



عمادة الدراسات العليا

جامعة القدس

الدفع بعدم القبول في الدعوى المدنية

دراسة تحليلية مقارنة

محمد سالم محمود ناجرة

رسالة ماجستير

القدس - فلسطين

1438 هـ - 2017م

الدفع بعدم القبول في الدعوى في المدنية

دراسة تحليلية مقارنة

إعداد:

محمد سالم محمود ناجرة

ماجستير قانون جامعة القدس

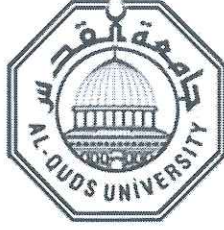
إشراف: د. محمد خلف

قدمت هذه الدراسة استكمالاً لمتطلبات الحصول على درجة الماجستير

في القانون الخاص من كلية الحقوق / جامعة القدس

القدس - فلسطين

1438 هـ - 2017 م



جامعة القدس
عمادة الدراسات العليا
كلية الحقوق

إجازة الرسالة
الدفع بعدم القبول في الدعوى المدنية
دراسة تحليلية مقارنة

إعداد : محمد سالم محمود ناجرة
الرقم الجامعي: 21311169
إشراف الدكتور : محمد خلف

نوقشت هذه الرسالة بتاريخ: 29 / 3 / 2017 وأجيزت من لجنة المناقشة المكونة من التالية اسمائهم وتواقيعهم:

.....: التوقيع	د. محمد خلف	1- رئيس لجنة المناقشة
.....: التوقيع	د. ياسر زبيدات	2- ممتحناً داخلياً
.....: التوقيع	د. عثمان التكروري	3- ممتحناً خارجياً

القدس - فلسطين

1438هـ - 2017م

الاهداء

الى وطننا الغالي فلسطين

الى كل شهيد سقط على أرض الوطن ومن أجله

إلى أسرى فلسطين جميعاً

إلى من جعل ظفر العلم ينمو في جسدي والتطلع في الأفق هو مقصدي إلى تلك
المنطقة في كل ركن من أركان بيتنا الصغير تدعو لي بالتوفيق وتبتل بالله القدير لأن
أكون بؤبؤاً لعينيها ورمزاً تحكيه شفيتها... أمي الغالية

إلى من قدم لي ريشة الأصالة فغمستها في محبرة العلم والمعرفة لأخط بها اسمه الغالي
..أبي الحبيب

إلى من وضعت الكتاب وسادة أنام عليها وأداري بها أحلامي .. زوجتي المحامية مجد
عرار

إلى أشقائي رمزي و محمود و أحمد و عبد الحليم

إلى شقيقتي شفاء و رابعة و وفاء و صفاء

إلى العقيد فالح موسى عرار والمربية الفاضلة خولة عرار

إلى استاذي القدير المحامي إياد خير

إلى جدي وجدتي رحمهما الله

إلى جميع اصدقائي

الإقرار

أقر بأن ما اشتملت عليه هذه الرسالة إنما هو نتاج جهدي الخاص باستثناء ما تمت الإشارة إليه حيثما ورد، وإن هذه الرسالة ككل أو أي جزء منها لم يقدم لنيل أي درجة علمية أو لقب علمي أو بحثي لدى أية مؤسسة تعليمية أو بحثية أخرى.

الاسم: محمد سالم محمود ناجرة

التوقيع: 

التاريخ:

شكر وتقدير

قال تعالى : (ومن يشكر فإنما يشكر لنفسه).

الحمد لله الذي وفقني لإتمام كتابة هذه الرسالة المتواضعة، ويسعدني في هذا المقام أن أتقدم بالشكر والعرفان إلى استاذي الفاضل الدكتور محمد خلف الذي تكرم فأشرف على هذه الرسالة، فأحاطني برعايته واهتمامه وعلمه، مما كان له كل الأثر في إظهار هذه الرسالة بالشكل المطلوب.

كما أتقدم بعظيم الشكر إلى أعضاء لجنة المناقشة والتي كانت لملاحظاتهم الأثر في إخراج هذه الرسالة بالصورة المطلوبة.

كما أتقدم بالامتنان والاحترام إلى جميع الأساتذة في كلية الحقوق في جامعة القدس الذين غمروني بعلمهم النافع في مرحلتي البكالوريوس والماجستير.

الفهرس

الموضوع	الصفحة
الإهداء	
الإقرار	أ
الشكر والتقدير	ب
الملخص بالعربي	ج
الملخص بالإنجليزي	هـ
المقدمة	1
الفصل الأول : ماهية الدفع بعدم القبول في الدعوى المدنية	8
المبحث الأول : مفهوم الدفع بعدم القبول	9
المطلب الأول: تعريف الدفع بعدم في الدعوى المدنية	10
الفرع الأول: الفرق بين الدفع والطلب والدعوى المدنية	13
الفرع الثاني: الدعوى وحق الإلتجاء إلى القضاء	20
المطلب الثاني: حالات الدفع بعدم في الدعوى المدنية	22
الفرع الأول: الدفع بعدم قبول الدعوى لوجود اتفاق على التحكيم	23
الفرع الثاني: الدفع بعدم القبول لإنتفاء المصلحة	29
الفرع الثالث: الدفع بعدم القبول لإنتفاء الصفة	34
الفرع الرابع: الدفع بعدم القبول للتقادم	36

41	الفرع الخامس: الدفع بكون القضية المقضية
43	الفرع السادس: الدفع بالجهالة في لائحة الدعوى.
45	الفرع السابع: الدفع بعدم القبول للتناقض في لائحة الدعوى.
47	المبحث الثاني: طبيعة الدفع بعدم القبول وتمييزه عن الدفع الأخرى
48	المطلب الأول: طبيعة الدفع بعدم القبول ومدى اتصاله بالنظام العام
49	الفرع الأول: طبيعة الدفع بعدم القبول
54	الفرع الثاني: مدى تعلق دفع عدم القبول بالنظام العام
61	المطلب الثاني: تمييز الدفع بعدم القبول عن غيره الدفع
62	الفرع الأول: من حيث وقت إبدائها
63	الفرع الثاني: من حيث أثر الحكم بقبول الدفع على أصل الحق
65	الفرع الثالث: من حيث وقت الفصل في الدفع
65	الفرع الرابع: من حيث استنفاد ولاية محكمة الدرجة الأولى بالنسبة للموضوع
67	الفصل الثاني: أحكام الدفع بعدم القبول في الدعوى المدنية
68	المبحث الأول: طرح دفع عدم القبول في الدعوى المدنية
70	المطلب الأول: طرح دفع عدم القبول من الخصوم
71	الفرع الأول: الكيفية التي بها طرح دفع عدم القبول
72	الفرع الثاني: مدى حرية الخصوم في طرح دفع عدم القبول
73	الفرع الثالث: القيود التي ترد على حرية الخصم في إبداء الدفع
76	الفرع الرابع: مدى جواز التنازل عن التمسك بالدفع بعدم القبول

77	المطلب الثاني: طرح دفع عدم القبول من المحكمة
80	الفرع الأول: إثارة الدفع بعدم القبول من قبل المتدخل أو المقرر إدخالهم في الدعوى
81	الفرع الثاني: المحكمة المختصة بنظر الدفع بعدم القبول
83	المبحث الثاني: كيفية النظر في الدفع بعدم القبول والآثار المترتبة على الإدلاء بالدفع
84	المطلب الأول: الآثار المترتبة على الإدلاء بالدفع بعدم القبول
85	الفرع الأول : الانتقال لنظر الدفع
87	الفرع الثاني: ضم الدفع إلى الدعوى
88	الفرع الثالث: عدم قبول الدفع (رد الدفع)
91	المطلب الثاني: الحكم الصادر بالدفع بعدم القبول وآثاره
93	الفرع الأول: صدور الحكم في الدفع قبل الفصل في الموضوع
95	الفرع الثاني: صدور الحكم في الدفع مع الحكم الفاصل في الموضوع
98	الفرع الثالث: مدى قابلية الحكم الصادر في الدفع للطعن به
106	الخاتمة
109	قائمة المصادر والمراجع
114	الملاحق

الملخص بالعربي

تناولت رسالتنا الدفع بعدم القبول في الدعوى المدنية والتجارية حيث أثار هذا الدفع العديد من الإشكاليات فيما بين الفقه والقضاء، و إن معالجة المشرع الفلسطيني للدفع بعدم القبول لم تكن بمستوى الطموح، فلم تكن النصوص المتعلقة به في قانون أصول المحاكمات المدنية كافية للإلمام بهذا الموضوع المتشعب من حيث التطرق لماهيته وصوره، بالإضافة إلى كيفية الفصل فيه والآثار المترتبة عليه، حيث أن المتتبع لهذا القانون يجد أن النصوص المتعلقة بالدفع الأخرى قد أخذت حيزاً كبير من اهتمام المشرع على عكس النصوص الخاصة بالدفع بعدم القبول. إذا أكتفى المشرع في المواد (90 و89) من قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية للإشارة إلى الدفع بعدم القبول، مما أدى إلى غموض فكرة هذا الدفع وعدم وضوح النظام القانوني له مما فتح الباب لآراء الفقهاء مع ما تحمله من اختلافات في الرأي واجتهادات القضاء وما تؤدي إليه من اضطراب في الأحكام، كل هذه الأمور ما كانت لتحدث لو كانت المسألة محسومة في نطاق القانون.

حيث إن الدفع بعدم القبول هو وسيلة دفاع يرمي إلى إنكار وجود الدعوى، فهو يوجه إلى الوسيلة التي يحمي بها صاحب الحق حقه. وقد ذهبت الآراء في تحديد أحكام هذا الدفع إلى مذاهب شتى، وليس في طيات أي مذهب منها ما يقطع برأي بصدها، ولعل الاضطراب في دراسته وتفكك الرأي بشأنه يرجع إلى ما له من طبيعة خاصة، تختلف عن طبيعة الدفوع الموضوعية والدفوع الشكلية، وتجعله يحتل مركزاً وسطاً بينهما.

وقد قسمنا الرسالة إلى فصلين، بحثنا في الفصل الأول ماهية الدفع بعدم القبول في الدعوى المدنية ومن خلال هذا الفصل تم تقسيمه الى مبحثين تناولنا من خلالهما مفهوم الدفع بعدم القبول وذلك ببيان

تعريفه وبيان الفرق بين الدفع والطلب، ومن ثم حالات الدفع بعدم القبول هذا في المبحث الأول من الفصل الأول، أما المبحث الثاني من ذات الفصل فقد تناولنا فيه طبيعة الدفع بعدم القبول وتمييزه عن الدفع الأخرى ومن خلال هذا المبحث تم بيان مدى تعلق دفع عدم القبول بالنظام العام، والاختلافات الفقهية التي دارت في هذا الصدد والمعيار الواجب مراعاته لتحديد اتصال الدفع بالنظام العام، وإذا اتصل الدفع بالنظام العام فيجب على المحكمة أن تقضي به من تلقاء ذاتها.

وفي الفصل الثاني من الرسالة بحثنا أحكام الدفع بعدم القبول في الدعوى المدنية من خلال مبحثين الأول تناولنا طرح دفع عدم القبول في الدعوى المدنية، أما المبحث الثاني فقد تناولنا من خلاله كيفية النظر في الدفع بعدم القبول والآثار المترتبة على الإدلاء بالدفع، فمن خلال المبحث الأول تناولنا ممن يتم طرح دفع عدم القبول وتوصلنا إلى أن دفع عدم القبول من الممكن أن يتم طرحها من الخصوم أثناء نظر الدعوى، ووضحنا من خلال ذلك كيفية طرح هذه الدفع وإلى أي حد يجوز للخصوم طرح هذه الدفع، والقيود التي ترد على حرية الخصم في إبداء دفع عدم القبول، وهل يجوز للخصم التنازل عن التمسك بالدفع. كذلك تناولت في هذا الصدد إمكانية طرح دفع عدم القبول من المحكمة ومن هي المحكمة المختصة بنظر الدفع بعدم القبول، وفيما إذا كان بإمكان المقرر إدخالهم في الدعوى إثارة دفع عدم القبول.

أما المبحث الثاني من ذات الفصل فقد تناولنا في الدراسة من خلاله كيفية النظر في الدفع بعدم القبول والآثار المترتبة على الإدلاء بالدفع، ووضحنا من خلال هذا المبحث ما يترتب على الإدلاء بالدفع فمن الممكن أن تقرر المحكمة الانتقال إلى الدفع، أو ضم الدفع إلى الدعوى، وأخيراً رد الدفع (عدم قبوله)، كذلك تناولنا في ذات المبحث الحكم الصادر في الدفع وآثاره وكيفية تسبيب الحكم وضوابطه،

كما بينا فيما إذا كان صدور الحكم في الدفع قبل الفصل في الموضوع، أو إذا تم صدور الحكم في الدفع مع الحكم الفاصل في الموضوع، وأخيراً تناولنا في نهاية الرسالة مدى قابلية الحكم الصادر في الدفع للطعن به، حيث إن الطعن في الأحكام القضائية هي وسيلة حددها المشرع لإمكانية تظلم المحكوم عليه من الحكم الصادر بحقه بهدف الكشف عن أخطاء هذا الحكم والعمل على إصلاحها، وتناولنا من خلال هذه الجزئية طرق الطعن التي من الممكن الأخذ بها والواردة في قانون الأصول وشروط كل حالة على حده، وقد توصلنا في نهاية الدراسة لعدد من النتائج والتوصيات التي توصلت لها كباحث في هذا الموضوع.

ABSTRACT

In this study we have discussed (non-acceptance demand) or the admissibility of a case or challenging the competence of the court in the civil case, This aroused several problematic issues between the doctrine or jurisprudence and judiciary, whereas the admissibility of a case is a defense mechanism aim or intend to denying the existence of the case, its leads to the mechanism where the rightful owner protect his right. The doctrines opinions this confusion backs to its private nature which differs from the nature of the Plea in Abatement and the plea bar, which makes him as centrum position between them.

This study has divided into two chapters; In the first chapter we have examined what is the admissibility of a case or challenging admissibility or jurisdiction and this chapter has been divided into two sections both of them describing the concept or the meaning of the challenging admissibility by explanation or emphasizing the challenging admissibility definition and showing the difference between demand and application, and the cases of non- acceptance demand. inwe the second section we hacw dealt with the natureof the.. and distinction this and also in the section we have seen from the public order .

As for the topic the second of self chapter is losing of taking our in the study from during him despotic looking into of the pushing in lack of the accepting and the resulting effects on the slandering in the pushing, and clarified through the topic raved what the slandering in the pushing become organized on so blessing possible that the court be decided the moving to the pushing, or joining of the pushing to the lawsuit, and finally reply of the pushing (his lack of accepting), likewise taking our in self of the topic the issued arbitrator in

the pushing and his effects and despotic causation of the arbitrator and his officers, sleeves showed in so far that chest of the arbitrator in the pushing before the chapter in the subject were, or if chest of the arbitrator in the pushing with the arbitrator were complete dividing in the subject, and finally taking our in end of the letter extension disposition of the issued arbitrator in the pushing for the defamation in him, since the judicial defamation in the arbitrators she Method determined her the legislator for possibility is complaint sentenced on him from the issued arbitrator in his truth with the aim of the detection about errors raved the arbitrator and the work on her reform, and taking our through this partial knock of the defamation which blessing the possible taking in her waalwaardh in law of the origins and conditions of all case according to his.

مقدمة

الدعوى أداة قانونية حددها القانون للأشخاص لحماية حقوقهم، كما أنها مجرد رخصة أو حق وليست واجب. والشخص حر في استعمالها أو في عدم استعمالها واستعمال الدعوى أمر اختياري لصاحب الحق، وإذا كان لكل شخص الحق في اللجوء إلى القضاء طلباً للحماية في مواجهة شخص آخر فإن لهذا الأخير أن يدافع عن نفسه بما يراه مناسباً من وسائل دفاع، حتى لا يحكم لخصمه بما يدعيه، والدفع بعدم القبول هي الوسيلة الفنية التي بيد المدعى عليه لرد دعوى المدعي، وترمي هذه الدفع إلى الطعن بعدم توافر أحد الشروط التي يتطلبها القانون لقبول الدعوى.

ونظراً لعدم وجود تنظيم قانوني خاص لهذا الدفع، وغموض فكرته نجم عن ذلك اجتهادات فقهية متضاربة واجتهادات قضائية متناقضة حتى في الدولة الواحدة. وبما أن الدفع بمجملها لا تبرز إلا من خلال الدعوى لذا سنحدد ابتداءً تعريف الدعوى، فقد عرفت مجلة الأحكام العدلية في المادة 1613 " الدعوى هي طلب واحد حقه من آخر في حضور الحاكم". ولا يتضمن قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية الفلسطيني رقم 2 لسنة 2001 تعريفاً للدعوى، لأن التعريفات بصفة عامة أدخل في عمل الفقه منها في عمل المشرع.

وقد ذهبت محكمة التمييز الأردنية في تعريفها للدعوى " بأنها أساس الخصومة وهي الوسيلة القانونية التي يلجأ بمقتضاها صاحب الحق إلى السلطة القضائية لحماية حقه". والدعوى كما يراها الفقه القديم والحديث " هي سلطة الالتجاء إلى القضاء بقصد الحصول على تقرير حق أو حمايته".⁽¹⁾

إن دفع عدم القبول موضوع هذه الدراسة قد ظهرت في الأمر الملكي في القرن السابع عشر في فرنسا وتحديداً في العام 1667 وظلت هذه الفكرة تراوح مكانها إلى أن صدر قانون المرافعات الفرنسي

¹ - د. أحمد أبو الوفا - نظرية الدفع - مصر - الاسكندرية - منشأة المعارف - 1991 ص 138.

الجديد رقم 1123 لسنة 1975 حيث أصبح هذا الدفع يجد محله التشريعي في المواد 122، 123، 124، 125، 126. وإذا عدنا للقانون الروماني نجد أن الفقهاء الرومان قد توصلوا إلى أداة فنية بواسطتها يستطيعون أن يردوا الدعوى، وكانت الوسيلة تسمى إنكار الدعوى وعن طريق هذه السلطة كان القاضي يستطيع الحيلولة دون قيام الدعوى، وذلك في الأحوال التي يخالف فيها المدعي نظام الدعاوى القانونية، لأن القانون كان يحدد في كل حالة دعوى خاصة.

أما في الأردن فقد نص عليه من خلال حالتين من صور الدفع بعدم القبول الأولى وهي سبق الفصل فيها والتي ورد ذكرها في قانون أصول المحاكمات المدنية الأردني الجديد رقم 24 لسنة 1988 مكتفياً بالنص عليه في المادة (112) والتي جاء فيها أن الدفع بعدم جواز نظر الدعوى لسبق الفصل فيها تقضي به المحكمة من تلقاء نفسها. أما المادة الثانية وهي نص المادة (109) من قانون ذات القانون والتي نصت " 1 للخصم قبل التعرض لموضوع الدعوى أن يطلب من المحكمة إصدار الحكم بالدفع التالفة بشرط تقديمها دفعة واحدة وفي طلب مستقل خلال المدة المنصوص عليها في المادة (59) من ذات القانون : أ- عدم الاختصاص المكاني ب- وجود شرط تحكيم ج- كون القضية مقضية د- مرور الزمن هـ - بطلان أوراق تبليغ الدعوى 2- على المحكمة أن تفصل في الطلب المقدم إليها بموجب أحكام المادة الفقرة (1) من هذه المادة، ويكون حكمها الصادر في هذا الطلب قابلاً للاستئناف".

وكذلك المشرع المصري قد أورد ذكر الدفع بعدم القبول في حالتين خاصتين من صوره وهي انتفاء صفة المدعى عليه والتي وردت في المادة 115 من قانون المرافعات المصري رقم 13 لسنة 1968 والتي جاء فيها "أن الدفع بعدم قبول الدعوى لانتفاء صفة المدعى عليه قائم على أساس أجلت الدعوى لإعلان ذي الصفة ويجوز لها في هذه الحالة الحكم على المدعي بغرامة لا تتجاوز خمسين جنيهاً ولا تتجاوز مائتي جنيهاً (عُدلت الغرامة بالقانون رقم 23 لسنة 1992) وإذا تعلق الامر بإحدى الوزارات، أو الهيئات العامة، أو مصلحة من المصالح، أو بشخص اعتباري عام، أو خاص فيكفي في تحديد الصفة أن يذكر أسم الجهة المدعى عليها في صحيفة الدعوى" (أضيفت الفقرة الثانية بالقانون رقم 23 لسنة 1992). أما الحالة الثانية فقد نصت عليها المادة (116) من ذات القانون بقولها " الدفع بعدم جواز نظر الدعوى لسبق الفصل فيها تقضي به المحكمة من تلقاء نفسها".

أما في فلسطين وبالرجوع إلى ما ورد في قانون أصول المحاكمات الحقوقية رقم 42 لسنة 1952 فقد وردت مادة واحدة تتعلق بالدفع بعدم القبول وهي نص المادة (16) منه والتي نصت على أنه " يجوز للمدعى عليه في أية دعوى وفي أي وقت من الأوقات بعد تبليغه مذكرة الحضور أن يقدم طلباً خطياً لرد القضية المرفوعة عليه بناء على أحد الأسباب التالية: 1- كون القضية قضية محكمة 2- عدم الاختصاص 3- مرور الزمن أو بالاستناد إلى أي سبب آخر قد يترأى للمحكمة أنه يستوجب رد الدعوى قبل الدخول في الأساس فإذا قررت المحكمة قبول الطلب ترد الدعوى بالنسبة للمدعى عليه ويكون قرار المحكمة بالرفض غير قابل للاستئناف ما لم يكن الدفع متعلقاً بمرور الزمن فيكون القرار خاضعاً للاستئناف".

وبالرجوع إلى قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية الفلسطيني رقم (2) لسنة 2001 المرعي فقد نص على الدفع بعدم القبول في المادة (90) منه والتي جاء فيها بأنه يجوز للمدعى عليه أن يدفع

بعدم قبول الدعوى استناداً إلى أي سبب يؤدي إلى عدم قبولها قبل الدخول في الأساس، ويكون القرار الصادر برد الطلب أو قبوله قابلاً للاستئناف. كذلك نص المادة (92) من ذات القانون والتي نصت " الدفع بعدم الاختصاص لانقضاء ولايتها أو بسبب نوع الدعوى أو قيمتها أو لسبق الفصل فيها تحكم به المحكمة من تلقاء نفسها، ويجوز الدفع به في أية حالة كانت عليها الدعوى".

إن الدعوى وجدت لتكون وسيلة التقاضي والحصول على الحماية القضائية للحق، وقد فرضت العدالة الجديدة على القاضي ألا يحكم في الدعوى، قبل سماع كافة أطرافها أو على الأقل إتاحة الفرصة لهم لإبداء ما لديهم من دفاع، ذلك أن الإنسان يكره أن يفاجأ بحكم، دون أن يدعي ويفسح له المجال للدفاع عن نفسه، حيث أن الدفاع هو حق مقدس، وضمانه أساسية للعدالة في إطار الخصومة المدنية، ويعتبر الحق في الدفع جوهر حق الدفاع، وهو المظهر الأكثر شيوعاً واستعمالاً من مظاهر حق الدفاع الأخرى، فقد تتكون الخصومة من طلب واحد، إلا أنه قد يقدم فيها العديد من الدفوع، فهو يشمل كل وسائل الدفاع التي يجوز للخصم أن يتمسك بها في إطار الخصومة القضائية، والتي يجيب بها على ادعاءات خصمه، بقصد تفادي الحكم لخصمه بما يدعيه أو على الأقل تأخير هذا الحكم، سواء كانت هذه الوسائل موجهة إلى الخصومة أو بعض إجراءاتها، أو موجهة إلى الحق المدعى به، أو إلى سلطة الخصم في استعمال دعواه، كما أن هذا الحق يثبت لكل خصم في الدعوى أيّاً كانت صفته، وقد يثبت أحياناً للمحكمة، إذ تقضي بالدفع المتعلق بالنظام العام من تلقاء ذاتها.

إن من مستلزمات حق التقاضي هو ضمان حرية الدفاع والادعاء في وقت واحد لكي يتحقق العدل ضمن معادلة عادلة بين طرفي الدعوى، وإذا كان الادعاء يتحقق في لجوء المدعي إلى القضاء للمطالبة بحماية حقوقه ومصالحه عن طريق تقديم الدعوى، فإن الدفوع تتمثل في إقرار المشرع للمدعي عليه وهو الشخص الذي رفعت عليه الدعوى، الحق في الدفاع عن نفسه وحماية مصالحه في الدعوى

المرفوعة عليه وذلك عن طريق الدفع بعدم القبول موضوع الدراسة أو الدفوع الواردة في قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية كالدفوع الشكلية والدفوع الموضوعية. وقد يرى المدعى عليه أنه من المناسب إثارة دفع من شأنه منع المحكمة من الفصل في موضوع الدعوى أساساً، وهو ما اصطلح على تسميته بالدفع بعدم القبول، بحيث يتعلق هذا الدفع بسلطة الالتجاء إلى القضاء والشروط اللازمة لذلك، أي تتعلق بالحق في استعمال الدعوى ونظرها أمام المحكمة دون التعرض للموضوع، أو في مدى أحقية المدعي في طلبه.

إشكالية البحث.

إن معالجة المشرع الفلسطيني للدفع بعدم القبول لم تكن بمستوى الطموح فلم تكن النصوص المتعلقة بهذا النوع من الدفوع بمستوى الطموح فلم تكن النصوص المتعلقة به في قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية كافية للإلمام بهذا الموضوع المتشعب من حيث التطرق لماهيته وصوره بالإضافة إلى كيفية الفصل فيه والآثار المترتبة عليه، وإن المشرع الفلسطيني لم ينظم الأحكام المتعلقة بالدفع بعدم القبول على النحو الذي اعتمدته التشريعات المجاورة ومنها المشرع المصري، ومنها قانون المرافعات المدنية والتجارية المصري، لذا لم يتضح النظام القانوني الخاص بهذا الدفع، وباتت الآراء غير مستقر عليها في العديد من المسائل المتعلقة به، ومنها :

1. ماهية الدفع بعدم القبول في الدعوى المدنية.
2. هل هناك دفع بعدم القبول متعلقة بالنظام العام وأخرى لا تتعلق بالنظام العام وما هي أحكام كل منهما.
3. مدى حرية الخصوم في طرح دفع عدم القبول في الدعوى .
4. ما هي القيود التي ترد على حرية الخصوم في إبداء دفع عدم القبول في الدعوى.

5. هل يجوز للمحكمة إثارة دفوع عدم القبول من تلقاء نفسها.

6. هل يترتب آثار على الإدلاء بالدفع بعدم القبول في الدعوى المدنية.

7. حجية الأحكام الصادرة في الدفع بعدم القبول.

أهداف الدراسة:

إن الهدف من هذه الدراسة هو توضيح الدفع بعدم القبول في الدعوى المدنية من حيث تعريفه وأنواعه وكل ما يتعلق بالدفع بعدم القبول من حيث كيفية إثارة الدفع، وميعاده، ومدى حرية الخصوم في إثارته، والمحكمة المختصة بنظره، وموقف المحكمة من الدفع عند إثارته ومدى قابلية الحكم الصادر في الدفع للطعن فيه بطرق الطعن المنصوص عليها قانوناً.

أهمية الدراسة:

1- الأهمية العلمية : من خلال هذه الدراسة توصلنا الى العديد من النصوص القانونية التي وردت في قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية الفلسطيني والنصوص القانونية التي وردت في القوانين المقارنة ومنها قانون أصول المحاكمات المدنية الاردني وقانون المرافعات المصري والتي استطعنا من خلال هذه الدراسة التوصل إلى الأهمية القصوى للدفع بعدم القبول في الفكر القانوني والعمل القضائي وتظهر هذه الأهمية بصفة خاصة في التطبيقات العملية للدفع بعدم القبول

2- الأهمية العملية: من خلال هذه الدراسة تم تسليط الضوء على أهم الأحكام والنصوص القانونية والآراء الفقهية بشأن الدفع بعدم القبول، بما يوصل إلى فهمه، ومحاولة حل الإشكاليات المتعلقة بهذا الدفع.

منهجية الدراسة.

سنتبع في إعداد هذه الرسالة المنهج التحليلي المقارن، من خلال الاطلاع على النصوص القانونية التي تناولت الدفع بعدم القبول في قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية الفلسطينية رقم (2) لسنة 2001 مقارنة بغيره من القوانين ومنها قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية المصري رقم (13) لسنة 1968، وقانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية الأردني رقم (24) لسنة 1988، وآراء الفقهاء وما قضت به المحاكم في هذا الصدد.

خطة الدراسة.

سنستعرض موضوع الدراسة من خلال فصلين وفقاً لما يلي :

الفصل الاول : ماهية الدفع بعدم القبول في الدعوى المدنية.

المبحث الأول: مفهوم الدفع بعدم القبول.

المبحث الثاني: طبيعة الدفع بعدم القبول وتمييزه عن الدفع الأخرى.

الفصل الثاني: أحكام الدفع بعدم القبول في الدعوى المدنية.

المبحث الأول: طرح دفع عدم القبول في الدعوى المدنية.

المبحث الثاني: كيفية النظر في الدفع بعدم القبول والآثار المترتبة على الإدلاء بالدفع.

الفصل الأول: ماهية الدفع بعدم القبول

إن فكرة الدفع بعدم القبول أنه تكييف لطلب أو دفع أو طعن مقدم إلى المحكمة يترتب عليه امتناعها عن النظر فيه. ومن ثم فهو وسيلة دفاع يرمي إلى إنكار وجود الدعوى، فهو يوجه إذن إلى الوسيلة التي يحمي بها صاحب الحق حقه، وما إذا كان من الجائز استعمالها، أم أنه شرط 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.

وبهذا تؤدي فكرة عدم القبول إلى تحقيق وظيفة هامة تتفق مع مبدأ الاقتصاد في الخصومة، إذ يتمتع القاضي عن النظر فيما قدم إليه، وهو ما يوفر الوقت والجهد والمصاريف. لذا سنقسم هذا الفصل إلى مبحثين، هما:

المبحث الأول: مفهوم الدفع بعدم القبول.

المبحث الثاني: طبيعة الدفع بعدم القبول وتمييزه عن الدفع الأخرى.

المبحث الأول: مفهوم الدفع بعدم القبول:

الدفع من الوسائل التي وفرها حق الدفاع للمتقاضيين، وحق الدفاع أحد أهم المبادئ التي يكفلها نظام التقاضي ولا يحيد عنها . والدفع خاصة، وحق الدفاع عامة من الوسائل المتاحة لعموم أطراف النزاع للدود عن حقوقهم ومراكزهم القانونية أمام القضاء وإذا انتقلنا إلى مفهوم أكثر خصوصية وتحديدًا يصبح الدفع وسيلة المدعى عليه في مقابل حق الدعوى التي أقامها المدعي، ويكون الدفع بهذه المثابة من عناصر المركز القانوني للخصم المدعى عليه.

أثارت الدفع بعدم القبول اختلافًا واسعاً بين الفقهاء وشرح القانون، لصعوبة التوصل لتعريف جامع مانع لها يميزها عن غيرها من الدفع، ماهية الحالات التي يمكن الدفع فيها بعدم قبول الدعوى وللوقوف على حقيقة هذا الدفع لا بد من تناول تعريف هذا الدفع وحالاته في المطالب التالية:

سنقسم هذا المبحث إلى مطلبين وفقاً لما يلي:

المطلب الأول: تعريف الدفع بعدم القبول.

المطلب الثاني: حالات الدفع بعدم القبول.

المطلب الاول: تعريف الدفع بعدم القبول في الدعوى المدنية:

الدفع لغة يحمل عدة معان فيها الازالة بقوة، يقال دفع الشيء دفعا أي محاه وأزاله بقوة، ويقال دفعته عني ودفع عنه الأذى والشر دفع إليه كذا أي أعطاه إياه، ويقال دفع القول أي رده بالحجة⁽²⁾، ومنه المدافعة والدفع ومنه قوله تعالى (إن الله يدافع عن الذين آمنوا)⁽³⁾.

أما الدفع فهو جميع وسائل الدفاع التي يجوز للخصم أن يستعين بها ليجيب على دعوى خصمه، بقصد تفادي الحكم لخصمه بما يدعيه، سواء أكانت هذه الوسائل موجهة الى الخصومة أو بعض إجراءاتها، أو موجهة إلى أصل الحق المدعى به أو إلى سلطة الخصم في استعمال دعواه منكر إياها.

وقد عرفتته مجلة الأحكام العدلية في المادة (1631) التي نصت على أن "الدفع هو الإتيان بدعوى من قبل المدعى عليه تدفع دعوى المدعي". ونرى أنه بالإمكان توجيه الانتقادات لتعريف مجلة الأحكام العدلية ، فالدفع إجراء قد يثيره الخصم الذي في مركز المدعى عليه وقد تثيره المحكمة، كما أنه لم يحدد الأسباب التي يُبنى عليها الدفع. أما الدفع بعدم القبول فهو الدفع الذي يوجه إلى الحق في رفع الدعوى، أي إلى مكنة الحصول على الحكم في الموضوع⁽⁴⁾، فهذا النوع من الدفع يرمي إلى إنكار سلطة المدعي في استعمال دعواه.

وتعددت تعريفات دفع عدم القبول في قوانين أصول المحاكمات المدنية وكذلك أورد كثير من الفقهاء وشرح القانون تعريفات لهذا النوع من الدفع وسنتناول بالدراسة بعض هذه التعريفات الواردة في نصوص قانون أصول المحاكمات ومن ثم بعض التعريفات التي أوردها فقهاء وشرح القانون.

لم يرد في قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية الفلسطينية رقم (2) لسنة 2001 ذكر تعريف صريح وواضح لهذا النوع من الدفع، حيث تم ذكر الدفع بعدم القبول في المادة (90) منه والتي نصت على أنه "يجوز للمدعى عليه أن يدفع بعدم قبول الدعوى استنادا إلى أي سبب يؤدي لعدم قبولها قبل الدخول في الأساس"، وكذلك المشرع المصري الذي أتى على ذكره في المادة (115) من قانون المرافعات رقم (13) لسنة 1968 التي نصت على أن " الدفع بعدم قبول الدعوى يجوز إبدائه

² - المعجم الوسيط- مجمع اللغة العربية- الطبعة الاولى سنة 1980-ص230.

³ - القرآن الكريم- سورة الحج- الآية 38.

⁴ - د. رائد الكردي- الدفع الشكلية بين الشريعة وقانون أصول المحاكمات المدنية- الطبعة الاولى 2010-ص84.

في أية حالة تكون عليها الدعوى" دون أن يضع أي من المشرعين الفلسطيني والمصري تعريفاً واضحاً وصريحاً للدفع بعدم القبول في المواد التي تم ذكرها . حيث إن الدفع بعدم القبول الذي تعنيه المادة (115) من قانون المرافعات المصري هو الدفع الذي يرمي إلى الطعن بعدم توافر الشروط اللازمة لسماع الدعوى وهي الصفة والمصلحة والحق في رفع الدعوى⁽⁵⁾.

وجاء القانون الفرنسي الجديد الصادر في الخامس من ديسمبر لعام 1975 معرفاً للدفع بعدم القبول في المادة 122 منه بأنه "كل دفع ينكر به الخصم دعوى خصمه، دون المساس بالموضوع وذلك بسبب انتفاء حق التقاضي، كما في حالة فقد الصفة، أو المصلحة، أو بسبب التقادم أو السقوط، أو سبق الفصل في الدعوى"⁽⁶⁾.

للدفع في اصطلاح فقهاء القانون تعريفات عدة، فمنهم من عرفه بأنه "الدفع الذي يرمي ببساطة إلى منع المحكمة من نظر الدعوى التي تختص بها لأن حق المدعي في طلب الحماية القضائية يتعين عدم قبوله لتخلف شرط من شروط قبوله"⁽⁷⁾ ويمكن انتقاد هذا التعريف على أساس أن الدفع بعدم القبول عبارة عن وسيلة إجرائية قد يستعملها المدعى عليه أو المحكمة من تلقاء ذاتها، إذا تعلق هذا الدفع بالنظام العام.

كذلك عرفه آخر بأنه "الوسيلة الإجرائية التي حددها المشرع للتمسك بتخلف الشروط القانونية الواجب توافرها في الدعوى القضائية، والتي تكون لازمة لقبول الدعوى"⁽⁸⁾. ويتبين من خلال هذا التعريف بأن الدفع هو حق إجرائي لصاحب المصلحة له الحق في استعماله من عدمه، عند تخلف الشروط التي حددها القانون لقبول الدعوى.

في حين عرفه آخر بأنه " كل دفع ينكر به الخصم دعوى خصمه دون المساس بالموضوع، لعدم توافر شروط وجود الحق في الدعوى"⁽⁹⁾. ويمكن انتقاد هذا التعريف على أساس أن الدفع بعدم القبول

⁵ - طعن مصري رقم 2395 لسنة 55- جلسة 1990/3/15.

⁶ - د . احمد ابو الوفا- نظرية الدفع في قانون المرافعات- الطبعة الخامسة-1977 - منشأ المعارف-ص17.

⁷ - أ.محمد خليل ابو بكر- دفع عدم القبول ونظامها الاجرائي- دار الثقافة-الطبعة الاولى -1996-ص27.

⁸ - أ. باسم محمد الزغول - الدفع المدنية بين النظرية والتطبيق -الطبعة الاولى 2000 - مكتبة اليقظة للنشر - ص106.

⁹ - أ. باسم محمد الزغول - الدفع المدنية بين النظرية والتطبيق -مرجع سابق- ص107.

عبارة عن وسيلة إجرائية قد يستعملها المدعى عليه أو المحكمة من تلقاء ذاتها، إذا تعلق هذا الدفع بالنظام العام.

وقد عرفه آخر بأنه "ليس دفعا شكليا لأنه لا يتعلق بالإجراءات، وليس دفعا موضوعيا لأنه لا يتصل بالحق المدعى به، بل هو دفع بعدم أحقية المدعي في رفع الدعوى، أي أنه يتعلق بالحق في رفع الدعوى، فينكر وجودها لعدم توافر أحد الشروط التي يتطلبها القانون لقبول هذه الدعوى"⁽¹⁰⁾. ونرى أن هذا التعريف يعتريه القصور، ذلك أن الهدف من الدفع بعدم قبول الدعوى لا يقتصر على مجرد إنكار الدعوى، وإنما يهدف إلى استصدار حكم بعدم سماع الدعوى، وإن شروط قبول الدعوى توجد بوجود الدعوى وتتعدم بانعدامها.

وعرفه آخر "الدفع بعدم قبول الدعوى هو دفع لا يوجه إلى إجراءات الخصومة كما هو الحال في الدفوع الشكلية أو إلى الحق المدعى به كما هو الحال في الدفوع الموضوعية دائما هو دفع موجه إلى حق الخصم في رفع الدعوى لانتفاء المصلحة أو لرفعها من غير ذي صفة أو لرفعها بعد فوات الميعاد أو لسبق الفصل فيها"⁽¹¹⁾.

بالرجوع إلى التعريفات الواردة سابقا سواء ما جاء في نصوص قانون أصول المحاكمات المدنية وكذلك التعريفات التي أوردها فقهاء وشراح القانون فإن جميع التعريفات جاءت متقاربة في معناها، وكذلك متفقة على أن دفع عدم القبول توجه إلى تخلف شرط من الشروط التي يجب توافرها لقبول الدعوى وأن دفع عدم القبول لا توجه إلى شكل الإجراءات أو المتعلقة بأصول الحق المتنازع عليه وأخيراً بأن دفع عدم القبول قد يتم إثارتها من قبل الخصوم وكذلك للمحكمة الحق في إثارتها إذا ما تعلق هذا الدفع بالنظام العام.

وعليه يمكن تعريف الدفع بعدم القبول حسب ما توصلت إليه كباحث وأنفق في التعريف مع ما ذهب به محكمة النقض المصرية في تعريفها للدفع بعدم القبول بأنه " ما يتقدم به الخصم في الدعوى من دفع يرمي بها إلى الطعن بعدم توافر الشروط اللازمة لسماع الدعوى أو الطلب العارض أو الطعن

¹⁰ - د. عثمان التكروري - الكافي في شرح قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية - دار الفكر - 2013 - ص 518.

¹¹ - د. أحمد مسلم - أصول المرافعات - مصر - دار الفكر العربي - 1977 - ص 145.

وهي شروط الصفة والمصلحة والحق في رفع الدعوى وذلك كانهدام الحق في الدعوى أو سقوطها لسبق الفصل فيها أو لانقضاء المدة المحددة في القانون لرفعها ونحو ذلك مما لا يختلط بالدفع المتعلق بشكل الإجراءات من جهة ولا بالدفع المتعلق بأصل الحق المتنازع عليه من جهة أخرى".

الفرع الاول: الفرق بين الدفع والطلب والدعوى المدنية:

تعددت الآراء الفقهية التي تناولت بالدراسة الاختلاف ما بين الدفع والطلب، والاختلاف ما الدفع والدعوى، من حيث الجوانب القانونية، وأوجه الاختلاف فيما بينها لذا سنتناول بالدراسة هذا المحور وسنقسمه كما يلي :

اولا: الاختلاف بين الدفع والطلب.

ثانيا: الاختلاف بين الدفع والدعوى.

أولاً: الاختلاف بين الدفع والطلب:

يُعرف الطلب في نطاق قانون المرافعات المدنية بأنه ما يتوجه به المدعي إلى المدعى عليه طالبا الحكم به⁽¹²⁾، ويعرف مقدم الطلب بصفة عامة بالمدعي ومن يقدم في مواجهته بالمدعى عليه، والخصومة لا تبتدئ إلا بطلب، وهو وسيلة هجومية هدفها الحصول على حكم للمدعي في مواجهة المدعى عليه.

أما الدفع فهو جميع وسائل الدفاع التي يجوز للخصم أن يستعين بها ليجيب على دعوى خصمه، بقصد تفادي الحكم لخصمه بما يدعيه، سواء أكانت هذه الوسائل موجهة الى الخصومة أو بعض إجراءاتها، أو موجهة إلى أصل الحق المدعى به أو إلى سلطة الخصم في استعمال دعواه منكرا إياها⁽¹³⁾.

بعض نقاط الاختلاف بين الدفع والطلب:

1-الطلب الأصلي الذي تنشأ به الخصومة يقدم ابتداء إلى المحكمة المختصة، حسب قواعد الاختصاص المنظمة تشريعيا، أما الدفع فيبدي لدى المحكمة التي تنتظر الطلب الأصلي، وهي دائما مختصة بنظر الدفع إلا في حالات استثنائية، والدفع التي تقدم لا تقدر قيمتها، فالعبرة فيما يتعلق بالاختصاص القيمي للطلب.

2-لا تقبل الطلبات بعد ختام المحاكمة، بينما يختلف حكم الدفع حسب تعلقها بالنظام العام، وحسب نوع الدفع، فالدفع المتعلقة بالنظام العام يمكن التمسك بها في أي مرحلة من مراحل الدعوى، وللمحكمة أن تقضي بها من تلقاء ذاتها.

3-يسري التقادم على الطلبات، أما الدفع فلا تتقادم

¹² - د. لورنس سعيد الحوامدة- الدفع الشكلية في قانون اصول المحاكمات الجزائية - دار الضياء للنشر - 2009-ص19.

¹³ - د . احمد ابو الوفا- نظرية الدفع في قانون المرافعات- مرجع سابق-ص11.

4-الطلب قد يكون عادياً، وقد يكون مستعجلاً بقصد اتخاذ إجراء مؤقت يخشى عليه من فوات الوقت، أما الدفع فلا يكون وقتياً إنما يبيده المتمسك به في مواجهة الطلب أياً كان نوعه، لحسم النزاع بصفة نهائية أو تأخير الحكم به⁽¹⁴⁾.

ونخلص مما تقدم بأن الطلب هو وسيلة هجومية يتقدم به صاحب المصلحة في الدعوى المدنية لإثبات حقه في الدعوى سواء كان ذلك باستخدام البينة الخطية أو الشفوية إذا أجاز القانون ذلك، والطلب قد يكون عادياً، وقد يكون مستعجلاً بقصد اتخاذ إجراء مؤقت. أما الدفع فيتقدم بها صاحب المصلحة في الدعوى هي دفع أو موضوعية أو دفع شكلية وكذلك دفع بعدم قبول الدعوى والدفع هي وسيلة دفاعية يقدمها المدعى عليه بقصد تفادي صدور حكم ضده أو تأخيره، أما الطلبات التي قد يتقدم بها أطراف الدعوى قد تختلف حسب من يقوم بتقديم هذه الطلبات فهناك طلبات يتقدم بها المدعي في الدعوى وتكون تابعة للدعوى الأساس وهناك طلبات يتقدم بها المدعى عليه وهذا ما سنتناوله في الدراسة فيما بعد. وبالتالي فإن هناك اختلافاً جوهرياً بين الدفع والطلب حيث أن الطلب هو وسيلة هجومية كما بينا سابقاً يتقدم به صاحب المصلحة في الدعوى المدنية للإثبات حقه في الدعوى، أما الدفع فهو عبارة عن وسيلة قانونية يستطيع من خلالها المدعى عليه في الدعوى المدنية نفي أو دحض ما نسب إليه من ادعاءات وذلك من خلال الدفع التي أجاز القانون تقديمها في الدعوى.

الطلبات التي يتقدم بها الخصوم في الدعوى:

لما كان حق الدفاع هو سلطة الخصم في استعمال كافة الوسائل والإمكانات الإجرائية التي يقصد بها إثبات ما يدعيه وتأييد دفاعه، كما تشمل هذه السلطة كيفية استعمال هذه الوسائل لذا حرصت التشريعات على تنظيم ممارسة هذه الإمكانيات، حتى لا يساء استخدامها من قبل الخصوم، وعليه فقد منح المشرع لأطراف الدعوى الحق في تقديم الطلبات التي تتناسب مع مصالحهم في الدعوى الأساس وأن هذه الطلبات تختلف فيما بين كل من المدعي والمدعى عليه وهي ما سنتناولها بالدراسة كما يلي:

أولاً: الطلبات التي يتقدم بها المدعي في الدعوى:

¹⁴ - أ. باسم محمد الزغول - الدفع المدنية بين النظرية والتطبيق - مرجع سابق - ص 40.

وهي مكنة أعطاها المشرع للمدعي كطرف في الخصومة، يهدف من تقديمها إدخال تعديل على طلبه الأصلي، زيادة أو نقصاناً، ذلك أن الأصل هو عدم جواز تعديل الطلب الأصلي، إلا أن المشرع أجاز للمدعي استثناء أن يتقدم بطلبات عارضة وهي ما وردت في المادة (97) من قانون اصول المحاكمات المدنية والتجارية رقم 2 لسنة 2001 والتي نصت على أنه " للمدعي أن يقدم من الطلبات العارضة:

1. ما يتضمن تصحيح لائحة الدعوى أو تعديل موضوعها لمواجهة ظروف طرأت أو تبينت بعد إقامتها.
2. ما يكون مكملاً لائحة الدعوى أو مترتباً عليها أو متصلاً بها اتصالاً لا يقبل التجزئة.
3. طلب الأمر بإجراء تحفظي أو وقفي.
4. ما تأذن المحكمة بتقديمه مما يكون مرتبطاً بالطلبات الواردة في لائحة الدعوى.

ويتبين من خلال نص المادة المذكور بأن المشرع قد أورد ثلاثة أنواع من الطلبات الإضافية ثم أورد قاعدة عامة، بمعنى أن هذه الطلبات وردت في القانون على سبيل المثال وليس الحصر حيث إن القاعدة العامة الواردة في النص تجيز للمدعي أن يقدم أي طلب إضافي مرتبط بالطلب الأصلي، والمقصود بالارتباط وجود صلة أو علاقة بين الطلب الأصلي والطلب العارض من حيث سببه أو محله، ولو لم يصل إلى حد عدم القابلية للتجزئة⁽¹⁵⁾. وهذا الارتباط هو الذي يبرر جمعهما في خصومة واحدة.

مثال ذلك، أن يطالب المؤجر بأجرة متأخرة، ثم يقدم طلباً عارضاً يطلب فسخ عقد الإيجار أو بأن يدفع المستأجر مبلغاً آخر مقابل الانتفاع بالعين المؤجرة بعد انتهاء عقد الإيجار، فعلى الرغم من اختلاف سبب الطلبين، إلا أن هناك صلة بينهما تبدو في وحدة العين محل الانتفاع.

¹⁵ - د. عثمان التكروري - الكافي في شرح قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية - مرجع سابق - ص 464.

أما بخصوص الطلبات العارضة الخاصة والواردة على سبيل المثال لا الحصر في نص المادة 97 من قانون الأصول وعلى المحكمة أن تقبل هذه الطلبات إذا جاءت وفقاً لما هو منصوص عليه في المادة سالفة الذكر حيث إن للمدعي الحق في تقديم الطلبات الإضافية بحيث يتضمن تصحيح لائحة الدعوى أو أن يكون مكملاً لها أو متصلاً بها اتصالاً لا يقبل التجزئة وذلك لمواجهة الظروف الطارئة التي ظهرت بعد رفع الدعوى. وأجاز المشرع في الحالات السابقة تقديم مثل هذه الطلبات دون الحاجة لإذن من المحكمة والمعروف بالطلبات الإضافية التي يقدمها المدعي ليكمل الطلب الأصلي لاتصاله به بصفة لا تقبل التجزئة⁽¹⁶⁾.

وقضت محكمة التمييز الأردنية في ذلك بالقول " للمحكمة أن تسمح بتصحيح أو تعديل لائحة الدعوى على أساس الشروط التي تتوفر فيها العدالة بمقدار ما تتطلبه الضرورة عملاً بالمادتين (117 و 118) من أصول المحاكمات المدنية، وعليه فالخطأ في ترجمة والد المميز للغة العربية لا يغير من صفة الخصم في الدعوى وبالتالي يجوز تعديل لائحة الدعوى على هذا الأساس"⁽¹⁷⁾.

أما بخصوص الفقرة الثالثة من المادة 97 فإنه يجوز للمدعي طلب إجراء تحفظي أو مؤقت، إذ يستطيع المدعي الذي لم يتخذ هذا الإجراء قبل رفع الدعوى أو مع لائحة دعواه أن يستدرك ذلك في أي مرحلة أثناء نظر الدعوى متى شعر بضرورة اتخاذ ذلك الإجراء⁽¹⁸⁾. ومثال ذلك طلب إجراء حجز تحفظي أو تعيين حارس قضائي على العين المتنازع عليها وغيرها.

¹⁶ - د. محمود محمد الكيلاني - أصول المحاكمات والمرافعات المدنية - المجلد الأول - دار الثقافة - 2012 - ص 243.

¹⁷ - انظر تمييز حقوق - رقم 94/3049 ص 62 - سنة 1995 - مجلة نقابة المحامين.

¹⁸ - د. بشار ملكاوي - د. نائل مساعده - د. امجد منصور - شرح نصوص قانون أصول المحاكمات المدنية الاردني - دار وائل للنشر - 2008-162.

ثانياً: الطلبات التي يتقدم بها المدعى عليه في الدعوى:

كفالة لحق الدفاع في المحكمة فقد أجاز المشرع للمدعى عليه أن يتقدم بطلبات في الدعوى التي هو خصماً فيها وقد أوردها المشرع الفلسطيني في المادة 98 من قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية الفلسطيني رقم 2 لسنة 2001 وذلك كما يلي: "للمدعى عليه أن يقدم من الطلبات العارضة :

1. طلب المقاصة وطلب الحكم له بالتعويضات عن الضرر الذي لحقه من جراء إجراءات التقاضي.
2. أي طلب يكون متصلاً بلائحة الدعوى اتصالاً لا يقبل التجزئة.
3. ما تأذن المحكمة بتقديمه مما يكون مرتبطاً بالطلبات الواردة في لائحة الدعوى.

من خلال نص المادة 98 يتضح لنا بأن المشرع قد تبنى قاعدة عامة لكافة الطلبات العارضة المقدمة من أطراف الدعوى وهي الارتباط بالطلبات المقدمة في لائحة الدعوى، أي وجود صلة أو علاقة بين الطلب الأصلي والطلب العارض من حيث سببه أو محله، وهذا ما تم ذكره في الفقرة الثانية من المادة 98، أما الطلبات التي يجوز للمدعى عليه تقديمها خلافاً لما ورد في القاعدة العامة وهي طلب المقاصة القضائية، وكذلك طلب الحكم للمدعى عليه عن الضرر الذي لحق به من جراء إجراءات التقاضي، وأخيراً ما ورد في الفقرة الثالثة جواز تقديم أي طلب يكون متصلاً بلائحة الدعوى اتصالاً لا يقبل التجزئة⁽¹⁹⁾.

¹⁹ - د. عثمان التكروري - الكافي في شرح قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية - مرجع سابق - ص 473.

ثانياً: الاختلاف بين الدفع والدعوى:

الدعوى هي سلطة الالتجاء إلى القضاء للحصول على معونته في تقرير الحق أو حمايته، أو هي سلطة الالتجاء إلى القضاء بقصد الوصول إلى احترام القانون⁽²⁰⁾.

أما الدفع فهو اسم يطلق على جميع وسائل الدفاع التي يجوز للخصم أن يستعين بها ليجيب على دعوى خصمه، بقصد تقاضي الحكم لخصمه بما يدعيه، سواء كانت هذه الوسائل موجهة إلى الخصومة أو بعض إجراءاتها أو موجهة إلى أصل الحق المدعى به أو إلى سلطة الخصم في استعمال دعواه منكراً إياه⁽²¹⁾.

تتعدد الاختلافات ما بين الدفع والدعوى، سواءً من حيث المنشأ أو من حيث الحق الذي تكفله كل وسيلة، أو من حيث الحق في التمسك بهما، وإنني أرى كباحث أن هناك اختلافاً جوهرياً ما بين الدفع والدعوى يتلخص هذا الاختلاف بأن الدفع هو عبارة عن وسيلة قانونية يستطيع من خلالها المدعى عليه في الدعوى المدنية نفي أو دحض ما نسب إليه من ادعاءات في لائحة الدعوى وذلك من خلال الدفوع التي أجاز له القانون تقديمها في الدعوى، أما الدعوى فهي التجاء الأفراد إلى القضاء لإرجاع حقوقهم أو تحصيلها فالدعوى هي وسيلة إثبات، أما الدفع فهو عبارة دحض ونفي ما يتم مطالبة المدعى عليه به أمام القضاء.

²⁰ - د. محمد نعيم ياسين - نظرية الدعوى بين الشريعة وقانون المرافعات المدنية والتجارية - دار النفائس - 2010 - ص 85.

²¹ - أ. خالد شهاب - الدفوع في قانون المرافعات - 1998 - الطبعة الثانية - ص 4.

الفرع الثاني: الدعوى وحق الالتجاء إلى القضاء:

لا يتصور قصر حق التقاضي على من توافرت لديهم شروط قبول الدعوى، لأنه لا يمكن التحقق من توافر هذه الشروط إلا بعد عرض الدعوى على القضاء، لهذا كان حق الالتجاء إلى القضاء حراً، بمعنى أنه كل شخص له حق الالتجاء إلى القضاء ليعرض عليه مزاعمه، فإذا توافرت شروط قبول دعواه حكم بما طلبه، أما إذا لم تتوافر هذه الشروط خسر دعواه⁽²²⁾.

وحق الالتجاء إلى القضاء هو حق عام لا يجوز النزول عنه، ولا يعتد بهذا التنازل لأنه مخالف للنظام العام، إنما يجوز تقييد هذا الحق كأن يشترط المتعاقدون عرض ما ينشأ من نزاع في تنفيذ عقد معين على محكمين، أو كأن ينص في عقد تأسيس شركة معينة على وجوب عرض منازعات الشركاء مع الشركة على الجمعية العمومية قبل الالتجاء إلى القضاء للفصل في النزاع. وقد يكون تقييد حق الالتجاء إلى القضاء من جانب المشرع لا بإرادة الأفراد كأن يوجب عرض نزاع معين على هيئة إدارية ولا يجيز الالتجاء إلى القضاء بصدده، وقد يوجب المشرع عرض نزاع معين على محكمين، فنكون بصدد تحكيم إجباري، وبعد القرار الصادر فيه حكماً وفق ما ينص عليه القانون⁽²³⁾.

وعليه فإن رأي الباحث في هذا الإطار يتلخص في أن الدعوى هي وسيلة نظامية يتوجه بها الشخص إلى القضاء لكي يتسنى له الحصول على تقرير حق أو حمايته، ومن ثم فإن تعريف الدعوى يختلف عن التقاضي الذي يعد حقاً من الحقوق اللصيقة بالشخصية وتكفله كافة الدساتير، كذلك فإن الدعوى هي حق من الحقوق الخاصة التي تضمنها قواعد أصول المحاكمات المدنية، أما حق الالتجاء إلى القضاء، فهو حق تنظمه قواعد القانون العام، وتحميه نصوص الدستور، فالالتجاء إلى القضاء معناه أن لكل مواطن حق يضمنه الدستور مثله مثل حق التعليم وحق العمل يتعلق بالنظام العام، ومن واجبات الدولة، مما لا يجوز التنازل عنه بمعنى أنها وسيلة اختيارية لصاحبها إن شاء ممارستها، وحق اللجوء إلى القضاء حق مقرر للجميع وعلى قدم المساواة لكن بشرط عدم جواز التعسف في استعماله عن طريق الدعوى الكيدية أو الدعوى بقصد الإضرار بالخصم.

²² - د. فرج علواني هليل - الدفوع في المواد المدنية والتجارية - دار المطبوعات الجامعية - 2008 - ص 662.

²³ - د. أحمد أبو الوفا - نظرية الدفوع في قانون المرافعات - الطبعة الخامسة - مرجع سابق - ص 780.

وقد جاء في قرار لمحكمة التمييز الأردنية ما يلي " إن حق اللجوء إلى القضاء رخصة منحت للمواطنين، وأنه لا يترتب على استعمال هذه الرخصة تعويض الخصم والمطالبة بالتعويض عما لحقه من ضرر في حالة خسران الدعوى، إلا إذا استعملت هذه الرخصة بسوء نية ويقصد الكيد، كما أن من القواعد القانونية المقررة أن الجواز الشرعي ينافي الضمان فمن استعمل حقه استعمالاً مشروعاً لا يضمن ما ينشأ عن ذلك. كذلك تقول محكمة النقض الفرنسية في هذا الخصوص، إن الالتجاء إلى القضاء لا يعتبر خطأ موجباً للتعويض إلا إذا كان صادراً عن سوء نية أو عن خطأ فادح يصل إلى درجة سوء النية⁽²⁴⁾.

²⁴ - د.بشار ملكاوي- د.نائل مساعده - د.امجد منصور- شرح نصوص قانون أصول المحاكمات المدنية الاردني - مرجع سابق - ص94.

المطلب الثاني : حالات الدفع بعدم القبول في الدعوى المدنية:

تتسع حالات الدفع بعدم القبول لتشمل كل ما من شأنه إنكار سلطة الخصم في طلب الحماية القضائية، وحيث إن وسيلة التقاضي (الدعوى) تمارس وفقا لأداتين إجرائيتين هما الطلب والدفع، فإن الدفع بعدم القبول قد يبرز في مواجهة الطلب والدفع بحيث يدفع بعدم قبول الدفع، كما يدفع بعدم قبول الطلب.

وكون أن الدفع بعدم القبول تتعلق بالحق في الدعوى، فإن حالات متعددة كالدفع بفوات المواعيد، والدفع بالتحكيم، والدفع بسبق الفصل في الدعوى، والدفع بانتفاء شروط الدعوى ومنها المصلحة والصفة في الدعوى، والدفع بالتقادم والدفع بكون الدعوى سابقة لأنها لعدم اتخاذ إجراء يتطلبه القانون والدفع بالتناقض، والدفع بالجهالة، وسوف نعرض بإيجاز لبعض هذه الدفع ، وسندرس من خلال هذا المطلب ما يلي :

الفرع الأول :الدفع بعدم قبول الدعوى لوجود اتفاق على التحكيم.

الفرع الثاني: الدفع بعدم القبول لانتهاء المصلحة.

الفرع الثالث: الدفع بعدم القبول لانتهاء الصفة.

الفرع الرابع: الدفع بعدم القبول للتقادم.

الفرع الخامس: الدفع بعدم القبول كون القضية مقضية.

الفرع السادس: الدفع بعدم القبول للجهالة في لائحة الدعوى.

الفرع السابع: الدفع بعدم القبول للتناقض في لائحة الدعوى.

الفرع الأول: الدفع بعدم قبول الدعوى لوجود اتفاق على التحكيم:

التحكيم هو وسيلة لفض نزاع قائم بين أطرافه وذلك بطرح موضوع النزاع أمام هيئة التحكيم للفصل فيه. وعرفه قانون التحكيم المصري بأنه "التحكيم الذي يتفق عليه طرفا النزاع بإرادتهما الحرة، سواء كانت الجهة التي تتولى إجراءات التحكيم بمقتضى اتفاق الطرفين أو منظمة أو مركز دائم أو لم يكن" هذا ولم يُشر قانون التحكيم الاردني لتعريف التحكيم، ولكنه أجاز التحكيم في جميع المنازعات الناشئة عن علاقات قانونية عقدية أو غير عقدية، على أنه لا يجوز التحكيم في المسائل المتعلقة بالنظام العام⁽²⁵⁾.

وبالتالي فإن التحكيم لا يعدو أن يكون وسيلة قانونية أفسح لها المشرع المجال للفصل في المنازعات المتفق على عرضها على التحكيم كنظام بديل للقضاء لا يخلو من مزايا بحيث ينتهي إلى حكم يتقيد به الفرقاء ويؤدي إلى حسم النزاع الذي نشأ بينهم شأنه في ذلك شأن القضاء ولكن بسرعة ملحوظة وبقدر أقل من الجهد والنفقات⁽²⁶⁾.

وقد أفرد المشرع الفلسطيني للتحكيم قانون خاص، وهو قانون التحكيم رقم 3 لسنة 2000، حيث عرف في المادة الخامسة منه اتفاق التحكيم بأنه "هو اتفاق بين طرفين أو أكثر يقضي بإحالة كل أو بعض المنازعات التي نشأت أو قد تنشأ بشأن علاقة قانونية معينة تعاقدية كانت أو غير تعاقدية، ويجوز أن يكون اتفاق التحكيم في صورة شرط تحكيم وارد في عقد أو اتفاق منفصل".

يترتب على قبول التحكيم نزول الخصم عن الالتجاء إلى القضاء أي المحكمة المختصة أصلاً بنظر النزاع، فشرط التحكيم لا ينزع الاختصاص من المحكمة وإنما يمنعها فقط من سماعها ما دام الشرط قائماً وبذلك يكون الاعتداد بشرط التحكيم من قبيل الدفع بعدم القبول لأنه لا ينكر سلطة الخصم في اللجوء إلى القضاء للحصول على حقه، والاتفاق على التحكيم لا يمس الشروط الشكلية المتعلقة بالاختصاص وإنما يمس سلطة الخصم في الالتجاء إلى القضاء.

²⁵ - أنظر المادة (1) من قانون التحكيم الفلسطيني رقم 3 لسنة 2000. ونص المادة (4) من قانون التحكيم المصري رقم (27) لسنة 1994 والمادة (3) من قانون التحكيم الاردني رقم (31) لسنة 2001. استئناف مدني دائرة (القدس) المنعقدة برام الله . رقم 2010/30، جلسة 2010/12/27.

²⁶ - د. إبراهيم حرب محيسن- طبعة الدفع بالتحكيم في الخصومة المدنية-الطبعة الاولى 1991- دار الثقافة للنشر - ص 12.

وينشئ عائقا مؤقتا يمنع المحكمة من نظر الدعوى، لذلك فالرجوع عنه يوجب العودة إلى المحكمة المختصة ويؤكد أن التحكيم لا ينزع الاختصاص، ولأن اتفاق التحكيم يؤدي إلى نزول الخصوم عن سلطة اللجوء إلى القضاء أي إلى المحكمة المختصة أصلا بنظر النزاع بإرادتهم فإن الدعوى تفقد بذلك شرطا من شروط قبولها فيمتنع على المحكمة نظرها⁽²⁷⁾.

شرط التحكيم - وعلى ما جرى به قضاء المحكمة لا يتعلق بالنظام العام فلا يجوز للمحكمة أن تقضي بإعماله من تلقاء نفسها وإنما يتعين التمسك به أمامها ويجوز النزول عنه صراحة أو ضمناً ويسقط الحق فيه فيما لو أثير متأخراً بعد الكلام في الموضوع²⁸. وبالرجوع الى قانون التحكيم الفلسطيني رقم 3 لسنة 2000 في المادة السابعة منه بأنه " إذا شرع أحد أطراف التحكيم في اتخاذ أي إجراء قانوني أمام أية محكمة ضد الطرف الآخر بشأن أمر تم الاتفاق على إحالته إلى التحكيم، فيجوز للطرف الآخر قبل الدخول في أساس الدعوى أن يطلب من المحكمة وقف ذلك الإجراء وعلى المحكمة أن تصدر قراراً بذلك إذا اقتنعت بصحة اتفاق التحكيم".⁽²⁹⁾

الطبيعة القانونية للدفع بالتحكيم:

من خلال ما تقدم من الدراسة تبين لنا أنه متى تم الاتفاق بين الخصوم على التحكيم، وجب عليهم فض النزاع بهذه الوسيلة. ولكن إذا بادر أحد طرفي اتفاق التحكيم إلى القضاء فإنه يجوز للطرف الآخر التمسك بوجود اتفاق التحكيم بصورة دفع يثيره أمام المحكمة المنظور أمامها النزاع ليمنعها من نظر النزاع والبت فيه. وبالتالي اختلفت النظريات في هذا الصدد والتي تناولت طبيعة الدفع بالتحكيم حيث إن بعض النظريات ذهبت إلى أن الدفع بالتحكيم هو دفع بعدم القبول، أما أصحاب النظرية الأخرى فقد ذهبوا إلى القول بأن الدفع بالتحكيم هو دفعا شكلياً، وسنعرض فيما يلي لهذه الآراء وأسانيدها والانتقادات وذلك وفقاً لما يلي:

²⁷ - د. إبراهيم حرب محبس- طبيعة الدفع بالتحكيم -مرجع سابق-ص 78.

²⁸ - نقض مصري رقم 714 لسنة 47 ق. ص 442

²⁹ - أنظر المادة السابعة من قانون التحكيم الفلسطيني رقم 3 لسنة 2000.

أولاً: الدفع بالتحكيم دفعاً بعدم القبول

ذهب أنصار هذا الاتجاه إلى القول³⁰ بأن الدفع بالتحكيم يعد دفعاً بعدم قبول الدعوى القضائية لوجود اتفاق تحكيم، أي أنه بمجرد الاتفاق على التحكيم فإن ذلك يعني أن النزاع قد حسم وحاز حجية القضية المقضية، لذلك فإن الدفع بالتحكيم هو دفع بعدم قبول الدعوى لتخلف حق الدعوى أصلاً لدى الخصم. وليس دفعاً بعدم قبول الدعوى الذي يرمي إلى منع التعسف في استعمال حق الدعوى في حال تخلف المصلحة. فإذا قام أحد أطراف اتفاق التحكيم وفقاً لهذا الاتجاه باللجوء إلى القضاء العادي لفض النزاع المتفق على إحالته إلى التحكيم، فإن المحكمة تحكم بعدم قبول الدعوى لسبق الفصل فيها³¹. وقد وجد هذا الاتجاه القائل بأن الدفع بالتحكيم هو دفع بعدم قبول الدعوى القضائية اعتماداً في قانون التحكيم المصري في المادة (1/13) منه والتي نصت على أنه " يجب على المحكمة التي يرفع إليها نزاع بشأنه اتفاق تحكيم أن تحكم بعدم قبول الدعوى إذا دفع المدعى عليه بذلك قبل إبدائه أي طلب أو دفاع في الدعوى".

ومن الانتقادات التي تم توجيهها لأصحاب هذا الرأي :

1- قضت محكمة النقض المصرية في العديد من أحكامها بأن قبول محكمة أول درجة للدفع بالتحكيم لا يستنفذ ولاية المحكمة في نظر الموضوع إذا استؤنفت حكمها، وقضت محكمة الاستئناف بإلغائه، وهو عكس ما تقرره بالنسبة لدفع عدم القبول³².

2- إن سلوك الأفراد لحل النزاع القائم بينهم بالتحكيم لا يعني تنازلهم عن حماية حقوقهم عن طريق الدعوى والالتجاء للمحكمة، لذا يحق للأفراد اللجوء للقضاء العادي طالما لم يتم إنهاء النزاع.

³⁰ - من أنصار هذا الرأي د. فتحي والي، د. أحمد أبو الوفا، عبد الحميد أبو الهيف، محمد عبد الخالق عمر، مشار إليهم لدى أسامة أحمد شوقي المليجي، ص 27، هامش رقم (88).

³¹ - د. فتحي والي - قانون القضاء المدني الكويتي - 1977 ص 1001

³² - نقض مدني مصري، الطعن رقم 119 سنة 42 ق جلسة 1976/1/6.

3- إن القول بانتفاء الحق في الدعوى، لأن اتفاق التحكيم يتضمن تنازل الخصوم عن حق اللجوء الى القضاء فيه خلط بين الحق في الالتجاء إلى القضاء، وهو حق عام لا يجوز النزول عنه، وبين الحق في الدعوى وهو حق من الحقوق التي قصرها القانون على ذي الصفة في الدعوى، فلا يجوز له النزول عنه.

ثانياً: الدفع بالتحكيم دفعاً شكلياً

يرى أنصار هذا الاتجاه⁽³³⁾ بأن الدفع بوجود اتفاق تحكيم يدخل ضمن دائرة الدفع الشكلية، إلا أنهم اختلفوا فيما إذا كان هذا الدفع دفعا بعدم الاختصاص أم هو دفع ببطلان المطالبة القضائية. أم هو دفع شكلي إجرائي من نوع خاص.

فأنصار الاتجاه الأول⁽³⁴⁾ يذهبون إلى أن الدفع بوجود اتفاق التحكيم هو دفع بعدم الاختصاص، بحيث ذهبوا بأن الاتفاق على التحكيم يعني حجب سلطة المحاكم عن نظر النزاع، وهو ما يؤدي إلى نزع الاختصاص بنظر النزاع عن المحاكم وإعطائه للمحكمين⁽³⁵⁾، إذ أن اتفاق الأطراف على عدم طرح النزاع على القضاء وإقرار المشرع لهذا الاتفاق يجعل النزاع خارجاً عن اختصاص القضاء بمقتضى اتفاق التحكيم.

³³ - من أنصار هذا الرأي ما اخذ به المشرع الاردني في قانون التحكيم الاردني رقم 31 لسنة 2001 والذي نص في المادة (12) منه : "أ-

على المحكمة التي يرفع إليها نزاع يوجد بشأنه اتفاق تحكيم أن تحكم برد الدعوى إذا دفع المدعى عليه بذلك قبل الدخول في أساس الدعوى

³⁴ - هذا الجانب من الفقه وأحكام القضاء الفرنسي أنظر المادة (1458) من قانون المرافعات الفرنسي.

³⁵ - أ. ايمن شاهين-وجهة نظر دول الدفع بالتحكيم- بحث قانوني- المركز الفلسطيني لاستقلال المحاماة والقضاء "مساواة" -

دستورية التحكيم وطبيعته القانونية والمحكمة المختصة بمسائله-تشرين الثاني-2009-ص100

أما أنصار الاتجاه الثاني⁽³⁶⁾ توصلوا إلى أن الدفع باتفاق التحكيم يعد دفعاً شكلياً، وبالتالي فإن الدفع بوجود اتفاق التحكيم يعتبر من الدفع الشكلي التي تنتمي إلى طائفة الدفع الإجرائية التي تؤسس على عيب موضوعي في الإجراء. فقد ذهب أنصار هذا الاتجاه إلى القول بأن المطالبة القضائية هي إجراء، وأن الإجراء هو عمل قانوني يتألف من عناصر شكلية، وأخرى موضوعية فإذا لم تتوافر أي من هذه العناصر فإن هذا الإجراء يعتبر باطل⁽³⁷⁾.

وبالرجوع إلى ما أخذ به المشرع الفلسطيني في هذا الإطار وبالرجوع إلى أحكام المادة (7) من قانون التحكيم الفلسطيني رقم 3 لسنة 2000 فقد نصت المادة بأنه "إذا شرع أحد أطراف التحكيم في اتخاذ إجراء قانوني أمام أي محكمة ضد الطرف الآخر بشأن امر تم الاتفاق على إحالته إلى التحكيم، فيجوز للطرف الآخر قبل الدخول في أساس الدعوى أن يطلب من المحكمة وقف ذلك الإجراء وعلى المحكمة أن تصدر قراراً بذلك إذا اقتنعت بصحة اتفاق التحكيم". أي أن المشرع الفلسطيني اعتبر وجود اتفاق التحكيم بين أطراف النزاع ولجوء أحد أطراف التحكيم إلى القضاء العادي يؤدي إلى وقف إجراءات الدعوى وبالتالي تميز المشرع الفلسطيني في تحديد أحكام الدفع بعدم القبول وإخضاعه ضمن دائرة الدفع التي يقصد منها وقف السير في إجراءات الدعوى.

³⁶ - من أنصار هذا الرأي الدكتور ابراهيم حرب محيسن - طبيعة الدفع بالتحكيم في الخصومة المدنية ص 69.

³⁷ - د. أحمد ابو الوفا - أصول المحاكمات المدنية - الدار الجامعية - بيروت - 1983 - ص 12

أما المشرع الأردني فقد أسبغ على الدفع بالتحكيم إحدى قواعد الدفوع الشكلية وفقاً لما ورد في قانون التحكيم الاردني القديم، حيث أوجب إثارته قبل الدخول في أساس الدعوى تحت طائلة سقوط الحق بالتمسك به، كما يجب أن يثبت من يتمسك به أنه كان مستعداً ولا يزال راغباً في اتخاذ التدابير اللازمة لانتظام سير التحكيم كما يجب، وأنه ليس هناك ما يحول دون إحالة الأمر إلى التحكيم. فإذا توافرت الشروط مجتمعة كان الدفع بالتحكيم من الدفوع الشكلية⁽³⁸⁾. وبالرجوع إلى ما أخذ به المشرع الأردني في قانون التحكيم الأردني الجديد رقم (31) لسنة 2001 في المادة (12) منه بأنه " على المحكمة التي يرفع إليها نزاع يوجد بشأنه اتفاق تحكيم أن تحكم برد الدعوى إذا دفع المدعى عليه بذلك قبل الدخول في أساس الدعوى".

38 - أ. باسم محمد الزغول - الدفوع المدنية بين النظرية والتطبيق - مرجع سابق ص 110، نص المادة السادسة من قانون

التحكيم الاردني القديم رقم 18 لسنة 1935.

- نصت المادة (6) من قانون التحكيم الاردني القديم رقم 18 لسنة 1953 " اذا شرع أحد فريقى التحكيم في اتخاذ اجراءات قانونية أمام أية محكمة ضد الفريق الآخر بشأن أمر تم الاتفاق على إحالته للتحكيم، يجوز للفريق الآخر - قبل الدخول في اساس الدعوى- أن يطلب من المحكمة أن تصدر قرار بتوقيف الاجراءات، فاذا ما اقتضت بأن طالب توقيف الاجراءات مستعداً ولا يزال راغباً في اتخاذ التدابير اللازمة لانتظام سير التحكيم كما يجب وبأنه ليس هناك بما يحول دون إحالة الامر للتحكيم حسب الاتفاق أصدرت قرارها بتوقيف تلك الاجراءات.

الفرع الثاني: الدفع بعدم القبول لانتفاء المصلحة

نص قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية الفلسطيني رقم 2 لسنة 2001 في المادة (3) منه على انه (1- لا تقبل دعوى أو طلب أو دفع لا يكون لصاحبه مصلحة قائمة فيه يقرها القانون 2- تكفي المصلحة المحتملة إذا كان الغرض من الطلب الاحتياط لدفع ضرر محقق أو الاستيثاق لحق يخشى زوال دليله عند النزاع فيه 3- إذا لم تتوافر المصلحة وفقا للفقرتين السابقتين قضت المحكمة من تلقاء نفسها بعدم قبول الدعوى). كما قررت محكمة التمييز الاردنية في ذلك بقولها "لا يقبل طعن ليس لصاحبه مصلحة فيه"³⁹.

ووفقا لما سبق فإنه لا يقبل أي طلب أو دفع لا تكون لصاحبه فيه مصلحة قائمة يقرها القانون، ولقد رأى المشرع ذلك حتى يحد من استعمال الدعاوى وحتى يتجنب التعسف ويساء حق اللجوء إلى القضاء هذا فضلا عما يؤدي إليه كثرة الدعاوى الكيدية أمام القضاء مما يزيد من العبء على القاضي فيؤخر الفصل في الخصومات، وتوجد المصلحة لدى المدعي سواء أقام الدعوى بنفسه أو أقامها الغير عنه باسمه وذلك كما في دعوى الأب للمطالبة بحق الابن القاصر، وأيضاً توجد المصلحة لدى المدعي ولو كان قد أقام الدعوى مستعملا اسم الغير مطالباً بالحماية القانونية لهذا الغير⁽⁴⁰⁾.

ويتعين أن تتوافر أوصاف معينة في المصلحة حتى يعتد بوجودها قانونا وفي حالة انتفاء هذه الأوصاف للمصلحة يترتب عليه دفعا بعدم قبول الدعوى وهذه الأوصاف (شروط المصلحة) هي أن تكون المصلحة قانونية وكذلك بأن تكون شخصية وأخيرا أن تكون آنية وقائمة وسنتناولها بالدراسة تباعا:

³⁹ - تمييز حقوق 92/526 ص 2583 لسنة 1994.

⁴⁰ - أ . خالد شهاب -الدفع في قانون المرافعات- مرجع سابق-ص 256.

أولاً: أن تكون المصلحة قانونية

يتعين للاعتداد بقانونية المصلحة أن تكون مستندة لحق قانوني أو مركز قانوني أو مستمدة من قاعدة عرفية أو مبدأ عام بحيث يوجد لها مستند في نصوص القانون، وهي أن تكون مصلحة المدعي مستمدة من حق أو الوضع القانوني تهدف إلى الاعتراف بهذا الحق أو الوضع القانوني وتمنح الحماية للمدعي وتستحق الحماية. وكذلك يجب أن تكون المنفعة أو الفائدة التي يجنيها المدعي أمام القضاء مشروعة أي أن تكون قانونية أي يحميها القانون.⁽⁴¹⁾

حيث لا يعترف القانون بمصلحة غير مشروعة فإذا خالفت المصلحة حكم القانون بأن كانت مخالفة للنظام العام والآداب تصبح الدعوى غير مقبولة في هذه الأحوال كأن يطالب المدعي بالثمن الناتج عن عقد بيع بضاعة مخدرات ولا يحمي القانون المصلحة غير المشروعة وتكون الدعوى غير مقبولة لانتفاء المصلحة ويستوي قانوناً أن تكون المصلحة مادية أو أدبية.⁽⁴²⁾

كذلك لا يعتد بالمصلحة غير المشروعة، والتي تخالف النظام العام، أو الآداب إذ تعتبر المصلحة غير قانونية في هذه الحالة، فلا تكون المصالح التي لا تستند إلى حق، أو مركز يقره القانون مشروعة وتكون المصلحة في الدعوى القضائية التي ترفع بتنفيذ عقد مخالف للنظام العام، وحسن الآداب غير قانونية.

فالحكمة من اشتراط قانونية المصلحة في الدعوى القضائية يتعلق بوظيفة القضاء في المجتمع، وهي حماية النظام القانوني في الدولة، وهذا النظام لا يتحقق إلا بحماية الحقوق والمراكز التي يحميها القانون الوضعي. ولذا، لا تقبل الدعوى القضائية إلا إذا كانت ترمي إلى حماية حق، أو مركز قانوني. فالقضاء العام في الدولة يقوم بوظيفة محددة، هي حماية النظام القانوني في الدولة، وهذا النظام لا يتحقق إلا بحماية الحقوق، والمراكز التي يحميها القانون الوضعي.

⁴¹ - أ. محمد خليل أبو بكر - دفعوعدم القبول ونظامها الاجرائي-مرجع سابق-ص30

⁴² - أ. محمد خليل أبو بكر - دفعوعدم القبول ونظامها الاجرائي-مرجع سابق-ص33

ومن هنا كان لا بد أن يكون كل ما يعرض على القضاء من تلك الحقوق، والمراكز التي يحميها القانون الوضعي، فإذا كانت من المصالح التي لا يقرر المشرع الوضعي حماية لها فإنه لا يكون هناك مبرراً لنظرها من جانب القضاء، حرصاً على وقته، وبالتالي لا يعتد بالمصلحة غير القانونية وغير المشروعة والتي تخالف النظام العام، أو الآداب إذ تعتبر مصلحة غير قانونية. ومثال ذلك: الدعوى القضائية التي يرفعها المدعي مطالباً المدعى عليه بدفع دين قمار⁽⁴³⁾.

وكذلك ليس لشخص أن يرفع دعوى إذا كانت مصلحته مجرد مصلحة اقتصادية، ولهذا إذا كانت شركة تجارية تنافس أحد التجار فليس لهذا الأخير أن يرفع دعوى ببطان هذه الشركة ولو كانت إجراءات هذه الشركة باطلة وذلك تأسيساً على عدم توافر المصلحة القانونية ولا تعد المصلحة الاقتصادية سنداً لرفع الدعوى⁽⁴⁴⁾.

ثانياً: أن تكون المصلحة شخصية ومباشرة:

بمعنى أن يكون رافع الدعوى هو صاحب الحق المراد حمايته، أو من يقوم مقامه، كالوكيل بالنسبة للموكل، والمصلحة الشخصية المباشرة هي الصفة في رفع الدعوى، وبالتالي عدم توافر مصلحة شخصية للمدعي في الدعوى يعطي المدعى عليه الحق في رد هذه الدعوى عنه وذلك لانتفاء المصلحة⁽⁴⁵⁾.

⁴³ - د. محمود السيد التحوي-الصفة غير العادية وآثارها في رفع الدعوى القضائية-دار الجامعة الجديدة للنشر-2003-

ص90.

⁴⁴ - أ. خالد شهاب -الدفع في قانون المرافعات- مرجع سابق- ص257.

⁴⁵ - د رائد الكردي- الدفع الشكلية بين الشريعة وقانون اصول المحاكمات المدنية-مرجع سابق-ص89.

ومن الممكن أن يكون رافع الدعوى شخصاً آخر غير صاحب الحق، ولكنه يرفعها بإعتباره نائباً عن صاحب الحق، أي أنه يدعي لغيره، ويزعم أن له ولاية الادعاء بحكم تمثيله لهذا الغير (صاحب الحق) ونيايته عنه، وهنا تتميز الصفة عن المصلحة الشخصية المباشرة. إذ أن المدعي يجب أن يثبت صفته في تمثيل ذلك الغير الذي ترفع الدعوى باسمه- كأن يكون المدعي وصياً على القاصر- أو قيماً على شخص محجور عليه- أو أن يكون المدعي مديراً لشركة أو نائباً عن شخص معنوي- فيجب أن يثبت هذه الصفة، صفة الوصي أو القيم أو المدير أو النائب⁽⁴⁶⁾.

ثالثاً: أن تكون المصلحة حالة وقائمة (آنية):

فلا يكفي أن يكون هناك حق أو مركز قانوني، إنما ينبغي كذلك لقبول الدعوى أن يكون هناك اعتداء قد وقع فعلاً على هذا الحق أو المركز القانوني، مما يحرم المدعي من المنافع التي يحصل عليها من هذا الحق أو المركز، مما يوجب تدخل القضاء لحماية هذا الحق أو المركز بتطبيق القاعدة القانونية. فالدعوى باعتبارها وسيلة تحقيق الحماية القضائية لا تنشأ إلا حيث توجد الحاجة لهذه الحماية لرد الاعتداء. ومع ذلك تكفي المصلحة المحتملة استثناء في حالات حددها القانون، فالوقاية خير من العلاج، ولذا خرج المشرع عن القاعدة، وأجاز قبول دعاوى الوقائية في حالات محددة، أي أن المشرع يكتفي في تلك الحالات بالمصلحة المحتملة لقبول الدعوى⁽⁴⁷⁾. حيث إن الأصل في النظام القضائي أن تكون الدعوى علاجية، بمعنى أن ترمي إلى دفع ضرر أو اعتداء وقع فعلاً والاستثناء على ذلك أن تكون الدعوى وقائية (المصلحة المحتملة) في حالات محددة⁽⁴⁸⁾.

⁴⁶ د. أحمد مليجي - الموسوعة الشاملة في التعليق على قانون المرافعات-الجزء الاول-الطبعة الرابعة-2005-ص13.

⁴⁷ د. فرج علواني هليل- الدفوع في المواد المدنية والتجارية-دار المطبوعات الجامعية-2008-ص671.

⁴⁸ - أنظر نص المادة (3) من قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية الفلسطيني رقم 2 لسنة 2001.

ووفقاً لنص المادة (3) من قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية الفلسطيني والتي نصت في الفقرة الثانية منها " تكفي المصلحة المحتملة إذا كان الغرض من الطلب الاحتياط لدفع ضرر محقق أو الإستيثاق لحق يخشى زوال دليله عند النزاع فيه" أما الفقرة الثالثة من ذات المادة والتي حسمت حالة عدم توافر المصلحة سواء الآنية أو المحتملة حيث منح المشرع المحكمة من تلقاء ذاتها أن تحكم بعدم قبول الدعوى لانتفاء المصلحة.

واتجهت محكمة التمييز الاردنية في كثير من أحكامها انه وإن كانت المبادئ القانونية تشترط لقبول الدعوى أن يكون لصاحبها مصلحة قائمة يقرها القانون إذا كان الغرض من الدعوى الاحتياط لدفع ضرر محقق⁽⁴⁹⁾.

الطبيعة القانونية للدفع بانتفاء المصلحة:

يجب أن يكون لرافع الدعوى مصلحة في رفعها، فلا دعوى بدون مصلحة، لذا يقال إن المصلحة هي مناط الدعوى. ومن الواجب ألا تشغل المحاكم بدعاوى لا يستفيد منها أحد وبناء عليه فإن شرط المصلحة ليس شرطاً لقبول الدعوى فحسب بل هي شرط لقبول أي طلب أو دفع أو طعن. وقد أخذت قوانين معظم الدول العربية بأن الدفع بانتفاء المصلحة في الدعوى هو من قبيل الدفع بعدم القبول وهذا ما ورد في الفقرة الأولى من المادة الثالثة من قانون أصول المحاكمات المدنية الفلسطيني كذلك ما ورد في المادة الثالثة من قانون أصول المحاكمات الأردنية وقانون المرافعات المصري بحيث تتفق جميعها على عدم قبول أي دعوى أو دفع أو طعن لا يكون لصاحبه مصلحة قائمة فيه يقرها القانون⁽⁵⁰⁾. حيث إن المصلحة المباشرة هي مناط الدعوى، بحيث لو تخلفت كانت الدعوى غير مقبولة⁽⁵¹⁾.

⁴⁹ - تمييز اردني رقم 80/247 ص 469 لسنة 1981

⁵⁰ - د. بشار ملكاوي- د. نائل مساعده - د. امجد منصور- شرح نصوص قانون أصول المحاكمات المدنية الاردني - مرجع

سابق-97.

⁵¹ - نقض مصري رقم 15 لسنة 36 ق . ص 1414

الفرع الثالث: الدفع بعدم القبول لانتفاء الصفة:

الدعوى هي حق الالتجاء إلى القضاء لحماية الحق أو المركز المدعى به ومن ثم يلزم توافر الصفة الموضوعية لطرفي هذا الحق بأن ترفع الدعوى ممن يدعي استحقاقه لهذه الحماية وضد من يراد الاحتجاج عليه بها.

والأصل أن يرفع الدعوى صاحب الحق المعتقدى عليه على اعتبار أنه وحده صاحب الصفة في رفعها إلا أن طبيعة الدعوى والحق الذي تحميه قد تحدو بالمشرع إلى الخروج على هذا الأصل في بعض الحالات كما في الدعوى المباشرة التي يقيمها الدائن على مدين مدينه بالرغم من أنه لا تربطه به أية علاقة ودون أن يعمل باسم مدينه⁽⁵²⁾.

بحيث إن انتفاء الصفة يقضي بأن الدعوى غير مقبولة لتقديمها ممن لا يملك الحق في تقديمها والبحث في توافر الصفة تعتبر أولى مهام القاضي عند بسط النزاع إليه أو عند إصدار الحكم في الدعوى. وعليه فإذا تقدم الخصم بدفع لرد الدعوى قبل الانتقال إلى الأساس لتخلف الصفة فإن القاضي سيتناول بالبحث صحة هذا الدفع طالما طُرح عليه بل على الأكثر من ذلك يملك القاضي ومن تلقاء نفسه البحث في توافر صفات الخصوم والتحري لإصدار القرار المناسب وكما أن الدفع قد يطرح ابتداءً فإنه قد يكون لأول مرة أمام محكمة الاستئناف والنقض وقد لا يطرح إطلاقاً من الخصوم فيعود الأمر للقاضي الذي عليه أن يتحرى توافر الصفات وهو بذلك يكتفي برد الدعوى على هذا الأساس دون ما حاجة لبحث أساس الدعوى.⁽⁵³⁾

وإن الرأي الذي توصلت إليه كباحث في هذا الإطار إلى أن الدفع بعدم القبول لانتفاء الصفة يعتبر دفعاً بعدم القبول، أي أنه إذ لم تكن الصفة متوافرة في البداية أي عند رفع الدعوى أو الطلب أو غيره فللمدعى عليه أو صاحب المصلحة أن يثير دفع عدم قبول الدعوى أو الطلب أو الاستئناف أو غيره لانتفاء الصفة، وتطبيقاً لذلك قضت محكمة النقض المصرية إلى " جواز إبداء الدفع بانتفاء الصفة في أية حالة كانت عليها الدعوى"⁽⁵⁴⁾.

⁵² - أ. هشام الطويل-الدفع بعدم قبول الدعوى في قانون المرافعات والقوانين الخاصة-منشأ المعارف-ص12.

⁵³ - أ. محمد خليل أبو بكر - دفع عدم القبول ونظامها الاجرائي-مرجع سابق ص-44.

⁵⁴ - طعن مصري - رقم 1737 - لسنة 50 تاريخ 37/6/2.

كذلك فإن الدفع بعدم قبول الدعوى لانتفاء الصفة يجوز إبداءه في أية حالة تكون عليها الدعوى عملاً بالمادة (115) من قانون المرافعات وكان سكوت الطاعنين عن التمسك به أمام محكمة أول درجة لا يسقط حقهم في إبدائه أمام محكمة الاستئناف⁽⁵⁵⁾، وبالتالي تخلف شرط الصفة يقضي إلى عدم قبول الدعوى ويجوز إبداءه في أي مرحلة من مراحل التقاضي القانونية.

إذن إن شرط الصفة في الدعوى هو شرط لازم لقبولها والاستمرار في موضوعها فإذا أنتقت فإنها تكون غير مقبولة وبممتنع على المحاكم الاستمرار في نظرها وإصدار حكم فيها. وكذلك قضت محكمة النقض المصرية بأن بطلان الاجراءات المبني على انعدام صفة أحد الخصوم في الدعوى من النظام العام وبالتالي يجوز إثارته لأول مرة أمام محكمة النقض.⁽⁵⁶⁾

التمييز بين الصفة في الدعوى والتمثيل القانوني

هناك اختلاف بين الصفة في الدعوى والتمثيل القانوني وهو ما يسمى بقيام شخص بتمثيل صاحب الحق والصفة الأصلية بالإجراءات القانونية والقضائية مثال ذلك الوكيل عن الموكل في إجراءات الدعوى والولي عن القاصر أيضاً في التقاضي ومتابعة إجراءات الخصومة. فالصفة شرط من شروط الدعوى، وهي أساس لقيام الحق فيها. ويقصد بها سلطة مباشرة الدعوى، وتكون لمن ادعى حقاً لنفسه أو من يمثله ضد من يدعي هذا الحق، أو الاعتداء عليه⁽⁵⁷⁾.

وبالرجوع إلى ما أخذ به المشرع المصري فقد أجاز تصحيح الدعوى، بإعلان ذي الصفة، تيسيراً على رافع الدعوى، لتفادي الحكم بعدم قبولها، فقد يكون معذوراً باختصاص من لا صفة له، بدلاً من اختصاص ذي الصفة الحقيقي . مثال ذلك أن يرفع شخص دعوى ضد شخص معتقداً أنه مدير الشركة و /أو المفوض بالتوقيع عن الشركة، ثم يتبين أنه ليس كذلك، فيفضل أن يكون للمحكمة تصحيح الدعوى بإعلان ذي الصفة، لتفادي الحكم بعدم قبولها والعودة من جديد في الدعوى بإجراءات جديدة.

⁵⁵ - نقض مصري 325 لسنة 40 ق.ص 353

⁵⁶ - نقض مدني مصري رقم 1234 لسنة 67 ق جلسة 2001/5/24 / طعن رقم 5871 لسنة 66 ق، جلسة 1997/6/12. الطعن رقم

7251 لسنة 66 ق جلسة 1997/6/12، مشار إليها لدى أحمد هندي (التعليق على قانون المرافعات) ص 467.

⁵⁷ - د.محمد فهد غرابية-الدفع بعدم الخصومة القضائية-دار الثقافة-2008-ص175

الفرع الرابع : الدفع بعدم القبول للتقادم

التقادم عموماً هو مضي مدة معينة من الزمن، وجدير بالإشارة 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، وهذه القاعدة عامة يعمل بها بالنسبة لسائر فروع القانون، أيّاً كان قدر المدة التي تناولت الحق وأدت إلى زواله وأياً كانت البواعث والاعتبارات التي دعت إلى وضع الميعاد⁽⁵⁸⁾. هذا ما أخذ به المشرع المصري وبالرجوع إلى ما أخذ به المشرع الفلسطيني والأردني فإن مرور الزمن يؤدي إلى سقوط الحق في التقاضي أما عن الحق ذاته فلا يسقط⁽⁵⁹⁾.

إن التقادم هو المدة المحددة في القانون والذي لا أثر له على أصل الحق المطالب به أو موضوعه وإنما يقتصر حكمه على مجرد عدم سماع الدعوى. حيث ذهبَت النظرية التقليدية في القانون المدني إلى أن التقادم يؤدي إلى إنقضاء الالتزام المدني وبحوله إلى التزام طبيعي بمعنى أن الالتزام وفقاً لهذه النظرية ينقسم إلى عنصرين الأول المديونية والثاني عنصر المسؤولية والذي يتمثل في إمكانية الالتجاء إلى القضاء.

ويجوز التمسك بالتقادم في أية حالة كانت عليها الدعوى ولو أمام محكمة الاستئناف ولا يجوز للمحكمة أن تقضي به من تلقاء نفسها، ويجب أن يكون ذلك بناءً على طلب الدائن أو أي شخص له مصلحة فيه. وبناءً عليه قررت محكمة التمييز الأردنية في كثير من أحكامها "يسمح الدفع بالتقادم في أية مرحلة من مراحل الدعوى ما لم يصدر من المدعى عليه إقرار بالحق المدعى به"⁽⁶⁰⁾.

وبالتالي لا يستطيع القاضي أن يحكم بالدفع بالتقادم من تلقاء نفسه ويسري على التقادم أحكام الوقف والانقطاع. وقد صدر حكم عن محكمة التمييز الأردنية بخصوص إبداء الدفع بالتقادم قبل أي دفع إجرائي "يجب إبداء الدفع بعدم سماع الدعوى لانقضاء مدة التقادم قبل أي دفع إجرائي آخر أو طلب

58 - د. أحمد أبو الوفا - نظرية الدفع في قانون المرافعات - مرجع سابق - ص 796.

59 - أنظر نص المادة 1660 من مجلة الأحكام العدلية، وأنظر نص المادة 464 من القانون المدني الأردني.

60 - تمييز أردني رقم 90/73 ص 1460 لسنة 1991.

أو دفاع في الدعوى وإلا سقط الحق فيه⁽⁶¹⁾. إن حكم محكمة التمييز السابق قد استندت إليه المحكمة لنص المادة (109) من قانون أصول المحاكمات الحقوقية الاردني لسنة 1988.

وكما يجوز إبداء الدفع بعدم القبول في أي مرحلة من مراحل الدعوى، فإنه لا يجوز الدفع به لأول مرة أمام محكمة النقض، لأن الطعن بطرق النقض ليس امتداداً للخصومة، ولا هو درجة من درجات التقاضي حتى يصح تقديم طلبات أو أوجه دفاع جديدة أمام محكمة النقض لم يسبق طرحها على محكمة الموضوع، والقانون لم يجرز الطعن في الأحكام النهائية إلا إذا كانت مبنية على مخالفة القانون، ولا سبيل للنعي على حكم بمخالفة القانون إلا فيما يكون قد أبدى من وجوه الدفاع أمام المحكمة التي أصدرته، ومتى كان على محكمة النقض ألا تنتظر القضية إلا بالحالة التي كانت عليها أمام محكمة الموضوع، فلا يصح أن يدفع أمامها بالتقادم لأول مرة، لأن ذلك يعد دفعا جديداً لم يسبق عرضه على المحكمة التي أصدرت الحكم المطعون فيه⁽⁶²⁾.

بحيث ذهبت محكمة النقض الفلسطينية إلى القول بأن الدفع بالتقادم هو من دفع عدم القبول التي تقررت لمصلحة الخصوم في الدعوى ولا يتعلق بالنظام العام، ويجب على المدعى عليه إثارته قبل الدخول في أساس الدعوى فإن لم يفعل سقط حقه في التمسك فيه، ولا يجوز للمحكمة إثارته من تلقاء نفسها

كما ونصت المادة (16) من قانون أصول المحاكمات الحقوقية المعدلة تنص على أن قرار المحكمة برفض الدفع بالتقادم يكون خاضعاً للاستئناف وحيث إن حكم هذه المادة يشمل القضايا الصلحية عملاً بالفقرة الثانية من المادة الأولى من قانون محاكم الصلح التي نصت على أنه يعمل بأية أحكام وردت في قانون أصول المحاكمات الحقوقية ولم ينص عليها في هذا القانون بالقدر الذي يتلائم مع أحكامه. لهذا فإن قرار محكمة الصلح برد الدفع بالتقادم يعتبر قابلاً للاستئناف دونما حاجة لانتظار الفصل في الدعوى⁽⁶³⁾.

61 - أ. محمد خليل ابو بكر - دفع عدم القبول ونظامها الاجرائي - مرجع سابق - ص 53.

62 - أ. محمد عبد اللطيف - التقادم المكسب والمسقط - لجنة المحامين العرب - الطبعة الاولى - 1958 - ص 47.

63 - تمييز اردني حقوق 74/236 ص 396 لسنة 1975.

الطبيعة القانونية للدفع بالتقادم

إن الطبيعة القانونية تتمثل في تحديد نوع القواعد التي تخضع لها الظاهرة أو الاسم القانوني للظاهرة، فتحديد الطبيعة القانونية لظاهرة معناه تحديد ما إذا كانت تحمل اسماً أو آخر من الأسماء القانونية وهو ما يعرف فقهاً بالتكييف، فتحديد طبيعة الدفع بالتقادم ليست سهلة حيث تعددت الآراء في هذا الصدد. وسأتناولها بإيجاز فيما يلي:

أولاً: الدفع بمرور الزمن دفع موضوعي

وقد استند أصحاب هذا الرأي إلى نصوص القانون، التي أجازت التمسك بهذا الدفع في أي مرحلة من مراحل الدعوى⁽⁶⁴⁾، وقد قيل " ولما كان التمسك بالتقادم دفعاً موضوعياً، فإن للمدين أو لذي المصلحة أن يتمسك به في أية حالة كانت عليها الدعوى، فله أن يتمسك به منذ البداية، وقبل الدخول في أي دفع شكلي أو موضوعي، وله أن يؤخره إلى أن يستنفذ جميع دفعه الأخرى الشكلية والموضوعية، فإذا لم ينجح فيها عمد بعد ذلك إلى الدفع بالتقادم"⁽⁶⁵⁾. ولقد أيدت محكمة النقض الفلسطينية هذا الرأي في قرار جاء فيه " أن الدفع بالتقادم أو عدم سماع الدعوى ليس من النظام العام، ولا يجوز للمحكمة أن تتصدى له من تلقاء نفسها، لأنه دفع موضوعي"⁽⁶⁶⁾.

⁶⁴ - أ. فاتن جمال مسعود - طبيعة الدفع بمرور الزمن في الدعوى المدنية - دار وائل - الطبعة الاولى - 2012 - ص 167.

⁶⁵ - د. عبد الرازق السنهوري - الوسيط في شرح القانون المدني - بيروت - الطبعة الثالثة - الجزء الاول - منشورات الحلبي الحقوقية - ص 1138.

⁶⁶ - نقض مدني ، دائرة غزة ، الطعن رقم 2003/179 جلسة 2004/4/27.

ثانياً: الدفع بالتقادم هو دفع شكلي

أي أن الدفع بمرور الزمن هو دفع شكلي، باعتبار أن الدفوع الشكلية تتعلق بإجراءات التقاضي والشروط اللازمة فيها، فهي تؤثر على الخصومة تأثيراً مباشراً وتؤدي إلى زوال إجراء معين من إجراءات الخصومة، والحق الموضوعي فيها لم يمس بطريقة مباشرة⁽⁶⁷⁾.

ثالثاً: الدفع بالتقادم هو دفع بعدم القبول

كما بينت سابقاً أن الدفع بعدم القبول هو الدفع الذي ينعى فيه الخصم عدم توافر الشروط اللازمة لإقامة الدعوى، فيوجهه إلى حق الخصم في رفع الدعوى باعتباره حقاً مستقلاً عن ذات الحق الذي ترفع الدعوى بطلب تقريره. وبناء على الفكرة التي تقوم عليها دفع عدم القبول، فقد اعتبر جانب من الفقه الدفع بالتقادم من دفع عدم القبول⁽⁶⁸⁾. وقد أيدت محكمة التمييز الأردنية ذلك بقولها " يعتبر من قبيل الدفوع التي يجب إثارتها قل أي دفع إجرائي أو طلب أو دفاع في الدعوى وإلا سقط الحق فيه عملاً بالمادة 110 من قانون أصول المحاكمات المدنية وعليه فإن عدم إثارة المدعى عليه هذا الدفع قبل الدخول في الموضوع يسقط حقه في هذا الدفع " ⁽⁶⁹⁾.

بحيث ذهبت محكمة النقض الفلسطينية إلى القول بأن الدفع بالتقادم هو من دفع عدم القبول التي تقررت لمصلحة الخصوم في الدعوى ولا يتعلق بالنظام العام، ويجب على المدعى عليه إثارته قبل الدخول في أساس الدعوى فإن لم يفعل سقط حقه في التمسك فيه، ولا يجوز للمحكمة إثارته من تلقاء نفسها⁽⁷⁰⁾. وبالرجوع إلى نص المادة 464 من القانون المدني الأردني بأنه " لا يجوز للمحكمة أن تقضي من تلقاء نفسها بعدم سماع الدعوى بل يجب أن يكون ذلك بناء على طلب المدين، أو ممن له مصلحة من الخصوم، ويصح إبداء الدفع في أي حالة تكون عليها الدعوى إلا إذا تبين من الظروف أن صاحب الحق قد تنازل عنه صراحة أو صمناً".

⁶⁷ - د. نبيل إسماعيل عمر - قانون المرافعات المدنية والتجارية - الاسكندرية - 1997 - دار الجامعة الجديدة للنشر - ص 386.

⁶⁸ - أ. محمد خليل أبو بكر - دفع عدم القبول ونظامها الاجرائي - مرجع سابق - ص 32 ، د. فتحي والي - قانون القضاء المدني الكويتي - مرجع سابق - ص 271.

⁶⁹ - تمييز حقوق أردني رقم 91/744 سنة 1993، مجلة نقابة المحامين. تمييز حقوق أردني رقم 912/611 مجلة نقابة المحامين سنة 1994 ص 1174.

⁷⁰ - نقض مدني فلسطيني ، رام الله، رقم 2009\336 بتاريخ 2010\3\7.

وقد ذهب المشرع المصري إلى منحى آخر وبالرجوع الى نص (387) من القانون المدني المصري والتي نصت على أنه " 1- لا يجوز للمحكمة أن تقضي بالتقادم من تلقاء نفسها، بل يجب أن يكون ذلك بناء على طلب المدين أو بناء على طلب أي شخص له فيه ولو لم يتمسك به المدين. 2- يجوز التمسك بالتقادم في أي حالة كانت عليها الدعوى ولو أمام محكمة الاستئناف". وبالرجوع الى نصوص المواد السابقة فإن المشرع المصري اتفق مع المشرع الفلسطيني بعدم جواز اثاره الدفع بالتقادم من المحكمة من تلقاء ذاتها، واختلف مع المشرع المصري إذ أجاز التمسك بالدفع بالتقادم في أي مرحلة من مراحل الدعوى وهذا بخلاف ما استقر عليه المشرع الفلسطيني وقرارت المحاكم الفلسطينية بوجوب التمسك بالدفع بالتقادم قبل الدخول في أساس الدعوى وإلا سقط الحق في التمسك به.

وإن الرأي الذي توصلت إليه كباحث في هذا الإطار يتمثل في كون أن الدفع بالتقادم يتضمن التمسك بعدم قابلية الدعوى لأن تكون مسموعة أمام القضاء، فهو يثير مسألة إجرائية تتعلق بالموضوع، فالخصم حينما يثيره لا يتعرض للحق الموضوعي، والقاضي حينما يفصل فيه لا يفصل في موضوع الدعوى أيضاً، إذ أنه يدور حول عناصر خارجية عن الحق موضوع الدعوى والمتعلقة بانقضائه لمرور الزمن المانع من سماع الدعوى به، فينازع الخصم في حق رافع الدعوى في رفعها، أي من شروط قبولها، ويوجه إلى وسيلة الحماية القضائية أو المطالبة القضائية، وحيث إن الدعوى ليست ذات الحق المدعى به، فإن الدفع الموجه إليها ليس دفعاً موضوعياً وليس دفعاً شكلياً، وإنما هو دفع من نوع خاص يوجه إلى الوسيلة التي قررها القانون لحماية الحق، وما الدفع بالتقادم إلا دفعاً بعدم القبول.

الفرع الخامس: الدفع بكون القضية مقضية (حجية الشيء المقضي به):

ويقصد بحجية الشيء المقضي به أن القرار القضائي الذي يطبق إرادة القانون في حالة معينة يجوز الاحترام سواء أمام المحكمة التي أصدرته أو أمام المحاكم الأخرى بمعنى أنه لا يجوز عرض ذات النزاع مرة أخرى أمام القضاء وإذا ما حدث أن أثير ذات النزاع مرة أخرى أمام القضاء فإن مثل هذه الحالة تولد دفعا بعدم القبول ويمكن التمسك به في أية حالة تكون عليها الدعوى. وتقوم فكرة حجية الشيء المحكوم به على وجوب استقرار المراكز القانونية وعدم تعطيل المصالح الفردية والجماعية، وحتى يمكن التمسك بالدفع بحجية الشيء المقضي به يجب أن تتوافر في الحكم محل الدفع ذات الخصوم وكذلك اتحاد الموضوع وأخيراً السبب حتى يمكن الدفع بعدم القبول كون القضية مقضية⁽⁷¹⁾.

وهناك فرق بين قوة الأمر المقضي به وحجية الأمر المقضي، حيث أن الحجية معناها أن للحكم حجية فيما بين الخصوم وبالنسبة إلى ذات الحق محلاً وسبباً، أما القوة فهو المرتبة التي يصل إليها الحكم إذا أصبح نهائياً غير قابل للطعن فيه بطريق من طرق الطعن الاعتيادية، وإن ظل قابلاً للطعن بطريق طعن غير اعتيادي. ومن أحكام محكمة النقض المصرية في هذا الخصوص "متى حاز الحكم قوة الأمر المقضي فإنه وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة يتمتع على الخصوم في الدعوى التي صدر فيها العودة إلى المناقشة في المسألة التي فصل فيها بأي دعوى تالية يثار فيها هذا النزاع ولو بأدلة قانونية أو واقعية لم يسبق إثارتها في الدعوى الأولى أو أثيرت ولم يبحثها الحكم الصادر فيها وإذا الغي الحكم الحائز لحجية الشيء المحكوم فيه زالت عنه هذه الحجية"⁽⁷²⁾.

⁷¹ - أ. محمد خليل أبو بكر - دفع عدم القبول ونظامها الاجرائي - مرجع سابق - ص 61.

⁷² - نقض مصري رقم 792 لسنة 49 - جلسة 1983\1\11

والأصل أن العبرة في الحجية لمنطوق الحكم لأنه يشتمل على قرار القاضي الفاصل في النزاع، والمنطوق هو الجزء النهائي في الحكم الذي تحسم فيه المحكمة النزاع وتؤكد به حق الخصوم، على أنه المتفق عليه فقهاً وقضاء أن الأسباب تصلح لتفسير المنطوق وتحديد معنى العبارات الواردة فيه، وذلك إذا كانت هذه الأسباب جوهرية وترتبط ارتباطاً وثيقاً بالحكم وبدونها لا تقوم للمنطوق قائمة. وقد تكون الحجية لوقائع الدعوى وذلك عندما يكون منطوق الحكم وأسبابه قاصرين عن تحديد نطاق ما تم الفصل فيه⁽⁷³⁾.

الفرق بين التقادم والسقوط:

1. ان المقصود من التقادم المسقط هو حماية المدين بالالتزام ابتغاء تحقيق مصلحة عامة، وهي استقرار المعاملات، أما السقوط فالمقصود به أن يكون إجراءً تنظيمياً توحيداً للنظام في وقائع معينة تنتج آثاراً محدودة لإمكان استعمال الحق فيها، ومثال مدد السقوط مواعيد الاستئناف والنقض، وبهذا يكون ميعاد السقوط أحد شروط استعمال الحق، ويكون ميعاد التقادم أحد طرق انقضاء الدعوى.
2. يقضي السقوط على الحق بصفة نهائية، دون أن يترك أي شيء لمن كان صاحب الحق، أما التقادم فلا يصيب أصل الحق، وإنما يعدم الدعوى التي كانت لصاحب الحق ليحمي بها حقه.
3. مدة السقوط متصلة، أي أنها لا تقبل الوقف، ولا الانقطاع، أما التقادم فإنه يقبل الوقف والانقطاع⁽⁷⁴⁾.

⁷³ - د. عثمان التكروري - الكافي في شرح قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية - مرجع سابق - ص 522.

⁷⁴ - د. رائد الكردي - الدفوع الشكلية بين الشريعة وقانون اصول المحاكمات المدنية - مرجع سابق - ص 128.

الفرع السادس: الدفع بالجهالة في لائحة الدعوى.

يمكن أن نعرف الجهالة في الدعوى بأنها " ما يعرّتي لائحة الدعوى من غموض أو إبهام أو نقص في البنود

الواجب توافرها والتي تعد من المكونات الأساسية في لائحة الدعوى"⁽⁷⁵⁾.

والجهالة في الدعوى قسمان هما:

1- **الجهالة اليسيرة:** وهي الغموض أو الإبهام الذي يمكن إزالته بتوضيح بنود لائحة الدعوى دون زيادة عليها

أو تغيير في مضمونها. وهي الجهالة التي يمكن إزالتها من خلال سير الدعوى، ومن خلال بيان الوقائع

والاسباب والطلبات التي يبديها المدعي (أو المدعى عليه بالنسبة للائحة الجوابية) ومن خلال البيانات

التي يقدمها للمحكمة فإذا أمكن إزالة هذه الجهالة فإنها تكون مغتفرة ويسيرة وغير مؤثرة على سير

الخصومة⁷⁶.

2- **الجهالة الفاحشة:** وهي الجهالة الكثيرة أو الغموض أو الإبهام الذي لا يمكن إزالته دون زيادة على بنود

الدعوى أو تغيير في مضمونها. أي التي لا يمكن تمييز موضوع الدعوى ومحلها عن غيره⁽⁷⁷⁾، وهي التي

تحول دون تعيين أي من الأطراف أو موضوع الادعاء، ولا يمكن معها تحقيق الغاية من الخصومة بحيث

يصعب إلزام أحد الأطراف بقرار الخصومة القضائية، أو يصعب الحكم بالحق المتنازع فيه نتيجة عدم تحديده

ووصفه الوصف القانوني السليم المانع من أي لبس أو اشتباه مع غيره.

⁷⁵ - الدكتور عثمان التكروري- الكافي في شرح قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية رقم 2 لسنة 2001 - الطبعة الثانية-2013-

مطبعة دار الفكر - ص 524.

⁷⁶ - الدكتور عثمان التكروري- الكافي في شرح قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية رقم 2 لسنة 2001 - مرجع سابق- ص524.

⁷⁷ - نقض مدني -2008/80- بتاريخ 2008/12/7 ج 4 ص 371/ أشار اليه الدكتور عثمان التكروري في الكافي في شرح قانون أصول المحاكمات المدنية ص 524.

وقد نصت مجلة الأحكام العدلية في المادة 1617 أنه " يشترط أن يكون المدعى عليه معلوماً فإذا قال المدعي لي على واحد لا على التعيين من أهل القرية الفلانية أو على بعضهم مقدار كذا لا تصلح دعواه ويلزمه تعيين المدعى عليه" كما نصت المادة 1619 على أنه " يشترط أن يكون المدعى به معلوماً ولا تصح الدعوى إذا كان مجهولاً"

وبالرجوع إلى قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية الفلسطينية فإنه لم يرد في طياته أي من النصوص التي تحدد الطبيعة القانونية للدفع بالجهالة ولم تحدد أحكامه، وإن الدفع بالجهالة قد انفردت به مجلة الأحكام العدلية في المواد المشار إليها سابقاً.

والدفع بالجهالة من النظام العام لأنه يتعلق بإجراءات الخصومة، لذلك للمحكمة أن تتصدى له مكن تلقاء نفسها، فلا يجوز السير في الدعوى ما دام أن بعض بنودها فيه غموض أو إبهام، وللمحكمة أن تكلف الخصم المعني أي المدعي بالنسبة للائحة الدعوى والمدعى عليه بالنسبة للائحة الجوابية بتوضيح لائحته وإزالة الغموض فيها قبل الشروع في نظر الدعوى (78).

ومن أحكام محكمة النقض الفلسطينية المتعلقة بالدفع بالجهالة منها " بالرجوع إلى وكالة محامي المدعى عليه (المطعون ضده) نجد ان موضوعها تمثيل الموكل في القضية الحقوقية لدى محكمة صلح جنين وهي دعوى مطالبة بمبلغ (5197) شيكل إسرائيلي. وأن وكيل المدعى عليه قد أبرز وكالته في الدعوى رقم 2009/853 وقدم لائحة جوابية فيها وحضر جلسات المحاكمة، ولذلك فإن عدم ذكر رقم الدعوى في وكالة محامي المدعى عليه لا يعدو أن يكون جهالة بسيطة وبخاصة أن الموكل حضر مع وكيله جلسة المحاكمة وحلف اليمين الحاسمة وتكون إجراءات الدعوى صحيحة لا يشوبها البطلان. (79)

⁷⁸ - الدكتور عثمان التكروري- الكافي في شرح قانون أصول المحاكمات المدنية- مرجع سابق- ص525 ، ولمزيد من المعلومات يمكن الرجوع إلى رسالة الماجستير المقدمة من محمد عمر أبو هلال لكلية الحقوق في جامعة القدس عام 2004.

⁷⁹ - نقض مدني -2010/447 بتاريخ 2011/10/6 ، أشار اليه الدكتور عثمان التكروري في الكافي في شرح قانون أصول المحاكمات المدنية ص 526.

الفرع السابع: الدفع بعدم القبول للتناقض في لائحة الدعوى.

عرفت المادة 1615 من مجلة الاحكام العدلية التناقض بقولها " التناقض هو سبق كلام من المدعي مناقض لدعواه، أي سبق كلام موجب لبطلان دعواه".

فالتناقض وفق هذا النص أن يصدر من المدعي أو وكيله ما يتعارض مع ما يدعيه في لائحة دعواه، سواء كان هذا التعارض وارداً في بنود لائحة الدعوى، أو بين لائحة الدعوى والبينة أو المرافعة الختامية. كما لو أقر أن الدار وقف ثم عاد وادعى هذه العين أنها له كاملة، فإنه يعتبر متناقضاً مع ما صدر منه، كما قد يصدر التعارض من المدعى عليه أو كليه في لائحته الجوابية، أو بين هذه اللائحة وبينته أو مرافعته الختامية، كمن يدعي أنه دفع جزءاً من الأجرة وعرض الباقي على المؤجر خلال مدة الإخطار العدلي غير ان المؤجر رفض استلامها.⁽⁸⁰⁾

ومن أحكام محكمة النقض المتعلقة بالتناقض:

" إذا أسست المدعية دعوى التخلية على مقولة مفادها أنها المالكة للعقار موضوع الدعوى، فإن ذلك يغدو معه التمسك بأنها المتولية لإدارة العقار المأجور غير وارد ويتعين الالتفات عنه لعله التناقض إذ لا حجة مع التناقض".⁽⁸¹⁾

⁸⁰ - شرح المجلة لعللي حيدر جزء 4 ص 285 - دار الجيل - بيروت - أشار اليه الدكتور عثمان التكروري في الكافي في شرح قانون أصول المحاكمات المدنية ص 528.

⁸¹ - نقض مدني رقم 2007/81 بتاريخ 2009/1/27.

" إن محكمة الاستئناف قد ذهبت في تعليلها بعدم سماع البينة الشخصية حول الربا الفاحش إلى القول إنه لا يجوز التشبث بالدفع المذكور في ضوء إنكار العلاقة التعاقدية مع البنك لما في ذلك من تناقض واضح وقعت فيه الجهة المدعى عليها. وما ذهبت إليه محكمة الاستئناف موافق للقانون إذ لا يستقيم أن تنكر الجهة المدعى عليها العقد الذي نشأ عنه الدين المطالب به في الدعوى ثم تعود للتمسك بالدفع بالربا الفاحش لما في ذلك من تناقض ولا حجة مع التناقض".⁽⁸²⁾

⁸² -نقض مدني رقم 2009/279 ، بتاريخ 2010/1/17.

المبحث الثاني: طبيعة الدفع بعدم القبول وتمييزه عن الدفوع الأخرى

اختلف الفقه والقضاء حول طبيعة الدفع بعدم القبول، ولعل سبب هذا الاختلاف يعود إلى أنه يشبه الدفع الموضوعي، من حيث إنه يجوز التمسك به في أية حالة تكون عليها الدعوى، ولو لأول مرة أمام محكمة النقض، كما أنه يشبه الدفع الشكلي ذلك أنه يحسم الدعوى قبل الدخول في موضوعها. فقد ذهب رأي إلى القول بأن الدفع بعدم القبول هو دفع شكلي، وذهب رأي آخر إلى أنه من قبيل الدفوع الموضوعية، وذهب رأي ثالث إلى أن الدفع بعدم القبول قد يكون متعلقاً بالموضوع في حالات معينة، وبالتالي تسري عليه قواعد الدفع الموضوعية، وقد يكون متعلقاً بالإجراءات من جهة أخرى، وبالتالي تسري عليه قواعد الدفوع الشكلية⁽⁸³⁾. وبالتالي سأتناول بالدراسة في هذا المبحث طبيعة الدفع بعدم القبول ومدى إتصاله بالنظام العام في مطلب أول، وتمييز الدفع بعدم القبول عن غيره من الدفوع في مطلب ثاني وذلك كما يلي :

المطلب الأول: طبيعة الدفع بعدم القبول ومدى اتصاله بالنظام العام.

المطلب الثاني: تمييز الدفع بعدم القبول عن غيره من الدفوع.

⁸³ - أ. باسم محمد الزغول - الدفوع المدنية بين النظرية والتطبيق - مرجع سابق - ص 107.

المطلب الأول: طبيعة الدفع بعدم القبول ومدى اتصاله بالنظام العام

للبحث عن طبيعة الدفع بعدم القبول لا بد أن يكون واضحاً في الأذهان كل التحليلات التي تناولناها في المبحث الأول من هذه الدراسة، حيث بينا مركز هذا الدفع إزاء الدعوى القضائية، والطلب القضائي، وحق اللجوء إلى القضاء، حيث إنه ومن خلال ما تقدم يمكن أن نصل إلى طبيعة الدفع بعدم القبول، لأنه على ضوء معرفة هذه الطبيعة يمكن لنا معرفة النظام القانوني للدفع بعدم القبول. بالتالي سأتناول بالدراسة في هذا المطلب طبيعة الدفع بعدم القبول في فرع أول ، و مدى تعلق الدفع بعدم القبول بالنظام العام في الفرع الثاني.

الفرع الأول: طبيعة الدفع بعدم القبول

الفرع الثاني: مدى تعلق دفع عدم القبول بالنظام العام.

الفرع الأول: طبيعة الدفع بعدم القبول

لم تثار مشكلة بصدد دفع من الدفوع كما ثارت بالنسبة لدفع عدم القبول. ويثور الجدل حول طبيعة دفع عدم القبول. واختلفت الآراء في تحديد طبيعتها وهل تجري عليها أحكام الدفوع الإجرائية أم أحكام الدفع في الأساس. ورغم هذا الجدل واختلاف الآراء إلا أنه لم يتم التوصل إلى حل يستقطب جمهور الفقهاء والقضاء ويركز المسألة وينهيها حول طبيعة هذه الدفوع واختلفت القوانين الوضعية أيضاً في تحديد طبيعة دفع عدم القبول⁽⁸⁴⁾.

تعددت المذاهب الفقهية في تحديد طبيعة الدفع بعدم القبول، وليس في مذهب فيها متفق ما يقطع الرأي بصدها، ولعل هذا الاضطراب في دراسته وتفكك الرأي بشأنه يرجع إلى ما له من طبيعة خاصة، تختلف عن طبيعة الدفوع الموضوعية والدفوع الشكلية، وتجعله يحتل مركزاً وسطاً بينها، فهو في بعض الأحوال يتفق مع الدفوع الموضوعية فيما يختلف فيه مع الدفوع الشكلية، وفي أحوال أخرى يتفق مع الدفوع الشكلية فيما يختلف فيه مع الدفوع الموضوعية⁽⁸⁵⁾.

وانقسم الفقه حول طبيعة دفع عدم القبول إلى أربعة آراء وهي على النحو التالي:
أولاً: الرأي الأول : ذهب أصحاب هذا الرأي إلى اعتبار دفع عدم القبول هي من أوجه أسباب الدفاع في الأساس ومن ثم فهي تخضع لأحكام الدفاع في الأساس.

أما الأسباب التي استند إليها أصحاب هذا الرأي كمبررات لدعم رأيهم فهي على النحو التالي:
1. إن الحق يوجد ولا يكتمل وجوده إلا بوجود الدعوى لكن ليس لصاحب الحق أن يستعمل الدعوى لحماية حقه إلا إذا اعتدى عليه أو أنكر لذا يمكن إبداء هذا الدفع في أية حالة تكون عليها الدعوى ولو لأول مرة أمام محكمة الدرجة الثانية.

⁸⁴ - أ. باسم محمد الزغول - الدفوع المدنية بين النظرية والتطبيق - مرجع سابق - ص 107.

⁸⁵ - د. فرج علواني هليل - الدفوع في المواد المدنية والتجارية - مرجع سابق ص 657.

2. إن الدفع بعدم القبول الذي يقوم على عدم وجود صفة الادعاء فليس حسب هذا الرأي إلا دفاعاً في أساس الدعوى يمكن عرضه لأول مرة أمام محكمة الاستئناف.

3. إن الدفع بعدم القبول الذي ينصب على انتفاء المصلحة أو عدم توافر المصلحة الحالة إنما هو في واقع الأمر دفع موضوعي.

4. كما اعتبر هذا الرأي أن الدفع بعدم القبول قد يتعلق بأصل الحق ذاته، ومن ذلك الدفع بعدم قبول الدعوى لانعدام المصلحة القانونية كما يرفع المدعي دعواه معتمداً على مصلحة اقتصادية بحتة ودفع دعوى المسؤولية لعدم وجود ضرر هو دفع موضوعي وهو من ناحية أخرى دفع بعدم القبول لعدم تحقق مصلحة قانونية⁽⁸⁶⁾.

5. إن الدفع بعدم القبول هو أحد الدفوع الموضوعية لأنه يختلط بوسائل الدفاع الموضوعية، مع خلاف واحد أنه لا يتناول الحق ذاته بالإنكار أو بالاحتجاج بأدائه أو انقضائه، ولكنه يتناول الوسيلة التي يحمي بها صاحب الحق نفسه، وما إذا كان من الجائز استعمالها أو أنه لم يتوفر شرط ذلك الاستعمال بعد⁽⁸⁷⁾.

6. إن ما حدا بأصحاب هذا الرأي إلى اعتبار أن دفوع عدم القبول هي دفوع موضوعية هي الخلط بين الدفع الموضوعي والدفاع الموضوعي.

ويبدو أن السبب الأخير قد خلط بين الدفع الموضوعي والدفاع الموضوعي. فالدفع الموضوعي هو الذي يوجه إلى الحق موضوع الدعوى بغرض الحكم بدفع الدعوى كلياً أو جزئياً، وهكذا فإنه ينازع في نشوء الحق أو بقاءه أو مقداره، ويرمي بهذا إلى رفض طلبات المدعي كلها أو بعضها، لذا فالدفع الموضوعي يقتضي تمسك المدعي عليه بواقعة مانعة أو منهيّة للحق بغرض رفض الدعوى.⁽⁸⁸⁾

⁸⁶ - أ. محمد خليل أبو بكر - دفوع عدم القبول ونظامها الاجرائي - مرجع سابق - ص 71.

⁸⁷ - أ. عبد الكريم فوزي القدومي - الدفع بعدم قبول الدعوى في التشريع الأردني - رسالة ماجستير - كانون الثاني 1995 - الجامعة الاردنية - ص 97.

⁸⁸ - أ. عبد الكريم فوزي القدومي - الدفع بعدم قبول الدعوى في التشريع الأردني - ص 97.

أما الدفاع الموضوعي فهو ما ينصب على مجرد إنكار الوقائع المدعى بها أو إنكار أثرها القانوني ودون التمسك بواقعة منهيّة أو مانعة للحق بهدف رفض الدعوى وهو مسلك سلبي يقتصر على مجرد إنكار الوقائع المدعى بها أو إنكار أثرها ولعل الخلط الموجود في الفقه بين وسائل الدفاع والدفع الموضوعي هو الذي حدا بأصحاب هذا الرأي للقول بأن الدفع بعدم القبول هو دفع موضوعي⁽⁸⁹⁾.

ووسائل الدفاع الموضوعية قد تختلط بالدفع الموضوعية وذلك للتشابه في الأحكام بينها، فوسائل الدفاع الموضوعية ليست واردة على سبيل الحصر وليس هناك ترتيب تشريعي معين لطرحها، ولا تسقط أحدها بمجرد التأخر في التمسك بها ويمكن التمسك بوسائل الدفاع الموضوعية في أية حالة تكون الدعوى ولو لأول مرة في الاستئناف ومن جهة أخرى فإن محكمة الاستئناف لا تلزم أن تعيد القضية إلى القضية إلى محكمة الدرجة الأولى للفصل فيها مجدداً بل تفصل فيها مباشرة⁽⁹⁰⁾.

الرأي الثاني : ذهب أصحاب هذا الرأي إلى اعتبار دفع عدم القبول هي من الدفع الإجرائية ومن ثم فهي تخضع لأحكام الدفع الإجرائية.

يرى أصحاب هذا الرأي أن الدفع بعدم القبول يثير مسألة إجرائية بقبول أو عدم قبول الطلب القضائي، وقبول أو عدم قبول الطلب هي مسألة إجرائية لوجود عيب في الطلب أو الدفع أو الطعن مثال ذلك تقديم الاستئناف بعد فوات الميعاد. حيث إن الدفع بعدم القبول يوجه إلى الحق في الدعوى، أي إلى مكنة الحصول على حكم في الموضوع، ويعني التمسك بعدم توافر شرط من شروط الدعوى، سواء أكانت شروطها العامة أو الخاصة، ويؤسس أصحاب هذا الاتجاه رأيهم على أن حق الدعوى هو مركز قانوني إجرائي، يعبر عن مدى قابلية الادعاء لأن يكون محلاً للعمل القضائي. ولذا فالدفع بعدم القبول يعني التمسك بعدم قابلية الادعاء لأن يكون محلاً للعمل القضائي. فهو بذلك يثير مسألة

89 - أ. محمد خليل أبو بكر - دفع عدم القبول ونظامها الاجرائي - مرجع سابق - ص 73.

90 - د. فتحي والي - الوسيط في قانون القضاء المدني - الطبعة الأولى - دار النهضة - 1980 - القاهرة - 154.

إجرائية تتعلق بالموضوع، ويتميز عن الدفع الإجرائية التي تثير مسألة إجرائية بحتة، كما يختلف عن الدفع الموضوعية التي تثير مسألة موضوعية بحتة⁽⁹¹⁾.

إذن يقصد بالدفع عدم القبول التي تتعلق بالإجراءات هي تلك الدفع التي ترمي إلى استبعاد الطلب القضائي نظراً لأن الدعوى لم تمارس من خلال الشروط الواجب توافرها لاستعمالها استعمالاً مقبولاً من الوجهة الإجرائية، بسبب افتقاد المصلحة أو انتهاء الميعاد في مثل هذه الأحوال فإن الحق الموضوعي المتنازع عليه، أو موضوع النزاع نفسه لم يعارض أحد فيه.

وبالتالي فإن دفع عدم القبول المتعلقة بالإجراءات يجب التمسك بها قبل الكلام في الموضوع وإلا سقط الحق في التمسك بها، على اعتبار أن صاحب المصلحة فيها قد تنازل عنها⁽⁹²⁾.

يمكن أن نتوصل لعدة نتائج توصل إليها أصحاب هذا الرأي:

1. وجوب الفصل في الدفع بعدم القبول على وجه الاستقلال.
2. عدم تقييد الدفع بترتيب معين لذا يجوز الإدلاء به لو لأول مرة أمام محكمة الاستئناف.
3. لا تستنفذ المحكمة عند الحكم في الدفع بعدم القبول سلطتها بالنسبة للموضوع إذا كان الدفع شكلي.
4. الحكم الصادر بقبول الدفع الشكلي لا يستنفذ سلطة محكمة أول درجة بالنسبة للموضوع، فإذا استؤنف هذا الحكم فإن محكمة الاستئناف تفصل في الدفع الشكلي فقط دون موضوع الدعوى.
5. لا يحوز الحكم في الدفع بعدم القبول حجية الأمر المقضي به⁽⁹³⁾.

⁹¹ - أ. فهد بن زين نافع السلمي - الدفع بعدم قبول الدعوى في نظام المرافعات - رسالة ماجستير - جامعة نايف للعلوم الامنية -

2008 ص 126.

⁹² - د. نبيل اسماعيل عمر - الدفع بعدم القبول ونظامه القانوني - منشأة المعارف - الطبعة الاولى - 1981 - ص 144.

⁹³ - أ. عبد الكريم فوزي القدومي - الدفع بعدم قبول الدعوى في التشريع الأردني - مرجع سابق - ص 99.

الرأي الثالث: ذهب أصحاب هذا الرأي إلى القول بأن الدفع بعدم القبول قد يكون متعلقاً بالموضوع في حالات معينة، وبالتالي تسري عليه قواعد الدفع الموضوعية. وقد يكون دفعاً متعلقاً بالإجراءات من جهة أخرى، وبالتالي تسري عليه قواعد الدفع الشكلية.

أما القسم الذي يخضع من الدفع بعدم القبول إلى أسباب الدفع الموضوعية مثال ذلك انتفاء المصلحة أو الصفة فهي دفع تخضع إلى أسباب الدفاع في الأساس لأن هذه الدفع تتصل اتصالاً وثيقاً بالحق موضوع الدعوى. إخضاع بعض دفع عدم القبول إلى أحكام الدفع الإجرائية مثال ذلك عدم قبول الدعوى لرفعها بعد مياعدها ورفع دعوى بغير الطريق القانوني أو لوجود شرط التحكيم وذلك أن هذا الدفع لا يمس أصل الحق موضوع الدعوى⁽⁹⁴⁾.

الرأي الرابع: ذهب أصحاب هذا الرأي إلى اعتبار دفع عدم القبول نوعاً مستقلاً من أنواع الدفع قائماً بذاته وله شخصيته التي تميزه عن سائر الدفع.

سبق وأن بينا في الآراء السابقة ونحن نبحث عن الطبيعة القانونية للدفع بعدم القبول أن ذكرنا أن هذا الدفع يوجه إلى الحماية القضائية المطلوبة بواسطة الطلب القضائي الذي يعتبر الأداة الفنية التي يتم عن طريقها استعمال الدعوى القضائية. ومن خلال الدراسة يمكن القول بأن الدفع بعدم القبول ليس دفعاً شكلياً، والواقع أن القول بعكس ذلك يهدر كل قيمة ذاتية لفكرة الدفع بعدم القبول كفكرة مستقلة.

وأيضاً فإن الدفع بعدم القبول لا يمكن أن يكون دفعاً موضوعياً يتوجه إلى أصل الحق المدعى به، لأن في القول بعكس ذلك ما يؤدي إلى إهدار كل قيمة لطائفة الدفع بعدم القبول. والواقع أن فكرة الدفع بعدم القبول هي فكرة مستقلة عن الدفع الموضوعية، وعن الدفع الشكلية⁽⁹⁵⁾.

⁹⁴ - أ. محمد خليل أبو بكر - دفع عدم القبول ونظامها الاجرائي - مرجع سابق - ص 77.

⁹⁵ - د. نبيل اسماعيل عمر - الدفع بعدم القبول ونظامه القانوني - منشأة المعارف - الطبعة الاولى - 1981 - ص 152.

إن طبيعة الدفع بعدم القبول حسب ما توصلت إليها كباحث في هذا الموضوع أن الرأي الراجح والذي يمكن الأخذ به و ما ذهب إليه أصحاب الرأي الأخير بأن الدفع بعدم القبول هو دفع مستقل وله طبيعته الخاصة، فلا هو دفع شكلي لأنه لا يوجه إلا إجراءات الخصومة القضائية، ولا هو دفع موضوعي، لأنه لا يوجه إلى الحق المدعى به، وإنما يوجه إلى الحق في اللجوء إلى القضاء واستعمال الدعوى التي هي الإمكانية المقررة للحصول على حكم في الحق الموضوعي، فإذا انتفت القدرة على مباشرتها كانت غير مقبولة، إلا أنه يكتسب أحياناً بعض أحكام الدفع الشكلية، وأحياناً أخرى بعض أحكام الدفع الموضوعية، مع الإشارة إلى أن العبرة في تكييف الدفع تكون بحقيقة جوهره وممراته، وليس بالتسمية التي يطلقها عليه الخصوم.

الفرع الثاني: مدى تعلق دفع عدم القبول بالنظام العام:

يقصد بالنظام العام كل ما يمس كيان الدولة، أو يتعلق بمصلحة أساسية من مصالحها، والتي يلزم تحقيقها حتى تسير في طريقها، فالنظام العام هو مجموعة الأسس التي يقوم عليها كيان الجماعة، سواء أكانت أسس سياسية أم اقتصادية أم اجتماعية، أو هو مجموعة المصالح الجوهرية للجماعة، سواء أكانت مصالح سياسية أم اجتماعية. والنظام العام بهذا المدلول يعبر عن سمو المصلحة العامة وعلوها على المصالح الخاصة، لذلك فإنه يتعين أن يباشر النظام العام دوره في جميع المجالات التي يجب أن يتأكد فيها هذا سمو⁽⁹⁶⁾.

96 - د. لورنس سعيد الحوامدة - الدفع الشكلية في قانون اصول المحاكمات - مرجع سابق - ص 53.

أولاً: الدفع بعدم القبول المتعلق بالنظام العام

القاعدة العامة أن إجراءات التقاضي تتعلق بالنظام العام ولذلك يجب على المحكمة إذا ما رفعت إليها الدعوى بغير الطريق الذي رسمه القانون أن تقضي من تلقاء ذاتها بعدم قبولها وللمدعى عليه إثارة هذا الدفع في أي حالة تكون عليها الدعوى دون أن يكون هناك وجه للاحتجاج بالدفع المتعلقة بالإجراءات قبل التكلم في الموضوع وذلك تقديراً أن الدفع متعلق بالنظام العام.

يسلم جانب كبير من الفقه والقضاء بأنه لا يمكن تقرير حكم عام يسري على سائر الدفوع بعدم القبول فثمة حالات يتعين فيها على المحكمة أن تقضي من تلقاء ذاتها بعدم قبول الدعوى، ولو رفعت الدعوى بناءً على اتفاق طرفيها، وثمة حالات أخرى يتعين فيها التمسك بالدفع حتى تقضي المحكمة بعدم قبول الدعوى. ومن ثم كان من الأحرى والأصح أن يبحث كل دفع على حدة لمعرفة طبيعة البواعث التي دعت إلى تقريره، والتساؤل في كل حالة عما إذا كان الدفع مقررًا لمصلحة المدعى عليه، أو مقررًا فضلاً عن ذلك للصالح العام⁽⁹⁷⁾.

ومن الأمثلة الواردة في القانون على الدفوع بعدم القبول المتعلقة بالنظام العام نورد بعض منها على سبيل المثال لا الحصر:

أ- الدفع بعدم قبول الدعوى لرفعها بعد الميعاد:

إذا أقيمت الدعوى بعد فوات الوقت المعين في القانون لرفعها كانت غير مقبولة وجاز للمدعى عليه أن يدفع في أية حالة كانت عليها الدعوى بعدم قبولها لتعلق الدفع بالنظام العام ووجب على المحكمة أن تقضي بذلك من تلقاء ذاتها، وهذا الدفع الشكلي لا تستنفذ محكمة أول درجة بقبوله ولايتها فإذا ألغت محكمة الاستئناف حكمها وجب عليها إعادة الدعوى إليها لنظر موضوعها نزولاً على مبدأ التقاضي على درجتين. وإن تحديد ميعاد لرفع الدعوى المقصود بالدراسة في هذا المجال إنما يكون في الحالات التي يكون فيها اللجوء إلى محكمة أول درجة بطريق الطعن في قرار لإحدى اللجان التي أوجب القانون أن يعرض عليها ابتداء النزاع⁽⁹⁸⁾.

⁹⁷ - د. فرج علواني هليل - الدفوع في المواد المدنية والتجارية - مرجع سابق ص 751.

⁹⁸ - أ. هشام الطويل - الدفع بعدم قبول الدعوى في قانون المرافعات والقوانين الخاصة - مرجع سابق ص 320.

ويلاحظ أن قانون المرافعات المصري في المادة 215 منه يوجب على المحكمة أن تحكم من تلقاء ذاتها بعدم قبول الطعن في الحكم إذا رفع بعد الميعاد، ولا يستشف من ذات النص أن القانون يلزم المحكمة بالحكم بعدم قبول الاستئناف إذا رفع قبل الميعاد إذ أن المادة تنص على أنه "يترتب على عدم مراعاة مواعيد الطعن في الأحكام سقوط الحق في الطعن، وتقضي المحكمة بالسقوط من تلقاء نفسها". حيث أن رفع الدعوى أو الطعن في ميعاده هو من الأمور التي يوجبها النظام العام، وهذه القاعدة مسلم بها في الفقه والقضاء . (99)

ب- الدفع بكون القضية مقضية

تقضي المصلحة العامة باعتبار الأحكام عنواناً للحقيقة، على نحو لا يجوز أن يثار النزاع من جديد فيما فصل فيه نهائياً من الدعاوى، على أساس أن لهذه الأحكام حرمتها واحترامها، والقول بخلاف ذلك معناه أن المنازعات لا تنتهي بين الخصوم، ويكون مجال العبث بالأحكام واسعاً يترتب عليه تناقضاً فيها ويطيل أمد النزاع. لذلك فدعامة قاعدة قوة الشيء المحكوم به، أو كون القضية مقضية، أو قوة الأمر المقضي، هي أن الأحكام عنوان الحقيقة ورمز الصواب، وهي قرينة قانونية قاطعة لا تقبل إثبات عكسها سواءً أكان القاضي أصاب عند الفصل في النزاع أم كان بعيداً عن محجة الصواب، وسواءً أكان حكمه عن هوى أم كان عن عقيدة ووجدان. (100)

لذلك فإن القضية المقضية تقوم على أنه لا يجوز أن يطرح النزاع الذي فصل فيه للنقاش مرة أخرى أمام ذات المحكمة التي أصدرت الحكم أو أي محكمة أخرى لتفصل فيه من جديد إلا بالطرق والمواعيد التي رسمها القانون وذلك لوضع حد للمنازعات وتجنب تناقض الأحكام. هذا ويعتبر الدفع بحجية الأمر المقضي به من النظام العام نثيره المحكمة وصاحب المصلحة في أي وقت وفي أي حالة تكون عليها الدعوى.

99 - د. احمد ابو الوفا- نظرية الدفوع في قانون المرافعات- مرجع سابق-ص884.

100 - د. محمود محمد الكيلاني - أصول المحاكمات والمرافعات المدنية - مرجع سابق - ص227.

ج-الدفع بانتفاء المصلحة في الدعوى

يرى بعض الفقه أن شرط المصلحة اللازم توافره لقبول الدعوى يعتبر متعلقاً بالنظام العام، لأنه وجد لصالح الأفراد وللصالح العام ذاته. ومع ذلك وفي نطاق هذا الشرط عينه يرى هذا الفقه ضرورة إجراء التفرقة بين الدفع بعدم وجود مصلحة حالة، والدفع بعدم وجود مصلحة قانونية أو مصلحة شخصية. فالدفع بعدم وجود مصلحة حالة يجب أن نعتبره دفعاً يتعلق بالنظام العام لأنه يتعلق بوظيفة القضاء وما يسمح برفعه إليه، فالدفع بعدم وجود مصلحة حالة بمعناه عدم وجود نزاع يبرر رفع الدعوى وقبولها، وبناءً على ذلك فهذا الدفع يتعلق بالنظام العام⁽¹⁰¹⁾.

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، وبالتالي فالدفع بعدم القبول لأن المصلحة غير قانونية لا يتعلق بالنظام العام.

ويترتب على اعتبار المصلحة من النظام العام وأن زوال المصلحة في الدعوى بعد إقامتها أو في الطعن بعد رفعه يوجب على المحكمة أن تقضي بعدم قبول الدعوى في كل منها ولو لم يدفع به أحد من الخصوم، ذلك أن مؤدى اعتبار المصلحة من النظام العام أن تظل المصلحة في الدعوى أو الطعن حتى صدور حكم فيها وذلك إعمالاً لقاعدة أصولية مقتضاها أن اعتبارات النظام العام تسمو على أي اعتبار⁽¹⁰²⁾.

إذن إن شرط المصلحة يتعلق بالنظام العام إذ تعلق بوظيفة القضاء التي منح الحماية القانونية لمن يستفيد من الدعوى ويتميز بها، غير أن نطاق اعتبار المصلحة من النظام العام يقتصر على الشرط ذاته في وجوب توافر المصلحة في الدعوى دون تطبيقاتها وأوصافها. فهذان قد لا يكونان من النظام

101 - د. نبيل اسماعيل عمر - الدفع بعدم القبول ونظامه القانوني - مرجع سابق - ص 210.

102 - د. فرج علواني هليل - الدفع في المواد المدنية والتجارية - مرجع سابق - ص 752.

العام إذا كانا مقررين لصالح الأفراد كعدم جواز نظر الدعوى للصالح فيها وكون المصلحة حالة وهذا ما سنتناوله بالدراسة في الفرع الثاني⁽¹⁰³⁾.

ثانياً: الدفع بعدم القبول غير المتعلق بالنظام العام:

إن تقدير مدى تعلق الدفع بعدم القبول بالنظام العام من عدمه يعتبر تكييفاً قانونياً لوقائع النزاع، ومن المعروف أن التكييف يعتبر مسألة قانونية، وبالتالي يخضع هذا التكييف لرقابة المحكمة. والقاضي عندما يقوم بعملية تقدير مدى تعلق الدفع بالنظام العام يستلهم الأسس العامة في التشريع المعمول به ليحدد مدى تعلق هذا الدفع بالنظام العام، وعند افتقاد القواعد المحددة في مجال فكرة النظام العام، فعلى القاضي الرجوع إلى الأسس الجوهرية المتعلقة بمصالح المجتمع لكي يقدر في كل حالة على حدة ومدى تعلق الدفع بعدم القبول بالنظام العام أو عدم تعلقه به⁽¹⁰⁴⁾. ومن الدفوع التي وردت في القانون ولا تتعلق بالنظام العام نذكر بعضاً منها :

أولاً: الدفع بعدم القبول لوجود شرط تحكيم

إذا دفع المدعى عليه الدعوى على أساس وجود شرط تحكيم فإن المحكمة بعد تدقيق ما تم تقديمه تعلن عدم اختصاصها وبالتالي عدم قبول الدعوى، لأن شرط التحكيم كان ثمرة إرادة طرفي الدعوى وهو ما اتجهت إليه إرادتهما عندما رغبا في إحالة نزاعهما إلى التحكيم على نحو رغبا عن إحالته إلى القضاء⁽¹⁰⁵⁾.

¹⁰³ - أ. عبد الكريم فوزي القدومي - الدفع بعدم قبول الدعوى في التشريع الأردني - مرجع سابق ص 102.

¹⁰⁴ - د. نبيل اسماعيل عمر - الدفع بعدم القبول ونظامه القانوني - مرجع سابق ص 271.

¹⁰⁵ - د. محمود محمد الكيلاني - أصول المحاكمات والمرافعات المدنية - مرجع سابق ص 223.

وبالتالي يمكن القول بأن الاتفاق على التحكيم لا ينزع الاختصاص من المحكمة وإنما يمنعها من سماع الدعوى ما دام شرط التحكيم قائماً. والخصم بهذا الاتفاق يتنازل عن الالتجاء الى القضاء لحماية حقه، وبالتالي يكون الدفع بالاعتداد بشرط التحكيم من قبيل الدفع بعدم قبول الدعوى لأن الخصم ينكر به سلطة خصمه في الالتجاء إلى القضاء العادي للذود عن الحق⁽¹⁰⁶⁾. وقد نصت المادة السادسة من قانون التحكيم الأردني القديم رقم 18 لسنة 1953 " إذا شرع أحد فريقَي التحكيم في اتخاذ إجراءات قانونية أمام أية محكمة ضد الفريق الآخر بشأن أمر تم الاتفاق على إحالته للتحكيم، يجوز للفريق الآخر - قبل الدخول في أساس الدعوى - أن يطلب من المحكمة أن تصدر قراراً بتوقيف الإجراءات، فإذا ما اقتنعت بأن طالب توقيف الإجراءات مستعداً ولا يزال راغباً في اتخاذ التدابير اللازمة لانتظام سير التحكيم كما يجب وبأنه ليس هناك بما يحول دون إحالة الأمر للتحكيم حسب الاتفاق أصدرت قرارها بتوقيف تلك الإجراءات". وبالرجوع الى قانون التحكيم الاردني المعدل للقانون السابق رقم 31 لسنة 2001 فقد نص في المادة 12 منه " على المحكمة التي يرفع اليها نزاع يوجد بشأنه اتفاق تحكيم أن تحكم ببرد الدعوى اذا دفع المدعى عليه بذلك قبل الدخول في اساس الدعوى"

بالرجوع الى نصوص المواد السابقة وما أورده المشرع الفلسطيني في قانون التحكيم الفلسطيني رقم 3 لسنة 2000 فإنه على المدعى عليه أن يدفع بعدم قبول الدعوى قبل الدخول في الأساس لوجود اتفاق على التحكيم بين الاطراف وبالتالي فإن صاحب المصلحة من يدفع بوجود شرط تحكيم وإن عدم إثارة الدفع من المدعى عليه لا يلزم المحكمة بإثارته من تلقاء نفسها لعدم تعلق الدفع بالنظام العام.⁽¹⁰⁷⁾

¹⁰⁶ - د. احمد ابو الوفا - نظرية الدفع في قانون المرافعات - مرجع سابق - ص 864.

¹⁰⁷ - أنظر المادة 7 من قانون التحكيم الفلسطيني رقم 3 لسنة 2000، وقانون التحكيم الاردني رقم 31 لسنة 2001.

ثانياً: الدفع بعدم قبول الدعوى لوجود الصلح

قد يتفق الخصوم على حل النزاع فيما بينهم بالصلح، سواءً عن طريق تقديم اتفاقاً على الصلح يكون مكتوباً، لتصدق عليه المحكمة أو عن طريق إجراء الصلح بواسطة المحكمة، وفي حضور الخصوم في الدعوى القضائية وإتباع الإجراءات قانوناً للصلح. فمقتضى الصلح على النزاع، منع إقامة الدعوى القضائية، ومنع المحاكم من نظرها ولهذا فهو يتعلق بسلطة الأشخاص في الالتجاء إلى القضاء، وسلطة المحاكم في نظرها أي يتعلق بعدم قبول الدعوى القضائية⁽¹⁰⁸⁾.

غير أن هذا الشرط ليس من النظام العام، ولا تقضي به المحكمة من تلقاء ذاتها، وإنما يجب التمسك به من أصحاب الشأن⁽¹⁰⁹⁾. وقد كان قانون أصول المحاكمات الحقوقية الملغي يجيز إبداء الدفع بعدم القبول في أي مرحلة من مراحل التقاضي سواء كان الدفع متعلقاً بالنظام العام أم لا، وقد عدل المشرع الفلسطيني ذلك في قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية الجديد ذلك لأن السماح بإبداء الدفع غير المتعلق بالنظام العام في أي مرحلة من مراحل التقاضي فيه ضياع للوقت وإشغال للقضاء دون جدوى، لذلك فرق بين الدفع غير المتعلقة بالنظام العام وأوجب وفقاً لنص المادة 89 أن تبدي مرة واحدة قبل الدخول في أساس الدعوى، وفي الوقت ذاته فإن القرار الصادر برد الطلب أو قبوله يكون قابلاً للاستئناف⁽¹¹⁰⁾.

108 - د. فرج علواني هليل - الدفع في المواد المدنية والتجارية - مرجع سابق - ص 783.

109 - د. فرج علواني هليل - الدفع في المواد المدنية والتجارية - مرجع سابق - ص 783.

110 - الدكتور عثمان التكروري - الكافي في شرح قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية - مرجع سابق - ص 519.

المطلب الثاني: تمييز الدفع بعدم القبول عن غيره من الدفوع

تقسم الدفوع في القانون إلى ثلاثة أنواع، الدفوع الشكلية التي توجه إلى إجراءات الخصومة، وتهدف إلى الحيلولة دون الفصل في الدعوى، أو تأخير هذا الفصل دون بحث موضوعها، والدفوع الموضوعية التي توجه مباشرة إلى الحق موضوع الدعوى، وذلك بقصد عدم الحكم به كله أو بعضه، والدفوع بعدم القبول والتي هي أدنى من الدفوع الموضوعية وأعلى من الدفوع الشكلية، ويرمي من يتمسك بها إلى إنكار حق خصمه في الدعوى أو في وجودها لعدم توافر الشروط اللازمة لسماعها.

وإذا كانت الدفوع باختلاف أنواعها تجمعها قواعد مشتركة، من حيث وجوب أن يكون لصاحبها فيها مصلحة قائمة يقرها القانون، وإلا حكم بعدم قبول الدفع حتى لو كان دفعاً بعدم القبول، كما أن الدفوع هي حق للخصوم إذ ليس للمحكمة أن تتعرض للدفع إذا لم يدل به الخصم الذي شرع لمصلحته ما لم يكن هذا الدفع متعلقاً بالنظام العام كما تناولناها سابقاً في الدراسة، أو ورد نص على حق المحكمة في إثارته من تلقاء ذاتها.⁽¹¹¹⁾

على الرغم من القواعد المشتركة التي تجتمع لدى كافة الدفوع القانونية إلا أن هناك بعض الاختلافات بينها، بحيث تترتب آثار هامة على هذه الاختلافات وهذا ما سنتناوله بالدراسة وذلك على النحو التالي:

الفرع الأول: من حيث وقت إبدائها.

الفرع الثاني: من حيث أثر الحكم بقبول الدفع على أصل الحق.

الفرع الثالث: من حيث وقت الفصل في الدفع.

الفرع الرابع: من حيث استنفاد ولاية محكمة الدرجة الأولى بالنسبة للموضوع.

¹¹¹ - أ. باسم محمد الزغول - الدفوع المدنية بين النظرية والتطبيق - مرجع سابق - ص 122.

الفرع الأول: من حيث وقت إبدائها

الدفع الشكلية هي الدفع التي توجه إلى إجراءات الخصومة دون المساس بأصل الحق المدعى به بهدف إنهاء الخصومة دون الفصل في الموضوع، وتكون هذه الدفع قبل السير في إجراءات التقاضي أو في اثائها لكي تنتج آثارها، ومثال ذلك الدفع بعدم اختصاص المحكمة التي رفعت إليها الدعوى ، والمقصود من هذا النوع من الدفع تقادي الحكم في الموضوع بصفة مؤقتة⁽¹¹²⁾.

وقد رأى المشرع أن منطق الأمور يقتضي أن يبدأ الخصم أولاً، في بدء النزاع بالتمسك بكل جزاء رتبته القانون على مخالفة الشكل ثم يتدرج بعد ذلك الى الموضوع، فإن تعرض للموضوع ولم يطرق ما يتعلق بشكل الإجراءات من دفع يعبر ذلك عن تنازله عن التمسك بها، ثم إن العدالة تقتضي ألا يبقى المدعي مهدهاً بالدفع الشكلية في جميع مراحل الدعوى، فيتزاحى خصمه في إبدائها ويكون من نتيجة ذلك تعطيل الفصل في موضوع الدعوى، وتهديد الإجراءات والقرارات التي تصدر أثناء نظرها لأنها تكون عرضة للإلغاء إذا حكم بزوال الخصومة، إذ القاعدة أن بطلان الإجراء يؤدي إلى زوال كافة الإجراءات اللاحقة له متى كان هو أساس لها وترتبت هي عليه⁽¹¹³⁾.

ولهذا أوجب المشرع إبداء الدفع الشكلية قبل التكلم في الموضوع وإلا سقط الحق في الإدلاء بها ما لم تكن متعلقة بالنظام العام. بحيث نص المشرع الاردني في المادة 1/110 من قانون أصول المحاكمات المدنية الاردني بأنه " الدفع بالبطلان غير المتصل بالنظام العام وسائر الدفع المتعلقة بالإجراءات غير المتصلة بالنظام العام، والدفع بعدم الاختصاص المكاني أو بوجود شرط التحكيم يجب إبدائها معاً قبل إبداء أي دفع آخر أو طلب أو دفاع في الدعوى وإلا سقط الحق فيها. كما يسقط حق الطاعن في هذه الدفع إذا لم ييدها في لائحة الطعن. ويجب إبداء جميع الوجوه التي بني عليها الدفع المتعلق بالإجراءات غير المتصل بالنظام العام معاً وإلا سقط الحق فيما لم يبد منها".

¹¹² - أ. عبد الله محمود ربايعه ويوسف عبد الله الشريف-وقت اثاره دفع الدعوى-بحث قانوني-2008-ص15.

¹¹³ - د. احمد ابو الوفا- نظرية الدفع في قانون المرافعات- مرجع سابق ص 170.

نصت المادة (89) من قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية الفلسطيني على أنه " يجب على الخصوم تقديم طلباتهم ودفعهم مرة واحدة قبل الدخول في أساس الدعوى".

كذلك نصت المادة (90) من ذات القانون بأنه " يجوز للمدعى عليه أن يدفع بعدم قبول الدعوى استناداً إلى أي سبب يؤدي لعدم قبولها قبل الدخول في الأساس، ويكون القرار الصادر برد الطلب أو قبوله قابلاً للاستئناف".

كذلك نصت المادة (91) من قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية الفلسطيني رقم 2 لسنة 2001 على أنه "الدفع بعدم الاختصاص المحلي، والدفع بإحالة الدعوى إلى محكمة أخرى لقيام ذات النزاع أمامها أو للارتباط، والدفع بالبطلان، وسائر الدفع المتعلقة بالإجراءات يجب إيدؤها معاً قبل إبداء أي طلب أو دفاع في الدعوى أو دفع بعدم القبول وإلا سقط الحق فيما لم يبد منها".

وبالرجوع إلى أحكام المواد السابقة نجد بأن المشرع الفلسطيني قد ألزم المدعى عليه بإثارة ما يشاء من الدفع ومهما كان نوعها دفعه واحدة وقبل الدخول في الأساس وإلا سقط حقه فيها إلا إذا تعلق الدفع بالنظام العام حتى لا يبقى المدعي مهدداً بالدفع طيلة إجراءات التقاضي القانونية.

الفرع الثاني: من حيث أثر الحكم بقبول الدفع على أصل الحق

لا يمس الحكم الصادر في الدفع الشكلي والدفع بعدم القبول أصل الحق المدعى به، وبالتالي لا يترتب عليه إنهاء النزاع، وإنما يترتب عليه انقضاء الخصومة أمام المحكمة، كما هو الحال بالنسبة للحكم الصادر بقبول الدفع بعدم الاختصاص. ويجوز تجديد الخصومة بمراعاة الإجراءات الصحيحة إذا لم يكن الحق قد سقط لسبب من الأسباب حيث أن الحكم الصادر في الدفع الشكلي يعد حكماً فرعياً أي يعد حكماً صادراً قبل الفصل في الموضوع أو إجرائياً. كذلك الأمر بخصوص الدفع بعدم القبول إذ يجوز رفع الدعوى من جديد إن صحت إجراءاتها أو توافرت شروط قبولها، إلا في الحالات الخاصة

التي يحوز فيها الحكم في الدفع حجية الأمر المقضي به، كالحكم بقبول الدفع بعدم قبول الدعوى لفوات المواعيد أو لسبق الفصل فيها أو لمرور الزمن .⁽¹¹⁴⁾

أما الدفع الموضوعي فإن البت فيه يعد فاصلاً في الدعوى ومنهياً للنزاع، يمنع تجديد الدعوى بذات الحق، ويعد الحكم فيه حكماً فاصلاً في الموضوع تستنفذ به محكمة الدرجة الأولى ولايتها بالنسبة للموضوع، على أن استئناف الحكم فيه ينقل النزاع برمته أمام محكمة الاستئناف، فإذا قررت الأخيرة فسخ الحكم الصادر عن محكمة أول درجة وجب عليها أن تتصدى للفصل في موضوع الدعوى دون أن تعيده لمحكمة أول درجة، فلا ينقض أو يفسخ إلا إذا ثبت ما يوجب ذلك، بحيث يمنع تجديد الدعوى بنفس الحق، لكون الحكم الصادر بالدفع الموضوعي يحوز حجية الأمر المقضي فيه، لذا فإن هذا الحكم يولد دفعاً بعدم قبول الدعوى لسبق الفصل فيها، وهو دفع متعلق بالنظام العام عند بعض رجال القانون، لذا تقضي به المحكمة من تلقاء نفسها⁽¹¹⁵⁾.

ومعنى ذلك أن الخصم الخاسر في الحكم الصادر في الدفع الموضوعي لا يحق له أن يرفع دعوى جديدة بما كان قد خسره، تكون هي ذاتها الدعوى السابقة، بسببها، وموضوعها، وخصومها، والتي كان قد سبق الحكم بموضوعها، وفي حالة ما إذا فعل ذلك جاز لخصمه أن يدفع بكون القضية مقضية، وللمحكمة أن تحكم المحكمة بعدم قبول هذه القضية من تلقاء ذاتها.

¹¹⁴ - د. احمد ابو الوفا- نظرية الدفوع في قانون المرافعات- مرجع سابق-ص16 -أ. باسم محمد الزغول - الدفوع المدنية بين النظرية والتطبيق - مرجع سابق- ص125.

¹¹⁵ - د. قاسم محمد بني بكر- نظرية الدفع الموضوعي في الفقه الاسلامي والقانون- مرجع سابق - ص 84.

الفرع الثالث: من حيث وقت الفصل في الدفع:

تفصل المحكمة في الدفع الشكلي والدفع بعدم القبول قبل التعرض للموضوع، لأن ذلك يغنيها عن نظر الموضوع، وهذا الفصل يؤدي إلى زوال الخصومة بكل آثارها دون الفصل في الموضوع، هذا ما لم تقرر المحكمة ضم الدفع إلى الموضوع لتفصل فيها بحكم واحد، في الحالات التي يستلزم فيها الفصل في الدفع بحث الموضوع عملاً بالمادة (91) من قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية الفلسطيني، وبالرجوع إلى نص المادة (109) من قانون أصول المحاكمات المدنية الأردني فقد ألزم المشرع الأردني المحكمة بالفصل في الدفع الشكلي على وجه الاستقلال وعدم جواز ضمها للموضوع.

أما بالنسبة للدفع الموضوعي فإن الفصل فيه يعتبر في حد ذاته تعرضاً للموضوع، إذ لا يمكن عملياً تصور الفصل في دفع موضوعي، دون البحث في موضوع الدعوى. إذ أن القانون لا يوجب نظاماً معيناً للتمسك بالدفع الموضوعية، حيث أن الأصل أن تفصل فيه المحكمة على حده، ولكن نظراً لما يتضمنه هذا الدفع من مساس بالحق المدعى به، فإن المحكمة في الغالب تقرر ضمه إلى موضوع الدعوى والفصل فيهما بحكم واحد.

الفرع الرابع: من حيث استنفاد ولاية محكمة الدرجة الأولى بالنسبة للموضوع:

إن الحكم الصادر بقبول الدفع الشكلي والدفع بعدم القبول، لا يستنفذ ولاية محكمة الدرجة الأولى بالنسبة للموضوع، ويعتبر حكماً فرعياً صادراً قبل الفصل في الموضوع، وبالتالي فإن استئناف هذا الحكم لا يطرح أمام محكمة الاستئناف سوى النزاع في الدفع فقط، فإذا ما قررت محكمة الاستئناف فسخ هذا الحكم، تعين عليها إعادة الدعوى إلى محكمة الدرجة الأولى لتفصل في الموضوع. وبالتالي لا يجوز لمحكمة الاستئناف أن تقضي في موضوع الدعوى إذا تم إلغاء الحكم المستأنف، بل يتعين عليها إعادة القضية إلى محكمة الدرجة الأولى لتفصل في موضوعها، وذلك لأن هذه المحكمة لم

تستنفذ ولايتها بالنسبة للموضوع، لأن القاعدة أن الاستئناف لا يطرح على محكمة الدرجة الثانية إلا ما رفع عنه الاستئناف من قضاء محكمة الدرجة الأولى⁽¹¹⁶⁾.

أما بالنسبة للدفع الموضوعي فإن الحكم الصادر فيه يعتبر حكماً فاصلاً في الموضوع وتستنفذ به محكمة الدرجة الأولى ولايتها بالنسبة للموضوع. كما أن استئناف الحكم ينشر النزاع برمته أمام محكمة الاستئناف، فإذا ما قررت فسخ هذا الحكم فإنها تتصدى للموضوع، وتحكم به دون أن تعيد الدعوى لمحكمة الدرجة الأولى، التي استنفذت ولايتها سابقاً.

¹¹⁶ - د. قاسم محمد بني بكر - نظرية الدفع الموضوعي في الفقه الاسلامي والقانون - مرجع سابق - ص 84

الفصل الثاني: أحكام الدفع بعدم القبول في الدعوى المدنية:

سبق الإشارة فيما سبق من الدراسة إلى أن الدفع بعدم القبول يجوز إبداءه في أية حالة تكون عليها الدعوى، ويرى الفقه أن لحظة التمسك بالدفع بعدم القبول تكون من جانب صاحب المصلحة في الدفع بعدم القبول، ومن الجائز أن تقع ولو لأول مرة أمام محكمة الاستئناف، هذا التحديد للحظة التمسك بالدفع بعدم القبول من جانب الخصوم أو من المحكمة يتم بمعزل عن فكرة النظام العام، بمعنى أن للخصم أن يتمسك بعدم القبول في أي 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.

ولما كان الدفع بشكل عام يشمل وسائل الدفاع التي يجيب بها الخصم على ادعاءات خصمه، بقصد تفادي الحكم بطلبات خصمه كلها أو بعضها، أو تأخير مثل هذا الحكم، وأن الحق فيه يثبت لكل خصم في الدعوى أيّاً كانت صفته، ومنح القاضي الحق في إثارته والحكم به في حالات معينة نظراً لاعتبارات معينة تمس بالمصالح العامة. فإن هناك تساؤلات كثيرة حول أحكام الدفع بعدم القبول من حيث طرح وإثارة هذا الدفع، والكيفية التي يتم بها طرح الدفع بعدم القبول، ولمن يكون الحق في طرحه، وكيفية النظر في الدفع والآثار المترتبة عليه.

وهذا ما سأتناوله في الدراسة في هذا الفصل لطرح الدفع بعدم القبول في مبحث أول، والحكم الصادر في الدفع بعدم القبول والآثار المترتبة عليه في مبحث ثاني وذلك على النحو التالي:

المبحث الأول : طرح دفع عدم القبول في الدعوى المدنية.

المبحث الثاني: كيفية النظر في الدفع بعدم القبول والآثار المترتبة على الإدلاء به.

المبحث الأول : طرح دفوع عدم القبول في الدعوى المدنية:

إن القاعدة العامة في قانون أصول المحاكمات المدنية لميعاد طرح الدفوع بشكل عام وجوب إبدائها دفعة واحدة وهذا الأصل العام في كيفية الطرح، وقد تضمن قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية الفلسطيني رقم 2 لسنة 2001 في المادة (90) وقانون أصول المحاكمات المدنية اللبناني الجديد في المادة 63 منه وقانون المرافعات المصري في المادة 115 منه والمادة 122 من قانون أصول المحاكمات الفرنسي الجديد نصوصاً خاصة تبين متى يتم التمسك بدفوع عدم القبول والمادة 109 من قانون أصول المحاكمات المدنية الأردني.

حيث نصت المادة (89) من قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية الفلسطيني بأنه " يجب على الخصوم تقديم طلباتهم ودفوعهم مرة واحدة قبل الدخول في أساس الدعوى" كذلك نصت المادة (90) من ذات القانون بأنه " يجوز للمدعى عليه أن يدفع بعدم قبول الدعوى استناداً إلى أي سبب يؤدي لعدم قبولها قبل الدخول في الأساس، ويكون القرار الصادر برد الطلب أو قبوله قابلاً للاستئناف".

كذلك نصت المادة 123 من أصول المحاكمات الفرنسي الجديد بأنه " يجوز التمسك بدفوع عدم القبول في أي حالة تكون عليها الدعوى"

"والدفع بعدم قبول الدعوى يجوز إبدائه في أيه حالة تكون عليها الدعوى وإذا رأت المحكمة أن الدفع بعدم قبول الدعوى لانتفاء صفة المدعى عليه قائم على أساس، أجلت الدعوى لإعلان ذي الصفة، ويجوز لها في هذه الحالة الحكم على المدعي بغرامة لا تقل عن خمسين جنيهاً ولا تتجاوز مائتي جنيهاً" نص المادة 115 من قانون المرافعات المصري⁽¹¹⁷⁾، وإن نص المادة (115) السابق ذكره على خلاف ما أورده المشرع الفلسطيني في المادة (89) من قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية رقم 2 لسنة 2000.

¹¹⁷ - د. احمد ابو الوفا- نظرية الدفوع في قانون المرافعات- مرجع سابق-ص17 - أ. باسم محمد الزغول - الدفوع المدنية بين النظرية والتطبيق - مرجع سابق- ص126.

"يجب على الخصوم أن يبينوا جميع طلباتهم ودفعهم دفعة واحدة " نص المادة 109 من قانون أصول المحاكمات المدنية الأردني.

يتبين لنا من خلال النصوص القانونية التي وردت في قوانين أصول المحاكمات المدنية قد وضحت بأن قاعدة طرح دفع عدم القبول يجوز إيدائها في أية حالة كانت عليها الدعوى وبالتالي سنتناول بالدراسة في هذا المبحث طرح دفع عدم القبول من الخصوم في مطلب أول، وطرح دفع عدم القبول من المحكمة التي تنتظر الدعوى في مطلب ثاني، وطرح دفع عدم القبول من المقرر إدخالهم في الدعوى في مطلب ثاني وذلك كما يلي :

المطلب الأول: طرح دفع عدم القبول من الخصوم.

المطلب الثاني: طرح دفع عدم القبول من المحكمة.

المطلب الأول : طرح دفع عدم القبول من الخصوم:

حيث إن الدفع بعدم القبول هو حق للخصوم بدايةً وأن مصلحتهم تتصرف إلى محاولة التخلص من المطالبة بأقصر السبل، لذا فإنهم يثيرون كافة أنواع الدفع التي يمكن تصورها لغايات رد الدعوى أو المطالبة، وعليه سنبين كيفية التي يتم بها طرح دفع عدم القبول ومدى حرية الخصوم في طرح دفع عدم القبول، ومن ثم القيود التي ترد على طرح مثل هذا النوع من الدفع، وبعد ذلك إلى مدى جواز التنازل عن الدفع بعدم القبول وذلك وفقاً لما يلي.

الفرع الأول: كيفية التي يتم بها طرح دفع عدم القبول.

الفرع الثاني: مدى حرية الخصوم في طرح دفع عدم القبول.

الفرع الثالث: القيود التي ترد على حرية الخصم في إبداء الدفع.

الفرع الاول: الكيفية التي يتم بها طرح دفع عدم القبول

نعني بالكيفية التي يتم بها طرح دفع عدم القبول هي الاشكال والصور التي يمكن طرح الدفع بها، فهل هناك شكل محدد يتم من خلاله طرح الدفع، أم أن الخصوم أحرار في إختيار الكيفية التي يمكن من خلالها طرح الدفع بعدم القبول. وبالرجوع الى الاحكام المنظمة للدفع في قانون أصول المحاكمات المدنية الاردني رقم 24 لسنة 1988 نجد أن هذا القانون جاء خالياً من أي تنظيم للكيفية التي يثار فيها الدفع، بعكس ما كان عليه الحال في قانون أصول المحاكمات الحقوقية القديم حيث كانت تشترط المادة (16) منه أن يتم التمسك بالدفع المقدم لرد الدعوى قبل الدخول في الاساس بطلب خطي. أما قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية الفلسطيني رقم 2 لسنة 2001 فقد نص في المادة (101) منه " تقدم سائر الطلبات المتعلقة بالدعوى إلى المحكمة المختصة في شكل استدعاء".

وإن الصورة الدارجة في الحياة العملية للكيفية التي يتم بها إثارة الدفع تكون على شكل طلب خطي، بحيث يتقدم الخصوم بدفعهم على شكل طلب عادي، بحيث تتضمن لائحة الطلب على اسم المحكمة المرفوعة أمامها الدعوى الأساس واسم الأطراف (المستدعي والمستدعى ضده) وموضوع الطلب والوقائع التي يستند بها المستدعي في طلبه والطلبات النهائية التي يوجهها لقاضي الموضوع وأخيراً توقيع المستدعي وتاريخ تحرير الطلب، ويجب على المستدعي أن يسلم نسخة عن الطلب إلى المستدعى ضده⁽¹¹⁸⁾، وغالباً ما تستعمل هذه الصورة العملية في حالة أن يطلب الخصوم الحكم بالدفع قبل الدخول في الموضوع.

أما عن الصورة الأخرى التي يمكن من خلالها إبداء الدفع وهي إثارة الدفع شفاهه ويكون ذلك من خلال الإدلاء المباشر بالدفع بعدم القبول، ويكون ذلك من خلال المرافعة أو أثناء جلسة المحاكمة في الدعوى الاساس المراد إصارة الدفع فيها، وبالرجوع إلى أحكام القانون فلا يوجد ما يمنع إثارة الدفع بهذه الصورة، وبالتالي فإن إثارة الدفع شفاهه لا يخالف نصوص القانون ويعتد به من الناحية القانونية ويجب على القاضي الاخذ به.

¹¹⁸ - أ. باسم محمد الزغول - الدفع المدنية بين النظرية والتطبيق - مرجع سابق - ص 177.

الفرع الثاني: مدى حرية الخصوم في طرح دفع عدم القبول:

إن حرية الخصوم في إبداء دفع عدم القبول إنما هو مقتضى مبدأ سلطان إرادة الخصم في استعمال دعواه وهو مقتضى الوظيفة القانونية للدفع بعدم القبول المتمثلة في التوخي من استعمال الخصم الآخر لدعواه بشكل خاطئ. وكما استقر عليه بعض الفقه والقضاء فإن حرية الخصوم في إبداء دفع عدم القبول في أية حالة تكون عليها الدعوى وفقاً للقانون الفرنسي وقانون المرافعات المصري⁽¹¹⁹⁾، أما قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية الفلسطيني فقد نص في المادة 89 منه على أنه "يجب على الخصوم تقديم طلباتهم ودفعهم مرة واحدة قبل الدخول في أساس الدعوى". هذه القاعدة العامة قيدها المشرع الفلسطيني بنص المادة (92) من قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية الفلسطيني والتي نصت بأنه "الدفع بعدم الاختصاص لانتفاء ولايتها أو بسبب نوع الدعوى أو قيمتها أو لسبق الفصل فيها تحكم به المحكمة من تلقاء نفسها، ويجوز الدفع به في أية حالة كانت عليها الدعوى".

إن حرية الدفاع تقتضي أن يتاح للخصم حق الرد على دعوى خصمه، وصولاً إلى تفادي الحكم عليه بطلبات خصمه كلها، أو بعضها، أو على الأقل تأخير هذا الحكم، ذلك أن الخصوم هم أقدر من غيرهم على تصور الدفع التي يمكن التمسك بها، وصولاً إلى تحقيق رغبتهم بالتخلص من الخصومة وطلباتهم بأقصر السبل⁽¹²⁰⁾، وتتجلى حرية الخصوم في إثارة الدفع في الوقت الذي يمكنهم إثارة الدفع به في غير الحالات التي يوجب المشرع إبداء الدفع في وقت معين أو مناسبة معينة، بحيث يجوز للخصم التمسك بدفعه في أي حالة تكون عليها الدعوى إذا ما تعلق الدفع بالنظام العام، كما أنه يستطيع تقديم دفع على آخر مثله، وتجزئة دفعه على مراحل أو إرجائها، وفقاً للخطة التي يعتقدها لدفاعه حسب ما تتكشف عنه الأحداث وتطورات النزاع.

119 - أ. محمد خليل أبو بكر - دفع عدم القبول ونظامها الاجرائي - مرجع سابق - ص 98.

120 - د. وجدي راغب - الموجز في مبادئ القضاء المدني - دار الفكر العربي - القاهرة - الطبعة الأولى - 1977 - ص 259.

الفرع الثالث: القيود التي ترد على حرية الخصم في إبداء الدفع:

الاصل أن الكلام في الموضوع أو غير الموضوع ليس قيداً على سلطان إرادة المتداعيين في استعمال الدعوى وإبداء الدفع، ولكن هل ترد على حرية الخصم في إبداء الدفع بعدم القبول أية قيود؟ وبالتالي يمكن أن نجمل القيود التي ترد على حرية الخصوم في إبداء الدفع بعدم القبول فيما يلي:

1- إذا الزم القانون الخصوم بطرح الدفع بعدم القبول قبل الدخول في أساس الدعوى⁽¹²¹⁾، وهذا ما ورد في نص المادة 89 من قانون اصول المحاكمات المدنية والتجارية الفلسطيني والذي نص في المادة 89 منه " يجب على الخصوم تقديم طلباتهم ودفعهم مرة واحدة قبل الدخول في أساس الدعوى". كذلك ما يتعلق بشرط التحكيم في القانون الفلسطيني رقم 3 لسنة 2000 في المادة السابعة منه.

2- إذا حددت المحكمة موعداً لتقديم الدفع بعدم القبول ثم استتكتف الخصم عن تقديم هذا الدفع في الميعاد الذي حددته المحكمة، لأن الاصل عدم جواز تأجيل الدعوى لأكثر من مرة لذات السبب وذلك عملاً بأحكام المادة 121 من قانون اصول المحاكمات المدنية والتجارية الفلسطيني رقم 2 لسنة 2001 حيث نصت على أنه " للمحكمة تأجيل الدعوى من وقت لآخر وفق مقتضى الحال ولا يجوز التأجيل لأكثر من مرة لذات السبب إلا إذا اقتضت المحكمة بضرورة ذلك". كذلك المادة (77) من قانون اصول المحاكمات المدنية الاردني والتي جاء فيها عدا حالة الضرورة التي يجب إثبات أسبابها في محضر الجلسة لا يجوز تأجيل الدعوى لمدة تزيد على خمسة عشر يوماً في كل مرة أو التأجيل أكثر من مرة لسبب واحد يرجع إلى أحد الخصوم.

على أن هذه القاعدة ليست تحكيمية ولا يترتب على مخالفتها البطلان، لأن البطلان لا يحكم به إلا إذا نص عليه قانوناً أو إذا شابه عيب جوهري ترتب عليه ضرر للخصم، ولا يحكم بالبطلان رغم النص عليه إذا لم يترتب على الاجراء ضرر للخصم وليس هناك نص يقضي بالبطلان هنا كما الاجراء إن لم يشبه عيب جوهري⁽¹²²⁾، لذا فالدارج عملاً هو منح الخصوم أكثر من مهلة واحدة لذات السبب بل

121 - أ. محمد خليل ابو بكر - دفع عدم القبول ونظامها الاجرائي - مرجع سابق - ص 98.

122 - أ. عبد الكريم فوزي القدومي - الدفع بعدم قبول الدعوى في التشريع الأردني - مرجع سابق - ص 107.

على الأكثر فقد اعتبرت محكمة التمييز الاردنية أن حرمان الخصوم من تقديم مذكراتهم أو دفعهم أو بيناتهم قبل افهامهم انهم مهملون نهائياً لهذه الغاية فان ذلك يعتبر مخالفاً لمبادئ العدالة⁽¹²³⁾.

وإن رأيي كباحث في هذا الاطار يذهب إلى أنه إذا تخلف الخصم عن تقديم الدفع في الموعد المحدد الذي حددته المحكمة بعد إمهاله نهائياً من قبل المحكمة فإن حقه في تقديم الدفع يسقط في هذه الحالة لأن المقصر أولى بالخسارة حسب ما جاء في مجلة الأحكام العدلية، هذا ما لم يكن من الجائز إثارة الدفع في مرحلة لاحقة من الدعوى كالدفع المتعلقة بالنظام العام، أو إذا كان من الممكن الطعن في القرار الصادر من المحكمة مع الحكم الفاصل بالنتيجة.

3-اقفال باب المرافعة في الدعوى وهو قيد على حرية الخصوم في إبداء دفع عدم القبول وهذا ما نصت عليه صراحة المادة 1\100 من قانون أصول المحاكمات المدنية الفلسطينية رقم 2 لسنة 2001 والتي اكدت بعدم قبول أي طلب من الطلبات الواردة في المواد من (96 -98) بعد اقفال باب المرافعة.

إذ أن حرية الخصوم في إثارة الدفع لا تمتد إلى ما بعد إعلان ختام المحاكمة في الدعوى، حيث يترتب على هذا الاعلان انقطاع صلة الخصوم بالدعوى، ولا يكون لهم اتصال بها، إلا بالقدر الذي تصرح به المحكمة، حيث يجوز للمحكمة أن تعيد فتح المحاكمة للتثبت من أي أمر ترى انه ضروري للفصل في الدعوى، ذلك أن إعادة الدعوى إلى المرافعة ليست حقاً للخصوم تحت إجابتهم إليه⁽¹²⁴⁾، بل هو أمر متروك للمحكمة وبهذا نصت المادة 166 من قانون أصول المحاكمات المدنية الفلسطينية على أنه " يجوز للمحكمة من تلقاء نفسها أو بناء على طلب أحد الخصوم أن تقرر فتح باب المرافعة لأسباب جدية وضرورية للفصل في الدعوى".

¹²³ - تمييز حقوق رقم 71\124 صفحة 957 سنة 1977

¹²⁴ - أ. باسم محمد الزغول - الدفع المدنية بين النظرية والتطبيق - مرجع سابق - ص191.

وفي هذا الصدد أيضاً قضت محكمة التمييز الاردنية بما يلي " أجازت الفقرة الثالثة من المادة (158) من قانون اصول المحاكمات المدنية الاردني، للمحكمة بعد إعلان ختام المحاكمة وقبل النطق بالحكم، أن تعيد فتح القضية للثبوت من أي أمر ترى المحكمة أنه ضروري للفصل في الدعوى⁽¹²⁵⁾، ولمحكمة الاستئناف استعمال هذه الرخصة وفتح القضية لهذه الغاية"⁽¹²⁶⁾.

¹²⁵ - ورد هذا القيد في المادة (158) من قانون أصول المحاكمات المدنية الاردني و التي نصت على ان" في غير القضايا التي تنتظر تدقيقاً:

1- تعلن المحكمة ختام المحاكمة بعد الانتهاء من سماع البينات والمرافعات.

2- بعد اختتام المحاكمة على المحكمة أن تنطق بالحكم علانية في نفس الجلسة وإلا ففي جلسة أخرى تعين لهذا الغرض خلال ثلاثين يوماً على الأكثر.

3- غير أنه يجوز للمحكمة أن تعيد فتح المحاكمة للثبوت من أي أمر ترى أنه ضروري للفصل في الدعوى".

¹²⁶ - تمييز حقوق رقم 89\1115، مجلة نقابة المحامين الأردنيين 1991، ص1416.

الفرع الرابع: مدى جواز التنازل عن التمسك بالدفع بعدم القبول:

يسود الخصومة المدنية العديد من المبادئ العامة، من هذه المبادئ مبدأ سيادة الخصوم، ويقصد بهذا المبدأ أن النزاع الخاص ملك الخصوم لهم أن يطرحوه على القضاء ولهم ألا يطرحوه. وإذا رفع النزاع يستطيع الخصوم تركه أو التنازل عنه أو إهماله وعدم السير فيه. هذا المبدأ ترد عليه العديد من القيود التي تستمد من مبدأ المساواة بين الخصوم ومبدأ احترام حقوق الدفاع. وبناء على ذلك وبالنسبة للقاضي المدني فالمبدأ هو حياده، فهو شخص من الغير له ولاية القضاء ووظيفته حسم المنازعات بين الخصوم، وعلى ذلك فمبدأ سيادة الخصوم يواجه الأطراف في النزاع ولا شأن له كقاعدة عامة بالقاضي⁽¹²⁷⁾. والقانون من جهة أخرى يتيح للمدعي إعمالاً لمبدأ حرية الدفاع حق الدفاع عن دعواه، كما يتيح للمدعى عليه حق الدفاع للرد على الدعوى.

ومقتضى مبدأ حرية الدفاع هو في الأصل تمكين الخصوم من تقديم الدفوع والأدلة والأسانيد المثبتة لحقهم، ومقتضى هذا المبدأ أيضاً أن الخصوم أحرار في استعمال هذه الوسائل أو عدم استعمالها وبناءً على ذلك فيجوز للخصوم التنازل عن التمسك بالدفع بعدم القبول طالما لم يتعلق هذا الدفع بالنظام العام.

والتنازل عن التمسك بالدفع بعدم القبول يجب أن يصدر عن له صفة ومصلحة في التمسك فيه⁽¹²⁸⁾، أما إذا تعدد المستفيدون ممن لهم الحق في التمسك بالدفع بعدم القبول إلا من أدلى به وحده، كما أن التنازل لا يقيد إلا من صدر عنه وتستثنى الأحوال التي يتعلق فيها الدفع بعدم القبول بالنظام العام، ففيها يجوز لكل خصم أن يتمسك به، وعلى المحكمة أن تحكم به من تلقاء ذاتها. والتنازل عن الدفع قد يتم بعمل سلبي يتمثل في عدم إثارته، أو بعمل إيجابي بالنزول عنه صراحة⁽¹²⁹⁾، بحيث نصت المادة (464) من القانون المدني الأردني على أنه "يجوز إبداء الدفع بعدم سماع الدعوى في أي حالة تكون عليها الإجراءات، ما لم يكن صاحب الحق بالدفع قد تنازل عنه صراحةً أو دلالة".

127 - د. نبيل اسماعيل عمر - الدفع بعدم القبول ونظامه القانوني - مرجع سابق - ص 229.

128 - د. نبيل اسماعيل عمر - الدفع بعدم القبول ونظامه القانوني - الطبعة الأولى - منشورات منشأة المعارف - 1980 -

الاسكندرية - ص 39.

129 - أ. باسم محمد الزغول - الدفوع المدنية بين النظرية والتطبيق - مرجع سابق - ص 192.

وخلاصة القول في هذا الموضوع يمكن التوصل الى أن القانون أجاز للخصم النزول عن حقه في التمسك بالدفع بعدم القبول، وإذا تعدد المستفيدون ممن لهم الحق في إثارة الدفع جاز لكل منهم التنازل عما يخصه وحده، دون أن يمتد هذا التنازل إلى الباقيين، وإن التنازل عن الدفع من الممكن أن يكون بعمل سلبى أو عمل إيجابى بالنزول عنه صراحةً، ولا ينتج التنازل عن الدفع أي أثر في حالة تعلق الدفع بالنظام العام بحيث يبقى الحق قائماً لكل صاحب مصلحة، وتقضي به المحكمة من تلقاء ذاتها.

وإن الرأي الذي توصلت إليه كباحث في جواز التنازل عن الدفع بعدم القبول بأنه يجوز للخصم التنازل عن التمسك بالدفع بشرط أن يكون للمتنازل عن هذا الحق صفة ومصلحة يحميها القانون، فلا يجوز التنازل عن الدفع من شخص ليس له أي مصلحة في الدعوى أو لم يكن طرفاً فيها، أو لم تتوافر له صفة في الدعوى محل الدفع، بحيث إن التنازل عن الدفع هو حق للخصم يجوز له استعماله من عدمه ما لم يتعلق الدفع بالنظام العام ففي هذه الحالة يحق للمحكمة الدفع به ولو لم يطلبه الخصوم. وإن حق الخصم في طلب رد الدعوى أو الطلب بما شاء من الدفوع هو من الحقوق الأساسية التي كفلتها كافة القوانين والشرائع وبالتالي يحق له التمسك به أو التنازل عنه ما لم يتعلق بالنظام العام كما ذكرت سابقاً.

المطلب الثاني: طرح دفوع عدم القبول من المحكمة:

إذا تعلق الدفع بالنظام العام أياً كان نوعه فإنه يتحرر من كل قيد أو شرط، إذ يجوز إثارته من كل صاحب مصلحة، وتقضي به المحكمة من تلقاء ذاتها، ولا يؤثر تنازل صاحب المصلحة عنه على إثارته والقضاء به من قبل المحكمة، بل إن إثارته من الخصوم أصلاً تكون من باب تنبيه المحكمة إليه، ذلك أن عدم إثارة المحكمة للدفع المتعلق بالنظام العام من تلقاء ذاتها يعني أنها أخطأت في تطبيق القانون⁽¹³⁰⁾، وهو أحد أسباب الطعن بالتمييز عملاً بأحكام المادة(198) من قانون أصول المحاكمات المدنية الاردني⁽¹³¹⁾. وهذا ما أورده المشرع الفلسطيني في المادة (92) منه.

130 - أ. باسم محمد الزغول - الدفوع المدنية بين النظرية والتطبيق - مرجع سابق - ص194.

131 - نصت المادة 198 من قانون أصول المحاكمات المدنية الاردني رقم 24 لسنة 1988 "لا يقبل الطعن بالتمييز إلا في الاحوال التالية 1-إذا كان الحكم المطعون فيه مبني على مخالفة للقانون أو خطأ في تطبيقه أو تأويله 2- اذا وقع بطلان في

وهذا لا نجده في الدفوع الموضوعية اذ ان القاعدة العامة أنه لا يجوز للقاضي إثارة الدفوع الموضوعية المتعلقة بالنظام العام من تلقاء نفسه، لأن ذلك يحول القاضي الى خصم وحكم في آن واحد مما يؤدي إلى خرق واجب الحياد والاعتداء على قاعدة الخصومة ملك للخصوم⁽¹³²⁾، في حين يرى بعض الفقه أن سلطة المحكمة في إثارة الدفع الموضوعي والحكم به من تلقاء نفسها لا يشترط لها أن يكون الدفع الموضوعي متعلقاً بالنظام العام، فهذا الأمر لا يتعلق بالنظام العام وإنما يتعلق بمدى سلطة القاضي في الخصومة، حيث إن القاضي له الحق في أن يتعرض للنزاع برمته فإذا تبين له هذا الدفع من مجموع الوقائع المعروضة عليه، له أن يحكم فيه من تلقاء نفسه، شريطة ألا يكون الدفع الذي يحكم به القاضي من اوجه الدفاع التي يوجب المشرع التمسك بها صراحة من الخصم لترتيب آثارها⁽¹³³⁾.

وبالتالي على القاضي عند إثارته للدفع بعدم القبول من تلقاء نفسه في الاحوال التي يرى فيها أن هذا الدفع متعلق بالنظام العام فانه يجب عليه أن يتأكد من أمرين:

1. وجود مجموعة من الوقائع المدعاة بواسطة الخصوم انفسهم والتي تنشأ دفعا بعدم القبول.
2. ضرورة أن يجد القاضي حاجة اساسية تمس مصالح المجتمع المعتبرة من النظام العام، وأن تكون هذه الحاجة مبررة لإثارته للدفع بعدم القبول من تلقاء نفسه⁽¹³⁴⁾.

الحكم او بطلان في الاجراءات اثر في الحكم 3- اذا صدر الحكم نهائيا خلافا لحكم سبق ان صدر بين الخصوم انفسهم دون ان تتغير صفاتهم وتعلق النزاع بذات الحق محلا وسببا وحاز قوة القضية المقضية سواء دفع بهذا ام لم يدفع 4- اذا لم يبين الحكم على اساس قانوني بحيث لا تسمح اسبابه لمحكمة التمييز ان تمارس رقابتها 5- اذا اغفل الحكم الفصل في احد المطالب او حكم بشيء لم يطلبه الخصوم او بأكثر مما طلبوه 6- اذا كان في الحكم والاجراءات المتخذة في الدعوى مخالفه صريحة للقانون او كان في اصول المحاكمة مخالفه تتعلق بواجبات المحكمة فعلى محكمة التمييز ان تقرر نقضه ولو لم يأت المميز والمميز ضده في لوائحهما على ذكر اسباب المخالفة المذكورة.

¹³² - د. نبيل اسماعيل عمر - الدفع بعدم القبول ونظامه القانوني - مرجع سابق - ص 251.

¹³³ - د. محمد نور شحاته - الوجيز في الاجراءات المدنية - الطبعة بلا - دار النهضة العربية - القاهرة - 1995 - ص 264.

¹³⁴ - د. نبيل اسماعيل عمرو - الدفع بعدم القبول ونظامه القانوني - الطبعة الاولى - منشأة المعارف - 1980 - الاسكندرية -

وقد ذهب رأي فقهي الى جواز الحكم بعدم قبول الدعوى حتى في الاحوال التي لا يتعلق بها الدفع بعدم القبول بالنظام العام وذلك إذا كانت الوقائع المطروحة على القاضي تتضمن في حقيقة الامر العناصر المكونة للدفع بعدم القبول، وبما أن الخصوم قد اغفلوا التمسك بهذا الدفع، وكانوا في واقع الامر يرغبون في التمسك به لو كانوا يعلمون بتوافر عناصره، لذا نادى هذا الرأي بأنه لا يوجد ما يمنع القاضي من إثارة الدفع بعدم القبول من تلقاء نفسه ودون طلب الخصوم وذلك حتى في الاحوال التي لا يتعلق فيها الدفع بالنظام العام⁽¹³⁵⁾.

أما عن تقديره بأن هذا الدفع يتعلق بالنظام العام فهذا يعتبر تكييفاً قانونياً يستخلصه قاضي الموضوع من خلال تطبيق النصوص القانونية، ومن المعروف أن التكييف يعتبر مسألة قانونية، حسب ما جرت عليه محكمة النقض، وبالتالي يخضع هذا التكييف لرقابة محكمة النقض، والقاضي حينما يقوم بعملية تقدير مدى تعلق الدفع بعدم القبول بالنظام العام يستلهم الاسس العامة في التشريع المعمول به ليحدد مدى تعلق هذا الدفع بالنظام العام، وعند افتقاد القواعد المحددة في مجال فكرة النظام العام، فعلى القاضي الرجوع الى الاسس الجوهرية المتعلقة بمصالح المجتمع لكي يقدر في كل حالة على حدة مدى تعلق الدفع بعدم القبول بالنظام العام أو عدم تعلقه به⁽¹³⁶⁾.

وإن الرأي الذي توصلت إليه كباحث في هذا الاطار لا يتفق مع ما ذهب إليه الفقهاء الذين ذهبوا الى جواز الحكم بعدم قبول الدعوى في الاحوال التي لا يتعلق فيها الدفع بالنظام العام، لأنه كما يمكن أن يقال أن الخصوم قد اغفلوا التمسك بالدفع بعدم القبول وكانوا في الواقع يرغبون التمسك به، فلماذا لا يستشف القاضي أيضاً بأن الخصوم قد تنازلوا عن التمسك بهذا الدفع. كما أن وظيفة القاضي هي إعمال القانون وليس محاولة إيجاد الدفوع للخصوم، فالدفع بعدم القبول إن تعلق بالنظام العام فلا إشكال في أن إعمال هذا الدفع هو من واجبات المحكمة، ولكن إذا تعلق الدفع بحقوق الخصوم فكيف يمكن للمحكمة أن تنصب نفسها خصماً، وانني أرى إذا تدخلت المحكمة بالحكم بالدفع في الحال المتقدم فانها تكون قد خالفت القانون من ناحية، كما أنها تكون قد حكمت بشيء لم يطلبه الخصوم من ناحية أخرى مما يجعل حكمها عرضة للطعن.

135 - د. نبيل اسماعيل عمر - الدفع بعدم القبول ونظامه القانوني - مرجع سابق - ص 266.

136 - د. نبيل اسماعيل عمر - الدفع بعدم القبول ونظامه القانوني - مرجع سابق - ص 258.

اذن للقاضي أن يثير الدفع بعدم القبول المتعلق بالنظام العام من تلقاء ذاته حتى لو امتنع الخصوم عن التمسك به ومن أمثلة ذلك الدفوع المتصلة بعدم قبول الطلبات الجديدة في الاستئناف، والدفع بعدم قبول الطعن في الحكم لرفعه بعد الميعاد هو دفع متعلق بالنظام العام، والدفع بحجية الشيء المقضي به يتعلق بالنظام العام كذلك ذهبت محكمة النقض المصرية في كثير من أحكامها إلى أن إجراءات التقاضي تتعلق بالنظام العام ويجوز إبداء الدفع بعدم قبول الدعوى لرفعها بالمخالفة لتلك الإجراءات لأول مرة أمام محكمة النقض بل يجوز لمحكمة النقض إثارة الدفع من تلقاء ذاتها.⁽¹³⁷⁾ ومن خلال هذا المطلب سنتناول بالدراسة إثارة الدفع بعدم القبول من قبل المتدخل أو المقرر إدخالهم في الدعوى في الفرع الأول، والمحكمة المختصة بنظر الدفع بعدم القبول في الفرع الثاني وذلك كما يلي:

الفرع الأول: إثارة الدفع بعدم القبول من قبل المتدخل أو المقرر إدخالهم في الدعوى

التدخل في الدعوى يعني دخول، أو إدخال شخص، أو أشخاص في خصومة قائمة بين شخصين أو أشخاص آخرين بناء على طلب الشخص الذي يطلب التدخل، أو بناءً على قرار من المحكمة. ويسمى التدخل الذي تم بناء على طلب الشخص الثالث، بالتدخل الاختياري ويسمى التدخل الذي يكون بقرار من المحكمة من تلقاء ذاتها أو بناء على طلب أحد الخصوم بالتدخل الجبري أو الإدخال.⁽¹³⁸⁾

بحيث نصت المادة (96) من قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية الفلسطيني¹ - يجوز للخصم أن يدخل في الدعوى من كان يصح اختصاصه فيها عند إقامتها² - يجوز لمن له مصلحة في دعوى قائمة بين طرفين أن يطلب تدخله فيها بوصفه شخصاً ثالثاً منضماً أو مخصصاً فإذا اقتنعت المحكمة بصحة طلبه تقرر قبوله³ - يكون القرار الصادر بعدم قبول أو رفض التدخل قابلاً للاستئناف".

¹³⁷ - أ. محمد خليل أبو بكر - دفوع عدم القبول ونظامها الاجرائي - مرجع سابق - ص 101.

¹³⁸ - د. بشار ملكاوي، د. نائل مساعدة، د. أمجد منصور - شرح نصوص قانون أصول المحاكمات المدنية الاردني - مرجع سابق - ص 153.

وبالتالي يترتب على قبول طلب المتدخل وادخاله في اجراءات الدعوى أن يصبح طرفاً فيها وبالتالي يترتب له الحقوق التي يقوم بها اطراف الدعوى الاساس وبالتالي يحق له ابداء ما شاء من الطلبات وأوجه الدفاع التي يراها المتدخل او المقرر ادخاله انها مفيدة له في الدعوى التي تقرر ادخاله فيها، كذلك فإن المتدخل اختياريًا تدخلاً أصلياً يعتبر طرفاً في الخصومة له إبداء الطلبات وأوجه الدفاع التي لكل مدع أن يبديها. وهو غير ملتزم بما أبداه الطرفان وغير مقيد بهما⁽¹³⁹⁾.

الفرع الثاني: المحكمة المختصة بنظر الدفع بعدم القبول

من المبادئ المستقرة في أغلب القوانين أن "قاضي الموضوع هو قاضي الدفع"، بحيث أن المحكمة التي تنتظر الدعوى الاساس التي نشأ عنها الدفع تعتبر هي المختصة بكل ما ينشأ من دفع مرتبطة بالدعوى، والتي تثار أمام المحكمة اثناء نظر الدعوى، ذلك أن سير العدالة يقتضي بأن تكون المحكمة التي تنتظر الدعوى مختصة بالنظر في أي دفع أو طلب يرد خلال المحاكمة، بحيث تبقى الخصومة وما يرتبط بها من دفع أو طلبات في ذات الدعوى الاساس، ولا تنقطع أوصالها إلى عدة طلبات وتوزع على عدة محاكم⁽¹⁴⁰⁾.

ولعل الحكمة من تقرير القاعدة السابقة تكمن في أن القاضي الذي ينظر الدعوى الأصلية، هو أصلح القضاة للفصل في دفعها، فهو أكثر إحاطة وعلماً بما يشمله ملف الدعوى وما يمكن التصدي له، وكذلك لا يجوز أن تنتظر الدعوى المرفوعة امام محكمة معينة ومن ثم يتم احالة الدفع المنبثق عن ذات الدعوى الى هيئة قضائية أخرى فالأصح قانوناً هو أن من ينظر الدعوى ينظر كذلك الدفع المتعلقة بها أياً كانت هذه الدفع.

¹³⁹ - أ. محمد خليل ابو بكر - دفع عدم القبول ونظامها الاجرائي - مرجع سابق - ص 105.

¹⁴⁰ - د. صلاح الدين سلحدار - أصول المحاكمات المدنية - منشورات جامعة حلب - حلب - 1985 - ص 139.

وقد تبنت محكمة التمييز الاردنية هذا المبدأ في قرار لها، حيث قضت بما يلي " قاضي الدعوى هو قاضي الدفع، فإذا كانت المحكمة في خصومة معينة، تختص بالنظر في جميع وسائل الدفاع أو الدفع التي تثار أثناء نظر الدعوى، إلا إذا كان الدفع يثير مسألة مستأخرة تخرج عن اختصاص المحكمة النوعي، كالمسائل الجزائية أو الادارية أو مسائل الاحوال الشخصية وغيرها. ولما كان الدفع المثار في هذه الدعوى يتعلق بتزوير بعض الوثائق التي قدمها المميز ضده لإثبات دعواه، مما استوجب وقف النظر في الدعوى إلى حين البت بدعوى التزوير المنظورة أمام قاضي صلح الجزاء، تطبيقاً لقاعدة الجزائي يعقل المدني، فإن سقوط دعوى الحق العام بصور قانون العفو العام في قضية التزوير، لا يبقى مكاناً لقاعدة الجزائي يعقل المدني، فإذا زال المانع عاد الممنوع، ويعود العمل بقاعدة قاضي الدعوى هو قاضي الدفع، ويعود لمحكمة البداية وهي التي كانت تنتظر الدعوى الأصلية صلاحية الفصل في موضوع التزوير في المستندات المقدمة إليها بالطرق والوسائل الجزائية ...". (141).

وبالتالي فان تطبيق مبدأ " قاضي الدعوى هو قاضي الدفع" يشمل جميع المحاكم بكافة أشكالها فلا يقتصر تطبيقه على محكمة الدرجة الاولى، وإنما يمتد إلى محكمة الدرجة الثانية في الأحوال التي يجوز فيها التمسك بالدفع أمامها، ويطبق هذا المبدأ على محكمة النقض في حالة تعلق الدفع بالنظام العام (142).

وانني كباحث لا أختلف برأيي عما أخذت به القواعد المستقرة بأن قاضي الدعوى هو قاضي الدفع إذ أنه على المحكمة التي تنتظر الدعوى والتي تبسط رقابتها عليها هي المختصة بكل ما يرتبط بالدعوى من دفع وطلبات ومن غير المنطق ان يتم إحالة دفع متعلق بدعوى أمام هيئة معينة إلى هيئة أخرى كي تنتظر في الدفع المثار فعلى المحكمة التي تنتظر الدعوى ان تنتظر كذلك الدفع المرتبطة بها وهذا ما هو متبع أمام المحاكم وما استقر عليه الفقه والقضاء.

¹⁴¹ - تمييز حقوق رقم 94\734 ، مجلة نقابة المحامين الاردنيين ، 1997، ص2591.

¹⁴² - أ. باسم محمد الزغول - الدفع المدنية بين النظرية والتطبيق - مرجع سابق - ص198.

المبحث الثاني: كيفية النظر في الدفع بعدم القبول والآثار المترتبة على الإدلاء بالدفع:

رأينا فيما سبق من الدراسة بأن القانون أوجب على الخصوم تقديم طلباتهم ودفعهم مرة واحدة قبل الدخول في أساس الدعوى، ما لم يتعلق الدفع بالنظام العام فيجوز الدفع به في أية حالة كانت عليها الدعوى، ويجوز أن يبدى الدفع كتابةً أو شفاهة. ويجوز أن يبدى قبل مواجهة الموضوع فتحكم المحكمة فيه على استقلال أو تأمر بضمه إلى الموضوع، والمحكمة - في العادة - لا تأمر بضم الدفع إلى الموضوع إلا إذا كان الحكم في الدفع يستوجب البحث في الموضوع.

ومن خلال هذا المبحث سنتناول بالدراسة الآثار المترتبة على الإدلاء بالدفع بعدم القبول في مطلب أول كذلك الحكم الصادر في الدفع بعدم القبول وآثاره في مطلب ثاني وذلك فيما يلي:

المطلب الأول: الآثار المترتبة على الإدلاء بالدفع بعدم القبول.

المطلب الثاني: الحكم الصادر في بالدفع بعدم القبول وآثاره.

المطلب الأول : الآثار المترتبة على الإدلاء بالدفع بعدم القبول

إن طرح الدفع بعدم القبول ينشئ وضعاً يوجب على المحكمة البحث فيه وتحري جوانبه فمتى طرح الدفع بعدم القبول فإنه ليس للمحكمة خيارات مطلقة كأن تمتنع عن إصدار القرار المعين في هذا الدفع لأن ذلك يعرض القاضي لإنكار العدالة وخيارات المحكمة في حالة طرح دفع عدم القبول هي كالتالي:

الفرع الأول: الانتقال لنظر الدفع.

الفرع الثاني: ضم الدفع إلى الدعوى.

الفرع الثالث: عدم قبول الدفع (رد الدفع).

الفرع الأول: الانتقال لنظر الدفع.

تنص المادة 91 فقرة 2 من قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية الفلسطيني رقم 2 لسنة 2001 " تحكم المحكمة في هذه الدفوع على استقلال ما لم تأمر بضمها إلى الموضوع وعليها أن تبين ما حكمت به في كل منها على حدة". كما نصت المادة 3/109 من القانون المدني الاردني على أنه " يحكم في الدفوع على حدة ما لم تقرر المحكمة ضمها إلى الموضوع وعندئذ يفصل فيها بحكم واحد". وكذلك نص المشرع المصري في المادة (108) من قانون المرافعات المدنية والتجارية المصري على أنه " يحكم في الدفوع على استقلال ما لم تأمر المحكمة بضمها إلى الموضوع وعلى المحكمة أن تبين ما حكمت به في كل منها على حدة". وإذا قررت المحكمة الانتقال للنظر في الطلب المتعلق بالدفع بعدم القبول فإن مباشرتها الإجراءات تكون كما هو الحال في مباشرة الدعوى من حضور الخصوم وتقديم الاجابة على الطلب وتقديم البيانات والمستندات وتقديم الاعتراضات والدفوع والمرافعات وتصدر المحكمة قرارها في الطلب أي أن مراحل تقديم الطلب هي ذاتها مراحل الدعوى⁽¹⁴³⁾.

الأصل أن المحكمة تفصل في دفع عدم القبول قبل التعرض للموضوع لأنها قد تستغني بهذا عن نظر الدعوى إذا أجابت الدفع على أن المحكمة قد تضم الدفع بعدم القبول إلى الموضوع وتقضي فيها بحكم واحد⁽¹⁴⁴⁾.

كذلك فإن تقديم طلب لرد الدعوى قبل الدخول في الأساس فإن المدعى عليه سيطلب في هذه الحالة من المحكمة التي تنتظر الدعوى وحيث إن الطلب المقدم تابع للدعوى وبالتالي فإن أول طلب سيكون من المدعى عليه هو وقف السير في الدعوى والانتقال للسير في الطلب المقدم هذا من جهة المدعى عليه مقدم الطلب، أما المدعي فإنه بين خيارين فإما أن يعارض الانتقال لرؤية الطلب المقدم من المدعى عليه أو لا يمانع في الانتقال لرؤية الطلب.

¹⁴³ - أ. محمد خليل أبو بكر - دفع عدم القبول ونظامها الاجرائي - مرجع سابق - ص 108.

¹⁴⁴ - أ. أمينة مصطفى النمر - الدعوى وإجراءاتها - مصر - الاسكندرية - منشأة المعارف - الطبعة بلا ص 214.

وعليه فإذا قررت المحكمة الانتقال لرؤية الطلب فإن مباشرة الاجراءات ستكون بافتتاح جلسة وتحديد الحضور بصيغة المستدعي والمستدعى ضده بدلا من المدعي والمدعى عليه، وعليه يقوم المستدعي او وكيله بتكرار لائحة الطلب كأول إجراء لنظر الطلب المقدم وعلى وكيل المستدعى ضده الرد على الطلب المقدم، وبعد تكرار لوائح الطلبات المقدمة من الاطراف يباشر المستدعي تقديم بيناته ومن ثم المستدعى ضده وبعد الانتهاء من البينات يقوم الخصوم بتقديم بيناتهم ومرافعاتهم وتصدر المحكمة قرارها في الطلب على ضوء ذلك وبمعنى آخر فإن مراحل الطلب في هذا التصور هي ذات مراحل الدعوى وأما القرار الذي تصدره المحكمة في الدفع وأثره على الدعوى يكون كالتالي:

أولاً: إذا أصدرت المحكمة قراراً بقبول الدفع من حيث الموضوع وعدم قبول الدعوى بناءً على مسوغات هذا الدفع فإن هذا الدفع سيؤدي إلى زوال الخصومة أمام المحكمة.

ثانياً: إذا كان القرار برفض الدفع أو عدم قبوله بالنتيجة فإن المحكمة ستعود إلى الانتقال لنظر الدعوى والسير بها من النقطة التي وصلت إليها⁽¹⁴⁵⁾.

إذن عندما يقوم الخصم بإثارة الدفع على شكل طلب لرد الدعوى قبل الدخول في الاساس، ورأت المحكمة أن شرائط قبول هذا الدفع متوفرة، فإنها تقرر وقف النظر في موضوع الدعوى والانتقال لرؤية الدفع⁽¹⁴⁶⁾.

وبهذا الانتقال تباشر نظر الطلب (الدفع) بنفس الاجراءات المعتادة لرؤية الدعوى من حيث حضور الخصوم وتقديم اللوائح، والمذكرات، والبيانات، والمستندات، والاعتراضات والمرافعات، ومن ثم تصدر حكمها في الطلب، وإن الحكم النهائي الصادر في الطلب كما ذكرت قد يكون بقبول الطلب وبالنتيجة رد الدعوى ويكون هذا القرار قابلاً للطعن فوراً بمجرد صدوره، باعتباره منهياً للخصومة، وقد يكون القرار برفض الطلب وهنا تقرر المحكمة السير في الدعوى من النقطة التي وصلت اليها، ولا يكون هذا القرار قابلاً للطعن منفرداً، باعتباره لا ينهي الخصومة، وهذا ما أكدته محكمة التمييز الاردنية حيث

¹⁴⁵ - أ. عبد الكريم فوزي القدومي - الدفع بعدم قبول الدعوى في التشريع الأردني - مرجع سابق - ص155.

¹⁴⁶ - الذي يتقدم بالطلب عادة هو المدعى عليه في الدعوى الاصلية، ومن الخطأ الشائع عملياً أن المستدعي يطلب في لائحة الطلب وقف السير في الدعوى الاصلية والانتقال لرؤية الطلب، والاصح أن يطلب وقف النظر في الموضوع والانتقال لرؤية الطلب، ذلك أن وقف السير في الدعوى هو قرار تنتهي به الخصومة.

قضت بأنه " لا يقبل الاستئناف بشكل مستقل القرار المتضمن رد الطلب المقدم لرد الدعوى قبل الدخول بالأساس لأنه لا ينهي الخصومة"⁽¹⁴⁷⁾.

الفرع الثاني: ضم الدفع إلى الدعوى:

إن المحكمة غير ملزمة ومقيدة بالانتقال لنظر الدفع بعدم القبول بشكل دائم ولكن الاصل المعتمد أن تنتقل المحكمة لنظر دفع عدم القبول على حده، أي وقف البحث في الدعوى وبحث الدفع موضوع الطلب، حيث إن النظر في الطلب قد يغني المحكمة عن بحث الموضوع. وإذا قررت المحكمة ضم الطلب للدعوى للفصل فيها بحكم واحد مع الدعوى وتسير بذات إجراءات الدعوى فإن ذلك يعني أن المحكمة ستفصل في الدفع والدعوى معاً⁽¹⁴⁸⁾.

وإن المحكمة عندما تقرر عادة ضم الدفع إلى الدعوى يكون في الأحوال التي تجد أن بحث الدفع يتوقف على بحث أساس الدعوى. والمحكمة في العادة لا تأمر بضم الدفع إلى الموضوع إلا إذا كان الحكم في الدفع يستوجب البحث في الموضوع، ويراعى أن الحكم في موضوع الدعوى دون التعرض للدفع يعد من جانب المحكمة قضاءً ضمناً برفض الدفع بعدم القبول⁽¹⁴⁹⁾.

وإذا قررت المحكمة ضم الدفع إلى الموضوع فإنها تباشر في نظر الدعوى، والسير في موضوعها، لإصدار الحكم النهائي فيها، ويتوجب عليها أن تبين ما قضت به في كل من الدفع والموضوع⁽¹⁵⁰⁾، وهذا الحكم يجب أن يكون مسبباً ومعللاً تعليلاً وافياً عملاً بالمادة (160) من قانون اصول المحاكمات المدنية الاردني، حيث يجب على المحكمة أن تعالج الدفع المثارة أمامها بشكل واضح وصريح، وإلا شاب حكمها القصور في التعليل، وبهذا المعنى قضت محكمة التمييز بما يلي: " يتعين نقض الحكم لقصوره في التعليل لأن محكمة الاستئناف لم ترد على الدفع التي أثارها المميز".

147 - أ. باسم محمد الزغول - الدفع المدنية بين النظرية والتطبيق - مرجع سابق - ص 205.

148 - أ. محمد خليل أبو بكر - دفع عدم القبول ونظامها الاجرائي - مرجع سابق - ص 109.

149 - د. فرج علواني هليل - الدفع في المواد المدنية والتجارية - مرجع سابق - ص 791.

150 - أ. باسم محمد الزغول - الدفع المدنية بين النظرية والتطبيق - مرجع سابق - ص 207.

ومن جانبنا نرى أن الأمر في ضم الدفع إلى الدعوى من عدمه يرجع عادة إلى تقدير القاضي لأهمية الدفع حسب حالته، ولأن المحاكم من الناحية العملية تقدر مسألة الانتقال لنظر الدفع حسب مسوغات الدفع ومدى الجدية في طرحه حيث أننا لمسنا من الناحية العملية أن الخصوم يحاولون طرح دفع عدم القبول لغايات المماطلة، وخصوصاً الدفع بانتقاء صفة الخصوم أو كما يسمى الدفع بعدم الخصومة. على أننا نؤيد انتقال المحكمة لنظر الدفع قبل البحث في الموضوع إذا استكانت إلى قيامه على أسس جدية وذلك عند فحصه ابتداءً وذلك لأن الفصل فيه قد يغنيها عن نظر الموضوع.

وإنه من المنطقي أن تفصل المحكمة في الدفع بعدم القبول قبل نظر الموضوع، ومع ذلك فإذا رأت المحكمة ضرورة لضم الدفع للموضوع فإنه يتوجب عليها أن تنبه الخصوم إلى ذلك حتى تمكنهم من إبداء ما لديهم من أوجه دفاع ودفع موضوعية، وفي هذه الحالة يجب على المحكمة إذا فصلت في الموضوع، أن تبين حكمها في الدفع والموضوع وأن تسبب كل منهما إعمالاً لنص المادة (2/191) من قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية الفلسطينية المرعي.

الفرع الثالث: عدم قبول الدفع (رد الدفع)

الدارج عملياً عند تقديم الدفع على شكل طلب لرد الدعوى قبل الدخول في الأساس، فإن المحكمة واحتراماً لحقوق الدفاع تمنح الخصم الموجه إليه الدفع (المستدعى ضده) فرصة لتحديد موقفه من هذا الدفع (الطلب)، حيث يتقدم بمذكرة خطية حول الدفع تتضمن موقفه منه ومدى قانونيته، وهذه المذكرة في الواقع هي دفعاً بعدم القبول.

فإذا تبين للمحكمة أن هذا الدفع المقدم لرد الدعوى غير قانوني ولا تتوافر شرائط قبوله فإنها تقرر عدم قبول الطلب (الدفع)، وتنتقل لرؤية الدعوى من حيث الموضوع وتكلف المستدعي (المدعى عليه) بالإجابة على الدعوى وتقديم بيناته لتباشر السير في الدعوى⁽¹⁵¹⁾. وبهذا المعنى قضت محكمة التمييز الاردنية بما يلي: "إذا كان الطلب منحصراً في رد الدعوى قبل الدخول في الأساس فيقتضي في حالة

¹⁵¹ - أ. باسم محمد الزغول - الدفع المدنية بين النظرية والتطبيق - مرجع سابق - ص 208.

رد الطلب أن تعود المحكمة للنظر في أساس النزاع بعد استبعاد موضوع الطلب وتتيح للفرقاء فرصة تقديم بياناتهم ومرافعاتهم ودفاعهم ثم تبت في الدعوى".

لقد حدد القانون الخيارات الأساسية للمحكمة لدى طرح الدفع بصورة طلب لرد الدعوى أو أحد الخيارين السابقين الذكر ولكن هناك خيار ثالث متصور طرحه في حالات معينة وذلك في الحالات التي تتعلق لزوماً بالنظام العام حيث إن المحكمة تتمتع فيها بشيء من الحرية لأن الدفوع المتعلقة بالنظام العام تعتبر من واجبات المحكمة التصدي لها بحيث تستجلي وقائع الدفع بشكل صحيح وحتى لا يضار أحد من الحكم ولأن الحقيقة الأساسية أن الحكم القضائي يمثل الحقيقة المتصورة للنزاع والذي يجب أن يطابق الحقيقة الموضوعية، وإذا أصدرت المحكمة قرارها فيكون ذلك تسرعاً من قبل المحكمة ويحق للخصوم استئناف هذا القرار مع الحكم الفاصل في الدعوى⁽¹⁵²⁾.

¹⁵² - أ. عبد الكريم فوزي القدومي - الدفع بعدم قبول الدعوى في التشريع الأردني-مرجع سابق- ص157.

من خلال ما تقدم يمكن التوصل لأهمية التفرقة ما بين الحكم بقبول الدفع بعدم القبول أو رد الدفع بعدم القبول وذلك وفقاً لما يلي:

1. إذا قبل الدفع بعدم القبول فإنه ينهي الخصومة، وقد يحوز حجية الشيء المحكوم به أما الحكم القاضي برد الدفع فليس له حجية.
2. الحكم الصادر بقبول دفع عدم القبول يقبل الطعن مباشرة خلال ميعاده وإلا سقط الحق في الطعن، أما الحكم الصادر برد الدفع فلا يقبل الطعن مباشرة وإنما بعد صدور الحكم الفاصل في الدعوى ما لم ينص القانون على خلاف ذلك وفقاً لما نص عليه قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية الفلسطينية في المادة (192) منه، ويشترط لقبول الطعن بالحكم القاضي برد الدفع قابلية الحكم في الموضوع للطعن فيه وإذا منع المشرع استئناف الحكم الصادر في موضوع ما امتنع استئناف الحكم القاضي برد الدفع الصادر في ذات القضية.
3. لا تتوافر مصلحة في الطعن في الحكم القاضي برد الدفع بعد صدور الحكم في الدعوى إلا إذا طعن في الحكمين معاً إذ ليس لهذا الحكم في الدفع كيان مستقل بحد ذاته وليس له حجية الشيء المقضي به ولا محل للطعن متى صدر الحكم في الموضوع لمصلحة المحكوم عليه.
4. لا يعد السير في الخصومة قبولاً للحكم القاضي برد الدفع وإن هذا الدفع لا يمكن أن يكون صحيحاً إلا إذا صدر القبول بصورة صريحة أو ضمنية.
5. استئناف الحكم الفاصل في الدعوى يتبعه استئناف الحكم القاضي برد الدفع ما لم يكن هذا الحكم قد قبل صراحة.

المطلب الثاني: الحكم الصادر بالدفع بعدم القبول وآثاره

إن الحكم الصادر في الدفع ينحصر في قبول الدفع أو رده، بغض النظر عن ميعاد صدوره، سواء صدر قبل الفصل في موضوع الدعوى، أو مع الحكم الفاصل فيها، وسواء تم التمسك بالدفع من الخصوم، أو قضت المحكمة من تلقاء ذاتها، وهو كأى حكم قضائي يجب أن يصدر وفقاً لأحكام القانون، بحيث يجب أن يكون مسبباً ومعللاً تعليلاً وافياً، وأن يعالج الدفع أو ردها، وإلا تعرض حكمها للطعن للقصور في التعليق.

يسعى الخصوم من وراء رفع الدعوى والسير فيها إلى وضع حد للنزاع الناشئ فيما بينهم، وكل ما يقدمونه من أوجه الدفاع وما يتخذونه من الاجراءات وما تأمر به المحكمة، مقصود به تمكين هذه المحكمة من اتخاذ قرار في المنازعة يتفق مع مركز الخصوم ويؤيد المحق ويرد المبطل. لذلك فإن من الطبيعي أن يكون الحكم خاتمة كل خصومة ترفع للقضاء ذلك أنه يبدأ دور القاضي بمجرد انتهاء دور الخصوم فيدرس القضية ويكون اعتقاده فيها ثم يتخذ القرار المتفق مع ذلك الاعتقاد. ويعرف الحكم بأنه كل قرار تتخذه هيئة قضائية تدخلت في منازعة بين خصمين وفي خصومة رفعت إليها طبقاً لقواعد قانون الأصول المدنية⁽¹⁵³⁾.

رأينا فيما سبق أن القانون يجيز إبداء الدفع في أية حالة تكون عليها الدعوى وهذا الدفع كغيره من الدفع يجوز إبداءه شفاهه سواء في حضور الخصم الآخر أو في غيبته، ويجوز أن يبدى كتابة. ويجوز أن يبدى قبل مواجهة الموضوع فتحكم المحكمة فيه على استقلال أو تأمر بضمه إلى الموضوع، والمحكمة لا تأمر بضم الدفع إلى الموضوع إلا إذا كان الحكم في الدفع يستوجب البحث في الموضوع، وإن الحكم الصادر بقبول الدفع أو عدم قبوله هو من الأحكام الصادرة قبل الفصل في الموضوع، أي من الأحكام الفرعية وهو بالتالي يخضع للقواعد العامة لهذه الأحكام الفرعية⁽¹⁵⁴⁾.

153 - د. محمود محمد الكيلاني - اصول المحاكمات والمرافعات المدنية - مرجع سابق ص 308.

154 - د. احمد أبو الوفا - نظرية الدفع في قانون المرافعات - مرجع سابق - ص 822.

الأصل أن الخصومة تنتهي بالحكم في الموضوع، إلا أنها قد تنتهي بحكم إجرائي، فالأحكام من حيث الطبيعة تقسم إلى أحكام فاصلة في الموضوع وأحكام إجرائية، وتبدو أهمية التفرقة بينهما أن الأولى، تعتبر قضاءً موضوعياً ترتب حجية الأمر المقضي به، وتمنع من إعادة تجديد النزاع موضوعاً، أما الأحكام الإجرائية فلا ترتب حجية الأمر المقضي به، وإنما تنحصر قوتها وأثرها داخل الإجراءات التي صدرت خلالها⁽¹⁵⁵⁾. ومن خلال هذا المطلب سنتناول بالدراسة ما يلي :

الفرع الأول: صدور الحكم في الدفع قبل الفصل في الموضوع.

الفرع الثاني: صدور الحكم في الدفع مع الحكم الفاصل في الموضوع.

الفرع الثالث: مدى قابلية الحكم الصادر في الدفع للطعن به.

¹⁵⁵ - د. وجدي راغب- مبادئ الخصومة المدنية-دار الفكر العربي-القاهرة-الطبعة الاولى-1978- ص363 وما بعدها.

الفرع الأول: صدور الحكم في الدفع قبل الفصل في الموضوع

إن صدور الحكم على هذا النهج في الدفع المقدم فإن منطوق الحكم إما أن يكون قبول الدفع ورد الدعوى، أو رد الدفع والسير في موضوع الدعوى. بحيث لا يكون الحكم الصادر بقبول الدفع بعدم القبول فاصلاً في موضوع الدعوى وإن كان منهيّاً للخصومة، وإنما يقرر قبل الحكم في الموضوع توافر أو عدم توافر سلطة الخصم في الالتجاء إلى القضاء، ويكون هذا الحكم باعتباره منهيّاً للخصومة قابلاً للطعن مباشرة دون الانتظار حتى صدور حكم في الموضوع⁽¹⁵⁶⁾. حيث نصت المادة (90) من قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية الفلسطيني رقم 2 لسنة 2001 بأنه "يجوز للمدعى عليه أن يدفع بعدم قبول الدعوى استناداً إلى أي سبب يؤدي لعدم قبولها قبل الدخول في الأساس، ويكون القرار الصادر برد الطلب أو قبوله قابلاً للاستئناف".

ويترتب على الحكم بقبول الدفع بعدم القبول على هذا النحو زوال إجراءات الخصومة مما يترتب عليه كذلك زوال سائر الآثار القانونية المترتبة على قيام الدعوى وبالتالي عودة الخصوم إلى ما كانوا عليه قبل رفع الدعوى.

أما عن حجية القرار الصادر في الدفع بعدم قبول الدعوى ومدى استنفاد هذا الحكم لولاية محكمة الدرجة الأولى، فقد ذهب بعض الفقه إلى القول بأن استئناف الحكم الصادر بقبول هذا الدفع يطرح النزاع برمته على محكمة الدرجة الثانية، فإذا قضت محكمة أول درجة بقبول الدفع بعدم قبول الدعوى، وطعن بهذا الحكم بالاستئناف ورأت المحكمة إلغاء الحكم، فيجب على محكمة الاستئناف في هذه الحالة إعادة الدعوى لمحكمة الدرجة الأولى للنظر في موضوعها⁽¹⁵⁷⁾. وهذا ما نصت عليه المادة (3/223) من قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية الفلسطيني المرعي بأنه "إذا ألغي الحكم المستأنف القاضي برد الدعوى لعدم الاختصاص أو لسبق الفصل فيها أو لسقوط الحق المدعى به بالتقادم أو لأي سبب شكلي ترتب عليه عدم الفصل في موضوعها وجب على محكمة الاستئناف أن تقرر إعادة الدعوى إلى محكمة أول درجة للنظر في موضوعها".

156 - د. نبيل اسماعيل عمر - الدفع بعدم القبول ونظامه القانوني - مرجع سابق - ص 273 وما بعدها.

157 - د. محمد عزمي البكري - الدفع في قانون المرافعات فقهاً وقضاءً - دار محمود للنشر والتوزيع - القاهرة - 1996 - ص 119.

هل الحكم الصادر بقبول الدفع يترتب عليه عدم جواز تجديد الدعوى أم أن أثر الحكم يقتصر على إلغاء إجراءات الخصومة التي صدر فيها؟

إن الحكم الصادر بقبول الدفع الموضوعي يترتب عليه عدم جواز تجديد الدعوى إذ يحوز حجية الشيء المحكوم به، أما الحكم الصادر بقبول الدفع الشكلي فهو 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. إلا أن الأمر يختلف بالنسبة لمدى جواز تجديد الدعوى بعد اكتساب الحكم الصادر بعدم القبول الدرجة القطعية، بحيث لا يمكن وضع قاعدة عامة تجري على كافة الدفوع بعدم القبول، فأحياناً يترتب على قبول الدفع بعدم قبول الدعوى عدم جواز تجديدها، كالدفع بسبق الفصل فيها والدفع بسقوط الاستئناف لرفعه بعد الميعاد، وأحياناً أخرى يمكن تجديد الدعوى، كالدفع بانتفاء المصلحة، فإذا وجدت مصلحة بعد ذلك جاز رفع الدعوى من جديد⁽¹⁵⁸⁾.

ومن خلال ما تقدم نلاحظ أن طبيعة الحكم الصادر بقبول الدفع تختلف عن طبيعة الحكم الصادر برفضه أياً كان هذا الدفع وذلك من خلال عدة نواحي يمكن استخلاصها مما سبق بالدراسة :

1. الحكم الصادر بقبول الدفع بعدم القبول يقبل الطعن المباشر به، باعتباره منهيًا للخصومة دائماً، وذلك بطرق الطعن المقررة قانوناً للطعن في الحكم الصادر في الموضوع، وخلال مواعيد الطعن المقررة للطعن في الحكم الصادر في الموضوع أيضاً. أما الحكم الصادر برفض الدفع فإنه لا ينهي الخصومة، وبالتالي لا يجوز الطعن فيه إلا مع الحكم الفاصل في الموضوع بشرط أن يكون الحكم قابل للطعن⁽¹⁵⁹⁾. هذا ما أخذ به كل من المشرع المصري والأردني وعلى خلاف ذلك ذهب المشرع الفلسطيني.⁽¹⁶⁰⁾

158 - د. احمد أبو الوفا- نظرية الدفوع في قانون المرافعات- مرجع سابق- ص813.

159 - د. نبيل اسماعيل عمر- الدفع بعدم القبول ونظامه القانوني- مرجع سابق- ص274 .

160 - أنظر نص المادة (90) من قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية الفلسطيني رقم 2 لسنة 2001.

2. الحكم الصادر بقبول الدفع ينهي الخصومة، ويحوز الحجية بالنسبة لما فصل فيه، أما الحكم القاضي برد الدفع فلا تنتهي به الخصومة وليس له هذه الحجية⁽¹⁶¹⁾.
3. لا تتوافر المصلحة للطعن في الحكم القاضي برد الدفع بعد صدور الحكم في الدعوى لصالح مقدم الدفع إلا إذا طعن في الحكمين معاً، أما المصلحة في الطعن فهي متوافرة دائماً بالنسبة للحكم الصادر بقبول الدفع.
4. لا يعد السير في الخصومة قبولاً للحكم القاضي برد الدفع، إن هذا القبول لا يمكن أن يكون صحيحاً إلا إذا صدر بصورة صريحة أو ضمنية، أما إقامة دعوى جديدة في حالة الحكم الصادر بقبول الدفع بإجراءات صحيحة، فيعتبر قبولاً بهذا الحكم.

الفرع الثاني : صدور الحكم في الدفع مع الحكم الفاصل في الموضوع:

يصدر الحكم في الدفع بهذه الصورة في حالة أن تقرر المحكمة ضم الدفع الى الموضوع لتفصل فيهما بحكم واحد، وحالة الدفوع التي تثار أثناء نظر الدعوى، ومع أن المحكمة ملزمة بإيضاح ما قضت به بخصوص الدفع، إلا أن محكمة التمييز الاردنية اعتبرت أن قضاء المحكمة في الموضوع يعني أنها قضت ضمناً برد الدفع، حيث قضت محكمة التمييز الأردنية في قرار رقم "67\360" (إذا نظرت محكمة البداية بالدعوى وحكمت في الموضوع فتكون قد قضت ضمناً برد الدفع بعدم اختصاصها مكانياً).

ويعتبر هذا الحكم ذا طبيعة موضوعية وإجرائية معاً حيث يفصل في الموضوع وينهي الخصومة معاً، ويكون قابلاً للطعن وفق قواعد الطعن المقررة قانوناً وخلال مدة الطعن الخاصة بالموضوع، كما يترتب على استئناف هذا الحكم استئناف جميع الاحكام التي صدرت في الدعوى ما لم تكن قد قبلت صراحة، وإذا اكتسب الحكم الصادر في الموضوع الدرجة القطعية فإنه يحوز قوة القضية المقضية ويصبح عنواناً للحقيقة، ويمنع من تجديد الدعوى⁽¹⁶²⁾.

161 - أ. باسم محمد الزغول - الدفوع المدنية بين النظرية والتطبيق - مرجع سابق - ص222.

162 - د. نبيل اسماعيل عمر - الدفع بعدم القبول ونظامه القانوني - مرجع سابق - ص 277 .

إلا أن طبيعة هذا الحكم تختلف في حالة الطعن فيه بالاستئناف من حيث نتيجة هذا الطعن حسب نوع الدفع أيضاً، فرغم أن محكمة الاستئناف تنظر النزاع برمته دفوعاً وموضوعاً، إلا أنها ملزمة بالرد على الدفوع وإلا شاب حكمها الغموض والقصور في التعليل. وتطبيقاً لذلك قضت محكمة التمييز الاردنية بما يلي: " إذا شاب رد محكمة الاستئناف على الدفوع الغموض والقصور في التعليل والتسبيب بحيث لا تتيح لمحكمة التمييز بسط رقابتها على الحكم المميز يكون حكمها مخالفاً للقانون ويشكل سبباً للنقض بمقتضى المادة 4\198 من قانون أصول المحاكمات المدنية الاردني⁽¹⁶³⁾.

وبالتالي إذا قررت محكمة الاستئناف فسخ الحكم الصادر برفض الدفع مثلاً، ورأت قبوله واكتسب هذا الحكم الدرجة القطعية، فإنه يزيل الحكم الصادر في الموضوع ويمكن إعادة طرح النزاع بإجراءات صحيحة إذا كان الدفع شكلياً، أو بعدم القبول وتسمح طبيعته بإعادة طرح النزاع، كأن تحكم محكمة الدرجة الأولى بالموضوع على اعتبار أنها مختصة، ومن ثم تقرر محكمة الاستئناف قبول الدفع المقدم بعدم اختصاص محكمة الدرجة الأولى وتقرر عدم اختصاصها بنظر الدعوى، فإن هذا الحكم يزيل الحكم الموضوعي ويمكن إعادة الدعوى للمحكمة المختصة ولا حاجة لتسجيل دعوى جديدة بذات الموضوع.

وفي حالة كان حكم محكمة الدرجة الأولى يقضي بقبول الدفع وفسخت محكمة الاستئناف هذا الحكم، وقررت رفض الدفع، فإنها تحكم بإعادة الدعوى لمحكمة الدرجة الأولى للنظر في موضوعها إستناداً لنص المادة (3/223) من قانون اصول المحاكمات المدنية والتجارية الفلسطينية⁽¹⁶⁴⁾.

¹⁶³ - تمييز حقوق رقم 93\301، مجلة نقابة المحامين الاردنيين، 1994، ص1273.
¹⁶⁴ - أ. باسم محمد الزغول - الدفوع المدنية بين النظرية والتطبيق - مرجع سابق - ص223.

لكل ما سبق دراسته في الفرعين السابقين يمكن أن نخلص إلى الآثار الذي يترتب عليه الحكم الصادر في الدفع بعدم القبول، سواء من حيث أثر الحكم الصادر على الخصومة، كذلك أثره على الحق الموضوعي والفرق بين أثر الحكم في حالة كان الدفع دعواً بعدم القبول أم دفعا شكلياً أم موضوعياً وذلك فيما يلي:

أولاً: أثر الحكم بقبول الدفع على الخصومة:

حيث إن الدفع بعدم القبول يوجه إلى الحماية القضائية فإن الحكم بقبوله يؤدي إلى زوال الخصومة المتولدة عن ممارسة الحق في اللجوء إلى القضاء وزوال سائر الآثار القانونية المترتبة على قيامها فيعود الخصوم إلى الحالة التي كانوا عليها قبل الدعوى، كالدفع بسبق الفصل في الدعوى، والدفع بفوات ميعاد الطعن، كذلك فإن أثر الحكم الصادر بقبول الدفع على الخصومة أكثر ما يكون عليه في حالة الدفع الشكلي، ذلك أن هذا الدفع بطبيعته يوجه إلى إجراءات الخصومة وعيوبها، وبالتالي فإن الحكم بقبوله يؤثر عليها تأثيراً مباشراً ويؤدي إلى زوالها كالدفع بعدم الاختصاص مثلاً حيث يؤدي قبوله إلى زوال الخصومة أمام المحكمة ولا بد من رفعها من جديد أمام المحكمة المختصة. أما في حالة الدفع الموضوعي وباعتبار أن هذا الدفع يوجه إلى الحق المدعى به، فإن الحكم بقبوله يؤثر مباشرة على الخصومة والحق الموضوعي معاً فهو يزيل الخصومة ويحسم النزاع على أصل الحق⁽¹⁶⁵⁾.

ثانياً: أثر الحكم بقبول الدفع على الحق الموضوعي:

إن أثر الحكم بقبول الدفع على الحق الموضوعي في الدفع بعدم القبول يؤثر على الحق الموضوعي بصورة غير مباشرة، ذلك أنه في معظم حالات الدفع بعدم القبول، لا يستطيع الخصم رفع دعواه من جديد، وبالتالي لا يستطيع الحصول على حكم في الموضوع حيث لا يستطيع استعمال حقه في

165 - د. نبيل اسماعيل عمر - الدفع بعدم القبول ونظامه القانوني - مرجع سابق - ص 274 وما بعدها 274، أبو الوفا، نظرية الدفع، ص 911.

الدعوى مرة أخرى، كالدفع بفوات المواعيد، والدفع بسبق الفصل في الدعوى، وفي الحالات الأخرى يؤخر الحصول على الحكم في الموضوع، كالدفع بالتحكيم، والدفع بسبق الدعوى لأوانها⁽¹⁶⁶⁾.

أما أثر الحكم بقبول الدفع على الحق الموضوعي في حالة كان الدفع شكلياً فإن الحكم بقبوله لا يؤثر مطلقاً على الحق الموضوعي، ويبقى حكماً إجرائياً مؤثراً على الخصومة فقط، وموجهاً إلى إجراءاتها، ولا يمنع من تجديد الدعوى بإجراءات صحيحة للحصول على حكم في موضوعها. وهذا بخلاف الدفع الموضوعي فإن الحكم بقبوله يؤثر مباشرة على الحق الموضوعي، ويحسم النزاع على أصل الحق باعتباره حكماً فاصلاً في الموضوع تترتب عليه كل الآثار القانونية المترتبة على الفصل في الموضوع، كتقرير الحقوق وتقويتها ويحوز الحجية التي تمنع من إعادة طرح النزاع مرة أخرى بين ذات الخصوم، وبذات الحق موضوعاً وسبباً مما يؤدي إلى استبعاد إصدار أحكام متناقضة⁽¹⁶⁷⁾.

الفرع الثالث: مدى قابلية الحكم الصادر في الدفع للطعن به

الأحكام القضائية عمل إنساني يرد عليها خطأ أو السهو، ويفسدها الغرض أو الجهل، مما برر أن تتاح للخصوم الذين خسروا الدعوى فرصة لإصلاح الخلل الذي شاب هذه الأحكام كعيوب فيها، لتفادي الأضرار التي تنجم عن التمسك بحكم غير عادل أو غير مطابق للقانون والحقيقة.

وأوجدت الشرائع منذ القدم طرقاً مختلفة للطعن في الأحكام لتمكن الخصوم من الوصول إلى إصلاحها أو إلغائها، وهي وسائل تمكن من حكم عليه الحصول على حكم آخر يكون فيه أسعد حظاً منه في الحكم الأول، ووسائل الطعن في الأحكام حددها المشرع لحماية المحكوم عليه من خطأ القاضي على نحو وفق بين هذه الوسائل الهادفة لحماية الحكم من خطأ القاضي وتدارك ما وقع فيه هذا القاضي من

166 - د. احمد أبو الوفا - نظرية الدفع في قانون المرافعات - مرجع سابق - ص 911.

167 - أ. باسم محمد الزغول - الدفع المدنية بين النظرية والتطبيق - مرجع سابق - ص 230.

خطأ، على نحو يتعين أن تصبح هذه الأحكام عنواناً للحقيقة وقرينة لا يجوز إثبات عكسها بأي طريق من طرق الإثبات⁽¹⁶⁸⁾.

وقد نصت المادة (90) من قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية الفلسطيني رقم 2 لسنة 2001 على أنه "يجوز للمدعى عليه أن يدفع بعدم قبول الدعوى استناداً إلى أي سبب يؤدي لعدم قبولها قبل الدخول في الأساس، ويكون القرار الصادر برد الطلب أو قبوله قابلاً للاستئناف". وبالتالي جاء نص المدة السابقة واضحاً وصريحاً بأن منح أطراف الدفع المقدم للمحكمة الطعن في القرار الصادر عن المحكمة سواء تم الطعن من المدعي أو من قبل المدعى عليه.

الفقرة الأولى: طرق الطعن في الحكم الصادر في الدفع بعدم القبول:

طرق الطعن في الأحكام القضائية هي وسائل حددها المشرع لإمكانية تظلم المحكوم عليه من الحكم الصادر بحقه، بهدف الكشف عن أخطاء هذا الحكم وإصلاحها.

والحكم الصادر في الدفع إذا كان قابلاً للطعن وتوافرت شروط قبوله فإنه تسري عليه طرق الطعن الخاصة بالحكم في الموضوع، إذ أن المشرع قد أرسى معياراً منضبطاً للأحكام التي تقبل الطعن بصورة عامة، مقتضاه أن يكون الحكم منهيّاً للخصومة، بحيث ترتفع يد المحكمة عن الدعوى حتى لو صدر هذا الحكم أثناء سير الدعوى.⁽¹⁶⁹⁾

وقد نصت المادة 170 من قانون أصول المحاكمات المدنية الاردني التي نصت على انه " 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 المستعجلة والأحكام الصادرة بوقف الدعوى"

¹⁶⁸ - د. محمود الكيلاني-أصول المحاكمات والمرافعات المدنية-مرجع سابق-ص228.

¹⁶⁹ - أ. باسم محمد الزغول - الدفوع المدنية بين النظرية والتطبيق - مرجع سابق - ص232.

كما نص المشرع الفلسطيني في المادة (90) من قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية انه " يجوز للمدعى عليه أن يدفع بعدم قبول الدعوى استناداً إلى أي سبب يؤدي لعدم قبولها قبل الدخول في الأساس، ويكون القرار الصادر برد الطلب أو قبوله قابلاً للاستئناف ". وبالتالي جاء نص المدة السابقة واضحاً وصريحاً بأن منح أطراف الدفع المقدم للمحكمة الطعن في القرار الصادر عن المحكمة سواء تم الطعن من المدعي أو من قبل المدعى عليه سواء كان الحكم برد الدفع أو قبوله.

كما نص المشرع الفلسطيني في المادة (192) من ذات القانون بأنه " لا يجوز الطعن في القرارات التمهيدية التي تصدر أثناء سير الدعوى ولا تنتهي بها الخصومة إلا مع الحكم الفاصل في موضوع الدعوى كلها عدا : 1- القرارات الوقتية والمستعجلة 2- القرارات الصادرة بوقف الدعوى 3- القرارات القابلة للتنفيذ الجبري 4- الأحكام الصادرة بعدم الاختصاص والإحالة إلى المحكمة المختصة، وفي هذه الحالة يجب على المحكمة المحالة إليها الدعوى أن توقفها حتى يفصل في الطعن. 5- الحالات التي نص القانون على جواز الطعن فيها استقلاً".

أولاً: الطعن بطريق الاستئناف:

الاستئناف هو وسيلة تطبيق مبدأ التقاضي على درجتين وهو طريق طعن عادي، به يطرح الخصم الذي صدر الحكم كلياً أو جزئياً لغير صالحه، هذا الحكم أمام محكمة أعلى من تلك التي أصدرته.

ويسري على استئناف الحكم الصادر في الدفع جميع القواعد والأحكام والشروط القانونية لاستئناف الأحكام، والأصل أن الاستئناف ينقل موضوع النزاع برمته إلى محكمة الاستئناف لتتظر فيه وتصدر حكمها، تطبيقاً لما يسمى الأثر الناقل للاستئناف، وهو ما نصت عليه المادة (219) من قانون أصول المحاكمات المدنية الفلسطيني رقم 2 لسنة 2001 على انه " الاستئناف ينقل الدعوى بحالتها التي كانت عليها قبل صدور الحكم المستأنف بالنسبة لما رفع عنه الاستئناف فقط".

وكون القرار الصادر في الدفع قد ينهي الخصومة دون البت في موضوعها فإن الأثر الناقل لاستئناف هذا القرار لا يطرح أمام محكمة الاستئناف إلا ما فصلت فيه محكمة الدرجة الأولى وهو الدفع والعناصر التي كانت لازمة للفصل فيه، ذلك أن محكمة الدرجة الأولى لم تستنفذ ولايتها بالنسبة للموضوع، وينطبق هذا الحكم في حالة صدور القرار بقبول الدفع قبل الفصل في موضوع الدعوى أما في حالة رد الدفع وحالة ضم هذا الدفع وصدور الحكم فيه مع الحكم الفاصل في الموضوع، وحالة الدفع الموضوعي، فلا مجال لتطبيق هذه القاعدة ذلك أن محكمة الدرجة الأولى قد استنفذت ولايتها بالنسبة لموضوع النزاع، وبالتالي تنتشر الدعوى برمتها أمام محكمة الاستئناف⁽¹⁷⁰⁾. هذا ما أخذ به المشرع المصري وبالرجوع إلى ما أخذ به المشرع الفلسطيني فإنه وفي حال أن تم إلغاء الحكم المستأنف القاضي برد الدعوى لعدم الاختصاص أو لسبق الفصل فيها أو لسقوط الحق المدعى به بالتقادم أو لأي سبب شكلي يترتب عليه عدم الفصل في موضوعها يجب على محكمة الاستئناف أن تقرر إعادة الدعوى إلى محكمة أول درجة للنظر في موضوعها ، كذلك أجاز القانون للمدعى عليه أن يدفع بعدم قبول الدعوى قبل الدخول في الأساس ويكون القرار الصادر برد الطلب أو قبوله قابلاً للاستئناف. ⁽¹⁷¹⁾

ثانياً: الطعن بطريق النقض:

محكمة النقض ليست درجة من درجات التقاضي بل هي محكمة قانون هدفها مراقبة تطبيق القانون، وتوحيد فهم المحاكم له وإلغاء الحكم المخالف له، لذلك فإن أسباب الطعن بالنقض تكون محددة، فقد نصت المادة (225) من قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية الفلسطيني رقم 2 لسنة 2001 على ما يلي " للخصوم حق الطعن بطريق النقض في الأحكام النهائية الصادرة من محاكم الاستئناف إذا كان الطعن مبنياً على مخالفة للقانون أو خطأ في تطبيقه أو تأويله".

170 - د. احمد أبو الوفا- نظرية الدفوع في قانون المرافعات- مرجع سابق- ص188.

171 - أنظر نص المادة (90) والمادة (3/223) من قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية الفلسطيني رقم 2 لسنة 2001.

كذلك نص المادة (226) من ذات القانون نصت على أنه "يجوز للخصوم أن يطعنوا بطريق النقض في أي حكم نهائي في الأحوال التالية: 1- إذا وقع بطلان في الحكم أو بطلان في الإجراءات أثر في الحكم 2- إذا تناقض الحكم المطعون فيه مع حكم سابق حاز قوة الأمر المقضي فيه وصدر بين الخصوم أنفسهم وبذات النزاع". وبالتالي فإن الحكم الصادر عن محكمة الاستئناف في الدفع أياً كان يجوز الطعن به بالنقض وفق القواعد العامة لنقض الأحكام شروطاً ومواعيد وإجراءات، سواء صدر هذا الحكم منفرداً أو مع الحكم الفاصل في الموضوع.

الفقرة الثانية: الشروط الواجب توافرها لقبول الطعن في الحكم الصادر في الدفع بعدم القبول:

سأتناول بالدراسة في هذه الفقرة الشروط الواجب توافرها في كل من الطاعن والمطعون ضده وفي الحكم محل الطعن وذلك وفقاً لما يلي:

أولاً: الشروط الواجب توافرها في الطاعن:

1. أن يكون الطاعن طرفاً في الخصومة التي صدر فيها الحكم بالدفع بعدم قبول الدعوى، حيث إن إجراءات المرافعات هي إجراءات نسبية وفقاً للمبدأ العام في قانون المرافعات وقانون أصول المحاكمات المدنية، لذا فإن الحكم في الدفع بعدم القبول لا يحتج به إلا بين خصوم الدفع الذي صدر الحكم فيه، لذا فالغير الذي لم يكن طرفاً في الخصومة التي صدر فيها الحكم بالدفع لا يحق له الطعن في هذا الحكم لأنه لا يؤثر على حقوقه ولا يحتج به عليه⁽¹⁷²⁾.

2. أن يرفع الطاعن طعنه بذات الصفة التي اتصفت فيها الخصومة التي صدر فيها الحكم بالدفع، فلا يكفي أن يكون الطاعن طرفاً في الخصومة التي صدر فيها الحكم بالدفع بل يلزم

¹⁷² - د. عبد المنعم حسني - طرق الطعن في الأحكام المدنية والتجارية - الجزء الأول - ط2 - منشورات مدونة التشريع والقضاء - 1983 - القاهرة - ص124.

أن يرفع طعنه بالصفة التي مثل بها في تلك الخصومة، وإلا أصبح خصماً آخر فلا يقبل دفعه⁽¹⁷³⁾.

3. أن يكون الطاعن محكوماً عليه والأصل أن لا حق لخصم في الطعن على حكم إلا إذا كانت له مصلحة في الطعن، إذا كان مدعياً وقضى بعدم قبول دعواه أو مدعى عليه وقضى برفض دفعه⁽¹⁷⁴⁾.

4. أن يكون للطاعن مصلحة في طعنه إن المصلحة ليست شرطاً لقبول الدعوى فحسب بل وإنما هي شرط لقبول أي طلب أو دفع أو طعن في الحكم أو إتخاذ أي إجراء من إجراءات الخصومة.

ثانياً: الشروط الواجب توافرها في المطعون ضده:

- 1- أن يكون طرفاً في الخصومة التي صدر فيها الحكم بالدفع بعدم القبول.
- 2- أن يختصم بذات صفته التي كانت في تلك الخصومة.
- 3- أن يكون محكوماً له.
- 4- ألا يكون المطعون ضده قد تنازل عن الحكم المطعون فيه⁽¹⁷⁵⁾.

¹⁷³ - د. نبيل عمر - النظرية العامة للطعن بالنقض في المواد المدنية والتجارية - ط1 - منشأة المعارف - الاسكندرية - 1980 - ص322.

¹⁷⁵ - د. عبد المنعم حسني - طرق الطعن في الأحكام المدنية والتجارية - مرجع سابق - ص323.

ثالثاً: الشروط الواجب توافرها في الحكم محل الطعن:

إذا كان الحكم الصادر في الدفع يقبل الطعن في أحوال معينة إلا أن هناك شروطاً يجب توافرها لقبول هذا الطعن أهمها:

1- يشترط لقبول الطعن في القرار الصادر في الدفع سواء طعن بهذا القرار منفرداً، إذا كان منهيّاً للخصومة (في حالة قبول الدفع) أو بعد الحكم المنهي للخصومة إذا كان غير منهي لها (في حالة رفض الدفع)، أن يكون الحكم في الموضوع قابلاً للطعن فيه، فلا يجوز الطعن في الحكم الصادر في الدفع⁽¹⁷⁶⁾.

كحالة وجود نص تشريعي يمنع الطعن في أحكام معينة، كالمادة (1\39) من قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية الفلسطينية رقم 2 لسنة 2001 التي منعت الطعن في الأحكام الصادرة في القضايا المدنية المتعلقة بمبلغ نقدي إذا كانت قيمة المدعى به لا تتجاوز ألف دينار أردني حيث جاء نص المادة كما يلي " تختص محكمة الصلح بالنظر فيما يلي : 1- الدعاوى التي لا تتجاوز قيمتها عشرة آلاف دينار أردني أو ما يعادلها بالعملة المتداولة قانوناً ويكون حكمها قطعياً في الدعاوى المتعلقة بمبلغ نقدي أو منقول إذا كانت قيمة المدعى به لا تتجاوز ألف دينار أردني أو ما يعادلها بالعملة المتداولة قانوناً " .

كذلك المادة (2\10) من قانون تشكيل المحاكم النظامية الأردني بصيغتها المعدلة في القانون رقم 12 لسنة 1989 التي منعت تمييز الأحكام الاستثنائية الحقوقية الصادرة في غير الدعاوى البدائية التي لا تتجاوز فيها قيمة الدعوى عن خمسمائة دينار إلا بإذن من رئيس محكمة الاستئناف أو من رئيس محكمة التمييز. " والمادة (2\28) من قانون محاكم الصلح الأردني رقم 15 لسنة 1952 التي منعت الطعن في الأحكام الصادرة في القضايا المدنية المتعلقة بمبلغ نقدي ومال منقول إذا كانت قيمة المدعى به لا تتجاوز المائة دينار.⁽¹⁷⁷⁾

¹⁷⁶ - د. نبيل اسماعيل عمر - الدفع بعدم القبول ونظامه القانوني - مرجع سابق - ص 281 وما بعدها.

¹⁷⁷ - د. نبيل اسماعيل عمر - الدفع بعدم القبول ونظامه القانوني - مرجع سابق - ص 281 وما بعدها.

2- أن يتم الطعن بالحكم خلال الميعاد الخاص بالطعن.

يجب أن يقدم الطعن في الحكم الصادر خلال المدة التي يطعن فيها بالحكم الصادر في الموضوع، فإذا لم يراع هذا الميعاد ترتب على ذلك رد الطعن شكلاً، وتقضي المحكمة برد الطعن من تلقاء ذاتها عملاً بالمادة (195) من قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية الفلسطيني رقم 2 لسنة 2001 والتي نصت على أنه " يترتب على عدم مراعاة مواعيد الطعن في الأحكام والقرارات رد الطعن شكلاً وتقضي به المحكمة من تلقاء نفسها.

وإذا حدد المشرع ميعداً خاصاً للطعن في الحكم الصادر في الموضوع، يسري هذا الميعاد على الحكم الصادر في الدفع أيضاً، وبالتالي يجب أن يتم الطعن في الحكم الصادر في الدفع خلال هذا الميعاد تحت طائلة رد الطعن شكلاً⁽¹⁷⁸⁾.

ويتم حساب ميعاد الطعن في الحكم الصادر في الدفع حسب القواعد العامة، أي من اليوم التالي لصدور الحكم إذا كان حضورياً، ومن اليوم التالي لتبليغه إذا بمثابة الحضور (المادة 193 و المادة 205 والمادة 227 من قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية الفلسطيني رقم 2 لسنة 2001).

¹⁷⁸ - أ. باسم محمد الزغول - الدفوع المدنية بين النظرية والتطبيق - مرجع سابق - ص237، د.نبيل اسماعيل عمر - الدفع بعدم القبول ونظامه القانوني - مرجع سابق - ص278.

الخاتمة:

وتشمل أهم النتائج والتوصيات التي توصلت إليها من خلال الدراسة وهي كالتالي:

- 1- إن الدفع بعدم القبول، هو وسيلة دفاع يرمي إلى إنكار وجود الدعوى أساساً، من خلال التمسك بعدم توافر شرط من شروط الدعوى، سواء كانت شروطها العامة أو الخاصة. حيث أن الدفع بعدم القبول هي نظام إجرائي خاص بها، وأنها تقترب في بعض أحكامها من الدفع الشكلية من حيث وجوب إبدائها قبل الدخول في أساس الدعوى والفصل فيها على حده، وعدم مساسها بأصل الحق المدعى به، ووجوب إثارتها من قبل المحكمة في تعلقها بالنظام العام. وإن الدفع بعدم القبول تلتقي مع الدفع الموضوعية في جواز إبدائها في أي حالة كانت عليها الدعوى وجواز ضمها إلى الموضوع والفصل فيها مع الحكم الفاصل في الموضوع.
- 2- يسلب الدفع بعدم القبول سلطة المدعي في استعمال الدعوى، كون هذه السلطة لم تباشر وفق الشكل المحدد له، ومن ثم أصبحت وسيلة المدعي (الدعوى) غير قادرة للمطالبة بالحقوق.
- 3- غموض الدفع بعدم القبول، وعدم وضوح معالمه أدى إلى حصول اضطراب في بيان طبيعته القانونية لدى الفقهاء، إلا أن ما أستقر عليه حالياً، أن الدفع بعدم القبول هو دفعاً مستقلاً وقائماً بذاته ولا يؤثر فيه وجود بعض ملامح التشابه ما بين أحكامه وأحكام الدفع الأخرى، فهذا الدفع يشكل نوعاً ثالثاً من الدفع ويقع في مرحلة وسطى ما بين الدفع الشكلية والدفع الموضوعية.
- 4- إن الحكم الصادر بقبول هذا الدفع يتميز عن الدفع الأخرى من حيث عدم إمكانية وضع حكم عام يتعلق بآثره، فأحياناً يترتب على الحكم بقبوله عدم جواز تجديد الدعوى، وأحياناً أخرى يقتصر أثر الحكم بعدم القبول على إلغاء إجراءات الدعوى ويكون من الممكن تجديدها.
- 5- يترتب على كون الدفع بعدم القبول من النظام العام في بعض الحالات أن تتصدى له المحكمة بإثارته من تلقاء نفسها دون انتظار إثارته من أحد الخصوم وذلك في أي مرحلة من مراحل الدعوى.

6- إذا ألغت محكمة الاستئناف الحكم بعدم قبول الدعوى المستأنف فيه، يجب عليها إعادة الدعوى لمحكمة الموضوع للنظر في موضوع النزاع، لعدم استنفاد محكمة الموضوع لولايتها، لأنها لم تنظر فيه بعد ولكي لا تقوت على الخصم درجة من درجات التقاضي.

7- إذا تخلف الخصم عن تقديم الدفع في الموعد الذي حددته المحكمة بعد إمهاله نهائياً من قبل المحكمة فإن حقه في هذه الحالة يسقط لأن المقصر أولى بالخسارة.

8- يجوز لمن له مصلحة وصفة يحميها القانون أن يتنازل عن الدفع بعدم القبول بحيث إن التنازل عن الدفع هو حق للخصم ويجوز له استعماله من عدمه ما لم يتعلق الدفع بالنظام العام ففي هذه الحالة يحق للمحكمة إثارته ولو لم يتمسك به الخصم.

10- إن قبول الدفع بعدم القبول يترتب عليه إنهاء الخصومة، وقد يحوز حجية الشيء المحكوم به، أما الحكم القاضي برد هذا الدفع فيحوز حجية مؤقتة.

11- إن الحكم الصادر في الدفع ينحصر في قبول الدفع أو رده، بغض النظر عن ميعاد صدوره، سواء صدر قبل الفصل في موضوع الدعوى، أو مع الحكم الفاصل فيها، وسواء تم التمسك بالدفع من الخصوم، أو قضت المحكمة من تلقاء ذاتها، وهو كأى حكم قضائي يجب أن يصدر وفقاً لأحكام القانون، بحيث يجب أن يكون مسبباً ومعللاً تعليلاً وافياً.

12- الدفع بعدم القبول يوجه إلى الحماية القضائية بالتالي فإن الحكم بقبوله يؤدي إلى زوال الخصومة المتولدة عن ممارسة الحق في اللجوء إلى القضاء وزوال سائر الآثار القانونية المترتبة على قيامها فيعود الخصوم إلى الحالة التي كانوا عليها قبل الدعوى.

13- ضرورة الفصل في دفع عدم القبول على إفراد وعدم التعرض للأساس توفيراً للوقت وجهد المحكمة وتحقيقاً للعدالة، حيث إن دفع عدم القبول لها طبيعة خاصة وسمة خاصة تميزها عن باقي أنواع الدفع.

أما أهم التوصيات التي توصلت إليها كباحث في هذه الدراسة:

1- إعادة صياغة نص المادة (90) من قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية الفلسطيني رقم (2) لسنة 2001 بحيث يتم إفراد نصوص وأحكام تتعلق بالدفع بعدم القبول، وبيان الآثار المترتبة على الدفع بعدم القبول كذلك وضع قواعد وأحكام تتعلق بالدفع حتى لا يصبح إثارة الدفع هو وسيلة للمماطلة في الدعوى مما يؤدي ذلك إلى إطالة أمد التقاضي.

النص المقترح " يجوز للمدعى عليه أن يدفع بعدم قبول الدعوى استناداً إلى أي سبب يؤدي لعدم قبولها قبل الدخول في الأساس، ويكون القرار الصادر برد الطلب أو قبوله قابلاً للاستئناف، ويجب على المستدعي (المدعى عليه) أن يتقدم بكفالة عدلية تضمن المستدعى ضده (المدعى) في حال إن كان المستدعي غير محق في دفعه.

2- نوصي المشرع الفلسطيني بوضع النصوص القانونية التي تجيز للمحكمة بفرض الغرامات ضد من يثير دفع بعدم القبول يتبين بعد المحاكمة بأنه غير محق في دفعه وإنه كان يهدف من وراء الدفع المماطلة وإطالة أمد المحاكمة.

3- تنظيم أحكام كل من الدفع الشككية والموضوعية والدفع بعدم القبول ووضع النصوص القانونية التي تتعلق بكل دفع على حدة لعدم الخلط بينها ولتتم وضع القواعد التي تحكم كل دفع.

4- على المشرع الفلسطيني تعديل نص المادة (89) من قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية رقم (2) لسنة 2001 وذلك ببيان ماهية الدفع والطلبات التي يجب على الخصوم تقديمها قبل الدخول في أساس الدعوى حيث أن نص المادة 89 لم يذكر الدفع والطلبات على سبيل الحصر حيث أن الدفع والطلبات لا تقع تحت حصر، وهذا ما فتح الباب أمام الاجتهادات الفقهية والقضائية مما أثار الكثير من الخلافات حولها. كذلك فإن نص المادة (89) جاء قد جاء بصيغة عامة فلم يتم الإشارة إلى أن دفع عدم القبول المتعلقة بالنظام العام يجوز إثارتها في أي مرحلة من مراحل الدعوى.

المصادر والمراجع:

- 1- القرآن الكريم
- 2- الدكتور احمد ابو الوفا ، نظرية الدفوع في قانون المرافعات ، الطبعة الخامسة ، سنة 1977 ، منشأة المعارف ، مصر .
- 3- الدكتور أحمد ابو الوفا - نظرية الدفوع - مصر - الاسكندرية - منشأة المعارف، الطبعة بلا.
- 4- الدكتور احمد ابو الوفا ، أصول المحاكمات المدنية ، الدار الجامعية ، بيروت ، الطبعة بلا ، 1985.
- 5- الدكتور أحمد مسلم ، أصول المرافعات ، دار الفكر العربي ، الطبعة بلا ، مصر ، سنة 1977 .
- 6- الدكتور أحمد مليجي ، الموسوعة الشاملة في التعليق على قانون المرافعات ، الجزء الاول ، الطبعة الرابعة، 2005.
- 6- الدكتور ابراهيم حرب محيسن ، طبيعة الدفع بالتحكيم في الخصومة المدنية ، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، عمان ، الطبعة الاولى ، سنة 1991.
- 7- الاستاذة أمينة مصطفى النمر ، الدعوى وإجراءاتها ، منشأة المعارف ، مصر ، الاسكندرية ، الطبعة بلا، سنة 1999.
- 8- الاستاذ باسم محمد الزغول ، الدفوع المدنية بين النظرية والتطبيق ، دار اليقظة للنشر ، الطبعة الاولى ، سنة 2000 .
- 9- الدكتور بشار ملكاوي ، الدكتور نائل مساعدة ، الدكتور أحمد منصور ، شرح نصوص قانون أصول المحاكمات المدنية الاردني ، دار وائل للنشر ، الطبعة بلا ، سنة 2008.
- 10- الاستاذ خالد شهاب ، الدفوع في قانون المرافعات ، الطبعة الثانية ، مصر ، 1998.
- 11- الدكتور رائد الكردي ، الدفوع الشكلية بين الشريعة وقانون أصول المحاكمات المدنية ، الطبعة الأولى ، 2010.
- 12- الدكتور صلاح الدين سلحدار ، أصول المحاكمات المدنية ، منشورات جامعة حلب ، حلب ، الطبعة بلا ، سنة 1985م.

- 13- الدكتور عثمان التكروري ، الكافي في شرح قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية ، دار الفكر ، الجزء الاول ، سنة 2013.
- 14- الدكتور عبد الرازق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ، الجزء الاول ، الطبعة الثالثة.
- 15- الدكتور عبد المنعم حسني ، طرق الطعن في الأحكام المدنية والتجارية ، منشورات مدونة التشريع والقضاء ، القاهرة ، الجزء الاول ، الطبعة الثانية ، سنة 1983م.
- 16- الدكتور فرج علواني هليل ، الدفوع المدنية والتجارية ، دار المطبوعات الجامعية ، الاسكندرية ، الطبعة بلا ، سنة 2008.
- 17- الدكتور فتحي والي ، قانون القضاء المدني الكويتي ، الطبعة بلا ، سنة 1977.
- 18- الدكتور فتحي والي ، الوسيط في قانون القضاء المدني ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، الطبعة الاولى ، سنة 1980م.
- 19- الاستاذة فاتن جمال مسعود ، طبيعة الدفع بمرور الزمن في الدعوى المدنية ، دار وائل ، الطبعة الاولى ، عمان ، 2012.
- 20- الدكتور قاسم محمد بني بكر ، نظرية الدفع الموضوعي في الفقه الاسلامي والقانون ، دار الثقافة ، الطبعة الاولى ، 2009م .
- 21- الدكتور لورنس سعيد الحوامدة ، الدفوع الشكلية في قانون أصول المحاكمات الجزائية ، دار الضياء للنشر ، الطبعة بلا ، 2009.
- 22- الاستاذ محمد خليل ابو بكر ، دفع عدم القبول ونظامها الاجرائي ، دار الثقافة ، الطبعة الاولى ، سنة 1996.
- 23- الدكتور محمود محمد الكيلاني ، أصول المحاكمات والمرافعات المدنية ، المجلد الأول ، الطبعة بلا ، دار الثقافة ، سنة 2012.
- 24- الدكتور محمد نعيم ياسين ، نظرية الدعوى بين الشريعة وقانون المرافعات المدنية والتجارية ، دار الثقافة ، الطبعة بلا ، سنة 2010.
- 25- الدكتور محمود السيد التحيوي ، الصفة غير العادية وآثارها في رفع الدعوى القضائية ، دار الجامعة الجديدة للنشر ، الطبعة بلا ، 2003.

- 26- الدكتور محمد فهد غرابية ، الدفع بعدم الخصومة القضائية في الشريعة الاسلامية والقانون ، دار الثقافة، الطبعة بلا ، سنة 2008.
- 27- الاستاذ محمد عبد اللطيف ، التقادم المكسب والمسقط ، لجنة المحامين العرب ، الطبعة الاولى ، سنة 1958 م .
- 28- الدكتور محمد نور شحاته ، الوجيز في الاجراءات المدنية ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، الطبعة بلا ، سنة 1995 م .
- 29- الدكتور محمد عزمي البكري ، الدفع في قانون المرافعات فقهاً وقضاءً ، دار محمود للنشر والتوزيع ، القاهرة ، الطبعة بلا ، سنة 1996م.
- 30- الدكتور نبيل اسماعيل عمر، قانون المرافعات المدنية والتجارية، دار الجامعة الجديدة للنشر، الاسكندرية، الطبعة بلا، سنة 1997.
- 31- الدكتور نبيل اسماعيل عمر، الدفع بعدم القبول ونظامه القانوني، منشأة المعارف، مصر، الطبعة الاولى، سنة 1981م.
- 32- الدكتور نبيل اسماعيل عمر، الدفع بعدم القبول ونظامه القانوني، منشورات منشأة المعارف، الاسكندرية، الطبعة الاولى، سنة 1980م.
- 33- الدكتور نبيل اسماعيل عمر، النظرية العامة للطعن بالنقض في المواد المدنية والتجارية، منشأة المعارف، الطبعة الاولى، الاسكندرية، سنة 1980م.
- 34- الاستاذ هشام الطويل، الدفع بعدم قبول الدعوى في قانون المرافعات والقوانين الخاصة، منشأة المعارف، الطبعة بلا، الاسكندرية، سنة 1988م.
- 35- الدكتور وجدي راغب، الموجز في مبادئ القضاء المدني، دار الفكر العربي، القاهرة، الطبعة الاولى، سنة 1977م.
- 36- الدكتور وجدي راغب ، مبادئ الخصومة المدنية ، دار الفكر العربي ، القاهرة ، الطبعة بلا ، سنة 1978م.
- 37- علي حيدر - شرح المجلة - الجزء الرابع - دار الجبل - بيروت.

المعاجم:

- المعجم الوسيط ، مجمع اللغة العربية ، الطبعة الاولى ، سنة 1980.

الرسائل الجامعية:

- 1- سعاد عطية الدعالسة، الدفع بعدم القبول في القانون الفلسطيني، رسالة ماجستير، جامعة الازهر، غزة، 2013.

- 1- الاستاذ عبد الكريم فوزي القدومي ، الدفع بعدم قبول الدعوى في التشريع الاردني ، رسالة ماجستير ، كانون الثاني ، الجامعة الاردنية ، سنة 1995 .

- 2- الاستاذ فهد بن زين نافع السلمي ، الدفع بعدم قبول الدعوى في نظام المرافعات ، رسالة ماجستير ، جامعة نايف للعلوم الامنية ، 2008.

البحوث القانونية:

- 1- الاستاذ ايمن شاهين ، وجهة نظر دول الدفع بالتحكيم ، بحث قانوني ، المركز الفلسطيني لاستقلال المحاماة والقضاء (مساواة)، دستورية التحكيم وطبيعته القانونية والمحكمة المختصة بمسائله ، تشرين الثاني ، 2009.

- 2- الاستاذ عبد الله محمود ربايعه ، الاستاذ يوسف عبد الله الشريف ، وقت إثارة دفع الدعوى ، بحث قانوني ، دراسات، علوم الشريعة والقانون ، المجلد 35، العدد 1، 2008.

المجلات القضائية :

- 1- مجلة نقابة المحامين . 1995 ص 62
- 2- مجلة نقابة المحامين 1998 . سنة 1991
- 3- مجلة نقابة المحامين 1994.

القوانين:

- 1- مجلة الأحكام العدلية.
- 2- قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية الفلسطيني رقم 2 لسنة 2001 .

- 3- قانون أصول المحاكمات الحقوقية الفلسطينية رقم 42 لسنة 1952.
- 4- قانون المرافعات المصري رقم 13 لسنة 1986.
- 5- قانون أصول المحاكمات المدنية اللبنانية الجديد رقم 90 لسنة 1998.
- 6- قانون أصول المحاكمات المدنية الاردني رقم 24 لسنة 1988.
- 7- قانون التحكيم الفلسطيني رقم 3 لسنة 2000.
- 8- قانون التحكيم الاردني رقم 31 لسنة 2001.
- 9- قانون التحكيم الأردني رقم 31 لسنة 2001.
- 10- قانون التحكيم المصري رقم (27) لسنة 1994

الملاحق:

ملحق (1): قرارات صادرة عن المحاكم فيما يتعلق بالدفع بعدم القبول :

1- إن مجرد صدور حكم بالمبلغ المدعى به لا يعني الفصل في دفع المدعى عليه بل لا بد من الرد

عليها دفعاً دفعاً وبكل وضوح وتفصيل ليتسنى بسط الرقابة على ذلك عند النظر في التمييز.

(تميز أردني حقوق 73\136 ص 826 لسنة 1973)

2- متى حاز الحكم قوة الامر المقضي فإنه وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة يمتنع على الخصوم

في الدعوى التي صدر فيها العودة الى المناقشة في المسألة التي فصل فيها بأي دعوى تالية يثار فيها

هذا النزاع ولو بأدلة قانونية أو واقعية لم يسبق إثارتها في الدعوى الأولى أو أثرت ولم يبحثها الحكم

الصادر فيها وإذا إلغى الحكم الحائز لحجية الشئ المحكوم فيه زالت عنه هذه الحجية.

(طعن مصري رقم 792 لسنة 49 - جلسة 1983\1\11)

3- مناط الحجية التي تثبت للأحكام أن تكون قد فصلت في حق من الحقوق كلياً أو جزئياً - فصلاً جازماً

غير معلق على احتمال ثبوت أمر آخر .

(نقض مدني مصري جلسة 1980\1\26 الطعن رقم 18 لسنة 45)

4- المقصود بالدفع بعدم القبول الذي تعنيه المادة (115) مرافعات مصري هو الدفع الذي يرمي إلى

الطعن بعدم توافر الشروط اللازمة لسماع الدعوى وهي الصفة والمصلحة والحق في رفع الدعوى .

(طعن مصري رقم 2359 لسنة 55 - جلسة 1990\3\15)

5- الدفع بعدم قبول الدفع الشكلي بسبب الادلاء به بعد التكلم في الموضوع هو من الدفع بعدم القبول

التي تبدى في أية حالة تكون عليها الدعوى.

جواز إبداء الدفع بعدم قبول الدعوى لرفعها من غير ذي صفة في أية حالة تكون عليها الدعوى ولو

أمام محكمة الاستئناف.

(نقض مصري 303-28 جلسة 1977\2\2)

6- لا يجوز للمحكمة أن تقضي بالدفع بمرور الزمن من تلقاء نفسها ، لأنه من حق الخصوم ، ولا يجوز إثارة هذا الدفع لأول مرة أمام محكمة التمييز وكذلك في المرحلة الاستئنافية بعد النقض .

(تمييز أردني حقوق 93\1022 . ص 1547 لسنة 1994)

7- يسمع الدفع بالتقادم في أي مرحلة من مراحل الدعوى ما لم يصدر من المدعى عليه إقراراً بالحق المدعى به .

(تمييز اردني 91\443 . ص 1480 لسنة 91)

8- لا يقبل طعن ليس لصاحبه مصلحة فيه .

(تمييز حقوق 92\526 ص 2583 لسنة 1994)

9- شرط التحكيم - وعلى ما جرى به قضاء المحكمة لا يتعلق بالنظام العام فلا يجوز للمحكمة ان تقضي بإعماله من تلقاء نفسها وانما يتعين التمسك به امامها ويجوز النزول عنه صراحة او ضمنا ويسقط الحق فيه فيما أثير متأخراً بعد الكلام في الموضوع كما ان قاضي الموضوع يخضع لرقابة محكمة النقض في تكييفه للطلبات التي يبيدها الخصم قبل التمسك بشرط التحكيم للوقوف على ما إذا كانت تعد تعرضاً لموضوع الدعوى من شأنه ان يسقط الحق في التمسك بهذا الشرط ولما كان الحكم المطعون فيه قد اعتبر طلب الطاعة تأجيل الدعوى لأكثر من مرة لضم الدعوى رقم 612 لسنة 1973 مدني كلي اسكندرية قبل تمسكها بشرط التحكيم تنازلاً ضمناً عن التمسك بهذا الشرط وكان التكلم في الموضوع انما يكون بإبداء أي طلب او دفاع في الدعوى يمس موضوعها او مسألة فرعية فيها ينطوي على التسليم بصحتها سواء أبدى كتابةً أو شفاه فإن طلب التأجيل على الصورة السالف بيانها لا يدل بذات على مواجهة الموضوع وإذ رتب الحكم المطعون فيه على هذا الطلب سقوط حق الطاعة في التمسك بشرط التحكيم فإنه يكون قد أخطأ في تطبيق القانون

(نقض مصري 714 لسنة 47 ق.ص.442)

10- الدفع بعدم سماع الدعوى لمرور الزمن (التقادم) من دفع عدم القبول التي تقررت لمصلحة

الخصوم ولا يتعلق بالنظام العام، وكان على المدعى عليه إثارته قبل الدخول في أساس الدعوى، فإن لم يفعل سقط الحق بالتمسك فيه ولا يجوز للمحكمة إثارته من تلقاء نفسها.... ولما كان المدعى عليه كما هو ثابت في ملف الدعوى لم يثر هذا الدفع لا في لائحته الجوابية ولا في الجلسة الاولى للمحاكمة بل وليس في أي مرحلة من مراحلها، بل تصدت له المحكمة الاستئنافية من تلقاء نفسها، فإن هذا الذي ذهب اليه المحكمة مخالف للقانون.

(نقض مدني فلسطيني . 98\2009 بتاريخ 26\5\2009)

11- يترتب على حل الشركة زوال صفة مديرها في تمثيلها ، ويحل محلهم المصفي الذي عينته المحكمة ويكون هو صاحب الصفة الوحيد في تمثيل الشركة أمام القضاء فيما يرفع منها أو عليها من دعوى.

(نقض 24 لسنة 44 ق. ص 713)

12- ينحصر الدفع بعدم القبول فقط في الأحوال التي ينكر فيها الخصم صفة خصمه، أو ينفي صفته هو في إقامة الدعوى عليه.

(نقض 70\1\7 _ 21-80)

13- الاحكام التي تحوز قوة الشئ المحكوم فيه هي التي تتعلق بنزاع قائم بين الخصوم أنفسهم دون أن تتغير صفاتهم وتعلق النزاع بالحق ذاته محلاً وسبباً.

(نقض مدني 98\2006 بتاريخ 30\6\2007 ج 3 ص 310)

14- الدفع بالتقادم هو من دفع عدم القبول التي تقررت لمصلحة الخصوم في الدعوى ولا يتعلق بالنظام العام، ويجب على المدعى عليه إثارته قبل الدخول في أساس الدعوى فإن لم يفعل سقط حقه في التمسك فيه، ولا يجوز للمحكمة إثارته من تلقاء نفسها.

(نقض مدني رقم 336\2009 بتاريخ 7\3\2010)

15- إذا حكمت المحكمة بعدم قبول الدعوى لإنعدام صفة المدعي، أو لإنقضائها بمضي المدة، فإن الحكم يحوز حجية الأمر المقضي، فلا يستطيع المدعي رفع الدعوى من جديد. وكذلك إذا قضت المحكمة بعدم قبول الإخلاء للضرر لعدم ثبوت ما يدعيه المدعي بحكم قضائي نهائي وفقاً للمادة 15 من قانون 136 سنة 1981. فإن الحكم يحوز حجية 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 تغير على ظروف الدعوى.

(نقض 1989/11/26. الطعن 850س54ق)

16- التقادم لا يكون من النظام العام إلا في المسائل الجنائية بإعتبار أن هذا الأخير يقوم على إفتراض نسيان الحكم، وأنه ليس من المصلحة إثارة ذكريات الجريمة التي طواها النسيان. وهو في هذا الخصوص يعتبر من النظام العام تقضي به المحكمة من تلقاء نفسها حتى لو تنازل عنه المتهم أو المحكوم عليه. أما التقادم في المسائل المدنية فلا بد من التمسك به من المدين حتى ينتج أثره.

(نقض 1955/3/24. م ق م ص 294 قاعدة 213)

ملحق (2) : بعض النصوص القانونية المتعلقة بالدفع بعدم القبول:

- 1- المادة (89) من قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية الفلسطيني رقم 2 لسنة 2001 " يجب على الخصوم تقديم طلباتهم ودفعهم مرة واحدة قبل الدخول في أساس الدعوى".
- 2- المادة (90) من قانون الأصول الفلسطيني " يجوز للمدعى عليه أن يدفع بعدم قبول الدعوى استناداً إلى أي سبب يؤدي لعدم قبولها قبل الدخول في الأساس، ويكون القرار الصادر برد الطلب أو قبوله قابلاً للاستئناف".
- 3- المادة (91) من قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية الفلسطيني رقم 2 لسنة 2001 " الدفع بعدم الاختصاص المحلي، والدفع بإحالة الدعوى إلى محكمة أخرى لقيام ذات النزاع أمامها أو للارتباط، والدفع بالبطلان، وسائر الدفوع المتعلقة بالإجراءات يجب إبدائها معاً قبل ابداء أي طلب أو دفاع في الدعوى أو دفع بعدم القبول وإلا سقط الحق فيما لم يبد منها".
- 4- المادة (92) من قانون الأصول الفلسطيني " الدفع بعدم الاختصاص لانتفاء ولايتها أو بسبب نوع الدعوى أو قيمتها أو لسبق الفصل فيها تحكم به المحكمة من تلقاء نفسها، ويجوز الدفع به في أية حالة كانت عليها الدعوى".
- 5- المادة (115) من قانون المرافعات المصري رقم (13) لسنة 1968 " الدفع بعدم قبول الدعوى يجوز إبدائه في أية حالة تكون عليها الدعوى".
- 6- المادة (62) من قانون أصول المحاكمات المدنية اللبناني " الدفع بعدم القبول هو كل سبب يرمي به الخصم إلى إعلان عدم قبول طلب خصمه دون البحث في موضوعه لانتفاء حقه في إقامه الدعوى".
- 7- المادة (12) من قانون التحكيم الأردني رقم 31 لسنة 2001 بأنه " 1- على المحكمة التي يرفع إليها نزاع يوجد بشأنه اتفاق تحكيم أن تحكم برد الدعوى إذا دفع المدعى عليه بذلك قبل الدخول في أساس الدعوى. 2- ولا يحول رفع الدعوى المشار إليها في الفقرة (1) من هذه المادة دون البدء في اجراءات التحكيم أو الاستمرار فيها أو اصدار حكم التحكيم ما لم يتفق الطرفان على غير ذلك".

- 8- المادة (464) من القانون المدني الأردني " يجوز إبداء الدفع بعدم سماع الدعوى في أي حالة تكون عليها الإجراءات، ما لم يكن صاحب الحق بالدفع قد تنازل عنه صراحة أو دلالة".
- 9- المادة (10) من قانون الأصول الفلسطيني " تقدم سائر الطلبات المتعلقة بالدعوى الى المحكمة المختصة في شكل إستدعاء".
- 10-المادة (123) من قانون أصول المحاكمات الفرنسي الجديد " جواز التمسك بدفوع عدم القبول في أي حالة تكون عليها الدعوى".
- 11-المادة (109) من قانون أصول المحاكمات المدنية الأردني " يجب على الخصوم أن يبينوا جميع طلباتهم ودفوعهم دفعة واحدة".
- 12- المادة (2/100) من قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية الفلسطيني رقم 2 لسنة 2001 " تفصل المحكمة فيما يقدم لها من طلبات مع الدعوى الاصلية كما امكن ذلك".
- 13- المادة (67) من قانون أصول المحاكمات المدنية اللبناني الجديد رقم 90 لسنة 89 " للمحكمة أن تفصل في الدفوع على حده أو أن تضمها إلى الموضوع".