

النظرية العامة للدفوع المدنية: دراسة مقارنة

الدكتور إبراهيم حرب محيسن

Publisher: DAR ALFALAH P. O. Box 818 Swaileh 11910 Jordan Tel & Fax 009626-5411547	الناشر: دار الفلاح للنشر والتوزيع ص.ب 818 صويلح 11910 الأردن هاتف وفاكس 009626-5411547
E-mail : books@daralfalah.com Website: www.daralfalah.com	

بموجب القانون، يُمنع تصوير الكتاب أو أي جزء منه.

جميع الحقوق محفوظة للناشر

حقوق الطبع : الناشر 2008

جميع الحقوق محفوظة للناشر

لا يجوز ترجمة أي جزء من هذا الكتاب أو إنتاجه أو إعادة إنتاجه أو تخزينه أو تصويره أو تسجيله أو استنساخه أو بثه بأي شكلٍ إلكترونيًا أو آليًا، إلا بعد الحصول على إذن كتابي من الناشر .

طبعة 2008

Publisher: DAR ALFALAH P. O. Box 818 Swaileh 11910 Jordan Tel & Fax 009626-5411547	الناشر: دار الفلاح للنشر والتوزيع ص.ب 818 صويلح 11910 الأردن هاتف وفاكس 009626-5411547
E-mail : books@daralfalah.com Website: www.daralfalah.com	

المملكة الأردنية الهاشمية
رقم الإيداع لدى دائرة المكتبة الوطنية
(2007/12/3601)

347.01

محيسن، إبراهيم حرب
النظرية العامة للدفع المدنية: دراسة مقارنة /
إبراهيم حرب محيسن. عمان: دار الفلاح، 2007 .

(282) ص.

ر.أ.: (2007/12/3601).

الواصفات: /المحاكم المدنية//القانون المدني/

* أعدت دائرة المكتبة الوطنية بيانات الفهرسة والتصنيف الأولية

ISBN

978-9957-401-77-1

(ردمك)

فهرس المحتويات

رقم الصفحة	الموضوع
3	المحتويات.....
5	توطئة.....
7	ملخص.....
9	الجزء الأول النظرية العامة للدفع المدنية في القانونين المقارن والأردني
10	الباب الأول ماهية الدفع ا لمدنية وأنواعها وأحكامها في القانون المقارن
12	الفصل التمهيدي: مفهوم الدفع، وأهميته في الخصومة المدنية
12	المبحث الأول: ماهية الدفع وأهميته في الخصومة المدنية.....
12	المطلب الأول: تعريف الدفع بوجه عام.....
14	المطلب الثاني: أوجه الاختلاف بين الدفع وغيره من المصطلحات القانونية المشابهة.....
14	الفرع الأول: الدفع، ودفع الدفع.....
15	الفرع الثاني: الدفع، والطلب العارض.....
16	المبحث الثاني: شروط قبول الدفع.....
19	الفصل الأول: الدفع الموضوعية
19	المبحث الأول: مفهوم الدفع الموضوعية.....
22	المبحث الثاني: القواعد العامة للدفع الموضوعية.....
25	الفصل الثاني: الدفع الإجرائية
25	المبحث الأول: مفهوم الدفع الإجرائية.....
27	أولاً: موقف القانون الفرنسي.....
27	ثانياً: موقف القانون المصري.....
32	المبحث الثاني: قواعد الدفع الشكلية.....
39	الفصل الثالث: الدفع بعدم القبول
39	المبحث الأول: مفهوم الدفع بعدم القبول.....
43	المبحث الثاني: القواعد التي تحكم الدفع بعدم القبول.....
57	الخلاصة.....
60	الفصل الرابع: دور القاضي والخصوم في إثارة الدفع المدنية
60	المبحث الأول: دور القاضي في إثارة الدفع.....

64المبحث الثاني: دور الخصوم في إثارة الدفع
67المبحث الثالث: تكييف الدفع
69	الباب الثاني نظرية الدفع في القانون المدني
71	الفصل الأول: الموقف التشريعي في ظل قانون رقم (42) لعام 1952
78	الفصل الثاني: الموقف التشريعي في ظل قانون رقم (24) لعام 1988
78المبحث الأول: أبرز التعديلات التي طرأت على القانون القديم
80المبحث الثاني: الأحكام المستحدثة في القانون الجديد
84المبحث الثالث: ملاحظتنا حول القانون الجديد
93	الفصل الثالث: الموقف التشريعي في ظل قانون رقم (24) لعام 1988، بصيغته المعدلة
93المبحث الأول: الجديد في القانون المعدل رقم (14) لسنة 2001
96المبحث الثاني: الجديد في القانون المعدل رقم (16) لعام 2006
98المبحث الثالث: تقدير موقف القانون الأردني بصيغته المعدلة من نظرية الدفع
102المبحث الرابع: خلاصة موقف المشرع الأردني من نظرية الدفع
117اقتراحات
119	الجزء الثاني الاجتهاد القضائي لمحكمة التمييز فيما يختص بالنظرية العامة للدفع
121	الباب الأول: القرارات المتعلقة بالدفع بوجه عام
135	الباب الثاني: الاجتهاد القضائي لمحكمة التمييز فيما يختص بالنظرية العامة للدفع
164	الباب الثالث: القرارات الخاصة بالدفع المتعلقة بالنظام العام الباب الرابع:
192	القرارات المتعلقة بمدى حيازة الأحكام الصادرة في الدفع لحجية الأمر المقضي، ومدى استنفادها ولاية محكمة الموضوع الباب الخامس:
225	القرارات المتعلقة بمدى قابلية الأحكام الفرعية للطعن المباشر
255	الباب السادس: القرارات المتعلقة بالدفع بعدم القبول
275الخاتمة
276قائمة المراجع
276المراجع العربية

279	المراجع الفرنسية
281	المراجع الإيطالية

توطئة

تحظى نظرية الدفع بأهمية خاصة في الخصومة المدنية، فكثيراً ما يتوقف مصير الدعوى والحكم في موضوعها على نتيجة الحكم في الدفع، لهذا تحتل هذه النظرية مكانتها في قوانين المرافعات والأصول المدنية التي تحرص على تبيان طبيعتها وأحكامها وأوجه الاختلاف بينها، نظراً لتنوعها وتباين معاييرها ومدى علاقتها بالنظام العام.

وقد جرت قوانين المرافعات والأصول المدنية المقارنة وكذلك اجتهادات الفقه معززة بأحكام القضاء المقارنين على تقسيم الدفع الى طوائف ثلاث وفقاً لمقصد مقدم الدفع وغاياته من جهة، وتبعاً لعلاقتها بعناصر الخصومة - خصوماً ومواضيع وإجراءات وأوضاعاً شكلية - من جهة أخرى.

وقد تعرض المشرع الأردني لنظرية الدفع في الفصل الأول من الباب الخامس من قانون أصول المحاكمات المدنية¹ الصادر في عام 1988، ثم عاد ليتبنى نفس الأحكام مع إجراء بعض التعديلات الطفيفة في الصيغة المعدلة لهذا القانون والصادرة بموجب القانون رقم (14) لسنة 2001 والقانون رقم (16) لعام 2006.

وقد تضمنت مواده الثلاث (109 - 111) بعض الأحكام الخاصة بالدفع الإجرائية فيما تعرضت المادة (170) لمسألة الطعن في الأحكام التي تصدر أثناء سير الدعوى ولا تنتهي بها الخصومة، ومن بينها الأحكام الصادرة في الدفع على اختلاف أنواعها.

وقد اقتبس المشرع الأردني معظم أحكامه عن تقنين المرافعات المصري، وجاء بعضها مطابقاً تماماً للنص المصري.

(1) كان هذا القانون يعرف في ظل القانون السابق رقم 42 لسنة 1952، بقانون أصول المحاكمات الحقوقية، ثم جاء القانون رقم 24 لسنة 1988 واستعاض عن كلمة (الحقوقية) بكلمة "المدنية" ثم استقرت هذه التسمية في القانون الحالي المعدل رقم (13) لسنة 2001، ويقابلها في القانون المصري "قانون المرافعات المدنية والتجارية". ومن المسميات الحديثة في القانون المقارن "قانون القضاء المدني" و "القانون القضائي الخاص".

وباستقراء مجمل ما ورد في قانون أصول المحاكمات الأردني من أحكام خاصة بالدفع يتضح بجلاء أن المشرع الأردني لا يتبنى نظرية محددة للدفع وأنه ما زال متأثراً بأدبيات القانون الملغى (قانون أصول المحاكمات الحوقية) الذي لم يألّف مثل هذه النظرية، حيث صيغ بمعزل عن اتجاهات القوانين المعاصرة التي أخذت بنظرية تأصيل الدفع تبعاً لطبيعتها وتقرر أحكاماً لكل منها تختلف باختلاف الطائفة التي تنتمي إليها.

ولا نجد مثل هذه الحدود الفاصلة بين طوائف الدفع المختلفة حتى في ظل القانون الحالي بالرغم من اقتباس العديد من أحكامه عن قانون المرافعات المصري كما اسلفنا، حيث لم يتردد المشرع الأردني في إخضاع أنواع متعددة من الدفع لحكم واحد متجاهلاً أوجه الاختلاف بين هذه الدفع وتباين الأنظمة القانونية التي تحكمها، وقد تسبب ذلك في خلق نوع من الفوضى التشريعية ووجود حالة من عدم الانضباط في القواعد العامة التي تحكم نظرية الدفع بعكس ما هو قائم في التشريعات المقارنة ومن بينها التشريع المصري والتشريع الفرنسي على وجه الخصوص بما يشكّلانه من مصدر تاريخي للقانون الأردني.

وفي غياب النظرية الشمولية والتأصيل المنطقي لنظرية الدفع، يصبح من الضروري إعادة النظر فيما أورده المشرع الأردني من أحكام تتناول أنواع الدفع المختلفة على هدي ما هو مستقر من قواعد وأحكام تواضعت عليها التشريعات المعاصرة وبما يحفظ لنظرية الدفع مكانتها واعتبارها في الخصومة المدنية، مثلما يعطى للتعديلات التي استحدثها المشرع الأردني في القانون النافذ حالياً القيمة والأهمية ويزيل شبهة التناقض والبعد عن المنطق التشريعي.

ملخص

النظام القانوني للدفع يقوم على تقسيم الدفع المدنية الى أنواع ثلاثة موضوعية واجرائية وبعدم القبول، ولكل من هذه الدفع احكامه الخاصة المتميزة التي استقرت عليها التشريعات المقارنة، ومن ورائها الفقه واجتهادات القضاء. وقد حاول المشرع الأردني ان يحذو حذو القوانين المقارنة، وبالاخص قانون المرافعات المدنية والتجارية المصري فضمن مجموعته المتعلقة بأصول المحاكمات المدنية أحكاماً خاصة بالدفع ابتداء من قانون رقم (14) لعام 1988 ومروراً بالقوانين اللاحقة المعدلة وحتى القانون النافذ حالياً، وبدوره اجتهد القضاء الأردني ليرسي العديد من المبادئ القضائية الخاصة بالدفع المدنية.

Abstract

The civil defenses are divided into three kinds: Objective, procedural, and non - acceptance defenses.

Each one of these kinds has its own distinctive rules which are different from the other ones.

The Jordanian legislation tries to follow up the comparative legislation, including its procedural code some of similar rules as well as the judiciary verdicts establish a lot of principles based on the general rules of the civil defenses in the instance.

خطة البحث

تشتمل خطة الدراسة على جزأين نظري وتطبيقي، وسنتعرض في الجزء الأول للنظرية العامة للدفع وفقاً لما هو مقرر في التشريعات المقارنة، وبالأخص قانون المرافعات المصري الذي اقتبس عنه المشرع الأردني معظم أحكامه.

ثم نستعرض وجهة نظر التشريع الأردني واتجاهاته فيما يخص بالدفع ابتداء من قانون أصول المحاكمات الحوقية الملغى وانتهاء بالقانون النافذ حالياً، ثم نخلص في خاتمة البحث الى ما نراه من اقتراحات لتصويب أوجه الخلل والقصور في قانون أصول المحاكمات المدنية الأردني متمنين على المشرع الأردني إجراء المقتضى القانوني.

أما الجزء الثاني من الدراسة فيتضمن اجتهادات القضاء الأردني وما أصدره من أحكام متعلقة بالدفع المدنية على امتداد التطور التشريعي معلقاً عليها على هدي من النظرية العامة للدفع كما خالص اليها الفقه المقارن.

المنهج البحثي للدراسة:

سيتم الالتزام بالمنهج المقارن بالاعتماد على قانون المرافعات المدنية التجارية المصري باعتباره أحد أبرز مصادر قانون أصول المحاكمات المدنية الأردني، وبالرجوع أيضاً الى القانونين الفرنسي والايطالي باعتبارهما مصدرين تاريخيين للقانون الأساسي للدراسة المقارنة، كما سنحاول تأصيل اجتهادات القضاء الأردني للوقوف على مدى اتساقها مع القواعد العامة المقررة في القوانين المقارنة.

الجزء الأول

النظرية العامة للدفع المدنية
في القانون الأردني والمقارن

الباب الأول

ماهية الدفع المدنية وأنواعها وأحكامها في القانون
المقارن

الباب الثاني

نظرية الدفع في القانون الأردني

الباب الأول

1

الدفع المدنية وأحكامها في القانون المقارن

الباب الأول

الدفع المدنية وأحكامها في القانون المقارن

سنتناول في هذا الباب النظرية العامة للدفع المدنية في القانون المقارن بدءاً بتعريف الدفع وأهميتها في الخصومة المدنية، وما يميزها عن غيرها من المصطلحات القانونية المشابهة، كما نتعرض للشروط المطلوبة في الدفع عموماً ثم نستعرض طوائف الدفع المختلفة والأنظمة القانونية المتعلقة بها وانتهاءً بالحديث عن دور القاضي والخصوم في إثارة الدفع وتكييفها وذلك في الفصول التالية:

الفصل التمهيدي: ماهية الدفع المدنية وأهميتها في الخصومة المدنية.

الفصل الأول : الدفع الموضوعية.

الفصل الثاني : الدفع الإجرائية.

الفصل الثالث : الدفع بعدم القبول.

الفصل الرابع : دور القاضي والخصوم في إثارة الدفع المدنية وتكييفها.

الفصل التمهيدي

مفهوم الدفع، وأهميته في الخصومة المدنية

سنتناول في هذا الفصل مفهوم الدفع بوجه عام، كما سنبين أوجه الاختلاف بينه وبين بعض المصطلحات القانونية ذات الصلة، كما سنبين ماهي الشروط المطلوبة لقبول الدفع وذلك في المبحثين التاليين:

المبحث الأول : ماهية الدفع وأهميته في الخصومة المدنية.

المبحث الثاني: شروط قبول الدفع.

المبحث الأول

تعريف الدفع بوجه عام، وما يميزه عن غيره من المصطلحات القانونية

المطلب الأول: تعريف الدفع بوجه عام

يقصد باصطلاح الدفع "Exception" بمعناه العام¹ جميع وسائل الدفاع "Moyens de d'efense" التي يجوز للخصم الاستعانة بها للإجابة على دعوى خصمه بقصد تقادي الحكم لخصمه بما يذيعه، أو تأخير هذا الحكم سواء أكانت هذه الوسائل موجهة إلى الخصومة أو بعض اجراءاتها، أو موجهة إلى أصل الحق المدعى به، أو إلى سلطة الخصم في استعمال دعواه منكرًا إياها.

والدفع بهذا المعنى حق أساسي من حقوق الدفاع للخصم، ووسيلة المدعى عليه للرد على الدعوى تمكيناً له من الاعتراض عليها أو على اجراءاتها²، وهو يقابل حق المدعى في الالتجاء إلى القضاء و ينشأ نتيجة استعماله³.

والمحكمة لا تنظر في الدعوى بمعزل عن الدفع التي تعمل على تحديد محل الخصومة، وهي التي تحدد للقاضي المسائل التي يتعين عليه ان يبحثها

(1) ابو الوفا(احمد)، نظرية الدفع في قانون المرافعات، ط (6) منشأة المعارف، الاسكندرية 1980، بند 1، ص 11، راغب (وجدي) مبادئ القضاء المدني ط (3) دار النهضة العربية القاهرة 2001، ص 487، الصاوي (احمد السيد)، الوسيط في قانون المرافعات المدنية والتجارية، دار النهضة العربية، القاهرة، ط 2000، بند 162 ص 288 القضاة (مفلح)، اصول المحاكمات المدنية والتنظم القضائي ط (1) دار الثقافة للنشر عمان 2004، ص 272.

(2) راغب (وجدي)، نفس الاشارة السابقة، والي (فتحي) الوسيط في قانون القضاء المدني، دار النهضة العربية، القاهرة 2001، بند 280، ص 471.

(3) والي، المرجع السابق، بند 282 ص 482.

للفصل في الدعوى، وإذا كان على القاضي ان يقصر بحثه في الدعوى على المسائل التي تنازع عليها الخصوم او تلك المتعلقة بالنظام العام، فإن الدفع بأنواعها تصبح وسيلة المنازعة في الدعوى¹.

ويعتبر الدفع أحد أوجه استخدام الدعوى فيما يمثل الطلب القضائي الوجه الآخر² الذي به يتحدد اختصاص المحكمة، وينعقد الاختصاص بنظر الدفع لقاضي الدعوى، وبهذا الخصوص³ يقرر جانب من الفقه قواعد ثلاث من حيث المبدأ لتحديد ولاية المحكمة المختصة وهي ان محكمة الدعوى هي محكمة الدفع، وان محكمة الطلب الأصلي هي محكمة الطلبات العارضة وان محكمة الدعوى الأصلية هي محكمة الدعوى المرتبطة⁴.

والدفع كما يكون أصلياً، فقد يكون احتياطياً ويعدّ في هذه الحالة بديلاً عن الدفع الأصلي فيحلّ محله إذا تم رفض الدفع الأصلي، دون ان يكون الحكم به عائقاً قانونياً يمنع الخصم من الإصرار على الحكم له بدفعه الأصلي إذا كانت له مصلحة في ذلك. ويظل على المحكمة ان تفصل في جميع أوجه الدفاع الأصلية والاحتياطية، ولا تلتزم محكمة الاستئناف بإعادة الدعوى الى محكمة الدرجة الاولى في حال الغائها الحكم الابتدائي للفصل في الدفاع الاحتياطي الا في حال عدم استنفاد محكمة أول درجة ولايتها فيما أصدرته من حكم⁵.

ولا يخضع الدفع لقاعدة عدم جواز تغيير الإطار الابتدائي للخصومة الذي سبق تحديده في الطلب الأصلي فيما يعرف بمبدأ ثبات المنازعة "Immutabilite´ du litige" ومضمونه ان نطاق الخصومة

(1) راغب، المرجع السابق ص 762.

(2) الصاوي، المرجع السابق بند 134 ص 261، فهمي (محمد حامد) المرافعات المدنية والتجارية، القاهرة 1940، بند 373، سيف (رمزي) الوسيط في شرح قانون المرافعات ط (9) القاهرة 1970 بند 284-285، ابو الوفاء، (احمد) المرافعات المدنية التجارية، منشأة المعارف، الاسكندرية ط 1980، بند 169 ص 171، القضاة (مفلح)، المرجع السابق، ص 252 ومن الفقه الفرنسي.

- Cuhe (p.) et Vincent (J.): Proc´ edure civile et commerciale, pré´ cis , dalloz 1960, No. 21 ets.

(3) ابو الوفاء، الدفع بند 88 ص 190، والي، الوسيط بند 183 ص 273، راغب، المرجع السابق، ص 338 ومن الفقه الفرنسي:

- Solus (H.) et Perrot (R.): Droit judiciaire privé´ , paris, sirey, T.2. 1973 No. 453,P. 505.

(4) مسلم، (احمد)، اصول المرافعات، دار الفكر العربي، القاهرة 1987، بند 229 ص 241.

(5) ابو الوفاء، مرافعات، بند 203 ص 215-216 وانظر: هامش رقم (1) ص 216، وايضاً نظرية الدفع، بند 16 ص 31 وما بعدها

يتحدد بالطلب الأصلي سواء من حيث موضوعه أو سببه أو أطرافه بالصفة التي يتقاضون بها تحسبا من إعاقة سير الخصومة وتعقيدها، وإعمالا لحق الدفاع ومبدأ سيادة الخصوم على الدعوى والتزام القاضي بالفصل فيها كما قدمت إليه¹

المطلب الثاني: اوجه الاختلاف بين الدفع وغيره من المصطلحات القانونية المشابهة

رأينا أن الدفع هو أحد أوجه استخدام الدعوى ويمثل أحد وسائل المدعى عليه في مجابهة ادعاءات المدعي و أنه بهذا المعنى يختلف عن بعض المفردات المشابهة كدفع الدفع والطلب العارض وهو ماسنوضحه في الفرعين التاليين:

الفرع الأول: الدفع، ودفع الدفع.
الفرع الثاني: الدفع، والطلب العارض.

الفرع الأول: دفع الدفع

يختلف الدفع عن دفع الدفع بأن الأخير يقصد به ما يجيب به الخصم على دفع خصمه وكما ان الدعوى تدفع بالدفع كذلك يدفع الدفع (بدفع الدفع)، و غالباً ما يكون على هيئة دفع بعد القبول، كالدفع بعدم قبول الدفع الشكلي بسبب الإدلاء به بعد الخوض في الموضوع². والدفع بعدم قبول " الدفع بعدم قبول الدعوى " المؤسس على وجود مشاركة تحكيم، بسبب بطلان اتفاق التحكيم.

الفرع الثاني: الدفع والطلب العارض

يعتبر الدفع أحد صور المدافعة³ التي يلجأ إليها الخصم (المدعى عليه) الذي قد يكتفي به، وقد يزيد عليه بهجوم مضاد يتمثل فيما يعرف بالادعاء المقابل او ما يسمى في القانون

(1) Vizioz (H.): Etudes de proc`e` dure civile, 2ed, Bordeaux, 1956, P. 217.

Morel (R.): Traite´ e´ le´ mentaire de proc`edure civile , 2 e'd. 1949, No. 351.

Normand (J.): Le juge et le litige, the´ se, paris. 1965, No. 91 ets.

Vincent (J.), Guinchard (S.): Procédure civile - 42 ed- 1996- Dalloz, No. 406 ets.

(2) ابو الوفاء، مرافعات، بند 211 ص 227.

(3) مسلم، المرجع السابق، بند 532 ص 564.

الأردني "بالدعوى المتقابلة"¹، وهو من الطلبات العارضة التي من شأنها أن توسع من نطاق الخصومة² والأصل أن لا تقبل أمام خصومة أول درجة إلا على سبيل الاستثناء وفي حدود الحالات المنصوص عليها قانوناً³.

كما لا يجوز تقديمها لأول مرة في المرحلة الاستثنائية لتعارض ذلك مع مبدأ التقاضي على درجتين⁴ بخلاف الدفع الذي لا يضيف جديداً للطلب الأصلي وليس ثمة ما يمنع من تقديمه - كوسيلة دفاع - في أية حالة تكون عليها الدعوى، وحتى في المرحلة الاستثنائية مالم يكن قد استهلك أو سقط الحق في إبدائه⁵. ولا شك بأن قبول طلبات عارضة من أي من الفرقاء فيه تجاوز لكل ما تقدم وخروج على الأفكار التقليدية التي تسود الخصومة المدنية، لهذا كان الأصل عدم جواز تقديم الطلبات العارضة إلا على سبيل

- (1) راجع الفقرة الثانية من المادة الثالثة من قانون محاكم الصلح رقم (15) لسنة 1952، و الفقرة الثامنة من المادة (170) القانون رقم (24) لسنة 1988 في صيغته المعدلة بالقانون رقم (16) لسنة 2006.
- (2) يتطلب مبدأ ثبات النزاع - كقاعدة - ان يتحدد نطاق الخصومة بالطلب الأصلي او الافتتاحي فلا يجوز للخصوم تعديل طلباتهم او التقدم بطلبات جديدة اثناء سير الدعوى حرصاً على تركيز الخصومة، يستوى في ذلك المدعي كي لا يخل بدفاع المدعي، والمدعى عليه تحسباً من تعقيد الدعوى وارباك الخصومة الاصلية وتأخير الفصل فيها، مع مراعاة انه قد يوجد احياناً ما يبرر الخروج على هذه القاعدة، كالارتباط الوثيق بين الطلب الاصيل والطلب العارض واهمية حسم النزاع بكل تداعياته و تصفيته تجنباً = للدخول في خصومة اخرى وما يترتب على ذلك من اطاله امد النزاع بلا طائل: الصاوي، المرجع السابق بند 139 ص 267، راغب، المرجع السابق ص 477، ابو الوفاء، المرجع السابق، بند 176 ص 179.
- (3) يجيز القانون الأردني وعلى سبيل الاستثناء - للمدعي ان يتقدم بطلبات اضافية يعزز بها طلبه الاصيل كما يجيز للمدعي عليه الردّ على طلبات خصمه بدعوى متقابله: انظر المادتين (115 و 116) من قانون اصول الماكامات المدنية الأردني في صيغته المعدله بالقانون رقم (14) لسنة 2001، اللتين تشيران الى الطلبات العارضة التي يجوز تقديمها من المدعي والمدعى عليه، وتقابلهما المادتان (124 و 125) من قانون المرافعات المصري رقم (23) لسنة 1992.
- (4) من المقرر تشريعاً وفقهاً ومقارنين عدم جواز تقديم طلبات جديدة لاول مرة في المرحلة الاستثنائية كي لا يفوت على الخصم الذي يوجه اليه الطلب احدى درجتي التقاضي: الصاوي، المرجع السابق بند 161 ص 287، راغب المرجع السابق ص 767. وهناك نص في قانون المرافعات المصري يقرر هذا المبدأ صراحة وهو نص المادة (235) والذي جاء فيه " لا تقبل الطلبات الجديدة في الاستئناف وتقضي المحكمة من تلقاء نفسها بعدم قبولها". ولا نظير لهذا النص في القانون الأردني، على ان ذلك لا يعني عدم الاخذ بهذه القاعدة التي يملئها بالضرورة اعتناق المشرع الأردني لمبدأ التقاضي على درجتين: انظر في ذلك: محيسن (ابراهيم حرب) الاثر الناقل للاستئناف، بحث منشور في مجلة دراسات الجامعة الأردنية العدد (1) أيار، 1999 المجلد (26) ص 92 وانظر ايضاً: والي، المرجع السابق بند 368 ص 735، ابو الوفاء، المرجع السابق بند 621 ص 812.
- (5) والي، المرجع السابق بند 367 ص 732-733، راغب، المرجع السابق، ص 762.

الاستثناء وفي حدود مانصّ عليه القانون، بعكس الدفع الذي يعتبر من أوجه الدفاع ولا قيد على قبوله من هذه الناحية¹.

ويبقى أن قبول الطلبات العارضة من الفرقاء مرهون بتوافر شروط معينة² عدا عن الشروط المطلوبه في الدعاوى والدفع، فيجب أن تكون مرتبطة بالطلب الأصلي وان توافق المحكمة على قبولها - ما لم يكن ارتباطها بالطلب الأصلي غير قابل للتجزئة³ - ويجب إيدؤها قبل اختتام المحاكمة⁴، وأن لا تخرج عن الحالات المنصوص عليها قانوناً أمام خصومة أول درجة.

المبحث الثاني شروط قبول الدفع

والدفع كالدعوى يتعين لقبوله توافر شرط المصلحة⁵، ويتطلب هذا الشرط

ما يلي⁶:

1. أن يكون الدفع قانونياً بحيث يكون موضوعه التمسك بحق أو مركز قانوني موضوعي أو إجرائي.

(1) زغول (احمد ماهر)، دعوى الضمان الفرعية، دراسة لأساسيات الخصومة المدنية، الطبعة التجارية الحديثة، 1994، بند 89، ص 90-97، وانظر عكس ذلك، حيث يقابل هذه النظرة التقليدية اتجاه آخر ينطلق من الرغبة في الاقتصاد في الخصومة وحسن اداء العدالة الذين يتطلبان تصفية المنازعات المرتبطة = بالنزاع الاصلي والمتولدة عنه وحسمها في خصومة واحدة، وهو ما يبرر قبول بعض الطلبات العارضة باعتبارها مظهراً لتطور النزاع، نظراً لان الخصومة ليست حالة مغلقة غير قابلة للتطور، وان حسم النزاع بكل تداعياته لا يقل اهمية عن مبدأ ثبات النزاع: مشار اليه في زغول، المرجع السابق بند 90-91، ص 91-92، و راجع ايضاً:

- Miguet: Immutabilite ´ et ´ evolution du litige, L. G.D. I. , 1977- preface: Hebraud (P).

- ونورمان، القاضي والنزاع، المرجع السابق، بند 2 ص 99.

(2) زغول، المرجع السابق بند 95، ص 95-96.

(3) ميز الشرع الأردني بين نوعين من الارتباط بين الطلب الاصلي والطلب العارض (الاضافي و المقابل): الأول غير قابل للتجزئة والثاني لا يصل الى هذه المرتبة، وجعل قبول الثاني دون الاول مرهوناً بموافقة المحكمة: راجع المادتين (2/115) و(3/116) من قانون اصول المحاكمات المدنية الأردني وهو نفس ما يقرره المشرع المصري في المادتين (2/123) و (3/125) من قانون المرافعات المدنية المصري.

(4) صطلح " اختتام المحاكمة " في القانون الأردني يقابله مصطلح " قفل باب المرافعة " في القانون المصري.

(5) ابو الوفاء، مرافعات، بند 200 ص 210، راغب، المرجع السابق ص 488.

(6) راغب، المرجع السابق ص 488-489، وايضاً دراسات في مركز الخصم امام القضاء المدني، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، جامعة عين شمس، العدد الأول، السنة (18) 1987، بند 15 ص 193.

2. ان يكون الدفع جوهرياً أي منتجاً، ولا يكون كذلك إلا إذا كان متعلقاً بموضوع الدعوى أو إجراءاتها ومؤثراً فيها بحيث يؤدي - لو صح - الى تغيير وجه الحكم فيها.
3. توافر الصفة في مقدم الدفع بأن يقدم من ذي صفة باستثناء الدفع التي يثيرها القاضي من تلقاء نفسه لتعلقها بالنظام العام.
- وتتوافر الصفة في الدفع الموضوعي لمن كان طرفاً في الحق المدعى أو لمن يخوله القانون صفة غير عادية للتمسك بحق غيره بسبب حلوله محل الطرف الأصلي كالدائن في الدعوى غير المباشرة¹. او الكفيل الذي يجيز له القانون التمسك بالدفع الخاصة بالمدين². اما الصفة في الدفع الإجرائي³ فتكون لصاحب الحق الاجرائي الذي يتمسك به الخصم في الدفع، فلا يجوز ان يتمسك ببطلان الإعلان إلا الخصم الذي كان إعلانه معيباً أو من تقرر هذا البطلان لمصلحته، وكفي لتحقيق الصفة في الدفع بعدم القبول أن يتبوأ الخصم المركز القانوني للمدعي عليه في الدعوى فيكون له مطلق الحق في منازعة خصمه (المدعي) بعدم احقيته في استخدام هذه الوسيلة استنادا الى عدم استيفاء أي شرط من شروط قبول الدعوى وفقاً لمن يتوسع في تحديد هذه الشروط⁴، او لانتفاء شرط المصلحة بخصائصها الثلاث بالنسبة لمن يرونها شرطاً وحيداً لقبول الدعوى⁵.
4. عدم سقوط الحق في الدفع: فالدفع كحق إجرائي يخضع لنظام السقوط كما لو تجاوز الخصم الحدود القانونية المرسومة لمباشرته فلا يكون مقبولاً:

(1) راجع المادة 235/ مدني مصري.

(2) راجع المادة 782/ مدني مصري.

(3) راغب مبادئ، ص 489.

(4) ابو الوفاء، المرجع السابق بند 114 وما بعده ص 122 وما بعدها. راغب، المرجع السابق، ص 106 وما بعدها.

(5) الشرقاوي (عبد المنعم) نظرية المصلحة (رسالة) ط (1) دار النهضة العربية 1947، بند 43 وما بعده ص 45 وما بعدها، الصاوي: المرجع السابق بند 94 ص 186، القضاء المرجع السابق، ص 179، والمصلحة التي يعتد بها القانون كشرط لقبول الدعوى (والدفع) لا بد ان تكون قانونية وحالة وقائمة وشخصية ومباشرة والخاصية الاخيرة تغني عن شرط الصفة في الدعوى، الشرقاوي المرجع السابق، بند 38 ص 41 وقران راغب، مبادئ، ص 144 والهامش رقم (2) من نفس الصفحة.

إذا لم يبد في ترتيبه وفي الميعاد المحدد له، أو إذا تم التنازل عنه صراحة أو ضمناً، أو إذا سبق الفصل فيه بحكم قطعي أثناء الخصومة ذاتها¹.
ويقرر الفقه أن المصلحة كما هي مناط الدعوى كذلك هي مناط الدفع " فحيث لا مصلحة لا دعوى ولا دفع " وقد قنن المشرع الإجرائي هذه القاعدة فنص صراحة على انه " لا يقبل أي طلب أو دفع لا يكون لأصاحبه فيه مصلحة قائمة يقرّها القانون، وتكفي المصلحة المحتملة إذا كان الغرض من الطلب الاحتياط لدفع ضرر محقق أو الاستيثاق لحق يخشى زوال دليله عند النزاع فيه²، وقد احتدم الجدل حول فكرة المصلحة وفيما إذا كانت شرطاً لقبول الدعوى (والدفع) أم لوجودهما³، كما أن هناك من يميز شروط الحق في الدعوى عن شروط الحق في رفعها ويرتب على انتفاء الأولى رفض الدعوى فيما يرتب على انتفاء الثانية عدم قبولها، ويستعيز عن شروط قبول الدعوى بشرط الحق في الدعوى والتي يراها لا تخرج عن وجود حق أو مركز قانوني ووقوع اعتداء عليهما ووجود صفة في الدعوى بأن تنسب إيجابياً لأصاحب الحق في الدعوى وسلباً لمن يوجد الحق في الدعوى في مواجهته⁴.

ويقسم الفقه المقارن الدفع الى أنواع ثلاثة هي:

1. الدفع الموضوعية.
 2. الدفع الشكلية أو الإجرائية.
 3. الدفع بعدم القبول.
- وسنتعرض لكل نوع من هذه الدفع في فصل خاص.

(1) راغب المرجع السابق، ص 489 والي، الوسيط بند 256 ص 420.
(2) راجع المادة الثالثة من قانون اصول المحاكمات المدنية الاردني وكذلك المادة الثالثة من قانون المرافعات المدنية والتجارية المصري وعنه اقتبس المشرع الاردني هذه القاعدة.
(3) الشرقاوي، نظرية المصلحة، بند 361 وما بعده ص 34 وما بعدها.
(4) والي، الوسيط بند 28-31 ص 56-58 / راغب (وجدي) النظرية العامة للعمل القضائي دار المعارف، القاهرة 1974 ص 494. ومن الفقه الفرنسي:

- Attardi : L' interesse ad agire, P. 97-98.
- Chiovenda (G): Istituzioni di diritto Processuale civile. V.I, Napole, 1954, No.28,P.156-157.
- Costa (S.): Manuale di diritto processuale civile, Torino, 1973, No.18, P. 21.

الفصل الأول

الدفع الموضوعية

سنحدد في هذا الفصل مفهوم الدفع الموضوعية والقواعد التي تحكمها، وذلك في المبحثين التاليين:

المبحث الأول : مفهوم الدفع الموضوعية.
المبحث الثاني: القواعد العامة للدفع الموضوعية.

المبحث الأول

مفهوم الدفع الموضوعية

يقصد بالدفع الموضوعية¹ "Defense au fond" الدفع التي توجه الى ذات الحق المدعي به كأن يدفع بإنكار وجود الحق أو يدعى بسقوطه أو انقضائه، وهي تشمل كل دفع يترتب على قبوله رفض طلب المدعي كلياً أو جزئياً، لهذا فهي لا تخضع لحصر ومن أمثلتها، الدفع بانقضاء الدين بالوفاء أو بالابراء والدفع ببطلان العقد والدفع بالصورية والدفع بعدم التنفيذ والدفع بوفاء جزء من الدين مما يعني المنازعة في مقدار الحق.

وتختلف الدفع الموضوعية عن دعاوى المدعى عليه في أنها مجرد وسائل دفاع سلبية محضة يرمي بها المدعى عليه الى تفادي الحكم للمدعي بمطلوبه دون أن يقصد منها الحصول على مزية خاصة، فلو انكر المدعي عليه حصول ضرر ردا على مطالبته بالتعويض، فهو يبدي دفعا موضوعيا، اما اذا طالب بتعويض الضرر الذي لحقه جراء خطأ المدعي، فيكون حينئذ قد تقدم بطلب عارض²، او بعبارة اخرى فإن الطلب المقابل (العارض) المقدم من المدعى عليه إنما يهدف الى الحصول على حكم ضد المدعي، اكثر من مجرد رفض طلبه، فهو لا يقتصر على الدفاع - كما هو شأن الدفع - بل

(1) ابو الوفاء، مرافعات، بند 201 ص 210، راغب، المرجع السابق ص 489 وما بعدها، مسلم، المرجع السابق بند 534 ص 566، الصاوي المرجع السابق، بند 162 ص 289 ومن الفقه الفرنسي:

- Solus (H.) et perrot (R.): Droit judiciaire prive, T.I, Paris 1961, P. 281.
- Glasson (E.) et Tissier (A.): procedure civile, 2e'd, T. 1,1908, P. 79
- Lacoste (L.): Precis elementaire de procedure civile, Bordeaux, 1938, No., 46 ets.

- وفيزيوز، دراسات، المرجع السابق، ص 222.

(2) ابو الوفاء، المرجع السابق ص 211 بند 201.

يتعداه الى الهجوم¹. وهناك² من يميز بين الدفاع الموضوعي والدفع الموضوعي ويرى ان مجرد انكار الوقائع المنشئة او انكار آثارها لا يمكن اعتباره دفعا بالمعنى الصحيح، ذلك لأن القاضي لا يحكم بمقتضى هذه الوقائع المنشئة الا بعد إثباتها من المدعي، كما انه يجري عليها آثارها القانونية من تلقاء نفسه فلا يعدو انكار المدعى عليه للواقعة او انكار آثارها أن يكون من قبيل تنبيه القاضي الى واجبه بالنسبة لها، ولهذا فإن اصطلاح الدفع الموضوعي يجب قصره - وفقاً لهذا الرأي - على ما يقوم به المدعى عليه من تأكيد لواقعة مانعة أو منهيّة ترمي الى رفض الدعوى³، فبهذا التأكيد يدخل المدعي عليه في القضية وقائع غير تلك التي اكدتها الطلبات ويقع عليه عبء إثباتها، أما مجرد الانكار فيعدّ من صور الدفاع الموضوعي وليس الدفع الموضوعي.

ويخرج عن هذا الاتجاه، ما جرى عليه فقه المرافعات المصري من إطلاق اصطلاح "الدفع الموضوعي" بنفس المعنى الذي يطابق مصطلح الدفاع الموضوعي في الفقه الفرنسي⁴.

ومن نتائج التفرقة بين الدفع الموضوعي بالمعنى الضيق وغيره من وسائل الدفاع الموضوعي ما يلي⁵:

أ. الدفع الموضوعي يقبل التنازل عنه صراحة أو ضمناً وبهذا لا تنتج الواقعة أثرها، أما وسائل الدفاع الأخرى فإن التنازل عنها لا يمنع القاضي من أن يأخذ في اعتباره ماتضمنته من وقائع ولهذا يمكن الاتفاق على التنازل عن دفع من الدفوع، كالدفع بنقض الأهلية، لكنه لا يجوز الاتفاق على النزول عن التمسك بواقعة من الوقائع الأخرى التي لا يعتبر التمسك بها دفعا بالمعنى الضيق.

(1) والي المرجع السابق بند 274 ص 462، مسلم المرجع السابق، بند 541 ص 576، القضاء ص 259.

(2) والي، المرجع السابق بند 283، ص 483، جميعي (عبد الباسط) شرح قانون الاجراءات المدنية، القاهرة 1966، ص 413.

(3) والي، المرجع السابق، ص 483 هامش رقم (4) وايضاً:

- Liebman (E.T.): Manuale di diritto processuale civile, I, 1957, No.19, P. 54.

(4) والي، المرجع السابق بند 283، ص 483، وايضاً سوليس وبيرو، القانون القضائي الخاص، الجزء الأول، المرجع السابق بند 304 ص 282. موريل، المرجع السابق، بند 46 ص 49.

(5) والي، المرجع السابق، بند 283 ص 483 و ص 485 هامش رقم (1)، كيوقندا، المرجع السابق بند 305 ص 308 وايضاً

- Zanzucchi (M.T.): Diritto processuale civile, V.I milano, 1964, P. 194.

ب. الدفع بالمعنى الضيق يقبل التقادم شأنه في ذلك شأن الدعوى أما الدفع الذي لا يعتبر كذلك فإنه لا يقبل التقادم إذ يرمي الى عدم وجود الحق الموضوعي.

ولهذا تنطبق عليه قاعدة ان الدفع لا تتقادم، فإنكار الواقعة المنشئة او التمسك بالوفاء او الصورية يمكن ان يبقى كوسيلة دفاع ما دام هناك طلب على أساس وجود الحق. ويختلف الحال لو تمسك المدعى عليه بالدفع بإبطال العقد للغلط، فإن دفعه هذا - وهو دفع بالمعنى الدقيق - يتقادم كدعوى الإبطال تماماً¹.

ولا يمانع آخرون² في اعتبار مجرد إنكار الوقائع المدعاة أو إنكار آثارها القانونية من قبيل الدفع الموضوعية، كإنكار الخطأ أو الضرر في دعوى التعويض أو إنكار التوقيع على العقد المقدم دليلاً في دعوى مرفوعة بتنفيذ عقد، وذهبوا في هذا الاتجاه الى تقسيم الدفع الموضوعية الى دفع سلبية وأخرى إيجابية، فإذا اقتصر الدفع على مجرد الإنكار كان سلبياً، وإذا تضمن واقعة مانعة أو منهيّة للحق المدعى بغرض رفض الدعوى، كان إيجابياً. ومن امثلة الوقائع المانعة من نشوء الحق، الدفع ببطلان العقد لعدم مشروعية السبب، أما الوقائع المنهيّة للحق فمن أمثلتها الدفع بالوفاء والدفع بالمقاصة القضائية.

وقيل أيضاً بأن هناك دفعا بالمعنى الدقيق وآخر بالمعنى الواسع: اما الأول فلا يجوز للقاضي أن يقضي به من تلقاء نفسه مالم يتمسك به الخصم كالدفع بالمقاصة، وأما الدفع الأخرى التي لا تتوقف على إرادة الخصم، لترتب آثارها بقوة القانون، فهذه ليست دفوعاً الا بالمعنى الواسع ومثالها الدفع ببطلان العقد والدفع بالوفاء³.

ويجوز للقاضي في بعض الحالات أن يثير من تلقاء نفسه المسائل التي يعدّ التمسك بها دفعا بالمعنى الواسع شريطة أن ينبه الخصوم اليها احتراماً لحقوق الدفاع⁴. وعلى هذا الأساس يعرف الدفع الموضوعي بالمعنى الضيق

(1) والي، المرجع السابق بند 283 ص 485 وانظر في هذا الشأن: السنهوري (عبد الرازق)، الوسيط جزء اول، بند 321 ص 576 هامش رقم (1).

(2) راغب المرجع السابق، ص 490 - 491.

(3) راغب، المرجع السابق، ص 491، والي، المرجع السابق بند 283 ص 484، كيوفندا، نظم، الجزء الأول، المرجع السابق بند 98 ص 295. وايضاً:

- Satta (S.): Diritto processuale civile, padova, 1954, No. 91, P. 133.

(4) راغب، المرجع السابق ص 491 وايضاً:

- Motulsky (H.): le droit naturel dans la partique jurisprudentielle le respect des droitde la de'fense en procedure civile, Ecrits Dalloz 1973, No. 24-26. P. 77-79.

بأنه سلطة المدعى عليه في تأكيد واقعة مانعة او منهيّة للواقعة المنشئة التي أكّدها المدعى ليس من شأنها رفض الدعوى مالم يتمسك بها المدعى عليه.¹

المبحث الثاني

قواعد الدفع الموضوعي:

تخضع الدفوع الموضوعية للقواعد العامة التالية²:

1. لا يتقيد المدعى عليه في إبداء الدفوع الموضوعية بترتيب معين كما لا تتقيد المحكمة بذلك عند الفصل فيها، فيجوز تقديمها في أية حالة تكون عليها الإجراءات ولو لأول مرة أمام المحكمة الاستئنافية، ولا يترتب على تقديم أحدها اعتبار المدعى عليه متنازلاً ضمناً عن غيرها من الدفوع الموضوعية³. وليس لإبداء هذه الدفوع من قيود خاصة عدا ما يقتضيه حسن دفاع المدعى عليه عن نفسه بأن يقدم الدفوع الحاسمة على الدفوع الأقل قوة وأن يعتبر الثانية مقدمة على سبيل الاحتياط مع مراعاة عدم التناقض بينها كي لا يهدم بعضها بعضاً⁴.
2. لم ترد الدفوع الموضوعية في القوانين المقارنة على سبيل الحصر⁵، وللمدعى عليه أن يثير منها ما يشاء تبعاً لطبيعة كل ادعاء وظروفه. وكما أنه لا توجد مطالبات قضائية محددة حصراً، وأنه كلما كان هناك اعتداء او تجهيل أو منازعة في حق أو مركز قانوني، أمكن لصاحبهما اللجوء للمحاكم طلباً لحماية القضاء في إزالة كل ما يعكر صفو استمتاعه بحقه أو مركزه القانوني، كذلك فإن من حق من تقام عليه الدعوى أن يستخدم ما يتيسر له من دفوع موضوعية لدفع ادعاءات خصمه بهدف إفشالها كلياً إن

(1) ليمان، موجز، المرجع السابق بند 19 ص 54، والي، المرجع السابق بند 283 ص 484. وايضاً:

- Satta (S.): Commentario al codice di processuale civile, Lib.2 part 1, 1966, P. 434- 435.

(2) سوليس وبيرو، المرجع السابق، بند 305 ص 283 وايضاً:

- Vincent (J.): procedure civile, 18 eme ed, paris , 1976, No. 35, p.39.

(3) راغب، المرجع السابق ص 493، الصاوي، المرجع السابق بند 163 ص 289-290، ابو الوفا، مرافعات بند 203 ص 213-214، والي، المرجع السابق بند 283 ص 485-486، مسلم، المرجع السابق بند 534 ص 566

(4) مسلم، نفس الاشارة السابقة.

(5) راغب، المرجع السابق، ص 493، ابو الوفا، مرافعات بند 202 ص 214، والي، المرجع السابق بند 283 ص 485.

استطاع، أو جزئياً على أقل تقدير، دون تحديد من المشرع بما يجوز تقديمه منها¹.

3. يعتبر الحكم الصادر في الدفع الموضوعي حكماً صادراً في الموضوع أي حكماً قطعياً وبالتالي يحوز حجية الأمر المقضي، ويمنع من تجديد النزاع في المسألة التي فصل فيها أمام المحكمة التي أصدرت الحكم أو أية محكمة أخرى، وبذلك يحسم النزاع على أصل الحق المدعي به². فإذا نوزع فيه مرة أخرى أمام هذه المحاكم، أمكن دفع المنازعه بعدم جواز نظرها لسبق الفصل في موضوعها، وهو دفع متعلق بالنظام العام وعلى المحكمة أن تقضي به من تلقاء نفسها³.

4. يستنفذ الحكم الصادر في الدفع الموضوعي سلطة محكمة أول درجة بالنسبة لموضوع الدعوى، فإذا طعن في هذا الحكم أمام المحكمة الاستئنافية وقررت هذه المحكمة إغائه بسبب بطلانه - على سبيل المثال - تعين عليها أن تفصل في الموضوع لا أن تعيد الدعوى إلى محكمة أول درجة التي فصلت فيه واستنفدت بذلك ولايتها وسلطتها بالنسبة لهذا الموضوع⁴.

وآية ذلك أن ابداء الدفع الموضوعي هو في واقع الأمر تعرض للموضوع، والحكم فيه يعتبر صادراً في موضوع الدعوى، واستئنافه يعيد طرح الموضوع وبقوة الأثر الناقل أمام المحكمة الاستئنافية، فيتعين عليها إن هي ألغت الحكم الابتدائي ان تقضي من جديد في موضوع الدعوى⁵.

(1) وهذه الدفوع متصلة بأصل الحق، لذا تنظمها القوانين المقررة للحقوق: ابو الوفا، نظرية الدفع، بند 3 ص 15 والدفع الموضوعي قد يتصل بواقع الدعوى وقد يتصل بإرساء القاعدة القانونية على هذا الواقع، وقد يتصل بتفسير ذات القاعدة القانونية وتحديد كنهها ومرماها و شروط اعمالها: ابو الوفا (احمد) نظرية الاحكام في قانون المرافعات ط (4) 1980 ص 406 هامش رقم (1).

2 راعب، المرجع السابق، نفس الاشارة السابقة، ابو الوفا، نظرية الدفع، بند 203 ص 213، بند 558 ص 664، الشرقاوي، المرجع السابق، بند 379 ص 410-411.

3 انظر المادة (115/مرافعات مصري) ويقابلها نص المادة (111) من قانون اصول الماكنات المدنية الأردني والمقصود بالحجية هي الصفة غير القابلة للمنازعة والتي تثبت بواسطة القانون لمضمون الحكم، فما صدر بشأنه حكم لا يكون قابلاً للمنازعة فيه فيمتنع على القاضي الذي اصدر الحكم ان يعدل عنه وتلتزم المحاكم باحترامه كما يمتنع على الخصوم رفع دعوى جديدة لطرح ما سبق الفصل فيه، والحجية بهذا المعنى تثبت للحكم القضائي بمجرد صدوره ولا تحول دون امكانية الطعن فيه بإحدى طرق الطعن المكرسة للمزيد من اشباع العدالة، والحجية نسبية قاصرة على خصوم الدعوى التي صدر فيها الحكم، ومن شروطها وحدة المسألة المفصول فيها موضوعاً وسبباً: الصاوي، المرجع السابق بند 186 ص 332 وما بعدها.

4 راعب، الاشارة السابقة، والي، المرجع السابق، بند 283، ص 486.

5 ابو الوفا، مرافعات، بند 202 ص 215، الصاوي المرجع السابق، بند 163، ص 291.

5. الحكم الصادر في الدفع الموضوعي يعدّ حكماً موضوعياً وليس فرعياً ويعتبر منهيًا للخصومة في حدود المسألة التي فصل فيها، وبه ترتفع يدّ المحكمة عمّا فصل فيه، فيقبل الطعن المباشر بخلاف الأحكام غير المنهية للخصومة التي لا تقبل الطعن - كقاعده - إلا مع الاحكام الفاصلة في الموضوع²، كما أن الطعن فيه يطرح على المحكمة الاستئنافية بقوة القانون ذات موضوع الدفع الذي سبق لمحكمة أول درجة أن قالت فيه كلمتها فلا يعود إليها إذا ما تم الغاؤه استئنافاً³.

¹ ابو الوفاء، مرافعات، الإشارة السابقة.

(2) راجع المادتين 212/ مرافعات مصري، 170 اصول محاكمات اردني.

(3) راجع المادة 5/188 من قانون اصول المحاكمات المدنية الاردني.

الفصل الثاني

الدفع الإجرائيه

سنتناول في هذا الفصل مفهوم الدفع الإجرائيه، والقواعد التي تحكمها وذلك في المبحثين التاليين:
المبحث الأول : مفهوم الدفع الإجرائيه.
المبحث الثاني: القواعد التي تحكم الدفع الإجرائيه.

المبحث الأول

الدفع الشكليه (الإجرائيه)

Exceptions de proce ´ dure

وهي الدفع التي توجه الى الخصومة أو الى بعض إجراءاتها دون التعرض لذات الحق المدعى به أو المنازعة فيه، ويقصد بها تفادي الحكم في الموضوع بصفة مؤقتة¹.

ويرمي مقدم هذه الدفع الى شل طلب خصمه دون مناقضته² مستعيناً على ذلك بالتدليل على خطأ الإجراءات المتخذة خلال المطالبة القضائية³، وصولاً الى استصدار حكم ينهي الخصومة دون الفصل في موضوعها أو يؤدي على الأقل الى تأخير الفصل فيه⁴. ويؤثر جانب من الفقه استعمال تعبير "الدفع الإجرائيه" بدلا من تعبير "الدفع الشكليه" السائد فقها وعملا، بدعوى أن بعض هذه الدفع لا يتعلق بالشكل، ومثاله الدفع ببطلان الإجراءات لتخلف أهلية التقاضي. ويتفق هذا الرأي مع التعبير المستخدم في القانون الايطالي:

(1) ابو الوفا، مرافعات بند 202، ص 211، ونظرية الدفع في قانون المرافعات، بند 74 وما بعده ص 156 وما بعدها، الصاوي، الوسيط، المرجع السابق، بند 162 ص 288، القضاء، المرجع السابق، ص 272.

(2) مسلم، المرجع السابق، بند 535، ص 567.

(3) مسلم، الإشارة السابقه.

(4) راغب، المرجع السابق، ص 494.

"Eccezioni Processuali o diritto" ومع التعبير الذي استخدمه المشرع الفرنسي في قانون المرافعات الجديد¹: "Les exeptions de procedure" وهو نفس المصطلح الذي استقرّ عليه المشرعان المصري والأردني². وإذا كانت الخصومة حالة قانونية تنشأ بمجرد رفع الدعوى على المدعى عليه دون التفات الى توافر أو عدم توافر حق موضوعي لدى رافعها، فمفاد ذلك عدم وجود صلة بين الخصومة والحق المدعى به باستثناء أن انعقاد الخصومة يقطع مدة تقادم الحق ويبقى هذا الأثر ما بقيت الخصومة قائمة³. وحيث أن الدفع الشكلي يوجه الى إجراءات الخصومة فحسب وينأى عن المساس بأصل الحق، فإن تحديد طبيعة هذا الدفع وما يميزه عن الدفع الموضوعي لا بدّ أن يعتمد على هذا المعيار، وعلى هذا الأساس يعتبر الدفع شكلياً أو إجرائياً اذا كان يرمي الى تعطيل نظر القضية أو منعه لسبب يتعلق باختصاص المحكمة أو إجراءات الخصومة⁴.

ومن هذه الدفع: الدفع بعدم الاختصاص والدفع ببطلان صحيفة الدعوى والدفع بالإحالة⁵. وقد نصّ القانون الأردني على بعض أنواع هذه الدفع⁶ ونظم أحكامها كالدفع بعدم الاختصاص المكاني، والدفع بوجود شرط تحكيم، " والدفع بكون القضية مقضية⁷ والدفع بمرور الزمن، والدفع ببطلان أوراق تبليغ الدعوى، والدفع بعدم اختصاص المحكمة لانقضاء ولايتها أو بسبب نوع الدعوى أو قيمتها أو بعدم جواز نظرها لسبق الفصل فيها. وتعمل هذه الدفع على أساس قواعد الأصول المدنية (المرافعات) المنظمة للخصومة⁸. وقد أثار تعداد بعض صور هذا الدفع في القانون المقارن التساؤل، فيما اذا كان هذا التعداد قد ورد على سبيل الحصر أم على

(1) القانون رقم (1123) الصادر بتاريخ 1975/12/5.

(2) راجع المادة (1/110) من قانون اصول المحاكمات المدنية الاردني والتي ورد في سياقها عبارة " وسائر الدفع المتعلقة بالاجراءات".

(3) ابو الوفاء، نظرية الدفع، الاشارة السابقة

(4) والي، المرجع السابق، بند 284، ص 486، موريل، المرجع السابق، بند 48 ص 51.

(5) تجاهل القانون الأردني تنظيم هذا الدفع في حالتي رفع النزاع ذاته امام محكمتين او لوجود ارتباط بين دعويين مرفوعتين امام محكمتين مكثفيا بالاحالة في حالة الدفع بعدم الاختصاص الذي يتعين على المحكمة في حالة قبوله احالة الدعوى بحالتها، الى المحكمة المختصة، م (112/ اصول مدنية) وهذا الحكم مستحدث في القانون الجديد.

(6) راجع المواد من 109 - 112 من قانون اصول المحاكمات المدنية الأردني.

(7) اي حانزة لحجية الامر المقضي وقد جاء هذا المصطلح الذي تكرر في جميع قوانين الاصول المدنية، متأثراً بأدبيات ما جرى عليه العمل في ظل الحقبة العثمانية

(8) راغب، المرجع السابق، ص 494.

سبيل التمثيل؟! وقد كان للقانون المقارن رأي متباين بهذا الصدد، وستعرف في هذا السياق على موقف كل من القانونين الفرنسي والمصري:

أولاً: موقف القانون الفرنسي

تبني المشرع الفرنسي في القانون السابق وجهة النظر القائلة بحصر الدفع الشكلية¹ في عدد محدد، إلا أنه لم يلبث أن عدل عن هذه الوجهة متبنياً مبدأ عدم حصر هذه الدفع فجاءت المادة (73) من قانون المرافعات الفرنسي الجديد² لتنص على أنه " يعتبر دفعا متعلقا بالإجراءات كل دفع يتصل ببطانها أو باعتبارها كأن لم تكن أو يتصل بوقف السير في الدعوى " فعاد بذلك الى ما كان عليه الحال منذ عهد القانون الروماني وعهد القانون الفرنسي القديم حيث كانت الدفع المتعلقة بالإجراءات لا تخضع لحصر ما دامت الطعون الموجهة اليها غير محصورة، وكان يدخل في عدادها جميع الدفع التي ينعى بها على إجراءات الخصومة³.

وهكذا استقرّ تحديد طبيعة الدفع الشكلية بحسبانها متعلقة بالإجراءات دون أصل الحق، وبأنها تتوخى تفادي الحكم في الموضوع بصفة مؤقتة⁴ فانتسح نطاقها ليستوعب كل ما يدخل في هذا المعنى دون تحديد.

ويميل الرأي الغالب في فرنسا معززاً باجتهادات القضاء الى أن الدفع الشكلية لم ترد في القانون على سبيل الحصر⁵.

ثانياً: موقف القانون المصري

كان موقف القانون المختلط في حصره للدفع الشكلية متوافقاً مع موقف القانون الفرنسي السابق مردداً ما أورده من دفع باستثناء الدفع بوجوب تقديم كفالة، وكذلك هذا القانون الأهلي حذو القانون المختلط في حصره لهذه الدفع وإن خلا الأخير من ذكر الدفع بطلب ميعاد لاتخاذ صفة، ثم جاء القانون

(1) وقد كانت تقتصر على ما يلي: أ- الدفع بوجوب تقديم كفالة تضمن تسديد مصاريف الدعوى ورسومها والتعويضات التي تنشأ عن قيام خصومة رفعها أجنبي على فرنسي ب- الدفع بعدم اختصاص المحكمة أو باحالتها الى محكمة اخرى اما لقيام ذات النزاع امامها او لقيام نزاع مرتبط بالنزاع الاول ج- الدفع ببطلان صحيفة افتتاح الخصومة او اي اجراء من اجراءاتها د- الدفع بوقف اجراءات الخصومة او بطلب ميعاد اما للاطلاع على المستندات المقدمة من الخصم، او للرد على دعوى المدعى عليه او لادخال ضامن واتخاذ صفة: مشار اليه في: ابو الوفاء، نظرية الدفع، بند 5، ص 18-19.

(2) القانون رقم (1123) الصادر بتاريخ 1975/12/5.

(3) ابو الوفاء، نظرية الدفع، بند 7م، ص 24.

(4) ابو الوفاء، نظرية الدفع، بند 7م، ص 25.

(5) سوليس وبيرو/ المرجع السابق بند 308، ص 285 وايضاً:

Japiot (R.): Traite elementaire de procedure civile et commerciale, 3 ed L. Arthur Rousseau, Paris, 1935, No. 127, P. 115.

والي، المرجع السابق، بند 284، ص 486.

السابق رقم (77) لعام 1949 ليحصرها في دفعوع ثلاثة هي الدفع بعدم اختصاص المحكمة بالنظر في الدعوى، والدفع بطلب إحالة الدعوى الى محكمة أخرى، ثم الدفع ببطلان أوراق التكاليف بالحضور¹، ولم يدخل في عداد الدفعوع الشكالية الدفع بطلب ميعاد مبررا ذلك بأن هذا الدفع وان كان يقصد به تأخير الفصل في الدعوى إلا أنه لا يصح اعتباره دفعا لها ولا جوابا عليها.

كما لم يدخل - بوجه عام - في عدادها إلا الدفعوع التي توجه الى الخصومة برمتها مستبعدا بذلك الدفعوع التي تستهدف مجرد تأخير نظر الدعوى أو التمسك ببطلان إجراءات المرافعات باستثناء ما يتعلق منها بأوراق التكاليف بالحضور². ثم جاء القانون رقم (100) لسنة 1962 معدلا هذا الاتجاه ومقررا عدم حصر الدفعوع الشكالية تأسيسا على أن كل دفع يتصل بالإجراءات هو في واقع الأمر دفع شكلي وأن جميع الدفعوع التي ينطبق عليها هذا التكييف يجمعها قاسم مشترك هو أنها لا تمس أصل الحق المدعى به و أنها تستهدف تفادي الحكم في الموضوع بصفة مؤقتة³ وعلى هذا استقر القانون النافذ رقم (13) لعام 1968 والقانون المعدل رقم (23) لعام 1992.

وهذه هي وجهة نظر الرأي الغالب في الفقه الذي لا يرى وجود ما يمنع أن يلحق بالدفعوع الشكالية أية وسيلة لها خصائص هذه الدفعوع، مهما كانت التسمية التي يطلقها عليها المشرع⁴. ونحن نرجح فكرة حصر الدفعوع الإجرائية بالرغم من أن الاتجاه العام في الفقه والتشريع المقارنين يميل الى الأخذ بخلاف ذلك، وحتجتنا فيما نراه تستند الى ما يلي:

1-الأصل في الخصومة القضائية أنها نزاع حول موضوع يراد له حسما قضائيا، وأما ما تحاط به من إجراءات وطقوس معينه فهي من باب تنظيم إجراءات الخصومة وتوفير ضمانات تتكفل بحسن سير القضاء، فلا ينبغي لهذه الطقوس وما تحفل به من أشكال وأوضاع أن تطغى على صلب الموضوع، وهي في النهاية مجرد وسائل وآليات مكرسة لخدمة ما هو أبعد من مجرد الشكل والإجراءات مهما بلغت أهميتها، ولأن الأصل في القاضي أن لا يكون مقيدا باتباع إجراءات وأشكال معينة قد تعرقل

(1) ابو الوفا، نظرية الدفعوع، بند 7 ص 21 وما بعدها.

(2) ابو الوفا، الإشارة السابقة.

(3) ابو الوفا، الدفعوع، بند 7، ص 23.

(4) والي، المرجع السابق، بند 284، ص 486.

سير العدالة، لذلك كان الالتزام بمراعاة أوضاع معينه او اتباع أشكال محددة من قبيل الاستثناء الذي يرد على الأصل العام دون أن يعني ذلك تقليلاً من شأن الشكل وأهميته وما يستهدفه من غايات تصب في خدمة العدالة.

2-وإذا صح بأن الالتزام بالتقيد بالشكل في إطار الخصومة القضائية لا يعدو ان يكون من قبيل الاستثناء على الأصل، كان من الطبيعي أن يستند الى نصوص القانون، فالمشرع وحده الذي يقرر ما هو الإجراء الواجب الاتباع وليس مقبولاً - في المنطق القانوني - أن تترك هذه المسألة لمحض مشيئة القاضي أو الخصوم، وعلى هذا الأساس لا يمكن أن يتقيد القاضي بأي إجراء لا يجد له سنداً في القانون كما لا يمكن إلزام الخصوم بمراعاة أوضاع وأشكال معينه لا يجدون لها سنداً في القانون. واستناداً الى ذلك يمكن تقرير قاعده عامة تقضي بأنه " لا إجراء بغير نص " كما هو شأن القاعدة المتعلقة بشرعية الجرائم والعقوبات التي تقرر بأنه " لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص "، وهكذا لا يمكن النعي على المحكمة أو الخصوم بعدم التقيد بإجراءات معينة ليس لها سند من القانون، وما دام القانون هو الفصيل في تحديد الإجراءات التي ينبغي اتباعها فكيف يتسنى القول بأنها قد وردت على سبيل التمثيل وليس الحصر إلا أن يكون ذلك تقولا على المشرع.

3-وإذا جاز لنا ان نتجاوز قاعدة " لا إجراء بغير نص "فمعنى ذلك أن تترك المسألة لتجليات قاضي الموضوع دون معقب، وليصبح جوهر " النزاع رهينة إجراءات لا حصر لها ولا سبيل الى توقعها، وفي هذه الحالة سيتحول الاستثناء الى قاعدة وسيكون مطلوباً من الفرقاء أن يتخطوا عقبات كأداء لا قبل لهم بها، وستتحول الخصومة المدنية الى مجرد طقوس يستنفد من أجلها المزيد من الجهد و النفقات على حساب الاهتمام بجوهر النزاع. وإذا كانت الخصومة في المحصلة لا تخرج عن كونها موضوعاً يشكل جوهر النزاع واجراءات تحدد مسار الخصومة وحيثياتها لغايات تنظيمية وفي الحدود التي لا ينبغي أن تتجاوز هذه الغايات، لذلك وانسجاماً مع قاعدة أن الشكل في خدمة الموضوع وليس العكس، يمكن الزعم بأنه بمقدار أهمية عدم التقريط بالأشكال المرعية يتعين أيضاً مراعاة عدم الغلو في إخضاع الخصومه لأشكال لا حصر لها

- لدرجة الإفراط الذي قد يفضي الى المصادرة على الهدف المثالي للخصومة المتمثل في حسم النزاع وليس ترسيم إجراءاتها.
- 4- ومن هذا المنطلق نلاحظ أن المشرع يزهد أحياناً في توقيع جزاء البطلان ويتيح الفرصة لتصويب العمل الإجرائي المعيب حتى وإن كان يتعلق بالنظام العام ويسمح للخصوم بحق التنازل عن التمسك بالبطلان اذا خالف العمل الإجرائي نموذج القانوني وكان البطلان مقررًا مراعاة لمصالح خاصة، كما يربط توقيع هذا الجزاء بأن يلحق الخصم ضرر جرم المخالفة التي تسببت في توقيعه¹. ويفسر هذا الاتجاه التشريعي برغبة المشرع في الحدّ من غلواء الاجراءات المرعية وسطوتها التي ما وضعت إلا لخدمة العدالة وليس لعرقلة سير الخصومة والحيلولة دون وصولها الى غاياتها المنشودة المتمثلة في توفير الحماية القضائية للحقوق والمراكز القانونية المعتدى عليها، ومثل هذا التوجه الذي لا يعطي الإجراءات من الأهمية أكثر من حجمها لا يمكن أن ينسجم مع فكرة انعقاد الدفع الشكلية بحيث لا تخضع للحصر واعتبار ما اشير إليه منها إنما ورد على سبيل التمثيل ليس إلا.
- 5- على أنه لا ينبغي أن يفهم مما تقدم بأنه لا سبيل الى وجود المزيد من الدفع الاجرائية وان نطاقها سيظل محصوراً فيما هو مألوف منها ومعترف به من قبل المشرع، فليس ثمة ما يمنع من استحداث أشكال و إجراءات جديدة وإلزام المتقاضين او المحكمة باتباعها، الأمر الذي من شأنه أن يوسع من دائرة هذه الدفع ما دامت تستند الى إرادة المشرع الذي يملك أن يضيف إليها ما يراه ضرورياً لخدمة اعتبارات العدالة وحسن سير القضاء، وليس في ذلك ما يخل بالنظرية القائلة بأن الدفع الاجرائية قد وردت على سبيل الحصر وبشفاعة القانون وحده، وأن حجر الزاوية في هذه المسألة هي قاعدة " لا إجراء بغير نص " ولا إلزام بإجراء لا تلزم به نصوص القانون، وهذا السند هو مناط النظرية القائلة بحصر الدفع الشكلية.
- 6- والدفع الاجرائية لا تخرج عن الدفع التالية²:
- أ. الدفع التي تتمسك بخروج النزاع من ولاية المحكمة وتشمل ما يلي:

(1) راجع المادتين 25 و26 من قانون اصول المحاكمات المدنية الاردني المتعلقين بتصحيح البطلان وتقابلهما المادتين 22 و 23 من قانون المرافعات المصري.
(2) ابو الوفا، نظرية الدفع، بند 85 - 456، ص 177 - 783.

- 1/ أ الدفع بعدم الاختصاص المتعلقة بالمكان والوظيفة والنوع وقيمة النزاع ومنها أيضاً عدم اختصاص المحاكم الوطنية بنظر الدعاوى التي ترفع على الأجنبي أو مايعرف بالاختصاص الدولي.
- 2/ أ الدفع بالإحالة لقيام النزاع نفسه أمام محكمتين أو للارتباط أو بعد الحكم بعدم الاختصاص أو عند الإدلاء بطلب عارض أمام محكمة جزئية (صلح) مما لا يدخل في اختصاصها (وهي حالة خاصة في قانون المرافعات المصري / م 46).
- ب. الدفع المقصود بها التمسك ببطلان لائحة الدعوى أو أي إجراء فيها.
- ج. الدفع المقصود بها التخلص من الخصومة بسبب سقوطها أو انقضائها بالتقادم¹ أو تركها أو اعتبارها كأن لم تكن.
- د. الدفع المقصود بها وقف السير في الدعوى أو انقطاعها.
- هـ. ويمكن ان يضاف إليها بطلان إجراءات الخصومة بسبب نقص أهلية المتقاضين أو لانعدام الخصومة أو لعدم وجود تمثيل قانوني للخصوم أو بطلانه.

(1) لا نظير في القانون الاردني للدفع بتقادم الخصومة او انقضائها بمضي المدة الذي يتحقق في حال عدم موالاتها مدة ثلاث سنوات دون انقطاع (راجع المادة 140/مرافعات مصري).

المبحث الثاني

قواعد الدفع الشكلية

تخضع الدفع الشكلية للقواعد التالية:

أولاً: وقت ابداء الدفع الشكلية: قيد المشرع الإجرائي إبداءها بما يلي

أ. ينبغي إبداء الدفع الشكلية قبل التكلم في موضوع الدعوى¹ أي في

مستهل النزاع وقبل الدخول في الأساس على حد تعبير التشريع والقضاء الاردنيين، والإسقاط الحق في الإدلاء بها، فالتراخي في إثارتها الى ما بعد الخوض في الموضوع يحمل على أنه تنازل عنها من قبل صاحب المصلحة ما لم يكن الدفع متعلقاً بالنظام العام، فتجوز إثارته في أية حالة تكون عليها الدعوى كالدفع بعدم الاختصاص المتعلقة بالوظيفة او بنوع القضية أو بقيمتها². وهناك من يرى بأن أساس هذه القاعدة ليس النزول الضمني، لأن النزول عن الحق لا يفترض، وإنما هو تحديد واقعة معينة هي الكلام في الموضوع بحيث يترتب على تحققها سقوط الحق في الدفع، ويتحقق هذا السقوط بصرف النظر عن إرادة صاحب الدفع، وسواء أكان يعلم بحقه فيه أم بالسبب المنشئ لهذا الحق أم لم يعلم³، فإذا تمسك الخصم بدفع شكلي،

فإن هذا الدفع لا يسقط بعد كلامه في الموضوع بعد ذلك⁴.

ويجب إبدؤها قبل إبداء أي طلب أو دفاع في الدعوى أو دفع بعد القبول تحت طائلة السقوط. فإذا أقدم المدعى عليه على إبداء دفاع موضوعي أو دفع موضوعي أو أي طلب يتعلق بالموضوع كالطلب العارض، أو أي طلب يتعلق بأدلة الموضوع كطلب إحالة الدعوى للتحقيق لسماع شهود نفي في الموضوع أو طلب الحكم بتزوير السند الذي قدمه المدعي، كل ذلك يؤدي الى

(1) ابو الوفا، مرافعات، بند 203، ص 213، راغب، المرجع السابق ص 495، والي، المرجع السابق بند 285، ص 486، وعلة هذه القاعدة عدم تشجيع الخصوم على الانتظار الى ما قبل نهاية الاجراءات للتمسك بالدفع الشكلي الامر الذي يتسبب في اضعاف الوقت والجهد والنفقات دون جدوى فيضطر المدعي الى بدء خصومة من جديد بعد ان تكون قد قطعت شوطا بعيدا: والي، المرجع السابق بند 285 ص 487، الصاوي، المرجع السابق بند 163، ص 289، ايضاً: سوليس وبيرو، المرجع السابق، بند 312، ص 288، جابيو، المرجع السابق، بند 128 ص 118 وبند 267 ص 448-447.

(2) ابو الوفا، الاشارة السابقة.

(3) والي، المرجع السابق، بند 284، ص 487.

(4) والي، المرجع السابق، بند 284، ص 488، ايضاً نقض مدني، 17 نوفمبر 1965، مجموعة النقض المصريه 16-1094-170، مشار اليه في والي، هامش رقم (3) من نفس الصفحة.

سقوط الحق في إبداء الدفع الإجرائية¹، ويخرج من ذلك طلب التأجيل إلا اذا بني على سبب موضوعي. واعتبار ما يصدر عن الخصم كلاماً في الموضوع أو عدم اعتباره كذلك مسألة قانونية² تخضع لرقابة محكمة النقض³. أما اذا تمسك الخصم بدفع شكلي فإن هذا الدفع لا يسقط بكلامه في الموضوع بعد ذلك⁴، كما لا يسقط لمجرد كلامه في الموضوع في نفس الورقة التي أبدى فيها الدفع ولو جاء كلامه في الموضوع سابقاً على إبداء الدفع في ترتيبه في الورقة⁵ أو كان مع إبدائه الدفع قد تكلم في الموضوع على سبيل الاحتياط⁶.

ب. يجب إبداء جميع الدفع الإجرائية معاً والإسقاط الحق فيما لم يبد منها، فلا يستطيع المدعى عليه أن يبدي دعواً ببطلان صحيفة الدعوى (لائحة الدعوى) في جلسة ثم يبدي دعواً آخر بعدم الاختصاص المحلي في جلسة أخرى، بل يجب إبداءهما معاً في جلسة واحدة أو مذكرة واحدة⁷.

ج. يجب إبداء الدفع الإجرائية التي لم يسقط الحق في إبدائها في لائحة⁸ الطعن في الحكم والا سقط الحق فيما لم يبد منها. فإذا صدر حكم في موضوع الدعوى بناء على إعلان باطل، جاز للمحكوم عليه التمسك ببطلان إعلانه عن طريق الطعن في الحكم شريطة إبدائه في أول مناسبة وهي لائحة الطعن⁹.

د. وجوب إبداء أوجه الدفع الشكلي وأسبابه معاً وقبل التكلم في الموضوع:

- (1) راغب، المرجع السابق، ص 495، والي، المرجع السابق بند 284 ص 487.
- (2) راغب، الإشارة السابقة وايضاً نقض مدني مصري 1971/4/27، مجموعة الاحكام 22 ص 557، مشار اليه في راغب هامش رقم (1) من نفس الصفحة.
- (3) وتسمى هذه المحكمة في القانون الاردني " محكمة التمييز ".
- (4) والي، الوسيط، بند 285 ص 488 وايضاً: نقض مدني مصري 17 نوفمبر 1965 مجموعة النقض 16-170-1094 مشار اليه في والي، المرجع السابق ص 488 هامش (3).
- (5) Rodier: Traite de competence et de procedure en matier civile, paris 1978, T.I, No, 253, P. 353.
- (6) Glasson (E.) et Tissier (A.): Traite de proce'dure civile, T. 2 3ed, paris 1926, No.442, P.246.
- (7) راغب، المرجع السابق، ص 496، والي المرجع السابق بند 284 ص 489، وقد استمدّ المشرع المصري هذه القاعدة من القانون الالمانى، وعنه اخذ مشرنا الأردني بهذه القاعدة، كما تنص عليها المادة (74) من قانون المرافعات الفرنسي الجديد، وانظر ايضاً: فنسان، المرجع السابق بند 37 ص 61.
- (8) ويقابلها في القانون المصري "صحيفة الطعن".
- (9) راغب، الإشارة السابقة.

ليس على الخصم أن يبدي سائر دفعه الشكلية معا وقبل الخوض في الموضوع، فحسب، بل وعليه أيضاً إبداء سائر الأوجه التي تقوم عليها هذه الدفع و أسبابها دفعة واحدة، فلا يجوز له على سبيل المثال التمسك بعدم الاختصاص المحلي لسبب ما في مرافعته الشفوية ثم يدلي بعد ذلك بمذكرة يتمسك فيها بعدم الاختصاص المحلي لسبب آخر¹.

هـ. وجوب إبداء جميع الدفع الشكلية معا أمام المحكمة التي يرفع إليها النزاع أولاً:

على الخصم التمسك بسائر الدفع الشكلية قبل الكلام في الموضوع أمام المحكمة التي يرفع إليها النزاع أولاً، فإذا أحيلت الدعوى بعدئذ الى محكمة أخرى، تعذر عليه التمسك إلا بالدفع التي ينشأ الحق في الإدلاء بها بعد الكلام في الموضوع، لأن مقتضى الإحالة ن تنتقل الدعوى بحالتها الى المحكمة المحال إليها الدعوى بما اشتملت عليه من طلبات ودفع: فإذا قضت محكمة صلحية بعدم اختصاصها محلياً وأحيلت الدعوى الى محكمة صلحية أخرى فإنه لا يجوز أن يثار أمام هذه المحكمة دفع ببطلان لائحة الدعوى الذي كان ينبغي أن يثار أمام المحكمة الأولى عملاً بقاعدة وجوب إبداء سائر الدفع الشكلية معا ايا كانت أسبابها ووجوهها².

-الحالات المستثناة من حكم هذه القاعدة:

يستثنى من حكم القاعدة المتعلقة بوقف إبداء الدفع الإجرائية ما يلي³:

1. الدفع المتعلقة بالنظام العام / فهذه الدفع مما يجوز الإدلاء به في اية حالة تكون عليها الإجراءات ولو لأول مرة امام محكمة التمييز، كالدفع بعدم الاختصاص المتعلق بالوظيفة وبنوع الدعوى أو قيمتها⁴، والدفع بعدم توقيع لائحة الطعن بالاستئناف من قبل محام⁵.

(1) ابو الوفا، الدفع، بند 78، ص 172، مسلم، المرجع السابق، بند 536، ص 569، والي نفس الاشارة السابقة.

(2) ابو الوفا، الدفع، بند 79، ص 173.

(3) ابو الوفا، مرافعات، بند 202، ص 211، راغب، المرجع السابق، ص 496، والي، المرجع السابق بند

284 ص 490، الصاوي، المرجع السابق بند 163 ص 290.

(4) انظر المادة (111) من قانون اصول المحاكمات المدنية الاردني.

(5) القضاة، المرجع السابق ص 227، وانظر ايضاً نص المادة (41) من قانون نقابة المحامين النظاميين

الاردني رقم (11) لسنة 1972.

2. الدفع التي ينشأ الحق في الادلاء بها بعد التكلم في الموضوع كالدفع بالتمسك بميعاد معين، والدفع بتأجيل نظر القضية الى جلسة أخرى لأي سبب استجد بعد رفع الدعوى، والدفع بإسقاط الخصومة، او باعتبارها كأن لم تكن¹.

3. الأحوال التي يسقط فيها الحق في التمسك ببطلان ورقة التكليف بالحضور (ويقابلها في القانون الأردني بطلان تبليغ لائحة الدعوى ومذكرات الدعوى الناشئ عن عيب في التبليغ أو في تاريخ الجلسة)² بمجرد حضور الخصم³.

وينسجم هذا السقوط مع موقف المشرع فيما وضعه من قواعد لتوقيع جزاء البطلان⁴، وتقضي هذه القواعد بعدم توقيع جزاء البطلان ما لم يلحق الخصم المقرر لمصلحته ضرر جراء المخالفة المرتكبة، وحضور الخصم جلسة المحاكمة في الموعد المحدد ينفي وقوع الضرر ويؤكد أن الغاية من الإجراء قد تحققت⁵.

ثانياً: على المحكمة - كقاعدة - أن تفصل في الدفع الشكلي أولاً، فقد يغنيها ذلك عن التعرض للموضوع حيث يترتب على قبوله انقضاء الخصومة أمامها. ويجوز للمحكمة أن تضم الدفع الى الموضوع وتصدر فيهما حكماً واحداً شريطة أن تبين في حكمها ما قضت به في كل منهما، ولا يمنعها ذلك الضم من الحكم في الدفع وحده، فاذا قبلته كفاها مؤونة البحث في الموضوع، واذا رفضته تطرقت لصلاب الموضوع⁶. بيد أن سلطة المحكمة في الضم مقيدة بأن تمكن

(1) ابو الوفاء، مرافعات، بند 202، ص 211-212، راغب، الاشارة السابقة، والي، الاشارة السابقة، الصاوي، الاشارة السابقة وايضاً: جلاسون جزء اول بند 232، ص 591.

(2) راجع المادة (2/110) من قانون اصول المحاكمات المدنية الاردني، ويقابلها نص المادة (114) من قانون المرافعات المدنية والتجارية المصري.

(3) ابو الوفاء، مرافعات، بند 202 ص 212.

(4) راجع المادة (24) من قانون اصول المحاكمات المدنية الاردني.

(5) اخذ الشرع الاردني في توقيع جزاء البطلان بنظرية " لا بطلان بغير ضرر " فيما اخذ المشرع المصري بنظرية " لا بطلان اذا تحققت الغاية من الاجراء " راجع المادة 20 من قانون المرافعات المصري.

(6) ابو الوفاء، مرافعات، بند 202، ص 214، وايضاً: نقض مصري تاريخ 1978/10/30، الطعن رقم 1921 لسنة 47 ق مشار اليه في نفس المرجع هامش رقم (2) من نفس الصفحة، وانظر مسلم، المرجع السابق بند 536 ص 569، الصاوي، المرجع السابق بند 163 ص 289.

الخصوم من تقديم دفاعهم الموضوعي كي لا يفاجأوا بحكم المحكمة في الموضوع دون ان يمارسوا هذا الحق منتظرين الفصل في الدفع الإجرائية¹. ويجب على المحكمة عند تعدد الدفع الشكالية أن تقضي أولاً بالدفع بعدم الاختصاص أياً كان معياره، فإذا قضت باختصاصها بنظر النزاع، كان لها ان تتبع سائر الدفع الأخرى انتهاءً بالدفع بعدم القبول، ولا ولاية لها في نظر سائر الدفع الأخرى ما لم تكن مختصة بنظر النزاع².

ثالثاً: لا يحوز الحكم في الدفع الشكلي حجية الأمر المقضي: فلا يعدّ الحكم الصادر في الدفع الشكلي قضاءً موضوعياً، كما أنه ليس قضاءً قطعياً كي يرتب هذه الحجية فتجوز إثارته من جديد اذا تسبب الحكم في زوال الخصومة وتقرر إقامة الدعوى مجدداً للمطالبه بذات الحق بإجراءات جديدة، لكنه يعتبر في الوقت نفسه حكماً قطعياً يستنفذ سلطة المحكمة بالنسبة للمسألة الإجرائية التي فصل فيها داخل الخصومة ذاتها³.

رابعاً: لا يستنفذ الحكم الصادر في الدفع الشكلي سلطة محكمة أول درجة بالنسبة لموضوع النزاع: فاذا حكمت محكمة أول درجة بعدم اختصاصها أو ببطلان المطالبة القضائية ثم طعن في هذا الحكم بالاستئناف فتقرر الغاءه، تعين على المحكمة الاستئنافية إعادة القضية الى محكمة أول درجة لتفصل في الموضوع الذي لم يسبق لها أن قالت كلمتها فيه، ولا يجوز لمحكمة الدرجة

(1) و يكون الحكم في هذه الحالة باطلاً لإخلاله بحقوق الدفاع: راغب، المرجع السابق، ص 497.

(2) ابو الوفاء، الاشارة السابقة.

(3) راغب، المرجع السابق ص 497-498، والي، المرجع السابق بند 285، ص 492، الصاوي، المرجع السابق بند 163 ص 291. وقد اثار الحكم الصادر في المسائل الاجرائية خلافاً فقهيًا بخصوص تمتعه = بحجية الشيء المحكوم فيه، قارن عكس ما تقدم: السنهوري، الوسيط، ج (2) بند 335 ص 850 وما بعدها، فهمي، مرافعات، بند 614، سيف، الوسيط، ط (8) بند 504 - 505، وايضاً:

Omar (M.A): La notion D' irrecevabilite' en droit judiciaire prive', The'se , paris 1967 No. 427

وانظر ايضاً: الصاوي، المرجع السابق، ص 351 هامش رقم (1)، ابو الوفاء، نظرية الاحكام بند 201 ص

الثانية أن تفصل فيه كي لا تقوت على الخصوم إحدى درجتي التقاضي¹.

خامساً: يعتبر الحكم الصادر في الدفع الشكلي حكماً فرعياً أو إجرائياً صادراً قبل الفصل في الموضوع²، ويختلف بذلك عن الحكم الموضوعي الذي يصدر في موضوع الدعوى أو في شق منه، أو في أي طلب موضوعي سواء أكان أصلياً أم عارضاً أم دفعاً موضوعياً، وضابط التفرقة بين الأحكام الموضوعية والفرعية ان الأولى تصدر في الطلبات الأصلية سواء المقدمة في لائحة الدعوى، ام على هيئة طلب عارض كما تصدر بقبول الدفع الموضوعية أو تصدر في أساس الدعوى، أما الأحكام الفرعية فهي التي تصدر في الدفع الشكليه عموماً أو في الدفع بعدم القبول، أو برفض الدفع الموضوعية، أو التي تصدر في الطلبات المتعلقة بسير الدعوى أو إثباتها أو في الطلبات الوقتية³.

ويترتب على اعتبار الأحكام الصادرة في الدفع الشكليه من قبيل الأحكام الفرعية نتيجتان⁴: الأولى أن الحكم الصادر فيها لا يمنع من إقامة دعوى جديدة، ولا يملك المدعى عليه دفعها لسبق الفصل فيها، - كما هو شأن الدفع الموضوعي - وهو ماسبقت الإشارة اليه في القاعدة الثالثة من قواعد الدفع الشكلي والتي تعرضنا فيها لحقيقة أن الحكم الصادر في هذا الدفع لا يحوز حجية الأمر المقضي⁵.

أما النتيجة الثانية فتتعلق بمدى قابلية الحكم الصادر في الحكم الفرعي للطعن مباشرة ومستقلاً عن موضوع الدعوى والتي تحكمها قاعدة عدم جواز الطعن في الأحكام الفرعية

(1) راغب، المرجع السابق ص 498، ابو الوفاء، مرافعات بند 202، ص 215، والي نفس الاشارة السابقة، الصاوي، المرجع السابق بند 163، ص 291.

(2) ابو الوفاء، نظرية الاحكام، بند 202-303، ص 405-406.

(3) ابو الوفاء، الاشارة السابقة.

(4) ابو الوفاء، نظرية الاحكام، بند 221 ص 449.

(5) راجع ماسبقت الاشارة اليه في الصفحة 30.

مالم تكم منهية للخصومة، وإن كانت هنالك حالات مستثناة من حكم هذه القاعدة سنتعرض لها في حينه¹.

(1) فالاصل هو عدم قبول الحكم الفرعي للطعن المباشر على ان يطعن فيه بعد صدور الحكم الذي تنتهي به الخصومة امام المحكمة و يبدأ ميعاد الطعن من تاريخ بداية الطعن في ذلك الحكم، فيما يبدأ ميعاد الطعن من تاريخ صدور الحكم الفرعي اذا كان قابلاً للطعن المباشر، ابو الوفاء الاشارة السابقة.

الفصل الثالث

الدفع بعدم القبول

ونكرس هذا الفصل للحديث عن مفهوم الدفع بعدم القبول والقواعد التي تحكمها، وذلك في المبحثين التاليين:

المبحث الأول: مفهوم الدفع بعدم القبول.

المبحث الثاني: القواعد التي تحكم الدفع بعدم القبول.

المبحث الأول

تعريف الدفع بعدم القبول

يعرفه الفقه بأنه تكييف قانوني لطلب أو دفع أو طعن مقدم الى المحكمة يترتب عليه امتناعها عن النظر فيه، وبهذا المعنى يسهم في تحقيق وظيفة هامة تتفق مع مبدأ الاقتصاد في الخصومة، فبامتناع القاضي عن النظر فيما قدم اليه إنما يسهم في توفير الوقت والجهد والمصاريف¹.

وهو تكييف قانوني لا ينطبق على ما يسمى بعدم القبول المادي، كما لو أقيمت دعوى ولم يقيم المدعي بدفع الرسم المالي المقرر أو لم يقيم بتسديد فارق الرسم الذي تقدره المحكمة².

وتستند فكرة عدم القبول إما لعيب في الطلب أو الدفع أو الطعن كعمل إجرائي سواء تعلق العيب بالشكل أم بالموضوع، وإما لعدم توافر المصلحة في الإجراء³، أو كانت المصلحة غير قانونية⁴، أو غير حالة وقائمة أو لم تتوافر الصفة في المدعي أو المدعى عليه⁵.

طبيعة الدفع بعدم القبول:

- (1) والي، الوسيط، بند 286، ص 492.
- (2) والي، الإشارة السابقة، وانظر الفقرتين (2 و 3) من المادة 124 من قانون اصول المحاكمات المدنية الاردني اللتين ترتبان على مثل هذه الحالة اسقاط الدعوى، وهو اسقاط مادي يختلف عن نظام السقوط الاجرائي.
- (3) والي، المرجع السابق، بند 286، ص 492 - 493.
- (4) كيوفندا، نظم، جزء أول، بند 96 ص 292.
- (5) عشموي (محمد و عبد الوهاب)، قواعد المرافعات، جزء ثان 1957، بند 876، ص 305.

Fins de non recevoir ou de non valoir

تتوجه هذه الدفع، ليس الى ذات الحق المدعى به - كما هو شأن الدفع الموضوعية - ولا الى إجراءات الخصومة - كما هو شأن الدفع الإجرائية أو الشكلية - وإنما الى حق الدعوى ذاته منكرة وجودها استناداً الى عدم توافر الشروط التي يتطلبها القانون لقبولها سواء أكانت من الشروط العامة التي ينبغي توافرها لسماح الدعوى أم من الشروط الخاصة بالدعوى المقدم بشأنها الدفع¹، وهو بهذا المعنى إنما ينازع في مكنة أو أداة الخصم التي يستعين بها للحصول على حكم في الموضوع².

وتتعلق هذه الدفع بالوسيلة التي يحمي بها صاحب الحق حقه، وما اذا كان من الجائز استعمالها أو أن شرط هذا الاستعمال غير متوافر³، وقيل⁴ بأن الدفع بعدم القبول إنما يوجه الى الطلب القضائي باعتباره الإداة الفنية المخصصة لمباشرة الحق في الدعوى القضائية وأنه يوجه الى الشرط الوحيد لقبول الطلب القضائي والتمثل في المصلحة بأوصافها المختلفة، وبعبارة أخرى فإنه يستهدف الحماية القضائية المطلوبة منكرراً حق طالبها فيها، وإن الفصل فيه لا يتجاوز تحسس موضوع الادعاء دون أن يعتبر ذلك فصلاً في الموضوع⁵.

وهناك⁶ من يتوسع في شروط قبول الدعوى التي يثار تخلف أحدها على هيئة دفع بعدم القبول، وذلك في الأحوال التي ينكر فيها الخصم صفة خصمه أو ينفي صفته هو في أن تقام الدعوى عليه، أو ينكر وجود دعوى لدى خصمه لسبق

(1) ابو الوفاء، مرافعات، بند 204، ص 216، راغب، المرجع السابق، ص 498-499، مسلم، المرجع السابق، بند 540، ص 573.

(2) راغب، المرجع السابق، ص 499، وانظر بالتفصيل مؤلفنا الدفع بعدم قبول الدعوى المدنية، رسالة ام درمان 1994م.

(3) ابو الوفاء، مرافعات، بند 204، ص 216-217، البدر اوي (عبد المنعم)، اثر مضي المدة في الالتزام، رسالة 1950، رقم 268، وما بعده وايضاً.

Beguet (J.P) Etude critique de La notion de fin de non-recevoir.R.T.D. 1947, P.133-160.

(4) عمر (نبيل اسماعيل) الدفع بعدم القبول ونظامه القانوني في قانون المرافعات المدنية التجارية، ط 1، منشأة المعارف الاسكندرية 1981، بند 76، ص 111 - 112.

(5) عمر، المرجع السابق، بند 92، ص 135 - 136.

(6) ابو الوفاء، مرافعات، بند 204، ص 218، مسلم، المرجع السابق، بند 540، ص 573.

صدور حكم في موضوعها أو لسبق الصلح فيها أو لسبق الاتفاق على عرض النزاع على محكمين، أو لرفع الدعوى في غير المناسبة أو الميعاد المحدد لها أو بعد هذا الميعاد أو تلك المناسبة أو لعدم رفعها على كل من يوجب القانون اختصاصهم، أو لعدم رفعها من جانب أشخاص معينين يوجب القانون رفعها من قبلهم أو لعدم اتخاذ الإجراء الذي يوجب القانون قبل رفع الدعوى، أما الدفع بانتفاء المصلحة القانونية أو المصلحة الحالية فيراه دعواً موضوعياً لأن الدعوى في مثل هاتين الحالتين لا تستند أساساً إلى حق فيكون الدفع متعلقاً بذات الحق المدعى به فيخرج من عداد الدفع بعدم القبول، وعلى العكس من ذلك يرى جانب من الفقه أن الدفع بعدم القبول هو نوع من الدفع الموضوعية لأنه يختلط بوسائل الدفاع الموضوعية لكنه يختلف عنها في أنه لا يتناول الحق ذاته بالإنكار أو بالاحتجاج بأدائه أو بانقضائه، وإنما يتناول الوسيلة التي يحمي بها صاحب الحق حقه وما إذا كان من الجائز استعمالها أم أن شرط ذلك الاستعمال لم يتوافر بعد¹.

ويذهب هذا الرأي إلى أن المصلحة هي الشرط الوحيد لقبول الدعوى على أن تكون قانونية، وهو ما يغني عن شرط وجود الحق، وشخصية مباشرة - وهو ما يغني عن شرط الصفة، ثم حالة أو محتملة على الأقل، أما الأهلية فهي ليست شرطاً لقبول الدعوى وإنما لمباشرتها لصحة الخصومة، وبذلك يتأسس الدفع بعدم القبول على انتفاء شرط المصلحة بخصائنها الثلاث².

وفريق آخر³ ينظر إلى الدفع بعدم القبول على أنه جزاء إجرائي يرمي إلى منع التعسف في استعمال حق الدعوى ومظهر هذا التعسف هو تخلف المصلحة كشرط وحيد لقبول الدعوى، ويميزه عن الدفع بعدم جواز نظر الدعوى الذي

(1) فهمي، المرجع السابق، ص 424 وما بعدها، الشرفاوي، المرجع السابق، بند 381، ص 412-413.

(2) الشرفاوي، المرجع السابق، بند 372، ص 407.

(3) حشيش (احمد)، الدفع بعدم قبول الدعوى المدنية، رسالة جامعة الاسكندرية، 1986، بند 163، ص 230-232، محيسن (إبراهيم حرب)، طبيعة الدفع بالتحكيم، مقالة منشورة في مجلة مؤنسه للبحوث والدراسات، المجلد الحادي عشر، العدد الأول، شباط 1996، ص 134-135.

يترتب على تخلف حق الدعوى أصلاً لدى الخصم كما في حالة الدفع بسبق حسم النزاع صلحاً أو تحكيمياً أو قضاءً¹.

وثمة من يرى² بأن حق الدعوى مركز قانوني إجرائي يعبر عن قابلية الادعاء لأن يكون محلاً للعمل القضائي، وان الدفع بعدم القبول يعني التمسك بعدم قابلية الادعاء لأن يكون محلاً للعمل القضائي، وهو بذلك يثير مسألة إجرائية تتعلق بالموضوع ويتميز بذلك عن الدفوع الإجرائية التي تثير مسألة إجرائية بحتة، كما يختلف عن الدفوع الموضوعية التي تثير مسألة موضوعية محضة، وهو في المحصلة دفع إجرائي لكنه يتميز عن الدفوع الإجرائية البحتة لتعلقه بالموضوع، وتنعكس طبيعته المختلفة على نظامه القانوني. ويضع جمهور الفقه هذا الدفع في منطقة تتوسط الدفوع الموضوعية والشكلية، وپروونه شبيهاً بالدفع الموضوعي من جهة، من حيث إنه يؤدي الى إخفاق حاسم للطلب، وشبيهاً بالدفع الشكلي من جهة أخرى من حيث إنه لا يناقض الطلب موضوعياً³، ومع ذلك يتعذر اعتباره من الدفوع الموضوعية لأنه لا يناقض في موضوع الطلب، كما يتعذر ضمه الى الدفوع الشكلية لأنه يقيم عقبة حاسمة في وجه الدعوى⁴.

وقد قضي "بأن الدفع بعدم القبول يرمي الى الطعن بعدم توافر الشروط اللازمة لسماح الدعوى، وهي الصفة والمصلحة والحق في رفع الدعوى باعتباره مستقلاً عن ذات الحق الذي ترفع الدعوى بطلب تقريره كإعدام الحق في الدعوى أو سقوطه لسبق الصلح فيها، ولانقضاء المدة المحددة في القانون لرفعها، ونحو ذلك مما لا يختلط بالدفع المتعلق بشكل الإجراءات من جهة ولا بالدفع المتعلق بأصل الحق من جهة أخرى، وإن العبرة بحقيقة الدفع ومرماه، وليس بالتسمية التي يطلقها عليه الخصوم⁵.

وأيا كان الرأي في تأصيل فكرة الدفع بعدم القبول، فثمة ما يشبه الإجماع على أنه دفع متميز يقوم على تخلف شرط (أو شروط) قبول الدعوى

(1) أنظر في نقد هذه النظرية: محيسن (إبراهيم حرب)، الاشارة السابقة، وراجع بالتفصيل لنفس المؤلف، الدفع بعدم قبول الدعوى المدنية، رسالة جامعة ام درمان، 1994، بند 145 ص 364 وما بعدها.

(2) راغب، المرجع السابق، ص 499 - 500.

(3) مسلم، المرجع السابق، بند 540، ص 573، وايضاً موريل، المرجع السابق، بند 42، ص 52.

(4) أنظر ايضاً:

Cuche (Paul) et Vincent (Jean): Précis de procedure civile et commerciale, 1954, No.30, P. 27.

(5) نقض مدني مصري في الحكم الصادر بتاريخ 29 آذار 1962، السنة 13، ص 339.

بعيداً عما يقرره القانون لصحة إجراءات الخصومة، ومستقلاً عن مرحلة التحقيق في الادعاء موضوع الدعوى.

المبحث الثاني قواعد الدفع بعدم القبول

تسري على الدفع بعدم القبول، القواعد التالية:

أولاً: لا تنفي إثارة الدفع بعدم القبول بترتيب معين، فيجوز إبداءه في أية حالة تكون عليها الدعوى¹، وتنص بعض القوانين المقارنة على هذه القاعدة صراحة كما هو شأن القانونين المصري² والفرنسي³، بل وتجاوز إثارته ولو لأول مرة أمام المحكمة الاستئنافية⁴، ويستفاد من ذلك بأن الحق في التمسك به لا يسقط بالخوض في الموضوع⁵، وإذا تيسر العديد من صورته فلا يلزم تقديمها معاً⁶، كما أن التمسك به يؤدي إلى سقوط الحق في إبداء الدفع الإجرائية البحتة⁷، وقد يفهم من هذه القاعدة بأن هذا الدفع متعلق بالنظام العام وهو ليس من هذا القبيل⁸، فلا يكون الدفع متعلقاً بالنظام العام إلا إذا كان مقررراً لحماية مصلحة عامة، أما السبب في إمكانية إثارته في أية حالة تكون عليها الإجراءات فيعود إلى أن موضوع هذا الدفع هو نفي حق الدعوى لعدم استيفاء أحد شروطه، ولأن حق الدعوى يتمحض في الحصول على حكم في الموضوع، فإنه لا يكفي أن تتوافر هذه الشروط عند رفع الدعوى

- (1) راغب، المرجع السابق، ص 500، ابو الوفاء، مرافعات، بند 206، ص 219، والي، المرجع السابق، بند 287، ص 494، الصاوي، المرجع السابق، بند 184، ص 325.
- (2) انظر نص المادة 115 من قانون المرافعات المدنية والتجارية المصري.
- (3) انظر نص المادة 123، من قانون المرافعات الفرنسي.
- (4) انظر: نقض مدني مصري 1978/5/11، مشار إليه في مجموعة الاحكام 29، ص 1228.
- (5) راغب، الإشارة السابقة، ابو الوفاء، مرافعات، بند 206، ص 219-220، وقد اشار الى موقف التشريع الفرنسي من هذه المسألة ص 219، هامش رقم 2، ومؤلفه نظرية الدفع، بند 484، ص 824.
- (6) راغب، الإشارة السابقة، الصاوي، الإشارة السابقة.
- (7) راغب، الإشارة السابقة، ابو الوفاء، نظرية الدفع، بند 486 ص 827.
- (8) انظر عكس ذلك، الشرقاوي، نظرية المصلحة، حيث يرى ان الدفع بعدم القبول متعلق بالنظام العام، بند 387 - 388، ص 420، وما بعدها.

فقط، بل ينبغي أن تظل متوافرة حتى لحظة الحكم في الموضوع، لذلك كان من المنطق السليم أن يمكّن الخصم من التمسك بتخلف هذه الشروط في أية مرحلة من مراحل النزاع والى حين الفصل في الموضوع¹. ومن جانب آخر فقد قيل بأن فكرة عدم القبول ترمي الى منح القاضي سلطة تجنب مناقشة موضوع الدعوى الأمر الذي كان يقتضي التمسك بهذا الدفع قبل الخوض في الموضوع²، ومع ذلك فقد انحازت التشريعات المقارنة الى اعتبار آخر أكثر أهمية وهو حق الدفاع الذي استوجب تمكين الخصم من إثارة كل ما يتعلق بوجود الحق في الدعوى في أي حالة تكون عليها الخصومة³.

وفيما يختص بسلطة المحكمة في إثارة هذا الدفع من تلقاء نفسها، وهذه نتيجة لا تتحقق إلا اذا تعلق الدفع بالنظام العام، فقد ذهب جانب من الفقه⁴ الى القول بصعوبة تقرير حكم عام يسري على سائر الدفوع بعدم القبول نظراً لوجود حالات يتعين فيها على المحكمة أن تقضي من تلقاء نفسها بعدم قبول الدعوى، وحالات أخرى لا تملك فيها المحكمة هذه السلطة مالم يتمسك بالدفع الخصم صاحب المصلحة، الأمر الذي يقتضي البحث في موضوع كل حالة للوقوف على حقيقة ما اذا كان الدفع مقررراً لصالح المدعى عليه، أو مقررراً - فضلاً عن ذلك - لصالح المجتمع، ومن أمثلة الدفوع بعدم القبول المتصلة بالنظام العام - وفقاً لهذا الرأي - الدفع بعدم قبول طلبات جديدة في الاستئناف والدفع بعدم قبول الدعوى لسبق الفصل فيها والدفع بإنكار صفة الخصم، ومن صور هذا الدفع غير المتعلقة بالنظام العام الدفع بعدم قبول دعوى التعرض لرفعها بعد سنة من حصولها والدفع بعدم قبول دعوى الحيازة لرفعها بعد إقامة دعوى المطالبة بالحق، وعدم قبول دعوى الدائن على الكفيل قبل رجوعه على المدين، أما الدفع بانتفاء

(1) راغب، المرجع السابق، ص 500-501.

(2) سوليس وبيرو، المرجع السابق، بند 314، ص 219.

(3) والي، الوسيط، بند 287، ص 494.

(4) ابو الوفاء، مرافعات، بند 207، ص 221 - 222.

المصلحة القانونية فيراه من الدفع الموضوعية البحتة التي تتصل بأصل الحق وتخرج عن دائرة الدفع بعدم القبول.¹

بيد أن الذين يؤسسون فكرة عدم القبول على تخلف المصلحة في الإجراء بأوصافها القانونية والحالة والقائمة²، أو على تخلف الصفة في المدعي أو المدعى عليه³، فانهم يمنحون القاضي سلطة الحكم بعدم القبول من تلقاء نفسه مادامت أوراق القضية تدل عليها ويرون أن على القاضي إثارة الوقائع المنهية للحق في الدعوى من تلقاء نفسه⁴.

ثانياً: تفصل المحكمة في الدفع بعدم القبول على استقلال، بالرغم من عدم وجود نص يقضي بذلك كما هو شأن الدفع الشكلية، إلا أن طبيعة هذا الدفع تقتضي أن يفصل فيه أولاً، وحيث إن عدم القبول يثير مسألة إجرائية أولية سابقة على الفصل في الموضوع فإن أهميته تكاد تنحصر في أنه إذا صحّ فسيغني المحكمة عن الفصل في الموضوع، لذلك كان من الطبيعي أن تفصل فيه أولاً⁵، مالم تر ضرورة ضمه إلى الموضوع فيتعين عليها أن تنبه الخصوم إلى ذلك وتمكنهم من إبداء مالداهم من أوجه دفاع ودفع موضوعية⁶، و على أن تبين حكمها مسبباً في كل منهما⁷.

وهناك من يرى⁸ بأن ما ينطبق على الدفع الإجرائية بهذا الخصوص لا ينطبق على الدفع بعدم القبول⁹، وأن للمحكمة أن تحكم بالدفع بعدم القبول على استقلال كما أن لها أن تفصل فيه وفي موضوع الدعوى معاً دون أن تقرر

(1) ابو الوفاء، الاشارة السابقة.

(2) كيوفندا، نظم، جزء اول بند 96، ص 292.

(3) العشماوي، جزء ثان بند 876، ص 305.

(4) والي، الوسيط، بند 287، ص 495.

(5) راغب، المرجع السابق، ص 501.

(6) راغب، المرجع السابق، ص 501 - 502.

(7) راغب، نفس الاشارة السابقة.

(8) والي، المرجع السابق، بند 287، ص 496.

(4) تنص المادة (2/108) من قانون المرافعات المصري على انه يحكم في الدفع الاجرائية على استقلال مالم تأمر المحكمة بضمها للموضوع، وهو ماتقرره المادة (1/109/اصول مدنية اردني) مع الفارق من ناحيتين: الاولى في انها لا تقصر هذا الحكم على الدفع الاجرائية فقط، والثانية أنها لا تعطي المحكمة الحق في ضم الدفع الى الموضوع اذا ماترأى لها ذلك.

ضمه للموضوع¹، ولها أن تغفله اذا تراءى لها انه لا يقوم على أساس ولا يتضمن مايمكن أن يغير وجه الحكم في الدعوى.²

ثالثاً: الحكم الصادر في الدفع بعدم القبول لا يستنفذ ولاية محكمة أول درجة³: ذلك لأن للدفع بعدم القبول سمة أساسية تميزه عن الدفع الموضوعي، وهي أنه يرمي الى تجنب بحث الموضوع⁴، الأمر الذي يفيد بأن قضاء محكمة الدرجة الأولى بعدم قبول الدعوى يعني بالضرورة أنها لم تنظر موضوع الدعوى، فإذا ماتم الغاء هذا الحكم من قبل محكمة الاستئناف، تعين على هذه المحكمة أن تعيد القضية الى محكمة الدرجة الأولى لتقول كلمتها في موضوع الدعوى، لا أن تفصل فيه، كي لا تنظر موضوعاً لم يسبق نظره من قبل محكمة أول درجة مخالفة بذلك مبدأ التقاضي على درجتين⁵.

وبخلاف ما تقدم فقد استقر قضاء محكمة النقض المصرية على أن الحكم الصادر عن محكمة أول درجة بعدم قبول الدعوى، هو حكم فاصل في موضوع الدعوى تستنفذ به ولايتها، فإذا ماتم الطعن به بطريق الاستئناف وقررت هذه المحكمة الغاءه، كان لها أن تفصل في الموضوع ولا تعيده الى محكمة أول درجة التي استنفدت سلطتها بشأنه فلا وجه للنعي على قضائها بتجاوز مبدأ التقاضي على درجتين.⁶

- (1) نقض مدني مصري تاريخ 1957/11/28، مجموعة النقض 7 ص 834.
- (2) نقض مدني مصري تاريخ 1957/12/12، مجموعة النقض 8 ص 898.
- (3) والي، المرجع السابق بند 286، ص 496 وما بعدها، راغب، المرجع السابق، ص 503 وما بعدها، سيف، المرجع السابق، بند 357، ص 427.
- (4) سوليس وبيرو، المرجع السابق، بند 315، ص 293.
- (5) والي، المرجع السابق، بند 286، ص 497، راغب، المرجع السابق، ص 504، ومؤلفه النظرية العامة للعمل القضائي في قانون المرافعات، ص 490، عشاوي (محمد وعبد الوهاب) جزء أول، بند 788، ص 307، ، ابو الوفا، مرافعات، بند 209، ص 223 - 224.
- (6) أنظر ما ذهبت اليه هذه المحكمة من ان الدفع بالنقضاء هو دفع موضوعي: نقض مدني مصري 1966/5/18، 1968/2/28، مجموعة الاحكام 17 ص 1170، 19 ص 407، وايضاً: نقض مدني مصري: 1980/4/26، مجموعة الاحكام 31، ص 1223، بصدد الحكم بعدم قبول الدعوى لانتفاء المصلحة، 1951/5/3 س 2، ص 775، بصدد الحكم بعدم القبول لسبق الفصل في الدعوى، 1967/6/22 - 1968/2/28، ص 18، بصدد الحكم بعدم القبول لرفع الدعوى قبل الاوان، 1968/2/28، ص 19، ص 407، 1980/2/23، س 31، ص 588، بصدد الحكم بعدم قبول الدعوى لانقضائها بالنقضاء، 1970/1/7، س 21، ص 18، 1978/3/15، س 29، ص 751، بصدد الحكم بعدم قبول دعوى الحق من المدعى عليه في دعوى الحيازة، وانظر ايضاً الاحكام المشار اليها في: عمر (نبيل اسماعيل)، الدفع بعدم القبول ونظام القانوني، بند 209، ص 335، وايضاً: نقض مدني رقم 54/26 ق

ويلاقي هذا الاتجاه صدًى في بعض أوساط الفقه المصري¹ ممن يعتبرون الدفع بعدم القبول من صور الدفع الموضوعية، ويخضعونه لأحكامها، إلا أن هذا الاجتهاد المعزز بقضاء محكمة النقض المصرية محل نظر، فلو أن الدفع بعدم القبول من طائفة الدفع الموضوعية، لما أفرد له المشرع المصري² - متأسيًا بالمشرع الفرنسي - نصاً خاصاً يبين الوقت الذي يجوز فيه إثارة هذا الدفع، وهو نفس الحكم المقرر للدفع الموضوعية³، فاذا كان دفعاً موضوعياً فما هي الحكمة من تقرير حكم للدفع بعدم القبول إذا كان هذا الحكم مقررأً أصلاً لطائفة الدفع التي ينتمي إليها هذا الدفع، ولن يكون لهذا التكرار من معنى سوى التزيد واللغو، وهما ما ينبغي أن ينزه عنهما المشرع، وفضلاً عن ذلك فإن مضمون الحكم الصادر بعدم قبول الدعوى يفيد بأن المحكمة لم تفصل في الموضوع، الأمر الذي يتطلب من المحكمة الاستئنافية إذا ماقررت إلغاءه أن تعيد القضية إلى محكمة أول درجة، لا أن تفصل في الموضوع كي لا تفوت على الخصوم إحدى درجتي التقاضي.⁴

وقد قوبل اجتهاد محكمة النقض المصرية، بمعارضة شديدة في أوساط الفقه المصري⁵، واعتبر تعرض محكمة الاستئناف لموضوع الدعوى من قبيل إبداء طلبات جديدة لأول مرة⁶، في غير الحالات التي يسمح بها القانون بذلك على سبيل الاستثناء⁷، فضلاً عن مجافاته مبدأ التقاضي على درجتين المتعلق بالنظام العام⁸.

تاريخ 1989/11/27، المتعلق بعدم قبول دعوى الاخلاء لرفعها قبل اعدار المستأجر وفقاً للمادة 31 من القانون رقم 49 لسنة 1989.

- (1) سيف، الإشارة السابقة، الشرقاوي، رسالة، بند 382، ص 414، وما بعدها.
- (2) راجع نص المادة (115) من قانون المرافعات المدنية والتجارية المصرية.
- (3) انظر ما سبقت الإشارة إليه في معرض الحديث عن الدفع الموضوعية فيما يختص بجواز اثارها في اية حالة تكون عليها الدعوى.
- (4) راغب، النظرية العامة للعمل القضائي، رسالة، ص 490، وايضاً: مبادئ القضاء المدني، ص 504، والي، المرجع السابق بند 287، ص 497، ابو الوفاء، المرجع السابق، بند 208، ص 224، العشماوي، المرجع السابق، بند 788 ص 306، كما ان لهذا الدفع سمة اساسية تميزه عن الدفع الموضوع وهو انه يرمي الى تجنب بحث الموضوع: سوليس وبيرو، جزء اول، بند 315، ص 293،
- (5) ومن الاراء المعارضة: راغب، والي، ابو الوفاء، العشماوي، الاشارات السابقة، وايضاً عمر، المرجع السابق، بند 207، ص 332، الصاوي، المرجع السابع، بند 184، ص 327.
- (6) ابو الوفاء، مرافعات، بند 209، ص 224.
- (7) راجع نص المادة (235) من قانون المرافعات المصري.
- (8) العشماوي، جزء ثان، بند 788، ص 306، راغب، الرسالة، ص 490.

رابعاً: الحكم المصادر في الدفع بعدم القبول لا يحوز حجية الأمر المقضي:

وعلة ذلك أن حجية الأمر المقضي لا تترتب إلا على القضاء الموضوعي فلا يحظى بهذه الحجية إلا الأحكام الفاصلة في الموضوع، وليس الحكم بعدم قبول الدعوى - كما أسلفنا - من هذا القبيل، فإذا قضي بعدم قبول الدعوى لانتفاء المصلحة، لم يمنع ذلك الحكم من إقامة نفس الدعوى مجدداً متى تحقق شرط المصلحة¹.

ويذهب رأي في² تبرير عدم جواز تجديد الدعوى في بعض صور الدفع بعدم القبول (كما في حالتي الدفع بسبق الفصل في الدعوى والدفع بالتقادم)، إلى القول بأن مرجع ذلك لا يعود إلى حجية الحكم بعدم القبول، بل يعزى إلى سبب هذا الحكم، فالحكم بعدم قبول الدعوى لسبق الفصل في موضوعها يحول دون قبول الدعوى من جديد بناء على حجية الحكم السابق الذي فصل في موضوع الدعوى، أما الحكم بعدم قبول الدعوى لانقضائها بالتقادم³ فيحول دون قبولها مجدداً، ليس بناءً على حجية الحكم المذكور وإنما بسبب الدفع بالتقادم، الذي يمنع من سماع الدعوى لمضي المدة المقررة لسماعها، ولهذا لا تقضي المحكمة من تلقاء نفسها في المرة الثانية بعدم قبول الدعوى بناء على حجية الحكم بعدم القبول، وإنما بناء على تمسك المدعى عليه بالتقادم⁴، ولو تعلق الأمر بحجية الحكم لقضت به من تلقاء نفسها⁵.

وترى محكمة النقض المصرية - وكما هو مقرر في قضائها - " أن الدفع بعدم جواز نظر الدعوى لسبق الفصل فيها هو دفع للدعوى برمتها في ذات موضوعها، ومتى قبلته المحكمة فقد انحسرت الخصومة في هذا الموضوع أمامها وأصبح من غير الممكن قانوناً الرجوع إليها فيه لاستنفاد ولايتها بشأنه، ومن ثم فإن محكمة الاستئناف إذا ما ألغت الحكم الابتدائي بعدم جواز نظر الدعوى لسبق الفصل فيها تعين عليها أن تنظر في موضوع النزاع

(1) راغب، النظرية العامة للعمل القضائي، رسالة، ص 490 - 491، ومؤلفه مبادئ، ص 502.

(2) راغب، مبادئ، ص 503.

(3) وثمة من يعتبر الدفع بالتقادم دفعاً موضوعياً: الشرقاوي، نظرية، المصلحة، بند 385، ص 419، وانظر أيضاً: نقض مدني مصري، 1966/5/18 و 1968/2/28، مجموعة

الأحكام 17، ص 1170، 19 ص 409.

(4) راغب، الإشارة السابقة.

(5) نظراً لتعلق حجية الأمر المقضي بالنظام العام: راجع المادتين (116) من قانون المرافعات المصري، و (111) من قانون اصول المحاكمات المدنية الأردني.

للفصل فيه دون أن يعد ذلك منها تفويتاً لدرجة من درجات التقاضي¹. وهناك من يرى² استحالة وضع حكم عام يتعلق بأثر الحكم الصادر بقبول هذا الدفع، ومن ثم عدم قبول الدعوى نظراً، لأن الأسس التي يقوم عليها هذا الدفع ليست من طبيعة واحدة: فقد يترتب على بعض صوره عدم جواز تجديد الدعوى كما هو الحال بالنسبة للدفع بسقوط الحق في رفع دعوى الحيازة ممن بادر برفع دعوى المطالبة بالحق أو لسقوط حق الطعن بالاستئناف لرفعه بعد الميعاد، إلا أن ثمة صوراً أخرى يقتصر أثر الحكم بعدم قبول الدعوى فيها على إلغاء إجراءات الخصومة مع توافر إمكانية تجديدها، فإذا حكم بعدم قبول دعوى المطالبة بالحق من المدعى عليه في دعوى الحيازة، جاز له تجديدها بعد التخلي عن الحيازة لخصمه، وإذا حكم بعدم قبول الاستئناف لرفعه قبل الميعاد، جاز تجديده بحلول الميعاد³.

ويذهب فريق آخر⁴ إلى وجهة أخرى مفرقاً بين الحكم القاضي برفض الدفع والحكم القاضي بقبوله، ويرى أن الحكم برفض الدفع بعدم القبول لا يمنح أية حماية قضائية ولا يحوز الحجية، أما الحكم القاضي بقبول الدفع، وبالتالي عدم قبول نظر الدعوى فتتوقف حجيته على ما إذا كان فاصلاً في الدعوى، فإذا حكمت المحكمة بعدم قبول الدعوى لانعدام صفة المدعي أو لانقضائها بمضي المدة، حاز حكمها حجية الأمر المقضي، وامتنع على المدعي إقامة نفس الدعوى مجدداً نظراً لأن هذا الحكم يعتبر فاصلاً في الدعوى، وإن تم ذلك دون بحث موضوعها بسبب وضوح عدم توافر أحد شروطها أو انقضائها، أما إذا لم يكن الحكم فاصلاً في الدعوى كما هو شأن الحكم بعدم قبول الدعوى لرفعها قبل الأوان، فإنه لن يحول دون المدعي وإعادة رفع نفس الدعوى عند حلول الأجل، وعلى هذا الأساس يرى هذا الرأي بأن الحكم الصادر في الدفع بعدم القبول يتمتع بحجية نسبية وليست مطلقة⁵. ويترتب على الحكم بعدم قبول الدعوى زوال الخصومة أمام المحكمة واعتبارها كأن لم تكن، ويزول ما كان لهذه الدعوى من أثر في قطع التقادم،

(1) الطعن المدني رقم 549 لسنة 50 جلسة 1987/12/23، مشار إليه في حسن (علي عوض)، الدفع بعدم جواز نظر الدعوى، لسبق الفصل فيها، دار المطبوعات الجامعية، ط 1996، بند 6، ص 13.

(2) أبو الوفاء، مرافعات، بند 208، ص 222.

(3) أبو الوفاء، الإشارة السابقة، ويخرج هذا الرأي الدفع بانتفاء المصلحة من دائرة البحث بحسبانه من الدفوع الموضوعية البيحة التي تتصل بأصل الحق، بند 204، ص 218.

(4) والي، المرجع السابق، بند 287، ص 498.

(5) والي، الإشارة السابقة.

ويعتبر انقطاع التقادم المبني عليها كأن لم يكن¹، وهناك حكم خاص يتعلق بالدفع بعدم قبول الدعوى لانتفاء صفة المدعى عليه²، فاذا أثير هذا الدفع ورأت المحكمة أنه يقوم على أساس، كان لها أن تؤجل نظر الدعوى لإعلان ذي الصفة، وتعتبر هذه الحالة من صور تصحيح الدعوى وردها الى الوضع الطبيعي الذي كان من اللازم أن تعرض به، لولا تعنت الخصوم أو إهمالهم أو غشهم³.

خامساً: يعتبر الحكم الصادر في الدفع بعدم القبول من قبيل الدفع الفرعية، فاذا قضى بقبول الدفع وعدم قبول الدعوى فإن من شأنه إنهاء الخصومة أمام المحكمة وبذلك يكون قابلاً للطعن المباشر، أما اذا قضى برفض الدفع وقبول الدعوى فسيفضي ذلك الى استمرار الخصومة قائمة أمام المحكمة فلا يكون قابلاً للطعن المباشر⁴.

وضابط التفرقة بين الاحكام الموضوعية والفرعية - أن الأولى تصدر في الطلبات الأساسية سواء أكان الطلب أصلياً أم عارضاً كما تصدر بقبول الدفع الموضوعية، أو تصدر في أساس الدعوى، أما الأحكام الفرعية فتصدر في الدفع الشكالية أو في الدفع بعدم القبول أو برفض الدفع الموضوعية كما تصدر في الطلبات المتعلقة بسير الدعوى أو اثباتها أو في الطلبات الوقتية⁵.

- (1) ابو الوفاء، مرافعات، ص 225، هامش رقم (1)، وايضا نقض مدني مصري 1963/5/23، لسنة 14 ص 737، مشار اليه في نفس الهامش، وانظر ايضا مؤلفه نظرية الدفع، بند 495، ص 846.
- (2) ابو الوفاء، مرافعات، بند 210، ص 225-226، الصاوي، المرجع السابق، بند 184، ص 327 وما بعدها.
- (3) ابو الوفاء، مرافعات، بند 210، ص 226.
- (4) ابو الوفاء، نظرية الاحكام، ط (4)، بند 204، ص 407 وما بعدها، وذلك عملاً باحكام المادة (212) من قانون المرافعات المصري والمادة 170 من قانون اصول المحاكمات المدنية الأردني، راجع احكام النقض المصرية: 17 يناير 1963 السنة 14، ص 130، 10 مارس 1960 السنة 11، ص 210، 29 نوفمبر 1962، السنة 13، ص 1087.
- (5) ابو الوفاء، نظرية الاحكام، بند 203، ص 406، وانظر ايضاً: حكم محكمة النقض المصرية بتاريخ 8 يناير 1953 في القضية رقم 261 لسنة 20 قضائية، مشار اليه في ابو الوفاء، ص 406 في الحاشية رقم (1).

واعتبار الأحكام الصادرة في الدفع بعدم القبول من قبيل الأحكام الصادرة قبل الفصل في الموضوع، يتفق مع ما ذهب إليه المذكرة التفسيرية لقانون المرافعات المصري السابق، حيث قررت صراحة بأن الأحكام الصادرة في الدفع بعدم القبول تعدّ من قبيل الأحكام الصادرة قبل الفصل في الموضوع¹.

كما يلتقي مع نص المادة (122) من قانون المرافعات الفرنسي الجديد²، والتي تنص على أنه يعتبر دفعاً بعدم القبول كل دفع يقصد به عدم قبول دعوى الخصم - دون المساس بالموضوع -، وذلك لانتفاء حق التقاضي كما في حالة فقدان المصلحة³ أو الصفة، أو بسبب التقادم أو السقوط، أو بسبب سبق الفصل في الدعوى. وتأسيساً على أن الحكم الصادر في الدفع بعدم القبول لا يتطرق إلى صحة ادعاء المدعي، وإنما يتناول بالبحث مدى أحقيته في استخدام مكنة الدعوى فحسب. أو بعبارة أخرى، يقرر - قبل الفصل في موضوع الدعوى - توافر سلطة الخصم في الالتجاء إلى القضاء أو عدم توافر هذه السلطة⁴، وفي الحالة الأخيرة يتعين عدم قبول الدعوى بما يعنيه ذلك من انتهاء الخصومة أمام المحكمة وقابلية الحكم الصادر بقبول الدفع للطعن المباشر عملاً بأحكام القانون⁵.

سادساً: وبالنسبة لحالات الدفع بعدم القبول وفيما إذا كانت محددة حصراً أم لا، لا نجد إجابة قاطعة، ذلك لأن اختلاف الفقه في تحديد طبيعة هذا الدفع والأساس الذي يقوم عليه قد انعكس على هذه المسألة.

فبالنسبة للقائمين بأن شروط قبول الدعوى لا تخرج عن شرط المصلحة بأوصافها المختلفة وإنها الشرط الوحيد لقبول

(1) مشار إليه في أبو الوفاء، المرجع السابق، بند 204، ص 408.

(2) القانون رقم 75 - 1123، الصادر في 5 ديسمبر 1975.

(3) مع ملاحظة أن الاتجاه السابق يتحفظ على الدفع بفقدان المصلحة ويعتبره دفعاً موضوعياً وليس من طائفة الدفع بعدم القبول، أبو الوفاء، نفس الإشارة السابقة.

(4) أبو الوفاء، نظرية الأحكام، بند 204، ص 407.

(5) انظر المادة (212/مرافعات مصري) و يقابلها نص المادة (170 / اصول مدنية اردني).

الدعوى¹، يحصرون الدفع بعدم القبول في حالة عدم استيفاء هذا الشرط ويخرجون ما عدا ذلك من الصور من دائرة البحث ويصبح الدفع بعدم القبول من وجهة نظرهم محدداً في الحالة التي لا يستند فيها رافع الدعوى الى شرط المصلحة بأوصافها المختلفة (بأن تكون قانونية وحالة وقائمة وشخصية ومباشرة)².

وقريب من هذا الاتجاه الفريق الذي يرى أن شرط المصلحة يستوعب كافة الشروط الأخرى المطلوبة لقبول الدعوى، وأن ما تواضع عليه الفقه من هذه الشروط إنما هو في حقيقة الأمر أمثلة على تخلف شرط المصلحة وترديد لها³.

وفي إطار نظرية التوحيد هناك⁴ من يميز بين الحق في الدعوى ومجرد الحق في الحصول على حكم في موضوعها، ويرى أن الشروط اللازمة لنشأة الحق في الدعوى هي: وجود حق أو مركز قانوني ووقوع اعتداء عليهما يبرر الحاجة لحماية القضاء، وتوافر الصفة في من يطالب بإزالة هذا الاعتداء (صاحب الحق في الدعوى)، وفي من يوجد الحق في الدعوى في مواجهته (المدعى عليه)، وتوافر هذه الشروط ينشأ الحق في الدعوى، فإذا لم يرق سبب من أسباب انقضاء الحق في الدعوى نشأت مصلحة في الدعوى في الحصول على حماية القضاء لرد هذا الاعتداء فإذا تخلف شرط من هذه الشروط انتفى الحق في الدعوى. وينتهي هذا الرأي الى القول بأن تخلف أي شرط من الشروط اللازمة لنشأة الحق في الدعوى يؤدي الى الحكم برفضها، أما اذا تحقق شرط من الشروط اللازمة للحصول على الحكم في موضوع الدعوى فإنه يحكم بعدم قبول الدعوى، وشروط قبول الدعوى تتوافر في إعلان رغبة إجرائي صحيح شكلاً وموضوعاً، وتوافر المصلحة في الإجراء. ويقرر هذا الرأي بأن المصلحة تظهر كنتيجة لنشأة الحق في الدعوى ولا تظهر قبل ذلك، كما أنها لا تضيف جديداً لأنها لا تفعل

(1) الصاوي، المرجع السابق، بند 94، ص 186، الشرقاوي، نظرية المصلحة، بند 40 ص 42، بند 372 ص 407، القضاء، المرجع السابق، ص 179، عبد الخالق عمر، الرسالة، ص 76، وما بعدها، حشيش، الرسالة، بند 95 وما بعده، ص 346 وما بعدها، والي، الوسيط ط (2) 1981 بند 37 ص 79 وما بعدها.

(2) انظر في نقد شرط المصلحة وعدم كفايته لقبول الدعوى، والي، الوسيط، ط (2)، بند 37، ص 79 وما بعدها، الوسيط، ط 2001، بند 281 / مكرر، ص 558 - 559.

(3) عمر، الدفع بعدم القبول ونظام القانوني، بند 52، ص 72 وما بعدها، الصاوي، الاشارة السابقة، راجب، المرجع السابق، ص 107، وايضاً: جابيو، المرجع السابق بند 66.

(4) والي، الوسيط، (ط) 2001، بند 36 وما بعده، ص 64 وما بعدها، وبند 81 م 2 ص 558 وما بعدها.

أكثر من التعبير عن نشأة الحق في الدعوى¹، مخالفاً بذلك وجهة نظر المشرع² واتجاهات الفقه في إبراز المصلحة كشرط لقبول الدعوى³.

ولا يمانع هذا الرأي في اعتبار المصلحة شرطاً وحيداً لقبول الدعوى بمعنى قبول النظر في موضوعها - أي المصلحة في الحصول على حكم بالحماية القضائية -، على أن يتم تجريد المصلحة بهذا المعنى من الخصائص التي اعتاد جمهور الفقه على أن يصفها بها، وهي أوصاف " القانونية والشخصية المباشرة، والحالة والقائمة " ⁴.

وفيما يرى بعضهم أن شروط قبول الدعوى هي الشروط ذاتها المطلوبة لوجودها أو مباشرتها⁵، يذهب رأي آخر إلى أن الحق شرط لوجود الدعوى، أما المصلحة فشرط لقبولها⁶. أما بالنسبة لمن يرون أن شروط الدعوى متعددة⁷ فيذهبون إلى

(1) والي، الوسيط، ط(2)، 1981، بند 37، ص 80:

- Redenti (E.): Diritto processuale , V.I , Milano , 1952 , No. 14 ,P. 62-64.

- Rocco (AL.): Le sentenza civile , Milano , 1962, No.33 , P.73.

(2) راجع المادة الثالثة من قانون المرافعات المدنية والتجارية المصري وعنها اقتبس المشرع الاردني نص المادة الثالثة من قانون اصول المحاكمات المدنية.

(3) سيف، المرجع السابق، بند 102، ص 138، حشيش، الرسالة، بند 71، ص 311 وما بعدها، عبد الخالق عمر، الرسالة، بند 216، ص 107، بند 258، ص 122، وسوليس وبيرو، المرجع السابق، بند 223، ص 198، موريل، المرجع السابق، بند 27، ص 30-31، كيوفندا، نظم، المرجع السابق، بند 102، ص 138.

(4) والي، الوسيط، ط (2) 1981، بند 281 م، ص 559.

(5) عبد الخالق، الرسالة، بند 199، ص 97، جابيو، المرجع السابق، بند 50، وايضاً:

Garsonnet (E.): Theorique et pratique de procedure, Deuxiem Edition, Tom1,P.520

راغب، المرجع السابق، ص 106، حاشية رقم (2)، حيث يوافق على وحدة الشروط المطلوبة لوجود حق الدعوى وقبولها لكنه يرى ان مباشرة الدعوى تتم عن طريق اجراء اخر هو المطالبة القضائية.

(6) الشرفاوي، نظرية المصلحة، بند 38، ص 40-41.

(7) ابو الوفا، مرافعات، بند 114 وما بعده، ص 122 وما بعدها، راغب، المرجع السابق، ص 106 وما بعدها، مسلم، المرجع السابق، بند 293، ص 315، سعد (ابراهيم نجيب)، القانون القضائي الخاص، الجزء الأول 1974، ص 165-166، وايضاً:

Vincent: precis , 18 eme ed.p38 ets.

Motulsky (H.): Le droit subjectif et L`action en justice ecrits , T.I. Archives de la philosphie du droit , 1964 , p.85.

Giverdon (CL.):La qualite coodition de recevabilite de L`action en justice , D, 1952 , chron , 85.

Gassin: La qualite pour agir en Justice These Aix , 1955 , p.10 et s.

القول بأن حالات عدم القبول لا تقتصر على الدفع بانعدام المصلحة، بل تتجاوزه الى صور أخرى مرتبطة بحق الدعوى وبمدى ولاية المدعي في استخدام هذه السلطة. والاتجاه الذي يؤسس الدفع بعدم القبول على انتفاء حق الدعوى وعدم استيفاء مقتضياته يتيح صوراً عديدة يمكن إدراجها في طائفة الدفع بعدم القبول على سبيل التمثيل وليس الحصر¹.

والقائلون بتعدد شروط الدعوى لا يجمعون على هذه الشروط، فمن قائل بأن الشروط المطلوبة تنحصر في المصلحة والصفة²، وبعضهم يضيف اليهما الحق³ وفريق آخر يعتبر الأهلية⁴ أحد هذه الشروط، وهناك من يشير الى شروط عامة مطلوبة في جميع الدعاوى وأخرى خاصة قاصرة على بعض الدعاوى فحسب⁵ وثمة من يستعرض صوراً عديدة على سبيل التمثيل لما يمكن أن يندرج تحت هذه الطائفة من الدفع⁶.

بيد أن الاتجاه الغالب في الفقه يميل الى اعتبار المصلحة هي الشرط الوحيد لقبول الدعوى استناداً الى صراحة النص من جهة والى إمكانية احتواء صورته المتعددة واختزالها في شرط المصلحة من جهة أخرى، فضلاً عن عدم الرغبة في

Brulliard (G.): procedure civile preesses Universitaires de France , Paris , 1944,P.27-36.

(1) ابو الوفاء، مرافعات، بند 211، ص 226.

(2) مسلم، المرجع السابق، بند 294، ص 317، بند 306، ص 329، وايضاً:

.Cuhe et vincent , No16 , Solus et perrot , p. 243 et s. Giverdon , 55

(3) Bonfis (H.): Traite elementaire de procedure civile et commerciale, paris, 1901, No.213.

-Garsonnet (E.) Cezar-Bru (Ch.): precis de procedure civile , No 22

- Brulliard , P. 27 – 28

(4) جميعي (عبد الباسط) شرح قانون الاجراءات المدنية، دار الفكر العربي، 1965 – 1966، ص 277، فهمي، المرجع السابق، ط 1940، بند 337، السيد (عبد الفتاح)، الوجيز في المرافعات المصرية، ط (2) مطبعة نهضة مصر 1924، بند 332، خطاب (ضياء شيت)، شرح قانون المرافعات المدنية والتجارية العراقي، مطبعة العاني، بغداد 1967، بند 102، لاکوست، المرجع السابق، ص 36، جاييو، المرجع السابق، ص 52، سوليس وبيرو، المرجع السابق، بند 233.

(5) راغب، المرجع السابق، ص 107.

(6) ابو الوفاء، مرافعات، بند 114 وما بعده ص 122 وما بعدها، العبودي (عباس)، شرح قانون اصول المحاكمات المدنية الاردني، دار الثقافة، عمان 2006، ص 196-201.

التوسع في مفهوم الدفع بعدم القبول الذي يحظى بحكم خاص يقربه من الدفع الموضوعية، وكى لا يفضي هذا التوسع الى تجاوز قصد المشرع الإجرائي بأن يقحم في مفهوم الدفع صوراً ليست منه ليتم إخضاعها لأحكامه بلا سند، وبالأخص ما يتعلق بجواز إثارة الدفع بعدم القبول في أية حالة تكون عليها الدعوى.

ولم يمنع الرأي الراجح فريقياً آخر من إخراج الدفع بانعدام المصلحة من طائفة الدفع بعدم القبول ليلحقه بالدفع الموضوعية¹، ومن جهة ثانية فإن العديد من صورته ليست محل إجماع الفقه كالدفع بالتقادم و الدفع بالتحكيم، والدفع بعدم جواز نظر الدعوى لسبق الفصل فيها، والدفع بوجود مانع قانوني من إقامة الدعوى، والدفع بالسقوط والدفع بانعدام الأهلية² فضلاً عن عدم اتساق القواعد التي تحكم صور هذا الدفع.

وسواء تعددت الشروط المطلوبة لقبول الدعوى أم اقتصر على شرط المصلحة فإننا نرى أن حالات الدفع بعدم القبول لا ينبغي أن تتجاوز الحدود التي يسمح بها الأساس الذي يقوم عليه هذا الدفع، فاستخدام مكنة الدعوى ومدى جدارة المدعي باستخدام هذه الوسيلة لا بد أن يكون مقيداً، فاذا كانت هنالك شروط تسمح بتعدد صور هذا الدفع فليس معنى ذلك إطلاق حالات هذا الدفع بحيث لا تقف عند حدّ معين، وعدم الاتفاق على أساس هذا الدفع من الممكن أن يسمح بتباين صورته ضيقاً أو اتساعاً لكنه لا يصل الى حدّ القول بأن هذه الصور لا تقبل الحصر لا سيما وأن الاتجاه التشريعي الذي اقتصر على تناول شرط المصلحة، واختص الدفع بعدم القبول بحكم خاص ميزه به عن الدفع الإجرائية، هذا الاتجاه يرجح كفة أن حالات الدفع بعدم القبول

(1) ابو الوفاء، المرجع السابق، بند 113، ص 121، وحاشية رقم (3)، الشرقاوي، نظرية المصلحة، بند 387، ص 410.

(2) يكاد اجماع الفقه ينعقد على عدم اعتبار الأهلية شرطاً لقبول الدعوى وانما لصحة المطالبة القضائية او لصحة انعقاد الخصومة، نظراً لتعلق الأهلية بصلاحية القيام بالأعمال الاجرائية المكونة للخصومة والصادرة من الخصوم، والى، الوسيط، ط (2) 1981، بند 38، ص 83، ابو الوفاء، مرافعات، بند 120، ص 126، الشرقاوي، المرجع السابق، بند 38، ص 40، راغب، المرجع السابق، ص 109، سيف، الوسيط، بند 100، ص 137، مسلم، المرجع السابق، بند 302، ص 338، فنان، المرجع السابق، بند 17، ص 31، موريل، المرجع السابق، بند 37، ص 30، عمر (محمد عبد الخالق)، الرسالة، بند 334، فيزيوز، المرجع السابق، ص 213، وما بعدها، كوش وفنان، بند 12 ص 18. وقارن: العثمائي، المرجع السابق، ج(1)، بند 462، ص 589، جميعي، مبادئ، ص 241-242، فهمي، بند 337، السيد (عبد الفتاح)، بند 332، سوليس وبيرو، ج(1)، بند 222، ص 197، لاكوست، ص 36، جابيو، ص 52.

ليست مطلقة وإنما واردة على سبيل الحصر. كما ينتهي الى نفس النتيجة الرأي الذي يجعل لهذا الدفع صوراً متعددة لكنها محصورة في أحوال محددة¹.

(1) ابو الوفاء، الدفع، بند 474، ص 810 وما بعدها.

الخلاصة

تتعدد أنواع الدفع في الخصومة المدنية وتتباين الأحكام التي يخضع لها كل منها، وتثير هذه الأحكام القضايا الرئيسية التالية:

أولاً: كيفية تقديم الدفع، والأوجه التي تقوم عليها: فهل ينبغي أن تقدم معاً ودفعة واحدة، أم يمكن التمسك بها خلال مراحل الخصومة؟

ثانياً: ميعاد تقديم الدفع: فهل ينبغي أن يتقيد تقديمها بميعاد معين، أم يمكن إثارتها في أية حالة تكون عليها الإجراءات.

ثالثاً: حيازة الحكم الصادر في الدفع لحجية الأمر المقضي: فهل يحوز الحكم الصادر في الدفع حجية الأمر المقضي ويمنع من تجديد النزاع في المسألة التي فصل فيها أم لا؟

رابعاً: مدى استنفاد الحكم الصادر في الدفع لولاية محكمة الموضوع: فهل يستنفد الحكم الصادر في الدفع ولاية محكمة أول درجة إذا ما تم الغاؤه استئنافاً أم لا؟

خامساً: مدى جواز الطعن المباشر في الحكم الصادر في الدفع: فهل يتعين صدور حكم في موضوع الدعوى لإمكانية الطعن في الحكم الصادر في الدفع أم يمكن الطعن فيه على استقلال أثر صدوره خلال الميعاد المقرر للطعن.

وقد رأينا من خلال استعراض الأحكام العامة للدفع، انها تخضع للقواعد التالية:

أولاً: الدفع الموضوعية لا تخضع لترتيب معين، ويمكن إثارتها في أية حالة تكون عليها الدعوى، كما يحوز الحكم الصادر فيها لحجية الأمر المقضي، ويستنفد ولاية محكمة الموضوع فلا يعود إليها إذا تم الغاؤه في المرحلة الاستئنافية، وتقبل الطعن المباشر.

ثانياً: الدفع الشكلية: ينبغي أن تبدي معاً وكذلك الأوجه التي تقوم عليها تحت طائلة السقوط، مالم تكن متعلقة بالنظام العام أو نشأ الحق فيها بعد الخوض في الموضوع، ولا

يحوز الحكم الصادر فيها لحجية الأمر المقضي، فلا يمنع من تجديد النزاع حول موضوع الدعوى، ولا يستنفذ ولاية محكمة الموضوع مما يوجب على المحكمة الاستئنافية في حالة الغائه إعادة الدعوى الى محكمة أول درجة لتقول كلمتها في الموضوع احتراماً لمبدأ التقاضي على درجتين، وهي من الدفع الفرعية التي لا تقبل الطعن المباشر - كقاعدة - مع وجود حالات مستثناة من حكم هذه القاعدة.

ثالثاً:

الدفع بعدم القبول: تقترب من الدفع الموضوعية حيناً فتجوز إثارتها في أية حالة تكون عليها الدعوى، وتقترب من الدفع الشكلية حيناً آخر، فلا يستنفذ الحكم الصادر فيها ولاية محكمة أول درجة ولا يحوز حجية الأمر المقضي، وتظل أحكامه موضع خلاف الفقه، فهناك من يعتبره من الدفع الموضوعية وقيموه على أساس تخلف شرط قبول الدعوى الوحيد في نظرهم وهو المصلحة، ويخضعونه لأحكام الدفع الموضوعية، وهناك من يعتبرونه طائفة متميزة عن الدفع الموضوعية والإجرائية ويرون أنه يقوم على تخلف أحد شروط قبول الدعوى المتعددة ولا يخضعون صورته جميعاً لنفس القواعد، وفريق ثالث يقسمونه الى نوعين أحدهما يلحقونه بالدفع الموضوعية (دفع بعدم القبول الموضوعي) والآخر يلحقونه بالدفع الإجرائية (دفع بعدم القبول الإجرائي)، ومثال الأول كالدفع بعدم القبول لانعدام المصلحة أو الصفة أو لسبق الفصل في الدعوى، ومثال الثاني الدفع بعدم قبول الدعوى لوجود شرط تحكيم أو لعدم القيام باجراء يلزم القانون اتخاذه قبل رفع الدعوى.

وإذا كانت أحكام الدفع الموضوعية والإجرائية مستقرة إلا أن أحكام الدفع بعدم القبول محل جدال لم ينته بعد بسبب اختلاف الأساس الذي تقوم عليه والذي يتراوح ما بين اتجاهين أحدهما يقيم هذا الدفع على أساس تخلف شرط (أو شروط) قبول الدعوى أو الطلب القضائي وهو الرأي الراجح، أما الاتجاه الآخر فيرى هذا الدفع نوعاً من الجزاء الإجرائي وأحد تطبيقات نظرية التعسف في استعمال الحق، فاستعمال حق الدعوى شأنه في ذلك شأن سائر الحقوق مشروط

بعدم التعسف وتخلف المصلحة بخصائصها المعروفة تظهر هذا التعسف الأمر الذي من شأنه أن يحول دون قبولها. ويرى هذا الفقه أن جزاء عدم القبول متميز عن عدم جواز نظر الدعوى الذي يتحقق في حالة سبق الفصل فيها قضاء أو صلحا أو تحكيماً، حيث نصادف حقاً للدعوى قد استخدم أو استهلك أو استيعض عنه بوسيلة أخرى لحسم النزاع، فلا يعود ثمة وجه للعودة إليه مجدداً.

الفصل الرابع

دور القاضي و الخصوم في إثارة الدفع المدنية

يتوقف دور القاضي في إثارة الدفع على طبيعة الدفع من جهة، وفيما اذا كان متعلقاً بالنظام العام أم لا من جهة أخرى، بعكس أطراف الخصومة الذين يحق لهم إثارة سائر أنواع الدفع مع تقييد هذا الحق بميقات محددة، فيما يختص بالدفع المقررة لحماية مصالحهم الخاصة تحت طائلة السقوط، وسنتناول في هذا الفصل المباحث الثلاثة التالية:

المبحث الأول : دور القاضي في إثارة الدفع.

المبحث الثاني : دور الخصوم في إثارة الدفع.

المبحث الثالث: تكييف الدفع.

المبحث الأول

دور القاضي في إثارة الدفع

لا يحق للقاضي أن يتعرض من تلقاء نفسه للدفع غير المتعلقة بالنظام العام، وتعرضه لها يعدّ تدخلاً سافراً يخلّ بمبدأ حياد القاضي، ولهذا لا يملك القاضي إثارة دفع موضوعي أو دفع إجرائي غير متعلق بالنظام العام، كما يحظر على القاضي إثارة أية صورة من صور الدفع بعدم القبول غير المتعلقة بالنظام العام، وينحصر دوره في إثارة الدفع الإجرائية المتعلقة بالنظام العام، حيث يتعين عليه إثارة هذه الدفع من تلقاء نفسه طالما أن العناصر الواقعية المولدة للدفع مطروحة في الدعوى وذلك من قبيل الالتزام المفروض على القاضي وليس مجرد رخصة أو حق فاذا أغفل القاضي إثارة الدفع والتمسك به تعرض حكمه للطعن¹.

ويختلف الحال في القانون الفرنسي الذي يرى في إثارة القاضي للدفع – بالرغم من تعلقه بالنظام العام – مجرد مكنة وليس

(1) الانصاري (حسن النيداني)، القاضي والجزاء الاجرائي في قانون المرافعات، ط

(1) 1999، بند 27، ص 37.

التزاماً، فله أن يتمسك به وله أن ينصرف عنه ولا يعاب على قضائه تجاهله لهذا الدفع¹.

ويترتب على ذلك أنه يستوي وفقاً للقانون المصري تمسك الخصم بالدفع المتعلق بالنظام العام أو عدم تمسكه به، حيث يكون على القاضي في الحالتين إثارة الدفع والحكم فيه². أما في القانون الفرنسي فيتوقف الأمر على تمسك الخصم به، فإذا فعل وجب على القاضي الحكم فيه ويعاب قضاؤه على إغفاله، أما إذا لم يتمسك به فللقاضي أن يثيره أو يتجاهله دون معقب³. ولا يجوز للقاضي - وفقاً لتقنين المرافعات (المصري والفرنسي) تطبيق القواعد الاجرائية - بما في ذلك توقيع الجزاء الإجرائي من تلقاء نفسه وإنما بناء على طلب الخصم صاحب المصلحة ما لم يكن متعلقاً بالنظام العام، فإعمال أي من جزائي البطلان أو السقوط - إذا لم يكونا متعلقين بالنظام العام - موقوف على التمسك بهما من قبل الخصوم⁴.

وتطبيقاً لذلك قضت محكمة النقض المصرية بأن بطلان التكاليف بالحضور لعيب في الإعلان بطلان نسبي، وليس متعلقاً بالنظام العام فلا يجوز للمحكمة أن تقضي به من تلقاء نفسها أو أن تستند إلى وجه لم يتمسك به الخصم⁵.

وهناك⁶ من يرى بأن على القاضي أن يتولى بنفسه إثارة أية مخالفة للنموذج القانوني للعمل الإجرائي وتوقيع الجزاء الإجرائي الخاص بها بدعوى أن غالبية القواعد الإجرائية قواعد أمر، ولو لم تتعلق بالنظام العام فيتعين على القاضي تطبيقها من تلقاء نفسه دون اشتراط تمسك الخصوم بها، مستشهداً على ذلك بموقف محكمة النقض المصرية - التي ذهبت إلى القول بجواز إثارة السبب القانوني لأول مرة أمامها إذا كانت عناصره الواقعية مطروحة على محكمة الموضوع تأسيساً على أن قاضي الدعوى - ولو لم

(1) الانصاري، المرجع السابق، نفس الإشارة السابقة.

(2) الانصاري، الإشارة السابقة.

(3) الانصاري، نفس الإشارة السابقة.

(4) الانصاري، المرجع السابق، ص 38.

(5) نقض مدني مصري بتاريخ 1978/5/9 ص 1197، 1978/11/29 في الطعن رقم 27 س 47 ق،

1985/1/21، الطعن رقم 2039 س 50 ق، مشار إليهما في: الدناصوري (حامد وعكاز)، التعليق على

قانون المرافعات، الجزء الأول، ط 1994، بند 79، ص 567، وايضاً نقض 1993/2/25، الطعن رقم

763 س 57 ق، مشار إليه في المرجع السابق، ص 570.

(6) الانصاري، المرجع السابق، ص 39-40.

يطلب منه الخصوم ذلك، مكلف بتطبيق القانون على وجهه الصحيح¹، ولقد طبقت محكمة النقض المصرية هذا النظر في القضية المتعلقة بالدفع بعدم قبول الدعوى لعدم اختصاص المستأجر من الباطن في خصومة غير قابلة للتجزئة، وقد عزى حكم النقض جواز إبداء هذا الدفع لأول مرة أمام النقض الى كونه سبباً قانونياً سبق أن طرحت عناصره الواقعية أمام محكمة الموضوع، وليس الى اعتبار الدفع متعلقاً بالنظام العام².

فما دامت جميع الدفوع الإجرائية التي طرحت عناصرها الواقعية على محكمة الموضوع صالحة، لكي تكون أسباباً قانونية بحته يجوز إبدائها لأول مرة أمام محكمة النقض ولو لم تتعلق بالنظام العام، فإن قاضي الموضوع ملتزم بإثارها من تلقاء نفسه ولو لم يتمسك بها الخصوم فإن لم يفعل كان قضاؤه مخالفاً للقانون.

وعليه فإنه لا تعارض - من وجهة النظر السابقة - بين التزام القاضي بإثارة السبب القانوني من تلقاء نفسه، ولو تعلق بالمصلحة الخاصة وبين جواز تنازل صاحب المصلحة أو سقوط حقه في التمسك به، ففي كليهما (التنازل والسقوط) لا يجوز للقاضي إثارة السبب أو الفصل فيه³.

تعليق

لا نوافق الرأي السابق فيما ذهب اليه للأسباب التالية:

1. الأصل في الخصومة المدنية أنها مكرسة لخدمة موضوع النزاع وليست مجرد إجراءات وطقوس وأشكال محددة، وأنه لا إجراء إلا حيث يلزم القانون بذلك، أما مراعاة لاعتبارات عامة أو خاصة بحسب الأحوال، وما هو مقرر للمصلحة العامة لا يملك الأفراد (الفرقاء) حق التنازل عنه، وقد انيط بالقاضي واجب التصدي له، أما ما يتعلق بالمصالح الخاصة بالخصوم فأمره مرهون بأصحاب هذه المصالح وحدهم.

وقد استقرّ قانون المرافعات و الأصول المدنية وفقهاؤه على هذا الاتجاه، مما يجعل الخروج عليه خرقاً لأحد المبادئ الراسخة التي تحكم الأعمال الإجرائية، لا سيما مع استمرار العمل بالقاعدة الأصولية التي تقضي بأن الخصومة ملك الخصوم.

(1) نقض مدني مصري تاريخ 1986/6/26، الطعن رقم 770 س 55 ق نقض 1984/4/16، في الطعن رقم 674 س 53 ق، مشار اليهما في الانصاري، المرجع السابق، ص 39، هامش رقم 79.

(2) الطعن رقم 770 س 55 ق والطعن رقم 674 س 53 ق، سبقت الاشارة اليهما.

(3) الانصاري، المرجع السابق، ص 40.

2. كما أن إذابة الفوارق بين الأعمال الإجرائية التي تستهدف تحقيق مصلحة عامة، وتلك التي تتوخى رعاية مصالح خاصة من حيث إلزام القاضي بإثارة أي منهما دون تفرقة من شأنها الارتقاء بالمصلحة الخاصة الى مرتبة المصلحة العامة، وفي ذلك تجاوز للقانون ومصادرة على الفلسفة التي ينطلق منها في تنظيم المصالح المستهدفة بالحماية، فلا يتصور في صحيح النظر المساواة بين ما يستهدف مصلحة المجتمع، وبين ما يستهدف مصلحة خاصة.
3. لا يمكن للقاضي أن يكون أكثر حرصاً على رعاية المصلحة الخاصة من صاحب الشأن نفسه، فاذا كان الأخير زاهدا فيها أو راغباً عنها، فليس للقاضي أن يتدخل بعد ذلك نيابة عن صاحب المصلحة، فاذا تدخل لم يأمن مغبة تجاوز جانب الحياد، وهو حجر الزاوية في أهلية القاضي لتحقيق العدالة.
- وإذا كان لتدخل القاضي في المصالح المتعلقة بالنظام العام ما يبرره لعدم وجود من يمثل المجتمع في الدفاع عنها في الخصومة المدنية باستثناء القاضي، فإن الوضع مختلف في حالة المصالح الخاصة حيث لا وجه لتدخل القاضي في حضور صاحب الشأن.
4. ثم إن القول بأن غالبية القواعد الإجرائية هي من القواعد الأمرة، يفيد بالقطع بأن بعضها على الأقل ليس كذلك، فلماذا تعمم المطالبة بتدخل القاضي على جميع القواعد الإجرائية دون استثناء.
5. أما الاستشهاد بوجهة نظر محكمة النقض المصرية فليس في محله، ذلك لأن محكمة النقض المصرية إنما تقرر أمراً مختلفاً تماماً عما يدعوا اليه الرأي السابق، فاذا كان الأصل أن لا يثار أمام النقض إلا مسائل القانون مع التسليم بمسائل الواقع كما وردت لدى محاكم الموضوع، بحسبان ان هذه المحكمة هي محكمة قانون، فإن مقتضى ذلك أن يسمح أمامها بإثارة السبب القانوني مادامت عناصره الواقعية مطروحة أمام محكمة الموضوع، و على هذا الأساس فإن إثارتها لهذا السبب لا يعتبر من قبيل التصدي لمسائل واقعية لا تدخل في اختصاصها كمحكمة قانون.
- وبعبارة أخرى فإن قياس الرأي السابق على اجتهاد محكمة النقض هو قياس مع الفارق، ويخلط بين مسألتين لا بدّ من التمييز بينهما:
- الأولى:** وهي سلطة محكمة النقض في التعرض للدفع الإجرائية التي تثار أمامها لأول مرة، وهذه تتطلب سبق إبداء أسبابها الواقعية أمام محاكم الموضوع، ويعزى هذا المبدأ الى كون محكمة النقض محكمة قانون وليست

محكمة موضوع ووقائع، ولهذا لا بد أن تكون الأسباب الواقعية لما يثار أمامها مطروحة على محاكم الموضوع، لا فرق في ذلك بين دفع متعلقة بالنظام العام وأخرى ليست كذلك.

أما الثانية: فهي سلطة المحكمة في إثارة الدفع الإجرائية من تلقاء نفسها، وهذه قضية أخرى مرتبطة بمدى تعلق أو عدم تعلق هذه الدفع بالنظام العام، فإذا تعلق به كان للمحكمة الحق في إثارتها من تلقاء نفسها دون توقف على إرادة الخصوم، وإذا لم تكن متعلقة بالنظام العام انتفت هذه السلطة، وأصبح الحق في إثارتها رهن إرادة الخصوم أصحاب المصلحة دون سواهم، ولأن المسألتين مختلفتان تماماً وكل منهما يتطرق لأمر مختلف عن الآخر فإن المقارنة بينهما أو قياس إحداهما على الأخرى لا يبدو منطقياً أو قائماً على أساس من القانون.

6. وعندما يكون للقاضي مطلق الحق في إثارة الجزاء الإجرائي المقرر للمصلحة الخاصة - كالدفع بالبطلان غير المتعلق بالنظام العام، فذلك حلول من القاضي محل صاحب المصلحة ينطوي على تجاوز سافر لدور القاضي في تسيير دفة الخصومة وإخلال صريح بحياده المفترض، فضلاً عن إهدار فكرة النظام العام والتفاف على الدور الذي تؤديه في الخصومة المدنية.

نخلص مما تقدم بأن دور القاضي المدني محصور فقط في أعمال الدفع المتعلقة بالنظام العام ولا شأن له في الدفع المقررة لحماية المصالح الخاصة، وإن هذا الدور ليس مجرد رخصة للقاضي كما هو الحال في النظام القانوني الفرنسي، وإنما واجب عليه القيام به في القانونين المصري - والاردني، فإذا ذهل عنه خالف القانون.

المبحث الثاني

دور الخصوم في إثارة الدفع¹

للخصوم مطلق الحق في إثارة سائر أنواع الدفع، ما تعلق منها بالنظام العام أو ما كان مقررراً لمصلحة خاصة:

1. الدفع المتعلقة بالنظام العام: يحق للخصم - كما هو من حق المحكمة - التمسك بهذه الدفع في أية حالة تكون

(1) الانصاري، المرجع السابق، بند 32، ص 41.

عليها الدعوى وفي أي مرحلة من مراحل الخصومة¹، بما في ذلك محكمة التمييز حتى لو أثير أمامها لأول مرة مادامت أسبابها الواقعية مبسوسة أمامها من قبل محاكم الموضوع، ويجوز لأي من فرقاء الدعوى - وليس شرطاً من صاحب المصلحة - التمسك بالدفع وإعماله، وعلى المحكمة أن تفصل فيه وأن لا تلتفت عنه وأن تفصل في الدعوى وفقاً لمقتضياته.

والأصل أن أعمال هذه الدفع يكون من تلقاء نفس المحكمة ولا يعدو تمسك الخصوم بها كونه من قبيل لفت نظر المحكمة الى وجودها، فاذا تم اغفالها من قبلهم لم يحل ذلك دون إثارتها من قبل القاضي.

ولا يجوز للخصوم الاتفاق على مخالفتها كما لو أقيمت الدعوى أمام محكمة غير مختصة وظيفياً أو نوعياً، أو قيمياً فلم يعترض الخصم الآخر حيث يتعين على المحكمة في مثل هذه الحالة أن تعالج هذه الدفع من تلقاء نفسها وتقرر عدم اختصاصها بنظر الدعوى بصرف النظر عن اتفاق الخصوم أو عدم اعتراضهم على المخالفة.

كما لا يجوز للخصوم التنازل عن هذه الدفع مادامت مقررة للمصلحة العامة، فاذا فعلوا لم يعتدّ بهذا التنازل وتعين على المحكمة أن تقضي بها من تلقاء نفسها باعتبارها الأمانة على تحقيق العدالة، وحسن سير القضاء.

2. الدفع المتعلقة بمصالح الخصوم: لا يحق للمحكمة التدخل في هذه الدفع، وإعمالها يتوقف على التمسك بها من قبل صاحب المصلحة في الميعاد المقرر قانوناً لتقديمها تحت طائلة السقوط.

(1) وقد استحدثت المشرع الفرنسي نصاً الزم بموجبه الخصوم اثاره جميع الدفع الاجرائية بما فيها المتعلقة بالنظام العام قبل التكلم في الموضوع حرصاً على تعجيل الفصل في الخصومة، راجع نص المادة 74 من قانون المرافعات الفرنسي، وايضاً ابو الوفا، نظرية الدفع بند 76 م ص 168-169.

فهي مقررة لصاحب الشأن، فليس للمحكمة ولا للطرف الآخر في الدعوى الحق في إثارتها¹، ويمكن التنازل عنها من قبل من تقررت لمصلحته صراحة أو ضمناً ويمكن الاتفاق على مخالفتها والاتفات عنها، فإذا كان أعمالها من قبيل الجزاء الإجرائي فإن التنازل عنها من شأنه أن يحيل العمل الإجرائي المعيب الى عمل صحيح منتج لكافة آثاره القانونية، ومثاله أن تخلو ورقة التبليغ القضائي (التكليف بالحضور) من توقيع المحضر أو توقيع المبلغ أو ما يفيد بكيفية إجراء التبليغ، وهو ما يعيب هذا الإجراء ويعرضه لجزاء البطلان، فإذا لم يتم الدفع به لتنازل صاحب المصلحة عن التمسك به أصبح صحيحاً ومنتجاً لآثاره القانونية شأنه في ذلك شأن التبليغ الصحيح المطابق لنموذجه القانوني.

ولا بدّ من التمسك بها في الموعد المحدد لإثارتها قانوناً تحت طائلة السقوط فإذا لم يتم التمسك بالدفع بعدم الاختصاص المكاني قبل الدخول في أساس الدعوى، سقط الحق في إبدائه، وإذا لم يتم التمسك بالدفع بالتحكيم قبل الدخول في موضوع النزاع سقط الحق في إثارته بعد ذلك، وإذا سبقها إثارة دفع موضوعي أو بعدم القبول أو أي دفاع موضوعي سقط الحق في إبدائها.

وعدم السماح للقاضي بإثارة الدفع الإجرائي غير المتعلق بالنظام العام من تلقاء نفسه، هو المبدأ العام المقرر في القانون الفرنسي بالرغم من عدم وجود نص صريح يقرره²، إلا أن هناك استثناءات تجيز للقاضي بموجب نصوص خاصة إثارة بعض الدفع الإجرائية غير المتعلقة بالنظام العام، كالدفع بعدم الاختصاص النوعي أو المحلي غير المتعلق بالنظام العام

(1) راجع نص المادة (1/22) من قانون المرافعات المصري " لا يجوز ان يتمسك بالبطلان الا ممن شرع لمصلحته " وهو يقابل نص المادة (25) من قانون اصول المحاكمات المدنية الأردني.

(2) الانصاري، المرجع السابق، ص 30-31، هامش رقم (63)، وايضاً:

Cadiet (L.): Droit Judiciaire prive , Litec 1992 , No.613.

في حالة غياب المدعى عليه¹، والدفع بقيام ذات النزاع أمام محكمتين مختلفتين² والدفع بالبطلان لانعدام الصفة في التقاضي³.

المبحث الثالث

تكييف الدفع⁴

يعدّ تكييف الدفع من مسائل القانون التي تدخل في نطاق أعمال القاضي، فالقاضي هو الخبير الأعلى في مسائل القانون وهو المطالب بفهم القانون وتطبيقه بالشكل الصحيح ولا تخرج مسألة تكييف الدفع وتحديد طبيعته عن هذا المعنى ويخضع في ذلك لرقابة محكمة التمييز، ولهذا لا يعتدّ بتكييف الخصوم للدفع ولا يلزم القاضي باتباعه، والخصوم ليسوا مكلفين أساساً بتكييف الدفع وذكر القواعد القانونية التي تنطبق عليها، فإذا فعلوا كان ذلك من قبيل لفت نظر القاضي الذي من حقه إعادة النظر في تكييف الدفع وفقاً للأصول المرعية وبمعزل عن اجتهادات الخصوم.

وفي هذا السياق قضت محكمة النقض المصرية " بأن الدفع بعدم قبول الدعوى لرفعها مباشرة للمطالبة بالتعويض عن نزع الملكية للمنفعة العامة هو في حقيقة الأمر دفع ببطلان الإجراءات، فهو دفع موجه الى إجراءات الخصومة وشكلها وكيفية توجيهها، وبهذه المثابة يكون من الدفع الشكلية وليس دفعاً بعدم القبول مما نصت عليه المادة (15) / مرافعات مصري)، ولا يغير من ذلك أن يتخذ هذا الدفع اسم "

(1) راجع المادتين (1/92) و (93) من قانون المرافعات الفرنسي.

(2) راجع المادة (100) من قانون المرافعات الفرنسي.

(3) راجع المادة (2/120) من قانون المرافعات الفرنسي.

(4) الانصاري، المرجع السابق، بند 32، ص 31-32.

الدفع بعدم القبول " لأن العبرة بحقيقة الدفع و مرماه " وليس بالتسمية التي تطلق عليه " ¹.

وغني عن البيان أن قصر مهمة تكييف الدفع على القاضي دون الخصوم لا يرتبط بتعلق الدفع أو عدم تعلقه بالنظام العام.

(1) نقض مدني مصري، تاريخ 1978/3/9 س 29 ص 1707، مشار إليه في الانصاري، المرجع السابق، ص 31-32.

الباب الثاني

2

نظرية الدفوع في القانون الأردني

الباب الثاني

نظرية الدفع في القانون الأردني

لم يتبن المشرع الأردني نظرية محددة للدفع المدنية، وقد تأثر في معالجته لها بأدبيات القوانين العثمانية التي كانت سائدة في بدايات تأسيس الدولة، وإذا كان قد اقتبس العديد من الأحكام عن القوانين العربية التي أخذت أنظمتها الإجرائية عن القانون الفرنسي ومن أبرزها قوانين المرافعات والأصول المدنية في كل من مصر وسوريا ولبنان، إلا أن القانون الأردني - وبالرغم من كل ماتعرض له من تحديث - ظلّ أسير النظرة العثمانية التقليدية التي لم تألف تنظيماً للدفع المدنية مشابهاً لما استقر عليه الحال في الانظمة القانونية المعاصرة، ولذلك جاءت الأحكام المنظمة للدفع نسيجاً غير متآلف ينظم جملة من القواعد بعضها ينتمي الى المدرسة التقليدية التي لا تميز بين طوائف الدفع المختلفة، وبعضها الآخر ينطلق من الفلسفة التي يقوم عليها النظام القانوني للدفع المدنية في القانون المقارن الأمر الذي لم يخل من التناقض، وعدم الانسجام بين منظومة هذه القواعد.

سنتعرض في هذا الباب لموقف التشريع الأردني من نظرية الدفع عبر ثلاث محطات رئيسية شكلت علامات فارقة في مسيرة القانون القضائي المدني الأردني الذي شهد جملة من القوانين المعدلة ابتداء من قانون أصول المحاكمات الحقوقية رقم (42) لعام 1952، ومروراً بالقانون رقم (24) لعام 1988، وانتهاءً بالقانون المذكور بصيغته المعدلة بقانون رقم (13) لعام 2001، وقانون رقم (16) لعام 2006. وسنفرد فصلاً خاصاً لكل من هذه المراحل وعلى النحو التالي:

- الفصل الأول: الموقف التشريعي في ظل قانون رقم (42) لعام 1952.
- الفصل الثاني: الموقف التشريعي في ظل قانون رقم (24) لعام 1988.
- الفصل الثالث: الموقف التشريعي في ظل قانون رقم (24) لعام 1988، بصيغته المعدلة.

الفصل الأول

الموقف التشريعي من الدفع في ظل قانون أصول المحاكمات الحقوقية رقم (42) لعام 1952¹

لم يتضمن هذا القانون فصلاً خاصاً بالدفع واقتصر على أن يورد في فصله الثاني الموسوم بعنوان " الشروع في الدعوى " مادة واحدة هي المادة (16) والتي جاء فيها:

"يجوز للمدعى عليه في أية حالة 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 الى 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 قرارها بالرفض غير قابل للاستئناف ما لم يكن الدفع متعلقاً بمرور الزمن فيكون القرار خاضعاً للاستئناف².

ويتبين من مطالعة نص المادة (16) سالف الذكر مايلي:

1. لم تحدد طبيعة الدفع التي أوردتها وشملتها بحكم واحد، وهو السماح للمدعى عليه التمسك بها قبل الدخول في أساس الدعوى (موضوعها)، فإذا قبلتها المحكمة قضت برد الدعوى بالنسبة للمدعى عليه.

(1) نشر هذا القانون في الجريدة الرسمية في عددها رقم (1113) الصادر بتاريخ 1952/6/16، وقد حل محل قانون اصول المحاكمات الحقوقية رقم (84) لعام 1951، المنشور في الصفحة (1167) من العدد رقم 1077 من الجريدة الرسمية الصادر بتاريخ 1951/7/17، وقد شهد العديد من التعديلات اعتباراً من عام 1956، وحتى عام 1972 وظل معمولاً به حتى صدور قانون اصول المحاكمات الحقوقية عام 1988.

(2) وقد أضيفت هذه الفقرة بموجب القانون رقم (34) لعام 1968 المنشورة في الصفحة 613 من عدد الجريدة الرسمية رقم 1089، الصادر بتاريخ 1968/4/16، والذي حل محل القانون رقم 99 لسنة 1966 المنشور في الصفحة 2300 من الجريد الرسمية في عددها رقم 1961، الصادر بتاريخ 1966/11/2.

2. صيغت المادة بشكل يجعل الخيار للمدعى عليه، فإذا رغب في إثارة هذه الدفوع كان له التمسك بها بطلب خطي وفي أي وقت من الأوقات بعيد تبليغه لائحة الدعوى وإلى ما قبل الدخول في الأساس، فلا تملك المحكمة الحق في إثارة هذه الدفوع من تلقاء نفسها ما لم يتمسك بها الخصم (المدعى عليه)، ودون تفرقة - من هذه الناحية - بين أي منها.
3. لم يكتف المشرع في هذه المادة بالدفوع الثلاثة كمبررات لطلب رد الدعوى قبل الخوض في موضوعها، وأعطى المحكمة الحق في أن تقدر أية أسباب أخرى يمكن أن يتمسك بها المدعى عليه إذا تراءى للمحكمة أنها تستوجب رد الدعوى قبل الدخول في الأساس، الأمر الذي يسمح بتطبيق حكم هذه المادة على أنواع أخرى من الدفوع دون تحديد، مع إعطاء المحكمة سلطة تقديرية بشأنها.
4. لم يلزم المشرع المحكمة في حال رد الدعوى لعدم الاختصاص بإحالة القضية إلى المحكمة المختصة تاركاً الأمر للخصوم الذين كان عليهم التوجه إلى المحكمة المختصة والطلب إليها نظر النزاع من نقطة البداية، كما لم يحدد المشرع ما الذي يتعين على المحكمة اتخاذه في حال الدفع بالتحكيم إذا كان قائماً على أساس وقبلته المحكمة مكتفياً برد الدعوى.
5. اختص المشرع الدفع بمرور الزمن بحكم خاص فإذا قضت المحكمة برفضه كان قرارها بالرفض قابلاً للاستئناف ولا يشمل هذا الحكم الدفع بكون القضية محكّمة، والدفع بعدم الاختصاص فإذا قررت المحكمة رفضهما كان قرارها نهائياً.
- وبمفهوم المخالفة فإن قرار المحكمة بقبول هذه الدفوع التي تضمنتها المادة (16) يندرج في عداد الأحكام التي تقبل الطعن بالاستئناف دون تفرقة بينها.
- ويفهم من ذلك أن قرار المحكمة بقبول أي من هذه الدفوع - والذي يؤدي إلى إنهاء الخصومة أمامها - يقبل الطعن بالاستئناف بصرف النظر عن طبيعة الدفع، فإذا قضى برفض الدفع امتنع الطعن في هذا القرار ما لم يكن الدفع متعلقاً بمرور الزمن، فيكون القرار القاضي برفضه خاضعاً للاستئناف دون سواه.
- ولم يوضح المشرع سبب هذا التمييز بين الدفع بمرور الزمن من جهة، والدفع بكون القضية محكّمة، والدفع بعدم الاختصاص من جهة أخرى.
- كما لم يحدد فيما إذا كان من الجائز الطعن في الحكم القاضي برفض الدفع بمرور الزمن مباشرة وعلى استقلال، أم مع الحكم الذي سيصدر في موضوع الدعوى.

ومن الملاحظ على هذه المادة مايلي:

(أ) لم تراخ اختلاف طبيعة كل دفع من الدفع التي أوردتها تحديداً، واختلاف القواعد التي تحكم كلا منها فالدفع بكون القضية قضية محكمة¹ من الدفع بعدم القبول² وان كان هناك من يضعها في عداد الدفع الإجرائية³، والدفع بعدم الاختصاص هو من طائفة الدفع الإجرائية التي تختلف في أحكامها تبعاً لتعلقها بالنظام العام أو عدم تعلقها به، أما الدفع بمرور الزمن فيتردد الفقه المقارن في تحديد طبيعته بين من يعتبره من الدفع بعدم القبول⁴ وبين من يعتبره من الدفع الموضوعية⁵.

وقد رأينا أن تقسيم الدفع تبعاً لطبيعتها لا يخلو من فائدة عملية نظراً لاختلاف القواعد التي تحكم كل طائفة منها، لذلك لم يكن إخضاعها جميعاً (وفي حدود ما أوردته المادة 16/ أصول حقوقية) لحكم واحد متفقاً مع هذه النظرة⁶، وقد يشفع للمشرع الأردني أنه قد وضع هذا القانون في ظل أوضاع كانت لا تزال متأثرة بالمفاهيم والمصطلحات القانونية التي كانت سائدة في العهد العثماني والتي لم تألف - قبل التحديث - نظرية واضحة المعالم للدفع المدنية على النحو الذي الفته القوانين التي اقتبست أحكامها عن القانون الفرنسي خاصة كما أسلفنا.

(ب) إيثار الحكم الصادر برفض الدفع بمرور الزمن دون سائر الدفع الأخرى بقابليته للطعن بطريق الاستئناف لم يكن مفهوماً أو مبرراً، لا

- (1) انظر بالتفصيل: محيسن، طبيعة الدفع بالتحكيم في الخصومة المدنية، ص 130 وما بعدها.
- (2) ابو الوفاء، التحكيم الاختياري والاجباري، ط 2، الدار الجامعية بيروت، 1983، بند 45، ص 119-120، ومؤلفه، المرافعات، بند 118 ص 126 والي، الوسيط، بند 461، ص 944، عمر (محمد عبد الخالق)، النظام القضائي المدني، الجزء الأول، ط 1، دار النهضة العربية 1976، ص 99، محيسن، المرجع السابق، ص 146 وما بعدها، وايضاً: كوش وفنسان، المرجع السابق، بند 26، ص 26.
- (3) عبد الله (عز الدين)، تنازع القوانين في مسائل التحكيم في مواد القانون الخاص، مقالة منشورة في مجلة العدالة، تصدر عن وزارة العدل في دولة الامارات العربية المتحدة، ابو ظبي 19 نيسان 1979، عدد (20) يوليو 1979، ص 88-89، هاشم (محمود محمد)، اتفاق التحكيم واثره على الاجراء القضائي في الفقه الاسلامي والانظمة الوضعية، دار الفكر العربي، ط 1985 ص 160 وما بعدها، ابو السعود (سعد)، الدفع بالتحكيم، مقالة منشورة في مجلة المحاماة المصرية، العدد الثامن، السنة الحادية والاربعون، ص 1334 وما بعدها، راغب (وجدى)، طبيعة الدفع بالتحكيم، مقالة غير منشورة، ص 12.
- Devichi (R.): L'arbitrage nature , juridique droit interne et droit international , paris .. 1965, No.250 ,P. 178-193
- (4) البدر اوي (عبد المنعم)، اثر مضي المدة في الالتزام، رسالة، بند 268، ص 249، عمر (محمد عبد الخالق)، الرسالة، بند 336، ص 165، وايضاً: Beguet، المرجع السابق ص 130-160.
- (5) الشرفاوي، المصلحة، بند 386، ص 419، القضاة، المرجع السابق، ص 284.
- (6) انظر في نقد هذا الاتجاه: محيسن، طبيعة الدفع بالتحكيم، ص 123.

سيما وأن التشريع الأردني يأخذ بمبدأ التقاضي على درجتين كأحد المبادئ الأساسية التي يقوم عليها النظام القضائي الأردني، الأمر الذي يفيد بأن قابلية الحكم القضائي للطعن فيه بالاستئناف هي القاعدة وهي الأساس وليست الاستثناء. وكان من الممكن أن يفهم موقف المشرع الأردني لو أشار في هذا السياق إلى أن الأحكام الصادرة برفض الدفع الأخرى وإن كانت لا تقبل الطعن المباشر. - كما هو شأن الحكم الصادر برفض الدفع بمرور الزمن - إلا أنها تقبل الطعن مع الحكم الصادر في الموضوع، فينحصر التمييز في هذه الحالة بين أحكام تقبل الطعن المباشر وأخرى لا تقبل الطعن إلا مع الحكم الصادر في الموضوع مسائراً بذلك اتجاهات التشريعات المقارنة فيما يخص الأحكام الفرعية الصادرة قبل الفصل في الموضوع ومنها الأحكام المتعلقة بالدفع.

(ج) إعطاء المدعى عليه الحق في تقديم طلب رد الدعوى في أي وقت من الأوقات قد يوحي بأن إثارة هذه الدفع جائرة في أية حالة تكون عليها الدعوى، وهو ما يفيد بأن الخوض في الموضوع لا يمنع المدعى عليه من التمسك بطلب الرد، ومع ذلك فقد جاء عجز المادة المذكورة ليحسم هذه المسألة مؤكداً أن وقت تقديم الطلب يبدأ من تاريخ تبليغ المدعى عليه لائحة الدعوى (مذكرة الحضور) ويستمر إلى ما قبل الخوض في الموضوع الدعوى، لأن حكم المحكمة في حالة قبول هذه الدفع لن يخرج عن "رد الدعوى قبل الدخول في الأساس" فلا يتصور التمسك بهذا الطلب بعد التطرق لموضوع النزاع، وسبب هذا الالتباس يرجع إلى عيب في صياغة هذه المادة على الوجه الذي لم يجعلها قاطعة الدلالة في تحديد قصد المشرع.

(د) لم توضح المادة (16) حكم هذه الدفع إذا لم يتقدم بها المدعى عليه قبل الدخول في الأساس، لا سيما وأنها قد استهلكت بعبارة "يجوز للمدعى عليه" وهذه العبارة لا تلزم المدعى عليه بتقديم طلب الرد قبل الدخول في الأساس إذا ما رغب في طرح موضوع النزاع على المحكمة أولاً، فماذا لو تعمد إثارة هذه الدفع في وقت لاحق، فهل يؤدي ذلك إلى سقوط حقه في إبدائها أم يجوز تقديمها بعد ذلك على أن تضم إلى الموضوع لينظر فيهما معاً؟!!

من الواضح أن منطوق هذه المادة لا يستوجب سقوط الحق في التمسك بهذه الدفع، إذا ما أثبتت بعد الخوض في

الموضوع لكن طلب رد الدعوى قبل الدخول في الأساس لا يتصور بعد الخوض في الموضوع، لأن الخوض في الموضوع يعني أن مثل هذا الطلب قد أصبح غير ذي معنى وقد تجاوزته الخصومة، وبناء على ذلك لا يبقى على المدعى عليه الذي تراخى في التمسك بهذه الدفع الى مابعد الخوض في الموضوع سوى أن يقبل ضمها الى الموضوع ليفصل فيهما معاً، وإذا كان نص المادة المذكورة لا يفيد ذلك صراحة إلا أن استبعاد الحكم بسقوط هذه الدفع يملئ التسليم بهذه النتيجة، فالسقوط كجزء إجرائي يتحقق في حال تجاوز الخصم للميعاد المقرر لاتخاذ الإجراء وهو ما يقتضي عدم ترك الامر لمحض تقدير الخصم في اختيار الوقت الملائم للقيام بالإجراء، كما أن السقوط لا يفترض، وإذا كان من اللازم ان لا يتراخى طلب رد الدعوى وفقاً للمادة (16) الى مابعد الخوض في الموضوع، فإن الخوض في الموضوع من شأنه أن يسقط حق الخصم في طلب الرد قبل الدخول في الأساس دون أن ينال من حق الخصم في التمسك بذات الدفع التي تعتبر مسببات لهذا الطلب، لأن الأصل أن تنتظر المحكمة في موضوع النزاع وما يثار حوله من دفع،

فاذا أجاز المشرع للخصوم إثارة بعض أنواع هذه الدفع قبل الخوض في الموضوع فذلك تأسيساً على أن الخوض فيها قد يغني المحكمة عن نظر الموضوع، وقد جعل المشرع الخيار للمدعى عليه في طلب رد الدعوى قبل الدخول في الأساس استناداً الى بعض أنواع الدفع مع إلزامه بموعد محدد فاذا تجاوزه سقط حقه في طلب رد الدعوى فحسب، دون أن يؤثر ذلك على حقه في التمسك بهذه الدفع في وقت لاحق، وسيكون المطلوب من المحكمة في مثل هذه الحالة ليس الحكم برد الدعوى قبل الدخول في الأساس استناداً الى أحد الدفع الواردة في المادة (16)، وإنما النظر في حقيقة الدفع ذاته وأثره على موضوع الدعوى أو على ولاية المحكمة بحسب الأحوال.

هـ) لم تفرق هذه المادة بين الدفع المتعلقة باختصاص المحكمة تبعاً لتعلقها أو عدم تعلقها بالنظام العام، وشملت جميعاً بحكم واحد بحيث يتعين أن تبدي جميعاً قبل الدخول في الموضوع ليتسنى قبول طلب رد الدعوى بالاستناد الى أي منها، وتجدر الإشارة الى أنه لم يرد أي ذكر في قانون أصول المحاكمات الحقوقية لفكرة النظام العام و تبعاتها القانونية، باستثناء ماورد في المادة (248) التي أعطت الحق لمحكمة التمييز في أن تبحث في الصلاحية الذاتية للمحكمة (اختصاصها الوظيفي) ولو لم يثرها أحد الخصوم، وذلك في حال صدور حكم من محكمة نظرت في دعوى لم تكن من اختصاصها، وحجبت عنها هذا الحق عندما يتعلق الأمر بالصلاحية الموقعية (الاختصاص المكاني) مالم يتم الاعتراض عليها من قبل الخصم عند البدء في الدعوى، وكذلك لدى محكمة الاستئناف. وإعطاء الحق لمحكمة التمييز في بحث مسألة الاختصاص الوظيفي من تلقاء نفسها إشارة غير مباشرة الى تعلق الاختصاص الوظيفي بالنظام العام بعكس الاختصاص المحلي.

كما أن المشرع لم يتطرق في هذا القانون الى الدفع بالقضية المقضية أو مايعرف في الفقه المقارن "بحجية الأمر المقضي" وكأنه قد اكتفى بما ورد في قانون البيئات في الفصل الأول من الباب الرابع الذي تناول فيه موضوع القرائن القانونية وتحديداً "الأحكام التي حازت الدرجة القطعية معتبراً التمسك بها من حقوق الخصوم¹ وليس متعلقاً بالنظام العام.

نخلص مما تقدم إلى ان موقف المشرع الأردني في ظل قانون 1952 من نظرية الدفع كان مضطرباً وغير واضح المعالم، وإن صياغة المادة الوحيدة التي تطرقت للدفع لم تكن موفقة وقاصرة عن الإحاطة بالأحكام المختلفة للدفع بوجه عام، مما يؤكد عدم تبني المشرع الأردني في هذا

(1) انظر المادة (2/41) من قانون البيئات الأردني رقم 30 لعام 1952، والتي جاء فيها " لا يجوز للمحكمة ان تأخذ بهذه القرينة من تلقاء نفسها ".

القانون لنظرية محددة للدفع المدنية على غرار التشريعات
المقارنة.

الفصل الثاني

الموقف التشريعي من الدفع في ظل قانون أصول المحاكمات المدنية

رقم (24) لعام 1988

سنتناول في هذا الفصل أبرز التعديلات التي طرأت على القانون الملغى و الأحكام المستحدثة في ظل القانون الجديد. ونختتم هذا الفصل بإبراز ملاحظتنا حول القانون الجديد، وذلك في المباحث التالية:

المبحث الأول : أبرز التعديلات التي طرأت على القانون القديم.
المبحث الثاني : الأحكام المستحدثة في القانون الجديد.
المبحث الثالث: ملاحظتنا حول القانون الجديد.

المبحث الأول

أبرز التعديلات التي طرأت على القانون الملغى

شهد هذا القانون¹ تعديلات هامة على القانون السابق تناولت العديد من الأحكام المستحدثة تأسياً بالقوانين المقارنة، وقد كرس الباب الخامس من هذا القانون لمعالجة موضوعي الدفع والطبات وخصص الفصل الأول من هذا الباب لتناول موضوع الدفع حيث اشتمل على المواد (109 - 112) والتي جاءت على النحو التالي:

1. أوجب القانون على الخصوم أن يبينوا جميع طباتهم، ودفوعهم دفعة واحدة².

2. اجاز القانون للخصوم - واستثناء من الفقرة الأولى - أن يطالبوا قبل التعرض لموضوع الدعوى الحكم بالدفع التالية³:

أ - عدم الاختصاص المكاني.

(1) تم نشر هذا القانون على الصفحة 735 من العدد رقم 2545 من الجريدة الرسمية الصادر بتاريخ 1988/4/2.

(2) المادة (1/109) من قانون اصول المحاكمات المدنية الأردني.

(3) المادة (2/109) من قانون اصول المحاكمات المدنية الأردني.

- ب- بطلان أوراق تبليغ الدعوى.
- ج - كون القضية مقضية.
- د - مرور الزمن.
3. خول القانون المحكمة سلطة الفصل في الدفع السابقة على حدة أو ضمها الى الموضوع لتفصل فيها بحكم واحد¹.
4. بين المشرع حكم الدفع غير المتعلقة بالنظام العام فأوجب إبداءها معاً قبل ابداء أي دفع إجرائي آخر أو طلب دفاع في الدعوى تحت طائلة السقوط، وأسقط حق الطاعن في هذه الدفع اذا لم ييدها في لائحة الطعن، كما أوجب إبداء جميع الوجوه التي يبنى عليها الدفع المتعلق بالإجراءات غير المتصل بالنظام العام معاً، وإلا سقط الحق فيما لم يبد منها².
5. حَصَّ المشرع البطلان الناشئ عن عيب في التبليغ أو إجراءاته أو في تاريخ الجلسة مقررراً زواله - اي صححيه - بحضور المطلوب تبليغه في الجلسة المحددة أو بإيداع مذكرة بدفاعه³.
6. بين المشرع أنواع الدفع بعدم الاختصاص المتعلقة بالنظام العام، وذلك تأسيساً على انتفاء ولاية المحكمة أو بسبب نوع الدعوى أو قيمتها، ورتب على ذلك جواز إثارتها في أية حالة تكون عليها الدعوى مع إعطاء المحكمة سلطة الحكم فيها من تلقاء نفسها⁴.
7. أفرد المشرع حكماً خاصاً بالدفع بعدم جواز نظر الدعوى لسبق الفصل فيها مقررراً إعطاء المحكمة الحق في أن تقضي به من تلقاء نفسها تعبيراً عن رأي المشرع في اعتبار هذا الدفع متعلقاً بالنظام العام⁵.
8. حدّد المشرع الأحكام التي تصدر عن محاكم الدرجة الأولى ولا تستنفد بها ولايتها في نظر موضوع النزاع فيما لو تم فسخ هذه الأحكام

(1) المادة (3/109) من قانون اصول المحاكمات المدنية الأردني.

(2) المادة (1/110) من قانون اصول المحاكمات المدنية الأردني.

(3) المادة (2/110) من قانون اصول المحاكمات المدنية الأردني.

(4) المادة (111) من قانون اصول المحاكمات المدنية الأردني.

(5) المادة (112) من قانون اصول المحاكمات المدنية لأردني.

(الغاؤها) من قبل المحكمة الاستئنافية¹، وحصرها في الأحكام التي تقضي بعدم الاختصاص أو بكون القضية مقضية (حائزة لحجية الأمر المقضي) أو لمرور الزمن، أو لعدم الخصومة (إقامة الدعوى على غير خصم أو غير ذي صفة في الدعوى)، أو لأي سبب شكلي. ففي كل هذه الحالات يتعين على محكمة الاستئناف اذا فسخت الحكم القاضي برّد الدعوى أن تعيدها الى محكمة الدرجة الأولى لتتظر في الموضوع الذي لم تقل فيه كلمتها.

المبحث الثاني

الأحكام المستحدثة في القانون الجديد

رقم (24) لعام 1988

حرص المشرع في القانون الجديد على تخصيص الفصل الأول من الباب الخامس لتناول موضوع الدفع مكرّس له أربع مواد تكفلت ببيان ما خصّها به من أحكام متفرقة متجاوزاً موقفه السابق الذي اقتصر على مادة واحدة، وقد اقتبست معظم الأحكام المتعلقة بالدفع من قانون المرافعات المدنية والتجارية المصري حتى أن بعض مواده قد جاءت ترديداً حرفياً للنص المصري، ومن أبرز الأحكام المستحدثة في هذا القانون مايلي:

1. حدّد المشرع مواعيد تقديم الدفع على اختلاف أنواعها، وما يترتب على التراخي في تقديمها من آثار قانونية تتمثل في سقوط حق الخصم في إبدائها.
2. ميز المشرع بين الدفع المتعلقة بالنظام العام وغير المتعلقة به وألزم بتقديم كافة الدفع المتعلقة بالطائفة الثانية معاً، وقبل إبداء أي دفع إجرائي آخر أو طلب أو دفاع في الدعوى، كما ألزم الخصوم بإبداء جميع الأوجه التي تبني عليها معاً، وذلك تحت طائلة السقوط.
3. اعتبر المشرع الدفع بعدم جواز نظر الدعوى لسبق الفصل فيها متعلقاً بالنظام العام مانحاً المحكمة الحق في القضاء به من تلقاء نفسها مخالفاً

(1) المادة (5/188) من قانون اصول المحاكمات المدنية الأردني.

بذلك الموقف الذي تبناه المشرع الأردني في قانون البيئات، والذي اعتبر بموجبه هذا الدفع من حق الخصوم¹.

4. اعتنق المشرع الإجرائي لأول مرة نظرية البطلان²، وأجاز تصحيح البطلان المتعلق بتبليغ لائحة الدعوى ومذكرات الدعوى الناشئة عن عيب في التبليغ أو إجراءاته أو في تاريخ الجلسة، وذلك في حال حضور المطلوب تبليغه في الجلسة المحددة أو بإيداع مذكرة بدفاعه³.
5. ميز المشرع بين أنواع الدفع المتعلقة بعدم الاختصاص من حيث تعاقبها بالنظام العام فاعتبر الدفع بانتفاء ولاية المحكمة أو بسبب نوع الدعوى أو قيمتها متعلقاً بالنظام العام، وتجاوز إثارته في أية حالة تكون عليها الدعوى⁴، بعكس الدفع بعدم الاختصاص المكاني الذي يحق بطائفة الدفع الإجرائية غير المتعلقة بالنظام العام⁵.

أما بالنسبة للدفع بعدم الاختصاص الدولي فلم يتعرض له المشرع في الفصل المخصص للدفع، و انما في الفصل الثالث من الباب الأول الذي خصص لنظرية الاختصاص، وقد ورد في المادة (29) من هذا القانون ما يفيد بأن المشرع يلحق هذا الدفع بالدفع السابقة المتعلقة بالنظام العام، حيث نصت على أنه اذا لم يحضر المدعى عليه (الاجنبي) وكانت المحاكم الأردنية غير مختصة بنظر الدعوى طبقاً للمواد السابقة⁶، تحم المحكمة بعدم اختصاصها من تلقاء نفسها، وإعطاء المحكمة مثل هذه السلطة بخصوص مسألة ما يعدّ من مظاهر تعلق هذه المسألة بالنظام العام، وقد يعترض البعض

(1) راجع المادة (2/40) من قانون البيئات الأردني رقم (30) لعام 1952.
(2) استعمل المشرع في قانون اصول المحاكمات الحقوقية الملغى مصطلح البطلان في غير موضعه وبمعنى مختلف عن المعنى الاصطلاحي له: انظر المادة (204) من هذا القانون التي تشير الى ان حكم المحكمة في حالة اعتراض الغير لا يبطل من الحكم المفترض عليه الا الجهة التي تخص المعترض والمقصود بذلك " الذي يلغى من الحكم المعترض عليه "، اما البلاطون فتكليف قانوني لعمل اجرائي معيب يؤدي الى تجريده من اثاره القانونية وهو امر مختلف تماما عن اسباب الاعتراض وما تؤدي اليه من اثار في حالة قبوله.
(3) راجع المادة (2/110) اصول مدنية وتقابل المادة (114/ مرافعات مدنية مصري).
(4) راجع المادة (111) من قانون اصول المحاكمات المدنية رقم (24) لسنة 1988.
(5) راجع المادة (1/110) من قانون اصول المحاكمات المدنية رقم (24) لعام 1988.
(6) وهي المواد التي تشير الى الحالات التي ينعقد فيها الاختصاص للقضاء الأردني بنظر الدعوى التي ترفع على الاجنبي وهي (2/27) و (3/27) و (1/28) و (2/28) و (3/28) من نفس القانون.

على ذلك بدعوى أن نص المادة (2/27) من هذا القانون لا يتفق مع اعتبار الدفع بعدم الاختصاص الدولي متعلقاً بالنظام العام، حيث تجيز هذه المادة للمحاكم الأردنية الفصل في الدعوى حتى لو لم تكن داخلة في اختصاصها إذا قبل الخصم (الأجنبي) ولايتها صراحة أو ضمناً، ومن المعلوم أن تطبيق النصوص المتعلقة بالنظام العام لا يتوقف على محض مشيئة الخصوم ولا يجوز لهم أن يتفقوا على مخالفتها.

وواقع الأمر أنه لا يوجد أي تعارض بين الاعتراف للمحاكم الوطنية بنظر الدعوى التي تقام على الأجنبي، وإن لم تكن داخلة في اختصاصها في حالة قبول الأجنبي صراحة أو ضمناً لولايتها، وبين اعتبار الاختصاص الدولي متعلقاً بالنظام العام، ولأنّ القضاء مظهر من مظاهر سيادة الدولة فإنه لا يجوز انتزاع اختصاص محاكمها الوطنية ليعهد به الى جهات أجنبية مالم تكن الدولة منقوصة السيادة، ويختلف الحال عندما تختص محاكم الدولة بنظر دعاوى لا تدخل في اختصاصها في حال قبول الأجنبي ذلك، فليس ثمة ما يمس سيادة الدولة، بل إن قبول الأجنبي وعدم اعتراضه على اختصاص المحاكم الوطنية لا بد أن يكون من باب الثقة في قضاء الدولة وينبغي أن يكون مرحباً به، لهذا لا يجوز الاتفاق على نزع اختصاص المحاكم الوطنية في نظر الدعوى التي تقام على الأجنبي في الحالات التي يعقد القانون الأردني فيها الاختصاص بنظر هذه الدعوى لهذه المحاكم، احتراماً لسيادة الدولة، أما في غير هذه الحالات فإن اختصاص المحاكم بنظر الدعوى التي تقام على الأجنبي إذا قبل، فمن شأنه ان يدعم هذه النظرة وبعبارة أوضح فإن المصادرة على حق المحاكم الوطنية في نظر الدعوى التي تقام على الأجنبي هو الذي يمس مبدأ السيادة واعتبارات النظام العام، أما منح المحاكم الوطنية اختصاصاً ليس لها فلا ينال من مبدأ السيادة، و إنما يعزز الثقة في قضاء الدولة الذي يمثله قبول الأجنبي لولاية القضاء الوطني.

6. احدث المشرع تعديلات في قائمة الدفع الواردة في المادة (16) من القانون الملغى بحذفه الدفع بكون القضية محكّمة، وبإضافة صورتين جديدتين هما الدفع بالقضية المقضية أو ما يعرف في قفه المرافعات والأصول المدنية " بالدفع

- بحجية الأمر المقضي"، والدفع ببطلان أوراق تبليغ الدعوى.
7. أجاز المشرع استئناف الأحكام التي تصدر في جميع أنواع الدفوع الواردة في المادة (10) من قانون أصول المحاكمات المدنية الجديد¹، ولم تعد إمكانية الطعن قاصرة على الدفع بمرور الزمن كما كان عليه الحال في القانون الملغى ودون تفرقه بين الأحكام الصادرة بقبول هذه الدفوع أو برفضها.
8. تطرق المشرع في هذا القانون ولأول مرة الى أثر الغاء المحكمة الاستئنافية للقرارات الصادرة في الدفوع عن محاكم الدرجة الأولى، موضحاً بأن الأحكام الصادرة عن محاكم أول درجة برد الدعوى لعدم الاختصاص أو لكون القضية مقضية أو لمرور الزمن أو لعدم الخصومة أو لأي سبب شكلي إذا ماتم الغاؤها في المرحلة الاستئنافية، فإن على محكمة الاستئناف أن تعيد الدعوى الى محكمة أول درجة للنظر في الموضوع بما يعنيه ذلك من أن الأحكام الصادرة من محاكم أول درجة في هذه المسائل - تحديداً -، لا تستنفذ سلطاتها في نظر الموضوع، مما يوجب على محكمة الاستئناف إعادة الدعوى لهذه المحاكم لتقول كلمتها في الموضوع، فإن لم تفعل وتصدت لموضوع النزاع، تكون قد فوتت على الخصوم إحدى درجتي التقاضي وأخلت بمبدأ التقاضي على درجتين².
9. أشار المشرع في المادة (170) من هذا القانون الى عدم جواز الطعن في الأحكام التي تصدر أثناء سير الدعوى، ولا تنتهي بها الخصومة الا بعد صدور الحكم المنهي للخصومة كلها فيما عدا الأحكام المستعجلة والأحكام الصادرة بوقف الدعوى، وبذلك فقد قرر المشرع أن الأحكام الفرعية غير المنهية للخصومة لا تقبل الطعن المباشر كقاعدة، ويستثنى منها الأحكام المستعجلة

(1) راجع نص المادة (5/188) من قانون اصول المحاكمات المدنية الصادر عام 1988.

(2) راجع نص المادة (5/188) من القانون الجديد.

والأحكام الصادرة بوقف الدعوى، فهذه وتلك تقبلان الطعن على استقلال.

المبحث الثالث

ملاحظات حول القانون الجديد

بالرغم من الانتقالة النوعية التي أحدثتها المشرع في هذا القانون، إلا أن ذلك لم يكن كافياً لتجنب الملاحظات التالية:

أولاً: اشارت الفقرة الاولى من المادة (109) الى ضرورة أن يبادر الخصوم بتقديم طلباتهم ودفعهم دفعة واحدة، وقد اقحم تقديم الطلبات في هذه الفقرة بلا داع لأن سياق المادة مخصص للأحكام المتعلقة بالدفع¹.

ولم تميز هذه الفقرة بين الدفع المتعلقة بالنظام العام التي تجوز اثارها في أية حالة تكون عليها الدعوى، والدفع غير المتعلقة بالنظام العام التي ينبغي إبدائها قبل الخوض في الموضوع، كما لم تميز بين طائفة الدفع الإجرائية التي يخضع تقديمها لترتيب معين والدفع الموضوعية وبعدم القبول التي لا تخضع لمثل هذا الترتيب.

ثانياً: ورد في الفقرة الثانية من نفس المادة أنه يجوز للخصوم استثناء من أحكام الفقرة السابقة أن يطلبوا قبل التعرض لموضوع الدعوى الحكم بالدفع التالية:

أ) عدم الاختصاص المكاني.

ب) بطلان أوراق تبليغ الدعوى.

ج) كون القضية مقضية.

د) مرور الزمن.

ويلاحظ على هذه الفقرة مايلي:

1. ماورد فيها ليس استثناء من الفقرة الأولى، فبينما كان موضوع الفقرة الأولى متعلقاً بضرورة إبداء جميع الطلبات والدفع معاً، جاءت الفقرة الثانية لتجيز للخصوم طلب الحكم في الدفع المشار إليها قبل التعرض للموضوع.

(1) خصص المشرع الفصل الأول من الباب الخامس للدفع فيما خصص الفصل الثاني من هذا الباب للطلبات، ناهيك عن ان النظام القانوني للطلب القضائي مختلف عن النظام القانوني للدفع، الامر الذي اقتضى ان يتم الفصل بينهما.

وقد تناول المشرع في الفقرة الأولى كيفية تقديم الدفع وهي مسألة مختلفة تماماً عن الحكم فيها: فالأولى تجيب على السؤال التالي:

كيف ينبغي أن تقدم الدفع، مجتمعة أم بالتتابع؟ أما الثانية فتجيب على سؤال آخر مختلف، وهو: متى ينبغي أن يحكم في هذه الدفع، على استقلال (مباشرة) أم مع موضوع الدعوى؟

ولكي تكون الفقرة الثانية من المادة (109) استثناء من حكم الفقرة الأولى كان ينبغي أن تتضمن عبارة إضافية يشار فيها الى وجوب الحكم فيهما (أي في الطلبات والدفع) معاً ولا تغني عبارة "وجوب تقديمها دفعة واحدة" عن ذلك.

2. لم يخرج المشرع في صياغة هذه الفقرة عمّا ألفه في صياغة المادة (16) من القانون الملغى، مستهلاً عبارته بكلمة "يجوز" وهو ما يفيد بأن الأصل هو أن تفصل المحكمة بالدفع على اختلاف أنواعها مع موضوع الدعوى مالم يطلب الخصم الحكم في الدفع المشار إليها أولاً، بيد أن الحكمة من استثناء الدفع الواردة في هذه الفقرة من الأصل العام ليست واضحة، وإذا قيل بأن الحكم فيها قد يغني عن الحكم في الموضوع، فذلك ليس وقفاً على هذه الدفع، و يشاركها من هذه الناحية دفع أخرى كالدفع بعدم الاختصاص المتعلقة بالوظيفة وبنوع الدعوى وقيمتها، وكذلك الدفع بالتحكيم.

3. العودة لاستحضار منطوق المادة (16) من القانون الملغى مع إجراء بعض التعديلات عليها لا يستقيم مع توجهات المشرع التي تبناها في القانون الجديد، وإذا كان ثمة ما يشفع للمشرع في ظل القانون السابق بسبب عدم احاطته بنظرية الدفع فقد تبدل الحال في ظل قانون جديد، اقتبس معظم أحكامه من قوانين حديثة ترسخت لديها هذه النظرية مما يجعل حكم الفقرة الثانية من المادة (109) مناقضاً تماماً لمجمل الأحكام المستحدثة المؤسسة على نظرية الدفع ونظامها القانوني.

4. وقد تضمنت الفقرة الثانية مجموعة من الدفع لا تنتمي الى طائفة واحدة واخضعت معاً لحكم واحد، فالدفع بعدم الاختصاص المكاني وكذلك الدفع ببطلان أوراق تبليغ الدعوى كلاهما من الدفع الإجرائية غير المتعلقة بالنظام العام، أما الدفع بكون القضية مقضية فهو من صور الدفع بعدم القبول ومتعلق بالنظام العام بصراحة النص، ويبقى أخيراً الدفع بمرور الزمن (التقادم) الذي

يتردد الفقه بين من يعتبره من الدفع الموضوعية ومن يعتبره من صور الدفع بعدم القبول المتعلقة بحقوق الخصوم¹.

واخضاع جميع هذه الدفع لحكم واحد مع اختلاف طبيعة الطائفة التي ينتمي اليها كل منها فيه مصادرة على النظرية العامة للدفع، وعودة غير موفقة الى الحالة التي كانت عليها في ظل القانون السابق، فهذه الدفع على اختلاف أنواعها مشمولة بالحكم الوارد في الفقرة الأولى الذي يوجب إثارتها دفعة واحدة مع لائحة الدعوى، مع أن من بينها مايجوز تقديمه في أية حالة تكون عليها الدعوى كالدفع بالقضية المقضية المشار اليه في المادة (112) من نفس القانون، والدفع بمرور الزمن، فسواء اعتبر دفعةً موضوعياً ام دفعةً بعدم القبول، جاز وفقاً لأي من هذين التكييفين إثارته في أية حالة تكون عليها الدعوى، وتتوافق هذه النتيجة مع قواعد القانون المدني التي تجيز إثارة الدفع بمرور الزمن في أية حالة تكون عليها الدعوى مالم يتم التنازل عنه صراحة أو دلالة².

ولهذا فقد وقع المشرع في تناقض بين نص المادة (1/109) التي تلزم بإيداع الدفع الواردة في المادة (2/109) دفعة واحدة مع لائحة الدعوى، ونص المادة (112) التي تجيز للمحكمة الفصل في الدفع بعدم جواز نظر الدعوى لسبق الفصل فيها (الدفع بالقضية المقضية) من تلقاء نفسها، وهو مايفيد تعلق هذا الدفع بالنظام العام ومن ثم جواز إثارته في أية حالة تكون عليها الدعوى، وليس بالضرورة مع سائر الدفع الإجرائية الأخرى غير المتعلقة بالنظام العام التي يتحتم إثارتها ابتداءً وقبل الخوض في الموضوع تحت طائلة السقوط كالدفع بعدم الاختصاص المكاني والدفع ببطلان أوراق تبليغ الدعوى³، كما وقع في تناقض آخر مع نصوص القانون المدني، وتحديداً مع نص المادة (2/464) من هذا القانون.

ثالثاً: جاء في الفقرة الثالثة من المادة (109) أن الحكم في هذه الدفع يكون مستقلاً عن الموضوع مالم تقرر المحكمة ضمها الى الموضوع وعندئذ يفصل فيهما بحكم واحد. وبموجب هذه الفقرة أنيط بالمحكمة سلطة تقدير مدى ملاءمة الحكم في هذه الدفع مباشرة وعلى استقلال أو

(1) راجع ما سبقت الإشارة اليه بهذا الصدد.

(2) راجع المادة (2/464) من القانون المدني الأردني رقم (43) لعام 1976.

(3) المادة (1/110) من قانون اصول المحاكمات المدنية الجديد.

ضمها للموضوع على أن يفصل فيهما بحكم واحد، دون إلزام المحكمة بأن تبين في حكمها ما قضت به في كل منهما¹.

رابعاً: جاء في الفقرة الأولى من المادة (110) بأن الدفع بالبطلان غير المتصل بالنظام العام وسائر الدفع المتعلقة بالإجراءات غير المتصلة بالنظام العام، والدفع بعدم الاختصاص المكاني يجب إبدائها معاً قبل إبداء أي دفع إجرائي آخر، أو طلب دفاع في الدعوى وإلا سقط الحق فيها. وتفتقد هذه الفقرة للدقة في الصياغة بدلالة مايلي:

1. اشارت الى سائر الدفع المتعلقة بالإجراءات غير المتصلة بالنظام العام، واتبعنها بالدفع بعدم الاختصاص المكاني وكأنه دفع آخر لا ينتمي الى هذه الدفع مع أنه لا يخرج عن كونه دفعاً إجرائياً غير متعلق بالنظام العام ومشمولاً بحكم العبارة التي سبقت الإشارة إليها.

2. قضت بضرورة إبداء هذه الدفع غير المتعلقة بالنظام العام معاً، وقبل إبداء " أي دفع إجرائي آخر أو طلب دفاع في الدعوى "، والأدق أن يقال " قبل إبداء أي طلب أو دفاع في الدعوى أو دفع بعدم القبول ". تأسيا بالنص المصري الذي اقتبس من هذه العبارة بتصريف غير محكم حيث اقحمت عبارة " اي دفع إجرائي آخر " بلا معنى، فلا وجود لأي دفع إجرائي آخر مالم يكن المقصود الدفع الإجرائية المتعلقة بالنظام العام والتي تجوز إثارتها في أية حالة تكون عليها الدعوى، وسبق إثارتها لا يسقط الدفع الإجرائية الأخرى، وقد تكفلت بأحكامها مادة أخرى مستقلة².

3. الزم المشرع الخصم في هذه الفقرة بإبداء دفعه الإجرائية غير المتعلقة بالنظام العام قبل أي " طلب دفاع في الدعوى "، وهو اقتباس مشوه عن النص المصري والأصح أن يقال: " قبل أي طلب أو دفاع في الدعوى "، حيث يسقط الدفع الإجرائي غير المتعلق بالنظام العام اذا سبقه إثارة أي

(1) انظر نص المادة (108/مرافعات مصري) وهو النص الذي اقتبس عن المشرع الاردني هذه الفقرة، ويختلف عن النص الأردني في انه يلزم المحكمة بأن تبين في حكمها ما قضت به في كل منهما.

(2) وهي المادة (112) اصول محاكمات مدنية اردني.

طلب من الخصم والطلب غير الدفع¹، أو إثارة أي دفاع موضوعي في الدعوى، ولا محل لما سمي " بطلب دفاع " في هذا السياق. وواقع الأمر أن الخصم - المدعى عليه - قد لا يكتفي للرد على دعوى خصمه بمجرد الدفع وهي وسيلة دفاعية محضه تستهدف إفشال طلبات المدعي كلها أو بعضها فحسب، وقد يفضل مباغتته بهجوم مضاد يتمثل في أحد الطلبات العارضة - الدعاوى المقابلة - التي يجوز له تقديمها²، فإذا فعل سقط حقه في إبداء اية دفعات إجرائية غير متصلة بالنظام العام، فالطلبات العارضة³ من أوجه الدفاع الموضوعية التي يؤدي سبق إبدائها الى سقوط الحق في التمسك بالدفعات الإجرائية غير المتعلقة بالنظام العام.

4. أغفلت هذه الفقرة الدفع بعدم القبول مع أن إثارتها أولاً تفضي الى سقوط الحق في التمسك بالدفعات الإجرائية غير المتعلقة بالنظام العام، ونظراً لأن المشرع قد اقتبس هذه الفقرة من قانون المرافعات المصري⁴، فإن استبعاده في هذا السياق لهذه الطائفة من الدفع لا بد أن يعكس موقفاً له تجاهها يتراوح ما بين عدم الاعتراف بها كدفع متميزة لها نظامها القانوني، أو أنه يدخلها في عداد الدفع الموضوعية تأسيساً على شرط المصلحة⁵ ووفقاً لوجهة النظر التي تراها كذلك أو أنه اكتفى بالإشارة الضمنية اليها بحيث تشملها عبارة "أي دفع إجرائي آخر" الواردة في هذه الفقرة تمشياً مع الاتجاه الذي لا يخرج الدفع بعدم القبول من قائمة الدفعات الإجرائية، ونحن نرجح ان المشرع الأردني ما زال بعيداً عن فكرة هذا الدفع، فآثر أن لا يخوض فيه تاركاً أمره لحكم القواعد العامة.

5. تضمنت هذه الفقرة عبارة " بأن عدم إبداء الدفعات الإجرائية غير المتعلقة بالنظام العام معاً وفي الترتيب المحدد لها يسقط الحق فيها "،

(1) راجع ما سبقنا الإشارة اليه، بهذا الصدد .

(2) راجع المادة (116) من قانون اصول المحاكمات المدنية الأردني.

(3) الطلبات العارضة التي يتم تقديمها خلال الخصومة من المدعي (الطلبات الاضافية) او المدعى عليه (الدعاوى المتقابلة) تقابل الطلبات الاصلية التي بها تفتح للخصومة ويحدد بها كقاعدة نطاقها.

(4) راجع المادة (108) من قانون المرافعات المدنية والتجارية المصري.

(5) راجع المادة المادة الثالثة من هذا القانون التي تنص على عدم قبول اي طلب او دفع لا يكون لصاحبه فيه مصلحة قائمة يقرها القانون.

والأدق أن يقال: - كما جاء في النص المصري - "وإلا سقط الحق فيما لم يبد منها"، لأن السقوط يقتصر على ما لم يبد منها أصلاً، أو لم يبد في الترتيب المحدد له ولا يحيط بها جميعاً.

خامساً: لم يبين المشرع ما الذي يتعين على المحكمة أن تقرره اذا قضت بعدم اختصاصها وفقاً لنص المادتين (109/2/أ) و (111) أصول مدنية، وقد جرى العمل على أن تكتفي المحكمة بهذا القضاء محيلة الامر للخصوم الذين كان عليهم أن ييتموا شرط المحكمة المختصة لإقامة الدعوى أمامها من جديد، بما في ذلك من إطالة أمد الخصومة وتكبيد الفرقاء المزيد من الجهد والنفقات، فيما جرى التشريع المقارن على إلزام المحكمة بأن تتبع قرارها بعدم الاختصاص إحالة الدعوى الى المحكمة المختصة لتباشر الدعوى من النقطة التي توقفت عندها مع إلزام المحكمة المحال اليها الدعوى بنظرها¹.

سادساً: وبالنسبة لمدى قابلية الأحكام الصادرة في الدفوع للطعن فيها على استقلال (الطعن المباشر)، فقد استنّ المشرع الأردني قاعدة اقتبسها عن المشرع المصري مقررراً فيها عدم جواز الطعن في الأحكام التي تصدر أثناء سير الدعوى، ولا تنتهي بها الخصومة إلا بعد صدور الحكم المنهي للخصومة، باستثناء الأحكام المستعجلة والأحكام الصادرة بوقف الدعوى².

ويلاحظ على موقف المشرع الأردني أنه قد ضيق من دائرة الأحكام الصادرة في الدفوع التي تقبل الطعن المباشر مقررراً عدم جواز الطعن فيها على استقلال ما لم تكن منهيبة للخصومة برمتها، كالحكم الصادر بعدم جواز نظر الدعوى لسبق الفصل فيها أو لسقوطها بالتقادم مع أن توسيع دائرة هذه الأحكام قد يغني في كثير من الحالات عن السير في خصومة لا جدوى من استمرارها.

سابعاً: جاء الحكم المتعلق بعدم جواز نظر الدعوى لسبق الفصل فيها وفقاً لنص المادة (112) متعارضاً مع نص المادة (1/109) من نفس القانون، حيث يفيد الأول تعلق هذا الدفع بالنظام العام بدلالة السماح

(1) راجع المادة (110/ مرافعات مصري).

(2) راجع نص المادة (170) من قانون أصول المحاكمات المدنية الأردني المقتبس عن المادة (212) من قانون المرافعات المدنية والتجارية المصري رقم 13 لعام 1968، وقد عاد المشرع المصري ليضيف الى هذه الحالات الاحكام القابلة للتنفيذ الجبري، والاحكام الصادرة بعدم الاختصاص والاحالة الى المحكمة المختصة، راجع المادة (212) من قانون المرافعات المصري المعدلة بموجب القانون رقم 23 لعام 1992.

للمحكمة بإثارتها من تلقاء نفسها، وهو مايجيز للخصم التراخي في تقديمه في أية حالة تكون عليها الدعوى وليس بالضرورة في مستهل الخصومة عملاً بأحكام المادة (1/109) سالفه الذكر.

كما جاء متعارضاً مع نص المادة (2/41) من قانون البينات¹ الذي لا يجيز للمحکم أن تأخذ بالقرينة القانونية - المرتبطة بالأحكام التي حازت الدرجة القطعية والتي تعتبر حجة بما فصلت فيه - من تلقاء نفسها.

وبالنسبة للتناقض القائم بين قانون أصول المحاكمات المدنية وقانون البينات بخصوص الدفع بحجية الأمر المقضي والذي لم يشفع لإزالته قاعدة (الخاص يقيد العام) نظراً لأن كلا منهما يعد قانوناً خاصاً ويتم إعمالهما في نفس السياق باعتبارهما من القوانين المنظمة للخصومة المدنية، فقد اجتهدت محكمة التمييز الأردنية لتسوية هذا التناقض حيث جاء في أحد قراراتها " أن القواعد المتعلقة بالاحتجاج بالقضية المقضية هي من قواعد الاصول والإجراءات وأن هذه القواعد والأحكام هي أحكام أصولية خاصة ومن مرتبة تشريعية واحدة سواء وردت في قانون البينات او في قانون اصول المحاكمات المدنية، يعدل فيها حكم النص اللاحق حكم النص السابق و عليه يطبق نص المادة (112/ أصول مدنية) الذي يعتبر الدفع بالقضية المقضية من حق المحكمة، تقضي به من تلقاء نفسها لأنه نص لاحق على نص المادة (41/بينات) بصرف النظر عن أي اجتهاد سابق"² وقد تم حسم الأمر تشريعياً عن طريق تعديل قانون البينات نفسه وتضمينه مايفيد اعتبار الدفع بالقضية المقضية متعلقاً بالنظام العام ويجيز للمحكمة أن تأخذ بهذه القرينة من تلقاء نفسها³، تمشياً مع قواعد الأصول المدنية.

أما التناقض الآخر بين نصي المادتين (1/109) و (112) فبقي قائماً في ظل قانون 1988، حتى بعد تعديله كما سنرى. **ثامناً:** لم يتعرض المشرع لأحكام الدفع بعدم القبول في كل ما تناوله من أحكام خاصة بالدفع، كما لم يؤثره بأي حكم خاص ميقياً على التقسيم الثنائي التقليدي للدفع الذي لا يخرجها عن

(1) قانون البينات الأردني رقم (30) لعام 1952 المنشور في الجريدة الرسمية على الصفحة (200) من عددها رقم 1108 الصادر بتاريخ 1952/5/17.

(2) قرار تمييزي صادر عن الهيئة العامة رقم 93/1630 هـ ع، ص 835 لعام 1994، منشور في مجموعة الاحكام الصادرة عن محكمة التمييز، الجزء 8، القسم 2، ص 1334.

(3) راجع المادة (2/41) من قانون البينات المعدلة بالقانون رقم 16 لعام 2005.

طائفتين هما الدفع الموضوعية والدفع الشكلية أو الإجرائية، وفقاً للتسمية الجديدة التي جاءت بها المادة (110) من قانون أصول المحاكمات المدنية.

إلا أن هذا الموقف التشريعي المتجاهل لطبيعة الدفع بعدم القبول لم يمنع القضاء الأردني من التعرض لهذا الدفع وتطبيق أحكامه تأسياً باجتهادات القضاء المصري، ودون أن يركز في ذلك الى سند تشريعي¹.

تاسعاً: وبالنسبة لمدى استنفاد الأحكام الصادرة في الدفع لولاية محكمة الموضوع، فقد رأينا ان المشرع قد استحدث نصاً جديداً² حدد بموجبه الأحكام التي لا تستنفد ولاية محاكم الدرجة الأولى والتي يتعين على المحكمة الاستئنافية في حالة الغائها إعادة الدعوى إليها لتقول كلمتها في الموضوع، ومن الملاحظ على هذا النص انه لم يقصر عدم استنفاد ولاية نظر الموضوع على الاحكام الصادرة في الدفع الشكلية بل وأضاف إليها أحكاماً صادرة في دفعات أخرى بعضها ينتمي الى طائفة الدفع بعدم القبول كالدفع بالقضية المقضية، والدفع بعدم الخصومة (بانعدام الصفة)، وبعضها الآخر يتردد الفقه بين من يعتبره من الدفع بعدم القبول، وبين من يعتبره من الدفع الموضوعية كالدفع بمرور الزمن، فاذا كان دعواً موضوعياً فقد استنفد الحكم الصادر فيه ولاية محكمة أول درجة ويخرج عن حكم هذا النص ولا تثريب على المحكمة اذا فصلت فيه بعد فسحها الحكم الابتدائي القاضي برد الدعوى، أما اذا كان دعواً بعدم القبول فإنه يقترب بهذا التكييف من طائفة الدفع الشكلية ويخضع لأحكامها فيما يتعلق باستنفاد الولاية، وتكييف المشرع الأردني في القانون المدني للتقادم (مرور الزمن)³ بحسبانه لا يسقط الحق وإنما يمنع من سماع الدعوى به، يلائم تكييف عدم القبول وينصرف الى حق الدعوى بعيداً عن موضوع النزاع.

كما يلاحظ ان المشرع قد استهل هذه المادة بعبارة فسخ الحكم المستأنف القاضي برد الدعوى لعدم الاختصاص - وهو دفع شكلي - ثم أتبعه أسباباً أخرى تتعلق بكون القضية

(1) محيسن، طبيعة الدفع بالتحكيم، سبقت الإشارة اليه، ص 143 وما بعدها.

(2) راجع نص المادة (5/188) من قانون اصول المحاكمات المدنية الجديد.

(3) المادة 499 من القانون المدني الأردني رقم (43) لعام 1976 المنشور في الجريدة الرسمية في عددها رقم (4106) الصادر بتاريخ 1976/3/16.

مقضية أو لمرور الزمن أو لعدم الخصومة - وهذه دفوع لا تمت للدفع الشكالية بصلة، ثم عاد ليضيف الى ما تقدم " أي سبب شكلي "، وفي ذلك نوع من عدم الدقة في الصياغة، فضلاً عن الخلط بين طوائف الدفوع دون ضابط، وقد يفهم من نص المادة (5/188) بأن الحكم الصادر ببرد الدعوى لأي سبب سواء أكان شكلياً وبالأخص عدم الاختصاص - أم موضوعياً (أم بعدم القبول)، لا يستنفذ ولاية محكمة الموضوع وهو أمر مغاير لوجه نظر التشريع المقارن كما أسلفنا، لا سيما وأن التشريع الأردني لم يألّف الدفع بعدم القبول وكذلك الفقه الأردني¹ الذي يلحق أبرز صور الدفوع بعدم القبول، كالدفع بحجية الأمر المقضي والدفع بمرور الزمن بسائر الدفوع الموضوعية.

(1) القضاة (مفلح)، اصول المحاكمات المدنية، ص 276، ص 284، الشوشاري (صلاح الدين)، الوافي في شرح قانون اصول المحاكمات المدنية ط (1) دار المناهج، 2002، ص 210، المصري (محمود وليد هاشم)، شرح قانون اصول المحاكمات المدنية، ط (1)، دار قنديل للنشر 2002، ص 246.

الفصل الثالث

الموقف التشريعي من نظرية الدفع في ظل القانون

رقم (24) لعام 1988 بصيغته المعدلة

أصدر المشرع الإجراءي قانونين معدلين للقانون رقم (24) لعام 1988، هما:

أ) القانون رقم (14) لعام 2001.

ب) القانون رقم (16) لعام 2006.

وقد تم بموجب هذين القانونين تعديل بعض الأحكام المتعلقة بالدفع، والتي سنستعرضها في المباحث التالية:

المبحث الأول : الجديد في قانون رقم (14) لعام 2001.

المبحث الثاني : الجديد في قانون رقم (16) لعام 2006.

المبحث الثالث: تقدير موقف قانون أصول المحاكمات المدنية الأردني بصيغته المعدلة.

المبحث الرابع : خلاصة موقف المشرع الأردني من نظرية الدفع.

المبحث الأول

الجديد في القانون المعدل رقم (14) لسنة 2001¹

أجرى المشرع الأردني في هذا القانون العديد من التعديلات، وقد شملت المواد التالية:

أولاً: تم دمج الفقرتين (1 و2) من المادة (109) من القانون المعدل، وأعيدت صياغتها لتصبح كما يلي:

(1) تم نشر هذا القانون على الصفحة 735 من العدد 3545 من الجريدة الرسمية الصادر بتاريخ 2001/3/18.

1. للخصم قبل التعرض لموضوع الدعوى أن يطلب من المحكمة إصدار الحكم بالدفع التالية بشرط تقديمها دفعة واحدة، وفي طلب مستقل:
- (أ) الدفع بعدم الاختصاص المكاني.
- (ب) وجود شرط تحكيم.
- (ج) كون القضية مقضية.
- (د) مرور الزمن.
- (هـ) بطلان أوراق تبليغ الدعوى.

والجديد في هذه الفقرة هو اضافة الدفع بوجود شرط تحكيم الى قائمة الدفع التي يحق للخصم مطالبة المحكمة بإصدار الحكم فيها قبل التعرض لموضوع الدعوى.

ثانياً: استيعاب عن الفقرة الثالثة من المادة (109) بالفقرة الثانية التالية

2. على المحكمة أن تفصل في الطلب المقدم اليها بموجب أحكام الفقرة (1) من هذه المادة، ويكون حكمها الصادر في هذا الطلب قابلاً للاستئناف، والجديد في هذه الفقرة مايلي:

(أ) إلزام المحكمة بالحكم على استقلال في الدفع المشار اليها في الفقرة الأولى، وعدم ترك الخيار لها بين أن تحكم فيها أو تقرر ضمها للموضوع كما كان عليه الحال بموجب الفقرة الثالثة من المادة (109) من القانون المعدل.

(ب) الإشارة صراحة الى قابلية الحكم الصادر في هذه الدفع للطعن بطريق الاستئناف.

ثالثاً: عاد المشرع لترديد الفقرة الأولى من المادة (110) بنفس الصياغة السابقة التي كانت عليها في القانون الملغى، مع إضافة عبارة "أو بوجود شرط التحكيم" بعد عبارة " والدفع بعدم الاختصاص المكاني"، كما أبقى على الفقرة الثانية من نفس المادة بحذافيرها.

رابعاً: تم دمج المادتين (111) و(112) من القانون السابق، وأعيدت صياغتهما على النحو التالي:

1. الدفع بعدم اختصاص المحكمة لانتفاء ولايتها أو بسبب نوع الدعوى أو قيمتها أو بعدم جواز نظرها لسبق الفصل فيها، أو بأي دفع آخر متصل بالنظام العام يجوز إثارته في

أي حالة تكون عليها الدعوى وتقضي به المحكمة من تلقاء ذاتها.

وما جاء في هذه الفقرة ترديد لنص المادة (111) من القانون السابق مع إضافة عبارة " أو بعدم جواز نظرها لسبق الفصل فيها " والتي استعيض بها عن نص المادة (112) من القانون السابق، وكذلك عبارة " أو بأي دفع آخر متصل بالنظام العام".

2. إذا اثير دفع متصل بالنظام العام أو بأي دفع شكلي آخر يترتب على ثبوته إصدار الحكم برد الدعوى يجب على المحكمة أن تفصل فيه فوراً من تلقاء نفسها، أو بناء على طلب أحد الخصوم، ويكون القرار الصادر برد هذا الدفع قابلاً للاستئناف مع موضوع الدعوى.

وهذه الفقرة مستحدثة حيث تلزم المحكمة بالفصل فوراً - من تلقاء نفسها أو بناء على طلب أحد الخصوم - في اي دفع متصل بالنظام العام أو أي دفع شكلي آخر يترتب على ثبوته إصدار الحكم برد الدعوى، على أن يكون قرارها الصادر برد هذا الدفع قابلاً للاستئناف مع موضوع الدعوى.

خامساً: استعيض عن نص المادة (112) من القانون السابق بالنص التالي " إذا قضت المحكمة بعدم اختصاصها وجب عليها إحالة الدعوى بحالتها الى المحكمة المختصة".

وهذه أيضاً مادة جديدة مستحدثة فقد أصبح من المتعين على المحكمة بموجبها عدم الاكتفاء بمجرد الحكم بعدم الاختصاص، إذا تحققت مسوغاته وإنما أن تستدرك ذلك بإحالة الدعوى الى المحكمة المختصة تأسياً بالتشريعات المقارنة¹.

سادساً: تم الغاء المادة (170) من القانون المعدل، واستعيض عنها بالنص التالي:

" لا يجوز الطعن في الأحكام التي تصدر أثناء سير الدعوى ولا تنتهي بها الخصومة إلا بعد صدور الحكم النهائي للخصومة كلها، ويستثنى من ذلك القرارات الصادرة في المسائل التالية:

1. الامور المستعجلة.

2. وقف الدعوى.

(1) المادة (110) مرافعات مصري.

3. الدفع بعدم الاختصاص.
4. الدفع بوجود شرط تحكيم.
5. الدفع بالقضية المقضية.
6. الدفع بمرور الزمن.
7. طلبات التدخل والإدخال.

وتفيد هذه المادة أن الأصل العام في الأحكام التي تصدر أثناء سير الدعوى ولا تنتهي بها الخصومة (الأحكام الفرعية) أنها لا تقبل الطعن المباشر وإنما مع الأحكام المنهية للخصومة كلها، باستثناء ما يتعلق بالحالات السابقة المشار إليها.

والجديد في هذه المادة هو توسيع دائرة الحالات المستثناة من حكم القاعدة العامة، بإضافة خمس حالات أخرى إلى الحالتين اللتين كانتا مقررتين في المادة الملغاة، فبعد أن كان الطعن المباشر مقتصرًا على حالتين الأمور المستعجلة ووقف الدعوى، أضيفت إليهما الحالات الخمس الأخرى، وما يعيننا من هذه الإضافة هو المتعلق منها بالدفع، وهي الحالات من الفقرة (3) إلى الفقرة (6) من المادة (170)، وثمة ملاحظتان على المادة (170) في ثوبها الجديدهما:

1. لم تميز الفقرة (3) بين الدفع بعدم الاختصاص وهو ما يفيد بأن الأحكام التي تصدر بعدم اختصاص المحكمة وفقاً لأي معيار تقبل الطعن المباشر.
2. الحالات المستثناة من حكم القاعدة العامة التي تقرها المادة (170) قد شملت جميع الدفع الواردة في المادة (109) من القانون الأساسي باستثناء الدفع ببطلان أوراق تبليغ الدعوى، وهو ما يفيد بأن الحكم الصادر بهذا الدفع لا يقبل الطعن المباشر بالرغم من أن ثبوته يفضي إلى الحكم ببرد الدعوى ومن ثم انتهاء الخصومة.

المبحث الثاني

الجديد في القانون المعدل رقم (16) لعام 2006¹:

لم تزد التعديلات التي أجراها المشرع في هذا القانون على احكام الدفع، على مادة واحدة هي المادة (170)، وقد تناول التعديل مايلى².

1. إضافة كلمة " المكاني " الى آخر الفقرة الثالثة من المادة (170) من القانون الأصلي وهي المتعلقة بالدفع بعدم الاختصاص لتصبح " الدفع بعدم الاختصاص المكاني " بدلاً من الدفع بعدم الاختصاص.
2. إضافة الفقرتين (8) و (9)، وهما:
 - أ. عدم قبول الدعوى المتقابلة.
 - ب. الدفع ببطلان أوراق تبليغ الدعوى.

ويتعلق هذا التعديل بالحالات المستثناة من القاعدة المتعلقة بالأحكام التي تقبل الطعن المباشر والجديد بموجب هذا التعديل الذي أجراه المشرع على القانون الاساسي مايلى:

1. كانت الفقرة (3) من المادة (170) تجيز الطعن المباشر في الأحكام الصادرة بعدم الاختصاص دون تحديد وكان معنى ذلك أنّ جميع الأحكام الصادرة بعدم الاختصاص تقبل الطعن المباشر، سواء تعلق الاختصاص بوظيفة المحكمة أم بنوع القضية أم قيمتها أم بالاختصاص المكاني للمحكمة فجاء هذا التعديل ليقصر هذا الحكم على الاختصاص المكاني فقط فاذا صدر حكم بعدم الاختصاص الوظيفي أو النوعي أو الولائي، لم يجز الطعن فيه على استقلال، وإنما مع الحكم الصادر في الموضوع.
2. كان القانون الأساسي يستثني حالة الدفع ببطلان أوراق تبليغ الدعوى من حكم المادة (170) بحيث لا يقبل الحكم الصادر فيها الطعن المباشر، وجاء هذا التعديل ليسوي بينها وبين الدفع الأخرى الواردة في المادة (109) من هذا القانون، وبذلك تصبح الأحكام الصادرة في سائر الدفع الواردة في هذه المادة مما يقبل الطعن المباشر استثناء من حكم القاعدة العامة التي تقصر الطعن

(1) تم نشر هذا القانون في الجريدة الرسمية في عددها رقم (4751) الصادر بتاريخ 2006/3/16، على الصفحة 752.

(2) اجري هذا التعديل بموجب المادة (11) من القانون المعدل رقم (16) لعام 2006.

المباشر على الأحكام التي تنتهي بها الخصومة، كما تقضي بذلك المادة (170) من القانون الأساسي.

المبحث الثالث

تقدير موقف القانون الأردني بصيغته المعدلة من نظرية الدفع

لم يتجاوز القانون الجديد النافذ حالياً القانون الأساسي رقم (24) لعام 1988م، ولم تفلح الصيغ المعدلة في تجاوز الهنات التي وقع فيها المشرع، حيث أبقى على معظم النصوص المتعلقة بالدفع، باستثناء بعض التعديلات الطفيفة. ولهذا فإن معظم الملاحظات التي أخذت على القانون السابق المعدل تنطبق على القانون الجديد المعدل. ومن أبرز ملاحظتنا على الصيغة المعدلة للقانون الأساسي مايلي:

1. لم يتخل المشرع عن وجهة نظره بخصوص الدفع التي يجوز للخصم التمسك بها، والطلب الى المحكمة إصدار الحكم فيها قبل التعرض للموضوع مع إضافة حالة جديدة تتعلق بالدفع بالتحكيم¹، دون تفرقة بين طوائف الدفع المختلفة والأنظمة القانونية المتباينة التي تحكمها، علماً بأن الدفع بالتحكيم هو على الأرجح من الدفع بعدم القبول²، وإن كان المشرع الأردني لم يخضعه لأحكام هذا الدفع ورتب على إثارته وقف إجراءات الدعوى³، كما اشترط إبداءه قبل الدخول في أساس الدعوى⁴ شأنه في ذلك شأن الدفع الإجرائية غير المتعلقة بالنظام العام.
2. ألزم المشرع المحكمة بالفصل في الطلب المقدم اليها بموجب أحكام الفقرة الأولى من المادة (109) على استقلال متخليا عن إعطاء المحكمة سلطة تقديرية بخصوص ضم الدفع الى الموضوع، وتجريد المحكمة من هذه السلطة قد يخل بحسن سير القضاء عندما يتراءى

(1) انظر المادة (1/109) من قانون الاصول المدنية الجديد.

(2) محيسن، طبيعة الدفع بالتحكيم في الخصومة المدنية، ص 139 وما بعدها.

(3) راجع المادة السادسة من قانون التحكيم، رقم 18 لسنة 1953.

(4) راجع المادة العاشرة من قانون التحكيم الأردني.

للمحكمة أولوية ضم الدفع للموضوع والقضاء فيهما معاً، وعلى الأخص في الحالات التي يقتضي فيها الفصل في الدفع التعرض للموضوع¹.

3. أشارت المادة (109) في فقرتها الأولى الى حق الخصم في أن يطلب من المحكمة قبل التعرض لموضوع الدعوى أن تصدر حكمها في قائمة الدفع المدرجة في نفس الفقرة دون تمييز بين الطوائف التي ينتمي اليها كل منها ودون اعتبار لعلاقة أي منها بالنظام العام من عدمه، فيما أوجبت الفقرة الثانية من المادة (111) على المحكمة أن تفصل فوراً - من تلقاء نفسها أو بناء على طلب الخصم - في أي دفع متصل بالنظام العام، أو أي دفع شكلي آخر يترتب على ثبوته إصدار الحكم برد الدعوى.

ويلاحظ أن نص المادة (2/111) يغني عن نص المادة (1/109)، نظراً لأن الحكم في الدفع المدرجة في المادة (1/109) في حال ثبوتها سيؤدي الى رد الدعوى فيتعين أن يفصل فيها فوراً، وبذلك تكون الحالات المشار اليها في المادة (1/109) مجرد أمثلة على الدفع الإجرائية التي يترتب على ثبوتها ردّ الدعوى وتعطي المحكمة الحق في أن تفصل فيها فوراً.

4. على أن هنالك اختلافاً يظل قائماً بين منطوق المادتين (109) و (2/111) يتمثل في الآتي:

أ) أن الأولى لم تعط الحق للمحكمة في أن تحكم من تلقاء نفسها فيما أوردته من دفع عندما يكون الدفع متعلقاً بالنظام العام كحالة الدفع بكون القضية مقضية، أو مايعرف بالدفع بعدم جواز نظر الدعوى

(1) ابو الوفاء، نظرية الدفع، البند 81 ص 74.

لسبق الفصل فيها، وقصرت حق المطالبة بالحكم في تلك الدفوع على الخصم فحسب.

(ب) اشارت المادة (2/109) الى قابلية الحكم الصادر في أحد من الدفوع الواردة في الفقرة الأولى للطعن بطريق الاستئناف دون أن تبين فيما اذا كان الطعن مباشراً أو مع الحكم الصادر في الموضوع، بخلاف نص المادة (2/111) الذي أوجب أن يكون الطعن في الحكم الصادر بردّ الدفع مع موضوع الدعوى، على أن المشرع عاد ليستدرك في المادة (170) هذه المسألة مقررراً قاعدة عدم جواز الطعن في الأحكام التي تصدر أثناء سير الدعوى ولا تنتهي بها الخصومة إلا بعد صدور الحكم المنهي للخصومة كلها ومستثنيا بعض القرارات من حكم هذه القاعدة، ومن بينها الأحكام الصادرة في الدفوع الواردة في المادة (109).

5. احتفظ المشرع في المادة (110) بنفس الصياغة القديمة، مكرساً المثالب التالية:

(أ) استهل عبارته بالدفع بالبطلان غير المتعلق بالنظام العام واتبعها بسائر الدفوع المتعلقة بالإجراءات غير المتصلة بالنظام العام ثم الدفع بعدم الاختصاص المكاني، والأولى أن يبدأ بالدفع بعدم الاختصاص المكاني لان إثارته ينبغي أن تسبق سائر الدفوع الإجرائية غير المتعلقة بالنظام العام، لأن المحكمة لا تملك ولاية النظر في سائر الدفوع الشكلية ما لم تكن مختصة بنظر النزاع¹.

(ب) من الواضح أن نص المادة مسخر للحديث عن الدفوع الإجرائية غير المتعلقة بالنظام العام، لذلك كان السياق يقتضي أن يشار الى الدفع بالبطلان دون إضافة عبارة "غير المتصل بالنظام العام، كما هو شأن الدفع بعدم الاختصاص المكاني".

(1) ابو الوفاء، الدفوع، بند 81 ص 175،

(ج) ورود عبارة "والدفع بعدم الاختصاص المكاني" بعد عبارة وسائر الدفع المتعلقة بالإجراءات غير المتصلة بالنظام العام، يوحي بأن الدفع بعدم الاختصاص المكاني لا ينتمي الى طائفة الدفع الإجرائية غير المتعلقة بالنظام العام كما سبقت الإشارة الى ذلك.

(د) أشير في هذه المادة الى وجوب إبداء تلك الدفع معاً وقبل إبداء أي دفع إجرائي آخر، أو طلب دفاع في الدعوى والأدق أن يقال: " قبل إبداء أي طلب أو دفاع في الدعوى " على اعتبار أن الدفع الإجرائي غير المتعلق بالنظام العام يسقط اذا سبقه أي تعرض للموضوع، سواء أكان على هيئة طلب أم دفاع موضوعي، ولا داعي لعبارة " أي دفع إجرائي آخر "، حيث لا يوجد اي دفع إجرائي آخر لا تحيط به عبارة " وسائر الدفع المتعلقة بالإجراءات غير المتصلة بالنظام العام القوي "، المشار اليها في صدر هذه المادة، فلا يبقى إلا طائفة الدفع المتعلقة بالنظام العام التي لا يخضع إبدؤها لترتيب محدد وتجاوز إثارته في أية حالة تكون عليها الدعوى.

(هـ) لم تحدد هذه المادة موقع الدفع بعدم القبول وأثر التمسك به ابتداء على الدفع الإجرائية غير المتعلقة بالنظام العام، كما لم يتعرض المشرع الأردني عموماً لهذا الدفع ولم يختصه بأحكام معينة، بعكس القانون المقارن الذي أفرد له حكماً خاصاً سمح بمقتضاه للخصوم بإثارته في أي حالة تكون عليها الدعوى¹، كما رتب على إثارته أولاً وقبل الدفع الإجرائية - غير المتعلقة بالنظام العام - سقوط الحق في التمسك بها².

6. الدفع بعدم جواز نظر الدعوى لسبق الفصل فيها تجوز إثارته في أية حالة تكون عليها الدعوى، عملاً بأحكام المادة (111) من هذا القانون وهو ما يتعارض مع نص المادة (109) الذي يلزم الخصم بطلب الحكم به قبل التعرض

(1) انظر المادة 115 من قانون المرافعات المصري.

(2) راجع المادة (108) من قانون المرافعات المدنية والتجارية المصري، رقم 23، لعام 1992.

للموضوع باعتباره أحد الدفع المشار إليها في الفقرة الأولى تحت مسمى آخر هو "الدفع بكون القضية مقضية".

7. احتفظ المشرع الأردني بوجهة نظره التي تبناها في ظل القانون الأساسي بخصوص سلطة المحكمة الاستئنافية في نظر موضوع النزاع في حال فسخها (الغائها) الحكم الصادر في الدفع مكرساً القاعدة التالية:

"فسخ الحكم المستأنف القاضي برد الدعوى لعدم الاختصاص أو لكون القضية مقضية، أو لمرور الزمن أو لعدم الخصومة، أو لأي سبب شكلي، يوجب على محكمة الاستئناف ان تقرر إعادة الدعوى الى محكمة الدرجة الأولى للنظر في الموضوع"، وقد احتفظ المشرع في القانون الحالي بذات الصياغة التي كانت عليها هذه المادة في القانون (المعدل)¹.

المبحث الرابع

خلاصة موقف المشرع الأردني من نظرية الدفع

تضمن القانون الجديد أربع مواد (109-112) وردت في الفصل الأول من الباب الخامس المكرس للدفع علاوة على مادتين وردتا في الفصلين الأول والثاني من الباب العاشر المخصص لطرق الطعن في الأحكام وهما المادتان (170 و5/188)، وقد جاءت معظم هذه المواد ترديدا لما تبناه المشرع في القانون المعدل الصادر عام 1988 مع إجراء بعض التعديلات الطفيفة واستحداث بعض الأحكام التي سبقت الإشارة إليها، وقد عالجت هذه المواد المسائل التالية :

1. كيفية تقديم الدفع والأوجه التي تقوم عليها.
2. مواعيد تقديم الدفع.
3. الحكم في الدفع.
4. مدى قابلية الحكم الصادر في الدفع للطعن المباشر.
5. سلطة محكمة الاستئناف في نظر موضوع الدعوى في حال فسخها الحكم الابتدائي الصادر عن محكمة أول درجة.

(1) راجع نص المادة 5/188 من قانون اصول المحاكمات المدنية في صيغته المعدلة بموجب القانون رقم 14 لسنة 2001.

6. ما يتعين على المحكمة القيام به اذا قضت بعدم الاختصاص وهو إحالة الدعوى بحالتها الى المحكمة المختصة.
7. حكم خاص بتصحيح البطلان المتعلق بتبليغ لائحة الدعوى، ومذكرات الدعوى الناشئة¹ عن عيب في التبليغ والذي يزول بحضور المطلوب بتبليغه في الجلسة المحددة أو بإيداع مذكرة بدفاعة.

-وستعرض هذه المسائل تباعاً :

1. كيفية تقديم الدفوع والأوجه التي تقوم عليها:

رأينا أن القانون المقارن يلزم الخصوم بتقديم دفوعهم الإجرائية جملة واحدة، وكذلك الأوجه التي تبني عليها هذه الدفوع تحت طائلة السقوط، باستثناء مايتعلق منها بالنظام العام، ولا يخضع الدفوع الموضوعية والدفوع بعدم القبول لهذه القاعدة، وقد أخذ القانون الأردني بهذا الحكم وفقاً لما جاء في المادة (110) أصول مدنية بفقرتها مع ملاحظة عدم دقة صياغة هذه المادة وخلوها من الإشارة الى الدفع بعدم القبول كما أسلفنا.

2. مواعيد تقديم الدفوع:

على الخصوم التمسك بدفوعهم الإجرائية قبل الخوض في موضوع النزاع، وقبل إثارة أي طلب أو دفاع موضوعي وقبل التمسك بأي دفع بعدم القبول، تحت طائلة السقوط. ويستثنى من لك الدفوع الإجرائية المتعلقة بالنظام العام التي يمكن التمسك بها في أي حالة تكون عليها الدعوى، وتملك المحكمة الحق في إثارتها من تلقاء نفسها، وكذلك الدفوع الإجرائية التي ينشأ الحق في الإدلاء بها بعد التكلم في الموضوع²، ولا تخضع الدفوع الموضوعية والدفوع بعدم القبول لحكم هذه القاعدة.

وقد حذا المشرع الأردني حذو التشريع المقارن فأوجب على الخصوم التمسك بالدفوع الإجرائية غير المتعلقة بالنظام العام أولاً، وإلا سقط الحق فيما لم يبد منها أو أبدي بعد الخوض في موضوع الدعوى أو بعد إبداء أي دفاع فيها، وقد سبق أن تحفظنا على الفقرة الأولى من المادة (110) اصول مدنية، نظراً لعدم دقة صياغتها وخلطها بين الطلب والدفاع

(1) هكذا وردت هذه الكلمة في سياق الفقرة الثانية من المادة (110) من قانون اصول المحاكمات المدنية والصحيح " الناشئ " وليس الناشئة حيث تعود الكلمة على البطلان وليس على مذكرات الدعوى، كما ان كلمة " الدعوى " قد وردت خطأ بالتاء المربوطة والصحيح ان تكتب بالالف المقصورة.

(2) ابو الوفا، نظرية الدفوع، بند 79 ص 173.

وإقحامها عبارة " أي دفع إجرائي آخر " في غير سياقها الصحيح، فنحيل الى ما سبقت الإشارة اليه بهذا الخصوص.

3. الحكم في الدفع:

الأصل أن يحكم في الدفع الإجرائية - غير متعلقة بالنظام العام على استقلال، مالم تأمر المحكمة بضمها للموضوع فتبين حكمها في كل منهما على حدة، أما الدفع الإجرائية المتعلقة بالنظام العام والتي تجوز إثارتها في أي حالة تكون عليها الدعوى، فمن المتصور أن يتم التراخي في تقديمها الى مابعد الخوض في الموضوع فلا يكون هناك من وجه للإلزام بالحكم فيها أولاً وعلى استقلال وقبل الخوض في الموضوع. والحكمة في التصدي للدفع الإجرائية أولاً هو أن الحكم فيها قد يغني المحكمة عن التعرض للموضوع¹، الأمر الذي ينطبق أيضاً على الدفع بعدم القبول وإن كانت الأخيرة تتحصن بقاعدة جواز إثارتها في أي حالة تكون عليها الدعوى، وقد ترك التشريع المقارن للمحكمة الخيار بين أن تفصل في هذه الدفع مباشرة أو أن تقرر ضمها الى الموضوع على أن تبين حكمها في كل منهما على حدة.

وتجب ملاحظة أن ضم الدفع الى الموضوع ليس حقاً لأي من الخصوم وإنما يدخل في دائرة السلطة التقديرية للمحكمة، كما أن الضم لا يعني وجوب الفصل في كل من الدفع والموضوع، فقد تأمر المحكمة بالضم ثم تصدر قراراً في الدفع وحده يغنيها عن الفصل في الموضوع، كما لو حكمت في الدفع بعدم اختصاص المحكمة². وقد حدد المشرع الأردني موقفه من هذه المسألة في الفقرة الثانية من المادة (111/ اصول مدنية)، والتي جاء فيها أن إثارة أي دفع متصل بالنظام العام أو أي دفع شكلي آخر يترتب على قبوله الحكم ببرد الدعوى يوجب على المحكمة أن تفصل فيه فوراً من تلقاء نفسها، أو بناء على طلب الخصوم.

ويفهم من هذا النص أن التمسك بأي دفع متعلق بالنظام العام وفي أي حالة تكون عليها الدعوى يلزم المحكمة بأن تفصل فيه فوراً ومستقلاً عن الموضوع، فإذا تم التمسك به في مرحلة متأخرة تعين على المحكمة أن توقف نظر الدعوى وتصدر حكمها في الدفع دون إبطاء. أما الدفع الإجرائية الأخرى غير المتعلقة بالنظام العام والتي يتعين إبدؤها قبل الخوض في

(1) ابو الوفا، نظرية الدفع، بند 81، ص 174،

(2) والي، الوسيط، بند 284، ص 491، سيف، المرجع السابق، بند 326، ص 383،

الموضوع فيلزم المحكمة بأن تفصل فيها فوراً وعلى استقلال، ولا يتصور بالطبع إثارة هذه الدفوع بعد الخوض في الموضوع حيث يسقط حق الخصم في إبدائها، والحكم في الدفوع الإجرائية لا يكون إلا بناء على طلب الخصم اذا لم تكن متعلقة بالنظام العام، فاذا كانت متعلقة بالنظام العام كان للمحكمة الحق في التصدي لها من تلقاء نفسها، وذلك عملاً بالقواعد العامة المستقرة بهذا الخصوص.

يبقى أن نشير بأن المشرع قد قيد سلطة المحكمة في الفصل المباشر في الدفوع الإجرائية، غير المتعلقة بالنظام العام بأن يترتب على ثبوتها الحكم برد الدعوى، وبذلك يكون التصدي لها فوراً مرهوناً بأن يترتب على قبولها والحكم بها لمصلحة الخصم المتمسك بها ردّ الدعوى، وارتفاع يد المحكمة عن النزاع، واشتراط ان تفضي في حال ثبوتها الى أن تنتزع من المحكمة ولاية النظر في الموضوع، هو الذي يبرر التصدي لها فوراً كي لا تضيع جهود المحكمة فيما لا طائل من ورائه.

وعلى هذا الأساس فإن وجوب الحكم في الدفوع فوراً وعلى استقلال بعيداً عن موضوع النزاع، يتحقق في حالتين: الأولى اذا تعلق الدفع بالنظام العام، والثانية اذا كان من شأن الدفع الإجرائي - أياً كان - أن يفضي في حال ثبوته الى الحكم بردّ الدعوى ورفع يد المحكمة عن موضوع النزاع.

ويلاحظ كما أسلفنا أن النظرية التي تبناها المشرع الأردني بخصوص مدى قابلية الدفوع للحكم فيها على استقلال، والتي أشار اليها في الفقرة الثانية من المادة (111/أصول مدنية) تغني عن المادة (109) التي استهل بها الحديث عن الدفوع، هذه النظرية تعطي الخصم وقبل التعرض للموضوع الحق في أن يطلب من المحكمة إصدار الحكم في بعض الدفوع شريطة تقديمها دفعة واحدة، وقد رأينا بأن الدفوع المشار اليها في هذه المادة تؤدي في حال قبولها الى ردّ الدعوى وتعتبر من قبيل الأمثلة على الدفوع التي يترتب على ثبوتها خروج النزاع من ولاية المحكمة، وفي ذلك ما يكفي لإعمال حكم المادة (2/111) القاضي بإلزام المحكمة بالفصل فيها فوراً وعلى استقلال، ومن جهة أخرى فإن المادة (109) لم تفرق بين دفوع متعلقة بالنظام العام يمكن اثارها في أي حالة تكون عليها الدعوى كالدفع بكون القضية مقضية، وبين دفوع أخرى ينبغي التمسك بها قبل التعرض للموضوع، وعلى هذا الأساس فإن اشتراط التمسك بطلب الحكم في الدفوع الواردة في (109) لا يستقيم مع سائر الدفوع المشار اليها في هذه المادة، وقد تجنبت المادة (2/111) أصول مدنية هذا التناقض بعدم اشتراطها بشكل مطلق التمسك بالدفوع التي يترتب على قبولها ردّ الدعوى، قبل الخوض في الموضوع

محيلة الأمر الى حكم القواعد العامة في الأصول المدنية التي تميّز في هذا المقام بين دفع متعلقة بالنظام العام تجوز إثارتها في أي حالة تكون عليها الدعوى، وبين دفع إجرائية غير متعلقة بالنظام العام يتعين التطرق إليها قبل الخوض في الموضوع تحت طائلة السقوط.

نخلص من ذلك إلى أن إيراد المادة (109) بفقرتها الأولى والثانية كان من قبيل التزيّد ولا مبرر لوجودها، وترديدها في القانون الحالي جاء في سياق تأثر المشرع الأردني بأدبيات قانون أصول المحاكمات الحوقية الأسبق الملغى.

وإذا كان التشريع المقارن¹ قد منح المحكمة سلطة تقدير مدى ملاءمة الحكم في هذه الدفع على استقلال أو ضمها للموضوع والحكم فيهما، فإن وجهة نظر المشرع الأردني قد جاءت مقيدة لسلطة المحكمة و محددة لها. متى تقرر الفصل الفوري في الدفع ومتى تقرر ضمها للموضوع وذلك بمفهوم المخالفة، فإذا كان من شأن الدفع في حال ثبوته أن يؤدي الى رد الدعوى تعين على المحكمة أن تفصل فيه فوراً وإذا لم يكن من شأنه أن يفضي الى هذه النتيجة تعين عليها أن تأمر بضمه للموضوع، على أن تبين حكمها في كل منهما.

4. مدى قابلية الحكم الصادر في الدفع للطعن المباشر :

يذهب التشريع المقارن الى اعتناق نظرية محدّدة بهذا الخصوص مع إيراد بعض الاستثناءات عليها، ووفقاً لهذه النظرية فإنه لا يجوز الطعن في الأحكام التي تصدر أثناء نظر الدعوى ولا تنتهي بها الخصومة إلا بعد صدور الحكم المنهي للخصومة كلها، ويستثنى من ذلك الأحكام الوقتية والمستعجلة والصادرة بوقف الدعوى والأحكام القابلة للتنفيذ الجبري والأحكام الصادرة بعدم الاختصاص والإحالة الى المحكمة المختصة².

والحكمة من ذلك هي منع تقطيع أوصال القضية الواحدة وتوزيعها بين المحكمة التي تنظر القضية الأصلية، وتلك التي تنظر الطعن. وما يترتب على ذلك من إعاقة الفصل في المنازعات وإطالة أمد التقاضي ومن ثم الإخلال بحسن سير القضاء الى جانب وجود احتمال أن يقضى في آخر المطاف في أصل الحق للخصم الذي اخفق في النزاع الفرعي، فيغنيه ذلك عن الطعن في الحكم الصادر عليه قبل صدور الحكم المنهي للخصومة³.

(1) راجع المادة (108) / مرافعات مصري).

(2) انظر نص المادة (211) / مرافعات مدنية مصري).

(3) الصاوي، الوسيط، بند 509 ص 826 وما بعدها،

-وقد تطرق المشرع الأردني الى هذا الموضوع في مناسبتين:

الأولى: في مجال الحديث عن الدفع حيث أكد في المادة (2/109) على قابلية الأحكام الصادرة في الدفع المشار اليها في الفقرة الأولى للطعن فيها بطريق الاستئناف دون أن يوضح فيما اذا كان الطعن على استقلال أم مع الحكم الصادر في الموضوع، كما قرر في المادة (2/111) بأن الأحكام التي تصدر في الدفع المتصلة بالنظام العام أو بأي دفع شكلي آخر يترتب على ثبوته الحكم برّد الدعوى، تقبل الطعن بالاستئناف مع موضوع الدعوى.

والثانية: في إطار ما وضعه من أحكام عامة تتعلق بطرق الطعن في الأحكام القضائية، وقرر في هذا السياق عدم جواز الطعن في الأحكام التي تصدر أثناء سير الدعوى، ولا تنتهي بها الخصومة إلا بعد صدور الحكم المنهي للخصومة كلها، واستثنى من حكم هذه القاعدة القرارات الصادرة في المسائل التالية¹:

1. الأمور المستعجلة.
2. وقف الدعوى.
3. الدفع بعدم الاختصاص المكاني.
4. الدفع بوجود شرط تحكيم.
5. الدفع بالقضية المقضية.
6. الدفع بمرور الزمن.
7. طلبات التدخل والإدخال.
8. عدم قبول الدعوى المتقابلة.
9. الدفع ببطلان أوراق تبليغ الدعوى.

-ويلاحظ على المواد السابقة مايلي:

(أ) أن إشارة المشرع في الفقرة الثانية من المادة (109) الى قابلية الدفع المحددة في تلك الفقرة للطعن بالاستئناف إنما جاءت على خلفية ماكان مقررًا في المادة (16) من قانون أصول المحاكمات الحقوقية الأسبق ليؤكد أن الطعن بالاستئناف لم يعد قاصرا على الحكم الصادر برفض الدفع

(1) انظر نص المادة (170) من قانون اصول المحاكمات المدنية المعدل بموجب القانون المعدل رقم 14 لسنة 2001، والقانون رقم 16 لعام 2006.

بمرور الزمن، وإن جميع الدفع المبينة في تلك الفقرة تقبل الطعن بهذا الطريق.

حتى أن القانون الصادر عام 1988 قد تجاوز هذه المسألة عندما أشار لأول مرة¹ الى موقف المشرع الأردني من نظرية الطعن في الأحكام التي تصدر أثناء سير الدعوى ولا تنتهي بها الخصومة، و التي عاد القانون المعدل ليؤكد عليها مجدداً مع إجراء بعض التعديلات على الحالات المستثناة من حكم القاعدة العامة.

ومن الواضح أن المادة (170) في القانونين الحالي والسابق لا تجادل في قابلية الأحكام الصادرة أثناء سير الدعوى ولا تنتهي بها الخصومة - ومنها الأحكام الصادرة في الدفع الاجرائية - للطعن فيها بالاستئناف من حيث المبدأ، وتحدد - الى جانب تأكيدها حق الطعن بالاستئناف في هذه الأحكام - متى يجوز الطعن فيها مباشرة ومتى يجوز الطعن فيها مع الحكم الصادر في الموضوع، وما دامت القاعدة وفقاً لمبدأ التقاضي على درجتين تجعل الطعن في الأحكام القضائية على اختلافها هو الأساس، فمعنى ذلك أن يشار الى الاستثناء الذي يشذ عن القاعدة وليس العكس، وهو ما ينطبق على الأحكام الصادرة في الدفع، فالإشارة الى قابليتها للطعن من باب تحصيل الحاصل ويغني عنه ما هو مقرر كأصل عام بخلاف ما كان عليه الحال في ظل قانون (1952) الذي كان الأصل فيه عدم قابلية الأحكام الصادرة برفض الدفع للطعن فيها بالاستئناف باستثناء الحكم الصادر برفض الدفع بمرور الزمن.

وبما أن قابلية الأحكام الصادرة في مجمل الدفع للطعن فيها بطريق الاستئناف ليست محل شك، فإن ما اختص به المشرع الأردني الأحكام الصادرة في الدفع الواردة في الفقرة الثانية من المادة (109) لا يبدو مبرراً، ونراه من باب التزيّد وحرماً باللغاء.

(ب) ورد في الفقرة الثانية من المادة (111) في معرض الحديث عن الأحكام التي يجب على المحكمة أن تفصل فيها فوراً - وهي المتعلقة بالدفع

(1) راجع نص المادة (170) من قانون اصول المحاكمات المدنية رقم 24 لسنة 1988، والتي عاد المشرع لترديدها معدلة في القانون الحالي المعدل.

المتصلة بالنظام العام والدفع الشكلية التي يترتب على ثبوتها الحكم بردّ الدعوى -، بأن قرارات المحكمة الصادرة برد هذه الدفع قابلة للاستئناف مع الحكم الصادر في موضوع الدعوى.

وتوضح هذه الفقرة بأن قرارات المحكمة الصادرة برد هذه الدفع لا تقبل الطعن المباشر، وإنما مع الحكم الصادر في الموضوع ويختلف ماورد في هذه الفقرة عما ورد في الفقرة الثانية من المادة (109) من ناحيتين:

الأولى: أن الأحكام الصادرة في الدفع الواردة في المادة (1/109) تقبل الطعن بالاستئناف سواء قضت بقبول هذه الدفع أم بردها بعكس ماورد في المادة (2/111) التي تقصر الطعن بالاستئناف على الأحكام الصادرة برد الدفع المشار إليها في تلك الفقرة.

الثانية: لم تحدد المادة (2/109) فيما إذا كان الطعن في الدفع المشار إليها يكون على استقلال أم مع الحكم الصادر في الموضوع بعكس المادة (2/111) التي أكدت على أن الطعن في قرارات المحكمة برد الدفع التي أشارت إليها متاح مع موضوع الدعوى فقط.

أما الأحكام الصادرة بقبول هذه الدفع وردّ الدعوى فتقبل الطعن المباشر، حيث لم يعد ثمة نزاع أمام المحكمة يبرر للخصم انتظار صدور حكم فيه ليطعن فيه مع الحكم الصادر بقبول الدفع، لذلك اقتضى المنطق القانوني من المشرع أن يبين وجهة نظره من مسألة الطعن في الحكم الصادر في الدفع وفيما إذا كان على استقلال أو مع الحكم الصادر في الموضوع في حالة ردّ الدفع الذي يبقى النزاع تحت يد المحكمة وليس في حالة قبول الدفع الذي يؤدي الى ارتفاع يد المحكمة عن النزاع، لهذا لم يكن المشرع بحاجة للتصرف لميعاد الطعن في الحكم القاضي بقبول الدفع ورد الدعوى، فضلاً عن ذلك فإن الدفع المبينة في المادة (1/109) ينطبق عليها ما أشير إليه في المادة (2/111)، نظراً لأن ثبوتها هي الاخرى يفضي الى الحكم برد الدعوى فتكون مشمولة بالحكم المقرر في الأخيرة، ليس من حيث وجوب الفصل فيها فوراً فحسب، بل ومن حيث وجوب الطعن في الأحكام الصادرة بردّها مع موضوع الدعوى.

لكل ماتقدم يمكن القول بأن ما عالجته المادة (2/109) لا يخرج عن منطوق المادة (2/111)، ويؤكد مرة أخرى بأن المادة (2/109) لا تضيف جديداً على الإطلاق.

(ج) أوضح المشرع الأردني موقفه من ميعاد الطعن في الأحكام التي تصدر أثناء سير الدعوى ولا تنتهي بها الخصومة، مقننا قاعدة عامة قوامها عدم جواز الطعن في هذه الأحكام إلا بعد صدور الحكم المنهية للخصومة كلها، وأجاز على سبيل الاستثناء الطعن المباشر في بعض القرارات.

ويستفاد من ذلك أن الأحكام التي تصدر في الدفع لا تقبل الطعن كقاعدة إلا مع الأحكام المنهية للخصومة، والتي تنحصر في الأحكام الموضوعية أو الأحكام التي تعني عن نظر الموضوع علاوة على الحالات المستثناة من حكم هذه القاعدة.

ويلاحظ على نص المادة (170) أصول مدنية مايلي:

(أ) أورد المشرع ضمن الحالات المستثناة من حكم القاعدة العامة، ما لا يعتبر خروجاً عن القاعدة العامة، من ذلك الأحكام الصادرة بعدم جواز نظر الدعوى لسبق الفصل فيها وعدم قبول الدعوى لمرور الزمن، فالأحكام الصادرة في كليهما تنهي الخصومة كلها وتجعل الدعوى غير ذات موضوع.

وقريب من الأحكام المنهية للخصومة الأحكام التي ترتفع بها يد المحكمة عن النزاع، فلا يعود موضوع الدعوى معروضاً أمامها بالرغم من استمرار الخصومة لدى جهات أخرى كما في حالة الدفع بوجود شرط تحكيم، والدفع بعدم الاختصاص قبل أن يقرر المشرع إلزام المحكمة بإحالة الدعوى إلى المحكمة المختصة. وبناءً على ذلك فإن الحالات المستثناة من حكم القاعدة العامة تكاد تنحصر في الأمور المستعجلة، ووقف الدعوى وطلبات التدخل والإدخال وعدم قبول الدعوى المتقابلة.

ولأن أعمال النص خير من إبطاله، ولأن الأحكام الصادرة بقبول الدفع الواردة في المادة (170) من شأنها أن تنهي الخصومة فيكون قبولها للطعن الفوري تطبيقاً للقاعدة العامة المقررة بخصوص عدم جواز الطعن في الأحكام الفرعية التي تصدر أثناء سير الدعوى مالم تكن منهية للخصومة، فليس ثمة ما يستدعي التأخير في الطعن بعد أن ارتفعت يد المحكمة عن النزاع، وقبولها للطعن الفوري في مثل هذه الحالات لا يشذ عن حكم القاعدة العامة ولا يعدّ

استثناء عليها، ولهذا فإن قصد المشرع عندما أورد الأحكام الصادرة في تلك الدفع ضمن الحالات التي تقبل الطعن الفوري على سبيل الاستثناء لا بد أن ينصرف الى الأحكام الصادرة برفض هذه الدفع وليس بقبولها، فالأحكام الصادرة برفضها لا تنهي الخصومة وتبقي يد المحكمة مبسوطة على النزاع وما كان لها أن تقبل الطعن المباشر لو لم تكن مستثناءة من حكم القاعدة العامة، وإذا كان الاستثناء قد شمل مطلق الأحكام الصادرة في الدفع دون تفرقة بين الأحكام الصادرة بقبولها والأحكام الصادرة برفضها، إلا أن ذلك لا يعتبر حائلاً دون قصر الاستثناء على الأحكام الصادرة برفض هذه الدفع، فالإحالة الى صدر المادة المذكورة يقود الى هذه النتيجة المنطقية، وإن صح بأن الأحكام الصادرة في هذه الدفع تقبل الطعن في كل الحالات على أن يراعى بأن الطعن في الأحكام الصادرة بقبولها هو طعن عادي وليس مستقلاً عن موضوع لم يعد مطروحاً على المحكمة بعكس الطعن في الأحكام القاضية برفضها والذي يقبل على سبيل الاستثناء مستقلاً عن الموضوع في ظل خصومة قائمة.

(ب) قصر المشرع الطعن المباشر على الحكم الصادر في الدفع بعدم الاختصاص المكاني دون سائر الدفع الأخرى المتعلقة بعدم الاختصاص بعكس ما كان عليه الحال قبل التعديل الأخير الذي تم بموجب القانون الصادر عام 2006، ولا يبدو هذا التحول التشريعي مفهوماً إذا أخذ في الحسبان أن مسوغات استثناء الحكم الصادر في الدفع بعدم الاختصاص المكاني متوافرة وربما من باب أولى في دفع الاختصاص الأخرى المتعلقة بالنظام العام، كما أن هذا التوجه لا ينسجم مع موقف المشرع الذي يلزم محكمة أول درجة بموجب المادة (2/111) الفصل الفوري في أي دفع يثار أمامها، إذا كان متعلقاً بالنظام العام بخاصة، وهو ما كان يقتضي من المشرع أن يطلب من محكمة الدرجة الثانية الفصل الفوري في الطعن المقدم في الأحكام الصادرة في الدفع المتعلقة بالنظام العام ولنفس الاعتبار السابقة حيث نصادف في جميع الأحكام الصادرة في الدفع بعدم الاختصاص استمرار نظر

قضايا مهدة بالزوال وما يترتب على ذلك من هدر الوقت والجهود فيما لا طائل من ورائه اذا ماتم الفصل في الحكم الصادر في الدفع لمصلحة المتمسك به بعد صدور الحكم المنهي للخصومة.

(ج) كما أن هناك تناقضا صارخا بين نص المادة (2/111) ونص المادة (170) من نفس القانون، من حيث أن الأولى تقرر الطعن في الحكم الصادر في أي دفع شكلي يترتب على ثبوته إصدار الحكم برد الدعوى، ليس مباشرة وإنما مع موضوع الدعوى، بينما تقرر الثانية جواز الطعن في مثل هذا الحكم مستقلا عن الموضوع وكلاهما يحيط بالدفع والشكالية التي يؤدي ثبوتها الى إصدار حكم برد الدعوى، فلو صدر من المحكمة حكم بعدم قبول الدفع بالتحكيم¹ أو بعدم قبول الدفع ببطلان أوراق تبليغ الدعوى فإن مثل هذه الأحكام تقبل الطعن مستقلة عن الموضوع وفقاً للمادة (170) ولا تقلبه مباشرة وإنما مع الحكم الصادر في الموضوع وفقاً لنص المادة (2/211).

(د) ماورد في المادتين (2/109) و (2/111) بخصوص الطعن بالاستئناف وميعاده يغني عنه ماورد في المادة (170) بهذا الخصوص، فهذه المادة تقرر مسألة الطعن من حيث المبدأ وتضع قاعدة عامة للطعن المباشر مع استثناء بعض الحالات من حكم هذه القاعدة، وهو ماينطبق على الدفع بوجه عام.

ويؤكد أن الغاء الفقرات المتعلقة بالطعن وميعاده الواردة في المادتين السابقتين لن يحدث فراغاً تشريعياً، ويحيل الحكم بصدهما لنص المادة (170)، وإلغاء الفقرة الثانية من المادة (109) وكذلك الفقرة الأخيرة من المادة (2/111) المتعلقة بقابلية القرار الصادر برد الدفع للطعن فيه بالاستئناف مع موضوع الدعوى كفيلاان بازالة التناقض بين نصوص القانون، وتنزيه المشرع عن اللغو والتزيّد.

5. مدى استفاد الحكم الصادر في الدفع لولاية محكمة أول درجة :

كرس المشرع الأردني ذات المبدأ الذي تبناه في قانون 1988، واكدّ مجدداً وبذات الصياغة التي كانت عليها المادة (5/188) بأن فسخ الحكم

(1) نظرا لان المشرع الاردني يجرى عليه احكام الدفع الاجرائية غير المتعلقة بالنظام العام.

الصادر برد الدعوى لعدم الاختصاص أو لكون القضية مقضية أو لمرور الزمن أو لعدم الخصومة، أو لأي سبب شكلي يوجب على محكمة الاستئناف أن تقرر إعادة الدعوى الى محكمة الدرجة الأولى للنظر في الموضوع. وقد رأينا في معرض تقديرنا لهذه المادة في القانون المعدل بأنه لم يفرق بين طوائف الدفع، فوجب على المحكمة في حال إلغائها الحكم الابتدائي الصادر في الدفع، إعادة الدعوى الى محكمة اول درجة لتقول كلمتها في الموضوع سواء كان الحكم الملغى صادرا في دفع شكلي أم دفع موضوعي أم دفع بعدم القبول، مع أن الفقه المقارن يجمع على أن الحكم الصادر في الدفع الموضوعي يستنفذ ولاية محكمة أول درجة فلا يعود اليها موضوع الدعوى اذا ماتم فسخه استئنافا - ويكون للمحكمة الاستئنافية أن تفصل فيه دون ان يتعارض ذلك مع مبدأ التقاضي على درجتين، بخلاف الحكم الصادر في الدفع الشكلي الذي لا يستنفذ ولاية محكمة الموضوع ويوجب على المحكمة الاستئنافية في حال فسخها هذا الحكم أن تعيد الدعوى الى محكمة أول درجة لتقول كلمتها في موضوع الدعوى، كي لا تقوت على الخصوم إحدى درجتي التقاضي.

كما رأينا من جانب آخر أن المشرع قد أورد الحكم الصادر بعدم الاختصاص ضمن الأحكام الصادرة في الدفع الأخرى المشار اليها التي تستوجب من المحكمة الاستئنافية إعادة الدعوى الى محكمة الموضوع في حال فسخها لهذه الأحكام، ثم استدرك مضيفاً اليها الحكم الصادر برد الدعوى، لأي سبب شكلي، وهو حكم عام يحيط بجميع الدفع الشكلية ومن بينها الدفع بعدم الاختصاص.

6. التصرف في القضية عند قضاء المحكمة بعدم اختصاصها:

حسنا فعل المشرع عندما استنّ في القانون الجديد نصاً يوجب على المحكمة اذا قضت بعدم اختصاصها أن تحيل الدعوى بحالتها الى المحكمة المختصة².

فبعد أن كانت المحكمة تكتفي في القانون السابق المعدل باصدار حكمها بعدم الاختصاص والحكم على المدعي بمصاريف الدعوى وأتعاب المحاماة، وتترك الخصوم وشأنهم لطرق باب المحكمة صاحبة الاختصاص، اختلف الحال في القانون الجديد وأصبح من واجب المحكمة إحالة الدعوى الى

(1) راجع نص المادة (112) من قانون اصول المحاكمات المدنية المعدل بالقانون، رقم 14 لعام 2001.

(2) القانون رقم 24 لعام 1988 والقوانين المعدلة له.

المحكمة المختصة بالحالة التي تكون عليها، ليتم متابعتها من قبل الخصوم من النقطة التي توقفت عندها.

ولا شك في سلامة هذا الاتجاه التشريعي الجديد الذي أسهم في اختصار الوقت والإجراءات، وتقليص نفقات الخصومة، وترشيد الفرقاء الى الوجهة الصحيحة من أقصر

الطرق، الى جانب انسجامه مع المعمول به في التشريعات المقارنة¹.

وتجدر الإشارة الى أن قرار المحكمة بالإحالة هو قرار يصدر عنها بحالها من سلطة قضائية، ويعد قراراً مكملاً لقرارها بعدم الاختصاص ومرتباً عليه، وقد تحقق هذا الارتباط بنص القانون الذي ألزم المحكمة بإحالة الدعوى إلى المحكمة المختصة، وعدم الاكتفاء بالشق الأول من قرارها القاضي بعدم الاختصاص، لهذا فإنه يقبل الطعن بالاستئناف شأنه في ذلك شأن الأحكام القضائية الأخرى²، على ان الطعن لا ينصب على الشق المتعلق بالإحالة فقط وإنما على مجمل القرار الذي يشمل الأمرين معاً: عدم الاختصاص، والإحالة الى المحكمة المختصة³.

ومن جانب آخر، فإن المشرع قد اكتفى فيما أحدثه من تعديل باقرار مبدأ الإحالة بشكل مطلق ويشمل ذلك جميع الحالات التي تقرر فيها المحكمة عدم اختصاصها وفقاً لأي معيار⁴ (القيمي، النوعي، المكاني، الوظيفي)، وهو ما يثير العديد من التساؤلات حول مدى إمكانية الإحالة بين محاكم لا تتبع نفس الجهة القضائية أو بين محاكم تتبع نفس الجهة القضائية (جهة القضاء المدني)، لكن كلا منها يخضع لولاية محكمة استئناف مختلفة، وهل تجوز الإحالة بين محاكم الاستئناف؟ وهل تجوز أخيراً الإحالة من محكمة دنيا الى محكمة عليا؟!

واقع الأمر أن عموم النص يسمح بالقول بجواز الإحالة في كل هذه الحالات دون تقييد، ويتفق ذلك مع النص المصري الذي كان محل عناية المشرع الأردني وهو بصدد تنظيم أحكام

(1) راجع المادة (110) من قانون المرافعات المدنية والتجارية المصري الجديد، رقم 23 لعام 1992، وانظر ايضاً، القضاة، المرجع السابق، ص 274.

(2) انظر عكس ذلك المصري (محمد هاشم)، شرح قانون اصول المحاكمات المدنية الأردني، ص 148، حيث يرى ان قرار الاحالة محض قرار اداري لا يقبل الطعن.

(3) ابو الوفا، نظرية الدفع، بند 145، ص 271.

(4) المصري (محمد هاشم)، المرجع السابق، ص 148.

الدفع، وإن كان النص المصري أكثر وضوحاً عندما أشار صراحة إلى وجوب الإحالة بشكل مطلق حتى لو تعلق الاختصاص بالولاية¹.

7. حكم خاص ببطلان التبليغ:

بعد أن قررت المادة (109) اعتبار بطلان أوراق تبليغ الدعوى من الدفع التي يحق للخصم أن يطلب من المحكمة إصدار حكم فيها قبل التعرض لموضوع الدعوى وعلى أن يبدى معها دفعة واحدة، جاءت الفقرة الثانية من المادة (110) لتقرر أن بطلان تبليغ لائحة الدعوى ومذكراتها الناشئ عن عيب في التبليغ أو اجراءاته أو في تاريخ الجلسة يزول بحضور المطلوب تبليغه في الجلسة المحددة أو بإيداع مذكرة بدفاعه، وهذا النص مقتبس عن المادة (114) من قانون المرافعات المصري ويعتبر تطبيقاً لنص المادة (26) من قانون أصول المحاكمات المدنية الأردني المتعلق بجواز تصحيح البطلان ولو بعد التمسك به من قبل الخصم²، ومن المعلوم أن إجازة تصحيح الإجراء الباطل تأتي في سياق الحدّ من توقيع هذا الجزاء الصارم ومراعاة لمبدأ الاقتصاد في الخصومة كما تتسجم مع نظرة المشرع الأردني في عدم إبطال الأعمال الإجرائية لمجرد مخالفتها لنموذجها القانوني - حتى مع وجود النص الذي يقرر مثل هذا الجزاء - ما لم يلحق الخصم ضرر جراء المخالفة المرتكبة³، وهو ما ينتفي في حالة البطلان المقرر بموجب المادة (2/110) سالف الذكر لدى حضور المطلوب تبليغه في الجلسة المحددة أو بإيداع مذكرة بدفاعه.

(1) راجع المادة (110) من قانون المرافعات المصري.

(2) المادة (26) من قانون أصول المحاكمات المدنية الأردني.

(3) وذلك عملاً بأحكام المادة (24) من قانون أصول المحاكمات المدنية الأردني.

-اقتراحات:

- في ضوء ماتقدم، نقترح على المشرع مايلي:
1. حذف المادة (109) بفقرتيها الأولى والثانية.
 2. إعادة صياغة المادة (110) لتصبح كمايلي:
 "الدفع بعدم الاختصاص المكاني والدفع بالبطلان، وسائر الدفع المتعلقة بالإجراءات غير المتصلة بالنظام العام، يجب إيدؤها معاً قبل إبداء أي طلب أو دفاع في الدعوى أو دفع بعدم القبول، وإلا سقط الحق فيما لم يبد منها، ويسقط حق الطاعن في هذه الدفع إذا لم يبدها في لائحة الطعن، ويجب ابداء جميع الأوجه التي تبنى عليها هذه الدفع معاً، وإلا سقط الحق فيما لم يبد منها.
 3. الإبقاء على الفقرة الأولى من المادة (111) كما هي، وتعديل الفقرة الثانية من هذه المادة بإلغاء الفقرة الأخيرة والتي جاء فيها "... ويكون القرار الصادر برد هذا الدفع قابلاً للاستئناف مع موضوع الدعوى"، والاستعاضة عنها بالعبارة التالية... "يجوز للمحكمة أن تأمر بضم الدفع الإجرائية الى الموضوع إذا كان الفصل فيها يتطلب البحث في الموضوع".
 4. الإبقاء على نص المادة (112) المتعلقة بما يتوجب على المحكمة أن تفعله، إذا قضت بعدم اختصاصها، كما هي.
 5. إضافة نص يبين حكم الدفع بالإحالة لرفع النزاع أمام محكمتين أو للارتباط.
 ونقترح النص التالي: "إذا رفع النزاع ذاته أمام محكمتين وجب إبداء الدفع بالإحالة أمام المحكمة التي رفع إليها النزاع أخيراً للحكم فيه، وإذا دفع بالإحالة للارتباط جاز إبداء الدفع أمام أي من المحكمتين".
 6. الإبقاء على الفقرة الثانية من المادة (110) مع أفراد نص خاص بها.
 7. استحداث حكم خاص بالدفع بعدم القبول، ونقترح الصيغة التالية:
 "والدفع بعدم قبول الدعوى يجوز التمسك به في أي حالة تكون عليها الدعوى"، "وإذا رأت المحكمة أن الدفع بعدم قبول الدعوى لانتفاء صفة المدعى عليه على أساس، أجلت الدعوى لإعلان ذي الصفة، ويجوز لها في هذه الحالة الحكم على المدعي بغرامة لا تتجاوز عشرين ديناراً".

8. تعديل نص المادة (170)، واعادة صياغتها على النحو التالي:
 "لا يجوز الطعن في الأحكام التي تصدر أثناء سير الدعوى ولا تنتهي بها الخصومة الا بعد صدور الحكم المنهي للخصومة كلها، ويستثنى من ذلك مايلي:

أ) القرارات الصادرة في المسائل التالية:

1. الأمور المستعجلة والوقائية.
2. وقف الدعوى.
3. طلبات التدخل والإدخال.
4. عدم قبول الدعوى المتقابلة.

ب) القرارات الصادرة بعدم قبول الدفع التالية:

1. الدفع بعدم الاختصاص.
2. الدفع بوجود شرط تحكيم.
3. الدفع بعدم جواز نظر الدعوى لسبق الفصل فيها.
4. الدفع بمرور الزمن.
5. الدفع ببطلان أوراق تبليغ الدعوى.

9. تعديل الفقرة (5) من المادة (188)، لتصبح كمايلي:
 "إلغاء الحكم المستأنف القاضي بعدم قبول الدعوى أو بردها لأي سبب شكلي يوجب على محكمة الاستئناف إعادة الدعوى الى محكمة الدرجة الأولى لتتنظر في الموضوع".