه، ويرى أن هذه الدفعات تحتل مكاناً وسطاً بين الدفعات الشكلية والدفعات الموضوعية، أو أنها تشبه الدفعات الموضوعية، فيما تختلف فيه عن الدفعات الشكلية، وتختلف عن الدفعات الموضوعية، فيما تشبه فيه الدفعات الشكلية، فهي تشبه الدفعات الشكلية في أنها لا توجه لأصل الحق المدعى به، وتختلف عنها في أنها لا توجه للخصومة أو إجراءاتها، وإنما توجه إلى الحق في رفع الدعوى وتوافر شروطها الموضوعية، وأن الحكم بعدم قبول الدعوى، لعدم توفر شروط قبولها، يمنع تجديدها فيكون حاسماً لموضوع الدعوى، فالحكم بعدم قبول الدعوى لعدم توفر شروط قبولها هو كالحكم في موضوع الدعوى بالرفض بناء على قبول أي دفع موضوعي متعلق بأصل الحق موضوع الدعوى⁽¹⁾.

2- ويذهب فريق ثانٍ من الفقه إلى أن الحكم الصادر في الدفع بعدم القبول مما يتعلق بالموضوع، فإن القاضي يستنفد ولايته بالنسبة للموضوع، وبناء على ذلك لا يجوز تجديد النزاع بذات عناصره مرة أخرى أمام القضاء. أما إذا كان الحكم صادراً في دفع بعدم القبول مما يتعلق بالإجراءات فإن محكمة أول درجة لا تستنفد ولايتها بالنسبة للموضوع وبالتالي يجوز تجديد النزاع بعد استيفاء المقتضى الشكلي المعيب، وإذا ما حدث طعن في الحكم الصادر في مثل هذا الدفع، فإن هذا الطعن لا يولد أثراً ناقلاً بالنسبة للموضوع، وعلى ذلك فإذا ألغيت محكمة الطعن الحكم

= والتعليق عليه د. محمد حامد فهمي، تعليق في مجلة القانون والاقتصاد، سنة 1، ص 871 وما بعدها.

أشار إليهم د. أحمد أبو الوفا، نظرية الدفع، ط7، مرجع سابق، ص 860 وما بعدها، بند 490.

(1) - د. محمد حامد فهمي، المرافعات المدنية والتجارية، ص 430، بند 384. أشار إليه د. علي عوض حسن، الدفع بعدم القبول في المواد المدنية والتجارية، طبعة عام 1996، مرجع سابق، ص 20، بند 6.

المطعون فيه، وجب عليها إعادة القضية إلى محكمة أول درجة لتفصل في الموضوع، لأن قاضي أول درجة لم يستنفد ولايته في هذا الموضوع⁽¹⁾.

3- وذهب رأي آخر إلى القول بأنه يصعب أو لا يمكن وضع حكم عام يتعلق بأثر الحكم الصادر بقبول الدفع بعدم القبول، فأحياناً يترتب على الحكم بقبوله عدم جواز تجديد الدعوى كما هو الحال عند سقوط الطعن بالاستئناف لرفعه بعد الميعاد، وأحياناً أخرى يقتصر أثر الحكم بعدم قبول الدفع على إلغاء إجراءات الخصومة فقط، وبالتالي يمكن رفع الدعوى من جديد، كما في حالة رفع الدعوى قبل أوانها أو مناسبتها، فإذا حل الأوان أو المناسبة أمكن له رفع دعوى من جديد، وإذا حكم بعدم قبول دعوى الدائن على الكفيل إذا لم يكن قد رجع على المدين جاز له تجديد دعواه على الكفيل إذا ما رجع على المدين، وإذا حكم بعدم قبول الطعن في حكم فرعي مما لا يجوز الطعن فيه فور صدوره، فإنه يمكن للطاعن تجديد طعنه بعد صدور الحكم في الموضوع⁽²⁾.

4- ويرى فقه آخر أن الحكم بقبول الدفع بعدم القبول وعدم سماع الدعوى، يحوز حجية الأمر المقضي أو لا يحوزه حسب الأحوال، فحجية هذا الحكم تختلف حسب ما إذا كان مرماء الفصل في الدعوى أم لا؟ فإذا لم يكن الحكم فاصلاً في موضوع الدعوى، كما هو الأمر عند الحكم بعدم قبول الدعوى لرفعها قبل الأوان فلا حجية لهذا الحكم. أما إذا كان الحكم فاصلاً لموضوع الدعوى، كما إذا حكمت المحكمة بعدم قبول الدعوى لانعدام صفة المدعي، أو لانقضائها بمضي المدة، أو لسبق الفصل فيها، فإن هذا الحكم يحوز الحجية، فلا يستطيع المدعي رفع الدعوى من جديد، وتبرير ذلك - بحسب هذا الفقه - لأن هذا الحكم يعتبر فاصلاً في موضوع الدعوى، وإن تم الفصل دون بحث موضوعها، وذلك بسبب التخلف الظاهر لأحد شروط نشأة الحق في الدعوى، أو لانقضاء هذا الحق⁽³⁾.

(1) - د. نبيل إسماعيل عمر، المرجع السابق، ص 283 وما بعدها، بند 178 و 179.

(2) - د. أحمد أبو الوفا، نظرية الدفع، مرجع سابق، ص 858 وما بعدها، بند 488.

(3) - نقض مدني مصري، 25 يناير 1962، مجموعة النقض، 17/108/13. د. فتحي والي، الوسيط، ص 495، بند 287.

و لذلك فقد ذهب بعض الفقه تأييداً لوجهة النظر السابقة إلى القول بأنه أحسن المشرع المصري إذ لم يحاول أن يضع حكماً عاماً في هذا الصدد يمكن تطبيقه على كل الدفوع بعدم القبول، لأن بعض صور هذا الدفع تخضع لأحكام خاصة، ينظم القانون كلاً منها في موضعها، الأمر الذي لا يمكن معه وضع أحكام عامة قابلة للتطبيق عليها جميعاً⁽¹⁾.

5- وذهب البعض الآخر إلى أنه ليس للحكم الصادر في الدفع بعدم القبول حجية القضية المحكوم بها وذلك بالنسبة للموضوع، لأنه حكم يصدر دون نظر أو مساس بالموضوع، فالحجية إنما تترتب على الأحكام التي تحسم المسائل المتعلقة بأصل الحق المطالب به؛ ولذلك فإذا كان يترتب على الحكم الصادر بعدم قبول الدعوى انتهاء الخصومة أمام المحكمة وزوال سائر الإجراءات، واعتبارها كأن لم تكن، فإن هذا الحكم لا يمنع من تجديد الدعوى طالما لم يسبق الفصل في موضوعها.

فعندما يكون مرجع عدم قبول الدعوى، هو لعدم نشأة الحق في استعمالها أو مباشرتها بعد، كما هو الحال عند عدم قبول الدعوى لعدم توفر شرط المصلحة فيها، أو لعدم وجود أحد أوصافها فيها، أو لأن الطعن قد رفع قبل أوانه، فإنه يمكن تجديد الدعوى في هذه الحالة إذا توافرت المصلحة أو أوصافها، والتي انعدامها أدى لعدم قبول الدعوى أول الأمر، أو بدأ ميعاد الطعن، ففي هذه الحالات يمكن القول إن العائق أو المانع الذي حال دوم قبول الدعوى والنظر في موضوعها، كان مانعاً أو عائقاً مؤقتاً، الأمر الذي يمكن معه تجديد الدعوى بعد زوال هذا العائق، أما إذا كان سبب عدم قبول الدعوى هو لسقوط الحق في رفعها، كما في أحوال انقضاء الدعوى بالتقادم المسقط، أو سقوطها لرفعها بعد الميعاد المعين، أو لسبق الفصل فيها، فإن الحكم الصادر بعدم قبول الدعوى بسبب سقوط الحق في الدعوى سوف يحول دون إمكان تجديدها مرة أخرى، أي أن رفع الدعوى من جديد سوف

(1) - د. عبدالمنعم الشرقاوي، مرجع سابق، ص 88، بند 64.

يصطدم بنفس العائق أو المانع الذي منع قبولها في المرة السابقة، وبعبارة أخرى فهذا العائق لن يزول أبداً⁽¹⁾.

6- بينما يذهب أصحاب الاتجاه الذين يربطون الحق في الدعوى بنجاحها، إلى أنه في الأحوال التي يكون الحكم الصادر بعدم قبول الطلب القضائي عائداً إلى أسباب ترجع إلى انقضاء الحق في الدعوى، فإن هذا الحكم يحوز حجية الشيء المقضي به.

أما في الأحوال التي يكون الحكم الصادر بعدم قبول الطلب القضائي عائداً إلى عدم توافر الشروط اللازمة لنشأة الحق في الدعوى، فإن هذا الحكم يحوز الحجية إلى اللحظة التي تتجمع فيها الشروط الواجب توافرها لنشأة هذا الحق، إذ تتوقف هذه الحجية عن العمل، ومن ثم يجوز رفع الطلب القضائي من جديد نظراً لاستناده على الحق في الدعوى الذي توفرت شروط نشأته.

وأما في الأحوال التي يرجع فيها عدم قبول الطلب القضائي إلى عدم توفر شرط من الشروط اللازم توافرها لقبولها، فإن الحكم بعدم القبول لا يكون له حجية الشيء المقضي به طالما أنه من الممكن إعادة رفع هذا الطلب بعد استيفاء المقتضى الناقص واللازم لقبوله. كل هذا ما لم يكن الحق الإجرائي قد سقط لأي سبب من أسباب السقوط؛ ولذلك يرى هذا الفقه أن الحكم بعدم القبول لرفع الدعوى قبل الأوان، أو لرفعها في غير الميعاد، لا يحوز الحجية، وبالتالي فلا مانع من إعادة رفع ذات الدعوى من جديد في الميعاد المحدد، ولا يحول دون ذلك سبق الحكم بعدم القبول.

وأما الحكم بعدم قبول الدعوى لرفعها من غير ذي صفة، فإنه يحوز الحجية في مواجهة ذات هذا الشخص، فلا يجوز لذات هذا الشخص أن يعود مرة ثانية ويرفع نفس الدعوى، التي حكم من قبل بعدم قبولها، وبذات الصفة السابقة، إلا أن هذا الحكم لا يمنع صاحب الصفة الحقيقي من رفع الدعوى من جديد.

(1) - د. أحمد خليل، مرجع سابق، ص 273 وما بعدها، بند 304. وأيضاً د. أمينة النمر، مرجع سابق، ص 139، بند 112.

أما الحكم بعدم قبول الدعوى لانقضائها بالتقادم أو بالسقوط، فإنه فعلاً يحوز حجية الشيء المقضي به وبالتالي لا يجوز رفع هذه الدعوى مرة ثانية. ولا يعود ذلك بحسب هذا الفقه إلى أن هذا الحكم يعتبر فاصلاً في الدعوى، وإن تم الفصل فيها دون بحث أو مساس بموضوعها، كما ذهب إليه البعض. وإنما تبرير ذلك يرجع إلى قيام سبب من أسباب انقضاء الحق في الدعوى، وهو في هذه الحالة تقادم الحق في الدعوى (1).

7- وفي هذا المعنى أيضاً يذهب أصحاب الاتجاه الذين يربطون الحق في الدعوى بقبولها إلى أن حجية الأمر المقضي، إنما تترتب على القضاء الموضوعي، أي تكون للأحكام التي تفصل في موضوع الدعوى، أما الحكم بعدم القبول فهو لا يعتبر حكماً موضوعياً، لأنه لا يفصل في الموضوع فالحكم بعدم القبول لا يرتب حجية الأمر المقضي (2)، فهو ليس عملاً قضائياً يقيد فيه القاضي الخصوم برأيه في أن الادعاء على غير أساس، وإنما يقرر القاضي في هذا الحكم عدم تقييد الخصوم برأيه في الادعاء، وبعبارة أخرى، فإنه لا يمثل صورة من صور الحماية القضائية، وإنما يعني إنكار هذه الحماية (3).

و لذلك يميز هذا الاتجاه بين الحكم بعدم قبول الدعوى والحكم في موضوعها بالرفض، فالحكم الأول لا يمنع من قبول ذات الدعوى من جديد، إذا توافرت شروطها بعد صدوره، أما الحكم بالرفض فهو يمنع دون قبول ذات الدعوى من جديد؛ لأن هذا الحكم يحوز حجية الأمر المقضي، وإذا كانت النتائج العملية تتشابه بين الحكمين في بعض الحالات بحيث لا يمكن قبول ذات الدعوى، التي يحكم

(1) - د. نبيل إسماعيل عمر، الدفع بعدم القبول، مرجع سابق، ص 303 وما بعدها، بند 192، 193.

(2) - بتي، القانون الإجرائي، ص 114-116، رقم 28. حيث يقرر أن الأحكام الصادرة في القبول لا تترتب سوى الأمر المقضي الشكلي.

أشار إليه د. وجدي راغب فهمي، مرجع سابق، ص 490.

(3) - جيليان، رسالة، ص 112. أشار إليه د. وجدي راغب فهمي، مرجع سابق، ص 490.

بعدم قبولها أيضاً من جديد، فإن هذا لا يرجع إلى حجية الأمر المقضي، وإنما إلى ظروف الدعوى ذاتها واستحالة توافر مقتضياتها مستقبلاً، كما هو الحال عند انقضاء الدعوى بالتقادم المسقط أو بالسقوط، أو لسبق الفصل في موضوعها⁽¹⁾.

هذا الرأي الأخير هو الذي نؤيده، فالدفع بعدم القبول هو الدفع الذي ينازع به المدعى عليه في أن الدعوى المرفوعة عليه لا تتوافر فيها شروط قبولها.

فإذا ما رفض الدفع بعدم القبول، أو حكم بعدم قبوله، فإن القاضي سوف ينتقل لنظر موضوع الدعوى التي حكم بقبولها، وبالتالي سوف يصدر حكمه في موضوعها، وهنا لا توجد مشكلة، إذ إن الحكم الصادر في الموضوع سوف يرتب حجية الأمر المقضي.

أما إذا قبل القاضي الدفع بعدم القبول لتأسيسه، فهنا القاضي لن يكون بمقدوره نظر موضوع النزاع والذي رفعت الدعوى لأجل الفصل فيه.

فالدفع بعدم القبول له سمة أساسية تميزه عن الدفع الموضوعي وهي أنه يهدف إلى تجنب بحث الموضوع، فإن مفاد هذا أن محكمة أول درجة عندما تحكم بعدم قبول الدعوى، فإنها تقرر بأنها لم تنظر موضوع الدعوى⁽²⁾.

فالقاضي وهو يفصل في مسألة قبول الدعوى أو عدم قبولها، إنما يحل مسألة قانونية بحتة، هي البحث عن وجود قاعدة قانونية تمنح حماية لمثل هذا الحق المدعى به، فإذا ما وجد أن قواعد القانون تحمي نوع المصلحة التي يطالب بها المدعي، فإن دعواه تقبل وينتقل القاضي لنظر موضوع الدعوى، أما إذا وجد أن قواعد القانون لا تحمي المصلحة التي يدعيها المدعي، فإنه يصدر حكمه بعدم قبول الدعوى ولا ينتقل لنظر موضوعها.

(1) - د. وجدي راغب فهمي، مرجع سابق، ص 490.

(2) - سوليس وبيرو، ج1، بند 315، ص 293. والعشماوي، ج2، بند 788، ص 306. وجدي راغب فهمي، مبادئ، ص 223.

أشار إليهم د. فتحي والي، الوسيط، مرجع سابق، ص 494 وما بعدها، بند 287.

فالقاضي وهو يحكم بعدم قبول الدعوى لعدم توافر شروط رفعها، لا يفصل بأي شكل في موضوعها، فالحكم بعدم القبول يعني أنه لم ينظر في ثبوت أو عدم ثبوت الحق الموضوعي الذي يطالب به المدعي.

والخلاصة: إن الحكم الصادر بقبول الدفع بعدم القبول لا يترتب على صدوره حجية الأمر المقضي بالنسبة لموضوع الدعوى؛ ولذا فإنه يجوز تجديد الدعوى بعدم الحكم بعدم قبولها وذلك في حال توفرت شروط رفعها مستقبلاً سواء كانت من الشروط العامة أم الخاصة، والتي أدت تخلفها إلى الحكم بعدم القبول، كل ذلك بشرط ألا يكون الحق في الدعوى ذاته قد انقضى أو سقط، إذ في هذه الحالة لا يتصور قيام مطالبة قضائية مقبولة.

هذا الرأي الأخير، هو الذي أخذت به محكمة النقض المصرية في بعض أحكامها فقد قضت بأنه إذا صدر حكم بعدم قبول دعوى أو رفضها بحالتها لعدم وفاء المشتري كامل الثمن، فإن هذا الحكم تكون حجيته موقوتة تقتصر على الحالة التي رفعت بها الدعوى أولاً، فلا يجوز معاودة طرح النزاع متى كانت ظروف الدعوى لم تتغير، ولكن لا يوجد ما يمنع من إعادة رفعها إذا ما أوفى المدعي باقي الثمن⁽¹⁾. وقضت في حكم آخر لها بعدم قبول دعوى الإخلاء للضرر لعدم ثبوت ما يدعيه المدعي بحكم قضائي نهائي وفقاً للمادة (18) من قانون 360 لسنة 1981م، فإن الحكم يحوز الحجية ويمنع رفع نفس الدعوى مرة أخرى ما دام لم يقدم المدعي ما يفيد حصوله على حكم ثانٍ بإثبات ما يدعيه على المستأجر، ودون أن يطرأ تغيير على ظروف الدعوى⁽²⁾. وفي حكم آخر قضت من أن الحكم بعدم قبول الدعوى لرفعها قبل الأوان يحوز الحجية تمنع من نظر أي دعوى تالية بين نفس الخصوم وبنفس الموضوع والسبب، إلا أن هذه الحجية مؤقتة؛ إذ هي تدوم بدوام السبب أو المبرر الذي أدى لعدم قبول الدعوى، ومن ثم فهذه الحجية تزول

(1) - نقض مدني مصري، 1990/6/12 في الطعن رقم 459 لسنة 57 قضائية. أشار إليه د. أحمد مليجي، مرجع سابق، ج2، ص 444، بند 757.

(2) - نقض مدني مصري، 1989/11/26 في الطعن رقم 850 لسنة 54 قضائية. أشار إليه د. أحمد مليجي، مرجع سابق، ج2، ص 444 وما بعدها، بند 757.

بزواله، ويمكن رفع الدعوى من جديد عند حلول الأجل⁽¹⁾. وقد قضت الهيئة العامة لمحكمة النقض السورية من أن ردّ الدعوى شكلاً لا يحجب عن المدعي صاحب الحق - الذي ردت دعواه شكلاً أول مرة - المطالبة بذات الحق المدعى به مجدداً بدعوى مبتدئة للبحث في الموضوع؛ وذلك لأن المحكمة لم تقض ببرد الدعوى موضوعاً، وإنما قررت ردها شكلاً. وقضت أن رد الدعوى لسبق أوانها لا يحجب عن المدعي إقامة الدعوى بنفس الموضوع مرة ثانية إذا زالت الأسباب القانونية لرد الدعوى سابقاً⁽²⁾. وجاء في حكم آخر أن عدم صحة الخصومة في الدعوى يجعل الادعاء مقدماً على غير ذي صفة، وإن ذلك لا يمنع من تجديدها أصولاً بعد تصحيح العيوب التي شابته الادعاء الأصلي⁽³⁾. ومن المعروف أن من ضمن حالات ردّ الدعوى شكلاً بحسب ما استقر عليه اجتهاد محكمة النقض السورية، هي عدم قبولها أو ردها لعدم توفر الصفة لدى طرفي الدعوى، أو لعدم توفر شرط المصلحة في الادعاء، أو لعدم رفع الدعوى على جميع من يوجب القانون رفعها عليهم، أو لعدم وضع إشارة الدعوى على الصحيفة العقارية، فالحكم الصادر في كل هذه الحالات، لا يمنع المدعي من رفع الدعوى مجدداً والمطالبة بالحق المدعى

(1) - الطعن رقم 150، سنة 60 ق، جلسة 1994/1/6. أشار إليه د. سعيد أحمد السعلة، مرجع سابق، ص 73، بند 55. وفي حكم آخر قضت محكمة النقض المصرية بأنه من المقرر، إن الحكم بعدم سماع الدعوى لعدم قيد عقد الإيجار المفروش بالوحدة المحلية، فإنها لا تكون قد استنفذت سلطتها بالفصل في موضوعها ولو تطرقت للتحقق من طبيعة العين المؤجرة؛ طالما أن ذلك من قبلها لم يكن إلا لبيان مدى خضوع العقد للقيد الذي فرضه القانون... مما لا يمنع معه من إعادة طرح النزاع بدعوى أخرى أمام ذات المحكمة استناداً إلى نفس العقد بعد تحقق الشرط اللازم لسماعها ولا يجوز التمسك في الدعوى الثانية بحجية الأمر المقضي به في الدعوى الأولى؛ لأن حجية الحكم الصادر فيها مؤقتة تدور مع علتها وجوداً وعدمياً وتزول بمجرد قيد العقد بالوحدة المحلية المختصة. الطعن رقم 1872، 3781 لسنة 56 ق، جلسة 1992/2/6. أشار إليه مصطفى مجدي هرجه، الدفوع والطلبات العارضة في قانون المرافعات المدنية والتجارية، دار محمود، مصر، القاهرة، 1995، ص 18، بند 9.

(2) - نقض سوري. الغرفة المدنية الثالثة في القضية أساس 3668، قرار 3937، تاريخ 2010/9/20، المحامون، 12.7، لعام 2012، السنة 77، ص 891.

(3) - نقض سوري. الغرفة المدنية الأولى في القضية أساس 174، قرار 159، لعام 2014، مجلة القانون، اجتهادات محكمة النقض المدنية والشرعية، عدد عام 2015، ص 21.

به، والبحث في الموضوع⁽¹⁾. وجاء في حكم آخر لها إن ردّ الدعوى لعدم صحة الخصومة يعني ردها شكلاً دون التعرض لموضوعها، مما لا يحجب حق المدعاة ثانية بعد تصحيح الخصومة في دعوى مبتدأة يوجب على المحكمة النظر في موضوع النزاع الذي لم يصدر فيه حكم حاسم للموضوع⁽²⁾.

ويتفق الدفع بعدم القبول مع الدفع الشكلي في هذا الخصوص، إذ لا يحوز الحكم الصادر في كلا الدفعين حجية الشيء المحكوم فيه بالنسبة للموضوع؛ لأنه حكم لا يمس الموضوع، ومن ثم فإنه يمكن إعادة رفع الدعوى من جديد بعد تصحيحها، أو توفر شروط قبولها⁽³⁾.

ثانياً - آثار الحكم الصادر في الدفع بعدم القبول على صحيفة الدعوى:

يترتب على مجرد رفع الدعوى، أي إيداع صحيفة الدعوى قلم كتاب المحكمة، عدة آثار إجرائية تتعلق بالخصومة، وتترتب على مجرد رفع الطلب سواء كان المدعي محقاً في دعواه أم لا، وآثار موضوعية وتتعلق بالرابطة الموضوعية محل النزاع أو بروابط مستمدة منها، وهذه الآثار تترتب على المطالبة القضائية إذا

(1) - قرار صادر عن الهيئة العامة لمحكمة النقض السورية، أساس 156، قرار 233، عام 2004. أشار إليه، مجلة القانون، مرجع سابق، للأعوام 2004/2005، 2006/، نشر عام 2009، ص 97، القاعدة 24. وفي حكم آخر قضت أن ردّ الدعوى شكلاً لا يمنع الادعاء مجدداً بتوفيق الدعوى مع مقتضيات الشكل. نقض مدني سوري قرار رقم 72، أساس 113، مجلة المحامون لعام 2006 م. أشار إليه: أنور عبدالله محمد، مرجع سابق، ص 94. وفي حكم آخر جاء فيه أن قضائيل الشكل تسبق البحث في موضوع الدعوى، وهي من شرائط قبول الدعوى وسماعها، وهي من متعلقات النظام العام. نقض مدني سوري، قرار رقم 10، أساس 54، مجلة المحامون، لعام 2006 م. أشار إليه: أنور عبدالله محمد، مرجع سابق، ص 94. وفي حكم آخر قضت أنه على المحكمة التثبت من الصفة وصحة التمثيل وحق الادعاء، قبل البحث بالموضوع، وإلا فإن حكمها يكون معرضاً للنقض. نقض مدني سوري، قرار رقم 2126، أساس 2260، مجلة المحامون لعام 2001 م، أشار إليه: أنور عبدالله محمد، مرجع سابق، ص 85.

(2) - نقض مدني سوري، قرار رقم 579، أساس 1454، مجلة الحامون لعام 1983 م. أشار إليه: أنور عبدالله محمد، مرجع سابق، ص 373 وما بعدها.

(3) - د. نجلاء توفيق فليح، الدفوع الشكلية في قانون المرافعات. دراسة مقارنة، بحث منشور في مجلة الرافدين للحقوق، مجلد (2/ السنة العاشرة)، عدد 25، سنة 2005، كلية القانون، جامعة الموصل، ص 125 وما بعدها.

كان المدعي محقاً في دعواه، ولهذا فهي آثار لا تتأكد إلا في لحظة الحكم، ومن هذه الآثار الموضوعية هو أن مرور الزمن منذ رفع الدعوى حتى صدور الحكم لا يؤدي إلى انقضاء حق المدعي. ويترتب هذا الأثر ولو رفعت الدعوى إلى محكمة غير مختصة. ويعبر المشرع في المادة (380) مدني سوري عن هذا الأثر بأن التقادم ينقطع بالمطالبة القضائية. ويشترط لترتيب هذا الأثر: أن يكون رفع الدعوى صحيحاً، فإذا كان باطلاً فلا يترتب هذا الأثر، وأن ترفع الدعوى أمام القضاء، وأن تنتهي الخصومة بحكم لصالح المدعي⁽¹⁾.

والسؤال: هل يشترط حتى ترتب المطالبة القضائية أثرها في قطع مدة التقادم أن يقبل الطلب؟

فالحكم الصادر في الدفع بعدم القبول إما أن يكون برفض الدفع أي عدم قبوله، أو أن يكون بقبوله، فإذا حكمت المحكمة المطروح أمامها الدفع بعدم القبول برفض هذا الدفع أو بعدم قبوله، فإن معنى ذلك أنها تطرح هذا الدفع جانباً، وتتطرق لنظر الموضوع، فهنا لا توجد مشكلة إذ المطالبة سترتب حتماً أثرها في قطع مدة التقادم.

أما إذا رأت المحكمة أن الدفع بعدم القبول مؤسس وصدر حكم بقبوله وبالتالي عدم قبول الدعوى، وهنا تنثور مشكلة أثر هذا الحكم على صحيفة الدعوى وإمكانية القول ببقاء أثرها في قطع مدة التقادم بالرغم من الحكم بعدم قبولها. لا يتفق الفقه والقضاء في هذا الموضوع، ويمكن القول إن أهم الآراء التي قيلت في هذا الشأن:

1- رأي يقول: إن الحكم بعدم قبول الدعوى هو كحكم المحكمة الصادر بعدم اختصاصها بالدعوى المرفوعة أمامها، لا يؤثر على ما سبق رفعه من دعوى، إذ ينقطع التقادم من تاريخ رفع الدعوى، وتبدأ مدة جديدة بعد الحكم فيها؛ لأن عدم القبول لا يمنع من إقامة الدعوى من جديد بعد زوال سبب عدم قبولها⁽²⁾.

(1) - نقض مدني مصري، 20/ 5/ 1975، مجموعة النقض، 26 - 1017 - 194. أشار إليه د.

فتحي والي، الوسيط، مرجع سابق، ص 438 وما بعدها، بند 265.

(2) - د. عبدالله الفراء، مرجع سابق، ص 293.

2- ويذهب البعض من أصحاب الاتجاه الذين يقومون بالتمييز بين الدفع بعدم القبول الموضوعية، والدفع بعدم القبول الإجرائية إلى أن الحكم بعدم قبول الدعوى، يترتب عليه زوال أثر رفع الدعوى في قطع المدة، إذا كان سببه يتعلق بالموضوع، كما هو الحال عند الحكم بعدم قبول الدعوى لفقدان المصلحة، أو الصفة. وأما إذا كان سبب الحكم بعدم القبول يتعلق بالشكل، كالحكم بعدم قبول الدعوى لرفعها بعد الميعاد المحدد، أو لعدم اتخاذ إجراء فرضه القانون قبل رفع الدعوى، فإن الدعوى تظل منتجة لأثرها في قطع المدة (1).

3- وذهب رأي إلى أنه لا يمكن وضع قاعدة واحدة بصدد أثر صحيفة الدعوى على مدة التقادم إذا ما حكم بعدم قبولها، فالحكم بعدم القبول في بعض الأحوال ينهي الخصومة ويجعلها كأن لم تكن دون أن يعتبر رفعها قاطعاً لمدة سقوط الحق بالتقادم، كما إذا حكم بعدم القبول لرفع الدعوى من غير ذي صفة أو على غير ذي صفة، وقيل أيضاً إن الحكم بعدم قبول الدعوى لوجود اتفاق التحكيم بين أطرافها لا يمس أثر رفع الدعوى، واعتباره قاطعاً لمدة سقوط الحق بالتقادم عملاً بالمادة (380) مدني سوري، وفي بعض الحالات يترتب على رفع الدعوى قطع مدة التقادم ولو حكم بعدم قبولها بعدئذ، كما إذا حكم بعدم قبول الطلب الجديد في الاستئناف، أو عدم قبول الطلب العارض لعدم ارتباطه بالدعوى الأصلية، أو عدم قبول التدخل أو اختصاص الغير بسبب عدم توافر الارتباط، أو عدم قبول دعوى طلب دين ثابت بالكتابة بسبب وجوب استصدار أمر الأداء أولاً، ففي كل هذه الحالات، يذهب هذا الرأي إلى أنه لا يمكن تجاهل أثر رفع الدعوى في قطع مدة التقادم على الرغم من الحكم بعدم القبول (2).

4- وذهب رأي آخر إلى أن الحكم الصادر بقبول الدفع وبعدم قبول الدعوى يترتب عليه انتهاء الخصومة وزوال سائر الإجراءات، وزوال سائر الآثار القانونية

(1) - د. محمد علي عمران، وقف التقادم وانقطاعه، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، العدد الثاني، سنة 1973. أشار إليه د. عبدالله الفراء، مرجع سابق، ص 293.

(2) - استئناف مختلط 1929/11/19 - مجلة التشريع والقضاء 42 - ص 44. أشار إليه: د. أحمد أبو الوفا، نظرية الدفع، ط 7، مرجع سابق، ص 872، بند 495.

المرتتبة على قيامها، وبالتالي يعود الخصوم إلى الحالة التي كانوا عليها قبل رفع الدعوى وكأنها لم ترفع قط، وسواء كان الحكم صادراً بعدم القبول لأسباب ذات طبيعة شكلية كشرط الميعاد، أم لأسباب موضوعية كشرط المصلحة.

فالمادة (380) من القانون المدني السوري التي تنص على أن مدة التقادم تنقطع برفع الدعوى ولو إلى محكمة غير مختصة، فهذه المادة تقرر قاعدة استثنائية، ومن ثم لا يعمل بها إذا حكم بعدم قبول الدعوى⁽¹⁾.

وعلى ذلك فقبول الدفع بعدم القبول والحكم بعدم قبول الدعوى، إذ يترتب عليه زوال الخصومة دون الفصل في الموضوع، فإن الخصومة تزول والتقديم يعتبر وكأنه لم ينقطع، والمقصود بالتقادم هنا تقادم الحق الموضوعي المرفوعة المطالبة القضائية بهدف التوصل إلى الحصول على حكم بشأنه، ولذلك ينتقد هذا الفقه الرأي السابق بقوله إنه في بعض الحالات يمكن أن ترتب المطالبة أثرها في قطع مدة التقادم بالرغم من الحكم بعدم قبولها كما هو الحال عند الحكم بعدم قبول الطلب الجديد في الاستئناف. ويرى هذا الفقه أن الحكم بعدم قبول الطلبات الجديدة التي تطرح لأول مرة أمام محكمة الاستئناف يؤدي إلى زوال هذا الطلب واعتباره كأن لم يكن إعمالاً للمادة (235) من قانون المرافعات المصري، وهذه القاعدة تطبق أيضاً كان الطرف الذي قدم هذا الطلب الجديد، زوال هذا الطلب نتيجة الحكم بعدم القبول يجعله منعدم الأثر بالنسبة لخصومة ثاني درجة⁽²⁾.

وبالنسبة للتقادم، فيرى هذا الفقه أنه ما دامت الخصومة الأصلية قائمة أمام محكمة الاستئناف فإن التقادم سيظل منقطعاً، أما في الأحوال التي يتم فيها رفع طلب جديد في الاستئناف، في الحالات التي يجوز فيها ذلك، وبالتالي نشوء خصومة جديدة تضاف إلى الخصومة الأصلية، فإن هذه الخصومة الجديدة سوف تحدث أثرها في قطع مدة التقادم بمواجهة هذا الخصم الذي قدم الطلب الجديد، وأما

(1) - د. أحمد أبو الوفا، المرجع السابق، ط 7، ص 871 وما بعدها، بند 495. وأيضاً. نبيل إسماعيل

عمر، الدفع بعدم القبول، مرجع سابق، ص 296 وما بعدها، بند 187.

(2) - د. فتحي والي، الوسيط، مرجع سابق، ص 498. أشار إليه د. نبيل إسماعيل عمر، الدفع بعدم القبول، مرجع سابق، ص 297 وما بعدها، بند 188.

إذا حكم بعدم قبول هذا الطلب الجديد، فإن الخصومة الناتجة عن رفع هذا الطلب سوف تنتهي وتزول سائر الآثار التي ترتبت على رفعها، ويعتبر التقادم وكأنه لم ينقطع، ونفس الحكم يسري عند الحكم بعدم قبول الطلب العارض لعدم ارتباطه بالدعوى الأصلية، فالخصومة الأصلية الناشئة بين الأطراف الأصليين طالما هي قائمة ومستمرة ولم تزل لأي سبب من الأسباب، فإنها تظل منتجة لأثرها في قطع مدة التقادم، وبناء على ذلك فإذا كان الطلب العارض المقدم من الخصوم الأصليين غير متصل بأي حق موضوعي مختلف عن الحق المرفوعة به المطالبة الأصلية، فإن الحكم بعدم قبول هذا الطلب العارض لن يؤثر على حالة انقطاع التقادم التي نتجت عن تقديم الطلب الأصلي المرفوع للمطالبة بأصل الحق.

أما إذا كان الطلب العارض مقدماً من شخص من الغير ومتعلقاً بحق يختلف عن الحق الموضوعي المرفوع به الطلب الأصلي، فإنه إذ يولد خصومة جديدة مضافة إلى الخصومة الأصلية، ومن ثم ينتج عنه قطع لمدة التقادم بمواجهة الخصم مقدم الطلب العارض، ويبقى التقادم منقطعاً طالما أن الخصومة تبقى قائمة أمام المحكمة، أما إذا حكم بعدم قبول هذا الطلب، فإن هذا معناه انتهاء الخصومة التي تولدت عن رفع هذا الطلب، وزوال سائر الإجراءات والآثار القانونية التي ترتبت على قيامها، ولهذا فالتقادم الذي انقطع، برفع هذا الطلب، يعتبر وكأنه لم ينقطع⁽¹⁾.

والخلاصة: بحسب هذا الفقه - فإن الحكم بعدم قبول الطلب القضائي يؤدي إلى زوال الخصومة الناشئة عن هذا الطلب، وزوال كافة إجراءاتها، وزوال كافة الآثار القانونية المترتبة على قيامها.

وهو الاتجاه الذي تأخذ به محكمة النقض المصرية، فقد قضت في حكم لها، بأن صحيفة الدعوى المرفوعة بحق ما لا تعتبر قاطعة إلا إذا وجهت إلى المدين الذي ينتفع بالتقادم، ومن ثم فإذا وجهت إلى من ليس له صفة فيها، فإنها لا تقطع

(1) - من هذا الرأي أيضاً د. فتحي والي، الوسيط، ص 499. أشار إليه د. نبيل إسماعيل عمر، الدفع بعدم القبول، مرجع سابق، ص 297 وما بعدها، بند 188، 189. وأيضاً نقض 1963/5/22 - 14- 737 أشار إليه د. أحمد أبو الوفا، نظرية الدفع، مرجع سابق، ص 871، بند 495.

التقادم، وبالتالي فتصحيح الدعوى بتوجيهها إلى من له صفة، لا ينسحب أثره في قطع التقادم إلى تاريخ رفع الدعوى؛ لأن تصحيح الصفة يجب أن يتم في الميعاد المقرر وألا يخل بالمواعيد المحددة لرفع الدعاوى، وبمدد التقادم⁽¹⁾.

ومن جهة أخرى، فمن المعروف أن المبدأ هو أن الخصومة عندما تنتهي أو تسقط فإنها تزول بما تضمنته من أعمال وما أنتجته من آثار، سواء كانت آثاراً موضوعية أم آثاراً إجرائية؛ ولهذا فإن التقادم يعتبر كأنه لم ينقطع، والفوائد كأنها لم تجر، ولا تعد هناك مطالبة قضائية فلا يجوز بعد سقوط الخصومة التمسك بالإحالة لسبق رفع الدعوى، على أنه واستثناء من هذا المبدأ، ينص القانون على بقاء بعض أعمال الخصومة وأدلة الإثبات المقدمة فيها رغم سقوطها المادة (137) مرافعات مصري.

وأساس هذه الاستثناءات هو مبدأ الاقتصاد في الخصومة، فهذه الاستثناءات ترمي لإنقاذ بعض أعمال الخصومة التي سقطت، وذلك لاستخدامها خارجها، ومن ثم فعلى الرغم من سقوط الخصومة تبقى بعض الأعمال كالأحكام القطعية الصادرة في الخصومة والتي تحسم بعض طلبات الخصوم وتحوز الحجية، وليس الحكم الذي ينهي الخصومة.

وتبقى الإقرارات الصادرة من الخصوم والأيمان التي حلفوها، وإجراءات التحقيق وأعمال الخبرة التي تمت، ونفس هذه الآثار تبقى رغم الحكم بانقضاء الخصومة بالتقادم⁽²⁾.

فهل يمكن القول ببقاء هذه الآثار بعد الحكم بعدم القبول أيضاً؟ يجيب بعض الفقه على هذا بأنه عند إعمال جزاء السقوط، أو جزاء التقادم، فإن الأمر يتعلق بطلب قضائي كان مقبولاً منذ البداية لوجود كافة الشروط التي فرضها القانون

(1) - الطعن رقم 354، سنة 44ق، جلسة 1981/12/21، س 32، ص 2374. أشار إليه د. سعيد أحمد الشعلة، مرجع سابق، ص 35.

(2) - نقض مدني مصري، 1967/3/16 مجموعة النقض، س 18، ص 672. ونقض مدني مصري، 1967/3/19 مجموعة النقض، س 18، ص 599. أشار إليه د. نبيل إسماعيل عمر، الدفع بعدم القبول، مرجع سابق، بند 190.

لقبوله، إلا أنه حدث بعد ذلك سبب أو عارض أدى إلى ركود الخصومة مدة من الزمن، ولا اعتبارات متعددة نص المشرع على زوال الخصومة إما بسقوطها أو بتقادمها، ومع ذلك وإعمالاً لمبدأ الاقتصاد في الإجراءات فقد أراد المشرع الإبقاء على بعض الآثار المتولدة عن الخصومة المنتهية أو المنقضية استثناء من قواعد اعتبارها كأن لم تكن.

أما فيما يتعلق بالطلب الذي حكم فيه بعدم القبول، فهذا الطلب ومنذ بدايته كان مفتقداً لشروط ضروري من شروط قبوله، ومن ثم فالمدعي ليس له أي حق في رفع أو استعمال الدعوى، وبناء على ذلك فإذا صدر حكم بعدم قبول الدعوى، فإنه يترتب على ذلك زوال الخصومة بكافة إجراءاتها وآثارها وعودة الخصوم إلى الحالة التي كانوا عليها قبل رفع الطلب القضائي.

والخلاصة: لا يصح قياس جزاء عدم القبول على جزاء سقوط الخصومة وتقادمها والقول بإمكانية بقاء بعض الأعمال، أو الإجراءات التي تبقى رغم هذا السقوط أو هذا التقادم⁽¹⁾.

(1) - د. نبيل إسماعيل عمر، الدفع بعدم القبول، مرجع سابق، ص 300 وما بعدها، بند 190.

الفرع الثاني - الطعن في الحكم الصادر في الدفع بعدم القبول:

نبين أثر الطعن في الحكم الصادر في الدفع بعدم القبول، ومن ثم نعرض لرأي الفقه والقضاء في هذا الخصوص، وخاصة ما هو عليه الحال لدى القضاء المصري والسوري.

أولاً - آثار الطعن في الحكم الصادر بالدفع بعدم القبول:

ونبحث فيه الطعن في الحكم الصادر في الدفع بعدم القبول، وذلك عندما يتم الطعن فيه بالاستئناف، ومن ثم نعرض للطعن فيه بطريق النقض.

1- آثار الطعن بالاستئناف في الحكم الصادر بالدفع بعدم القبول:

بالتمسك بالدفع بعدم القبول من جانب الخصوم، أو بقيام المحكمة بإثارة هذا الدفع من تلقاء نفسها وذلك في الحالات التي يجوز لها ذلك، فإنه يتعين عليها الحكم في هذا الدفع وإصدار حكمها فيه.

والحكم الصادر في الدفع بعدم القبول ينحصر: إما في قبول الدفع والحكم بعدم قبول الدعوى، وبالتالي فالمحكمة سوف تمتنع عن النظر في موضوع الدعوى، وإما أن يكون حكمها هو عدم قبول الدفع أي برفضه وقبول الدعوى وبالتالي سوف تنتقل المحكمة لنظر موضوع الدعوى.

والحكم الصادر في الدفع بعدم القبول سواء كان بقبوله أم بعدم قبوله أي برفضه، لا يفصل في موضوع الدعوى، وإنما يقرر قبل الحكم فيه توافر سلطة الخصم في الالتجاء إلى القضاء أو عدم توافر هذه السلطة. وقد نصت المادة (122) من قانون الأصول الفرنسي الجديد صراحة على ذلك بقولها يعتبر دفعاً بعدم القبول كل دفع يقصد به عدم قبول دعوى الخصم، دون المساس بالموضوع، وذلك لانتفاء حق التقاضي، كما في حالة فقد المصلحة، أو الصفة، أو بسبب التقادم، أو بسبب السقوط، أو بسبب سبق الفصل في الدعوى.

والمذكرة التفسيرية لقانون المرافعات المصري السابق أيضاً تذكر صراحة أن الأحكام الصادرة في الدفوع بعدم القبول تعد من الأحكام الصادرة قبل الفصل في الموضوع، أي تعد من الأحكام الفرعية، وهي بالتالي تخضع للقواعد العامة لهذه الأحكام.

ويدخل في مدلول هذه الأحكام كل حكم يصدر في دفع شكلي، أو في دفع من الدفع بعد قبول الدعوى، أو في طلب يتصل بسير الإجراءات، أو بشكلها، أو بإثبات الدعوى، أو في طلب وقتي، كالحكم الصادر باختصاص المحكمة أو بعدم اختصاصها، والحكم الصادر بقبول الدعوى أو عدم قبولها، أو قبول الدفع أو عدم قبوله، وكذلك الأحكام الصادرة برفض الدفع الموضوعية.

أما الحكم الموضوعي فهو الذي يصدر في موضوع الدعوى أو في شق منه، ومن ثم يدخل في مدلوله الحكم الصادر في أي طلب موضوعي سواء أكان طلباً أصلياً أم عارضاً، وبعبارة أخرى أي حكم يصدر في صميم طلبات الخصم الأصلية أو في قبول دفعه الموضوعية.

فالحكم الموضوعي يمنع من رفع دعوى أخرى في ذات الموضوع الذي فصل فيه، ويمكن التمسك بعدم قبولها لسبق الفصل فيها، وإذا لم يفصل الحكم الموضوعي في كل الموضوع، فإنه أيضاً يمنع من رفع دعوى جديدة في ذات الشق الموضوعي الذي فصلت فيه المحكمة⁽¹⁾.

والحكم الصادر في شق من الموضوع لم يعد قابلاً للطعن المباشر بمقتضى المادة (212) مرافعات إلا إذا كان قابلاً للتنفيذ الجبري⁽²⁾، وهي نفس المادة (222) أصول سوري التي تقول إنه لا يجوز الطعن في الأحكام التي تصدر أثناء سير الدعوى ولا ترفع يد المحكمة عنها إلا مع الطعن في الحكم المنهي للخصومة كلها، باستثناء الحكم الصادر بوقف الدعوى، والأحكام المؤقتة إذ يجوز الطعن فيهما قبل الحكم في الموضوع.

وبما أن الحكم الصادر في الدفع بعدم القبول سواء أكان بقبوله أم برفضه هو حكم فرعي، فإنه يشترط لقبول الطعن فيه، أيًا كانت اللحظة التي يجوز فيها الطعن فيه، قابلية الحكم الصادر في الموضوع للطعن فيه المادة (226) مرافعات مصري.

(1) - د. أحمد أبو الوفا، نظرية الأحكام في قانون المرافعات، مرجع سابق، ص 417 وما بعدها، بند 202 وما بعده.

(2) - د. أحمد أبو الوفا، نظرية أحكام، مرجع سابق، ص 419، بند 203.

فالقاعدة هي أنه إذا منع المشرع استئناف الحكم الصادر في الموضوع، فإنه يتمتع باستئناف أي حكم فرعي صادر في ذات القضية.

ويسري على الأحكام الفرعية ذات ميعاد الطعن المحدد بالنسبة للطعن في الأحكام الصادرة في الموضوع، وإذا وجد نص خاص يقرر ميعاداً معيناً للطعن في حكم صادر في موضوع ما، فإن هذا الميعاد الخاص يسري بالنسبة إلى جميع الأحكام الفرعية الصادرة قبل الفصل في الموضوع.

ولا يعد السير في الخصومة قبولاً للأحكام الفرعية الصادرة قبل الفصل في الموضوع، كما لا يستشف هذا القبول من تنفيذها اختياريّاً دون تحفظ⁽¹⁾.

أ- الطعن بالاستئناف في الحكم الصادر برفض الدفع بعدم القبول: إذا صدر الحكم برفض الدفع بعدم القبول، فإن هذا يعني أن الدفع بعدم القبول غير مؤسس، وأن شروط قبول الدعوى كلها متوافرة، ومن ثم فإنه يجب على المحكمة أن تنتقل لنظر الموضوع، وتفصل فيه بحكم صادر في الموضوع؛ وذلك لأن الحكم الصادر برفض الدفع بعدم القبول، هو حكم فرعي، لا تنتهي به الخصومة أمام المحكمة، ولا يقبل الطعن المباشر، ولو قضت بذلك محكمة الدرجة الثانية وأحالت الدعوى إلى محكمة الدرجة الأولى للفصل في موضوعها، كما إذا قضت محكمة الدرجة الأولى بعدم قبول الدعوى لانتفاء الصفة مثلاً، وفي الاستئناف ألغي هذا الحكم وقضى بقبول الدعوى وبإحالتها إلى محكمة الدرجة الأولى للفصل في موضوعها، فإن هذا الحكم الأخير لا يقبل الطعن المباشر⁽²⁾.

بل لا بد من الانتظار حتى يصدر الحكم المنهي للخصومة، وبالتالي يجوز الطعن في الحكم الفرعي مع الحكم المنهي للخصومة، كما يجوز الطعن فيه على استقلال، المهم هو أن يكون الطعن في الحكم الفرعي بعد صدور الحكم المنهي للخصومة.

وإذا طعن فيه على استقلال قبل صدور الحكم المنهي للخصومة، وجب على محكمة الطعن أن تقضي من تلقاء نفسها بعدم جواز هذا الطعن.

(1) - د. نبيل إسماعيل عمر، الدفع بعدم القبول، مرجع سابق، ص 278، بند 175.

(2) - د. أحمد أبو الوفا، نظرية الأحكام، مرجع سابق، ص 420، بند 204.

وهو ما نصت عليه المادة (212) مرافعات مصري بقولها لا يجوز الطعن في الأحكام التي تصدر أثناء سير الدعوى ولا تنتهي بها الخصومة إلا بعد صدور الحكم المنهي للخصومة كلها، ونص قانون الأصول السوري أيضاً على هذه القاعدة في المادة (222).

فالحكم المنهي للخصومة كلها هو وحده الذي يمكن الطعن فيه فور صدوره سواء أكانت هذه الأحكام فاصلة في موضوع الدعوى أم في مسألة متفرعة عنه، فالأحكام غير الفاصلة في موضوع الدعوى ولكنها منهيّة للخصومة كالحكم بعدم اختصاص المحكمة، أو بعدم قبول الدعوى، أو ببطلان صحيفتها، أو بسقوط الخصومة فيها، أو بتركها، يجوز الطعن فيها على استقلال فور صدورها؛ لأنها ما دامت قد أنهت الخصومة فلن يعقبها حكم في موضوع الدعوى، ولذلك لم يكن هناك محل لتعليق الطعن فيها على صدور الحكم في الموضوع.

والمقصود بالخصومة التي ينظر لانتهائها، هي الخصومة الأصلية المنعقدة بين الطرفين والمرددة بينهما لا خصومة الطعن⁽¹⁾.

أما الأحكام التي تصدر أثناء سير الدعوى ولا تنتهي بها الخصومة كلها، فلا يجوز الطعن فيها على استقلال فور صدورها، بل يجب انتظار صدور الحكم المنهي للخصومة كلها ليطعن فيها معه، سواء أكانت تلك الأحكام قطعية، كالحكم برفض دفع بعدم قبول أم دفع شكلي، أم الحكم في مسألة فرعية أو في مسألة موضوعية، أم كانت متعلقة بالإثبات، والحكمة من ذلك هو منع تقطيع أوصال القضية الواحدة، وتوزيعها بين المحكمة التي تنتظر الدعوى الأصلية، وتلك التي تنتظر الطعن، وما ينجم عن هذا من صعوبة الفصل في المنازعات وإطالة أمد التقاضي واحتمال أن يقضي آخر الأمر في أصل الحق للخصم الذي أخفق في النزاع الفرعي فيغنيه ذلك عن الطعن في الحكم الصادر عليه قبل صدور الحكم المنهي للخصومة كلها، مثلاً إذا رفعت دعوى على عدة خصوم، فصدر حكم بإنهاء الخصومة بالنسبة لأحدهم دون الباقيين، فإنه لا يجوز الطعن في حكمها هذا

(1) - د. أحمد السيد صاوي، مرجع سابق، ص 772 وما بعدها، بند 469.

على استقلال فور صدوره، لأنه وإن أنهى الخصومة بالنسبة لأحد الخصوم إلا أنها مازالت مستمرة بالنسبة للباقيين (1).

فإذا كان الحكم المنهي للخصومة كلها قابلاً للطعن بالاستئناف، فإن الطعن بهذا الحكم يترتب عليه طرح النزاع الذي فصلت فيه محكمة الدرجة الأولى على محكمة الدرجة الثانية فتصبح هذه الأخيرة مختصة ببحثه وتحقيقه والفصل فيه، وهي في هذا تملك ما تملكه محكمة الدرجة الأولى من حيث بحث الوقائع والمسائل القانونية.

فالاستئناف إذاً ينقل موضوع النزاع الذي فصلت فيه محكمة الدرجة الأولى إلى محكمة الدرجة الثانية لتفصل فيه من جديد، وذلك بموجب المادة (229) مرافعات مصري التي تنص على أن استئناف الحكم المنهي للخصومة يستتبع استئناف جميع الأحكام التي سبق صدورها في القضية ما لم تكن قد قبلت صراحة، مع مراعاة ما نصت عليه المادة (232) مرافعات، وهو ما تنص عليه كذلك المادة (231) أصول سوري، إذ تقول إن استئناف الحكم الصادر في موضوع الدعوى يستتبع حتماً استئناف جميع الأحكام التي سبق صدورها في القضية ما لم تكن قبلت صراحة، وفيما يخص الحكم الصادر برفض الدفع بعدم القبول، فهو يعتبر من الأحكام الصادرة قبل الحكم المنهي للخصومة، وبالتالي فهو يعتبر بقوة القانون مشمولاً باستئناف الحكم المنهي للخصومة.

فجميع الأحكام الصادرة أثناء سير الدعوى تعتبر بقوة القانون مستأنفة مع الحكم المنهي للخصومة كلها سواء كانت هذه الأحكام قطعية أم غير قطعية، متعلقة بالإجراءات أم بالموضوع وسواء صدرت لمصلحة المستأنف أم صدرت ضده، بحيث يجوز للمستأنف عليه أن يثير كل ما كان قد أبداه من دفوع وأوجه دفاع أمام محكمة الدرجة الأولى دون حاجة إلى استئناف الأحكام الصادرة برفضها قبل صدور الحكم المنهي للخصومة كلها.

(1) - نقض مدني مصري، 29 مارس 1977 الطعن رقم 84 السنة 40 ق 9. أشار إليه د. أحمد السيد صاوي، مرجع سابق، ص 772 وما بعدها، بند 469.

والمادة (233) مرافعات مصري، والمادة (238) أصول سوري تنصان: على أنه يجب على المحكمة أن تنتظر الاستئناف على أساس ما يقدم لها من أدلة ودفع وأوجه دفاع جديدة وما كان قد قدم من ذلك أمام محكمة الدرجة الأولى. فموجب المادة (1/229) مرافعات، والمادة (233) مرافعات كذلك يجب على محكمة الاستئناف أن تنتظر في الحكم الصادر برفض الدفع بعدم القبول حتى ولو لم يثر المستأنف هذه المسألة أو يتمسك بها بصفة خاصة، كل هذا دون حاجة لرفع استئناف فرعي أو مقابل بخصوص الحكم الصادر برفض الدفع بعدم القبول. وحتى تكون الأحكام الصادرة قبل الحكم المنهي للخصومة مستأنفة بقوة القانون يجب أن يكون الحكم المنهي للخصومة قد طعن فيه بالاستئناف طعناً صحيحاً في الميعاد، فيشترط لاعتبار الأحكام الصادرة أثناء نظر الدعوى مستأنفة بقوة القانون باستئناف الحكم المنهي للخصومة أن يحكم بقبول الاستئناف شكلاً. أما إذا حكم بعدم قبوله شكلاً أو ببطلان صحيفته أو باعتباره كأن لم يكن أو بسقوطه، أو إذا انقضت الخصومة فيه لأي سبب من الأسباب، دون تناول الموضوع للفصل فيه، فإنه سوف يترتب على ذلك انقضاء الاستئناف عن الأحكام الفرعية بقوة القانون، فهذه الأحكام تعتبر مستأنفة بقوة القانون بمجرد رفع الاستئناف عن الحكم المنهي لكل الخصومة، ويزول استئنافها أيضاً بقوة القانون بمجرد زوال هذا الاستئناف⁽¹⁾.

وفي هذا الخصوص، يلاحظ أن استئناف الحكم الصادر برفض الدفع بعدم القبول مباشرة فور صدوره وقبل صدور الحكم المنهي للخصومة كلها يستوجب عدم قبوله عملاً بالمادة (212) مرافعات، والمادة (222) أصول سوري، إلا أن حقه في الطعن بهذا الحكم أمام محكمة الاستئناف لا يسقط، وإنما يمكنه معاودة الطعن في هذا الحكم بعد صدور الحكم المنهي للخصومة سواء معه أم استقلاً عنه، كما أن استئناف الحكم المنهي للخصومة يستتبع حتماً بموجب المادة (1/229) مرافعات مصري استئناف الأحكام الصادرة أثناء سير الدعوى.

(1) - د. فتحي والي، الوسيط، مرجع سابق، ص 737، بند 371.

فالحكم بعدم قبول الاستئناف المباشر عملاً بالمادة (212) مرافعات عن حكم لا يقبل الطعن المباشر، لا يمنع من اعتبار هذا الحكم مستأنفاً بقوة القانون عند استئناف الحكم المنهي للخصومة أمام المحكمة. ويشترط لإعمال المادة (1/229)، والمادة (233) مرافعات في هذا المجال ألا يكون الحكم الفرعي - الحكم الصادر برفض الدفع بعدم القبول - قد تم قبوله صراحة⁽¹⁾.

ويشترط أيضاً أن يكون الطعن شاملاً لكل الحكم المنهي للخصومة، أما إذا كان الطعن بالاستئناف يقتصر على بعض أجزاء الحكم الصادر في الموضوع دون البعض الآخر، فإن استئناف الحكم المنهي للخصومة هذا، وبصدد الجزء المطعون فيه فقط لا يطرح على محكمة الاستئناف وبقوة القانون بموجب المادة (229) مرافعات إلا استئناف الأحكام المتعلقة بهذا الجزء فقط، أي الأحكام الفرعية الصادرة قبل صدور الحكم المنهي لكل الخصومة، أو الأحكام الفرعية التي لا يتصور قيام الحكم المستأنف بدونها، كل هذا يعتبر صحيحاً حتى ولو كانت هذه الأحكام الفرعية تخدم الحكم المنهي للخصومة بأكمله، ومثال ذلك الحكم الصادر برفض الدفع بعدم الاختصاص، أو ببطلان صحيفتها، أو الحكم الصادر برفض الدفع بعدم القبول، فالمادة (1/229) مرافعات توجب مراعاة المادة (232) التي تنص على أن الاستئناف ينقل الدعوى بحالتها التي كانت عليها قبل صدور الحكم المستأنف بالنسبة لما رفع عنه الاستئناف فقط، وينص المشرع السوري على هذه القاعدة في المادة (237) أصول التي تنص على أن الاستئناف ينشر الدعوى أمام محكمة الاستئناف بالنسبة للمسائل المستأنفة، فالاستئناف ينقل النزاع إلى المحكمة الاستئنافية في حدود ما رفع عنه الاستئناف فقط، وبالتالي فإذا كان الطعن منصفاً على بعض الطلبات أو بعض أجزاء الحكم أو بعض الخصوم، فإن الأحكام الفرعية المتعلقة بهذه الطلبات وحدها تعتبر مستأنفة بقوة القانون مع استئناف الحكم المنهي للخصومة.

(1) - د. نبيل إسماعيل عمر، الدفع بعدم القبول، مرجع سابق، ص 319، بند 198. وأيضاً د. أحمد أبو الوفا، نظرية الأحكام، مرجع سابق، ص 483، بند 228.

وإذا بحسب المستأنف أن يستأنف الحكم الصادر عليه حتى تنتقل إلى محكمة الدرجة الثانية، وبقوة القانون متى كان استئنافه صحيحاً مقبولاً، جميع العناصر الواقعية والأسانيد القانونية في حدود ما سبق ذكره، ولا يلزم باستئناف كل حكم أو قرار لم يقبل وسيلة من وسائل دفاعه أو أغفلها. ومن ناحية أخرى، لا يلزم المحكوم له إذا صدر الحكم محققاً كل طلباته أن يتتبع وسائل دفاعه ليستأنف الحكم الصادر فيما لم تقبله منها المحكمة أو فيما أغفلته منها أو فيما قبلته على نحو معين دون نحو آخر، وبداهة لا يلزم برفع استئناف طارئ في هذا الصدد. فالطعن إذاً في الحكم المنهي للخصومة، يستتبع إعمالاً للمادة (229) مرافعات، والمادة (232) مرافعات، وهو ما ينص عليه المادة (231) أصول سوري، استئناف كل الأحكام الفرعية الصادرة قبله، أي يشمل هذا الطعن أيضاً الحكم الصادر برفض الدفع بعدم القبول.

والحكم المنهي للخصومة قد يكون حكماً فاصلاً في موضوع الدعوى، وقد يكون غير فاصل لموضوع الدعوى.

فإذا طعن في الحكم المنهي للخصومة كلها، وكان هذا الحكم فاصلاً في موضوع الدعوى، فإنه يترتب على رفع الاستئناف نقل موضوع النزاع في حدود طلبات المستأنف إلى محكمة الدرجة الثانية، وإعادة طرحه عليها بكل ما اشتمل عليه من أدلة ودفع، لنقول كلمتها فيه بقضاء مسبب يواجه عناصر النزاع الواقعية والقانونية على السواء.

فالاستئناف ينقل موضوع النزاع إلى محكمة الدرجة الثانية لتفصل فيه من جديد بما فيه النظر في الحكم الصادر برفض الدفع بعدم القبول.

وبعبارة أخرى، فنطاق القضية في الاستئناف يشمل الحكم الصادر في الموضوع، والأحكام الفرعية الصادرة أثناء سير الدعوى، ومنها الحكم الصادر برفض الدفع بعدم القبول، والأثر الناقل للاستئناف هنا هو نتيجة طبيعية للطعن في الحكم الموضوعي، ولذلك لا تثور هنا مشكلة الأثر الناقل للاستئناف عند الطعن في الحكم الصادر في الدفع بعدم القبول.

أما إذا طعن في الحكم المنهي للخصومة كلها، ولم يكن هذا الحكم فاصلاً لموضوع الدعوى كالحكم ببطلان صحيفة الدعوى أو بعدم قبولها والحكم بسقوط الخصومة أو بتركها. والحكم المنهي للخصومة كلها يجوز الطعن فيه فور صدوره ولو لم يفصل في موضوع الدعوى.

فهنا نجد أيضاً المادة (1/229) مرافعات مصري تنص على أن استئناف الحكم المنهي للخصومة يستتبع حتماً استئناف جميع الأحكام التي سبق صدورها في القضية ما لم تكن قد قبلت صراحة، وذلك مع مراعاة ما نصت عليه المادة (232) مرافعات.

وبالتالي فاستئناف الحكم المنهي للخصومة كلها ولو لم يكن فاصلاً لموضوع الدعوى يستتبع بقوة القانون وبموجب المادة (229) مرافعات الأحكام الصادرة قبل الحكم المنهي للخصومة، فإذا كان قد سبق صدور حكم برفض الدفع بعدم القبول قبل صدور الحكم المنهي للخصومة فإن استئناف هذا الحكم الأخير سوف يشمل وبموجب المادة (229) مرافعات الحكم الصادر برفض الدفع بعدم القبول.

فالطعن يشمل الحكم المنهي للخصومة كلها والأحكام الفرعية الصادرة أثناء سير الدعوى وبالتالي الحكم الصادر برفض الدفع بعدم القبول على الرغم من أن الحكم لم يفصل في موضوع الدعوى بموجب المادة (231) أصول المحاكمات السوري.

ولكن هل يشمل نطاق القضية في الاستئناف موضوع النزاع؟ رأينا أنه يترتب على رفع الاستئناف نقل النزاع في حدود طلبات المستأنف إلى محكمة الدرجة الثانية، وإعادة طرحه عليها بكل ما اشتمل عليه من أدلة ودفع، لتقول كلمتها فيه بقضاء مسبب يواجه عناصر النزاع الواقعية والقانونية معاً، وإذا كان الاستئناف ينقل النزاع إلى محكمة الدرجة الثانية لتفصل فيه من جديد، ولكن هذا الأثر يحكمه القواعد الآتية: فالمادة (229) مرافعات مصري تنص على أن استئناف الحكم المنهي للخصومة يستتبع حتماً استئناف جميع الأحكام التي سبق صدورها في القضية ما لم تكن قد قبلت صراحة وذلك مع مراعاة ما نصت عليه المادة (232) مرافعات مصري.

فالطعن يشمل بموجب المادة (229) مرافعات مصري الحكم المنهي للخصومة ولو لم يفصل في موضوع النزاع، وكذلك يشمل الأحكام التي تصدر أثناء سير الدعوى والتي لم تكن منهيّة للخصومة، ولم يجز القانون الطعن فيها على استقلال فور صدورها، منعاً من تقطيع أوصال القضية الواحدة، وإنما يجب انتظار صدور الحكم المنهي للخصومة كلها ليطعن فيها معه، سواء أكانت تلك الأحكام قطعية، كالحكم برفض دفع شكلي أم دفع بعدم القبول، أم الحكم في مسألة فرعية أم في مسألة موضوعية، أم كانت متعلقة بالإثبات كالحكم بسماع الشهود، أو ندب خبير، أو انتقال المحكمة، أو إحضار الخصوم، أو متعلقة بسير الإجراءات كالحكم بالفصل بين قضيتين، أو بتأجيل الدعوى لإعادة تبليغ الخصوم⁽¹⁾.

فالأحكام غير الفاصلة في موضوع الدعوى، ولكنها إذا كانت منهيّة للخصومة، فإنه يجوز الطعن فيها على استقلال فور صدورها، لأنها ما دامت قد أنهت الخصومة فلن يعقبها حكم في موضوع الدعوى، ولذلك لم يكن هناك موجب لتعليق الطعن فيها على صدور الحكم في الموضوع، وهذا الطعن سيشمل بقوة القانون الأحكام الصادرة أثناء سير الدعوى.

فمثلاً لو رفع شخص دعوى على آخر يطالبه بدين أو بمبلغ 100 ألف ثمن لسيارة اشتراها المدين منه، وقبل الحكم في موضوع الدعوى صدر حكم برفض الدفع بعدم القبول تقدم به المدعى عليه، وحكمت المحكمة بعدم اختصاصها النوعي مثلاً، فطعن المدعي في هذا الحكم أي حكم عدم الاختصاص بالاستئناف، فهنا الاستئناف سوف يشمل الحكم المنهي للخصومة وسوف يشمل بقوة القانون - بموجبه المادة (1/229) مرافعات - الأحكام الصادرة أثناء سير الدعوى، أي أنه سوف يشمل الحكم الصادر برفض الدفع بعدم القبول.

ولكن هل يشمل هذا الطعن موضوع النزاع أو أصل الحق وهو المطالبة بمبلغ 100 ألف والذي لم تتمكن المحكمة من الفصل فيه لأنه صدر حكم بعدم الاختصاص أي صدر حكم منهي للخصومة؟

(1) - د. أحمد السيد صاوي، مرجع سابق، ص 772، بند 469.

الجواب: لا يمكن أن يشمل هذا الطعن بأي حال من الأحوال موضوع النزاع ذاته، فالاستئناف إذا كان ينقل النزاع إلى محكمة الدرجة الثانية لتفصل فيه من جديد إلا أن هذا الطعن لا ينقل إلى المحكمة الاستئنافية إلا ما استنفدت محكمة أول درجة ولايتها بشأنه وذلك تقييداً بالمادة (232) مرافعات مصري التي تقول إن الاستئناف ينقل الدعوى بحالتها التي كانت عليها قبل صدور الحكم المستأنف بالنسبة لما رفع عنه الاستئناف فقط، ومبنى ذلك ضرورة احترام مبدأ التقاضي على درجتين. ومن ثم يتعين على محكمة الاستئناف عند إلغائها هذا الحكم أي الحكم الصادر بعدم الاختصاص، أن تعيد الدعوى لمحكمة أول درجة لنظر موضوعها. أما في حال أيدت حكم محكمة الدرجة الأولى والقاضي بعدم الاختصاص، فهنا يتوجب عليها إحالة الدعوى إلى المحكمة المختصة.

وبالتالي فاستئناف هذه الأحكام لا يكون له أي أثر ناقل بالنسبة للموضوع، وكون الحكم الفرعي الصادر برفض الدفع بعدم القبول مطروحاً بقوة القانون في الاستئناف، وذلك لأن المحكمة استنفدت سلطتها بالنسبة لهذه المسألة، فهذا الطعن لا يمكن بأي حال من الأحوال أن يشمل موضوع النزاع الذي لم تفصل فيه المحكمة بعد.

ومن ناحية أخرى فإذا كان الحكم المنهي للخصومة هو حكم صادر في موضوع الدعوى، وكان قد سبق صدور حكم برفض الدفع بعدم القبول قبل صدور الحكم الفاصل لموضوع الدعوى والذي أنهى الخصومة، فهل يمكن الطعن في الحكم الفرعي الصادر أثناء سير الدعوى والمقصود هنا هو الحكم الصادر برفض الدفع، ودون الطعن في الحكم الفاصل لموضوع الدعوى؟

إن المادة (212) مرافعات تنص 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 والقابلة للتنفيذ الجبري... إلخ.

نلاحظ من قراءة هذه المادة، أنها لا تمنع هذا الطعن، أي الطعن في الحكم الصادر أثناء سير الدعوى استقلاً، أي بدون الطعن في الحكم الصادر في

موضوع الدعوى، فكل ما تشترطه هذه المادة هو أن يكون الطعن بعد صدور الحكم المنهي للخصومة⁽¹⁾.

وبناء على ما تقدم، فإنه يمكن الطعن في الحكم الصادر برفض الدفع بعدم القبول استقلاً عن الطعن في الحكم الفاصل في موضوع الدعوى بشرط أن يكون الحكم المنهي للخصومة قد صدر، ويشترط فوق ذلك أن يكون الحكم المنهي للخصومة قابلاً للطعن بهذا الطريق.

وذلك بعكس نص المادة (222) أصول محاكمات سوري التي تنص على أنه لا يجوز الطعن في الأحكام التي تصدر أثناء سير الدعوى إلا مع الطعن في الحكم المنهي للخصومة كلها، فهذه المادة تشترط أن يكون الطعن في الأحكام الصادرة أثناء سير الدعوى، مع الطعن في الحكم المنهي للخصومة.

وقد قررت محكمة النقض السورية أيضاً في هذا الخصوص، أنه لا يجوز الطعن في الأحكام التي تصدر أثناء سير الدعوى إلا مع الطعن في الحكم المنهي للخصومة كلها وذلك وفق ما هو مقرر بنص المادة (222) أصول⁽²⁾. ويبرر بعض الفقه القاعدة الواردة في المادة (222) أصول سوري بأن المصلحة في الطعن في الحكم الفرعي على استقلال بعد صدور الحكم الموضوعي المنهي للخصومة لا تتوافر إلا إذا طعن في الحكمين معاً.

وذلك لأن الحكم الفرعي هو من الأحكام المتعلقة بالإجراءات، ولا يحقق في ذاته منفعة للخصم، فمثلاً إذا صدر حكم باختصاص المحكمة بنظر الدعوى، ثم صدر الحكم في الموضوع لمصلحة مقدم الدفع، فلا مصلحة له في الطعن في الحكم الأول على استقلال، وبعد صدور الحكم في الموضوع، وإذا صدر حكم برفض طلب إسقاط الخصومة ثم صدر الحكم في الدعوى لمصلحة من طلب إسقاط الخصومة، فلا مصلحة له بالطعن في الحكم الأول لوحده.

(1) - د. نبيل إسماعيل عمر، الدفع بعدم القبول، مرجع سابق، ص 323، بند 201.

(2) - نقض سوري - الغرفة المدنية الأولى في القضية أساس 207، قرار 164، لعام 2014، مجلة القانون، اجتهادات محكمة النقض المدنية والشرعية، عدد عام 2015 م، ص 25.

ويرجع السبب في عدم اشتراط المشرع المصري في المادة (212) أن يكون الطعن في الحكم المنهي للخصومة والأحكام الفرعية الصادرة أثناء سير الدعوى معاً؛ لأنه منع الطعن المباشر في الأحكام الموضوعية على ما هو مقرر في المادة (212) مرافعات، ما لم تكن قابلة للتنفيذ الجبري، وبالتالي فهذه الأحكام الموضوعية يمكن الطعن فيها بعد صدور الحكم المنهي للخصومة ولكن دون الطعن في هذا الحكم، ولذلك فقد ألغى القاعدة التي كانت توجب الطعن في الحكم الصادر أثناء نظر الدعوى - والتي لا تقبل الطعن المباشر - مع الطعن في الحكم في كل الدعوى، مثلاً، إذا صدر حكم برفض إنهاء عقد الإيجار عملاً بقانون المساكن الجديد، ثم صدر الحكم المنهي للخصومة أمام المحكمة بإلزام المستأجر بأجرة متأخرة، فمن الجائز الطعن على استقلال في الحكم الأول بعد صدور الحكم في كل الدعوى. إلا أن بعض الفقه يرى أنه ولو أن المشرع لم يشترط في المادة (212) مرافعات مصري أن يكون الطعن في الحكم الفرعي مع الطعن في الحكم الصادر في الموضوع، فإن هذا لا يؤثر في وجوب أعمال القاعدة الأساسية في القانون والتي مقتضاها أن المصلحة في الطعن في الأحكام الإجرائية لا تتحقق بعد صدور الحكم في الموضوع إلا إذا طعن في الحكمين معاً.

لأن كل هذه الأحكام ليس لها كيان مستقل بذاتها، ولا تسبب أي ضرر دائم للمحكوم عليه فيها، وليست لها حجية الشيء المقضي به، إلا في نطاق الخصومة الصادرة فيها، ومن ثم لا محل للتشكي منها متى صدر الحكم في الموضوع لمصلحة المحكوم عليه فيها⁽¹⁾.

ويرى بعض الفقه أنه إذا كان الحكم الصادر في الموضوع والمنهي للخصومة قد صدر ضد المستأنف، وكان الحكم برفض الدفع بعدم القبول على وجه الخصوص، أو الحكم الفرعي على وجه العموم قد صدر هو أيضاً ضد المستأنف، فإنه من الجائز لهذا الشخص أن يطعن في الحكم الفرعي على استقلال ودون أن يطعن في الحكم الموضوعي، بشرط أن يستتبع إلغاء الحكم الفرعي من محكمة الاستئناف إلغاء الحكم المنهي لكل الخصومة والصادر في الموضوع.

(1) - د. أحمد أبو الوفا، نظرية الأحكام، مرجع سابق، ص 462، بند 221.

أما إذا كان الحكم الفرعي قد صدر ضد الخصم، ولكن الحكم في الموضوع الذي أنهى كل الخصومة كان قد صدر لصالح ذات هذا الخصم، فلا يجوز الطعن في هذا الأخير لانعدام المصلحة، ولا يجوز الطعن في الحكم الفرعي لأن إلغاءه يستتبع إلغاء الحكم في الموضوع وهذا الأخير قد صدر لصالح الخصم الذي يريد الطعن بالاستئناف⁽¹⁾.

وفيما يخص نطاق الأثر الناقل للطعن بالاستئناف في الحكم الفرعي الصادر برفض الدفع بعدم القبول، وذلك بعد أن أصدرت المحكمة حكمها في موضوع الدعوى ولكن الطاعن رفع طعنه بالحكم الصادر برفض الدفع دون الطعن في الحكم الموضوعي، وذلك في الأحوال التي يجوز فيها هذا الطعن، فهنا نطاق القضية في الاستئناف سيكون النظر في الحكم الصادر برفض الدفع بعدم القبول، ولا يجوز لمحكمة الاستئناف أن تتطرق للنظر في الحكم الموضوعي؛ لأن الطاعن قصر طعنه على الحكم الصادر برفض الدفع، المادة (232) مرافعات.

فبما أن الطعن بالاستئناف يقتصر على الحكم الصادر برفض الدفع، فهذا الطعن يقتصر على طرح المسائل الخاصة بهذا الحكم الفرعي فقط، دون الحكم الصادر في الموضوع.

فإذا رأت محكمة الاستئناف فسخ الحكم الصادر برفض الدفع بعدم القبول فهنا هل الطاعن سيستفيد من هذا الحكم؟ يذهب بعض الفقه إلى القول إن إلغاء هذا الحكم الفرعي يستتبع إلغاء الحكم الصادر في الموضوع الذي صدر اعتماداً على هذا الحكم الفرعي، هذا الأثر يترتب كنتيجة للحكم الصادر من محكمة الاستئناف، ولا يترتب بأي شكل كنتيجة للطعن في الحكم الفرعي⁽²⁾.

أما إذا كان الحكم المنهي للخصومة كلها غير فاصل لموضوع الدعوى، فإنه بحسب النص المصري بعكس النص السوري كما رأينا أنه يمكن الطعن في الحكم الصادر برفض الدفع بعدم القبول دون الطعن في الحكم المنهي للخصومة.

(1) - د. نبيل إسماعيل عمر، الدفع بعدم القبول، مرجع سابق، ص 324 وما بعدها، بند 201.

(2) - د. نبيل إسماعيل عمر، الدفع بعدم القبول، مرجع سابق، ص 325 وما بعدها، بند 202.

وفيما يتعلق بنطاق الطعن بالاستئناف، فإن هذا الطعن يجب أن يقتصر على طرح المسائل الخاصة بالدفع فقط، دون الحكم المنهي للخصومة، وبالأحرى فليس لهذا الطعن أي أثر ناقل لموضوع النزاع أمام محكمة الاستئناف لتفصل فيه؛ لأن المادة (232) مرافعات تنص على أن الاستئناف يقتصر على المسائل التي رفع عنها الاستئناف هذا من جهة، ومن جهة أخرى فلا ينقل الاستئناف إلى المحكمة الاستئنافية إلا ما استنفدت محكمة أول درجة ولايتها بشأنه.

فحكمها الصادر بإنهاء الخصومة، لم يفصل في موضوع الدعوى، وبالتالي فهنا يجب على محكمة الاستئناف إذا فسخت حكم محكمة الدرجة الأولى والصادر برفض الدفع، أي أنها إذا وجدت الدفع بعدم القبول مقبولا لتأسيسه فهنا فهي ستحكم بعدم قبول الدعوى.

أما إذا أيدت حكم محكمة الدرجة الأولى والصادر برفض الدفع، فهنا يتوجب عليها إعادة الدعوى لمحكمة الدرجة الأولى لتفصل في الموضوع على أساس أن الدعوى كانت مقبولة.

ب - الطعن بالاستئناف في الحكم الصادر بقبول الدفع بعدم القبول: الحكم الصادر بقبول الدفع بعدم القبول وبعدم قبول الدعوى، يعتبر من الأحكام المنهية للخصومة كلها، هذا من جهة، ومن جهة أخرى فهذا الحكم لا يمس موضوع الدعوى، أو لن يكون بمقدور المحكمة أن تتطرق لنظر موضوع الدعوى بعد أن حكمت بعدم قبولها.

فما دام الحكم الصادر بقبول الدفع قد أنهى الخصومة فلن يعقبا حكم في الموضوع؛ ولذلك لا يمكن تعليق الطعن في هذه الأحكام على صدور الحكم في الموضوع.

واستئناف الحكم المنهي للخصومة يستتبع حتماً استئناف جميع الأحكام التي سبق صدورها في القضية ما لم تكن قد قبلت صراحة، وذلك بموجب المادة (229) مرافعات مصري مع مراعاة المادة (232).

كما أن المادة (233) مرافعات توجب على المحكمة أن تنتظر الاستئناف على أساس ما يقدم لها من أدلة ودفع وأوجه دفاع جديدة وما كان قد قدم من ذلك أمام محكمة الدرجة الأولى.

وعليه فاستئناف الحكم المنهي للخصومة كلها وهو هنا الحكم الصادر بقبول الدفع بعدم القبول سوف يشمل بموجب المادة (229) جميع الأحكام التي سبق صدورها في القضية. فأهم ما يترتب على الاستئناف من آثار هو طرح النزاع الذي فصلت فيها محكمة الدرجة الأولى على محكمة الدرجة الثانية فتصبح هذه الأخيرة مختصة ببحثه وتحقيقه والفصل فيه، وهي في هذا تملك ما تملكه محكمة الدرجة الأولى من حيث بحث الوقائع والمسائل القانونية، ولكن نطاق هذا الاستئناف مقيد بنص المادة (232) مرافعات، فالاستئناف لا ينقل إلى محكمة الدرجة الثانية من الطلبات التي عرضت على محكمة الدرجة الأولى إلا ما فصلت فيه هذه الأخيرة، وبالتالي فالطلبات التي أبدت أمام محكمة الدرجة الأولى ولم تفصل فيها ولم تستند بالنسبة لها ولايتها، لا تنتقل بالاستئناف إلى محكمة الدرجة الثانية.

وبما أننا نعالج نطاق القضية في الاستئناف وذلك عندما يتم الطعن في الحكم الصادر بقبول الدفع بعدم القبول وهو حكم منهي للخصومة كلها، وهو حكم من جهة أخرى لا يفصل في موضوع الدعوى، فمحكمة الدرجة الأولى بعد أن أصدرت حكمها بقبول الدفع انتهت الخصومة أمامها وبالتالي لن تستطيع النظر في موضوع الدعوى، وإذا ما طعن في هذا الحكم، فهذا الطعن لا يمكن بأي حال من الأحوال أن يشمل الموضوع الذي لم تتمكن محكمة الدرجة الأولى من الفصل فيه، وذلك لأنها حكمت بعدم قبول الدعوى.

وبالتالي فإذا قضت المحكمة الاستئنافية بفسخ حكم محكمة الدرجة الأولى أي الحكم الصادر بقبول الدفع لأنه غير مؤسس، فإنه يجب عليها إعادة القضية إلى محكمة الدرجة الأولى لتفصل في الموضوع، على أساس أن الدعوى مقبولة، أما إذا حكمت بصحة حكم محكمة الدرجة الأولى وأيدت حكمها الصادر بقبول الدفع، فإنها في هذه الحالة سوف تحكم بعدم قبول الدعوى.

فالأثر الناقل للاستئناف لا يطرح على محكمة الدرجة الثانية إلا ما طرح على محكمة أول درجة وصدر فيه حكم، ومن ثم حدث طعن بالنسبة له، وإرادة الأفراد اتجهت فقط إلى الطعن في الحكم الصادر بعدم القبول بهدف إلغائه لإمكان إعادة طرح ذات النزاع على محكمة أول درجة مرة ثانية، وعلى ذلك فالقول بأن استئناف الحكم الصادر بعدم القبول يطرح موضوع النزاع على محكمة الدرجة الثانية يؤدي إلى مخالفة لفكرة نظام الطعن بالاستئناف على وجه العموم.

ولهذا يرى بعض الفقه أيضاً أن الطعن بالاستئناف في الحكم الصادر بقبول الدفع وعدم قبول الدعوى بناء عليه يجب ألا يطرح على المحكمة الاستئنافية إلا المسائل التي كانت لازمة للفصل في الدفع بعدم القبول، والتي صدر فيها الحكم بعدم القبول واستنفد القاضي ولايته بشأنها، أما غير ذلك من العناصر التي لم يتطرق لها القاضي، أو التي تطرق إليها لمجرد الاستئناس بها، أي بحثها فقط لكي يصدر حكمه في الدفع بعدم القبول وليس بغرض الحكم فيها لذاتها، وبما أنه لم يصدر فيها حكمٌ منهياً لولايته، فإنها لا تطرح بأي شكل على محكمة الدرجة الثانية⁽¹⁾.

2- آثار الطعن بالنقض في الحكم الصادر بالدفع بعدم القبول:

نستعرض أثر الطعن بالنقض في الحكم الصادر برفض الدفع بعدم القبول، ومن ثم نبحت أثر الطعن بالنقض في الحكم الصادر بقبول الدفع بعدم القبول.

أ - **الطعن بالنقض في الحكم الصادر برفض الدفع بعدم القبول:** إذا كان الحكم الصادر هو برفض الدفع وبالتالي فهو حكم غير منه للخصومة، ومن ثم فلا يجوز الطعن فيه إلا بعد صدور الحكم المنهي للخصومة كلها، وذلك بموجب المادة (212) مرافعات مصري.

وبعد صدور الحكم المنهي للخصومة كلها، يمكن الطعن في الحكم الصادر برفض الدفع بعدم القبول سواء مع الحكم المنهي للخصومة أم استقلاً عنه بحسب القانون المصري، المادة (212) مرافعات مصري، بعكس القانون السوري الذي

(1) - د. أحمد أبو الوفاء، نظرية الدفوع، ط7، مرجع سابق، ص 875، بند 496. وأيضاً د. نبيل إسماعيل عمر، الدفع بعدم القبول، مرجع سابق، ص 331 وما بعدها، بند 207.

يشترط أن يكون الطعن في الأحكام التي تصدر أثناء سير الدعوى مع الطعن في الحكم المنهي للخصومة كلها المادة (222) أصول سوري (1).

ويرى بعض الفقه في هذا الخصوص أن هذا التعديل الذي قرره المادة (212) مرافعات مصري، والتي لم تشترط أن يكون الطعن في الحكم الصادر أثناء نظر أو سير الدعوى، والتي لا تقبل الطعن المباشر، مع الطعن في الحكم الصادر الحاسم لكل النزاع، لا يؤثر في وجوب إعمال القاعدة الأساسية في التشريع والتي فحواها أن المصلحة في الطعن في الأحكام الإجرائية لا تتحقق بعد صدور الحكم في الموضوع إلا إذا طعن في الحكمين معاً.

وتبدو أهمية هذه القاعدة في الطعن بالنقض على وجه الخصوص؛ لأن استئناف الحكم الصادر في الدعوى يترتب عليه استئناف الأحكام الصادرة قبله كما رأينا، بينما لا تطبق هذه القاعدة عند الطعن بالنقض، وبالتالي إذا أصدرت محكمة الاستئناف أحكاماً برفض كل دفع المستأنف عليه، ثم صدر الحكم في الاستئناف لمصلحته، فلا مصلحة له في الطعن على استقلال في الأحكام الصادرة برفض هذه الدفع، كالحكم برفض الدفع بقبول الاستئناف شكلاً، والحكم برفض الدفع بعدم الاختصاص المتعلق بالوظيفة، والحكم برفض الدفع بإسقاط الخصومة في الاستئناف؛ لأن كل هذه الأحكام ليس لها كيان مستقل بذاتها، ولا تسبب أي ضرر دائم للمحكوم عليه فيها، وليست لها حجية الشيء المقضي به إلا في نطاق الخصومة الصادرة فيها، وبالتالي لا محل للتشكي منها متى صدر الحكم في الموضوع لمصلحة المحكوم عليه فيها(2).

يشترط لقبول الطعن في الحكم الصادر قبل الفصل في الموضوع ذات الشروط المقررة للطعن في الحكم الصادر في الموضوع، من حيث وصف الحكم والمحكمة التي أصدرته، ويستوي أن يكون الحكم الفرعي قابلاً للطعن المباشر، أو غير قابل له، وبالتالي الحكم الفرعي الصادر من محكمة ابتدائية في استئناف حكم

(1) - د. نبيل إسماعيل عمر، الدفع بعدم القبول، مرجع سابق، ص 326 وما بعدها، بند 203.

(2) - د. أحمد أبو الوفا، نظرية الأحكام، مرجع سابق، ص 463، بند 221.

من محكمة جزئية، لا يقبل الطعن بالنقض، لأن الحكم في الموضوع لا يقبله عملاً بالمادة (248) مرافعات مصري⁽¹⁾.

ويجب لقبول الطعن بالنقض في الأحكام التي لا تقبل الطعن المباشر أن يطعن فيها بعد صدور الحكم المنهي للخصومة أمام المحكمة عملاً بالمادة (212) مرافعات مصري، وباستثناء الأحكام الفرعية التي يجب لقبول الطعن فيها أن يكون مصحوباً بالطعن في الحكم المنهي للخصومة.

والطعن في الحكم الفرعي برفض الدفع بعدم القبول قد يكون مستقلاً عن الحكم المنهي للخصومة، وقد يطعن فيه مع الطعن بالنقض في هذا الأخير.

ومن ناحية أخرى، المطاعن التي تشوب الحكم الصادر قبل الفصل في الموضوع لا يجوز الطعن بها في الحكم الصادر في الموضوع، فعند النظر في شروط قبول طريق من طرق الطعن غير العادية، يجب مراعاة ذلك في كل حكم على حدة، أو في كل جزء من أجزاء الحكم في نفس الدعوى، وكون الحكم معيباً بما يستوجب نقضه لا يؤثر على حكم آخر، إلا إذا كان الحكم الثاني مترتباً على صدور الحكم الأول، فنقض الحكم لا يترتب عليه إلغاؤه هو فحسب بل يتعداه إلى جميع الأحكام اللاحقة عليه متى كان هو أساساً لها وترتبت هي عليه المادة (271) مرافعات مصري، مثلاً يبطل الحكم باعتماد تقرير الخبير وأعماله متى نقض حكم ندبه لأداء تلك الأعمال.

ويجوز الطعن في الحكم الصادر قبل الفصل في الموضوع وحده بعد صدور الحكم في الموضوع ولو كان الأخير لم تُوجَّه إليه مطاعن، بشرط أن يكون إلغاء الحكم الصادر قبل الفصل في الموضوع يستتبع إلغاء الحكم في الموضوع لاعتماد الأخير على قيام الحكم الصادر قبله مثلاً، إذا نقض الحكم الصادر بجواز الإثبات بشهادة الشهود، بطلت إجراءات التحقيق وبطل الحكم الصادر في الموضوع تأسيساً على تلك الإجراءات.

ويشترط في هذه الحالة أن يطلب في صحيفة الطعن بالنقض على طلب إلغاء الحكم في الموضوع نتيجة لإلغاء الأول، وذلك حتى يقبل الطعن وحتى

(1) - د. نبيل إسماعيل عمر، الدفع بعدم القبول، مرجع سابق، ص 328، بند 203.

يصدر القضاء من محكمة النقض صريحاً قاطعاً لكل شك في أثر نقض الحكم الصادر قبل الفصل في الموضوع. وإذا لم يكن إلغاء الحكم الصادر قبل الفصل في الموضوع يستتبع إلغاء الحكم في الموضوع فلا يقبل الطعن في الحكم الصادر قبل الفصل في الموضوع لعدم توافر شرط المصلحة.

ولم يقر المشرع في الطعن بالنقض قاعدة تشابه القاعدة المقررة في المادة (229) مرافعات مصري التي تقول إن استئناف الحكم الصادر في الموضوع يستتبع استئناف الأحكام الصادرة قبله، فلا يطرح أمام محكمة النقض إلا الأحكام التي طعن فيها، فالطعن في الحكم في الموضوع لا يتضمن الطعن في الأحكام الصادرة قبله ما لم ينص على هذا الطعن، أو كان بحث الطعن في الموضوع يستتبع حتماً بحث أحكام أخرى صادرة قبل الفصل في الموضوع⁽¹⁾، أي أن الأحكام الفرعية كالحكم الصادر برفض الدفع بعدم القبول والصادرة أثناء سير خصومة الاستئناف لا تعتبر مشمولة بالطعن بالنقض لمجرد الطعن بالنقض في الحكم المنهي للخصومة، وإنما يتوجب تضمين صحيفة الطعن بالنقض على جميع أوجه الطعن التي يريد الطاعن التشكي منها، وإلا فإنها لا تعتبر مطروحة عليها.

ب - الطعن بالنقض في الحكم الصادر بقبول الدفع بعدم القبول: الحكم الصادر بقبول الدفع بعدم القبول بما أنه حكم منهي للخصومة، فإنه يجوز الطعن فيه مباشرة بالنقض استناداً للمادة (212) مرافعات مصري. وفيما يخص نطاق هذا الطعن أمامها فإنه يتناول فقط المسائل المتعلقة بالدفع فقط، فإذا رأت محكمة النقض أن الطاعن محق في طعنه، فإنها تنقض الحكم وتعيد ملف الدعوى إلى المحكمة التي أصدرت حكم القبول بالدفع لإعادة طرح النزاع أمامها على أساس أن الدعوى مقبولة.

ولا يمكن القول هنا بإعمال المادة (4/269) من قانون المرافعات المصري والخاصة بتصدي محكمة النقض، فهذه الفقرة تنص على أن: "ومع ذلك إذا حكمت المحكمة بنقض الحكم المطعون فيه وكان الموضوع صالحاً للفصل فيه، أو كان

(1) - د. أحمد أبو الوفاء، نظرية الأحكام في قانون المرافعات، مرجع سابق، ص 474 وما بعدها، بند

الطعن للمرة الثانية ورأت المحكمة نقض الحكم المطعون فيه وجب عليها أن تحكم في الموضوع".

فالحكم بقبول الدفع وعدم قبول الدعوى، لا تكون محكمة الاستئناف به قد تعرضت للموضوع أبداً، وبناء على ذلك يتعطل إعمال هذه الفقرة أمام محكمة النقض في أحوال الطعن في الحكم بعدم القبول بهذا الطريق⁽¹⁾.

ثانياً - موقف الفقه والقضاء من أثر الطعن بالحكم الصادر بالدفع بعدم القبول:

اختلف الفقه والقضاء في هذه المسألة، فذهب اتجاه إلى أن المحكمة بقبولها الدفع بعدم القبول تستنفذ ولايتها، وذهب اتجاه آخر إلى تقسيم الدفوع بعدم القبول بين الدفوع الشكلية والدفوع الموضوعية، وبالتالي فالمحكمة لا تستنفذ سلطاتها عند الحكم في الدفوع بعدم القبول الشكلية، بعكس الدفوع بعدم القبول الموضوعية، فيما ذهب اتجاه ثالث إلى القول إن المحكمة لا تستنفذ ولايتها عند الحكم بقبول الدفع بعدم القبول.

1- إن المحكمة تستنفذ ولايتها بالحكم في الدفع بعدم القبول:

يذهب القضاء في مصر، يؤيده بعض الفقه إلى اعتبار الحكم الصادر في الدفع بعدم قبول كالحكم في الدفع الموضوعي⁽²⁾، فإذا قبلت المحكمة الدفع بعدم

(1) - د. نبيل إسماعيل عمر، الدفع بعدم القبول، مرجع سابق، ص 333، بند 208.

(2) - د. محمد حامد فهي، تعليق على الصفة في مجلة القانون والإقتصاد، سنة 1، ص 871 وما بعدها، أشار إليه د. أحمد أبو الوفا، نظرية الدفوع، مرجع سابق، ص 861. بند 490. وأيضاً د. عبدالمنعم الشرقاوي، نظرية المصلحة في الدعوى، ص 415. أشار إليه د. نبيل إسماعيل عمر، الدفع بعدم القبول، مرجع سابق، ص 336، بند 209. وأيضاً د. وجدي راغب فهمي، مرجع سابق، ص 490. ونقض مدني مصري 1973/1/24 مجموعة النقض س 24، ص 108. ونقض مدني 1975/2/12، مجموعة النقض، س 26، ص 364. وهذا القضاء له جذور قديمة في القضاء المصري، من ذلك حكم محكمة مصر الابتدائية المختلطة صادر بتاريخ 1926/5/26 منشور في مجلة التشريع والقضاء، س 38، ص 394. وحكم صادر عنها بتاريخ 1929/6/25 منشور في مجلة التشريع والقضاء، س 41، ص 446. أشار إليه د. نبيل إسماعيل عمر، الدفع بعدم القبول، مرجع سابق، ص 335، بند 209. وأيضاً نقض مدني مصري، بتاريخ 1981/11/16 في الطعن رقم 182 لسنة 41 ق. أشار إليه د. أحمد مليجي، ج 2، مرجع سابق، ص 437، بند 754. ونقض مدني مصري، 1981/11/16، طعن 182، س 41 ق. أشار إليه م. أنور طلبة، الطعن بالاستئناف، مرجع سابق، ص 978.

القبول، وبالتالي قضت بعدم قبول الدعوى، فإنها تستند ولايتها في الفصل في موضوع الدعوى، بحيث يطرح الاستئناف المرفوع عن هذا الحكم الدعوى برمتها بما تضمنته من طلبات ودفع على المحكمة الاستئنافية، ومن ثم لا يمكن لهذه المحكمة إذا ما ألغت حكم محكمة الدرجة الأولى والصادر بعدم قبول الدعوى، أن تعيد الدعوى إليها لنظر موضوعها من جديد. وإنما يتوجب على المحكمة الاستئنافية أن تفصل في موضوع النزاع.

فهذا الاتجاه يساوي بين الدفع بعدم القبول والدفع الموضوعية التي توجه لأصل الحق المدعى به، ويبعدها عن الدفع الشكلية التي توجه للخصومة أو أحد إجراءاتها، وذلك من ناحية أثر الحكم الصادر فيها، فقبول المحكمة للدفع بعدم القبول لعدم توافر الشروط اللازمة لقبول الدعوى كالمصلحة أو أحد أوصافها أو الحق في رفع الدعوى باعتباره حقاً مستقلاً عن ذات الحق الذي ترفع الدعوى بطلب تقريره كإعدام الحق في الدعوى أو سقوطه، تستند به المحكمة ولايتها كما هو الحال في الدفع الموضوعية التي توجه لأصل الحق بقصد رفضه كلياً أو جزئياً، فإذا ألغت محكمة الاستئناف الحكم الصادر بقبول الدفع بعدم القبول وبعدم قبول الدعوى لعدم توفر شروط استعمالها أو مباشرتها، امتنع عليها إعادة الدعوى إلى محكمة الدرجة الأولى، وإنما يتوجب على المحكمة الاستئنافية أن تفصل في المسائل المتعلقة بأصل الحق المتنازع عليه.

وتطبيقاً لذلك، فقد حكمت محكمة النقض المصرية بأن: " الدفع بعدم قبول الدعوى هو دفع موضوعي وبالحكم به تكون محكمة الدرجة الأولى قد استنفدت سلطتها بالحكم في موضوع الدعوى، ويكون الاستئناف المرفوع عن هذا الحكم قد طرح الدعوى بما احتوته من طلبات ودفع على محكمة الاستئناف⁽¹⁾.

وقد طبق القضاء هذا المبدأ على كل من الدفع بعدم القبول لانتفاء المصلحة أو الصفة في الدعوى، والدفع بالتقادم، والدفع بعدم قبول الدعوى لرفعها

(1) - نقض مدني مصري، 21 يناير 1954 - المحاماة - السنة 35، ص 1105. أشار إليه د. أحمد السيد صاوي، مرجع سابق، ص 326 وما بعدها، بند 184.

قبل الأوان⁽¹⁾، والدفع بعدم قبول الدعوى بالحق من المدعى عليه في دعوى الحيازة.

فقد قضت بأن الدفع بعدم قبول الدعوى لانعدام صفة المدعي فيها هو دفع موضوعي يقصد به الرد على الدعوى برمتها ويترتب على قبوله أن يخسر المدعي دعواه بحيث لا يستطيع العودة إليها وتستنفد محكمة الدرجة الأولى بالحكم به كل سلطتها بالفصل في موضوع الدعوى وي طرح الاستئناف المرفوع عن هذا الحكم الدعوى بما تضمنته من طلبات ودفع على محكمة الاستئناف، فلا يجوز لها في حالة إلغاء الحكم الصادر بعدم القبول، وقبول الدعوى، أن تعيدها إلى محكمة الدرجة الأولى لنظر موضوعها⁽²⁾.

وقد قضت المحكمة الابتدائية المختلطة بمصر، بعدم قبول الدعوى المرفوعة من المدعي، لانتفاء صفته في رفعها؛ لأنه لم يعد صاحب صفة في المطالبة به بعد أن حول الدين موضوع النزاع والحاصل بصده الخلاف إلى شخص آخر، فطعن المدعي في هذا الحكم بالاستئناف وطالب بإلغاء الحكم الصادر بعدم قبول الدعوى، وأن تحكم له المحكمة في أصل الدين الذي طلبه، فرد المستأنف عليهم على دعواه بأن الدفع بانعدام صفة المدعي في الدعوى يعتبر من قبيل الدفع الابتدائية المحضة التي يتوقف عليها الفصل في موضوع الدعوى، وحتى لو ألغت

(1) - وفي هذا الخصوص قضت محكمة النقض المصرية من إنه لما كان يبين من مدونات الحكم الابتدائي أنه قضى بعدم قبول الدعوى تأسيساً على أنه رفعها قبل الأوان؛ وذلك لأن المطعون ضده أذن الطاعنين برغبته في إنهاء عقد الإيجار في ميعاد غايته 1981/6/30 دون أن يمنحهم أجلاً مدته ثلاثة أشهر من تاريخ الأذار بالمخالفة لما يوجب به نص المادة 4/39 من القانون رقم 49 لسنة 1977، وهو في حقيقته دفع موضوعي بعدم قبول وذلك وفقاً لما نص عليه المادة (115) مرافعات، إذ هو يتعلق بالحق في رفع الدعوى تستنفد به المحكمة الابتدائية ولايتها؛ ولهذا فإنه يتوجب على محكمة الطعن، وإذا ما رأت إلغائه التصدي للفصل في موضوع الدعوى، لا أن تعيده إلى المحكمة مصدرة الحكم لتحكم فيه من جديد، ومن ثم فالطعن بالحكم لهذا السبب يكون غير مقبول. نقض رقم 1257، لسنة 56 ق، جلسة 1991/4/28. أشار إليه ق. مصطفى مجدي هرجه، مرجع سابق، ص 93.

(2) - نقض مدني مصري، 1989/5/18 في الطعن 740، لسنة 53 ق. أشار إليه د. أحمد مليجي، مرجع سابق، ص 436. بند 754. ونقض مدني مصري 25 يناير 1962، سنة 13، مجموعة أبو شادي، ص 130، رقم 220. أشار إليه د. أحمد السيد صاوي، مرجع سابق، ص 327، بند 184.

محكمة الاستئناف الحكم الصادر بعدم قبول الدعوى، فهي لا تملك أن تطلب الموضوع لتحكم فيه على أساس حق التصدي للموضوع، إلا أن محكمة الاستئناف قررت بأنه إذا لم يكن لها أن تبحث أو تحكم في الموضوع إلا بناء على حق التصدي، فإنه يتوجب على محكمة الاستئناف أن تبحث الموضوع وتحكم فيه لمجرد ما للاستئناف من أثر ناقل للنزاع إلى محكمة الدرجة الثانية، والذي نقل بموجبه موضوع النزاع إليها، لا بموجب حق التصدي.

وعلت محكمة الاستئناف قضاءها هذا، بأن الدفع بانتفاء الصفة في الدعوى ليس دفعاً ابتدائياً مما لا يتعلق بالموضوع ولا يتصل به، بل أن النزاع في القضية كان يتناول ما إذا كان الدين قد نشأ وثبت في ذمة المدينين، ويتناول ما إذا كان قد بقي في ذمتهم، وما إذا كان المدعي لا يزال صاحب الصفة في المطالبة به، أم أنه انتقل بالحوالة إلى شخص آخر (وهو ما يزعمه المستأنف عليهم وأجابوا به على طلبات المدعي)؛ لذلك رأت المحكمة من واجبها وهي محكمة استئنافية انتقل إليها النزاع برمته وبكل تفاصيله وأجزائه، أن تنتظر وتفصل في باقي البنود الموضوعية ولو أن محكمة الدرجة الأولى لم تتعرض لهذه البنود بسبب حكمها بعدم قبول الدعوى، أما نصوص القانون المتعلقة بحق التصدي فلا محل لتطبيقها ما دامت غريبة عن موضوع البحث⁽¹⁾.

وقال بعض الفقه تعليقاً على الحكم السابق، بأنه قد أصاب فيما ذهب إليه، لأن الدفع بعدم قبول الدعوى وبخاصة الدفع بعدم قبولها لانتفاء صفة المدعي في رفعها هو دفع موضوعي يقصد به الرد على الدعوى ذاتها من حيث الموضوع، ويترتب على الحكم بقبوله أن يخسر المدعي دعواه بحيث لا يستطيع العودة إليها. فالمحكمة وهي تقضي بقبوله تفصل في موضوع الدعوى، ولا يغير وجه المسألة أن المحكمة وقد قبلت الدفع وحكمت برفض الدعوى أو بعدم قبولها لم

(1) - إستئناف مختلط مصري 21 فبراير 1930، مجلة القانون والإقتصاد، س 1، ص 871. وإستئناف مختلط مصري 26 مايو 1926، مجلة التشريع والقضاء، 3، ص 394. ونقض مصري 25 يناير 1962 سنة 13، ص 1967. ونقض مصري 1971/5/27 - 22 - 702. أشار إليه د. أحمد أبو الوفا، نظرية الدفع، مرجع سابق، ص 860 وما بعدها، بند 490.

تنتقل للنظر إلى كل ما أثير أمامها من الدفوع الموضوعية لاستغنائها عن البحث فيها.

وفي هذا المعنى أيضاً قضت محكمة النقض المصرية، بأن الحكم بعدم جواز نظر الدعوى لسبق الفصل فيها هو حكم في موضوع الدعوى، فإذا ألغته محكمة الاستئناف فإنه يجب عليها أن تفصل في موضوع الدعوى، وليس في هذا إخلال بقاعدة التقاضي على درجتين⁽¹⁾.

وقضت بأن استئناف الحكم بسقوط الدين بالنقد يطرح النزاع برمته على محكمة الاستئناف⁽²⁾، والدفع بعدم قبول دعوى الضمان الفرعية لعدم ارتباطها وتعلقها بالدعوى الأصلية⁽³⁾.

و الدفع بعدم قبول الدعوى بالحق من المدعى عليه في دعوى الحيازة، قبل الفصل في دعوى الحيازة وتنفيذ الحكم الصادر فيها، أو تخليه بالفعل عن الحيازة لخصمه من تلقاء نفسه، هو في حقيقته دفع موضوعي، وبالقضاء به تكون محكمة الدرجة الأولى قد استنفدت ولايتها بالنظر في موضوعها⁽⁴⁾.

وطبق القضاء هذه القاعدة على الدفع بعدم قبول الدعوى لرفعها قبل اتخاذ إجراء معين فرضه القانون، وكان الإجراء المطلوب هو وجوب لجوء دائن من

(1) - نقض مدني مصري، 7 يونيو سنة 1934، مجموعة القواعد القانونية لمحكمة النقض، ج1، رقم 192. أشار إليه د. رمزي سيف، مرجع سابق، ص 428، بند 357. وطعن رقم 1 لسنة 4 ق جلسة 1934/6/7. أشار إليه د. محمد عزمي البكري، مرجع سابق، ص 943، بند 449.

(2) - نقض مدني مصري، 1968/2/28 - مجموعة النقض - سنة 19، ص 409. أشار إليه د. أحمد مليجي، مرجع سابق، ص 436، بند 754.

(3) - نقض مدني مصري، 21 يناير 1954، المحاماة، سنة 45، ص 1105. أشار إليه د. رمزي سيف، مرجع سابق، ص 428، بند 357.

(4) - طعن رقم 485 لسنة 36 ق جلسة 1971/4/22. أشار إليه د. محمد عزمي البكري، مرجع سابق، ص 944، بند 449. وقضت محكمة النقض المصرية في حكم آخر من إنه لا يجوز الجمع في دعوى الحيازة بينها وبين المطالبة بالحق، وإلا كانت دعوى الحيازة غير مقبولة. وهو أيضاً دفع موضوعي، وبصدور الحكم فيه، فإن المحكمة تستنفد ولايتها، وهو غير متعلق بالنظام العام. نقض مصري 1985/5/14، طعن رقم 357، لسنة 52 ق. أشار إليه د. عبدالحميد الشواربي، الدفوع المدنية الإجرائية والموضوعية، مرجع سابق، ص 777.

رفعت الحراسة عن أمواله إلى المدير العام لإدارة الأموال التي آلت إلى الدولة ليصدر قراراً بشأن دينه قبل أن يرفع الدعوى عليه⁽¹⁾.

وطبقت هذا المبدأ في صدد عدم قبول دعوى إيجار الأطنان الزراعية لعدم إيداع عقد الإيجار الجمعية التعاونية⁽²⁾. وقضت بأن الحكم بعدم قبول الدعوى لرفعها قبل الألوان على أساس أن الدين المرفوعة به غير حال الأداء وغير معين المقدار، وإذا ألغي من محكمة الاستئناف فإن الموضوع يطرح برمته عليها⁽³⁾.

فالحكم في الدفع بعدم قبول الدعوى هو بمثابة حكم في دفع موضوعي، فإذا قبلته المحكمة وقررت عدم قبول الدعوى، فإنها بقبوله تستوفي كل سلطتها، وتستنفد كل سلطتها للنظر في موضوع الدعوى، وبالطعن في هذا الحكم بالاستئناف، فإن الطعن ينقل إلى محكمة الدرجة الثانية الدعوى برمتها بما تضمنته من طلبات ودفع، بحيث إنه إذا ألغت المحكمة الاستئنافية الحكم الصادر بقبول الدفع وقبلت الدعوى، فإنه لا يمكنها أن تعيد الدعوى إلى محكمة الدرجة الأولى لتحكم فيه، بل يجب عليها أن تنتقل من ذلك إلى البحث في كل ما يتعلق بموضوع الدعوى لتفصل في طلبات المدعي ودفع المدعى عليه إن كان قد أثارها.

وهذا المبدأ يتم تطبيقه على جميع الدفوع بعدم القبول ودون استثناء أي من حالاته. وسواء أكان الدفع بعدم القبول دفعاً متصلاً بالموضوع أم دفع متصلاً بشكل الإجراءات، وذلك بخلاف الرأي الذي سنعرضه بعد قليل والذي يقوم فيه أصحابه بالتمييز بين الحالتين.

وقد استندت محكمة النقض في هذه الأحكام إلى القول بأن الدفع في هذه الحالة هو بمثابة دفع موضوعي فالحكم فيه هو حكم في موضوع الدعوى أي حكم في أصل الحق المدعي به، وعبرت عن ذلك في بعض أحكامها بالقول بأن

(1) - نقض مدني مصري، 1974/2/5، مجموعة النقض، سنة 25، ص 285. أشار إليه د. أحمد مليجي، مرجع سابق، ص 437، بند 754

(2) - نقض مدني مصري، 1979/3/3 رقم 313 سنة 46 ق. أشار إليه د. أحمد أبو الوفا، المرجع السابق، ص 763، هامش 2.

(3) - نقض مدني مصري، 1967/6/22 - 18 - 1339. أشار إليه د. أحمد أبو الوفا، المرجع السابق، ص 863، هامش 2.

المحكمة تستنفد ولايتها كما هو الحال في الدفوع الموضوعية المتصلة بأصل الحق، فالدفع بعدم القبول يماثل تماماً الدفع الموضوعي من ناحية إدخال موضوع الادعاء في ولاية محكمة الاستئناف⁽¹⁾.

وهذا المبدأ يتم الأخذ به حتى ولو قصر المدعى عليه دفاعه في موضوع الدعوى على الدفع بعدم قبولها مكتفياً به عن الإدلاء بغيره من الدفوع الموضوعية الموجهة لأصل الحق الذي يطالب به المدعي، فهذا الأمر يشبه الحالة التي يقوم فيها المدعى عليه بإثارة دفع موضوعي وحيد يوجهه لأصل الحق المطالب به، وتقبله المحكمة، وترفض دعوى المدعي، كما إذا دفع المدعى عليه في دعوى المطالبة بدين بانقضاء الدين بمضي المدة وحكمت المحكمة بقبول هذا الدفع، وعند الاستئناف رأت هذه المحكمة إلغاء الحكم بقبول الدفع بانقضاء الدين بالتقادم، فإنها لا تعيد الدعوى إلى محكمة الدرجة الأولى، وإنما تفصل هي في الدفوع الموضوعية الأخرى التي لم تفصل فيها محكمة الدرجة الأولى⁽²⁾.

ويؤكد هذا الاتجاه من جهة، أن هذا التصور لا يعد إخلالاً بمبدأ التقاضي على درجتين، ولو أن المحكمة الاستئنافية تنظر الموضوع في هذه الحالة لأول مرة في الحقيقة، أي أن الموضوع لا يبحث أمام القضاء إلا مرة واحدة، وذلك على أساس أن الحكم في الدفع بعدم القبول بقبوله هو كالحكم في الدفع الموضوعي، والحكم فيه حكم في موضوع الدعوى، يستنفد سلطة المحكمة التي أصدرته بالنسبة للموضوع⁽³⁾، ولا يعتبر هذا من جهة أخرى - بحسب هذا الاتجاه أيضاً - تصدياً من محكمة الدرجة الثانية لموضوع الدعوى، وإنما هو نتيجة طبيعية لأثر الاستئناف في نقل النزاع إلى محكمة الدرجة الثانية⁽⁴⁾.

(1) - د. فتحي والي، مرجع سابق، الوسيط، ص 494، بند 287.

(2) - د. رمزي سيف، مرجع سابق، ص 427، بند 357.

(3) - د. رمزي سيف، مرجع سابق، ص 427 وما بعدها، بند 357.

(4) - وهو ما أخذت به محكمة النقض المصرية في حكم لها جاء فيه أن محكمة الدرجة الأولى تستنفد عند الحكم بقبول الدفع بعدم القبول كل سلطاتها، ويطرح الاستئناف المرفوع عن هذا الحكم الدعوى برمتها أمام محكمة الاستئناف، فإذا ألغت الحكم المطعون فيه، ومن ثم قررت قبول الدعوى، فإنه لا يجوز لها أن تعيدها إلى محكمة الدرجة الأولى بل عليها أن تفصل في موضوعها، ولا يعتبر هذا منها تصدياً لموضوع

إلا أن هذا التوجه ينتقده أغلب الفقه، فلا يجوز لمحكمة الاستئناف إذا ما استؤنف إليها حكم في دفع بعدم القبول أن تتعرض لغير الدفع بعدم القبول، إذ إن تعرض محكمة الدرجة الثانية لغير الدفع بعدم القبول هو من قبيل النظر في طلبات جديدة أبديت لأول مرة أمام محكمة الدرجة الثانية⁽¹⁾.

ويرى البعض الآخر، إنه لا يجوز لمحكمة الدرجة الثانية ذلك، لأن هذا يعتبر إحياء لحق التصدي الذي ألغاه قانون المرافعات المصري⁽²⁾.

فهذا المبدأ بحسب أصحاب هذا الاتجاه هو نتيجة طبيعية لأثر الاستئناف في نقل النزاع إلى محكمة الدرجة الثانية، فالحكم في الدفع بعدم القبول بقبوله هو كالحكم في الدفع الموضوعي حكم في الموضوع، وهو ما نلاحظه من حكم لمحكمة النقض المصرية صراحة إذ تقول إن قبول المحكمة للدفع بعدم القبول لعدم توافر الشروط اللازمة لقبول الدعوى وهي الصفة والمصلحة في رفعها تستنفذ به المحكمة ولايتها كما هو الحال في الدفوع الموضوعية المتعلقة بأصل الحق المطالب به، فإذا ألغت محكمة الاستئناف هذا الحكم أمتنع عليها إعادة الدعوى إلى محكمة أول درجة وتعين عليها التصدي للفصل في الموضوع⁽³⁾.

إلا أن هذا التصور يتناقض مع حقيقة الدفع بعدم القبول ووظيفته في الدعوى المدنية، فالدفع بعدم القبول له سمة أو وظيفة أساسية تميزه عن الدفع الموضوعي وهي أنه يهدف إلى تجنب بحث موضوع الدعوى، ولذلك فإن محكمة الدرجة الأولى عندما تحكم بعدم قبول الدعوى، فإنها تقرر بأنها لم تبحث ولم تحكم في موضوع الدعوى، فإذا ألغى حكمها بقبول الدفع من قبل المحكمة الاستئنافية، فإن هذه

الدعوى (نقض مصري، الطعن 201 لسنة 38 ق، جلسة 1974/2/5، ص 25، ص 285). أشار إليه د. معوض عبدالنواب، الموسوعة النموذجية في الدفوع، 2003 م، مرجع سابق، ص 322.

(1) - د. أحمد أبو الوفا، أصول المحاكمات، مرجع سابق، ص 224، بند 220.

(2) - د. محمد العشماوي وعبد الوهاب العشماوي، قواعد المرافعات، ج 2، ص 7. أشار إليه د. رمزي سيف، مرجع سابق، ص 427 وما بعدها، بند 357، وهامش 1.

(3) - نقض مدني مصري، طعن رقم 182، لسنة 41 ق، جلسة 1981/11/16. أشار إليه د. محمد عزمي البكري، مرجع سابق، ص 945، بند 449.

الأخيرة إذا نظرت الموضوع فإنها في الحقيقة تنظر موضوعاً لم ينظر من محكمة أول درجة وتخالف مبدأ التقاضي على درجتين⁽¹⁾.

2- تقسيم الدفوع بعدم القبول إلى دفوع متصلة بالموضوع ودفوع متصلة بشكل الإجراءات:

وفقاً لهذا الاتجاه، فإنه يجب التمييز بين الدفوع بعدم القبول التي تتصل بالموضوع، وبين تلك التي تتصل بشكل الإجراءات، ومن ثم فالتقاضي بحكمه في الدفع المتعلق بالموضوع يستتفد ولايته بالنسبة لموضوع الدعوى، وبالتالي فاستئناف الحكم الصادر في الدفع ينقل النزاع برمته إلى محكمة الدرجة الثانية أما الطعن في الحكم الصادر في الدفع بعدم القبول غير المتعلق بموضوع الحق المدعى به، فلا يترتب عليه استنفاد القاضي لولايته.

وقد ذهبت محكمة النقض الفرنسية قبل تعديل المادة (192) بالقانون الصادر في سنة 1935م، أو بعد تعديلها بالقانون المذكور إلى التفرقة بين الدفوع بعدم القبول المتصلة بالموضوع، كالدفوع بانعدام المصلحة أو بانعدام الصفة فيها، وسقوط الحق في رفع دعوى الحيازة برفع دعوى المطالبة بالحق، وسقوط الحق في دعوى الضمان بسبب العيب بمضي المدة التي نص عليها القانون، وبين الدفوع بعدم القبول المتصلة بشكل الإجراءات، كالدفوع بعدم قبول دعوى الحيازة لفوات ميعاد السنة من تاريخ حصول التعرض، والدفوع بعدم قبول الطعن لرفعه بعد الميعاد، وهي دفوع بعدم القبول مبناها السقوط بانقضاء الميعاد، أو لعدم التقيد بالمناسبة، أو الترتيب أو الإجراء المحدد لرفعها.

وبنت على هذه التفرقة أن الحكم في الدفوع بعدم القبول المتصلة بالموضوع هو كالحكم في الدفع الموضوعي، بحيث يكون من أثر استئناف الحكم في هذه الحالة طرح النزاع في الدعوى برمته على محكمة الدرجة الثانية، وذلك بموجب ما لهذا الاستئناف من أثر ناقل للنزاع.

أما الحكم الصادر في الدفوع بعدم القبول المتصلة بالإجراءات فهو كالحكم في الدفوع الشكلية، فإن استئناف الحكم فيه ينقل فقط مسألة الدفع أمام محكمة

(1) - د. فتحي والي، الوسيط، مرجع سابق، ص 494، بند 287.

الدرجة الثانية. فإذا حكمت بإلغاء حكم محكمة الدرجة الأولى الصادر بقبول الدفع بعدم القبول وبعدم قبول الدعوى، فإنه يجب عليها في هذه الحالة أن تعيد الدعوى إلى محكمة الدرجة الأولى لتحكم في الموضوع، لأن هذه المحكمة لم تستنفد ولايتها في هذا الشأن⁽¹⁾.

هذا الاتجاه هو الذي اتبعته محكمة النقض الفرنسية، وأيدها في ذلك فريق من الفقه الفرنسي⁽²⁾.

وقد أيدت محكمة النقض المصرية، اتجاه محكمة النقض الفرنسية بالتمييز بين الدفوع بعدم القبول المتعلقة بالموضوع، والدفوع بعدم القبول المتعلقة بالإجراءات في أغلب أحكامها.

فقد قضت محكمة النقض المصرية بأن: الدفع بعدم القبول الذي نصت عليه المادة (115) من قانون المرافعات وأجازت إبداءه في أية حالة كانت عليها الدعوى هو الدفع الذي يرمي إلى الطعن بعدم توافر الشروط اللازمة لسماع الدعوى، ولهذا فإن المادة (115) من قانون المرافعات لا تنطبق إلا على الدفع بعدم القبول الموضوعي، وهو ما تستنفد به محكمة أول درجة ولايتها عند الحكم بقبوله، وي طرح الاستئناف المرفوع عنه الدعوى برمتها بما تضمنته من طلبات ودفوع على محكمة الاستئناف، ومن ثم لا تنطبق القاعدة الواردة في المادة (115) على الدفع الشكلي الذي ينازع به الخصم في إجراءات الخصومة وكيفية توجيهها والذي يتخذ اسم عدم القبول في بعض الحالات؛ لأن العبرة هي بحقيقة الدفع وغايته وليس بالتسمية التي تطلق عليه؛ ولهذا لا تستنفد محكمة أول درجة ولايتها في نظر موضوع الدعوى بالحكم بقبوله مما يتوجب معه على المحكمة الاستئنافية إذا ما ألغت هذا الحكم عند الطعن فيه أن تعيد الدعوى إلى محكمة الدرجة الأولى لبحث موضوعها؛ لأن هذه المحكمة لم تنظر فيه، ولا تملك المحكمة الاستئنافية التصدي لهذا الموضوع

(1) - د. رمزي سيف، مرجع سابق، ص 424 وما بعدها، بند 356.

(2) - سوليس وبيرو، ج 1، ص 297، رقم 319. أشار إليه د. أحمد مليجي، مرجع سابق، ج 2، ص 438، بند 754. وأيضاً موريل، تعليق منشور في سيريه، 1944 - 1 - 117. والعديد من الأحكام التي أشار إليها. أشار إليه د. رمزي سيف، مرجع سابق، ص 423 وما بعدها، بند 356.

لما يترتب على ذلك من تفويت درجة من درجات التقاضي على الخصوم، فحيث يتعلق الأمر بإجراء أوجب القانون اتخاذه، وحتى تستقيم الدعوى فإن الدفع المبني على تخلف هذا الإجراء يعد دفْعاً شكلياً ويخرج عن نطاق الدفوع بعدم القبول متى انتقت صلته بالصفة أو بالمصلحة في الدعوى أو بالحق في رفعها، وذلك دون اعتداد بالتسمية التي يطلق عليه (1). نجد من القضاء السابق أن محكمة النقض المصرية، اعتبرت الدفع بعدم القبول لانقضاء الميعاد المحدد لقبولها من الدفوع بعدم القبول، وعرفت هذا الدفع بأنه هو دفع لا يوجه لأصل الحق الموضوعي، أي إنها تميزه تمام التمييز عن الدفوع الموضوعية، ومع ذلك فهي اعتبرته دفْعاً موضوعياً فاصلاً لموضوع الدعوى، بينما وجدنا أن محكمة النقض الفرنسية تعتبر الدفع بعدم قبول لانقضاء الميعاد المحدد أو لعدم رفعها في الترتيب أو المناسبة المعينة، وهي الدفوع التي مبناها السقوط بانقضاء الميعاد أو الترتيب المحدد لرفعها من الدفوع المتعلقة بشكل الإجراءات. وإذا كانت محكمة النقض المصرية ذهبت في القضاء السابق إلى القول بأن الدفع بعدم القبول لانقضاء الميعاد من الدفوع بعدم القبول التي تتميز عن الدفوع الموضوعية والدفوع الشكلية، ومع ذلك وعملياً اعتبرته دفْعاً موضوعياً فاصلاً للموضوع، بينما نجد أنها ذهبت في أحكام أخرى إلى العكس من ذلك، إذ اعتبرت هذا الدفع بمثابة دفع شكلي، فقد قضت في أحد أحكامها بأن الدفع بعدم قبول الاستئناف لرفعه بعد الميعاد المنصوص عليه في المادة (227) مرافعات، هو دفع يتعلق بعمل إجرائي، يرمي إلى سقوط الاستئناف، كجزء على انقضاء الميعاد الذي يتعين القيام به خلاله، وهو بهذا الشكل من الدفوع الشكلية المتعلقة بالنظام العام، وليس دفْعاً بعدم القبول، وذلك بحسب ما جاء بنص المادة (115) مرافعات، ولا يعتبر هذا الدفع تعرضاً لموضوع الاستئناف (2).

(1) - نقض مدني مصري، 1989/2/8 طعن 18، سنة 50 ق. وأيضاً نقض مدني مصري 1984/6/28 طعن 578، لسنة 51 ق. ونقض 1989/2/8، طعن 180 لسنة 50 ق. ونقض 1994/6/26، طعن رقم 963، لسنة 60 ق. أشار إليه د. أحمد ملجي، مرجع سابق، ص 460 وما بعدها، بند 804 وما بعده.

(2) - أنور طلبة، الطعن بالاستئناف، مرجع سابق، ص 787 وما بعدها.

وذهب بعض الفقه إلى التمييز بين نوعين من عدم القبول، عدم القبول الذي لا تستنفد به المحكمة ولايتها، وعدم القبول الذي تستنفد به المحكمة ولايتها: فبالنسبة لعدم القبول الذي لا تستنفد به المحكمة ولايتها، فيرى هذا الفقه أنه قد يفرض المشرع شروطاً لاستعمال الدعوى ورفعها، وينص على عدم قبولها في حالة عدم توافرها، ولهذا يجب على المحكمة ومن تلقاء نفسها التحقق من توافرها دون أن يتطلب ذلك التعرض لموضوع الدعوى بحيث إذا قضت بعدم قبول الدعوى لعدم استيفاء هذه الشروط، فإنه يكون عدم قبول للدعوى بالحالة التي كانت عليها عند رفعها واستمرت حتى الحكم فيها، وتكون للحكم على هذا النحو حجية مؤقتة تزول عنه متى رفعت دعوى جديدة مستوفية للشروط التي لم تكن قد توافرت في الدعوى السابقة، وحينئذ تلتزم ذات المحكمة بنظرها إذ لم تستنفد ولايتها بقضائها السابق لانحصاره في بحث مسائل إجرائية لم تمس الموضوع، ولذلك يتوجب على المحكمة الاستئنافية، عند إلغائها الحكم أن تعيد الدعوى إلى محكمة الدرجة الأولى لتفصل في الموضوع، مثال ذلك الدفع بعدم قبول الدعوى لرفعها بدين تتوافر فيه شروط استصدار أمر الأداء⁽¹⁾، والدفع بعدم قبول الدعوى لرفعها مباشرة إلى المحكمة للمطالبة بحق مما نص عليه قانون التأمينات الاجتماعية دون اللجوء في شأنه للجنة المختصة، والدفع بعدم قبول دعوى صحة ونفاذ عقد البيع لعدم شهر صحيفة الدعوى عملاً بالفقرة الثالثة من المادة (65) من قانون المرافعات المصري، والدفع بعدم قبول دعوى إخلاء العين المفروشية لعدم قيد عقد الإيجار بالوحدة المحلية.

وأما الدفع بعدم قبول الدعوى المقصود به في الفقرة الأولى من المادة (115) من قانون المرافعات المصري، والذي به تستنفد المحكمة ولايتها فهو الدفع الذي لا يمكن للمحكمة الحكم فيه دون التعرض لأصل الحق المطالب به، وهو بمثابة دفع موضوعي يرد على الحق في رفع الدعوى ولا يمكن التصدي له إلا ببحث أصل الحق المدعى به لمعرفة ما إذا كانت هناك علاقة أو صلة بينه وبين المدعي تجيز له رفع الدعوى من عدمه، ومتى قبلت المحكمة الدفع في هذه الحالة

(1) - نقض مدني مصري 1979/3/7، رقم 621، سنة 40 ق. أشرت إليه د. أحمد أبو الوفا، نظرية

الدفع، ط 7، مرجع سابق، ص 863، هامش 2.

تكون قد استنفدت ولايتها، بحيث إذا ألغى قضاءها استئنافياً، فإنه يجب عليها التصدي لموضوع الدعوى (1).

ومن أمثلة الدفوع بعدم القبول الموضوعية، الدفع بعدم قبول الدعوى لانتفاء المصلحة أو أحد أوصافها في الدعوى، فقد قضت محكمة النقض بأن التحقق من قيام المصلحة أو انتفاءها بأوصافها المعروفة في القانون والفقهاء والقضاء وهي اتصالها بشخص صاحبها اتصالاً مباشراً وقيامها قياماً حالاً واستنادها إلى القانون، يقتضي من المحكمة اتصالاً بموضوع الدعوى متمثلاً في عنصر أو أكثر من عناصرها الثلاثة وهي الخصوم والمحل والسبب؛ ولهذا فالمقرر في قضاء هذه المحكمة أن من شأن الحكم بعدم قبول الدعوى أن تستنفد به المحكمة التي أصدرته ولايتها في الفصل في موضوع الدعوى مما ينتقل معه الحق في الفصل فيها من جديد إلى محكمة الاستئناف في حالة الطعن في الحكم لديها (2).

وقضت أيضاً محكمة النقض المصرية بأن الدفع بعدم قبول دعوى الإخلاء لرفعها من غير ذي صفة متى أقيم على إنكار وجود العلاقة الإجارية يعتبر في حقيقته دفاعاً موضوعياً متعلقاً بأصل الحق المطالب به (3).

وحكمت بأن الحكم بعدم قبول الدعوى لرفعها قبل الأوان على أساس أن الدين المرفوعة به غير حال الأداء وغير معين المقدار إذا ألغى من محكمة الاستئناف فإن الموضوع يطرح برمته عليها (4).

وقضت محكمة النقض بأن الدفع بعدم قبول الطعن في قرار لجنة تحديد الأجرة لرفعه بعد الميعاد هو دفع شكلي، وليس دفاعاً بعدم القبول، ومن ثم فإذا

(1) - أنور طلبه، مرجع سابق، ج 3، ص 7 وما بعدها.

(2) - نقض مدني مصري، تاريخ 1980/4/26، طعن 153، سنة 41 ق. أشار إليه أنور طلبه، مرجع سابق، ج 3، ص 8.

(3) - نقض مدني مصري، 1965/11/18، مجموعة النقض، س 16، ص 119. أشار إليه د. نبيل إسماعيل عمر، الدفع بعدم القبول، مرجع سابق، ص 339، بند 210.

(4) - نقض مدني مصري، 1967/6/22 - 18 - 1336. أشار إليه د. أحمد أبو الوفاء، نظرية الدفوع، مرجع سابق، ط 7، ص 863، هامش 2.

قضت محكمة الدرجة الثانية بإلغاء الحكم بعدم قبول الطعن وجب عليها إعادة الدعوى للمحكمة الابتدائية للفصل فيه⁽¹⁾.

وبناء على ما تقدم، نرى هذا التقسيم فيه صنعة واضحة، ولا يستند لأي أساس قانوني سليم، كما أنه يصعب تحديد متى يعتبر الدفع بعدم القبول من الدفوع بعدم القبول الموضوعية، وبالتالي لنحكم بأن المحكمة قد استنفدت سلطاتها، ومتى يمكن اعتباره من الدفوع بعدم القبول الإجرائية، ولنقرر أن المحكمة لم تستنفد سلطاتها في هذه الحالة، وقد لاحظنا اختلاف أصحاب هذا التوجه أنفسهم في هذا الأمر؛ ولذلك لا يمكن التسليم به.

3- عدم استنفاد المحكمة لولايتها بالحكم في الدفع بعدم القبول:

الدفع بعدم القبول هو دفع يتعلق بسلطة الالتجاء إلى القضاء، أي الحق في الدعوى وتوافر شروط قبولها أي يتعلق بشروط استعمالها ومباشرتها أمام القضاء، ومن ثم فلا هو بدفع موجه لأصل الحق المدعى بحصول الاعتداء أو التهديد له، حتى يمكن اعتباره دفْعاً موضوعياً، كما أنه دفع لا يوجه لإجراءات الخصومة لنعبره دفْعاً شكلياً، بل إن المنطق وتجنباً لتلافي حصول التناقض في الواقع العملي، اعتباره دفْعاً بعدم القبول، وتمييزه عن الدفوع الأخرى، ومن ثم فإن المحكمة عند الفصل فيه، لا تكون قد استنفدت ولايتها بالنسبة للموضوع؛ لأنها لم تتعرض له، ذلك أن هذا الدفع ليس دفْعاً موضوعياً، إنما هو دفع إجرائي يتعلق بالموضوع، أو دفع يمكن أن نطلق عليه دفْعاً يوصل الإجراءات بالموضوع، أو يوصل الخصومة بالحق الموضوعي؛ ولهذا السبب فله خصوصيته التي تجب مراعاتها، عند تنظيم أحكامه؛ ولهذا كله - ولأسباب السابقة - فإننا نؤيد الرأي الراجح فقهاً وقانوناً، وهو ما يأخذ به القضاء السوري أيضاً - والذي يقول: إن الحكم في الدفوع بعدم القبول - ودون استثناء أي حالاته من هذه القاعدة - ليس حكماً في

(1) - نقض مدني مصري، 1979/5/23، رقم 1170، سنة 48 ق. أشار إليه د. أحمد أبو الوفا، نظرية الدفوع، ط7، مرجع سابق، ص 863، هامش 2.

الموضوع، بل مضمونه عدم الفصل في الموضوع، ولا يعني الحكم فيه، وكأنه حكم في دفع موضوعي⁽¹⁾.

فالدفع بعدم القبول له سمة أو وظيفة أساسية تميزه عن الدفع الموضوعي الذي يوجه إلى أصل الحق المدعى به ومن ثم فالبحث فيه يعد بحثاً في موضوع الدعوى، أما الدفع بعدم القبول فهو بحسب وظيفته يهدف إلى منع المحكمة من بحث الموضوع أو النظر والفصل فيه؛ ولهذا فإن المحكمة عندما تحكم بعدم قبول الدعوى، فإنها تقرر بأنها لم تنتظر ولم تبحث في موضوع الدعوى، لأنها حكمت بعدم قبولها أو سماعها، ومن ثم فإذا ألغت محكمة الاستئناف الحكم الصادر بعدم قبول الدعوى، ونظرت الموضوع فإنها سوف تنتظر موضوعاً لم تبحثه ولم تنتظر فيه محكمة أول درجة، الأمر الذي يفوت على الخصوم درجة من درجات التقاضي، فلا يمكن لها أن تنتظر في الموضوع في حالة إلغاء حكم محكمة الدرجة الأولى القاضي بقبول الدفع وبعدم قبول الدعوى، إلا إذا كان لها حق التصدي للموضوع، وهو حق لا يمكن إعماله إلا إذا وجد نص صريح في القانون يقره ويسمح به⁽²⁾.

فالقول بأن الدفع بعدم القبول هو دفع موضوعي يفصل في موضوع الدعوى، قول غير صحيح، وينفيه أن المشرع المصري - كما المشرع الفرنسي والسوري يميزه - عن غيره من الدفوع الموضوعية، ويفرد له نصوصاً خاصة به كالمادة (115) مرافعات مصري، والمشرع الفرنسي في المادة (122) من قانون أصول المحاكمات، وهو ما يحاول المشرع السوري بيانه في قانون الأصول، على الرغم من أنه لم يفرد هذا الدفع بنصوص خاصة، ولكن هذا هو المستفاد من عبارة " في الدفوع وفي الدفع بعدم قبول الدعوى ".

والحقيقة وكما سبق القول، فإن مضمون الحكم بعدم القبول هو عدم الفصل في الموضوع، ولذا فإنه إذا نظرت المحكمة الاستئنافية موضوع النزاع بعد إلغاء الحكم الصادر بعدم القبول من محكمة أول درجة فإنها سوف تنتظر أو تفصل في

(1) - د. أحمد هندي، أصول، مرجع سابق، ص 233، بند 166.

(2) - د. فتحي والي، الوسيط، مرجع سابق، ص 494 وما بعدها، بند 287.

موضوع لم يسبق أن فصلت فيه محكمة أول درجة مما يعني تفويت درجة من درجات التقاضي⁽¹⁾.

فاستئناف الحكم الصادر بقبول الدفع بعدم القبول لا ينقل إلى المحكمة الاستئنافية من النزاع إلا في هذا الحدود، فإذا انحصر النزاع أمام محكمة أول درجة في الدفع، وحكمها لم يصدر إلا في خصوص مسألة القبول، ولم يتعدّه إلى الموضوع لعدم إمكان ذلك؛ وذلك لأنها حكمت بعدم القبول، فإن استئناف هذا الحكم أمام محكمة الدرجة الثانية لا ينقل إليها إلا هذا القدر من النزاع⁽²⁾.

فنص المادة (232) مرافعات مصري، المقابلة للمادة (1/236) أصول سوري ينص صراحة على أن " الاستئناف ينقل الدعوى بحالتها التي كانت عليها قبل صدور الحكم المستأنف بالنسبة لما رفع عنه الاستئناف فقط ".

ف نطاق ومضمون الأثر الناقل للاستئناف مقصور فقط على ما رفع عنه الاستئناف، أي ينحصر في بحث الدعوى بحالتها التي كانت عليها قبل صدور الحكم المستأنف وبالنسبة لما رفع عنه الاستئناف وما رفع عنه الاستئناف في هذا الفرض هو الحكم الصادر بعدم القبول، والدعوى التي صدر فيها هذا الحكم هي دعوى عدم القبول التي توجه بهدف إنكار حق المدعي في استعمال أو مباشرة الدعوى القضائية لحماية حقه الموضوعي، فبحسب المادة السابقة كان لا بد أن يقتصر الأثر الناقل لاستئناف الحكم بعدم القبول على الحدود التي رسمها الطاعن، وأن يلتزم حدود الدعوى التي صدر فيها، هذه الدعوى هي مسألة عدم القبول، وهي المسألة التي يجب أن تطرح على محكمة الاستئناف، وبالنسبة لما رفع عنه الاستئناف، وهذا الأخير قد رفع ضد الحكم الصادر بعدم القبول⁽³⁾.

(1) - د. السعيد محمد الإزماني عبدالله، انقضاء الخصومة بغير حكم، دراسة مقارنة، بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، المكتب الجامعي الحديث، 2007، ص 284.

(2) - د. وجدي راغب فهمي، مبادئ، ص 371. وأيضاً د. محمد العشماوي، مرجع سابق، ج2، ص 307. أشار إليهما د. نبيل إسماعيل عمر، المرجع سابق، ص 348، بند 214.

(3) - د. أحمد أبو الوفا، الدفع بعدم القبول، بحث منشور في مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية، مرجع سابق، ص 195، بند 21.

ولذلك يذهب الرأي الراجح في الفقه إلى القول بأن موقف محكمة النقض الفرنسية، ومحكمة النقض المصرية والذين ذهبوا في هذا الاتجاه، وذلك إزاء الأثر الناقل للطعن في الحكم الصادر بعدم القبول هو موقف لا يستند إلى أي أساس قانوني سليم أو منطقي ⁽¹⁾.

والأساس الوحيد الذي جعلهم يأخذون بهذا التصور هو أن القاضي عندما يفصل في الدفع بعدم القبول قد يتعرض لفحص بعض عناصر موضوع الادعاء لبحث شروط تأسيس هذا الدفع أو عدم تأسيسه، أو يبحث شروط قبول الطلب القضائي وهي المصلحة بأوصافها الثلاثة، أو الشروط الخاصة أو السلبية، وبالتالي بما أنه يوجد بين شروط قبول الطلب القضائي وشروط الحق الموضوعي علاقة أو ارتباط وثيق، وخاصة عند الذين دمجوا الدعوى بالحق، أو الذين ربطوا بينهما؛ ولهذا فإن أصحاب هذا الاتجاه اعتبروا أن الحكم في الدفع بعدم القبول هو بمثابة حكم في دفع موضوعي. إلا أن الرأي الراجح هو أن القاضي عندما يبحث وجود الحق في الدعوى، أو شروط قبولها، هذا البحث كله قد يقتضي استقراء عناصر موضوعية موجودة في النزاع المطروح عليه، بحث هذه العناصر يتم عن طريق تحسسها من الظاهر، دون أن يحسمها القاضي بحكم حاسم للنزاع، وبالتالي عدم استنفاد ولايته بشأنها.

فالقاضي وهو بصدد البحث عن اختصاصه أو عدم اختصاصه بالموضوع المطروح عليه، قد يلجأ في بعض الحالات لفحص هذا الموضوع، ولم يذهب أحد إلى القول بأن الحكم في مسألة الاختصاص في هذه الحالة قد تضمن الحكم في الموضوع أيضاً.

فأنا أدفع بعدم قبول الدعوى، بمعنى أنني أطلب عدم النظر في الموضوع وعدم إصدار الحكم فيه، وهو الاتجاه الذي تأخذ به محكمة النقض السورية، إذ قضت في حكم لها أن رد الدعوى لعدم صحة الخصومة أو التمثيل، إنما هو من قبيل رد الدعوى شكلاً وليس موضوعاً. والسبب في ردّ الدعوى هنا هو لأنها رفعت

(1) - د. أحمد أبو الوفاء، المرجع السابق، ص 194، بند 21. وأيضاً د. نبيل إسماعيل عمر، المرجع السابق، ص 341، بند 211.

على من لا صفة له فيها ⁽¹⁾. وفي حكم آخر قضت أن ردّ الدعوى شكلاً لا يسوغ للمحكمة أن تتصدى لبحث أساس النزاع ⁽²⁾. حيث كان الاستئناف مقدماً ممن لا صفة لهم بالدعوى.

وقد لخص بعض الفقه عيوب ومساوئ ومخاطر هذا الاتجاه، بقوله إنه يخالف قواعد الطعن بالاستئناف وينسب إلى الخصوم إرادة مفترضة لا وجود لها، فهو ينسب إليهم أنهم أرادوا الطعن فيما يتعلق بموضوع الدعوى وذلك عند الطعن في الحكم الصادر بالدفع بعدم القبول، وهذا الموقف فيه صنعة واضحة يؤدي إلى القول بأن قاضي أول درجة قد استنفذ ولايته بالنسبة للموضوع وهذا التصور يخالف الحقيقة، وهذا الموقف يهدر قاعدة التقاضي على درجتين، ويفوت على الخصوم درجة من درجات التقاضي، ويمنح محكمة الطعن الحق في التصدي للموضوع، وهذا الحق لا يمكن إعماله إلا بوجود نص صريح في القانون يجيز ذلك، وهذا الاتجاه يعمل مبدأ الاقتصاد في الإجراءات على نحو غير صحيح، فهذا المبدأ يحتاج إعماله لإجراءات وأوضاع سليمة، وأخيراً فهذا الاتجاه يقوم على فهم خاطئ لطبيعة الدفع بعدم القبول نفسه، فالمحكمة وهي تقضي بقبول الدفع، تحكم أيضاً بعدم قبول الدعوى، أي تحكم بأنها لم تنتظر موضوع الدعوى ⁽³⁾.

فالدفع بعدم قبول الدعوى لانتفاء الصفة مثلاً هو دفع لا يتصل بأصل الحق المدعى به، وفي أغلب الحالات تحكم فيه المحكمة قبل فحص الموضوع، وبناء على ذلك فالحكم بعدم قبول الدعوى لانتفاء الصفة هو حكم في مسألة أولية واستئنافه لا يطرح على محكمة الدرجة الثانية موضوع الدعوى الأصلية لأن هذا الموضوع لم تفصل فيه محكمة الدرجة الأولى فلا يتصور بالتالي أن يشمل الطعن بالاستئناف.

(1) - نقض سوري . الغرفة المدنية الأولى في القضية أساس 954، قرار 727، تاريخ 2009/11/25 م، المحامون، العددان 3. 4، لعام 2011، السنة 76، ص 380، القاعدة 29.

(2) - نقض سوري . الغرفة المدنية الثانية في القضية أساس 1275، قرار 1464، تاريخ 2008/9/22 م، المحامون، العددان 1- 2، لعام 2011، السنة 76، ص 57، القاعدة 14. ونقض سوري . الغرفة المدنية الثانية، 1156/661 تاريخ 2000/5/7 م، المحامون، ص 59.

(3) - د. نبيل إسماعيل عمر، المرجع السابق، ص 341 وما بعدها، بند 211 وما بعده.

إذاً لا يترتب على استئناف الحكم بقبول الدفع بعدم القبول طرح النزاع برمته على محكمة الدرجة الثانية، وإنما ولايتها تقتصر على مجرد الفصل في الدفع بعدم القبول، فليس لها أن تنتظر في غير الدفع الذي استؤنف الحكم فيه إليها⁽¹⁾. وبناء على هذا التصور الصحيح للأثر الناقل لاستئناف الحكم بعدم القبول، فقد حكمت محكمة استئناف الإسكندرية بمصر تأييداً لهذا التصور الصحيح، بأنه إذا رأت لجنة الطعن عدم قبوله لرفعه من غير ذي صفة وأيدتها في هذا المحكمة الابتدائية ثم قضت محكمة الاستئناف بقبول الطعن لرفعه من ذي صفة، فإنه يتوجب عليها إعادة ملف الممول إلى لجنة الطعن لفحصه من جديد⁽²⁾.

وقد تضمنت المادة 5/188 من قانون أصول المحاكمات المدنية الأردني الحالات التي يتوجب على محكمة الاستئناف إعادة الدعوى إلى محكمة الدرجة الأولى للنظر في الموضوع عند فسخها الحكم المستأنف ومن بينها حالة رد الدعوى لكون القضية مقضية⁽³⁾.

فالدفع بعدم القبول هو جزاء إجرائي يوجه إلى الحق في رفع الدعوى، أو إلى الشروط اللازمة لقبولها أمام القضاء، ولا يتعرض هذا الدفع للحق الموضوعي بالإنكار أو الاحتجاج سواء في نشأة هذا الحق أم في مقداره أم في بقاءه، كلياً أو جزئياً، فقبول الدعوى أو عدم قبولها هو خطوة سابقة على الفصل في موضوعها. والدفع بعدم القبول لا يعتبر دفْعاً موضوعياً، بل هو بمثابة دفع أولي أو ابتدائي، والحكم الصادر فيه هو حكم فرعي وليس حكماً في دفع موضوعي، أو حكماً فاصلاً في موضوع الدعوى، فهذا الحكم لا يمس موضوع الدعوى بأي حال من الأحوال، والقول بغير ذلك معناه خلط مسألة قبول الدعوى بمسألة الحكم في موضوعها، الأمر الذي سوف يؤدي لنتائج غير منطقية.

(1) - د. أحمد أبو الوفا، الدفع بعدم القبول، بحث منشور في مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية، ص 192، 195، بند 18، 21.

(2) - استئناف الإسكندرية الطعن رقم 335، سنة 5 ق، تاريخ 30 نوفمبر 1960. أشار إليه د. أحمد أبو الوفا، نظرية الدفع، مرجع سابق، ص 864، بند 491.

(3) - أ. باسم محمد الزغول، مرجع سابق، ص 120، هامش 2.

وبناء على ما سبق، نرى أن محكمة الدرجة الأولى لا تستنفد سلطتها للنظر في موضوع الدعوى، عند إصدار حكمها في الدفع بعدم القبول بقبوله، ومن ثم فلا يجوز للمحكمة الاستئنافية أن تفصل في الموضوع إذا ما رأت إلغاء الحكم الصادر من محكمة الدرجة الأولى بقبول الدفع.

فالآراء السابقة التي اعتبرت أنّ الحكم الصادر في الدفع بعدم القبول هو بمثابة حكم في دفع موضوعي، ورتبت على هذا أن الطعن بالاستئناف فيه ينقل موضوع النزاع إلى محكمة الدرجة الثانية، لم تأخذ في الحسبان أن النزاع الذي يطرح على محكمة الدرجة الثانية يجب أن يكون هو نفسه الذي طرح بالفعل على محكمة الدرجة الأولى وقضت فيه حقيقة أو حكماً⁽¹⁾، وإذا انحصر النزاع في الدفع، فلا يجب أن تنظر محكمة الدرجة الثانية غير ما كان مطروحاً للنظر على محكمة الدرجة الأولى، كما أنه لا يمكن لمحكمة الاستئناف أن تنظر إلا فيما رفع فيه الطعن أمامها، فالحكم لم يصدر إلا في شأن الدفع، ولا يتصور أن يشمل

(1) - وهو ما تذهب إليه محكمة النقض المصرية نفسها من إن الحجة لا تكون إلا لما فصلت فيه المحكمة حقيقة أو حكماً، فقد قضت بأن القضاء النهائي لا يكتسب قوة الأمر المقضي فيه، إلا فيما ثار بين الخصوم من نزاع، وفصلت فيه المحكمة بصفة صريحة أو ضمنية أكيدة وحتمية قاطعة، سواء كانت في المنطوق أو في الأسباب المرتبطة به. فإذا كان الثابت أن طرفا الدعوى لم يتناقشا في شأن صفة مدير عام التأمينات وتمثيلها في الخصومة، وكان حكم محكمة أول درجة قد انحصر قضاءه في تكييف طبيعة العلاقة بين الطاعن وهيئة التأمينات دون أن يتجاوز ذلك إلى البحث في صفة من يمثلها، فإن الحكم بهذا الشكل لا يكون قد اشتمل على قضاء ضمني بثبوت هذه الصفة لمدير عام التأمينات؛ لأن ما لم تنظر فيه المحكمة بالفعل لا يمكن أن يكون موضوعاً لحكم يحوز قوة الأمر المقضي فيه. الطعن رقم 33، سنة 36 ق، جلسة 1972/12/16، س 23، ع 3، 1398، أشار إليه ق. سعيد أحمد الشعلة، مرجع سابق، ص 24، بند 22. وفي حكم آخر جاء فيه أنه لما كان القضاء الذي تستنفد به المحكمة ولايتها هو الذي يتضمن فصلاً صريحاً أو بصفة ضمنية حتمية في مسألة تنازع عليها الخصوم، أما ما لم تنظره المحكمة بالفعل، فإنه لا يمكن أن يكون محلاً لقضاء تستنفد به ولايتها فيه. الطعن رقم 157 لسنة 50 ق، جلسة 1984/1/26. أشار إليه د. علي عوض، الدفع بعدم جواز نظر الدعوى لسبق الفصل فيها، دار محمود، 1995م، ص 123، بند 94. وفي حكم هام جاء فيه: أن حجية الحكم تقتصر على الشيء المقضي فيه، وما لم تنظر فيه المحكمة بالفعل لا يمكن أن يكون موضوعاً لحكم يحوز قوة الأمر المقضي... نقض مصري في الطعن رقم 1112، لسنة 48 ق، جلسة 1979/1/25. أشار إليه د. علي عوض حسن، المرجع السابق، ص 135، بند 103.

الطعن فيه بالاستئناف غير ما تم النظر والقضاء به، فمحكمة الدرجة الأولى عندما تحكم في الدفع بعدم القبول، لا تفصل في المسائل المتعلقة بأصل الحق المدعى به، وحكمها لا يصدر إلا في مسألة الدفع بعدم القبول، وهو ما يجب أن يكون مطروحاً للنظر فقط أمام محكمة الاستئناف، أي إنه لا يجوز لها أن تنتظر في غير الدفع الذي استؤنف الحكم فيها إليها، فإذا نظرت محكمة الدرجة الثانية في الموضوع، فإنها سوف تقوت على الخصوم درجة من درجات التقاضي، لذلك تكون مطالبة محكمة الدرجة الثانية بالنظر في الموضوع كله، من قبيل إبداء طلبات جديدة في الاستئناف في غير ما أجازها القانون، ومن قبيل عرض النزاع لأول مرة على المحكمة الاستئنافية، أي أن تفصل المحكمة الاستئنافية في موضوع لم يسبق الفصل فيه من قبل محكمة الدرجة الأولى، الأمر الذي يفوت على الخصوم درجة من درجات التقاضي⁽¹⁾.

ولا يتغير هذا الحكم، ولو تبين أن محكمة الدرجة الأولى قد سمحت للخصوم بأن يتعرضوا لأصل الحق المدعى به، أو تبين أن المحكمة نفسها ولأجل إصدار حكمها في الدفع اضطرت لنظر الموضوع، ذلك لأن العبرة بما فصلت فيه المحكمة حقيقة أو حكماً، إذ لا يتصور أن يشمل الطعن بالاستئناف غير ما قضى به الحكم المطعون فيه⁽²⁾، وهو ما تأخذ به محكمة النقض المصرية، وتطبيقاً لهذا فقد قضت من أن صدور الحكم المستأنف وفقاً لطلبات المستأنف يجعل استئنافه غير مقبول، ولا يعيب الحكم القاضي بعدم قبول الاستئناف، إنه في سبيل التعرف على طلبات المستأنف قد استعرض دفاعه خلال مراحل التقاضي، وخلص منه إلى أن الحكم المستأنف قد صدر وفقاً لطلباته، أي أنه لا توجد لدى المستأنف مصلحة في استئنافه المرفوع، مما يستوجب الحكم بعدم قبوله⁽³⁾.

(1) - د. أحمد السيد صاوي، مرجع سابق، ص 327، بند 184. وأيضاً د. أحمد أبو الوفا، المرافعات المدنية، مرجع سابق، ص 301، بند 209. وأيضاً د. أحمد أبو الوفا، مجلة الحقوق، مرجع سابق، ص 194 وما بعدها، بند 21.

(2) - د. أحمد أبو الوفا، مجلة الحقوق، مرجع سابق، ص 195، بند 21.

(3) - الطعن رقم 157، سنة 21 ق، جلسة 1954/4/1. أشار إليه ق. سعيد أحمد الشعلة، مرجع سابق، ص 83، بند 1.

وبناء على ما تقدم، يكون على محكمة الدرجة الثانية إذا ما طعن أمامها في الحكم الصادر بعدم القبول إما أن تؤيد هذا الحكم وبالتالي تنتهي الخصومة، أو تلغيه وهنا يجب عليها أن تعيد الدعوى إلى محكمة الدرجة الأولى لتفصل في الموضوع على اعتبار أنها مقبولة وأنها لم تستنفد ولايتها فيما يتعلق بالموضوع⁽¹⁾.

وبناء على ما سبق، يمكن القول إن آثار الطعن في الحكم الصادر في الدفوع بعدم القبول، تشبه آثار الطعن في الحكم الصادر في الدفوع الشكلية؛ ولكن ليس لأنها دفوع شكلية أيضاً؛ وإنما لأن الحكم الصادر في الدفوع الشكلية والدفوع بعدم القبول، هو نوع من الأحكام الفرعية التي تصدر أثناء سير الدعوى، ولا توجه لأصل الحق المدعى به، ولا يفصلان في موضوع الدعوى، فالدفوع الشكلية هي الدفوع التي توجه للخصومة أو أحد إجراءاتها، وترمي إلى بيان أن هناك خللاً أو خطأ في الإجراءات، أما الدفوع بعدم القبول فلا توجه إلى الخصومة أو إجراءاتها، كما أنها لا توجه لأصل الحق الموضوعي، بل توجه إلى الحق في استعمال أو مباشرة الدعوى، ويكون الهدف منها عدم قبول النظر فيها، أو عدم سماعها، أو عدم صدور حكم في موضوعها، ومن ثم فكما أن الطعن بالدفوع الشكلية لا ينقل موضوع النزاع، والذي لم تفصل فيه محكمة الدرجة الأولى، إلى محكمة الطعن، فنفس الأمر تماماً ينطبق على الدفوع بعدم القبول، فالحكم الصادر فيها، هو حكم فرعي سابق على الفصل في موضوعها، والقول بغير هذا سوف يؤدي لتقويت درجة من درجات التقاضي على الخصوم، إلا إذا كان هناك نص صريح يجيز لمحكمة الطعن أن تتصدى للموضوع، وذلك عند الطعن في الحكم الفرعي، فهنا لا اجتهاد مع الحكم الصريح، كما كان عليه الحال في قانون أصول المحاكمات السوري السابق الذي نص صراحة على تصدي محكمة الاستئناف للموضوع، وذلك عند استئناف الأحكام الفرعية لديها، فقد نصت المادة (2/237) أصول المحاكمات السوري السابق على أنه إذا استؤنف حكم لا يتضمن الفصل في موضوع الدعوى وجب على محكمة الاستئناف إذا فسخته أن تحكم في الموضوع أيضاً، وفي هذا

(1) - د. نبيل إسماعيل عمر، الدفع بعدم القبول، مرجع سابق، ص 347 وما بعدها، بند 214. وأيضاً د. أحمد أبو الوفا، نظرية الدفوع، مرجع سابق، ص 865، بند 491.

تضحية بمبدأ التقاضي على درجتين وهو من النظام العام القضائي في سورية، فإذا قبلت المحكمة الدفع بعدم القبول، فإنها تستنفذ ولايتها بالفصل في موضوع الدعوى، بحيث يطرح الاستئناف المرفوع عن هذا الحكم، الدعوى برمتها على المحكمة الاستئنافية، فلا يجوز لها إذا ما ألغت الحكم أن تعيد الدعوى إلى محكمة الدرجة الأولى للنظر في موضوعها، باستثناء حكم محكمة أول درجة القاضي بوقف الدعوى أو بردها لعدم الاختصاص⁽¹⁾. إلا أن المشرع السوري قد عدل المادة المذكورة بموجب القانون رقم 1/ لعام 2016 م، ونصت المادة الجديدة بعد تعديلها على أنه: "أ- ينشر الاستئناف الدعوى أمام محكمة الاستئناف بالنسبة للمسائل المستأنفة. ب- إذا استؤنف حكم لا يتضمن الفصل في موضوع الدعوى ورفع يد المحكمة عنها وجب على محكمة الاستئناف إذا فسخته أن تحكم في الموضوع أيضاً. ج- إذا استؤنف حكم لا يتضمن الفصل في موضوع الدعوى ولا يرفع يد المحكمة عنها وجب على محكمة الاستئناف إذا فسخته أن تعيده إلى المحكمة للفصل في الموضوع". المادة (237) من قانون أصول المحاكمات السوري الجديد والمعدل بالقانون رقم 1/ لعام 2016 م. وبالتالي يتوجب على محكمة الطعن إذا ما ألغت أو فسخت الحكم الصادر بعدم قبول الدعوى، وهو حكم لا يفصل في الموضوع، ولا يرفع يد المحكمة التي أصدرته عن الموضوع، أن تعيده إلى المحكمة التي أصدرته لتفصل في الموضوع على أساس أن الدفع لم يكن مؤسساً، وأن الدعوى كانت مقبولة.

ولا محل لإثارة هذا النقاش في لبنان، فالمادة (664) أصول تقرر صراحة تصدي محكمة الاستئناف للموضوع إذا ألغت حكماً فرعياً لا يتضمن الفصل في أساس الدعوى⁽²⁾.

(1) - د. أيمن أبو العيال، د. أحمد الحراكي، مرجع سابق، ص 347.

(2) - د. أحمد أبو الوفا، أصول المحاكمات، مرجع سابق، ص 224، بند 220.

الخاتمة

تناولنا في هذه الرسالة موضوع الدفع بعدم القبول في الدعاوى المدنية والتجارية، وإذا كان أغلب الفقه وكذلك الراي الراجح لدى الاجتهاد القضاء هو أن هذه الدفع يوجه إلى الدعوى وذلك عندما ترفع ولا تتوفر فيها شروط قبولها، إلا أنهم اختلفوا في بيان طبيعة أو نوع هذا الدفع، الأمر الذي أدى لاختلافهم في تحديد النظام القانوني له. وتوصلنا من خلال هذه الدراسة إلى مجموعة من النتائج والتوصيات الآتية:

أولاً - النتائج:

1- إن الدفع بعدم القبول: هي نوع من الدفع لا توجه للحق الموضوعي بقصد إنكاره كلياً أو جزئياً، كما إنها دفع لا توجه للخصومة أو إجراءاتها بقصد التدليل على أن هناك خطأ في الإجراءات، وإنما هي دفع توجه للدعوى، وذلك عندما ترفع ولا تكون مستوفية لشروط قبولها سواء العامة ام الخاصة. وبالتالي عرفنا هذه الدفع بأنها: هي دفع يقصد بها منع المحكمة من نظر موضوع الدعوى وإصدار الحكم فيه؛ لعدم توفر شروط قبولها. أو هي الدفع التي تمنع المحكمة من سماع الدعوى؛ لعدم توفر شروط قبولها. أو هي الدفع التي ينازع بها المدعى عليه بأن الدعوى المرفوعة عليه غير مستوفية لشروط قبولها.

2- الجزء الإجرائي هو تكييف للعمل الإجرائي الذي لا يتطابق مع نموذج، أما لاتخاذ بشكل غير صحيح، أو لعدم اتخاذه أصلاً؛ ولهذا فبينما البطلان هو الجزء الإجرائي المترتب على وجود عيب في الخصومة أو أحد إجراءاتها، والسقوط هو الجزء الإجرائي المترتب على عدم استعمال أو مباشرة الحق الإجرائي الممنوح للخصم في الميعاد أو الترتيب أو المناسبة المحددة قانوناً للقيام به، فإن عدم القبول هو الجزء الإجرائي المترتب عندما ترفع دعوى ولا تكون مستوفية لشروط قبولها، أو لوجود موانع (شروط سلبية) تمنع قبولها.

2- الغموض الذي شاب نظرية الدعوى، هو الذي أدخل الغموض وعدم الدقة في دراسة الدفع الموجه لها، ولذلك وجدنا من المناسب البحث في نظرية

الدعوى، وقد تبين معنا، أن الدعوى هي وسيلة قانونية، يتمكن بها من يثبت أمام القضاء أن له حقاً موضوعياً مهدداً أو منكراً أو معتدى عليه من الحصول على الحماية التي يقرها القانون لهذا الحق. أو هي وسيلة قانونية لإزالة التجهيل القانوني عن الحق، فالهدف من الدعوى هو التثبت من صحة الادعاء، أي أ يوجد الحق الذي يزعمه المدعي، وأهناك اعتداء أو إنكار لهذا الحق، وكما ادعاه المدعي أم لا، أكثر من كونها حماية الحق المزعوم للمدعي، وبعبارة أخرى فبعد أن تتأكد المحكمة من الادعاء تقوم بحماية هذا الحق، وذلك إذا ما كان مؤسساً، وترفض هذا الادعاء في حال ما وجدته غير مؤسس، وبذلك أنه في حال ما كان صاحب الحق يملك سنداً تنفيذياً يثبت حقه، فإن دعواه لا تقبل.

وخلصنا إلى أن الرأي الصحيح والدقيق هو الذي يقول باستقلال الدعوى عن الحق الموضوعي، وعدم صحة النظريات التي تدمج الدعوى بالحق كلياً أو جزئياً، إذ إنه يتصور في بعض الحالات وجود أحدهما بغير وجود الآخر، والحق الواحد قد ينشأ عنه أكثر من دعوى، والدعوى تختلف عن الحق من حيث سببها وموضوعها ونطاقها وثبوتها وآثارها ومن حيث الواقعة الأساسية المنهية. والسبب الرئيسي الذي جعل البعض يقول إن الدعوى هي الحق أو هي من عناصر الحق أو جزء لا يتجزء منه؛ لأنهم لا يميزون بين الحماية القانونية والتي تعتبر عنصر في الحق، وبين الحماية القضائية والتي هي وسيلة فقط لحماية الحق ولا تعتبر لازمة لنشؤه، وبالتالي لا تعتبر عنصر فيه. ورأينا أن الفقه الحديث مختلف بصدد مضمون المركز القانوني للدعوى، وبعبارة أخرى فاصحاب النظرية التي تقول باستقلال الدعوى عن الحق اختلفوا في مدى هذا الاستقلال، كما اختلف اصحاب النظرية التي تدمج الدعوى بالحق في مدى هذا الدمج. ورجحنا الرأي الذي يقول إن الدعوى هي الحق في الحصول على حكم في الموضوع، أي أن الحق في الدعوى يرتبط بمسألة بقبولها، وبالتالي عدم صحة الرأي الذي يقول إن الدعوى هي الحق في الالتجاء إلى القضاء؛ لأن هذا الرأي يساوي بين حق التقاضي والذي هو حق دستوري ممنوح للكافة، وبين حق الدعوى الذي هو حق محدد يمنح لشخص معين وهو من حدث الاعتداء على حقه الموضوعي، وكذلك وجدنا عدم صحة الرأي

الذي يقول إن الدعوى هي الحق في الحصول على حكم في الموضوع لصالح المدعي، أي الرأي الذي يقول إن الحق في الدعوى مرتبط بنجاحها وثبوتها؛ فهذا الرأي يعلق وجود الدعوى على نجاحها وثبوتها، أي لا تعترف بالدعوى إلا لصاحب الحق، وهو ما لا يمكن معرفته إلا بعد مباشرة الدعوى والحكم في موضوعها، إلا أنها تكون في ذلك الوقت قد انتهت وانقضت.

فمضمون المركز القانوني للدعوى هو إمكانية الحصول على حكم في موضوعها؛ ولذا فإن هذا المفهوم قادر على تفسير حقائقها الإجرائية، فيفسر لماذا لا يعترف بمركز الدعوى للكافة، أو لمن يثبت أنه صاحب الحق الموضوعي بالفعل وكما زعم وأدعى، وإنما يعترف به لمن تتوافر في دعواه شروط أو مقتضيات معينة، ودون نظر لما إذا كانت على أساس أو على غير أساس. ويفسر هذا الرأي قبول الدعوى أو عدم قبولها قبل الفصل في موضوعها، إذ يعني الدفع بعدم القبول تمسك المدعى عليه بانتفاء المركز القانوني للدعوى، وحكم المحكمة في مسألة القبول هو حكم في وجود أو عدم وجود مركز الدعوى، وبما أن الحق في الدعوى هو الحق في الحصول على حكم في الموضوع، أي أن الحق في الدعوى يرتبط بمسألة قبولها، فإن الدفع بعدم القبول يوجه ودون أي تمييز إلى الحق في الدعوى، أو إلى شروط قبولها عند فقدان واحد منها.

ولكي نحدد الحالات التي توجه فيها الدفع بعدم القبول، وجب علينا تحديد أو حصر شروط قبول الدعوى، وقد رأينا أن شروط قبول الدعوى تتلخص في شرط المصلحة بأوصافها القانونية والقائمة والحالة؛ وذلك لأن الشروط الأخرى التي أوردتها الفقه والقضاء إلى جانب شرط المصلحة، إنما هي شروط متداخلة وتتفق في جوهرها، أو لا تعدو أن تكون وجهات نظر لشيء واحد، أو ترجع لشرط إيجابي أو عام واحد وهو ضرورة توافر شرط المصلحة في الدعوى بأوصافها ليتم قبولها. ويقصد بشرط المصلحة بأنه الفائدة العملية التي تعود على رافع الدعوى من الحكم له في دعواه. ويقصد بالمصلحة القانونية الادعاء بحق يحميه القانون، أي أن تكون الدعوى مستندة إلى قاعدة قانونية مجردة، فإذا وجد القاضي أن قواعد القانون تحمي نوع المصلحة المطلوبة، فإن الدعوى تكون مقبولة، والعكس صحيح، ويقصد

بالمصلحة القائمة، هو أن يكون لرافع الدعوى حق يحميه القانون، وأن يكون قد حصل لهذا الحق اعتداء أو تهديد أو منازعة أو تجهيل قانوني بالفعل، فيتحقق الضرر الذي يبرر الالتجاء إلى القضاء، وبعبارة أخرى لا يشترط حتى تقبل الدعوى أن يتم إثبات الضرر، بل يكفي لقبول الدعوى أن يكون الادعاء بحصول ضرر له من جراء هذا الاعتداء أو الإنكار، والمقصود بالمصلحة الشخصية أن يكون رافع الدعوى هو صاحب الحق المعتدى عليه، والمرفوع عليه الدعوى هو المسؤول عن هذا الاعتداء أو التهديد. ويتحقق القاضي من توافر هذا الشرط بأن يفترض صحة الادعاء، وينظر هل إن المدعي هو صاحب الحق المزعوم، والمدعى عليه هو من صدر منه الاعتداء أو التهديد أو الإنكار، أي هو المسؤول عن هذا الواقع المخالف.

فالقاضي يتحقق من توافر شرط المصلحة أو أوصافها في الدعوى، من خلال صياغة الدعوى ذاتها، دون بحث للوقائع، وإنما يفترض القاضي صحة الوقائع المدعاة وكما هي مطروحة في طلبات المدعي، الأمر الذي لا يمكن معه اعتبار عمل القاضي هذا فصلاً لموضوع الدعوى، واعتبار حكمه هذا حكماً موضوعياً.

والمصلحة بأوصافها هي الشرط العام والإيجابي الوحيد لقبول الدعوى، فأى دعوى ترفع إلى القضاء ولا يتوفر فيها هذا الشرط، فإنه سوف يحكم بعدم قبولها. وقد توجد بجانب هذا الشرط العام شروط خاصة أخرى لازمة لقبول بعض الدعاوى، أو قد توجد موانع أو شروط سلبية أي بوجود هذه الشروط، فإنه يمتنع على القضاء النظر فيها، فقد يوجب القانون أن تكون الدعوى مرفوعة من عدة أشخاص، أو على عدة أشخاص، وقد يوجب القانون رفع الدعوى في ميعاد أو مناسبة أو ترتيب معين أو اتخاذ إجراءات معينة قبل رفعها، وبالتالي لا تقبل ما لم يتم الالتزام بهذا القيد أو الإجراء، ويشترط لقبولها ألا يكون هناك اتفاق بين الأطراف يمنع قبولها كاتفاق صلح بينهم بصدد موضوعها، أو اتفاق تحكيم، ويشترط لقبول الدعوى ألا تكون قد سقطت أو انقضت بالتقادم المسقط أو بالسقوط،

ويشترط لقبولها ألا يكون قد سبق الفصل في موضوعها، ويشترط لقبولها ألا يوجد مانع قانوني يمنع قبولها.

وبعدم توفر هذه الشروط في الدعوى - شرط المصلحة أو أحد أوصافها، أو إذا نص القانون على شرط خاص لقبولها، أو إذا وجد مانع يمنع قبولها، أو إذا كانت الدعوى قد انقضت أو سقطت - فإنه يكون من حق المدعى عليه، الدفع بعدم قبولها.

وبالتالي فحالات الدفع بعدم القبول، هي الحالات التي تكون فيها الدعوى المرفوعة مفتقدة لأحد شروط قبولها، ففي كل حالة لا تتوفر في الدعوى شروط قبولها، يكون من حق المرفوع عليه (المدعى عليه) هذه الدعوى الدفع بعدم قبولها.

3- الرأي الراجح قانوناً وقضائياً وفقهاً هو أن الدعوى متميزة عن الحق الموضوعي، وعن الخصومة؛ ولهذا فالدفع الموجه لها له طبيعة خاصة أو مستقلة عن الدفع الموضوعية والدفع الشكلية؛ لأنه لا يوجه إلى ذات الحق الموضوعي المدعى به، فليس المراد من هذا - الدفع بعدم القبول - إنكار أو المنازعة في نشوء الحق أو مقداره أو بقاءه، بهدف الحكم برفض الدعوى كلياً أو جزئياً، ولهذا لا يمكن اعتباره دفعاً موضوعياً، كما أن هذا الدفع لا يوجه إلى الخصومة أو إجراءاتها، فليس المراد من التمسك بهذا الدفع إيقاف أو تأخير أو إعلان بطلان إجراءات الخصومة، ولهذا أيضاً لا يمكن اعتباره دفعاً شكلياً، وإنما يراد بهذا الدفع عدم قبول الدعوى أو الادعاء المطروح فيها بواسطة الطلب أو الدفع، لعدم توفر أحد شروط قبولها أمام القضاء، سواء أكانت شروطاً عامة أو خاصة، أم كانت شروطاً إيجابية أو سلبية، فما يوجه لأصل الحق المدعى به يعد دفعاً موضوعياً، وما يوجه للخصومة أو إجراءاتها يعد دفعاً شكلياً، وما يوجه للدعوى أو شروط قبولها يعتبر دفعاً بعدم القبول.

وبالإضافة لكل ما سبق، فإنه يمكننا القول إن اختلاف الفقه في تحديد طبيعة أو نوع الدفع بعدم القبول، أي الدفع الموجهة للدعوى وشروط قبولها أو سماعها، سببه هو أن هناك شروطاً لسماع الدعوى أو قبولها أمام القضاء، ولذلك فالفقه الذي قال: إن القاضي وهو يبحث في هذه الشروط يحتاج إلى إجراء تحقيق

وبحث لأصل الحق الموضوعي من واقع وقانون، ذهب إلى اعتبارها دفوعاً موضوعية، وهذا الرأي منتقد لأنه لا يفصل بين مسألة القبول، ومسألة الحكم في الموضوع. وأما الفقه الذي قال إن القاضي في بحثه لهذه الشروط لا يحتاج إلى إجراء بحث في الواقع وفي القانون، وذلك عند التأكد من توافر شروط قبول الدعوى أم لا، وإنما هو يفترض صحة الوقائع المدعاة مجرد افتراض، ومن ثم يحكم بقبول أو بعدم القبول بناء على هذا، وهذا الرأي الأخير هو الذي رجحناه؛ لأنه يفصل بين مسألة القبول، ومسألة الحكم في الموضوع، وإلا لما كان هناك داع أو موجب لوضع شروط لقبول الدعوى من أساسه، فلا يشترط لقبول الدعوى المرفوعة من المدعي أن يتمكن من إثبات وجود حق له معتدى عليه أو منكر، وترتب على ذلك ضرر له، وإنما يشترط لقبول دعواه أن يكون ادعاءه بوجود حق له معتدى عليه ليتم قبول الدعوى، وبعد أن يتم قبولها يصار إلى التأكد أو التثبت من وجود هذه الشروط، والحكم له في موضوعها لصالحه وذلك إذا ما كان محقاً في ادعاءه، وبرفض دعواه، وذلك إذا لم يكن محقاً في هذا الادعاء، والدليل على ذلك هو أن المشرع نص على شروط قبول الدعوى في الفصل الثالث من الباب التمهيدي والمعنون " بحق الادعاء " وذلك في المادة (12) أصول سوري.

ولا يمكن قبول الرأي الذي دمج الدفوع بعدم القبول ضمن الدفوع الشكلية؛ لأن شروط قبول الدعوى هي شروط موضوعية لقبولها، وهي تتغير من دعوى لأخرى، وليست شروط شكلية لقبولها أو صحتها من حيث الشكل، كما أن هناك فرق كبير بين الدعوى والخصومة، والحقيقة إذا ما قلنا بوجود نوعين من الدفوع، فإن الدفوع بعدم القبول سوف تندمج حتماً ضمن الدفوع الموضوعية لا شكلية، فالأساس وقبل ظهور طائفة الدفوع بعدم القبول كانت هذه الدفوع تعتبر دفوع موضوعية، إلا أنه لما تبين للفقهاء إن هذه الدفوع توجه للدعوى أكثر من كونها موجهة للحق، وبعبارة أخرى هو كل دفع يقصد به أن الدعوى غير جائزة القبول لذاتها، وبغض النظر عن ثبوت أو وجود الحق الموضوعي المدعى به، فالمحكمة تنتظر في حالات هذا الدفع قبل أن تبحث في الموضوع، أي أنه بالحكم في هذه الدفوع سوف يتبين ما إذا كان للمحكمة أن تنتقل لنظر موضوع الدعوى أم لا،

ولهذا فهي بمثابة عقبات أو موانع يجب على القاضي النظر والحكم فيها وحتى يمكنه الانتقال لنظر موضوع الدعوى أو لا، وبدليل أن أغلب الفقه يقول إن التمسك بهذه الدفوع لا يعد تعرضاً للموضوع نفسه؛ ولهذا كله لا يمكن اعتبار هذه الدفوع دفوع شكلية أو دفوع موضوعية. ولا يمكن قبول الرأي الذي قسم الدفوع بعدم القبول بين الدفوع الموضوعية والدفوع الشكلية؛ لأن هذا الرأي لم يكن إلا وسيلة أو حيلة مصطنعة تم بها توزيع هذه الدفوع بين الدفوع الأخرى، وذلك بقصد إيجاد النظام القانوني الذي يمكن إخضاع هذه الدفوع له، إلا أنه للانتقادات الموجهة لهذا الرأي، وأهمها هو صعوبة وضع معيار دقيق ومنطبط يمكن على أساسه القول إن هذا الدفع بعدم القبول هو دفع موضوعي أو أنه دفع شكلي. فالدفع بعدم القبول لا يمكن إلا أن يكون دفعاً بعدم القبول، وهو دفع لن يحقق وظيفته إذا ما قمنا بدمجه بين الدفوع الأخرى، فلكل دفع وظيفته وخصوصيته في الدعوى المدنية، وآثاره الناجمة عن التمسك به.

4- يمكن للخصوم التمسك بعدم القبول في أية حالة تكون عليها الدعوى، وهذه القاعدة تسري على جميع الدفوع بعدم القبول، إلا ما استثنى منها بنص خاص، كما هو الحال عند الدفع بوجود اتفاق التحكيم، وذلك على الرغم من أنه لكي يحقق هذا الدفع وظيفته بالشكل الأمثل أن يبدي في بداية النزاع، إلا أن هناك اعتبار آخر أهم من ذلك وهو حق الدفاع الذي يوجب تمكين المدعى عليه من إثارة هذه الدفوع في أية حالة تكون عليها الدعوى، إذ لا يمكن الاستمرار في نظر دعوى مفتقدة لشروط قبولها كالمصلحة أو أوصافها مثلاً، أي دعوى لن يجني منها فائدة أي أحد. كما يمكن للخصوم التنازل عن الدفع بعدم القبول إذا لم يكن يتعلق بالنظام العام، وذلك بعدم إثارته طيلة مراحل الدعوى. والأصل هو تعلق هذا الدفع بالنظام العام، إلا إذا نص القانون صراحة على عدم تعلقه به، كما هو الحال في الدفع بوجود اتفاق التحكيم، والدفع بالتقادم؛ لأن المشرع عندما حدد شروطاً لسماع الدعوى كان ذلك من أجل تنظيم مرفق القضاء وحسن سيره، وحتى لا يضيع وقت القضاء في منازعات لن يفيد منها أحد، ومن ثم يمكن للمحكمة إثارة هذا الدفع من تلقاء ذاتها في الأحوال التي يتعلق فيها هذا الدفع بالنظام العام.

5- إن الحكم الصادر في الدفع بعدم القبول، إما أن يكون عدم قبول أي برفض هذا الدفع لعدم تأسيسه، وبالتالي فالدعوى تكون مقبولة لتوفر شروط قبولها، أي أن المحكمة سوف تنتقل لنظر موضوع الدعوى وتصدر حكمها فيه. وإما أن يكون حكمها هو بقبول هذا الدفع، وبالتالي الحكم بعدم قبول الدعوى لعدم توفر أحد شروط قبولها.

والحكم الصادر في الدفع بعدم القبول بقبوله، وعدم قبول الدعوى هو حكم لا يمس موضوع الدعوى، أي أصل الحق الذي يدعيه المدعي، فقبول الدعوى هو خطوة سابقة على الفصل في موضوعها، فالحكم بعدم القبول يعني أن الدعوى غير مقبولة وأن القاضي امتنع عن النظر في موضوعها، حتى ولو كان القاضي في سبيل الحكم في الدفع بعدم القبول قد تطرق، أو بحث في بعض المسائل المتعلقة بأصل الحق، فالعبرة بما فصلت فيه المحكمة حقيقة أو حكماً، فلم يكن الهدف من بحث هذه المسائل الفصل فيها أو حسم النزاع الحاصل على أصل الحق الموضوعي، وإنما كان الهدف من هذا البحث هو الاستنارة والاسترشاد لمعرفة توفر شروط قبول الدعوى، ولكي يحكم القاضي بعدم قبول الدفع بعدم القبول الموجه لها، أو للتوصل إلى عدم توفر أحد شروط قبول الدعوى، ولكي يحكم القاضي بقبول الدفع وبعدم قبول الدعوى، فالقاضي عند الحكم في بعض الدفوع الشكلية، وخاصة في بعض مسائل الاختصاص قد يلجأ لنظر موضوع الدعوى، لمعرفة مدى اختصاصه، أو عدم اختصاصه بالموضوع المطروح عليه، ومع ذلك لم يقل أحد إنه قد فصل في مسائل متعلقة بأصل الحق. وفي القضايا المستعجلة، فإنه يمتنع على القاضي فيها الفصل في مسائل متعلقة بأصل الحق، إلا أن حظر البحث على القاضي المستعجل حظراً مطلقاً في أصل الحق، من شأنه أن يؤدي إلى شل هذا القضاء، وعدم تمكينه لأداء وظيفته؛ ولذلك جرى الفقه والقضاء على أن له البحث في موضوع النزاع، وأن يطلع على المستندات المتعلقة به، لا ليكون في شأنه رأياً قاطعاً، وليحسم مسائل متعلقة بأصل الحق، وإنما هو يبحثه بحثاً سطحياً للاستنارة بهذا البحث في إجابة طالب الإجراء الوقتي إلى طلبه أو عدم إجابته إليه، فحكمه لا يحسم موضوع النزاع بين الخصمين، ولا يمس حق الخصم في اقتضاء

ما يحتمل أن يكون له في ذمة خصمه بعد أن تتبين حقيقته لدى محكمة الموضوع. ونفس الأمر ينطبق على الدفع بعدم القبول، فالقاضي عندما يبحث في مسألة قبول الدعوى أو عدم قبولها، فهو إنما يحل مسألة قانونية بحتة، فهو يقوم بتطبيق القواعد العامة للقانون فقط، فكل هذا البحث يتم دون إثبات أو تحقيق للوقائع، وكل هذا يتم بالنسبة لكل ادعاء يطرح على القضاء، فإذا كان هذا البحث يتم في الواقع وفي القانون، فإن هذا الواقع يؤخذ بصورة مجردة، ويفرض صحة الوقائع المدعاة، وكما طرحها المدعي في دعواه، فهو فقط يستخدم هذا الواقع كدليل لبحث مجرد في قواعد القانون، فإذا ما وجد أن قواعد القانون تحمي هذه المصلحة، وأن أوصافها متوافرة، فإن الدعوى تكون مقبولة، والعكس صحيح.

6- ليس للحكم الصادر في الدفع بعدم القبول حجية القضية المحكوم بها وذلك بالنسبة للموضوع، لأنه حكم يصدر دون بحث للموضوع، فالحجية إنما تترتب على الأحكام الفاصلة في موضوع الدعوى؛ ولذلك إذا كان يترتب على الحكم بعدم قبول الدعوى زوال الخصومة أمام المحكمة واعتبارها كأن لم تكن، فإن هذا الحكم لا يمنع من تجديد الدعوى طالما لم يسبق الفصل في موضوعها، وذلك بشرط استيفاء المقتضى الناقص والذي أدى لعدم قبولها أول الأمر؛ ولهذا فإن الحكم بقبول الدفع وبعدم قبول الدعوى، يختلف عن الحكم في موضوع الدعوى بالرفض، لأن الحكم الأول لا يحول دون قبول ذات الدعوى من جديد، إذا توافر المقتضى الناقص، والذي أدى لعدم قبولها، كل ذلك ما لم تكن الدعوى قد سقطت أو انقضت بالتقادم أو بالسقوط أو بسبق الفصل فيها، أما الحكم في موضوعها بالرفض، فإنه سوف يمنع قبول ذات الدعوى من جديد؛ لأن هذا الحكم يحوز حجية الأمر المقضي بالنسبة للموضوع.

7- إن الحكم بقبول الدفع وبالتالي بعدم قبول الدعوى، سوف يترتب عليه زوال الخصومة، وزوال سائر الآثار القانونية المترتبة على قيامها، وبالتالي يعود الخصوم إلى الحالة التي كانوا عليها قبل رفع الدعوى، وكأنها لم ترفع قط، فالمادة (380) مدني سوري تنص على أن مدة التقادم تنقطع برفع الدعوى ولو إلى محكمة غير مختصة، فهذه المادة تقرر قاعدة استثنائية، ومن ثم لا يعمل بها إذا

حكم بعدم قبول الدعوى، ولا يصح قياس جزاء عدم القبول بجزاء سقوط الخصومة وتقدمها، والقول بإمكانية بقاء بعض الأعمال والإجراءات التي تبقى رغم الحكم بسقوطها أو تقدمها.

8- كون الدفع بعدم القبول، هو دفع يوجه إلى الدعوى أو شروط قبولها ومباشرتها أمام القضاء، والحكم الصادر فيه لا يمس موضوع النزاع، فإن المحكمة عندما تفصل فيه، فهي لا تستنفذ ولايتها بالنسبة للموضوع؛ لأنها لم تتعرض له، ذلك أن هذا الدفع ليس دفعاً موضوعياً، كما أن الحكم الصادر فيه ليس حكماً في الموضوع، بل مضمونه هو عدم الفصل في الموضوع.

فالدفع بعدم القبول له سمة أساسية تميزه عن الدفع الموضوعي، وهي أنه يرمي إلى تجنب بحث الموضوع، مما يوفر الوقت والجهد والمصاريف، فالمحكمة عندما تقرر قبول الدفع بعدم القبول، وتحكم بعدم قبول الدعوى، فإنها تمتنع عن النظر في موضوع الدعوى، أو إصدار الحكم في موضوعها؛ ولذلك فإنه عند الطعن في هذا الحكم بالاستئناف، وإذا ما رأت هذه المحكمة إلغاء حكمها الصادر في الدفع بعدم القبول، وجب عليها إعادة الدعوى إلى محكمة الدرجة الأولى، لكي تحكم في موضوع الدعوى، على أساس أن الدعوى كانت مقبولة لتوفر شروط قبولها، وأما إذا نظرت محكمة الاستئناف في موضوع الدعوى، وذلك عند الطعن في الحكم الصادر بقبول الدفع، فإنها سوف تنتظر في موضوع لم يسبق لمحكمة أول درجة، أن فصلت فيه، وبالتالي تكون قد خالفت مبدأ التقاضي على درجتين، ويخالف قواعد الطعن بالاستئناف، ويمنح محكمة الطعن الحق في التصدي للموضوع، وهذا الحق لا يمكن إعماله إلا بوجود نص في القانون، كما كان عليه الحال في قانون أصول المحاكمات السوري السابق، الذي نص على أنه إذا استؤنف حكم لا يتضمن الفصل في موضوع الدعوى وجب على محكمة الاستئناف إذا فسخته أن تحكم في الموضوع أيضاً، وفي هذا توضيحاً بمبدأ التقاضي على درجتين، وأما بعدم وجود نص، كما عليه الحال قانون المرافعات المصري، وهو ما عليه الحال أيضاً قانون أصول المحاكمات السوري الحالي المادة (3/237) والذي جاء فيها أنه إذا استؤنف حكم لا يتضمن الفصل في موضوع الدعوى، ولا يرفع يد

المحكمة عنها وجب على محكمة الاستئناف إذا فسخته أن تعيده إلى محكمة الدرجة الأولى للفصل في الموضوع، وأما إذا تصدت محكمة الاستئناف للموضوع، فإنها تكون قد خالفت القانون، كما هو عليه الحال في أغلب أحكام محكمة النقض المصرية.

فلا يجوز لمحكمة الطعن أن تنتظر في غير الدفع الذي استؤنف الحكم فيه إليها؛ ذلك لأن الاستئناف لا ينقل إليها غير النزاع الذي طرح أمام محكمة الدرجة الأولى، ونظرت فيه حقيقة أو حكماً. ومن ناحية أخرى، فإن محكمة الطعن لا تنتظر إلا فيما طعن به على الحكم، والحكم لم يصدر إلا في مسألة الدفع، ولا يتصور أن يشمل الطعن فيه بالاستئناف، غير ما قضى به؛ ولذلك فالأصل أن إستئناف الحكم الصادر في الدفع بعدم القبول لا يطرح ولا ينقل النزاع برمته إلى محكمة الطعن، وإنما فقط مسألة عدم القبول؛ لأن الحكم في مسألة القبول، لا يعني الحكم في مسائل متعلقة بأصل الحق، والحكم في دفع بعدم القبول، لا يعد بمثابة حكم في دفع موضوعي، وإلا كان هناك خلط بين مسألة قبول الدعوى، ومسألة الحكم في موضوعها.

ثانياً - التوصيات:

1- بعد أن استقر الفقه والقضاء على: ما المقصود بالدفع بعدم القبول، وعلى حالاته، وعلى أغلب أحكامه، نرى ضرورة أن يتم تنظيم هذا الدفع في القوانين التي لا تنظمه، كما هو عليه الحال في قانون أصول المحاكمات السوري، وأن يشمل هذا التنظيم على الأقل على النقاط الآتية: المقصود به، وبيان حالاته، وعلى أن الأصل تعلقه بالنظام العام، إلا في حالة النص على عدم تعلقه بالنظام العام، وعلى أن الحكم الصادر فيه هو حكم فرعي لا يمس الموضوع، وبما يترتب على ذلك من نتائج. ونقترح أن يكون هذا النص كما يلي: الدفع بعدم القبول هو كل دفع يقصد به منع المحكمة من نظر موضوع الدعوى وإصدار الحكم فيه لعدم توفر شروط قبولها.

2- نقترح أن ينص المشرع السوري صراحة على تعريف الدعوى، خاصة أن عدداً من القوانين الحالية تتجه إلى ذلك، كما هو عليه الحال القانون الفرنسي واللبناني واليميني، ونرى أن يتم تعريفها على أساس أن مضمون المركز القانوني للدعوى هو صدور حكم في الموضوع، وسواء كان لصالح المدعي أم لغير صالحه، أي أن يتم الأخذ بالاتجاه الذي يقول إن مضمون المركز القانوني للدعوى هو صدور حكم في موضوعها، وليس بالاتجاه الآخر الذي يقول إن مضمون هذا المركز هو صدور حكم في الموضوع لصالح المدعي. ونرى أن يكون النص بالشكل التالي: الدعوى هي وسيلة قانونية يتمكن بها من إثبات أمام القضاء أن له حق موضوعي مهدد، أو منكر، أو معتدى عليه من الحصول على الحماية التي يقرها القانون لهذا الحق.

وآخر دعوانا أن الحمد لله رب العالمين

قائمة المراجع

أولاً - المراجع العامة:

- 1- د. أحمد أبو الوفا، التعليق على نصوص قانون المرافعات، منشأة المعارف، الإسكندرية، الطبعة الأولى - سنة 1961م، والطبعة الرابعة - سنة 1984م، والطبعة السادسة، سنة 1990م.
- 2- د. أحمد أبو الوفا، المرافعات المدنية والتجارية بمقتضى قانون المرافعات الجديد رقم 13 لسنة 1968 م - وقانون الإثبات رقم 25 لسنة 1968م، منشأة المعارف، الإسكندرية، ط 14، 1986م.
- 3- د. أحمد أبو الوفا، أصول المحاكمات المدنية بمقتضى قانون أصول المحاكمات اللبناني الجديد المرسوم الإشتراعي رقم 90 لعام 1983 م، معدلاً بالمرسوم الإشتراعي رقم 20 لعام 1985، الدار الجامعية، بيروت، ط 4، 1989 م.
- 4- د. أحمد أبو الوفا، نظرية الأحكام في قانون المرافعات، منشأة المعارف، الإسكندرية، ط 6، 1989م.
- 5- د. أحمد أبو الوفا، انقضاء الخصومة بغير حكم، دار الثقافة، الإسكندرية، ط 1، 1951 م.
- 6- د. أحمد أبو الوفا، المستحدث في قانون أصول المحاكمات المدنية اللبناني الجديد - المرسوم الإشتراعي رقم 90 تاريخ 16/9/1983م - معدلاً بالمرسوم الإشتراعي رقم 20 تاريخ م1985، الدار الجامعية، بيروت، 1986م.
- 7- د. أحمد أبو الوفا، التحكيم الاختياري والاجباري، منشأة المعارف، الإسكندرية، ط 4، 1983 م.
- 8- د. أحمد مسلم، أصول المرافعات (التنظيم القضائي والإجراءات والأحكام في المواد المدنية والتجارية والشخصية) دار الفكر العربي²، القاهرة، 1971م.
- 9- د. أحمد مسلم، قانون القضاء المدني (المرافعات أو أصول المحاكمات)، دار النهضة العربية، بدون سنة النشر.

- 10- د. أحمد السيد صاوي، الوسيط في شرح قانون المرافعات المدنية والتجارية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2000 م.
- 11- د. أحمد مليجي، التعليق على قانون المرافعات بآراء الفقه والصيغ القانونية وأحكام النقض، الناشر (د. ن)، القاهرة، 1995 م، ج 1- 2.
- 12- د. أحمد هندي، أصول المحاكمات المدنية والتجارية، الدار الجامعية، 1989 م.
- 13- د. أحمد خليل، أصول المحاكمات المدنية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2001 م.
- 14- د. أحمد محمد حشيش، طبعة المهمة التحكيمية، دار الكتب القانونية، مصر، المحلة الكبرى، 2001 م.
- 15- د. أمينة النمر، أصول المحاكمات المدنية، الدار الجامعية، بيروت، 1988 م.
- 16- د. أسعد المحاسني، الوجيز في أصول المحاكمات المدنية، مطبعة ابن زيدون، دمشق، 1950.
- 17- د. أسعد المحاسني، الوجيز في أصول المحاكمات المدنية، مطبعة الانشاء، دمشق، 1955.
- 18- د. إدوار عيد، موسوعة أصول المحاكمات والإثبات والتنفيذ، ج 1، المجلد 1- 2، بدون ناشر، ط 2، 1993 م.
- 19- د. أيمن أبو العيال، شرح قانون أصول المحاكمات، ج 2، ط 1، منشورات جامعة دمشق، كلية الحقوق، دمشق، 2006 م.
- 20- د. أيمن أبو العيال، د. أحمد الحراكي، أصول المحاكمات المدنية السوري، ج 1، جامعة دمشق، مركز التعليم المفتوح، دمشق، 2008 م.
- 21- المحامي. إلياس أبو عيد، أصول المحاكمات المدنية بين النص والاجتهاد والفقه " دراسة مقارنة " منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ط 1، 2002.
- 22- المحامي. إلياس أبو عيد، الدفوع الإجرائية في قانون أصول المحاكمات المدنية والجزائية، منشورات زين الحقوقية، بيروت، 2004.

- 23- د. السعيد محمد الإزماني عبدالله، انقضاء الخصومة بغير حكم " دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، المكتب الجامعي الحديث، 2007.
- 24- المحامي. أديب استانبولي، المجموعة الحقوقية في قضايا أصول المحاكمات المدنية والمواد التجارية - تعليق على نصوص قانون الأصول واجتهادات المحاكم، ج 2، ط 1، 2000 م.
- 25- القاضي. أنور طلبة، المطول في شرح قانون المرافعات وفقاً لأحدث تعديلات القانون رقم 76 لسنة 2007 م. ج 1، 2، 3، المكتب الجامعي الحديث، 2008 م.
- 26- القاضي أنور طلبة، الطعن بالاستئناف والتماس إعادة النظر، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1995 م.
- 27- القاضي. أنور طلبة، الطعن بالنقض في المواد المدنية والتجارية، المكتب الجامعي الحديث، الإسكندرية، ط 1، 2004 م.
- 28- القاضي. أنور عبدالله محمد، صحة الخصومة والتمثيل أمام القضاء في ضوء آراء الفقه والاجتهاد، ط 1، مكتبة طارق بن زياد، طرطوس، 2007م
- 29- د. أمال أحمد الفزائري، مواعيد المرافعات، منشأة المعارف، الإسكندرية، بدون سنة نشر.
- 30- باسم محد الزغول، الدفوع المدنية بين النظرية والتطبيق، مكتبة اليقظة، ط 1، 2000 م.
- 31- د. بشار جميل عبدالهادي، الاتجاهات الحديثة لشرط المصلحة في الدعوى الإدارية، دراسة تحليلية مقارنة بين القضاين الانجليزي والأردني، عدد رقم (12)، دار وائل، الأردن، عمان، ط 1، 2009 م.
- 32- د. بشار عدنان الملكاوي، د. نائل مساعدة، د. أمجد منصور، شرح نصوص قانون أصول المحاكمات المدنية الأردني، سلسلة أعرف عن العملية القانونية، عدد رقم (10)، دار وائل، عمان، ط 1، 2008 م.
- 33- د. توفيق حسن الفرّج، المدخل للعلوم القانونية (النظرية العامة للقانون، النظرية العامة للحق)، الدار الجامعية، بيروت، ط 3، 1988 م.

- 34- القاضي. خليل جريج، أصول المحاكمات المدنية، بدون ناشر، 1960 م.
- 35- القاضي. خليل جريج، محاضرات في نظرية الدعوى، مؤسسة نوفل، لبنان، بيروت، سورية، دمشق، 1980م.
- 36- د. جميل الشرقاوي، دروس في النظرية العامة للحق، دار الفكر العربي، القاهرة، 1955 م.
- 37- د. عباس العبودي، شرح أحكام قانون أصول المحاكمات المدنية المعدل بالقانون رقم 14 لسنة 2001م، والقانون رقم 26 لسنة 2002، دراسة مقارنة ومعمزة بالتطبيقات القضائية لمحكمة التمييز الأردنية، دار الثقافة، 2007 م
- 38- د. عبدالمنعم الشرقاوي، الوجيز في المرافعات المدنية والتجارية (قانون رقم 77 لسنة 1949)، دار النشر للجامعات المصرية، القاهرة، 1951.
- 39- د. عبدالمنعم الشرقاوي، شرح المرافعات المدنية والتجارية (قانون رقم 77 لسنة 1949 م) مع التعديلات التي أدخلت عليه إلى آخر عام 1955/10، ج 1، ط 2، المطبعة العالمية، القاهرة، 1956.
- 40- د. عبدالمنعم الشرقاوي، الاحكام المستحدثة في قانون المرافعات الجديد، دار النشر للجامعات المصرية، القاهرة، 1949 م.
- 41- القاضي. علي أحمد الخنجي، التعليق على قانون المرافعات القطري، ج 1، شرح المواد (1- 82)، الناشر: الخنجي، قطر، الدوحة، 1996م.
- 42- د. عبدالحكم فودة، البطلان في قانون المرافعات المدنية والتجارية، ط 2، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 1993 م.
- 43- د. عبدالحكم فودة، أسباب صحيفة الاستئناف، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، بدون تاريخ نشر.
- 44- عبدخالق عزت، قانون المرافعات المدنية والتجارية والقوانين المتعلقة به والمعدلة له حتى عام 1963 / 1، دار المعارف، مصر، 1963 م.
- 45- القاضي. عبدالحمد المنشاوي، التعليق على قانون المرافعات طبقاً للتعديلات الواردة في القانونين رقمي 1991/6 و 1992/23، دار الفكر الجامعي، 1993 م.

- 46- د. عبدالحميد الشواربي، الدفوع المدنية الإجرائية والموضوعية، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1994 م.
- 47- د. عبدالحميد المنشاوي، البطلان المدني الإجرائي والموضوعي (البطلان في قانون المرافعات)، المكتب الجامعي الحديث، 2007.
- 48- المحامي. عبدالعزيز سليم، الموسوعة الذهبية في الدفوع: الدفوع في المجموعة الجنائية، الدفوع في المجموعة المدنية، الناشر (د. م)، (د. ن)، 1995 م.
- 49- د. عدلي أمير خالد، مباشرة الدعوى المدنية، دار الفكر الجامعي، 2000 م.
- 50- المحامي. عبدالهادي عباس، المراكز القانونية ومظاهرها في التشريع السوري، دار الحكمة، دمشق، ط 1، 1988 م.
- 51- المحامي. داوود سمرة، شرح أصول المحاكمات الحقوقية، مطبعة الرشيد، بغداد، 1947 م.
- 52- المحامي. عزت الضاحي، وأحمد بدر، الاجتهاد القضائي في ربع قرن (المبادئ القانونية التي قررتها الغرف المدنية لمحكمة النقض السورية من 1949/6 ولغاية 1974)، بدون ناشر وسنة النشر.
- 53- د. رمزي سيف، الوسيط في شرح قانون المرافعات المدنية والتجارية (قانون المرافعات الجديد والإثبات رقم 13، 25 لعام 1968 م، دار النهضة العربية، ط 9، 1969 م.
- 54- د. رزق الله الانطاكي، أصول المحاكمات في المواد المدنية والتجارية، ط 9، منشورات جامعة دمشق، كلية الحقوق، دمشق، 2001 م.
- 55- القاضي. سعيد أحمد الشعلة، قضاء النقض في الصفة والمصلحة في الدعوى والطعن، مجموعة القواعد القانونية التي قررتها محكمة النقض خلال أربعة وستين عاماً 1931-1994، دار محمود، 1995 م.
- 56- د. سليمان مرقس، المدخل للعلوم القانونية وشرح الباب التمهيدي من التقنين المدني، المطبعة العالمية، القاهرة، 1967 م
- 57- سليم رستم باز، شرح المجلة، دار أحياء التراث العربي، لبنان، بيروت، ط3، سنة 1986م، الكتاب الرابع عشر في الدعوى، ص 907.

- 58- د. شفيق شحاتة، محاضرات في النظرية العامة للحق، أُلقيت على طلبية السنة الأولى بكلية الحقوق 1948-1949 م، دار النشر للجامعات المصرية، القاهرة.
- 59- شفيق طعمة، وأديب أستانبولي، تقنين أصول المحاكمات السوري في المواد المدنية والتجارية، ط3، المكتبة القانونية، دمشق، 1997 م.
- 60- د. صلاح الدين سلحدار، أصول المحاكمات المدنية، منشورات جامعة حلب، حلب، 1984 م.
- 61- د. صلاح الدين عبداللطيف الناهي، النظرية العامة في الدعوى في المرافعات والأصول المدنية، دار الجيل، بيروت - دار عمار، عمان، ط 1، 1988 م.
- 62- د. فتحي والي، قانون القضاء المدني اللبناني (أصول المحاكمات المدنية)، " دراسة مقارنة " دار النهضة العربية، بيروت، ط 1، 1977 م
- 63- د. فتحي والي، الوسيط في قانون القضاء المدني (قانون المرافعات المدنية والتجارية وأهم التشريعات المكملة له)، دار النهضة العربية، مطبعة جامعة القاهرة والكتاب الجامعي، 1987م مصور من طبعة عام 1986 م.
- 64- القاضي. هشام الطويل، شروط قبول الطعن بالنقض في المواد المدنية والتجارية ومواد الأحوال الشخصية في ضوء آراء الفقه وأحكام النقض حتى نهاية 1985 م، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1987 م.
- 65- د. محمد العشماوي، قواعد المرافعات في القانونين الاهلي والمختلط، ج 1، مطبعة الاعتماد، مصر، 1928 م.
- 66- محمد واصل، أصول المحاكمات المدنية السوري، ج 1، ط 1، منشورات جامعة دمشق، كلية الحقوق، دمشق، 2010 م.
- 67- د. محمد المنشاوي، قواعد المرافعات في القانونين الأهلي والمختلط، ج 1، مطبعة الاعتماد، مصر، 1928 م.

- 68- القاضي. محمد إسماعيل عوض، الموجز في قانون المرافعات المدنية والتجارية، ج 1، من سلسلة المحاضرات التي ألقاها المؤلف على طلبة الليسانس بكلية الشريعة والقانون - بجامعة الأزهر، دار النهضة العربية، 1967 م.
- 69- القاضي. محمد كمال أبو الخير، قانون المرافعات معلقاً على نصوصه بآراء الفقهاء وأحكام المحاكم حتى نهاية عام 1954/7، الناشر محمد خليل أمين مكتبة المحامين بالمنصورة، ط 1 لعام 1954 م - والطبعة 5 لعام 1963 م.
- 70- د. محمد خليل الطعاني، سلطة القاضي في توجيه سير إجراءات الخصومة المدنية " دراسة مقارنة "، دار المسيرة، ط 1، 2009 م.
- 71- د. محمد أديب الحسيني، موسوعة القضاء المدني (الاجتهاد بين عام 1991م - 2000 م)، ج 2، مكتبة اليقظة العربية، دمشق، 2004 م.
- 72- القاضي. مصطفى مجدي هرجه، الموسوعة القضائية في المرافعات المدنية والتجارية، ج 1، دار المطبوعات الجامعية، 1995م.
- 73- القاضي. مصطفى مجدي هرجه، الدفوع والطلبات العارضة في قانون المرافعات المدنية والتجارية، دار محمود، القاهرة، 1995.
- 74- د. مصطفى محمد الجمال، د. عكاشة محمد عبدالعال، التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية والداخلية، ج 1، ط 1، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 1998م.
- 75- د. مفلح عواد القضاة، أصول المحاكمات المدنية والتنظيم القضائي في الأردن، مكتبة دار الثقافة، أردن، عمان، ط 1 عام 1988م، ط 2 عام 1992م.
- 76- د. معوض عبدالنواب، المرجع في التعليق على القانون رقم 18 لسنة 1999، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2000 م.
- 77- د. محمد عبدالله، د. محمد حاتم البيات، د. عماد قطان، مدخل إلى علم القانون، منشورات جامعة دمشق، مركز التعليم المفتوح، قسم الدراسات القانونية،

- 78- د. محمد حاتم البيات، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام (المصادر غير الإرادية)، دراسة مقارنة، منشورات جامعة دمشق، كلية الحقوق، للعام الدراسي 2008م - 2009م.
- 79- المحامي، ممدوح عطري، قانون أصول المحاكمات المدنية معدلاً ومضبوطاً على الأصل، مؤسسة النوري، دمشق، 1997 م.
- 80- د. نبيل إسماعيل عمر، الوسيط في قانون المرافعات المدنية والتجارية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 1999 م.
- 81- د. نبيل إسماعيل عمر، قانون أصول المحاكمات المدنية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2008م.
- 82- د. نبيل إسماعيل عمر، عدم فعالية الجزاءات الإجرائية في قانون المرافعات، منشأة المعارف، الإسكندرية، بدون سنة نشر.
- 83- د. نبيل إسماعيل عمر، الارتباط الإجرائي في قانون المرافعات وأثاره الإجرائية والموضوعية، منشأة المعارف، الإسكندرية، ط 1، 1994 م.
- 84- د. نبيل إسماعيل عمر، سقوط الحق في اتخاذ الإجراء في قانون المرافعات، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1989 م.
- 85- د. نبيل إسماعيل عمر، سلطة القاضي التقديرية في المواد المدنية والتجارية، منشأة المعارف، الإسكندرية، ط 1، 1984 م.
- 86- د. نبيل إسماعيل عمر، الوسيط في الطعن بالتماس إعادة النظر في المواد المدنية والتجارية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2000 م.
- 87- د. نبيل إسماعيل عمر، د. أحمد خليل، قانون المرافعات المدنية " دراسة مقارنة "، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، بدون سنة نشر.
- 88- د. نجيب أحمد عبدالله الجبلي، التعسف في استعمال الحق الإجرائي، المكتب الجامعي الحديث، مصر، 2006 م.
- 89- د. هجيرة دنوني بن الشيخ الحسين، موجز المدخل للقانون، النظرية العامة للقانون والنظرية العامة للحق وتطبيقاتها في التشريع الجزائري. منشورات د. حلب، الجزائر، بدون سنة نشر.

90- د. وجدي راغب فهمي، النظرية العامة للعمل القضائي في قانون المرافعات، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1974 م.

ثانياً - المراجع الخاصة:

1- د. أحمد أبو الوفا، نظرية الدفع في قانون المرافعات، منشأة المعارف، الإسكندرية، منشأة المعارف، الإسكندرية، ط 1 لعام 1954م، ط 5 لعام 1977م، ط 7 لعام 1985 م، ط 8 لعام 1988 م.

2- د. نبيل إسماعيل عمر، الدفع بعدم القبول ونظامه القانوني في قانون المرافعات، ط 1، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1981م.

3- د. كمال الدين أحمد السيد عاطف، مدى حجية عدم القبول من الناحيتين الشكلية والموضوعية في القضاء المدني، دار النهضة العربية، ط 1، 2012 م.

4- د. محمد شتا أبو سعد، الموجز العملي في الدفع بعدم القبول، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 1997 م.

5- القاضي. هشام الطويل، الدفع بعدم قبول الدعوى في قانون المرافعات والقوانين الخاصة، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1988 م.

6- د. محمد عزمي البكري، الدفع في قانون المرافعات فقهاً وقضاءً، دار محمود، القاهرة، 1996 م.

7- د. معوض عبدالقواب، الدفع المدنية والتجارية، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، ط 2، 1995 م.

8- د. معوض عبدالقواب، الموسوعة النموذجية في الدفع، الجزء الأول، الدفع المدنية والإجرائية، مكتبة عالم الفكر والقانون، ط 5، 2003 م.

9- د. علي عوض حسن، الدفع بعدم القبول في المواد المدنية والجنائية، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 1996 م.

10- د. علي عوض حسن، الدفع بعدم القبول في المواد المدنية والجنائية، دار الكتب القانونية، مصر، المحلة الكبرى، 2000 م.

11- د. علي عوض حسن، الدفع بعدم جواز نظر الدعوى لسبق الفصل فيها، دار محمود، القاهرة، 1995م.

ثالثاً - الرسائل الجامعية:

1- رسائل الدكتوراه:

- 1- د. أيمن محمد أبو العيال، عقد الصلح في المعاملات في القوانين العربية والأنجلوسكسونية، رسالة دكتوراه، جامعة عين شمس، كلية الحقوق، 1999 م.
- 2- د. فتحي والي، نظرية البطلان في قانون المرافعات، جامعة، كلية الحقوق، منشأة المعارف، الإسكندرية، ط 1، 1959،
- 3- د. عبدالمنعم البدرأوي، أثر مضي المدة في الالتزام، جامعة إبراهيم باشا الكبير، مطبعة جامعة فؤاد الأول، سنة 1950 م.
- 4- د. علي إبراهيم الجاسم، التزام المؤجر بضمان التعرض والاستحقاق، رسالة دكتوراه، جامعة عين شمس، كلية الحقوق، 1999 م.
- 5- د. حسام راتب القاعد، شرط المصلحة في دعوى الإلغاء، رسالة دكتوراه، جامعة دمشق، كلية الحقوق، 2010 م.

2- أبحاث لنيل درجة الدبلوم:

- ماجد جمعة قريوي، شرط المصلحة في دعوى الإلغاء، بحث قانوني لنيل درجة الدبلوم في العلوم الإدارية والمالية، جامعة دمشق، كلية الحقوق، 2002م.

رابعاً - الأبحاث والمقالات:

- 1- د. أحمد أبو الوفا، الدفع بعدم القبول، بحث منشور في مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية، تصدرها جامعة الإسكندرية، كلية الحقوق، السنة الخامسة، العددان الأول والثاني، شباط وأذار لعام 1951م.
- 2- د. أحمد إبراهيم عبدالنواب، الدفع بوجود اتفاق التحكيم في القانون القطري والمقارن، ج 1- 2، المجلة القانونية والقضائية، وزارة العدل، قطر، الدوحة،
- 3- د. عبدالله خليل الفراء، الدفع بعدم سماع دعوى الميراث لمرور الزمن عليها، مجلة الجامعة الإسلامية للدراسات الإسلامية، كلية الحقوق، جامعة الأزهر بغزة، المجلد العشرون، العدد الثاني، 2012/6، ص 179- 303.
- 4- عبدالله محمد ربابعة، ويوسف عبدالله الشرايفين، مجلة علوم الشريعة والقانون، الأردن، عمان، المجلد 35، العدد 1، عام 2008 م.

- 5- د. فواز صالح، التعويض عن الضرر الأدبي الناجم عن جرم " دراسة مقارنة"، بحث منشور في مجلة المحامون، العددان 11- 12، تشرين الثاني، كانون الأول لعام 2008 م، السنة 73.
- 6- د. فارس علي عمر الجرجري، سقوط الحق في مباشرة الإجراء القضائي، دراسة مقارنة، مجلة الرافدين مجلد 2 السنة العاشرة، عدد 25 سنة 2005 م
- 7- وأيضاً الدفع بعدم قبول الدعوى، بحث منشور في مجلة الرافدين المجلد 10، العدد 37، السنة 2008 م.
- 8- أ. هدى زوزو، أنواع الدفع في قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد، مجلة المنتدى القانوني، دورية تصدر عن قسم الكفاءة المهنية للمحاماة، بجامعة محمد خيضر بسكرة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، 4/ 2009 م. العدد السادس.
- 9- د. هدى محمد مجدي، طبيعة وآثار الدفع بعدم قبول الدعوى لوجود اتفاق التحكيم، مجلة القانون والاقتصاد، مطبعة كلية الحقوق، جامعة القاهرة، العدد 80 لعام 2008 م.
- 10- د. محمد أديب الحسيني، الخصومة والتمثيل في القضايا المدنية والتجارية، مقالة منشورة في مجلة المحامون، الأعداد 1، 2، 3، 4، 5، 6، لعام 2013 م، السنة 78.

خامساً - كتب أو أبحاث مأخوذة من الانترنت:

- 1- د. محمد نعيم ياسين، نظرية الدعوى بين الشريعة الإسلامية وقانون المرافعات المدنية والتجارية، رسالة دكتوراه، دار عالم الكتب، الرياض، 2003م

<http://www.archive.org/download/ypp54.pdf>

رابط آخر:

<http://www.pdfshare.com/up/index.php?action=viewfile&id=45>

فهرس المحتويات

المقدمة	1
- مشكلة البحث:.....	3
- أهمية البحث وأهدافه:	4
- منهج البحث:.....	5
- نطاق البحث وخطته:	5
الفصل الأول: ماهية الدفع بعدم القبول	7
المبحث الأول: مفهوم الدفع بعدم القبول	9
المطلب الأول: التعريف بالدفع بعد القبول	11
الفرع الأول - تعريف الدفوع الموضوعية والدفوع الشكلية:	13
أولاً - تعريف الدفوع الموضوعية:	13
ثانياً - تعريف الدفوع الشكلية:	18
الفرع الثاني - تعريف الدفع بعدم القبول:	21
أولاً - تعريف القانون للدفع بعدم القبول:.....	21
ثانياً - تعريف القضاء للدفع بعدم القبول:	25
ثالثاً - تعريف الفقه للدفع بعدم القبول:	26
المطلب الثاني: تمييز جزاء عدم القبول عن الجزاءات الإجرائية الأخرى	31
الفرع الأول - تعدد الجزاءات الإجرائية في قانون أصول المحاكمات:	33
الفرع الثاني - تمييز جزاء عدم القبول عن جزائي البطلان والسقوط:	42
أولاً - تمييز جزاء عدم القبول عن جزاء البطلان:.....	42
ثانياً - تمييز جزاء عدم القبول عن جزاء السقوط:.....	47
المبحث الثاني: تحديد حالات الدفع بعدم القبول	65
المطلب الأول: انتفاء الحق في الدعوى	67
الفرع الأول - تعريف الدعوى:	69
أولاً - تعريف القانون للدعوى:	69

- 71 ثانياً - تعريف القضاء للدعوى:
- 72 ثالثاً - تعريف الفقه للدعوى:
- 79 الفرع الثاني - العلاقة بين الدعوى والحق الموضوعي:
- 80 أولاً - النظرية التي تدمج بين الدعوى والحق:
- 89 ثانياً - النظرية الحديثة: استقلال الدعوى عن الحق:
- الفرع الثالث: أهم النظريات الحديثة التي تبين العلاقة بين الدعوى والحق:
- 98 والمطلب الثاني: انتفاء شروط قبول الدعوى.
- 111 الفرع الأول - شرط المصلحة:
- 117 أولاً - التعريف بشرط المصلحة في الدعوى:
- 120 ثانياً - أنواع المصلحة:
- 121 ثالثاً - الحكمة من اشتراط المصلحة في الدعوى لتكون مقبولة:.
- رابعاً - المصلحة كما هي شرط لقبول الدعوى فهي شرط لقبول أي طلب أو دفع:
- 123 خامساً - أهم الآراء بخصوص شرط المصلحة:
- 124 الفرع الثاني - أوصاف المصلحة:
- 137 أولاً - المصلحة القانونية:
- 137 ثانياً - المصلحة القائمة:
- 144 ثالثاً - المصلحة الشخصية:
- 156 الفرع الثالث - الشروط السلبية أو الخاصة اللازمة لقبول بعض الدعاوى:
- 166 أولاً - الشروط الخاصة:
- 166 ثانياً - الشروط السلبية:
- 169
-

الفصل الثاني: النظام القانوني للدفع بعدم القبول	193
المبحث الأول: موقع الدفع بعدم القبول من الدفع الأخرى	195
المطلب الأول: الاتجاه الذي يدمج الدفع بعدم القبول ضمن الدفع الأخرى	197
الفرع الأول - الرأي الذي يدمج الدفع بعدم القبول ضمن الدفع الشكلية:	199
الفرع الثاني - الرأي الذي يقسم الدفع بعدم القبول بين الدفع الشكلية والدفع الموضوعية:	207
الفرع الثالث - الرأي الذي يقول بأن الدفع بعدم القبول هو دفع موضوعي:	218
المطلب الثاني: الاتجاه الذي يميز بين الدفع بعدم القبول والدفع الأخرى	227
الفرع الأول - تمييز الدفع بعدم القبول عن الدفع الأخرى في الفقه:	229
الفرع الثاني: تمييز الدفع بعدم القبول عن الدفع الأخرى لدى القضاء:	247
الفرع الثالث - تمييز الدفع بعدم القبول عن الدفع الأخرى في القانون:	248
أولاً - القانون الفرنسي:	248
ثانياً - القانون اللبناني:	248
ثالثاً - القانون الجزائري:	249
رابعاً - القانون المصري:	249
خامساً - القانون السوري:	251
المبحث الثاني: أحكام الدفع بعدم القبول	257
المطلب الأول: سلطات الخصوم والمحكمة إزاء الدفع بعدم القبول	259
الفرع الأول - سلطات الخصوم إزاء الدفع بعدم القبول:	261
أولاً - التنازل عن التمسك بالدفع بعدم القبول:	261

ثانياً - اللحظة التي يستطيع الخصوم التمسك فيها بالدفع بعدم القبول:	
263	
الفرع الثاني - سلطات المحكمة إزاء الدفع بعدم القبول:	281
أولاً - الاتجاه الذي يربط سلطة المحكمة بإثارة الدفع بمدى تعلقه	
بالنظام العام:	282
ثانياً: الاتجاه الذي يربط سلطة القاضي بإثارة الدفع بمدى السلطة	
الممنوحة للقاضي:	299
المطلب الثاني: الحكم الصادر في الدفع بعدم القبول	303
الفرع الأول - آثار الحكم الصادر في الدفع بعدم القبول:	305
أولاً - حجية الحكم الصادر في الدفع:	305
ثانياً - آثار الحكم الصادر في الدفع بعدم القبول على صحيفة	
الدعوى:	315
الفرع الثاني - الطعن في الحكم الصادر في الدفع بعدم القبول: ...	322
أولاً - آثار الطعن في الحكم الصادر بالدفع بعدم القبول:	322
ثانياً - موقف الفقه والقضاء من أثر الطعن بالحكم الصادر بالدفع	
بعدم القبول:	342
الخاتمة.....	365
أولاً - النتائج:	365
ثانياً - التوصيات:	376
قائمة المراجع.....	377
أولاً - المراجع العامة:	377
ثانياً - المراجع الخاصة:	385
ثالثاً - الرسائل الجامعية:	386
رابعاً - الأبحاث والمقالات:	386
خامساً - كتب أو أبحاث مأخوذة من الانترنت:	387
فهرس المحتويات	389