



جامعة وهران 2 محمد بن احمد  
كلية الحقوق و العلوم السياسية

## أطروحة

مقدمة لنيل شهادة دكتوراه في العلوم القانونية  
تخصص القانون الخاص

# الدفع الشكلىة فى المواد المدنىة

تحت إشراف:  
الأستاذ الدكتور زهدور سهلى

إعداد الطالب:  
دالى محند أمقران

## لجنة المناقشة:

رئىسا	جامعة وهران 2	أستاذ	أ. العربى شحط عبد القادر
مقررا	جامعة وهران 2	أستاذ	أ. زهدور سهلى
عضو مناقشا	جامعة وهران 2	أستاذ محاضر أ	أ. داودى ابراهىم
عضوة مناقشة	جامعة مستغانم	أستاذة	أ. بن ددوش نظىرة
عضو مناقشا	جامعة معسكر	أستاذ	أ. بقدار كمال
عضو مناقشا	جامعة سىدى بلعباس	أستاذ محاضر أ	أ. فرعون محمد

السنة 2023/2022

# إهداء

أهدي ثمرة جهدي  
إلى من قال الله فيهما رب إرحمهما كما ربياني صغيراً إلى روح والديا الطاهرة،  
طيب الله ثراهما و أسكنهما فسيح جناته  
إلى روح صديق الدرب الأستاذ: يونس مبروك طيب الله ثراه و أسكنه فسيح جناته.  
إلى شريكتي في الحياة و رفيقة دربي زوجتي  
إلى أملي في الحياة أولادي و قررة عيني: أحمد، جميلة، وزنة.  
إلى أختي الغالية و أولادها الأعزاء.  
إلى جميع أساتذتي  
إلى جميع الأصدقاء و زملائي سواء في مهنة المحاماة أو في التعليم العالي  
إلى كل من قدم لي يد العون من قريب أو من بعيد، مساهمين في إتمام هذا البحث  
سواء بجهودهم المباركة أو برأيهم السديد أو بدعواتهم الخالصة.  
إلى كل هؤلاء الذين أشد بهم أزري أهدي ثمرة جهدي.

## شكر و تقدير

بعد الحمد لله عز و جل و الثناء عليه بما هو أهله، فلك الحمد ربي حتى ترضى و لك الحمد إذا رضيت و لك الحمد بعد الرضا، و صلى الله و سلم و بارك على عبده و رسوله نبينا محمد و على آله و أصحابه أجمعين.

بمنتهى الإجلال و التقدير أتقدم بأسمى آيات الشكر و العرفان إلى الأستاذ المشرف الدكتور: زهدور سهلي لتفضله بالإشراف على هذه الأطروحة و السهر على إسداء التوجيهات و النصائح القيمة لإتمام هذه الأطروحة.

و أتوجه بجزيل الشكر و التقدير لأعضاء لجنة المناقشة الأفاضل الذين تكرموا على قبول عناء مناقشة بحثي هذا، و هو في الحقيقة شرف و قيمة لعمل المتواضع، و الذين أمل منهم بإذن الله تعالى التصويب عند الزلل و عند الخطأ و المتمثلة في : السادة الأساتذة الأفاضل و هم:

-الأستاذ: العربي شحط عبد القادر

-الأستاذ: زهدور سهلي

-الأستاذ: داودي إبراهيم

-الأستاذة: بن ددوش نضيرة

-الأستاذ: بقدار كمال

-الأستاذ: فرعون محمد

# قائمة المختصرات

- ق.إ.م.إ: قانون الإجراءات المدنية و الإدارية .
- ق.م: القانون المدني .
- ط: طبعة .
- ص: صفحة .
- ج: جزء .
- م: المادة .
- ج.ر: الجريدة الرسمية .
- ق.أ: قانون الأسرة .
- ق.ت: القانون التجاري.
- ق.ع: قانون العقوبات .
- ق.إ.م.ف: قانون الإجراءات المدنية الفرنسي.
- ق.م.م: قانون المرافعات المصري.

# المقدمة

## مقدمة

للإجراءات القضائية المدنية دور أساسي في عمل القضاء، إذ لا تقوم الدعوى القضائية بدونها، فمن خلالها تتم المطالبة القضائية أمام المحاكم المدنية، كما يتم السير في الدعوى حتى النطق بالحكم الحاسم فيها، وقد تصل إلى مرحلة تنفيذ الأحكام في بعض القوانين.

لكن قد يعترض أحد إجراءات الدعوى عيباً يمس الشروط الشكلية أو الموضوعية لهذا الإجراء، وهذا ما يؤدي إلى الخلل في صحة ذلك الإجراء، ومن ثم نكون أمام إجراء قضائي معيب من شأنه أن يمس مصلحة أقرها القانون للخصم أو يُعد مخالفاً للنظام العام، وقد يؤثر أيضاً على إجراءات أخرى من إجراءات الدعوى. ومن هنا قد يفرض القانون الجزاء الإجرائي نتيجة للعيب الذي أعتري الإجراء القضائي عندما يدفع أحد الخصوم بهذا العيب أو عندما تثير المحكمة من تلقاء نفسها العيب المفترض.

ويقصد بالجزاء في الإصطلاح القانوني الأثر الذي يترتب على سلوك فرد أو جماعة أخلت بوضع معين أو مركز قانوني معين -

ومن هنا فإن الجزاء يعد عنصراً في أي قاعدة قانونية أياً كانت هذه القاعدة بصرف النظر عن موقعها في فروع القانون إدارياً كان أو مدنياً أو جنائياً وسواء أكان هذا الفرع موضوعياً أو إجرائياً.

ولما كان الخصم يرد على طلب خصمه أمام القضاء بما يعرف بالدفع، فإن نظرية الدفع تحظى 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 الإجراءات المدنية التي تحرص على تبيان طبيعتها وأحكامها وأوجه الاختلاف بينها، نظراً لتنوعها وتباين معاييرها ومدى علاقتها بالنظام العام.

وقد جرت قوانين الإجراءات المدنية المقارنة وكذلك إجتهدات الفقه معززة بأحكام القضاء المقارنين على تقسيم الدفع إلى أصناف ثلاث وفقاً لمقصد الدفع وغاياته من جهة، وتبعاً لعلاقتها بعناصر الخصومة (خصوماً، مواضع، إجراءات و أوضاعاً شكلية) من جهة أخرى .

وقد تعرض المشرع الجزائري لنظرية الدفع في الباب الثالث من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية<sup>1</sup>، وقد شملت اثنين وعشرين مادة، وبصفة عامة إستقر الفقه على أن للدفع ثلاث أنواع أو أقسام هي :

القسم الأول: الدفع الموضوعية.

القسم الثاني: الدفع الشكلية .

القسم الثالث: الدفع بعدم القبول .

وما يهمنا في موضوع بحثنا هو الدفع الإجرائية أو الشكلية<sup>1</sup>، وهي الدفع التي توجه إلى إجراءات الخصومة القضائية<sup>2</sup> بقصد إستصدار حكم ينهي الدعوى دون المساس بموضوعها (الحق المطالب به) وبالتالي إرجاء الفصل في الدعوى .

<sup>1</sup> قانون: 09-08 مؤرخ في 25 فبراير 2008، ج. ر رقم: 21 صادرة بتاريخ 23 أبريل 2008.

فالدفع الشكلي بإعتبارها وسائل دفاع تنصدي لإجراءات الخصومة القضائية، ونعني بإجراءات الخصومة القضائية إجراءات رفع وتداول الدعوى أمام محكمة الموضوع أي الأعمال الإجرائية، التي يجب على الخصوم الإلتزام بها، كما يجب مراعاتها في مواجهتهم عندما يلجؤون إلى القضاء للتوصل إلى إثبات حقهم المدعى به، وتشمل قواعد النظام القضائي وإختصاص المحاكم، من جهة أخرى عُرفت بالمعنى الضيق بأنها: مجموعة الأعمال التي يجب القيام بها للوصول إلى حل قضائي<sup>3</sup>.

والقصد من التعرض للدفع الشكلي لإجراءات الخصومة القضائية هو التأكد من صحة هذه الإجراءات بأنها تمت وفق صحيح القانون، بحيث أنه لو ثبت أن أحد هذه الإجراءات قد خالف القانون حكمت المحكمة في مدي صحة هذه الإجراءات من عدمه دون التعرض لموضوع الحق الذي رفعت به الدعوى.

إن الدفع الشكلي من الناحية العملية يقتضي دراسة جيدة لمحل الدفع ( العمل الإجرائي) أمام محاكم الموضوع، فإذا بدأ الإجراء معيياً كان الدفع الشكلي جاهزاً للرد علي هذا العيب الذي إعتري الإجراء.

القاعدة العامة التي تحكم الدفع الشكلي هي تعلق هذا الدفع بإجراءات الدعوى القضائية، بحيث يكون العيب في الإجراءات دفعاً شكلياً، ويعني ذلك أنه لا يمكن عد هذه الدفع وحصرها، غاية الأمر هو العودة الى نصي المادتين: 49،50 ق.إ.م.إ. واللتان وضع بموجبهما المشرع مبدئين للتعامل مع الدفع الشكلي و غيرها من نصوص ق.إ.م.إ. والتي أشارت إلى بعض نماذج لهذه الدفع الشكلي.

يعتبر بعض الفقهاء الدفع بعدم الإختصاص، والدفع بالبطلان، والدفع بعدم القبول الشكلي بمثابة جزاءات لمخالفة القواعد الإجرائية تقدم في صورة دفع شكلي.

وحق الخصم في التمسك بالدفع الشكلي حق أساسي، فمن أجل المحافظة على الأشكال والأوضاع التي نص عليها ق.إ.م.إ. كان من الضروري وضع الجزاء على مخالفتها وتحديد كيفية التمسك بها حتى تحترم أوامر القانون و نواهيته، ولكن في الوقت ذاته يجب ألا يؤدي هذا الجزاء إلى تفضيل الشكل على الموضوع والتعسف في إستخدامه وغل يد القاضي حتى مع إمكانية التصحيح، وبالتالي إهدار الحقوق لأتفه الأسباب.

ومسألة تقرير الدفع الشكلي ليست بالمسألة السهلة لأنها تحتاج إلى موازنة دقيقة بين مسألتين هما: التشديد في الشكلي و التساهل فيها. وكلا الأمرين له سلبياته، فالتشديد في الشكلي يؤدي إلى جمود نظام التقاضي و عرقلة سير العدالة ويؤدي إلى إبطال الدعاوى لأتفه الأسباب، مما يرهق القضاء بدعاوى مكررة لا تنقطع سلسلتها إلا بعد أمد بعيد. أما التساهل في الشكلي فقد يؤدي إلى فوضى في العمل القضائي والى إتاحة الفرصة أمام الخصوم للاحتيال على إجراءات التقاضي كسباً للوقت أو للمماطلة عند شعور الخصم بأنه على وشك أن يخسر دعواه أو دفعه.

<sup>1</sup> المادة: 49 ق.إ.م.إ.: "الدفع الشكلي هي كل وسيلة تهدف إلى التصريح بعدم صحة الإجراءات أو انقضائها أو وقفها".

<sup>2</sup> عيد أحمد رمضان، الجزاء الإجرائي في قانون المرافعات، رسالة دكتوراة، جامعة الاسكندرية، 2003، ص 94.

<sup>3</sup> احمد زكي بدوي. معجم المصطلحات القانونية، دار الكتاب المصري، ط1، القاهرة مصر، 2003، ص 190.

ولهذا فإن الموازنة في ميدان الدفع الشكلية هي مسألة أساسية في هذا الميدان وسوف نتابع هذه الموازنة في هذا البحث عبر دراسة مقارنة بين ق.إ.م.إ الجزائر من جهة و كلاً من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي والمصري من جهة أخرى مع عرض وتحليل الآراء الفقهية و التطبيقات القضائية .

جرى الفقه الإجرائي على تعريفه للجزء الإجرائي: بأنه تكييف أو وصف قانوني لعمل خالف نمودجه الذي قرره المشرع مما أدى إلى عدم إنتاج الآثار التي رتبها القانون على الإجراء الصحيح<sup>1</sup>، وثمة اتجاه آخر في نطاق هذا الفقه يرى أن الجزء الإجرائي هو وصف أو تكييف قانوني للعمل الإجرائي الذي يتم بالمخالفة لنمودج القاعدة القانونية الإجرائية التي تحدد وجود وصحة ومناسبة الإجراء<sup>2</sup>.

لذا كان واجبا أن نتطرق في المبحث الأول من الفصل الأول بالباب الأول للعمل الإجرائي كشكل وجزء، وبعدها انتقلنا في المبحث الثاني للدفع ونظرية الدفع، أما الفصل الثاني من الباب الأول فقد تطرقنا فيه لمحل الدفع في ثلاث مباحث، جعلنا الأول للخصوم، والثاني للإختصاص أما الثالث فخصصناه للأجال الإجرائي، أما الباب الثاني فخصصناه للدفع ذات الصفة الجزائية، فخصصنا الفصل الأول للدفع بالبطلان والدفع بعدم القبول، أما الفصل الثاني فخصصنا المبحث الأول لتطبيقات الدفع بعدم القبول، و المبحث الثاني للدفع الحديثة.

وقبل مناقشة هذه الأطروحة تم استحداث دفعان هما الدفع بعدم الدستورية، والدفع بانعدام دمغة المحاماة. فخصصنا لهما مبحثان.

## 1- إشكالية الدراسة.

في إطار الهدف العام للدراسة تكون الإشكالية كالتالي:

- ما هي الدفع الإجرائية أو الشكلية في المواد المدنية ؟

## 2- تساؤلات الدراسة:

من السؤال الرئيسي للإشكالية نطرح تساؤلات فرعية للدراسة تكشف فحواه:

- ما هو العمل الإجرائي؟

- ما الجزء الناتج عن مخالفة العمل الإجرائي لنمودجه القانوني؟

- ما المقصود بالدفع؟ وما هي خصائصه الشكلية؟

- ما هي العلاقة بين العمل الإجرائي والقائم به، ومكان وقوعه وزمانه؟

- هل الدفع بالبطلان دفعا شكليا أم جزء للقيام بإجراء معيب؟

<sup>1</sup> محمود محمد ابراهيم، النظرية العامة للتكييف القانوني للدعوى في قانون المرافعات، منشأة المعارف الأسكندرية، 1982، ص 49 .

<sup>2</sup> على أبو عطية هيك، الدفع بإحالة الدعوى، رسالة دكتوراة، جامعة الاسكندرية، 2003، ص 72.



- ما الطبيعة القانونية للدفع بعدم القبول؟.
- هل الدفع بعدم القبول دفع أم جزاء؟
- هل الدفع بعدم الدستورية دفع شكلي؟
- ما موقع الدفع بانعدام الدمغة، من النظام العام؟

### 3- أسباب إختيار الموضوع:

- أهمية موضوع الدراسة في علم الإجراءات .
- محاولة المساهمة بمجهود علمي يمكن الهيئة القضائية من سلامة الإجراءات.
- ما نراه يوميا من أخطاء في الميدان العملي بساحات القضاء
- تقديم مرجعا فقهيا في مجال الدفع الشكلية.
- بيان أهمية الدفع في النظام القضائي و القانون الإجرائي باعتباره دعوى من قبل المدعى عليه، يمكن أن يرد بمقتضاها دعوى المدعي، فضلا عن كونه وسيلة دفاعية شرعية و قانونية تتقرر للمدعى عليه، و من في حكمه للدفاع عن نفسه و ماله.

### 4 - أهداف الدراسة:

- تهدف هذه الدراسة الى بيان مدى قصور التشريع الإجرائي فيما يتعلق بالدفع الإجرائية.
- إثراء المكتبة القانونية ببحث علمي أكثر رصانة ودقة.
- ربط الجوانب العملية بالجوانب العلمية بطريق أكثر يسراً وسهولة.
- تحديد طبيعة الدفع الشكلية وبيان عناصرها ومسائلها، وذلك بتأصيله من خلال الكتب الفقهية والقانونية.
- التبصير بأنواع من الدفع الشكلية و مفهوم كل نوع ومشروعيته.
- التعرف على آثار صحة الدفع به، والحكم بقبوله، وحجة الحكم الصادر فيه.
- إصدار مرجع فقهي لإنعدام المراجع الفقهية حول الدفع الشكلية.
- الربط بين العمل الإجرائي والدفع والجزاء.
- بيان الفرق بين العمل الإجرائي محل الدفع والجزاء.
- السعي الحثيث نحو معالجة ما يتعلق بالدفع وذلك عن طريق بيان المشاكل و إقتراح الحلول.
- بيان أن الدفع الشكلية قد توجد في قوانين خاصة من خلال الدفع بعدم الدستورية وعدم الدمغة.

- إظهار التوازن و التناسب بين مصلحة المدعي في رفع دعواه، و مصلحة المدعى عليه في دفع ما يأباه.

- بيان أهمية الدفع في النظام القضائي و القانون الإجرائي بإعتباره دعوى من قبل المدعى عليه، يمكن أن يرد بمقتضاها دعوى المدعي، فضلا عن كونه وسيلة دفاعية شرعية و قانونية تتقرر للمدعى عليه، و من في حكمه للدفاع عن نفسه و ماله.

- تأصيل الدفع الإجرائية من خلال الكتب الفقهية و القانونية، وصولا إلى تحديد طبيعتها و بيان عناصرها و مسائلها.

- تبصير الخصوم بقواعد الإختصاص القضائي المقررة شرعا و قانونا للوصول إلى حسن السير في الدعوى القضائية من وقت اتصالها بالقضاء إلى حين الفصل فيها بحكم قضائي.

- تبصير الخصوم بالأثر المترتب على مخالفة القواعد الإجرائية، و ما يعقبها من تأخير في فصل الخصومات و إطالة أمد المنازعات.

## 5 : أهمية الدراسة:

تتمثل أهمية الموضوع في الآتي:

1- إن من الدفع ما يؤدي إلى إنهاء الخصومة قبل الشروع في أي مرحلة أخرى، و بالتالي سرعة البت في الدعوى.

2- كثرة الدفع التي تقدم أثناء سير الدعوى وأثرها.

3- تعتبر دعاوى المدنية من أكثر الدعاوى تطرقاً أمام المحاكم وتتعلق بتسوية المنازعات و على إثرها تستقر المعاملات، و من أكثر ما يثار في الدعاوى المدنية الدفع ، و لذلك تكتسي هذه الأهمية.

4- تكمن أهمية الموضوع في إعداد دراسة تحليلية بغية الإسهام في بيان هذه الدفع و شروط قبولها و خصائصها.

## 6- مفاهيم الدراسة:

تكتسي المفاهيم أهمية بالغة في العلوم بصفة عامة، وفي العلوم الاجتماعية بصفة خاصة.

إن بناء المعرفة الإنسانية يتوقف بقدر كبير على المفاهيم التي نعبر بواسطتها على ماهية الأشياء، والعلاقات التي تربط بينها، فبدون المفاهيم تتحول المعرفة إلى مجرد أحاسيس غامضة خالية من المعنى، لكن ما يميز المفاهيم التي تستخدمها العلوم، و علم الاجتماع على الخصوص هي مرونة الإستخدام، حيث أن المفهوم الواحد قد يدل على أكثر من معنى، والمعاني التي يمكن أن يأخذها مفهوم ما - دون تحديد - في تفسير ظاهرة معينة كثيرة. لهذا فإن عملية تحديد المفاهيم في البحوث الاجتماعية تعتبر خطوة ضرورية تجنب الباحث الكثير من العناء الذي ينتج عن التأويل الخاطيء لأفكاره.

## 7- منهج الدراسة :

إن طبيعة الظواهر الاجتماعية تتطلب أحيانا أكثر من منهج لمعالجته، وهذا راجع إلى أن الظواهر الاجتماعية دائمة التغير والتبدل من حيث الزمان والمكان، مما يزيد في صعوبة التحكم في دراستها، ولهذا فإن إختيار الباحث للمنهج الذي سيعتمده في دراسته لا يقوم على الصدفة أو الإختيار العشوائي.

تختلف المناهج<sup>1</sup> بإختلاف مواضيع الدراسة، حيث لكل منهج وظيفة، وخصائص يستخدمها الباحث في ميدان إختصاصه، وفي الكشف عن الظاهرة محل الدراسة.

تعتبر دراسة الدفع الشكلية في المواد المدنية دراسة ذات شقين .

**الأول:** دراسة نظرية تعتمد أساسا في مادتها البحثية على تحليل النصوص القانونية والوثائق.

**الثاني:** يعتبر منهج تحليل المضمون والمقارن الأنسب لمثل هذه الدراسة حيث " يعتمد تحليل المضمون على المعلومات الجاهزة كالوثائق والمطبوعات والخطب و الأحاديث، وفي البعض الآخر يتجاوز ذلك لدراسة الشخصية التي تمكنه من ربط الظاهر بالباطن"<sup>2</sup>.

يعتمد منهج تحليل المضمون على وحدات "حيث حاول العلماء تحديد وحدات تحليل المضمون وبعد التطورات التي شهدتها هذا المنهج إستقر رأي العلماء على خمس وحدات وهي: وحدة الكلمة، وحدة الموضوع، وحدة الشخصية، وحدتي مقياس الزمن و المكان"<sup>3</sup>.

عليه فانه في دراستنا سنختار وحدة الشخصية والزمان والمكان.

على العبارات والأفكار الخاصة بمسألة معينة، ويعتبر الموضوع أهم وحدات تحليل المضمون عند دراسة الآثار الناجمة عن إتصال وتكوين الاتجاهات.

كما سنعتمد المنهج المقارن من خلال مقارنة القانون الجزائري بتجاربه أخرى في هذا المجال، كقانون الإجراءات المدنية الفرنسي، وقانون المرافعات المصري رقم: 81 لسنة 1982 وفق آخر تعديلاتهما، كون القانون الجزائري قد تأثر إلى حد كبير بالقانونين الفرنسي والمصري.

إن استظهار موضوع بحثنا بهذا الطرح، يتطلب منا توظيف المنهج الوصفي التحليلي وهذا ما سنتناوله في هذه الدراسة.

## 8- خطة البحث:

لمعالجة الإشكالات القانونية المختلفة، وفق الخطة التالية:

قسمنا موضوع البحث إلى بابين:

**الباب الأول : الدفع.**

<sup>1</sup> عبد الرحمان بدوي، مناهج البحث العلمي، دار الفكر العربي، القاهرة، 1999، ص: 8 : المنهج هو مجموعة من القواعد العلمية والمنطقية بها يتمكن الباحث من تفكيك و تركيب وربط المعلومات بموضوعه، و به تنسج الأفكار، وتعرض التصورات المجسدة لها في السلوك و الفعل وبهذا فان:"منهج البحث العلمي هو البرنامج الذي يحدد لنا السبيل للوصول إلى الحقيقة، أو الطريق المؤدي إلى الكشف عن الحقيقة في العلوم".

<sup>2</sup> موفق بن عبد العزيز، البحث وكتابة الرسائل العلمية، دار التوحيد للنشر و التوزيع، الرياض، 2005، ص 15 .

<sup>3</sup> بالقاسم سلاطينية، حسان الجيلاني، أسس البحوث الاجتماعية، دار الفجر للنشر و التوزيع، القاهرة، 2012، ص 157.

**الفصل الأول: العمل الإجرائي، الدفع ماهيتها و خصائصها.**

**المبحث الأول: العمل الإجرائي الشكل والجزاء.**

**المطلب الأول: الإجراء القضائي طبيعته وخصائصه.**

الفرع الأول: الإجراء القضائي.

الفرع الثاني: الطبيعة القانونية للإجراء.

الفرع الثالث: خصائص العمل الإجرائي.

**المطلب الثاني: الجزاء الإجرائي.**

الفرع الأول: ماهية الجزاءات الإجرائية وطبيعتها.

الفرع الثاني: محل الجزاء الإجرائي و آثاره .

**المبحث الثاني: الدفع ماهيتها أنواعها .**

**المطلب الأول: الدفع تعريفها وأنواعها و خصائصها.**

الفرع الأول: الدفع في اللغة والاصطلاح.

الفرع الثاني: أنواع الدفع.

**المطلب الثاني: خصائص الدفع الشكلية.**

الفرع الأول: النظام القانوني للدفع الإجرائي.

الفرع الثاني: المحكمة و الدفع الشكلية.

**الفصل الثاني: محل الدفع.**

**المبحث الأول: أشخاص الدعوى كمحل للدفع.**

**المطلب الأول: الخصوم والصفة.**

الفرع الأول: الخصوم و الدعوى القضائية.

الفرع الثاني: الصفة و مباشرة الإجراءات.

الفرع الثالث: الصفة الموضوعية.

**المطلب الثاني: تمييز الصفة عن غيرها من النظم والأفكار.**

الفرع الأول: الصفة والمصلحة.

الفرع الثاني: الصفة والأهلية.

**المبحث الثاني: الاختصاص كمحل للدفع.**

**المطلب الأول: الدفع بعدم الاختصاص ماهيته و أهميته.**

الفرع الأول: ماهية الدفع بعدم الإختصاص.

الفرع الثاني: أهمية الدفع بعدم الإختصاص .

**المطلب الثاني: أنواع الدفع بعدم الإختصاص.**

الفرع الأول: الإختصاص النوعي مفهومه و أهميته.

الفرع الثاني: الدفع بعدم الإختصاص المحلي.

**المطلب الثالث: الدفع بالإحالة للإرتباط.**

الفرع الأول: الدفع بالإحالة أسبابه وشروطه.

الفرع الثاني: الفرق بين الدفع بالإحالة والاختصاص.

**المبحث الثالث: أجال الإجراء كمحل للدفع.**

**المطلب الأول: ماهية الأجال الإجرائية.**

الفرع الأول: المقصود بالأجال الإجرائية و أهميتها. الفرع الثاني: أثر المبادئ العامة على الأجال الإجرائية. الفرع الثالث: أنواع الأجال الإجرائية.

### المطلب الثاني: التنظيم القانوني للأجال الإجرائية.

الفرع الأول: عبء إثبات عدم مراعاة الأجال الإجرائية.

الفرع الثاني: مدى تعلق الأجال الإجرائية بالنظام العام.

### الباب الثاني: دفعو إجرائية ذات صفة جزائية.

الفصل الأول: البطلان وعدم القبول.

المبحث الأول: الدفع بالبطلان.

المطلب الأول: البطلان ماهيته و طبيعته و أنواعه.

الفرع الأول: البطلان لغة و إصطلاحا.

الفرع الثاني: طبيعة البطلان.

الفرع الثالث: البطلان المتعلق بالنظام العام و البطلان المقرر

لعيب في الموضوع.

### المطلب الثاني: مميزات الدفع بالبطلان .

الفرع الأول: مميزات البطلان عما يخالفه.

الفرع الثاني: كيفية التمسك بالدفع بالبطلان.

### المبحث الثاني: الدفع بعدم القبول ماهيته و طبيعته القانونية.

المطلب الأول: الدفع بعدم القبول المفهوم و الجزاء.

الفرع الأول: مفهوم الدفع بعدم قبول الدعوى.

الفرع الثاني: الدفع بعدم القبول و الحق في الدعوى.

الفرع الثالث: الدفع بعدم القبول و فكرة الجزاء الإجرائي.

### المطلب الثاني: الطبيعة القانونية للدفع بعدم القبول .

الفرع الأول: الدفع بعدم القبول من الدفعو الإجرائية.

الفرع الثاني: الدفع بعدم القبول و الدفعو الموضوعية.

الفرع الثالث: الدفع بعدم القبول ذو طبيعة مختلطة.

الفرع الرابع: الدفع بعدم القبول دفع مستقل.

### الفصل الثاني: تطبيقات الدفعو الجزائية.

المبحث الأول: تطبيقات الدفع بعدم القبول.

المطلب الأول: عدم القبول بين المصلحة و حجية الشيء المقضي

فيه.

الفرع الأول: الدفع بعدم القبول و شرط المصلحة في القانون.

الفرع الثاني: علاقة الدفع بعدم القبول بحجية الشيء المقضي

فيه.

المطلب الثاني: علاقة الدفع بعدم القبول بنظامي السقوط و التقادم.

الفرع الأول: علاقة عدم القبول و السقوط.

الفرع الثاني: علاقة الدفع بعدم القبول بنظام التقادم في القانون.

- المطلب الثالث: الدفع بوجود إتفاق التحكيم.**  
الفرع الأول: تعريف التحكيم وأنواعه.  
الفرع الثاني: الطبيعة القانونية للدفع بوجود اتفاق التحكيم  
وشروط قبوله.  
**المبحث الثاني: دفع حديث.**  
**المطلب الأول: الدفع بعدم الدستورية.**  
الفرع الأول: النظام القانوني الجزائري للرقابة على دستورية  
القوانين.  
الفرع الثاني: الرقابة عن طريق الدفع بعدم دستورية القوانين.  
**المطلب الثاني: الدفع بانعدام الدمغة.**  
الفرع الأول: ماهيته و أساسه القانوني.  
الفرع الثاني: علاقة الدفع بانعدام الدمغة بالنظام العام.

الخاتمة

# الباب الأول

## الباب الأول : الدفوع

تعد الدعوى القضائية الوسيلة المثلى للدفاع عن سائر الحقوق و المراكز القانونية، و تؤدي الدعوى القضائية وظيفتها في الدفاع عن الحقوق، إما عن طريق الدفاع الهجومي كما في حالة تقديمها من المدعي دفاعا عن حقه، أو من طرف المدعى عليه كما في حالة تقديمه طلبات عارضة، و إما عن طريق الدفاع المقام، كما في حالة الدفوع التي يبديها الخصم ردا على إدعاء خصمه، و الدفاع المقام ( السلبى) هو أحد شقي الدعوى القضائية.

فالدعوى القضائية حق شخصي إجرائي يخول للمتقاضي أن يقوم بأعمال إجرائية للدفاع عن الحقوق و المصالح التي يعترف بها القانون، فالحق في الطلب، و الحق في الدفع، و الحق في الطعن، ما هي إلا مظاهر لإستعمال الدعوى القضائية.

لقد إستقر الفقه الغالب على أن الطلب القضائي ما هو إلا مظهر من مظاهر إستعمال الدعوى القضائية<sup>1</sup>، أما الدفوع فهي المكينات التي يستخدمها الخصم للرد على طلب الخصم الآخر بقصد تقادي الحكم لصالح هذا الخصم<sup>2</sup>.

و الحق في الدفع مظهر من مظاهر إستعمال الدعوى القضائية، و الحق في الدفع لا يقتصر على المدعى عليه، بل إنه حق للمدعي أيضا، و إلا كان ذلك إخلالا بمبدأ المساواة<sup>3</sup>.

ولأن الدفوع الشكلية هي مظهر من مظاهر إستعمال الحق في التقاضي وتوجه ضد العمل الإجرائي المعيب نظرا لعدم إحترام الشكلية الإجرائية التي رسمها المقنن. فننترق في هذا الباب للدفوع بصفة عامة وهذا من خلال فصلين، نتناول في الفصل الأول المفاهيم وخصائص العمل الإجرائي، وجزاء لعدم إحترامه و الدفوع أنواعها وخصائصها.

ونتناول في الفصل الثاني: أنواع من الدفوع الشكلية الواقعة على محل الدفع أشخاص الدعوى، ومكانها والأجال.

### الفصل الأول : العمل الإجرائي، الدفوع ماهيتها و خصائصها.

من مستلزمات حق التقاضي هو ضمان حرية الدفاع والإدعاء في وقت واحد لكي يتحقق العدل ضمن معادلة عادلة بين طرفي الدعوى، وإذا كان الإدعاء يتحقق في لجوء المدعي إلى القضاء للمطالبة بحماية حقوقه ومصالحه عن طريق تقديم الدعوى، فإن الدفوع تتمثل في إقرار المقنن للمدعى عليه (وهو الشخص الذي رفعت عليه الدعوى) الحق في الدفاع عن نفسه وحماية مصالحه في الدعوى المرفوعة عليه وذلك عن طريق الدفوع وبكل الوسائل المحددة في القانون.

وإذا كان القانون قد رسم وحدد خطوات معينة وأشكال يجب إتباعها للوصول لحقه فإن العمل الإجرائي لابد أن يكون صحيحا حتى يتمكن المدعي من أن يصل للحق موضوع الدعوى، فإذا تخلف شرطا من شروط العمل الإجرائي فإن للمدعى عليه أن يدفع بوجوب وقوع جزاء لمخالفة هذا العيب الإجرائي مستخدما الدفوع كوسيلة لبيان هذا العيب ومطالبها بجزاء.

<sup>1</sup> فتحي والي، الوسيط في قانون القضاء المدني، دار النهضة العربية، القاهرة، ط2، 1981، ص 252.

<sup>2</sup> وجدي راغب فهمي، مبادئ الخصومة المدنية، دار الفكر العربي، القاهرة، 1998، ص 183.

<sup>3</sup> أحمد أبو الوفاء، نظرية الدفوع في قانون المرافعات، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1991، ص 17.



و الدفوع الشكلية مقررة من أجل عرقلة مسيرة خصمه، ومن هذا القبيل الدفوع التي توجه إلي إجراءات الدعوى أو الاختصاص، دون التعرض لذات الحق المدعى به.

إن الدفوع بوصفها الوجه السلبي لكفالة حق التقاضي، لا تعتبر عنصرا جديدا في الدعوى وإنما تهدف إلى تفادي الحكم على المدعى عليه بكل ما يدعيه المدعي أو بجزء منه.

لذا سنقسم هذا الفصل إل مبحثين:

المبحث الأول: العمل الإجرائي الشكل والجزاء.

المبحث الثاني: الدفوع ماهيتها و أنواعها.

## المبحث الأول: العمل الإجرائي الشكل والجزاء.

إن الشكلية هي من المميزات الرئيسية لقوانين الإجراءات لأن الشكل إذا ما إتخذ صحيحا فإنه يحقق العدالة، وإذا كانت الشكلية هي السمة المميزة للقوانين الإجرائية عن باقي أنواع القوانين الموضوعية الأخرى فإن هذه الشكلية تكون واضحة بالنسبة للأعمال الإجرائية<sup>1</sup>.

للعمل الإجرائي أركان يجب توافرها لقيامه و إن ثمة ضوابط لا بد من تحقيقها لصحته<sup>2</sup>، فلا يكفي لقيام العمل باكتماله، بل لا بد من اكتمال الشروط اللازمة لصحته، فإذا اكتملت أركانه كان من الضروري توافر الشروط اللازمة لصحته وإنشأ العمل الإجرائي ولكنه غير متوافر له شروط الصحة، فالأركان لا بد لوجود العمل أما شروط الصحة لا بد أن تكون صحيحة، وهو ما يمكن القول معه بأن العمل يكون عليلا أي مريضا<sup>3</sup>.

يفترض في العمل الإجرائي أن يتم وفق نمط معين كفله القانون، فلا يجوز مخالفته أو ممارسته على نحو آخر، فقد إفترض القانون في قالب الذي رسمه أن ذلك يحقق العدالة.

وعندما يختار القانون الأعمال أو الوقائع التي يرتب آثارها عليها، فإنه يضع لها نماذج معينة وعدم السير على هذه النماذج يؤدي لجزاء ، وهو ما سيتم دراسته في مطلبين:

المطلب الأول: الإجراء القضائي طبيعته وخصائصه.

المطلب الثاني: الجزاء الإجرائي.

<sup>1</sup> عبد الحكم فوده، البطلان في قانون المرافعات المدنية و التجارية، دار المطبوعات الجامعي الإسكندرية 1995، ص 36.

<sup>2</sup> سليمان عبد المنعم، بطلان الإجراء الجنائي، منشورات الحلبي بيروت، 1999، ص 29.

<sup>3</sup> عبد الفتاح الصيفي، النظرية العامة للقاعدة الإجرائية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1992، ص 136.

## المطلب الأول: الإجراء القضائي طبيعته وخصائصه.

يرتكز النظام الإجرائي الجزائي علي أعمدة ثلاث، وهي الدعوى والرابطة الإجرائية و العمل الإجرائي، فالدعوى تتعلق أساسا بالبحث في نشأة الرابطة الإجرائية وتحديد العضو المختص بذلك، والرابطة الإجرائية تحدد هيكل الخصومة وأشخاصها وتوجيه الأنشطة المختلفة في نطاقها، أما العمل الإجرائي فهو تعبير عن حركة الرابطة الإجرائية أي سلوك أطرافها، فكل طرف له حقوق والتزامات يمارسها من خلال أوجه من السلوك أو الأنشطة يطلق عليها الأعمال الإجرائية.

والوقائع القانونية تشمل وقائع طبيعية لها فاعلية قانونية إجرائية مثل وفاة أحد أطراف الدعوى أو إصابته بعاهة عقلية و أعمال إجرائية، فهي وفقا للمعنى الواسع كل سلوك إرادي يرتب نتائج قانونية ترتبط بنشأة الرابطة الإجرائية أو سيرها أو تعديلها أو إنقضائها. و العمل الإجرائي بالمعنى الضيق، أي من الوجهة الموضوعية، هو سلوك إنساني إرادي يرتب عليه آثار قانونية تتعلق بالعمل ذاته مثل الشهادة والخبرة. أما التصرف القانوني الإجرائي فهو كل تعبير عن إرادة يهدف إلى غاية يحميها القانون وينتج آثار قانونية، وتحقيق هذه الآثار لا يرتبط بالوجهة الموضوعية للعمل فحسب بل يتوقف على إتجاه الإرادة نحو غرض معين، مثل رفع الدعوى والتنازل والطعن، فالإرادة هنا لها دخل في أحداث هذه الآثار، بخلاف الأعمال القانونية بالمعنى الضيق، حيث الآثار القانونية دون أن يكون للإدارة دخل في ذلك<sup>1</sup>.

ووفقا للرأي الراجح فإن فكرة العمل الإجرائي بالمعنى الواسع تشمل كل سلوك إرادي يصدر من أي شخص ولو لم يكن من أطراف الرابطة الإجرائية ما دام أن العمل يرتب آثارا قانونية على الرابطة ذاتها، فالعبرة في تحديد الطبيعة الإجرائية للعمل هي الآثار المترتبة عليه وليست بمن صدر منه العمل، فيكتسب العمل الطبيعة الإجرائية إذا كان له تأثير مباشر على الخصومة، أو إذا كان موجها لأغراض متعلقة بها، ووفقا لهذا المعنى فإن التصرفات القانونية الإجرائية تندرج تحت مفهوم الأعمال الإجرائية. وسنتناول هذا المطلب في ثلاث فروع:

الفرع الأول: الإجراء القضائي.

الفرع الثاني: الطبيعة القانونية للإجراء.

الفرع الثالث: خصائص العمل الإجرائي.

### الفرع الأول: الإجراء القضائي.

لا يوجد في القوانين الخاصة بالإجراءات القضائية نصٌ يبين فيه معنى الإجراء القضائي، أما التعاريف الإصطلاحية التي جاءت في تعريفه، فُعُرف في المعنى الواسع بأنه: تلك الأعمال التي يجب على الخصوم الإلتزام بها، كما يجب مراعاتها في مواجهتهم عندما يلجؤون إلى القضاء للتوصل إلى أثبات حقه المدعى به، وتشمل قواعد النظام القضائي و إختصاص المحاكم، و من جهةٍ أخرى عُرف بالمعنى الضيق بأنه: مجموعة الأعمال التي يجب القيام بها للوصول إلى حل قضائي<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> عبد الحكيم فودة ، موسوعة البطلان ، دار المطبوعات الجامعية ، الإسكندرية ، 2001 ، ص 17.

<sup>2</sup> احمد زكي بدوي، مرجع سابق، ص190.

ومن التعريفات الفقهية، ما ذهب إليه جانب من الفقه الفرنسي بأنه مجموعة من الأعمال سواء كانت قضائية أم تتم خارج مجلس القضاء، والتي تتعاون في أعمال الحق<sup>1</sup>. إلا أنه يمكن إنتقاد التعريف الأخير لأن الإجراءات تكون أمام المحاكم أو من قبلها أو بأمر منها. وعرف أيضا بأنه: التصرف القانوني كما هو التصرف القانوني في القانون المدني<sup>2</sup>.

أما الفقه المصري فقد عرف الإجراءات القضائي بأنه العمل الذي يترتب عليه القانون أثراً إجرائياً مباشراً ويكون جزءاً من الخصومة<sup>3</sup>، وعُرف أيضاً بأنه كُـل عمل نو مسلك ايجابي من جانب الخصوم أو من جانب المحكمة في رفع الدعوى إلى القضاء أو المرافعة فيها أو في تحقيقها أو الحكم فيها<sup>4</sup>، كذلك عُرف بأنه عمل قام القانون بتحديد وبيان شكله ومضمونه وأثاره.

أما الفقه فقد عرف الإجراءات القضائي بأنه عمل يُرتب عليه القانون أثراً إجرائياً ويكون جزءاً من الدعوى، سواء تعلق الأمر ببديئها أو المشاركة فيها تدخلاً أو اختصاصاً أثناء نظرها أو التقدم بدعوى حادثة<sup>5</sup> أو بإنهاء الدعوى الأصلية<sup>6</sup>، وأتفق آخرون مع التعريف القائل بأنه العمل القانوني الذي يترتب عليه القانون مباشرة أثراً اجرائياً ويكون جزءاً من الخصومة المدنية<sup>7</sup>.

### أولاً - أنواع الإجراءات :

وينبني على الفكرة الموسعة للعمل الإجرائي أنه يندرج تحت هذه الطائفة الأعمال التي تصدر من قاضي الحكم فقط كالقرارات والأحكام، ومن قاضي التحقيق فقط مثل أمر الإحالة إلى المحاكمة والأمر بأن لا وجه لإقامة الدعوى، والأعمال التي تصدر من النيابة بإجراء التحقيق أيا كانت طبيعتها، والأعمال التي تصدر من أي فرد كالإبلاغ والإدعاء المدني والشهادة والخبرة<sup>8</sup>.

من الصعب تأصيل الإجراءات الجزائي في نظرية عامة، ذلك أن الإجراءات الجزائية متنوعة جدا من حيث الطبيعة القانونية والأشخاص الذين تصدر عنهم، فبعضها تعبير عن إرادة كإبداء الطلب أو الدفع، وبعضها مجرد مصدر للمعلومات، كالإدلاء بالشهادة، أو تقرير الخبير، وبعضها عرض لرأي كالحجج القانونية التي يدعم بها أطراف الدعوى طلباتهم أو دفوعهم. والحكم إجراء جوهره أنه إفصاح وإعمال لإرادة القانون وبعض الإجراءات تصدر عن أطراف الدعوى كالطلبات و الدفوع، وبعضها تصدر عن القاضي كالحكم ومنها ما يصدر عن ليسوا من أشخاص الدعوى كالشهود والخبراء<sup>9</sup>.

<sup>1</sup> فتحي والي، نظرية البطلان في قانون المرافعات، منشأة المعارف، ط2، الإسكندرية، مصر، 1997، ص 109.

<sup>2</sup> Ricol , cours de procedure civile professe a la faculte de Toulouse 19431944, p3,

نقلا عن فتحي والي، المرجع السابق، ص 108.

<sup>3</sup> فتحي والي، الوسيط في قانون القضاء المدني، دار الكتاب الجامعي، القاهرة، مصر، 2001، ص 350. وكذلك أنظر وجدي راغب، مبادئ الخصومة المدنية، دار الفكر العربي، ط1، القاهرة، مصر، 1978، ص25.

<sup>4</sup> نبيل أسماعيل عمر، قانون أصول المحاكمات المدنية، منشورات الحلبي، بيروت، 2008، ص 352.

<sup>5</sup> عباس العبودي، شرح احكام قانون المرافعات المدنية، بدون ذكر المطبعة، ط1، بغداد، العراق، 2000، ص131.

<sup>6</sup> فتحي والي، مبادئ قانون القضاء المدني، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، ط1، 1975، ص285.

<sup>7</sup> السيد عبد الوهاب عرفه، الشامل في الدعوى المدنية وإجراءاتها، المركز القومي للإصدارات القانونية، القاهرة، مصر، ج2، 2009، ص 320.

<sup>8</sup> آدم وهيب النداوي، فلسفة إجراءات التقاضي، مطبعة التعليم العالي، بغداد، العراق، 1988، ص18.

<sup>9</sup> انور طلبه، موسوعة المرافعات المدنية والتجارية، دار الكتب القانونية، القاهرة، مصر، 2003، ص151.

ومن شأن هذا الوضع أن ينشئ لدى أطراف الدعوى أملا أو توقعا في أن يصدر القاضي حكمه على نحو معين ، ويجمع بين إجراءات الدعوى "وحدة الغاية"، فهي على تنوعها تستهدف إنهاء الدعوى بالحكم البات الفاصل فيها<sup>1</sup>.

وثمة قواعد عامة تخضع لها الإجراءات: فالأصل فيها الصحة، أي أنه يفترض في كل إجراء أنه استوفي جميع شروط صحته، ولا يعدل عن هذا الأصل إلا إذا ثبت على وجه يقيني إنتفاء هذه الشروط، وعلة هذا الافتراض الأصل في من يباشر الإجراء أن يطابق في شأنه حكم القانون، و يوفر له عناصر صحته ويرتبط بذلك أن البطلان لا يتقرر من تلقاء نفسه، وإنما يتعين أن ينطق به القضاء والأصل في الإجراء أنه "عمل شكلي"، فشروط الصحة التي حددها القانون هي في أغلبها شروط شكلية<sup>2</sup>.

### الفرع الثاني: الطبيعة القانونية للإجراء

من المسلم به أن السبب الذي ينشئ أثرا قانونيا هو أمر يحدث فيرتب عليه القانون هذا الأثر، وهذا الأمر ما نسميه بالواقعة القانونية، فهي إذن كل حركة من شأنها أن تنتج أثرا قانونيا.

إلا أن التمييز بين الأعمال المادية والتصرفات القانونية قد يشعر بأن الأولى ليست لها أثر قانوني مع أنها في حقيقة الأمر ينتج أثرا قانونية وذهب فريق من الفقه إلى تقسيم الوقائع القانونية إلى وقائع طبيعية أو مجردة وهي التي يرتب القانون على مجرد حدوثها أثرا قانونية سواء حدثت بفعل الطبيعة أو بإرادة الإنسان<sup>3</sup>، أي أن الواقعة تكون طبيعية لو صدرت من الإنسان متى كانت إرادته إتجهت إلى إحداث الواقعة، ولا أهمية لها من الناحية القانونية، وكان القانون يرتب الآثار على مجرد الواقعة، فالموت مثلا - واقعة طبيعية سواء كانت طبيعية أو بفعل الإنسان.

و وقائع إرادية أو أعمال قانونية وهي أعمال إرادية يرتب عليها القانون أثرا بالنظر إلى كونها إرادية، وهذه الوقائع أو الأعمال تنقسم بدورها إلى:

#### (أ) أعمال قانونية بالمعنى الضيق:

وهي التي يرتب عليها القانون أثرا دون النظر إلى الإرادة تحقيق الأثار، بل العبرة فقط بمجرد إتجاه حدوث الواقعة المكونة للعمل، وبعبارة أخرى أن الأثار القانونية تترتب على مجرد حدوث الواقعة بإرادة الإنسان دون أن يكون لهذه الإرادة شأن في تحديد مضمون هذه الأثار<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> سائح سنقوقة ، قانون الإجراءات المدنية نسا و تعليقا و شرحا و تطبيقا ، ط1، دار الهدى عين مليلة، الجزائر، 2001، ص 31.

<sup>2</sup> كامل السعيد، شرح الأحكام العامة في قانون العقوبات، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2009، ص 31.

<sup>3</sup> ابراهيم نجيب سعد، القانون القضائي الخاص، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، ج 1، 1974، ص 77 .

<sup>4</sup> محمد العشموي ، قواعد المرافعات في التشريع المصري و المقارن، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1998، ص 441 .

**(ب) تصرفات قانونية:**

هي أعمال إرادية يترتب عليها القانون الآثار التي يرى أنها لازمة لتحقيق هذه الإرادة، أي أن الإرادة لها دخل في تحديد هذه الآثار.

فالعمل القانوني بالمعنى الضيق والتصرف القانوني عملان إراديان - إلا أن وجه الخلاف بين الاثنين ينحصر في أن العمل الأول يكفي لتحقيقه أن تنتج الإرادة إلى مجرد الواقعة المكونة له دون عبء بالآثار المترتبة عليها<sup>1</sup>، والقانون هو الذي يتولى بنفسه ترتيب الآثار القانونية على مجرد توافر الإرادة في مباشرة العمل سواء إتجهت هذه الإرادة إلى الآثار أو لم تنتج، أما العمل الثاني فإنه يشترط لتحقيقه بالإضافة إلى عنصر الإرادة المتجهة إلى الواقعة المكونة له عنصر آخر هو الإرادة المتجهة إلى آثار هذا العمل، أي أن الشخص يعلم سلفاً مقدار الآثار المترتبة على تصرفه وله أن يعدل في هذه الآثار.

وهذا الرأي الأخير جدير بالتأييد لأن المنطق الذي بنى عليه يتفق مع نظرة القانون إلى الواقعة القانونية- فحيث يترتب على الواقعة الأثر القانوني بصرف النظر عن الإرادة سميت الواقعة بأنها طبيعية أو مجردة، وحيث يترتب على الواقعة الأثر القانوني متى إتجهت الإرادة إلى الواقعة ذاتها فحسب سميت بالعمل القانوني (بالمعنى الضيق)، وحيث يترتب على الواقعة الأثر القانوني متى إتجهت الإرادة إلى الواقعة والأثر المترتب عليها معا سميت بالتصرف القانوني.

ويلاحظ أن ما سمي تصرفاً قانونياً يطلق عليه الفقه الفرنسي إسم العمل القانوني أو التصرف القانوني دون تمييز، وما سمي عملاً قانونياً بالمعنى الضيق يطلق عليه فقه النظرية الأولى السابق بيانها إسم العمل المادي<sup>2</sup>.

**دور الإرادة في التصرف والعمل القانوني بالمعنى الضيق**

التصرف القانوني والعمل القانوني بالمعنى الضيق عملان إراديان إلا أن دور الإرادة في كل منهما يبدو مختلفاً، فمتى كان للإرادة دخل في تحديد الآثار كان العمل تصرفاً قانونياً، أما إذا إقتصرت الإرادة على الإتجاه إلى الواقعة دون الآثار فهو يعد أن يكون عملاً قانونياً بالمعنى الضيق.

وقد ذهب البعض إلى أن الإرادة هي وحدها التي تخلق الآثار القانونية في التصرف القانوني<sup>3</sup>، وهو رأي مردود بأن الإرادة دون القانون غير أهل لإنتاج الآثار القانونية، وأنه في التصرف القانوني والعمل القانوني بالمعنى الضيق يترتب القانون الآثار على مباشرتها مع إختلاف واحد هو أن للإرادة في التصرف القانوني حرية في تحديد آثاره في الحدود التي يراها القانون، والقول بسلطان الإرادة في التصرف القانوني لا يعنى أن الإرادة هي التي تنشئ الآثار القانونية بل القانون هو الذي يحددها، كما أنه هو الذي يعطى للإرادة سلطاناً في تحديد نطاق هذه الآثار، أما في العمل القانوني بالمعنى الضيق فإن دور الإرادة مقتصر على الإتجاه إلى الواقعة المكونة لهذا العمل دون أن تملك تعديل آثاره القانونية.

<sup>1</sup> عبد المنعم الشراوي، فتحي والي، المرافعات المدنية والتجارية، دار النهضة العربية، 1977، ص 53.

<sup>2</sup> وجدي راغب فهمي، مبادئ القضاء المدني "قانون المرافعات"، دار النهضة العربية: ط4، 2004، ص 310.

<sup>3</sup> محمود محمد هاشم، قانون القضاء المدني، ج 2، دار النهضة العربية، القاهرة، 1989، ص 153.

وقد ذهب البعض إلى أن الإرادة في التصرف القانوني لا تتجه إلى الآثار القانونية وإنما إلى الغايات العملية منه<sup>1</sup>، بإعتبار أن إحاطة الإرادة بالآثار أمر صعب يتطلب العلم بهذه الآثار وقت مباشرة التصرف، وقيل شرحا لهذا الرأي أن البائع مثلا عند إبرامه عقد البيع يرمي إلى الحصول على الثمن والمشتري يرمى إلى الحصول على شيء و تملكه، أما بقية الآثار القانونية فهي بعيدة عن تفكير المتعاقدين وهذا الرأي مردود بأنه يؤدي إلى الخلط بين التصرف القانوني والعمل القانوني بالمعنى الضيق، لأن الإرادة في كلا العملين تتجه إلى أغراض عملية، فضلا عما ينطوي عليه هذا الرأي من الخلط بين الغاية أو الباعث وبين الأثر.

### الوقائع الإجرائية

إن الوقائع الإرادية هي التي يترتب عليها القانون أثرا بالنظر إلي إرادة الإنسان في مباشرتها، وأنها تنقسم إلى نوعين: تصرفات قانونية وهي تتجه الإرادة فيها إلى الوقائع وتملك التدخل في تحديد آثارها. وأعمال قانونية وهي التي تقتصر دور الإرادة فيها علي الاتجاه إلى الواقعة دون آثارها، وتترتب الآثار القانونية بصرف النظر عن إتجاه إرادته إليها أو عدم إتجاهها<sup>2</sup>.

والمراد هو تحديد ماهية العمل الإجرائي وهل يندرج تحت التصرفات القانونية؟ أو الأعمال القانونية بالمعنى الضيق؟.

ذهب البعض إلى أن الأعمال الإجرائية – بلا تفرقة- تعتبر تصرفات قانونية باعتبار أن القائمين بها إنما يقصدون من مباشرتها إلى تحقيق غرض معين.

وعيب هذا الرأي القانون يترتب الآثار القانونية في بعض الأعمال- وهي ما نسميها بالأعمال القانونية بالمعنى الضيق – بمجرد إتجاه الإرادة إلى مباشرتها دون عبء بإتجاه هذه الإرادة إلى الآثار أو عدم إتجاهها، ولا يكفي للقول بأن عملا ما يعتبر عملا قانونيا بالمعنى الضيق أن تقرر بأن صاحبه لم يتجه إلى تحقيق آثاره<sup>3</sup>، بل أن معيار التفرقة بين العملين هو تحديد أهمية الإرادة في ترتيب هذه الآثار في نظر القانون، فمتي كان القانون يترتب الآثار على مجرد مباشرة العمل فلا يغير من وصفه إلى أن تتجه الإرادة إلى تحقيق هذه الآثار<sup>4</sup>، وكذلك إذا كان القانون يخول الإرادة حق التدخل في تحديد الآثار في العمل فإن عدم إتجاهها إليها لا يترتب هذه الآثار. و بعبارة أخرى فإن تكليف العمل القانوني والتصرف القانوني يخضع لمعيار موضوعي لا شخصي، وكان على القائلين بالرأي السالف بيانه أن يعرضوا أولا لطبيعة العمل الإجرائي وهل يخول القانون لصاحبه أن تتحكم إرادته في الآثار المترتبة عليه أو لا يخوله؟ ولا يكفي للقول بأنه يعتبر تصرفا قانونيا أن الإرادة تتجه في كثير من الحالات عند مباشرة هذا العمل إلى رغبة تحقيق آثاره، لأنه كما سبق القول أن لا أهمية

<sup>1</sup> انور طلبه، موسوعة المرافعات المدنية والتجارية، دار الكتب القانونية، القاهرة مصر، 2003، ص 151.

<sup>2</sup> عبد الحكم فودة، الدفوع و الدفاعات في المواد المدنية و الجنائية في ضوء الفقه و القضاء النقض، دار المطبوعات الجامعية، 1999، ص 48.

<sup>3</sup> عبد الحكم فودة، المرجع السابق، ص 49.

<sup>4</sup> احمد مليجي، التعليق على قانون المرافعات، ج1، نادي القضاة للطباعة، القاهرة، مصر، 2008، ص 338.

لتوافق الإرادة مع الآثار متى كان القانون وحده هو الذي يربتها سواء توافقت الإرادة معها أم لم تتوافق.

و المعيار الذي تأخذ به هو الذي تستمد من طبيعة الأعمال القانونية (بالمعنى الضيق) والتصرفات القانونية ومناطق التفرقة بينها وهو دور الإرادة في تحديد الآثار القانونية المترتبة عليها<sup>1</sup>.

و الأعمال الإجرائية بوجه عام سواء ما كانت داخل الخصومة أو خارجها هي التي يترتب عليها مباشرة التأثير في نشوء الخصومة أو تعديلها أو إنقضائها، و الهدف من الخصومة الجزائية هو تحقيق غرضين: الأول معاقبة الجاني عن الجريمة التي ارتكبها والثاني هو حماية الحرية الفردية، وبعبارة أخرى أن الخصومة الجزائية تهيمن على المصلحة الإجتماعية سواء في عقاب المجرم أو في حماية الحرية الفردية، والدولة هي التي تنظم الخصومة الجزائية بما يكفل الوصول إلى الهدف منها، فهي من هذه الوجهة نظام من أنظمة القانون العام.

و على ذلك فالقانون هو الذي يحدد متى تبدأ الخصومة وكيف تسير ومتى تنقضي ولا دخل للإرادة في ذلك، ومن هذه الوجهة ومنها فقط، نصل إلى القول أن الأعمال الإجرائية الجزائية جميعها هي أعمال قانونية، فالقانون هو الذي يحدد آثارها<sup>2</sup> (من حيث نشوء الخصومة الإجرائية، وسيرها وتعديلها و إنقضائها) ولا يخول لمن يباشرها حقا أو سلطة في تعديل هذه الآثار وفقا لإرادته، وإن كانت الأعمال الإجرائية الجزائية تنقسم إلى أعمال واجبة وهي التي سيباشرها الموظفون العموميون وأعمال إختيارية وهي التي يباشرها الخصوم والغير من الأفراد العاديين، إلا أنه كما سبق أن قلنا لا أثر للنشاط الواجب أو النشاط الإختياري أو الحر في طبيعة العمل القانوني، بل العبرة بدور الإرادة في تحديد آثاره.

وبالتالي التصرف القانوني ليس له مجال في نطاق الخصومة الجزائية حيث ينظم المشرع الأعمال المكونة لموضوع هذه الخصومة ويحدد وحده الآثار المترتبة عليها دون دخل للإرادة في هذا التحديد<sup>3</sup>.

ويؤكد ثانيا أنه إذا كانت الإرادة في معظم الأحوال تتوافق مع الآثار القانونية للعمل الإجرائي إلا أن ذلك لا يؤدي إلى إعتبره تصرفا قانونيا، لأن العبرة ليست في توافق الإرادة مع الآثار و إنما سلطانها في تعديل هذه الآثار.

وبإستقراء الأعمال الجزائية تبين أنها جميعا تخضع لتنظيم القانون من حيث شروط صحتها وآثارها، وليس للإرادة سلطان في تحديد هذه الآثار.

وقد ذهب البعض إلى أن الشهادة والخبرة والترجمة هي تصرفات قانونية، لأن القائمين بها لا يقومون بإعلان علمهم بواقعة معينة وإنما تتجه إرادتهم مباشرة إلى تحقيق آثار قانونية هي إحاطة القاضي علما بالحقيقة.

<sup>1</sup> محمد جمال عطيه، الشكالية القانونية دراسة مقارنة بين النظم القانونية الوضعية والشريعة الإسلامية، دار النهضة العربية، ط1، القاهرة، مصر، 1994، ص 228.

<sup>2</sup> محمد العشماوي، المرجع السابق، ص 441.

<sup>3</sup> علي هادي العبيدي، قواعد المرافعات المدنية في سلطنة عمان، المكتب الجامعي الحديث، ط1، القاهرة، مصر، 2006، ص355.

وهو رأي مردود بأن دور الشاهد أو الخبير أو المترجم قاصر على تقرير ما يعلمه ولا عبرة باتجاه إرادته إلى أغراض معينة فمهما توافقت الإرادة مع الآثار القانونية فإنها ما دامت قاصرة عن التحكم في هذه الآثار فإنها لا تكون تصرفات قانونية<sup>1</sup>.

وثار الخلاف حول طبيعة الإقرار، فذهب البعض إلى إعتبره تصرفاً قانونياً بدعوى أن المعترف يقصد من إقراره تحقيق غاية عملية هي التوصل إلى إعلان براءته أو تقديم دليل لصالحه أو لإدانته<sup>2</sup>، وهو رأي مردود بأن الغاية العملية لا تعتبر أثراً قانونياً فضلاً عن أن اتجاه إرادة المعترف بإقراره لا يعنى أنه تصرف قانوني لأن القانون وحده هو الذي يحدد الآثار القانونية للإقرار وليس لإرادة المعترف دخل في تحديد هذه الآثار، فمثلاً إذا اعترف المتهم بالتهمة واشترط أن يؤخذ بإقراره هذا كدليل من أدلة الإثبات، فلا عبرة لهذه الإرادة التي تتجه إلى إستبعاد الأثر القانوني لهذا الإقرار، وللقاضي أن يأخذ به مع ذلك دليلاً على ثبوت الإتهام، بل أن العدول عن الإقرار لا يحويه ولا يحول دون أن تستند المحكمة إلى هذا الإقرار على الرغم من عدول المعترف عنه، ومن ثم فالإقرار ما هو إلا عمل قانوني بالمعنى الضيق.

ويلاحظ فضلاً عما تقدم أن القاضي يملك سلطة مطلقة في تقدير قيمة الشهادة والخبرة والإقرار – وليس لإرادة الشاهد أو الخبير أو المعترف دخل في تحديد هذه السلطة أو إلزام القاضي بالأخذ بما يقره<sup>3</sup>.

### صلاحية الخصم في ممارسة الإجراء القضائي

يُعرف الخصم فقهاً بأنه الشخص الذي يُقدم باسمه وإرادته طلباً إلى القضاء طالباً الحماية القضائية، أو من يُقدم في مواجهته هذا الطلب، فيكون الخصم بموجب هذا التعريف هو المدعي أو المدعي عليه أو الشخص الذي تدخل أو أدخل في الدعوى بعد رفعها أمام القضاء<sup>4</sup>.

ويشترط في الشخص ليكون صالحاً لعدّه خصماً في دعوى ما أن يكون على قيد الحياة<sup>5</sup>، وأن يكون متمتعاً بالأهلية، وهذه الأخيرة تكون على صورتين، الأولى تدعى أهلية الاختصاص وهي تثبت للشخص منذ ولادته حتى وفاته وهذه الصورة تقابل أهلية الوجوب في القانون المدني بالنسبة لممارسة التصرفات القانونية، والتي يقصد بها صلاحية الشخص ليكون له حقوق وعليه التزامات، والمقصود بأهلية الاختصاص بأنها صلاحية الشخص ليكون طرفاً في خصومة قضائية، وهو في هذه الحالة يجب أن ينوب عنه شخص آخر عند ممارسة هذه الإجراءات كالولي أو الوصي<sup>6</sup>، وهي نفسها أهلية الوجوب الإجرائية التي تخول الشخص الصلاحية لإكتساب مركز الخصم في الدعوى، بما يتضمن من واجبات وحقوق

<sup>1</sup> أحمد فتحي سرور، نظرية البطلان في قانون الإجراءات الجزائية، رسالة دكتوراة، جامعة القاهرة 1959، ص25.

<sup>2</sup> علي هادي العبيدي، المرجع السابق، ص355.

<sup>3</sup> عبد الحكم فوده، الموسوعة العملية في البطلان في ضوء الفقه وقضاء النقض، المجلد الثاني، المكتب الفني للموسوعات القانونية، القاهرة، 2001، ص154.

<sup>4</sup> احمد مسلم، أصول المرافعات والتنظيم القضائي، دار الفكر العربي، القاهرة، مصر، 1963. ص 393.

<sup>5</sup> عبد الوهاب عرفه، مرجع سابق، ص321.

<sup>6</sup> عيد محمد القصاص، الوسيط في قانون المرافعات المدنية والتجارية، دار النهضة العربية، ط1، القاهرة، مصر، 2005، ص545.



إجرائية<sup>1</sup>، أما الصورة الثانية للأهلية فيُطلق عليها بأهلية التقاضي وهي تقابل أهلية الأداء في القانون المدني ويقصد<sup>2</sup> بأهلية التقاضي أنها صلاحية الشخص لمباشرة إجراءات الدعوى باسمه أمام القضاء سواء لمصلحته أو لمصلحة غيره<sup>3</sup>، وهذه الصورة من الأهلية هي التي تُشترط لممارسة الإجراء القضائي<sup>4</sup>، ويشترط فيها أن يكون الشخص كامل الأهلية بإتمامه سن الثامنة عشر، وأن لا يعترضه عارض من عوارض الأهلية أو الحجر<sup>5</sup>.

و أن أهلية التقاضي في التشريع الجزائري محددة بسن 19 سنة طبقاً للمادة 40 من ق.م. فضلاً عن ذلك يشترط لصحة الإجراء القضائي أن يتم بإرادة حرة سليمة خالية من العيوب بالنسبة للشخص الذي يصدر عنه الإجراء لأن هذا الأخير يُعد عملٌ قانوني، وجديرٌ بنا أن نذكر بأن إتخاذ الإجراء بالشكل القانوني يُعد قرينة قانونية بسيطة على وجود الإرادة السليمة عند ممارسة الإجراء، ويجوز أثبات عكس هذه القرينة من خلال إثبات عدم صحة الإرادة<sup>6</sup>.

ويشترط لتوفر الإرادة عند الشخص الذي يمارس الإجراء القضائي، أن يكون متمتعاً بأهلية التقاضي، وهذه الأخيرة شرط لممارسة الإجراءات القضائية والتي بحثناها سابقاً في دراستنا لهذا المطلب.

### محل العمل الإجرائي

كذلك يُشترط في الإجراء القضائي أن يكون له محل، فمن المسلم به أن كل عمل قانوني ينصب على محل ما، ومن هنا يشترط في الإجراء القضائي أن يكون له محل وهذا الأخير يُمثل مضمون الشيء الذي يرد عليه الإجراء فضلاً عن الشيء الذي يرد عليه العمل، ويختلف محل الإجراء القضائي باختلاف نوع هذا الأخير، فمثلاً يكون محل الإجراء القضائي في التبليغات القضائية هو عمل التبليغ وعلم المُبلغ إليه بالتبليغ، ومحل الشهادة يكون بأدائها أمام المحكمة، ومحل الخبرة تكون بإجراء الكشف أو المعاينة وإعطاء الخبير تقرير خبرته إلى المحكمة<sup>7</sup>.

ويُشترط في محل الإجراءات القضائية أن يكون موجوداً ومعيّناً تعييناً نافياً للجهالة، وأن يكون قابلاً للتعامل فيه، فبالنسبة لوجود المحل، نرى أن إقامة الدعوى تكون بعريضة أي يشترط وجود عريضة دعوى مقامة أمام المحكمة المختصة لتكون أمام قضية ينظرها

<sup>1</sup> وجدي راغب فهمي، دراسات في مركز الخصم امام القضاء المدني، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، تصدرها جامعة عين شمس، العدد الأول، السنة الثامنة عشر، 1976، ص114.

<sup>2</sup> يقصد بأهلية الأداء هي صلاحية الشخص لاستعمال الحقوق التي يتمتع بها وبعبارة أخرى هي صلاحية الشخص لإنشاء التصرفات القانونية على وجه يعتد به شرعاً.

<sup>3</sup> السيد عبد الوهاب عرفه، المرجع السابق، ص320.

<sup>4</sup> نشأت عبد الرحمن الأخرس، شرح قانون أصول المحاكمات المدنية، دار الثقافة للنشر، ج1، عمان، 2000، ص82.

<sup>5</sup> عيد محمد القصاص، الوسيط في قانون المرافعات، دار النهضة العربية، القاهرة، 2005، ص545.

<sup>6</sup> حبيب عبيد مرزة، الخصم في الدعوى المدنية دراسة مقارنة رسالة ماجستير مقدمة الى كلية القانون جامعة بابل، 2009، ص27.

<sup>7</sup> محمد جمال عطيه، المرجع السابق، ص228.

القضاء، وأن تكون هذه العريضة مذکور فيها محل الدعوى، كأن يكون عقار أو منقول أو دين أو غيره<sup>1</sup>.

أما بالنسبة لشرط قابلية محل الإجراء القضائي للتعامل فيه، فلا نجد له تلك الأهمية في الإجراءات القضائية نظراً لأن القوانين الإجرائية قد حددت مضمون كل عمل، فلا يترك للإرادة سلطاناً في هذه الحالة، فمثلاً إجراءات الخصوم من الطلبات و الدفوع التي تُقدّم إلى المحكمة حتى لو كانت غير حقيقية ويراد منها الإطالة في سير الدعوى، فهي تقدم صحيحة لكن تختلف من حيث نتيجتها بقبولها والأخذ بها أو عكس ذلك، لكن قد تتخذ المحكمة إجراء غير صحيح من حيث محله كأن تحجز على أموال غير أموال المدين أو ممنوع الحجز عليها بموجب القانون، فهنا نكون أمام إجراء غير صحيح بالإمكان الطعن بسببه<sup>2</sup>. أما بالنسبة إلى شرط إمكانية القيام أو تنفيذ الإجراء القضائي، فهذا الأخير يكون في أكثر الأحيان ممكناً، أما في حالة تعذر إجرائه أو تنفيذه فيدون ذلك في عريضة الدعوى مع ذكر الأسباب التي حالت دون إمكانية إجرائه.

وقد يُثار التساؤل حول إمكانية أن يكون محل الإجراء القضائي شيئاً مستقبلاً، فهل يجوز هذا في الإجراءات القضائية كما هو الحال في المحل المستقبل في القانون المدني<sup>3</sup>.

برأينا أن المحل في الإجراءات القضائية يجوز أن يكون مستقبلاً كما في حالة رفع دعوى أمام القضاء، يكون موضوعها طلب إصدار قرار بمنع عمل أو حصول شيء معين في المستقبل<sup>4</sup>.

كذلك هنالك شرط السبب، فيحتل السبب أهمية كبيرة في الإجراءات القضائية لأنه يسند ممارسة هذه الإجراءات و إتخاذها طابعاً قانونياً تسيير عليه، فالمحكمة تقوم بتوضيح سبب كل إجراء تتخذه بكتابته في عريضة الدعوى وحسب القانون وأن سبب الإجراءات القضائية التي يقوم بها الخصم هو لكسب الدعوى في أكثر الأحيان<sup>5</sup>. إن السبب في الإجراءات القضائية هو ضمان لعدم القضاء بناءً على هوى أو ميل شخصي من جانب القاضي، فهو يشكل قيداً على سلطة القضاة، ويدفعهم إلى الحرص واليقظة عند إصدار الحكم، فتكتسب بذلك أحكامهم قوةً ومثانة، فهو يكسب الأحكام ثقة المتقاضين، فتندفع عنها مظنة الشك والريبة، وهذا من شأنه أن يخلق أثراً نفسياً مهماً لدى الخصوم ما يؤدي إلى إقناعهم بعدالة القضاء.

ويمكن ملاحظة أهمية السبب في كثير من الإجراءات القضائية، فمثلاً الطعن في القرارات القضائية يكون لأسباب معينة حددها القانون، من جهة أخرى يستطيع الخصوم من خلال سبب الإجراءات (التسبيب) معرفة ما شاب الحكم من عيوب مقتضاها السبب غير الصحيح في الإجراء، ووفق هذا يتمكنوا من إستخدام الطرق القانونية للطعن بسبب هذه العيوب<sup>6</sup>، كذلك تظهر أهمية السبب عندما أشتراط المشرع تسبيب الإجراءات ليتمكن

<sup>1</sup> يوسف محمد المصاورة ، تسبيب الأحكام وفقاً لقانون اصول المحاكمات المدنية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2010، ص 26.

<sup>2</sup> عبد الحكم فوده، المرجع السابق موسوعة البطلان، ص 45.

<sup>3</sup> وجدي راغب فهمي، مبادئ الخصومة، المرجع السابق، ص 310.

<sup>4</sup> عبد الوهاب عرفه، مرجع سابق، ص 325.

<sup>5</sup> محمد جمال عطيه، المرجع السابق، ص 228.

<sup>6</sup> عبد الوهاب عرفه، المرجع السابق، ص 295.

الخصوم والمحكمة الأعلى درجة من معرفة التكييف القانوني السليم ومدى ترتب الآثار القانونية الصحيحة من ممارسة الإجراءات<sup>1</sup>.

نلاحظ أن هذه الأهمية للسبب هي تأكيد على ما تقدم ذكره من أن السبب في ممارسة الإجراءات ما هو إلا تطبيق للقانون، فتسبب الأحكام هو واجب فرضه القانون بأن يذكر سبب إتخاذ الإجراء القضائي، أي أن بيان السبب هو توضيح لتطبيق المادة القانونية على الإجراء القضائي، كذلك بالنسبة للطعن في الأحكام فهذا الإجراء يسبب على وفق الشروط التي بينها القانون، كذلك فإن سبب الخبرة يتمثل بأخذ رأي الخبراء كل حسب اختصاصه الذي من شأنه أن يساهم في إحقاق الحق للمتقاضين، فالسبب موجود في الإجراءات القضائية كافة.

ومن جهة أخرى يشترط لصحة الإجراء القضائي توفر شروط شكلية عديدة، وتكون الشكلية في الإجراء القضائي بصورتين، فقد تكون الشكلية بوصفها عنصر مكون للإجراء القضائي، وهنا لا نكون أمام إجراء قضائي صحيح ما لم يكن مقترن بشكل معين، فالشكل هنا جزء مكون للإجراء القضائي، وهذا كثيراً ما يكون بكتابة الإجراء الذي يُمارس، فمثلاً الإجراء القضائي المتمثل بالخبرة يكون على شكل تقرير مكتوب من الخبير أو قد يدلي به شفاهاً ويحرر من كاتب الضبط في عريضة الدعوى، كذلك الحال بالنسبة لإقامة الدعوى، فعريضة الدعوى تُكتب وتوقع من شخص المدعي أو من يمثله قانوناً، وإن هذا الشكل الذي يُمارس به الإجراء القضائي يُحدد قانوناً، لكن من جهة أخرى بالإمكان أن يُمارس الإجراء القضائي بالشكلية التي تتحقق من خلالها الغاية من ممارسة الإجراء القضائي فيما لو كانت الشكلية لا تتعلق بالنظام العام<sup>2</sup>.

ويشترط في الإجراء القضائي سواء تم ممارسته بصورة شفوية أم تحريرية، أن يدون باللغة الرسمية المعتمدة في المحكمة، باستثناء الأشخاص الذين يمارسونه ممن لا يجيدون اللغة الرسمية عندما يتم شفاهاً، فتتم الإجراءات بحضور خبير مترجم، وتدون باللغة الرسمية للمحكمة على وفق ما يترجم من المترجم، وفي حالة كون شخص المترجم غير مسجل بجدول الخبراء فتحلفه المحكمة اليمين<sup>3</sup>.

أما الصورة الثانية للشكلية فتتمثل بوصفها ظرفاً للإجراء القضائي، وهنا تكون الشكلية شرطاً يتمثل بظرف خارج عن موضوع الإجراء القضائي، وهو ما يتعلق بالشكلية المتمثلة بمكان الإجراء القضائي وزمانه. فمن ناحية مكان الإجراء القضائي فالقانون يتطلب أن تتم بعض الإجراءات في مكان معين من دون غيره لكي تُعد صحيحة، فمثلاً أجاز القانون أن يجري التبليغ لشخص المبلغ إليه في أي مكان يتواجد فيه، أما بالنسبة إلى تبليغه عن طريق زوجه أو من يُقيم معه من أقاربه أو أصدائه فيكون ذلك في مقر إقامتهم حصراً، كذلك الحال بالنسبة للأشخاص الذين يستخدمهم في العمل، فيكون التبليغ في مقر العمل حصراً. أما بالنسبة للشكلية القانونية المتعلقة بزمان الإجراء القضائي، فهي تتعلق بالوقت

<sup>1</sup> يوسف محمد المصاورة، المرجع السابق، ص 28.

<sup>2</sup> نشأت عبد الرحمن الأخرس، شرح قانون أصول المحاكمات المدنية، ج1، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2000، ص82.

<sup>3</sup> الياس ابو عيد، اصول المحاكمات المدنية بين النص والإجتهد والفقهاء، ط1، ج1، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2004، ص333.

الذي يُمارس به الإجراء القضائي، فمثلاً اشترطت القوانين أن تتم التبليغات القضائية في ساعات محددة من اليوم وفي أيام الدوام الرسمي، كذلك الحال بالنسبة إلى وقت إبداء بعض الدفوع، فالدفوع الشكلية التي يكون سببها غير متعلق بالنظام العام، كحالة الدفع للعيوب المتعلقة بالتبليغات القضائية، فيجب إبدؤها قبل التعرض لموضوع الدعوى وإلا سقط الحق في إبدائها.

### الفرع الثالث: خصائص العمل الإجرائي

من خلال ما تقدم يمكن تعريف الإجراء القضائي المدني بأنه ذلك العمل الذي يُتخذ من قبل المحكمة أو الخصوم أو أي شخص آخر ويكون جزءاً من الخصومة ويرتب أثراً إيجابياً في حسم الدعوى المدنية.

و مما سبق يتضح أن هناك خصائص يجب توافرها في العمل حتى يصدق عليه وصف العمل الإجرائي، ومن ثم يخضع لنظامه القانوني، وتلخص هذه الخصائص في الآتي:

1. يجب أن يكون العمل عملاً قانونياً<sup>1</sup>، وليس مجرد عمل من الأعمال المادية<sup>2</sup>، أي أن يرتب القانون عليه آثاراً قانونية، ومن ثم لا تعد أعمال الذكاء المحض كدراسة القاضي لأوراق القضية من الأعمال الإجرائية، وكذلك الأعمال التي تعد مقدمة ضرورية للقيام بأعمال أخرى، كالحضور أمام القضاء أو تقديم التوكيل بالجلسة<sup>3</sup>.

2. يجب أن يشكل العمل مسلكاً إيجابياً، فلا يعد عملاً إجرائياً مجرد الإمتناع عن عمل كالغياب مثلاً<sup>4</sup>، ومن الفقه من يرى أن العمل الإجرائي كما يتم عن طريق العمل الإيجابي قد يتم عن طريق الإمتناع<sup>5</sup>، ومثال ذلك سقوط الحق في الإستئناف، لأنه يترتب على عدم رفع دعوى الإستئناف وليس على مضي الميعاد<sup>6</sup>.

3- يجب أن يرتب القانون على العمل آثاراً إجرائية مباشرة، حتى يعد عملاً إجرائياً<sup>7</sup>، وذلك بأن يكون له أثر في إنعقاد الخصومة أو سيرها أو تعديلها أو إنقضائها<sup>8</sup>. وعلى ذلك لا يعد التنازل عن الحق أو الدعوى عملاً إجرائياً لأن الآثار الإجرائية التي تترتب عليه ليست مباشرة، وإنما هي نتيجة للآثار الموضوعية المباشرة لمثل هذه الأعمال، لزوال الحق أو الدعوى، على أنه يعد عملاً إجرائياً التمسك به أمام القضاء، إذ يتم التمسك به بصورة طلب أو دفع، وهذه أعمال إجرائية.

4. يجب أن يكون العمل جزءاً من الخصومة، فيجب أن يتم في حدود النطاق الزمني والإجرائي للخصومة، ولذا لا يعد عملاً إجرائياً توكيل المحامي أو الإقرار الغير القضائي<sup>9</sup>،

<sup>1</sup> فتحي والي، نظرية البطلان اطروحة، المرجع السابق، ص 83.

<sup>2</sup> محمود محمد هاشم، قانون القضاء المدني، المرجع السابق، ص 153.

<sup>3</sup> فودة عبد الحكم، الدفوع و الدفاعات في المواد المدنية و الجنائية في ضوء الفقه و قضاء النقض، دار المطبوعات الجام، ص 9.

<sup>4</sup> وجدي راغب، مبادئ الخصومة المدنية، المرجع السابق، ص 25.

<sup>5</sup> محمود محمد هاشم، قانون القضاء المدني، مرجع سابق، ص 152.

<sup>6</sup> فتحي والي، الوسيط، مرجع سابق، ص 104.

<sup>7</sup> نبيل أسماعيل عمر، الوسيط في قانون المرافعات المدنية و التجارية، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 1999، ص 245.

<sup>8</sup> محمد جمال عطيه، المرجع السابق، 193 .

<sup>9</sup> احمد ابو الوفا، المرافعات المدنية و التجارية، منشأة المعارف، الإسكندرية، ط6، 2000، ص 437.

أو طلب وثيقة من هيئة إدارية لتقديمها في الخصومة<sup>1</sup>، ولا يلزم أن يكون العمل جزءاً من الخصومة - ومن ثم عمل إجرائي - أن يصدر عن أشخاص الخصومة<sup>2</sup>، أو أن يتم أمام مجلس القضاء، فقبول الحكم من المحكوم عليه يعد عملاً إجرائياً، ولو أنه يتم خارج مجلس القضاء ذلك أن هذا القبول جزء من الخصومة التي لم تنته ما دام ميعاد الطعن في الحكم مفتوحاً<sup>3</sup>.

وبناء على ما تقدم، تعد أعمال القاضي أعمالاً إجرائية سواء كانت قرارات أو أوامر أو أحكاماً، كما تعد أعمال الخصوم ووكلائه ومساعدتي القاضي والأعمال التي تصدر من الآخرين كالشاهد والخبير أعمالاً إجرائية متى توافرت فيها الشروط السابقة للعمل الإجرائي<sup>4</sup>.

و يذهب جانب من الفقه إلى أن من شروط العمل الإجرائي أن يكون هناك جزء على مخالفة العمل لنموذجه القانوني على أساس أن النظام القانوني لهذا الجزء يسمح بتميز العمل الإجرائي عن غيره من أعمال الخصومة.

ولذلك يعتبر العمل الإجرائي هو الوحدة البسيطة التي تتكون منها الخصومة<sup>5</sup> أي هو العنصر الأساسي في كتلة الإجراءات المسماة خصومة، والذي تبدو أهمية التعريف به و تحديد طبيعته في أن القواعد التي تحكم أعمال الخصومة إنما تنطبق على هذه الأعمال دون غيرها، فعندما ينظم القانون قواعد لبطلان أعمال الخصومة مثلاً، فإن هذه القواعد تحكم الأعمال الإجرائية دون غيرها<sup>6</sup>، كما قد تبدو أهمية التعريف به أيضاً فيما يثار بشأن المحل الذي يرد عليه الجزء الإجرائي، فهل يرد الجزء على العمل الإجرائي ذاته؟ أم أنه ينصب على آثار هذا العمل بشكل مباشر؟ أم أن الجزء يمكن أن يرد على الحق في القيام بالعمل الإجرائي؟ وهل من قاعدة عامة يمكن إستخلاصها في هذا الشأن و إن وجدت هذه القاعدة فهل من إستثناءات ترد عليها؟ ثم أن العمل الإجرائي قد يكون محلاً لحق إجرائي فأيهما يصيبه الجزء؟ وهل من إمكانية لتعدد هذا المحل في الحالة التي يعتبر فيها الإجراء باطلا لسقوط الحق في إتخاذة؟.

و إذا رجعنا للقواعد العامة نجدها تتطلب لوجود الإجراء وصحته مجموعة من العناصر القانونية، هي الإرادة و المحل و السبب و صلاحية القائم بالعمل و مفترضات و شكل العمل<sup>7</sup>، فينبغي أولاً وجود الإرادة و عملاً فإن إتخاذ الإجراء بالشكل القانوني هو قرينة على وجود وصحة الإرادة، إلا أنها قرينة بسيطة يجوز إثبات عكسها، أما عنصر السبب فلا يعتد به إلا بالنسبة للتصرفات الإجرائية دون الأعمال الإجرائية.

كما يجب أن يكون القائم بالعمل الإجرائي قد توافرت فيه الصلاحية اللازمة لإتخاذ العمل بشكل صحيح، و إذا كان العمل الإجرائي عمل شكلي، لا يترك القانون للقائم به حرية

<sup>1</sup> وجدي راغب، قانون المرافعات، مرجع سابق، ص 305.

<sup>2</sup> فتحي والي، مبادئ قانون القضاء المدني، مرجع سابق، ص 83.

<sup>3</sup> نبيل أسماعيل عمر، سقوط الحق في إتخاذ الإجراء في قانون المرافعات، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2004، ص 18.

<sup>4</sup> فتحي والي، مرجع سابق، ص 84.

<sup>5</sup> وجدي راغب، مرجع سابق، ص 230.

<sup>6</sup> عبد المنعم الشرفاوي، شرح قانون المرافعات المدنية و التجارية، مكتبة الأنجلو المصري، 1956، ص 40.

<sup>7</sup> وجدي راغب، مرجع سابق، ص 246.

إختيار الوسيلة للقيام به، و إنما يحدد له الوسيلة الواجبة الإتباع ويفرضها عليه<sup>1</sup>، لذا يعتبر الشكل عنصرا من عناصر العمل الإجرائي بل ومن أهم هذه العناصر، و أنه إذا حدد القانون شكلا معينا للإجراء، فإنه ينبغي أن يتخذ في الشكل الأكثر ملائمة.

### ثانيا: عناصر العمل الإجرائي

**يقصد بعناصر العمل الإجرائي :** كل ما يشترطه القانون لوجود العمل وصحته،

فالعناصر الموضوعية لازمة لوجود العمل ذاته، أما عناصره الشكلية فمطلوبة لصحته، وكلاهما ضروري لإنتاج العمل الإجرائي للإرادة القانونية<sup>2</sup>.

#### أ - العناصر الموضوعية للعمل الإجرائي

إذا كان العمل الإجرائي عملا قانونيا، فإنه كسائر الأعمال القانونية يلزم له مقتضيات موضوعية لصحته، فعلى الرغم من أن الشكل له أهميته في العمل الإجرائي إلا أنه ليس المقتضى الوحيد له، لأن الإجراءات ليست مجرد أشكال.

و أما صعوبة تحديد العناصر الموضوعية للإجراء فقد ذهب بعض إلى أنها تنحصر في صلاحية الشخص القائم بالعمل وتوافر إرادته.

ويذهب جانب من الفقه إلى أن هذه العناصر تتصل بشخص القائم بالعمل وإرادته وهي العمل ومحل العمل، ولا يرى هذا الجانب في السبب ركنا في العمل الإجرائي<sup>3</sup>، ويذهب بعضهم الآخر إلى أن هذه العناصر هي الإرادة والمحل وصلاحية القائم بالإجراء، فلا يعتد بالسبب إلا في التصرفات الإجرائية، والقرارات القضائية<sup>4</sup>.

#### ب - العناصر الشكلية في العمل الإجرائي

القاعدة هي أن العمل الإجرائي عمل شكلي، ويجب أن يتم مطابقا للوسيلة التي حددها القانون، وليس للقائم به حرية في إختيار هذه الوسيلة<sup>5</sup>، فلكي ينتج العمل الإجرائي آثاره القانونية يجب أن يكون مطابقا لنوع النشاط وشكله الذي يرخص به الأمر الوارد في القاعدة القانونية<sup>6</sup>. وهنا لا بد من تحديد معنى الشكل في العمل الإجرائي.

يأخذ الشكل في العمل الإجرائي معنى الشكل القانوني، إذ إنه مفروض من القانون، ولكن إذا أمكن الكلام عن شكل حر وشكل قانوني في مجال التصرفات القانونية، فإن الشكل في العمل الإجرائي هو- دائما- شكل قانوني، حتى في الأعمال التي يمكن أن تعد تصرفات إجرائية.

<sup>1</sup> نبيل أسماعيل عمر، الوسيط في قانون المرافعات المدنية، المرجع السابق، ص 63 .

<sup>2</sup> محمود محمد هاشم، قانون القضاء المدني، المرجع السابق، ص 155.

<sup>3</sup> فتحى والي، الوسيط في قانون القضاء المدني، مرجع سابق، ص 47.

<sup>4</sup> نبيل أسماعيل عمر، الوسيط في قانون المرافعات، مرجع سابق، ص 245.

<sup>5</sup> محمود محمد هاشم، قانون القضاء المدني، مرجع سابق، ص 156.

<sup>6</sup> فتحى والي، الوسيط، مرجع سابق، ص 161.

ذلك أن الأعمال الإجرائية تخضع لأحكام قانون أصول المحاكمات المدنية الذي يهتم بالمقام الأول بالشكل<sup>1</sup>، فالمشرع هو الذي يحدد وسيلة القيام بالإجراء والشكل الذي يجب أن يتم فيه، ولذلك فإن العمل الإجرائي يعد من الأعمال الشكلية، لأنه لا يكسب فعاليته القانونية إلا بهذه الشكليات التي نص عليها القانون<sup>2</sup>.

فالمبدأ هو قانونية الشكل، أي أن النشاط الإجرائي الذي يتم أمام القضاء يجب أن يتم بالوسيلة والشكل الذي يحدده القانون، وليس تبعا لإختيار القائم به.

أما عن تعريف الشكل في العمل الإجرائي، فيرى بعضهم أنه الوسيلة التي يجب أن يتم بها الإجراء حتى يترتب عليه آثاره القانونية<sup>3</sup>، أو أنه مجموعة العناصر التي تعطي للإجراء تعبيره الخارجي الذي يظهر به إلى الوجود<sup>4</sup>.

وأن الأشكال هي القواعد التي من الضروري مراعاتها حتى يحقق المظهر الخارجي لإرادة الأطراف تأكيد حقوقهم والمحافظة عليها، ويذهب بعضهم إلى أن الشكل ليس إلا الجانب المادي للعمل الإجرائي متمثلا في تحريره، والفعل أو النشاط الذي يتم في سبيل القيام به<sup>5</sup>.

على حين يذهب رأي في الفقه إلى أنه يقصد بالشكل - فضلا عن المعنى الدقيق له - أي البيانات اللازمة في الإجراء المعنى الواسع الذي يشمل جميع العناصر المطلوبة قانونا لصحة الإجراء والاعتداد بآثاره، وهذه هي الأوضاع التي تجب في الشخص القائم بالعمل ومكان العمل وزمان العمل<sup>6</sup>، كما يذهب هذا الرأي إلى أن الشكل يشمل الإجراء ذاته دون أن يقتصر على الشروط اللازمة فيه على أساس أن النص الذي يتطلب العمل الإجرائي هو نص شكلي<sup>7</sup>.

وعليه، فإن شكل العمل الإجرائي المقابلة بعناصره الموضوعية هو عنصر تكويني للعمل ومحدد له، وهذا العنصر هو الذي يجمع تحته كل المقتضيات الشكلية للعمل الإجرائي سواء كانت أشكالا أو وسائل فرض القانون إستخدامها عند إتخاذ الإجراء، أو كانت ظروفًا معينة يشترط القانون توافرها عند القيام به.

ونتيجة لذلك يكون الشكل في العمل الإجرائي تعبيرًا عن إرادة القانون الواردة في القاعدة الإجرائية التي تفرض الشكل وليس تعبيرًا عن إرادة القائم بالإجراء، ذلك أن العمل الإجرائي هو بمثابة مركز منظم ومعد للدخول فيه عن كامل دراية ومعرفة، وإحلال الشكل القانوني بمعيار آخر، يفترض أننا نسلم بإنعدام أي فائدة للشكلية التي يفرضها القانون<sup>8</sup>.

<sup>1</sup> وجدي راغب، مبادئ الخصومة المدنية، دار الفكر العربي، القاهرة، 1978، ص 623.

<sup>2</sup> نبيل أسماعيل عمر، مرجع سابق، ص 245.

<sup>3</sup> فتحي والي، الوسيط، مرجع سابق، ص 159.

<sup>4</sup> عز الدين الديناصوري وحامد عكاز، التعليق على قانون المرافعات، الإسكندرية، مصر، ط 10، 2002، ص 84.

<sup>5</sup> وجدي راغب، مرجع سابق، ص 623.

<sup>6</sup> امينة مصطفى النمر، قوانين المرافعات، نادي القضاة، القاهرة، 1989، ص 419.

<sup>7</sup> امينة النمر، مرجع سابق، ص 420.

<sup>8</sup> فتحي والي، الوسيط، مرجع سابق، ص 47.

## المطلب الثاني: الجزاء الإجرائي

جرى فقه الإجراءات على تعريفه للجزاء الإجرائي بأنه تكييف أو وصف قانوني لعمل خالف نمودجه الذي قرره المشرع مما أدى إلى عدم إنتاج الآثار التي رتبها القانون على الإجراء الصحيح<sup>1</sup>، وثمة إتجاه آخر في نطاق هذا الفقه يرى أن الجزاء الإجرائي هو وصف أو تكييف قانوني للعمل الإجرائي الذي يتم بالمخالفة لنمودج القاعدة القانونية الإجرائية التي تحدد وجود وصحة ومناسبة الإجراء<sup>2</sup>.

إن الجزاء الإجرائي له طبيعة مزدوجة فقد يكون سلبيًا وقد يكون إيجابيًا بحيث يكون محله العمل الإجرائي يكون الجزاء ذو طبيعة سلبية، وحيث يلحق بالشخص القائم بالإجراء يكون الجزاء ذو طبيعة إيجابية حيث ينصب الجزاء على ذاته أو ماله<sup>3</sup>.  
إن الجزاء الإجرائي ذو طبيعة شكلية ذلك أن الأصل في العمل الإجرائي أن يكون شكليًا أي أن يفرغ في الشكل الذي يحدده القانون<sup>4</sup>.

فضلا عن كون الجزاء الإجرائي يترتب عن إنتهاك أحد عناصر عمل إجرائي تنظمه القواعد الإجرائية وهي قواعد شكلية بحكم طبيعتها<sup>5</sup>.

وسوف نتناول في هذا المطلب الجزاء الإجرائي في فرعين :

الفرع الأول: ماهية الجزاءات الإجرائية وطبيعتها

الفرع الثاني: محل الجزاء الإجرائي و آثاره

الفرع الأول : ماهية الجزاءات الإجرائية وطبيعتها

ماهية الجزاء بوجه عام

في اللغة جزاء الأمر بمقتضاه، والعقب ما يعقب كل شيء وعقبى والجمع عواقب - والعقبة حسنة أو سيئة والعقاب والعاقبة أن تجزى المرء بما فعله سواء. والاسم العقوبة وعاقبة أخذه وتعقب المرء إذا أخذه بذنب كان فيه<sup>6</sup>.

ويقصد بالجزاء في الاصطلاح القانوني الأثر الذي يترتب على سلوك فرد أو جماعة أخلت بوضع معين أو مركز قانوني معين - ومن هنا فإن الجزاء يعد عنصرا في أي قاعدة قانونية أيا كانت هذه القاعدة بصرف النظر عن موقعها في فروع القانون إداريا كان أو مدنيا أو جنائيا وسواء أكان هذا الفرع موضوعيا أو إجرائيا<sup>7</sup>.

1 محمود محمد ابراهيم ، النظرية العامة للتكييف القانوني للدعوى في قانون المرافعات ط 1982، ص49.

2 على أبو عطية هيكل ، الدفع بإحالة الدعوى في قانون المرافعات، دار المطبوعات الجامعية، الاسكندرية 2003، ص72.

3 أحمد فتحي سرور، أصول السياسة الجنائية، دار الفكر العربي، القاهرة، 1996، ص 5 .

4 أحمد فتحي سرور، نظرية البطلان، - دار الفكر العربي، القاهرة، 1985، ص222 .

5 حسن علي حسين ، المرجع السابق، ص145.

6 سعيد عبد اللطيف حسن، النظرية العامة للجزاء الجنائي، دار الثقافة، عمان، 1991، ص6.

7 حامد ربيع، وظيفة الدولة الجزائية في المجتمع المعاصر - تأصيل النظرية العامة - مقال - المجلة الجنائية القومية المجلد الثاني عدد 1965/7/2، ص229.



ويسعى الجزاء إلى الضغط على كل شخص لإحترام القانون فهو وسيلة من وسائل الضبط والرقابة الإجتماعية على سلوك الفرد<sup>1</sup>، سواء في مجال الحياة المدنية أو الجنائية أو التأديبية.

ويجرى بعض الشراح على تحديد المقصود بالجزاء بأنه الأثر القانوني الذي يترتب عليه القانون على مخالفة القاعدة القانونية في خصوصية الأمر أو النهي الذي تضمنه<sup>2</sup>.

### صور الجزاء القانوني

عرف النظام القانوني تقسيما للجزاءات طبقا لفروع القانون التي تقرها وتنظمها فهناك الجزاء المدني وذلك الإداري وهناك أيضا الجزاء الجنائي وثمة تقسيم آخر للجزاءات القانونية يقوم على توزيعها على طائفتان:

الأولى: الجزاء التنفيذي ومثاله التنفيذ العيني.

الثانية: الجزاء التقويمي<sup>3</sup>، وثمة تعريف ثالث إعتد بنوع الجزاء حيث كان هناك عدم الدستورية و الإنعدام والبطلان وعدم النفاذ وعدم السريان، وعدم التنفيذ وعدم رد الشيء أي الحبس، وعدم جواز النظر، وعدم الاختصاص، وعدم إعتبار الحكم القضائي على صحيح القانون أو الخطأ في التفسير والتأويل وعدم السماع، وعدم مشروعيته والجزاء باعتباره إجراء كأن لم يكن<sup>4</sup>.

### ماهية الجزاء الإجرائي

جرى فقه الإجراءات المدنية على تعريفه للجزاء الإجرائي بأنه تكليف أو وصف قانوني لعمل خالف نمودجه الذي قرره المشرع مما أدى إلى عدم إنتاج الأثار التي رتبها القانون على الإجراء الصحيح<sup>5</sup>، وثمة إتجاه آخر في نطاق هذا الفقه يرى أن الجزاء الإجرائي هو وصف أو تكليف قانوني للعمل الإجرائي الذي يتم بالمخالفة لنمودج القاعدة القانونية الإجرائية التي تحدد وجود وصحة ومناسبة الإجراء<sup>6</sup>.

الجزاء الإجرائي هو تطبيق " خاص " للفكرة العامة للجزاء القانوني<sup>5</sup>، و الجزاء القانوني<sup>7</sup> هو حكم قانوني ذو مضمون سلبي يسلب أو يجرّد محله (ما يرد عليه الجزاء) من قيمة قانونية بناء على تحقق الواقعة المنشئة للجزاء كأثر قانوني.

و لأن الجزاء هو حكم قانوني، فالأصل في الجزاء القانوني أنه فكرة معنوية و ليس ماديا ملموسا محسوسا. " فعدم دستورية العمل التشريعي " و نقض العمل القضائي " و "

<sup>1</sup> حامد ربيع، المرجع السابق، ص238.

<sup>2</sup> الأنصاري حسن الثيران، القاضي والجزاء الإجرائي في قانون المرافعات، دار الفكر العربي، القاهرة 1999، ص1.

<sup>3</sup> عبد الفتاح الصيفي، حق الدولة في العقاب، دار الكتاب الجامعي، الإسكندرية، 1985، ص7.

<sup>4</sup> أحمد محمد حشيش، الدفع بعدم القبول - رسالة دكتوراة، جامعة الاسكندرية 1986، ص74.

<sup>5</sup> محمود محمد ابراهيم، النظرية العامة للتكليف القانوني للدعوى في قانون المرافعات، ط 1982، ص49.

<sup>6</sup> علي أبو عطية هيكال، الدفع بإحالة الدعوى في قانون المرافعات، المرجع السابق، ص72.

<sup>7</sup> عيد أحمد رمضان، مرجع سابق، ص94.

إلغاء العمل الإداري" و " وبطلان العقد" ، هي فكرة معنوية و هي جزاءات قانونية ترد على عمل ارادة قانونية<sup>1</sup>.

و لأن الجزاء هو حكم قانوني، فالأصل في الجزاء القانوني أنه يتحقق " تلقائيا" على إعتبار أن الأصل في القانون هو التلقائية، و على إعتبار أن الجزاء القانوني هو أثر قانوني يتحقق بمجرد وجود واقعتها المنشئة<sup>2</sup>، و لهذا فإن دور القاضي لا يتعدى التحقق من وجود الواقعة المنشئة للجزاء، و من ثم الكشف عن وجوده. و من هنا فالجزاء القانوني ليس حكما " قضائيا"<sup>3</sup>.

و أيضا فإن دور السلطة التنفيذية في هذا الصدد لا يتعدى تنفيذ الحكم "القضائي" بالجزاءات التي يستحيل تحقيقها تلقائيا ( كالإعدام- الحبس) و لهذا فتحقيق " بطلان" العقد قد لا يحتاج حكما قضائيا، أو تدخلا من سلطة تنفيذية.

و لأن الجزاء القانوني هو حكم قانوني ذو مضمون سلبي، يرى الفقه الحديث<sup>4</sup> أن جوهر الجزاء " يتمثل في الحرمان من مال أو مصلحة قانونية".

أما فقه الإجراءات الجنائية فلم يستقر هو الآخر على تعريف موحد للأعمال الإجرائية بل اختلفت التعريفات التي قيلت في شأنها - فقد عرفها الدكتور عبد الفتاح الصيفي من بلوغ الغاية التي يستهدفها هذا العمل ومن ثم فهو جزاء تنفيذي وليس تقويمي ويتمثل هذا الحرمان في صورة إنعدام الإجراء أو عدم قبوله أو سقوطه<sup>5</sup>. ويرى دكتور أحمد فتحي سرور أن الجزاء الإجرائي هو إهدار للعمل الإجرائي المعيب وسلب لآثاره القانونية<sup>6</sup>، وإذ تصدى دكتور رمسيس بهنام للجزاء الإجرائي وحدد المقصود به بأنه تجاهل الإجراء وعدم الاكتراث به وتقويت الغرض المقصود منه على من قام به<sup>7</sup>، ويرى الدكتور عوض محمد عوض أن الجزاء الإجرائي هو رد الفعل القانوني لعدم مباشرة الإجراء أصلا أو لعدم مباشرته دون إستفاء شروطه الشكلية<sup>8</sup>، وقد إنتهى الدكتور حسن على حسين في تعريفه للجزاء الإجرائي بأنه رد فعل قانوني يرد على العمل الإجرائي أو على شخص القائم به.

### نطاق الجزاءات الإجرائية

من المقرر قانونا أن الجزاءات الإجرائية لا تقف عند نوع معين بل تشمل جميع صور الجزاءات المتصورة التي تترتب على السلوك الإجرائي المعيب، لا فرق بين صورة وأخرى، ذلك أن رد الفعل قد يتمثل في أنواع عديدة من الجزاءات التي تختلف وتتباين باختلاف محل الجزاء ودرجة جسامة المخالفة، وعلى هذا النحو فالجزاء الإجرائي قد يكون محله الشخص القائم بالعمل أو من باشره حال كونه ممنوعا من ممارسته ، وقد يكون محله

<sup>1</sup> حسن كبيرة ، أصول القانون، الطبعة الثانية، دار المعارف بمصر 1960/59 ، ص48 .

<sup>2</sup> سليمان مرقص، مدخل للعلوم القانونية، دار النشر للجامعات المصرية، القاهرة مصر، الطبعة الثانية، 1952 ، ص23.

<sup>3</sup> مصطفى عبد الحميد عياد، الأصول في التنظيم القضائي و المحاكمات المدنية و التجارية، 1997، ص32.

<sup>4</sup> عبد الفتاح الصيفي، النظرية العامة للقاعدة الإجرائية، المرجع السابق، ص16.

<sup>5</sup> عبد الفتاح الصيفي، حق الدولة في العقاب، المرجع السابق، ص133.

<sup>6</sup> أحمد فتحي سرور، الوسيط في شرح قانون الإجراءات الجنائية، منشأة المعارف، الأسكندرية، 1996، ص277.

<sup>7</sup> رمسيس بهنام، الإجراءات الجنائية تأصيلا وتحليلا ، دار الفكر العربي ، القاهرة ، 1965 ، ص71.

<sup>8</sup> عوض محمد عوض، الإجراءات الجنائية، منشأة المعارف، الأسكندرية ط 1999 ، ص565.

العمل الإجرائي ذاته فشخص القائم بالعمل قد يكون محلاً للجزاء الإجرائي حكمه في ذلك حكم العمل الإجرائي المعيب.

والجزاء الإجرائي ليس قاصراً على الأعمال الإجرائية في مرحلة معينة من مراحل الخصومة بل قد يتجلى في شأن كل عمل إجرائي يتم في أي من مراحل هذه الخصومة، قد يتصدى لعمل إجرائي تم في مرحلة رفع الدعوي أو التحقيق أو الرجوع بعد الخبرة أو المحاكمة<sup>1</sup>. أياً كانت الدرجة التي تجرى أمامها المحاكمة سواء أكانت المحكمة أو في الإستئناف أو المحكمة العليا بل قد يتجلى في مرحلة إشكالات التنفيذ.

و الملاحظ فإن المشرع يسعى لوضع القواعد المنظمة لهذه الأعمال على نحو واضح ودقيق نظراً لخطورة أهدافها وحساسية إرتباطها بحقوق الأفراد وحررياتهم والتي يفرد المشرع مطابقتها للنموذج الإجرائي المقرر لها وإلا ترتب على ذلك الجزء الإجرائي المناسب.

### جوهر الجزء الإجرائي

إذا كان جوهر الجزء الجنائي هو إيلاء المجرم عن طريق الإنتقاص من حقوقه أو من مصالحه وتوليد الشعور لديه بالخوف من توقيع العقاب المترتب على مخالفة قانون العقوبات سعياً وراء ضمانات تفرض على كل فرد إحترام القواعد القانونية الجنائية إذا كان ذلك هو جوهر الجزء الجنائي<sup>2</sup>، فإن جوهر الجزء الإجرائي تهديد القائم بالإجراء بإلغاء عمله وإعتبره كأن لم يكن أو وضع من باشر العمل موضع النظر، كما يولد لديه الخوف من تقرير مسؤوليته عن هذا العمل ومحاولة الضغط عليه باحترام القواعد الإجرائية والإلتزام بأحكامها وما تقضيه.

### طبيعة الجزء الإجرائي

الأصل في الجزء القانوني أنه وضع قانوني له أثر سالب لازم وضروري لتحقيق مبدأ التوازن بين المصالح المختلفة فمن ناحية نجد أن الجزء الجنائي عنصر الدفاع الشرعي عن خطابه الموجه إلى الأفراد<sup>3</sup>، ومن ناحية أخرى فإنه يجد من محلة من أي قيمة قانونية عسى أن تكون مقررة لهذا المحل، ولا شك أن الجزء الإجرائي هو تطبيق محض لفكرة الجزء الجنائي، ويمكن القول بأن الجزء الإجرائي هو جزء قانوني حدده القانون دون تدخل من إرادة الأطراف، فهو ليس جزءاً إتفاقياً ولو أتفق الخصوم، كما أنه ليس جزءاً قضائياً من خلق القضاء بل هو جزء قانوني تنفيذي ذلك أن الغاية من ورائه هي إعادة الواقع الإجرائي و الشخص القائم بالعمل الإجرائي المعيب إلى أحكام القانون وإخضاعه للقواعد الإجرائية وإعادة الأمر إلى الحالة التي كانت عليها قبل إتخاذ العمل المعيب.

و يثور الكلام عما إذا كان الجزء الإجرائي مجرد أثر للعمل الإجرائي أو هو وصف له؟- فإذا كان أثر للعمل الإجرائي فلا يمكن القول بأنه من خلق القضاء بل يكون القاضي مجرد كاشف لوجوده وليس منشأ له، ومن ثم يجوز لسلطة التحقيق إثارة عيوب العمل

<sup>1</sup> سليمان عبد المنعم، المرجع السابق، ص15.

<sup>2</sup> سعيد عبد اللطيف حسن، المرجع السابق، ص7.

<sup>3</sup> أحمد محمد حشيش، الدفع بعدم قبول الدعوى في قانون المرافعات المدنية و التجارية، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، 1976، ص71.

الإجرائي وإنزال الجزاء المناسب له، أما إذا كان الجزاء الإجرائي من خلق القضاء فإن إنزاله التطبيق العملي يترتب على حكم القاضي الذي يكون كاشفا وليس منشئا.

وفي ضوء هذا الذي أشرنا إليه إنقسم الفقه إلى طائفتين

**الطائفة الأولى:** وتتجه إلى أن الجزاء الإجرائي وصف للعمل المعيب<sup>1</sup>.

**الطائفة الثانية:** من الفقه الإجرائي وترى أنه أثر قانوني يتحقق بمجرد تحقيق الواقعة المنشئة له<sup>2</sup>، وسنده في ذلك أن الجزاء الإجرائي هو تطبيق لفكرة الجزاء بوجه عام، والذي يتحقق تلقائيا لأن الأصل في القانون التلقائي يترتب على ذلك الإتجاه العديد من النتائج، وهي أن دور القاضي يقف عند مجرد التحقيق من الواقعة المنشئة<sup>3</sup> في ضوء تقييمه للسلوك المعروف عليه طبقا للقاعدة القانونية المقرر. بحيث يبدو الجزاء مجرد أثر، وأن دور القاضي مجرد إستخلاص لهذا الأثر وإيداعه<sup>4</sup>.

### خصائص الجزاء الإجرائي

يتميز الجزاء القانوني بوجه عام بكونه مكتوبا أي ماديا ومحسوسا بمعنى أنه أمار خارجيا وليس مجرد شيء معنوي، فهو يصيب من خالف القاعدة القانونية ذاتها.

بصرف النظر عن كون هذه الإصابة تلحق بجسده أو ماله، فضلا عن ذلك فإن المشرع حرص على تنظيم الجزاء تنظيما وضعيا، فحدد صورته مقدما والإجراءات التي تتبع لتنفيذه، ومن ثم يقال أن الجزاء القانوني ليس إتفاقيا ولا قضائيا مقررا بالقانون ومنصوص عليه في التشريع، فضلا عن ذلك فهو حال ومطبق فور ثبوت تحقق الواقعة<sup>5</sup>، ومع ذلك فهو في حاجة إلى حكم يقرر تطبيقه، ويضيف بعض الفقه إلى خصائص الجزاءات القانونية السالفة الذكر ثمة خاصية تكمن في ضمان إحترام القواعد القانونية و إزالة أثار المخالفة وصلاحيته للتنفيذ<sup>6</sup>.

وإذا كانت هذه هي خصائص الجزاء القانوني فإن ثمة خصائص وسمات ذاتية تميز الجزاءات الجنائية وتتمثل في فكرة الصفة القانونية، فهو لا يتقرر إلا بقانون ولا ينفذ إلا بناء على حكم، إعمالا لمبدأ الشرعية الجنائية الموضوعية<sup>7</sup>.

ومن ناحية ثانية فإن الجزاء الجنائي يسعى إلى تطهير النفس من شوائبها أي من الخلل النفسي الذي إنتهى لصاحبه إلى الجريمة حتى لا يعود إلى الإنحراف<sup>8</sup>.

1 أحمد فؤاد ، النظرية العامة للتصرفات الدولية الصادرة عن الإرادة المنفردة - رسالة ماجستير، جامعة اسكندرية عام 1982، ص121 .

2 عبد الحكيم عباس قرني عكاشة، الصفة في العمل الإجرائي في قانون المرافعات المصري و الفرنسي، رسالة دكتوراه، مقدمة إلى كلية الحقوق، جامعة القاهرة، 1995، ص343.

3 أحمد حشيش، المرجع السابق، ص265.

4 مصطفى محمد الجمال، الجزاء بالأحكام المدنية - مجلة الحقوق عدد 201، عام 1971، ص30.

5 حسن على حسين، المرجع السابق، ص141.

6 نبيل أسماعيل عمر، الارتباط الجزائي في قانون المرافعات، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1994، ص 2 .

7 أحمد فتحي سرور، أصول السياسة الجنائية، المرجع السابق، ص191.

8 رمسيس بهنام ، النظرية العامة للمجرم والجزاء الدار الجامعية ، الأسكندرية ، 1999، ص 11 .

فهو يهدف لمقاومة الإجراء<sup>1</sup>، يدلله الإحساس المباشر بالألم والأذى وجوهره إحساس مباشر بالأذى يؤدي إلى الفعل وردة فعل مباشر باتخاذ موقف دفاعي معين والإحساس ومجاله نفس الشخص والناس عامة.

والخاصية الثالثة للجزاء الجنائي هي شخصية هذا الجزاء فهو مرتبط بشخص الجاني، كما يتعلق به حق المجتمع في البقاء ولا يجوز التنازل عنه، أما الجزاء الإجرائي فهو مجرد تطبيق للجزاء القانوني بوجه عام والجزاء بوجه خاص، لذا فهو يتمتع بذات الخصائص المقررة لصورتى الجزاء السالفتي الذكر، وإن كان له سمات خاصة تميزه عنها وتتفق مع طبيعته والتي يمكن إيجازها فيما يلي:

1. أن الجزاء الإجرائي له طبيعة مزدوجة فقد يكون سلبيا وقد يكون إيجابيا فحيث يكون محله العمل الإجرائي يكون الجزاء ذو طبيعة سلبية، وحيث يلحق بالشخص القائم بالإجراء يكون الجزاء ذو طبيعة إيجابية حيث ينصب الجزاء على ذاته أو ماله<sup>2</sup>.
2. أن الجزاء الإجرائي ذو طبيعة شكلية ذلك أن الأصل في العمل الإجرائي أن يكون شكليا أي أن يفرغ في الشكل الذي يحدده القانون<sup>3</sup>. فضلا عن كون الجزاء الإجرائي يترتب عن إنتهاك أحد عناصر عمل إجرائي تنظمه القواعد الإجرائية وهي قواعد شكلية بحكم طبيعتها<sup>4</sup>.
3. أن الجزاء الإجرائي في شقه السلبى يزيل عن العمل العيب أثاره الإيجابى، بالإضافة إلى أن له شق إيجابى يوقع على الشخص القائم بالإجراء ينطوي على عنصر الإيلام<sup>5</sup>.
4. إذا كان الجزاء الجنائي لابد وان يكون مقررا بالقانون إعمالا لمبدأ الشرعية الجنائية الموضوعية<sup>6</sup>، إلا أن الجزاء الإجرائي لا يشترط أن يكون مقررا بالقانون وحسبه أن يكون العمل منهيًا عنه لأن ذلك النهي تضمن بذاته ضرورة تقرير الجزاء وإن لم يكن المشرع قد صرح بذلك .

### التفرقة بين الجزاءات الجنائية الموضوعية وتلك الإجرائية

يتجه الأستاذ حسن علي حسين في مؤلفه القيم إلى أن الجزاءات الإجرائية ذات طبيعة موضوعية الأثر أي أنها لا تنال من شخص قائم بالإجراء إلا في حالة الغرامة الإجرائية.

#### خطوات تقرير الجزاء الإجرائي

من المقرر أنه يجوز لكل خصم في الدعوى أن يثير كما ما يعنيه من العيوب التي تشوب الأعمال الإجرائية إذا كانت له مصلحة في ذلك، وهو يسعى لإثارة هذه العيوب لتقرير الجزاء الإجرائي المناسب وفقا لجسامة العيب الذي يشوب العمل ومدى جسامته، لا فرق في ذلك بين العيوب التي تتعلق بالنظام العام وأخرى التي تتعلق بمصالح الأفراد والجماعات الخاصة.

<sup>2</sup> أحمد فتحي سرور، أصول السياسة الجنائية، المرجع السابق، ص5.

<sup>3</sup> أحمد فتحي سرور، نظرية البطان، المرجع السابق، ص222.

<sup>4</sup> حسن علي حسين، المرجع السابق، ص145.

<sup>5</sup> محمود نجيب حسني، المرجع السابق ط 1988، رقم 390، ص354.

<sup>6</sup> أحمد فتحي سرور، أصول السياسة الجنائية، المرجع السابق، ص191.

## ويمر تقرير الجزاء الإجرائي من خلال مرحلتين

**المرحلة الأولى:** تكيف العمل الإجرائي المعيب ومباشرة أطراف الخصومة وفقا لما إذا تعلق المخالفة بالنظام العام أو بمصالح الأفراد. فالمتهم وخصوم الدعوى المدنية يكون لكل منهم مصلحة في إثارة العيوب التي يترتب عنها بطلان الأعمال المستمدة منها أدلة مسؤولية كل منهم<sup>1</sup>، وإستبعاد هذه الأدلة إعمالا لقاعدة إستبعاد الأدلة المستمدة من أعمال إجرائية معيبة، ومن ناحية أخرى يتولى القاضي تكيف هذه الأعمال لتحديد مدى خلوها من عيوبها لتلاقي آثار العيوب أو إستبعادها والاحتجاج بصحتها من عدمه في ضوء الآثار المستخلصة من هذا التكيف.

**المرحلة الثانية:** وهي مرحلة تقرير الجزاء من عدمه، فحين تنتهي المحكمة إلى تعيب العمل الإجرائي فإنها ترتب الآثار التي فرزها المشرع على تحقيق هذا العيب، ومنها إنزال الجزاء الإجرائي المناسب على هذا العمل طالما توافرت شروط تطبيقه ومنها صاحب المصلحة الذي يتسم توقع جزاء تقريره بقاعدة إجرائية لا تتعلق بالنظام العام بل تتعلق بمصالح خاصة.

## التمييز بين الجزاء المدني والجزاء الإجرائي

يقصد بالجزاء ذلك الذي يستهدف إزالة المخالفة وإعادة الحال إلى ما كان عليه قبل وقوعها<sup>2</sup>.

ويتميز الجزاء المدني عن ذلك الإجرائي، فالأول يترتب على الخروج على القواعد اللازم توافرها لصحة التصرف القانوني، أما الجزاء الإجرائي فهو يترتب على الإخلال بالقواعد والأصول التي يجب مراعاتها في القيام بعمل إجرائي، وأيضا فإن الجزاء المدني يسعى إلى إزالة المخالفة، فإذا إستحال كان التعويض هو الجزاء المناسب، أما الجزاء الإجرائي فإنه يترتب على إنتهاك قاعدة إجرائية، ومن ناحية ثالثة فإن الجزاء المدني غايته الحفاظ على الحقوق والمراكز القانونية التي يتمتع بها الأفراد، أما الجزاءات الإجرائية فهي تعمل على وضع ضوابط الأعمال الإجرائية وفرض الإلتزامات التي يباشرها باحترام الشرعية والسير على مقتضاها.

## ضوابط أعمال الجزاء الإجرائي

المستفاد من نصوص القانون وأحكام المبادئ الإجرائية أن الجزاء الإجرائي يدخل في نطاق الشرعية الجزائية الإجرائية، فلم يتركه المشرع بمحض إتفاق الأطراف أو لمطلق سلطان القاضي، و إنما حرص على وضع القواعد المنظمة لتطبيقه والتي تشير إليها فيما يلي:

1. الإخلال بمباشرة العمل الإجرائي وفقا للنموذج الذي أرسنه القواعد الإجرائية إما عمدا أو نتيجة إهمال أو مباشرته على نحو ينتهك قواعد الإختصاص.
2. عدم الإلتزام بمباشرة الإجراء في المواعيد التي حددتها القواعد الإجرائية دون مبرر مشروع لذلك كمباشرة الإجراء قبل المواعيد المحددة وبين إنقضائها.

<sup>1</sup> حسن على حسين، المرجع السابق، ص133.

<sup>2</sup> سمير تناغو، النظرية العامة للقانون، دار الفكر العربي، 1985، ص75.

3. مباشرة إجراء معين دون تحقق المقومات اللازمة، مثال ذلك مبادرة سلطات التحقيق إلى إقامة دعوى الزنا قبل تقديم شكوى من الزوج المجني عليه.

### مدى ضرورة توافر الضرر لإنزال الجزاء منزلة التطبيق العملي

المقرر قانوناً أن إيقاع الجزاء الإجرائي لا يقصد به أن تعويضاً عن الضرر بل المقصود به العقاب على إهدار الضوابط الشكلية والموضوعية التي يجب إتخاذها عند القيام بعمل إجرائي معين.

يرى الدكتور حسن على حسين أن توافر الضرر لتقرير الجزاء الإجرائي ينحصر في جزاء البطلان دون غيره من الجزاءات، ذلك أن الأشكال الإجرائية إما أن تكون جوهرية و إما أن تكون غير جوهرية، والبطلان يترتب على الأولي دون الأخيرة.

و من ناحية أخرى فإن المشرع نص في المادة 200 من قانون المرافعات (التي تقابلها المادة: 60 من ق.إ.م.إ.)<sup>2</sup> على عدم تقرير البطلان طالما تحققت الغاية من الإجراء، وإنما أراد أن يحد من نطاق البطلان<sup>1</sup>. أما باقي الجزاءات الإجرائية فإن إثارتها لا تستلزم خطأ أو ضرراً بل يكفي أن يكون شروط تقرير الجزاء قد تحققت حتى يمكن تطبيقه<sup>2</sup>.

### الفرع الثاني: محل الجزاء الإجرائي و آثاره

يقصد بمحل الجزاء الإجرائي ما يرد عليه هذا الجزاء، أهمية تحديد المحل الذي يرد عليه الجزاء الإجرائي في أن الخصومة بإعتبارها مركزاً قانونياً إجرائياً يتكون من مجموعة من الأعمال القانونية التي تتخذ بداخلها و تولد أثراً إجرائياً مباشراً فيها، فإن المشرع يضع لها مجموعة من الجزاءات الإجرائية التي تهدف إلى إعطاء هذه الخصومة كامل فعاليتها. أي إعطاءها الصلاحية التي تجعلها مهياًة لإنتاج الأثر القانوني الذي يعتبر غايتها النهائية، هذا الأثر هو القرار القضائي، فإنه يجب لكي يكون هذا العمل سليماً أن يكون ناتجاً عن إجراءات سليمة<sup>3</sup>.

ومن أهم صفات هذه الأعمال الإجرائية أنها أعمال متتابعة يرتبط كل عمل فيها بالعمل السابق لها، و يوجد تسلسل زمني يفرضه المنطق لتحقيق الهدف الذي نشأت من أجله هذه الخصومة<sup>4</sup>، كما أن ليس المنطق لوحده هو الذي يضع نظاماً لتتابع هذه الإجراءات، ويرتب القانون أيضاً لأشخاص هذه الخصومة مجموعة من الحقوق و الواجبات الإجرائية<sup>5</sup>. و مجموع هذه الأعمال هو الذي يكون هيكل الخصومة رغم تركيبها وتعدد الأعمال المكونة لها، وهذه الوحدة تستخلص من الغاية التي تهدف الإجراءات إلى تحقيقها و هي فض النزاع و إنزال حكم القانون عليه<sup>6</sup>.

<sup>1</sup> تنص المادة: 60 ق.إ.م.إ. على: "لا يقرر بطلان الأعمال الإجرائية شكلاً، إلا إذا نص القانون صراحة على ذلك، و على من يتمسك به أن يثبت الضرر الذي لحقه".

<sup>2</sup> أحمد مسلم، المرجع السابق، ص 469.

<sup>3</sup> نبيل أسماعيل عمر، الوسيط في قانون المرافعات، مرجع سابق، ص 32.

<sup>4</sup> vizioz ، Observation sur L étude de la procédure Civile, en études de procédure ,p.11.

مشار إليه لدى إبراهيم نجيب سعد، مرجع سابق، هامش 2، ص 659.

<sup>5</sup> وجدي راغب. مبادئ القضاء المدني، دار الفكر العربي، القاهرة، 1986، ص 624.

<sup>6</sup> إبراهيم نجيب سعد، مرجع سابق، ص 659.

## الجزاء الإجرائي يواجه العمل الإجرائي ولا يصيب آثاره بشكل مباشر:

ينظم المشرع للخصومة القضائية سلسلة من الجزاءات الإجرائية، هذه الجزاءات

قد تواجه الخصومة ككل باعتبارها كتلة إجرائية، كما قد تكون موجهة إلى كل إجراء على حدة<sup>1</sup>، وإذا تتبعنا الخصومة المدنية من لحظة بدايتها وتهيئتها للإنعقاد حتى لحظة إنتهائها، سواء أكان إنتهاء طبيعياً بصدور الحكم أو القرار الحاسم الذي به تمنح الحماية القضائية- سواء كانت وقتية أم موضوعية- وسواء أكان إنتهاء إجرائياً منهيماً، حتى لنرى الجزاءات الإجرائية التي يمكن أن تصيب كل إجراء على حدا و تلك التي تصيب الخصومة برمتها، لوجدنا أن هذا التعقب لن يكون مجدياً في إطار محاولة لرسم الملامح العامة لفكرة الجزاء الإجرائي.

ويمكن القول بوجه عام إذا كانت فكرة الجزاء تهدف إلى غاية نموذجية، هي ضمان إحترام القاعدة الإجرائية، فإنها تتم عن طريق معاقبة الإجراء المخالف لنموذج القاعدة الإجرائية لإصابته بالعيب الذي يؤثر فيه و يجعله غير قادر على توليد آثاره.

فإننا نجد أنه رغم إختلاف وتعدد الجزاءات الإجرائية، فإنها تتفق والغاية النهائية لها، وهي عدم ترتيب الآثار التي من الممكن أن يولدها الإجراء لو كان مطابقاً لنموذجها<sup>2</sup>.

ولعل تداخلاً قد ينشأ نتيجة لهذا القول، بين إصابة الإجراء بالعيب و مواجهته بالجزاء، وبين النتيجة المترتبة على تلك الإصابة، و هي عدم ترتيب هذا الإجراء لآثاره، وهذا التداخل فما هو إلا إنعكاس وصدى لخلاف سبق و أن ثار في الفقه بشأن المحل الذي يرد عليه البطلان، هل يرد على العمل الإجرائي ذاته، أم على الآثار التي يرتبها هذا العمل؟

## العيب الإجرائي

لم تنص القوانين الإجرائية على تعريف مفهوم العيب الإجرائي، على الرغم من أن بعضها قد نظم حالة العيب الذي يعتري الإجراء القضائي والذي يؤدي إلى جزاء إجرائي، كما هو الحال في قانون المرافعات المصري<sup>3</sup>، وقانون الإجراءات المدنية الفرنسي (ق.إ.م.ف).

أما في الفقه فقد عرفه جانب بأنه ذلك العيب الذي يشوب عملاً أو وضعاً قانونياً في تكوينه أو مصدره أو هو نقص يعتري إعداد العمل<sup>4</sup>. وفي تعريف آخر بأنه ذلك العيب الذي يجعل من الإجراء القضائي غير مطابق لنموذج القانوني، ويترتب عليه عدم أنتاج الإجراء لآثاره القانونية<sup>5</sup>، إلا أن الملاحظ على التعريف السابق أنه يذهب بإتجاه تعريف العيب الشكلي وليس العيب بصورة عامة. وفي تعريف ثالث بأنه ذلك العيب الذي يصيب الإجراء

<sup>1</sup> نبيل إسماعيل عمر، الوسيط في قانون المرافعات، مرجع سابق، ص33. ومن الجزاءات الإجرائية التي تتعلق بالخصومة كوحدة، شطب الدعوى و باعتبارها كأن لم تكن ووقف الخصومة وسقوط الخصومة، أما الجزاءات الإجرائية التي تتعلق بالإجراء القضائي، فهي بطلان الإجراء .

<sup>2</sup> نبيل إسماعيل عمر، عدم لفعالية الجزاءات الإجرائية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2002، ص70 .

<sup>3</sup> انظر المواد (20 - 26) من قانون المرافعات المصري.

<sup>4</sup> فتحي والي، الوسيط في قانون القضاء المدني، المرجع السابق، ص214.

<sup>5</sup> الهادي دالي، "البيسيط في الإجراءات المدنية"، منشورات بغدادية، الجزائر، 2003، ص35.



القضائي ويترتب عليه عدم تحقق الغاية من الإجراء، وينطبق على هذا التعريف نفس الإنتقاد الموجه الى التعريف السابق.

من جهةٍ أخرى فإن العيب الذي يعترى الإجراء القضائي يكون بنوعين، الأول يتمثل بالعيب الإجرائي الشكلي، أما النوع الثاني فهو العيب الموضوعي.

وبالنسبة لتعريف العيب الإجرائي الشكلي، فلم تورد القوانين الإجرائية تعريفاً لهذا العيب. أما في الفقه، فذهب جانب منه إلى أن المقصود بالعيب الشكلي هو مخالفة الشكل الذي يفرضه القانون، أي مخالفة الشكل القانوني لممارسة الإجراء القضائي<sup>1</sup>، والملاحظ على التعريف السابق إنه يتسم بالعمومية، فمخالفة الشكل قد لا ترقى الى إعتبار المخالفة عيباً شكلياً طالما تحققت الغاية من الشكل، كما هو الحال في مخالفة الشكل القانوني بوجوب أن يكون حضور الخصم عند تقديم مستندات ودفوعه الى المحكمة أثناء المحاكمة، فعدم حضور الخصم لا يعد عيباً في حالة إرسال نسخة من المستند الى الخصم الآخر والذي من خلاله تتحقق الغاية من الإجراء<sup>2</sup>، وفي تعريف آخر بأنه ذلك العيب الذي يصيب أحد الشروط الشكلية للإجراء القضائي وذلك من خلال مخالفة النموذج الشكلي الذي حدده القانون لممارسة الإجراء الذي ينتج عنه تخلف الغاية من الإجراء القضائي الذي لحقه ذلك العيب<sup>3</sup>.

و الملاحظ على التعريف المتقدم أنه يربط بين الشكل والغاية دائماً وهذا غير متصور في جميع الحالات.

ويعد العيب شكلياً، متى ما كان الإجراء القضائي مخالفاً لشكل جوهرى أو لقاعدة شكلية متعلقة بالنظام العام، هذا ما دلت عليه المادة (114) من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي والتي نصت (لا يجوز إعلان بطلان أي إجراء لعيب في الشكل ما لم ينص القانون على ذلك صراحة، إلا في حالة خرق الإجراء من حيث شكله الجوهرى أو في قاعدة متعلقة بالنظام العام، ولا يتم النطق بالبطلان إلا إذ أثبت الخصم الذي يتمسك به الضرر الذي أصابه من العيب، حتى في حالة مخالفة الشكل الجوهرى للإجراء و قواعد النظام العام)<sup>4</sup>.

و لا يوجد نص مماثل في القانون المصري، أما في الجزائر فقد نص في المادة:60 على البطلان بصفة عامة.

ويقصد بالشكل الجوهرى ذلك الشكل اللازم لوجود الإجراء القضائي، أي الشكل الذي يترتب على تخلفه عدم وجود الإجراء<sup>5</sup>، إلا أن هذا التعريف يتسم بعدم الوضوح لأنه لم يبين ما هو الشكل الذي إذا تخلف يؤدي إلى عدّ الإجراء غير موجود، من جهةٍ أخرى عُرف الشكل الجوهرى بأنه الشكل الذي يتصل بعلّة وجود الإجراء القضائي والذي لا بد منه لتتحقق الغرض الذي وجد من أجله، بحيث إذا لم يُراعَ هذا الشكل كان الإجراء القضائي معيباً ومؤداه زوال الصفات الخاصة بالإجراء القضائي والمميزة له مما يجعل الإجراء غير

<sup>1</sup> جيرار كورنو، ترجمة منصور القاضي، معجم المصطلحات القانونية، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت، لبنان، 1998، ص1153.

<sup>2</sup> ادم وهيب النداوي، شرح قانون البينات و الإجراءات، دراسة مقارنة، دار الثقافة و النشر و التوزيع، عمان، ط1، 1998، ص35.

<sup>3</sup> علي هادي العبيدي، قواعد المرافعات المدنية في سلطنة عمان، المكتب الجامعي الحديث، ط1، القاهرة مصر، 2006، ص355.

<sup>4</sup> المواد (114- 121) من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي، و جدير بالذكر ان قانون الإجراءات المدنية الفرنسي نطق بمصطلح المخالفات الموضوعية وليس العيوب في المادة: 117 منه.

<sup>5</sup> محمود محمد هاشم، قانون القضاء المدني، المرجع السابق، ص153.

صالح للغرض الذي أريد منه. و نرى أن هذا التعريف الأخير للشكل الجوهرى يتناسب مع النصوص القانونية التي تقرر وجود العيب في حالة عدم تحقق الغاية من الإجراء.

فلقد ذهب البعض إلى أن البطلان بإعتباره حالة من حالات العمل القانوني إنما يرد على العمل الإجرائي ذاته<sup>1</sup>، بينما يرى البعض الآخر غير ذلك فالبطلان لديه أثر لا يرد على العمل ذاته و إنما يرد على أثره<sup>2</sup>.

والمواقع أن الجزاء بإعتباره أثر قانوني ذو مضمون سلبي، فهو يسلب و يجرد المحل الذي يرد عليه من آثاره بناء على تحقق الواقعة المنشئة للجزاء، و أنه على الرغم من تعدد الصور التي قد يتخذها هذا الجزاء فإنه في الواقع العمل الإجرائي هو محل أغلب الجزاءات الإجرائية، و هو محل البطلان و عدم الإختصاص و إعتبار الدعوى كأن لم تكن، و وقف الدعوى و شطبها و غالبية الجزاءات الإجرائية<sup>3</sup>، فهذه الجزاءات- باستثناء الغرامات المالية- فهي تنصب في قانون الإجراءات المدنية والإدارية على العمل الإجرائي، سواء كان عملاً إجرائياً منفرداً أم مركباً، أي متظافراً مع غيره مكوناً كتلة من الأعمال الإجرائية، فهو بصفة أساسية محل الجزاء الإجرائي، بما يعني أن العمل القانوني هو الذي يوجه إليه الجزاء.

وبما أن الأعمال الإجرائية هي أعمال قانونية، يترتب على مجرد توافرها الأثر القانوني<sup>4</sup>، سواء أراد من قام بالعمل ذلك الأثر أو لم يردده<sup>5</sup>، فإن ذلك الأثر ليس هو المحل الذي يسعى إليه الجزاء بصفة مباشرة. إذ أن الجزاء لا يرد على الآثار القانونية للعمل الإجرائي<sup>6</sup>، وإنما يرد على العمل الإجرائي محله بصفة مباشرة<sup>7</sup>.

ويعتمد هذا القول على الأسس التالية:

**الأساس الأول:** أن تقدير الصحة أو البطلان يمكن أن يردا على العمل، ولكنهما لا يردا على الآثار القانونية التي ينتجها هذا العمل، لأنه يمكن بالنسبة لهذه- الأعمال الإجرائية- المقابلة بين هذه الأعمال كما تتخذ في الوقائع، وبين تلك الأعمال كما ينظمها القانون، لمعرفة ما إذا كانت قد توافرت في الأولى شروط الثانية فتعتبر صحيحة، أم لا فتكون باطلة، أما بالنسبة للآثار القانونية فإن مقابلة كهذه لا يمكن أن تتم، إذ أن الآثار القانونية إما أن تنتج أولاً تنتج وإما أن توجد (ولو جزئياً) أو لا توجد اطلاقاً، ولا يتصور وجودها معيبة أي غير صحيحة، ولهذا فإن التكييف بالصحة أو البطلان إنما يردان على جزئيات الخصومة المختلفة، أي على الأعمال التي تتكون منها لا على آثار تلك الأعمال<sup>8</sup>.

<sup>1</sup> Cezar Bru ، procédure civile cours ,Toulouse 1946/ 1947 ,p.88.

<sup>2</sup> فتحي والي مرجع سابق، نظرية البطلان، ص654.

<sup>3</sup> أحمد محمد حشيش، الدفع بعدم القبول في قانون المرافعات المدنية و التجارية المصري، دار الكتاب الجامعي،الإسكندرية،1995، ص265 .

<sup>4</sup> نبيل أسماعيل عمر، عدم الفعالية الجزاءات الإجرائية، المرجع السابق ، ص45.

<sup>5</sup> أحمد فتحي سرور، نظرية البطلان، المرجع السابق، ص498.

<sup>6</sup> أحمد محمد حشيش، الدفع بعدم القبول، مرجع سابق ، ص252.

<sup>7</sup> فالغرامة الجزائية وفقاً لما يراه البعض وبحق لا توجه إلى العمل الإجرائي، بإعتبارها عقوبة توجه إلى الشخص المخالف لأوامر القانون و نواهيته، وهي تمثل مبلغاً من المال يدفعه المخالف. أنظر في ذلك نبيل أسماعيل عمر، عدم فعالية الجزاءات ، مرجع سابق ، ص41.

<sup>8</sup> فتحي الوالي، مبادئ قانون القضاء المدني، مرجع سابق ، ص59 .

**الأساس الثاني:** أن الجزاء الإجرائي هو وصف أو تكيف قانوني لعمل إجرائي لا يتحد ولا يتطابق مع نموذج القانوني، أي أن عدم مطابقة الإجراء لنموذجه القانوني هو الذي يشكل المخالفة المستوجبة لإعمال الجزاء الإجرائي، وعلى ذلك فالجزاء ينصب على ذات العمل الإجرائي وليس على آثاره، أي أنه يقع على المصدر المولد للآثار الإجرائية، ولا يقع على هذه الآثار بشكل مباشر<sup>1</sup>.

فإذا قلنا مثلاً بأن الخصومة رابطة قانونية، فإن هذه الرابطة ليست واقعة أو عمل، وإنما هي أثر قانوني للواقعة أي أثر للمطالبة القضائية، ولذلك فالبطلان يمكن أن يمس عريضة الدعوى أو الطلب القضائي الذي ينشئ الرابطة القانونية، كما يمكن أن يكون باطلاً أي عمل قانوني أياً كان، أما القانونية التي ينشئها العمل- والتي هي من آثاره- لا يمكن أن تكون إلا موجودة أو غير موجودة<sup>2</sup>، بما يؤكد مواجهة الجزاء الإجرائي لذات العمل، لا مواجهة آثاره مباشرة.

**الأساس الثالث:** أنه إذا كان العيب الإجرائي يترتب عليه تعطيل أو زوال الآثار القانونية للعمل الإجرائي، غير أن هذا الزوال لا يتم إلا بحكم قضائي، أي أنه يتم إلا بناء على أمر القضاء، إن العمل يجب أن يكون من آثاره القانونية، ومع هذا فإن مقتضيات الاستقرار القانوني قد تسمح بالتغاضي عنه وفرض صحة العمل القانوني<sup>3</sup>.

فالساسة التشريعية تقرر الإعفاء من آثار الجزاء، بما يعني استمرار العمل المعيب آثاره- كواقعة حضور الخصم التي يترتب عليها سقوط الحق في التمسك بالجزاء الناشئ عن بطلان التكاليف بالحضور المتعلقة باستدعاء الخصم للحضور م16 ق.إ.م.4، أي أن حضور الخصم أمام الجهة القضائية يؤدي إلي التغاضي عن مدى صحة تكليفه.

و يلاحظ مما سبق أن الإجراء المتخذ من الناحية الواقعية هو إجراء معيب، ومع ذلك فلأغراض السياسة التشريعية- كالحفاظ على الحق الموضوعي و تلافى هدر الإجراءات- يعامل هذا الإجراء معاملة الإجراء الصحيح، وتتولد عنه كافة الآثار التي تتولد عن الإجراء الصحيح.

وهكذا نجد أن الآثار التي سمح بتوليدها قد تولدت ونشأت من إجراءات معيبة، هذا الإجراء يواجه التقدير القضائي بشأنه حائلاً أو مانعاً دون تقرير العيب و توقيع الجزاء، هذا الحاجز أو المانع هي الواقعة التي أفترضها المشرع ويترتب على هذا الوضع قدرة إفتراضية بمقتضاها يتمكن الإجراء المعيب من إنتاج آثار لا ينتجها إلا الإجراء المطابق لنموذجه.

<sup>1</sup> نبيل أسماعيل عمر، عدم فعالية الجزاءات، مرجع سابق، ص47.

<sup>2</sup> وفي قضاء حديث لمحكمة النقض المصرية أكدت فيه هذا المعنى و إعتبرت الخصومة مجرد أثر إجرائي يترتب على المطالبة القضائية، فقضت بأنه "يلزم لإجراء المطالبة القضائية المحاكم أيداع صحيفتها فلم كتاب المحكمة، وهو ما يترتب عليه كأثر إجرائي بدء الخصومة فيها" الطعن رقم 1029، لدي فتحي والي، الوسيط في قانون القضاء المدني، المرجع السابق، ص 64.

<sup>3</sup> أحمد فتحي سرور، نظرية البطلان، مرجع سابق، ص520.

<sup>4</sup> وفي قضاء حديث لمحكمة النقض قضت فيه بأن "البطلان في ورقة التكاليف بالحضور لعيب في...، زواله بحضور المعلن إليه بالجلسة المحددة في الإعلان. أثره. سقوط الحق. في التمسك بالبطلان...الحضور بناء على الورقة ذاتها في الزمان والمكان الميبين فيها" 15/ 2000/5 الطعن رقم..68 أحوال شخصية أنظر انور طلبية، المرجع السابق، ص268.

وهو ما يتأكد معه القول بان العيب وجودا وعدمًا إنما يوصف به الإجراء، أما الآثار فقد تتولد من إجراء صحيح - وهو الأصل- وقد تتولد من إجراء معيب- نتيجة السياسة التشريعية، مما يعني أن الجزاء إنما يواجه الإجراء ذاته ولا يصيب آثاره بشكل مباشر، وذلك كنتيجة منطقية مترتبة على كون العيب هو نعت أو وصف للإجراء فحسب، لا وصف للآثار القانونية الناشئة عن هذا الإجراء.

**الأساس الرابع:** هذا الأساس يعتمد على سابقه، ويتركز في القول بأن الجزاء الإجرائي إذ يواجه ذات العمل ولا يصيب آثاره بشكل مباشر، إنما يتفق مع أصول الصحة في الإجراءات. ذلك أن عدم الصحة "البطلان"، وعدم الإختصاص وعدم جواز النظر هي جزاءات إجرائية، و الأصل أن الصحة الإختصاص والقبول وجواز النظر، هي أصول البراءة في إستعمال الدعوى القضائية، وأن نقيضها هو الجزاء- أي الأثر السلبي-.

فالأصل إذن في العمل الإجرائي أنه صحيح و مقبول و جائز ويستقدم الخصم أمام قاضيه المحدد، وعلى من يدعى خلاف ذلك (أي الدفع بالبطلان أو بعدم الإختصاص أو بعدم القبول أو بعدم جواز النظر) أن يثبت ذلك، وما يلزم المحكمة عند الفصل في الدفع هو التحقق من قيام سببه طبقاً لأحكام الواردة في ق.إ.م.إ.<sup>1</sup>.

وإذا ما تقرر العيب وتحقق موجب الجزاء إنصب هذا الأخير على العمل ذاته، وما زوال آثاره إلا نتيجة لتلك الإصابة، وليست هي المقصودة لذاتها بالجزاء أصلاً.

لذا فإذا كان الأصل أنه إذا شاب إجراء الخصومة عيب يبطله، حكمت المحكمة ببطلان الإجراء سواء من تلقاء نفسها، أو بناء على تمسك صاحب المصلحة وفقاً للقانون وحسب الظروف<sup>2</sup>.

هذا البطلان بإعتباره جزاء يلحق الإجراء لمخالفة القواعد المنظمة للإجراءات وشكلها، سواء بسبب عدم إتخاذ الإجراء المطلوب أو عدم إستيفاء الشكل اللازم فيه، أي القيام به على غير النحو المقرر قانوناً<sup>3</sup>، إنما يترتب عليه إعتبار الإجراء كأن لم يكن وزوال الآثار الناتجة عنه<sup>4</sup>، سواء كانت موضوعي، أو إجرائية، وهو بهذا يرد على أي عمل إجرائي يخالف نموذج القانوني، أي كان الشخص الذي قام به كما قد يرد على الخصومة ككل كما لو قامت هذه الخصومة على أساس باطل كأن تكون العريضة باطلة<sup>5</sup>.

وتوجد الأمثلة الدالة على أن الجزاء إنما ينصب و يواجه ذات العمل الإجرائي، إذ تنص المادة: 222 ق.إ.م.إ. و على الأتي: "تسقط الخصومة نتيجة تخلف الخصوم عن القيام بالمساعي اللازمة.

يجوز للخصوم تقديم طلب السقوط ، إما عن طريق دعوى أو عن طريق دفع يثيره أحدهم قبل أية مناقشة في الموضوع "

1 أحمد محمد حشيش، الدفع بعدم القبول ، مرجع سابق، ص 267 .

2 وجدي راغب فهمي، الوجيز في المرافعات، 2001 ، ص 179.

3 أمينة مصطفى النمر، الدعوى و إجراءاتها، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، 1976 ، ص 391.

4 وجدي راغب فهمي، مرجع سابق " الموجز في مبادئ القضاء"، ص 312.

5 نبيل أسماعيل عمر، سقوط الحق في إتخاذ الإجراء، مرجع سابق، ص 223.

و يتجلى من نص هذه المادة أن الجزاء الإجرائي يرد على كتلة الإجراءات المكونة للخصومة المدنية أو الإدارية، وهو جزاء ينشأ من إهمال السير في خصومة قائمة وإن كان بشروط وأوضاع محددة، ومنه أيضا شطب القضية طبقا للمادة: 216 ق.إ.م.إ و التي تنص على أنه " يمكن للقاضي أن يأمر بشطب القضية، بسبب عدم القيام بالإجراءات الشكلية المنصوص عليها في هذا القانون، أو تلك التي أمر بها.

كما يمكن له شطب القضية بناء على طلب مشترك من الخصوم".

فجزاء الشطب يصيب كتلة الإجراءات و يؤدي إلى زوالها، و يترتب على هذا الزوال إعتبارها كأن لم تكن، فتزول آثارها التي نشأت من تاريخ رفع الدعوى وبأثر رجعي، وكذلك أيضا رفع الدعوى أمام جهة غير مختصة، يؤدي إلى جعل هذا الإجراء إجراء معيبا، و بالتالي لا يولد الآثار التي كان من الممكن أن يولدها لو كان صحيحا<sup>1</sup>، كالتزام المحكمة بنظر الدعوى و الفصل فيها.

و نلاحظ من خلال ما سبق أن الحديث إنما يدور حول إجراء معيب لا عن آثار معيبة، هذه الآثار إما أن ينتجها العمل إن كان صحيحا، أو لا ينتجها إن كان العمل معيبا- ما لم تتدخل السياسة التشريعية للحد من أثر الجزاء- كنتيجة غير مباشرة- عدم إنتاج العمل لآثاره، أي أن عدم إنتاج الآثار هي نتيجة لورود الجزاء على العمل الإجرائي المولد لها.

## المبحث الثاني: الدفوع ماهيتها وأنواعها

إن كانت التشريعات الموضوعية هي موطن العدل بمضمونه وفحواه، فإن التشريعات الإجرائية هي الطريق إليه، ذلك أن رسالتها الأولى والأخيرة أن تكون أداة طيعة سهلة المنال، فقانون الإجراءات المدنية والإدارية هو حجر الأساس في بناء جميع القوانين الإجرائية، لذا يتعين أن تمتاز بنصوصه بالدقة والشمولية والمرونة، بما يُمكن القاضي أن ينزل حكم القانون على الروابط القانونية المعروضة عليه، على نحو يجعل الحقيقة التي يُعلنها في حكمه أقرب ما تكون إلى الحقيقة الواقعية.

وإذا كان لكل شخص الحق في اللجوء إلى القضاء طلباً للحماية في مواجهة شخص آخر، فإن لهذا الأخير أن يدافع عن نفسه بما يراه مناسباً من وسائل دفاع، حتى لا يُحكم لخصمه بما يدعيه، فالدفع هي الوسيلة الفنية التي بيد المدعى عليه لرد دعوى المدعي، وترمي هذه الدفوع إلى الطعن بعدم توافر الحق المدعي به أو الشروط الإجرائية التي رسمها المشرع.

فالدفع هي مصطلح إجرائي يقصد به الأداة الأخرى من أدوات استعمال الحق في الدعوى .

فإذا كانت الدعوى كما سبق القول هي عبارة عن حق إجرائي يخول لصاحبه إمكانية طرح إدعائه على القضاء طالبا منه الحصول على الحماية القضائية له فيما يدعيه، فإن المدعي عليه له الحق في دفع هذا الطلب بالعديد من الدفوع التي قد ترمي إلى تحطيم إدعاء المدعي، أو منع الحكم له به كله أو بعضه أو برفضه، أو الحكم بعدم قبوله أو الحكم بعدم صحة الإجراءات المتخذة ضده أو سقوط حق المدعي فيها.

و الدفوع في ق.إ.م. توجد على أنواع متعددة، وهي كلها حقوق إجرائية، وليست واجبات، وبالتالي يملك صاحبها إستعمالها، أو عدم إستعمالها. حتى وإن تعلق بالانظام العام فهي بالنسبة لصاحب الحق تظل حقا إجرائيا، وقد لا يستعملها صاحبها و سوف نتناول في هذا المبحث.

الدفوع تعريفها وأنواعها في المطلب الأول.

وخصائص الدفوع الشكلية في المطلب الثاني.

### المطلب الأول: الدفوع تعريفها وأنواعها وخصائصها

إن حق اللجوء إلى القضاء حق مكرس دستوريا يتم وفق إجراءات منصوص عليها قانونا. هذه الإجراءات تعتبر صحتها شرط أساسي في إنعقاد الخصومة. بالإضافة إلى ذلك فاللجوء إلى القضاء يستند إلى حق محمي بدعوى، وأن أي خلل يصيب إجراءات هذه الدعوى قد يؤثر على مجريات الخصومة، وذلك بإعطاء فرصة للخصم للتخلص منها بصورة جزئية أو كلية عن طريق استعمال وسيلة قانونية تعرف بالدفع.

ومن هذا المنطلق يتضح لنا أن المطالبة القضائية تأخذ وجهين، فإما أن تكون في شكل دعوى وإما أن تكون في شكل دفع، وبعبارة أخرى إذا ما أمكن التمسك بأمر ما جاز طلبه و جاز دفعه ، وإذا إمتنع التمسك به إمتنع دفعه.

للحديث عن الدفع يستلزم بيان ماهيته<sup>1</sup> في اللغة و الإصطلاح، وقوفا على بيان المعنى المراد منه في خصوص هذا البحث.

لذا فإنني أتناول تعريف الدفع في اللغة و الإصطلاح من خلال الفرعين التاليين:

الفرع الأول: الدفع في اللغة و الإصطلاح

الفرع الثاني: الدفوع و أنواعها

<sup>1</sup> ماهية الشيء، ما به الشيء هو أي معرفته و حقيقته و هي نسبة إلى ماء، و الأصل المائية قلبت الهمزة " هاء" لنلا يشتبه بالمرجع المأخوذ من لفظ " ماء"، و الأظهر أن المائية نسبة إلى " ما هو" جعلت الكلمتان كلمة واحدة، أنظر، كتاب التعريفات للشريف على بن محمد الجرجاني. ص 195 ط. دار الكتب العلمية. ط. الأولى بيروت. ط ، 1403 هـ 1983م، و المراد بالماهية هنا، معرفة الدفع من حيث حقيقته في اللغة و الإصطلاح.

## الفرع الأول : الدفع في اللغة والإصطلاح

الدفع في اللغة مصدر " دفع " يقال : " دفع " الشيء " يدفعه " " دفعا " و " دفعا " و يجمع على " دفوع " <sup>1</sup>.

دفع : من باب قطع ، يقال : دفعه فإندفع.

و إندفع الفرس: أي أسرع في سيره.

ويقال : تدافع القوم في الحرب: أي دفع بعضهم بعضا<sup>2</sup>.

ويقال أيضا: طريق يدفع إلى مكان كذا : أي ينتهي إليه، ودفع عن الموضع: أي رحل عنه، ودفع الشيء: أي نحاه، وأزاله بقوة<sup>3</sup>.

والدفع هو: الإزالة بقوة، يقال: دفعه شيئا، ودفع عنه الشر، ودافع عنه: أي رده<sup>4</sup>.

ومنه قوله تعالى: " ولولا دفع الله الناس بعضهم ببعض لفسدت الأرض " <sup>5</sup>. وقوله تعالى: "... ولولا دفع الله الناس بعضهم ببعض لهدمت صوامع وبيع وصلوات و مساجد يذكر فيها اسم الله كثيرا و لينصرن الله من ينصره إن الله لقوي عزيز " <sup>6</sup>.

وقوله تعالى : " .. إن الله يدافع عن الذين آمنوا إن الله لا يحب كل خوان كفور " <sup>7</sup>.

وقوله تعالى: " إُدفع بالتي هي أحسن السيئة نحن أعلم بما يصفون " <sup>8</sup>.

قال القرطبي: يدافع: بمعناه: يبالغ في الدفع عنهم. يقال: دفع الله المكروه عنك دفعا، ودافع عنك دفعا، الدافع أحسنهما <sup>8</sup>.

ويقال: دفعت الشيء أدفعه، دفعا، ودافع عنه السوء دفعا، ودافع عنه مدافعة: أي حامي عنه، وانتصر له، ودافع عنه، ودفع عنه بمعنى واحد، ومنه الدافع في القضاء <sup>9</sup>.

ويقال : دفع القول : أي رده بالحجة، ودفع فلانا إلى كذا: إضطره إليه <sup>10</sup>.

والدفاع الشرعي: حق يخوله القانون للشخص، فيبيح له الإلتجاء إلى القدر اللازم من القوة لدرء خطر الإعتداء على نفسه، أو ماله، أو على نفس الغير، أو ماله<sup>11</sup>.

<sup>1</sup> أبي الفضل جمال الدين محمد بن منظور، لسان العرب. مادة " دفع " 369/4. ط. دار إحياء التراث العربي بيروت. ط1، 1990. المعجم الوسيط. مادة " دفع " 298/1. ط. مجمع اللغة العربية. ط الثالثة.

<sup>2</sup> زين الدين محمد بن أبي بكر عبد القادر الرازي، مختار الصحاح، مؤسسة الرسالة بيروت، 1987، ص207

<sup>3</sup> المعجم الوسيط، 289/1. ط 2. لسان العرب ، 1393/2 1394. ط دار المعارف. معجم مقاييس اللغة ، 288/2.

<sup>4</sup> لسان العرب، 1393/2 1394. المعجم الوسيط، 289/1. ط 2. معجم مقاييس اللغة، 288/2.

<sup>5</sup> سورة البقرة آية 251 .

<sup>6</sup> سورة الحج آية 40.

<sup>7</sup> سورة الحج آية 38

<sup>8</sup> المؤمنون آية 96.

<sup>8</sup> زين الدين محمد بن أبي بكر عبد القادر الرازي ، مختار الصحاح ، 38/23.

<sup>9</sup> معجم مقاييس اللغة، 288/2. المعجم الوسيط ، 289/1. ط 2. لسان العرب ، 1393/2 1394. مختار الصحاح / الرازي ،

ص ، 207 .

<sup>10</sup> المعجم الوسيط ، 289/1. ط 2.

<sup>11</sup> المعجم الوسيط ، 289/1. ط 2.



والدفع في ق.إ.م.إ هو: أن يدعي المدعي عليه أمرا يريد به درء الحكم عنه في الدعوى، والجمع : دفوع<sup>1</sup>.

و يطلق الدفع على عدة معاني أهمها:

أ- الدفع بمعنى إزالة الشيء بقوة : يقال : " دفعه" و " يدفعه" " دفعا" أي : نحاه عنه و أزاله بقوة<sup>2</sup>.

و منه قوله تعالى : " ..... و لولا دفع الله الناس بعضهم ببعض لفسدت الأرض و لكن الله ذو فضل على العالمين"<sup>3</sup>.

و المعنى أن الله عز و جل دفع بجنود المسلمين شر الكافرين و فسادهم<sup>4</sup>، أو دفع بعضهم ببعض في الحرب و نحوها<sup>5</sup>، يقول ابن عباس: رضي الله عنه " دفع الله بالنبیین عن المؤمنین شر أعدائهم، و بالمجاهدين عن القاعدين عن الجهاد شر أعدائهم، و لولا ذلك لفسدت الأرض بأهلها " <sup>6</sup> و يقال : دفع عنه الشر: أزاله و رده عنه، و دفع فلان إلى كذا إضطره إليه، و دافع عنه: حامي عنه و إنتصر له و منه الدفاع في القضاء<sup>7</sup>. الدفع بمعنى رد القول بالحجة:

يأتي الدفع و يراد منه رد القول بالحجة، يقال: دفع فلان إلى فلان قوله إذا رده عليه بحجة<sup>8</sup> و منه قوله تعالى: " و لا تستوي الحسنة و لا السيئة أدفع بالتي هي أحسن فإذا الذي بينك و بينه عداوة كأنه ولي حميم"<sup>9</sup>. و الدفع بهذا المعنى هو الرد.

<sup>1</sup> المعجم الوسيط ، 289/1 ط 2 .

<sup>2</sup> للشيخ مجد الدين محمد بن يعقوب الفيروز آبادي الشيرازي، القاموس المحيط، كنسخة مصورة عن الطبعة الثالثة بالمطبعة الأميرية 1302 هـ. ص 624 .

<sup>3</sup> سورة البقرة من الآية رقم 251."

<sup>4</sup> محمد بن أحمد بن أبي بكر بن فرج القرطبي. أبي عبد الله، الجامع لأحكام القرآن 127/1 . دار الشعب القاهرة .

<sup>5</sup> على بن أحمد الواحدي أبي الحسن، تحقيق صفوان عدنان داوودي، الوجيز في تفسير الكتاب العزيز طبعة. دار القلم، دمشق ط1، سنة 1415 هـ.

<sup>6</sup> تنوير المقباس من تفسير ابن عباس. للفيروز آبادي. ص35 ط. دار الكتب العلمية. بيروت. ط بدون تاريخ طبع.

<sup>7</sup> المعجم الوجيز . مجمع اللغة العربية. ص 230. كما يأتي الدفع بمعنى المنع و الإبعاد و منه قوله تعالى: " ..... و لولا دفع الله الناس بعضهم ببعض لهدمت صوامع و بيع و صلوات و مساجد يذكر فيها اسم الله كثيرا... " سورة الحج من الآية رقم:40. و المعنى أن الله عز و جل منع بالمسلمين عدا الكافرين و طغيانهم، و لولا هذا المنع و الجهاد من المسلمين لهدمت هذه الصوامع و البيع و الصلوات و المساجد بسبب أفعال المشركين، جامع البيان عن تأويل أي القرآن. لمحمد بن جرير بن يزيد بن خالد الطبري أبو جعفر 162/9 ط. دار الفكر. بيروت. ط. 1405، تفسير القرآن العظيم لإسماعيل بن عمر بن كثير الدمشقي ابن الفداء 302/3، تفسير الجلالين 439/1. و منه أيضا قوله تعالى: " و ليعلم الذين نافقوا و قيل لهم تعالوا قاتلوا في سبيل الله أو ادفعوا قالوا لو نعلم قتالا لأتبعنكم ..... " سورة آل عمران. من الآية رقم: 167 أي " ادفعوا عنا القوم بمنعهم منا و ابعادهم عنا، تفسير الجلالين 439/1، أو ادفعوا عنا العدا بالدعاء لنا و الرباط إن لم تستطع المشاركة في الجهاد فأجابوا قائلين لو نعلم قتالا لاتبعناكم فتعللوا بعدم المعرفة بفن القتال. أنظر ، الجامع لأحكام القرآن. القرطبي، ج 4. ص ، 258، تفسير القرآن العظيم لابن كثير. 563/1.

و يأتي الدفع بمعنى المنع كما في قولك " دفع فلان فلانا و " دافعة" " مدافعة" إذا ماطله و منه حقه.

أنظر ، لسان العرب. لابن منظور 369/4، المعجم الوسيط. مجمع اللغة العربية 298/1، كما يأتي الدفع بمعنى الإعطاء و التسليم، كما في قوله تعالى " .... فإن أنستم منهم رشدا فادفعوا إليهم أموالهم ... " سورة النساء من الآية رقم:6، أي أعطوهم أموالهم و لا تحسبوها عنهم إذا أنستم منهم صلاحا في دينهم و حفظا لأموالهم. جامع البيان الطبري 593/3، تفسير القرآن. ابن كثير. 600/1 و النصره كما في قوله تعالى، " إن الله يدافع عن الذين آمنوا..... " سورة الحج من الآية رقم "38".

<sup>8</sup> لسان العرب لابن منظور 369/4، المعجم الوسيط، مجمع اللغة العربية 298/1.

<sup>9</sup> سورة فصلت، الآية 34.

## و تأسيسا عليه

أخلص بأن المعنى اللغوي المقصود من الدفع في خصوص هذا البحث هو رد القول بالحجة، حيث أن المدعى عليه يرد بهذا الدفع دعوى المدعى قاصدا إفساد قوله بدفع الخصومة عن نفسه وردها على المدعى بحجة معتبرة، كما أن الدفع بهذا المعنى يعد دفعا معنويا بخلاف المعاني السابقة فإنها تفيد معنى الدفع المادي.

## أما الدفع في القانون الإجرائي

فقد تعددت تعريفات فقهاء القانون للدفع : فالدفع بمعناه العام يطلق على جميع وسائل الدفاع، التي يجوز للخصم أن يستعين بها، ليجيب عن دعوى خصمه، بقصد تفادي الحكم لخصمه بما يدعيه<sup>1</sup>.

أو هو جواب الخصم عن إدعاء خصمه، بقصد منع الحكم له بما يدعيه<sup>2</sup>، كما عرفه أحد الشراح بأنه " تمسك الخصم أمام المحكمة بما يؤدي إلى تفادي الحكم عليه بطلبات خصمه، أو تأخير هذا الحكم".

و هذه التعريفات في الحقيقة و أن تعددت إلا أنها تؤدي إلى معنى واحد، و هو أن الدفع قد يكون موجها نحو إجراءات الخصومة، بقصد تأخير الحكم فيها، و هنا نكون بصدد دفع شكلي<sup>3</sup>، وقد يكون موجها نحو ذات الدعوى، بقصد إبطالها بالمنازعة في موضوعها، و هنا نكون بصدد دفع موضوعي. وقد يتوجه الدفع نحو سلطة الخصم في استعمال الدعوى كما هو الحال في الدفع بعدم القبول<sup>4</sup>.

## و نستخلص مما سبق :

أن معنى الدفع لا يعدو أن يكون وسيلة إجرائية يقرها القانون للخصم و من في حكمه بقصد تفادي الحكم عليه مطلقا أو مؤقتا في الوقت المحدد لذلك قانونا.

و لهذا فالدفع سواء إعتبر دعوى<sup>5</sup> أو جوابا عنها<sup>6</sup> فهو في ذاته وسيلة إجرائية يعترف بها القانون، إقرارا لمبدأ حق الدفاع الذي يضمنه القانون للخصوم<sup>7</sup> كما أن الدفع قد يترتب عليه دفع الدعوى مؤقتا، كما هو الشأن في الدفع بعدم الإختصاص، أو دفعها مطلقا، كما هو الحال في الدفوع الموضوعية التي تؤدي إلى إبطال دعوى المدعى، و قد يترتب عليه الحكم بعدم قبول الدعوى لإنتفاء شرطها كما هو الشأن في الدفوع بعدم القبول، لإنتفاء حق الخصم في استعمال دعواه.

و أخيرا قد يقرر القانون حق التمسك بالدفع في وقت محدد بحيث لا يقبل الدفع بعد فواته كما هو الشأن الدفع بعدم الإختصاص المحلي الذي يجب التمسك به قبل التطرق للموضوع.

<sup>1</sup> أحمد أبو الوفا، نظرية الدفوع ، المرجع السابق ، ص 11 .

<sup>2</sup> خالد شهاب، مركز الأبحاث و الدراسات القانونية، ط2، سنة 1998، ص 257.

<sup>3</sup> إبراهيم سيد أحمد ، موسوعة الدفوع و الخصومة المدنية، ج 1، ط1، المركز القومي للإصدارات القانونية، 2006، ص 358 .

<sup>4</sup> سوف يرد بيان معنى الدفع الشكلي، و الدفع الموضوعي، و الدفع بعدم القبول في المطلب القادم بشيء من التفصيل.

<sup>5</sup> عبد المنعم أحمد الشرفاوي ، الوجيز في قانون المرافعات، مكتبة النهضة المصرية، القاهرة 1954 ، ص 4 .

<sup>6</sup> عبد الفتاح السيد بك، الوجيز في قانون المرافعات المصرية، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1951، ص 496 .

<sup>7</sup> أحمد أبو الوفا، نظرية الدفوع، المرجع السابق ، ص 11.

## الفرع الثاني : أنواع الدفوع

تقسم الدفوع من حيث طبيعتها القانونية إلى ثلاثة أنواع هي الدفع الموضوعي و الدفع الإجرائي، و الدفع بعدم القبول.

### الدفوع الموضوعية

يقصد بالدفع الموضوعي في الفقه: إبطال نفس الدعوى<sup>1</sup>، و ذلك بقصد التخلص من الدعوى، و تفويت المقصود الذي يرمي إليه المدعى من وراء دعواه<sup>2</sup>، و يتميز هذا الدفع بتعرضه لأصل الحق الموضوعي محل الدعوى، حيث يتمكن المدعى عليه - الدافع- من مناقشة المدعى في دعواه و الرد على حججه، و ذلك لمعرفة مدى صدقه أو كذبه في توجيه دعواه ضد المدعى عليه<sup>3</sup>، كما يتميز هذا الدفع أيضا بكثرة صورته و تعددها، و كتب الفقه زاخرة بهذه الصور، التي تمثل دفوعا موضوعية، و تقبل من المدعى عليه و من في حكمه متى كانت صريحة واضحة الدلالة على حقيقة المقصود منها، فضلا عن توافر شروطها الشرعية<sup>4</sup>.

يقول ابن فرحون: " ... إذا إدعى سلفا أو بيعا لم يجزه من الجواب أن يقول لا حق لك عندي حتى يقول : لم تسلفني ما تدعيه، أو لم تبع مني شيئا مما ذكرت"<sup>5</sup>.

و هذا يعني أن الدفع الموضوعي يتعلق بموضوع الدعوى، و قد شرط لقبوله أن يكون صريحا وواضحا، فلا يقبل الدفع من المدعى عليه لو قال : " ما أظن له عندي شيئا"<sup>6</sup>، لتجرده عن التصريح القاطع بالنفي.

و جاء في كشف القناع : " .... مثل أن يقول المدعى أقرضته ألفا أو بعته كذا بكذا " فلو قال " المدعى عليه " ما أقرضني و لا باعني، أو ما يستحق على ما إدعاه و لا شيئا منه، و لا حق له علي صح الجواب " لنفيه عين ما إدعى عليه<sup>7</sup>، و بناء على هذا يجوز للمدعى عليه أن يتمسك بما شاء من الدفوع الموضوعية، التي يرد بها دعوى المدعى، متى كانت مقبولة شرعا، كما لو دفعها بالإبراء<sup>8</sup>، أو الوفاء، أو الإنقضاء ، الخ.....

و أما الدفوع الموضوعية في القانون الإجرائي فيقصد بها:

<sup>1</sup> علي محمود قراعة، الأصول القضائية في المرافعات الشرعية، مطبعة النهضة، القاهرة مصر، ط2، ص59.  
<sup>2</sup> محمد نعيم ياسين، نظرية الدعوى بين الشريعة الإسلامية و قانون المرافعات المدنية و التجارية، دار النفائس، عمان ، الأردن، 2002، ص588.  
<sup>3</sup> لسان الحكام لابن الشحنة ص 277، كشف القناع للبهوتي 233/6.  
<sup>4</sup> أنظر ، تبصرة الحكام، لابن فرحون 10/1، 102، و هي ذات الشروط الواجبة لصحة الدعوى.  
<sup>5</sup> تبصرة الحكام لابن فرحون 130/1.  
<sup>6</sup> معين الحكام للطرابلسي، تبصرة الحكام لابن فرحون 129/1، ص65 .  
<sup>7</sup> كشف القناع للبهوتي 333/6.  
<sup>8</sup> معين الحكام للطرابلسي. ص132.

الدفوع التي يوجهها المدعى عليه نحو موضوع الدعوى، و يكون الغرض منها رفض طلب المدعى، و ذلك بإنكار الدين، أو دفعه بوفائه، أو سقوطه، أو إنقضائه وغيرها من الدفوع التي يترتب عليها إبطال دعوى المدعى.

و بهذا فإن الدفع الموضوعي يرتكز أساسا على ذات الحق الموضوعي للمنازعة في وجوده أو ثبوته بأي وجه من وجوه المنازعة، بحيث يصل المدعى عليه أو من يمثله قانونا إلى إبطال طلب المدعى، عن طريق الحكم برفض الطلب كليا أو جزئيا<sup>1</sup>.

وتعدد الدفوع الموضوعية التي يثيرها المدعى عليه بحسب موضوع المطالبة الذي يستند إليه المدعى، فالمطالبة بملكية عقار مثلا تدفع بملكية المدعى عليه لهذا العقار بسبب من أسباب التملك، بيعا كان أو إرثا، و المطالبة بدين معين يدفعها المدعى عليه بالوفاء أو الإبراء أو السقوط أو الإنقضاء أو المقاصة أو التصالح و نحو ذلك، لذا فإن الدفوع الموضوعية ترد في القانون الإجرائي على سبيل المثال، لا على سبيل الحصر<sup>2</sup> و ينظمها القانون المدني<sup>3</sup>، أو القانون التجاري أو ما تفرع منهما.

إلا أن الدفوع الموضوعية مهما تعددت فهي لا تخرج عن نطاقها المحدد لها قانونا، ألا وهو أصل الحق الموضوعي، لذا فإنه لا يشترط في تقديمها ترتيبا معيناً<sup>4</sup>، بل يجوز إبدائها جملة أو فرادى، لأنها تدور مع الحق الموضوعي وجودا و عدما.

ويلاحظ أن الدفع الموضوعي يتميز بحماية قانونية من تاريخ رفع الدعوى إلى حين إنتهائها بحكم قضائي يصدر فيها على نحو يمنع من تجديدها مرة أخرى، و على هذا فالحماية القانونية لهذا الدفع تتمثل في حق التمسك به في كل مرحلة تكون عليها الدعوى، و لو في مرحلة النقض أمام المحكمة العليا و ذلك متى كان للدفع ما يبرره قانونا.

و يتميز الدفع الموضوعي أيضا بأنه يؤدي إلى إنهاء النزاع القائم بشأن موضوع الدعوى، فالدفع إذا كان صحيحا و صدر الحكم بناء عليه فإن هذا الحكم ينهي الخصومة<sup>5</sup>، و من ثم لا يجوز للمدعى تجديد نفس الدعوى بنفس أسبابها على نفس المدعى عليه، و ذلك لخروجها من ساحة القضاء بحكم قضائي أنهى التنازع بشأنها<sup>6</sup>، و من ثم إذا جدد المدعى دعواه مرة أخرى قضت المحكمة بعدم قبول الدعوى لسبق الفصل فيها<sup>7</sup>، وهو ما نصت عليه المادة 338 ق.م.

كما يتميز الدفع الموضوعي أيضا بأنه يحقق التوازن بين مصلحتي المدعى و المدعى عليه فإذا كان القانون يكفل للمدعى حق الإدعاء بالمطالبة القضائية، فإنه يكفل أيضا حق المدعى عليه في الجواب عن الدعوى، وذلك بالتمسك بالدفع الموضوعي الذي ترد به دعوى

<sup>1</sup> عبد المنعم الشرقاوي، الوجيز في قانون المرافعات، المرجع السابق، ص 379 .

<sup>2</sup> أحمد مسلم، أصول المرافعات، المرجع السابق، ص 240.

<sup>3</sup> نبيل اسماعيل عمر، الدفع بعدم القبول و نظامه القانوني في قانون المرافعات المدنية، دراسة تحليلية للفقهاء و القضاء المصري و الفرنسي، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2004، ص 348 .

<sup>4</sup> عبد المنعم أحمد الشرقاوي، الوجيز في قانون المرافعات، المرجع السابق، ص 87.

<sup>5</sup> عبد الحميد أبو هيف، المرافعات المدنية و التجاري و النظام القضائي في مصر، ط2، ص 379 .

<sup>6</sup> عبد الفتاح السيد بك، الوجيز في قانون المرافعات، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1951، ص 496.

<sup>7</sup> وجدي راغب، مبادئ الخصومة المدنية، المرجع السابق، ص 214.

المدعى و بهذا يقتصر دور القاضي على الترجيح بين الأسانيد القانونية، التي يستند إليها كل من طرفي الدعوى<sup>1</sup>.

و بالمقارنة بين الفقه الإسلامي و القانون الإجرائي يتضح أن القانون الإجرائي يتفق تماما مع أحكام الفقه الإسلامي، فيما يتعلق بتقرير الحق للخصوم في الدفع الموضوعي و أن مجال هذا الدفع هو ذات الحق محل الدعوى<sup>2</sup>.

كما يتفقان أيضا في تعدد صور الدفع الموضوعي بحسب نوع المطالبة التي يثيرها المدعى في دعواه، كما أن الدفع الموضوعي لا ينحصر في حالات بعينها و إنما تتحدد صورته بحسب الأسانيد الشرعية و القانونية لكل دعوى، و التي تمثل دفوعا موضوعية من قبل المدعى عليه<sup>3</sup>.

### تعريف الدفع الموضوعي:

الدفع الموضوعي<sup>4</sup> هو عبارة عن إعتراض الخصم على الحق المدعى به عن طريق إنكاره أو تأكيد واقعة تؤثر في وجوده أو إستحقاقه أو مقداره.

و يعد الدفع الموضوعي وسيلة دفاع فعالة، لأنه يوجه إلى الحق المرفوعة به الدعوى، كالدفع ببطلان الدين أو تزويره، و كالدفع بإنقضاء الدين بالوفاء، أو بالتقادم أو بالمعاوضة، و كالدفع بإبطال العقد للغلط أو التدليس أو الإكراه أو الإستغلال<sup>5</sup>، و كالدفع بالصورية.

و الدفوع الموضوعية لا يمكن حصرها، و مصدرها القانوني الموضوعي المدني أو التجاري و ما تفرع منها، و ترجع إلى صورتين هما:

**أ- الدفوع السلبية:** و هي تلك التي تتعلق بإنكار الواقعة القانونية التي إستند إليها المدعى في طلبه، أو تتعلق بإنكار الآثار القانونية التي ينسبها المدعى إلى هذه الواقعة، كأن ينكر المدعى عليه نشأة الحق الشخصي في دعوى الدين، أو في دعوى المسؤولية، حيث ينكر في الأولى العقد (مصدر الدين)، و في الثانية ينكر العناصر المؤدية إلى نشأة الحق الشخصي في التعويض (الخطأ، و الضرر، و علاقة السببية)<sup>6</sup>.

**ب- الدفوع الإيجابية:** و هي التي يتمسك فيها المدعى عليه بواقعة معاصرة لنشأة الواقعة التي يتمسك بها المدعى من شأنها منع هذه الواقعة من إنتاج كل آثارها أو بعضها، كما لو تمسك المدعى عليه بصورية العقد أو إبطاله، أو يتمسك المدعى عليه بواقعة منهيبة لآثار الواقعة التي تمسك بها المدعى، كالتمسك بالوفاء أو بالتقادم<sup>7</sup>.

و يظهر أثر التفرقة بين النوعين في مجال الإثبات، فعندما يكون الدفع سلبيا (بإنكار الواقعة) فإن عبء الإثبات يكون على المدعى بإعتباره مدعيا خلاف الأصل أو الظاهر، فأما

<sup>1</sup> وجدي راغب فهمي، مبادئ الخصومة المدنية، المرجع السابق، ص241.

<sup>2</sup> محمد نعيم ياسين، نظرية الدعوى بين الشريعة الإسلامية و قانون المرافعات، المرجع السابق، ص595.

<sup>3</sup> عبد الفتاح السيد بك، الوجيز في قانون المرافعات، المرجع السابق، ص 497 .

<sup>4</sup> وجدي راغب، مبادئ القضاء المدني، المرجع السابق، ص120.

<sup>5</sup> عبد المنعم الشرقاوي، شرح قانون المرافعات، المرجع السابق، ص111.

<sup>6</sup> فتحي والي، الوسيط في قانون القضاء المدني، المرجع السابق، ص483.

<sup>7</sup> وجدي راغب فهمي، مبادئ القضاء المدني "قانون المرافعات، المرجع السابق، ص415.

عندما يكون الدفع ايجابيا (كالدفع بالوفاء، أو البطلان) فإن الخصم الذي يتمسك بالواقعة يكون في مركز المدعى، فعليه عندئذ يقع عبء الإثبات لما يدعيه.

### الدفع بالمعنى الواسع و الدفع بالمعنى الضيق

هناك وقائع على القاضي أن يأخذها في إعتباره من تلقاء نفسه ما دامت قد قدمت و لو لم يتمسك بها المدعى عليه، و هي عبارة عن وقائع لا تتوقف على إرادة الخصم، بل ترتب أثرها بقوة القانون<sup>1</sup>، مثل واقعة عدم المشروعية أو واقعة الوفاء بالدين إذا قدمت عرضا، ففي هذه الحالة يحكم القاضي في تلك الوقائع من تلقاء نفسه، و يقتصر دور الخصم على مجرد تنبيه القاضي على واجبه في الخصومة<sup>2</sup>، و يطلق البعض على هذه الوقائع الدفع بالمعنى الواسع.

أما الدفع بالمعنى الضيق فهو ذلك الدفع الذي لا يستطيع القاضي أن يحكم به إلا إذا تمسك به الخصم، و مثاله الدفع بالتقادم، و الدفع بالمقاصة القانونية.

و يؤكد الفقه القانوني أن على القاضي فيما يتعلق بالدفع بالمعنى الواسع أن ينبه الخصوم لإبداء ملاحظاتهم إحتراما لمبدأ الجاهية و حق الدفاع سواء أكانت تلك المسائل تتعلق بالقانون كمسألة الإختصاص أو مسألة عدم المشروعية أم كانت تتعلق بالواقع كواقعة الوفاء بالدين مثلا<sup>3</sup>.

### النظام القانوني للدفع الموضوعي

إن النظام القانوني للدفع الموضوعي نظام مرن، فالقانون لم يفرض أي قيد على الدفوع الموضوعية، حيث يجوز للمدعى عليه أن يتمسك بها معا أو غير مرتبة وفقا لمصلحته في الدفاع، ولا يؤدي تأخير دفع منها إلى سقوطه، لأن قواعد العدالة و إحترام حقوق الدفاع يقتضيان تمكين المتقاضين من إبداء أي دفع قبل قفل باب المناقشة<sup>4</sup>.

كما أن المرونة في نظام الدفع الموضوعي قد إقتضت قبوله في أية مرحلة كانت عليها الدعوى، و لو لأول مرة أمام الإستئناف<sup>5</sup>.

و الحكم في الدفع الموضوعي يحوز حجية الشيء المقضي و تستنفذ به المحكمة ولايتها.

### - الدفع الموضوعي و النشاط المتخصص للمحكمة العليا

<sup>1</sup> سعد عبد العزيز، أبحاث تحليلية في قانون الإجراءات المدنية الجديد، دار هومة للطباعة و النشر و التوزيع، الجزائر، 2013، ص73.

<sup>2</sup> فتحي والي، الوسيط في قانون القضاء المدني، المرجع السابق، ص484.

<sup>3</sup> وجدي راغب، مبادئ الخصومة المدنية، المرجع السابق، ص416 - أما في القانون الفرنسي فإن ما يطلق عليه الدفع بالمعنى الواسع يدخل تحت فكرة دور القاضي في إثارة وسائل الواقع ووسائل القانون، و قد انتهى التطور بالقانون الفرنسي إلى أن القاضي يجب عليه أن ينبه الخصوم إلى جميع الوسائل التي يثيرها من تلقاء نفسه سواء تعلق بالواقع أم بالقانون و سواء أكانت تلك الوسائل متعلقة بالنظام العام أم غير متعلقة بالنظام العام، و هذه الفكرة مأخوذ بها في كل من الفقه الإيطالي و الفقه الألماني، و يطلق هذا الأخير عليها حماية الخصوم من خطر المفاجأة.

<sup>4</sup> ابراهيم نجيب سعد، القانون القضائي الخاص، المرجع السابق، ص641.

<sup>5</sup> نقض مدني في 1977/4/6، ط 55 لسنة 43 ق، مجموعة المكتب الفني، س 28، ص936، حيث قضت المحكمة بأن الدفع بالمقاصة القانونية يجوز التمسك به لأول مرة في الإستئناف، كما قضت محكمة النقض المصرية بأن الدفع ببطلان عقد الشركة من الدفوع الموضوعية التي يجوز إبدائها في أية حالة تكون عليها الدعوى، و لو لأول مرة أمام محكمة الإستئناف، ط 24 لسنة 44 ق، في 1979/3/5.

إن القاضي على مستوى المحكمة العليا مهمته أن يقضي في القانون، و قد أكدت أحكام النقض الجزائرية و المصرية و الفرنسية أن محكمة النقض إنما تقضي في مادة القانون فحسب<sup>1</sup>، و نظرا لوظيفتها المتخصصة في مراقبة تطبيق القانون، فإنه لا يجوز أن تقدم دفوع جديدة أمامها لأول مرة بإستثناء ما يتعلق منها بالقانون، و يقصد بالدفوع الجديدة تلك التي لم تثار من قبل الخصوم لا صراحة و لا ضمنا أمام الجهة القضائية المطعون في حكمها<sup>2</sup>.

و من ثم فإن الدفوع التي تقدم أمام المحكمة العليا لها طابعها الخاص، و إذا قدم دفع جديد فإن المحكمة العليا تقضي بعدم قبوله سواء أكان قائما على أساس سليم أو لم يكن كذلك. أما إذا كان الدفع يتعلق بمادة في القانون<sup>3</sup>، أو كان يتعلق بالنظام العام فإنه يجوز تقديمه ولو لأول مرة أمام المحكمة العليا<sup>4</sup>.

لأن الدفع عندئذ يعتبر مطروحا على قاضي الموضوع الذي ينبغي عليه أن يقضي فيه من تلقاء نفسه حتى و لو لم يقدمه أحد الخصوم، لأن الخطأ في تطبيقه يعتبر خطأ في تطبيق القانون.

## الدفوع الشكلية

يمكن القول بأن إصطلاح الدفوع الشكلية لم يصرح به فقهاء الشريعة الإسلامية، إذ أنهم أوردوه ضمن دفوع الخصومة<sup>5</sup>، على إعتبار أن دفع الخصومة يعد الوعاء لكل دفع يتعلق بها أو بإجراء من إجراءاتها، و بهذا يندرج تحت دفع الخصومة كل دفع يتعلق بذات الخصومة أو بشكلها، الذي يجب أن تكون عليه شرعا.

و عليه: فإن عدم التصريح بالدفع الشكلي في الكتب الفقهية لا يعني إنتفاء وجوده أو عدم تصوره، أو عدم الإهتمام بشأنه، بل يمكن تأسيسه على القواعد الكلية، و معرفة صورته من خلال الفروع الفقهية<sup>6</sup>.

و أعرض فيما يلي لبيان المقصود بالدفع الشكلي، موضحا بعض صورته الشرعية، والتي أعرضها على سبيل المثال وليس الحصر، بالقدر الذي يمكن معه القول بوجود الدفع الشكلي في الفقه الإسلامي وهذا ليس بالغريب عنه، فهو الغني بكنوزه العلمية، و قواعده الشرعية، و فروعه الفقهية.

## المقصود بالدفع الشكلي

<sup>1</sup> نقض مدني في 1981/2/12، ط 1253 لسنة 47 ق، المكتب الفني، س 32، ص 481، و الحكم يتعلق بدفع المسؤولية المدنية حيث ادعت ناظرة المدرسة في سبيل إعفائها من المسؤولية المدنية أن السبب يرجع في انهيار المدرسة التي أدت إلى وفاة ابنة المطعون عليه إلى وجود ماكينة العجين الخاصة بالفرن في المبنى الملاصق للمدرسة، و كأن هذا الدفع لم يتم التمسك به أمام الإستئناف، فلم تقبله محكمة النقض.

<sup>2</sup> أحمد السيد صاوي، نطاق رقابة محكمة النقض، دار النهضة العربية، القاهرة، سنة 1984، ص 28.

<sup>3</sup> أحمد السيد صاوي، نطاق رقابة محكمة لنقض، المرجع السابق، ص 57.

<sup>4</sup> و يلاحظ أنه في الحالات التي تكون فيها محكمة النقض محكمة واقع و قانون، كما في حالة ما إذا كانت القضية صالحة للحكم فيها، و حالة ما إذا كان الطعن للمرة الثالثة، فإن شأنها كشأن سائر المحاكم في قبول الدفوع الموضوعية.

<sup>5</sup> علي محمود قراعة، الأصول القضائية في المرافعات، المرجع السابق، ص 59.

<sup>6</sup> محمد نعيم ياسين، نظرية الدعوى بين الشريعة الإسلامية و قانون المرافعات المدنية، المرجع السابق، ص 601.

يقصد بالدفوع الشكلية ذلك الدفع الذي يثار في الدعوى من قبل المدعى عليه، دون الدخول في موضوعها، أو التعرض لصدق المدعى أو كذبه بهدف إنهاء الخصومة، أو تأخير الفصل فيها<sup>1</sup>.

### الدفوع الشكلية هي دفوع إجرائية

يعتبر الدفع شكليا أي إجرائيا أو - بتعبير المادة: 49 ق.إ.م.إ - متى كان متعلقا بالإجراءات إذا كان يرمي إلى تعطيل نظر موضوع القضية أو منعه لسبب يتعلق باختصاص المحكمة أو بإجراءات الخصومة حيث تنص المادة: 49 من ق.إ.م.إ على " أن الدفوع الشكلية هي كل وسيلة تهدف إلى التصريح بعدم صحة الإجراءات أو إنقضائها أو وقفها".

وقد نص القانون على بعض هذه الدفوع كالدفع بعدم الإختصاص أو الدفع بانعدام الصفة أو الدفع بالإحالة، ونظم أحكامها<sup>2</sup>.

وقد ذهب رأي إلى عدم وجود دفوع شكلية خارج تلك التي نص عليها القانون.

وميزة هذا الرأي تجنب مشقة البحث عن معيار لتمييز الدفع الشكلي. فهو لا يعتبر الدفع شكليا إلا إذا كان القانون ينص صراحة عليه، و لكن الرأي الغالب أن الدفوع الشكلية لم ترد في القانون على سبيل الحصر إذ أنه لا يمكن حصرها جميعا<sup>3</sup>.

فلا يوجد ما يثبت أن المشرع قد قصد مثل هذا التحديد، فضلا عن أنه إذا وجدت وسيلة معينة لها صفات الدفع الشكلي فليس من المنطق عدم إعتبارها كذلك بالإدعاء أن القانون لم يعطها هذا التكيف.

- الدفع الإجرائي<sup>4</sup> (L'exception de procédure):

<sup>1</sup> زياد صبحي ذياب ، المرجع السابق ، ص 12.

<sup>2</sup> فتحي والي، الوسيط في قانون القضاء المدني، دار النهضة العربية، ط2 ، 1981، ص537.

<sup>3</sup> محند أمقران بوبشير، قانون الإجراءات المدنية ، مبادئ النظام القضائي، التنظيم القضائي الجزائري ، نظرية الإختصاص، ج1 ، دار الأمل للطباعة و النشر و التوزيع، 2002، ص312 .

<sup>4</sup> بعد الدفع الإجرائي وسيلة دفاع ذات طابع إجرائي يقصد بها الخصم تقاضي الحكم عليه بصفة مؤقتة و يطعن بها في إجراءات الخصومة، غير أن هذا الدفع لم يصل إلى هذا المفهوم إلا بعد تطور تدريجي في القانون الوضعي، فاصلة التاريخي يرجع إلى القانون الروماني الذي سيطرت عليه الشكلية في عهد دعاوي القانون، و كان الخطأ في الشكل سواء من قبل الخصوم أو من قبل البريتور يترتب عليه فقدان الحق الموضوعي، ثم ما لبث القانون الروماني أن تحرر من الشكلية في عصر لاحق، و تمتع الخصوم بعدد غير محصور من الدفوع الإجرائية، و قد كان الوضع في القانون الفرنسي القديم شبيها بما كان عليه الحال في القانون الروماني، و قد أدى هذا الوضع إلى إساءة استخدام الدفوع الإجرائية، فدعت إلى تنظيم هذا الدفع، فنظم الأمر الملكي في فرنسا الصادر سنة 1667 م طريقة ابداء الدفوع الإجرائية، حيث ألزم المحامين بالألا يتعرضوا لموضوع القضية إلا بعد الإنتهاء من جميع المسائل المتعلقة بشكل الإجراءات، ثم جاء قانون الإجراءات المدنية الفرنسي لسنة 1807 بتنظيم للدفوع الإجرائية في المواد ( 100 و 188 ) و أوردو تلك الدفوع على سبيل الحصر، و هي الدفع بوجوب تقديم كفالة(166). و الدفع بعدم الإختصاص، أو بالإحالة إلى محكمة أخرى للإرتباط، أو لقيام النزاع أمام محكمة أخرى م ( 168)، و الدفع ببطلان إجراءات الخصومة م(169)، و الدفع بوقف إجراء الخصومة أو بطلب ميعاد إما للإطلاع على المستندات، و إما للرد على دعوى أو لإدخال ضامن أو لإتخاذ صفة م (174) و ما بعدها، و م (188) و ما بعدها، و قام شراح القانون الفرنسي بوضع مفهوم للدفع الإجرائي يميزه عن غيره من الدفوع و يحدد وظيفته الإجرائية، ثم جاء قانون الإجراءات المدنية الفرنسي الجديد في 1975/12/5 فألغى فكرة حصر الدفوع الإجرائية و حدد مفهوم الدفع الإجرائي، و نظم أحكام هذا الدفع تنظيميا دقيقا في المواد من ( 73 و حتى المادة 121) أنظر وراجع ،



الدفوع الإجرائي عبارة عن وسيلة يطعن بها الخصم في صحة الخصومة أو في الإجراءات المكونة لها بهدف سقوط الخصومة أو إرجائها<sup>1</sup>، فالخصم في هذا الدفوع لا يطعن في موضوع الخصومة أو ينازع في الحق المدعى به وإنما يطعن في صحة الخصومة لسبب يتعلق بإختصاص المحكمة أو بإجراء من إجراءات الخصومة بهدف تعطيل مناقشة موضوع الدعوى<sup>2</sup>.

و يحتوي هذا الدفوع على عنصرين:

أحدهما سلبي يتمثل في كون هذا الدفوع لا يهدف منه الطعن في موضوع الدعوى و لا في الحق في رفعها، و إنما يهدف إلى الطعن في الإجراءات بهدف كشف الخلل الذي لحقها، أما العنصر الإيجابي فإنه يهدف إلى تعطيل مناقشة موضوع الدعوى، فالدفوع الإجرائي وسيلة قانونية فنية توجه إلى سلامة الإجراءات، وتهدف إلى إحترام القانون المنظم لإجراءات الخصومة.

و صور هذا الدفوع لا تقع تحت حصر، فكل دفوع يتعلق بالإجراءات هو دفوع إجرائي و لما كانت وظيفة هذا الدفوع هي كشف الخلل في إجراءات الخصومة فإنه يمكن رد صورته إلى الطوائف الآتية<sup>3</sup>:

- **الطائفة الأولى:** دفوع تهدف إلى إخراج النزاع من ولاية المحكمة، إما لأنها غير مختصة ولائياً أو محلياً، و إما لأن العدالة تقتضي أن تنظر النزاع محكمة واحدة. فالحالة الأولى يدخل فيها الدفوع بعدم الإختصاص وهو ما تنص عليه المادتين: 51 و 52 ق.إ.م.إ، و الحالة الثانية تشمل الدفوع بالإحالة للإرتباط أو لقيام النزاع أمام جهتين قضائيتين مختصتين على نفس الدرجة طبقاً للمادة: 53 ق.إ.م.إ.

**الطائفة الثانية:** دفوع تهدف إلى كشف خلل موضوعي في الإجراءات، سواء أكان ذلك متعلقاً بصحة الخصم كإنعدام أهلية التقاضي<sup>4</sup> طبقاً للمادة: 64 ق.إ.م.إ، أم كان متعلقاً

SOLUS et perrot, Op. Cit p. 285. ets. GLASSON et TISSIER, Op. Cit. T1P. 576, JAPIOT, La théorie des exceptions de Proc Civ, Réc. Périod. De procciv. 1906. p.7 ets, FISSELIER, Thé. Préc. P.209.

و عن طريق قانون الإجراءات المدنية الفرنسي القديم انتقلت فكرة الدفوع الإجرائية إلى قانون المرافعات المصري، فالقانون المختلط الصادر سنة 1875 و القانون الأهلي الصادر سنة 1883 سارا على نهج القانون الفرنسي في حصر الدفوع الإجرائية م ( 148 ) من قانون المرافعات غير أن المقنن المصري ابتداء من سنة 1962 في القانون رقم (100) ألغى المعيار الحصري، و جاء القانون 13 لسنة 1968 متبنياً نفس الفكرة في المادة ( 108 ) حول ما تقدم راجع، أحمد أبو الوفاء، نظرية الدفوع، مرجع سابق، ص 23 . أحمد ماهر زغلول، الحجية الموقوفة أو تناقضات حجية الأمر المقضي في تطبيقات القضاء المصري، ط2، 2002، ص 142.

<sup>1</sup> و قد عرفه المقنن الفرنسي في المادة 73 بأنه، " كل وسيلة تطعن في صحة الخصومة، و ترمي إلى إنقضائه الخصومة أو إرجائها "، و عرفه المقنن اللبناني في المادة (53) بأنه " كل سبب يرمي به الخصم إلى إعلان عدم قانونية المحاكمة أو سقوطها أو وقف سيرها".

<sup>2</sup> فتحى والي، نظرية البطلان، المرجع السابق، ص 486.

SOLUS, et PERROT, Op. Cit. p. 265. MOREL. Op. Cit. p. 51.

<sup>3</sup> أحمد أبو الوفاء، نظرية الدفوع، المرجع السابق، ص 180.

<sup>4</sup> راجع المادة: 117 من قانون المرافعات الفرنسي، و المادة: 60 من قانون أصول المحاكمات اللبناني، حيث يعتبر القانونان السابقان إنعدام أهلية التقاضي، و إنعدام سلطة الخصم في التمثيل القانوني من الإجراءات الموضوعية، و بالتالي فإن الدفوع بإنعدام أهلية التقاضي أو بإنعدام سلطة التمثيل يكون دفوعاً إجرائياً.

بخلل في التنظيم القضائي، كالدفع ببطلان تشكيلة المحكمة<sup>1</sup>، و كذا الدفع ببطلان عمل المحضر القضائي لتجاوز الإختصاص.

**الطائفة الثالثة : دفوع تهدف إلى التخلص من الخصومة، إما بسبب سقوطها<sup>2</sup> أو وقفها، و إما بسبب إنقضائها أو تركها، و إما بسبب إعتبارها كأن لم تكن.**

**الطائفة الرابعة: دفوع تهدف إلى كشف خلل شكلي في الإجراءات و هي الدفوع التي تتعلق بأوراق قانون الإجراءات المدنية و الإدارية، كالدفع ببطلان محاضر التكاليف بالحضور، المواد: 18 و 19 من قانون إ.م.إ، و كالدفع بعدم قبول عريضة الدعوى لعدم شهرها إذا تعلقت بعقار و /أو حق عيني عقاري مشهر طبقا للمادة: 17 من ق.إ.م.إ، كالدفع بعدم قبول عريضة الإستئناف لعدم قنوافرها على الشروط القانونية المنصوص عليها في م: 540 ق.إ.م.إ، و كالدفع ببطلان عريضة الطعن بالنقض لعدم توقيع محام معتمد لدى المحكمة العليا عليها طبقا لنص المادة: 576، و كذلك سائر الدفوع المتعلقة بشكل الإجراءات.**

<sup>1</sup> و جدي راغب، مبادئ القضاء المدني، مرجع سابق، ص 120.

<sup>2</sup> أحمد أبو الوفاء، نظرية الدفوع، المرجع السابق، ص 628.

## المطلب الثاني : خصائص الدفوع الشكلية

إن الدفوع الشكلية بوصفها الوجه السلبي لكفالة حق التقاضي لا تضيف عنصرا جديدا إلى الدعوى، وإنما تهدف إلى تفادي الحكم على المدعي عليه بكل ما يدعيه المدعي أو بجزء منه، فالدعوى يتحدد نطاقها بإدعاءات المدعي لا بدفع المدعي عليه.

والمدعي عليه عندما يستخدم الحق الممنوح له والمتمثل في الدفوع، إنما يختار النوع الذي يتلاءم ومركزه في الدعوى، فإن كان هناك خلافا في الناحية الشكلية للدعوى المرفوعة ضده، عندها يثير تلك الدفوع الشكلية المقررة من أجل عرقلة مسيرة خصمه، ومن هذا القبيل الدفوع التي توجه إلى إجراءات الدعوى، أو الإختصاص دون التعرض لذات الحق المدعى به.

تخضع الدفوع الشكلية إلى أحكام خاصة بها، وهي التي تبين لنا متى يجب أن يتمسك صاحب المصلحة بها، وإذا لم يتمسك بها في الزمن المناسب فما أثر ذلك عليها؟ وعلى باقي الدفوع الشكلية الأخرى؟

ولمعرفة كل ذلك يجب البحث عن الزمن الذي يتعين أن يبدي فيه الدفع الشكلي، ومتى يجب الفصل فيه مستقلا عن الموضوع ؟

وهل الفصل فيه يؤدي إلى إستنفاد المحكمة للولاية؟ و تلك المسائل التي تنطرق إليها فيما يلي:

الفرع الأول: النظام القانوني للدفع الإجرائي

الفرع الثاني: المحكمة والدفوع الشكلية

## الفرع الأول : النظام القانوني للدفع الإجرائي

الدفع الإجرائي أيا كانت صورته هو ما يستعين به الخصم، و يطعن بمقتضاه في صحة إجراءات الخصومة، دون أن يتعرض لأصل الحق الذي يزعمه خصمه، فيتفادى به مؤقتا الحكم بمطلوب خصمه، كأن يجيب بأن الدعوى قد رفعت إلى محكمة غير مختصة، أو رفعت بإجراء باطل، ومن ذلك نلاحظ أن الدفع الإجرائي يركز على فكرتان أساسيتان هما:

**الفكرة الأولى:** أن يكون محل هذا الدفع يتعلق بالمسائل التي تتعلق بالخصومة من حيث الشكل أو الإجراءات أو إختصاص المحكمة بموضوعها دون المساس بالحق الموضوعي Fond، أو حق الدعوى.

**والفكرة الثانية:** تتعلق بالطبيعة الوسيلية للخصومة و إجراءاتها، ليجد هذا الدفع من خلالها مجموعة من القواعد الأساسية أساسها المباشر هو وجوب إبدائه مع غيره من الدفوع

الإجرائية الأخرى في مستهل الخصومة، و قبل إبداء أي طلب أو دفاع موضوعي في الدعوى، أو دفع بعدم القبول مادة: 108 قانون الإجراءات المدنية مصري، المادة: 74 قانون الإجراءات المدنية فرنسي. و هو ما تنص عليه المادة: 50 ق.إ.م.إ. بالقول: " يجب إثارة الدفوع الشكالية في أن واحد قبل إبداء أي دفاع في الموضوع، أو دفع بعدم القبول، وذلك تحت طائلة عدم القبول".

فالدفع الإجرائية يشترط في وجودها و ثبوت حق الخصم في التمسك بها، قيام عيوب إجرائية في الخصومة ذاتها أو في إجراء من إجراءاتها، و يكون من شأن هذه العيوب التأثير في صحة إنعقاد الخصومة، و من ثم التأثير في عملية سيرها نحو الفصل في الموضوع، و المشرع نفسه يقدر سلفاً أن هذه العيوب هي من الأهمية بحيث يجب أن تؤدي إما إلى إعاقة السير في الخصومة، أو إنهائها، وبناء على هذا التقدير يقدر المشرع توليد الدفوع الإجرائية من هذه العيوب<sup>1</sup>.

فالعيوب الإجرائية هي المصدر المنشئ لهذه الدفوع، أما النظام القانوني للدفع الإجرائي فيهدف إلى تفادي ضياع الجهد و الوقت أمام المحكمة في مناقشة المسائل الإجرائية وحدها، ولما كان الدفع الإجرائي يعتبر عقبة تثار قبل نظر موضوع الدعوى فإن القانون الوضعي قد ميزه عن غيره من الدفوع بالأحكام القانونية الآتية:

### أولاً:- يجب إبداء الدفوع الشكالية قبل إبداء أي دفاع في الموضوع

لقد نص المشرع على قاعدة إبداء الدفوع الشكالية في أن واحد قبل إبداء أي دفع في الموضوع، أو دفع بعدم القول وفقاً لنص المادة: 50 ق.إ.م.إ.، وعلّة هذه القاعدة هي الرغبة في تصفية المشاكل المتعلقة بالإجراءات معاً.

فإذا أبدى طلب أو دفاع موضوعي أو دفع بعدم القبول من المدعى عليه. فليس له بعد ذلك إبداء دفع شكلي. أي يسقط حقه في إبداء دفع شكلي. و أن إتاحة الفرصة للخصم لإبداء الدفوع الشكالية في أية حالة كانت عليها الخصومة يشجعه على الإنتظار إلى غاية قرب نهاية الإجراءات للتمسك بالدفع الشكلي، فيضيع الوقت و الجهد و النفقات دون فائدة، و يضطر المدعى إلى بدء الخصومة من جديد بعد أن تكون قد قطعت شوطاً كبيراً.

و حكمة هذه القاعدة تتمثل في ضرورة التخلص من الدفوع الإجرائية قبل نظر موضوع الدعوى، حتى لا تظل تلك الدفوع سلاحاً بيد الخصم سيء النية يستخدمه بعد أن تكون الخصومة قد قطعت شوطاً كبيراً فيضيع الوقت و الجهد و النفقات<sup>2</sup>.

ويستوي أن يكون الطلب أو الدفاع قد تعلق بالموضوع مباشرة، أو تعلق بمسألة فرعية فيه، و يستوي أن يقدم شفاهة أو كتابة، و سواء أقصد صاحبه التنازل عن الدفع أم لم يقصد، و لو لم ينبه إلى حقه فيه.

<sup>1</sup> و يتم عن طريق قيام الوقائع المعيبة في الإجراءات و الذي يقوم الخصم بإثارتها عن طريق الدفع الإجرائي، و قيام القاضي ببحث ما إذا كان من شأن هذه الوقائع المعيبة التأثير في إجراءات الخصومة أم لا، و ما إذا كان هذا التأشير من شأنه إعاقة السير في الخصومة أو إنهائها دون حكم في الموضوع، و بالتالي ينتهي القاضي إلى صلاحية الوقائع المدعاة لتوليد الدفع الإجرائي. نبيل أسماعيل عمر ، أصول المرافعات، المرجع السابق، ص 586.

<sup>2</sup> فتحي والي، نظرية البطلان، المرجع السابق، ص 487.

و يذهب البعض إلى أن أساس هذه القاعدة هو التنازل الضمني عن الدفع، فالخصم بكلامه في الموضوع يكون قد تنازل ضمنيا عن الدفع الشكلي. و هذا الرأي محل نظر، ذلك أنه يخالف ما هو مقرر من أن التنازل عن الحق لا يفترض.

فضلا عن أنه لو كان الكلام في الموضوع يعتبر تنازلا ضمنيا عن الدفع لترتب على هذا الكلام سقوط الدفع بعد إبدائه، في حين أنه من المقرر أنه إذا أبدى الدفع الشكلي، فإن الكلام في الموضوع بعد ذلك لا يؤدي إلى سقوطه. و الواقع أن أساس هذه القاعدة هو تحديد واقعة معينة هي الكلام في الموضوع يترتب على تحققها سقوط الحق في الدفع. و يترتب على هذا التكييف أنه يجب تفسير القاعدة تفسيراً ضيقاً، و أن تحقق الواقعة القانونية يؤدي إلى السقوط بصرف النظر عن إرادة صاحب الدفع، فيترتب السقوط ولو لم يعلم بحقه فيه أو بالسبب المنشئ لهذا الحق.

و يعتبر أي طلب أو دفاع من المدعى عليه فيما يتعلق بالموضوع مسقطاً للحق في الدفوع الشكلية، سواء أبدى الطلب أو الدفاع شفاهة أو في مذكرة مكتوبة، وسواء تضمن اعتراضاً على إيداع المدعى أو لا. ولهذا فإنه إذا ترك المدعى عليه الأمر للمحكمة، فإنه ليس له بعد ذلك التمسك بالدفع الشكلي.

غير أنه لا يعتبر كلاماً في الموضوع مسقطاً للدفع الشكلي مجرد التعرض للموضوع بصفة عامة غير محددة بعبارات ذات طابع شكلي محض. كالقول بأن " الإيداع لا أساس له على أية حال"، إذ لا يعتبر هذا إيداعاً لأي طلب أو دفاع أو دخولا في موضوع القضية بالمعنى الصحيح، خاصة أنه يجب- كما سبق الإشارة إلى إتباع التفسير الضيق بالنسبة للوقائع القانونية المسقطة للحق.

و كذلك لا يعتبر كلاماً في الموضوع طلب الخصم تأجيل الجلسة، على أنه يجب التفرقة بين نوعين من هذه الطلبات:

(أ) طلب التأجيل المقدم بصفة عامة، سواء لتقديم مستندات أو مذكرات أو للإطلاع على الملف وتحضير الدفاع. لا يعتبر تعرضاً للموضوع. لأن الطلب بهذه الصورة قد يكون الهدف منه التمهيد لإبداء الدفع، فلا يعني بذاته الكلام في الموضوع.

(ب) طلب التأجيل الذي يتعلق بالموضوع، كما هو الحال بالنسبة لطلب التأجيل لإدخال الغير الخارج عن الخصومة، أو طلب التأجيل لإجراء المصالحة، فإنه يسقط الحق في إيداع الدفوع الشكلية.

ومن ناحية أخرى، إذا تمسك الخصم بدفع شكلي، فإن حقه في إبدائه لا يسقط لمجرد كلامه في الموضوع في نفس الورقة التي أبدى فيها الدفع، ولو كان كلامه في الموضوع سابقاً على إيداع الدفع في ترتيبه في الورقة.

كما لا يسقط حقه في الدفع إذا كان مع إبدائه الدفع، قد تكلم في الموضوع على سبيل الإحتياط. على أنه يلاحظ أنه إذا تكلم الخصم في الموضوع محتفظاً بحقه في التمسك بالدفع فيما بعد. فإنه لا يحفظ بهذا حقه في إبداء الدفع، سواء كان تحفظه يعتبر من التحفظات الصريحة المحددة، أو من تلك العامة الشائعة، و ذلك أن التحفظ ولو كان محددًا لا يمكن أن يعتبر تمسكاً بالدفع، ولا يؤدي بالتالي إلى تحقيق الهدف من القاعدة محل البحث وهو التخلص من المسائل الإجرائية قبل مناقشة الموضوع. و على أية حال، فإن تكييف ما إذا كان

ما صدر من الخصم يعتبر كلاما في الموضوع أم لا يعتبر كذلك، فهي مسألة قانونية تخضع لرقابة محكمة النقض.

أما المقصود بالدفع بعدم القبول الذي يجب أن تبدي الدفوع الشكلية قبله ، فقد اختلف الفقه في المقصود بالدفع بعدم القبول الذي يجب أن تسبقه الدفوع الإجرائية، فذهب البعض إلى أن الدفع بعدم القبول لموضوعي<sup>1</sup>، في حين يرى البعض أنه الدفع بعدم القبول موضوعي وإجرائي. فالدفع بعدم القبول لرفع الدعوى بعد الميعاد، و الدفع بعدم القبول لانعدام الصفة أو لسبق الفصل في الدعوى، و هذا الرأي جدير بالتأييد، و يتفق مع نص المادة: 67 من ق.إ.م.إ و التي تنص: "الدفع بعدم القبول، هو الدفع الذي يرمي الى التصريح بعدم قبول طلب الخصم لإنعدام الحق في التقاضي، كإنعدام الصفة و إنعدام المصلحة و التقادم و إنقضاء الأجل المسقط و حجية الشيء المقضي فيه، وذلك دون النظر في موضوع النزاع". والتي يقابلها المادة: 108 من قانون المرافعات المصري.

### ثانيا: يجب إبداء الدفوع الشكلية معا و إلا سقط الحق فيما لم يبد منها

فالدفوع الشكلية "يجب إبدائها معا قبل إبداء أي طلب أو دفاع في الدعوى". و إلا سقط الحق فيما لم يبد منها. وعلى هذا لا يستطيع المدعى عليه أن يبدي دفعا بعدم الإختصاص المكاني ثم بعد ذلك دفعا بانعدام الصفة .

تنص بعض التشريعات كالتشريع العراقي الحالي، و التشريع الفرنسي القديم<sup>2</sup> و القانون المصري قبل سنة 1962 على ترتيب معين في إبداء الدفوع الشكلية، غير أن هذا الترتيب في قانون المرافعات المصري قد أُلغى بموجب قانون رقم : 100 لسنة 1962، وهو ما أخذ به قانون القانون الإجراءات المدنية الفرنسي الجديد في المادة: 74 منه، و هو المسلك الذي سار عليه المشرع اليمني بموجب القانون رقم: 121 لسنة 1976، وحتى القانون: 28 لسنة 1992 المعمول به.

و بناء على ذلك فلا يجوز التمسك بالدفع ببطلان عريضة الدعوى في جلسة، و التمسك ببطلان تشكيل المحكمة في جلسة أخرى، بل يجب إبدائها جميعا في جلسة واحدة أو مذكرة واحدة<sup>3</sup>، و حكمة ذلك حل المشاكل المتعلقة بالإجراءات سلفا.

### ثالثا: يجب إبداء جميع الوجوه التي يبني عليها الدفع الشكلي معا

يشترط إبداء جميع الدفوع الشكلية في أن واحد قبل إبداء أي دفاع في الموضوع، و إلا سقط الحق فيما لم يبد منها وهو ما تنص عليه المادة: 50 ق.إ.م.إ.

<sup>1</sup> أحمد أبو الوفاء، نظرية الدفوع في قانون المرافعات، منشأة المعارف، الإسكندرية، ط9، 1991، ص 865 .  
<sup>2</sup> المادة: 166 من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي القديم، تقضي بتقديم الدفع بعدم الإختصاص و الدفع بسبب قيام الدعوى أمام محكمتين على سائر الدفوع.

<sup>3</sup> نقض مدني في: 1983/6/28، ط 50 لسنة 1952، عبد المنعم حسني، المدونة الذهبية، مرجع سابق، ع2، ج2، ص1085، و قد كان المدعى دفع في الجلسة الأولى بعدم الإختصاص المحلي على أساس أنه يقيم في الإسكندرية ثم عاد في جلسة تالية و إضاف وجها لدفعه، و هو أن الطاعنة تقيم في الإسكندرية أيضا، فقضت المحكمة بسقوط حقه في التمسك بهذا الوجه للدفع.

و هذا الحكم المنصوص عليه صراحة في المادة: 2/73 من قانون الإجراءات المدنية العراقي و في الفصل: ( 2/26) من قانون المسطرة المدنية المغربي بالنسبة للدفع بعدم الإختصاص إذا كان الحكم غائباً، و على هذا إذا أبدى المدعى عليه دفعا ببطلان عريضة الدعوى لرفعها من ناقص أهلية لم يمثل تمثيلاً قانونياً صحيحاً، فلا يستطيع أن يدفع بعد ذلك ببطلان نفس العريضة بسبب عيب شكلي فيها. و الهدف من هذه القاعدة هو نفس الهدف من القاعدة السابقة التي تحتم إبداء جميع الدفوع الشكلية معاً.

فلو غاب المدعى عليه الذي كلف بالدعوى تكليفاً باطلاً أمام محكمة الدرجة الأولى، ثم طعن في الحكم استئنافياً مثلاً دون التمسك بالدفع ببطلان التكاليف بالحضور فإن حقه في التمسك بهذا الدفع يسقط<sup>1</sup>، وهذه القاعدة مستقلة عن القاعدة الأولى، فالخصم الذي لا يقدم دفعه في العريضة، ولو لم يتكلم الطاعن في هذه العريضة في الموضوع، فإن حقه في إبداء الدفع بعد ذلك يكون قد سقط.

و قد أراد المشرع بهذا النص أن يحسم أي خلاف حول ما إذا كان التمسك بوجه جديد يعتبر تمسكاً بدفع جديد لا يجوز إبداءه دون الإعتراض عليه بقاعدة وجوب إبداء جميع الدفوع معاً. و يلاحظ أن عدم جواز إبداء دفع جديد أو وجه جديد واجب الإحترام ولو لم يكن قد سبق الكلام في الموضوع. كما يلاحظ أن الوجه الجديد لا يجوز إبداءه تماماً كما هو الحال بالنسبة للدفع الجديد- ولو لم يكن قد سبقه حكم في الوجه أو الدفع الذي أبدى قبل ذلك.

#### رابعاً : يجب إبداء الدفوع الشكلية في عريضة الطعن

يشترط في إبداء الدفوع الشكلية أن تكون في عريضة الطعن و إلا سقط الحق فيما لم يبد فيها، و تطبيقاً لهذا فإن كان القانون يشترط شروطاً معينة في عريضة الدعوى و كانت هذه الأخيرة غير محترمة لهذه الشروط، و صدر الحكم بشأنها فإن الطعن في هذا الحكم من قبل المحكوم عليه دون أن يتمسك بالبطلان أمام المحكمة سقط حقه في الدفع به . و ليس له التمسك به بعد هذا. و يلاحظ أن هذه القاعدة مستقلة عن قاعدة وجوب إبداء الدفع قبل الكلام في الموضوع. و لهذا فإن الحق في الدفع الإجرائي يسقط بعدم إبدائه في عريضة الطعن، ولو فرض و كان الطاعن لم يتكلم في هذه العريضة في الموضوع.

و هذه القواعد الأربع تسري على جميع الدفوع الشكلية أو (الأوجه المتعلقة بها) باستثناء نوعين منها:

#### 1- الدفوع- أو الأوجه- المتعلقة بالنظام العام

و مثالها الدفع بعدم الإختصاص النوعي أو الدفع بانتفاء الولاية أو الدفع ببطلان عمل إجرائي لمخالفة مقتضى يتعلق بالنظام العام. و الواقع أن تمسك المدعى عليه بالدفع في هذه الحالة إنما يتعلق بعيب في الولاية أو في الإختصاص أو في الإجراءات مما يلزم القاضي أخذه في إعتباره من تلقاء نفسه، فلا يعدو تمسك المدعى عليه بالعيب أن يكون تنبيهاً للقاضي للقيام بواجبه فلا يتصور أن يخضع للقيود التي تتضمنها القواعد السابقة.

#### 2 - الدفع الذي ينشأ سببه بعد إبداء الدفوع الشكلية الأخرى

<sup>1</sup> نقض مدني في 1982/1/20، ط 192 لسنة 47ق، مجموعة قواعد الخمسين عاماً، المجلد الثاني، ص1327، عبد المنعم حسني، ج2، ص108.

يمكن أن ينشأ سبب الدفع بعد الكلام في الموضوع أو تقديم عريضة الطعن. و هذا منطقي إذ لم يكن المدعى عليه يستطيع التمسك بالدفع في ذلك الوقت فلم يكن له حق في إبدائه، ولا يمكن لحق أن يسقط قبل نشأته. و لهذا فإن للمدعى عليه الذي تكلم في الموضوع أن يتمسك ببطلان طلب إضافي قدم بعد ذلك من المدعى أو ببطلان تقرير قدم بعد ذلك من الخبير.

و يحدث التمسك بسقوط الحق في الدفع الشكلي، أمام المحكمة التي يبدي أمامها الدفع. فإذا قبلت المحكمة الدفع فإنه يجوز التمسك بسقوط الحق في الدفع.

### الفرع الثاني: المحكمة والدفوع الشكلية

#### أولاً: تقدير القاضي للدفوع الإجرائية

1- الدفع الشكلي و التمسك به قبل الكلام في الموضوع، وقبل إثارة أي دفع بعدم القبول، و ذلك في الأحوال التي لا يتعلق الدفع الشكلي فيها بالنظام العام، و الدفوع التي ينشأ الحق في التمسك بها إلا بعد الكلام في الموضوع. وهي القاعدة المستقرة عليها فقها و قضاء. ولكن ما يهمنا هنا هو كيفية تحديد القاضي لمعنى الكلام في الموضوع.

يعتبر أي طلب أو دفاع من المدعى عليه فيما يتعلق بالموضوع مسقطاً للحق في الدفوع الشكلية. و يقصد بالتعلق بالموضوع إتصال هذا الطلب أو هذا الدفاع بالمركز الموضوعي للمدعى عليه ذاته. و يتم تقدير ذلك عند دراسة تقدير القاضي للدفوع الموضوعية، أما إذا تم الكلام في الموضوع بهذه الصورة تكون الواقعة القانونية المسقطة للحق في التمسك بالدفع الشكلي قد تحققت و رتبت آثارها.

و يعتبر أي طلب أو دفاع من المدعى عليه مما يتعلق بالموضوع مسقطاً للحق في الدفوع الشكلية. سواء أبدى الطلب شفاهة أو في مذكرة مكتوبة، وسواء تضمن اعتراضاً على ادعاء المدعى أو لا.

غير أنه لا يعتبر كلاماً في الموضوع مسقطاً للدفع الشكلي مجرد التعرض للموضوع بصفة عامة محددة بعبارات ذات طابع شكلي محض، كالقول بأن الإدعاء " لا أساس له على أية حال". إذ لا يعتبر هذا إبداء لأي طلب أو دفاع أو دخولا في موضوع القضية بالمعنى الدقيق. و طلب التأجيل بصفة عامة لا يعتبر كلاماً في الموضوع. أما طلب التأجيل الذي يتعلق بالموضوع، كطلب التأجيل لإدخال ضامن، مثلاً، أو طلب التأجيل للصلح، فإنه يعتبر كلاماً في الموضوع يؤدي إلى سقوط الحق في إبداء الدفوع الشكلية.

### و الخلاصة

1 - هي أن تقدير مسألة الكلام في الموضوع التي تؤدي إلى سقوط الحق في الدفع الشكلي تخضع لمطلق السلطة التقديرية للقاضي. وهو في بحثه عما يعتبر كلاماً في الموضوع يبحث في الإجراء الذي إتخذه المتمسك بالدفع الشكلي و ما إذا كان هذا الإجراء يتصل بأي شكل بالموضوع أم لا.

فإذا ما وجد أنه يوجد إجراء و أن الإجراء هذا يتصل بالموضوع، فعليه بعد ذلك أن يحدد نطاق هذه الصلة بالموضوع. لأن هذه الصلة يجب أن تتمثل في التمسك بطلب أو دفاع



يعتبر دخولا في موضوع القضية بالمعنى الصحيح، سواء إنصرفت إرادة الخصم إلى ذلك أم لم تتصرف.

فمتي توصل القاضي من تقديره إلى أن الخصم قد تكلم في الموضوع فإنه يترتب تكييف السقوط على فقدان الخصم لحقه في التمسك بالدفوع الشكلية.

2- في الأحوال التي لا يوجد فيها نص صريح أو ضمني لأى اعتبار مسألة ما متعلقة بالنظام العام، يقع على عاتق القاضي سلطة تقدير مدى تعلق هذه المسألة بالنظام العام. و تعلق دفع من الدفوع الشكلية بالنظام العام يثير أول ما يثير مسألة وجود مجموع واقعي يوجد أساسا لهذا الدفع، و يكون هذا الواقع متعلقا بالنظام العام.

فمثلا إذا طرح على النزاع على محكمة غير مختصة نوعيا، أو محليا في الحالات التي يتعلق فيها الإختصاص المحلي بالنظام العام. فإن طرح هذا النزاع يتضمن في واقع الأمر المجموع الواقعي الذي يخدم كأساس لدفع شكلي بعدم الإختصاص المتعلق بالنظام العام.

فإذا لم يتمسك به أحد من الخصوم بعدم الإختصاص هذا، كان على القاضي إثارة هذا الدفع من تلقاء نفسه، وهو في الواقع لا يحكم بما لم يطلبه الخصوم، فالخصوم يطلبون الحكم في نزاعهم من محكمة مختصة.

و إذا طرح النزاع على محكمة غير مختصة، فإن هذا لا يتماشى مع إرادة هؤلاء الخصوم، وهو إذن يثير عدم الإختصاص من تلقاء نفسه بناء على تقديره بأن هذه المسألة تتعلق بالنظام العام، فإنه يستجيب لأوامر القانون، ولرغبات الخصوم في نفس الوقت .

وبناء على ذلك فيجب أن يجد الدفع الشكلي المتعلق بالنظام العام أساسه في مجموع الوقائع المطروحة على المحكمة. و لا يجوز لهذه الأخيرة أن تضيف وقائع من عندها تمكنها من الحكم في المسألة المتعلقة بالنظام العام.

### ثانيا : يجب على المحكمة أن تقضي في الدفع الإجرائي على إستقلال:

الأصل أن المحكمة تقضي في الدفع الإجرائي على إستقلال، لأن هذا القضاء قد يغنيها عن الخوض في الموضوع، غير أنه يجوز للمحكمة أن تضم الدفوع الإجرائية إلى الموضوع، و تقضي فيهما معا بحكم واحد، غير أن هذه الرخصة للمحكمة مقيدة بقيدتين هما<sup>1</sup>.

أ- أن تنبيه الخصوم لإبداء دفوعهم الموضوعية إحتراما للحق في الدفاع، و ذلك خشية أن ينتظر الخصوم الفصل في الدفوع الإجرائية فلا يقدمون الدفوع الموضوعية.

ب- أن تبين المحكمة إذا قضت في الموضوع، ما حكمت به في كل من الدفع الإجرائي والدفع الموضوعي بقرار مسبب.

الأصل أن تفصل المحكمة في الدفع الشكلي قبل نظر الموضوع، ذلك أن هذا الفصل قد يغنيها عن نظر الموضوع و الحكم فيه، كما لو قضت المحكمة ببطلان العريضة الإفتتاحية للدعوى أو بعدم إختصاصها بالدعوى. على أن المشرع قدر أن المحكمة قد تكون بحاجة إلى

<sup>1</sup> فتحي والي، المرجع السابق، ص498.

نظر الموضوع لكي تفصل في الدفع الشكلي، و لهذا تقرر المادة:52 ق.إ.م.إ (يفصل القاضي بحكم في الدفع بعدم الإختصاص الإقليمي، و يمكنه، عند الإقتضاء أن يفصل فيه بنفس الحكم مع موضوع النزاع بعد إعدار الخصوم مسبقا شفاهة لتقديم طلباتهم في الموضوع) أن للمحكمة الأمر بضم الدفع إلى الموضوع و تفصل فيهما معا.

غير أن هذا مشروط بشرطين:

1- ألا يتعارض مع ما لطرفي الخصومة من حق الدفاع. فإذا لم يكن الخصوم قد أبدوا دفاعهم في الموضوع أو لم تكن المحكمة قد نهتهم للتكلم فيه، فإن حكمها في الدفع و الموضوع معا يكون باطلا لإخلاله بحق الخصوم في الدفاع.

2- أن تبين المحكمة ما حكمت به في كل من الدفع و الموضوع، ذلك أن الفصل فيهما معا لا يعني أن الأمر يتعلق بقرار واحد، بل الأمر يتعلق بقرارين يجب أن يتبنى كل قرار منهما على أسبابه المتعلقة به.

على أنه يلاحظ ما يأتي:

(أ) أن طلب ضم الدفع إلى الموضوع ليس حقا لأي من الخصوم، إذ لا مصلحة لأي منهم فيه. فالمسألة تدخل في السلطة التقديرية الكاملة للمحكمة.

(ب) أن قرار الضم لا يعني وجوب الفصل في كل من الدفع و الموضوع فقد تأمر المحكمة بالضم ثم تصدر قرارا في الدفع وحده يغني عن الفصل في الموضوع كما لو حكمت- في الدفع- بعدم إختصاص المحكمة.

### ثالثا : الحكم في الدفع الاجرائي لا يحوز حجية الأمر المقضي:

إن الحكم في الدفع الاجرائي لا يعد قضاء في الموضوع، فلا يرتب حجية الأمر المقضي، لأنه يجوز للخصم أن يرفع دعوى جديدة و بإجراءات جديدة للمطالبة بنفس الحق، إلا أنه يعد حكما إجرائيا قطعيا تستنفذ به المحكمة سلطتها بالنسبة لهذه المسألة بالذات.

إذا قررت المحكمة قبول دفع شكلي كما لو حكمت بعدم الإختصاص أو ببطلان عريضة الدعوى، أو قررت رفضه، فإن قرارها في الدفع الشكلي لا يعتبر فصلا في الدعوى و لا يحوز هذا الحكم حجية الأمر المقضي.

### رابعا: الحكم في الدفع الاجرائي لا تستنفذ به محكمة الدرجة الأولى سلطتها:

فإذا طعن في الحكم المتعلق بالدفع الاجرائي ثم قضى المجلس بإلغاء ذلك الحكم فإن الإختصاص يعود إلى محكمة الدرجة الأولى.

غير أن المحكمة إذا حكمت في الدفع الاجرائي و موضوع الدعوى ثم تبين أن إختصاصها في الموضوع كان باطلا، ففي هذه الحالة لا مناص من تصدي المجلس في الإستئناف للحكم في القضية<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> أحمد أبو الوفاء، نظرية الدفوع، المرجع السابق، ص180.

و من خلال النظام القانوني للدفوع الإجرائية تتضح الصلة القوية بينها و بين ضمانات الدفاع الأخرى، لأن معظم الإجراءات و الأشكال تمثل ضمانات لحقوق الدفاع، فالدفع ببطلان العريضة الافتتاحية للدعوى أو محضر التكاليف بالحضور إنما يهدفان إلى حماية حق الخصم في العلم، كما أن الدفع ببطلان تشكيل المحكمة، أو بعدم أهلية الخصم أو انعدام سلطة التمثيل في الخصومة كما في القانون الفرنسي و اللبناني إنما يهدف إلى حسن سير العدالة، أما الدفوع بعدم الإختصاص بكافة أنواعها فإنها تهدف إلى حماية المشروعية الإجرائية، و تحقق نوعاً من المساواة بين المدعي و المدعى عليه، كما أن قاعدة إبداء الدفوع الإجرائية دفعة واحدة، و قبل الكلام في الموضوع تعد ضمانات تؤدي إلى السرعة في مناقشة الموضوع أمام المحكمة.

## الفصل الثاني: محل الدفع

الخصومة ظاهرة قانونية تشمل مجموع الأعمال الإجرائية التي رسمها القانون الإجرائي، و التي تتخذ بهدف التوصل إلى هدف معين، هذا الهدف هو العمل القضائي المطلوب. و لهذا فالخصومة<sup>1</sup>: عبارة عن مجموعة من الإجراءات القضائية المتتابعة يقوم بها الخصوم أو ممثلوهم، و القاضي و أعوانه، هذه الإجراءات تتابع فيما بينها تتابعا زمنيا و منطقيا بحيث يبدو كل إجراء منها مفترض للإجراءات اللاحقة، و هي إن أنتجت أثارا خاصة بها، إلا أنها كلها تجتمع لإنتاج أثر نهائي، هو ما ينتجه العمل أو الإجراء النهائي منها الحكم. و هذه الأثار تعتبر أثارا مباشرة للحكم القضائي، و لكنها أيضا تعتبر أثارا غير مباشرة لما سبق الحكم من أعمال و إجراءات. إذن فكل عمل أو إجراء في الخصومة يكون له أثر خاص به، هذا الأثر بالتضافر مع الأثار الأخرى و المتولدة من الأعمال أو الإجراءات المكونة للخصومة ذاتها، لينتج من كل ذلك نهايتها الطبيعية.

يُشترط في الإجراء القضائي أن يكون له محل، فمن المُسلم به أن كل عمل قانوني ينصب على محل ما، و من هنا يشترط في الإجراء القضائي أن يكون له محلا وهذا الأخير يُمثل مضمون الشيء الذي يرد عليه الإجراء، فضلا عن الشيء الذي يرد عليه العمل، و يختلف محل الإجراء القضائي باختلاف نوع هذا الأخير، فمثلا يكون محل الإجراء القضائي في التبليغات القضائية هو عمل التبليغ و علم المُبلغ اليه بالتبليغ، و محل الشهادة يكون بأدائها امام المحكمة، و محل الخبرة تكون بإجراء الكشف أو المعاينة و إيداع الخبير تقرير خبرته في المحكمة<sup>2</sup>.

ويُشترط في محل الإجراء القضائي ان يكون موجوداً و معينا تعييناً نافيا للجهالة، و أن يكون قابلاً للتعامل فيه.

و العمل الإجرائي لصحته لا بد ان يقوم به أشخاص محددون في مكان و زمان محدد ليتم صحته، لذا فإن دراستنا في هذا الفصل ستكون في ثلاث مباحث:

المبحث الأول: أشخاص الدعوى أو الخصوم كمحلا للدفع

المبحث الثاني: الاختصاص

المبحث الأول: آجال الإجراء

## المبحث الأول : أشخاص الدعوى أو الخصوم كمحل للدفع

الخصومة ظاهرة قانونية تشمل مجموع الأعمال الإجرائية التي رسمها القانون الإجرائي، و التي تتخذ بهدف التوصل إلى هدف معين، هذا الهدف هو العمل القضائي المطلوب. و لهذا فالخصومة<sup>3</sup> " عبارة عن مجموعة من الإجراءات القضائية المتتابعة يقوم بها الخصوم أو ممثلوهم، و القاضي و أعوانه". هذه الإجراءات تتابع فيما بينها تتابعا زمنيا و منطقيا

<sup>1</sup> نبيل إسماعيل عمر، الوسيط في قانون المرافعات المدنية و التجارية، المرجع السابق، ص 668.

<sup>2</sup> محمد جمال عطيه، الشكلية القانونية دراسة مقارنة، المرجع السابق، ص 228.

<sup>3</sup> نبيل إسماعيل عمر، أصول المحاكمات المدنية، المرجع السابق، ص 668.

ويُشترط في محل الإجراء القضائي أن يكون موجوداً ومعيّناً تعييناً نافياً للجهالة، وأن يكون قابلاً للتعامل فيه، فبالنسبة لوجود المحل، نرى أن إقامة الدعوى تكون بعريضة أي يشترط وجود عريضة دعوى مقامة أمام المحكمة المختصة لتكون أمام قضية ينظرها القضاء، وأن تكون هذه العريضة مذكور فيها محل الدعوى، كأن يكون عقار أو منقول أو دين أو غيره.

والخصومة منشئة لعلاقة قانونية، يقوم الأشخاص المعنيون بالخصومة بأعمال إجرائية، وتتكون الخصومة من عناصر ومحل وسبب.

فالعناصر المكونة لها تتمثل في الأطراف: وهم المدعي والمدعى عليه، وقد تمتد إلى أطراف آخرين بطريق إدخال الغير في الخصومة (المادة:199 ق.إ.م.إ و التي تنص على الآتي:"يجوز لأي خصم إدخال الغير الذي يمكن مخاصمته كطرف أصلي في الدعوى للحكم ضده.

كما يجوز لأي شخص القيام بذلك من أجل أن يكون الغير ملزماً بالحكم الصادر) أو التدخل في الخصومة (المادة:1/194 ق.إ.م.إ و التي تنص على الآتي :يكون التدخل في الخصومة في أول درجة أو في مرحلة الاستئناف إختيارياً أو وجوبياً)، وهذا يشكل العنصر الذاتي للخصومة القضائية، كما تفترض الخصومة كذلك محل وسبب وهما العنصرين الموضوعيين، فإدعاء المدعي يهدف إلى الحصول على نتيجة مثل الحكم على الخصم، وهذا هو محل الطلب القضائي، وهو قائم على السبب الذي هو أساسه والذي قد يكون عقد أو شبه العقد أو غير ذلك، والحجر الأساسي في الخصومة القضائية هم الخصوم وهم محل الدفع.

لما كان الإلتجاء إلى القضاء من الحقوق العامة التي حرصت الدساتير والقوانين المختلفة على النص عليه، فحرية اللجوء إلى القضاء رخصة معترف بها لكل شخص طبيعي أو اعتباري و أيا كان جنسيته<sup>1</sup>، فأصبح لكل شخص الحق في أن يلجأ إلى القضاء إذا ما إعتدى على حق من حقوقه ، دون الحاجة إلى وجود نص في القانون يجيز رفع الدعوى، فليس من شروط قبول الدعوى نص في القانون يجيز رفعها. ومن هذا جاء أهمية الدور الذي تلعبه الصفة أمام القضاء المدني سواء أكانت صفة موضوعية أم صفة إجرائية.

<sup>1</sup> أحمد أبو الوفاء، المرافعات المدنية و التجارية، المرجع السابق، ص180.

## المطلب الأول: الخصوم والصفة

الأصل في الشخص أنه خصم بطبيعته أي غير محايد بمعنى أنه قد يكون محقا و قد يكون غير محق، و المثالية أن يكون " كل " شخص خصما بمعنى ألا يحال بين أحد و بين الإلتجاء إلى القضاء، و هو ما يعبر عنه بمبادئ الشرعية و المساواة.

أو كما ينص عليه الدستور في المادة: 140 "الكل سواسية أمام القضاء، و هو في متناول الجميع و يجسده إحترام القانون".

### الفرع الأول: الخصوم والدعوى القضائية

و المثالية هي أن لا يكون الشخص خصما و حكما<sup>1</sup>، بمعنى ألا يحال بين أحد و بين الإلتجاء إلى القاضي الطبيعي لأن الخصم ليس قاضيا طبيعيا، و هو ما يعبر عنه بعبارة "و هو في متناول الجميع".

الأصل أن المدعى أو المدعى عليه أو الحاجز أو المحجوز عليه أو المجوز لديه هو بطبيعته خصم.

الخصم نوع متميز من الطبيعة أو صفة طبيعية لصيقة بالفرد.

و لأن المدعى أو المدعى عليه بطبيعته خصم، و الخصم صفة لصيقة بالفرد، فإن المدعى هو تعبير عن " الخصم الأول" بينما المدعى عليه تعبير عن " الخصم الثاني".

و لأن الحاجز أو المحجوز عليه أو المجوز لديه أو الغير هو خصم بطبيعته، و الخصم صفة. و أن الخصم صفة قانونية عامة مجردة في الشخص الإجرائي، و هي صفة لا يعتد بها إلا القانون الإجرائي الذي يخاطب من خلالها شخصه<sup>2</sup> ( المدعى- المدعى عليه المتدخل- المستأنف- المستأنف عليه- الحاجز- المحجوز عليه- المجوز لديه..)، فهي صفة قانونية إجرائية.

و لأن الخصم صفة قانونية إجرائية، والقانون الإجرائي هو قانون وضعي يتحقق في الواقع، فإن هذه الصفة العامة المجردة ترتبط في تحقيقها بوضع واقعي لا يعتد به إلا القانون الإجرائي، أي ترتبط بوضع واقعي إجرائي.

و إذا كانت واقعة النزاع هي واقعة إجرائية تلزم و تكفي لتحقيق صفة الخصم في الواقع، إلا أن واقعة النزاع لا تكفي لتحقيق صفة المتقاضي. فكثير من المنازعات لا تنقل إلى المحاكم. و من هنا فالأصل أن كل متقاضي هو خصم و ليس كل خصم هو متقاضي. و تعبر

<sup>1</sup> سمير عبد السيد تناغو ، النظرية العامة للقانون، المرجع السابق، ص27.

<sup>2</sup> وجدي راغب فهمي، مذكرات في إجراءات التقاضي أمام القضاء المدني، 1987، ص109.

محكمة النقض المصرية عن ذلك بقولها : " الخصم الذي لم يقض له أو عليه في الحكم المطعون فيه لا يكون خصما حقيقيا و يكون إختصامه في الطعن لذلك غير مقبول"<sup>1</sup>.  
وبالتالي فإن محل العمل الإجرائي هم الخصوم الذين يمارسون هذا العمل<sup>2</sup>.

### التمييز بين الدعوى والمطالبة القضائية :

الدعوى هي وسيلة قانونية لحماية الحق مؤداها تخويل صاحب الحق مكنة الالتجاء إلى القضاء للحصول على حقه أو لضمان احترامه<sup>3</sup>.

أما المطالبة القضائية فهي وسيلة رفع الدعوى، وأساس المطالبة القضائية هو حق اللجوء للقضاء و الذي هو عبارة عن رخصة يعترف بها القانون للكافة، أما الدعوى فليست حقا للكافة بل يعترف القانون بحق الدعوى لمن توافرت بشأنه شروط معينة<sup>4</sup>.

كانت الدعاوى في القانون الروماني محددة في نماذج معينة بحيث لا تقبل دعوى إلا إذا إنطبق عليها أحد النماذج المسماة في القانون، أما القانون الحديث فلا يشترط لقبول الدعوى أن ينص القانون عليها صراحة، وإنما تقبل أي دعوى توافرت فيها الشروط التي يحددها القانون، فالمشرع قد يتولى تنظيم بعض الدعاوى ويطلق عليها أسماء معينة، وقد يترك ذلك دون تنظيم فتوجد دعاوى غير مسماة<sup>5</sup>.

### قبول الدعوى هل يستند إلى الحق في الدعوى ؟

قبول الدعوى يعني صلاحيتها للنظر فيها بصرف النظر عما إذا كانت تستند إلى حق فعلا أم لا. فقد تكون الدعوى مقبولة فتنتظر المحكمة في موضوعها، ثم يتضح لها بعد ذلك أن المدعي لم يكن صاحب حق فعلا، كما أن العكس قد يكون صحيحا<sup>6</sup>.

وتعد مسألة قبول الدعوى من أهم القيود التي ترد على رفع الدعوى، لأن البعض قد يستعمل الدعوى إستعمالا كيديا ، فيؤدي ذلك إلى زيادة عدد القضايا فيزداد العبء على القضاء، مما يتسبب في تأخير الحصول على الحماية القضائية.

ويتعلق قبول الدعوى بسلطة الخصوم في إقامتها، وسلطة المحاكم في نظرها أو سماعها، ويختلف بذلك قبول الدعاوى عن مسألة مدى إتخاذ إجراءات اللجوء إلى القضاء وإستيفاء الشكل المطلوب، فالمحكمة تتعرض لشكل الدعوى قبل البحث في مسألة قبولها، وكما يختلف القبول – وفقا لهذا المعنى – عن كون طلب المدعي مؤيدا ومؤسسا، لأن المحكمة قد تحكم بعدم قبول الدعوى ولو كان المدعي محقا في إدعائه<sup>7</sup>.

<sup>1</sup> نقض مدني 26/3/5 س 19 ص 482 مذكور في مؤلف عز الدين الديناصوري و حامد عكاز، التعليق على قانون المرافعات، المرجع السابق، ص 211.

<sup>2</sup> فتحي والي، نظرية البطلان (رسالة دكتوراه)، المرجع السابق، ص 86.

<sup>3</sup> عبد الباسط جميعي، مبادئ المرافعات في قانون المرافعات الجديد، دار الفكر العربي، القاهرة، 1980، ص 296.

<sup>4</sup> وجدي راغب فهمي، مبادئ القضاء المدني، المرجع السابق، ص 96.

<sup>5</sup> فتحي والي، الوسيط في قانون القضاء المدني، القاهرة والكتاب الجامعي، 2001، ص 56.

<sup>6</sup> محمود السيد التحيوي، الصفة غير العادية وأثارها في رفع الدعوى القضائية، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2003.

<sup>7</sup> أمينة مصطفى النمر، قوانين المرافعات، المرجع السابق، ص 213.

### فما المقصود بشروط قبول الدعوى ؟

إن الدعوى هي الأداة الفنية التي رسمها القانون للشخص متى توافرت شروط قبولها حتى تكون صالحة لنظرها أو سماعها قبل الفصل في موضوعها.

فيقصد بشروط قبول الدعوى تلك الشروط اللازمة لكي تنتظر المحكمة في الدعوى. فيحكم بقبول الدعوى إذا كانت هناك الشروط متوافرة، كما يحكم بعدم القبول في حالة تخلف أي شرط من الشروط<sup>1</sup>.

### الهدف من الدعوى و إرتباطه بقبول الدعوى

إن الهدف من الدعوى هو الحصول على حكم من السلطة القضائية يقرر وجود الحق وينسبه لصاحبه، ويلزم الخصم الآخر بإحترام القانون وتنفيذ الحكم الصادر برضاه و إختياره بدلاً من تنفيذه جبراً عنه<sup>2</sup>.

ولذا فإن تحديد الهدف من الدعوى يرتبط بمسألة قبول الدعوى، فلا يتحقق الهدف إلا إذا كانت شروط قبول الدعوى متوافرة، فيحكم بقبول الدعوى ويترتب على ذلك بدء النظر في الدعوى من جانب القاضي الذي يصدر حكماً ملزماً للخصوم، ومن ثم لا بد أن يأتي الهدف من الدعوى متنسقاً مع الوسيلة التي بمقتضاها تحقق الحماية القانونية للحق.

### إختلاف الآراء حول شروط قبول الدعوى

تنص المادة الثالثة عشر ق.إ.م.إ على ضرورة توفر شرطي الصفة و المصلحة ، مما يدل على أن شرط الصفة شرط لازم، ولكن المشرع لم يحسم شروط قبول الدعوى فثار حولها جدل فقهي.

فتطلب البعض شرط المصلحة و إعتبره الشرط الوحيد لقبول الدعوى، فكلما وجدت المصلحة وجدت الدعوى<sup>3</sup>. فإشترط المشرع أن تكون المصلحة شخصية ومباشرة وقائمة يقرها القانون. و هذه الأوصاف ما هي إلا أوصافاً لشرط المصلحة، بمعنى أن تحمي الدعوى حق رافعها أو من ينوب عنه (شخصية ومباشرة)، وأن يكون الإعتداء قد وقع بالفعل على الحق المراد حمايته (قائمة)، وأن تستند إلى حق أو مركز قانوني (يقرها القانون).

ويرى البعض الآخر إلى أن المصلحة ليست شرطاً لقبول الدعوى، وإنما هي شرط لوجودها، وحدد شروطاً لقبول الدعوى وهي وجود الحق، والاعتداء عليه، وتوافر الصفة<sup>4</sup>.

وتطلب فريق ثالث شرطي الصفة و المصلحة كشرطين لقبول الدعوى فالمصلحة و الصفة شرطان ضروريان لوجود الحق في الدعوى<sup>5</sup>.

<sup>1</sup> وجدي راغب فهمي، مبادئ القضاء المدني، المرجع السابق، ص 96.

<sup>2</sup> عبد الباسط جمعي، مبادئ المرافعات المدنية، المرجع السابق، ص 307.

<sup>3</sup> عبد المنعم أحمد الشرقاوي، نظرية المصلحة في الدعوى، رسالة دكتوراه مقدمة لكلية الحقوق جامعة القاهرة عام 1947، ص 267.

<sup>4</sup> فتحي والي، الوسيط في القانون القضاء المدني، المرجع السابق، ص 67.

<sup>5</sup> أحمد مسلم، أصول المرافعات المدنية، المرجع السابق، ص 334.



فالمصلحة تعبر عن الجانب المادي أو الواقعي للدعوى، والصفة تمثل الجانب الشخصي فيها، إذ يعد شرط الصفة في الدعوى شرطاً كافياً لقبول الدعوى من الناحية الشخصية، لأنه يجب توافر شرط المصلحة الشخصية المباشرة التي تستخدم كمعيار للتحقق من توافره في بعض الحالات<sup>1</sup>.

وبينما تطلب فريق رابع شروطاً أخرى فضلاً عن الصفة والمصلحة فمنهم من أضاف الأهلية، على اعتبار أن مباشرة الدعوى في حد ذاته تصرفاً قانونياً نظراً لما تنطوي عليه من إتجاه إرادة المدعى إلى إحداث أثر قانوني معين، فكان من اللازم أن تكتمل لديه الأهلية اللازمة لإجراء هذا التصرف<sup>2</sup>.

ومنهم من أضاف شرط عدم سبق الفصل في الدعوى، وإتمام الصلح فيها<sup>3</sup>. بينما يرى البعض أن شروط قبول الدعوى هي شروط عامة تنطبق على كل دعوى، والتي تنقسم بدورها إلى شروط إيجابية (المصلحة، الصفة) وأخرى سلبية أو موانع لقبول الدعوى ومثالها إنقضاء الدعوى بالتقادم، أو لسبق الفصل في موضوعها، أو بالصلح، أو وجود شرط تحكيم بشأنها، إذا تحققت يترتب عليها عدم قبول الدعوى، كما قد يتطلب القانون بالإضافة إلى هذه الشروط شروطاً أخرى خاصة ببعض الدعاوى، ومثالها المواعيد الخاصة ببعض الدعاوى كأن ترفع دعوى الحيازة خلال سنة من بدء الإعتداء<sup>4</sup>، ودعوى الشفعة يجب أن ترفع خلال ثلاثين يوماً تاريخ إعلان الرغبة بالأخذ بالشفعة<sup>5</sup>.

## الفرع الثاني: الصفة ومباشرة الإجراءات ( الصفة الإجرائية )

### إجراءات الخصومة القضائية

تبدأ الخصومة من وقت رفع الدعوى، وتستمر في ظل مجموعة من الإجراءات القضائية المتتابعة التي يقوم بها القضاة ومن يعاونهم من ناحية، ومن ناحية أخرى الخصوم أو من يمثلهم، وذلك بغرض الحصول على الحماية القضائية<sup>6</sup>.

ولما كان النشاط القضائي نشاطاً مطلوباً لا تلقائياً، فلا تنشأ الخصومة إلا بناء على طلب، هذا الطلب يتضمن رغبة شخص يوجهها إلى محكمة معينة بهدف إستصدار حكم في صالحه، ويحدد هذا الطلب موضوع الدعوى من حيث أشخاصها ومحلها وسببها، ويجب أن يتم المطالبة القضائية بالشكل الذي يحدده القانون، وتتعدد الخصومة بالقيام بإجراءين هما:

<sup>1</sup> محمود محمد هاشم، قانون القضاء المدني، المرجع السابق، ص55.

<sup>2</sup> عبد الباسط جمعي، مبادئ المرافعات المدنية، المرجع السابق، ص310.

<sup>3</sup> أحمد أبو أوفاء، المرافعات المدنية والتجارية، المرجع السابق، ص136.

<sup>4</sup> أنظر: المواد من: 817 إلى 826 من القانون المدني.

<sup>5</sup> أنظر: المادة: 799 من القانون المدني.

<sup>6</sup> وجدي راغب فهمي، مبادئ القضاء المدني، المرجع السابق، ص91.

## 1- رفع الدعوى أمام المحكمة

ويتم ذلك بإيداع عريضة الدعوى بأمانة ضبط المحكمة ثم قيدها في سجلاتها، وقد يكون للشخص صفة في مجالات ولا يكون له صفة في مجالات أخرى، فالنيابة العامة لها صفة في تحريك الدعوى العمومية وهي خصم أمام القضاء الجزائي، بينما في القضاء المدني فلا صفة لها وبذا قضت المحكمة العليا

" حيث إن القانون لا يخول للنيابة العامة أن ترفع الدعوى أمام القضاء المدني، إلا استثناء، ولا يحق لها أن تتدخل أمامه عن طريق الإدعاء إلا حين ينص القانون على ذلك.

و حيث إنه لا يوجد أي نص في القانون يخول للنيابة العامة الصفة في هذه الدعوى التي تتعلق بالحق في الإيجار للعقار الذي تعود ملكيته لديوان الترقية و التسيير العقاري لولاية ورقلة الذي تم تأجيله للطاعن.

و حيث أن قضاة الموضوع عندما قبلوا الطعن بالتماس إعادة النظر في هذا القرار من قبل النيابة العامة لمجلس قضاء ورقلة، يعد خرقا للقانون"<sup>1</sup>.

## 2- إعلان الخصم بعريضة الدعوى وتكليفه بالحضور

و يتحدد محل الخصومة والحكم الصادر فيها بحدود الطلب، إلا أن القانون يسمح في بعض الأحوال إحداث تغييرات فيها عن طريق تقديم الطلبات العارضة و التدخل و الإدخال. وإذا ما رعيت في المطالبة القضائية الإجراءات التي ينص عليها القانون تلتزم المحكمة بنظرها ولو لم يكن للمدعي الحق فيما يطلبه.

**إكتساب صفة الخصم :** ترتبط فكرة الخصم بتقديم المطالبة القضائية، و لكل طرف من أطراف المطالبة (الطالب والموجه ضده الطلب) أي المدعى عليه المركز القانوني للخصم بناء على إشتراكه في الخصومة، و يترتب على ذلك نتائج ذات طبيعية إجرائية<sup>2</sup>، وبالتالي يكتسب مقدم الطلب والمقدم في مواجهته الطلب صفة الخصم ، وهذا هو الحد الأدنى لاكتساب وصف الخصم، ثم يأتي بعد ذلك تصنيف هذا الخصم بقدر ما يتاح له من إمكانيات تؤهله للقيام بهذا الدور.

## صفة الخصم الكامل وصفة الخصم الناقص

إذا ما توافرت صفة الخصم في الشخص فإنه يكون في مركز قانوني معين يمد به بعض السلطات الإجرائية<sup>3</sup>، فتتنوع صفة الخصم في مباشرة الإجراءات في الدعوى بسبب المركز القانوني المسند إليه، فقد يسند إلى الخصم كافة عناصر المركز القانوني فيياشرها بنفسه لا عن طريق ممثله الإجرائي فيكون طرفا في الخصومة، وفي الحق موضوع الدعوى، وهذا هو الخصم الكامل. أما إذا لم تتوافر له كل هذه العناصر، ولم يسند للخصم كافة الحقوق والواجبات الإجرائية، فيصبح خصما ناقصا<sup>4</sup>.

1 الجلة القضائية لسنة 2006، العدد 3، ملف رقم 381789 قرار بتاريخ 2005/12/21، ص 36.

2 وجدي راغب فهمي، الموجز في مبادئ القضاء المدني، المرجع السابق، ص 9.

3 فحي والي، الوسيط في قانون القضاء المدني، المرجع السابق، ص 299.

4 وجدي راغب فهمي، مبادئ القضاء المدني، المرجع السابق، ص 511.

**تصنيف الخصم الناقص: يمكن أن يقسم الخصم الناقص إلى:**

1- **خصم غير عادي :** وهو الذي يباشر الإجراءات بناء على صفة غير عادية في الدعوى، مثال ذلك الدائن الذي يطالب بحق مدني في الدعوى غير المباشرة، ودعوى النقابة للمطالبة بحق العامل بناء على عقد العمل المشترك، وهو بهذه الصفة يحرم من إجراءات التصرف في الحق الموضوعي.

ولقد قضت المحكمة العليا ولما ثبت - في قضية الحال - أن الشركة الجزائرية لتأمينات النقل لم تقدم عقد الحلول الذي أعطي لها الصفة في رفع الدعوى الرامية إلى الحصول على التعويضات عن الخسائر اللاحقة بالبضائع المنقولة .

ولما رفض قضاة الموضوع الدعوى شكلا لانعدام الصفة يكونون قد طبقوا القانون تطبيقا سليما<sup>1</sup>.

2- **خصم تبعي :** وهو الذي يشارك في إجراءات الدعوى بناء على صفة مشتقة من صفة أحد الخصوم الأصليين، مثال ذلك المتدخل الإنضمامي الذي يأخذ صفة الخصم الذي ينضم إليه، ولا يجوز له إتخاذ الإجراءات التي تمس الحق الموضوعي.

3- **خصم مركب:** و الخصم الذي يتقاضى عن طريق ممثله الإجرائي مثال ذلك الولي أو الوصي الذي يمثل القاصر، فتكون المطالبة باسم القاصر وتتصرف إليه آثار الحكم ويتحمل المسؤولية عن الإجراءات، وبالرغم من أن الولي أو الوصي يباشر الإجراءات بإدارته وتتم في مواجهته إلا أنه يظل محتفظا بصفة الممثل الإجرائي ، ولا يكتسب صفة الخصم<sup>2</sup>.

**الآثار المترتبة على تصنيف الخصوم**

يكتسب كل طرف في الخصومة وصف الخصم بغض النظر عن مركزه بالنسبة للحق المتنازع عليه، وبناء على هذه الصفة نستطيع أن نحدد الشخص الذي يباشر الإجراءات بنفسه أو من ينوب عنه، وبالتالي تختلف الآثار التي تترتب على ذلك. فمن غير المعقول أن نساوي بين أطراف الخصومة بالرغم من إختلاف الصفات التي إكتسبوها.

فإذا كان مقدم الطلب هو صاحب الحق الموضوعي، ففي هذه الحالة تثبت للشخص صفتي طرف في الخصومة من ناحية وطرف في الحق الموضوعي وحق الدعوى من ناحية أخرى. أما إذا كان الشخص طرفا في الخصومة وليس طرفا في الحق الموضوعي محل الدعوى مثال ذلك: الدائن في الدعوى غير المباشرة، فهو طرف في الدعوى وخصم في نفس الوقت، ولكن ليس طرفا في الحق الذي يطالب به، وعلى ذلك يكتسب صفة الخصم من يقدم ضده الطلب بصرف النظر عما إذا كان هو الطرف السلبي في الحق في الدعوى أم لا.

ولا يكتسب صفة الخصم في الدعوى من لم يقدم طلبا أو يقدم ضده طلب حتى ولو كان ماثلا في الخصومة كممثل إجرائي كالولي أو الوصي أو القيم، فالآثار هنا سوف تتصرف

<sup>1</sup> المجلة القضائية، عدد خاص، 1999، ملف: 138267 بتاريخ: 1996/02/27، ص 183.

<sup>2</sup> إبراهيم أمين النفيراوي، مسؤولية الخصم عن الإجراءات، رسالة دكتوراه، لكلية الحقوق، جامعة عين شمس، 1987، ص 191.

للأصيل وليس الممثل الإجرائي<sup>1</sup>. وبالتالي الحكم الصادر في الدعوى يكون حجة على الأصيل وليس على الممثل الإجرائي، إلا إذا أثبت الأصيل - في حالة صدور حكم ضد مصلحته - أن ممثله الإجرائي قد ارتكب غشاً، فيعتبر الأصيل المحكوم عليه من الغير بالنسبة للحكم. أي يفقد الأصيل المحكوم عليه صفته، كما يفقد النائب صفته في التقاضي نظراً لأنه لا تتوافر بشأنه الصفة الموضوعية إذ انه ليس طرفاً في الدعوى، كما أنه ليس طرفاً في الخصومة، فيصبح الحكم الصادر منعدماً لعدم توافر أحد العناصر اللازمة لوجود الحكم وهو إنعدام أحد أطراف الدعوى<sup>2</sup>.

فالعبارة في تحديد أشخاص الدعوى هي صفتهم فيها لا بمباشرتهم لإجرائتها، كما أن أشخاص الدعوى لا يشترط فيهم أن يكونوا من الأشخاص الطبيعيين إذ يمكن أن يكون مدعي أو مدعي عليه شخصاً اعتبارياً كالشركة أو الجمعية، ويباشر الدعوى عنها الممثل القانوني وهو رئيس مجلس إدارتها أو مسيرها كما لا يشترط كمال الأهلية المدنية في أشخاص الدعوى إن كانوا من الأشخاص الطبيعيين مثال ذلك : القاصر أو المحجور عليه ، فيباشرها عنه من يمثله تمثيلاً إجرائياً كالولي أو الوصي أو القيم<sup>3</sup>.

### الفرع الثالث: الصفة الموضوعية

تتدرج الحقوق والمصالح من حقوق ومصالح خاصة إلى حقوق ومصالح جماعية ثم إلى حقوق ومصالح عامة، وبالتالي تتدرج الصفة الموضوعية تبعاً لذلك فتثبت الصفة لأطراف الدعوى، سواء بأشخاصها "طبيعية أم اعتبارية" للدفاع عن مصالحهم الخاصة، و يطلق عليها الصفة الخاصة، كما تثبت الصفة للنقابات والجمعيات للدفاع عن المصالح الجماعية للمهنة التي تمثلها النقابة أو الغرض الذي تسعى لتحقيقه الجمعية ويطلق عليها الصفة الجماعية، وإذا كانت مصلحة عامة تهم المجتمع فإن الصفة تثبت للنيابة العامة، ويطلق عليها الصفة العامة.

وسوف نتناول بالدراسة من خلال الصفة الموضوعية، والتدخل في الدعوى على النحو التالي:

#### الصفة الخاصة

يمكن أن تثبت الصفة الموضوعية للشخص الإعتباري، كما تثبت للشخص الطبيعي. والأصل أن يكون المدعى هو صاحب الحق أو المركز القانوني، و المدعى عليه يكون هو الطرف السلبي في هذا الحق، أي من يلتزم به، وهو ما يعبر عنه بالصفة الموضوعية العادية في الدعوى، ولكن القانون قد يجيز في بعض الحالات حلول شخص أو هيئة محل الصفة الأصلية في الدعوى، وهذا ما يعبر عنه بالصفة الموضوعية الغير العادية.

تتوافر الصفة في الدفع الموضوعي لمن تثبت لديه الصفة الموضوعية سواء العادية أو غير العادية<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> صلاح أحمد عبد الصادق ، نظرية الخصم العارض في قانون المرافعات المدنية دراسة تأصيلية لاتساع نطاق الخصومة من حيث أطرافها، رسالة دكتوراه مقدمة إلى كلية الحقوق جامعة عين شمس، عام 1986، ص178 .

<sup>2</sup> وجدى راغب فهمي، مبادئ القضاء المدني، المرجع السابق، ص88.

<sup>3</sup> محمود محمد هاشم، قانون القضاء المدني، المرجع السابق، ص42.

<sup>4</sup> وجدى راغب فهمي، مبادئ القضاء المدني، المرجع السابق، ص488.

و لذا سوف نتناول بالدراسة دور الصفة الموضوعية العادية في الدفاع عن الحقوق أو المصالح الخاصة، وذلك وفقا للتقسيم التالي:

**البند الأول:** الصفة الموضوعية العادية في الدفاع عن الحقوق أو المصالح الخاصة.

**البند الثاني:** الصفة الموضوعية غير العادية في الدفاع عن الحقوق أو المصالح الخاصة.

### الصفة الموضوعية العادية في الدفاع عن الحقوق أو المصالح الخاصة

عندما يلجأ الخصم إلى القضاء للدفاع عن حقه بالطريق الذي رسمه القانون، فإنه لا بد أن يكون ذي صفة في هذه المطالبة، وقد يطالب بنفسه باعتباره صاحب الصفة الموضوعية أو عن طريق ممثل له، فتثبت للشخص صفة موضوعية، ويطلق عليها الصفة الموضوعية العادية، كما يثبت لممثله الصفة الإجرائية، أما الشخص الإعتباري ونظرا لطبيعته الخاصة التي يستحيل معها مباشرة الإجراءات القضائية بنفسه، فإن تمثيله أمام القضاء يكون عن طريق شخص طبيعي، فيثبت للشخص الإعتباري صفة موضوعية، ويطلق عليها الصفة الموضوعية العادية، كما يثبت لممثله الصفة الإجرائية. وقد يحدث أن ينتقل الحق الموضوعي من شخص يدعي (السلف) إلى شخص آخر يسمى (الخلف)، فيترتب على ذلك حلول الخلف محل السلف في الحق الموضوعي<sup>1</sup>.

ولذا سوف نتناول الصفة الموضوعية العادية التي تثبت للشخص الطبيعي والإعتباري، من خلال تحديد من تثبت له الصفة الموضوعية العادية، ثم إذا إنتقل الحق الموضوعي من شخص إلى آخر أو ما يسمى بالخلافة في الحق الموضوعي، فما مدى إنتقال الصفة الموضوعية تبعاً لها؟

و للإجابة على هذا سنتطرق إلى:

أولاً: تحديد من تثبت له الصفة الموضوعية العادية

ثانياً: الخلافة في الصفة الموضوعية العادية

### أولاً: تحديد من تثبت له الصفة الموضوعية العادية

يشترط لقبول الدعوى أن يكون للمدعى والمدعى عليه صفة موضوعية، فيجب أن ترفع الدعوى من ذي صفة على ذي صفة، بمعنى أن الإدعاء يجب أن يتم بمعرفة صاحب الحق أو المركز القانوني محل النزاع ضد الشخص الذي إعتدى على هذا الحق، وقد قضت محكمة النقض المصرية بأن "الدعوى هي حق الإلتجاء إلى القضاء بطلب حماية الحق أو المركز القانوني المدعى به، ومن يلزم توافر الصفة الموضوعية لطرفي هذا الحق بأن ترفع الدعوى ممن يدعى إستحقاقه لهذه الحماية وضد من يراد الإحتجاج عليه بها.

<sup>1</sup> عيد محمد القصاص، الخلافة في الصفة الإجرائية في المواد المدنية والتجارية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1996، ص9.

وقد قضت محكمة النقض أيضا بأن " إستخلاص الصفة الموضوعية، وهو من قبيل فهم الواقع فيها وهو مما يستقل به قاضى الموضوع وحسبه أن يبين الحقيقة التي إقتنع بها وأن يقيم قضائه على أسباب سائغة تكفي لحمله".

ونخلص من موقف قضاء النقض المصري بالنسبة لقبول طلب حماية الحق أو المركز القانوني المدعى به أنه يستلزم توافر الصفة الموضوعية العادية لطرفي هذا الحق ، فإذا إنتقلت الصفة، أي رفعت الدعوى من غير صاحب الحق نفسه فإن الدعوى تكون غير مقبولة، كما أنها لا تعد مقبولة أيضا إذا رفعت على غير ذي صفة<sup>1</sup>.

فالمشرع يمنح الصفة في طلب هذه الحماية إلى كل من له مصلحة فيها، فالمادة: 13/ 1 ق.إ.م.إ تنص على أنه " لا يجوز لأي شخص، التقاضي ما لم تكن له صفة، وله مصلحة قائمة أو محتملة يقرها القانون. كما تنص المادة: 31 من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي على أن "باب الدعوى يفتح لكل من له مصلحة مشروعة في نجاح الإدعاء أو دحضه". أي أن الأصل العام في التشريع الجزائري وهو عدم إسناد المشرع الصفة الموضوعية لأشخاص محددين<sup>2</sup>، ولم يرد في باقي فقرات المادة: 13 ق.إ.م.إ ما يفيد العدول عن هذا الأصل العام بتقرير إستثناءات على هذا الأصل .

فالفقرة الثانية من نفس المادة تنص على أنه يثير القاضي تلقائيا إنعدام الصفة في المدعي أو في المدعى عليه.

أما المشرع الفرنسي فقرر في الفقرة الأخيرة من المادة: 31 (ق.إ.م.ب) إجراءات مدنية فرنسي " باستثناء الحالات التي يمنح فيها القانون حق الدفاع لأشخاص مخولين للدفاع عن أو دحض إدعاء معين أو الدفاع عن مصلحة معينة".

أي أن المشرع الفرنسي يمنح الصفة في الدعوى لبعض أشخاص كالزوج في دعوى الطلاق، والإبن الشرعي في دعوى إثبات الأبوة الشرعية، فتكون الصفة في هاتين الحالتين كافية، لأنها تدل على المصلحة. وعلى النقيض من ذلك فإنه في باقي الدعاوى الأخرى تكون المصلحة هي الشرط الأساسي والكافي<sup>3</sup>، وفي الحالات التي لا يحدد فيها المشرع ذوي الصفة فيها يظهر بوضوح الخلط بين المصلحة والصفة.

أما الحالات التي يحدد فيها المشرع ذوي أصحاب الصفة فيظهر بوضوح – كما يرى الفقه الفرنسي – ذاتية شرط الصفة وإستقلاله عن شرط المصلحة، وتعطي للصفة أهمية كبرى، حيث يمكن أن تنيب عن المصلحة في بعض الدعاوى ويطلق عليها الفقه الفرنسي اصطلاح الدعوى ذات الصفة المعتمدة أو المفترضة كما يطلق إصطلاح الدعاوى العادية على تلك التي لا يحدد فيها المشرع ذوي الصفة<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> أحمد هندي، الوكالة بالخصومة، دار النهضة العربية، القاهرة 1998 ، ص99.

<sup>2</sup> عبد الحكيم عباس قرني عكاشة، الصفة في العمل الإجرائي في قانون المرافعات المصري والفرنسي، رسالة دكتوراه مقدمة إلى كلية الحقوق جامعة القاهرة، 1995، ص144.

<sup>3</sup> GARSONNET –E- ,CH.CEZAR –BRU .

Precis de procedure civil ,recueil sirey ,paris ,9• ed ,1923 .

Desdevises y von , Action en justice , conditions subjectives , Qualité , juris classeur , 1996 ,<sup>4</sup> Fasc 1263 p .3.

وتحديد المشرع لأصحاب الصفة الموضوعية العادية في الدعوى لا يقتصر على الصفة الإيجابية (صفة المدعى)، وإنما يمتد إلى أصحاب الصفة السلبية الذين ترفع الدعوى في مواجعتهم (المدعى عليهم)<sup>1</sup>.

### أصحاب الصفة الموضوعية العادية

#### - أطراف الدعوى

تثبت الصفة الموضوعية العادية لأطراف الدعوى سواء المدعين أو المدعى عليهم، فهم الذين يستفيدون من الحقوق التي يربتها الحكم الذي يصدر في الدعوى، ويلتزمون بالواجبات التي يفرضها<sup>2</sup>.

#### - أطراف الخصومة

وقد تثبت الصفة الموضوعية العادية لأطراف الخصومة، فيكون أطراف الخصومة هم أصحاب الصفة الموضوعية وأيضاً أصحاب الصفة الإجرائية.

وتتمثل سلطات صاحب الصفة الموضوعية العادية في الحضور فقط، فقد أباح المشرع له أن يحضر بنفسه أمام المحكمة في اليوم المعين لنظر الدعوى وفقاً لنص المادة: 98 ق.إ.م.<sup>3</sup>، ولكن إذا شاء حضر بنفسه وإن لم يشأ إمتنع عن الحضور وأمكن الحكم في غيبته، وإن شاء قام بتوكيل شخص آخر للحضور نيابة عنه، ولكن المشرع لم يعطيه أكثر من سلطة الحضور، فليس له أن يوقع على عريضة الدعوى أو على الأوراق المطلوبة أو المذكرات، وليس له أن يرافع أمام المحاكم، فهذه الأعمال حق حصري للمحامين، وليس للخصم أن يقوم بها بنفسه إلا إذا كان محامياً، وليس له أن ينيب غيره في القيام بها إلا إذا كان محامياً، مع مراعاة أنه أمام المحكمة العليا لا يعتد بحضور الخصم وإنما يجب أن يحضر المحامي المعتمد بنفسه الجلسات .

#### - من لا يتمتع بأهلية الأداء:

إذا توافرت في الشخص أهلية التقاضي فإنه يكون أهلاً لمباشرة الخصومات والإجراءات القضائية بنفسه، أما إذا توافرت في الشخص أهلية الإختصاص دون أن تتوافر فيه أهلية التقاضي فإنه يكون بحاجة إلى من يمثله أو من ينوب عنه أمام القضاء و هو ما يعرف بالنائب القانوني عن القاصر، وقد يطلق عليه اسم الولي أو الوصي أو القيم. فتثبت له الصفة

<sup>1</sup> عبد الحكيم عباس قرني عكاشة، المرجع السابق، ص133.

<sup>2</sup> محمد القصاص، الخلافة في الصفة الإجرائية، المرجع السابق، ص1213.

<sup>3</sup> تنص المادة: 98 ق.إ.م.إ: "يمكن للقاضي في جميع المواد أن يأمر الخصوم أو أحدهم، بالحضور شخصياً أمامه. يفصل القاضي بأمر غير قابل لأي طعن في طلب أحد الخصوم الرامي إلى الحضور الشخصي للطرف الآخر.

الإجرائية في الخصومات دون أن تكون له مصلحة شخصية ومباشرة، أي دون أن تكون له صفة عادية في الدعوى<sup>1</sup>.

أما الشخص الذي لا يتمتع بأهلية التقاضي الكاملة فتثبت له الصفة الموضوعية العادية التي يمثلها فيها النائب القانوني في مباشرة الإجراءات القضائية.

### - الشخص الاعتباري

تتوافر للشخص الاعتباري الشخصية القانونية، وبالتالي يكون صالحا لأن يصبح طرفا في خصومة قضائية، ولكن نظرا لأن الشخص الاعتباري يستحيل عليه أن يباشر بنفسه الإجراءات القضائية التي تخصه، ويظل هذا أصلا دائما له مادامت الشخصية الاعتبارية قائمة وتمثيله يكون عن طريق شخص طبيعي<sup>2</sup>.

ولا يعد الممثل القانوني للشخص الاعتباري هو المدعى أو المدعى عليه، وإنما يكون له فقط صفة إجرائية ممثلا لصاحب الصفة العادية في الدعوى وهو الشخص الاعتباري، ولذا فإنه يجب على الممثل القانوني أن يثبت صفة صاحب الدعوى المرفوعة، وأن يثبت سلطته كممثل قانوني لمباشرة الإجراءات عن هذا الشخص الاعتباري.

ونخلص مما سبق أن هناك بعض الأشخاص الذين لا تثبت لهم الصفة العادية في الدعوى، وإنما تثبت لهم الصفة الإجرائية فقط مثال: الممثل القانوني أو النائب ليس لهما صفة موضوعية، وإنما كل مالهما هو صلاحية ممارسة الإجراءات باسم صاحب الحق أي صاحب الصفة العادية ولمصلحته<sup>3</sup>، وأيضا المحامي أو الوكيل بالخصومة لا يعد طرفا في الدعوى، أي ليست لهما صفة عادية في الدعوى، فالصفة تكون لصاحب الحق المعتدى عليه، والمحامي يتابع الإجراءات أمام القضاء فقط، فكل ما للمحامي هو ثبوت الصفة الإجرائية، أما الموكل فهو الذي تثبت له الصفة العادية في الدعوى. فالمحامي يقوم بأعمال المحاماة وجميع الإجراءات القضائية باسم الخصم صاحب الدعوى ولمصلحته، وعليه فقد تجتمع لشخص واحد الصفة العادية في الدعوى إذا كان هو صاحب الحق في الدعوى، وكذا الصفة الإجرائية إذا كان في استطاعته أن يباشر الإجراءات القضائية بنفسه، وإذا إنتقلت هذه الصفة الإجرائية عن صاحب الحق في الدعوى، فإنه يستطيع أن يستعين بممثل قانوني له أو نائبا عنه، مع مراعاة الحالات التي يجب فيها الإستعانة بمحام سواء توافرت الصفة الإجرائية أم لا.

### ثانيا : الخلافة في الصفة العادية في الدعوى

الخلف هو من يتلقى حقا من شخص آخر، وهو يعتبر خلفا عاما إذا كان يتلقى كل حقوق ذلك الشخص أو حصة حسابية من هذه الحقوق كالربع أو النصف دون تعيين لحق معين منها، ومثاله الوارث سواء ورث كل التركة أم حصة منها، والموصي له حصة من التركة كالربع أو الثمن مثلا.

<sup>1</sup> فتحي والي، الوسيط في قانون القضاء المدني، المرجع السابق، ص302.

<sup>2</sup> وجدي راغب فهمي، الوجيز في المرافعات، المرجع السابق، ص145.

<sup>3</sup> أحمد هندي، الوكالة بالخصومة، المرجع السابق، ص102.



وأما الخلف الخاص فهو من يتلقى حقا معيناً من شخص آخر، ومثاله المشتري بالنسبة للبائع، والموهوب له بالنسبة للواهب<sup>1</sup>.

ويسود في الفقه استخدام مصطلح الخلافة في الخصومة أو الخلافة في مركز الخصم، وهناك البعض تحدث عن الخلافة في الصفة الإجرائية<sup>2</sup>.

وينتقل المركز القانوني للخصم بالخلافة شأنه في ذلك شأن أي مركز قانوني آخر، وينتقل هذا المركز تبعاً لانتقال الحق أو المركز الموضوعي المدعى به، على اعتبار أن الخصومة وأعمالها لا تعدو أن تكون وسيلة لحماية هذا الحق أو المركز الموضوعي، والخلافة فيها ترجع إلى الخلافة في الحق أو المركز الموضوعي<sup>3</sup>.

ويقصد بالخلافة في الصفة الموضوعية العادية، انتقال الحق الموضوعي من شخص (يسمى السلف) إلى شخص آخر (يسمى الخلف).

لا تحدث الخلافة بالنسبة للشخص الطبيعي إلا بالوفاة، فب وفاة الشخص تنتقل جميع حقوقه المالية إلى ورثته، مما يعني أن يقوم الوارث مقام المورث في جميع حقوقه<sup>4</sup>، وأصبح للخلف ذات الصفة التي كانت لسلفه في كل ماله وما عليه .

ولهذا جعل المشرع وفاة الخصم سبباً لانقطاع الخصومة طبقاً للمادة: 2/210 ق.إ.م.إ حماية لورثة المتوفي الذين حلوا محله في الخصومة حتى لا تتخذ الإجراءات بغير علمهم ويصدر حكم ضدهم في غفلة منهم دون أن يتمكنوا من استعمال حقهم في الدفاع<sup>5</sup>.

والجدير بالذكر أنه لا بد أن يكون موضوع الخصومة حقا من الحقوق التي تقبل الخلافة، أما إن كانت من الحقوق الموضوعية المتعلقة بشخص المتوفى أو من الحقوق اللصيقة بشخصيته فإنها لن تنتقل بالخلافة لأنها تنقضي بموته مثل الحق في الاسم.

كما تحدثت الخلافة باندماج شخص إعتباري وهو ما سبق أن ذكرناه بشأن الشخص الطبيعي، بمعنى أن الشخص الإعتباري الذي حل محل الذي إنقضى يخلفه في مركزه الموضوعي، ويخلفه بالتالي في مركزه في الخصومات القضائية التي كانت سارية عند الإنقضاء<sup>6</sup>، أما إذا كان الأمر يتعلق بتصفية شركة، فإن القانون يعترف صراحة باستمرار الشخصية القانونية للشخص الإعتباري لضرورة تصفيته، ولأغراض هذه التصفية<sup>7</sup>.

<sup>1</sup> محمد لبيب شنب، الوجيز في مصادر الالتزام ، دون دار نشر، ط3 ، 1999 ، ص 285 .

<sup>2</sup> عيد محمد القصاص، الوسيط في قانون المرافعات ، المرجع السابق ، ص 6 .

<sup>3</sup> محمود محمد هاشم، قانون القضاء المدني، المرجع السابق، ص222.

<sup>4</sup> فتحي والي، نظرية البطلان، المرجع السابق، ص200.

<sup>5</sup> عيد محمد القصاص، الوسيط في قانون المرافعات المرجع السابق، ص40.

<sup>6</sup> عيد محمد القصاص، الوسيط في قانون المرافعات، المرجع السابق، ص41.

<sup>7</sup> مثال ذلك ما نصت عليه المادة 533 ق.م.م : على أنه "تنتهي عند حل الشركة سلطة المديرين ، أما شخصية الشركة فتبقى بالقدر اللازم للتصفية وإلى أن تنتهي هذه التصفية "وجدي راغب فهمي، دراسات في مركز الخصم، المرجع السابق، ص 119، 120، بند 8.

و تقابلها المادة: 444 ق.م. الجزائر و التي تنص: "تنتهي مهام المتصرفين عند إنحلال الشركة أما شخصية الشركة فتبقى مستمرة إلى أن تنتهي التصفية " .

## المطلب الثاني: تمييز الصفة عن غيرها من النظم والأفكار الأخرى

يقتضي تحديد دور الصفة أمام القضاء المدني تمييزها عن غيرها من الأفكار الأخرى التي قد تختلط بها في بعض الفروض، ومرجعه في ذلك أن الفقه لم يذهب إلى تعريف موحد للصفة، فضلا عن غموض شروط وجود حق الدعوى، وإختلاف الفقه و القضاء في تحديد تلك الشروط.

فإستخدام الصفة بأكثر من معنى يجعلها تثير خلافا مع كل من المصلحة والأهلية، ولإبراز الفارق بين كل من المصلحة والصفة من ناحية، والصفة والأهلية من ناحية أخرى، سنعرض في الفرع الأول لتمييز الصفة عن المصلحة، وسنخصص الفرع الثاني لتمييز الصفة عن الأهلية.

وذلك على النحو التالي:

- الفرع الأول: الصفة و المصلحة

- الفرع الثاني: الصفة و الأهلية

## الفرع الأول: الصفة و المصلحة

إختلف فقهاء القانون عند وضعهم شروطا لقبول الدعوى إلي آراء متعددة<sup>1</sup> ويمكن إجمالها في إتجاهين:

الإتجاه الأول :

<sup>1</sup> عيد محمد القصاص، الوسيط في قانون المرافعات، المرجع السابق، ص43

يرى بعض فقهاء القانون أنه لا بد من توافر مجموعة متعددة من الشروط في الدعوى لكي يتم قبولها، وتكون صالحة للفصل في موضوعها بعد ذلك وتصنف هذه الشروط وفق الآتي:

1- شروط عامة للدعوى وهي: المصلحة<sup>1</sup>، والصفة<sup>2</sup>، والأهلية، وأن تستند الدعوى إلى حق.

2- شروط خاصة يتطلب القانون توافرها في دعاوى معينة دون غيرها من الدعاوى مثل: المواعيد الخاصة ببعض الدعاوى:

كأن ترفع دعوى الحيازة خلال سنة من بدء الإعتداء و هذا طبقا لنص المادة: 816 ق.م، وأن ترفع دعوى الشفعة خلال ثلاثين يوما من تاريخ إعلان الرغبة بالأخذ بالشفعة وإلا سقط الحق فيها طبقا للمادة: 799 ق.م<sup>3</sup>.

و يتعين أن تباشر خلال مدة الميعاد أو بعد إنقضائه أو قبل بدايته، فإن لم تباشر فيكون جزاء على عدم المباشرة سقوط الحق.

و شرط الصفة والمصلحة وفقا لهذا الاتجاه يجب توافرها بأشخاص الدعوى، سواء أكان مدعيا أو مدعى عليه أو مت دخلا أو مدخلا في الخصومة.

و المقصود بتوافر الصفة كشرط لقبول الدعوى وجود تطابق بين المركز القانوني للشخص رافع الدعوى ومركزه الإجرائي والمركز القانوني للمدعى عليه والمركز القانوني للمعتدى على هذا الحق المدعى به. و على هذا ليس بوسع أي شخص مباشرة دعوى ليس مأذونا باستعمال هذه السلطة، فالصفة إذن لدى هذا الفقه هي: "رفع الدعوى من ذي صفة على ذي صفة".

هذا المعنى المحدود للصفة قد يثبت لشخص واحد من أشخاص القانون، وقد يثبت لمجموعة أشخاص ممثلين في جمعية أو نقابة أو هيئات معينة<sup>4</sup>.

و الشروط السلبية المتعلقة بموضوع الدعوى يجب أن تتحقق وإلا كان الطلب القضائي غير مقبول. فمثلا الدفع بحجية الشيء المقضي به لسبق الفصل في الموضوع هو في حقيقة الأمر حسب هذا الرأي دفع بعدم القبول. ومن جهة أخرى فموضوع الإدعاء بأكمله بأشخاصه وسببه وموضوعه يتحتم أن لا يكون مخالفا للنظام العام و الأداب العامة وإلا كان الطلب غير مقبول<sup>5</sup>.

يرى هذا الفقه أن تعدد الشروط اللازمة لقبول الدعوى، يجب توافرها في الطلب القضائي كشرط لقبوله، بإعتباره الوسيلة الفنية التي عن طريقها يستعمل الحق في الدعوى

<sup>1</sup> المصلحة: «هي الفائدة العملية التي تعود على رافع الدعوى من الحكم له بطلبه، فحيث لا تعود على المدعي فائدة من رفع الدعوى لا تقبل دعواه» نقض 11/12/1947 مجموعة النقض- المكتب الفني- 3-1- 623 : أحمد مليجي، التعليق على قانون المرافعات، المرجع السابق، ص 30 .

<sup>2</sup> الصفة : المقصود بها أن يكون المدعي ذا صفة في المطالبة بما يدعيه والمدعى عليه ذا صفة في توجه الدعوى أو الطلب اليه: أحمد مسلم، أصول المرافعات، المرجع السابق، ص 9.

<sup>3</sup> نبيل إسماعيل عمر، الدفع بعدم القبول ونظامه القانوني، المرجع السابق، ص 49 .

<sup>4</sup> نبيل إسماعيل عمر، الدفع بعدم القبول ونظامه القانوني، المرجع السابق، ص 50.

<sup>5</sup> عيد محمد القصاص، الوسيط في قانون المرافعات، المرجع السابق، ص 43.

القضائية<sup>1</sup>. وكيفية بحث هذه الشروط من جهة القاضي الذي ينظر النزاع، يبدأ ببحث توافر المصلحة و أوصافها المختلفة، ثم يبحث توافر شرط الصفة. فإن وجد أن أحد هذه الشروط غير موجود يحكم بعدم قبول الطلب القضائي، أما إذا توافرت تلك الشروط يكون الطلب مقبولاً مبدئياً، فينتقل القاضي للبحث عن وجود أو عدم وجود الحق الموضوعي، فإن لم يجد ناصاً حكم برفض الطلب.

ويرى بعضهم أن وجود الحق الموضوعي ليس شرطاً لقبول الدعوى، وإنما الذي يشترط لقبولها هو وجود نص قانوني يستطيع صاحبه التمسك به.

### الإتجاه الأول: يرى بعضهم أن شرط الأهلية يعتبر من شروط قبول الدعوى،

على أن الرأي الذي يسود الفقه الآن هو اعتبار الأهلية من شروط صحة الخصومة لا من شروط قبول الدعوى<sup>2</sup>، وبإستعراض آراء أصحاب هذا الإتجاه الذي يشترط توافر مجموعة من الشروط حتى تكون الدعوى مقبولة، وتختلف أحد الشروط يولد دفعا بعدم القبول. والدفع بعدم القبول في هذه الأحوال يؤدي إلي عدم جواز نظرها.

**الإتجاه الثاني:** يرى أصحابه - وهو رأي الفقه الحديث - أن الشرط الوحيد لقبول الدعوى هو: توافر المصلحة لدى رافعها، بحيث أدخل هذا الفقه في معناها كل العناصر المستفادة من سائر الشروط، فوسع مدلولها بأن وضع لها أوصافاً أو خصائصاً أو صفات معينة يجب أن تتصف بها<sup>3</sup>، حتى أصبحت المصلحة هي الشرط الوحيد لقبول الدعوى. ومعنى ذلك أن البحث في توافر شرط المصلحة لقبول الدعوى لا يمكن أن يتناول البحث في وجود الحق الذي تقام الدعوى لحمايته، وإلا كان ذلك خلط بين موضوع الدعوى وشرط قبولها، وإنما يتناول وجود الحق في مباشرة الدعوى أو عدم وجوده بصرف النظر عن وجود الحق المطلوب حمايته أو تقريره .

فمثلاً في دعوى الدين لا ينظر في قبولها إلي نشوء الدين وإستقراره في الذمة وعدم البراءة منه، وإنما ينظر فيها إلي تحقيق الشرط في المطالبة بالدين بحلول أجله مثلاً وإنتفاء موانع المطالبة به، مثل: سبق الفصل فيه، أو حصول الصلح عنه، أو زوال صفة الطالب فيه بحوالة للغير.

وإختلف هذا الفقه حول مفهوم المصلحة لتتعدد إستعمالاتها في معاني متعددة ومختلفة، ويمكن عرض آراء هذا الفقه وفقاً للآتي:

**الرأي الأول:** يرى أنصاره أن الدعوى توجد بوجود الحق الذي نشأت لحمايته، ومع ذلك فهي كوسيلة قانونية ليست مطلقة الإستعمال، بل هناك ضابطاً لأحسان إستعمالها وهو أن يكون من يباشرها ذا مصلحة في ذلك<sup>4</sup>.

فالحق شرط لوجود الدعوى والمصلحة شرط لقبولها<sup>1</sup>، وتتحقق المصلحة في حالة وجود حق للمدعي إعتدى عليه أو مهدد بالإعتداء عليه.

<sup>1</sup> نبيل إسماعيل عمر، الدفع بعدم القبول، المرجع السابق، ص51.

<sup>2</sup> أحمد مسلم، أصول المرافعات، المرجع السابق، ص334.

<sup>3</sup> عبد المنعم احمد الشرقاوى، الوجيز في قانون المرافعات، المرجع السابق، ص41.

<sup>4</sup> عبد المنعم احمد الشرقاوى، الوجيز في قانون المرافعات، المرجع السابق، ص45.

و من هنا فالمصلحة في قبول الدعوى وثيقة الصلة بالحق الموضوعي، فهي تدور معه وجودا وعدما، فكلما كان هناك إعتداء على حق أو تهديد بالإعتداء عليه كان لصاحبه مصلحة في طلب الحماية القانونية. فالإعتداء أو التهديد به سبباً لتحقيق المصلحة وليس مرادفاً لها، ومن ناحية أخرى يكون الإعتداء سبباً في تحقيق الحاجة إلى حماية القانون.<sup>2</sup>

و هذه هي التي ترادف المصلحة في الدعوى، و تعني المصلحة بهذا المعنى: الحاجة إلى حماية القانون أو الغاية التي ينشدها من يرفع الدعوى. هذه الغاية تكون في العادة تحقيق الحماية القانونية، فتستبعد بذلك الرغبة في الحصول على مجرد منفعة مادية أو أدبية، لأن هذا المعنى الضيق يجعل المصلحة في الدعوى تعبيراً لا قيمة له، فالمنفعة المادية أو الأدبية لا يتحصل عليها المدعي من الحكم له في الدعوى، بإعتبارها غاية في ذاتها. بل لأنها المظهر أو الوسيلة لتحقيق حماية القانون. فالحكم إذا صدر بمبلغ التعويض للمدعي عن ضرر أصابه، إنما يصدر بإعتبار أن هذا التعويض هو وسيلة القانون لحماية الحق المعتدى عليه.

ومن ثم فالمصلحة المعتبرة هي الحكم في الدعوى، لأنه هو الذي يحقق حماية القانون.<sup>3</sup>

وهي بهذا المعنى تعرف بأنها: « المنفعة التي يتحصل عليها المدعي بتحقيق حماية القانون لحقه الذي إعتدى عليه، أو المهدد بالإعتداء عليه<sup>4</sup>، والفارق بين المعنيين أنه يقصد بالمصلحة في المعنى الأول: الدافع أو الباعث أو السبب في رفع الدعوى.

ويقصد بالمصلحة في المعنى الثاني: الغاية من رفع الدعوى .

فلو أخذت المصلحة بالمعنى الأول: تعني الحاجة إلى حماية القانون، وتحديد طبيعة المصلحة يتوقف حينئذ على تقدير طبيعة الحق الذي إعتدى عليه، وبدرجة الإعتداء الواقع عليه.

أما إذا أخذت بالمعنى الثاني: تعني المنفعة التي ينشدها المدعي بتحقيق حماية القانون، وتحديد طبيعة المصلحة يتوقف على ما يطلبه المدعي في دعواه.

وعلى مدى تقديره لما يعوضه عن الضرر الذي أصابه، أو عن الإعتداء الواقع عليه، ولا ينظر إلى درجة الإعتداء ذاته، أو إلى قيمة الضرر الذي ترتب عليه<sup>5</sup>. على أن الفارق بين المعنيين دقيق إلى حد يصعب إدراكه في كثير من الأحيان، فإن الباعث والغاية كثيراً ما يتحدان. يوجد بينهما ما يربطهما من رابطة سببية فاحدهما سبب والآخر نتيجة، وقد يكون الباعث هو الغاية، وقد تكون الغاية هي الباعث، وإذا صدق هذا في بعض الحالات فإنه في هذه الحالة منطبق تماماً إذ أن الباعث هو الحاجة إلى حماية القانون، والغاية هي: الحصول على هذه الحماية وليس من السهل التفريق بين الحاجة إلى الشيء، والرغبة في الحصول على ذات الشيء.

<sup>1</sup> محمود محمد هاشم، قانون القضاء المدني، المرجع السابق، ص222.

<sup>2</sup> ابراهيم نجيب سعد، القانون القضائي، المرجع السابق، ص166.

<sup>3</sup> عيد محمد القصاص، الوسيط، المرجع السابق، ص41-42.

<sup>4</sup> أحمد أبو الوفاء، التعليق على نصوص قانون المرافعات، منشأة المعارف، الإسكندرية، ط5، 1987، ص121.

<sup>5</sup> أحمد هندي، قانون المرافعات المدنية و التجارية، دار الجامعة الجديدة، 2003، ص102.

ويمكن تعريف المصلحة وفقا لهذا الرأي بأنها: الحاجة إلي حماية القانون للحق المعتدى عليه، أو المههد بالإعتداء عليه، و المنفعة التي يحصل عليها المدعي بتحقق هذه الحماية<sup>1</sup>.

فهذا الرأي ربط بين المصلحة والدعوى برابطة وجود أو عدم وجود وليس برابطة شرط بمشروع<sup>2</sup>، و لا تميز بين المصلحة في الدعوى والمصلحة القانونية، بحيث جعل المصلحة في الدعوى هي ذاتها المصلحة القانونية، وهو ناشئ عن نظرتة للدعوى بإعتبارها عنصرا من عناصر الحق. فعنصرا الحق هما: المصلحة والحماية القانونية، وصورة الحماية القانونية هي الدعوى ذاتها<sup>3</sup>، إضافة إلي أن مفهوم المصلحة لن يحدد، ويعرف صاحبها إلا بعد صدور الحكم المقرر للحماية القضائية، وبالتالي فهي ليست شرطا لقبول الدعوى، وإنما شرطا لإثبات الحق الموضوعي، لأنها لو كانت شرطا للقبول للزم الأمر أن يبحث عن تعريف آخر<sup>4</sup>.

**الرأي الثاني:** يرى أنصاره أنه لا بد من التمييز بين المصلحة كشرط لنشأة الحق في الدعوى وبين المصلحة كشرط لقبول الإدعاء الذي يتضمنه الطلب القضائي<sup>5</sup>، وذلك خلاف الرأي السابق الذي لا يميز بينهما. وأنه لا بد من توافر شروط لنشأة الحق في الدعوى، وهي:

- 1- وجود حق أو مركز قانوني.
- 2- إعتداء يحرم صاحبه من منافعه، حتى يحتاج لحماية القضاء لرد الإعتداء.
- 3- الصفة.

هذه الشروط إذا توافرت ينشأ الحق في الدعوى أي تنشأ المصلحة في الدعوى، وإذا تخلف شرط منها فلا ينشأ الحق في الدعوى<sup>6</sup>.

والمصلحة لا يمكن أن تكون شرطا سابقا على وجود الدعوى، ذلك أنها تكون مضمون الحق في الدعوى، فالدعوى حق أي مصلحة يعترف بها القانون، بمعنى مصلحة الشخص في الحصول على حماية القانون بواسطة القضاء، وتنشأ هذه المصلحة أي ينشأ الحق في الدعوى إذا توافرت تلك الشروط<sup>7</sup>.

و ما دامت المصلحة هي العنصر الداخلي للدعوى، فلا يتصور أن تكون شرطا لنشأة الحق فيها. فإذا كان للشخص حق موضوعي وحدث عليه إعتداء لم يحرمه من منافع هذا الحق، بحيث لا يحتاج إلي حماية القضاء، فلا ينشأ الحق في الدعوى. أما إذا كان الإعتداء يحرمه من منافع حقه حرمانا يحتاج إلي الحماية القضائية، فإنه تنشأ له مصلحة في الحماية

<sup>1</sup> عبد المنعم احمد الشرقاوى ،الوجيز في قانون المرافعات، المرجع السابق ، ص55.

<sup>2</sup> نبيل إسماعيل عمر، الدفع بعدم القبول ونظامه القانوني، المرجع السابق ، ص57.

<sup>3</sup> عبد المنعم احمد الشرقاوى ، الوجيز في قانون المرافعات، المرجع السابق ، ص61 .

<sup>4</sup> أمحمد حامد فهمي، مذكرات في المرافعات المدنية و التجارية، الناشر مكتبة عبد الله و هبة، ج 1، سنة 1947، ص 148.

<sup>5</sup> أحمد أبو الوفاء، التعليق على نصوص قانون المرافعات، المرجع السابق، ص519.

<sup>6</sup> أحمد أبو الوفاء، التعليق على نصوص قانون المرافعات، المرجع السابق، ص 518.

<sup>7</sup> فتحي والي، قانون القضاء المدني، المرجع السابق، ص 127 وما بعدها.

القضائية، أي ينشأ له الحق في الدعوى. وينتهي هذا الرأي إلي أن المصلحة في الدعوى لا تضيف شيئاً جديداً، سوى أنها تعبر عن نشأة الحق في الدعوى<sup>1</sup>.

ويرى أصحاب هذا الرأي ضرورة التمييز بين الحق في الدعوى ومجرد الحق في الحصول على حكم في موضوع الدعوى، فإن تخلف شرط من شروط نشأة الحق في الدعوى ترتب عليه رفض الدعوى، أما عدم توافر شرط من شروط الحق في الحصول على حكم في موضوع الدعوى يترتب عليه عدم قبول الدعوى<sup>2</sup>.

و النتيجة الحتمية لهذا الرأي إخراج شرط المصلحة من شروط الدعوى، والنظر إليها باعتبارها مضمون الحق في الدعوى حتى يزيل كثيراً من اللبس الذي أحاط بهذه الفكرة، فميز بين ثلاثة أنواع من المصالح، وهي:

1 - **المصلحة الموضوعية:** وهي التي تكون محل الحماية، فهي مضمون الحق الموضوعي أو المركز القانوني والتي يرفع المدعي دعوى لحمايتها.

2 - **المصلحة في الدعوى:** وهي الحاجة إلي الحصول على حكم من القضاء لحماية الحق الموضوعي أو المركز القانوني الموضوعي.

و الفارق بين المصلحتين واضح، فالمصلحة الأولى توجد ولو قبل الإعتداء على الحق، أما المصلحة الثانية فلا توجد إلا عند الإعتداء عليه، إذ بهذا تنشأ المصلحة أي الحاجة للحماية القضائية.

3 - **المصلحة الإجرائية:** وهي التي تتطلب القيام بعمل إجرائي معين في الخصومة<sup>3</sup>، وتختلف هذه المصلحة عن المصلحة كشرط من شروط نشأة الحق في الدعوى. فالمصلحة في الإجراء هي التي يتم بها إستعمال حق الدعوى.

فإذا تقدم شخص بطلب إلي المحكمة ضد المدعي عليه، بهدف الحصول على الحماية القضائية لحقه، فإنه يخول لكل من الطرفين سلطات معينة. فمن الثابت أن أية رغبة من أحدهما لا ينظر في قبولها، إذا كان من الواضح أن قبولها لا يسهم في تحقيق الحماية القانونية لمقدمها، حيث أن مثل هذا النظر يعتبر مضيعة للوقت وإنحرافاً عن هدف الدعوى، وهذا المبدأ يسمى بشرط المصلحة، إذ لا مصلحة لطرف في إجراء لا يمكن أن تساهم نتيجته في حماية حقه أو مركزه القانوني الموضوعي. والبحث في المصلحة في الإجراء يكون سابقاً على البحث في موضوع الطلب أو الدفع أو الطعن، ولهذا فإن جزاء عدم توافر هذه المصلحة يترتب عليها عدم قبول الطلب أو الدفع.

### تحديد معنى المصلحة

إن المصلحة هي مناط الدعوى، فبغير مصلحة لا توجد دعوى، والمصلحة في هذا المعنى هي المنفعة أو الميزة التي يجتنيها المدعي من اللجوء إلى القضاء إذا ما أعتدي على حقه، فقبول الطلب القضائي يفترض وجود المصلحة التي تكتسي وضعاً معيناً<sup>4</sup>، فالهدف من

<sup>1</sup> عيد محمد القصاص، الوسيط في قانون المرافعات، المرجع السابق، ص 41.

<sup>2</sup> نبيل إسماعيل عمر، الدفع بعدم القبول ونظامه القانوني، المرجع السابق، ص 62.

<sup>3</sup> فتحي والي، قانون القضاء المدني، المرجع السابق، ص 129.

<sup>4</sup> Julien Pierre avec la collaboration de Natalie Fricero, Droit judiciaire privé, L.G.D.J2001, P. 33.

وراء هذا اللجوء للقضاء هو الحصول على المنفعة، أي أن المصلحة هي الباعث على رفع الدعوى من ناحية، ومن ناحية أخرى هي الغاية المقصودة منه<sup>1</sup>.

### الحكمة من اشتراط وجود المصلحة لقبول الدعوى:

حتى تقبل الدعوى يجب أن تعود بالنفع على صاحبها الذي يقيمها، فالقول بأن الشخص له مصلحة في التقاضي يعنى أن الإدعاء الذي قدمه قادرا على تغيير وتحسين وضعه القانوني<sup>2</sup>، وإشتراط المصلحة لقبول الدعوى يحد من تراكم القضايا على المحاكم، و أن لا تتشغل بدعاوى لا يستفيد منها أحد، أو لمجرد تقديم الرأي والمشورة في مسألة ما، فالمحاكم ليست مكانا للإفتاء أو التساؤلات، كما أنه ليس من مهامها تقديم نصائح وإستشارات ترضى بها صاحب الدعوى.

### شرط توافر المصلحة خاص بالمدعى :

لا يشترط لقبول الدعوى أن تتوافر لدى المدعى عليه مصلحة، أما المدعى فلا تقبل دعواه إلا إذا توافرت لديه المصلحة في رفعها. وقد عبر عن ذلك المشرع المصري في المادة الثالثة قانون المرافعات بقوله " لا تقبل أي دعوى، كما لا يقبل أي طلب أو دفع استنادا لأحكام هذا القانون أو أي قانون آخر لا تكون لصاحبه فيه مصلحة ...." أي أن المصلحة يجب أن تتوافر لدى المدعى كما يجب أن تتوافر في كل من يتقدم بطلب أو دفع<sup>3</sup>.

### سلطة تقييم وجود المصلحة

يمكن أن تكون المصلحة مادية أو معنوية، والقاضي المختص له سلطة تقييم وجود المصلحة في التقاضي. و يخضع القاضي في تقديره بشأن ما يعد مصلحة شخصية ومباشرة لرقابة محكمة النقض لأنها مسألة قانون وليس واقع.

### إستقلال شرط الصفة عن المصلحة

من خلال عرض الإتجاهات الفقهية المختلفة حول شروط قبول الدعوى، تبين أن الصفة والمصلحة هما الشرطان التقليديان لقبول الدعوى، ومن هنا برزت أهمية إيضاح العلاقة بين المفهومين، فقد يحدث أحيانا تداخلا بين الصفة والمصلحة لأن الحدود التي تفصل بينهما قد تتسم ببعض الغموض واللبس.

ولإزالة هذا اللبس والغموض إستترشد قانون الإجراءات المدنية الفرنسي بفكرة التمييز التي إقترحها Motulsky et MM Cornu et Foyer بين الدعوى العادية والدعوى ذات الصفة المعتمدة أو المفترضة<sup>4</sup> l'Action Banal et L'Action Attitré .

فقد أسند المشرع الفرنسي الحق في الدعوى لشخص أو أشخاص محددين مثال ذلك: دعوى التطليق فلا يجوز رفعها إلا من الزوجين أو أحدهما، ولا يصح توجيهها إلا إلى الزوج الآخر.

<sup>1</sup> أحمد أبو الوفا، المرافعات المدنية والتجارية، منشأة المعارف، الإسكندرية 2000، ص 121.

<sup>2</sup> cadiet L. ,Droit judiciaire privé , litec , paris , troisième édition , n 843, p 359

<sup>3</sup> أمينة مصطفى النمر، المرجع السابق، ص 219.

<sup>4</sup> Des devises y Von , action en justice classeur fasc 1262,1996, p.8



وعلى الرغم من أن المصلحة شرط أساسي في إقامة الدعوى، إلا أن المشرع في حالات إستثنائية حددها وربط بين حق إقامة الدعوى وأشخاص معينين لهم فقط حق إقامتها، ويفترض تواجد المصلحة لديهم وفقا لما جاء بنظرية

M.M. Cornu et Foyer ، حيث يتعلق الأمر بحق إقامة الدعوى أو من أجل الدفاع عن مصلحة محددة<sup>1</sup>. وهذه الحالة الوحيدة التي لا يكون فيها على الممثل تبرير مصلحة الشخص الذي يمثله، حيث أن الصفة هنا يمكن أن تنوب عن المصلحة في التقاضي.

ويطلق الفقه على تلك الدعاوى التي يحدد المشرع أصحاب الحق فيها إصطلاح الدعاوى ذات الصلة المعتمدة أو المفترضة "L'Action Attitré" وتكون الصفة فيها كافية لأنها تدل على المصلحة، وعلى خلاف ذلك فإنه في باقي الدعاوى الأخرى تكون المصلحة هي الشرط الأساسي والكافي<sup>2</sup>، فالمشرع منح حق الدفاع لأشخاص محددين مخولين لدحض أو قبول إدعاء معين وذلك وفقا لما جاء في نص المادة: 31 إجراءات مدنية فرنسي. ويظهر في تلك الدعاوى جليا إستقلال شرط الصفة عن شرط المصلحة، فقد يكون لشخص ما مصلحة في رفع الدعوى ولكن لا تقبل دعواه لعدم منحه المشرع الصفة في رفعها.

ويأتي النوع الثاني من الدعاوى وهو الدعاوى العادية L'action Banale ففي هذه الدعاوى تعطي المصلحة أهمية كبرى، لأنه حتى يتوافر الحق في رفع هذه الدعاوى لا بد وأن تتوافر المصلحة الشخصية والمباشرة لمن يباشر هذه الدعاوى ، ففي هذه الدعاوى تختلط الصفة بالمصلحة، وفي حالة عدم توافر المصلحة يحكم بعدم قبول الدعوى<sup>3</sup>.

## الفرع الثاني: الصفة والأهلية

الأهلية نوعان: أهلية وجوب، أهلية أداء.

تعرف أهلية الوجوب بأنها "صلاحية الشخص لإكتساب الحقوق وتحمل الإلتزامات"<sup>4</sup>، كما تعرف أهلية الأداء بأنها " قدرة الشخص على توجيه إدارته لأحداث قانونية لحسابه الخاص".

وتعرف أهلية الوجوب في المجال الإجرائي بأنها صلاحية الشخص أن يكون خصما، كما تعرف أهلية الأداء في المجال الإجرائي بأنها صلاحية الخصم لمباشرة الإجراءات أمام القضاء على نحو صحيح، أو قدرة الخصم على مباشرة الإجراءات القضائية بصورة صحيحة<sup>5</sup>.

<sup>1</sup> Bolard, la qualité pour défendre , j.c.p 1992 , éd , G, 11 , 21905.

<sup>2</sup> Cass.3<sup>e</sup> civ .3 mai 1990 ,D .1990 ,Inf. Rap.p 131.

<sup>3</sup> cass 1<sup>re</sup> civ , 9 janv. .1983 ،Bull .civ , I,n 26.

<sup>4</sup> محمد لبيب شنب، دروس في نظرية الحق، دون دار النشر ، 1998 ، ص 177.

<sup>5</sup> محمود السيد التحيوي، حضور صاحب الصفة الإجرائية في الدعوى القضائية، دار الجامعة الجديدة للنشر ، الإسكندرية ، 2003 ، ص 544.

فأهلية الوجوب تسبق الحق في رفع الدعوى، كما تسبق إنتظام هذا الحق لأنها ضرورية للوصول إلى العدالة، أما فيما يتعلق بالأهلية الإجرائية فتعنى القيام بإجراءات التقاضي كطرف، فهي تنتج من إنتظام الدعوى، وليس من الحق في رفع الدعوى<sup>1</sup>.

### مناط أهلية الأداء هو الرشد

تثبت الشخصية القانونية للإنسان الذي يولد حيا، أي تثبت أهلية الوجوب من وقت ميلاده حتى وفاته. أما أهلية الأداء فنطاقها يتحدد بالتصرفات القانونية، فقدره الشخص على إبرام التصرفات القانونية لحساب نفسه تتوقف على درجة الرشد لديه<sup>2</sup>. ومناط أهلية الأداء هو الرشد، فالشخص الراشد هو الذي يدرك إدراكا كاملا لطبيعة التصرف الذي يقدم عليه وللآثار المترتبة عليه، فإذا بلغ الشخص سن 19 عاما في القانون المدني الجزائري و18 عاما في القانون الفرنسي فإنه يكون لديه أهلية أداء كاملة، أما سن التمييز في الجزائر يقدر ب13 سنة، حيث نصت المادة : 2/42 مدني على أنه : " يعتبر غير مميز من لم يبلغ ثلاث عشرة سنة." وهذا يعني أن كل التصرفات الصادرة من الصغير قبل سن 13 سنة تعتبر باطلة بطلانا مطلقا، وهي النظام العام<sup>3</sup>، وتندرج أهلية الأداء بحسب السن والحالة الصحية للشخص، فنص القانون المدني في المادة: 43 على أنه: " كل من بلغ سن التمييز ولم يبلغ سن الرشد وكل من بلغ سن الرشد وكان سفيها أو ذا غفلة، يكون ناقص الأهلية وفقا لما يقرره القانون".

وكما يميز الفقه عامة بين أهلية الوجوب وأهلية الأداء، فالفقه الإجرائي يميز بين أهلية الإختصاص وأهلية التقاضي. وتجدر الإشارة إلى أن أهلية الخصم تفترض توافر كل من أهلية الإختصاص وأهلية التقاضي. وقد تتوافر للشخص أهلية الإختصاص ومع ذلك لا يكون أهلا للتقاضي وذلك مثل القاصر أو الشخص الإعتباري، فإنه يتقاضى عن طريق من يمثله، أي من تتوافر لديه الصفة الإجرائية. فأهلية التقاضي هي شرط لمباشرة الإجراء القضائي على نحو صحيح، فإذا تخلفت لدى الخصم فإن ذلك سوف يؤثر على مباشرة الإجراءات بالنسبة للخصومة<sup>4</sup>.

### الخلط بين الأهلية والصفة :

جاء الخلط بين الأهلية والصفة نتيجة الخلط بين الأفكار القانونية سواء بين أهلية التقاضي والصفة الإجرائية، ولتوضيح ذلك نأخذ الشخص الإعتباري كمثال: فنظرا لطبيعته الخاصة، فإن مباشرة الإجراءات القانونية الخاصة به تكون عن طريق ممثل إجرائي كما هو الحال في تمثيل مدير الشركة لها أمام القضاء. فالمدير هنا لا صفة له إلا بإعتباره ممثلا لصاحب الصفة وهي الشركة، فالدعوى ليست دعواه، بل هي دعوى الشركة التي يمثله، أي أن المدير له صفة إجرائية وليس له صفة موضوعية. كما أن الشركة ليست لها أهلية التقاضي، فكان البديل هو التقاضي عن طريق الممثل الإجرائي، أي أن الصفة في التقاضي كانت بديلا لأهلية التقاضي<sup>5</sup>.

<sup>1</sup> Des devises y von Action en justice , juris classeur , Fasc .126,41997 , p,17.

<sup>2</sup> محمد لبيب شنب، دروس في نظرية الحق، المرجع السابق، ص 177.

<sup>3</sup> محمود السيد التحيوي، حضور صاحب الصفة الإجرائية، المرجع السابق، ص 563.

<sup>4</sup> وجدي راغب فهمي، الوجيز في الدراسات، بدون دار نشر، 2001، ص 1004.

<sup>5</sup> على الشحات الحديدي، ماهية الصفة ودورها في النطاق الإجرائي، دار النهضة العربية، القاهرة، 1996، ص 88.

مما سبق يتضح أن الخلط يظهر بين الصفة و الأهلية، عند الحديث عن شروط قبول الدعوى.

فبينما ذهب البعض إلى اعتبار الأهلية شرط من شروط الدعوى مثلها مثل الصفة والمصلحة<sup>1</sup>، ذهب البعض الآخر إلى أن الأهلية هي شرط لصحة الأعمال الإجرائية المكونة للخصومة<sup>2</sup>.

إذ لا شأن للأهلية بشروط قبول الدعوى، فالأهلية تتعلق بصلاحية القيام بالإجراءات القضائية على نحو صحيح، فقد تتوافر لدى المدعى، ومع ذلك لا يكون لديه الحق في الدعوى، وقد لا تتوافر لدى المدعى الأهلية، ولم يمثله من يجب تمثيله قانونا، فإن عريضة دعواه تكون باطلة، ولكن لا شأن لهذا البطلان بشروط قبول الدعوى، فيمكن لهذا المدعى بعد الحكم ببطلان عريضة دعواه، أن يعود ويرفع نفس الدعوى بعريضة جديدة تقدم منه بعد إكتمال أهليته أو ممن يمثله قانونا.

فالأهلية لا تؤثر في شروط قبول الدعوى وإنما تؤثر في إجراءاتها، فإذا فقد الخصم أهليته أثناء الدعوى فتنقطع الخصومة، كما أن فقدان الخصم لصفته الإجرائية أثناء سير الدعوى يؤدي أيضا إلى إنقطاع الخصومة، ولا تتأثر الدعوى بذلك، إذ يمكن تحريكها في مواجهة الممثل القانوني للخصم بعد ذلك. ومن هنا جاء الخلط بين الأهلية الإجرائية وبين الصفة الإجرائية. بينما فقدان الصفة الموضوعية يؤدي إلى عدم قبول الدعوى<sup>3</sup>.

## المبحث الثاني: الإختصاص كمحل للدفع

لما كان الإختصاص يمثل توزيعا للعمل القضائي بين المحاكم و الجهات القضائية، فقد عمد المشرع على بيان هذا الإختصاص، كما عمل على تحديده وفقا لمعايير معينة تتعلق بنوع الدعوى<sup>4</sup>، أو قيمتها المالية أو أطرافها، أو مكانها الأمر الذي إستلزم من المشرع تقسيم المحكمة داخليا الى أقسام<sup>5</sup>، و تحديد إختصاص كل محكمة، و بيان نصاب العمل القضائي الذي يسند إليها، بحيث لا يجوز لها النظر في قضايا تقع في إقليم آخر، أو قضايا ترفع من أو على أشخاص لا يخضعون لولايتها القضائية.

و قد رتب المشرع على مخالفة أحكام الإختصاص جزاء إجرائيا، يتمثل في الدفع بعدم الإختصاص، أن قوة هذا الجزاء تختلف بحسب ما إذا كانت المخالفة الإجرائية تتعلق بقاعدة مرة أو مكاملة، أو بمعنى آخر بحسب ما إذا كان الإختصاص يتعلق بالنظام العام أو لا يتعلق به، فإذا كانت المخالفة تتعلق بالإختصاص المحلي فهنا يوصف الجزاء الإجرائي بأنه أقل قوة، لأن الإختصاص المحلي متروك لإتفاق الخصوم كمبدأ عام مالم يبص القانون صراحة

<sup>1</sup> عبد الباسط جميعي، مبادئ المرافعات في قانون المرافعات الجديد، المرجع السابق، ص 31.

<sup>2</sup> فتحي والي، الوسيط في قانون القضاء المدني، المرجع السابق، ص 38.

<sup>3</sup> وجدي راغب فهمي، مبادئ القضاء المدني، المرجع السابق، ص 144.

<sup>4</sup> أحمد السيد صاوي، الوسيط في شرح قانون المرافعات المدنية و التجارية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2008، ص 259.

<sup>5</sup> وفي قرار للمحكمة العليا "المحاكم هي الجهات القضائية الخاصة بالقانون العام، و هي تفصل في جميع القضايا المدنية و التجارية أو دعاوي الشركات التي تختص بها محليا، فان إنشاء بعض الفروع لدى المحاكم لا يعد اختصاصا نوعيا لهذه الفروع بل هي تنظيم إداري بحت، و من ثم فان النعي على القرار بخرق قواعد الاختصاص النوعي غير سليم يتعين رفضه. ملف رقم: 54288/19 قرار بتاريخ: 1989/02/19 فتيحة عويسات ونبيل صقر، قانون الإجراءات المدنية و الإدارية نسا وتطبيقا، دار الهدى، الجزائر، 2009، ص 25.

على خلاف ذلك، و من ثم فلا يجوز للمحكمة أن تتصدى له إذا لم يطلبه الخصوم، و هذا مرجعه إلى تعلق الإختصاص المحلي بقاعدة مكملة لإرادة الخصوم، و من ثم يكون لهم الحق في الإلتزام بها أو الإتفاق على مخالفتها، هذا على خلاف قواعد الإختصاص النوعي المتعلق بالنظام العام حيث يوصف الجزاء الإجرائي عند مخالفتها بأنه أكثر قوة و أعظم خطورة.

كما هو الحال في مخالفة قاعدة الإختصاص النوعي أو الولائي، حيث يترتب على حدوث هذه المخالفة إهدارا للقواعد الإجرائية الإلزامية، التي إستهدف بها المشرع حماية الحقوق و كفالة حق الدفاع لكل أفراد الدولة على حد سواء، و هذا يعد إقرارا لمبدأ المساواة أمام القضاء<sup>1</sup>، و من ثم فإن تفعيل هذه المبادئ يتحقق في إبداء الدفع بعدم الإختصاص عند مخالفة قواعد الإختصاص، و ذلك بإعتباره جزاء إجرائيا يقرره المشرع على القضايا التي ترفع بغير إلتزام الطريق الإجرائي الصحيح المقرر بنصوص إجرائية صريحة، حددت سلفا كيفية رفع الدعوى، و المحكمة التي تختص بنظرها.

وبهذا فإن منشأ الإختصاص القضائي هو تعدد المحاكم والجهات القضائية داخل الدولة الواحدة<sup>2</sup>، الأمر الذي يستلزم توزيع العمل القضائي بين هذه المحاكم، وتلك الجهات إقرارا لمبدأ العدالة بين القضاة في نظر الدعوى<sup>3</sup>.

و لقد قرر المشرع الإجرائي توزيع العمل القضائي وفق معايير قانونية متعددة، منها ما يتعلق بالمكان، ومنها ما يتعلق بنوع الدعوى، على النحو الذي أوضحه فيما بعد.

و يقصد بالدفع بعدم الإختصاص بصفة عامة إخراج النزاع من ولاية المحكمة المعروض عليها الدعوى.

ويرجع هذا الدفع إلى أن الدعوى عرضت على محكمة لا تختص بنظرها طبقا لضوابط الإختصاص.

ومن ثم سوف نتناول الدفع بعدم الإختصاص في ثلاث مطالب :

المطلب الأول: الدفع بعدم الإختصاص ماهيته وأهميته.

المطلب الثاني: أنواع الدفع بعدم الإختصاص.

المطلب الثالث: الدفع بالإحالة.

<sup>1</sup> عبد الرحمان عياد، أصول علم القضاء "قواعد المرافعات " في التنظيم القضائي و الدعوى و الاختصاص. دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي وبأنظمة المملكة العربية السعودية، الحلبي القانونية، 1981 ، ص256.

<sup>2</sup> عبد الباسط جميعي، نظرية الاختصاص، دار الفكر العربي، القاهرة، 1987 . ص3.

<sup>3</sup> عبد الحكم أحمد شرف، المبسط في قانون المرافعات، دار النهضة، القاهرة، 1995، ص 154.

## المطلب الأول: الدفع بعدم الإختصاص ماهيته و أهميته

لما كان الإختصاص يمثل توزيعاً للعمل القضائي بين المحاكم و الجهات القضائية، فقد عمد المشرع على بيان هذا الإختصاص، كما عمل على تحديده وفقاً لمعايير معينة تتعلق بنوع الدعوى، أو قيمتها المالية، أو أطرافها، أو مكانها، الأمر الذي إستلزم من المشرع تحديد إختصاص كل محكمة، و بيان نصاب العمل القضائي الذي يسند إليها.

و تبدو أهمية تحديد الإختصاص واضحة و ظاهرة، فولاية القضاء في القانون الإجرائي تبدو ولاية عامة، تركز في القضاء العادي إلى جانب القضاء الإداري اللذي له إختصاص محدد في نظر قضايا معينة لا يجوز له أن ينظر غيرها<sup>1</sup>. و بهذا يمكن القول بأن الولاية القضائية في القانون الإجرائي عامة ممثلة في القضاء العادي "جهة المحاكم" و خاصة ممثلة في القضاء الإداري "المحاكم الإدارية".

و قد رتب المشرع على مخالفة أحكام الإختصاص جزاء إجرائياً، يتمثل في الدفع بعدم الإختصاص، و أن قوة هذا الجزاء تختلف بحسب ما إذا كانت المخالفة الإجرائية تتعلق بقاعدة أمر أو مكملة، أو بمعنى آخر بحسب ما إذا كان الإختصاص يتعلق بالنظام العام أو لا يتعلق به.

حيث يمثل الدفع بعدم الإختصاص في القانون الإجرائي الضمانة الوقائية التي تحد من مخالفة قواعد الإختصاص.

وفي هذا المطلب سنتناول الدفع بعدم الإختصاص في فرعين :

الفرع الأول: ماهية الدفع بالإختصاص.

الفرع الثاني: أهمية الدفع بعدم الإختصاص.

### الفرع الأول: ماهية الدفع بالإختصاص

#### الاختصاص في اللغة

الإختصاص في اللغة : تفرد بعض الشيء بما لا يشاركه في الجملة<sup>2</sup>

يقال " خص " الشيء " خصوصاً " أفرده عن غيره، وهو نقيض عمل،

"وخص " فلانا" يخصه خصاً وخصوصاً" أعطاه شيئاً كثيراً،

و"خص " فلانا بكذا أثره به على غيره.

"وخص " الشيء لنفسه : إختاره و"خصص " الشيء جعله خاصاً،

و"خص " فلانا بشيء: خصه به دون غيره و"إختص " فلانا بالشيء: إذا إنفرد به<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> ينظر المادة:800 ق رقم:09/08 مؤرخ في 2008/02/25 المعدل و المتمم بقانون رقم :13/22 مؤرخ في

2022/07/12 و المتضمن قانون الإجراءات المدنية و الإدارية .

<sup>2</sup> راغب الأصفهاني، مفردات ألفاظ القرآن، مؤسسة الرسالة، بيروت لبنان، 1992، ص 248 .

<sup>3</sup> أبي الفضل جمال الدين محمد ابن منظور، لسان العرب، المرجع السابق، ص 290.

ومنه قوله تعالى : " يختص برحمته من يشاء و الله ذو الفضل العظيم"<sup>1</sup>.

وبهذا فإن مفهوم الإختصاص لا يخرج عن كونه سلطة قانونية يمنحها القانون لمحكمة أو جهة قضائية، تخول لها حق النظر والفصل في دعاوى معينة، تتحدد وفقا لقواعد القانون الإجرائي، وذلك نتيجة لتعدد المحاكم والجهات القضائية<sup>2</sup>.

### ففي القانون الإجرائي يقصد بالدفع بعدم الإختصاص :

الطلب الذي يهدف إلى منع المحكمة من الفصل في الدعوى، لخروجها عن حدود ولايتها المحددة قانونا<sup>3</sup>.

أو هو إنكار الخصم على المحكمة ولايتها في نظر الدعوى كما حددها القانون.

وبهذا فإن الدفع بعدم الاختصاص يثار بمناسبة دعوى رفعت إلى محكمة غير مختصة بالفصل فيها ، ويهدف إلى تنحي المحكمة عن نظر الدعوى وعدم إصدارها حكما فيها وذلك لإنتفاء ولايتها<sup>4</sup>، سواء أكانت الولاية المنتفية مكانية أم نوعية.

وفي الحقيقة أرى أنه يلزم لبيان معنى الدفع بعدم الإختصاص بصورة أشمل التفرقة بين إعتبارين يتحدد من خلالهما معنى الدفع بعدم الإختصاص وفقا لكل إعتبار على حده وهما:

### الإعتبار الأول : تمسك الخصوم بالدفع بعدم الإختصاص.

وفقا لهذا الإعتبار يكون المقصود بالدفع بعدم الإختصاص هو:

وسيلة الدفاع الإجرائية المقررة للخصم في مواجهة دعوى المدعى، لردّها ومنع المحكمة من نظرها، لخروجها عن حدود إختصاصها المعين قانونا<sup>5</sup>.

وبهذا يكون الدفع بعدم الإختصاص من حقوق الخصم الدفاعية، وليس مجرد إنكار منه لولاية المحكمة، لأن الخصم لا يستقل بإنكار الولاية القضائية لمحكمة ما، وإنما الذي ينكرها هو القانون، فكان من الأولى ألا يكون الدفع بعدم الإختصاص منفصلا عن حق الخصم الدفاعي المقرر له بمقتضى القانون، بحيث إنه لا يستطيع إنكار شيء دون أن يكون له سند من القانون.

### الإعتبار الثاني: قضاء المحكمة بعدم الإختصاص

ووفقا لهذا الإعتبار يقصد بالدفع بعدم الإختصاص الجزائي الذي يرتبه القانون على مخالفة قواعد الإختصاص المقررة ويصدر في صورة حكم من المحكمة يقضي بعدم إختصاصها بنظر الدعوى على نحو ينهى الخصومة أمامها دون فصل في موضوعها.

وبهذا يتضح الفرق بين إثارة الدفع بعدم الإختصاص من جانب الخصوم، وإثارته من جانب المحكمة التي رفعت إليها الدعوى، ففي الحالة الأولى يصدق على الدفع بعدم

<sup>1</sup> سورة آل عمران، من الآية رقم "74".

<sup>2</sup> أحمد خليفة الشراوي، الدفع بعدم الاختصاص ، دار الكتب القانونية ، القاهرة ، 2011، ص 81.

<sup>3</sup> عبد الحميد أبو هيف ، المرافعات المدنية و التجارية، المرجع السابق ، ص 378 .

<sup>4</sup> عبد الفتاح السيد بك، الوجيز في قانون المرافعات، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1951، ص89.

<sup>5</sup> أحمد أبو الوفا، التعليق على نصوص قانون المرافعات، المرجع السابق، ص 519.

الإختصاص بأنه دفع إجرائي يدخل في جملة الحقوق الدفاعية للخصوم، حيث أن المقرر لهم قانونا حق التمسك بما يرونه من أوجه الدفاع<sup>1</sup>.

أما في الحالة الثانية فلا يصدق عليه الدفع بمعناه الدقيق، لأن إثارة الدفع بعدم الإختصاص من قبل المحكمة في الأحوال التي يتعين عليها ذلك، إنما هو قضاء منها بعدم إختصاصها وليس دفعا للدعوى، لأنها ليست خصما في دعوى المدعى، وشتان بين الدفع بعدم الإختصاص وبين الحكم بعدم الإختصاص.

وبهذا يتضح أن إطلاق الدفع على ما يثار من القاضي في مسألة الإختصاص إنما هو من قبيل المجاز وليس على سبيل الحقيقة، لأن ما يصدر عن القاضي قضاء وليس دفعا.

وبالمقارنة بين مفهوم الدفع بعدم الإختصاص في الفقه الإسلامي و القانون الإجرائي يمكن القول بأنهما يتفقان في المقصود من الدفع بعدم الإختصاص، إذ لا خلاف بينهما في ذلك.

### التفرقة بين الإختصاص و الولاية القضائية

يمكن القول بأن مقصود الإختصاص القضائي يختلف عن مقصود الولاية القضائية، فالولاية أعم من الإختصاص، فالولاية تعني السلطة المقررة بمقتضى القانون، والتي تمنح لكافة محاكم الدولة<sup>2</sup>.

### التفرقة بين الإختصاص والتوزيع الداخلي للعمل القضائي في محكمة واحدة

لا يعد التوزيع الداخلي للعمل القضائي في المحاكم التابعة لجهة قضائية واحدة تحديدا للإختصاص، وإنما هو تنظيم إداري لعمل قضائي<sup>3</sup>، وإقرارا لمبدأ العدالة القضائية بين قضاة المحاكم<sup>4</sup>.

### الفرع الثاني: أهمية الدفع بعدم الإختصاص

تبدو أهمية تحديد الإختصاص واضحة و ظاهرة، فولاية القضاء في القانون الإجرائي تبدو ولاية عامة، تتركز في القضاء العادي إلى جانب القضاء الإداري الذي له إختصاص محدد في نظر قضايا معينة لا يجوز له أن ينظر غيرها.

و بهذا يمكن القول بأن الولاية القضائية في القانون الإجرائي عامة ممثلة في القضاء العادي " المحاكم العادية"، و خاصة ممثلة في القضاء الإداري " المحاكم الإدارية"<sup>5</sup>.

<sup>1</sup> أحمد خليفة الشراوي، الدفع بعدم الإختصاص، المرجع السابق، ص 96 .

<sup>2</sup> أحمد مليجي، اختصاص المحاكم الدولي والولائي، دار النهضة، العربية، القاهرة، 1988، ص 12 .

<sup>3</sup> أحمد ماهر زغول، أصول المرافعات، دار النهضة العربية، القاهرة، 1995، ص 541.

<sup>4</sup> عبد الباسط جميعي، نظرية الإختصاص، المرجع السابق، ص 11.

<sup>5</sup> عبد الحميد أبو هيف، المرافعات المدنية و التجارية و النظام القضائي في مصر، المرجع السابق، ص 393.

و فكرة الإختصاص القضائي تثور أساسا في الدول التي تأخذ بنظام تعدد جهات القضاء، كما هو الشأن في الجزائر و مصر و فرنسا وغيرهما، أما الدول التي تأخذ بنظام وحدة النظام القضائي، كما هو الحال في إنجلترا مثلا، فلا تثور فيها هذه الفكرة، حيث لا توجد فيها سوى جهة قضائية واحدة، و من ثم فالإختصاص ينعقد لهذه الجهة في جميع المنازعات أيا كانت طبيعتها<sup>1</sup>.

و لما كانت الولاية القضائية في النظام القضائي الجزائري موزعة بين جهات القضاء العادي، و جهة القضاء الإداري<sup>2</sup>، فقد نص المشرع على إختصاص كل منهما، بحيث لا تتعدى إحداهما على إختصاصات الأخرى ، قاصدا بذلك ضمان حسن سير العمل القضائي<sup>3</sup>، و سرعة الفصل في الدعاوى، دون تضارب في الأحكام القضائية، و تحقيقا لذلك فقد قرر أنه: " فيما عدا المنازعات الإدارية التي تختص بها المحاكم الإدارية تختص المحاكم بالفصل في كافة المنازعات و الجرائم إلا ما أستثنى بنص خاص"<sup>4</sup>.

فهذا النص يقضي بإسناد الإختصاص بالنظر في كافة المنازعات لجهة القضاء العادي بإعتباره صاحب الولاية العامة<sup>5</sup>، و يقتصر إختصاص المحاكم الإدارية الابتدائية و المحاكم الإدارية للإستئناف و المستحدثة مؤخرا بتعديل ق.إ.م.إ بموجب قانون رقم: 13/22 المؤرخ في 2022 /07/12 و كذا مجلس الدولة على منازعات بعينها فلا ينظر فيما سواها، إلا أنه ليس للمحاكم أن تنتظر بطريقة مباشرة أو غير مباشرة في أعمال السيادة.

و يمثل الدفع بعدم الإختصاص في القانون الإجرائي الضمانة الوقائية التي تحد من مخالفة قواعد الإختصاص، هذا فضلا عن كونه يحقق العديد من المزايا القانونية التي من شأنها أن تضمن حسن سير الدعاوى القضائية وفقا لما يقرره القانون بشأن رفع الدعاوى بإجراءات صحيحة، و تقرير مبدأ العدالة القضائية و التسوية بين الخصوم.

### هذا و تظهر أهمية الدفع بعدم الإختصاص في نواح عدة منها:

**أولا:** تبصير الخصوم بمعرفة قواعد الإختصاص، و وقوفهم على خطورتها و تعلقها بالنظام العام، حتى يتسنى لهم الإلتزام بما يقرره المشرع الإجرائي<sup>6</sup>.

كما يعد الدفع بعدم الإختصاص الوسيلة الإجرائية التي يستعين بها الخصم للطعن في صحة إجراءات الخصومة، دون التعرض لأصل الحق الموضوعي، و ذلك بقصد تفادي صدور الحكم في الدعوى<sup>7</sup>.

**ثانيا:** الدفع بعدم الإختصاص يعد الجزاء الإجرائي الذي يقع على المدعي نتيجة لخطئه برفع دعواه أمام محكمة غير مختصة، حيث كان من المتعين عليه أن يتخذ الإجراءات

<sup>1</sup> محمود السيد التحيوي، الإختصاص القضائي للمحاكم العادية في قانون المرافعات بين النظرية و التطبيق، دار المطبوعات الجامعية . الاسكندرية. ط 2001 ، ص 12.

<sup>2</sup> عاشور مبروك، الوسيط في قانون القضاء المصري، الكتاب الأول، مكتبة الجلاء الجديدة، المنصورة، 1998، ص 248.

<sup>3</sup> عيد الحكم فودة، ضوابط الإختصاص القضائي، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2001، ص 92 .

<sup>4</sup> أحمد خليفة الشرقاوي، الدفع بعدم الإختصاص، المرجع السابق ، ص 112.

<sup>5</sup> سيد حسن البغال، المطول في قانون المرافعات ، المجلد الأول، عالم الكتب القاهرة، 2001 ، ص 259.

<sup>6</sup> أحمد ماهر زغلول، أصول المرافعات، المرجع السابق، ص 803.

<sup>7</sup> أحمد ابو الوفا، نظرية الدفع، المرجع السابق، ص 11.



الشكالية الصحيحة التي نص عليها القانون عند رفع الدعوى<sup>1</sup>. و حرص المشرع على تفعيل الجزاء الإجرائي المتمثل في عدم الإختصاص.

**ثالثا:** تحديد الإختصاص يؤدي إلى إحاطة القضاة المختصين بالدعاوى التي تدخل في إختصاصهم، و بحثها و تحليلها، و الوقوف على حقيقتها على الوجه الأكمل<sup>2</sup>، ومن ثم تتحقق الثقة في الأحكام، و إقتصار المحكمة على النظر فيما يدخل في إختصاصها من قضايا دون غيرها، فيتحقق بذلك سرعة البت في القضايا<sup>3</sup>، و ينعدم تراكمها في المحاكم، الأمر الذي من شأنه أن يؤثر على حقوق المتخاصمين المتعلقة بهذه الدعاوى.

**رابعا :** يحقق الدفع بعدم الإختصاص سرعة إنجاز الفصل في الدعاوى، و يؤدي إلى تبسيط الإجراءات القضائية، و هذا يمثل ضمانا قانونية لسرعة إنجاز الأعمال القضائية، و تبسيط الإجراءات الشكالية، و تقليل النفقات المالية، و حفظ جهد العناصر القضائية.

**خامسا :** قضاء المحكمة بعدم الإختصاص من تلقاء نفسها في الحالات التي يتعلق فيها الإختصاص بالنظام العام و لو لم يطلبه الخصوم، إذا ما تبين لها عدم إختصاصها بنظر الدعوى<sup>4</sup>.

**سادسا:** تمكين النيابة العامة من التمسك بعدم الإختصاص متى كانت طرفا منضما في دعوى ما، و لو غفل عن ذلك الخصوم، حيث يتعين عليها تطبيق القواعد الإجرائية المتعلقة بالنظام العام<sup>5</sup>.

**سابعا:** يعد الدفع بعدم الإختصاص حقا قانونيا من الحقوق الدفاعية المقررة للخصوم التي تقضي بحق الخصم في رفع دعوى خصمه، و التمسك بضرورة مراعاة قواعد الإختصاص المقررة قانونا، كما يعد الدفع بعدم الإختصاص تطبيقا عمليا للقاعدة القانونية التي تقضي بأن ما يجوز طلبه بطريق الدعوى يجوز نفيه بطريق الدفع، و ما يمتنع نفيه بطريق الدعوى يمتنع نفيه بطريق الدفع<sup>6</sup>.

**ثامنا:** تمكين الخصوم من إبداء الدفع بعدم الإختصاص في وقته المحدد له قانونا، تجنبنا لسقوط الحق فيه بفوات وقته، ما لم يكن من النظام العام، فإن كان كذلك جاز التمسك به في أية مرحلة تكون عليها الدعوى<sup>7</sup>.

**تاسعا:** تفعيل لأهمية تحديد الإختصاص حرص المشرع على تنويع الأقسام القضائية لكل محكمة، أن النظام القضائي الجزائي يقوم على عدم التمييز بين المسائل المدنية و التجارية، بمعنى أن المحاكم المدنية العادية أيا كانت طبيعتها تختص بالفصل في المسائل المدنية و الإجتماعية والأسرة و التجارية دون تفرقة.

**عاشرا :** تحديد الإختصاص يؤدي إلى عدم التضارب أو التناقض في الأحكام القضائية التي قد تصدر عن جهات قضائية مختلفة.

<sup>1</sup> على حسن عوض، الدفع بعدم جواز الدعوى لسبق الفصل فيها.الدار الجامعية ، الأسكندرية 1999، ص 12.

<sup>2</sup> أحمد مسلم، أصول المرافعات " التنظيم القضائي و الإجراءات، المرجع السابق، ص 101.

<sup>3</sup> سيد حسن البيغال، المطول في قانون المرافعات، المرجع السابق، ص 217.

<sup>4</sup> أحمد المليجي، أصول المرافعات، دار الفكر العربي، القاهرة، 1969، ص 479.

<sup>5</sup> أحمد أبو الوفاء، نظرية الدفع في قانون المرافعات، المرجع السابق، ص 179.

<sup>6</sup> محمود مصطفى يونس، نظرات في الإحالة لعدم الإختصاص، دار الوفاء، الأسكندرية 2011، ص 5.

<sup>7</sup> أحمد مسلم، أصول المرافعات، المرجع السابق، ص 293.

**أحدى عشر :** عمل المشرع على إحاطة الدفع بعدم الإختصاص بنوعين من الضمانات القانونية التي تحمي الخصوم من التعسف في إستعماله:

**النوع الأول:** قرر وجوب إبداء الدفع قبل التكلم في موضوع الدعوى أو تقديم دفاع أو دفع بعدم القبول، و ذلك في الحالة التي لا يكون فيها الإختصاص من النظام العام، كما هو الشأن في الإختصاص المحلي<sup>1</sup>، و ذلك حتى لا تكون الدعوى و ما يتخذ فيها من إجراءات و قرارات مهددة بالزوال إذا تأخر المدعى عليه في إبداء الدفع بعدم الإختصاص، لذا فقد نص المشرع على سقوط حق الدافع بتكلمه في موضوع الدعوى أو بتقديمه دفاعا فيها أو دفعا بعدم القبول<sup>2</sup>، حيث يعد هذا تنازلا ضمنيا عن التمسك بعدم الإختصاص، و التنازل الضمني يحقق أثره في سقوط حق الدافع في الدفع، و لو لم يكن يقصده الدافع أو علم به، لأن التنازل الإرادي أو المفترض كالتنازل الصريح<sup>3</sup>.

خلافًا لمن يرى أن الرد على الإجراء الباطل لا يعد تنازلا عن حق التمسك بالدفع، لأن التنازل عن الحق لا يفترض<sup>4</sup>، هذا و يستوي في الدفع بعدم الإختصاص أن يكون المتمسك به المدعى عليه أو المدعي، كما لو كان الإختصاص مقررا في الأصل لمحكمة موطن المدعى فرفع دعواه أمام محكمة أخرى، فلا يجوز له بعد ذلك أن يتمسك بعدم إختصاص هذه المحكمة.

**- النوع الثاني:** قرر جواز إبداء الدفع بعدم الإختصاص المتعلق بالنظام العام في أية مرحلة تكون عليها الدعوى، و لو في مرحلة الإستئناف، أو أمام المحكمة العليا، كما هو الشأن في عدم الإختصاص النوعي<sup>5</sup>. و هذا يمثل ضمانا قانونية، حيث يتسع المجال للخصوم في التمسك بعدم الإختصاص، ولو حدث أنهم تكلموا في موضوع الخصومة، أو أبدوا دفاعا أو دفعا بعدم القبول، و ذلك نظرا لتعلق الإختصاص بالنظام العام، و الهدف من ذلك سير الأعمال القضائية فضلا عن تحقيق المصلحة العامة<sup>6</sup>.

**- اثني عشر:** لم يحجر المشرع على حرية الخصوم في الإتفاق أثناء نظر الدعوى على إختصاص محكمة أخرى تنظر في النزاع، و لو كان في ذلك مخالفة لما قرره بشأن الإختصاص المحلي وفقا للمادة: 1/ 46 ق.إ.م.<sup>7</sup>

**ثالث عشر :** تتضح أهمية الدفع بعدم الإختصاص، و كونه محققا للعدالة القضائية فيما يقرره المشرع من أن الدفع ينظر فيه أمام ذات المحكمة التي تنظر الدعوى، و ذلك عملا بمقتضى القاعدة القانونية التي تقضي بأن قاضي الدعوى هو قاضي الدفع<sup>8</sup>.

و هذا يعد أيضا ضمانا قانونية عامة لجميع الخصوم في الدعاوى القضائية.

<sup>1</sup> محمد حامد فهمي، مذكرات في المرافعات المدنية و التجارية، المرجع السابق، ص 486 .

<sup>2</sup> أحمد أبو الوفاء، نظرية الدفوع ، المرجع السابق ، ص 157.

<sup>3</sup> أحمد مليجي، الاختصاص القيمي و النوعي و المحلي للمحاكم، دار الفكر العربي، القاهرة، 1997، ص 194.

<sup>4</sup> فتحي والي، الوسيط في قانون القضاء المدني، المرجع السابق، ص 483.

<sup>5</sup> محمد حامد فهمي، مذكرات في المرافعات، المرجع السابق، ص 486 .

<sup>6</sup> عبد الباسط جميعي، نظرية الاختصاص، المرجع السابق، ص 61 .

<sup>7</sup> المادة: 1/ 46 ق.إ.م.:" يجوز للخصوم الحضور باختيارهم أمام القاضي، حتى ولو لم يكن مختصا إقليميا".

<sup>8</sup> محمود محمد هاشم، قانون القضاء المدني، المرجع السابق، ص 392.

## المطلب الثاني: أنواع الدفع بعدم الإختصاص

يختلف الدفع بعدم الإختصاص بحسب تنوع قواعد الإختصاص القضائي، ويكون نوعيا إذا تعلق بنوع الدعوى أو الخصومة ، ويكون محليا إذا تعلق بمكان الدعوى أو محلها. وبناء على هذا فإن مخالفة أي من هذه القواعد تثير مسألة الدفع بعدم الإختصاص، ومن ثم ينسب الدفع إليها فيقال : الدفع بعدم الإختصاص النوعي أو المحلي.

### أسباب الدفع بعدم الإختصاص في القانون الإجرائي

تتعدد أسباب الدفع بعدم الإختصاص في القانون الإجرائي بحسب نوع الإختصاص الذي تمت مخالفته، ورفعت الدعوى على خلاف ما تقرره قواعد القانونية، سواء أكانت هذه القواعد ملزمة أم غير ملزمة، وبناء على هذا يمكن القول بأن أسباب الدفع بعدم الإختصاص تتمثل فيما يلي:

### السبب الأول: تجاوز الإختصاص النوعي

لقد جعل المشرع في كل جهة قضائية طبقات متعددة من المحاكم، مراعيًا في ذلك جانب المصلحة العامة، فوزع الولاية القضائية الممنوحة لجهة معينة على سائر محاكمها.

### السبب الثاني: تجاوز الإختصاص المحلي

القاعدة العامة في الإختصاص المحلي تقضى بأن المحكمة المختصة محليا بنظر الدعوى هي المحكمة التي يقع بدائرتها موطن المدعى عليه<sup>1</sup>، أما بقية القواعد الأخرى كالقاعدة التي تقضي باختصاص محكمة المدعى، أو المحكمة التي يقع بدائرتها العقار المتنازع عليه، فهذه تعد إستثناء من القاعدة العامة.

و قد جعل المشرع توزيع الولاية القضائية على مجموعة المحاكم التي تتبع جهة قضائية معينة وفقا لمعيار الإقليم الذي يقطن فيه أحد الخصوم، أو نظرا لطبيعة الشيء المتنازع فيه.

و من اجل ذلك سوف نتطرق إلى فرعين:

الفرع الأول: مفهوم الإختصاص النوعي و أهميته.

الفرع الثاني : الدفع بعدم الإختصاص المحلي.

## الفرع الأول: الإختصاص النوعي مفهومه و أهميته

### أحكام الدفع بعدم الإختصاص النوعي

<sup>1</sup> عبد الوهاب العشماوي ، قواعد المرافعات في التشريع المصري و المقارن، منشأة المعارف ، الإسكندرية،1999، ص 485 .

يقصد بالإختصاص النوعي في الفقه الإسلامي نصيب كل جهة قضائية من ولاية القضاء<sup>1</sup>.  
**و في القانون الإجرائي:** تعددت تعريفات الإختصاص النوعي، و من خلال إستقراء هذه التعريفات يتضح لنا أنها تؤدي إلى معنى واحد يفيد أن الإختصاص النوعي هو:  
 الإختصاص الذي يتم بمقتضاه توزيع الولاية القضائية على الجهات القضائية المختلفة داخل الدولة، و يتحدد على أساسه نوع العمل القضائي الذي تستقل به كل جهة، و ذلك وفقاً لما تقتضيه المصلحة العامة، و على النحو الذي يقرره القانون<sup>2</sup>.

**أهمية الإختصاص النوعي:** يعد الإختصاص النوعي أهم أنواع الإختصاص القضائي<sup>3</sup>، حيث تتوزع على أساسه الولاية القضائية بين جهات القضاء المختلفة داخل الدولة الواحدة، وفقاً للمعايير التي يضعها المقنن.

و يعرف هذا النوع من الإختصاص في الفقه الإجرائي بالإختصاص النوعي<sup>4</sup>، حيث تستقل ولاية جهة قضاء معينة بالنظر في منازعات محددة، تخرج بحسب طبيعتها من ولاية جهة قضائية أخرى، و من ثم فهو إختصاص متعلق بالولاية القضائية.  
 و بهذا يمثل الإختصاص النوعي بمعناه العام أنه يستند إلى نوع الخصومة، و من ثم فيتأثر باختلافه، و يأخذ حكمه من جهة تعلقه بالنظام العام.

طبقاً للإختصاص النوعي تتوزع الولاية القضائية بين جهات القضاء المختلفة داخل الدولة الواحدة، بين جهة القضاء العادي وجهة القضاء الإداري (محاكم ابتدائية، محاكم إستئنافية، مجلس الدولة).

و يمكن القول بأن إختلاف طبيعة المنازعات الإدارية يعد الأصل القانوني الذي إستند إليه المشرع في منح القضاء الإداري — وتمثله محاكم الإدارية بطبقاتها المختلفة — الولاية القضائية لنظر كافة المنازعات الإدارية.

وبناء على هذا عمد المشرع بما له سلطة مستمدة من الدستور إلى عقد الإختصاص القضائي بنظر المنازعات الإدارية للقضاء الإداري<sup>5</sup>.

### ماهية الدفع بعدم الإختصاص النوعي:

إذا كان المشرع في القانون الإجرائي ينص بمقتضى القواعد الأمرة على ضرورة إحترام قواعد الإختصاص القضائي فإن الدفع بعدم الإختصاص النوعي يقصد به: طلب الخصم — أو من له مصلحة في ذلك — منع المحكمة من نظر الدعوى محل الدفع بعدم

<sup>1</sup> فؤاد عبد المنعم أحمد، الحسين على غنيم، الوسيط في التنظيم القضائي في الفقه الإسلامي مع بيان التطبيق الجاري في المملكة العربية السعودية و مصر و الكويت، مؤسسة شباب الجامعة، الإسكندرية ط 1986، ص 106.

<sup>2</sup> عبد الباسط جميعي، نظرية الإختصاص.، المرجع السابق، ص 5.

<sup>3</sup> الغامدي محمد، الإختصاص القضائي في الفقه الإسلامي، مكتبة جرير، الرياض، 2010، ص 172.

<sup>4</sup> محمد حامد فهمي، مذكرات في المرافعات، المرجع السابق، ص 320.

<sup>5</sup> عبد الباسط جميعي، نظرية الإختصاص، المرجع السابق، ص 97.

إختصاصها نوعيا بنظرها، أو قضاء المحكمة من تلقاء نفسها بعدم الإختصاص، محافظة على قواعد الإختصاص المقررة قانوناً<sup>1</sup>.

و يتضمن الدفع بعدم الإختصاص النوعي عدة أحكام أهمها :

### أولاً : طبيعة الدفع بعدم الإختصاص النوعي

الدفع بعدم الإختصاص النوعي دفع شكلي، فهو يندرج في دائرة الدفوع الشكلية المتعلقة بإجراءات صحة الخصومة و إتصالها بالقضاء<sup>2</sup>، ولا علاقة له بموضوع الدعوى، ومن ثم فيسرى على هذا الدفع ما يسري على الدفوع الشكلية من أحكام كقاعدة عامة.

مع ملاحظة أن هذا الدفع يتعلق بالنظام العام، ومن ثم فتسرى عليه القواعد القانونية المتعلقة به، وما يترتب عليها من آثار قانونية، مثله في ذلك مثل الدفوع الشكلية الأخرى المتعلقة بهذا النظام.

### ثانياً : شروط الدفع بعدم الإختصاص النوعي

يشترط لصحة الدفع بعدم الإختصاص النوعي توافر شروطه العامة و الخاصة، فضلا عن ضرورة إستناد الدفع إلى تجاوز المحكمة لحدود إختصاصها النوعي المقرر قانوناً على أن يكون مشفوعاً بالأسباب القانونية التي تبرر قبول هذا الدفع.

### ثالثاً: موقف الدفع بعدم الإختصاص النوعي من الطلبات العارضة و المرتبطة

يمكن القول بأن إختصاص المحكمة نوعياً لا يتحدد بصفة نهائية بمجرد تطبيق قواعد الإختصاص النوعي وقت رفع الدعوى<sup>3</sup>.

و قد يتسع إن كانت الطلبات العارضة و المرتبطة محل لإعتبار المشرع عند تحديده إختصاص المحكمة نوعياً بنظر الدعوى محل الدفع.

وبناء على هذا قد يتسع الإختصاص النوعي لمحكمة وقد يضيق، وفقاً لما يحقق العدالة القضائية، ويؤدي إلى حسن التقاضي، وذلك على النحو الذي يقرره المشرع في هذا الشأن بمقتضى نص خاص.

### الدفع بعدم الإختصاص الولائي والنوعي:

المستقر عليه أن قواعد التنظيم القضائي من النظام العام، وبالتالي تكون قواعد الإختصاص الولائي المتعلقة بوظيفة الجهة القضائية من مسائل النظام العام<sup>4</sup>.

فلا يجوز للخصوم أن يتفقوا على رفع دعوى مدنية أمام محكمة القضاء الإداري أو العكس، فقواعد الإختصاص المتعلقة بنوع النزاع فهي من النظام العام، وتقضي المحكمة بعدم إختصاصها ولائياً أو نوعياً من تلقاء نفسها.

<sup>1</sup> أحمد ابو الوفا، التعليق على نصوص قانون المرافعات، المرجع السابق، ص 227.

<sup>2</sup> خالد شهاب، نظرية الدفوع في قانون المرافعات، المرجع السابق، ص 178.

<sup>3</sup> امحمد حامد فهمي، مذكرات في المرافعات المدنية التجارية، المرجع السابق، ص 352.

<sup>4</sup> فقد نصت المادة: 36 ق.إ.م. على: "عدم الإختصاص النوعي من النظام العام، تقضي به الجهة القضائية تلقائياً في أية مرحلة كانت عليها الدعوى".

## الفرع الثاني: الدفع بعدم الإختصاص المحلي

مفهوم الدفع بعدم الإختصاص المحلي وبيان طبيعته وشروطه

يتحدد مفهوم الدفع بعدم الإختصاص المحلي في كونه:

الدفع الذي يمكن أن يتقدم به المدعى عليه، لرد دعوى المدعى التي رفعت الى قاض لا يختص محليا بنظرها، لخروجها عن حدود ولايته المكانية، المقررة له بمقتضى الأصول الشرعية<sup>1</sup>.

ويعد الإختصاص المحلي نوعا من الإختصاص القضائي، تنقسم عليه ولاية القضاء مع غيره من أنواع الإختصاص الأخرى، حيث أن المعتبر فيه المكان، و تتوزع على أساسه الولاية القضائية على مختلف المحاكم من ذات الطبقة، و يقصد تسيير التقاضي على المتقاضين<sup>2</sup>.

هذا وقد عرف الفقه الإجرائي الإختصاص المحلي بأنه:

" قدر ما لمحكمة معينة من محاكم الطبقة الواحدة من إختصاص بنظر المنازعات في دائرة إقليم معين أو حدود مكانية معينة"<sup>3</sup>.

### وفي القانون الإجرائي يقصد به :

الدفع الذي بمقتضاه ينكر الخصم على المحكمة سلطتها في نظر الدعوى، لخروجها عن حدود إختصاصها المحلي المقرر بمقتضى القانون.

وعلى هذا فإن هذه الدعوى التي لا تدخل في حدود إختصاص محكمة ما تكون محلا للدفع بعدم الإختصاص المحلي، حيث يمتنع على هذه المحكمة — بناء على طلب الخصم — النظر فيها بعد أن ثبت أنها لا تدخل في إختصاصها المحلي الذي قرره القانون في لمادة 37 ق.إ.م.<sup>4</sup>.

لأن المشرع وزع الولاية القضائية على مختلف محاكم الطبقة الواحدة، وفقا لمحلها الإقليمي، الذي إعتبره أساسا قانونيا عند توزيعه لتلك الولاية على المحاكم المختلفة<sup>5</sup>.

### وإذا كانت قواعد الإختصاص المحلي تتنوع الى نوعين :

أحدهما يمثل القاعدة العامة التي تقرر إختصاص محكمة موطن المدعى عليه وفقا لما هو مقرر في المادة:37 ق.إ.م.إ. والآخر يمثل القواعد الخاصة أو تلك الحالات الإستثنائية التي أوردها المشرع على القاعدة العامة، فإن مخالفة أي من هذين النوعين يؤدي إلى نشأة الحق في التمسك بعدم الإختصاص المحلي، ممن تقرر الدفع لمصلحته.

<sup>1</sup> أبي الحسن المواردي، الأحكام السلطانية للمواردى، طبعة الحلبي، ط2، ص73.

<sup>2</sup> عبد الباسط جميعي، نظرية الإختصاص، المرجع السابق، ص 103 .

<sup>3</sup> أحمد أبو الوفا، نظرية الدفوع ، المرجع السابق، ص 374.

<sup>4</sup> المادة 37: " يؤول الإختصاص الإقليمي للجهة القضائية التي يقع في دائرة إختصاصها موطن المدعى عليه، وإن لم يكن له موطن معروف، فيعود الإختصاص للجهة القضائية التي يقع فيها آخر موطن له، وفي حالة إختيار موطن ، يؤول الإختصاص الإقليمي للجهة القضائية التي يقع فيها الموطن المختار، ما لم ينص القانون على خلاف ذلك".

<sup>5</sup> احمد مسلم، أصول المرافعات، المرجع السابق، ص 290.

ومن هذا يتضح أن مخالفة القواعد الإجرائية المقررة قانوناً لحماية الدعوى من جزاء الدفع بعدم الإختصاص المحلى – التي سبق بيانها – يؤثر قانوناً في سير الدعوى القضائية<sup>1</sup>، حيث يترتب عليه الإخلال بما رسمه المشرع طريقاً لإتصال الدعوى بالقضاء، مما يجعل الدعوى تتردد ما بين محكمة غير مختصة وأخرى مختصة، الأمر الذي يؤدي إلى تأخير الفصل في الدعوى، وهذا هو قصد المشرع من تقرير قواعد الإختصاص المحلى.

وإذا ثبت هذا: فإن حق الدفع بعدم الإختصاص المحلى يتقرر بحسب الأصل للمدعى عليه، حيث إنه صاحب المصلحة في التخلص ولو مؤقتاً من الدعوى<sup>2</sup>.

ما لم يكن قد تنازل عن هذا الحق صراحة أو ضمناً<sup>3</sup>، على النحو الذي أوضحه فيما بعد.

ويعتبر القانون الإجرائي دفعا شكلياً، لتعلقه بإجراءات الخصومة، ومن ثم تطبيق بشأنه القاعدة العامة في الدفوع الشكالية، من حيث وجوب التمسك به قبل التكلم في موضوع الدعوى، وإلا سقط الحق في إبدائه إذا لم تكن قاعدة الإختصاص المحلى من النظام العام، ولا يسقط إذا كانت من قواعد النظام العام<sup>4</sup>.

### ثانياً : طبيعة الحكم الصادر في الدفع بعدم الإختصاص:

يعد الحكم الصادر في مسألة الإختصاص حكماً فرعياً صادراً قبل الفصل في موضوع الدعوى<sup>5</sup>، ومن ثم فهو حكم تمهيدي تطبق بشأنه القاعدة العامة المتعلقة بالأحكام التمهيدية<sup>6</sup>، حيث إنه لا يتطرق لموضوع الدعوى المتنازع فيه، لذا تظل الدعوى قائمة بين الخصوم دون فصل في موضوعها<sup>7</sup>.

الأمر الذي يترتب عليه زوال الخصومة أمام المحكمة التي قضت بعدم الإختصاص، مع بقاء سلطتها على موضوع الدعوى إذا رفعت إليها الدعوى من جديد بعد زوال سبب الدفع، أو قضاء المجلس بإلغاء الحكم الصادر بعدم الإختصاص، وإعادة الدعوى إلى المحكمة التي قضت به للنظر فيها من جديد.

هذا ويلاحظ أن كون الحكم الصادر في مسألة الإختصاص حكماً تمهيدياً لا يعنى منع المحكمة من البحث في مسألة موضوعية تتعلق بالموضوع، مما يستوجب بحثها للتوصل إلى معرفة إختصاص المحكمة من عدمه، كما هو الشأن في الدعوى الإستعجالية<sup>8</sup>، وبهذا فإن الحكم في مسألة الإختصاص قد يستوجب البحث الظاهري في موضوع الدعوى، وذلك لإعطاء الوصف القانوني المناسب للدعوى محل الدفع حتى تتمكن المحكمة من الحكم بالإختصاص أو عدمه<sup>9</sup>، مع بقاء موضوع النزاع على حالته بغير فصل فيه.

<sup>1</sup> زياد صبحي نياي، المرجع السابق، ص 26.

<sup>2</sup> احمد مسلم، أصول المرافعات، المرجع السابق، ص 291.

<sup>3</sup> محمود السيد عمر التحيوي، الإختصاص القضائي للمحاكم العادية، المرجع السابق، ص 125.

<sup>4</sup> ابراهيم نجيب سعد، القانون القضائي الخاص، المرجع السابق، ص 521.

<sup>5</sup> رمزي سيف، الوسيط في شرح قانون المرافعات المدنية و التجارية، درا النهضة العربية، القاهرة، ط 2، 1960، ص 396.

<sup>6</sup> أحمد ابو الوفا، المرافعات المدنية و التجارية، المرجع السابق، ص 204.

<sup>7</sup> رمزي سيف، المرجع السابق، ص 396.

<sup>8</sup> أحمد ابو الوفا، نظرية الدفوع، المرجع السابق، ص 191.

<sup>9</sup> نبيل أسماعيل عمر، الوسيط في قانون المرافعات، المرجع السابق، ص 350.

## أولا القاعدة العامة : إختصاص محكمة موطن المدعى عليه

تختص محكمة موطن المدعى عليه بنظر الدعوى التي ترفع عليه<sup>1</sup>، متى كانت من الدعاوى الشخصية أو المنقولة، و يستوي في هذا أن تكون الدعوى مدنية أو تجارية رفعت أمام القضاء<sup>2</sup>، أما الدعاوى العقارية فينعتد الإختصاص بنظرها للمحكمة التي يقع العقار في دائرتها.

و يقصد بموطن المدعى عليه المحل الذي يقيم فيه عادة ، ويتخذ منه موطناً له على سبيل الإستقرار فيه، فيكون موطنه في إستيفاء ما له وإيفاء ما عليه، ولا يجهل ما يحدث فيه، ولو غاب عنه أحيانا كان في نيته الرجوع إليه<sup>3</sup>.

وهذا ما يعرف بالموطن الأصلي أو الحقيقي.

وبناء على هذا: لا ترفع الدعوى على المدعى عليه إلا في موطنه الأصلي، فإن لم يكن له موطن أصلي جاز رفع الدعوى عليه في محله المختار<sup>4</sup>.

**و المحل المختار:** هو المكان الذي يتخذه المدعي عليه محلاً لإقامته، لتسليم إعلان الأوراق القضائية إليه في هذا المحل دون غيره<sup>5</sup>، وقد يكون المحل المختار محلاً يتفق الخصوم على تعيينه لتنفيذ عمل قانوني معين، غالباً ما يكون مكتباً للمحاماة.

فإذا تعدد المحل المختار جاز رفع الدعوى في إحدى المحاكم التي يقع في دائرتها أي منها<sup>6</sup>.

فإذا لم يكن للمدعى عليه محل مختار ولم يستدل على مكانه جاز للمدعى أن يرفع دعواه أمام المحكمة التي وجد بدائرتها وقت رفع الدعوى<sup>7</sup>.

و العبرة في تحديد محل الإقامة بوقت رفع الدعوى لا بوقت قيام سببها، إذن لا أثر لتغيير محل الإقامة على إختصاص المحكمة بعد رفع الدعوى<sup>8</sup>.

فإذا فرض وأن كان المدعى عليه ليس له موطن أصلي ولا محل مختار ولم يستدل على مكان وجوده، ففي هذه الحالة ترفع عليه الدعوى أمام المحكمة التي يقع في دائرتها موطن المدعى أو محل إقامته<sup>9</sup>.

و أن المشرع الجزائري نص في المادة:37 ق.إ.م.إ على أنه إذا لم يكن للمدعى عليه موطن معروف، فيعود الإختصاص للجهة القضائية التي يقع فيها آخر موطن له<sup>10</sup>.

<sup>1</sup> عبد الحميد أبو هيف، المرافعات المدنية و التجارية، المرجع السابق، ص 430.

<sup>2</sup> محمد العشماوي، قواعد المرافعات، المرجع السابق، ص 215.

<sup>3</sup> امحمد حامد فهمي، مذكرات في المرافعات المدنية و التجارية، المرجع السابق، ص 333.

<sup>5</sup> أحمد مسلم، أصول المرافعات، المرجع السابق، ص 270.

<sup>6</sup> عبد العزيز ناصر، المرجع السابق، ص 143.

<sup>7</sup> عبد الحميد ابو هيف، المرافعات المدنية و التجارية، المرجع السابق، ص 432 .

<sup>8</sup> محمود هاشم، قانون القضاء المدني، المرجع السابق، ص 396.

<sup>9</sup> أحمد مسلم، أصول المرافعات، المرجع السابق، ص 268.

<sup>10</sup> أنظر المادة:37 ق.إ.م.إ و التي تنص على الأتي: " يؤول الإختصاص الإقليمي للجهة القضائية التي يقع في دائرة إختصاصها موطن المدعى عليه، و إن لم يكن له موطن معروف فيعود الإختصاص للجهة القضائية التي يقع فيها آخر



## تعدد المدعى عليهم في دعوى واحدة لا يعتبر خروجاً عن قاعدة إختصاص محكمة موطن الدعوى عليه

أن المشرع نص في المادة:38 ق.إ.م.إ على أنه في حالة تعدد المدعى عليهم في دعوى واحدة أن ترفع الدعوى من المدعى على المدعى عليهم جميعاً أمام المحكمة التي يقع بدائرتها موطن أحدهم<sup>1</sup>.

وهذا يعني أن قاعدة إختصاص محكمة موطن المدعى عليه لا تزال قائمة، فالمشرع وإن كان قد منح الخيار للمدعى في إختيار المحكمة التي يرفع أمامها دعواه فقد قيده بوجود رفعها أمام محكمة موطن أحد المدعى عليهم، نظراً لإتحاد موضوع الدعوى<sup>2</sup>.

وبناء على هذا: فإن تعدد المدعى عليهم في الدعوى الواحدة لا يعد خروجاً عن القاعدة العامة في الإختصاص المحلى، بل هو تأكيد على تلك القاعدة ، قصد به المشرع تفادي تناقض الأحكام التي تصدر من محاكم متعددة — لتعدد مواطن المدعى عليهم<sup>3</sup>، وإقتصاد النفقات التي يتكبدها المدعى إذا قاضى المدعى عليهم :

1. ان يكون تعدد المدعى عليهم حقيقياً<sup>4</sup>، ويكون التعدد حقيقياً إذا كانت طلبات المدعى في الدعوى موجهة إليهم جميعاً، ومن ثم لا يكفي لقيام حالة التعدد بين المدعى عليهم مجرد إختصاصهم للمثول في الدعوى، أو مجرد إختصاصهم ليصدر الحكم في مواجهتهم<sup>5</sup>.

وهذا يعني أن حالة التعدد تكون قائمة إذا كان المدعى عليهم جميعاً خصوماً أصليين في تلك الدعوى<sup>6</sup>، أو على الأقل ملتزمين فيها بالتزام لا يقبل التجزئة<sup>7</sup>.  
و يستوي في ذلك أن يكون المدعى عليهم متضامنين<sup>8</sup>، كالدعوى التي ترفع على الشركاء في المسؤولية عن فعل واحد ضار أم غير متضامنين.  
إستوت مراكزهم القانونية أم تفاوتت<sup>9</sup>.

2. أن يكلف المدعى عليهم جميعاً في موطنهم للحضور أمام المحكمة التي رفعت إليها الدعوى<sup>10</sup>، حتى يتمكن الجميع من معرفة المحكمة التي رفعت إليها الدعوى، ومن ثم يواصلون السير فيها.  
فإذا لم يتم التكاليف بالحضور للمدعى عليهم كان لهم حق التمسك بالدفع بعدم الإختصاص المحلى.

موطن له، و في حالة إختيار موطن، يؤول الإختصاص الإقليمي للجهة القضائية التي يقع فيها الموطن المختار، ما لم ينص القانون على خلاف ذلك".

<sup>1</sup> المادة: 38 ق.إ.م.إ تنص على الأتي: " في حالة تعدد المدعى عليهم، يؤول الإختصاص الإقليمي للجهة القضائية التي يقع في دائرة إختصاصها موطن أحدهم".

<sup>2</sup> أحمد مسلم، أصول المرافعات، المرجع السابق، ص 267.

<sup>3</sup> محمد العشماوي، المرجع السابق، ص 490.

<sup>4</sup> عز الدين الديناصوري، التعليق على قانون المرافعات، الجزء الثاني، ط8، 1994، ص 281.

<sup>5</sup> أحمد مليجي، أصول المرافعات، المرجع السابق، ص 454.

<sup>6</sup> محمد حامد فهمي، مذكرات في المرافعات، المرجع السابق، ص 334.

<sup>7</sup> أحمد أبو الوفاء، المرافعات، المرجع السابق، ص 381.

<sup>8</sup> عبد الوهاب العشماوي، قواعد المرافعات في التشريع المصري، المرجع السابق، ص 491.

<sup>9</sup> أحمد السيد صاوي، الوسيط في شرح قانون المرافعات، المرجع السابق، ص 308.

<sup>10</sup> عبد الحميد أبو هيف، المرافعات المدنية و التجارية، المرجع السابق، ص 446.

3. أن تكون هناك مصلحة ظاهرة تتحقق من وراء الجمع وتبدو هذه المصلحة ظاهرة في حالة وحدة موضوع الدعوى كوحدة الدين ونحوه<sup>1</sup>. وبناء على ما تقدم: يتقيد المدعى بما قيده به المشرع عند إستعماله حق الخيار في رفع الدعوى، فإذا لم يلتزم بهذا القيد، بأن رفع دعواه أمام محكمة لا يقع بدائرتها موطن أحد المدعى عليهم فلا عبرة بهذا الرفع، وللمدعى عليهم الحق في الدفع بعدم إختصاص المحكمة المرفوعة إليها الدعوى<sup>2</sup>.

وبناء على هذا فإن المشرع قد يعقد الاختصاص المحلي أحيانا لمحكمة غير محكمة موطن المدعى عليه، وأخرى يجعل الاختصاص مشتركاً بينها وبين محكمة أو محاكم أخرى<sup>3</sup>، وذلك وفقاً لما يحقق مصالح الخصوم، ويقتضيه حسن سير الدعاوى داخل النظام القضائي.

و يمكن إجمال الحالات التي ينعقد فيها الإختصاص المحلي لمحكمة غير محكمة موطن المدعى عليه، أو يكون الإختصاص مشتركاً بينها وبين محكمة أو محاكم أخرى في الحالات التي حددها القانون في الحالات الخاصة مثل ما ورد في المادة:39 ق.إ.م.إ.

حيث يمكن أن يكون الإختصاص في المواد التجارية، غير الإفلاس والتسوية القضائية، أمام الجهة القضائية التي وقع في دائرة اختصاصها الوعد، أو تسليم البضاعة، أو أمام الجهة القضائية التي يجب أن يتم الوفاء في دائرة إختصاصها، وفي الدعاوى المرفوعة ضد شركة، أمام الجهة القضائية التي يقع في دائرة إختصاصها أحد فروعها.

أما في المواد المتعلقة بالمنازعات الخاصة بالمراسلات والأشياء الموصى عليها، والإرسال ذي القيمة المصرح بها، وطرود البريد، فيمكن أن يكون الإختصاص أمام الجهة القضائية التي يقع في دائرة اختصاصها موطن المرسل، أو موطن المرسل إليه<sup>4</sup>.

أن المشرع قد أعطى للخصوم في الكثير من الأحيان حق الإتفاق بينهم على مخالفة قواعد الإختصاص المحلي، وهذا يرجع إلى كون قواعد الإختصاص المحلي لا تتعلق بالنظام العام، ومن ثم فهي قواعد مكملة لإرادة الخصوم وليست ملزمة.

### الخصم المتدخل الى جانب المدعى عليه ( التدخل الإنضمامي)

- 1 عبد الوهاب العشماوى، قواعد المرافعات، المرجع السابق، ص 493.
- 2 عز الدين الدناصورى، التعليق على قانون المرافعات، ج2، ط8، 1994، ص 279.
- 3 أحمد أبو الوفاء، المرافعات المدنية و التجارية، المرجع السابق، ص 382.
- 4 المادة:39 ق.إ.م.إ.، ترفع الدعاوى المتعلقة بالمواد المبينة أدناه أمام الجهات القضائية الآتية:
  - 1- في مواد الدعاوى المختلطة، أمام الجهة القضائية التي يقع في دائرة اختصاصها مقر الأموال،
  - 2- في مواد تعويض الضرر عن جنابة، أو جنحة، أو مخالفة، أو فعل تقصيري، ودعاوى الأضرار الحاصلة بفعل الإدارة، أمام الجهة القضائية التي وقع في دائرة اختصاصها الفعل الضار.
  - 3- في مواد المنازعات المتعلقة بالتوريدات والأشغال وتأجير الخدمات الفنية أو الصناعية، يؤول الاختصاص للجهة القضائية التي يقع في دائرة اختصاصها مكان إبرام الاتفاق أو تنفيذه، حتى ولو كان أحد الأطراف غير مقيم في ذلك المكان.
  - 4- في المواد التجارية، غير الإفلاس والتسوية القضائية، أمام الجهة القضائية التي وقع في دائرة اختصاصها الوعد، أو تسليم البضاعة، أو أمام الجهة القضائية التي يجب أن يتم الوفاء في دائرة اختصاصها، وفي الدعاوى المرفوعة ضد شركة، أمام الجهة القضائية التي يقع في دائرة اختصاصها أحد فروعها".

إذا كان حق الدفع بعدم الإختصاص المحلى يتقرر قانونا للمدعى عليه فإن للخصم الذي تدخل في الدعوى، أو أدخل فيها إلى جانب المدعى عليه ذات الحق في هذا الدفع، وقد إصطلح شراح القانون الإجرائي على تسميته بالخصم الإنضمامي، أو الخصم المتدخل تدخلا انضماميا.

وحق الخصم المتدخل في إبداء الدفع بعدم الإختصاص المحلى يقوم أساسا على إعتبار أنه في مركز المدعى عليه، ومن ثم فله كل الحقوق الدفاعية المقررة قانونا للمدعى عليه، سواء أكان شخصا طبيعيا أم إعتباريا.

و أنه يشترط لتمسكه بهذا الدفع ألا يكون المدعى عليه الأصلي قد تنازل عن هذا الدفع، أو سقط حقه في إبدائه<sup>1</sup>، والحكمة من هذا الشرط أن الخصم المتدخل في الدعوى إلى جانب المدعى عليه يتدخل فيها على حالتها التي تكون عليها، ومن ثم فإذا كان المدعى عليه الأصلي قد تنازل عن الدفع بعدم الإختصاص أو أسقط حقه في إبدائه فلا يستطيع الخصم المتدخل أن يتمسك به، حيث يسرى عليه ما يسرى على المدعى عليه عند تدخله في الدعوى.

و قد خالف المشرع الجزائري المشرع المصري في حق المتدخل في الخصام بالتمسك بالدفع بعدم الإختصاص الإقليمي أو المحلي، إذ نص صراحة على عدم جواز تمسك الغير المتدخل في الخصام بالدفع بعدم الإختصاص الإقليمي حتى ولو إستند على شرط محدد للإختصاص.

إذ تنص المادة: 202 ق.إ.م.إ على الآتي: " لا يجوز للغير المدخل في الخصام أن يثير الدفع بعدم الإختصاص الإقليمي للجهة القضائية المكلف بالحضور أمامها، حتى ولو إستند على شرط محدد للإختصاص".

### الخصم الذي أدخل في الدعوى بصفة ضامن بقصد تهرب المدعى من قاعدة الإختصاص المحلى

يحق للخصم الذي أدخل في الدعوى بصفته ضامنا أن يتمسك بالدفع بعدم الإختصاص إذا كان المدعى قد أدخله بهذه الصورة بقصد تهربه من قاعدة الإختصاص المحلى.

ففي هذه الحالة يعد الخصم الذي أدخل في الدعوى في حكم المدعى عليه وفي مركزه القانوني، و المدعى لم يقصد من إدخاله في الدعوى بهذه الصورة سوى جذبته إلى المحكمة الغير مختصة.

وبناء على هذا يكون للخصم الذي أدخل، الحق في إبداء الدفع بعدم الإختصاص المحلى مثله في ذلك مثل المدعى عليه الأصلي.

ومثال هذه الصورة: " أن يلجأ مشتري إلى إقامة دعوى على الوسيط في شراء أمتعة، ثم يدخل البائع بعد ذلك، لتغطية الهرب من إقامة الدعوى في موطن هذا الأخير".

وبناء على هذا فإن تجاوز حدود الإختصاص المحلى دون مبرر قانوني يمثل سببا لإثارة الدفع بعدم الإختصاص.

<sup>1</sup> عبد الهادي عباس، الإختصاص القضائي، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 1993، ص 533.

### المطلب الثالث: الدفع بالإحالة للإرتباط

الإرتباط هو صلة وثيقة بين دعويين تجعل من المناسب ومن حسن سير العدالة جمعهما أمام محكمة واحدة لتحققهما و تحكم فيهما معا منعا من صدور أحكام لا توافق بينهما<sup>1</sup>، و تتضح هذه الصلة من الإشتراك الجزئي لعناصر الدعوى الموضوعية بالمحل فقط أو بالسبب الذي تنشأ عنه بحيث أن الفصل في دعوى يمكن أن يؤثر على الفصل في الأخرى، فإذا كان الإرتباط بين دعويين يعني وجود صلة بينهما إلا أن الذي يساعد على كشف هذه الصلة و يوضحها هو اشتراك الدعويين في المحل أو السبب<sup>2</sup>.

و إن كان الإرتباط يمكن أن يقوم كذلك ولو لم يكن الموضوع و السبب متحدين، كما لا يلزم أن يكون الخصوم في إحدى الدعويين هم الخصوم في الأخرى<sup>3</sup>.

و سنتناول هذا الدفع في فرعين :

الفرع الأول: أسباب الدفع بالإحالة وشروطه

و الفرع الثاني: الفرق بينه وبين الدفع بعدم الإختصاص

#### الفرع الأول: الدفع بالإحالة أسبابه وشروطه

الدفع بالإحالة هو دفع شكلي يقدمه المدعى عليه نظرا لعدم إختصاص المحكمة، أو لوجود إتفاق مع المدعى سابق برفع الدعوى أمام محكمة معينة، أو لإرتباط الدعوى بدعوى أخرى معروضة في نفس الوقت، كما يمكن أن يقوم به القاضي من تلقاء نفسه. و أن قاضي الأمور المستعجلة فإنه لا يحكم بالإحالة في حالة الحكم بعدم الإختصاص النوعي.

وتحال الدعوى بحالتها إلى المحكمة المختصة، أي أن ما تم من إجراءات فيها قبل الإحالة، كإجراءات التحقيق وأعمال الخبرة، تبقى صحيحة ويجوز التمسك بها، وبالتالي تظل الدعوى محتفظة بكافة أثارها التي رتبها يوم رفعها، فيظل التقادم منقطعاً والفوائد سارية والمدين معذراً، إلى آخر أثار الطلب.

بينما إذا كان الحكم بعدم الإختصاص لا يتبعه إحالة، فإن ذلك كان يعني زوال الخصومة وجميع ما تم فيها وزوال كافة أثار الدعوى، وخاصة قطع التقادم الذي يعتبر كأنه لم ينفذ<sup>4</sup>. فما تم صحيحاً من إجراءات قبل الإحالة يبقى صحيحاً، وعلى المحكمة المحال إليها الدعوى متابعة الإجراءات من حيث إنتهت، فإذا ما تمت تهيئة الدعوى للمرافعة

<sup>1</sup> أحمد هندي، إرتباط الدعوى و الطلبات في قانون المرافعات دراسة تفصيلية لتعريف الإرتباط في مصر و فرنسا وفي إيطاليا، رسالة دكتوراة، جامعة، القاهرة، 1976، ص 15 .

<sup>2</sup> أحمد هندي، المرجع السابق، ص 31 .

<sup>3</sup> أحمد أبو الوفاء، نظرية الدفوع، المرجع السابق، ص 255 .

<sup>4</sup> رمزي سيف، الوسيط في شرح قانون المرافعات المدنية و التجارية، دار النهضة العربية، القاهرة، ط 2 1960، ص 389.

بإجراءات صحيحة أمام المحكمة المحلية فلا يقتضي الأمر من المحكمة المحال إليها إتخاذ إجراءات جديدة لتحضيرها، وإذا صدرت أحكام متعلقة بالتحقيق فإن ذلك لا يمنع من الإحالة. إذن المحكمة المحال إليها الدعوى تلتزم بنظر الدعوى، ويقوم هذا الإلتزام ولو كان تحديد الإختصاص قد بنى على قاعدة قانونية غير سليمة أو قد خالف نصا قانونيا صريحا، ويمتنع على الخصوم إعادة الجدل في هذا التحديد فحكم الإحالة يقيد المحكمة المحال إليها في مسألة إختصاصها بحيث لا يجوز أن تحكم بعدم إختصاصها بالدعوى، فهذا الحكم يستتفد سلطة تلك المحكمة في مسألة الإختصاص<sup>1</sup>.

### أمثلة للإرتباط و أهميته:

ومن أمثلة الإرتباط دعوى الفسخ اللتان يرفعهما كل من الطرفين على الآخر بسبب عدم الوفاء بالإلتزامات، و الدعوى بطلب تنفيذ عقد و دعوى الطرف الآخر ببطلانه، ودعوى الدائن على المدين و دعواه على الكفيل، ودعوى الموكل على الوكيل بتقديم حساب ودعوى الوكيل على الموكل بطلب مصاريفه و أتعابه<sup>2</sup>.

ومن أمثله كذلك طلب الضمان و الطلب الذي ترتب عليه الإلتزام بالضمان، و طلبا التعويض اللذان يوجههما كل من الطرفين للآخر في حادثة تصادم مثلا، و طلب البائع من المشتري دفع الثمن و طلب المشتري من البائع تسليم العين المباعة<sup>3</sup>.

و يوجد ارتباط بين الدعوى بطلب صحة رهن و الدعوى بطلب شطبه، و كذلك بين الدعوى بطلب تثبيت الحجز و الدعوى بطلب بطلانه أو استرداد الأشياء المحجوزة<sup>4</sup>.

وتبدو أهمية الإرتباط في إمكان الدفع بإحالة الدعوى من محكمة إلى أخرى، حتى تنظر الدعويين المرتبطين محكمة واحدة لما بينهما من صلة وثيقة و لتجنب صدور أحكام متعارضة. كما أن الإرتباط يرتب آثار أخرى، فهو يبيح لكل من المدعى و المدعى عليه تقديم الطلب في صورة طلب عارض، و يجيز الإرتباط كذلك التدخل في الدعوى<sup>5</sup>، فالإرتباط يؤدي إلى إمتداد إختصاص المحكمة للفصل في الطلبات العارضة بمختلف أنواعها، كما أنه له دوره في مجال الأحكام إذ يبسط حجية الحكم إلى الأسباب حيث ترتبط بالمنطوق، و كذلك من شأن الإرتباط أن يوسع من نطاق الطعن في الحكم إلى الأجزاء التي لم يطعن فيها طالما كانت مرتبطة بالأجزاء المطعون فيها، كما أنه يجوز قبول الطلبات الجديدة أمام الإستئناف استنادا إلى الإرتباط<sup>6</sup>.

<sup>1</sup> وجدي راغب، مبادئ القضاء المدني، المرجع السابق، ص 294.

<sup>2</sup> أحمد أبو الوفاء، المرافعات المدنية و التجارية، المرجع السابق، ص 255.

<sup>3</sup> رمزي سيف، الوسيط في شرح قانون المرافعات، المرجع السابق، ص 402.

<sup>4</sup> محمد العشماوي، قواعد المرافعات، المرجع السابق، ص 260.

<sup>5</sup> رمزي سيف، الوسيط، المرجع السابق، ص 401.

<sup>6</sup> أحمد هندي، إرتباط الدعاوى و الطلبات في قانون المرافعات، المرجع السابق، ص 461 .

### شروط الدفع بالإحالة للارتباط:

إذا قامت صلة الارتباط الموضوعي بين دعويين تولد للخصوم حقا في الدفع باحالة احدى الدعويين المرتبطتين من محكمة إلى أخرى. وحتى يتم التمسك بهذا الدفع يجب تحقق الارتباط، و المحكمة المعروض أمامها احدى الدعاوى المرتبطة و التي يدفع أمامها احدى الدعاوى المرتبطة و التي يدفع أمامها بالإحالة هي التي تقدر ما إذا كان هناك ارتباطا بين الدعويين أم لا، و استنباط صلة الارتباط هي مسألة موضوعية تتعلق بظروف كل دعوى ومن سلطة محكمة الموضوع التقديرية و لا تخضع في ذلك لرقابة محكمة النقض<sup>1</sup>.

و هو نفس المسلك الذي سلكه المشرع الجزائري إذ نص في المادة:209 ق.إ.م.إ على أن أحكام الضم و الفصل تعتبر من الأعمال الولائية الغير قابلة لأي طعن<sup>2</sup>.

ويشترط فضلا عن توافر الارتباط، أن تكون المحكمة المطلوب الإحالة إليها مختصة بالدعوى القائمة أمامها، و أن تكون تلك المحكمة مختصة كذلك بالدعوى المطلوب إحالتها إليها، فلا يشترط إختصاصها المحلي بتلك الدعوى لأن هذا الإختصاص لا يتعلق بالنظام العام و لأن دعاوي الارتباط (لحسن الفصل في الدعاوى المرتبطة و تجنب تعارض الأحكام أكثر أهمية من الإعتبارات التي تقوم عليها قواعد الإختصاص المحلي، و هي تقريب المحكمة من المتقاضين كذلك يجب أن تكون المحكمتين تابعيتين لجهة القضاء العادي و أن تكونا من درجة واحدة، و إلا يترتب على ذلك الإخلال بدرجات التقاضي، فلا تجوز الإحالة من محكمة أول درجة إلى محكمة ثاني درجة، و العكس صحيح، ذلك أننا بصدد دعويين لا دعوى واحدة<sup>3</sup>.

ولا تكون الإحالة للارتباط إلا من محكمة إلى محكمة أخرى، فإذا قامت الدعويان أمام محكمة واحدة، أي أمام قسمين في نفس المحكمة فلا تجوز الإحالة و إنما يمكن ضم الدعويين إلى بعضهما، فضم الدعاوى هو أحد آثار الارتباط. فكما أن الارتباط بين الدعاوى يؤدي إلى إحالتها- إذا قامت الدعاوى بين محاكم مختلفة، فإنه يؤدي أيضا إلى ضمها- إذا قامت الدعاوى أمام ذات المحكمة، كما أن الضم قد يترتب على قيام ذات النزاع أو على قيام عدم التجزئة<sup>4</sup>.

فالضم هو إجراء تقوم به المحكمة من تلقاء نفسها- أو بناء على طلب أحد الخصوم- حيث تجد أمامها دعويان مرتبطتان، أمام دائرة واحدة أو أمام دائرتين في نفس المحكمة. فتقوم المحكمة بجمع هاتين الدعويين لتحكم فيهما معا لما بينهما من صلة وثيقة تقتضي تحقيقها و الفصل فيهما معا. فوجود الارتباط في حد ذاته يكفي كي تقوم المحكمة بالضم. إن الارتباط لا يجعل الضم محتما لا تتحقق العدالة بدونه و لا يستقيم القضاء، فالأمر متروك للمحكمة، حسبما تراه في الدعوى من ظروف و أحوال<sup>5</sup>.

<sup>1</sup> رمزي سيف، الوسيط في شرح قانون المرافعات، المرجع السابق، ص 402.

<sup>2</sup> المادة:209 ق.إ.م.إ: "تعد أحكام الضم أو الفصل من الأعمال الولائية، و هي غير قابلة لأي طعن".

<sup>3</sup> أحمد أبو الوفاء، المرافعات المدنية و التجارية، المرجع السابق، ص 256.

<sup>4</sup> أحمد هندي، قانون المرافعات المدنية، المرجع السابق، ص 209.

<sup>5</sup> أحمد هندي، قانون المرافعات المدنية، المرجع السابق، ص 211.

على أن ضم الدعاوى للإرتباط لا يترتب عليه اندماج الدعويين، بل تبقى كل منهما محتفظة باستقلالها. أما إذا كان الضم لقيام ذات النزاع، أي أن ذات الطلب معروض على محكمتين في ذات الوقت، فإن الطلبين أو الدعويين يندمجان معا و لا تكون لأي منهما بعد الضم ذاتية مستقلة.

و القرار الصادر من المحكمة بالضم هو مجرد إجراء إداري قضائي، فهو ليس حكما، فلا تنقيد به المحكمة التي أصدرته، فلها أن تعدل عنه أو تلغيه و لا يطعن فيه بالإستئناف و لا يخضع لرقابة محكمة النقض<sup>1</sup>، و إذا تم الضم فلا ضرورة لإخطار الخصوم الغائبين.

### الفرع الثاني : الفرق بين الدفع بالإحالة والإختصاص

يختلف الدفع بعدم الإختصاص و الدفع بالإحالة في مواطن كثيرة من نواح عديدة أهمها ما يلي:

#### من حيث الماهية:

الإحالة يقصد بها : نقل الدعوى من محكمة رفعت إليها الدعوى إلى محكمة أخرى بناء على طلب الخصم، أو قضاء المحكمة بذلك وفقا لما يقرره القانون، و بهذا يتضح أن الإحالة يفترض بها أن هناك دعوى رفعت بالفعل أمام محكمة مختصة بنظرها وفقا لقواعد الإختصاص المقررة قانونا، و أن المدعى عليه يطلب إحالة الدعوى إلى محكمة أخرى، إما لقيام ذات النزاع أمامها، أو بناء على إتفاق الخصوم على إنعقاد الإختصاص لمحكمة بعينها، أو لوجود إرتباط بين الدعوى محل الإحالة و دعوى أخرى منظورة أمام محكمة أخرى<sup>2</sup>. و يلاحظ في ميدان التطبيق أن الإحالة قد تكون من قسم إلى قسم آخر بنفس المحكمة، كأن تكون الدعوى قد رفعت أمام القسم المدني رغم أنها في الواقع من إختصاص القسم العقاري مثلا فهنا يمكن للقاضي أن يأمر بإحالة الملف المعروض عليه على القسم المختص مع أمر المدعي بإتمام مصاريف التسجيل. بينما الدفع بعدم الإختصاص يعني طلب منع المحكمة من النظر في الدعوى لثبوت عدم إختصاصها بنظرها.

#### من حيث سبب الدفع:

يقرر الفقه الإسلامي، و القانون الإجرائي على حد سواء أن سبب الدفع بعدم الإختصاص هو إنتفاء ولاية المحكمة عن نظر الدعوى، لخروجها عن حدود إختصاصها المحلي أو النوعي. و بهذا فإن إنتفاء ولاية المحكمة ينشأ عنه تعدد أسباب الدفع حسب نوع الإختصاص. أما أسباب الدفع بالإحالة -صور الإحالة- فهي تنحصر في: الإتفاق الذي يجري بين الخصوم على تحديد محكمة معينة لنظر الدعوى دون المحكمة التي رفعت إليها الدعوى و تسمى بـ "الإحالة الإتفاقية".

<sup>1</sup> أحمد هندي، قانون المرافعات المدنية، المرجع السابق، ص 221.

<sup>2</sup> عبد الفتاح السيد بك، الوجيز في قانون المرافعات، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1951، ص 501.

و في قيام ذات النزاع أمام محكمة أخرى و حينئذ تسمى بـ (الإحالة لقيام ذات النزاع أمام محكمة أخرى) و أيضا في وجود إرتباط بين الدعوى المرفوعة و أخرى منظورة أمام محكمة أخرى، و عندئذ تسمى بـ (الإحالة للارتباط).  
و أخيرا تنقرر الإحالة قانونا عند الحكم بعدم الإختصاص و تسمى حينئذ بـ (الإحالة بعد الحكم بعدم الاختصاص).  
ولكل سبب من هذه الأسباب – الصور أو الحالات- أحكامه القانونية المتعلقة به و آثاره المترتبة عنه.  
هذا و سوف أتناول –بإيجاز- شرح أسباب الدفع بالإحالة و أحكامها قاصرا الحديث في ذلك على الأسباب الثلاثة الأولى للدفع بالإحالة.

### أسباب الدفع بالإحالة:

#### السبب الأول: الدفع بالإحالة الإتفاقية .

\* يقصد بها: تلك التي تتم بمقتضى إتفاق الخصوم على نقل دعواهم من المحكمة التي رفعت إليها إلى غيرها من المحاكم المختصة، و ذلك على وفق القواعد المقررة في القانون الإجرائي<sup>1</sup>.

هذا ويشترط لصحة إتفاق الخصوم و ترتب آثاره القانونية عليه أن يكون منصبا على الإختصاص المحلي<sup>2</sup>، لعدم تعلقه بالنظام العام، و من ثم فيجوز للخصوم الإتفاق على ما يحقق مصالحهم دون إهدار لمبدأ حسن سير الدعوى و تحقيق العدالة القضائية، لذا و جب أن يكون إتفاق الخصوم في حدود قواعد الإختصاص المحلي.

ومن أمثلة إتفاق الخصوم على تحديد محكمة معينة لنظر الدعوى: الإتفاق الذي يجري بينهم على اختيار محكمة معينة تختص محليا بتنفيذ عقد معين<sup>3</sup>، وبناء على هذا إنصرف إتفاق الخصوم على ما يخالف قواعد النظام العام، كما هو الشأن في مخالفة قواعد الإختصاص النوعي، فلا أثر لهذا الإتفاق لمخالفته القواعد الأمرة التي توجب على الخصوم إحترامها و عدم الإتفاق على ما يخالفها.

و من أحكام الدفع بالإحالة الإتفاقية عند ثبوت صحتها ما يلي:

- 1- أن المحكمة المرفوعة إليها الدعوى لا تحيل الدعوى إلى المحكمة المحددة بمقتضى إتفاق الخصوم من تلقاء نفسها، و إنما بناء على طلب أحد الخصوم<sup>4</sup>.
- 2- الإحالة جوازية في حق المحكمة التي رفعت إليها الدعوى، و من ثم فلها أن تأمر بإحالة الدعوى إستجابة لطلب الخصوم و إحتراما لإرادتهم، و يعد هذا تنازلا منها عن حقها في نظر الدعوى التي تدخل قانونا في حدود إختصاصها، كما أن لها الحق أيضا في

<sup>1</sup> حيث قرر المشرع في المادة: 1/46 ق.إ.م.إ " يجوز للخصوم الحضور باختيارهم أمام القاضي، حتى ولو لم يكن مختصا إقليميا".

<sup>2</sup> أحمد أبو الوفاء، نظرية الدفع، المرجع السابق، ص238.

<sup>3</sup> أحمد أبو الوفاء، المرافعات المدنية و التجارية، المرجع السابق، ص240.

<sup>4</sup> فتحي والي، الوسيط في قانون القضاء المدني، المرجع السابق، ص282.



- نظر الدعوى دون الأخذ باتفاق الخصوم، إذا ما قدرت أن في ذلك تحقيقاً للمصلحة و العدالة القضائية، و إستندت في ذلك على أساس من القانون<sup>1</sup>.
- 3- المحكمة التي تحال إليها الدعوى لا تلتزم بنظرها بمجرد قرار الإحالة، وإنما بمقتضى موافقة إتفاق الخصوم للقواعد القانونية المقررة بشأن قواعد الإختصاص<sup>2</sup>، و من ثم إذا كانت المحكمة التي رفعت إليها الدعوى غير مختصة بنظرها وفقاً لقواعد الإختصاص، و قضت بعدم الإختصاص.
- 4- لقد قصد المشرع من إعتبار الإحالة الإتفاقية إنهاء المنازعات، و إقتصاد النفقات، و عدم إطالة الخصومة.

### السبب الثاني: الدفع بالإحالة لقيام ذات النزاع أمام محكمة أخرى:

- يقرر الفقه الاسلامي أن الدعوى الواحدة إذا رفعت عند قاضيين في وقت واحد فأرسل كل منهما رسوله - محضر التكليف بالحضور حالياً- للمدعى عليه، فالإختصاص ينعقد لقاضى الرسول الذي سبق أولاً، فإن وصلا معا فيقرع بين القاضيين فأيهما خرج سهمه كان مختصاً بنظر الدعوى.

### \*والقانون الإجرائي قد سار على هذا المنهج .

فإذا حدث و أن رفعت دعوى أمام محكمة مختصة ثم رفعت ذات الدعوى أمام محكمة أخرى مختصة أيضاً بنظرها، كما هو شأن الدعوى التي رفعت على ورثة أمام محكمة مختصة ثم تبين لهم أن المورث قد رفعت عليه ذات الدعوى أمام محكمة أخرى أو تعدد المدعى عليهم، فهنا نكون بصدد قيام دعويين متحدين في السبب و الخصوم و الموضوع أمام محكمتين مختلفتين، الامر الذي يؤدي إلى نظر ذات الدعوى لدى أكثر من محكمة، و هذا يؤدي إلى الإخلال بمبدأ حسن سير الدعاوى القضائية، و إحداث التضارب بين الأحكام<sup>3</sup>.

لذا فقد قرر المشرع الإجرائي حق الدفع بالإحالة لقيام ذات النزاع أمام المحكمة الأخرى، منعا لتضارب الأحكام و إقتصاداً في النفقات و تحقيقاً للعدالة<sup>4</sup>، هذا و يلاحظ أن وسيلة الخصم في هذه الحالة ليست هي الدفع بعدم الإختصاص قانوناً بنظر النزاع، و إنما تتحدد وسيلة الخصم الدفاعية في الدفع بإحالة الدعوى إلى المحكمة التي رفعت إليها الدعوى أولاً<sup>5</sup>، و يقدم طلب الدفع بالإحالة إلى المحكمة التي رفعت إليها الدعوى ثانية، على أن يتضمن طلب الدفع بالإحالة الأسباب التي أدت إليه، حيث يترتب على صحة هذا الدفع إحالة الدعوى إلى المحكمة التي أثير أمامها النزاع أولاً، لأن رفعها ثانية أمام محكمة أخرى يترتب عليه أن تصبح الأخرى غير مختصة بقوة القانون<sup>6</sup>، و لو كانت مختصة في الأصل وفقاً لقواعد الإختصاص.

<sup>1</sup> أمينة مصطفى النمر، قوانين المرافعات، مرجع سابق، ص 321.

<sup>2</sup> عبد الباسط جميعي، نظرية الإختصاص، دار الفكر العربي، القاهرة، 1987، ص 103 .

<sup>3</sup> عبد الفتاح السيد بك، الوجيز في قانون المرافعات، المرجع السابق، ص 501.

<sup>4</sup> محمد حامد فهمي، مذكرات في المرافعات المدنية و التجارية، المرجع السابق، ص 491.

<sup>5</sup> محمود محمد هاشم، قانون القضاء المدني، المرجع السابق، ص 423.

<sup>6</sup> فتحي والي، الوسيط في قانون القضاء المدني، المرجع السابق، ص 286.

هذا وإعمالاً بمقتضى المواد 53 إلى 58 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية<sup>1</sup>، و بناء على هذا يتمكن الخصم من نظر دعواه أمام محكمة واحدة، و ينتفي بذلك التضارب الذي يمكن أن يقع في الأحكام القضائية.

و أنه في حالة ضم الملفين لوجود وحدة الموضوع و الأطراف فإن الملف ألاحق هو الذي يضم للملف السابق طبقاً لقاعدة : اللاحق يتبع السابق" و هو ما تنص عليه المادة:54 ق.إ.م.إ.م. بالقول " يجب على الجهة القضائية الأخيرة التي رفع إليها النزاع أن تتخلى لصالح الجهة الأخرى إذا طلب أحد الخصوم ذلك.

و يجوز للقاضي أن يتخلى عن الفصل تلقائياً إذا تبين له وحدة الموضوع".

و لقد اصطلح بعض شراح القانون الإجرائي على تسمية هذه الإحالة ب ( الإحالة للترديد)<sup>2</sup>. و قد تبدو هناك صعوبة قانونية في معرفة أي من الدعويين رفع أولاً، حتى يتمكن الخصم من إبداء دفعه أمام المحكمة التي رفعت إليها الدعوى ثانية.

يبدو أن المقرر في الفقه الإجرائي أن العبرة في معرفة أي من الدعوتين رفع أولاً إنما تتحدد بتاريخ إيداع عريضة الدعوى كتابة ضبط المحكمة و رقم تسجيلها.

**هذا و يشترط لقبول الدفع بالإحالة لقيام ذات النزاع أمام محكمة أخرى توافر الشروط التالية:**

**الأول:** أن تكون كل من المحكمتين مختصة بنظر الدعوى وفقاً لقواعد الإختصاص المقررة<sup>3</sup>.

**الثاني:** أن تكون الدعوى محل الدفع واحدة<sup>4</sup>.

**الثالث:** أن تكون الدعوى قد رفعت بالفعل أمام المحكمتين.

**الرابع:** أن تكون المحكمتان مختلفتين.

**الخامس:** أن تكون المحكمتان تابعتان لجهة قضاء واحدة.

**السادس:** أن تكون المحكمتان من نفس الطبقة.

<sup>1</sup> حيث خصص المشرع 06 مواد من م:53 إلى م:58 ق.إ.م.إ.م. تناول فيها الدفع بوحدة الموضوع و الارتباط، إذ بين أن قيام وحدة الموضوع تكون فيحالة رفع النزاع في جهتين قضائيتين، و تقوم حالة الارتباط عند وجود علاقة بين قضايا مرفوعة أمام تشكيلات مختلفة لنفس الجهة القضائية أو أمام جهات قضائية مختلفة، و لحسن سير العدالة يفصل فيهما معاً. و أن الضم يكون حالة وجود ارتباط بين خصومات مطروحة بين تشكيلات مختلفة لنفس الجهة القضائية أو جهات قضائية مختلفة.

<sup>2</sup> أحمد مسلم، أصول المرافعات" التنظيم القضائي و الإجراءات و الأحكام في المواد المدنية و التجارية و الشخصية، دار الفكر العربي، القاهرة، 1956، ص297.

<sup>3</sup> محمود حامد فهمي، مذكرات في المرافعات المدنية و التجارية، ج1، الناشر مكتبة عبد الله و هبة بالقاهرة، ط1974، ص492.

<sup>4</sup> فيجب أن تكون الدعوى التي رفعت أولاً إلى المحكمة المختصة الأولى هي ذات الدعوى التي رفعت ثانية إلى المحكمة المختصة الثانية بنفس السبب و الخصوم و الموضوع.

و بناء على توافر هذه الشروط تقضي المحكمة في الدفع بإحالة الدعوى إلى المحكمة التي رفعت إليها الدعوى أولاً، مع تنبيه الخصوم بالإحالة، وإخطارهم بتاريخ الجلسة أمام المحكمة المحال إليها<sup>1</sup>.

و يعد هذا أثراً قانونياً يقتضيه المنطق، حيث أن المشرع قدر أن المحكمة التي رفع إليها النزاع أولاً هي الأولى بنظره و صاحبة الفصل فيه.

وبالمقارنة: يتضح إتفاق القانون الإجرائي مع ما قرره الفقه الإسلامي في هذه المسألة، بل الفقه الإسلامي أسبق و أقدر على مواجهة ما يطرأ بين الخصوم من صعوبات عند التقاضي و وضع الحلول التي تناسبها، منعا لتناقض الأحكام القضائية.

### السبب الثالث: الدفع بالإحالة للارتباط:

إذا كانت هناك صلة وثيقة بين دعويين منظورتين أمام محكمتين مختلفتين، جاز للخصم أن يطلب إحالة إحدى الدعويين إلى الأخرى ، لتفصل فيهما معا محكمة واحدة<sup>2</sup>.

و يعد هذا تحقيقاً لمبدأ حسن سير الدعوى، و منع التضارب في الأحكام، و تسمى الإحالة هنا بالارتباط<sup>3</sup>.

و بناء على هذا يمكن القول بأن الإحالة للارتباط يقصد بها قانوناً:

وسيلة الدفاع المقررة للخصم بمقتضى القانون، و التي يهدف بها إلى الجمع بين دعويين بينهما ارتباط وثيق: لنظرهما أمام محكمة واحدة بدلاً من نظرهما أمام محكمتين مختلفتين. و من أمثلة الارتباط الذي يمكن أن يقع في الدعوى القضائية، الدعوى بطلب تنفيذ عقد معين، و دعوى العاقد الآخر بطلب بطلانه، و كذلك دعوى إسترداد الحيازة، و دعوى تعويض الضرر المترتب على فعل الغاصب<sup>4</sup>.

### هذا ويشترط لصحة الدفع بالإحالة للارتباط توافر الشروط التالية:

**الأول:** أن تكون هناك دعويان مرفوعتان أمام محكمتين مختلفتين<sup>5</sup>.

**الثاني:** أن تكون كل من المحكمتين مختصة قانوناً بنظر الدعوى التي رفعت إليها<sup>6</sup>.

**الثالث:** أن تكون الدعويان قد رفعتا امام المحكمتين<sup>7</sup>.

فإذا توافرت هذه الشروط صح الدفع بالإحالة لأجل الارتباط الحاصل بين الدعويين، ومن ثم يتقدم الخصم بإبداء دفعه أمام أي من المحكمتين، فإيهما قدم إليها الدفع، فإنها تفصل فيه و تقضي بإحالة الدعوى إلى المحكمة الأخرى<sup>1</sup>، إذا رأت ذلك محققاً للعدالة القضائية.

<sup>1</sup> أحمد ابو الوفاء، نظرية الدفوع، المرجع السابق، ص 241.

<sup>2</sup> عبد الحميد أبو هيف، المرافعات المدنية و التجارية، المرجع السابق، ص 697 .

<sup>3</sup> عبد الفتاح السيد بك، الوجيز في قانون المرافعات، المرجع السابق، ص 501.

<sup>4</sup> محمد حامد فهمي، مذكرات في المرافعات، المرجع السابق، ص 594.

<sup>5</sup> محمود محمد هاشم، قانون القضاء المدني، المرجع السابق، ص 427.

<sup>6</sup> أحمد حامد فهمي، مذكرات في المرافعات، المرجع السابق، ص 594.

<sup>7</sup> محمود محمد هاشم، قانون القضاء المدني، المرجع السابق، ص 428.

غير أن الجدير بالذكر أن الإحالة للإرتباط جوازية للمحكمة المدفوع أمامها بالإحالة، فهي ليست ملزمة بإجابة الخصم إلى طلبه، و لو ثبت عندها قيام الإرتباط بين الدعويين، إذا قدرت مثلا أن الدعوى التي أمامها على قدر من الأهمية، أو كانت هي الدعوى الأصلية، و أن الدعوى الأخرى هي التي من المفروض أن تضم إليها<sup>2</sup>.

و يجب عدم الخلط بين الدفع بالإحالة للإرتباط و بين ضم الدعويين، فالضم لا يعد دفعا، لأن الدعوى في حالة الضم مرفوعة في محكمة واحدة أمام قسامين و ليس أمام محكمتين مختلفتين، و من ثم فالقاضي يطلبه " يقرره" و لو لم يطلبه الخصوم، و هذا القرار لا يقبل الطعن فيه إستقلالا، كما أن ضم الدعوى يشترط له إتحاد الخصوم، أما طلب الدفع بالإحالة فلا يشترط لإبدائه إتحاد الخصوم، و إنما يكفي إتحاد السبب أو الموضوع<sup>3</sup>.

### و اخلص مما سبق إلي :

أن الدفع بالإحالة للإرتباط يتساوى مع الدفع بعدم الإختصاص في كونه دفعا شكليا يجب أن يبدي قبل التكلم في موضوع الدعوى، و من ثم فيسري عليه ما يسري على الدفع الشكلي من أحكام.

**و بناء عليه :** يسقط حق الخصم في التمسك بعدم الإختصاص إذا أبدى دفعا بالإحالة للإرتباط، و العكس صحيح، لأن القاعدة العامة في إبداء الدفوع الشكلية أنها تبدى معا في عريضة جوابية و إلا سقط الحق فيما لم يبد منها<sup>4</sup>.

كما أن وسيلة الإحالة للإرتباط، أو لقيام ذات النزاع هي الدفع بالإحالة، بينما الدفع بالاختصاص يتعين وسيلة قانونية للإحالة الوجوبية، لأنها أثر لعدم الإختصاص<sup>5</sup>.

### من حيث تعلق الدفع بالإحالة بالنظام العام

الدفع بالإحالة لا يتعلق بالنظام العام، و من ثم فلا يجوز للمحكمة أن تقضي به من تلقاء نفسها، كما أنه لا يجوز لغير المدعى عليه أن يتمسك بإبداء هذا الدفع<sup>6</sup>.

و لكن المقرر قانونا إذا كان الدفع بالإحالة سببه قيام ذات النزاع أمام جهة أخرى و توافرت لهذا الدفع شروطه القانونية، و جب على المحكمة أن تأمر بالإحالة و ذلك لأن الإحالة هنا وجوبية، و ليست للمحكمة سلطة تقديرية فيها، لأن قضائها يقبل الدفع، يعني أن الإحالة أصبحت واجبة، و أنها نتيجة لازمة لعدم الإختصاص<sup>7</sup>.

<sup>1</sup> عبد الفتاح السيد بك، الوجيز في قانون المرافعات، المرجع السابق، ص503.

<sup>2</sup> محمد حامد فهمي، مذكرات في المرافعات، المرجع السابق، ص 495.

<sup>3</sup> زياد صبحي نيا، المرجع السابق، ص45.

<sup>4</sup> تنص المادة: 61 ق.إ.م. على الآتي: " يمكن إثارة الدفع ببطلان الأعمال الإجرائية شكلا خلال القيام بها، و لا يعتد بهذا الدفع إذا قدم من تمسك به دفعا في الموضوع لاحقا للعمل الإجرائي المشوب بالبطلان دون إثارته".

<sup>5</sup> محمود محمد هاشم، قانون القضاء المدني، المرجع السابق، ص428.

<sup>6</sup> إبراهيم نجيب سعد، المرجع السابق، ص 521.

<sup>7</sup> فتحي والي، المرجع السابق، ص188.

أما إذا كان الدفع بالإحالة سببه الإرتباط بين دعويين فإن المحكمة في هذه الحالة تتمتع بسلطة تقديرية، فلها أن تقبل الدفع أو ترفضه إذا رأت أن الإحالة من شأنها أن تعطل الفصل في إحدى الدعويين<sup>1</sup>، بينما الدفع بعدم الإختصاص يتعلق بالنظام العام في كثير من الأحوال، كما هو شأن الإختصاص النوعي والولائي، ومن ثم فيجوز للمحكمة أن تقضي به من تلقاء نفسها و لو لم يطلبه الخصوم، كما أن حق الدفع يتقرر للمدعي والمدعى عليه والغير<sup>2</sup>.

و في بعض الأحوال لا يتعلق الدفع بعدم الإختصاص بالنظام العام، و من ثم فلا تقضي به المحكمة إلا بناء على طلب الخصم، كما هو شأن الإختصاص المحلي.

و يلاحظ أن المشرع الجزائري ينص في المادة: 63 ق.إ.م.إ: " لا يجوز التمسك ببطلان الأعمال الإجرائية شكلا إلا لمن تقرر البطلان لصالحه".

كما نص المشرع أيضا في المادة: 60 من ق.إ.م.إ على أنه: " لا يقرر بطلان الأعمال الإجرائية شكلا إلا إذا نص القانون صراحة على ذلك، و على من يتمسك به أن يثبت الضرر اللذي لحقه"، و هذا يعني أن المشرع وضع قاعدة أنه لا بطلان للأعمال الإجرائية شكلا إلا في حالة وجود نص صريح ينص على ذلك.

كما إشتراط في المتمسك في هذا الدفع أن يثبت أن قد لحقه ضرارا من ذلك.

و أخيرا: الحكم الذي يصدر في الدفع بالإحالة ينفذ فورا دون أن تستوفي بصدده الشروط اللازمة لتنفيذ الأحكام<sup>3</sup>.

### الخلاصة

الخلاصة أن الدفع بعدم الإختصاص هو دفع إجرائي يدخل في جملة الحقوق الدفاعية للخصوم، حيث أن المقرر لهم قانونا حق التمسك بما يرونه من أوجه الدفاع. أما في الحالة الثانية فلا يصدق عليه الدفع بمعناه الدقيق لأن إثارة الدفع بعدم الإختصاص من قبل المحكمة في الأحوال التي يتعين عليها ذلك إنما هو قضاء منها بعدم إختصاصها وليس بعدم الإختصاص كدفعها في الدعوى، لأنها ليست خصما في دعوى المدعي، و شتان بين الدفع بعدم الإختصاص و بين الحكم بعدم الإختصاص و بهذا يتضح أن إطلاق الدفع على ما يثار من القاضي في مسألة الإختصاص إنما هو من قبيل المجاز و ليس على سبيل الحقيقة، لأن ما يصدر عن القاضي قضاء و ليس دفاعا.

الدفع بعدم الإختصاص دفع شكلي يتوجه نحو إجراءات الخصومة للطعن في صحتها، و لا يمس الحق الموضوعي محل الدعوى لعدم تعرضه لصدق المدعي أو كذبه في دعواه.

يستعمل المدعى عليه الدفع بعدم الإختصاص للدفاع عن حقه في التقاضي أمام القضاء للنظر في دعواه ليكشف بذلك عن خلل أو نقص شاب دعوى المدعى وقت رفعها للقضاء مما يستلزم ضرورة التوقف عن نظرها الى حين رفعها بطريقة صحيحة معتبرة في طبقا لقواعد القانون.

<sup>1</sup> أحمد ابو الوفاء، قواعد المرافعات، المرجع السابق، ص 242.

<sup>2</sup> أحمد ابو الوفاء، نظرية الدفوع، المرجع السابق، ص 188.

<sup>3</sup> احمد مسلم، أصول المرافعات، المرجع السابق، ص 295.

الدفع بعدم الإختصاص يختلف عن غيره من الدفعوع الموضوعية، و الدفعوع بعدم القبول، كما أنها تختلف عن أمثالها من الدفعوع الشكلية فهي تتسم بسميات تميزها عن غيرها من هذه الدفعوع، و ذلك من عدة وجوه مختلفة.

و للمحكمة أن تقضي : بعدم الإختصاص و الإحالة من تلقاء نفسها في كل دفع يتعلق بالنظام العام، فهذه الدفعوع تتقرر بقواعد شرعية و قانونية أمره بقصد المحافظة على قواعد الإختصاص القضائي، و حسن سير الدعاوى داخل النظام القضائي .

الأصل في الأحكام القضائية أنها لا تنقض حيث أن مبناها على الصحة متى صدرت وفق قواعدها الشرعية و أصولها القضائية و الاستثناء هو جواز نقضها بأسبابها المقتضية له و منها عدم الإختصاص، حيث لا يجوز للقاضي أن يحكم في غير محل عمله أو خارج نطاق ولايته، فان حاد عن ذلك فلا نفاذ لحكمه و لا صحة لقضائه، و يقرر القانون الإجرائي جواز الطعن في الأحكام القضائية، متى توافرت أسباب الطعن فيها .

### المبحث الثالث : آجال الإجراء كمحل للدفع

هناك مقولة تقول: " أن العدل البطيء الغالي الثمن نوع من الظلم".

لذا حرص المشرع على الإسراع في الفصل في الخصومات القضائية حتى لا تتراكم القضايا على المحاكم، فأوجب على المدعى، و من في حكمه، أن يوالي إجراءات خصومته في الآجال القانونية المحددة له، و قرر لمن يهمل أو يتراخي جزاءات، لها صور متعددة<sup>1</sup>.

ولأهمية الدور الذي تلعبه آجال الإجراءات ومدى الارتباط والتلازم بين الإجراءات والآجال، وهو ارتباط إقتضته فكرة العدالة، و من هنا فهو يبدأ منذ نشأة الخصومة بإيداع عريضة إفتتاحية للدعوى بأمانة الضبط ولا ينتهي إلا ببلوغ الحماية القضائية غايتها<sup>2</sup>.

و قد إهتم المشرع من خلال قانون الإجراءات المدنية و الإدارية بتنظيم السلطة القضائية وترتيبها، و بيان إختصاص المحاكم والجهات القضائية من محاكم ومجالس قضائية وكذا المحكمة العليا أو مجلس الدولة، و الإجراءات الواجب إتباعها أمامها، و يميز قانون الإجراءات المدنية و الإدارية بأنه قانون إجرائي أو شكلي، أي قانون ينظم ويحدد الإجراءات والأشكال التي يتعين إتخاذها ومراعاتها عند اللجوء للقضاء للمطالبة بالحماية القانونية ضمن آجال يحددها المشرع أو القضاء، وبالتالي فالآجال تعتبر شكلا من أشكال قانون الإجراءات المدنية و الإدارية وضعه المشرع وإستمد مادته الأولية منه و قننه ونظمه وأطلقه في النظم القانونية وحقق به أهدافا وولد عنه نتائج.

لذلك تقوم الآجال على فكرة الزمن يتقدم دائما للأمام ولا يعود إلى الماضي، وتظهر الأهمية الكبرى للآجال من خلال تبعيته للإجراء، فالأجل ليس مقصودا لذاته، وإنما للغاية المرجوة منه أو المرسومة له.

<sup>1</sup> بوبشير محمد أمقران، قانون الإجراءات المدنية، نظرية الدعوى - نظرية الخصومة - الإجراءات الإستثنائية، ديوان المطبوعات الجامعية، 2008، ص 162 .

<sup>2</sup> عبد السلام ذيب، قانون الإجراءات المدنية و الإدارية الجديد، ط3 منقحة، فومن للنش، الجزائر، 2012، ص75.

و لأهمية الأجل فقد وردت كلمة أجل 250 مرة في قانون الإجراءات المدنية والإدارية، بينما ذكرت كلمة أجل 57 مرة.

و يصعب جمع كل الأجل في القانون، سواء في قانون الإجراءات المدنية و الإدارية أو غيره من القوانين الإجرائية الأخرى، أو القوانين الموضوعية التي تحتوي على أجل.

فالأجل القانونية يجب إحترامها مثل أجل التنبيه بالإخلاء أكثر من ذلك فسوف نحاول بقدر المستطاع تصنيف هذه الأجل حسب حقيقة ما قصد المشرع تحقيقه منها. وحسب ما يفرضه المشرع من أوضاع أو مراكز قانونية تترتب على إنقضائها.

ومن هنا كانت دفوع الأجل ليست دفوعاً أولية فقط بل تتصل بالنظام العام على القاضي ان يثيرها من تلقاء نفسه.

وفي هذا المبحث ولوجود تنسيق يجمع بين الأجل، و وحدة ما يجمعها من قواعد سوف نتطرق للأجل كمحل للدفع.

فإذا كان لا يتصور أن تبدأ الخصومة وتنتهي بإجراء واحد، أو في لحظة واحدة<sup>1</sup>، وإنما يستلزم الأمر إجراءات متعددة، وتعدد إجراءات الخصومة يستلزم بدوره تحديد أجل أو مهل يجب مراعاتها عند اتخاذ كل إجراء من هذه الإجراءات المتعددة<sup>2</sup>.

وإقتران الإجراءات بالأجل أمر يكاد أن يكون عاماً، ويتجلى منذ نشأة الخصومة بإيداع عريضة إفتتاحية للدعوى أمانة الضبط— فمذ تكليف المدعى عليه بعريضة الدعوى، يتأكد حقه في الحصول على مهلة زمنية معينة حتى يتمكن قبل حضوره إلى المحكمة من تنظيم وتحضير وسائل دفاعه. ومن هنا كانت ضرورة أجل التكليف بالحضور طبقاً للمادة 16ق.إ.م.إ و التي حددتها ب20 يوماً<sup>3</sup>.

وإذا كان المشرع قد أجاز الطعن في الأحكام، فقد حرص على أن يقيد الطعن في الأحكام بطرق محددة (عادية وغير عادية) تتبع عند اللجوء إليها إجراءات وأوضاع وأجل محددة في المواد من: 313 إلى 370 و16ق.إ.م.إ.

و فيما يتعلق بالأجل بصفة خاصة ونظراً لأهمية مراعاتها فقد نصت المادة 314 ق.إ.م.إ على أنه " لا يكون الحكم الحضورى الفاصل في موضوع النزاع والحكم الفاصل في أحد الدفوع الشكلية أو الدفع بعدم القبول أو أي دفع من الدفوع الأخرى التي تنهي الخصومة، قابلاً لأي طعن بعد إنقضاء سنتين (2) من تاريخ النطق به، ولو لم يتم تبليغه رسمياً".

وكون محل الدفع بهذا المبحث هو الأجل الإجرائية فإن ذلك يقتضي البحث عن ماهية الأجل الإجرائية؟ وعن أنواع وكيفية إحسابها؟.

<sup>1</sup> عبد الوهاب العشماوي : قواعد المرافعات في التشريع المصري المقارن، و الذي يرى أن تنتهي القضية في أول جلسة تعرض فيها على المحكمة ويغلب مضى فترة طويلة أو قصيرة بين افتتاح الخصومة وانتهائها العادي بالفضل في موضوع النزاع، الجزء الثاني 1958، ص 372.

<sup>2</sup> أحمد أبو الوفا إلى أن اصطلاح "مهلة" المستعمل في القانون اللبناني أوفق من الناحية اللغوية في الدلالة على المعنى المقصود من اصطلاح " ميعاد " الذي يجري عليه القانون المصري.

انظر في تفصيل ذلك: بحث توحيد المصطلحات القانونية في البلاد العربية-مقال بمجلة المحامي اللبنانية- السنة 36-1972. <sup>3</sup> تنص المادة: 2/16 ق.إ.م.إ على الاتي: " يجب إحترام أجل عشرين يوماً (20) يوماً على الأقل بين تاريخ تسليم التكليف بالحضور، و التاريخ المحدد لأول جلسة، ما لم ينص القانون على خلاف ذلك "

لذلك سيتم تناول موضوع هذا الدفع من خلال ثلاثة مطالب وهي:  
 المطلب الأول: ماهية الآجال الإجرائية.  
 المطلب الثاني: أنواع الآجال الإجرائية.  
 المطلب الثالث: كيفية احتساب الآجال الإجرائية.

### المطلب الأول: ماهية الآجال الإجرائية

تثير ماهية الآجال الإجرائية التساؤل عن المقصود بالآجال الإجرائية، وأهميتها، وأثرها على المبادئ العامة (مبدأ الأثر الفوري، مبدأ الأثر النسبي)، حيث يعتبر الأجل أو الآجال شكل من أشكال قانون الإجراءات المدنية و الإدارية، وضعها المشرع واستمد مادته الأولى في صناعته من الطبيعة الخام، ثم قننه ونظمه في النظم القانونية، وحقق منه أهدافا وولد عنه نتائج، ونظرا لقيام الآجال على فكرة الزمن سنتناول مطلب ماهية الآجال الإجرائية وأهميتها على النحو التالي ولتوضيح ذلك سيتم تناول الموضوع في فرعين:

**الفرع الأول: المقصود بالآجال الإجرائية وأهميتها**

**الفرع الثاني: أثر المبدأ الفوري والمبدأ النسبي للآجال الإجرائية**

### الفرع الأول: المقصود بالآجال الإجرائية و أهميتها

**تعريف الآجال لغويا:**

آجال جمع: أجل .. [ و ع د ].

أجل: وقتُ الوعد، أجل: موضعُ الوعد.

1 - حَدَدَ الْأَجَلَ عَلَى السَّاعَةِ الْعَاشِرَةِ: أَيَّ وَقْتِ الْوَعْدِ، الْمَوْعِدِ.

2 - اِنْتَقَى بِهِ فِي الْأَجْلِ: فِي مَوْضِعِ الْمَوْعِدِ.

3 - عَلَى غَيْرِ أَجْلِ: فِي غَيْرِ وَقْتِهِ.

وقوله عز رجل " بَلْ رَعَمْتُمْ أَلَّنْ نَجْعَلَ لَكُمْ مَوْعِدًا.. "



وقوله " وَتِلْكَ الْقَرْيَ أَهْلَكْنَاهُمْ لَمَّا ظَلَمُوا وَجَعَلْنَا لِمَهْلِكِهِمْ مَوْعِدًا<sup>1</sup> ..... " فَاجْعَلْ بَيْنَنَا وَبَيْنَكَ مَوْعِدًا لَا نُخْلِفُهُ نَحْنُ وَلَا أَنْتَ<sup>2</sup>"

وفي قول الشاعر عمر بن أبي ربيعة.

كُلَّمَا قُلْتُ مَتَى أَجَلْنَا ... ضَحِكْتَ هِنْدٌ وَقَالَتْ بَعْدَ غَدِ

أما الأجل:

أَجَلٌ: ( اسم )

الأجلُ : مُدَّةُ الشَّيْءِ، الأجلُ الوقت الذي يُحَدِّدُ لانتهاه الشيء أو حُلُولِهِ

جاء أَجَلُهُ : إذا حان موته، والجمع : آجال

الأجلُ : غاية الوقت المحدد لشيء<sup>3</sup>

كقوله عز وجل " هُوَ الَّذِي خَلَقَكُمْ مِنْ طِينٍ ثُمَّ قَضَى أَجَالَ... " <sup>4</sup>

و قوله تعالى " أَوَلَمْ يَرَوْا أَنَّ اللَّهَ الَّذِي خَلَقَ السَّمَاوَاتِ وَالْأَرْضَ قَادِرٌ عَلَى أَنْ يَخْلُقَ مِثْلَهُمْ وَجَعَلَ لَهُمْ أَجَالًا لَا رَيْبَ فِيهِ " <sup>4</sup>.

#### أ - المقصود بالأجال الإجرائية

على الرغم من أهمية الدور الذي تلعبه الأجال الإجرائية، والنتائج الخطيرة التي تترتب على عدم مراعاتها، فإن قانون الإجراءات المدنية و الإدارية لم يتضمن تعريفاً للأجال الإجرائية، وإنما إكتفى في المادة: 405 ق.إ.م.إ بالنص عن كيفية حساب الأجال<sup>5</sup>.

كما نصت المادة: 322 ق.إ.م.إ على أنه يترتب سقوط الحق على عدم الإلتزام بالأجال، و يترتب على عدم مراعاتها سقوط الحق، أو سقوط ممارسة الحق<sup>6</sup>.

وغياب التعريف التشريعي للأجال الإجرائية أمر لا يقتصر على القانون الجزائري، وإنما نلاحظ غيابه كذلك في التشريع المصري والأردني والفالسطيني على الرغم من التعديلات التي أدخلت عليها.

<sup>1</sup> سورة الكهف، الآيتين 48, 59.

<sup>2</sup> سورة طه، الآية 58.

<sup>3</sup> المعجم: اللغة العربية المعاصر.

<sup>4</sup> سورة الانعام، الآية 2

<sup>4</sup> سورة الاسراء، الآية 99.

<sup>5</sup> المادة: 405 ق.إ.م.إ تنص على: " تحسب كا الأجال المنصوص عليها في هذا القانون كاملة، و لا يحسب يوم التبليغ أو التبليغ الرسمي، و يوم إنقضاء الأجل.

يعتد بايام العطل الداخلة ضمن هذه الاجال عند احتسابها .

تعتبر أيام عطلة، بمفهوم هذا القانون، أيام الأعياد الرسمية و أيام الراحة الأسبوعية طبقاً للنصوص الجاري بها العمل.

إذا كان اليوم الأخير من الاجل ليس يوم عمل كلياً أو جزئياً يمتد الأجل إلى أول يوم عمل موالى ".

<sup>6</sup> المادة 322 ق.إ.م.إ: "كل الأجال المقررة في هذا القانون من أجل ممارسة حق، أو من أجل حق الطعن، يترتب على عدم مراعاتها سقوط الحق، أو سقوط ممارسة حق الطعن، باستثناء حالة القوة القاهرة أو وقوع أحداث من شأنها التأثير في السير العادي لمرفق العدالة.

يتم تقديم طلب رفع السقوط إلى رئيس الجهة القضائية المعروض أمامها النزاع، يفصل فيه بموجب أمر على عريضة غير قابل لأي طعن، وذلك بحضور الخصوم أو بعد صحة تكليفهم بالحضور".

ونظرا لعدم وجود تعريف تشريعي لآجال الإجراءات، أخذ الفقه على عاتقه مهمة التعريف، وهذا هو الوضع الطبيعي، ذلك أن المشرع قلما يتدخل بوضعه نصا معيناً لتعريف فكرة ما، إذ ليس من وظيفة المشرع القيام بالتعريف إلا إذا أراد حسم خلاف فقهي قائم، و إذا أراد أن يضع تعريفا مغايراً لمعنى مستقر<sup>1</sup>.

وقد اختلف الفقه الإجرائي في تحديد ماهية الآجال الإجرائية إلى آراء وتعريفات متعددة منها: " أن الأجل عبارة عن الأجل الذي يحدده القانون، لإجراء عمل من أعمال الإجراءات المدنية و الإدارية خلاله أو قبل حلوله، أو هو الأجل الذي يحرم القانون إجراء العمل حتى ينقضي"<sup>2</sup>.

ومن الآراء الأخرى إعتبرت الآجال الإجرائية أنها: " الفترة بين لحظتين: لحظة البدء ولحظة الإنتهاء"<sup>3</sup>.

ويرى أحد الشراح أن الآجال هي: " الآجال التي حددها القانون لإتخاذ إجراء من الإجراءات أو القيام بعمل ما تحت طائلة جزاء ما، يكون القانون قد حدده في نصوصه"<sup>4</sup>.

وفي تعريف آخر فإن الآجال هي " المدد والأوقات التي حددها القانون لإتخاذ إجراء من الإجراءات خلالها أو بعدها أو قبل إبتدائها وإلا سقط الحق في القيام بها"<sup>5</sup>.

ويرى آخرون أنه بمقابلة هذه الصيغ يتضح أن أصحابها جميعاً يلتقون على تعريف واحد لآجال الإجراءات المدنية و الإدارية وهو: " الآجال التي حددها القانون لمباشرة إجراءات المرافعات أو للحضور"<sup>6</sup>.

وهذه التعريفات نراها قريبة من المعنى اللغوي لكلمة الأجل، فالأجل لغة " هو الوقت المحدد لأمر ما"<sup>7</sup>.

ومعظم الآجال في الإجراءات المدنية و الإدارية فترات زمنية تتسع لمباشرة الإجراءات المقترنة بها.

وتجدر الإشارة هنا إلى أن المشرع الجزائري في قانون الإجراءات المدنية و الإدارية، غالباً ما يستخدم كلمة (آجال) ، أما المشرع المصري والأردني غالباً ما يستخدم كلمة (أجل)،

<sup>1</sup> كامل السعيد، شرح الأحكام العامة في قانون العقوبات، دراسة مقارنة، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ط 1، لسنة 2009، ص 31.

<sup>2</sup> محمد العشماوي، قواعد المرافعات في التشريع المصري، المرجع السابق، ص 441.

<sup>3</sup> عبد المنعم الشرقاوي، فتحي والي، المرافعات المدنية والتجارية، دار النهضة العربية، سنة 1977، ص 53.

<sup>4</sup> صلاح الدين شوشاوي، شرح قانون أصول المحاكمات المدنية الأردني، دار الثقافة، ط 1، سنة 2010، ص 311.

<sup>5</sup> مصطفى عبد الحميد عياد، الأصول في التنظيم القضائي والمحاكمات المدنية والتجارية، الكتاب الثاني، ط 1، لسنة 1997، ص 231.

<sup>6</sup> أمال أحمد القزائري، مواعيد المرافعات، منشأة المعارف الإسكندرية، سنة 1983، ص 17.

<sup>7</sup> أبي الفضل جمال الدين محمد بن منظور في معجم اللغة العربية، لسان العرب، م 9، دار صادر للطباعة والنشر، ط 4، بيروت، لبنان، 2005، فصل ع.و.د ص 326، ويقال: أن توفي إنسان في الميعاد، وتوفينا في الميعاد، ووافيته فيه، وتوفى المدة: بلغها وإستكملها.

للدلالة على الفترة الزمنية لاتخاذ إجراء قضائي معين، ويستخدم المشرع العراقي كلمة (المدد) أما المشرع اللبناني فيستخدم كلمة (المهل) للدلالة على ذلك<sup>1</sup>.

و نرى كما يرى البعض أن مصطلح الأجل أعم من باقي المصطلحات، حيث إن الأجل يفيد الوقت المحدد لأمر ما، و بالتالي يعتبر دقيقاً أكثر من المصطلحات الأخرى السابقة.

لذلك فالأجل الإجرائي عبارة عن فترة زمنية يحددها القانون، يقيد فيها الإجراء القضائي، وهو يعد من صور التنظيم الشكلي للإجراء.

ولذا لا يكون الإجراء صحيحاً بوصفه قاعدة، ويترتب آثاره إذا لم يحترم أجله القانوني<sup>2</sup>.

### ب - أهمية الآجال الإجرائية في قانون الإجراءات المدنية و الإدارية

لا يكفي لوجود وصحة الإجراء أن تتوافر فيه المقضيات الموضوعية فحسب، وإنما يلزم أن يتم في الشكل الذي حدده القانون، فشكل الإجراء مقتضى لازم لصحته، والقاعدة في الإجراء هي قانونية الشكل<sup>3</sup>، أي أنه لا يترك للقائم بالإجراء حرية إختيار وسيلة القيام به، بل يحدد القانون هذه الوسيلة ويفرضها عليه، فالإجراء يجب أن يتم لا تبعاً للوسيلة التي يختارها من يقوم به بل يكون ذلك تبعاً للوسيلة التي يحددها القانون، ومرجع ذلك أن قواعد الإجراءات المدنية في مجموعها قواعد شكلية<sup>4</sup>.

وتظهر هذه الأهمية على النحو الآتي:

1 . الآجال تقتضي حسن سير القضاء لتعجيل الفصل في الخصومات، رعاية للخصوم حتى تستقر مراكزهم القانونية، وتقتضي العدالة تهيئة فترة زمنية لهم ليتمكنوا من إعداد وسائل دفاعهم، ومن استعمال حقهم في تحضير ما يرون إتخاذهم من إجراءات التقاضي<sup>5</sup>.

2. من الآجال ما يكون هدفها دفع الخصم إلى القيام بعمل إجرائي معين، وذلك حتى لا تبقى الخصومة مؤبدة إلى ما لا نهاية ومثالها أجل سقوط الخصومة، وبعض هذه الآجال يرمي إلى منح الخصم فترة زمنية كافية للقيام بعمل ما، ومثالها أجل التبليغات وأجل التكليف بالحضور<sup>6</sup>.

3. الإجراء القضائي أياً كان نوعه يقتدر غالباً بأجل محدد لمباشرته، وإذا لم يتخذ الإجراء في موعده فلا يعد صحيحاً، أو منتجاً لآثاره القانوني، وبذلك تكون الآجال المقترنة بالإجراءات متممة للصورة الشكلية لها، فهي أوضاع محددة في آجال محددة<sup>7</sup>، على أنه يجب مراعاة ما يأتي :

<sup>1</sup> قانون المرافعات المدنية والتجارية المصري رقم 13 لسنة 1986 وتعديلاته، قانون أصول المحاكمات المدنية الأردني، رقم 24 لسنة 1988 وتعديلاته، قانون المرافعات العراقي رقم 83 لسنة 1969، قانون أصول المحاكمات المدنية اللبناني رقم 90 لسنة 1983 و تعديلاته.

<sup>2</sup> عبد الحميد الشواربي، مواعيد الإجراءات القضائية في التشريعات المختلفة، منشأة المعارف بالإسكندرية، ط 2، لسنة 1996، ص 5 .

<sup>3</sup> فتحي والي، الوسيط في قانون القضاء المدني، المرجع السابق، ص 358.

<sup>4</sup> عبد التواب مبروك، الوجيز في أصول القضاء المدني، دار النهضة العربية، سنة 2005، ط 1، ص 307.

<sup>5</sup> أحمد أبو الوفا المرافعات المدنية والتجارية، المرجع السابق، ص 478 .

<sup>6</sup> حسني مصطفى، إعلان الأوراق القضائية، منشأة المعارف، الإسكندرية، دون تاريخ نشر، ص 7.

<sup>7</sup> أحمد مسلم، أصول المرافعات، المرجع السابق، ص 442.

أ - أن مزايا الأجال رهن بحسن تقديرها، فيجب أن لا تكون بالغة الطول فيتراخى أداء العدالة، و أن لا تكون بالغة القصر فتقوت فرص الإستعداد، وتحول دون الرؤية اللازمة لحسن أداء العدالة، ويتولى المشرع تقدير الأجال بوسائل مباشرة وغير مباشرة.

ب - أنه مهما كان حسن تقدير الأجال بصفة مجردة، فإنه يجب أن لا يكون لتحديدتها جمودا مطلقا، ذلك أنه في بعض الحالات المحددة قد يقتضي حسن أداء العدالة شيئا من المرونة في الأجال الثابتة أصلا، ويقلل من جمود هذه الأجال ما يقرره المشرع من إمتداد قانوني للأجال أحيانا بسبب العطلة الرسمية أو بسبب المسافة، أو يعرف به القضاء أحيانا من سلطة تقديرية في تعديل الأجال<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> عبد الحميد الشواربي، مواعيد الإجراءات القضائية في التشريعات المختلفة، المرجع السابق، ص 5 .

## الفرع الثاني: أثر المبادئ العامة على الآجال الإجرائية

يخضع حساب آجال الإجراء لمبدأين هما: مبدأ الأثر الفوري، و مبدأ الأثر النسبي.

### أولاً: مبدأ الأثر الفوري للآجال الإجرائية

#### 1 - القاعدة العامة :

إن القوانين ذات أثر فوري وتنطبق أحكامها على ما يقع بعد البدء في سريان نفاذها، فلا تسري على الماضي وليس لها أثر رجعي، أي أنها لا تنطبق على ما تم قبل نفاذها، وهو ما يعرف بمبدأ عدم رجعية القوانين وأساس ذلك ضرورة إحترام الحقوق المكتسبة.

وقانون الإجراءات المدنية و الإدارية شأنه في ذلك شأن سائر القوانين له أثر فوري، فهو ينطبق على الدعاوى المستقلة التي ترفع بعد صدوره، كما ينطبق على الدعاوى التي رفعت قبل صدوره ولم يتم الفصل فيها، وما لم يكن قد تم من إجراءات قبل العمل به، وليس في ذلك مساس بحق مكتسب للخصوم، فغاية قانون الإجراءات المدنية و الإدارية تحقيق العدالة بتطوير القضاء وتنظيمه وحسن أدائه لوظيفته، ولا يخل ذلك بحقوق المتقاضين بل يوفر أقصى الحماية لها<sup>1</sup>.

فقانون الإجراءات المدنية و الإدارية لا شأن له بجوهر الحقوق الموضوعية، وهو لا يؤثر على العلاقات القانونية بين المتقاضين، فهذه القوانين تطبق فور نفاذها، إعمالاً لمبدأ سيادة القانون، ولا يكتسب الخصوم حقاً في وجوب إعمال القوانين الإجرائية التي كانت نافذة وقت نشوء علاقتهم القانونية، أو نشوء حقوقهم الموضوعية<sup>2</sup>.

فالقاعدة إذن في قانون الإجراءات المدنية و الإدارية أنه قانون ذو أثر فوري، يسري على الدعاوى التي لم يكن قد فصل بها، أو على الإجراءات التي لم تكن قد تمت حتى تاريخ العمل به<sup>3</sup>، وحرصاً من المشرع على ذلك فقد نص على هذه القاعدة في المادة الثانية من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية<sup>4</sup> مستثنياً من القاعدة العامة فيما يتعلق بموضوع الدراسة بعض الآجال الإجرائية، حرصاً منه على الحقوق المكتسبة<sup>5</sup>.

فمتى بدأ الأجل في ظل قانون معين فمن العدل أن ينتهي طبقاً لهذا القانون. لكي لا يضطرب حساب بدايته ونهايته، والمراد ببداية الأجل هنا الإجراء الذي يبدأ منه حساب الأجل، والذي حدده القانون الذي بدأ في ظله، سواء كان هذا الإجراء تكليفاً أو إيداعاً أو غير ذلك، ومن ناحية أخرى فإن كلمة (المعدلة) الواردة في عبارة (النصوص المعدلة للآجال) تشمل في معناها الزيادة أو النقصان والإلغاء، وكان المقصود بالقوانين المعدلة للآجال، التي نص على إستثنائها من أثر سريان قوانين الإجراءات مدنية و إدارية على ما لم يكن فصل

<sup>1</sup> أحمد السيد صاوي، الوسيط في شرح قانون المرافعات، المرجع السابق، ص 35

<sup>2</sup> أحمد أبو الوفا، المرافعات المدنية و التجارية، المرجع السابق، ص 22.

<sup>3</sup> فاروق يونس أبو الرب، المدخل في شرح قانون أصول المحاكمات المدنية و التجارية، لا يوجد ناشر، فلسطين، رام الله، لسنة 2004، ص 27.

<sup>4</sup> تنص المادة: 2 ق إ م ! على الأتي: " تطبق أحكام هذا القانون فور سريانه، باستثناء ما يتعلق منها بالآجال التي بدأ سريانها في ظل القانون القديم.."

<sup>5</sup> علماً بأن نظرية الحقوق المكتسبة ليس لها تلك الأهمية بالنسبة للقوانين الأصولية، لأنها تتعلق بالشكل ولا تمس أصل الحق، ومعظم قواعدها مرتبطة بالنظام العام، وهي تهدف إلى تحقيق وتأمين سير العدالة ولذلك يطبق المبدأ الذي يقول: لا يجوز الإدلاء بالحق المكتسب إذا أصبح مخالفاً للنظام العام، فاروق أبو الرب، المرجع السابق، ص 26 .

فيه من الدعاوى، أو ما لم يكن قد تمت الإجراءات قبل تاريخ العمل بها، تلك التي تعدل الأجل فقط دون القوانين التي يستحدث إجراءات أو آثاراً جديدة عند فوات الأجل أو عند احترامه<sup>1</sup>.

والمراد بالأجل المعنى الأعم لهذا اللفظ، فيشمل الأجل والمدد، والأجل سواء أكانت آجال طعن أو آجال سقوط و التي يجب أن تتخلل الإجراءات<sup>2</sup>.

وبالتالي فإن الأجل من حيث مدته يخضع للتشريع الساري وقت بداية سريانه<sup>3</sup>.

2 - تجدر الإشارة إلى أن المادة: 1062 لقانون الإجراءات المدنية و الإدارية تنص على سريان هذا القانون والعمل به بعد سنة من تاريخ نشره في الجريدة الرسمية، معطياً هذه المهلة بوصفها مرحلة تمهيدية للعمل به كونه قد أشتمل على مواد جديدة، تحتاج إلى تعمق ومعرفة للإجراءات وأجالها الحديثة، فالقاعدة العامة بالقانون يكون من تاريخ نشره في الجريدة الرسمية وليس من تاريخ صدوره<sup>4</sup>.

### ثانياً : مبدأ الأثر النسبي للأجل الإجرائية

القاعدة العامة لمبدأ الأثر المترتب على إجراءات التقاضي هي الإستفادة من الإجراء لمن باشره، كما يقتصر الإحتجاج به على من إتخذ في مواجهته<sup>5</sup>. فالخصومة التي تقوم بين المدعي والمدعى عليه، فإنها قد تقوم بين أكثر من مدع وأكثر من مدعى عليه. وتبعاً لهذا التعدد لأطراف الخصومة يتعدد أطراف الأجل، وتطبيقاً للقاعدة السابقة على الأجل الإجرائية، يمكن القول إنه لا يكون للإجراء أثره إلا بالنسبة للخصم الذي باشره في الأجل، وهو ما تؤكدته نص المادة: 316 ق.إ.م. حيث نصت على أنه " في حالة الحكم على الخصوم بالتضامن أو في نزاع غير قابل للتجزئة، فإن أجل الطعن لا يسري إلا على من يقع تبليغه رسمياً"<sup>6</sup>.

ولكن هل يمكن وبصدد إحتساب الأجل الخروج على هذا النص وتلك القاعدة؟

للإجابة على هذا التساؤل نفرق بين حالتين :

### الحالة الأولى:- تعدد المحكوم عليهم

من لم يطعن من المحكوم عليهم في الأجل يصبح الحكم في مواجهته غير قابل للطعن ولا يكونوا أطرافاً في خصومة الطعن، غير أن هذه القاعدة قد تؤدي على إطلاقها إلى حلول لا يمكن قبولها<sup>7</sup>.

<sup>1</sup> فاروق أبو الرب، المرجع السابق، ص 29. نقض 1980/2/10 - طعن رقم 438 لسنة 47 ق، عبد الحميد الشواربي، المرجع السابق، ص 17 .

<sup>2</sup> أحمد أبو الوفاء، المرجع السابق، ص 28 .

<sup>3</sup> ناظم عويضة، شرح قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية الفلسطينية، بدون ناشر، سنة 2002، ص 14، 17 .

<sup>4</sup> قانون أصول المحاكمات، الأحكام الختامية، المادة 293 .

<sup>5</sup> أحمد أبو الوفاء، المرجع السابق، ص 822 .

<sup>6</sup> المادة: 316 ق.إ.م. إ. يقابلها المادة 218 مرافعات مصري، والمادة 1/175 أصول أردني.

<sup>7</sup> فتحي والي، الوسيط في قانون القضاء المدني، مرجع سابق، ص 708 .

لذا خرجت المادة:316 ق.إ.م.إ. عن هذه القاعدة و نصت على أنه في حالة الحكم على الخصوم بالتضامن أو في نزاع غير قابل للتجزئة، فإن أجل الطعن لا يسري إلا على من تم تبليغه رسمياً.

ومن أمثلة الموضوعات غير القابلة للتجزئة قضايا الخروج من الشيوع طبقاً للمادة:718 ق.م و ما بعدها، حيث توجد الرابطة القانونية ويتعدد أطرافها، وكذلك أيضاً دعوى الشفعة التي يجب فيها إختصاص البائع والمشتري من قبل مدعي الشفعة حسب المواد:794 و ما بعدها من ق.م ، كما تشمل الأحكام الصادرة في التزام بالتضامن ولو كان محل الالتزام قابلاً للإنقسام، مثل حالة التضامن بين المدينين، ولكن لا تنطبق على حالة التضامن بين الدائنين.

في هذه الحالات حرص القانون على تفادي صدور حكم يتعارض مع الحكم المطعون فيه، وهو ما قد يحدث إذا لم يكن الحكم في الطعن نافذاً في مواجهة الخصوم.

إن في حالة تعدد المحكوم عليهم، ورفع بعضهم طعناً صحيحاً في الأجل، فإن المحكوم عليهم الآخرين يجوز لهم مباشرة العمل الإجرائي (الطعن) بعد فوات الأجل المحدد لمباشرته، ويكون لهم ذلك سواء بطعن جديد أو التدخل إنضماماً بالطعن القائم. ويشترط لذلك:

- 1 . أن يتعدد أطراف الأجل تبعاً لأطراف الخصومة.
- 2 . أن يراعي الأجل الإجرائي من جانب أحدهم.
3. أن يوجد نص صريح على جواز مباشرة العمل الإجرائي بعد فوات الأجل المحدد لمباشرته.
- 4 . أن يستند الطعن الجديد إلى نفس أسباب الطعن المرفوع في الأجل، فليس لرافع الطعن أو المنضم بعد الأجل أن يطلب لنفسه طلبات مستقلة تغيّر طلبات الطاعن في الأجل، فإن لم يقدّم أحد هؤلاء بإستعمال الرخصة المخولة له بالطعن بعد الأجل، تقضي المحكمة ولو من تلقاء نفسها بعدم قبول الطعن<sup>1</sup>.

#### الحالة الثانية : تعدد المحكوم لهم

إذا تعدد المحكوم لهم، ورفع الطعن على بعضهم صحيحاً في الأجل، وجب على الطاعن إختصاص باقي المحكوم لهم في الطعن ولو بعد الأجل، فإن لم يفعل ذلك قضت المحكمة ولو من تلقاء نفسها بعدم قبول الطعن، ومن ناحية أخرى إذا تعدد المحكوم لهم فلا ينتج الطعن آثاره إلا على الخصوم الذين رفع عليهم الطعن في الأجل المحدد، فلا يستفيد من الإجراء إلا من قام بمباشرته، ولا يحتج به إلا من إتخذ في مواجهته<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> فتحي والي، الوسيط في قانون القضاء المدني، مرجع سابق، ص 710.

<sup>2</sup> فاروق يونس أبو الرب، المرجع السابق، ص 464.

## الفرع الثالث: أنواع الآجال الإجرائية

للآجال إستخدامات عديدة في قانون الإجراءات المدنية و الإدارية، فهي تنظم تتابع الإجراءات وترتبط بينها، وتفصل في نفس الوقت بين مجموعة الإجراءات المتجانسة، وتضع حدا لإطالة الفصل في المنازعات وتكون أداة للتخلص من الخصومات الراكدة.

عند تحديد المشرع لأي أجل، فلا يخلو عنصر الأجل من عنصر التحكم، لأن المشرع حدد الآجال الإجرائية تحديدا جامدا، فهو يراعي في هذا التحديد ما يراه مناسبا في الأحوال العادية، فإذا تبين أن الأجل الذي حدده المشرع غير مناسب في خصومة معينة، فلا أثر لهذا على وجوب إحترامه، وليس للخصوم تعديل الأجل ولو باتفاقهم، إلا إذا منح لهم القانون هذه السلطة<sup>1</sup>.

وبصدد الدراسة تنقسم الآجال الإجرائية إلى نوعين الأول: آجال أصلية والتي بدورها تنقسم أصلية من حيث المصدر و أصلية من حيث إحتمالها، والنوع الثاني إلى: آجال تكميلية و تتمثل في آجال المسافة.

### أ- أنواع الآجال من حيث طبيعة المصدر

قسم الفقه الآجال إلى آجال قانونية و آجال قضائية، والنوعان من الأشكال الإجرائية التي يفترض العمل على إحترامها، ولا يعرف القانون مهلا إتفاقية، لأن إرادة الأفراد كقاعدة عامة عاجزة عن التدخل بالتنظيم الإجرائي في نطاق القواعد الإجرائية<sup>2</sup>. ويحدد المشرع الآجال تحديدا جامدا، فلا يجوز للقاضي أن يعدل فيها بالزيادة أو النقصان، إلا على سبيل الإستثناء في الحالات المنصوص عليها لمواجهة مقتضيات الحال<sup>3</sup>، ولا يختلف الأمر بين التشريع الجزائري والمصري و الفرنسي في هذه الأنواع من التقسيمات وفي الفقه الإسلامي يتحدد الأجل (الأجل) باجتهاد القاضي بحسب الغرض المقصود من منحه، شريطة ألا يكون في التأجيل لمنح الأجل لأحد الخصمين إضرارا بحقوق الطرف الآخر في الخصومة، وللفقهاء إجتهادات متباينة في كيفية منح الأجل للخصم، وفي تجزئة الأجل الذي يعطي للقاضي، غير أنه من المتفق عليه أن المرجع في ذلك هو إجتهاد القاضي حسب الظروف لكل خصومة على حدة والحق المتنازع فيه. وبناء على ما تقدم سنتناول في هذا الفرع التقسيمات التي نص عليها الفقه :

### أولا : الآجال القانونية

وهي الآجال التي تحدد بنص في قانون وتقترب عادة بالحقوق الإجرائية، ولا يوجد ما يمنع إقترانها بالواجبات الإجرائية، وهذه الآجال محددة تحديدا جامدا، ولا يجوز للقاضي أو الخصوم تعديلها زيادة أو نقصا، كما أنه يستطيع صاحب الحق الإجرائي المقترن بمهلة محددة، يتعين إتخاذها في حدودها أن يسقط أو يتنازل عن هذا الحق، ولكنه لا يستطيع أن يعدل المدة زيادة أو نقصا، كما يستطيع أن يسقط حقه في الأجل ذاته، ويقترن ذلك دائما

<sup>1</sup> فتحي والي، الوسيط في قانون القضاء المدني، مرجع سابق، ص 326.

<sup>2</sup> نبيل إسماعيل عمر، الوسيط في قانون المرافعات، المرجع السابق، ص 383.

<sup>3</sup> أحمد السيد صاوي، نطاق رقابة محكمة النقض، المرجع السابق، ص 571 .



بسقوط الحق الإجرائي ذاته، فلا يوجد في هذه الحالات فاصل بين الإجراء وأجله<sup>1</sup>، وتنقسم الأجل إلى آجال حتمية وآجال غير حتمية (تنظيمية) وذلك بحسب الجزاء المترتب على مخالفتها.

**فالآجل الحتمي:** هو الأجل الذي يترتب المشرع على مخالفته جزاء إجرائيا يستلزم اتخاذ الإجراء خلال الأجل من قبل الخصوم في الغالب الأعم، كالبطلان أو سقوط الحق في اتخاذ الإجراء.

و من أمثلة الآجال الحتمية أجل الطعن في الأحكام، حيث يترتب على مخالفته سقوط الحق في الطعن، وهو ما نصت عليه المادة: 322 ق.إ.م.إ " كل الآجال المقررة في هذا القانون من أجل ممارسة حق، أو من أجل حق الطعن، يترتب على عدم مراعاتها سقوط الحق، أو سقوط ممارسة حق الطعن، بإستثناء حالة القوة القاهرة أو وقوع أحداث من شأنها التأثير في السير العادي لمرفق العدالة.

ويلاحظ أن تفعيل الإستثناء الوارد في المادة: 322 ق.إ.م.إ قد تم مؤخرا بصفة موسعة في القضاء الجزائري في فترة جائحة كورونا فيروس، إذ أن رؤساء بعض المحاكم قد رخصوا للمتقاضين اللذين طلبوا تمديد الآجال المنصوص عليها في القانون من أجل إستعمال حقهم في الطعن.

و يعد هذا الإجراء إستثناء خاص من القاعدة الأمرة التي تقرها المادة: 322 و التي تنص على عدم مراعات الآجال يؤدي إلى سقوط الحق.

### أما الآجال غير الحتمية أو التنظيمية:

فهي الآجال التي لا يترتب على مخالفتها بطلان أو سقوط، وإنما يترتب عليها جزاء مالي كالغرامة، أو لا يترتب على مخالفتها أي جزاء، كما هو الشأن في أجل التكليف بالحضور وتبليغ عريضة الدعوى خلال عشرين يوما من إيداعها أمانة الضبط (16ق.إ.م.إ). فعدم إحترام هذا الأجل لم يترتب عنه المشرع أي جزاء.

ويلاحظ أن أغلب الآجال الحتمية هي الآجال الموجهة إلى الخصوم، حيث يجب عليهم مراعاتها، أما الآجال الموجهة إلى الموظفين القضائيين وإلى القاضي فإنها في أغلبها آجال تنظيمية، لتنظم أعمال المحاكم، وأن الآجال التنظيمية يتم الوقوف عليها إذا نص القانون على ذلك، ولا يترتب جزاء إجرائي على مخالفتها.

ويجب مراعاة أن الأجل الحتمي قد لا يتعلق بالنظام العام، فليس معنى ان الأجل الحتمي إذا فات الأجل وجب على المحكمة أن تقضي من تلقاء نفسها بالجزاء الإجرائي، وإنما يجب أن يتمسك بذلك الخصم صاحب المصلحة بدفع شكلي عادة في بداية النزاع<sup>2</sup>.

وقد حدد القانون زمن أو آجال العمل الإجرائي على صور مختلفة<sup>3</sup>على النحو الآتي:

### 1- أجل يحدد دون علاقة بأية واقعة سابقة أو لاحقة.

<sup>1</sup> نبيل إسماعيل عمر، الوسيط في قانون المرافعات، المرجع السابق، ص 383.  
<sup>2</sup> أحمد هندي، أصول قانون المرافعات، دار الجامعة الجديدة للنشر، طبعة 2002، ص 343.

<sup>3</sup> فتحي والي، الوسيط في قانون القضاء المدني، مرجع سابق، ص 361.

وهذا ما تنص عليه المادة: 416 ق.إ.م.إ بأنه:

" لا يجوز القيام بأي تبليغ رسمي قبل الساعة الثامنة صباحا ولا بعد الثامنة مساء ولا أيام العطل، إلا في حالة الضرورة وبعد إذن من القاضي".

فهنا جاء تحديد الأجل مجردا، فالفعل يمكن أن يتم في أي ساعة ما بين الساعة الثامنة صباحا حتى الساعة الثامنة مساء.

## 2- قد يحدد القانون أجل العمل بمناسبة معينة

فهذا لا يكون التحديد مجردا، بل مرتبطا بواقعة معينة، إذ تنص المادة: 291 ق.إ.م.إ على أنه " إذا امتنع أحد الخصوم الحاضر عن القيام بإجراء من الإجراءات المأمور بها في الأجل المحددة، يفصل القاضي بحكم حضوري بناء على عناصر الملف".

## 3- أجل العمل الإجرائي يحدد ترتيب معين بين أعمال الخصومة و وقائعها

تقدمت الإشارة إلى أن المقصود بالأجل هو الأجل الذي يحدده المشرع لإتخاذ إجراء خلاله أو قبل حلوله، أو الأجل الذي لا يجوز إتخاذ الإجراء بعد إنقضائه، وبذلك يكون الأجل حسب الأصل فترة زمنية يحدد لها المشرع بداية ونهاية، وهو الأمر الذي يجعل التحديد الزمني لمباشرة الإجراء أكثر انسجاما من المقصود بالأجل، ومع ذلك نجد أن المشرع يتوسع في مفهوم الأجل، بحيث يندرج ضمنها مباشرة إجراء معين دون الإعتماد على فكرة التحديد<sup>1</sup>. فالأعمال الإجرائية يجب أن تتسلسل زمنيا ومنطقيا و تؤدي إلى تحقيق وظيفة الخصومة، وهذا الترتيب بين الأعمال الإجرائية تحدده في الغالب طبيعتها، دون الحاجة لتدخل المشرع، ومثالها نص المادة: 50 ق.إ.م.إ أنه: " يجب إثارة الدفوع الشكلية في آن واحد قبل إبداء أي دفاع في الموضوع، أو دفع بعدم القبول، وذلك تحت طائلة عدم القبول".

و رغم عدم تدخل المشرع فإنه يجب على القاضي أن يراعي الترتيب الذي يحقق الغاية من الخصومة على أحسن وجه.

## ثانيا : الأجل القضائية

### أ – تعريفها :

وهي الأجل التي يقرر القاضي منحها للخصوم، ويحددها بالإستناد إلى ظروف الدعوى، كالأجل التي تمنح للخصم لتصحيح إجراءات الدعوى، أو الأجل الذي يمنح للخصم الأجل تصحيح بعض إجراءات المحاكمة، والأجل الذي يمنح لأجل تقديم المستندات أو للاطلاع عليها، أو للإدخال الغير في الخصومة أو التدخل في الخصام، حيث أجاز المشرع للمحكمة في هذه الحالة أن تكلف المدعي أن يعدل عريضة دعواه بمقدار ما تتطلبه العدالة<sup>2</sup>.

ففي هذه الأجل يمنح المشرع للقاضي إمكانية تعديل هذه المدد بتمديدها أو تقصيرها<sup>3</sup>.

### ب- أنواع الأجل من حيث احتسابها

<sup>1</sup> يقصد به تنظيم العلاقة بين مباشرة الإجراء والميعاد بدون تحديد رقمي.

<sup>2</sup> يقابلها المادة 108 مرافعات مصري، المادة 110 فقرة 1 أصول أردني.

<sup>3</sup> نبيل عمر، مرجع سابق الوسيط، ص 383.

يقال بحق : إن قوام الإجراءات إجراء وأجل، ويعد الإجراء غير مقبول إذا اتخذ في غير الأجل الذي قرره المشرع، والمشرع في صدد تنظيمه للعلاقة بين مباشرة الإجراء والأجل يستعين برباط زمني يحدد للمتقاضيين متى يتعين عليهم مباشرة الإجراء، أهو قبل الأجل؟ أم بعده؟ أم خلاله؟

ومن هذا المنطلق درج الفقه على تقسيم الآجال الإجرائية إلى ثلاثة أقسام و هي:

. أجل يجب إنقضاؤه قبل مباشرة الإجراء (الأجل الكامل).

. أجل يجب إتخاذ الإجراء خلاله (الأجل الناقص).

. وأجل يجب إتخاذ الإجراء قبل بدئه (الأجل المرتد).

و كلمة الآجال بالمفهوم الغير الموسّع يفهم منها الآجال الكاملة أو الناقصة أو الممتدة الأجل. و تشترك هذه الآجال في كون أنّ لكلّ منها تاريخاً ثابتاً تنطلق منه، إلا أنّ طريقة حسابها، و قواعد إنتهاءها هي التي تختلف فيها.

### الآجال الكاملة:

يقصد بالآجال الكاملة، تلك الآجال التي لا يحسب فيها اليوم الذي تمّ فيه الإجراء الذي يفتح الأجل. كما أنّ يوم إنتهاءها لا يدخل في الحساب إذا صادف يوم عطلة كلّهُ أو جزء منه، حسبما جاء في المادة: 405 ق.إ.م.إ.

و بديهي أنّ يوم النطق بالحكم أو القرار، لا يدخل في أجل الاستئناف بالنسبة للحكم الابتدائي، و لا يدخل في أجل الطعن بالنقض بالنسبة للقرار التّهائي.

فإذا كان آخر يوم عطلة كلّهُ أو بعضه، لا يدخل في الحساب.

إلا أنّ أيام العطل متى جاءت بعد إنطلاق الأجل القانوني، فإنّها لا تخصم من الحساب، وتدخل فيه<sup>1</sup>.

### كيفية حساب الآجال القانونية الكاملة:

الأجل الكامل ينصرف محتواه إلى: الساعات و الأيام و الأشهر و السّنوات.

#### 1 ( الأجل بالساعات :

إحتويق.إ.م.إ. و القوانين المكّملة على عدّة آجال و قدرها بالساعات، كأن ينصّ على 48 ساعة بشأن فصل قاضي الاستعجال في مسائل التعدي على الحريات العامة المادة: 920

<sup>1</sup> أحمد لعور، نبيل صقر، المواعيد القضائية، دار الهدى، الطبعة الثانية، 2009، ص 33.

ق.إ.م.إ.م. 1، و قد يكون الأجل 24 ساعة في حالات التكاليف بالحضور في حالة الاستعجال أو تبليغ الأمر القاضي بوقف تنفيذ القرار الإداري، المادتان: 301 و 837 ق.إ.م.إ.م. 2.

الأصل أنّ الأجل كلّها آجال كاملة، إلاّ إذا نصّ القانون على خلاف ذلك في قوانين خاصة، أو مبادئ قانونية هي أعلا من القانون المكتوب.

و الأصل كذلك أنّ المشرّع، في النسق القانوني العام إهتمّ بالتعداد بالسّاعة، ليس في الجانب الجزائي بل تعدّاه إلى الجوانب ذات الطابع المدني، منها نص المادة: 86 في القانون العضوي المتعلّق بنظام الانتخابات<sup>3</sup>، على أنّ أجل إنهاء أشغال الانتخابات يكون خلال 48 ساعة على الأكثر ابتداءً من ساعة إختتام الإقتراع. أو ما جاء في المادة: 13 من الأمر رقم 95-07 المؤرّخ في 95/1/25 المتضمّن قانون التأمينات ، التي حدّدت المدّة القصوى بالتّصريح بهلاك الماشية 24 ساعة، أو ما جاء في المادة: 710 من القانون رقم 98-05 المتضمّن القانون البحري التي نصّت على أن تكون أجرة الشّحن مستحقّة خلال الأوقات ... عندما لا تتعدّى هذه الأوقات 24 ساعة.

و يمكن الإستمرار في إعطاء الأمثلة التي مفادها أنّ المشرّع في مجموع القوانين كان في إستطاعته أن يذكر (يوماً) عوض (24 ساعة) و كان في إمكانه أن يذكر (يومين) عوض (48 ساعة) . ولكن لحكمة فرّق بين (يوم) و ( 24 ساعة ) و بين (يومين) و (48 ساعة) .

فما دامت الأجل (أصلها) أنّها آجال كاملة، و فرضاً أنّ المشرّع ذكر كلمة (يوم) عوض (24 ساعة)، لكان اليوم الذي يتمّ فيه الإجراء لا يحسب كلّه و يبدأ الحساب إنطلاقاً من اليوم الموالي.

إنّ هناك إجراءات تتطلّب السرعة في التّبليغ أو التّنفيذ أو التّصريح فرضتها طبيعة الإجراء نفسه، تجعل من الحساب اليومي حساباً غير ملائماً.

و الأجل الذي يحسب بالسّاعات، ما دام أنّه أجلا كاملاً، فالسّاعة الأولى لا تحسب فيه، وينطلق حساب الأجل هنا ابتداء من السّاعة الموالية.

مع الملاحظة أنّ هذا النوع من الأجل لا يتوقّف إذا بدأ في السّرّيان، و لا تطبّق عليه قاعدة مصادفة نهايته بيوم عطلة كلّه أو جزء منه، لأنّ الحساب بالسّاعات يخرج عن قواعد الحساب بالأيام، و بالتّالي لا تنطبق عليه قواعد الحساب من حيث البداية أو المسير أو الإنتهاء، المطبّقة على الحساب بالأيام.

<sup>1</sup> المادة: 920 ق.إ.م.إ.م. تنص: " يمكن لقاضي الاستعجال، عندما يفصل في الطلب المشار إليه في المادة 919 أعلاه، إذا كانت ظروف الاستعجال قائمة، أن يأمر بكل التدابير الضرورية للمحافظة على الحريات الأساسية المنتهكة من الأشخاص المعنوية العامة أو الهيئات التي تخضع في مفاوضاتها لاختصاص الجهات القضائية الإدارية أثناء ممارسة سلطاتها، متى كانت هذه الانتهاكات تشكل مساساً خطيراً وغير مشروع بتلك الحريات.

يفصل قاضي الاستعجال في هذه الحالة في أجل ثمان وأربعين (48) ساعة من تاريخ تسجيل الطلب. "

<sup>2</sup> المادة: 301 ق.إ.م.إ.م. تنص: " يجوز تخفيض آجال التكاليف بالحضور في مواد الاستعجال إلى أربع وعشرين (24) ساعة"

المادة: 837 ق.إ.م.إ.م. تنص: " يتم التبليغ الرسمي للأمر القاضي بوقف تنفيذ القرار الإداري خلال أجل أربع وعشرين (24) ساعة، وعند الاقتضاء يبلغ بجميع الوسائل، إلى الخصوم المعنيين وإلى الجهة الإدارية التي أصدرت القرار الإداري المطعون فيه."

<sup>3</sup> أمر رقم 97-07 المؤرّخ في 97/3/6 المتضمن قانون الانتخابات.

**( 2 ) الأجل بالأيام :**

الأصل في هذا النوع من الأجل أنها كاملة، إلا إذا نصّ القانون على خلاف ذلك نصًا صريحًا أو إعمالاً لمبادئ أقوى من القانون نفسه.

هذا النوع من الأجل لا يحسب اليوم الأوّل فيه، و آخر يوم لا يحسب كذلك إذا صادف يوم عطلة كلّهُ أو جزء منه، أمّا أيام العطل كلّها أو جزء منها، إذا كانت داخل حساب الأجل، تحسب.

**إقتران الأجل بالأيام بأجل آخر بالأيام :**

كثيرًا ما تقترن الأجل اليومية فتأتي متتابعة، أمّا المتداخلة منها فلا تثير إشكالات كتداخل أجلي المعارضة و الاستئناف في الحكم إذا كان غائبًا، بحيث أنّ كلّ من الأجلين مقداره شهرًا يجب احترامه وطبقا للمادة: 336 ق.إ.م.<sup>1</sup>، و بداية كلّ أجل هي من تاريخ التبليغ.

إلا أنّ هناك بعض الأجل، سواء بصريح النصّ القانون الواحد، أو في نصوص مختلفة، تنصّ على تكامل و تتابع الأجل، كالحكم الغيابي الذي لا يجوز الطعن فيه بالاستئناف إلى حين إنقضاء أجل المعارضة المادة: 336 ق.إ.م. إعمالاً بهذه المادة، يتّضح أنّ أجل المعارضة الذي هو شهر يجب أن ينتهي ليبدأ أجل الطعن بالاستئناف الذي هو شهر أيضا.

أهمية أخرى لها، و هي في الحساب، بحيث أنّ فكرة التتابع تتنافى مع فكرة التقاطع، إذ لا يتصوّر إنتهاء الميعاد الأوّل (اليومي) لينقطع التتابع ليكون اليوم الموالي يوم عطلة لتنتقل إلى يوم الموالي ليوم العطلة لكي نبدأ في حساب الأجل الموالي، هذا خطأ لأنّ التتابع للأجلين هو فوري بحكم طبيعة هذا التتابع، و لنفرض أنّ يوم إنتهاء الأجل الأوّل ( هو يوم الخميس ) فلا يكون الانتظار حتّى يوم الأحد ليبدأ الأجل الثاني، فالصحيح أنّ الأجل الثاني ( بقوة التتابع ) يبدأ يوم الجمعة ( و لو كان يوم عطلة).

**( 3 ) الأجل بالشهر :**

الأجل القانوني الذي مدته شهرًا، يحسب من يوم إلى اليوم الذي يقابله في الشهر الموالي، وهذا لا يعني أنّ الشهر يساوي 30 يومًا.

مع الإشارة أنّ المشرّع فرّق بين الأجل الشهري و الأجل اليومي، بحيث أنّه لمّا أراد الأجل مجموعة أيام نصّ على ذلك في قوانين مختلفة مثل المواد: 97، 121 ... من القانون التجاري التي نصّت على وجوب قيد الرهن الحيازي في أجل 30 يومًا (و لم يقل المشرّع شهرًا ) ، و إلا كان عقد الرهن باطلاً بطلاناً مطلقاً، أو المادة 42 من قانون الإجراءات الجبائية<sup>2</sup> التي هي الأخرى حدّدت أجل القبول أو إبداء الملاحظات في أجل مدته 30 يومًا، و يمكن الاستمرار في سرد الأمثلة التي يتّضح منها الفرق بين أجل قدره شهرًا و أجل قدره 30 يومًا.

<sup>1</sup> المادة: 336 ق.إ.م. إتّص: "يحدد أجل الطعن بالاستئناف بشهر واحد (1) ابتداء من تاريخ التبليغ الرسمي للحكم إلى الشخص ذاته. و يمدد أجل الاستئناف إلى شهرين (2) إذا تم التبليغ الرسمي في موطنه الحقيقي أو المختار. لا يسري أجل الاستئناف في الأحكام الغيابية إلا بعد انقضاء أجل المعارضة".

<sup>2</sup> قانون المالية لسنة 2002

إن المحكمة العليا قد فسّرت ذلك و إعتبرت الشّهر يحسب كأجل بالأيام المقرّرة و من يوم في الشّهر إلى اليوم الذي يقابله في الشّهر الموالي، القرارات في ذلك كثيرة<sup>1</sup>.

إضافة إلى ذلك، فالقضاء الدّولي طبّق القاعدة المذكورة أعلاه، منذ القدم<sup>2</sup>.

فأجل الشّهر قد يكون: 28 يوماً أو 29 يوماً أو 30 يوماً أو 31 يوماً.

و بذلك فالأجل الشّهري الذي يبدأ يوم أوّل فيفري ينتهي في أوّل مارس (أجل شهر تقابله إمّا 28 يوماً أو 29 يوماً) أمّا إذا بدأ الأجل الشّهري بأوّل مارس فينتهي في أوّل أبريل (أجل الشّهر هنا تقابله 31 يوماً )، أمّا إذا بدأ أوّل أبريل لينتهي في أوّل ماي (أجل الشّهر هنا تقابله 30 يوماً)<sup>3</sup>.

و في حالة كون الأجل شهران، فالقاعدة لا تتغيّر بحيث أنّ كلمة شهرين لا تعني 60 يوماً، فقد يكون أجل الشّهرين 59 يوماً أو 60 يوماً أو 61 أو 62 يوماً، حسب الحالات.

و نتصوّر أنّ أجل الشّهرين ينطلق من أوّل ديسمبر (فيه 31 يوماً) و يمتدّ إلى جانفي (31 يوماً) فيصبح هذا الأجل مساوياً ل: 62 يوماً.

أو أن ينطلق من فاتح فبراير ( 28 يوماً أو 29 يوماً ) لينتهي في آخر مارس ( 31 يوماً ) ويكون أجل الشّهرين ( 59 يوماً ) أو ( 60 يوماً ) ، أو قد يبدأ في الفاتح من ماي ( 31 يوماً في هذا الشّهر ) لينتهي في آخر جوان ( 30 يوماً ) فيكون أجل الشّهرين ( 61 يوماً ) .

### الحكمة من كون الشّهر ليس 30 يوماً :

قد يظهر أنّ فكرة شهر لا تساوي 30 يوماً، هي مجرد تعقيد أجوف، نرى خلاف ذلك لعدّة أسباب منها:

1 - يريد المشرّع و من ورائه القضاء و الفقه أن يعيش المتقاضي داخل الزّمن الفعلي للإجراءات، بعيداً عن المتعارف عليه عامّة، بهذه الوسائل يريد المشرّع الضّبط و التّنظيم و الإنتباه إلى عامل الزّمان، فهو يريد من المتقاضي ( بمختلف صفاته) أن يجعله يعيش ذلك الشّهر الذي وقعت فيه تلك الواقعة القانونية بكامله، و بتعداد أيّامه (28 يوماً ، 29 يوماً ، أو 30 يوماً أو 31 يوماً) .

2 - 30 يوماً لا يأتي بعدها إلاّ 31 يوماً، و لكن تسبقها 28 يوماً، و 29 يوماً، فلو كان الشّهر مساوياً لثلاثين يوماً، و انتشرت هذه الفكرة لأصبحنا في غنا عن الأجال اليومية، أو تداخل الأجل الشّهري مع الأجال اليومية، و تتعطلّ بعد ذلك الأجال التي تحسب بالسّنة أو السّنات، لأنّ الحساب السنوي أساسه حسابان: يومي و شهري، فإذا أخذنا بالحساب اليومي فقط بالنّسبة لحساب السّنات للاحظنا أنّ السّنة الشمسية متغيّرة مرّة واحدة كلّ أربع سنوات، و مع تراكم السّنات في الأجال الطويلة، بفروقاتها، نصبح خارج عامل الوقت<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> قرارات المحكمة العليا 05/2/23 ملف رقم 33.810 المجلّة القضائية لسنة 2006، العدد الثّاني، ص 65.

<sup>2</sup> يراجع في ذلك حكم محكمة النّقض الفرنسيّة المؤرّخ في 1811/3/12، و الحكم المؤرّخ في 1862/6/2 ، دالوز، الإجراءات، الصّفحات من 692 إلى 701

<sup>3</sup> دلاندة يوسف، المواعيد القانونيّة، دار هومة، الجزائر، 2015، ص 22

<sup>4</sup> دلاندة يوسف، المواعيد القانونيّة، المرجع السابق، ص 25 .

**الآجال الناقصة:**

هذا النوع من الآجال يحسب فيه اليوم الأول الذي وقع فيه الإجراء. و الأصل في الآجال القانونية أنها كاملة، إلا أن المشرع قد يوجد آجال قانونية ناقصة بصريح النصوص القانونية، أو أن تكون آجال ناقصة<sup>1</sup>.

**آجال قانونية ناقصة بصريح نصوص قانونية:**

لا يجب أن تختلط علينا الأمور فمتى نص القانون على أن الأجل يبدأ من تاريخ الواقعة أو الإجراء، و لم يذكر في مقام آخر أن هذا الأجل يحسب كاملاً، نكون حينئذ أمام أجل ناقص، يدخل في حسابه يوم الوقوع<sup>2</sup>.

و في بعض الأحيان و بالرغم من نص القانون على كون الآجال التي يحتويها هي كلها آجال كاملة، إلا أن هناك قوانين خاصة تجعل بعض هذه الآجال ناقصة.

**1 - آجال ناقصة بصريح النصوص**

و هي الآجال القانونية ذات المنطلق الثابت، كأن يقول المشرع: تسري الآجال المذكورة أعلاه من اليوم المعين في الشيك كتاريخ لإصداره المادة: 501 قانون تجاري فتطبيقاً لهذه القاعدة، مهلة 20 يوم لتقديم الشيك تبدأ من تاريخ الإصدار المفترض و هو اليوم المعين في الشيك، و لا تبدأ هذه المهلة من اليوم الموالي، أما اليوم الأخير إذا صادف يوم عطلة فيمتد الأجل لغاية يوم العمل التالي و كذلك الشأن بالنسبة لأيام التي لا تجوز فيها المطالبة بالوفاء ( المادة: 532 قانون تجاري ).

فالمشرع في هذا النوع من الآجال يكرس إهتمامه بإبعاد اليوم الأخير من الحساب إذا صادف يوم عطلة رسمية، أو يوماً يتنافى مع طبيعة الإجراء، و سكت عن عدم إستبعاد اليوم الأول في الأجل من الحساب .

و تعتبر آجال ناقصة تلك التي يقرنها المشرع بتاريخ رفع الدعوى أو تقديم الشكوى، أو تاريخ تحريك الدعوى العمومية. و ينتج عن ذلك أن هذه التواريخ الثابتة تنتج عنها إجراءات و آجال قانونية ، لا يبدأ حسابها من اليوم الموالي لتاريخ حدوثها، بل يبدأ الحساب إنطلاقاً من اليوم الفعلي لوقوعها<sup>3</sup>.

و في بعض الأحيان يفهم من الأجل الناقص، ما هو ناقص في بدايته و ناقص في نهايته، بحيث يدخل في الأجل اليوم الأول، و ينتهي الأجل بانتهاء الأجل و لو صادف يوم عطلة، الأمثلة على ذلك متعددة منها:

**الآجال الممتدة و الآجال المقلصة :**

<sup>1</sup> أحمد أبو الوفاء، نظرية الدفع، المرجع السابق، ص 141 .

<sup>2</sup> أحمد لعور مع نبيل صقر، المواعيد القضائية، المرجع السابق، ص 39 .

<sup>3</sup> دلاندة يوسف، المواعيد القانونية، المرجع السابق، ص 28.

الآجال الممددة للأجل قد نفهمها على أساس إضافة أجل إلى الأجل الأصلي، و قد نفهمها على أنّ الأجل الجديد هو الذي يغطي الأجل القديم و يضيف عليه مدّة زمنية معيّنة. و هذا الإمتداد قد يكون سببه التدرّج أو بعد المكان أو نوعية القضية ذاتها.

أمّا الآجال المقلّصة، أساسها أن ينصّ القانون على أجل ما، و لكن طبيعة القضية وضرورة الإسراع في الإجراءات تطبيقاً للقانون هي التي تؤدّي إلى تقليص الأجل القانوني<sup>1</sup>.

### أولاً : الآجال القانونية الممددة الأجل :

قد يكون الأجل مضافاً إلى الأجل الأصلي و قد يكون حالاً محلّه، و قد يكون الأجل ذا أجل مفتوح لا يتوقّف إلاّ بتوقّف شرط قانوني هذا من جهة، و من جهة أخرى قد تكون هذه الإضافة أو هذه الحلول، أو الإنفتاح أساسه التدرّج أو التآثر ببعد المسافات أو بالنظر إلى نوع القضاياحسب نصوص قانونية معيّنة ذ.

#### 1 - آجال قانونية مضافة إلى آجال أصلية بحكم التدرّج:

هذه الحالة بسيطة و قد سبق أن ذكرت حالة تدخل في هذا النطاق منها حالة إستئناف للحكم الغيابي، الذي أجله شهر من تاريخ تبليغ الحكم طبقاً للمادّة:336 ق.إ.م.إ. تضاف إليه مهلة شهر كأجل للمعارضة.

و لا إشكال يطرح للنقاش إذ أنّ التّمديد بالإضافة يكون بنصوص قانونية صريحة.

#### 2 - آجال قانونية تحلّ محلّ الأجل الأصلي:

هذه الحالة كذلك هي مستنبطة من النّصوص القانونية، و لكن يجب التّفرقة بين إضافة أجل إلى أجل و حلول أجل محلّ أجل.

ففي مجال الطّعن بالنقض، إذا كان التبليغ قد تم شخصياً للمبلغ له أجل شهرين للطعن بالنقض، و يمدد أجل الطعن بالنقض على ثلاثة أشهر إذا تم التبليغ في موطنه الحقيقي أو المختار.

أي أن المشرع أضاف شهراً للمبلغ له في موطنه الحقيقي أو المختار طبقاً لنص المادّة:354 ق.إ.م.إ.

أمّا الأجل القانوني الذي يحلّ محلّ الأجل القانوني الآخر، فمثاله ما جاء في المادّة: 16 ق.إ.م.إ.<sup>2</sup> التي حدّدت أجل التكليف بالحضور بالنسبة لمن يقيم خارج التّراب الوطني بثلاثة شهور، فهنا لا تضاف 20 يوم إلى ثلاث شهور، بل تحلّ مهلة ثلاث شهور محلّ مهلة الـ 20 يوم.

وأمثلة حلول أجل محلّ أجل أخرى كثيرة في القوانين الخاصّة، منها أجل تقديم ما جاء في محاضر الأعوان المكلفين بضبط الصّيد لمأموري الضّبط القضائي، أو أمام رئيس

<sup>1</sup> أحمد لعور، المواعيد القضائية، المرجع السابق، ص 42.

<sup>2</sup> المادّة: 3/2/16 و التي تنص على " يجب احترام أجل عشرين (20) يوماً على الأقل بين تاريخ تسليم التكليف بالحضور، والتاريخ المحدد لأول جلسة، ما لم ينص القانون على خلاف ذلك".  
يمدد هذا الأجل أمام جميع الجهات القضائية إلى ثلاثة (3) أشهر، إذا كان الشخص المكلف بالحضور مقيماً في الخارج".



المجلس الشعبي البلدي في ظرف 48 ساعة من ارتكاب المخالفة و أربعة أيام إذا كانت المسافة بين مكان وقوع المخالفة أكثر من 30 كلم عن مقرّ الجهة القضائية<sup>1</sup>.

مع الإشارة إلى أنّ المشرّع في هذه المادة لم ينص على تمديد أجل اليومين بيومين آخرين، بل حلّ أجل الأجل اليومي محلّ الأجل بالساعات، و الفرق واضح بحيث أنّ تاريخ المخالفة (يوم المخالفة) لا يدخل في الحساب إذا كان الأجل مجموعة أيام، أمّا إذا كان الحساب بالساعات فيوم ارتكاب المخالفة يدخل في الحساب ما عدى ساعة ارتكاب المخالفة ( حسبما ذهب إليه البعض في الفقه، و هو مذكور سابقاً).

### 3- الأجال ذات الأجل المفتوح:

قد ينصّ القانون على الحقّ في القيام بإجراء ما و لكنّه لا يحدّد مدّة معيّنة للقيام به، بل يقرنه (صراحة أو ضمناً) بمرحلة ما يمرّ بها الملف أو يترك الإجراء مفتوحاً إلى أن يتحقّق شرط قانوني ينتهي به الأجل.

### ثانيا : الأجال القانونية المقلّصة الأجل:

قاعدة تقليص الأجال القانونية، هي قاعدة قديمة في التشريع المدني، و قد تكون قاعدة ظاهرية، و قد تكون مستنبطة من مقارنة النصوص القانونية<sup>2</sup>.

ففي القضاء المدني قلّص المشرّع الأجال المتعلقة بتصفية التركة إذ نصّت المادة: 183 من قانون الأسرة<sup>3</sup> على وجوب إتباع الإجراءات المستعجلة في قسمة التركات.

#### 1 - تقليص الأجل القانوني بالنصوص الصريحة:

هذا المجال بسيط لا يثير جدلاً و لا إشكالاً، يمكن لقارئ القانون أن يكتشف تقليص الأجل القانوني، من خلال قراءة النصوص.

إلا أنّ ما يجب الإنتباه إليه هو أنّ المشرّع قلّص الأجال العادية لأن يجعلها إستعجالية.

وهو ما نص عليه المشرّع في المادة: 301 ق.إ.م.إ.بالقول: يجوز تخفيض آجال التكاليف بالحضور في مواد الإستعجال إلى أربع وعشرين (24) ساعة.

في هذه الحالة يقلّص أجل تكليف المدعي عليهم الى 24 ساعة، و لا يمكن لأيّ كان أن يدفع بعدم صحّة التكاليف بالحضور لعدم إحترام المادة: 16 من ق.إ.م.إ.

وكذلك ما نص عليه في المادة: 837 ق.إ.م.إ. والتي تنص: " يتم التبليغ الرسمي للأمر القاضي بوقف تنفيذ القرار الإداري خلال أجل أربع وعشرين (24) ساعة، وعند الإقتضاء، يبلغ بجميع الوسائل إلى الخصوم المعنيين وإلى الجهة الإدارية التي أصدرت القرار الإداري المطعون فيه.

<sup>1</sup> المادة: 54 من القانون رقم 82-10 المؤرّخ في 21/8/82 المتضمّن قانون الصيد).

<sup>2</sup> أحمد أبو الوفا، نظرية الدفوع، المرجع السابق، ص 142.

<sup>3</sup> المادة: 183 من قانون رقم : 84-11 المؤرّخ في 09 يونيو 1984 و المتضمن قانون الأسرة المعدل و المتمم بقانون 05-09 المؤرّخ في 04/05/2005، ج.ر.رقم: 43، المؤرّخة في 22 يونيو 2005 المتضمن الموافقة على الأمر 02-05 المؤرّخ في 27/02/2005 الذي يعدل و يتمم القانون 84/11، ج.ر.العدد 15 ل27/02/2005.

توقف آثار القرار الإداري المطعون فيه ابتداء من تاريخ وساعة التبليغ الرسمي أو تبليغ أمر وقف التنفيذ إلى الجهة الإدارية التي أصدرته".

## 2 - تقليص الآجال القانونية بطبيعة الإجراءات أو إختلاف الظروف:

هنا ندخل في مجال تغليب طبيعة الإجراءات على أجل قانوني، أو إختلاف الآجال بإختلاف الظروف.

أمّا في مجال قانون القضاء العسكري، فإنّ الأجل الخاص بالحضور هو 8 أيام من تاريخ تسليم الإستدعاء في حالة السلم، أمّا في حالة الحرب فيقلص هذا الأجل إلى 24 ساعة.

هنا طبيعة الإجراءات الواجبة الإتباع تختلف من حالة السلم إلى حالة الحرب، وبذلك تتغيّر الآجال تقليصًا في حالة الحرب عنها في حالة السلم.

## المطلب الثاني: التنظيم القانوني للآجال الإجرائية

لكل قاعدة موضوعية عمل إجرائي، ولكل عمل إجرائي في أغلب الأحيان أجل إجرائي سواء أكان هذا الأجل محددًا زمنيًا أم ضمن ترتيب معين، ولمعرفة إن كانت الآجال الإجرائية تخضع لما تخضع إليه القواعد العامة الموضوعية الإجرائية، والتي تقوم بدور الحماية لهذه الآجال وذلك من حيث خضوع إثبات عدم مراعاة الآجال الإجرائية للقاعدة العامة للإثبات، وما إذا كان الأجل الإجرائي متعلقًا بالنظام العام أم غير متعلق به؟

وبما أنه لكل قاعدة قانونية ملزمة لم تحترم من قبل أفراد المجتمع جزاء، و حتى لا تكون القاعدة القانونية عديمة الجدوى، فقد رتب المشرع جزاءات على عدم مراعاة آجال العمل الإجرائي، وجزاءات على عدم إحترام آجال تعجيل الدعوى، ولغرض الدراسة ينقسم هذا المطلب إلى فرعين:

الفرع الأول: عبء إثبات عدم مراعاة الآجال الإجرائية.

الفرع الثاني: مدي تعلق الآجال الإجرائية بالنظام العام.

## الفرع الأول: عبء إثبات عدم مراعاة الآجال الإجرائية

إذا كان القضاء هو تطبيق القانون على وقائع معينة، فإن هذا التطبيق لكي يكون مؤدياً إلى تحقيق إرادة القانون، يجب أن ينصب على وقائع حقيقية أي على وقائع ثابتة. ولهذا لا يكفي للخصم بإدعاء واقعة ما، بل يجب عليه إثباتها، وأن الكثير من قواعد الإجراءات المدنية و الإدارية تتعلق بالنظام العام، فهناك من الآجال الإجرائية ما يتعلق بالنظام العام تحمي المصلحة العامة، وآجال لا تتعلق بالنظام العام تراعي المصلحة الخاصة.

### أ- القاعدة العامة في الإثبات:

الإثبات الذي نعنيه في المجال القانوني يشمل تلك المعاني مجتمعة، فهو عملية يجب أن تتم أمام القضاء بإقامة الدليل على واقعة معينة، بهدف تكوين عقيدة القاضي بشأن وجود هذه الواقعة من عدمه<sup>1</sup>، لذلك عرف الفقه الإثبات بأنه:

تكوين إقتناع القاضي بشأن وجود أو عدم وجود واقعة قانونية متعلقة بالدعوى ومنتجة فيها، فإذا كانت وظيفته تطبيق القانون على وقائع معينة، فإن هذا التطبيق لكي يكون مؤدياً إلى تحقيق إرادة القانون، يجب أن ينصب على وقائع حقيقية أي على وقائع ثابتة، ولا يكفي القانون بوجود أن يكون أحد الخصوم قد تمسك بالواقعة محل الإثبات، بل يلقي على المدعي عبء إثباتها، فالخصم لا القاضي هو الذي عليه عبء الإثبات بالبيينة<sup>2</sup>، ويتفق الفقه القانوني مع الفقه الإسلامي على أن البيينة على المدعي، أي أن عبء الإثبات يكون على المدعي، والمقصود بالمدعي هنا هو من يتمسك بواقعة من مصلحته الاستناد إليها، سواء كان هو المدعي أصلاً في الدعوى أم المدعى عليه فيها، و أن أصل القاعدة براءة الذمة، وعلى من يدعي العكس إثبات ما يدعيه، ومن يدعي خلاف الأصل أو الظاهر فلا يتم تصديقه إلا بالبيينة، أي ذمة كل شخص تعتبر بريئة وغير مشغولة بحق لآخر مهما كانت طبيعة هذا الحق، وكل شخص يدعي خلاف هذا الأصل الثابت يجب عليه أن يثبت عكسه بإثبات بالبيينة ما يدعيه.

### ب- عبئ إثبات عدم مراعاة الآجال.

يكون على المتمسك بعدم إحترام الأجل، أن يثبت فواته دون إتخاذ الإجراء المطلوب<sup>3</sup>. فمثلاً في حالة سقوط الخصومة يكون على المدعي عليه إثبات فوات مدة العامين التي بإنقضائها تسقط الخصومة، عملاً بالمادة: 223 ق.إ.م.<sup>4</sup>.

فيكفي هنا للمدعي أن يثبت أنه قطع مدة السقوط بإجراء صحيح، وكذلك في حالة فوات أجل الطعن دون الطعن في الحكم من جانب المحكوم عليه، فطبقاً لنص المادة: 314 ق.إ.م. والتي تنص على " لا يكون الحكم الحضورى الفاصل في موضوع النزاع والحكم الفاصل في أحد

1 أسامة أحمد شوقي المليجي، القواعد الإجرائية للإثبات المدني وفقاً لنصوص القانون وأحكام القضاء وآراء الفقه دار النهضة العربية، القاهرة، 1996، ص 3.

2 فتحي والي، الوسيط في قانون القضاء المدني، المرجع السابق، ص 155.

3 أمال أحمد القزائري، مواعيد المرافعات، المرجع السابق، ص 159.

4 تنص المادة: 223 ق.إ.م. على الآتي: " تسقط الخصومة بمرور سنتين (2) ، تحسب من تاريخ صدور الحكم أو صدور أمر القاضي الذي كلف أحد الخصوم القيام بالمساعي. تتمثل المساعي في كل الإجراءات التي تتخذ بهدف مواصلة القضية

الدفوع الشكلية أو الدفع بعدم القبول أو أي دفع من الدفوع الأخرى التي تنهي الخصومة، قابلاً لأي طعن بعد انقضاء سنتين (2) من تاريخ النطق به، ولو لم يتم تبليغه رسمياً.

ويلاحظ أن عبئ الإثبات لا يثقل كاهل أحد الخصمين دون الآخر، بل هو موزع بين الخصمين، وقد يقع هذا التوزيع بحكم الواقع، بمقتضى قرائن قضائية ينقل بها القاضي عبء الإثبات بحسب تقديره من الخصم إلى خصمه، وقد يقع بحكم القانون بمقتضى قرائن قانونية ينقل بها عبء الإثبات من خصم إلى آخر، وقد يقع أخيراً بحكم الإتفاق بين الطرفين<sup>1</sup>.

فقواعد الإثبات ليست من النظام العام، فيجوز الإتفاق على مخالفتها صراحة أو ضمناً، ومن ثم يجوز للخصمين الإتفاق على نقل عبء الإثبات من أحدهما للآخر وهذا الإتفاق يعتبر صحيحاً سواء تم قبل النزاع أو بعده، وكما يجوز لصاحب الحق في تمسك بها يجوز أن يتنازل عنها<sup>2</sup>.

## الفرع الثاني: مدى تعلق الأجال الإجرائية بالنظام العام

### أ - مفهوم فكرة النظام العام فقهاً

يرى البعض أن فكرة النظام العام غامضة، وأنها تستمد عظمتها من هذا الغموض، فهي فكرة طارئة لكل الأفكار التي تخالفها، تلعب دور الحماية في كل فروع القانون، وذلك عن طريق إستبعاد كل ما يتعارض معها بإعتبار أن النظام العام هو روح المجتمع، ومجموعة قيم وأفكار ومعتقدات وتقاليده، وتاريخه التي يخاف عليها، ويهدف إلى حمايتها والحفاظ عليها<sup>3</sup>، لفكرة النظام العام أهمية بالغة في قانون الإجراءات المدنية و الإدارية، كما هو الحال بالنسبة لسائر فروع القانون، حيث أن القواعد المتعلقة به تكتسب أهمية تفوق أهمية القواعد الأخرى الغير متعلقة بالنظام العام، وخاصة إذا ما أدى ذلك إلى الجزاء المقرر لمخالفة قاعدة من القواعد التي تتعلق بالنظام العام، إذن فهو يتميز بخصائص وسمات تختلف عن خصائص وسمات الجزاء المقرر لمخالفة قاعدة غير متعلقة بالنظام العام<sup>4</sup>.

وقد تعددت الآراء والاتجاهات الفقهية في قانون الإجراءات المدنية و الإدارية بين ما هو متعلق بالنظام العام، وما هو غير متعلق به. فمنهم من ذهب إلى أنه بما أن قواعد الإجراءات المدنية و الإدارية يقصد بها تنظيم سلطة القضاء وكيفية اللجوء إليه والحصول على الحماية القضائية، ولما كان القضاء سلطة عامة من سلطات الدولة، فإن القواعد المتعلقة بهذه السلطة تكون أمرة، ما دام المقصود منها علاقة الأشخاص بسلطة عامة من سلطات الدولة عند اللجوء إليها، وهو أمر يتعلق بالمصالح العامة في المجتمع، وبالتالي لا يجوز للأفراد الإتفاق على ما يخالفها، وإن كان المشرع في قانون الإجراءات المدنية و الإدارية يجيز للأشخاص الإتفاق على ما يخالف بعض القواعد أو التنازل عنها، أو أن يتطلب لإعمالها تمسك الأشخاص بها. ويفرق صاحب هذا الرأي داخل قواعد الإجراءات المدنية و الإدارية بين نوعين من القواعد :

<sup>1</sup> عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، دار إحياء التراث العربي، ج3، بيروت، لبنان، 1958، ص 76، 78.

<sup>2</sup> فتحي والي، الوسيط في قانون القضاء المدني، المرجع السابق، ص 508.

<sup>3</sup> نبيل إسماعيل عمر، الوسيط في قانون المرافعات، مرجع سابق، ص 18.

<sup>4</sup> فتحي والي، نظرية البطلان في قانون المرافعات، دون ناش، سنة 1997، ص 538.

**النوع الأول:** و هي قواعد أمره تتعلق بالنظام العام في المجتمع.  
**النوع الثاني:** وهي قواعد أمره ولا تكون من النظام العام، لتعلقها فضلا عن المصالح العامة بالمصالح الخاصة للأشخاص<sup>1</sup>.  
ويرى الاتجاه الغالب أنه:

من الصعب وضع قاعدة عامة لإعتبار قواعد الإجراءات المدنية و الإدارية أمره أم مكملة ، وإن كان لا خلاف فيما يتعلق بالقواعد التي تعتبر من القانون العام، كالقواعد التي تتعلق بالنظام القضائي<sup>2</sup>، وبعض قواعد الإختصاص المتعلقة بترتيب درجات المحاكم، والقواعد التي ينص القانون فيها صراحة على عدم جواز مخالفتها، ويعطي المحكمة الحق في الحكم من تلقاء نفسها بالبطلان، فإنه فيما عدا ذلك من القواعد يقوم عليه الخلاف على ما إذا كانت تعتبر من القواعد الأمره المتعلقة بالنظام العام، ولعل الأضبط و الأصح أن ينظر في هذا الاعتبار إلى كل قاعدة على حدة ، وذلك بالنظر إلى طبيعة الغرض من القواعد القانونية .

فهناك من تتعلق بالمصالح الخاصة للأفراد، وهناك من تتعلق بتحقيق المصلحة العامة وذلك عندما يكون حكمها أمرا لا يجوز الإتفاق على مخالفته، ومرجع ذلك أنها قواعد تتعلق بالنظام العام، بمعنى أنها أساسية في تنظيم المجتمع، ويترتب على الإخلال بها عدم تحقيق الغرض الذي قصده المشرع من تنظيمها، وهو الأمر الذي يؤدي في النهاية إلى الفوضى و الإضطراب<sup>3</sup>.

أما إذا قصد المشرع مصلحة خاصة للخصم فيكون لهذا الأخير الحق في أن يتنازل عنها ويعدل إلى قاعدة أخرى يراها أكفل لمصلحته<sup>4</sup>.

وبما أن حالات النظام العام لا يمكن تحديدها مقدما من جانب المشرع تحديدا حصريا، لأن الأمر يخضع لظروف متغيرة، فقد إكتفى المشرع بإيراد بعض الحالات والنص على أنها متعلقة بالنظام العام<sup>5</sup>. ومنها مبدأ إحترام حقوق الدفاع، ومبدأ التقاضي على درجتين، ومبدأ تحصين أي عمل من الطعن فيه ، ومبدأ حياد القاضي وإستقلاله، و مبدأ علانية إجراءات التقاضي، ومبدأ علانية الجلسات، و طرق الطعن في الأحكام وأجالها، و تنفيذ الأحكام القضائية.

فكل هذه المبادئ مهمة و واجبة الإحترام ومخالفتها يؤدي إلى بطلان العمل الإجرائي الذي يتم مخالفا لها، وهذا البطلان يتعلق بالنظام العام<sup>6</sup>، ومن أمثلة هذه النصوص التي تتعلق بالنظام العام ويكون على القاضي أن يقضي بها من تلقاء نفسه ما نصت عليه المادة:36 ق.إ.م.إ.م. بالقول: "عدم الإختصاص النوعي من النظام العام، تقضي به الجهة القضائية تلقائيا في أية مرحلة كانت عليها الدعوى ".

1 أمينة مصطفى النمر، قوانين المرافعات، الكتاب الأول، دار الطباعة الحديثة، سنة 1989، ص 23.

2 أحمد أبو الوفاء، المرافعات المدنية و التجارية، المرجع السابق، ص 19.

3 عبد الباسط جميعي، مبادئ المرافعات المدنية، المرجع السابق، ص 97.

4 فتحي والي و عبد المنعم الشرقاوي، المرافعات المدنية و التجارية، المرجع السابق، ص 4، 5.

5 الأنصاري حسن الثيران، القاضي والجزاء الإجرائي للمرافعات، المرجع السابق، ص 68.

6 نبيل إسماعيل عمر، الوسيط في قانون المرافعات، المرجع السابق، ص 19.

ولكن في حالة سكوت المشرع أي أنه لم ينص على تعلق القاعدة بالنظام العام، فيذهب الرأي الراجح إلى أنه في هذه الحالة يترك الأمر للقاضي ليحدد في كل حالة على حدة مدى تعلق الأمر بالنظام العام، واضعا نصب عينيه نوع المصلحة التي يرى المشرع حمايتها<sup>1</sup>.

### ب - معيار التمييز إن كان الأجل الإجرائي متعلقا بالنظام العام أم لا

مما سبق نلاحظ إهتمام الفقه الإجرائي بالبحث حول مدى تعلق قواعد الإجراءات المدنية و الإدارية بالنظام العام، إلا أنه لم يهتم بالبحث في صدد الأجل فيما إذا كانت تتعلق أم لا بالنظام العام، إذ ذكر بعض القواعد التي تتعلق بالنظام العام وسكت عن الكثير منها، وذلك نظرا لخطورة وصعوبة هذا التمييز، فيكون سهلا إذا ما صرح به المشرع بأن الأجل يتعلق بالنظام العام أم لا، وهنا تبدو الصعوبة وهي حالة سكوت المشرع تماما عن الإشارة إلى طبيعة الأجل<sup>2</sup>. فالتمييز بين ما وضع لمصلحة عامة، وما وضع لرعاية مصلحة الخصوم أنفسهم أمر صعب في كثير من الأحيان، نظرا لمرونة وتطور فكرة النظام العام، ولتغيرها بتغير الزمان والمكان هذا من جانب<sup>3</sup>، ومن جانب آخر تظهر خطورة هذا التحديد في الجزاء المترتب على إعتبار الأجل الإجرائي متعلقا بالنظام العام أم لا، حيث أن هذا الوصف للأجل يتبعه وصف الجزاء بأنه متعلق بالنظام العام، وإذا لم يكن الأجل متعلقا بالنظام العام فلا يكون الجزاء على عدم مراعاته متعلقا بالنظام العام<sup>4</sup>.

فمن الأجل ما يتعلق بالنظام العام تلك الأجل التي تتصل بالتنظيم العام للخصومة والتي ترمي إلى وضع حد للنزاع، مثالها آجال الطعن في الأحكام<sup>5</sup>، فهذا الأجل يتعلق بالنظام العام والذي يترتب على مخالفته جزاء سقوط الحق في الطعن شكلا، وتقضي به المحكمة من تلقاء نفسها طبقا للمادة: 69 ق.إ.م.<sup>6</sup>.

أما في حالة عدم وجود النص، فهنا ينبغي أن نبحت في كل أجل على حدة بحسب الغرض الذي قصده المشرع من الأجل، فإذا كان الغرض تحقيق مصلحة عامة فالأجل يتعلق بالنظام العام، وإذا كان الغرض من الأجل مصلحة خاصة للأشخاص فلا يعتبر متعلقا بالنظام العام، وتطبيقا لذلك إذا كان الأجل متعلقا بالنظام العام وجب على المحكمة ومن تلقاء نفسها أن تتحقق من حساب أجل المسافة والتحاقي بالأجل الأصلي قبل الحكم بقبول الطعن مثلا، أما إذا كان الأجل الأصلي لا يتعلق بالنظام العام فلا تملك المحكمة من تلقاء نفسها الأخذ بعين الإعتبار معيار المسافة، ويجب أن يكون الأخذ به بناء على تمسك الخصم صاحب المصلحة.

فالطعن الذي يرفع بعد الأجل يكون باطلا لسقوط الحق في رفعه، وهذا البطلان يتعلق بالنظام العام، ويحكم به القاضي من تلقاء نفسه<sup>7</sup>. والسبب في ذلك يرجع إلى ضرورة إستقرار

<sup>1</sup> فتحي والي، نظرية البطلان، المرجع السابق، ص 540 .

<sup>2</sup> أمال أحمد القرابري، مواعيد المرافعات، المرجع السابق، ص 144 .

<sup>3</sup> عبد المنعم الشرقاوي، فتحي والي، المرافعات المدنية و التجارية، المرجع السابق، ص 100 .

<sup>4</sup> محمد العشماوي، قواعد المرافعات، المرجع السابق، ص 20 .

<sup>5</sup> فتحي والي، الوسيط في قانون القضاء المدني، المرجع السابق، ص 409 .

<sup>6</sup> تنص المادة: 69 ق.إ.م. على الآتي: " يجب على القاضي أن يثير تلقائيا، الدفع بعدم القبول إذا كان من النظام العام، لا سيما عدم إحترام آجال طرق الطعن أو عند غياب طرق الطعن".

<sup>7</sup> أحمد أبو الوفا، المرافعات المدنية و التجارية، المرجع السابق، ص 488 .

الحقوق التي حددها الحكم المطعون فيه. فالمحكوم عليه بعدم إحترامه لأجل الطعن يفصح عن عدم رغبته في ذلك، ويؤدي ذلك إلى ضرورة إحترام الحق المحكوم به<sup>1</sup>. وهذا ما نص عليه المشرع في المادة: 69 ق.إ.م.إ حيث نص على أنه: " يجب على القاضي أن يثير تلقائياً، الدفع بعدم القبول إذا كان من النظام العام، لاسيما عند عدم إحترام آجال طرق الطعن أو عند غياب طرق الطعن".

إذن آجال الطعن آجال حتمية تتعلق بالنظام العام يجب مراعاتها وإلا سقط الحق فيه، إذ على الخصوم التقيد بضوابط الأحكام و أن مخالفتها يؤدي لسقوط الحق في الطعن، وتقضي به المحكمة من تلقاء نفسها.

و تعتبر القواعد المتعلقة بالنظام العام القواعد تلك التي تنص على وجوب مراعاة آجال أو أوقات معينة عند اللجوء إلى القضاء، منها إبداء الطلبات العارضة قبل قفل باب المرافعة، لإبداء الدفوع الإجرائية لإن الهدف من هذه الآجال والأوقات إستقرار المراكز القانونية أو منع تشعب الخصومات وتفرعها أو تخفيف العبء عن القضاء، أو تفادي تناقض الأحكام، وهي إعتبرات من الصالح العام<sup>2</sup>.

وسلطة القاضي في إعمال أي من الجزاءات رغم إختلافها في شروط إعمالها، فهذه الجزاءات تخضع لقواعد مشتركة، إذ لا تختلف سلطة القاضي بحسب نوع الجزاء ، ولكن بحسب مدى تعلق الجزاء بالنظام العام أو عدم تعلقه به، كما أن المشرع قد منح القاضي دوراً إيجابياً في تصحيح الإجراءات وتفادي الحكم بالجزاءات الإجرائية والحد من آثارها، إذ أن الغاية من الإجراءات وأجالها هي وضعها في خدمة الحق، وذلك بتمكين الصحيح من الباطل ليصحح لا تسليط الباطل على الصحيح فيبطله<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> نبيل إسماعيل عمر، الوسيط في قانون المرافعات، المرجع السابق، ص 18 .  
<sup>2</sup> امينة مصطفى النمر، قوانين المرافعات، المرجع السابق، الكتاب الأول، ص 31 .  
<sup>3</sup> الأنصاري حسن الثيران، القاضي و الجزاء الإجرائي، المرجع السابق، ص 5.

# الباب الثاني



## الباب الثاني : دفوع إجرائية ذات صفة جزائية

القواعد الإجرائية ليست غاية بذاتها بل هي وسيلة لحماية الحقوق الموضوعية و المراكز القانونية، فإن أهمية الإحاطة بها لا تقل عن أهمية الإطّلاع عن القواعد الموضوعية ذاتها، لذلك فإن من الأجدر بمن يمارس وظيفة ترتبط بحماية حقوق الأشخاص و مصالحهم القانونية أن يملك أو لا الوسيلة إلى ذلك، أي القواعد الإجرائية.

و يعتبر نظامي البطلان و عدم القبول، من أهم الجزاء الإجرائي في مجال الإجراءات المدنية، ذلك أنّهما يتميّزان ببالغ أثرهما على مجرى الخصومة القضائية، و من ثم على الحقوق الموضوعية و المراكز القانونية لأطرافها.

و مما يثير الإنتباه أنّ جلّ الدراسات الفقهية التي تناولت ما يتعلق بالجزاء الإجرائي تمحورت حول نظام البطلان كموضوع رئيسي و نادرا من الإشارة إلى عدم القبول كجزاء إجرائي رغم الأهمية التي يكتسبها هذا الأخير، الأمر الذي جعلنا نحاول في دراستنا هذه أن نعطيه قسطا و فيرا إلى جانب البطلان الذي نال نصيبه من إهتمام فقهاء القانون .

و تبيانًا لما أشرنا إليه ستتم هذه الدراسة وفق محورين أساسيين :

الأول يتضمن مفهوم البطلان و عدم القبول كجزاءين إجرائيين بطريقة تحليلية لترتسم صورة واضحة المعالم عنهما في الفصل الأول، حيث تضمن المبحث الأول الدفع بالبطلان، و المبحث الثاني الدفع بعدم القبول ماهيته و طبيعته القانونية.

و تطرقنا في الفصل الثاني إلى بعض من الدفوع الإجرائية تطبيقا على الدفع بعدم القبول في المبحث أول، و دفوع شكلية حديثة في المبحث الثاني.

## الفصل الأول: البطلان و عدم القبول

أن تحليل الطبيعة الفنية للقاعدة الإجرائية يؤكد أنها قاعدة قانونية تنظم المصادر الواقعية" الإجرائية و ترتب الآثار الإجرائية.

إنّ الغاية من العمل الإجرائي تعدّ مسألة من مسائل القانون الشكلية التي يقوم فيها القاضي بالنظر إلى الغاية الموضوعية للشكل، و فيما إذا تحققت أم لا، وهي في حدّ ذاتها تعبير عن تحقّق المصلحة نفسها التي كان يرمي إليها الإجراء. و يترتب على العيب الشكلي عدم تحقّق الغاية المقصودة منها.

والعيب يتميّز عن الجزاء الإجرائي، في أن الأول هو وصف ينشأ عن المطابقة القضائية ، أما الجزاء فهو أثر أو نتيجة عدم التطابق، و يكون من شأنه عدم قدرة الإجراء المعيب على إنتاج آثار العمل الإجرائي الصحيح .

و إذا كان عدم الصحة (البطلان) ، عدم القبول، عدم الإختصاص، عدم جواز النظر، و عدم الوجود (الانعدام) هي جزاءات إجرائية، إلا أن " الدفع بالبطلان" و " الدفع بعدم القبول" و " الدفع بعدم الإختصاص" و " الدفع بعدم جواز النظر" و " الدفع بالانعدام" ليس جزاءا إجرائيا<sup>1</sup>، إنما هي أعمال إرادية إجرائية ( أي وقائع)، و هذا يعني أن تلك الدفعات تنتمي إلى الفرض " الواقعي" للقاعدة الإجرائية، بينما ذلك الجزاء ينتمي إلى الأثر " المعنوي" للقاعدة الإجرائية .

لذا فإننا ومن خلال دراستنا للدفع الإجرائية فإننا سنتطرق للدفع الإجرائية ذات الصفة الجزائية، وسوف ندرس الدفع بالبطلان كمبحث أول، والدفع بعدم القبول كمبحث ثاني.

## المبحث الأول : الدفع بالبطلان

الدعوى المدنية بمفهومها الواسع تتشكل من مجموعة إجراءات متسلسلة و مترابطة تشمل جميع مراحلها ابتداء من تحريكها إلى غاية صدور حكم نهائي فيها. وقد تضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية هذه الإجراءات، و وضع ضوابط ومعايير من أجل القيام بها في إطارها القانوني، سواء من طرف القضاء أو أطراف الدعوى، وتستمد صحة مباشرة الدعوى والحكم فيها من صحة وسلامة و شرعية الإجراءات التي تمت بشأنها. فهناك إجراءات وضعت من أجل الإرشاد والتوجيه فقط، دون أن تترتب عن عدم مراعاتها أية نتيجة تجاه أطراف الدعوى وحقوقهم. أما النوع الثاني من الإجراءات فهي تلك التي أصبغ عليها المشرع أو القضاء صبغة هامة، ووصفها بالإجراءات الجوهرية نظرا لأهميتها وتعلقها بحسن سير العدالة و حماية حقوق الدفاع أو أي طرف آخر في الدعوى . فالأساس في الإجراءات الصحة والسلامة وإتمامها حسب النموذج القانوني لها. فان شاب عيب إجراء من الإجراءات أبطل مفعوله ولم ينتج الأثر الذي يهدف إليه، مما يترتب عنه بطلان الإجراء.

إن فكرة البطلان كنظام إجرائي تتميز بكونها معقدة و غامضة، كونها ترتبط بمفاهيم فكرية و فلسفية لكنها منطقية. و سنحاول في هذا المبحث تعريف البطلان لغة واصطلاحا وطبيعته القانونية وعلاقته بالنظام العام في مطلب أول، ثم نتطرق في المطلب الثاني إلى الدفع بالبطلان، مع الإشارة إلى موقف المشرع الجزائري من كل ذلك.

## المطلب الأول: البطلان ماهيته و طبيعته وأنواعه

العمل الإجرائي لكي يكون صحيحا لا بد أن تتوافر فيه شروط موضوعية تتعلق بالإرادة و الأهلية الإجرائية و ما يتطلبه القانون من شروط خاصة بالمحل المنصب عليه العمل و سبب القيام به، و شروط شكلية تتعلق بالشكل الذي يجب أن يصاغ فيه العمل الإجرائي.

<sup>1</sup> نبيل إسماعيل عمر، الدفع بعدم القبول ونظامه القانوني في قانون المرافعات المدنية والتجارية، دراسة تحليلية للفقهاء والقضاء المصري والفرنسي، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2004، ص 196.

فإذا توافرت في العمل الإجرائي الشروط القانونية المتعلقة به، سواء من الناحية الموضوعية أو من الناحية الشكلية كان صحيحا و منتجا لآثاره القانونية، أما إذا تخلف عن العمل الإجرائي شرط من الشروط القانونية فإنه يعتبر مخالفا للقانون، و يخرج من محيط الأعمال الإجرائية الصحيحة ليندرج تحت الأعمال الإجرائية المعيبة لمخالفتها للقانون.

هذا و يختص القضاء بحماية المشروعية الإجرائية، و ذلك عن طريق الرقابة على الإجراءات الجزائية للتأكد من أن الأجهزة المختصة بالبحث عن الحقيقة تعمل وفقا لقواعد قانونية معينة تحمي حقوق و حريات الأفراد و تصون من التعسف و التحكم و إساءة إستعمال السلطة، و وسيلة القضاء في ذلك تتمثل في منع العمل الذي إتخذ بالمخالفة للقانون (مخالفة القانون) من ترتيب آثاره، أي بطلان العمل المخالف للقانون.

وسوف نتناول هذا المطلب في ثلاثة فروع :

الفرع الأول: البطلان لغة وإصطلاحا

الفرع الثاني: طبيعة البطلان

الفرع الثالث: البطلان المتعلق بالنظام العام و البطلان المقرر لعيب في الموضوع

## الفرع الأول : البطلان لغة و إصطلاحا

والبطلان في اللغة: بَطْلان:

1 - مصدر بَطَلَ.

بطل - يبطل بطلا و بطولا و بطلانا

2 - بطل الشيء : ذهب ضياعا . - بطل الشيء : فسد .

بِبُطْلان ( اسم ) : إنْفِساخ

كقوله تعالى: " فَوَقَعَ الْحَقُّ وَبَطَلَ مَا كَانُوا يَعْمَلُونَ"<sup>1</sup>.

ومن الحديث الشريف: كقوله صلي الله عليه وسلم " إذا حضر الماء بطل التَّيْمُمُ".

يطلق على ذهاب الشيء، و قلة مكثه و لبثه، و كل شيء لا مرجوع له، و لا معول عليه، و من ذلك فساد الشيء أو سقوط حكمه.

لأن من شأن ذلك إعفاءه من الإلتزام الذي يقع على عاتقه إذا تم الحكم على المضمون<sup>2</sup>.

و يقصد بالبطلان: لغة الفساد و سقوط الحكم، فالعمل الباطل عمل ضائع أو خاسر أو عديم القيمة.

وفي القانون الإجرائي سبق أن أشرنا بأن محلّ البطلان هو العمل الإجرائي، و عرفنا هذا الأخير بأنه عمل قانوني يترتب على مباشرته أثرا قانونيا في خصومة قضائية،

<sup>1</sup> سورة الأعراف 118.

<sup>2</sup> أحمد زكي بدوي، معجم المصطلحات القانونية، دار الكتاب المصري، القاهرة، مصر، ط2003، 1، ص 81.

وأنّ الأعمال الإجرائية تتميز بالشكالية، أي أنّ القانون يحدّد شكلها النموذجي والكيفية التي تمارس بها، ويرتب على مخالفتها جزاء إجرائي هو البطلان.

و في ظلّ تفادي مختلف التشريعات ومنها القانون الجزائري، فقد تم إعطاء تعريف عام للبطلان من قبل الفقه الإجرائي الذي قدّم عدة تعاريف مختلفة بشأنه، و نذكر منها :

- أنّ البطلان هو جزاء إجرائي يتحمّله الخصم نتيجة لإخلاله بأحد الواجبات الإجرائية التي يترتب القانون هذا الجزاء على مخالفتها<sup>1</sup>.
- البطلان هو تكليف قانوني لعمل يخالف نموذج القانوني مخالفة تؤدي إلى عدم إنتاج العمل لآثاره التي تترتب إذا كان العمل كاملاً<sup>2</sup>. كما عرّف أنه وصف يلحق العمل القانوني نتيجة مخالفته لنموذج القانوني، ويؤدي إلى عدم إنتاج الآثار التي يترتبها عليه القانون لو كان صحيحاً<sup>3</sup>.
- وقد عرفه الأستاذ الهادي دالي بأنّه وصف قانوني يلحق الإجراء القضائي الذي يخالف قواعد المرافعات ، و يؤدي إلى عدم ترتيبه الآثار القانونية التي ينتجها قانوناً لو كان صحيحاً<sup>4</sup>.

من خلال هته التعاريف التي أعطيت للبطلان يمكننا القول أنّ البطلان هو جزاء إجرائي يترتب على مخالفة العمل الإجرائي للشكل أو النموذج الذي حدّده القانون من أجل ترتيبه لأثر قانوني في خصومة قضائية.

وقد اختلف الفقه الإجرائي بشأن إعطاء وصف التصرف القانوني للأعمال الإجرائية، فمنهم من يعتبرها كلّها تصرفات قانونية، وهناك من يعتبر البعض منها فقط تصرفات قانونية، ومذهب ثالث ينكر عنها وصف التصرف القانوني مطلقاً<sup>5</sup>.

ودون الخوض في النقاشات الفقهية حول خضوع الأعمال الإجرائية لقواعد التصرف القانوني، فإنّ الأعمال الإجرائية تخضع لقواعد خاصّة يتضمنها القانون الإجرائي ويحدّد قواعد ممارستها، وجزاء مخالفتها هو جزاء إجرائي، وبالتالي لا توجد فائدة عملية من إضفاء صفة التصرف القانوني عليها ، ويرى الدكتور فتحي والي أنّ الأعمال الإجرائية هي أعمال قانونية بالمعنى الضيق وليست تصرفات قانونية ، وهذه الطبيعة إلى جانب صفتها كأجزاء من مجموعة واحدة تتجه إلى غاية واحدة، هما الأساس الذي يوضح ما تخضع له نظرية بطلان العمل الإجرائي من قواعد خاصة تميّزه عن التصرف القانوني.

<sup>1</sup> إبراهيم أمين النفياري، مسؤولية الخصم عن الإجراءات، دار النهضة العربية، القاهرة ، الطبعة الأولى، 1991، ص 752.

<sup>2</sup> عبد الباسط جميعي، مبادئ المرافعات المدنية، المرجع السابق، ص 445.

<sup>3</sup> وجدي راغب فهمي، الموجز في مبادئ القضاء المدني، دار الفكر العربي، 1977، ص 39.

<sup>4</sup> الهادي دالي، البسيط في الإجراءات المدنية، منشورات بغدادية، لجزائر، 2003، ص 35.

<sup>5</sup> فتحي والي، الوسيط في قانون القضاء المدني، المرجع السابق، ص 97.

والبطلان كجزاء لتخلف كل أو بعض شروط صحة الإجراء الجزائي، ويترتب عليه عدم إنتاج الإجراء آثاره المعتادة في القانون، و أن البطلان بطبيعته جزاء إجرائي، لأن قانون الإجراءات المدنية و الإدارية هو الذي يقرره كأثر لتخلف شروط إجرائية يشترطها صراحة أو ضمناً، وهو جزاء إجرائي كذلك من حيث محله، إذ ينصب على إجراء فيحدد نصيبه من القيمة القانونية، ويقابل البطلان بذلك الجزاءات الموضوعية التي قررها القانون الموضوعي كالعقوبة و التعويض، وترد على سلوك إنساني، فتحدد نصيبه من المشروعية و من الآثار الموضوعية التي تترتب عليها.

فالبطلان في القانون الإجرائي الجزائي جزء يرد على العمل الإجرائي المخالف لبعض الشروط الجوهرية التي يتطلبها المشرع لصحة هذا العمل .

و المقصود به في اللغة القانونية هي نفس المعنى، و بصف عامة فهو جزاء يرتبه المشرع إذا افتقر العمل القانوني أحد الشروط الشكلية أو الموضوعية المطلوبة لصحته قانوناً.

و يؤدي هذا الجزاء الى عدم فاعلية العمل القانوني، و إفتقاده لقيمه القانونية المفترضة له في حال صحته.

فالعمل الباطل هو إجراء عديم القيمة يجب عدم التركيز عليه، حتى يصحح أو يحدد على النحو الصحيح.

و قد نص المشرع الجزائي على البطلان في مواضيع عدة نتعرض لها تفصيلاً في موضعها.

فالبطلان بإعتباره وصفاً لعمل إجرائي لا يتطابق مع نموذج، فهو عيب عام في الإجراءات، و آثاره هي عدم توليد الإجراء لنتائج التي كان يولدها لو كان صحيحاً، و كذلك الدفع بعدم القبول، و كذا جزاء السقوط.

فالبطلان يعتبر جزاء عام من أنواع الجزاء الإجرائي، يعمل داخل العديد من النظم القانونية الإجرائية و يولد آثار متعددة، و أعمال البطلان تؤكد مبدأ إحترام الإجراءات المحددة لنموذجها القانوني الذي حدده المشرع، و رغم قسوة جزاء البطلان إلا أنه من الواجب المحافظة على فعاليته.

فهو من الجزاءات ذات النطاق الخاص. و مقصودها أن الجزاء يكون قاصراً على مجالات محددة و بأنظمة إجرائية لا يعمل الا في داخلها، كشطب الدعوى لعدم القيام بإجراءات مأمور بها، فشطبها لا يؤدي الى زوالها بل يتم إعادة السير في الخصومة بموجب عريضة إفتتاحية للدعوى تودع بأمانة الضبط، بعد إثبات القيام بالإجراءات الشكلية الذي كان سبباً في شطبها.

فإذا إنقضت المدة دون تعجيل تعتبر كأن لم تكن بقوة القانون. وهي لا تؤدي إلى المساس بالحق في الدعوى و لا المساس بما تم إتخاذه من إجراءات، و لا ما تم توليده من آثار طوال مدة بقاء الدعوى مشطوبة.

## الفرع الثاني: طبيعة البطلان

ذهبت التقنيات في معالجتها للبطلان مذاهب شتى، فالمذهب الأول يرتب البطلان على كل عيب يشوب الإجراء و لو كان تافها. ومذهب آخر يجعل البطلان مجرد وسيلة تهديدية حتى تحترم الإجراءات و الأوضاع الشكلية، فإذا شابها عيب فلا تكون باطلة ، وانما تقدر المحكمة بسبب ظروف كل دعوى. و مذهب ثالث لا يجعل البطلان جزءا لكل مخالفة في القانون مهما كانت تافهة، وهو أيضا لا يترك للمحكمة تقدير حالات البطلان، و إنما يجعل للمشرع وحده الحق في تحديد هذه الحالات. و مذهب رابع يعلق الحكم بالبطلان على حصول ضرر للتمسك به في كل قضية بذاتها، فلا يحكم بالبطلان إلا إذا ترتب على مخالفة الإجراء ضرر جسيم.

### مبدأ وسيلة الأشكال

#### 1- معنى المبدأ:

يقضي هذا المبدأ بعدم إبطال إي إجراء إلا إذا كانت الغاية التي يهدف إليها القانون قد تحققت في الواقع. فالقانون قد يفرض شكل إجرائي معين لتحقيق ضمانات معينة، كحرية الدفاع أو مواجهة الخصوم. ومتى حقق الإجراء هذه الضمانات فإن التمسك ببطلانه لعدم إحترام الشكل يعني إنحراف هذا الشكل عن غايته<sup>1</sup>.

و الحقيقة أن هذا المبدأ يجد له أساسا فنيا في نظرية العمل القضائي، فالشكل الإجرائي لهذا العمل يتمثل فيما يفرضه القانون من إجراءات ذات مضمون معين تحقق بنتابعتها ضمانات معينة. أما شكلية الإجراء فهي درجة أبعد في شكل العمل القضائي، وهي مجرد وسيلة لتحقيق الشكل الإجرائي المباشر للعمل القضائي.

و تحقق الغاية من شكل الإجراء لا يعني سوى تحقق الشكل المباشر للعمل القضائي. فإذا تخلف شكل الإجراء في هذه الحالة فإن ذلك لا يؤثر في صحة العمل القضائي، ولذا لا يؤثر تخلفه طالما تحققت الغاية منه والتي تمثل شكلا مباشرا للعمل القضائي.

ويمكن تأصيل هذا المبدأ بنظرية التعسف في استعمال الحق التي تقوم على مبدأ نسبية الحقوق<sup>2</sup>. فالحق ليس غاية في ذاته وإنما هو وسيلة لتحقيق غاية معينة. ولهذا فإنه إذا نص القانون على البطلان فإن هذا الحق بإعطائه لصاحبه ضمان تحقيق الغاية من القاعدة المخالفة، فإذا تمسك صاحب الحق بالبطلان رغم تحقق الغاية من الشكل أو البيان المطلوب فإنه يعتبر إستعمالا غير مشروع للحق، لأنه لا يتمسك به بقصد تحقيق الغاية التي أعطى الحق من أجلها. مما يعد تعسفا في استعمال هذا الحق طبقا مادة: 124 مكرر مدني.

كما يعني إتباع هذا المبدأ مرونة الشكل الإجرائي للعمل القضائي. فهو يكتفي بالضمانات التي يتضمنها هذا الشكل سواء تحققت بالشكل الذي وضعه المشرع للإجراءات أو بغيره .

#### 2- موقف القانون المقارن :

<sup>1</sup> فتحي والي، نظرية البطلان في قانون المرافعات، رسالة دكتوراه، المرجع السابق، ص 342-347.

<sup>2</sup> فتحي والي : رسالة ص 271-375 رقم 199 – و المذكرة الإيضاحية لقانون المرافعات المصري .

القاعدة المسلمة في القانون المقارن أن بطلان الإجراء ليس نتيجة حتمية لتعيبه من حيث الشكل، إما أن يترتب عنه البطلان أو لا يترتب عنه، فهذا ما ثار النقاش حوله.

(أ) فالتشريع الايطالي: أخذ بهذا المبدأ صراحة في المادة:156 قانون الإجراءات المدنية والتي تنص على " أنه لا يجوز الحكم بالبطلان لمخالفة أشكال أي إجراء، ما لم يكن القانون قد نص على البطلان".

وهو ما نص عليه مشرعنا في المادة: 60 ق.إ.م.إ.

ومع هذا يجوز الحكم به إذا نقص العمل من شكلية لا غنى عنها لبلوغ الغاية. ولا يجوز مطلقا الحكم بالبطلان إذا كان العمل قد حقق الغاية التي يرمي إليها.

(ب) أما في التشريع الفرنسي<sup>1</sup>: فقد ترك أمر البطلان في بداية الأمر بيد المشرع، وقررت قاعدة البطلان الإجباري عند النص عليه، وقاعدة أنه لا بطلان إلا بنص(طبقا للمادتين: 1029، 1030 قانون الإجراءات المدنية)، وراح الفقه والقضاء يحد من جمود هذه النصوص بتقرير البطلان ولو لم ينص عليه المشرع صراحة، إذا كانت عبارة المشرع ناهية أو نافية، أو إذا كان الشكل من النظام العام أو كان الشكل جوهريا، وقد اختلفوا في تعريف الشكل الجوهرى، وقد قيل في هذا الصدد أنه الشكل الذي يتعلق بالنظام العام، أو أنه الشكل اللازم لوجود العمل، أو لتمييزه، أو لصحته، أو اللازم لتحقيق الغاية التي قصدها المشرع منه.

أما في الحالات التي نص المشرع فيها على البطلان، فقد أخذ القضاء بمبدأ أنه: لا بطلان بلا ضرر، وقد تبنى المشرع الفرنسي المبدأ فقرر أنه لا بطلان ما لم يبرره ضرر لصالح الخصم (مرسوم 30 الصادر في 30 أكتوبر سنة 1935 بتعديل المادة:173 قانون الإجراءات المدنية فرنسي).

وقد إسترشد الفقه<sup>2</sup> في تفسير هذا النص بالقواعد المأخوذة من القانون الفرنسي والمعمول بها في ظل القانون الأسبق. فقيل إن البطلان يترتب إذا نص القانون عليه صراحة أو كان النص يقننه دلالة بان كان ناصا نافيا أو ناهيا، أما إذا لم ينص القانون على البطلان فلا يترتب البطلان إلا إذا توافر شرطان:

**الشرط الأول:** أن يكون العيب جوهريا. والعيب الجوهرى هو الذي ينشأ عن مخالفة وضع جوهرى. ويكون الوضع جوهريا إذا كان متعلقا بالنظام العام، أو يترتب عليه وجود الإجراء، أو توافر صفة من صفاته المميزة له، أو تحقيق الغرض المقصود منه في القانون.

**الشرط الثاني:** أن يترتب على العيب ضررا بالخصم المتمسك بالبطلان، أي ضيع عليه المصلحة التي يقصد حمايتها. ويستثنى من هذا أن يكون البطلان متعلقا بالنظام العام أو بوجود نص قانوني، فإن البطلان يتحقق فيها دون وجود شرط الضرر.

وقد تم معارضة الأخذ بالبطلان إذا كان النص ناهيا<sup>3</sup>. وأوضح بحق أنه لا توجد أشكال جوهرية وأخرى غير جوهرية من الناحية المجردة، وإنما يكون الشكل جوهريا إذا ترتب

<sup>1</sup> عبد الباسط جميعي، المرجع السابق، ص 445-448، عرضا وافيا لنظرية البطلان في فرنسا فقها وقضاء فتحي والي رسالة ص 207-278.

<sup>2</sup> رمزي سيف، الوسيط في شرح قانون المرافعات المدنية و التجارية، المرجع السابق، ص 542.

<sup>3</sup> فتحي والي، نظرية البطلان في قانون المرافعات، رسالة دكتوراه، المرجع السابق، ص 344.

على تحققه عدم تحقق الغاية منه في الواقع، والشكل غير الجوهرى هو الذي لا يحول تخلفه دون تحقق هذه الغاية.

أما الضرر الذي يقتضيه القانون للبطلان فهو عدم تحقق الغاية من الشكل القانوني. وجعل الغاية بهذا مناط البطلان حتى في الحالات التي نص القانون فيها صراحة عليه<sup>1</sup>، و رأى يرى أن الاختلاف بين حالة النص صراحة وعدم النص على البطلان، إنما ينحصر في عبء الإثبات. أي أنه يفترض عند النص أن الغاية قد تختلف عن الشكل. ولكن يجوز للطرف الآخر التمسك بتحقيق الغاية من الشكل رغم مخالفته. وقد لجأ إلى نظرية التعسف في استعمال الحق لتبرير عدم الحكم بالبطلان إذا تحققت الغاية مع تخلف الشكل.

وقد أخذ مشرعنا بهذا الرأي في ق.إ.م.إ الحالي، وتبنى صراحة مبدأ وسيلة الأشكال. فقد نصت المادة: 60 على أن "لا يقرر بطلان الأعمال الإجرائية شكلاً، إلا إذا نص القانون صراحة على ذلك، وعلى من يتمسك به أن يثبت الضرر الذي لحقه".

حيث أنه إذا نص القانون على وجوب إتباع شكل معين، أو أوجب أن تتضمن العريضة بياناً أو إجراء معيناً وقرر البطلان صراحة جزاء على عدم احترامه، فإن الإجراء يكون باطلاً. و ليس على من تقرر الإجراء لمصلحته من الخصوم إلا أن يثبت تحقق العيب ويتمسك بالبطلان.

على أن المشرع قدر أن الإجراء ليس سوى وسيلة لتحقيق غاية معينة في الخصومة. فالقانون عندما يتطلب شكلاً معيناً أو بياناً معيناً فإنما يرمي إلى تحقيق غاية يحققها توافر هذا الإجراء أو البيان.

و يقع على عاتق من يحصل التمسك ضده بالبطلان عبء إثبات أن الإجراء أو البيان رغم تخلفه قد حقق الغاية منه فإذا ثبت هذا فلا يحكم بالبطلان.

### أولاً: مبدأ البطلان الإلزامي (الإجباري)

ويطلق على هذا المبدأ إسم المبدأ الشكلي، و وفقاً لهذا المبدأ فإن البطلان يتحقق نتيجة مخالفة جميع قواعد الإجراءات المدنية التي تنظم إجراءات الخصومة المدنية، ويقوم هذا المبدأ على أساس أن القانون لا يفرض الشروط والأشكال إلا مراعاة لأهميتها في دور الخصومة، فينبغي تقرير البطلان جزاءً لتخلفها جميعاً بغير إستثناء، لقد عرف هذا المبدأ في القانون الروماني وفي عصور الإقطاع حيث كانت الإجراءات القانونية تخضع لشروط وأشكال معينة تؤدي مخالفتها إلى التأثير على موضوع الدعوى ذاته<sup>2</sup>.

فكل مخالفة للشكل وفقاً لهذا المبدأ تؤدي للبطلان، وبدون تفرقة بين الشكل الجوهرى والشكل الثانوي، ودون النظر لأي ضرر يترتب للخصم جراء هذه المخالفة.

ويترتب البطلان دون حاجة لنصوص تشريعية، إذ أن أساس هذا المبدأ هو أن كل شكل يفرضه القانون هو ضروري والجزء الذي يجب أن يترتب على عدم احترامه هو البطلان<sup>3</sup>، فمعيار البطلان وفقاً لهذا المبدأ هو مخالفة أي قاعدة شكلية. وذلك إستناداً إلى أنه ما دام أن

<sup>1</sup> أحمد مسلم، أصول المرافعات، المرجع السابق، ص 460.

<sup>2</sup> أحمد فتحي سرور، الوسيط في قانون الإجراءات المدنية و التجارية، دار النهضة العربية، القاهرة، ط 4، ص 525.

<sup>3</sup> فتحي والي، نظرية البطلان في قانون المرافعات، المرجع السابق، ص 214.



القانون تطلب إتخاذ إجراء معين فيعني ذلك أن له أهمية خاصة، فإذا تخلف هذا الإجراء فإنه يجب أن يتقرر البطلان جزاء لهذه المخالفة.

يتميز هذا المبدأ بأن حالات البطلان محددة فيه بوضوح بصورة تحول دون تحكم القضاة في تقدير الأشكال الجوهرية وغير الجوهرية.

إلا أنه يعاب على هذا المبدأ الإسراف بالتقيد بالشكليات مما يؤدي إلى الإفراط في تقرير البطلان وتغليب الشكل على الموضوع في معظم الأحوال، وغنيًا عن الذكر أن هذا المبدأ لا يتلائم مع الإجراءات المدنية التي يجب أن تتصف باليسر والبعد عن التعقيد على نحو تؤدي معه إلى سرعة تحقيق أغراض الخصومة المدنية وهو ما يؤدي في نهاية الأمر إلى تحقيق العدالة<sup>1</sup>.

### ثانيا: مبدأ البطلان القانوني

يسمى هذا المبدأ كذلك " مبدأ لا بطلان بدون نص في القانون"، ويقابل هذا المبدأ في قانون العقوبات " مبدأ لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص في القانون"<sup>2</sup>.

و يفترض هذا المبدأ أن المشرع قد حدد حالات البطلان على سبيل الحصر، بحيث أنه إذا توافرت حالة من حالات البطلان المحددة حصرا وسلفا من قبل المشرع، فإنه يجب على القاضي أن يقوم بتقرير البطلان جزاء لمخالفة القاعدة القانونية، ولا يستطيع القاضي الإمتناع عن تقرير البطلان<sup>3</sup>، فهو لا يملك سلطة تقديرية بهذا الخصوص. وتنفرع عن هذا المبدأ قاعدتان:

- **القاعدة الأولى:** أنه لا يحق للقاضي أن يقرر البطلان جزاء لمخالفة قاعدة لم يقرر لها المشرع هذا الجزاء.

- **القاعدة الثانية:** أنه لا يجوز للقاضي الإمتناع عن تقرير البطلان في الأحوال التي يقررها المشرع<sup>4</sup>.

يؤدي هذا المبدأ إلى ضمان عدم إساءة إستعمال القضاة لسلطتهم، مما يكفل إحترام مبدأ الشرعية الإجرائية. تبدو ميزة هذا المبدأ أنه يحصر حالات البطلان، فلم يترك مجالاً للجدل أو الخلاف في الرأي حول نصيب الإجراء من الصحة والبطلان.

ويعاب على هذا المبدأ صعوبة تقرير البطلان كجزاء في حالة مخالفة الإجراءات الجوهرية إذا لم يرد البطلان عليها بنص قانوني، بالإضافة إلى أن التطبيق العملي لهذا المبدأ أظهر فيه قصورا في حالة مخالفة الإجراءات الجوهرية التي لم يرد على بطلانها نص قانوني عند مخالفتها، مما يؤدي إلى هدر المصلحة التي تتوخاها القاعدة الإجرائية التي تم مخالفتها، يضاف إلى ذلك أنه من الصعب على المشرع تحديد وحصر كافة حالات البطلان، والنص عليها في القانون.

<sup>1</sup> أحمد فتحي سرور، الوسيط في قانون الإجراءات المدنية و التجارية، المرجع السابق، ص 114.

<sup>2</sup> كامل السعيد، شرح قانون أصول المحاكمات الجزائية، دار الثقافة، عمان، الطبعة الأولى، 2001، ص 795.

<sup>3</sup> الياس أبو عيد، أصول المحاكمات المدنية، ج 2، منشورات الحلبي الحقوقية، 2007، ص 485.

<sup>4</sup> فتحي والي، الوسيط في قانون القضاء المدني، المرجع السابق، ص 151.

كما أن حالات البطلان المنصوص عليها قد لا تعبر بالضرورة عن الإخلال بغاية جوهرية تستحق البطلان، وفي الوقت نفسه لا يعني عدم النص على بطلان بعض الإجراءات أن مخالفتها لا تستحق جزاء البطلان، فقد يتضح للقضاء ضرورة الحكم ببطلان إجراءات لم يرد نص على بطلانها، إذ أنه يستحيل على المشرع الإحاطة بكل شيء، ولكن هناك أمور تكون قد إستحوذت على إنتباه المشرع تنطوي على تفاصيل عديدة لا يستطيع أن يحصرها، بحيث لا يمكن أن تكون موضوع نصوص قانونية.

### ثالثاً: مبدأ البطلان الذاتي

ويطلق على هذا المبدأ مبدأ البطلان غير المحدد، وجوهر هذا المبدأ يقوم على أساس إقرار المشرع للقاضي بسلطة تقديرية واسعة في تحديد القواعد التي يترتب على مخالفتها جزاء البطلان، وتتميز هذه القواعد عن القواعد الأخرى التي لا يترتب البطلان على الإجراءات المخالف لها<sup>1</sup>، ووفقاً لهذا المبدأ فإن أي عمل إجرائي يتصف بالبطلان إذا خالف قاعدة جوهرية حتى ولو لم ينص القانون على البطلان<sup>2</sup>.

ويكفي لتقرير البطلان عدم مراعاة شروط كان يتحتم إجراؤها، ولذلك فإنه يترك للقاضي أمر تقدير مدى جسامة المخالفة بدلا من أن يكون مقيداً بنصوص جامدة<sup>3</sup>، يتضح مما سبق أنه وفقاً لهذا المبدأ فإن المشرع ليس بمقدوره أن يحصر مقدماً حالات البطلان وأنه خشية للنتائج التي قد تترتب على هذا الحصر فإن المشرع ترك الأمر للسلطة التقديرية للقاضي يقدر فيها مدى جسامة المخالفة، حتى لا يكون طوعاً لنصوص جامدة يشاهد العيب الجسيم في العمل الإجرائي ولا يستطيع أمامه أن يفعل أي شيء لمجرد أن القانون قد فاتته النص على البطلان كجزء لهذا الإجراء المعيب<sup>4</sup>.

### نظرية البطلان الذاتي

**فكرة هذه النظرية:** تقوم فكرة هذه النظرية على أنه ليس من الضروري أن ينص المشرع صراحة على البطلان لعدم مراعاة القواعد المتعلقة به من تلقاء نفسه و لو لم يقرر المشرع البطلان جزاء له.

و الجدير بالذكر أن القضاء الفرنسي بمساعدة الفقه هو الذي أنشأ نظرية البطلان الذاتي لمواجهة ما كان ينص عليه قانون تحقيق الجنايات قديماً من حالات قليلة للبطلان، و تجد هذه النظرية سندها المباشر في "القياس"، بمعنى مضاهاة إجراء لم ينص فيه على البطلان بأخر أحاطه المشرع بهذا الجزاء. أما سنده غير المباشر، فيتمثل في فكرة العدالة<sup>5</sup>.

و من مزايا هذه النظرية أنها تقرر عدم إمكانية حصر جميع حالات البطلان مقدماً في قواعد تشريعية محددة، و لذلك ترك الأمر لتقدير القضاة بالنسبة للإجراءات الجوهرية التي

<sup>1</sup> عبد الحكم فودة، الدفوع و الدفعات في المواد المدنية و الجنائية في ضوء الفقه و قضاء النقض، المرجع السابق، ص 107.

<sup>2</sup> عباس العبودي، شرح أحكام قانون المرافعات المدنية، المرجع السابق، ص 164.

<sup>3</sup> أحمد فتحي سرور، الوسيط في قانون الإجراءات المدنية و التجارية، المرجع السابق، ص 116 .

<sup>4</sup> أحمد فتحي سرور، الوسيط في قانون الإجراءات المدنية و التجارية، المرجع السابق، ص 117 .

<sup>5</sup> (ROUX (JA) " cour de droit criminel français " Tome 2 N° 82 p 322 note 15,2ed pris 1927 .

يترتب عليها البطلان. لكن الأخذ بهذه النظرية يثير مشكلة تحديد القواعد الجوهرية و القواعد غير الجوهرية، و الأمر لا يكون سهلاً دائماً لإجراء تفرقة واضحة المعالم بين الإجراءات الجوهرية التي يترتب عليها البطلان و تلك التي نظر إليها على أنها ثانوية و لا يترتب على مخالفتها أي بطلان، فهذه عقبة ليس من السهل تجاوزها لأنه قد ينتج عنها إختلاف وجهات النظر و التضارب في الأحكام.

و هذا المبدأ يمكن تطبيقه وحده، فلا ينص على البطلان إطلاقاً ويعطي سلطة تقديرية في الحكم بالبطلان من عدمه للقاضي، وتعتبر هذه الصورة هي الصورة المتطرفة لهذا المبدأ، ويمكن الأخذ بهذا المبدأ مع مبدأ البطلان بغير نص "البطلان القانوني"، فلا يكون للقاضي سلطة للحكم بالبطلان عندما لا ينص القانون عليه، فإذا نص القانون عليه فإنه للقاضي الحكم به من عدمه ويكون البطلان المنصوص عليه في هذه الحالة هو عبارة عن تهديد لمن يخالف الشكل القانوني، وعندئذ يقال أن هذا البطلان تهديدي ويمكن الأخذ بهذا المبدأ مع مبدأ البطلان الإيجابي أي أنه عندما ينص المشرع على البطلان فإن القاضي يكون ملزماً بالحكم به، وإذا لم ينص عليه فإن للقاضي الحرية المطلقة في الحكم أو عدم الحكم به<sup>1</sup>.

**نقد النظرية:** يعاب على هذه النظرية أن الأخذ بها يؤدي إلى نتائج خطيرة، إذا بناءً عليه ستهمل القواعد المعتمدة غير جوهرية و لا يعمل بها، ما دام ليس هناك جزاءً محددًا يترتب على مخالفتها. و هو ما يتعارض مع رغبة المشرع الذي لا يملأ أحكامه لكي تهدر قيمتها، بل يقصد بها تحقيق مصلحة حيوية، و إلا لما كان هناك حاجة للنص عليها.

كما أنه يعاب على هذا المبدأ أنه قد يؤدي إلى الخلاف بين القضاة أثناء تقديرهم للمخالفة الجسيمة والمخالفة غير الجسيمة، وعدم الحياد معيار دقيق للتمييز بين القواعد الجوهرية وغير الجوهرية وهو أمر يصعب حله<sup>2</sup>، إلا أن بعض الفقه خفف من هذا العيب إذ يرى أن الخلاف في الرأي من أجل الوصول إلى حل سليم وعادل هو أمر يتفق مع طبيعة التشريعات الجزائية، وأن الخلاف القانوني سيبقى قائماً ما بقي الفكر القانوني، وأن حصر حالات البطلان لن يحول دون الإختلالات الفقهية حول تفسير القانون<sup>3</sup>.

#### رابعاً: نظرية البطلان الشكلي

مفاد هذه النظرية أن البطلان يترتب على مخالفة كافة القواعد الإجرائية المنظمة للخصومة، لأن المشرع عندما ينص على شكلية معينة تتم في إطار الخصومة، فهو يراعي أهميتها وبالتالي وجوب إتباعها و إلا ينجر عنها البطلان.

ويعاب على هذه النظرية رغم سهولتها، مغالاتها في تحديد حالات البطلان نتيجة التقيد بالشكلية.

#### نقد النظرية :

يعاب على هذه النظرية أنها تستند على تنبؤ المشرع مسبقاً بأحوال البطلان مع أنه يستحيل عليه أن يتنبأ بكل شيء مسبقاً.

<sup>1</sup> فتحي والي، نظرية البطلان في قانون المرافعات، المرجع السابق، ص 217.

<sup>2</sup> أحمد فتحي سرور، الوسيط في قانون الإجراءات المدنية و التجارية، المرجع السابق، ص 537.

<sup>3</sup> فتحي والي، الوسيط في قانون القضاء المدني، المرجع السابق، ص 457.

بل أن الأمور التي تكون قد إستترعت إنتباه المشرع بوجه خاص، إنما هي نفسها تحتوي على تفاصيل عديدة لا يستطيع المشرع أن يحصرها و هي متطورة بحيث لا يمكن أن تكون موضوع نصوص في القانون، ثم كيف تقيد فعل الزمن أو تعارض سير الحوادث أو تقف في طريق التطور، ثم كيف نستطيع أن نقدر سلفاً ما تستطيع التجربة وحدها أن تطلعنا عليه؟ و هل من المستطاع التنبؤ بأشياء لا يستطيع الفكر وحده أن يصل إليها؟.

إن أي تقنين مهما بدى كاملاً ما يكاد يفرغ منه واضعوه حتى تثور بصده آلاف المسائل أمام المفسر، و القوانين متى تم وضعها تبقى على ما وضعت عليه، أما المجتمع فهو في حركة دائمة، و هذه الحركة الدائمة و ما يترتب عليها من آثار تتغير بتغير الظروف، و تأتي في كل يوم بجديد و يقع على المفسر مهمة سد ما يتركه التشريع من فراغ.

### خامساً: مبدأ لا بطلان بغير ضرر

ويقصد بهذا المبدأ أن البطلان لا يحكم به حتى مع النص عليه، إلا إذا تحقق ضرر من المخالفة، وأساس هذا المبدأ يقوم على أن الهدف والغاية من القانون هو حماية مصلحة معينة، فإذا لم يمس هذه المصلحة ضرر، فإن الحكم بالبطلان يعني مجافياً للعدالة ومنافياً لإرادة المشرع، ومناطق تحقق البطلان وفقاً لهذا المبدأ هو حصول الضرر وحده من أجل الحكم بالبطلان، سواء كان منصوصاً عليه صراحة أم لا<sup>1</sup>.

ولكن أنصار هذا المبدأ اختلفوا بشأن تحديد نوع الضرر فيما إذا كان الضرر الذي يمس حق الدفاع، أو الضرر الذي يمس مصلحة أي طرف من أطراف الدعوى، أو الضرر الذي ينتج عنه عدم تحقيق الغاية التي إبتغاها المشرع.

وفي هذا المجال ذهب بعضهم إلى أن المقصود بالضرر، فهو ليس الضرر الواجب توافره لإنعقاد المسؤولية المدنية، فحدده بعضهم بأنه الإضرار بمصالح الدفاع، وذهب البعض الآخر إلى أن المقصود به هو الإضرار بمصالح الخصم ولو لم يصل إلى حد المساس بحق الدفاع، بينما ذهب فريق ثالث إلى أن الضرر المقصود هو تخلف الغاية من الشكل<sup>2</sup>.

**ميزة هذا المبدأ:** يتميز هذا المبدأ بأنه يؤدي إلى تلاقي عيوب نظرية البطلان الإجباري فلا يؤدي إلى غلبة الشكل على الجوهر وضياع الحق لمجرد خطأ مادي، وبالتالي لا يشجع الخصم السيء النية، كما أن هذا المبدأ يتخلص من عيوب مبدأ البطلان الذاتي، إذ ليس للقاضي مطلق السلطة، وإنما يقيد بها بوجود تحقق الضرر<sup>3</sup>، وكذلك فإن هذا المبدأ يوفق بين مبدأي البطلان الإلزامي والذاتي، ويعمل على تفادي العيوب الموجهة لكل منهما.

**ويعاب على هذا المبدأ:** بأن مجرد مخالفة أي قاعدة جوهرية فإن ذلك بحد ذاته ينطوي على تحقق الضرر، الأمر الذي يترتب عليه إهدار المصلحة المرجوة من النص على القاعدة الإجرائية، كما أن البحث عن وجود الضرر من عدمه يؤدي إلى تحكم القضاة عند بحثهم عن

<sup>1</sup>فتححي والي، الوسيط في قانون القضاء المدني، المرجع السابق، ص 220.

<sup>2</sup>عباس العبودي، شرح أحكام قانون المرافعات المدنية، المرجع السابق، ص 155.

<sup>3</sup>عبد الحكم فودة، البطلان في قانون المرافعات المدنية، المرجع السابق، ص 107.

<sup>2</sup> تنص المادة:60 ق.إ.م.إ: "لا يقرر بطلان الأعمال الإجرائية شكلاً، إلا إذا نص القانون صراحة على ذلك، و على من يتمسك به أن يثبت الضرر الذي لحقه"

الضرر، وبالتالي عند تقريرهم لوجود هذا الضرر، و هو ما يؤدي إلى تخلي المشرع عن وظيفته في تحديد حالات البطلان للقضاء، لأن أحوال البطلان يجب أن يحددها المشرع مقدما سواء بالنص الصريح عليها أو بتحديد الأشكال الجوهرية التي يستتبط القاضي جوهرها من علة التشريع.

لقد إعتنق المشرع الجزائري في البطلان مذهباً: المذهب الذي أخذ بمبدأ البطلان القانوني، و المذهب الذي يتبنى مبدأ لا بطلان بغير ضرر. ويتضح ذلك من خلال نص المادة: 60 ق.إ.م.إ.ج.<sup>2</sup>

ومن خلال تحليل موقف المشرع الجزائري نلاحظ أنه قد حرص على التوفيق بين إعتبارين هما:

1. ضرورة إحترام الشكل الذي يفرضه القانون للعمل الإجرائي.

2. ضرورة عدم التضحية بالحق من أجل الشكل ، فلا يجوز أن يهدر الحق الموضوعي نتيجة بطلان الإجراءات التي هي بمثابة وسيلة لحماية الحق. و نتيجة لذلك فإن القانون لا يرتب البطلان على أي عيب يشوب العمل الإجرائي، وإنما يجب أن يشوبه عيب جوهري.

و قد أخذ المشرع الجزائري كما هو واضح من نص المادة: 62 ق.إ.م.إ. تحقّق الغاية من الإجراء لتحديد حالات البطلان، ذلك أن حجر الأساس في نظرية البطلان، هي فكرة تحقّق الغاية من الإجراء<sup>1</sup>، سواءً نص القانون صراحة على البطلان أو لم ينص، فإن عدم تحقّق الغاية من الإجراء أو تحقيقتها هو المعيار الذي بموجبه يقرر البطلان أو لا يتقرر<sup>2</sup>.

## الفرع الثالث: البطلان المتعلق بالنظام العام و البطلان المقرر لعيب في الموضوع

بجانب البطلان المقرر للمصلحة الخاصة، هناك البطلان المتعلق بالمصلحة العامة<sup>3</sup>، و يخضع التمسك بالبطلان المقرر للمصلحة العامة لقواعد مختلفة عن تلك التي تحكم البطلان

<sup>1</sup> عبد الحميد الشواربي، الدفوع المدنية والإجرائية والموضوعية، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2002، ص 475.  
<sup>2</sup> المادة: 62 ق.إ.م.إ.:"يجوز للقاضي أن يمنح أجلا للخصم لتصحيح الإجراء المشوب بالبطلان، بشرط عدم بقاء أي ضرر قائم بعد التصحيح.

يسري أثر هذا التصحيح من تاريخ الإجراء المشوب بالبطلان".

<sup>3</sup> يميل فقه القانون المدني إلى تقسيم البطلان إلى بطلان نسبي " حيث تتخلف شروط صحة التصرف القانوني" و بطلان مطلق " حيث يفقد التصرف ركن من أركانه- المتمثلة في الرضاء و الحل و السبب، و الشكل في العقود الشكلية و التسليم في العقود العينية" عبد الحكم فودة- البطلان في القانون المدني و القوانين الخاصة 1993- ص 360 وما بعدها.

و في قانون المرافعات، فإن القضاء يتكلم في العادة عن بطلان نسبي و بطلان يتعلّق بالنظام العام، أما الفقه فهو مستقر على تقسيم البطلان إلى بطلان لحماية المصالح الخاصة، و بطلان يتعلّق بالنظام العام و الذي يحمي المصالح العام، أي أن أساس التقسيم هي طبيعة المصلحة التي تحميها القاعدة التي تمت مخالفتها ". والى فتحي، نظرية البطلان في قانون المرافعات، رسالة دكتوراة، المرجع السابق، ص 536.

و الواقع ان المشرع و هو يحمي المصلحة الخاصة فهو يحمي في الوقت نفسه المصلحة العامة باعتبار أن ما يحقق خير الفرد يحقق خير المجموع. كما أنه حينما يحمي المصلحة العامة يحمي في ذات الوقت المصالح الخاصة، على أساس أن ما يحقق خير المجتمع يعود على أفراده بالخير أيضا. لكن ذلك لا يمنع في مجال صراع الفرد على حقوقه حين تصطدم مصالحته بمصلحة المجتمع. فليس من الحتمي ان يتطابقا بل كثيرا ما يصطدما، و من هنا تنشأ ضرورة تغليب إحداها على

المقرر لحماية المصالح الخاصة للخصوم. فالتمسك بهذا النوع من البطلان ليس هو فقط للخصم المقرر البطلان لصالحه، وإنما هو لكل شخص له مصلحة، سواء من باشر العمل أو من بوشر ضده العمل<sup>1</sup>، أي كل من يكون في مركز قانوني يتأثر ببطلان العمل الإجرائي.

فيمكن أن يثير هذا البطلان الخصم الذي إتخذ الإجراء الباطل، أو الشخص الذي تحميه مباشرة القاعدة التي تمت مخالفتها، و يمكن ذلك أيضا للخصم الآخر، و لجميع الخصوم الآخرين في القضية، سواء كانوا أصليين أم متدخلين، حتى أنه يمكن للخصم الذي تسبب في البطلان أن يتمسك به، ذلك أنه يجب فرض إحترام القاعدة المتعلقة بالنظام العام قبل أي شيء آخر، على الرغم مما يسببه ذلك من عدم الإرتياح، إذ يتم السماح لشخص بأن يستفيد من خطأ إرتكبه، أو أنه يمكن أن يتمسك بالبطلان خصم الشخص ناقص الأهلية، أو أن يتمسك به ناقص الأهلية نفسه، الذي يعتبر نقص الأهلية عندئذ عقاب له و ليس مبررا لحمايته. فطالما تم مخالفة قاعدة متعلقة بالنظام العام، فإنه يحق لأي من الخصوم التمسك بالبطلان الناجم عن تلك المخالفة، مع أن في السماح بذلك في بعض الأحوال يشكل تعارضاً مع بعض المبادئ الأساسية مثل مبدأ: لا يستفيد الشخص من خطأ إرتكبه، ومبدأ نقص الأهلية المقرر لحماية مصالح ناقص الأهلية نفسه لا مصالح الخصم الآخر، و يبرر ذلك ضرورة رعاية المصالح العامة التي تسمو على أي اعتبار<sup>2</sup>.

أي أن الخصم الذي تقرر البطلان لصالحه هو وحده الذي يتمسك بالبطلان، طالما أنه لم يتسبب فيه، و أن ذلك لا يختلف حتى في أحوال التضامن و عدم التجزئة، و كما أن له التنازل عن التمسك بهذا البطلان، إلا أن كل ذلك مقصور على البطلان المقرر للمصالح الخاص<sup>3</sup>.

كما أنه لكل خصم أن يتمسك بالبطلان متى كان متعلقا بالنظام العام، كذلك يمكن للمحكمة أن تثير هذا البطلان من تلقاء نفسها، و للنيابة العامة أيضا التمسك بهذا البطلان. و فكرة النظام العام إنما تعبر عن ضرورة حماية المصلحة العليا للمجتمع، و هي فكرة مرنة تختلف باختلاف الزمان و المكان<sup>4</sup>.

و هي تلعب دورا كبيرا في مجال الدعوى، إذ تعتبر الدعوى بحق المكان الإستراتيجي و المعقل الأخير للنظام العام<sup>5</sup>، و أنه لما كانت القواعد الأساسية في أي مجتمع ما متغيرة فإن تحديد ما يتصل مباشرة بالنظام العام يخرج عن نطاق المشرع الذي يجب أن تتوافر في قواعده الثبات ليدخل في نشاط القاضي. و إن كان القانون قد ينص في بعض الحالات على تعلق بطلان ما بالنظام العام. و إذا لم يوجد نص بذلك فليس معنى هذا أن الأمر لا يتعلق بالنظام العام، و إنما يعتبر الأمر متروكاً لإجتهد القاضي<sup>6</sup>.

الأخرى، فيغلب المشرع تارة المصلحة الخاصة على أساس أنها أولى بالحماية، بينما يغلب تارة أخرى المصلحة العامة لكونها الأولى بأخذها بالإعتبار

<sup>1</sup> محمود محمد هاشم، نحو نظرية عامة لفكرة النظام العام في قانون المرافعات، دار النهضة العربية القاهرة الطبعة الأولى 2002، ص 208.

<sup>2</sup> فتحي والي، الوسيط في قانون القضاء المدني، المرجع السابق، ص 220.

<sup>3</sup> أحمد أبو الوفا المرافعات المدنية و التجارية، المرجع السابق، ص 322.

<sup>4</sup> علي أبو عطية هيكل، الدفع بالإحالة، الدار الجامعية، الإسكندرية، 2004 ص 392.

<sup>5</sup> عبد الحكم فودة، البطلان في القانون المدني و القوانين الخاصة، المرجع السابق، ص 107.

<sup>6</sup> فتحي والي، الوسيط في قانون القضاء المدني، المرجع السابق، ص 412.

أي إن تعلق البطلان بالنظام العام يستفاد من نص المشرع على أن المحكمة تقضي به من تلقاء نفسها(و نادراً ما ينص المشرع على ذلك)، بينما يستفاد عدم تعلق البطلان بالنظام العام من نص المشرع على أن المحكمة لا تقضي به إلا بناء على طلب أو بنص<sup>1</sup>، على أن البطلان يزول بتنازل من له الحق في التمسك به، و إذا كان المشرع لم يضع نصاً تشريعياً بهذا المعنى، فإن القاضي يضع نصب عينيه نوع المصلحة التي يرمي المشرع إلى حمايتها بالقاعدة المخالفة هل هي مصلحة عامة؟ فيكون البطلان متعلقاً بالنظام العام، أم مصلحة خاصة؟ فيكون البطلان خاصاً<sup>2</sup>.

و يمكن القول أن غالبية الأشكال في ق.إ.م.إ. مقررة للمصلحة الخاصة، أما الأشكال المتعلقة بالنظام العام فنادرة، ولا يجمعها طابع مشترك واضح، و يعتبر البطلان متعلقاً بالنظام العام، متى كانت تلك القواعد المتعلقة بالنظام القضائي كقواعد صلاحية القاضي، و التي تنظم الشروط اللازمة لوجوده و صحته، والقواعد المتعلقة بصلاحيات أعوان القضاء، لأنها تهدف لمصلحة عامة هي حسن سير القضاء<sup>3</sup>.

و يعتبر الأشكال متعلقاً بالنظام العام أيضاً تلك القواعد المتعلقة بالأهلية و كذا التمثيل القانوني.

كما أن من البطلان لعيب شكلي ما يتعلق بالنظام العام، فجميع الأشكال التي ترمي إلى ضمان حسن سير القضاء كمرفق عام فهي تتعلق بالنظام العام، و مثالها وجوب أن تكون الجلسة علنية وأن تصدر الأحكام علنية في الجلسة وبإسم الشعب الجزائي وتحرر الأحكام باللغة العربية. كذلك ما يتعلق بالمساس بحق الدفاع، و أيضاً بعض المواعيد المتعلقة بالنظام العام<sup>4</sup>، كضرورة إحترام مواعيد الطعن في الأحكام و القرارات القضائية.

و نفس الحكم ينطبق على إغفال البيان الخاص بتوقيع المحضر على صورة التكليف بعدم ذاتيتها كورقة رسمية فيكون البطلان الناشئ عنه متعلقاً بالنظام العام فلا يسقط بالحضور و لا بالنزول عنه و إنما يكون للخصم أن يحضر الجلسة و أن يتمسك به<sup>5</sup>، كذلك الحال حينما لا تختم عريضة الدعوى و لا توقع من قبل المحامي، أو حينما لا يوقع على عريضة الإستئناف من قبل محام أمام المجلس بإستثناء قضايا العمال و كذا قضايا شؤون الأسرة<sup>6</sup>، أو لم يوقع عريضة الطعن بالنقض من محام معتمد لدى المحكمة العليا<sup>7</sup>، ففي كل تلك الأحوال هناك نكون أمام حالة بطلان، و لو كانت عريضة الدعوى بسيطة لا تحتاج إلى عناء أو جهد قانوني، أو كان الحكم الابتدائي الصادر فيها ظاهر الفساد أو غير مسبب، فالعبرة هنا بالشكل، و لا يغني عنه تحقق الغاية منه، فإن لم يتم النطق بالحكم في جلسة علنية، أو إذا غفل الحكم بيان جوهرى جعله لا يدل بذاته على إستكمال شروط صحته كما لو

<sup>1</sup> أمينة مصطفى النمر، الدعوى و إجراءاتها، دار النهضة العربية، القاهرة، 1990، ص 407.

<sup>2</sup> فتحي والي، الوسيط في قانون القضاء المدني، المرجع السابق، ص 412.

<sup>3</sup> وجدي راغب فهمي، دراسات في مركز الخصم أمام القضاء المدني، المرجع السابق، ص 364.

<sup>4</sup> فتحي والي، الوسيط في قانون القضاء المدني، المرجع السابق، ص 413.

<sup>5</sup> أنور طلبه، موسوعة المرافعات المدنية و التجارية، المرجع السابق، جزء 5، ص 105.

<sup>6</sup> المادة: 504 ق.إ.م.إ. التي تنص على أن يجب أن تتضمن عريضة الإستئناف تحت طائلة عدم القبول شكلاً..... - 6 ختم و توقيع المحامي و عنوانه المهني ما لم ينص القانون على خلاف ذلك.

<sup>7</sup> المادة: 567: ق.إ.م.إ. تنص على أنه "يجب أن تحمل عريضة النك بالنقض و تحت طائلة عدم قبولها شكلاً تلقائياً، توقيع الخطي و ختم محامي معتمد لدى المحكمة العليا و عنوانه المهني".

سهى الحكم من ذكر إسم أحد قضاة الحكم الذين أصدره، فهذه الحالات كلها تنطوي على حالة البطلان المتعلق بالنظام العام.

من ذلك نجد أن البطلان المقرر لمخالفته قواعد تتعلق بالنظام العام، و إن كانت حالاته قليلة بالمقارنة بالبطلان المقرر لحماية المصالح الخاصة، إلا أن المشرع يوسع من دائرة التمسك به، حماية للمصالح العام. فيمكن لأي من الخصوم أن يتمسك به في أي وقت، و لا يسقط بالتنازل عنه وفقاً لأحكام المادة: 65 ق.إ.م.إ. لأنه متعلق برعاية مصلحة عامة لا تدخل في سلطة الخصم، و لا حق له أن يتنازل عن هذا العيب الذي يمس هذه المصلحة<sup>1</sup>. فهذا النوع من البطلان لا يسقط سواء بالتنازل أو بفوات الوقت، فيمكن التمسك به أمام محكمة أول درجة في أي وقت، كما يمكن كذلك التمسك به على مستوى المجلس فس حالة الاستئناف، أو في حالة الطعن بالنقض أمام المحكمة العليا، سواءً ورد البطلان في إجراءات أم في الحكم<sup>2</sup>، كذلك يمكن أن يتمسك بهذا البطلان الخصم و لو كان هو المتسبب فيه.

من ناحية ثانية فإن للقاضي طبقاً للمادة: 65 ق.إ.م.إ. أن يثير تلقائياً إنعدام الأهلية كما يجوز له أن يثير تلقائياً إنعدام التفويض لممثل الشخص الطبيعي أو المعنوي.

وبذلك فإن المحكمة تقضي بالبطلان من تلقاء نفسها، و لو لم يتمسك به أي من الخصوم، و ذلك دفعا لأي مخالفة قد ترد على المصالح العامة، حتى و إن تجاوز الخصوم عنها، أو غفلوا عن الدفع بها، و لو لم ينص المشرع على ذلك، حيث نادراً ما يأتي بنص في هذا المعنى، فيكفي أن نكون بصدد مصلحة عامة تحميها القاعدة المخالفة. فالأثر السلبي للنظام العام يمنع كل أعمال أو إجراءات من شأنها أن تؤثر على سير مرفق القضاء، أو تمس المصالح العامة. و إذا حدثت تلك الأعمال أو الإجراءات كانت باطلة<sup>3</sup>، كذلك للمحكمة أن تقوم بذلك الرد من تلقاء نفسها<sup>4</sup>.

و نرى أن المحكمة يجب عليها أن تقضي بالبطلان في تلك الأحوال، و لا يترك الأمر لتقديرها، ذلك أنها الحصن الأمين و الملجأ الأخير الذي نحتمي به للدفاع عن المصالح العامة، فطالما أنها قد تبينت من الأقوال و الوثائق المعروضة عليها وجود مثل هذا البطلان فإنه عليها أن تقضى به من تلقاء نفسها، والحجة في ذلك أنها إذ لم تفعل بذلك كان حكمها معيباً، لأنه مبني على بطلان لم يتمسك به أحد، ولأنها لم تحكم به، فيطعن في هذا الحكم، و على المجلس أن يلغيه لوجود بطلان لم تقض به تلك المحكمة، مما يعني أنه يجب عليها القضاء به تلقائياً. و تقضي المحكمة من تلقاء نفسها بالبطلان، سواءً كان أمام محكمة أول درجة، أو على مستوى المجلس في الدرجة الثانية، أو حتى أمام المحكمة العليا<sup>5</sup>. إذ يمكن للمحكمة العليا من تلقاء نفسها، إثارته بموجب ما تنص عليه المادة: 360 ق.إ.م.إ.<sup>6</sup>، و من أوجه الطعن إثارة الأسباب المتعلقة بالنظام العام وإنعدام الدفاع عن ناقصي الأهلية طبقاً

<sup>1</sup> أحمد مليجي، التعليق على قانون المرافعات، المرجع السابق، ص404.

<sup>2</sup> أحمد فتحي سرور، نظرية البطلان في قانون الإجراءات الجزائية، رسالة دكتوراة، المرجع السابق، ص 537.

<sup>3</sup> عبد الحميد الشواربي، الدفوع المدنية الإجرائية و الموضوعية، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2004، ص 475.

<sup>4</sup> فتحي والي، نظرية البطلان في قانون المرافعات دراسة تأصيلية في قانون المرافعات، رسالة دكتوراة، المرجع السابق، ص 223.

<sup>5</sup> عبد الحكم فودة، موسوعة البطلان، المرجع السابق، ص 109.

<sup>6</sup> المادة: 619 إ.م.ف. فقد أجازت للخصوم، أن يبدوا لأول مرة أمام محكمة النقض أسباب القانون البحث، الأسباب الناشئة عن القرار المطعون فيه.



للمادة: 18/358 و لو لم يسبق التمسك بها أمام محكمة الموضوع أو في عريضة الطعن<sup>1</sup>، فهذا البطلان المتعلق بالنظام العام لا يجب السماح به، و إنما يجب القضاء به.

و من أهم ما يميز البطلان المتعلق بالنظام العام أن للمحكمة أن تقضي به من تلقاء نفسها، أما البطلان الخاص فلا يمكن للقاضي أن يحكم به تلقائياً، و إن فعل ذلك فإنه يعتبر قد تجاوز سلطته، و إنعدام السلطة أو تجاوزها لا يمثل دفعاً بعدم الإختصاص و لكنه وجه من وجوه عدم القبول، و يقبل حكم القاضي عندئذ الطعن لإبطاله، و يمكن إبداء ذلك في أية حالة كانت عليها الدعوى.

و تجدر الملاحظة أنه إذا كانت المحكمة تلتزم عندما يتعلق البطلان بالنظام العام بالحكم به من تلقاء نفسها، فإن هذا لا يعفى الخصم من عبء الإثبات.

فالمسألة التي يمكن القضاء فيها من تلقاء نفس القاضي لا يمكن أن يثيرها القاضي و يحكم فيها إذا تبين له ضرورة القيام ببحث واقعة لا يجد في الأوراق و الأقوال التي أبدت أمامه العناصر اللازمة التي كان يجب على الخصم تقديمها و لم يفعل<sup>2</sup>.

و كذلك يجب مراعاة أن يتم التمسك بالبطلان المتعلق بالنظام العام و الحكم به معلق على عدم تحقق الغاية من الشكل الذي تمت مخالفته، فتحقق الغاية من الإجراء مانع من الحكم بالبطلان أيًا كانت صورته، و هو ما نصت عليه المادة:66 من ق.إ.م.إ. بالقول: " لا يقضى ببطلان إجراء من الإجراءات القابلة للتصحيح، إذا زال سبب ذلك البطلان بإجراء لاحق أثناء سير الخصومة"<sup>3</sup>.

أي حتى لو كان متعلقاً بالنظام العام، فيمكن للخصم المتمسك بصحة الإجراء أن يثبت تحقق الغاية من الشكل، رغم تخلف هذا الشكل، فلا تقضي بذلك البطلان<sup>4</sup>. فيتم التناهي عن هذا البطلان ما دام لم يترتب عليه أي مساس بالغاية التي نظم الشكل من أجلها. فتحقق الغاية إنما هو دليل على عدم المساس بالنظام العام<sup>5</sup>، و بذلك يحاول المشرع الحد من دائرة البطلان، حتى و إن تعلق بالنظام العام، مغلباً المصلحة التي تعود من جراء تحقيق الشكل للغاية منه على المصلحة التي يحميها النظام العام، و هو مسلك لم يكن المشرع ليقدم عليه لولا إدراكه لخطورة البطلان، فحاول حصر مجاله في أضيق نطاق.

على أن هناك أشكالاً لازمة دائماً لتحقيق الغاية منها، بمعنى أن الغاية لا يمكن أن تتحقق إذا تخلف الشكل. فالشكل وحده هو المطلوب من جانب المشرع، أي أنه هو الوسيلة الوحيدة لتحقيق الغاية المقصودة منه، مثال ذلك التوقيع على محضر التكليف بالحضور، إذ هو وسيلة إضفاء صفة الرسمية عليها، و كذلك توقيع القاضي على الحكم فهو وسيلة بيان إرادته في الحكم، كما أن التسبيب هو وسيلة بيان إقتناعه بما قضى به، و لذا يؤدي تخلف هذه الأشكال إلى بطلان الإجراء حتماً دون حاجة إلى البحث في تحقيق الغاية أو عدم تحققها<sup>6</sup>،

<sup>1</sup> محمد عزمي البكري، الدفعوع في قانون المرافعات في ضوء الفقه و القضاء طبقاً لأحدث التعديلات، دار محمود للنشر و التوزيع، الطبعة الثالثة، 2001، ص 58.

<sup>2</sup> فتحي والي، الوسيط في قانون القضاء المدني، المرجع السابق، ص 416.

<sup>3</sup> محمود هاشم، نحو نظرية عامة لفكرة النظام العام في قانون المرافعات، المرجع السابق، ص 209.

<sup>4</sup> أبو الوفاء، التعليق على نصوص قانون المرافعات، المرجع السابق، ص 182.

<sup>5</sup> نبيل إسماعيل عمر، أصول المرافعات الشرعية و علم القضاء في المملكة العربية السعودية، المرجع السابق، ص 1017.

<sup>6</sup> وجدي راغب فهمي، دراسات في مركز الخصم أمام القضاء المدني، المرجع السابق، ص 363.

فنحن بصدد بطلان متعلق بالنظام العام لا وسيلة لتصحيحه، و يمكن للكافة التمسك به، و لا يجدي تحقق الغاية لتجنب الحكم به، فالقضاء بذلك البطلان أمر حتمي، لم يجد المشرع بديلا عن ذلك لأنه إفتراض قطعاً أن المصلحة التي يحميها هذا الشكل تتخلف بتخلفه.

أما في القانون الفرنسي، فإن فكرة البطلان المتعلق بالنظام العام بدأت تتقلص لصالح نوع آخر من البطلان هو البطلان لعيب في الموضوع. فأوجه البطلان المتعلقة بالنظام العام أصبحت في غالبيتها من أوجه البطلان لعيب في الموضوع.

و لقد عالج المشرع الفرنسي هذا البطلان في المواد: من 117 إلى 121 من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي، بينما عالج البطلان لعيب في الشكل في المواد: من 112 إلى 116 من قانون الإجراءات المدنية، و ذلك من منطلق أن العمل الإجرائي إنما هو عمل قانوني شكلي يلزم لقيامه صحيحا قابلا لأن يرتب آثاره نوعين من المقتضيات:

### النوع الأول: مقتضيات موضوعية

تتعلق بجوهر العمل ذاته من حيث إرادية العمل و صلاحية القائم به و المحل الذي يرد عليه و نحو ذلك مما قد يتطلبه القانون من مقتضيات، و أسباب موضوعية، و إذا كانت تلك المقتضيات معينة أو متخلفة فإن المخالفة تشكل سبباً موضوعياً للبطلان.

### النوع الثاني: مقتضيات شكلية

و هي تتعلق بالوسيلة التي يقرها القانون للقيام بهذا العمل، فإذا تعلقت المخالفة بالوسيلة التي يقرها القانون لمباشرة العمل سواءً كانت تلك الوسيلة عنصراً داخلياً في العمل أو ظرفاً له، كميعاد يجب أن يباشر خلاله، أو مكان معين يجب القيام فيه، فإنها تشكل سبباً شكلياً للبطلان<sup>1</sup>. فالبطلان لعيب في الموضوع يشوب العمل الإجرائي بوصفه عملاً قانونياً، بينما البطلان لعيب في الشكل يشوب العمل الإجرائي بوصفه وسيلة يقرها المشرع للقيام بهذا العمل<sup>2</sup>.

و لقد عدّ المشرع الفرنسي أسباب البطلان لعيب في الموضوع، في المادة: 117 ق.إ.م.ف، و هي تدور حول عدم توافر أهلية التقاضي، و تخلف سلطة الخصم أو سلطة شخص يظهر في الدعوى بإعتباره ممثلاً لشخص معنوي أو لشخص طبيعي ناقص الأهلية، و يبدو أن المحكمة العليا الفرنسية تتجه إلى إعتبار هذا التعداد قد ورد على سبيل الحصر.

ويمكن القول أنه يتم التعبير أحياناً عن الشكل الجوهرى بأنه شكل متعلق بالنظام العام<sup>3</sup>، وأحياناً يتم الفصل بينها، ويرى جانب من الفقه إعتبار مخالفة شكل متعلق بالنظام العام عيباً في الموضوع، بينما يذهب القضاء الفرنسي إلى إخضاع البطلان لمخالفة شكل متعلق بالنظام العام لنظام البطلان لعيب في الشكل<sup>4</sup>. و إن كان لكل شخص صاحب مصلحة التمسك به، ولو كان هو المتسبب فيه، وللمحكمة من تلقاء نفسها أن تقضي به.

<sup>1</sup> عباس العبودى، شرح أحكام قانون المرافعات المدنية، المرجع السابق، ص 155.

<sup>2</sup> VINCENT J. et GUINCHARD S., Procédure civile, Dalloz, Paris, 26éd, 2001, P367.

<sup>3</sup> عبد المنعم الشرقاوي، الوجيز في قانون المرافعات، المرجع السابق، ص 288.

<sup>4</sup> فتحي والي، مبادئ قانون القضاء المدني، المرجع السابق، ص 217.

ويعتبر الشكل جوهرياً عادة، حينما يتعلق الأمر بذكر بيانات منها: التاريخ، تحديد هوية المبلغ إليه، وخاصة تحديد موطنه، تحديد موضوع العريضة، وتوضيح الجهة القضائية المعروضة عليها الدعوى وبيان تاريخ وساعة، والتحديد الكامل للحكم المطعون فيه.

والأشكال الجوهرية لا يمكن حصرها، والقاضي يحدد ما إذا كان الشكل جوهرياً أم شكلاً بسيطاً، وهو يتمتع بسلطة تقديرية كبيرة في ذلك، إذ أن صيغة "الشكل الجوهرية" لها صيغة مرنة جداً، والمشرع يقصد ذلك لإعطاء القاضي سلطة تقديرية واسعة<sup>1</sup>، ولا يشترط وجود نص عليه حتى يحكم القاضي به، وإن كان يجب تحقق ضرر نتيجة مخالفته.

أما الأشكال التي لا تتعلق بالنظام العام، وغير الجوهرية، أو ما يسمى بالأشكال الثانوية أو التبعية، فهي تخضع لقواعد البطلان لعيب في الشكل، ودائرتهم ضيقة جداً، ويجب للحكم بالبطلان نتيجة مخالفتها وجود نص يسمح بذلك، وأن يتحقق الضرر نتيجة عدم احترامها، ومن أمثلة الأشكال التي استقر القضاء على اعتبارها ثانوية.

بعض البيانات التي تتصل بتعيين المدعى، على الأقل تلك المتصلة بشخصية إسمه، مهنته بصفة خاصة، إسم المحضر القضائي ومحل إقامته خاصة عندما تكون البيانات الأخرى (مثل الختم الموضوع على الظرف المغلق) تسمح بتكملة النقص، تحديد القسم الذي يجب طرح النزاع عليه، وكذلك بعض القواعد المتعلقة بالتكليف مثل تلك المتعلقة بأيام و ساعات العمل<sup>2</sup>.

وخلاصة القول أن دائرة البطلان الخاصة تكون ضيقة إلى أقصى درجة، لأن هذا البطلان مقرر لحماية المصالح الخاصة، لذلك فإنه لصاحب المصلحة الحق في أن يتنازل عن هذا البطلان، كما أنه لا يتمسك بهذا البطلان من تسبب فيه، ولا يتمسك به سوى صاحب المصلحة التي تحميها القاعدة التي تمت مخالفتها، وذلك حتى إذا تعدد الخصوم تعدداً إجبارياً، أو كان موضوع الدعوى لا يقبل التجزئة.

أما البطلان المتعلق بالنظام العام فإن دائرة التمسك به واسعة، فهي تشمل جميع الخصوم بما فيهم الخصم الذي تسبب في البطلان، وأنه لا يجوز التنازل عن هذا البطلان، وأن للقاضي أن يثيره من تلقاء نفسه، و كل ذلك حماية للمصالح العام. وفي القانون الفرنسي، فإن المشرع أصبح يتحدث عن بطلان لعيب في الشكل، سواء كان شكلاً بسيطاً، أو شكلاً جوهرياً، أو متعلقاً بالنظام العام، وعن بطلان لعيب في الموضوع، يخضع لقواعد مختلفة عن قواعد الدفع الإجرائية، ويقترّب من نظام عدم القبول. و لا يشترط للقضاء بالبطلان لعيب في الموضوع وجود نص أو تحقق ضرر، ويمكن لأصحاب المصلحة جميعاً التمسك بهذا البطلان، وللقاضي أن يثيره من تلقاء نفسه إذا تعلق بالنظام العام.

و معنى ذلك أن لأي خصم أن يتمسك بالبطلان المتعلق بالنظام العام، و يمكن للمحكمة أن تثيره من تلقاء نفسها، و للنيابة العامة أيضاً التمسك به. و فكرة النظام العام إنما تعبر عن ضرورة حماية المصلحة العليا للمجتمع، و هي فكرة مرنة تختلف باختلاف الزمان و المكان<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> عبد الحكم فودة، الموسوعة العلمية في البطلان في ضوء الفقه و قضاء النقض، المرجع السابق، ص 112.

<sup>2</sup> فتحي والي، نظرية البطلان في قانون المرافعات، المرجع السابق، ص 457.

<sup>3</sup> علي أبو عطية هيكل، الدفع بالإحالة، المرجع السابق، ص 392.

و هي تلعب دورا كبيرا في مجال الدعوى، إذ تعتبر الدعوى بحق المكان الإستراتيجي و المعقل الأخير للنظام العام<sup>1</sup>، و لما كانت القواعد الأساسية في أي مجتمع ما متغيرة، فإن تحديد ما يتصل مباشرة بالنظام العام يخرج عن نطاق المشرّع الذي يجب أن تتوفر في قواعده الثبات ليدخل في نشاط القاضي. و إن كان القانون مساعدة منه للقاضي قد ينص في بعض الحالات على تعلق البطلان بالنظام العام، و إذا لم يوجد نص بذلك فليس معنى هذا أن الأمر لا يتعلق بالنظام العام، و إنما يعتبر الأمر متروكاً لإجتهاد القاضي<sup>2</sup>.

أي أن تعلق البطلان بالنظام العام يستفاد من نص المشرّع، على أن تثيره المحكمة من تلقاء نفسها، و نادراً ما ينص المشرّع على ذلك، بينما يستفاد عدم تعلق البطلان بالنظام العام من نص المشرّع، على أن المحكمة لا تقضي به إلا بناء على طلب<sup>3</sup> أو لوجود نص، على أن البطلان يزول بتنازل من له الحق في التمسك به. و إذا كان المشرّع لم يضع نصاً تشريعياً بهذا المعنى، فإن القاضي يضع نصب عينيه نوع المصلحة التي يرمي المشرّع إلى حمايتها بالقاعدة المخالفة هل هي مصلحة عامة، فيكون البطلان متعلقاً بالنظام العام، أم مصلحة خاصة، فيكون البطلان خاصاً<sup>4</sup>.

و يمكن القول أن غالبية الأشكال في قانون الإجراءات المدنية والإدارية مقررة للمصلحة الخاصة، أما الأشكال المتعلقة بالنظام العام فهي نادرة، و لا يجمعها طابع مشترك واضح، و إعتبر متعلقاً بالنظام العام، القواعد المتعلقة بالنظام القضائي، كقواعد صلاحية القاضي و التي تنظم الشروط اللازمة لوجوده و صحته، و القواعد المتعلقة بصلاحية أعوان القضاء، لأنها تستهدف مصلحة عامة هي حسن سير القضاء<sup>5</sup>.

و للنيابة العامة التمسك بالبطلان المتعلق بالنظام العام، و هي مكلفة بالمحافظة عليه، أو طاعة في الحكم أو مطعون ضدها، إذ هي عندئذ تتمسك بالبطلان المقرر لها كطرف، و إذا كانت متدخلة في الخصومة لإبداء الرأي كان لها التمسك بهذا النوع من البطلان و لو لم يتمسك به أحد من الخصوم<sup>6</sup>.

و إذا أوجب المشرّع إخبار النيابة برفع دعوى ما، مثل دعوى الإفلاس، و لم يتم ذلك كان الحكم باطلاً<sup>7</sup>. على أنه إذا لم تكن النيابة طرفاً و لم تتدخل في الخصومة فلا يحق لها أن تتمسك بالبطلان الذي يشوب إجراءات الخصومة، أي عن طريق الدفع. أما إذا كان البطلان مشوباً بالحكم، فإن لها أن تتمسك ببطلان هذا الحكم و لو لم تكن طرفاً في الدعوى التي صدر فيها ذلك الحكم طالما أن الحكم قد صدر مخالفا لقاعدة من قواعد النظام العام، بحيث يلزم القانون أو يجيز تدخل النيابة في بعض الدعوى، و إذا حدث و أن لم تتدخل النيابة العامة في دعوى ما، أي لم تصبح طرفاً فيها، فإن لها أن تتمسك ببطلان الحكم المخالف للنظام العام، عن طريق الطعن، فلها أن تتمسك ببطلان الحكم بأي طريق من طرق الطعن التي يقبلها

<sup>1</sup> عبد الحميد الشواربي، الدفعوع المدنية الإجرائية و الموضوعية، المرجع السابق، ص 475.

<sup>2</sup> فتحي والي، الوسيط في قانون القضاء المدني، المرجع السابق، ص 412.

<sup>3</sup> أمينة مصطفي النمر، الدعوى و إجراءاتها، المرجع السابق، ص 407.

<sup>4</sup> فتحي والي، الوسيط في قانون القضاء المدني، ص 412.

<sup>5</sup> وجدي راغب فهمي، مبادئ الخصومة المدنية، المرجع السابق، ص 365.

<sup>6</sup> فتحي والي، الوسيط في قانون القضاء المدني، المرجع السابق، ص 416.

<sup>7</sup> الهادي دالي، البسيط في الإجراءات المدنية، المرجع السابق، ص 39.

الحكم وفقا لإجراءات المسموح بها قانوناً<sup>1</sup>، أما خارج هذه الأوضاع فطالما أن النيابة لم تكن طرفاً في الدعوى، فلا يمكن لها التمسك بالبطلان، سواء عن طريق الدفع أو عن طريق الطعن، لكونها لا صفة لها في الطعن أو في التمسك بالدفع بالبطلان. كذلك لا يمكن للنيابة العامة التنازل عن البطلان، لأنها تمثل المجتمع و لا تملك التنازل عن الصالح العام.

من ناحية أخرى، فإن للمحكمة<sup>2</sup> أن تقضي بالبطلان من تلقاء نفسها، و لو لم يتمسك به أي من الخصوم، و ذلك دفعا لأي مخالفة قد ترد على المصالح العامة، يتجاوز الخصوم عنها، أو يغفلون عن ردها، و لو لم ينص المشرع على ذلك، حيث نادراً ما يأتي بنص في هذا المعنى، فيكفي أن نكون بصدد مصلحة عامة تحميها القاعدة المخالفة. فالأثر السلبي للنظام العام يمنع أي أعمال أو إجراءات من شأنها أن تؤثر على سير مرفق القضاء، أو تمس بالمصالح العامة. وإذا حدثت تلك الأعمال أو الإجراءات كانت باطلة<sup>3</sup>، وأمكن لأي خصم و للنيابة العامة رد تلك المخالفات، بالتمسك ببطلان تلك الأعمال والإجراءات في أي وقت و كذلك للمحكمة أن تقوم بذلك الرد من تلقاء نفسها<sup>4</sup>.

و أنه من أهم ما يميز البطلان المتعلق بالنظام العام أن للمحكمة ان تقضي به من تلقاء نفسها<sup>4</sup>، أما البطلان الخاص فلا يمكن للقاضي أن يحكم به تلقائياً، و إن فعل ذلك فإنه يعتبر قد تجاوز سلطته، و إنعدام السلطة أو تجاوزها لا يمثل دفعا بعدم الاختصاص، و لكنه يعتبر وجهاً من وجوه عدم القبول<sup>5</sup>، و يصبح ذلك الحكم عندئذ قابلاً للطعن بالبطلان، و يمكن إبداء ذلك في أية حالة كانت عليها الدعوى<sup>6</sup>.

و الجدير بالذكر أنه إذا كانت المحكمة تلتزم عند تعلق البطلان بالنظام العام بالحكم به من تلقاء نفسها، فإن هذا لا يعفي الخصم من عبء الإثبات.

فالمسألة التي يمكن القضاء فيها من تلقاء نفس القاضي لا يمكن أن يثيرها القاضي و يحكم فيها إذا تبين له ضرورة القيام ببحث واقعة لا يجد في الأوراق و الأقوال التي أبدت أمامه العناصر اللازمة التي كان يجب على الخصم تقديمها و لم يفعل<sup>7</sup>.

كذلك يجب مراعاة أن التمسك بالبطلان المتعلق بالنظام العام و الحكم به معلق على عدم تحقق الغاية من الشكل الذي تمت مخالفته، فتحقق الغاية من الإجراء مانع من الحكم بالبطلان أيًا كانت صورته<sup>8</sup>، أي حتى لو كان متعلقاً بالنظام العام. فيمكن للخصم المتمسك بصحة الإجراء أن يثبت تحقق الغاية من الشكل، رغم تخلف هذا الشكل، فلا تقضي بذلك البطلان<sup>9</sup>، فيتم التغاضي عن هذا البطلان ما دام لم يترتب عليه أي مساس بالغاية التي نظم

<sup>1</sup> فتحي والي، الوسيط في قانون القضاء المدني، المرجع السابق، ص 347.

<sup>2</sup> أحمد أبو الوفا، نظرية الدفوع في قانون المرافعات، المرجع السابق، ص 848.

<sup>3</sup> فتحي والي، الوسيط في قانون القضاء المدني، المرجع السابق، ص 219.

<sup>4</sup> فتحي والي، نظرية البطلان في قانون المرافعات، المرجع السابق، ص 571.

<sup>5</sup> نبيل إسماعيل عمر، أصول المرافعات الشرعية و علم القضاء في المملكة العربية السعودية، المرجع السابق، ص 1017.

<sup>6</sup> عبد الباسط جميعي، مبادئ المرافعات في قانون المرافعات الجديد، المرجع السابق، ص 448.

<sup>7</sup> فتحي والي، الوسيط في قانون القضاء المدني، المرجع السابق، ص 416.

<sup>8</sup> محمود محمد هاشم، لإستنفاد ولاية القاضي المدني، المرجع السابق، ص 209.

<sup>9</sup> أبو الوفا، التعليق على نصوص قانون المرافعات، المرجع السابق، ص 182.

الشكل من أجلها. فتحقق الغاية إنما هو دليل على عدم المساس بالنظام العام<sup>1</sup>، و بذلك يحاول المشرع الحد من دائرة البطلان، حتى و إن تعلق بالنظام العام، مغلبًا المصلحة التي تعود من جراء تحقيق الشكل للغاية منه على المصلحة التي يحميها النظام العام، و هو مسلك لم يكن المشرع ليقدم عليه لولا إدراكه لخطورة البطلان، فحاول حصر مجاله في أضيق نطاق. كذلك فإن البطلان المتعلق بالنظام العام يمكن تصحيحه عن طريق تكملة الإجراء الناقص أو المعيب<sup>2</sup>.

على أن هناك أشكالًا لازمة دائمًا لتحقيق الغاية منها، بمعنى أن الغاية لا يمكن أن تتحقق إذا تخلف الشكل<sup>3</sup>. فالشكل وحده هو المطلوب من جانب المشرع، أي أنه هو الوسيلة الوحيدة لتحقيق الغاية المقصودة منه، مثال ذلك توقيع المحضر على التكليف، إذ هو وسيلة إصباغ صفة الرسمية عليها، و كذلك توقيع القاضي على الحكم هو وسيلة بيان إرادته في الحكم، كما أن التسبيب هو وسيلة بيان إقتناعه بما قضى به، و لذا يؤدي تخلف هذه الأشكال إلى بطلان الإجراء حتما دون حاجة إلى البحث في تحقيق الغاية أو عدم تحقيقها<sup>4</sup>، كذلك الحال في الدعوى الأحوال الشخصية الخاصة بالأجانب في التشريع المصري مثلًا، إذ يجب نظرها دائمًا في جلسة سرية و إلا كان الحكم باطلا بطلانا يتعلق بالنظام العام، و لا يعتد بتحقيق الغاية، لأننا بصدد بطلان متعلق بالنظام العام و لا وسيلة لتصحيحه، و يمكن للكافة التمسك به، و لا يجدي تحقق الغاية لتجنب الحكم به، فالقضاء بذلك البطلان أمر حتمي، لأن المشرع يفترض قطعًا أن المصلحة التي يحميها هذا الشكل تتخلف بتخلفه.

و يمكن القول أن منازعات البطلان لعيب في الموضوع ليست شائعة كثيرًا، بل تنحصر في عدد محدود، فباستثناء تخلف سلطة المحضر، فإن هذه المنازعات تتصل أساسًا بتخلف سلطة وكلاء الملاك في الملكية المشتركة<sup>5</sup>، و إن هذا النوع من البطلان إنما يبتعد كثيرًا عن النظام العام لبطلان الإجراءات و يقترب أكثر من أوجه عدم القبول<sup>6</sup>، و إن المشرع قد خفف كثيرًا من شروط هذا البطلان فلم يشترط الضرر أو النص، كما أنه نظمه على نحو يسمح لأي خصم التمسك به وللمحكمة أن تثيره تلقائيًا، نظرًا لأنه ينصب على مقتضيات موضوعية تتعلق بجوهر العمل ذاته، بحيث لا يستقيم قيامه صحيحًا مرتبًا لآثاره بتخلف هذا الجوهر أو بتغيير مقتضياته الجوهرية<sup>7</sup>، خلافًا للبطلان لعيب في الشكل الذي يتعلق بالوسيلة وليس بجوهر العمل ذاته، لذلك حد منه المشرع كثيرًا.

وإذا كانت أوجه البطلان المتعلقة بالنظام العام قد أصبحت في غالبتها من أوجه البطلان لعيب في الموضوع، إلا أن ذلك لا يعني إختفاء البطلان المتعلق بالنظام العام في القانون الفرنسي<sup>8</sup>، ذلك أن المشرع ما زال يتحدث عن هذا البطلان، وعن البطلان لمخالفة أشكال جوهرية، كما هو الحال في المادة: 114 ق.إ.م.ف. التي تعالج البطلان لعيب في الشكل

<sup>1</sup> نبيل إسماعيل عمر، أصول المرافعات الشرعية و علم القضاء في المملكة العربية السعودية، المرجع السابق، ص 1017

<sup>2</sup> وجدي راغب فهمي، النظرية العامة للعمل القضائي في قانون المرافعات، المرجع السابق، ص 369.

<sup>3</sup> نبيل إسماعيل عمر، قانون أصول المحاكمات المدنية، المرجع السابق، ص 976.

<sup>4</sup> وجدي راغب فهمي، النظرية العامة للعمل القضائي في قانون المرافعات، المرجع السابق، ص 363.

<sup>5</sup> عبد الحكم فودة، البطلان في قانون المرافعات المدنية، المرجع السابق، ص 122.

<sup>6</sup> وجدي راغب فهمي، دراسات في مركز الخصم أمام القضاء المدني، المرجع السابق، ص 159.

<sup>7</sup> فتحي والي، أحمد ماهر زغلول، المرجع السابق، ص 414.

<sup>8</sup> فنسان وجينشار، ص 377 رقم 504 و بالتفصيل توماس ص 6-8 رقم 17 وبعدها.

وتفترض للحكم به أن يكون البطلان منصوباً عليه صراحةً ما لم يتعلق الأمر بشكل جوهري أو بشكل متصل بالنظام العام.

فالمشرع يميز هذا البطلان، بأنه لا يحتاج إلى نص لتقريره، بينما يجب النص للحكم بالبطلان يخضع للقاعدة العامة التي تحكم البطلان لغيب في الشكل أي ضرورة تحقق ضرر نتيجة المخالفة<sup>1</sup>، فإثبات تحقق الضرر لمن يتمسك بالبطلان أمر ضروري في جميع الأحوال حتى إذا تعلق الأمر بشكل جوهري أو متعلق بالنظام العام وفقاً للمادة: 2/114 ق.إ.م.ف.، وذلك خلافاً للبطلان لغيب في الموضوع الذي لا يحتاج إلى إثبات الضرر.

ويمكن القول أنه يتم التعبير أحياناً عن الشكل الجوهري بأنه شكل متعلق بالنظام العام<sup>2</sup>، وأحياناً يتم الفصل بينهما، ويرى جانب من الفقه اعتبار مخالفة الشكل بتعلق بالنظام العام عيباً في الموضوع، بينما يذهب القضاء الفرنسي إلى إخصاع البطلان لمخالفة شكل متعلق بالنظام العام لنظام البطلان لغيب في الشكل<sup>3</sup>. و إن كان لكل شخص صاحب مصلحة التمسك به، ولو كان هو المتسبب فيه، وللمحكمة من تلقاء نفسها أن تقضي به.

### المطلب الثاني: الدفع بالبطلان مميزاته والتمسك به

هناك بعض الأنظمة تشابه البطلان بالسقوط، و عدم القبول و الخطأ في تطبيق القانون، وقد دعى هذا الأمر إلى ضرورة البحث عن قواعد يكون من شأنها الحد من ذلك، حتى يمكن للقضاء أن يركز بحثه إلى الدعاوى التي تساندها مبررات قانونية سليمة، و من ناحية أخرى أن لا تؤدي إلى منع السلطات المختصة من التماذي في مخالفتها، لما تضمنه التشريع من أحكام باعتبارها مصالح تهم المجتمع والفرد في وقت واحد.

فإنه التفكير لتلاقي تلك النتائج الضارة إلى وضع جزاء يترتب على مخالفة القواعد القانونية الهامة ليصبح لها صفة ملزمة.

فمن حيث الإجراءات في حد ذاتها التي تتم على وجه يتعارض مع أحكام القانون، وذلك عن طريق البطلان في الحالات المذكورة .

و من أجل ذلك سنتناول في هذا المطلب مميزات البطلان عن ما يخالفه في الفرع الأول، و كيفية التمسك بالدفع بالبطلان في الفرع الثاني.

### الفرع الأول: مميزات البطلان عن ما يخالفه

**البطلان في قانون الإجراءات المدنية والإدارية** هو أحد أنواع الجزاءات الإجرائية ذات النطاق العام، الذي يصيب العمل الإجرائي الذي لا يتطابق مع نموذجية القانون، فالبطلان هو وصف قانوني لعمل إجرائي ينقصه شرط من شروط صحته، و بالتالي ينصب البطلان على ذات العمل الإجرائي.

<sup>1</sup> عوض الزعبي، المرجع السابق، ص 254.

<sup>2</sup> وجدي راغب، المرجع السابق، ص 41.

<sup>3</sup> أمينة مصطفى النمر، الدعوى و إجراءاتها، المرجع السابق، ص 411.

**أولاً: البطلان و السقوط**

**السقوط<sup>1</sup>:** هو منع مباشرة عمل أو مجموعة من الأعمال الإجرائية لعدم مراعاة المواعيد المحددة لذلك، و هو جزء إجرائي ينصب على حق معين للخصم في مباشرة الإجراء لمخالفة أحكام القانون المتعلقة بالميعاد الذي يجب أن يباشر خلاله الإجراء، و لذلك فإن السقوط يترتب عليه سقوط الحق في مباشرة الإجراء لإنقضاء الموعد المحدد قانوناً لذلك.

أي أن السقوط جزء إجرائي من شأنه حرمان الفرد من حق أو سلطة إجرائية معينة، ويختلف السقوط عن البطلان في أن البطلان يرد على العمل ذاته، أما السقوط فيرد على سلطة الفرد أو حقه في إتخاذ عمل معين<sup>2</sup>.

فإنقضاء الفترة المحددة يسلب الفرد حقه أو سلطته في تنفيذ العمل المطلوب.

فالبطلان هو جزء مخالفة الشروط الشكلية اللازمة لصحة الإجراءات.

أما السقوط هو الجزء المحدد لعدم إستعمال الحق الإجرائي في الزمن أو الترتيب المحدد في القانون، و تحديد ظرف زمني أو مناسبة معينة لإستعمال الحق، كل هذا يعتبر أشكالاً قانونية يتعين إحترامها حتى يتم إستعمال الحق بشكل صحيح.

و السقوط كالبطلان يساهمان في كفالة إحترام القواعد الإجرائية.

و البطلان يقبل التصحيح في أحوال معينة، ولو كان متعلقاً بالنظام العام فيما إذا اكتسب الحكم قوة الشيء المقضي فيه، أما السقوط فلا يجوز تصحيحه في كافة الأحوال، و أن البطلان يتقرر أساساً بحكم أو بأمر، بينما السقوط بقوة القانون.

و بهذا يتميز السقوط عن البطلان، فمن حيث موضوع الجزاء الإجرائي نجد أن السقوط ينصب إلى الحق في مباشرة الإجراء، في حين أن البطلان ينصب على الإجراء ذاته، و يؤثر على فعاليته في إنتاج الآثار القانونية المعدة أصلاً لإحداثها.

و من حيث القاعدة محل المخالفة نجد أن السقوط لا يكون إلا حيث تكون المخالفة متعلقة بقاعدة قررت ميعاداً لمباشرة الإجراء، في حين أن البطلان يكون عند مخالفة الإجراء لأية قاعدة جوهرية.

و إذا كان السقوط يترتب عليه عدم إمكان مباشرة الإجراء بعد فوات الميعاد قانوناً، فإن المشرّع رغم ذلك يأخذ في بعض الحالات بجواز تحديد الإجراء الذي لم يباشر في الميعاد إذا كان هناك مانع قهري حال دون مباشرة الإجراء كما هو الشأن في الخبرة.

**ثانياً: البطلان و عدم القبول**

<sup>1</sup> المادة: 322 ق.إ.م.إ.: لكل الأجل المقررة في هذا القانون من أجل ممارسة حق، أو من أجل حق الطعن، يترتب على عدم مراعاتها سقوط الحق، أو سقوط ممارسة حق الطعن، باستثناء حالة القوة القاهرة أو وقوع أحداث من شأنها التأثير في السير العادي لمرفق العدالة.

يتم تقديم طلب رفع السقوط إلى رئيس الجهة القضائية المعروض أمامها النزاع، يفصل فيه بموجب أمر على عريضة غير قابل لأي طعن، وذلك بحضور الخصوم، أو بعد صحة تكليفهم بالحضور.

<sup>2</sup> علواني محمد علواني، شرح قانون الإجراءات الجنائية، الدار الجامعية، الإسكندرية، 2003، ص 259.



لا يعنى "عدم القبول" الإجراء أنه معيب، وإنما يعنى إنتفاء أحد المفترضات الإجرائية التي تطلبها القانون لجواز إتخاذها.

فالإجراء "غير مقبول" هو في ذاته إجراء صحيح، ولكن لم تتوافر واقعة مستقلة عنه وسابقة عليه يعلق القانون عليها جواز إتخاذها، وأغلب ما يرد على "عدم قبول" إنما يرد على الدعوى وطرق الطعن فيها، ومثاله أن ترفع الدعوى دون وجود الإذن في الحالات التي يتطلب القانون فيها ذلك، أو أن يرفع الطعن على حكم لا يجيز القانون الطعن فيه بتلك الطريقة، وقد تكون الواقعة التي يعلق القانون "القبول" عليها واقعة سلبية، كعدم إكمال التقادم مدته المفروض لقبول الدعوى، أو أن تكون المدة بعد إكمالها تصير الدعوى غير مقبولة، ويتضح من الأمثلة السابقة أن عدم قبول الدعوى أو عدم قبول الطعن لا ينفي عن محضر التكاليف بالحضور، أو عن وجود عريضة الطعن بالإستئناف أو بالنقض كإجراء صحة كل منهما، ويجوز تجديد الإجراء الذي قضى بعدم قبوله إذا توافر المفترض الإجرائي الذي كان منتفياً، وكان الحق في إتخاذها ما يزال قائماً.

### الفرع الثاني : كيفية التمسك بالدفع بالبطلان

الدفع بالبطلان لتخلف الشكل دفع شكلي، ولذا فإنه في غير حالات النظام العام يجب أن يتم إبداءه قبل إبداء أي طلب أو دفع في الموضوع، أو الدفع بعدم القبول. كما يجب تقديمه مع غيره من الدفوع الشكلية الأخرى، وإلا سقط الحق فيه، كما أنه يجب التمسك به في عريضة الإستئناف وإلا سقط حق التمسك به أمام المحكمة العليا. ويجب إبداء جميع وجوه البطلان في العريضة معاً وإلا سقط الحق فيما لم يتم التمسك به أمام الدرجة الأولى طبقاً للمادة: 50 ق.إ.م.إ.1.

فيما عدا الحالات التي يتعلق فيها البطلان بالنظام العام، فإنه لا يجوز أن يتمسك بالبطلان إلا من شرع لمصلحته، ولا يجوز التمسك به من الخصم الذي تسبب فيه طبقاً للمادة: 63 ق.إ.م.إ.2.

فيما عدا الحالات التي يتعلق فيها البطلان بالنظام العام. يزول البطلان إذا تنازل عنه من شرع لمصلحته صراحة أو ضمناً.

وقد أجاز القانون تصحيح الإجراء الباطل ولو بعد التمسك بالبطلان، على أن يتم هذا في الميعاد المقرر قانوناً لإتخاذ التصحيح، فإذا لم يكن للإجراء ميعاداً مقررًا في القانون حددت المحكمة ميعاداً مناسباً لتصحيحه طبقاً للمادة: 62 ق.إ.م.إ.3.

إن من شأن ذلك إعفاؤه من الالتزام الذي يقع على عاتقه إذا تم الحكم على المضمون<sup>1</sup>، أي أن الخصم الذي تقرر البطلان لصالحه هو وحده الذي يتمسك بالبطلان، طالما أنه لم

<sup>1</sup> المادة: 50 ق.إ.م.إ.: "يجب إثارة الدفوع الشكلية في أن واحد قبل إبداء أي دفاع في الموضوع، أو دفع بعدم القبول، وذلك تحت طائلة عدم القبول".

<sup>2</sup> المادة: 63 ق.إ.م.إ.: لا يجوز التمسك ببطلان الأعمال الإجرائية شكلاً إلا لمن تقرر البطلان لصالحه.

<sup>3</sup> المادة: 62: يجوز للقاضي أن يمنح أجلاً للخصوم لتصحيح الإجراء المشوب بالبطلان، بشرط عدم بقاء أي ضرر قائم بعد التصحيح.

يسري أثر هذا التصحيح من تاريخ الإجراء المشوب بالبطلان.

يتسبب فيه، و أن ذلك لا يختلف حتى في أحوال التضامن و عدم التجزئة، و كما أن له التنازل عن التمسك بهذا البطلان.

### الأصل: يجب التمسك بالدفع بالبطلان قبل التعرض للموضوع

باعتباره دفعا شكلياً فإن الدفع بالبطلان تسري عليه القواعد التي تحكم هذه الدفع، والتي جاء بها المشرع في المادة:50 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، والمادة:74 من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي<sup>2</sup>. وهذه القواعد ترمي في مجموعها إلى الحد كثيراً من البطلان، المقرر للمصالح الخاصة. أولى هذه القواعد وأهمها على الإطلاق، تتمثل في ضرورة التمسك بالدفع بالبطلان قبل التعرض للموضوع، ذلك أنه من العدالة عدم ترك المدعى مهتداً بهذا الدفع، وسائر الدفع الشكلية الأخرى في جميع مراحل التقاضي، و مما لا يتفق مع مبدأ فعالية الإجراءات والاقتصاد فيها أن يصدر حكم يكون مهتداً بالزوال لبطلان الإجراءات التي صدر من خلالها<sup>3</sup>، فحسن سير القضاء يفرض التخلص من العيوب الشكلية من البداية، وإذا كان ذلك الأمر قد يبدو فيه مساس لحقوق الخصم، الذي أهدر الشكل المقرر لصالحه في الدفع، و إهدار الوقت والجهد و إطالة للإجراءات بلا جدوى. حيث تفاجأ بعد وقت طويل الذي استغرقته الدعوى أمام محاكم عديدة، بزوال الدعوى وجميع إجراءاتها نظراً لوجود عيب في الشكل، كان الأجدر بالخصم الذي يحافظ على مصالحه أن يتمسك به من البداية، فالأمر يتصل في المقام الأول بتنظيم مرفق القضاء، و الحفاظ على حقوق الخصوم، و يتمشى كذلك مع سياسة المشرع الحديث التي ترمي إلى الحد من البطلان. ويتفق مع المنطق<sup>4</sup>، فالوضع العادي للأمور يفرض التعرض أولاً للمشاكل البسيطة أو الثانوية<sup>5</sup>، ثم بعد ذلك التعرض لموضوع النزاع.

إذا لم تحترم هذه القاعدة فإن المحكمة تحكم بعدم قبول الدفع بالبطلان، فهي تعتبر بمثابة شرط خاص لقبول الدفع بالبطلان، وسائر الدفع الشكلية الأخرى التي يحدد المشرع وقت إستعمالها<sup>6</sup>. فإذا خولف هذا الشرط لا يقبل الدفع بالبطلان، وهو ما نص عليه المشرع الفرنسي صراحة في المادة:74 / 1 ق.إ.م.ف<sup>7</sup>، بالإضافة إلى سقوط الحق فيه، بإعتبار أن المخالفة في هذه الحالة تكون بتجاوز الميعاد.

معنى ذلك أن مناسبة أو وقت التمسك بالبطلان هو قبل الكلام في الموضوع، و بالتعرض للموضوع يسقط الحق في التمسك بالبطلان، فالمحكمة تحكم عندئذ بسقوط الحق

<sup>1</sup> أحمد أبو الوفا، نظرية الدفع في قانون المرافعات، المرجع السابق، ص846.

<sup>2</sup> وهذه القاعدة تنطبق تماماً على الدفع بالبطلان ولا تنطبق بذات الدرجة على سائر الدفع الإجرائية. فالدفع بالإرتباط يمكن أن يبدي في أية حالة كانت عليها الدعوى مع حق القاضي في إستبعاده إذا أبدي متأخراً بنية المماطلة المادة: 103 ق.إ.م.ف.. و لا ينطبق على البطلان لعيب في الموضوع، حيث يجوز إبدائه في أي وقت.

<sup>3</sup> والأصل التاريخي لهذه القاعدة يرجع للأمر الملكي الصادر في فرنسا سنة 1367، فقبل هذا التاريخ لم تكن تلك القاعدة موجودة في فرنسا، وكان وكلاء الدعاوى يهملون في كتابة صحف الدعاوى التي يرفعونها وبالتالي كانت حالات البطلان كثيرة حيث كان من الجائز التمسك ببطلان الإجراءات في أية حالة تكون عليها الدعوى، نبيل إسماعيل عمر، قانون أصول المحاكمات المدنية، المرجع السابق، 594. و في شرح الأصل التاريخي فتحي والي، نظرية البطلان في قانون المرافعات، المرجع السابق، ص 688.

<sup>4</sup> عبد الحكم فودة، الدفع بانتفاء الصفة أو المصلحة، دون دار نشر، 1997، ص 212.

<sup>5</sup> أحمد أبو الوفا، نظرية الدفع في قانون المرافعات، المرجع السابق، ص 93.

<sup>6</sup> عبد المنعم أحمد الشرفاوي، نظرية المصلحة في الدعوى، مكتبة عبد الإله وهبة عابدين، مصر، ص412.

<sup>7</sup> محمود محمد هاشم، نحو نظرية عامة لفكرة النظام العام في قانون المرافعات، المرجع السابق، ص 209.

في الدفع لا برفضه<sup>1</sup>. وهذا الجزاء يتعلق بالنظام العام، فيجب على المحكمة أن تقضي به من تلقاء نفسها<sup>2</sup>، و لو لم يتمسك به الخصوم، الذين لا يجوز لهم التنازل عن هذا الجزاء أي سقوط الحق في البطلان صراحة أو ضمناً<sup>3</sup>.

ذلك أن هذه القاعدة مقررة لتنظيم أداء المحاكم لوظيفتها عند نظر الدعاوى بهدف الإسراع في منح الحماية القانونية والحيلولة دون تعطيل الإجراءات، وهي إعتبارات تمس المصالح العامة، وطالما أن القاعدة متعلقة بالنظام العام فإن جزاء مخالفتها هو سقوط الحق في الدفع بالبطلان بالتعرض للموضوع و الذي يعد من النظام العام كذلك<sup>4</sup>.

فيجب التمسك بالبطلان المقرر للمصالح الخاص، قبل إبداء أي طلب أو دفاع في الدعوى أو الدفع بعدم القبول، و هو ما تنص عليه المادة:50 من ق.إ.م.إ، لعيب في الشكل يجب أن يتم التمسك به باعتباره دفعا إجرائيا، ولو كان يستند الى قواعد متعلقة بالنظام العام، و هو ما تنص عليه المادة:74 من ق.إ.م.ف<sup>5</sup>.

فهذا البطلان لعيب في الشكل يثار أولا بأول بمجرد حدوثه، فإذا أثير بعد إبداء دفاع في الموضوع أو بعد إبداء وجه عدم القبول، فإنه لا يعتد به ويعتبر الإجراء صحيحا و هو ما توضحه المادة: 112 من ق.إ.م.ف.

فكل من المشرعين يوجب التمسك بالدفع بالبطلان في بداية النزاع، أي في مستهل الخصومة، مع مراعاة أن المشرع يقصر ذلك على البطلان المقرر للمصالح الخاص، و هو ما يستفاد من نص المادة:61 ق.إ.م.إ و كما سنوضحه بعد ذلك.

أما المشرع الفرنسي فيوسع ذلك الى كل صور البطلان لعيب في الشكل، حتى لو تعلق الأمر ببطلان يتصل بالنظام العام، بصريح نص المادة: 74 ق.إ.م.ف، أي أن المشرع الجزائري ونظيره الفرنسي يتفقان على ضرورة إبداء الدفع بالبطلان الخاص أو لعيب في الشكل بمنتهى السرعة<sup>6</sup>، وقبل الدخول في أي نقاش في موضوع النزاع، أو ما إستقر على تسميته " قبل التعرض للموضوع "، إذ بمجرد حدوث ذلك يسقط الحق في البطلان تلقائيا، أي دون حاجة إلى حكم لتقريره، ودون أن يكون الخصم قد أراد بالتعرض للموضوع التنازل عن البطلان<sup>7</sup>.

فبمجرد واقعة التطرق للموضوع، أو إبداء وجه عدم القبول وحتى قبل الفصل في هذا أو ذاك، يحرم المدعى عليه من حق إبداء الدفع بالبطلان الذي كان من حقه أن يتمسك به<sup>8</sup>. والكلام في الموضوع هو واقعة قانونية حددها المشرع كوسيلة فنية لإعمال جزاء سقوط الحق في التمسك بالدفع الشكلي<sup>9</sup>، و يكون بإبداء أي طلب أو دفاع في الدعوى يمس

1 أحمد أبو الوفاء، نظرية الدفع في قانون المرافعات، المرجع السابق، ص 849.

2 محمد حامد فهمي، مذكرات في المرافعات المدنية و التجارية، المرجع السابق، ص416.

3 محمد عزمي البكري، الدفع في قانون المرافعات في ضوء الفقه و القضاء طبقاً لأحدث التعديلات، المرجع السابق، ص 62.

4 أمينة مصطفى النمر، الدعوى و إجراءاتها، المرجع السابق، ص 177 .

5 عبد المنعم أحمد الشراوى، نظرية المصلحة في الدعوى، المرجع السابق، ص 412.

6 أحمد أبو الوفاء، نظرية الدفع في قانون المرافعات، المرجع السابق، ص848.

7 نبيل إسماعيل عمر، الوسيط في قانون المرافعات المدنية و التجارية، المرجع السابق، ص 156

8 فتحي والي، نظرية البطلان في قانون المرافعات، المرجع السابق، ص 23.

9 نبيل إسماعيل عمر، الوسيط في قانون المرافعات المدنية و التجارية، المرجع السابق، ص 592.

موضوعها، أو مسألة فرعية فيها ينطوي على التسليم بصحتها، سواء أبادي الطلب أو الدفاع كتابة أو شفاهة<sup>1</sup>.

فيعتبر إبداء الطلبات القضائية تعرضا للموضوع ويسقط الحق في الدفع بالبطلان، ولو ورد بطلب في إجراء باطل، لأن بطلان الإجراء لا يمنع من أن الكلام في الموضوع قد حدث بالفعل، أو حتى إذا إنتهت الخصومة في هذه الطلبات بغير الفصل في الموضوع، كما لو قضى بعدم الإختصاص بالطلب العارض أو بعدم قبوله<sup>2</sup>.

فبمجرد إبداء المدعى عليه لأي طلب متعلق بالموضوع يعتبر تعرضا للموضوع، سواء كلن طلبا عارضا في الخصومة أو طلبا متعلقا بأدلة الموضوع، أو طلب الحكم بتزوير السند الذي قدمه المدعى<sup>3</sup>، أو طلب التأجيل لتقديم مستندات لإبراء الذمة من الدين كله أو بعضه أو للاطلاع على مستند معين قدمه خصمه، أو طلب التأجيل للصلح أو لإدخال ضامن<sup>4</sup>.

ولكن لا يعتبر تعرضا للموضوع طلب التأجيل للاطلاع و الإستعداد، أو لتقديم مذكرات أو مستندات دون تحديد مضمونها، إذ يكون الغرض من طلب التأجيل في تلك الأحوال مجرد الدراسة والتمهيد لإبداء دفع إجرائي<sup>5</sup>. كما أن طلب التأجيل لتقديم مذكرات أو مستندات بصفة عامة لا يعتبر تعرضا للموضوع، لأن الطلب على هذه الصورة لا يدل بذاته عما إذا كان الهدف منه التمهيد لإبداء الدفع أو مواجهة الموضوع<sup>6</sup>، ولهذا أيضا فإن طلب تأجيل الدعوى للاطلاع على تقرير الخبير لا يعتبر تعرضا للموضوع، كذلك الحال بالنسبة لطلب التأجيل لتحديد جلسة لنظر القضية، إذ أن تحديد الجلسة لازم لإمكانية التمسك بالدفع الشكلي، أو إعلان تحديد جلسة النظر في القضية.

كذلك لا يعد تعرضا للموضوع طلب التأجيل لضم الدعويين<sup>7</sup>. و أيضا فإن مجرد طلب الإطلاع على الأوراق أو المستندات لا يعد تعرضا للموضوع<sup>8</sup>.

لقد أوضح المشرع الفرنسي في المادة: 2/74 ق.إ.م.ف. معنى ذلك أن واقعة تقديم طلبات تمس موضوع الدعوى يعتبر تعرضا للموضوع<sup>9</sup>. مع مراعاة أن التعرض للموضوع تعرضا سطحيا بصفة عامة غير محددة لا يسقط الحق في البطلان، كأن يقول الخصم أن الإدعاء لا أساس له على أية حال "لأنه يجب تفسير الكلام في الموضوع تفسيراً ضيقاً، فتلك عبارات شائعة ذات معنى عام لا تعتبر حقيقة كلاماً في الموضوع<sup>10</sup>.

<sup>1</sup> محمد عزمي البكري، الدفوع في قانون المرافعات في ضوء الفقه و القضاء طبقاً لأحدث التعديلات، المرجع السابق، ص 42.

<sup>2</sup> أمينة مصطفى النمر، الدعوى وإجراءاتها، المرجع السابق، ص 174 .

<sup>3</sup> وجدي راغب فهمي، مبادئ القضاء المدني، المرجع السابق، ص 418.

<sup>4</sup> نبيل إسماعيل عمر، الأصول المرافعات الشرعية، المرجع السابق، ص 590 .

<sup>5</sup> وجدي راغب فهمي، مبادئ القضاء المدني، المرجع السابق، ص 419 .

<sup>6</sup> أمينة مصطفى النمر، قوانين المرافعات، المرجع السابق، ص 175 .

<sup>7</sup> أحمد أبو الوفا، قانون المرافعات المدنية، المرجع السابق، ص 600.

<sup>8</sup> فتحي والي، نظرية البطلان في قانون المرافعات، المرجع السابق، ص 697.

<sup>9</sup> نبيل إسماعيل عمر، الوسيط في قانون المرافعات المدنية والتجارية، المرجع السابق، ص 158.

<sup>10</sup> فتحي والي، نظرية البطلان في قانون المرافعات، المرجع السابق، ص 694.

فيجب أن يكون الطلب، حتى يعتبر تعرضا للموضوع، جازما ودالا بوضوح على أن الخصم الذي تقدم به يناقش موضوع الدعوى<sup>1</sup>، وذلك سواء قصد الخصم بنشاطه النزول عن الدفع بالبطلان أو لم يقصد أو لم ينتبه إلى حقه فيه<sup>2</sup>، أما إذا كان ما صدر عن الخصم مجرد عبارات عامة شائعة لتقديم المستندات أو الإطلاع، أو كان طلبا احتياطيا، فلا يعد بمثابة تعرضا للموضوع، أي أنه إذا تمسك الخصم في البداية بالبطلان فإنه يجوز له أن يتكلم في الموضوع بصفة احتياطية، فهو في نفس الوقت الذي يتمسك فيه بالبطلان يبدي طلبات في الموضوع على سبيل الاحتياط<sup>3</sup>، طالما أنه قد تمسك بالبطلان على نحو يمكن القاضي من الفصل فيه<sup>4</sup>، ويعتبر بمثابة تعرضا للموضوع و يسقط الحق في التمسك بالبطلان من ناحية أولى، و من ناحية ثانية تقديم دفوعا موضوعية أو دفعوع بعدم القبول هو تعرض للموضوع لأنها توجه إلى موضوع الدعوى، ومبناها عدم أحقية المدعى في الإدعاء لعدم وجود الحق أو إنقضائه<sup>5</sup>، كذلك فإن إبداء الدفع بعدم القبول يعتبر تعرضا للموضوع لأن التمسك بها ينكر سلطة خصمه في إقامة الدعوى وسلطة المحكمة في نظرها، أي مناقشة الدعوى، ويعتبر هذا تسليما منه بما إتخذ خصمه في الدعوى من إجراءات وصحة هذه الإجراءات. ويستوي في ذلك أن يكون عدم القبول متعلقا بالموضوع أو بالإجراءات .

فالمشروع سواء الجزائري أو الفرنسي لم يفرق بين طوائف الدفع بعدم القبول<sup>6</sup>. أما الدفع الإجرائية الأخرى، وما إذا كان إبدؤها يعتبر تعرضا للموضوع أم لا، فإن ذلك تحكمه قاعدة أخرى مؤداها أن جميع الدفع الإجرائية يجب أن تبدي معا، في بداية النزاع، وبالتالي فإن إبداء بعض تلك الدفع دون أن يكون من بينها الدفع بالبطلان، يسقط حق الخصم في التمسك بهذا الدفع.

معنى ذلك أن إبداء أي طلب في الموضوع أو دفع يعتبر بمثابة تعرض للموضوع، و يسقط الحق في التمسك بالبطلان. وكل إجابة أو رد على الإجراءات الباطلة سواء في أول درجة أو في الإستئناف باعتبارها صحيحة، يعتبر تعرضا للموضوع و يسقط الحق في التمسك بالبطلان<sup>7</sup>، كذلك فإن حضور الخصم جلسات المرافعة وعدم تمسكه ببطلان الإجراء، وإدواؤه لدفاعه، يسقط حقه في التمسك بالبطلان<sup>8</sup>. أما إذا كان البطلان راجعا إلى عيب في بيان المحكمة أو تاريخ الجلسة أو عملية الإعلان، فإن هذا البطلان يسقط بمجرد الحضور دون التعرض للموضوع.

وإذا حدث أن قدم الخصم مذكرة ابدى فيها الدفع بالبطلان وتكلم في نفس الوقت في الموضوع، فإن الاتجاه القضائي يميل إلى ضرورة أن يسبق الدفع بالبطلان الكلام في الموضوع من الناحية المكانية في المذكرة. فلا يوجد أي نص يمنع تقديم الدفع الإجرائية في

1 أمينة مصطفى النمر، قوانين المرافعات، المرجع السابق، ص 175.

2 فتحي والي، نظرية البطلان في قانون المرافعات، المرجع السابق، ص 700.

3 احمد ابو الوفا، نظرية الدفع في قانون المرافعات، المرجع السابق، ص 96.

4 فتحي والي، نظرية البطلان في قانون المرافعات، المرجع السابق، ص 700.

5 مثل الدفع بالمقاصة القانونية والدفع ببراءة الذمة، وبطلان سند الدين وتزويره وعدم الدستورية، أمينة مصطفى النمر، قوانين المرافعات، ص 166 .

6 نبيل إسماعيل عمر، اصول المرافعات الشرعية، المرجع السابق، ص 593 .

7 انور طلبية، موسوعة المرافعات المدنية و التجارية، المرجع السابق، ص 256 .

8 أحمد مليجي، التعليق على قانون المرافعات، المرجع السابق، ص 415 .

نفس المذكرة التي يقدم فيها الدفاع في الموضوع طالما أن هذا الدفاع قدم بعد تلك الدفع<sup>1</sup>، أو إذا كان الدفاع في الموضوع لم يظهر في المذكرة إلا على سبيل الإحتياط<sup>2</sup>.

و بمفهوم المخالفة فإن الدفع بالبطلان يسقط إذا عرض الخصم في مذكرته أولاً أو وجه الدفاع الموضوعي ثم تمسك بالبطلان في نهاية المذكرة. وهذا أمر غير منطقي، ولا يتفق مع الحكمة من قاعدة " إبداء الدفع الشكالية في بداية النزاع وقبل الكلام في الموضوع " ذلك أن تلك القاعدة ترمي إلى التخلص من عيوب الشكل من بداية الدعوى، ودفعاً لمماثلة الخصم الذي يبدي في وقت متأخر، بعد أن تكون الدعوى قد قطعت شوطاً بعيداً، دفعا شكلياً للتخلص منها مما يضيع الوقت ويهدر الجهد . فطالما أن الخصم قد أبدى الدفع الشكلي في البداية فلا يسقط حقه فيه.

فهذا الإتجاه يبالي في الشكالية ( يسقط الحق في البطلان إذا ابدي بعد مناقشة الموضوع سواء شفاهة أو كتابة حتى لو قدما معا في ذات الجلسة أو في نفس المذكرة) فالخصم لا يعتبر مشاغبا أو سيء النية طالما تمسك بالبطلان في أول مذكرة يقدمها للمحكمة حتى لو ضمنها في بدايتها كلاما في الموضوع. هو ما تميل إليه حديثا المحكمة العليا الفرنسية<sup>3</sup>.

و لتلك الأسباب نؤيد من يرى أن حق الخصم في التمسك بالبطلان لا يسقط إذا أدلى الخصم بمرافعة شفوية في الجلسة التي بدأها بتناول الموضوع وختمها – في ذات الجلسة – بالتمسك بالجزاء، طالما وضح من ظروف الحال أنه قصد بإجراء واحد – وهو مرافعة شفوية واحدة مستمرة غير منقطعة الإدلاء بكل ما لديه من دفع و دفاع في الموضوع، ولا يؤثر التقديم أو التأخير في هذا الصدد، فالخصم بذلك إنما يبدي الدفع الشكلي ويتكلم في الموضوع في نفس الوقت أي في فرصة واحدة<sup>4</sup>.

و حتى يسقط الحق في التمسك بالبطلان، يجب أن يكون التعرض للموضوع في ذات الدعوى عند نظرها لا في دعوى أخرى، فإذا تم الكلام في الموضوع بصدد إجراءات مختلفة، أو في دعوى مختلفة عن الدعوى التي يتمسك فيها بالبطلان، فإن ذلك لا يسقط الحق في التمسك بالبطلان<sup>5</sup>، و حتى إذا جددت الدعوى عند نظرها بعد التجديد. أما إذا أقام الخصم دعوى جديدة بدلا من تجديد دعواه السابقة، فإنه يجوز للمدعى عليه التمسك ببطلانها أو بأي دفع شكلي آخر في البداية حتى إذا كان قد تكلم في الموضوع في الدعوى السابقة.

كذلك أن التعرض للموضوع بعد إتخاذ الإجراء الباطل، وأن الخصم على علم بحصول الإجراء فالمشرع يفترض علم الشخص بالإجراء وبكل مضمونه بمجرد إتخاذه صحيحا في مواجهته وفقا لما نص عليه. كون المشرع يفترض علم الخصم بمواطن البطلان في التشريع و بكيفية التمسك به، لأن القانون لا يعذر أحد بجهله. وإذا إتخذ الإجراء الباطل بعد التعرض

1 فتحي والي، نظرية البطلان في قانون المرافعات، المرجع السابق، ص 197.

2 محمود محمد هاشم، قانون القضاء المدني، المرجع السابق، ص 214.

3 فتحي والي، نظرية البطلان في قانون المرافعات، المرجع السابق، ص 698 .

4 أحمد أبو الوفاء، نظرية الدفع في قانون المرافعات، المرجع السابق، ص 109.

5 رمزي سيف، الوسيط في شرح قانون المرافعات المدنية و التجارية، المرجع السابق، ص 550.

للموضوع فان ذلك لا يسقط الحق في التمسك به طالما أن سبب البطلان لم يكن موجوداً<sup>1</sup>، أو معروفًا لحظة التعرض للموضوع. فيجب أن يكون سبب البطلان موجوداً قبل الكلام في الموضوع و الخصم الآخر إذا قام بإخفائه عن بطريق الغش فإن ذلك لا يسقط الحق في التمسك بالبطلان.

و لو فرض أن تعدد الخصوم المتخذ في مواجهتهم الإجراء فإن ذلك لا يسقط حق من شرع البطلان لمصلحته بقول أو فعل يقوم به خصم آخر سواء كان ممن يستفيد من البطلان أم لا<sup>2</sup>. و لا يسقط حق الخصم في التمسك بالبطلان تعرض غيره للموضوع بالقول أو الفعل. فما صدر عن المدعى عليه من تعرض للموضوع قبل إدخال الضامن في الدعوى لا يسقط حق هذا الأخير في التمسك بالبطلان وبسائر الدفع الإجرائية الأخرى في هذه الدعوى<sup>3</sup>.

وقد يحدث أن يتكلم الخصم في الموضوع محتفظاً بحقه في التمسك بالبطلان فيما بعد. فإذا وردت هذه التحفظات في صورة عامة، كأن يقول الخصم أنه يتكلم في الموضوع على سبيل الإحتياط ويتمسك بمختلف أوجه البطلان، أو إذا طلب الخصم الإطلاع على أوراق معينة تنصب على الموضوع وأورد تحفظاً عاماً بأنه يتمسك بالبطلان، فإن هذه التحفظات العامة لا أثر لها دون شك ولا تحول دون سقوط الحق في البطلان<sup>4</sup>. أما إذا كانت التحفظات خاصة ومحددة، فإنها تحفظ الحق في البطلان، ذلك أنها تعتبر بمثابة تمسك به، وما دام الخصم قد تمسك بالبطلان فله الحق في مناقشة الموضوع دون أن يخشى شيئاً<sup>5</sup>. وعلى أي حال فإن مسألة ما يعتبر كلاماً في الموضوع وما لا يعتبر كذلك يخضع للسلطة التقديرية لمحكمة الموضوع<sup>6</sup>، أما تكييف الواقعة باعتبارها كلاماً في الموضوع فيخضع لرقابة المحكمة العليا باعتبارها مسألة قانونية<sup>7</sup>.

بمجرد التعرض لموضوع الدعوى كتابة أو شفاهة، يسقط حق الخصم في التمسك بالبطلان، وفي ذلك تضييق شديد لنطاق البطلان، و تعتبر هذه القاعدة من أهم وسائل المشرع للحد من البطلان. فأول شيء يجب على الخصم عمله هو التمسك بالبطلان، وبسائر الدفع الشكلية الأخرى، فإذا لم يجد من تلك الدفع شيئاً يبدأ بالدفاع به، كتقديم دفع بعدم القبول أو دفع موضوعية. فهذا ما يحتمه المنطق و هو التصدي للشكل و عيوبه أولاً ثم التطرق للموضوع. وإذا تمسك الخصم بالبطلان بأي دفع شكلي في البداية فإنه يكفي ذلك. إذ له التعرض للموضوع دون حاجة إلى التمسك بذلك في كل جلسة. فلا يجب أن يثبت من له حق في الدفع بالبطلان في كل جلسة تالية تمسكه به، ما دام قد أبدى صحيحاً<sup>8</sup>. على أن زوال

<sup>1</sup> فالتكلم في الموضوع لا يسقط الحق في التمسك ببطلان عريضة الطلب العارض (من المدعى) إذا ما حصل قبل الادلاء بهذا الطلب، والتكلم في الموضوع لا يسقط الحق في التمسك ببطلان تقرير الخبير متى حصل قبل إبداء التقرير أو قبل علمه بإيداعه، أبو الوفاء، الدفع المرجع السابق، ص 110.

<sup>2</sup> أحمد أبو الوفاء، الدفع، المرجع السابق، ص 111.

<sup>3</sup> أمينة مصطفى النمر، المرجع السابق، ص 177. وكذلك وجدي راغب فهمي، المرجع السابق، ص 419.

<sup>4</sup> عبد المنعم أحمد الشرفاوي، الوجيز في قانون المرافعات، المرجع السابق، ص 290.

<sup>5</sup> فتحي والي، نظرية البطلان في قانون المرافعات، المرجع السابق، ص 701.

<sup>6</sup> نبيل إسماعيل عمر، أصول المرافعات الشرعية، المرجع السابق، ص 593.

<sup>7</sup> وجدي راغب فهمي، الوجيز في المرافعات، المرجع السابق، ص 419.

<sup>8</sup> محمد عزمي البكري، الدفع في قانون المرافعات في ضوء الفقه و القضاء طبقاً لأحدث تعديلات، المرجع السابق، ص

البطلان بالكلام في الموضوع يقتصر على البطلان الخاص دون البطلان المقرر للصالح العام، الذي يجوز التمسك به في أي وقت، و هو ما سنبين فيما بعد.

### - وجوب إبداء جميع وجوه البطلان معا:

حتى لا يطول أمد النزاع على صحة العمل الإجرائي، يجب على الخصوم أن يفحصوا ويدققوا جيدا في الأعمال الإجرائية وأن يبدوا أسباب البطلان المختلفة التي تشوبها مرة واحدة<sup>1</sup>، وأن ينتهوا منها معا بدلا من تجزئة تصفيته، فيتأخر نظر المنازعات. وإذا خولفت هذه القاعدة – التي تعتبر من النظام العام – تحكم المحكمة من تلقاء نفسها بعدم قبول وجه الدفع الإجرائي الذي يثار بعد إبداء الأوجه الأخرى و يسقط الحق للتمسك به.

وهذه القاعدة تتعلق بحصر و تركيز الدفعوع ، فلا يمكن للخصم أن يقدم أوجه البطلان التي يستند إليها مجزأة أو على دفعات، وإنما يجب أن يقدمها دفعة واحدة<sup>2</sup>، فأسباب البطلان المختلفة يجب أن تثار متعاصرة كما يقول المشرع الفرنسي في المادة: 113 ق.إ.م.ف.و أن تثار مقترنة معا كما ذكرت في المادة: 173 من القانون الفرنسي السابق، لا يمكن أن تثار بالتتابع حسب المادة: 108/3 ق.إ.م.ف.<sup>3</sup>

ويقصد بوجوه البطلان أو وسائله، الأسباب المولدة للبطلان، أي الأسباب و الأسس التي تدعم الدفع بالبطلان و تؤدي إلى ميلاده وجعله منتجا في الخصومة، وصالحا لإحداث آثارها التي يريجوها المتمسك بها<sup>4</sup>. فمثلا إذا أبدى المدعى عليه دفعا ببطلان عريضة الدعوى لرفعها من ناقص أهلية لم يمثل تمثيلا صحيحا، فلا يستطيع بعد ذلك أن يدفع ببطلان نفس العريضة بسبب عيب شكلي فيها<sup>5</sup>.

بمجرد التمسك بوجه البطلان في عمل ما يسقط الحق في التمسك بوجوه البطلان الأخرى التي تشوب نفس العمل. وبالتالي فإنه إذا أبدى الخصم وجها للبطلان فلا يقبل منه إبداء وجه آخر ولو كان لم يحكم في الدفع الأول<sup>6</sup>. على أن الخصم يعتبر قد أبدى وجوه البطلان معا و دفعة واحدة إذا كان قد أبدى بعضا منها في مذكرة قدمها في الجلسة ثم بادر في الجلسة الموالية إلى إستكمال ما فاتته من هذه الأوجه.

لأن الحكمة تكون قد تحققت في هذه الحالة، أو أن يكون الخصم قد أبدى بعض أوجه البطلان في أول كلامه و أبدى البعض الآخر في أثناء كلامه في ذات الجلسة<sup>7</sup>. إذا يجب على الخصم في بداية النزاع أن يتمسك بالدفع بالبطلان، وأن يتضمن دفعه كافة وجوه أو أسباب البطلان مرة واحدة<sup>8</sup>. فإذا قدمها شفاهة فيجب عليه أن يبدي كل أسباب البطلان قبل إنتهاء

<sup>1</sup> فتحي والي، نظرية البطلان في قانون المرافعات، المرجع السابق، ص 728.

<sup>2</sup> وجدي راغب فهمي، مبادئ الخصومة المدنية، المرجع السابق، ص 44.

<sup>3</sup> ويلاحظ أن نص المادة: 113 من القانون الفرنسي الحالي أوسع من نص المادة: 173 من القانون السابق (يجب إبداء وسائل البطلان ضد عمل واحد معا) ، بينما نص المادة 113 تتحدث عن ضرورة إبداء جميع وسائل بطلان الأعمال الإجرائية معا وإلا سقط الحق فيما لم يبد منها . فالأمر لا يقتصر على وجوه البطلان عمل إجراء محدد، وإنما يجب إبداء جميع وجوه أو أسباب بطلان الأعمال الإجرائية المختلفة.

<sup>4</sup> نبيل إسماعيل عمر، أصول المرافعات الشرعية ، المرجع السابق، ص 598.

<sup>5</sup> فتحي والي، الوسيط في قانون القضاء المدني، المرجع السابق، ص 486.

<sup>6</sup> فتحي والي، نظرية البطلان في قانون المرافعات، المرجع السابق، ص 729.

<sup>7</sup> محمد و عبد الوهاب العشماوي ، قواعد الإجراءات المدنية والإدارية ، المرجع السابق ، ص 283 .

<sup>8</sup> محمد عزمي البكري، الدفعوع في قانون المرافعات في ضوء الفقه و القضاء طبقا لأحدث التعديلات ، المرجع السابق،



مرافعته ، يستوي في ذلك أن يبدي بعض تلك الأسباب في أول كلامه ويبيدي بعضها الآخر في أثناء الكلام، فهو يقدم جميع أسباب البطلان معا أي في مرافعة واحدة<sup>1</sup>.

و إذا تمسك بوجوه البطلان كتابة فإنه يجب عليه أن يقدمها جميعا معا في نفس المذكرة المقدمة للمحكمة. على أنه إذا حددت المحكمة ميعادا للخصم لتقديم تلك الوجوه ، فقام بتقديمها في الميعاد المحدد في مذكرتين فإنه يكون قد قدمها مرة واحدة ، أو في فرصة واحدة، إذ أن المحكمة بمنحها الميعاد قد أعطته الحق في فترة زمنية له أن يستفيد منها بأكملها<sup>2</sup>.

من ذلك نجد أن هذه القاعدة الثانية تكمل سابقتها، وتساهم معها في الحد من البطلان، وأن كانت مستقلة عنها. فإبداء وجه من وجوه البطلان يترتب عليه عدم إمكانية إبداء وجه آخر ولو كان لم يسبق الدفع بهذا الوجه الثاني أية مناقشة في الموضوع<sup>3</sup>.

وإذا أبدى الخصم بعض وجوه بطلان العمل الإجرائي في بداية النزاع، وكانت هناك وجوه أخرى لبطلان هذا العمل لم يسقط حقه في إبدائها، فإنه يجب عليه أن يضمن عريضة الطعن في الحكم تلك الوجوه وإلا سقط حقه فيما لم يبد منها<sup>4</sup>. فالحق في التمسك بأوجه البطلان هذه يسقط إذا لم يبد في أول مناسبة، وهي عريضة الاستئناف ذاتها، ما لم تتعلق تلك الأوجه بالنظام العام. وبمناسبة إبداء أوجه البطلان (وسائر الدفوع الشكلية) هي شرط لقبول الدفع، لذلك تحكم المحكمة العليا بعدم قبول وجه البطلان الذي لم يبدي سابقا في العريضة الاستئنافية، و يسقط الحق فيه، وذلك من تلقاء نفسها لتعلقه بتنظيم أداء المحاكم لوظيفتها في نظر المنازعات وهو ما يسمى بالمصالح العامة<sup>5</sup>.

### – وجوب إبداء الدفع بالبطلان مع سائر الدفوع الشكلية:

بنص للمادة:50 ق.إ.م.إ. يجب إبداء الدفوع الشكلية في أن واحد قبل إبداء أي دفاع في الموضوع أو دفع بعدم القبول و ذلك تحت طائلة عدم القبول.

أي أن جميع الدفوع الإجرائية بإستثناء ما تعلق بالنظام العام، يجب أن تبدي معا، في بداية النزاع.

فمواصلة للرغبة في تصفية المشاكل المتعلقة بالإجراءات معا، وحتى لا يتعطل الفصل في الدعوى، يجب تقديم جميع الدفوع الشكلية معا مرة واحدة، أي في وقت واحد، و في عريضة واحدة ولو تقدم بعضها البعض الآخر، فلا يشترط أن ترد تلك الدفوع في ترتيب معين<sup>6</sup>.

وبناء على ذلك فإن الدفع بالبطلان يجب أن يبدي مع سائر الدفوع الشكلية الأخرى في بداية النزاع. فإذا أبدى الخصم دفوعا شكلية في جلسة ولم يبد معها الدفع بالبطلان سقط حقه

1 أحمد أبو الوفاء، نظرية الدفوع في قانون المرافعات، المرجع السابق، ص 109.

2 فتحي والي ، نظرية البطلان في قانون المرافعات، ص 728.

3 فتحي والي، نظرية البطلان في قانون المرافعات، المرجع السابق، ص 728 .

4 محمد عزمي البكري، الدفوع في قانون المرافعات في ضوء الفقه و القضاء طبقا لأحدث التعديلات، المرجع السابق ، ص 67 .

5 أمينة مصطفى النم، قوانين المرافعات، المرجع السابق، ص 180.

6 نبيل إسماعيل عمر، أصول المرافعات الشرعية، المرجع السابق، ص 595.

في هذا الدفع<sup>1</sup>. ولكن إذا نشأ سببه بعد تقديم الدفوع الأخرى، أو حتى بعد الكلام في الموضوع، فإن حق التمسك بالبطلان لا يسقط<sup>2</sup>.

وهذه القاعدة تكمل سابقتها وتهدف جميعا إلى الحد من البطلان، بالتخلص من الدفع بالبطلان أو من بعض أسبابه، التي لم يثرها الخصم في بداية النزاع. على أن هذه القواعد متعلقة بالبطلان المقرر للصالح الخاص دون المتصل بالنظام العام، أو المتصل بعيب في الموضوع، و هو ما ذهب إليه القانون الفرنسي. وهذا ما نتعرض إليه الآن.

### البطلان المتعلق بالنظام العام ( أو لعيب في الموضوع )

يجوز التمسك به في أي وقت إذا تعلق الدفع الشكلي بالنظام العام، و جاز التمسك به في أية حالة كانت عليها الدعوى، كما هو الحال بالنسبة للدفع بعدم الإختصاص الولائي أو النوعي(المادة:109 ق.إ.م.ف)، وما ورد بتلك المادة جاء على سبيل المثال، فأى دفع إذا تعلق بالنظام العام يسري عليه هذا الحكم. فيمكن التمسك بالبطلان من جانب الخصم في أي وقت، ولو كان قد سبق لهذا الخصم أن تطرق للموضوع<sup>3</sup>.

كما أن في القانون الفرنسي فالبطلان بسبب عيب في الشكل يجب التمسك به في بداية النزاع (بموجب المادة:112 والمادة:74 ق.إ.م.ف) ولو كان يستند إلى قواعد تتعلق بالنظام العام (المادة:74 ق.إ.م.ف). أما البطلان لعيب في الموضوع، فيمكن التمسك به في أية مرحلة كانت عليها الدعوى<sup>4</sup>(بصريح نص المادة:118 ق.إ.م.ف).

على أنه إذا تأخر الخصم في التمسك بهذا البطلان بهدف المماطلة فإنه يمكن الحكم عليه بالتعويض<sup>5</sup>، ولقد كان القضاء الفرنسي يذهب إلى ذلك قبل النصوص الجديدة. فلاي خصم التمسك بالبطلان لعيب في الموضوع في أي وقت ولو بعد التعرض لموضوع الدعوى، أو أن يتمسك ببعض أسبابه في بداية النزاع وبأسباب أخرى في الدعوى في أي وقت، وذلك حتى حين قفل باب المرافعة.

وبالرغم من أن قرار قفل باب المرافعة له طابع مطلق، و هو ما تنص المادة:267 ق.إ.م. التي قررت أنه: " لا يمكن للخصوم تقديم طلبات أو الإدلاء بملاحظات، بعد إقفال باب المرافعات"، والا قضت المحكمة من تلقاء نفسها بعدم قبوله، بل يمكن للخصوم أن يقترحوا على القاضي إثارة البطلان لعيب في الموضوع من تلقاء نفسه إذا أتصل هذا البطلان بالنظام العام<sup>6</sup>.

وبناء على ذلك يمكن القول أن الدفع بالبطلان المتعلق بالنظام العام في القانون يمكن التمسك به في أي حالة كانت عليها الدعوى. فيمكن إثارة ذلك أمام محكمة الموضوع حتى لحظة قفل باب المرافعة، بل يمكن بعد صدور قرار الإغلاق، إذا عدلت المحكمة عن

<sup>1</sup> محمد عزمي البكري ، الدفوع في قانون المرافعات المدنية، ص 64 .

<sup>2</sup> أحمد أبو الوفا، نظرية الدفوع في قانون المرافعات، المرجع السابق، ص845.

<sup>3</sup> فتحي والي، نظرية البطلان في قانون المرافعات، المرجع السابق، ص 710.

<sup>4</sup> محمود محمد هاشم، قانون القضاء المدني، المرجع السابق، ص217.

<sup>5</sup> فتحي والي، نظرية البطلان في قانون المرافعات، المرجع السابق، ص277.

<sup>6</sup> فتحي والي، نظرية البطلان، في قانون المرافعات، المرجع السابق، ص 278.

قرارها، وهو ما تسمح به المادة: 268 ق.إ.م.إ<sup>1</sup>، ولو بطريقة ضمنية، ويمكن للخصم أن يثير أوجه البطلان تلك أمام المجلس لأول مرة ولو لم يتم التمسك بها أمام المحكمة<sup>2</sup>، وكذلك يمكن التمسك بتلك الأوجه لأول مرة أمام المحكمة العليا، بل يمكن للمحكمة العليا أن تثيرها من تلقاء نفسها ولو لم يتمسك بها الطاعن، وبالرغم من معارضة الخصم في الأخذ بها<sup>3</sup>. فيمكن الاحتفاظ بأوجه البطلان لأي حالة كانت عليها الدعوى، طالما تعلقت جميعها بالنظام العام.

ويمكن إثارة بعضها في أول النزاع أو أثناء الإجراءات، ولم يأت المشرع بنص خاص يسمح للمحكمة أن تقضي بالتعويضات على الخصم سيئ النية، المترخي في إبداء دفعه، مع أن هذا التراخي قد يؤدي إلى إطالة الإجراءات بلا سبب وضياع الوقت والجهد، أو على الأقل تأخير الفصل في الدعوى.

و نرى أنه يجب التمسك بمختلف أوجه البطلان، ولو تعلقت بالنظام العام، في بداية النزاع. فلا يوجد ما يبرر التراخي في التمسك بالبطلان إلى أوقات بعيدة، وبعد أن تكون الدعوى قد قطعت شوطا طويلا أمام عدة محاكم. فطالما أن الإجراء معيب وهذا العيب لم يكن خفيا على الخصم، أي كان يعلم به وحضر أو ترفع أو قدم مذكرة إلى المحكمة، فيجب أن يتمسك به في البداية وإلا سقط حقه فيه. فالعيوب الشكلية و إن تعلقت بالنظام العام يجب تصفيتها من بداية النزاع أو فور حدوثها. العدل أن يسمح للخصوم بالتمسك بالبطلان الواضح لهم من البداية، في أي وقت ولو أمام المحكمة العليا.

بحيث أنه يكفي حماية للنظام العام أن يكون من حق كل خصم التمسك بالبطلان في بداية النزاع حتى ممن تسبب فيه. خاصة أن إكتشاف بطلان الإجراء أمر سهل ميسور على الخصم وعلى المحكمة، لذلك كان المشرع الفرنسي على صواب عندما أجاز التمسك بالارتباط في أي وقت، بينما أوجب التمسك بالبطلان لعيب في الشكل، ولو تعلق بالنظام العام في بداية النزاع.

لسنا نرى في ذلك ثمة إهدار للمصالح العامة، وتلك المصالح فالمحكمة أولى بحمايتها. لذلك يجب عليها أن تقضي ببطلان الإجراءات المخالفة للقواعد التي تحمي هذه المصالح من البداية. فإن لم تفعل ذلك فليس لها أن تقضي بالبطلان بعد ذلك، ويكون حكمها معيبا، و يمكن الطعن فيه لتصحيح هذا العيب. وبذلك يقوم القاضي بالدور المطلوب منه والذي يجب عليه القيام به و المتمثل في ضرورة الحكم بالبطلان من تلقاء نفسه في بداية النزاع وإلا يكون قد خالف القانون، فلا يجب ترك الخصومة للخصوم يسبغونها كيفما شاءوا، ويقف القاضي ساكنا ساكتا، وتترك القضايا وتطول الإجراءات، ثم نتساءل عن السبب في أزمة التقاضي.

أن كل خصم لا يهدف إلا الحفاظ على مصالحه، ولا يكثرث بالمصالح العام، والقاضي المفترض فيه كونه الحارس الأول للمصالح العامة، فيجب أن يقوم بدور إيجابي في سبيل حماية تلك المصالح. فإذا لم يتمسك أي من الخصوم بالبطلان المقرر حماية للمصالح العامة

<sup>1</sup> تنص المادة: 268 ق.إ.م.إ على: "يجوز للجهة القضائية المعروض أمامها النزاع، بعد إقفال باب المرافعات أن تعيد القضية للجدول كلما دعت الضرورة لذلك.

كما يمكن أن تقوم بذلك بناء على طلب أحد الخصوم بسبب تغيير في تشكيلتها. فتفتح المرافعات من جديد بناء على أمر شفوي من رئيس التشكيلية المعنية".

<sup>2</sup> أحمد السيد صاوي، الوسيط في شرح قانون المرافعات المدنية و التجارية، المرجع السابق، ص 467.

<sup>3</sup> أنور طلبية، موسوعة المرافعات المدنية و التجارية، المرجع السابق، ص 756.

وجب على القاضي أن يقضي به تلقائياً، وبذلك نضمن الخلاص من العيوب الشكلية في مستهل النزاع، ليتفرغ القاضي للنظر في الموضوع، الذي لا يستغرق الفصل فيه زمناً طويلاً عادة، إذ ما يهدر الوقت ويعطل المصالح هو التمسك بالعيوب الإجرائية في أوقات متأخرة.

إن الوضع القائم حالياً، والمتمثل في ترك الحرية للخصم في التمسك بالعيوب الشكلية، المتعلقة بالنظام العام في أي وقت، وفي دور القاضي له أن يقضي بالبطلان من تلقاء نفسه في أي وقت وفي أية حالة كان عليها الدعوى حتى ولو لأول مرة أمام المحكمة العليا، إنما هو أمر غير منطقي، فما جدوى أن يقضي القاضي بالبطلان بعد وقت طويل من وقوعه؟ وبماذا يلزم الخصم المماطل وما أكثره، أن يتمسك بالبطلان في بداية النزاع؟ خاصة أن القاضي لا يملك حتى الحكم عليه بتعويض حتى ولو تبين له سوء نيته<sup>1</sup>، وهو أمر صعب الإثبات في هذه الوضعية. فأين هي حماية النظام العام؟

أن حماية النظام العام حتى تتم على الوجه الأكمل يجب أن تكون سريعة (في مستهل الخصومة) وبطريقة تحفظ للإجراءات فعاليتها، وتمنع تراكم القضايا بلا جدوى، وعن طريق الشخص المؤهل لذلك بحكم وظيفته، ألا وهو القاضي مما سيعود بالنفع الأكيد لكل من المصالح العامة والخاصة.

فنظراً لأن الدفع الشكلي يثير نزاعاً فرعياً فيما يتعلق بالإجراءات ولا صلة له بموضوع الحق المطالب به، فإن الأصل أن تفصل المحكمة فيه قبل النظر في موضوع الدعوى لأن هذا قد يغنيها عن الخوض في الموضوع، و يترتب على الفصل في هذا الدفع زوال الخصومة ذاتها دون صدور حكم في الموضوع، كما قد يترتب على ذلك مجرد إعاقة سير الخصومة مؤقتاً.

وإذا قدرت المحكمة أنها بحاجة إلى نظر الموضوع لكي تفصل في الدفع الشكلي، فإن لها أن تأمر بضم الدفع الشكلي الى الموضوع و تفصل فيهما معا شريطة أن تبين المحكمة ما حكمت به في كل من الدفع والموضوع<sup>2</sup>، وإلا يتعارض الضم مع ما لطرفي الخصومة من حق الدفاع، فيجب أن تتيح المحكمة الفرصة للخصوم لإبداء دفاعهم الموضوعي<sup>3</sup>، فإذا لم يكن الخصوم قد أبدوا دفاعهم في الموضوع أو لم تكن المحكمة قد نهتهم للتطرق إليه فإن حكمها في الدفع والموضوع معا يكون باطلاً لإخلاله بحق الخصوم في الدفاع، فإذا حصرت المحكمة الدعوى للحكم في الدفع فإن ذلك يمنعها من التصدي للموضوع.

و من ذلك نجد أن المشرع يجعل الأصل أن تحكم المحكمة أولاً في الدفع بالبطلان، وسائر الدفوع الشكلية الأخرى، قبل الفصل في الموضوع. وأعطاه سلطة ضم الدفوع إلى الموضوع، ففضاء المحكمة في الدفع والموضوع معا أمر متروك لتقديرها<sup>4</sup>. و إن كان المشرع يجعل الأصل ضرورة الفصل في الدفع بالبطلان، وباقي الدفوع الإجرائية أولاً، وقبل الفصل في موضوع النزاع، إلا أن العمل بات يجري على أن تحكم المحكمة في كل

<sup>1</sup> وجدي راغب فهمي، المبادئ القضاء المدني، المرجع السابق، ص 420.

<sup>2</sup> قتيحي والي، الوسيط في قانون القضاء المدني، المرجع السابق، ص 488.

<sup>3</sup> محمد عزمي البكري، الدفوع في قانون المرافعات في ضوء الفقه و القضاء طبقاً لأحدث التعديلات، المرجع السابق، ص 70.

<sup>4</sup> امينة مصطفى النمر، الدعوى و إجراءاتها، المرجع السابق، ص 416.

شيء(في البطلان، الإختصاص، في سائر المسائل الإجرائية والدفع الشكلية، و في الدفع بعدم القبول، والدفع الموضوعية، وتفصل في موضوع النزاع) معا مرة واحدة في نهاية النزاع، حتى صار ذلك هو الأصل. ولا شك أن هذا المسلك مخالف لمقصد المشرع، ومن شأنه إطالة أمد التقاضي وتضييع الوقت وإهدار الإجراءات.

و يلاحظ أن المشرع الجزائري نص في المادة:52 ق.إ.م.إ على أن القاضي يفصل بحكم بعدم الإختصاص الإقليمي، كما يمكن له عند الإقتضاء أن يقضي بنفس الحكم في موضوع النزاع، إلا أنه إشتراط إعدار الخصوم مسبقا شفاهة لتقديم طلباتهم في الموضوع. أي أنه على من يتقدم بالدفع الشكلية أن يتطرق أيضا إلى موضوع الدعوى.

كما يلاحظ أيضا أن المشرع الجزائري نص على قاعدة:

" لا يجوز أن يتمسك بالبطلان إلا من شرع البطلان لمصلحته"

هذه القاعدة مستقرة في الفقه و القضاء و مؤداها أن الدفع ببطلان الأعمال الإجرائية شكلا لا يتمسك به إلا من شرع لمصلحته، ولا يجوز أن يتمسك به من تسبب فيه و يستوي أن يكون من تسبب في البطلان الخصم نفسه أو الشخص آخر يعمل بإسمه.

### خاتمة المبحث:

بذلك نكون قد فرغنا من معالجة كيفية التمسك بالبطلان عن طريق الدفع. وقد وقفنا على سياسة المشرع الحديثة في الحد من البطلان، بقصر التمسك به في الغالب، حيث يتقرر للمصالح الخاص، على الخصم صاحب المصلحة فيه، شريطة ألا يكون هو المتسبب فيه، فالمشرع بذلك يضيق من دائرة التمسك بالبطلان. كذلك يضيق الوقت المسموح به للتمسك فيه بالبطلان، حيث يحصره في بداية النزاع، ويجعل مجرد التعرض للموضوع مسقطا للحق في البطلان، كما أنه أوجب إبداء جميع أسباب البطلان معا، في مستهل الخصومة، ومع سائر الدفع الشكلية الأخرى. وإنتهينا إلى ضرورة أن يقتصر تأثير النظام العام على واجب المحكمة أن تثير البطلان من تلقاء نفسها، بجانب حق جميع الخصوم في التمسك به. على أن يكون ذلك في بداية النزاع، وليس في أي وقت توفيراً للوقت والجهد وتحقيقاً لحسن سير العدالة، و كذلك خلصنا إلى ضرورة أن تفصل المحكمة في البطلان بمختلف أسبابه، قبل الفصل في الموضوع، وضرورة إلزام المحاكم بذلك بنص صريح.

1. لذلك فإننا نرى أنه في ظل الوضع الحالي، يحق لأي من الخصوم طلب الفصل في الدفع بالبطلان، وسائر الدفع الشكلية الأخرى، في بداية النزاع، وقبل التعرض للموضوع، وأنه يجب على المحكمة أن تبادر بالفصل في هذا الطلب، وتصدر حكمها في تلك الدفع، ومن أهمها الدفع بالبطلان قبل الدخول في موضوع النزاع، إذ من شأن ذلك أن يغني المحكمة فعلا في حالات كثيرة عن الفصل في الموضوع. وإذا كان ليس من حق أي من الخصوم طلب الضم لأنه لا مصلحة له فيه، فإنه لا شك أن لأي منهم طلب سرعة الفصل في الدفع الشكلية وحدها، خاصة إذا كان من شأن قبول الدفع إنهاء النزاع.

2. أن القواعد الثلاثة الرئيسية التي تحكم التمسك بالدفع بالبطلان وسائر الدفع الشكلية الأخرى(وجوب إبداء الدفع بالبطلان في بداية النزاع، والتمسك بكافة وجوه البطلان معا مرة واحدة، وسائر الدفع الإجرائية الأخرى) هذه القواعد تدفع الخصم

دفعاً إلى سرعة التمسك بدفعه، وهي لا قيمة لها وحدها ما لم تقم المحكمة بدورها في الفصل فيها بسرعة مرة واحدة، قبل الفصل في الموضوع.

3. أنه ليس من المنطقي أن تترك المحكمة الخصوم يبذون كل ما في جعبتهم، من دفع سواء تعلقت بشكل الإجراءات أو بقبول الدعوى أو موضوعها، ويتجادلون حول كل ذلك وقتاً طويلاً، أمامها أو أمام المجلس في الدرجة الثانية، وأحياناً حتى الوصول إلى المحكمة العليا، ثم في النهاية نجدتها تحكم بالبطلان أو بعدم الإختصاص أو حتى بعدم القبول لأن صاحب الدعوى لا صفة له أو لا مصلحة، وإذا كان الفصل في الدفع بعدم القبول قد يحتاج أحياناً إلى بحث في الموضوع، فإن الفصل في البطلان وسائر الدفع الشكلية الأخرى لا يحتاج في العادة إلى أي تطرق لموضوع النزاع.

4. لذلك نرى ضرورة إحترام المحاكم للأصل المقرر في المادة: 52 ق.إ.م.، وألا تضم الفصل في الدفع مع الحكم في الموضوع إلا إذا دعت الضرورة إلى ذلك، لا أن تترك الساحة للخصوم وتصدر المحكمة قرارات متتالية بالتأجيل، ثم تفاجئ الخصوم بحكم بالبطلان أو بعدم الإختصاص. ولعل الأمر واضح بصدد البطلان، لأن القضاء عادة لا يفصل فيه إلا مع الحكم في الموضوع، بينما يرحب القضاء بالدفع بعدم الإختصاص، إذ من شأن القضاء به تخليصهم من دعاوى المتركمة أمامهم.

5. ولعله من الأوفق أن يتدخل المشرع بنص يلزم المحاكم بالفصل في الدفع بالبطلان في بداية النزاع. مع مراعاة أن الوضع يختلف في القانون الفرنسي، لوجود قاضي تحضير الدعوى الذي يهيئ الدعوى للمحكمة، خالصة من كل العيوب الشكلية، حيث يفصل في ذلك لوحده من البداية في كل الدفع الشكلية وحول جميع أوجه البطلان، فيجب التخلص من كافة أسباب البطلان من بداية الدعوى.

## المبحث الثاني: الدفع بعدم القبول ماهيته وطبيعته القانونية

يقتضى البحث في ماهية الدفع بعدم القبول أن نبدأ بتعريفه لغوياً و إصطلاحاً، و ضرورة التطرق للتعريفات التي قيلت بشأن هذا النوع من الدفع. إذ حاول فقهاء و شراح قوانين الإجراءات الخروج ولو بتعريف جامع له يميزه عن غيره من الدفع و يوضح معالمه ونطاقه، إذ يحتدم الخلاف حول مفهوم هذا ادفع وطبيعته القانونية.

فمن الفقهاء من يعتبره جزءاً إجرائي، ومنهم من ينسب هذا النوع إلى الدفع الموضوعية، وآخرون يرون أن هذا الدفع ما هو إلا صورة من صور الدفع الشكلية، في حين أن إتجاهها أخراً يرون فيه نوعاً مستقلاً من الدفع.

إن الدفع بعدم القبول بوصفه إجراءً قضائياً يخضع في تنظيمه للشروط الموضوعية والشكلية للعمل الإجرائي، إذ لا يصح إثارة هذا الدفع ما لم تتوافر المستلزمات أو الشروط اللازمة به.

ومن أجل الإحاطة بما تقدم لا بد من تقسيم هذا المبحث إلى المطلبين التاليين:

المطلب الأول: الدفع بعدم القبول المفهوم والجزاء

المطلب الثاني: الطبيعة القانونية للدفع بعدم القبول

## المطلب الأول: الدفع بعدم القبول المفهوم والجزاء

تحقيقاً لحرية اللجوء إلى القضاء، وعملاً على الحد من المنازعات التي تطرح أمامه، وتوفيراً للوقت والجهد على القضاة والمتقاضين على حد سواء، قرر المشرع لكل حق "دعوى تحميه"، وإذا كانت القاعدة في القانون المدني هي مبدأ حرية الشكل، فإن القاعدة في قانون الإجراءات المدنية هي قانونية الشكل، بمعنى أن تتم جميع أوجه النشاط في الخصومة تبعاً للوسيلة التي حددها القانون، لذا حدد المشرع للمدعى عليه سبلاً لدفاعه، فأوجب عليه التمسك بالدفوع الشكلية قبل الدخول في الموضوع - ما لم تكن متعلقة بالنظام العام- مجيزاً له في ذات الوقت تقديم الدفوع الموضوعية والدفوع بعدم القبول في أية مرحلة من مراحل الدعوى

ونظراً لكون دراسة النظام القانوني للدفع بعدم القبول، تقتضى التعرض لماهيته، والأحكام الخاصة به، لذا سنقسم هذا المطلب إلى ثلاثة فروع هي:

الفرع الأول: مفهوم الدفع بعدم قبول الدعوى

الفرع الثاني: الدفع بعدم القبول والحق في الدعوى

الفرع الثالث: الدفع بعدم القبول وفكرة الجزاء الإجرائي

## الفرع الأول: مفهوم الدفع بعدم قبول الدعوى

أولاً: لغويًا

ينظر إلى تعريف الدفع بعدم قبول الدعوى من الجانب اللغوي إلى إعتبارين :

الأول: بإعتباره مركباً يتكون من كلمتين.

والثاني: بإعتباره لقباً على هذا الموضوع . وبيان تعريفه على هذين الإعتبارين على النحو التالي:

1 - عدم: العدم: فقدان الشيء وذهابه<sup>1</sup>.

عَدَم: (اسم)

مصدر عَدِمَ

العَدَمُ : ضدُّ الوجودِ

2- قبول : مصدر للفعل قبل يقال قبلت الشيء إذا رضيت<sup>2</sup>.

قَبُول: (اسم) قَبُول / قُبُول ( مصدر قَبِلَ )

<sup>1</sup> ابن فارس احمد: معجم مقاييس اللغة ، تحقيق عبد السلام محمد هارون ، دار الجيل، بيروت ، لبنان ، الطبعة الأولى، 1411 هـ ، ص 425 .

<sup>2</sup> أبي الفضل جمال الدين محمد بن منظور، لسان العرب ، المرجع السابق، ص 540.

## القَبُولُ: الْمُؤَافَقَةُ

3- العَدَمُ: كلمة تسبق المصدر فتؤدِّي معنًى مضاداً لمعناه<sup>1</sup>.

عدم الحضور / الوجود : الغياب .

عَدَمُ الإِهْتِمَامِ : فُقْدَانُ ، نَقْيُ الإِهْتِمَامِ.

عَدَمُ الأَهْلِيَّةِ : حرمان المرء من حقٍّ أو تصرف .

عدم الرّسوب : النّجاح .

## عدم القبول: الرّفْض

والمفهوم اللغوي للدفع بعدم القبول ؟ يوضح أن ثمة شيء ما يمنع من قبول طلب صاحبها.

## ثانيا: المدلول الإصطلاحي للدفع بعدم القبول

إنتهج المشرع الجزائري المنحي الذي إتخذ المشرع الفرنسي لتعريف الدفع بعدم قبول الدعوى التي تقرر بأن " الدفع بعدم القبول وسيلة تستهدف عدم قبول طلب الخصم"<sup>2</sup>. أما المشرع الجزائري فعرف الدفع بعدم قبول في المادة:67 ق.إ.م.إ بأنه: " الدفع الذي يرمي إلى التصريح بعدم قبول طلب الخصم لإنعدام الحق في التقاضي، كإنعدام الصفة وانعدام المصلحة والتقاعد وإنقضاء الأجل المسقط وحجية الشيء المقضي فيه، وذلك دون النظر في موضوع النزاع "

ولقد اورد بعض شراح القانون عدة تعاريف للدفع بعدم القبول من أهمها:

" هو الدفع الذي لا يوجه إلي إجراءات الخصومة، ولا يوجه إلي ذات الحق المدعى به، بل يرمي إلي إنكار سلطة المدعي في استعمال الدعوى، فهو يوجه إلي الوسيلة التي يحمي بها صاحب الحق حقه، وما إذا كان من الجائز إستعمالها، ام أن شرط الإستعمال غير جائز لعدم توافر شرط من الشروط العامة التي يتعين أن تتوافر لقبول الدعوى ، أو لعدم توافر شرط من الشروط المتعلقة بذات الدعوى المرفوعة"<sup>3</sup>.

وذهب إتجاه آخر للقول بأن الدفع بعدم القبول هو الدفع الذي لا يوجه إلي الحق الموضوعي لينفيه، ولا لأعمال الدعوى لإثبات بطلانها أو عدم مراعاتها لمقتضياتها، وإنما يوجه إلي الحق في الدعوى، للتوصل إلي عدم قبولها أو عدم سماعها قبل الفصل في الموضوع، لتخلف شرط من شروط قيام الحق فيها<sup>4</sup>.

وقد ورد تعريفه بالمذكرة الايضاحية لقانون المرافعات المصري بأن المقصود به: " الدفع الذي يرمي إلي الطعن بعدم توافر الشروط اللازمة لسماع الدعوى أو الطلب العارض أو الطعن في الحكم"<sup>5</sup>.

<sup>1</sup> مجد الدين محمد بن يعقوب الفيروز ابادي الشيرازي، القاموس المحيط ، المرجع السابق، ص 924.

<sup>2</sup> Art 122 : constitue une fin de non-recevoir tout moyen qui tend à faire déclarer l'adversaire irrecevable en sa demande.

<sup>3</sup> أحمد أبو الوفا، التعليق نصوص قانون المرافعات، المرجع السابق ، ص 469.

<sup>4</sup> عمر زودة ، الإجراءات المدنية و الإدارية في ضوء آراء الفقهاء و أحكام القضاء، دار هومة للنشر ، الكتاب1، 2021 ، ص 367 و ما بعدها .

<sup>5</sup> ابراهيم نجيب سعد، القانون القضائي الخاص، ص 649 .



وقد عرفت محكمة النقض المصرية الدفع بعدم قبول الدعوى و الذي تعنيه المادة:5 ق.م.م هو: " الدفع الذى يرمى إلى الطعن بعدم توافر الشروط اللازمة لسماع الدعوى، وهي الصفة والمصلحة والحق في رفع الدعوى بإعتباره دفعا مستقلا عن ذات الحق الذى ترفع الدعوى بطلب تقريره، كإعدام الحق في الدعوى أو سقوطه لإنقضاء المدة المحددة في القانون لرفعها".

وفي تعريف آخر لها:« الدفع بعدم القبول، هو الذى يرمى إلى الطعن بعدم توافر الشروط اللازمة لسماع الدعوى وهي الصفة والمصلحة والحق في رفع الدعوى"<sup>1</sup>.

وعدم إختلاط ذلك بالدفع المتعلقة بشكل الإجراءات التي تبدى قبل التكلم في الموضوع ، ولا بالدفع المتعلقة بأصل الحق المتنازع فيه<sup>2</sup>.

وعرفه أحد شراح القانون بأنه: الوسيلة التي ينكر بها الخصم حق خصمه في رفع الدعوى، فهو لا يتعرض بها للحق المدعى به ولا يطعن بها في صحة الخصومة وإجراءاتها وإنما ينازع في قبول الدعوى".

وعرفه آخر بأنه : الدفع الذى يتوجه إلى الحماية القضائية بهدف إنكار حق طالبا فيها، والفصل فيه يتم من خلال تحسس موضوع الإدعاء دون أن يعتبر ذلك فصلا في هذا الموضوع<sup>3</sup>.

كما إتجه بعض الفقه الحديث إلى تعريف "عدم القبول" بأنه : " تكييف قانوني مقدم إلى المحكمة يترتب عليه إمتناعها عن النظر في الدعوى"<sup>4</sup>.

الحقيقة أنه مهما يؤخذ على هذه الصياغة، فإنها لا تشير إلى الإهتمام بالتعريف، وإنما تشير إلى " منهج" تعريف وسيلة عدم القبول دون الإهتمام بتعريف عدم القبول. و الجدير بالإعتبار أنه بقدر ما نصادف تعريفا للدفع بعدم القبول و لا نصادف تعريفا لعدم القبول<sup>5</sup>.

بل و يصعب التسليم بأن هذه الصياغات تنصرف إلى تعريف ظاهرة عدم القبول و ظاهرة البطلان، إلا إذا سلمنا بأنه لا فارق بين البطلان و محله أي العمل الباطل.

فالصياغة المتعلقة بعدم القبول، لا تنصرف إلى تعريف عدم القبول و إنما تنصرف إلى تعريف " محل" عدم القبول أي " العمل الغير المقبول". فتعبير العمل الغير مقبول هو ما قد يصدق فيه صطلاح أو اسم قانوني أو وصف قانوني أو تكييف قانوني لإعلان رغبة مقدمة إلى المحكمة تستدعي إمتناعها عن النظر فيه.

إلا أن الفارق كبير بين إصطلاح "عدم القبول" و إصطلاح " عمل الغير مقبول"، و بين هو الفارق بين عدم القبول و محله<sup>6</sup>.

<sup>1</sup> محمد خلف، مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها محكمة النقض، دار الطباعة الحديثة ، القاهرة ، مصر، ط1982، ص616.

<sup>2</sup> أحمد المليجي، التعليق على قانون المرافعات ، المرجع السابق، ص 1096.

<sup>3</sup> ابراهيم نجيب سعد، القانون القضائي الخاص، المرجع السابق، ص649.

<sup>4</sup> فتحي والي، الوسيط في قانون القضاء المدني، المرجع السابق، ص 555.

<sup>5</sup> أحمد ابو الوفاء، نظرية الدفع في قانون المرافعات، المرجع السابق، ص838.

<sup>6</sup> عبد الحكم أحمد شرف، المبسط في قانون المرافعات، المرجع السابق، ص 154.

فالحقيقة أن عدم القبول يعتبر جزاءا و ليس وصفا أو تكييفا، فهو حكم قانوني يرد على "عمل" معيب بعيب خارجي هو الإنحراف بالغاية القانونية<sup>1</sup>.

و عليه فإن عدم القبول وسيلة يتحرى بها القانون " مشروعية" الغاية من العمل الإجرائي للمتقاضى.

و لأن عدم القبول يفترض وجود "عمل" إرادة صحيح و مشروع في ذاته، و إن كان ينقلب عملا غير مشروع لإنحراف في غايته و غرضه، فقد كان طبيعيا ألا يجد الفقه إجابة لتساؤله:

عما إذا كان يمكن أن يكون في الطلب من عنصر أو عناصر- و لو ظاهرية في الإدعاء - ذو شأن بحيث أن تخلفه يفضي إلى رفض حاسم بدون التطرق للموضوع؟.

إذ الأمر لا يقتصر على الطلب القضائي و لا يتعلق بتخلف عنصر أو عناصر، و إنما الأمر يشمل العمل القانوني الإجرائي للمتقاضى و يتعلق بتخلف " الغاية" المشروعة أو تخلف المصلحة الإجرائية.

والتعاريف السابقة متقاربة و تساهم في توضيح مفهوم الدفع بعدم قبول الدعوى وطبيعته، و يلاحظ أن مجمل هذه التعريفات متشابهة الى حد كبير في الأتي:

1. إتفاق هذه التعريفات على أن الدفع بعدم القبول يوجه الى تخلف شرط من الشروط الواجب توافرها لقبول الدعوى، و من ثم الفصل فيها، و أنه لا يوجه هذا الدفع الى شكل الإجراءات أو أصل الحق المتنازع عليه.

2. أن البعض منها قصر الحق في إثارة هذا النوع من الدفع على المدعى عليه في الدعوى، علما بأنه يمكن للمحكمة من تلقاء نفسها أن تثير هذا النوع من الدفع إذا تعلق الأمر بالنظام العام.

3. أن الهدف من إثارة الدفع بعدم القبول هو إصدار حكم بعدم قبول الدعوى، أو عدم سماعها من قبل المحكمة، و أن الأثر المترتب على قبوله، هو الحكم بعدم قبول الدعوى أو منع سماعها من قبل المحكمة<sup>2</sup>.

4- إعتبر بعض شراح القانون أن إنكار الدعوى من قبل المدعى عليه يعتبر من قبيل الدفع و هذا الرأي غير مقبولا في الفقه؟ لأن الإنكار ليس فيه دفع، و إنما يعد الدفع و الإنكار من قبيل أوجه الجواب من المدعى عليه على الدعوى<sup>3</sup>.

5- لم يشر الفقهاء إلي أن تخلف شرط من شروط الدعوى هو من قبيل دفع عدم القبول، و إنما هو من الواجبات التي تجب على القاضي القيام بها لفحص الدعوى قبل نظرها إذا كانت مقبولة وصالحة لنظرها من عدمه. بخلاف القانون فقد أشار لذلك ضمن نصوصه.

<sup>1</sup> محمود محمد هاشم، قانون القضاء المدني، المرجع السابق، ص 146.

<sup>2</sup> حمدي باشا عمر، مبادئ القضاء في ظل قانون الإجراءات المدنية و الإدارية الجديد، ط2، دار هومة، 2016، ص 121.

<sup>3</sup> أحمد المليجي، التعليق على قانون المرافعات، المرجع السابق، ص 1096 .

من هنا يمكن القول أن مقومات هذا الدفع وأهم عناصره – ومن خلال الإستنتاج من كل ما ذكر – تتجسد في القواسم المشتركة لمجمل الآراء الفقهية، والتي يمكن أن تميز هذا الدفع عن غيره من الدفع، ومن أهم هذه العناصر :

### أولاً: أن الدفع بعدم القبول هو وسيلة دفاع ترمي إلى إنكار وجود الدعوى أساساً

فإن كان الدفع الشكلي موجه أساساً إلى إجراءات الدعوى أو الإختصاص في نظرها، مما يعني أن الدعوى موجودة فعلاً، إلا أنها جاءت مخالفة للأوضاع التي رسمها القانون، والتي يتعين على الخصم إحترامها حتى تكون دعواه صحيحة.

وإذا كان الدفع الموضوعي ينصب بشكل مباشر على ذات الحق المدعى به، من دون أن يكون للمدعى عليه تحفظ على الدعوى بوصفها وسيلة لحماية الحقوق، إذ من المسلم به أن للدعوى كياناً مستقلاً، فهي ليست بذات الحق المدعى به.

إلا أن للدفع بعدم القبول خصوصية تميزه عن هذا وذاك، وتتمثل في توجيهها إلى الوسيلة التي يحمي بها الخصم حقه (الدعوى) فتصويبها بالشلل، ومن ثم عدم قدرة المدعي من المطالبة بحقه.

تجدر الإشارة أن المشرع لم يشر إلى تسمية الدفع بعدم القبول في ق.إ.م.إ.، وإنما اكتفى بالنص بالمادة:67 منه على صور هذا الدفع<sup>1</sup>.

### ثانياً: إن الدفع بعدم القبول يكون بمناسبة إنعدام الشروط التي يتطلبها القانون في قبول الدعوى

فهذا الدفع هو عبارة عن التمسك بعدم توافر شرط من شروط قبول الدعوى، سواء كانت شروطها العامة أو الخاصة، الإيجابية منها أو السلبية، ويجوز الدفع بعدم قبول الطعن و التمسك بعدم توافر شرط من شروط الطعن في الحكم<sup>2</sup>.

إن التشريعات تفرض شروطاً لقبول الدعوى أمام المحكمة، فإذا أقام الشخص دعوى أمام المحكمة ولم تتوافر الشروط اللازمة لقبول هذه الدعوى، فإنها لا تكون مقبولة بصرف النظر عما إذا كان محقاً في إدعائه أم غير محق، وعليه يجب أن تثبت المحكمة من شروط قبول الدعوى في الجلسة الأولى، وتتأكد من توافر جميع هذه الشروط قبل الخوض في موضوعها، فإذا ما تخلف شرط أو أكثر في الدعوى المنظورة وجب على المحكمة رفضها شكلاً<sup>3</sup>.

1 المادة: 67 :الدفع بعدم القبول، هو الدفع الذي يرمي إلى التصريح بعدم قبول طلب الخصم لانعدام الحق في التقاضي، كانعدام الصفة وانعدام المصلحة والتقدم وانقضاء الأجل المسقط وحجية الشيء المقضي فيه، وذلك دون النظر في موضوع النزاع.

2 وجدي راغب فهمي، مبادئ الخصومة المدنية، المرجع السابق، ص 218.

3 محند أمقران بوبشير، قانون الإجراءات المدنية، نظرية الدعوى، نظرية الخصومة، الإجراءات الإستثنائية، ط4، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2008، ص 153.

## الفرع الثاني: الدفع بعدم القبول والحق في الدعوى

إعتاد فقهاء القانون عند بحثهم في تعريف الدعوى بحث علاقتها بالحق الذي تحميه لعدم إتفاقهم على تحديد مفهوم واضح ومحدد لها<sup>1</sup>.

وتبعاً لذلك إختلفوا في تحديد تلك العلاقة، مما أدى لإنقسامهم إلي طوائف مختلفة<sup>2</sup>.

وما يهم البحث هو: تناول علاقة الدعوى بالحق الذي تحميه دون الخوض في آراء تلك الطوائف عن مفهوم الدعوى، ولا عن بحث الإنتقادات الموجهة لآرائهم حول علاقتها بالحق الذي تحميه. ويمكن عرضها على النحو الآتي:

### الرأي الأول:

يطلق عليه الرأي التقليدي حيث يرى أنصاره: أن الدعوى هي ذات الحق الموضوعي في حالتي الدفاع والحركة، فالحق يبقى ساكناً هادئاً، فإذا ما أعتدى عليه أو تم إنكاره تحرك في صورة دعوى، فهو يمثل الحالة القانونية الهادئة، أما الدعوى تمثل الحالة القانونية نفسها وقت الحركة.

وحجتهم في ذلك: أن الحق والدعوى ينشان معاً، ويزولان بزوال أحدهما، فلا يتصور وجود أحدهما دون الآخر، فالحق لا يكتمل وجوده إلا بحمايته قضائياً، كما أن موضوعهما متحد فصاحب الحق يلجأ للقضاء ليطالب بنفس المنفعة التي يتحصل عليها فيما لو إترف له بحقه. وتتصف الدعوى بنفس أوصاف الحق، فإن كان الحق شخصياً تكون كذلك، وإن كان الحق عينياً فتكون كذلك. كما أن لكل حق دعوى واحدة تحميه وتتعدد الدعاوى بقدر ما يملك الشخص من حقوق بقدرها<sup>3</sup>.

فالحق والدعوى إذن متلازمان لا ينفك أحدهما عن الآخر<sup>4</sup>.

ويترتب على هذا الرأي: أن شروط قبول الدعوى تعد نفسها شروط نشأة الحق الموضوعي. وبناءً على ذلك فشروط الدعوى تكون دائماً شروطاً موضوعية وليست شروطاً شكلية، فإذا ما تخلف أحد منها فإن الدفع بعدم قبول الدعوى لا يكون إلا دفعا موضوعياً، يحكمه القانون الذي ينص على قواعد موضوعية متصلة بأصل الحق.

ولذلك فالفقه القانوني القديم لا يعرف إلا نوعين من الدفع<sup>5</sup>:

**الأول:** يتوجه إلي الإجراءات بقصد عرقلة سير الخصومة.

**و الثاني:** يتوجه إلي مضمون الإدعاء بقصد تحطيمه. والدفع بعدم القبول لا وجود له وفقاً لهذا الرأي<sup>6</sup>.

وهذا ما يسمى بالتقسيم الثنائي للدفع، والهدف منه إلغاء طائفة الدفع بعدم القبول، نظراً لما يحيط بها من مشاكل وغموض، ودمجها داخل طائفة الدفع الموضوعية<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> محمد نعيم ياسين ، نظرية الدعوى بين الشريعة الإسلامية وقانون المرافعات ،المرجع السابق، ص 98.

<sup>2</sup> عبد الرحمان بريارة، شرح قانون الإجراءات المدنية و الإدارية ، ط4 ، منشورات بغداددي، 2013، ص110.

<sup>3</sup> فتحي والي، قانون القضاء المدني، المرجع السابق، ص100.

<sup>4</sup> عبد الباسط جميعي، مبادئ المرافعات المدنية في قانون المرافعات الجديد، المرجع السابق، ص82.

<sup>5</sup> أحمد أبو الوفا، نظرية الدفع في قانون المرافعات، المرجع السابق ، ص 448.

<sup>6</sup> نبيل إسماعيل عمر، الدفع بعدم القبول ونظامه القانوني، المرجع السابق، ص 38.

هذا الرأي وجهت له إنتقادات عنيفة من جانب بعض الفقه - ليس البحث بصدد هذا - ولذلك هجرها الفقه القانوني.

### الرأي الثاني:

وهو في حقيقته ليس إلا تطويرا لفكرة الرأي التقليدي، حيث يرى أصحابه: أن الدعوى ليست بذات الحق الذي تحميه، كما أنها ليست منفصلة ومستقلة عنه، وإنما تعد جزءا لا يتجزأ من الحق الموضوعي وأحد عناصره ومكوناته، فهي تمثل عنصر الحماية القانونية في الحق.

لأن الحق لا يعد مكتمل الوجود إلا إذا كان لصاحبه سلطة الالتجاء للقضاء، لمنع الاعتداء الواقع عليه أو حمايته، فالحماية القانونية للحق هي الدعوى بعينها، وبغير هذه الحماية لا يتصور وجود الحق، ولذلك فهما يتحدان في الموضوع، والسبب والاوصاف. و أن الدعوى قائمة حتى ولو لم تستعمل، لأنها مجرد سلطة خولها القانون للدفاع عن منفعة معينة أو الوصول لإحترام القانون<sup>2</sup>، فالدعوى توأم الحق وقرينته، ذلك أن الحق لا يعدو أن يكون مصلحة يحميها القانون، ووسيلة هذه الحماية هي الدعوى. والمصلحة التي لا يزودها القانون بدعوى تحميها لا يمكن أن ترقى لمصاف الحقوق، وتمثل الدعوى من بين أركان الحق ركن الجزاء فيه، وبالتالي فهي عنصر من عناصر تكوين الحق<sup>3</sup>.

فهي إذن وفقا لهذا الرأي متصلة بالحق الذي وجدت غايته، تدور معه وجودا و عدما<sup>4</sup>. وبناء على ذلك فإن القواعد القانونية المتعلقة بقبول الدعوى، أو عدم قبولها تعد من صميم القواعد الموضوعية، ولا تعد من القواعد المتعلقة بشكل الإجراءات. فلو نص القانون على وجوب رفع دعاوى الحيازة في خلال سنة من تاريخ الإعتداء عليها وإلا كانت غير مقبولة، إنما ينص على قواعد موضوعية متصلة بأصل الحق وشروط قبول الدعوى ليست إلا شروط نشأة الحق الموضوعي، ولا تعد شروطا شكلية<sup>5</sup>.

فالمنفعة التي قد يتمسك بها الخصم لا يعتد بها ولا يعترف المشرع بها ولا يضيف حمايته عليها، إلا إذا كانت ناشئة عن وقائع قانونية محددة.

وبعبارة أخرى هذه الوقائع هي التي تنشئ الحق الذي يضيف عليه القانون حمايته. وما الدفع بعدم قبول الدعوى إلا دفعا موضوعيا، إلا أنه يتميز عنه في أنه لا يوجه لذات المنفعة، وإنما إلي الحماية المقررة لها بقصد إنكارها، وحالات الدفع بعدم القبول: هي التي يكون فيها إنكار الحق واضحا، بحيث لا يحتاج الأمر فيها عادة إلي الخوض في الموضوع عند الحكم فيها<sup>6</sup>.

و يظهر من مفهوم هذا الرأي فصله للعناصر المكونة للحق الموضوعي، فيضع عنصر الفائدة أو المنفعة في جهة. ويعزل عنصر الحماية القانونية أي الدعوى القضائية التي

<sup>1</sup> وجدي راغب فهمي، مبادئ القضاء المدني وقانون المرافعات، المرجع السابق، ص 84.  
<sup>2</sup> عبد الباسط جميعي، مبادئ المرافعات المدنية في قانون المرافعات، المرجع السابق، ص 179.  
<sup>3</sup> عبد المنعم أحمد الشراوى، نظرية المصلحة في الدعوى، المرجع السابق، ص 35.  
<sup>4</sup> أحمد أبو الوفاء، نظرية الدفوع في قانون المرافعات، المرجع السابق، ص 845.  
<sup>5</sup> إبراهيم نجيب سعد، القانون القضائي الخاص، المرجع السابق، ص 649.  
<sup>6</sup> محمد نعيم ياسين، نظرية الدعوى بين الشريعة الإسلامية وقانون المرافعات، المرجع السابق، ص 101.

تحمي المنفعة من جهة أخرى. وبناء على ذلك يعتبر الدفع بعدم القبول موجها لهذا العنصر الأخير وحده. والدفع بعدم قبول الدعوى وفقا لهذا الرأي يوجه إلى الدعوى في حالة عدم وجود الحق الموضوعي أو في حالة إفتقاده عنصر الحماية القانونية فيه، فهو بالتالي دفع موضوعي يخضع لأحكام القانون المنظم لأصل الحق<sup>1</sup>.

هذا الرأي كسابقه وجهت له إنتقادات ليس البحث بصددها إنما جوهر هذه الإنتقادات يرجع إلى أن الدعوى حق مستقل عن الحق الذي تحميه، وبالتالي فهي تخضع لنظام يختلف عن النظام الذي يحكم أصل الحق.

### الرأي الثالث:

وهو رأي الفقه القانوني الحديث، حيث يجمع أنصاره على أن الدعوى ليست ذات الحق الموضوعي الذي تحميه، ولا تعد جزءا منه ولا من مكوناته أو عناصره، ولا تتحد معه في الموضوع ولا في السبب ولا في الشروط، ولا في مباشرة كل منهما، ولا في الآثار والإنقضاء. هذا الفقه يرفض مبدأ دمج الدعوى بالحق، أو دمج الحق بالدعوى بادئا من منطلق بديهي وهو أن الحق لا يمكن أن يكون هو الدعوى التي لم توجد الا لحمايته<sup>2</sup>، رغم إتجاه هذا الفقه إلى إستقلال الدعوى عن الحق الموضوعي، إلا أن أنصاره لم يتخذوا موقفا موحدا إزاء مدى هذا الإستقلال.

فيذهب بعضهم إلى وجود علاقات وثيقة بين الدعوى والحق، بحيث يقال أن هذا الإستقلال نسبي، ويذهب البعض الآخر إلى الفصل المطلق بين الدعوى والحق بحيث لا تتبع الدعوى الحق في أي شيء، وتظهر الدعوى كفكرة مجردة<sup>3</sup>.

ويمكن عرض آراءهم على النحو الآتي:

1- يرى بعضهم: أن الدعوى تظهر في شكل حق، و يسمى الحق في الدعوى، وهو حق شخصي يوجد في مواجهة شخص أو عدة أشخاص.

يتضمن طلب الحصول على تطبيق القانون في حالة محددة ، ومنح المدعي حماية قضائية معينة . هذه الفكرة هي التي تتفق مع مركز الدعوى بإعتبارها وسيلة الحماية القضائية . فالقانون حينما يمنح الفرد حق اللجوء إلى القضاء ومنعه من الإقتضاء بنفسه لا يكفي، أن لم يمنحه الحق في الحصول على الحماية القانونية التي كان بإستطاعته التحصن عليها بنفسه. وتصوير الدعوى بأنها وسيلة لمنح الحماية القضائية للحق أو المركز القانوني هو وحده الذي يوجد الصلة بين الدعوى والحق الموضوعي<sup>4</sup>.

ويصل هذا الرأي إلى أنه إذا كان من المسلم به الآن أن الحق في الدعوى يعتبر حقا مستقلا عن الحق الموضوعي، فإنه لا يمكن أن ينظر إليه بإعتباره مركزا قانونيا إجرائيا، لأن الحق في الدعوى يوجد قبل بدء إجراءات الخصومة، فهو مركز موضوعي هدفه الحصول على حماية حق أو مركز قانوني موضوعي.

<sup>1</sup> نبيل إسماعيل عمر، الدفع بعدم القبول ونظامه القانوني، المرجع السابق، ص38.

<sup>2</sup> عزمي عبد الفتاح، نحو نظرية عامة لفكرة الدعوى امام القضاء المدني، مطبوعات جامعة الكويت، 1986، ص 31.

<sup>3</sup> نبيل إسماعيل عمر، الدفع بعدم القبول ونظامه القانوني، المرجع السابق، ص 40 .

<sup>4</sup> فتحي والي، الوسيط في قانون القضاء المدني، المرجع السابق، ص 56.

هذا الرأي أشار إلي أن من قالوا: بأن الدعوى عنصر من عناصر الحق، وتتمثل في الحماية القانونية المقررة للحق، قد خلطوا بين الحماية القانونية التي يتمتع بها الحق قبل الإعتداء عليه، وبين صورة خاصة من الحماية القانونية وهي الحماية القضائية التي لا تنشأ إلا بعد الإعتداء على الحق<sup>1</sup>، وتتمثل في حق الشخص على حماية قانونية بواسطة القضاء، في حين قبله لا يحتاج الحق لهذه الحماية. أما الحماية القانونية هي التي تكون عنصر في الحق وتوجد حيث ما وجد الحق. بل أن بعضهم عدها خارج الحق وليست عنصرا في الحق، كونها بيد الدولة لا بيد صاحب الحق<sup>2</sup>.

وميز هذا الرأي بين حق الدعوى وحق التقاضي، فحق الدعوى هو حق الحصول على حكم في موضوع الإدعاء، أما حق التقاضي فهو حق عام لكل الأشخاص يكفله الدستور دون تمييز بينهم، فلا يجوز التنازل عنه، ولا ينقضي بعدم الإستعمال طبقا لنص المادة: 158 من الدستور<sup>3</sup>.

وميز أيضا بين الحق في الدعوى و الحق في رفع دعوى معينة، يعني حق الشخص في أن يسمعه القضاء بالنسبة لإدعاء معين، سواء أكان هذا الإدعاء قائم على أساس (وبالتالي له الحق في الدعوى ) أم كان قائما على غير أساس (ومن ثم فليس له الحق في الدعوى).

فهو الحق في الحصول على حكم في موضوع الدعوى بصرف النظر عن صدور الحكم لصالح المدعي أو ضده. وحدد شروطا للحق في الدعوى تختلف عن شروط الحق في رفع الدعوى، كما أن الجزاء المترتب على عدم توافر كل من الحقين يختلف، فتختلف شرط من شروط الحق في الدعوى يؤدي إلي رفضها، بينما تخلف شرط من شروط الحق في رفع الدعوى يؤدي إلي عدم قبولها أو بعبارة أخرى عدم سماعها<sup>4</sup>.

وشروط الحق في الدعوى وفقا لهذا الرأي هي:

#### 1- وجود حق أو مركز قانوني:

بما أن الدعوى وسيلة لحماية حق أو مركز قانوني، فإنه يفترض لوجودها سبق وجود حق أو مركز يحميه القانون حيث لا حق فلا دعوى، كما أن من المقرر أن الحق يكون محلا للحماية القضائية بغض النظر عن قيمته الإقتصادية وهذا الشرط يتطلب توافر أمرين:

**الأمر الأول:** وجود قاعدة قانونية تحمي مصلحة المدعي. وهذه مسألة قانونية تبحث من الناحية القانونية المجردة. وإذا لم يكن هناك وجود لمثل هذه الحماية القانونية، فلا ينشأ الحق في الدعوى مثل: من يطلب بالزام شخص آخر بدفع دين ناتج عن قما، فإن الحق في الدعوى لا يوجد، لأن القانون لا يحمي مثل هذا الدين.

<sup>1</sup> محمد نعيم ياسين، نظرية الدعوى بين الشريعة الإسلامية و قانون المرافعات، المرجع السابق، ص103.

<sup>2</sup> فتحي والي، قانون القضاء المدني، المرجع السابق، ص 104.

<sup>3</sup> المادة 158 من الدستور: أساس القضاء مبادئ الشرعية والمساواة.

الكل سواسية أمام القضاء، وهو في متناول الجميع ويجسده احترام القانون.

<sup>4</sup> أحمد أبو الوفا ، نظرية الدفع في قانون المرافعات، المرجع السابق، ص 845.

**والأمر الثاني:** ثبوت وقائع معينة تنطبق عليها القاعدة القانونية المجردة، لأنه إذا لم توجد القاعدة القانونية المدعاة فلا معنى لإثبات الوقائع التي تنطبق عليها هذه القاعدة<sup>1</sup>.

مثال: أن يرفع (أ) دعوى إسترداد دين على (ب)، فإنه يجب على (أ) إثبات أن (ب) مدينا له بمبلغ الدين المطالب به.

## 2- إعتداء على هذا الحق أو المركز القانوني

### 3- الصفة لصاحب الحق أو الخصم أو المركز القانوني محل الاعتداء

وترجع أسباب عدم القبول (حسب هذا الرأي) لعيب في الطلب أو في الدفع أو الطعن كعمل إجرائي، سواء تعلق العيب بالشكل، أو بمقتضى موضوعي كعدم صلاحية القائم بالعمل مثل: رفع الدعوى من قاصر لا يمثله الوصي، أو لعدم توافر المصلحة في الإجراء إذا كان تحقيق الرغبة المطلوبة لا تؤدي إلي تحقيق الحماية لطالبيها أو مساعدته في تحقيقها، وبالتالي من العبث تضييع الوقت في إجابة الخصم لطلبه<sup>2</sup>.

هذا الرأي يرى:

أن الدفع بعدم القبول يستخدم للطلب القضائي مثلا بإعتباره عملا إجرائيا، فإن شاب الطلب القضائي خطأ في اعلان الرغبة كان طالبا غير مقبول. وهذا الطلب القضائي يخضع لتكييف عدم القبول، لأسباب تتعلق بعدم توافر الحق في رفع الدعوى، وقد روى استخدام عدم القبول التي تقتضي عدم النظر في حق الطالب فيما يطلب في الحالات التي يكون فيها تخلف حق الدعوى ظاهرا لا يحتاج فيها لنظر الموضوع. وهذه الحالات بعضها يتعلق بشروط نشأة حق الدعوى، وبعضها يرتبط بانقضاء هذا الحق، وكان هذا الرأي يسوى بين حكم الرفض وحكم عدم القبول رغم الفروق المتعددة التي توجد بينهما<sup>3</sup>، وأهمها:

أن عدم القبول يعني نفي حق الدعوى ، أما رفض الدعوى فهو يفترض قبول الدعوى إجرائيا، اى وجود حق الدعوى، ولكنه يقضي في موضوعها لغير صالح المدعي بنفي الحق الموضوعي المدعى به<sup>4</sup>.

يربط هذا الرأي حق الدعوى بالحق الموضوعي، لأنه يجعل الحق أو المركز الموضوعي شرطا من شروط الدعوى. فالقانون لا يعترف بحق الدعوى للمدعي إلا إذا كان محقا في دعواه، ولذا فإن الحق يخول المدعي الحصول على حكم في موضوع الدعوى لصالحه.

ويؤدي الأخذ بهذا الرأي إلي تبعية حق الدعوى للحق الموضوعي، رغم أن الدعوى ظاهرة إجرائية ينظمها قانون الإجراءات المدنية والإدارية، فهو ينظم حق الدعوى تنظيما مستقلا عن تنظيم القانون المدني للحقوق والمراكز الموضوعية، فلا يجعل الحق الموضوعي شرطا لقبول الدعوى، بل يضع شروطا أخرى، من أهمها شرط المصلحة. ويؤدي هذا الرأي

<sup>1</sup> فتحي والي، الوسيط في قانون القضاء المدني، المرجع السابق، ص 57.

<sup>2</sup> عزمي عبد الفتاح، نظرية عامة لفكرة الدعوى أمام القضاء المدني، المرجع السابق، ص 37.

<sup>3</sup> نبيل إسماعيل عمر، الدفع بعدم القبول ونظامه القانوني، المرجع السابق، ص 42.

<sup>4</sup> وجدي راغب فهمي، الوجيز في المرافعات، المرجع السابق، ص 89 .



إلي نتيجة غير منطقية، وهي أنه لا يمكن التحقق من شروط الدعوى إلا بعد إنقضاء حق الدعوى، لأنه لا يتأكد وجود الحق الموضوعي للمدعي إلا بالحكم في موضوع الدعوى<sup>1</sup>.

### خلاصة القول بالنسبة لهذا الرأي

1- يوجه الدفع بعدم القبول إلي الدعوى القضائية باعتبارها حقا مستقلا عن الحق الموضوعي، وذلك في الأحوال التي يتخلف منها شرط من شروط نشأة الحق في الدعوى ويحكم فيها برفض الدعوى، أو في الأحوال التي لا وجود فيها للدعوى أصلا، أما إذا تخلفت أحد الشروط اللازمة للحصول على حكم في الدعوى ففي هذه الحالة يحكم بعدم القبول.

2- يذهب أنصار هذا الرأي إلي إستقلال حق الدعوى عن الحق الموضوعي تماما (الإستقلال المطلق للدعوى عن الحق الموضوعي) ويعتبرون الدعوى كفكرة عامة مجردة. و يطلق عليهم: أنصار النظرية العامة المجردة<sup>2</sup>، بحيث يقطعون كل علاقة بينهما، لأنهم لا يرون في حق الدعوى إلا كونه حقا من حقوق القانون العام يخول صاحبه تحريك النشاط القضائي للدولة، بمعنى أنه ينحصر في سلطة المطالبة القضائية التي تخول صاحبها الحصول على حكم من القضاء، سواء أكان في شكل الطلب أو موضوعه. ولذا يعترف القانون به للكافة وغير قابل للتنازل عنه أو الإنقضاء<sup>3</sup>.

هذه النظرية لقيت نقدا لخلطها بين الدعوى كفكرة إجرائية وبين حق اللجوء للقضاء (حق التقاضي) وهي فكرة دستورية<sup>4</sup>.

والدفع بعدم القبول حسب هذا الرأي يوجه إلي حق الدعوى عند تخلف شرط من شروط قبولها.

3- يذهب أصحاب هذا الرأي إلي إستقلال الدعوى عن الحق الموضوعي. فالحق ليس شرطا من شروط الدعوى، وإنما لكل منهما حياة مستقلة تماما عن الآخر.

ولكنه يرى في نفس الوقت ضرورة التمييز بين حق التقاضي الذي يعترف به القانون للكافة، وحق الدعوى الذي يتعلق بإدعاء حق أو مركز موضوعي معين، لا يعترف به القانون إلا لأصحاب الصفة بالنسبة لهذا المركز الموضوعي. ويطلق عليهم أنصار النظرية المجردة الإجرائية<sup>5</sup>.

ينطلق هذا الرأي من وجهة نظر قواعد الإجراءات المدنية، فالقانون يقرر قبول الدعوى متى توافرت شروط معينة أهمها المصلحة، بغض النظر عن وجود الحق الموضوعي للمدعي أو عدم وجوده، بحيث يترتب على قبولها الفصل في موضوعها، سواء لصالح المدعي أو لغير صالحه.

وحق الدعوى في نظرهم هو عبارة عن سلطة أو مكنة يعترف بها قانون الإجراءات للمدعي عند توافر شروط محددة، بحيث يخوله الحصول على حكم في الموضوع بتأكيد حقه

<sup>1</sup> وجددي راغب فهمي، الوجيز في المرافعات، المرجع السابق، ص 98.

<sup>2</sup> نبيل إسماعيل عمر، الدفع بعدم القبول ونظامه القانوني، منشأة المعارف، الإسكندرية، ص 43 .

<sup>3</sup> أمينة مصطفى النمر، قوانين المرافعات، المرجع السابق، ص 599.

<sup>4</sup> أحمد ابو الوفا، نظرية الدفع، المرجع السابق، ص 11.

<sup>5</sup> عبد الحكم أحمد شرف، المبسط في قانون المرافعات، المرجع السابق، ص 154.

أو نفيه، و يربط هذا الرأي حق الدعوى بمسألة قبول الدعوى، وهي مسألة سابقة على الفصل في موضوع الدعوى، تتوقف على توافر شروطها.

و وسيلة التمسك بتخلف شرط من شروط قبولها، هي الدفع بعدم قبول الدعوى، بما يؤدي إلي الحكم بعدم قبول الدعوى، بل أن القاضي يحكم بعدم قبولها من تلقاء نفسه دون الحاجة إلي تمسك المدعي بهذا الدفع إذا كان الشرط متعلقا بالنظام العام<sup>1</sup>.

و الحكم بعدم قبول الدعوى لا يعني أن القاضي قد فصل في موضوعها بالرفض، وإنما بعدم جواز نظرها لكونها غير صالحة لنظر موضوعها.

أما إذا إتضح أن شروط الدعوى متوافرة فإن الدعوى تكون مقبولة إجرائيا، بمعنى أن رد الدفع أو قبول الدعوى لإكتمال شروطها لا يعني الفصل في موضوعها لصالح المدعي، وإنما هو تقرير لحقه في نظر دعواه وتحقيقها، فالدعوى حسب هذا الرأي مجرد إدعاء أمام القضاء.

و هذا يعني أن القانون يعترف بحق الدعوى لحماية مصلحة الأفراد في الحصول على القضاء الموضوعي تحقيقا لليقين القانوني، حيث تتركز شروط الدعوى في المصلحة حسب هذا الرأي، وهي تعبر عن حاجة الأفراد للحماية القضائية. وبتوافر هذه الشروط يستلزم من القاضي الفصل في موضوع الدعوى. فحق الدعوى تعبير عن مكنة الحصول على قضاء موضوعي<sup>2</sup>، يحقق المصلحة المرجوة وهي اليقين القانوني<sup>3</sup>، سواء أكانت نتيجة الحكم لصالح المدعي أو ضده.

### و خلاصة القول لهذا الرأي:

أن الدفع بعدم القبول يوجه إلي حق الدعوى القضائية، بإعتباره حقا مستقلا عن الحق الموضوعي في الأحوال التي يتخلف فيها شرط من شروط قبولها، وتثار مسألة القبول أو عدم القبول قبل الفصل في موضوع الدعوى. و قبول هذا الدفع يعني أن حق الدعوى غير موجود في جانب الخصم الذي يستعمل حقه في الدعوى<sup>4</sup>.

و الفقه الإجرائي الحديث متفق الآن على إعتبار الدعوى القضائية حقا مستقلا عن الحق الموضوعي الذي تحميه، فلا تختلط به و لا تعد من عناصره، ولها مجموعة من الأدوات الفنية التي تساهم في إستعمال حق الدعوى.

وتتفق مختلف الآراء التي فرضت رغم إختلاف وجهات النظر إختلافا جوهريا من حيث مرتكزاتها في أن الدفع بعدم القبول يمكن توجيهه إلي الحق في الدعوى ذاته:

<sup>1</sup> وجدي راغب فهمي، الوجيز في المرافعات، المرجع السابق، ص 87 .  
<sup>2</sup> المقصود بالقضاء الموضوعي: هو الصورة الأولى للحماية القضائية. إذ يلجا الأفراد للقضاء عن طريق الدعوى للتمسك بحقوقهم ومهمة القضاء الأولى هي الفصل في موضوع الدعوى المعروضة عليه، وذلك بتأكيد أو نفي الحقوق المدعاة، ويحقق القضاء الموضوعي دوره في تأكيد المراكز القانونية عن طريق تأكيد أو نفي الحقوق المدعاة، وجدي راغب فهمي، مبادئ القضاء المدني وقانون المرافعات، المرجع السابق، ص 40.

<sup>3</sup> اليقين القانوني: معرفة الأفراد لمراكزهم القانونية معرفة أكيدة إذ يمكنهم هذا من معرفة حقوقهم وواجباتهم ، وجدي راغب فهمي، مبادئ القضاء المدني ، المرجع السابق، ص 40.

<sup>4</sup> نبيل إسماعيل عمر، الدفع بعدم القبول ونظامه القانوني، ص 45.

- فالحق في الدعوى بإعتباره عنصرا من عناصر الحق الموضوعي ومن مكوناته، يمثل الحماية القانونية لهذا الحق، يمكن توجيه الدفع بعدم القبول إليه<sup>1</sup>.

- والحق في الدعوى بإعتباره الحق في الحصول على الحماية القضائية، فيمكن أن يوجه إليه الدفع بعدم القبول عند تخلف شرط من شروط نشأة هذا الحق أو لوجود سبب من أسباب إنقضائه<sup>2</sup>.

- والحق في الدعوى بإعتباره يمثل مكنة الحصول على حكم في الموضوع، بمعنى أن الحق في الدعوى يرتبط بمسألة قبولها، فإن الدفع يوجه بلا تفرقة إلي الحق في الدعوى أو إلي الدعوى نفسها إذا تخلف شرط من شروط قبولها<sup>3</sup>.

### خلاصة القول

أن الحق في الدعوى يمثل أحد الحقوق الإرادية الإجرائية الذي يتضمن أعمالا للحماية القانونية الموجودة في القاعدة الإجرائية، ويرتبط إرتباطا وثيقا بالقاعدة الموضوعية. ومظهر ذلك الإرتباط أن الحق في الدعوى يشكل الأداة القانونية الوحيدة الصالحة لحماية الحق الموضوعي بإضفاء عنصر الحماية القضائية على عنصر المنفعة الموجودة في هذا الحق إذا ما أعتدى عليه<sup>4</sup>.

لذا ذهب جمهور الفقهاء إلي القول: أن الدفع بعدم القبول يكون دفعا إجرائيا إذا ما وجه إلي الحق في الدعوى، لتخلف شرط من شروط نشأته أو لوجود شرط من شروط إنقضائه، بمعنى أن الدفع بعدم القبول هو دفع إجرائي، لكونه يوجه إلي الحق في الدعوى بإعتبارها أداة فنية من أدوات القانون الإجرائي<sup>5</sup>.

فإذا كان من الثابت أن الحق في الدعوى يمثل الأداة التي حددها قانون المرافعات، لحماية الحق الموضوعي، وبعبارة أخرى إذا ما كانت الدعوى هي أداة انزال الحماية القضائية التي تؤكد الحماية القانونية لعنصر المصلحة أو المنفعة الموجودة في الحق الموضوعي، فإن الدفع بعدم القبول يتصل أيضا في نفس الوقت بالقانون الموضوعي.

ويظهر مظهر هذا الإتصال في كونه إذا ما قبل الدفع بعدم القبول كان معناه أن المدعي الموجه له هذا الدفع لا يملك الحق في الدعوى هذا من جانب، ومن جانب آخر أن الحق الموضوعي الذي يدعيه الخصم قد إفتقد عنصر الحماية القانونية، وهذا الجانب الأخير يكون أثرا غير مباشرا لإفتقاد الحق في الدعوى<sup>6</sup>.

فالصلة إذن متلازمة بين الدفع بعدم القبول والحق في الدعوى والحق الموضوعي. كما أنها وثيقة بين الدفع بعدم القبول والقانون الموضوعي والقانون الإجرائي. ففي كل حالة تتخلف فيها الحماية القانونية للحق المدعي به، تؤدي لتخلف حق الدعوى الذي يعتبر الأداة الإجرائية لإنزال الحماية القضائية على الحق الموضوعي.

<sup>1</sup> وجدي راغب فهمي، الوجيز في المرافعات، المرجع السابق، ص 45.

<sup>2</sup> فتحي والي، قانون القضاء المدني اللبناني، دار النهضة العربية، القاهرة، 1970، ص 104.

<sup>3</sup> أحمد أبو الوفا، نظرية الدفع في قانون المرافعات، المرجع السابق، ص 846.

<sup>4</sup> عبد المنعم احمد الشراوى، نظرية المصلحة في الدعوى، المرجع السابق، ص 35.

<sup>5</sup> نبيل إسماعيل عمر، الدفع بعدم القبول ونظامه القانوني، المرجع السابق، ص 46.

<sup>6</sup> فتحي والي، قانون القضاء المدني، المرجع السابق، ص 493.

ويتضح من خلال ما ذكر أن مركز الدفع بعدم قبول الدعوى من الدعوى القضائية يتأثر إلي حد بعيد بالمفهوم الذي يرسمه كل رأي لنفسه بصدد فكرة الدعوى القضائية ذاتها<sup>1</sup>.

### الفرع الثالث: الدفع بعدم القبول وفكرة الجزاء الإجرائي

إن كانت القاعدة القانونية عامة مجردة و ملزمة، أي واجبة الاحترام من جانب المخاطبين بها، ومن هنا لا يجوز مخالفتها أو التحلل من حكمها، فهي ليست نصيحة أو توصية، وإنما تكليف يتعين طاعته، فإحترام القانون والإعمال بقواعده يعد ضرورة إجتماعية، كضرورة وجود القانون ذاته<sup>2</sup>.

والأصل أن يتم تنفيذ القانون تلقائيا من خلال النشاط اليومي لأفراد المجتمع وسلوكهم المعتاد، بحيث يطبق الأفراد القانون في حياتهم المعتادة، إقتناعا منهم بأهميته و واجب إحترامه، وليس خوفا من توقيع الجزاء عليهم الذي تضمنه قواعد القانون. فالجزاء القانوني توأم القاعدة القانونية، وصفة الإلزام فيها تعد من صفاتها الأساسية<sup>3</sup>.

فالجزاء القانوني بشكل عام هو: عبارة عن أثر يرتبه القانون على مخالفة قواعده بغرض ضمان إحترامها<sup>4</sup>.

ويتنوع هذا الجزاء بتنوع القاعدة القانونية ذاتها، فيكون جنائيا إذا كانت القاعدة جنائية، ويكون مدنيا بالنسبة للقاعدة المدنية، ويكون إداريا أو تأديبيا بالنسبة للقاعدة الإدارية، ويكون إجرائيا إذا كانت القاعدة القانونية قاعدة إجرائية. فالجزاء الإجرائي يعد نوعا من أنواع الجزاءات القانونية التي تترتب على مخالفة قاعدة من قواعد ق.إ.م.<sup>5</sup>. وهذا الأخير هو ما يهتما في هذا البحث.

يعد الجزاء أثرا إجرائيا إذ تعلق بالخصومة أي الإجراءات القضائية كوحدة، مثل : شطب الدعوى وإعتبارها كان لم تكن، ووقف الخصومة وسقوطها، أو أن يتعلق بالإجراء القضائي بإعتباره عملا مستقلا.

و الدفع بعدم القبول يعتبر واحد من الجزاءات التي يعرفها قانون الإجراءات المدنية. هذا الجزاء يواجه مشكلة قبول أو عدم قبول الطلب القضائي، وبالتالي يواجه مسألة أحقية المدعي في طلب منحه الحماية القضائية أو عدم أحقيته في الحصول عليها، كما أن عدم القبول ليس جزاء للطلب القضائي وحده سواء أكانت دعوى مبتدأة أو طعن، إنما الأصل فيه أن يستوعب الطلب والدفع سواء من المدعي أو المدعى عليه<sup>6</sup>.

<sup>1</sup> نبيل إسماعيل عمر، الدفع بعدم القبول ونظامه القانوني، المرجع السابق، ص 47.

<sup>2</sup> نبيل إسماعيل عمر، قانون المرافعات المدنية والتجارية، المرجع السابق، ص 657.

<sup>3</sup> أحمد أبو الوفا ، نظرية الدفع في قانون المرافعات، المرجع السابق، ص 41 .

<sup>4</sup> وجدي راغب فهمي، الوجيز في المرافعات، المرجع السابق، ص 353.

<sup>5</sup> نبيل إسماعيل عمر، قانون المرافعات المدنية والتجارية، المرجع السابق، ص 657.

<sup>6</sup> فتحي والي، نظرية البطلان في قانون المرافعات، المرجع السابق، ص 108.

وإستقر رأى الفقه الحديث على إعتبار الدفع بعدم القبول نوع من أنواع الجزاء الإجرائي في قانون الإجراءات المدنية<sup>1</sup>.

إن القاعدة القانونية تعتبر تكليفا يتعين طاعتها، فتنفيذ القانون و أعمال قواعده فعليا يعد ضرورة إجتماعية ملزمة، كضرورة وجود القانون ذاته، والأصل أن يتم تنفيذ القانون تلقائيا من خلال النشاط اليومي لأفراد المجتمع وسلوكهم المعتاد، بحيث يطبق الأفراد القانون في حياتهم المعتادة، نتيجة إقتناعهم بأهميته و ضرورة إحترامه، و ليس خوفا من توقيع الجزاء عليهم الذى تضمنه قواعد القانون. فالجزاء القانوني توأم القاعدة القانونية، و صفة الإلزام فيها تعد من صفاته الأساسية.

والجزاء القانوني بشكل عام هو: « عبارة عن أثر يرتبه القانون على مخالفة قواعده، بغرض ضمان إحترامها»

وبناء على هذه المقدمات، يهم الباحث الآن: معرفة ما إذا كان الدفع بعدم القبول يشكل أحد الجزاءات القانونية أم لا؟.

سبق القول أن الدفع بعدم القبول يتوجه أساسا الى الحماية القضائية التي يطلبها المدعي بهدف إنكار حقه في طلبها، فإذا أجابت المحكمة أن الطلب غير مقبول، فهذا يعني إمتناع المحكمة من قبول الدعوى، و هذا الإمتناع هو جزاء في حد ذاته، لأن فكرة القبول تواجه في المقام الأول أحقية أو عدم أحقية المدعي في طلب الحماية القضائية، و أن عدم القبول في حالة نجاحه يؤدي الى إمتناع المحكمة عن النظر في إدعاء المدعي.

وهناك جزاء آخر يوجه الى الطلب القضائي وهو البطلان الذى يتم التمسك به عن طريق الدفع الشكلي.

### التمييز بين البطلان والدفع بعدم القبول:

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

و عليه فعدم القبول هو وصف أو تكييف قانوني لطلب مقدم الى المحكمة، يؤدي الى إمتناعها عن النظر في الإدعاء الذى يتضمنه الطلب، لتخلف شرط من الشروط اللازمة لقبوله.

أما البطلان فهو تكييف قانوني لعمل إجرائي في الخصومة تم إتخاذه دون أن يكون مطابقا لنموذجه القانوني، و هو ما يؤدي الى عدم إنتاج الاثار التي يرتبها القانون إذا كان عاما.

و نتيجة لذلك فالدفع بعدم القبول يعتبر واحد من الجزاءات التي يعرفها ق.إ.م.إ. هذا الجزاء يواجه مشكلة قبول أو عدم قبول الطلب القضائي، وبالتالي يواجه مسألة أحقية المدعي في طلب منحه الحماية القضائية او عدم أحقيته في الحصول عليها، كما أن عدم القبول ليس جزاء للطلب القضائي وحده سواء أكانت الدعوى ابتدائية أو إستئنافية أو طعن بالنقض.

<sup>1</sup> أحمد محمد حشيش، الدفع بعدم القبول في قانون المرافعات المدنية والتجارية المصري، المرجع السابق، ص23.

إستقر رأي الفقه الحديث على إعتبار الدفع بعدم القبول نوع من انواع الجزاءات الإجرائية في ق.إ.م.<sup>1</sup>.

لذا فإن عدم القبول " جزاء " لا يخرج عن القواعد العامة في الجزاء القانوني، و عدم القبول جزاء " إجرائي " لا يخرج عن القانون الإجرائي.

### عدم القبول تطبيق لفكرة الجزاء القانوني

عدم القبول جزاء إجرائي: الفقه الحديث مستقر على أن عدم القبول هو جزاء إجرائي. و على ذلك، فإن عدم القبول " جزاء " لا يخرج عن القواعد العامة في الجزاء القانوني، و عدم القبول جزاء " إجرائي " لا يخرج عن القانون الإجرائي.

### المطلب الثاني: الطبيعة القانونية للدفع بعدم القبول

تعد مسألة تحديد الطبيعة القانونية للدفع بعدم القبول من المسائل الدقيقة التي تباينت آراء الفقه بشأنها، فذهب رأي الى أن الدفع بعدم القبول هو أحد الدفع الموضوعية، لإختلاطه بوسائل الدفاع الموضوعية، ومن ثم فإنه يوصف بأوصافه ويأخذ حكمه.

وذهب فريق آخر الى أن الدفع بعدم القبول يعتبر من الدفع الشكلية، لكونه يهدف إلى إستبعاد الطلب القضائي، لعدم توافر الشروط اللازم توافرها لهذا الإستعمال في القانون الإجرائي.

في حين ذهب فريق ثالث الى أن الدفع بعدم القبول ذو طبيعة مختلطة، و هذا بالنظر الى طبيعة محله، فاذا تعلق بمسألة موضوعية فهو دفع موضوعي، يخضع لأحكامه، واذا تعلق بمسألة شكلية فهو دفع شكلي يخضع لأحكامه.

ويرى فريق رابع أنه يعتبر دفعا قائما بذاته، ومستقلا عن الدفع الشكلية والدفع الموضوعية.

وسنعرض فيما يلي للمبررات التي إستند إليها أنصار كل رأي، والانتقادات التي وجهت إليه، والرأي الراجح في هذه المسألة، وذلك عبر الفروع التالية:

<sup>1</sup> أمينة مصطفى النمر، أصول المحاكمات الجزائية، المرجع السابق، ص22.

الفرع الأول: الدفع بعدم القبول دفع شكلي إجرائي

الفرع الثاني: الدفع بعدم القبول دفع موضوعي

الفرع الثالث: الدفع بعدم القبول ذو طبيعة مختلطة

الفرع الرابع: إستقلالية الدفع بعدم القبول

### الفرع الأول: الدفع بعدم القبول دفع شكلي إجرائي

إختلف موقف الفقه القانوني حول طبيعة الدفع بعدم القبول، وبالتالي حول قواعده وأحكامه. إذ تميل بعض الآراء إلى تقريبه إلى الدفع الموضوعي<sup>1</sup>. وتميل بعض الآراء الأخرى إلى تقريبه إلى الدفع الإجرائي<sup>2</sup>. بينما يقسمه فريق آخر إلى: دفع تتصل بالموضوع، كالدفع بانتفاء المصلحة والصفة، وتأخذ حكم الدفوع الموضوعية، ودفوع تتصل بالإجراءات، كالدفع بعدم قبول دعوى الحيازة أو الطعن في الحكم بسبب فوات ميعاده<sup>3</sup>. وهناك رأي يميل إلى إعتباره دفعا مختلطا<sup>4</sup>.

ويمكن عرض هذه العلاقة وفقا للآراء التالية:

#### الرأي الأول:

ذهب أصحابه إلى القول بأن: الدفع بعدم القبول يوجه إلى الحق في الدعوى، أي إلى مكنة الحصول على حكم في الموضوع. ويعني التمسك بعدم توافر شرط من شروط الدعوى، سواء كانت شروطها العامة أو الخاصة، الايجابية أو السلبية. ويجوز الدفع بعدم قبول الطعن، وذلك بالتمسك بعدم توافر شرط من شروط الطعن في الحكم<sup>5</sup>.

ويؤسس أصحاب الإتجاه رأيهم على أن حق الدعوى، هو مركز قانوني إجرائي، يعبر عن مدى قابلية الادعاء، لان يكون محلا للعمل القضائي. ولذا فالدفع بعدم القبول يعني التمسك بعدم قابلية الادعاء، لان يكون محلا للعمل القضائي، فهو بذلك يثير مسألة إجرائية تتعلق بالموضوع. ويتميز عن الدفوع الإجرائية التي تثير مسألة إجرائية بحتة.

كما يختلف عن الدفوع الموضوعية التي تثير مسألة موضوعية بحتة<sup>6</sup>، ويخلص هذا الرأي إلى أن الدفع بعدم القبول، هو دفع إجرائي ولكنه يختلف عن الدفوع الإجرائية البحتة، لتعلقه بالموضوع، فهو ذو طبيعة مختلطة، تؤثر هذه الطبيعة المختلطة في نظامه القانوني<sup>7</sup>.

<sup>1</sup> عبد المنعم الشرفاوى ، نظرية المصلحة في الدعوى ، المرجع السابق ، ص412 .

<sup>2</sup> وجدي راغب فهمي، الوجيز في المرافعات، المرجع السابق، ص 422.

<sup>3</sup> فتحي والي، الوسيط في قانون القضاء المدني، المرجع السابق، ص492.

<sup>4</sup> احمد مليجي، التعليق على قانون المرافعات، المرجع السابق، ص877.

<sup>5</sup> نبيل إسماعيل عمر، الوسيط في قانون المرافعات، المرجع السابق، ص350.

<sup>6</sup> وجدي راغب فهمي، الوجيز في المرافعات، المرجع السابق، ص422.

<sup>7</sup> فتحي والي، الوسيط في قانون القضاء المدني، المرجع السابق، ص492، 493.

ومسألة عدم القبول لدى هذا الرأي تثير مسألة إجرائية أولية سابقة على الفصل في الموضوع، بل تنحصر أهميتها في أنها تغني المحكمة عن الفصل في الموضوع، أي أنها تنحصر في مسألة قبول الطلب أو عدمه. وهذه مسألة إجرائية، ولذا من الطبيعي أن تفصل فيها المحكمة قبل نظر الموضوع. أما إذا رأت أنها في حاجة لضم هذا الدفع للموضوع، فينبغي تنبيه الخصوم لتمكينهم من إبداء أوجه دفاعهم. ومظهر تعلق هذه المسألة الإجرائية بالموضوع يتحقق في جواز إبداء الدفع بعدم قبول الدعوى في أي حال تكون عليها الإجراءات. وقاعدة هذا الجواز ترجع لطبيعة هذا الدفع، لكونه دفع إجرائي يتعلق بالموضوع.

إن موضوع هذا الدفع هو نفي حق الدعوى، لعدم توافر شرط من شروطه. وبما أن حق الدعوى هو حق الحصول على حكم في الموضوع، فإن العبرة في وجوده لا تكون بتوافر شروطه عند رفع الدعوى، وإنما وقت الحكم في الموضوع<sup>1</sup>.

وينتهي هذا الرأي إلي أن الحكم في الدفع بعدم القبول ليس عملاً قضائياً بالمعنى الدقيق، فلا يرتب حجية الأمر المقضي، وذلك لأن العمل القضائي بالمعنى الدقيق هو ما يعبر عنه بإسم القضاء الموضوعي، إنما ينحصر في الحكم الفاصل في موضوع الدعوى. أما الأحكام الإجرائية التي تفصل في الدفع الإجرائية، فإنها لا تعد كذلك ولا ترتب حجية الأمر المقضي، وهذا ما دعى به هذا الفقه لتغليب الطبيعة الإجرائية للدفع بعدم القبول<sup>2</sup>.

أما فيما يتعلق بأثر الحكم في هذا الدفع في سلطة المحكمة التي أصدرته، فيرى هذا الفريق أن وصفه حكماً قطعياً فاصلاً بصفة أساسية في مسألة إجرائية، فإنه يستنفذ سلطة المحكمة التي أصدرته في المسألة الإجرائية التي فصل فيها بعدم القبول دون أن يستنفذ سلطتها للموضوع، لأنها لم تفصل فيه بعد<sup>3</sup>.

### هذا الرأي محل نقد بما يأتي:

أ- مزج هذا الرأي بين حق الدعوى والحق في رفع الدعوى، حيث أن هناك إختلاف بينهما من حيث شروط نشأة كل منهما، كما يختلف الجزاء المترتب على عدم توافر كل من الحقين، فعدم توافر شرط من شروط الحق في الدعوى يؤدي إلي رفضها. بينما عدم توافر شرط من شروط الحق في رفع الدعوى يؤدي لعدم قبولها، أي عدم سماعها<sup>4</sup>.

ب- التسليم بوجود مثل هذا الخلط، يقود إلي خلط مسائل أخرى في جوانب أخرى في القانون. فعريضة الدعوى على سبيل المثال تعتبر عمل إجرائي يتطلب أن يكون محتواه مثل ما هو مطلوب قانوناً وحدده ق.إ.م.إ في المواد: من 14 الي 17 و بينت صفاتها وخصائصها، ومن ذلك لا بد أن يحرر موضوع الإدعاء، فهل يمكن أن يقال أن هذه العريضة تحتوي على إجراء شكلي يتعلق بالموضوع ، عند الخطأ في تحرير موضوع الإدعاء؟ هل يمكن أن يقال أن هذا دفع إجرائي يتعلق بالموضوع؟

<sup>1</sup> نبيل إسماعيل عمر، الوسيط في قانون المرافعات، المرجع السابق، ص350.

<sup>2</sup> عبد المنعم الشرفاوى، نظرية المصلحة في الدعوى، المرجع السابق، ص412.

<sup>3</sup> وجدي راغب فهمي، مبادئ القضاء المدني، المرجع السابق، ص423.

<sup>4</sup> فتحي والي، نظرية البطلان، المرجع السابق، ص49.



كما أن الدفع الموضوعية هي حق إجرائي ذو محتوى موضوعي، ومع ذلك لم يقل أحد أنها دفع مختلطة.

ج- يرى اصحاب هذا الرأي أن الحكم بعدم القبول ليس عملاً قضائياً ولا يترتب عليه حجية الأمر المقضي. ويحصر مفهوم العمل القضائي في الحكم الفاصل في موضوع الدعوى، ثم يعود ليقرر أن الأحكام الإجرائية، هي التي تفصل في الدفع الإجرائية، ولا ترتب حجية الأمر المقضي.

حقيقة هذا الرأي إختلط عليه مفهوم العمل القضائي، فإن لم يكن الحكم بعدم القبول عملاً قضائياً فبماذا يسمى إذا؟، كما أن الأحكام الإجرائية من يصدرها؟ طالما أن العمل القضائي ينحصر في الفصل في موضوع الدعوى<sup>1</sup>. وهذا الرأي غير جدير بالتأييد.

### الرأي الثاني:

يتجه أصحابه إلي إجراء تقسيم داخل طائفة الدفع بعدم القبول: فالقسم الأول أطلق عليه الدفع بعدم القبول الإجرائي أو الدفع بعدم القبول لعيب إجرائي.

و القسم الثاني: سمي الدفع بعدم القبول الموضوعي أو المتصل بالموضوع بسبب تخلف المصلحة في الإجراء، وهو ما يتحقق بالنسبة للدعوى، بسبب عدم توافر شروط الحق في رفع الدعوى<sup>2</sup>.

وترجع أسباب عدم القبول بصفة عامة حسب مفهوم هذا الرأي إلي أحد السببين:

1- وجود عيب في الطلب أو الدفع أو الطعن كعمل إجرائي، سواء أكان العيب متعلقاً بالشكل، كما هو الحال بالنسبة لعريضة إستئنافية مقدمة بعد ميعاد الإستئناف، أو عريضة دعوى رفعت قبل إتخاذ إجراء يجب ان يسبق رفع الدعوى، أو كان ذلك بمقتضى موضوعي في العمل، كعدم صلاحية القائم بالعمل، مثل: رفع الدعوى من قاصر لا يمثله الوصي أو الولي. لأنه لينظر القاضي في العمل المقدم اليه يجب أن يحترم مقدمه المقتضيات التي فرضها القانون لصحته<sup>3</sup>.

2- عدم توافر المصلحة في الإجراء، أي إذا كان تحقيق الرغبة المطلوبة ليس من شأنه تقديم الحماية لطالبيها، أو المساعدة في تحقيقها. ففي هذه الحالة من العبث إضاعة الوقت في النظر في إجابة الخصم إلي طلبه<sup>4</sup>.

وإذا كان الطلب أمام القضاء يتضمن رفع دعوى إلي المحكمة، فإنه فضلا عن خضوع الطلب القضائي لتكييف عدم القبول بإعتباره عملاً إجرائياً، فإنه لتكييف عدم القبول لأسباب تتعلق بعدم توافر الحق في رفع الدعوى.

ويؤخذ على هذا الرأي عدة مأخذ:

1- التمييز بين أقسام طوائف الدفع بعدم القبول ليس سهلاً في جميع الحالات، وتوجد صعوبة في إجراء التفرقة بين الدفع بعدم القبول المتعلق بالإجراءات والدفع بعدم القبول

<sup>1</sup> نبيل إسماعيل عمر، الدفع بعدم القبول ونظامه القانوني، المرجع السابق، ص 143 .

<sup>2</sup> فتحي والي، نظرية البطلان في قانون المرافعات، المرجع السابق، ص 49.

<sup>3</sup> وجدي راغب فهمي، الوجيز في المرافعات، المرجع السابق، ص 427.

<sup>4</sup> فتحي والي، نظرية البطلان في قانون المرافعات، المرجع السابق، ص 108.

المتعلق بالموضوع، ومن ذلك الدفع بتخلف الصفة. فهناك من رأي أن توافر الصفة شرط ضروري لقبول الطلب القضائي، أي شرط لممارسة الحق في رفع الدعوى. بينما ذهب رأي آخر إلي أن الصفة هي شرط متعلق بالموضوع، وحال تخلفها تواجه بالدفع بعدم القبول المتعلق بالموضوع<sup>1</sup>.

2- أن هذا الرأي يخلط بين شروط الطلب القضائي، أي شروط الدعوى وبين العيوب التي قد ترد على الطلب، لمخالفة ما نص عليه القانون، وليس هناك منهج علمي متبع من قبل هذا الفقه<sup>2</sup>، لكونه في حد ذاته يعتبر مخالفا لما نص عليه القانون. فالبطلان لا يرد على أي إجراء إلا إذا كان منصوصا عليه قانونا عملا بالمادة: 60 ق.إ.م.إ، ثم أن القانون حدد شروطا لقبول الطلب حال تخلف أحد منها يحكم القاضي بعدم قبول الطلب<sup>3</sup>.

وبالتالي فإن التفسير الذي إعتدده هذا الرأي يعتبر مخالفا لما نص عليه القانون، لأنه يخلط ما بين شروط الطلب التي نص عليها القانون وبين ما يشوب الإجراء من عيوب لا يحكم ببطلانها، إلا ما نص القانون على بطلانه.

3- هذا الرأي الذي يجرى التفرقة بين طوائف الدفع بعدم القبول، ويقسمها الى: دفع بعدم القبول تتعلق بالإجراءات، ودفع بعدم القبول تتعلق بالموضوع، إنما يهدف إلي التغلب على مشكلة علمية عن طريق تسهيل التوصل إلي نتائج علمية. هذه المشكلة هي طبيعة الدفع بعدم القبول وصعوبة إبداء الرأي بشأنها.

أما النتائج العملية: فهي أعمال قواعد ونظام الدفع الشكالية على الدفع بعدم القبول المتعلقة بالإجراءات، وإعمال قواعد ونظام الدفع الموضوعية على الدفع بعدم القبول المرتبطة بالموضوع، حيث أن الطوائف القانونية معروفة وطريقة عملها معروفة، والإنتقادات الموجهة اليها معروفة، لذا من السهل ادخال الافكار الجديدة داخل الطوائف القديمة، حتى لو مثلت هذه الطوائف إطارات رديئة لهذه الافكار الجديدة. وهذا هو تحليل ما حدث بالضبط مع الدفع بعدم القبول من جانب أصحاب هذا الرأي<sup>4</sup>.

4- يصعب على هذا الرأي التمييز بين الدفع الشكالية والدفع بعدم القبول المتعلقة بالإجراءات، كما أنه يعجز عليه إجراء التمييز بين الدفع الموضوعية والدفع بعدم القبول المتعلقة بالموضوع. كونه بهذا الرأي قد طمس أية تفرقة قد توجد بينها، لأنه إتخذ أسلوبا شكليا فيما ذهب اليه، فهو قد نظر إلي الإجراءات، وذهب إلي أن الدفع المتعلق بها دفع بعدم القبول الإجرائي، يخضع لقواعد الدفع الشكالية. ونفس الحل يسرى على الدفع الموضوعية. وهو بهذا الرأي يؤدي إلي إفراغ طائفة عدم القبول من أي مضمون، بحيث لا يكون هناك حاجة لها، وبمعنى آخر الغاء الدفع بعدم القبول تماما<sup>5</sup>.

وهذا أمر لا يستقيم معه الحال، ولذلك إستبعده المشرع الجزائري حينما عد الدفع بعدم القبول دفعا مستقلا له طبيعة خاصة.

<sup>1</sup> نبيل إسماعيل عمر، الدفع بعدم القبول ونظامه القانوني، المرجع السابق، ص126.

<sup>2</sup> نبيل إسماعيل عمر، الدفع بعدم القبول ونظامه القانوني، المرجع السابق، ص131.

<sup>3</sup> أحمد أبو الوفا، نظرية الدفع في قانون المرافعات المدنية، المرجع السابق، ص877.

<sup>4</sup> وجدي راغب فهمي، الوجيز في المرافعات، المرجع السابق، ص115.

<sup>5</sup> فتحي والي، نظرية البطلان في قانون المرافعات، المرجع السابق، ص23.

### الفرع الثاني: الدفع بعدم القبول والدفع الموضوعية

سنتطرق في هذا الفرع للدفع الموضوعية ثم نوضح علاقة الدفع بعدم القبول بها على النحو التالي:

#### أولاً: الدفع الموضوعية

سبق أن أشرنا في هذا البحث أن ق.إ.م.إ. لم يضع للدفع الموضوعية تنظيمًا موضوعيًا، ولم يشر إليها كونها تتعلق بأصل الحق، فتتضمن القوانين المتعلقة بها، وبالتالي لا يمكن حصرها في تلك القوانين.

مثل: القانون المدني، والقانون التجاري والقانون البحري، وقانون الطيران المدني، وقانون التعمير وغير ذلك من القوانين المنظمة للحقوق المتنازع عليها.

فالدفع الموضوعية هي الوسائل الفنية التي حددها القانون ومنحها للمدعى عليه، لدفع الإدعاء الموضوعي المقدم ضده من المدعي أو من يمثله، فهي حق شخصي إجرائي ذو محتوى موضوعي، ترتبط بأصل الحق وجوداً وعدمًا<sup>1</sup>.

ويهدف المدعى عليه من هذه الدفع الموضوعية إلى إنكار الإدعاء الموضوعي الموجه إليه.

ويرى بعض فقهاء القانون: أن الدفع الموضوعي يقتصر على موقف سلبي يقوم به المدعى عليه، فهو ينكر حق المدعي الذي يطالب به. بينما يرى البعض الآخر: أن الدفع الموضوعية تهدف إلى تمسك المدعى عليه بواقعة مانعة أو منهيّة أو معدلة للحق المطالب به من المدعي أو للآثار المتولدة عنه. وأياً كان الأمر من هذا الخلاف، فهناك رؤية حول مدى الارتباط الذي يوجد بين الحق الموضوعي والدفع الموضوعي.

فالأول (الحق الموضوعي) هدفه إعطاء مزايا هذا الحق من سلطات وخصائص خاصة للمدعي، أما الدفع الموضوعي فيهدف لمنعه من تمتعه بمثل هذه العناصر.

والأصل في الدفع الموضوعية أنها لا تتعلق بالنظام العام، بل تتعلق بالمصالح الخاصة، ولصاحبها أن يتمسك بها أو أن يسقط حقه فيها.

أما إذا تعلقت تلك الدفع الموضوعية بالنظام العام فيجوز لصاحب المصلحة أن يتمسك بها، كما يجوز للمحكمة إثارتها من تلقاء نفسها. ولم ينص المشرع على ترتيب معين للتمسك بالدفع الموضوعية، وبالتالي يجوز إثارتها أمام محكمة أول درجة في أي حال تكون عليها الدعوى، حتى وقت قفل باب المرافعة. أما بعد قفله فلا يمكن التمسك بالحق في الدفع الموضوعي ما لم تكن للقضية إستمرارية جديدة أمام المجالس في الدرجة الثانية، فيجوز التمسك به أمامه حتى وقت قفل باب المرافعة<sup>2</sup>.

ويترتب على قبول الدفع الموضوعي إنهاء النزاع على أصل الحق المدعى به، ويعد حكماً في موضوع الدعوى و يجوز حجية الشيء المحكوم به، فلا يجوز تجديده لا أمام نفس

<sup>1</sup> احمد مليجي، التعليق على قانون المرافعات، المرجع السابق، ص 87.

<sup>2</sup> نبيل إسماعيل عمر، الوسيط في قانون المرافعات، المرجع السابق، ص 341.

المحكمة ولا غيرها، وإستئنافه يعيد طرح الموضوع على الجهة الإستئنافية، مما يتعين عليها إن هي ألغت الحكم الإبتدائي أن تقضي من جديد في موضوع الدعوى و هو ما يعرف بحق التصدي للموضوع<sup>1</sup>.

### ثانيا: علاقة الدفع بعدم القبول بالدفع الموضوعية

إن علاقة الدفع بعدم قبول الدعوى بالدفع الموضوعية علاقة وطيدة وجدلية لدى فقهاء قانون الإجراءات المدنية، إذ سبق القول أنه إذا لم تتوافر لدى المدعي الصفة أو المصلحة فإن الجزاء المترتب على طلبه هو عدم قبول دعواه، وليس مجرد وقف الدعوى حتى يكتسب الصفة أو المصلحة اللازمة لرفعها.

بمعنى أن المدعي يجب أن يكون ذا مصلحة في الدعوى طوال مدة مباشرتها، وإذا فقد المصلحة في أى مرحلة من مراحل الخصومة فإنه يحكم بعدم قبولها<sup>2</sup>.

هذا الدفع الذى يدفع به المدعى عليه الدعوى لعدم وجود المصلحة يسمى الدفع بعدم القبول، وبمعنى آخر عدم قبول الدعوى لإنعدام الصفة أو المصلحة.

ذهب بعض فقهاء القانون إلى تقسيم الدفع في مجملها إلى نوعين هما: الدفع الشكلية، والدفع الموضوعية .

وعرف الدفع الموضوعية بأنها تلك الدفع التي يطعن بها الخصم على أصل الحق المدعى به، وهي لا تدخل تحت حصر، فهي كل وسيلة من وسائل الدفاع يهدف منها المدعى عليه إلى القضاء برفض دعوى خصمه، وقد أسماها القانون المدافعة في موضوع الدعوى<sup>3</sup>.

و الدفع بعدم القبول حسب وجهة نظر هذا الفقه، ليس من الدفع الشكلية التي حصرها المشرع ووضع لها أحكاما خاصة بها، فهي لا تتعلق بالإجراءات الشكلية، إذ هي دفع تتوجه لشرط المصلحة كونها خاصة بقبول الدعوى. بينما الدفع الشكلية توجه لوجود عيب في إجراءات الخصومة وشروطها، لا إلى عيب أو نقص في شروط إستعمل الدعوى وقبولها.

ومن ثم يرى هذا الفقه بأن الدفع بعدم قبول الدعوى من الدفع الموضوعية، لأنه يختلط بوسائل الدفاع الموضوعية مع خلاف واحد، هو أنه لا يتناول الحق ذاته بالإنكار، أو بالإحتجاج بأدائه أو إنقضائه، ولكنه يتناول الوسيلة التي يحمي بها صاحب الحق حقه، وما إذا كان من الجائز إستعمالها، أو أنه لم يتوفر شرط ذلك الإستعمال بعد<sup>4</sup>.

وتبرير ذلك لدى هذا الفقه أن الحق يوجد ولا يكتمل وجوده إلا بوجود الدعوى، ولكن ليس بوسع صاحب الحق إستعمال الدعوى لحماية حقه إلا إذا إعتدى عليه أو تم نكران وجوده. وعليه فإن هذا الدفع يمكن إبدائه في أي حالة تكون عليها الدعوى ولو لأول مرة أمام الجهة الإستئنافية.

<sup>1</sup> احمد ابو الوفا، نظرية الدفع في قانون المرافعات، المرجع السابق، ص 87.

<sup>2</sup> عبد المنعم الشرفاوى، نظرية المصلحة في الدعوى، المرجع السابق، ص 412.

<sup>3</sup> عبد المنعم الشرفاوى، نظرية المصلحة في الدعوى، المرجع السابق، ص 410.

<sup>4</sup> عبد المنعم الشرفاوى، المرجع السابق، ص 413.

هذا هو الرأي الذى إستقر عليه الفقه المصرى والفرنسي في تلك الفترة، حيث قضت المحكمة العليا الفرنسية، أن الدفع بعدم قبول الدعوى ليس دفعا أوليا يجب ابدائه قبل المرافعة في موضوع الدعوى، وإنما هو دفع موضوعي لا يمكن الفصل فيه دون بحث موضوع القضية. فيجوز التمسك به في أى دور من أدوار المرافعة دون أن يترتب على ذلك سقوط الحق فيه<sup>1</sup>.

وقد علق أحد الشراح على هذا الحكم بأنه: قد أصاب فيما ذهب إليه، فإن الدفع بعدم قبول الدعوى و خاصة لإنعدام صفة المدعي في رفعها هو دفع موضوعي يقصد به الرد على الدعوى نفسها. ويترتب على الحكم بقبوله أن يخسر المدعي دعواه، بحيث لا يستطيع العودة إليها. فالمحكمة وهي تقضي بقبوله بالفصل في موضوع الدعوى، ولا يغير وجه المسألة أن المحكمة إذا قبلت ما أثير أمامها من الدفوع الموضوعية بإستغنائها عن البحث فيها، كما لا يغير من ذلك أن المدعى عليه قصر دفاعه في موضوع الدعوى على الدفع بعدم قبولها مكتفيا به عن إبداء غيره من الدفوع. ففي جميع هذه الصّور تستنفذ محكمة أول درجة بالحكم كل سلطتها في نظر الدعوى وتخرج القضية برمتها من ولايتها، فتدخل بالإستئناف في ولاية محكمة الدرجة الثانية و حتى إذا رأت هذه المحكمة الحكم برفض الدفع الذى قبلته المحكمة الابتدائية تعين عليها أن تتدرج إلى النظر في كل ما يتعلق بموضوع الدعوى لتفصل في طلبات المدعي.

وخرج هذا الرأي من ذلك بإستنتاج أن الدفع بعدم القبول ليس دفعا شكليا، بل هو دفع موضوعي لا يتقيد من يدفع به بترتيب معين لحظة إبدائه. بل يستطيع أن يتكلم فيه لأول مرة أمام محكمة الإستئناف، كما أن إبدائه يسقط الحق في الدفوع الشكلية، و أن إستئناف الحكم الصادر في الدفع الموضوعي هو في حقيقته إستئناف للموضوع ذاته. فتعرض محكمة الدرجة الثانية لبحث الموضوع لا يكون من قبيل التصدى له، كما أن الإكتفاء بإبداء الدفع بعدم القبول لا يمنع المحكمة ( إن هي رفضته) من الفصل في الموضوع من غير حاجة لضم هذا الدفع للموضوع وتكليف الخصوم بالمرافعة في الموضوع<sup>2</sup>.

وقد ذهب هذا الرأي لأكثر من ذلك حيث ذكر أن هناك من حالات الدفع بعدم القبول ما يتتعلق بأصل الحق ذاته. فمن ذلك الدفع بعدم القبول لإنعدام المصلحة القانونية، كما لو رفع المدعي دعواه معتمدا على مصلحة إقتصادية لا يحميها القانون، فدفع الخصم بعدم قبول دعواه لعدم قصده حماية حق بل مجرد مصلحة لا يحميها القانون أو لأداء واجب لا يرقى لمرتبة الإلتزام القانوني. فالدفع في هذه الحالة يتعلق الحق ذاته، وذلك ليس إلا نتيجة منطقية كون الحق لا يوجد إلا بوجود الدعوى، فإنكار وجود دعوى للمدعي مؤداه لا حق له. فالدفع بعدم قبول الدعوى لإنعدام المصلحة القانونية، هو في حقيقته دفع بعدم وجود حق للمدعي<sup>3</sup>.

ومن ذلك أيضاً الدفع بعدم وجود مصلحة حالة يعتبر دفعا موضوعيا، مثل:

دفع دعوى المسؤولية بعدم وجود ضرر، وهو من ناحية أخرى دفع بعدم قبول الدعوى لعدم تحقق المصلحة القانونية، كما يرى هذا الفقه كذلك حالة الدفع بعدم قبول الدعوى لعدم وجود مصلحة شخصية للمدعي، فقد يكون مؤداه إنعدام الشخصية المعنوية للمدعي(إذا كان

<sup>1</sup> وجدي راغب فهمي، الوجيز في المرافعات، المرجع السابق، ص 422.

<sup>2</sup> عبد المنعم احمد الشرقاوى، الوجيز في قانون المرافعات، المرجع السابق، ص416.

<sup>3</sup> عبد المنعم احمد الشرقاوى، المرجع السابق، ص417.

الطرف المدعي جماعة أو نقابة أو هيئة) أو أنه ليس صاحب الحق الذي يستطيع حمايته برد الإعتداء عنه، والدفع بهذه الصورة دفع موضوعي لتعلقه بأصل الحق ذاته<sup>1</sup>.

في كل هذه الصور وفي جملة واحدة، يرى هذا الفقه أن الدفع بعدم قبول الدعوى لا يتعلق بحق رفع الدعوى فقط، وإنما يتعلق أيضا بأصل الحق ذاته، وبالتالي فإن الدفع بعدم القبول هو دفع موضوعي بحت، وليس كما يرى بعض الشراح أنه يتوسط ما بين الدفع الموضوعية والشكلية.

ويرى فقه آخر قريب من المعنى السابق أن الدفع الذي ينصب على إنتفاء المصلحة أو عدم توافر المصلحة الحالة، إنما هو في واقع الأمر دفع موضوعي<sup>2</sup>.

والدفع بعدم القبول وفقا لهذا الرأي يكون منحصرًا فقط في الأحوال التي ينكر فيها الخصم صفة خصمه، أو ينكر صفته في رفع الدعوى عليه.

ومثال لذلك حالة رفع الدعوى على ولي أو وصي بعد أن زالت صفته بزوال الولاية أو الوصاية، أو كما إذا رفعت من حارس زالت صفته بعزله من الحراسة، أو في الحالات التي ينكر فيها الخصم على خصمه وجود دعوى لديه لسبق الفصل في موضوعها، أو لسبق الصلح، أو سبق الإتفاق على التحكيم بصددها، أو لرفعها في غير المناسبة أو الميعاد المحدد لرفعها قبل أو بعد هذا الميعاد، أو لعدم رفعها على كل من يوجب القانون إختصاصهم، أو لعدم رفعها من جانب كل من يوجب القانون إشتراكهم في رفعها أو لرفعها دون إتخاذ الإجراء التمهيدى الذى يسبقها بموجب القانون. ففي كل هذه الحالات يكون الدفع بعدم القبول<sup>3</sup>.

ويرى أصحاب هذا الرأي: أن الدفع بإنتفاء الصفة هو دفع بعدم القبول، وليس كما يراه الرأى السابق من أنه دفع موضوعي، لأنه لا يمس موضوع الدعوى لا من قريب ولا من بعيد. وإذا كانت المحكمة حين إصدار حكمها في الدفع بعدم القبول قد تتعرض لفحص الموضوع في بعض الحالات، فإن ذلك لا يلغى إعتباره دفعا بعدم القبول.

ويستدل على ذلك من أن الحكم في الدفع بعدم الإختصاص، يقتضي في كثير من الأحيان فحص موضوع الدعوى. ورغم ذلك لم يقل أحد بإعتباره من الدفع الموضوعية<sup>4</sup>.

وهذا الرأى وإن كان كسابقه في قناعاته بمنطلق معين، وهو أن الدعوى القضائية هي عنصر من عناصر الحق الذى تحميه<sup>5</sup>. ورغم ذلك أنه يختلف عنه، بحيث يعتبر الرأى الأول أن الدفع بعدم القبول دفعا موضوعيا لتعلقه بأصل الحق، ومن ثم يأخذ نظامه القانوني<sup>6</sup>.

بينما يرى فريق آخر أن الدفع بعدم القبول نوعا وسطا بين الدفع الموضوعية والدفع الشكلية، وذلك بحصر حالاته في الأحوال التي يكون فيها إنكار الحق ظاهرا، بحيث لا يحتاج الأمر عادة إلى الخوض في الموضوع .

<sup>1</sup> احمد ابوالوفا ، نظرية الدفع في قانون المرافعات، المرجع السابق، ص863.

<sup>2</sup> وجدي راغب فهمي، الوجيز في المرافعات، المرجع السابق، ص 424.

<sup>3</sup> عبد المنعم احمد الشرفاوى، الوجيز في قانون المرافعات، المرجع السابق، ص417.

<sup>4</sup> محمد حامد فهمي، مذكرات في المرافعات المدنية و التجارية، المرجع السابق، ص416.

<sup>5</sup> نبيل إسماعيل عمر، الوسيط في قانون المرافعات، المرجع السابق، ص 352.

<sup>6</sup> وجدي راغب فهمي، الوجيز في المرافعات، المرجع السابق، ص 414.

و ما يميزه عن الدفع الموضوعية كونه لا يوجه إلى ذات المنفعة، وإنما إلى الحماية المقررة لها بقصد إنكارها<sup>1</sup>.

وقد وجه بعضهم نقدا لهذا الرأي بأن لديه كثيرا من التناقض وعدم الوضوح<sup>2</sup>. على اعتبار أنه سبق أن قرر أن القواعد المتصلة بقبول الدعوى أو عدم قبولها تعد من صميم القواعد الموضوعية<sup>3</sup>، وأن الدفع بعدم القبول ما هو إلا دفع موضوعي، ثم عاد وميزه عن الدفع الموضوعية بأنه لا يوجه لذات المنفعة وإنما للحماية المقررة لها<sup>4</sup>.

ويرى بعض الشراح الآخرون أن الدفع الموضوعي: هو الذى يوجه إلى الحق موضوع الدعوى بغرض الحكم برفض الدعوى كلياً أو جزئياً. وهكذا فإنه ينازع في نشوء الحق أو بقائه أو مقداره، ويرمى بهذا إلى رفض طلبات المدعي كلها أو بعضها<sup>5</sup>.

ويرون أيضاً أنه من الضروري التمييز بين الدفاع الموضوعي والدفع الموضوعي، حيث إن مجرد إنكار الوقائع المدعاة أو إنكار أثرها القانوني يعد دفاعاً موضوعياً. أما الدفع الموضوعي يقتضي تمسك المدعى عليه بواقعة مانعة أو منهيّة للحق بغرض رفض الدعوى. فالدفاع الموضوعي لا يثير وقائع جديدة، وإنما يقتصر على إنكار الوقائع المدعاة أو إنكار أثرها. وبناء لذلك لا يقع على عاتق الخصم الذى قدمه عبء إثبات إنكاره للوقائع، وإنما يجب على المدعي إثبات الوقائع التي يدعيها. أما الدفع الموضوعي فإنه يتضمن التمسك بواقعة جديدة ويقع عبء إثباتها على مقدم الدفع ولو كان هو المدعى عليه<sup>6</sup>.

وللتوضيح أكثر في الفرق بين الدفاع الموضوعي والدفع الموضوعي لما له من أهمية في تقدير الإتجاه الأول السابق معالجته بصدد طبيعة الدفع بعدم القبول<sup>7</sup>، حيث من المقرر أنه بمجرد واقعة رفع الدعوى على شخص، تنشأ له مصلحة في عدم الحكم للمدعي بطلبه، وهو ما يعبر عنها بالحق في الدفاع، يقابله حق المدعي في اللجوء للقضاء<sup>8</sup>.

وطريقة المدعى عليه في سبيل الحصول على حكم برفض الدعوى لا تخلو من الصور الآتية:

1- إنكار الوقائع المنشئة التي تمسك بها المدعي كأساس لطلبه أو إنكار الآثار القانونية لهذه الوقائع، مثل : إنكار العقد مصدر الإلتزام أو إنكار بعض آثاره.

2- قد يتمسك المدعى عليه بواقعة معاصرة لنشأة الواقعة المتمسك بها من طرف المدعي و من شأنها منع هذه الواقعة الأخيرة من إنتاج كل أو بعض آثارها القانونية، مثل: أن يتمسك المدعى عليه بصورية العقد أو بإبطاله للغلط.

<sup>1</sup> أحمد أبو الوفا ، نظرية الدفع ، المرجع السابق، ص 844.

<sup>2</sup> عبد المنعم احمد الشرقاوى، الوجيز في قانون المرافعات، المرجع السابق ، ص 418.

<sup>3</sup> نبيل إسماعيل عمر، الدفع بعدم القبول ونظامه القانوني في قانون المرافعات، المرجع السابق ، ص 98 .

<sup>4</sup> فتحي والي، الوسيط في قانون القضاء المدني، المرجع السابق، ص 482.

<sup>5</sup> أحمد أبو الوفا ، نظرية الدفع ، المرجع السابق، ص 845.

<sup>6</sup> عبد المنعم احمد الشرقاوى ، الوجيز في قانون المرافعات، المرجع السابق ، ص 35.

<sup>7</sup> أحمد محمد حشيش، الدفع بعدم القبول في قانون المرافعات المدنية و التجارية ، المرجع السابق ، ص 136.

<sup>8</sup> فتحي والي، الوسيط في قانون القضاء المدني، المرجع السابق، ص 482.

3- التمسك بواقعة منهيّة من شأنها محو آثار الواقعة المنشئة المتمسك بها من طرف المدعي، كما لو تمسك المدعي عليه بالوفاء<sup>1</sup>.

ويطلق فقه المرافعات على هذه الصور الثلاث اسم: الدفع الموضوعية . فالدفع الموضوعي هو كل ما يتعرض به المدعي عليه على الحق المطلوب حمايته من المدعي<sup>2</sup>. ومجرد إنكار الوقائع المدعاة أو إنكار آثارها لا يمكن أن يعد دفعا بالمعنى الصحيح، ذلك أن القاضي لا يحكم بمقتضى هذه الوقائع المنشئة إلا بعد إثباتها من المدعي. بالإضافة أنه يجري عليها آثارها القانونية من تلقاء نفسه.

أما قيام المدعي عليه بإنكار الوقائع أو إنكار آثارها لا يعدو أن يكون تنبيها للقاضي لواجبه بالنسبة لها<sup>3</sup>، ولهذا فإن إصطلاح الدفع الموضوعي يجب حصره على ما يقوم به المدعي عليه من تأكيد واقعة مانعة أو منهيّة تهدف لرفض الدعوى، وبالتالي يقع عليه عبء إثبات ما يدعيه في القضية من وقائع خلاف التي أكدتها الطلبات<sup>4</sup>.

على أن لمصطلح الدفع الموضوعي معنى آخر ضيق، ذلك أن الوقائع المانعة أو المنهيّة التي يتمسك بها المدعي عليه تنقسم إلى قسمين:

أ- وقائع على القاضي أخذها في الحسبان من تلقاء نفسه ما دامت قدمت إليه ضمن أوراق القضية، سواء قدمت من المدعي أو من المدعي عليه، ولو لم يتمسك بها المدعي عليه. مثل: واقعة عدم مشروعية السبب أو واقعة الوفاء بالدين. فحينئذ يكون التمسك بها من جانب المدعي عليه، هو مجرد تقديم واقعة للقاضي لم تقدم له، أو مجرد لفت نظره لواجبه في الخصومة، ولا تكون هناك حاجة من الناحية القانونية لفكرة الدفع.

2- وقائع لا أثر لها في حكم القاضي إلا عند التمسك بها من قبل المدعي عليه بقصد رفض الدعوى. و مثالها: واقعة الغلط أو التدليس أو نقص الأهلية. فإذا تمسك بها المدعي عليه حكم القاضي برفض الدعوى، وهذا الحكم لإستعمال حق محدد للمدعي عليه. وهذا هو الدفع الموضوعي بالمعنى الضيق، حيث يتميز بتعلقه بواقعة ليس للقاضي أعمالها بغير طلب من المدعي عليه. وعلى ذلك يمكن تعريف الدفع الموضوعي بالمعنى الضيق بأنه: سلطة أو حق محدد للمدعي عليه في تأكيد واقعة مانعة أو منهيّة للواقعة المنشئة التي أكدها المدعي ليس من شأنها رفض الدعوى إلا عندما يتمسك بها المدعي عليه.

و بناء على ما ذكر فالدفع الموضوعي يتميز بكونه يتعلق بواقعة ليس للقاضي أعمال آثارها من تلقاء نفسه، فهو يقابل حق الدعوى، فلا يستطيع القاضي أعمالها بغير طلب المدعي عليه. ومن ثم فليست هناك حاجة من الناحية القانونية لفكرة الدفع الموضوعي، كما في الحالات التي على القاضي أخذها في حسبانها وإعتباره من تلقاء نفسه ما دام قد قدمت إليه، ولو لم يتمسك بها المدعي عليه.

ويؤخذ على الرأي السابق الذي يرى أن الدفع بعدم القبول ما هو إلا دفع موضوعي وبالتالي يأخذ نظامه القانوني، مأخذ منها:

<sup>1</sup> فتحي والي، الوسيط في قانون القضاء المدني، المرجع السابق، ص 483.

<sup>2</sup> عبد الباسط جميعي، مبادئ المرافعات المدنية، المرجع السابق، ص 349.

<sup>3</sup> فتحي والي، الوسيط في قانون القضاء المدني، المرجع السابق، ص 483.

<sup>4</sup> أحمد أبو الوفا، نظرية الدفع في قانون المرافعات، المرجع السابق، ص 844 .



- تشبيهه للدفع بعدم القبول بالدفوع الموضوعية، لأنه يختلط بوسائل الدفاع من جهة، وكونه يتوجه في الواقع وبطريق آخر لأصل الحق من جهة أخرى<sup>1</sup>. ولعله في مسلكه هذا لم يلاحظ التفرقة السابق بيانها بين الدفع الموضوعي والدفاع الموضوعي. فالدفاع الموضوعي مسلك سلبي يقتصر على مجرد إنكار الوقائع المدعى بها أو إنكار آثارها، بعكس الدفع الموضوعي فهو يتوجه مباشرة لأصل الحق بغرض الحكم برفض الدعوى، بسبب المنازعة المباشرة في نشوء الحق أو في بقائه ونحو ذلك. ولعل الخلط الموجود في الفقه بين وسائل الدفاع الموضوعية والدفوع الموضوعية، هو الذي جعل هذا الفقه يعتنق وجهة النظر هذه<sup>2</sup>، إلا أنه يعاب عليه الأتي:

1- أن هذا الرأي حينما رأى أن الدفع بعدم القبول هو دفع موضوعي، ينطلق وفق مفهوم معين ملتزم به، وهو أن الدعوى هي عنصر من عناصر الحق، وبالتالي فإن الدفع يتوجه إلى شروط الحق وشروط قبول الدعوى التي تعد قواعدها من صميم القواعد الموضوعية.

2 - أن الدعوى ليست بذات الحق وليست عنصرا من عناصره، فهي خلاف الحق، ومستقلة تماما عنه. وإتصال الدعوى بالحق من باب إرتباط النتيجة بالسبب وليست داخلة في تكوينه، فهي إجراء لاحق على نشوء الإعتداء على الحق، وبالتالي خارجة عنه<sup>3</sup>، وهذا هو إتجاه الفقه الحديث الذي يرى إستقلال الدعوى عن الحق<sup>4</sup>، وينتج على ذلك إختلاف شروط قبول الدعوى عن شروط نشأة الحق الموضوعي.

3- أن هذا الرأي يعجز عن تفسير بعض أحكام الدفع بعدم القبول التي لا تنطبق عليها أحكام الدفوع الموضوعية، كوجوب إبداء الدفع بعدم القبول قبل الدخول في أساس الموضوع، أو أن قبول الدفع بعدم القبول لا يترتب عليه سوى إنهاء الخصومة بشكل مؤقت<sup>5</sup>.

4- أن القاضي يتعرض حين الفصل في الكثير من دفوع عدم القبول إلى أساس الحق موضوع الدعوى، ومثال ذلك: صحه توافر شرط المصلحة أو الصفة، و بحث القاضي لهذا الشرط هو ما دعى الفقه لتبني وجهة النظر القائلة: بأن الدفع بعدم القبول ما هو إلا دفع موضوعي.

والحقيقة أن القاضي حينما يبحث هذا الشرط وأوصافه باعتبار أن شرط المصلحة هو الشرط الوحيد لقبول أي طلب أو دفع أو طعن، إنما يحل مسألة قانونية بحتة، وهي البحث عن وجود قاعدة قانونية تمنح الحماية للحق المدعى به، أى يتأكد من أن الإدعاء بحق يستحق حماية القانون أو أن المصلحة التي يطالب بحمايتها هي من المصالح التي يحميها القانون، ويتحقق ذلك بتطبيق القواعد العامة للقانون دون أن يفصل في وقائع الدعوى، إذ أن القاضي يفترض عند بحثه هذا الشرط التأكد من صحة الوقائع المدعاة. وبناء على ذلك فإذا وجد القاضي أن قواعد القانون تحمي المصلحة المطلوبة فإن الدعوى تكون قانونية، و في الصورة العكسية يحكم بعدم قبولها دون بحث الوقائع ذاتها والتحقق منها<sup>6</sup>.

<sup>1</sup> عبد الباسط جميعي، مبادئ المرافعات في قانون المرافعات الجديد، المرجع السابق، ص349.

<sup>2</sup> نبيل إسماعيل عمر، الدفع بعدم القبول ونظامه القانوني، المرجع السابق، ص113.

<sup>3</sup> فتحي والي، قانون القضاء المدني، المرجع السابق، ص103.

<sup>4</sup> عبد الباسط جميعي، مبادئ المرافعات في قانون المرافعات الجديد، المرجع السابق، ص189.

<sup>5</sup> أحمد أبو الوفا، نظرية الدفوع في قانون المرافعات، المرجع السابق، ص844.

<sup>6</sup> نبيل إسماعيل عمر، الدفع بعدم القبول ونظامه القانوني، المرجع السابق، ص115.

و القاضي عندما يتحقق من توافر الشروط اللازمة لقبول الطلب القضائي، و تحققه من شرط المصلحة وأوصافها، فهو لا يكون قد تعرض لموضوع هذا الطلب. و أن فحص بعض المسائل المتعلقة بموضوع الطلب ليستطيع الفصل في مسألة قبول الطلب أو عدم قبوله، فإنه يكون بذلك شأن القاضي الذي يتحسس الموضوع ليفصل في مسألة إختصاصه، مثل قاضي الأمور المستعجلة الذي يبحث في تحديد إختصاصه حين فحص بعض أوجه موضوع النزاع. والدفع بعدم القبول يوجه إلى الطلب القضائي بقصد عدم قبوله، فهو يهدف بالتالي إلى منع المحكمة من النظر في موضوع الإدعاء الذي يكون موضوع الطلب القضائي، وبعبارة أخرى فهو يوجه إلى شرط المصلحة أو إلى أي وصف من أوصافها التي تعتبر الشرط الوحيد لقبول الطلب القضائي. وهذا الدفع في حالة نجاعه يرتب أثرا هاما وهو إمتناع المحكمة عن نظر موضوع الطلب القضائي الذي يتحد بشكل أو بآخر بموضوع الدعوى القضائية، مما يؤدي إلى إمتناع المحكمة عن نظر موضوعها<sup>1</sup>.

### الفرع الثالث: الدفع بعدم القبول ذو طبيعة مختلطة

ذهب بعض فقهاء القانون إلى القول: أن الدفع بعدم القبول ذو طبيعة مختلطة<sup>2</sup>. والبعض الآخر قسمه إلى قسمين هما: الدفع بعدم القبول الموضوعي، والدفع بعدم القبول الإجرائي. وسبق مناقشة ذلك فلا حاجة لتكراره.

كما ذهب أنصار هذا الرأي من الفقه الفرنسي والعربي إلى القول بان الدفع بعدم القبول ذو طبيعة مختلطة، فهو نوع وسط بين الدفع الشكلية والدفع الموضوعية. فالدفع بعدم القبول ينقسم في داخله إلى قسمين، وذلك بالنظر إلى طبيعة محله، فإذا تعلق بمسألة إجرائية فهو دفع إجرائي أو شكلي يخضع لأحكامه، وإذا تعلق بمسألة موضوعية فهو دفع موضوعي، يخضع لأحكامه أيضا.

ويرى البعض أن الطبيعة المختلطة لهذا الدفع تكمن في كونه يثير مسألة إجرائية تتعلق بالموضوع، فالدفع بعدم القبول يعنى عدم قابلية الإدعاء لأن يكون محلا للعمل القضائي، و بذلك يتميز عن الدفع الشكلية التي تثير مسألة إجرائية بحتة، وعن الدفع الموضوعية التي تثير مسألة موضوعية بحتة، وهذه الطبيعة المختلطة هي التي تؤثر في نظامه القانوني.

و إستنتج أنصار هذا الرأي الطبيعة المختلطة للدفع بعدم القبول مما يلي:

01 - الإثار المترتبة على هذا الدفع، تؤكد طبيعته المختلطة، فالدفع بعدم القبول يشبه الدفع الشكلي من حيث مجال عمله.

إذ أن المدعى عليه لا ينازع بموجبه في موضوع الطلب، و بذلك يشبه الدفع الموضوعي من حيث إثاره، و أن قبوله وبصفة نهائية يؤدي إلى رفض الطلب.

02 - أن هناك دفوعا بعدم القبول مرتبطة بأساس الحق المدعى به، كالدفع بانتفاء الصفة والمصلحة، وأن سبب إرتباط هذه الدفوع بأساس الحق المدعى به، كونه يتوجب على

<sup>1</sup> فتحي والي، قانون القضاء المدني، المرجع السابق، ص 104.

<sup>2</sup> نبيل إسماعيل عمر، الدفع بعدم القبول ونظامه القانوني، المرجع السابق، ص 116.

القاضي أثناء نظره لهذه الدفع التعرض لموضوع الدعوى، وتعرضه لموضوع الدعوى في حد ذاته دفع مرتبط بالأساس، كما و أن هناك دفوعا إجرائية مرتبطة بقواعد إجرائية بالمعنى الضيق، كالدفع بوجود شرط التحكيم، أو عرض النزاع على لجنة معينة، ويترتب على رفض الدعوى شكلا و عدم البحث في موضوعها.

### و قد تعرض هذا الرأي للانتقاد للأسباب التالية:

أن هذا الرأي يهدم الدفع بعدم القبول كدفع له ذاتيته وإستقلاليته، لأن هذا الأمر سيفضى أما الى تطبيق قواعد الدفع الموضوعية أو تطبيق قواعد الدفع الشكلية، فلا حاجة للقول بوجود دفع عدم القبول.

أن هذا الرأي لا يحدد المعيار الواجب إتباعه للترقية بين الدفع التي تخضع لأحكام الدفع الشكلية، والدفع التي تخضع لأحكام الدفع الموضوعية.

أن تعرض القاضي لبعض عناصر الإدعاء الموضوعية أثناء نظره للدفع بعدم القبول لا يعنى التعرض لأصل الحق المدعى به، إذ أن التعرض في هذه الحالة هو تعرض ظاهري، يتحسس به القاضي صحة تأسيس الدفع من عدمه، كما أن الحكم الفاصل في الدفع بناء على هذا التعرض لا يعتبر حكما فاصلا في الموضوع، ولا تستنفذ به المحكمة سلطتها وولايتها بالنسبة للموضوع.

وبتقديرنا لا يعتبر الدفع بعدم القبول دفعا مختلطا، ذلك أن المشرع في قانون الإجراءات المدنية و الإدارية فرق بين الدفع الشكلية والدفع بعدم القبول، فاجاز إبداء الدفع بعدم القبول فى أية حالة تكون عليها الدعوى، فى حين أوجب إثارة الدفع الشكلية قبل الدفع بعدم القبول و إلا سقط الحق فيها أو فيما لم يتم إثارته منها، ما لم ينص القانون خلاف ذلك.

### ويثور التساؤل هل ينقسم الدفع بعدم القبول الى دفع شكلي و دفع موضوعي؟

يقوم الدفع بعدم القبول على تخلف شرط من شروط الدعوى، وهنا يثور التساؤل عما إذا كان تخلف أي شرط من الشروط الإجرائية المقررة لقبول المحكمة الفصل في الدعوى يرتب دفعا بعدم القبول؟ أم أن الدفع الشكلي لا يمكن أن يكون باي حال من الأحوال دفعا بعدم القبول؟ وهل الدفع بعدم القبول دفع موضوعي أم أنه ليس دفعا موضوعيا؟ باعتبار أنه لا يوجه الى ذات الحق المطلوب حمايته و إنما هو دفع يتعلق بالموضوع .

للإجابة على هذه التساؤلات سنتعرض لكل من موقف القضاء الفرنسي وأحكام محكمة النقض المصرية، ومن ثم لرأينا الخاص فى هذه المسألة.

### اولا: موقف القضاء الفرنسي:

أقام القضاء الفرنسي تفرقة دقيقة داخل طائفة الدفع بعدم القبول، فذهب الى تقسيمها الى قسمين، هما:

دفع متصلة بالموضوع أسماها دفع عدم القبول الموضوعية، وهى الدفع التي تواجه الإدعاء بحق أمام القضاء كأساس للطلب القضائي، ومثالها: التمسك بحجية حكم

صادر لصالح المتمسك بالدفع بعدم القبول، فالدفع في هذه الحالة لا يتعلق بمسألة إجرائية، بل ينصب على أصل الحق المدعى به، والذي يتأسس عليه الطلب القضائي، ويرى البعض أن هذا الدفع في حقيقته دفع موضوعي،

أما القسم الثاني فهي الدفع التي ترمى الى إستبعاد الطلب القضائي، نظرا لكون الدعوى لم تمارس وفق الشروط الواجب توافرها لإستعمالها من الوجهة الإجرائية، لإنعدام المصلحة أو انقضاء الميعاد، وفي هذه الحالات فإن الحق الموضوعي لم ينازع فيه احد. على أن هذا التمييز فيما بين الدفع بعدم القبول لم يكن سهلا في كل الحالات، فعلى سبيل المثال ذهب بعض الفقه الفرنسي الى القول أن الصفة شرط لقبول الطلب القضائي، أي ممارسة الدعوى<sup>1</sup>.

وذهب جانب آخر الى القول بأن تخلف الصفة شرط متعلق بالموضوع، وبناء على التفرقة السابقة رتب الفقه الفرنسي النتائج التالية:

1. وجوب التمسك بالدفع بعدم القبول المتعلقة بالإجراءات قبل الكلام في الموضوع، وإلا سقط الحق فيها أو فيما لم يبد منها، أما الدفع المتعلقة بالموضوع فيجوز إبدائها في أية حالة كانت عليها الدعوى، ولو لأول مرة أمام الإستئناف أو النقض إذا كانت هذه الدفع متعلقة بالنظام العام.

2. أن الطعن بالإستئناف ضد الحكم الصادر فيه دفع إجرائي بعدم القبول، ينقل الى الجهة الإستئنافية المسألة التي فصل فيها الدفع فقط، فلا يستطيع القاضي تناول الموضوع الأصلي للنزاع، ذلك أن الإستئناف ليس له أثر ناقل بالنسبة للموضوع في هذه الحالة، وعلى العكس من ذلك فإذا صدر حكم من محكمة اول درجة متعلق بالموضوع، فإن المحكمة الإستئنافية تستطيع تناول موضوع النزاع، لتفصل فيه بناء على ما للإستئناف من أثر ناقل بالنسبة للموضوع.

3. أن الإمتناع عن الكلام كنوع من أنواع الغياب التي يعرفها القانون الفرنسي بعد إثارة الدفع بعدم القبول المتعلق بالإجراءات، فإن الحكم الصادر في هذا الدفع يكون غايبا بالنسبة للخصم الذي إمتنع عن الكلام، ولا يكون كذلك إذا كان الدفع متعلقا بالموضوع.

### ثانيا: موقف محكمة النقض المصرية:

بالرجوع الى أحكام محكمة النقض المصرية نجد أنها لم تلتزم برأي قاطع بخصوص هذه المسألة، فقضت في بعض أحكامها بأنه " حيث يتعلق الأمر بإجراء يوجب القانون إتخاذه حتى تستقيم الدعوى فإن الدفع المبني على تخلف هذا الإجراء يعد دفعا شكليا، ويخرج عن نطاق الدفع بعدم القبول متى إنتفت الصفة والمصلحة"<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> احمد ابو الوفا: المرافعات المدنية والتجارية بمقتضى قانون المرافعات الجديد رقم 12 لسنة 1968 وقانون الاثبات رقم 25 لسنة 1968، منشأة المعارف بالإسكندرية، دون طبعة، ص 235.

<sup>2</sup> نقض مدني مصري، الطعن رقم 1323، سنة 48 ق، جلسة 1979-05-23. مشار إليه لدى سعيد احمد شعله: قضاء النقض المدني في إجراءات الدعوى، منشأة المعارف بالإسكندرية، 1999، ص 12. نقض مدني مصري، الطعن رقم 2648، لسنة 59، جلسة 1993-07-14 مشار إليه لدى يحيى اسماعيل: أحكام نظرية الدفع والخصومة في قانون المرافعات، دون دار نشر، 2012، ص 884.

وفى أحكام أخرى ذهبت الى النقيض من ذلك، فقضت بان الدفع المبني على مخالفة الإجراء الذي رسمه القانون هو دفع بعدم القبول، وجاء في أحد أحكامها أنه " إذا كان الدفع المبدى من الطاعن هو دفع بعدم قبول الدعوى لرفعها بغير الطريق الذي رسمه قانون المرافعات هو في حقيقته دفع بعدم قبولها لرفعها بغير هذا الطريق، ولا محل لما ذهب الحكم المطعون فيه من أن الغاية من الإجراء قد تحققت بطرح الدعوى على المحكمة بما يصح الإجراء، ولو كان تعييبه لأمر من النظام العام، إذ أن عدم إستيفاء الدعوى لشروط رفعها جزاءه عدم القبول وليس البطلان"<sup>1</sup>.

وتحفظت في بعض أحكامها مقرررة أن الدفع بعدم القبول الذي نص عليه قانون المرافعات المصري هو الدفع الذي يجوز ابدائه في أية حالة تكون عليها الدعوى<sup>2</sup>.

ونحن لا نسلم بهذا الرأي، لان القول بالطبيعة المختلطة للدفع بعدم القبول سيفضي في النهاية الى تطبيق أما قواعد الدفع الشكلية أو قواعد الدفع الموضوعية، ومن ثم فلا حاجة للقول بوجود الدفع بعدم القبول، كما أنه يتعارض مع الهدف من الدفع بعدم القبول المتمثل في إنكار الحماية القضائية التي يطلبها الخصم.

وذهب رأى فقهي إلى أن الدفع بعدم قبول الدعوى، هو نوع ثالث يقع في مرحلة وسطى ما بين الدفع الإجرائية (الشكلية) والدفع الموضوعية، فهو أدنى درجة من الدفع الموضوعية و أعلى درجة من الدفع الشكلية. وضرب لذلك مثالا من أجل تصور تكييف هذا النوع من الدفع في الذهن. فأشار إلى أن هناك ثلاث مراحل يجب أن يمر بها الذهن حتى يتصور وجود الدعوى.

**فالمرحلة الأولى:** هي مرحلة الحق الذي ترفع به الدعوى وليكن مثلا خمسون ألف دينار.

**و المرحلة الثانية:** هي مرحلة الحق في رفع الدعوى، فقد يكون حق الدائن ثابتا في المبلغ ولكن لا يكون له الحق في رفع الدعوى به، كأن يكون قاصرا، فتكون دعواه المرفوعة منه غير مقبولة رغم ثبوت حقه في الدين. بينما تكون مقبولة لو رفعها الوصي أو الولي.

**أما المرحلة الثالثة:** فهي مرحلة الإجراءات التي تتبع عند رفع الدعوى، أي تقديمها إلى القضاء بإيداعها في أمانة الضبط و تبليغها للخصوم بشكل صحيح .. الخ. فإذا تعلق الدفع بالمرحلة الأولى: كان دفعا موضوعيا، وإذا تعلق بالثانية: أي الوسطى كان دفعا بعدم القبول، وإذا تعلق بالمرحلة الثالثة: أي الأخيرة كان دفعا شكليا<sup>3</sup>. ولا شك أن هذا مثال تصويري فقط، فلا يتصور أن الدفع الموضوعي لا يكون إلا في البداية حيث أنه يجوز التمسك به في أي مرحلة تكون عليها الدعوى، وكذا الدفع بعدم القبول يجوز التمسك به في أي مرحلة تكون عليها الدعوى.

وقد إعتبر المشرع الجزائي بإعتبار الدفع بعدم القبول نوعا مستقلا من الدفع.

<sup>1</sup> نقض مدني مصري ، الطعن رقم 1587، لسنة 51 ق، جلسة 12/6/989 المشار اليه لدى عدلي أمير خالد: الارشادات العملية في إجراءات المرافعات والاثبات في كافة الدعاوى المدنية في ضوء الملاحظات التفتيش القضائي والتعديل الحديث عن قانون المرافعات والاثبات والمستحدث من أحكام النقض والمحكمة الدستورية العليا، منشأة المعارف بالإسكندرية 2000، ص 83.

<sup>2</sup> يحيي اسماعيل، المرجع السابق، ص 884 وما بعدها.

<sup>3</sup> عبد الباسط جميعي، نظرية الإختصاص، المرجع السابق، ص 353.

خلاصة القول في هذا الشأن، أن الدفع بعدم القبول ليس دفعا موضوعيا، ولا مختلطا تجتمع فيه خصائص الدفع الشكلي والدفع الموضوعي، وإنما هو دفع مستقل موجه إلى الحماية القضائية المطلوبة بهدف إنكارها، أي يهدف إلى إنكار ثبوت الحق في هذه الحماية لأصحابها. و أن البحث في هذا الدفع والحكم فيه قد يقتضي التعرض للموضوع، ولكن التعرض هنا ليس لنظر الموضوع من أجل الفصل فيه، وإنما هو تعرض سطحي يتحسس به القاضي تأسيس هذا الدفع من عدمه حتى يمكنه الفصل فيه. وهذا التعرض للموضوع بالقدر الضروري للفصل في الدفع لا يجعله كدفع موضوعي. كما أن الحكم الصادر في هذا الدفع بناء على هذا التعرض لا يعتبر حكما صادرا في الموضوع، ولا تستنفذ المحكمة سلطتها بناء على ذلك بالنسبة للموضوع، وكذلك شأنها حينما تحدد إختصاصها، فتتظر في مسألة خاصة بالموضوع، أو كما هو الحال لقاضي الإستعجال حين يتحسس الموضوع لتحديد إختصاصه. فكل ذلك لا يؤثر في الحكم الصادر في هذا الدفع. والموضوع الأساسي بوقائعه ومستنداته يظل دون مساس<sup>1</sup>.

ويتميز الدفع بعدم القبول عن الدفع الموضوعي بأنه لا يتعلق بموضوع الدعوى، فالدعوى التي يحكم فيها بعدم قبولها يجوز رفعها من جديد إذا ما إستكملت شروط قبولها ولا يحتج حينئذ إن هذه الدعوى قد سبق الفصل فيها، وهذا ما يميز الحكم بعدم القبول عن الحكم برفض الدعوى. فالرفض يتناول الموضوع ويمنع من إعادة رفع الدعوى بنفس الحق. أما عدم القبول فلا يتناول إلا الحق في رفع الدعوى ولا يمس الحق الموضوعي المرفوعة به الدعوى، ولذلك يجوز تجديد الدعوى التي حكم بعدم قبولها، وقد يقضى بعد تجديدها بالحق المطلوب<sup>2</sup>.

ويرى أحد الشراح: أنه عند تشابه الحكمين أي الحكم الصادر بعدم القبول والحكم الصادر في موضوع الدعوى وذلك في بعض الحالات، بحيث لا يمكن قبول ذات الدعوى من جديد، فإن ذلك لا يرجع للحكم الصادر بعدم القبول إلى حجية الأمر المقضي، وإنما يرجع إلى ظروف الدعوى ذاتها وإستحالة مقتضياتها مستقبلا، كان تكون سبق الفصل فيها أو انقضت بالتقادم. فمرجع ذلك ليس حجية الحكم بعدم القبول وإنما مرجعه بسبب هذا الحكم، أي بناء على حجية الحكم السابق الذي فصل في موضوع الدعوى<sup>3</sup>.

## الخلاصة

الدفع الشكلي يتوجه إلى إجراءات الخصومة. أما الدفع بعدم القبول ليس دفعا شكليا محضا، لأنه لا يوجه أساسا إلى إجراءات الخصومة، وإنما يوجه إلى فكرة الحماية القضائية بقصد إنكارها على مدعيها، لعدم توافر الشروط اللازمة لطلبها. وعدم توافر هذه الشروط لا يمنع من العودة مرة ثانية لطلب هذه الحماية إذا ما توافرت شروطها. وهذا هو الفيصل الذي يميز الدفع بعدم القبول عن الدفع الموضوعي الذي يتوجه إلى صميم الإدعاء بهدف تحطيمه.

<sup>1</sup> نبيل إسماعيل عمر، الدفع بعدم القبول ونظامه القانوني، المرجع السابق، ص 117 وما بعدها

<sup>2</sup> عبد الباسط جميعي، مبادئ المرافعات في قانون المرافعات الجديد، المرجع السابق، ص 355.

<sup>3</sup> وجدى راغب فهمي، مبادئ القضاء المدني، المرجع السابق، ص 425.

ونجاح الدفع الموضوعي يؤدي لعدم إمكانية العودة مرة ثانية أمام نفس الجهة القضائية وطرح نفس الادعاء<sup>1</sup>.

فالدفع بعدم القبول إذن طائفة مستقلة ذات طبيعة خاصة. وهناك في القانون دفوع موضوعية، وأخرى دفوع شكلية، وثالثها دفوع بعدم القبول.

الدفع بعدم القبول يوجه الى الحماية القضائية بقصد انكارها على مدعيها بما يضمن عدم قبول طلبه، فهو يتوجه الى شرط المصلحة في هذه الحماية أو اي صفة من اوصافها، فهو إذن لا يتوجه الى إجراءات الخصومة وبالتالي ليس دفعا شكليا، كما أنه لا يتوجه الى ذات الحق المدعى به، وبالتالي فهو ليس دفعا موضوعيا، ومن ثم فهو دفع مستقل عن بقية الدفوع<sup>2</sup>.

وقانون الإجراءات المدنية والادارية حدد لحظة التمسك بهذا الدفع، فنص بالمادة:68 منه على أنه:"يمكن للخصوم تقديم الدفع بعدم القبول في أية مرحلة كانت عليها الدعوى ولو بعد تقديم دفوع في الموضوع".

فالقانون حينما أجاز التمسك بهذا الدفع في أي حال تكون عليها الدعوى، فإنه جعل هناك تماثل بين طائفة الدفع بعدم القبول والدفوع الموضوعية، بحيث تجوز إثارتها في أي حال تكون عليها الدعوى.

إلا أن الدفع بعدم القبول لا يتوجه الى ذات الادعاء بقصد تحطيمه، وإنما يتوجه بطريقة مسبقة الى الحماية القضائية التي يطلبها مدعيها، فيهدف الى إنكار حق المدعي في هذه الحماية.

وتحديد لحظة إبداء الدفع بعدم القبول تشكل ميزة تميزه تماما عن الدفوع الشكلية، التي أوجب القانون إبدائها قبل إبداء الدفع بعدم القبول<sup>3</sup>.

والواقع أنه لا يوجد ما يمنع من اثاره الدفع بعدم القبول في أي حال تكون عليها الدعوى، ولو بعد الكلام في الموضوع، ولو لأول مرة أمام المجلس بالاستئناف من دون أن يعتبر الدفع بعدم القبول دفعا موضوعيا، لأن لحظة التمسك بهذا الدفع ليست هي التي تحدد طبيعته، وإنما الذي يحدد طبيعته، هي عناصره المكونة له ووظيفته داخل النظام القانوني الذي يعمل بداخله. بل أن المنطق نفسه قد يدفع المشرع احيانا الى اشتراط تقديم بعض الدفوع الموضوعية قبل الكلام في الموضوع، أو في بداية الكلام في الموضوع، والا سقط الحق فيها دون أن يغير الموقف من جانب المشرع من طبيعة هذه الدفوع الموضوعية<sup>4</sup>.

و أما من حيث الفصل في الدفع بعدم القبول هل يعتبر فصلا في الموضوع ام لا؟ فالحكم الصادر في الدفع الشكلي لا يتضمن بأي حال فصلا في الموضوع بأجماع الفقه والقضاء، كما أن الحكم الصادر في الدفع الموضوعي يتضمن فصلا في الموضوع ايضا بأجماع الفقه والقضاء<sup>5</sup>.

<sup>1</sup> فتحي والي، الوسيط في قانون القضاء المدني، المرجع السابق، ص 485.

<sup>2</sup> نبيل اسماعيل عمر، الدفع بعدم القبول ونظامه القانوني، المرجع السابق، ص 132 بعدها.

<sup>3</sup> نبيل اسماعيل عمر، الدفع بعدم القبول ونظامه القانوني، المرجع السابق، ص 137.

<sup>4</sup> أحمد أبو الوفا، نظرية الدفوع، المرجع السابق، ص 863.

<sup>5</sup> فتحي والي، الوسيط في قانون القضاء المدني، المرجع السابق، ص 492.

اما الحكم الصادر في الدفع بعدم القبول اثار جدلا حول ما فصل فيه هل يتضمن فصلا في الموضوع أم لا ؟

وسبب هذا الإختلاف يرجع الى أن القاضي وهو يفصل في هذا الدفع يتعرض حتما لأصل الحق وموضوع النزاع، ومع ذلك فهو لا يحسم النزاع بحكم يصدر في الموضوع، وإنما يتناول الموضوع بقدر ما يفصل في هذا الدفع، فهو يشبه قاضي الإستعجال حين يدرس الموضوع لتحديد إختصاصه، إذ يتطرق للموضوع لمعرفة ما إن كان النزاع يدخل في إختصاصه أم لا



## الفصل الثاني : تطبيقات للدفع الجزائية

تحظى الدفع الشكالية بأهمية خاصة في الخصومة المدنية، فكثيرا ما يتوقف مصير الدعوى والحكم في موضوعها على نتيجة الحكم في الدفع الشكلي، لهذا تحتل هذه النظرية مكانتها في قوانين الإجراءات المدنية التي تحرص على تبيان طبيعتها وأحكامها ووجه الاختلاف بينها نظرا لتنوعها وتباين معاييرها ومدى علاقتها بالنظام العام.

وقد جرت قوانين الإجراءات المدنية المقارنة وكذلك إجتهدات الفقه معززة بأحكام القضاء المقارنين على إعتبار أن للدفع الشكالية أو الإجرائية فائدة أخرى للرد على طلبات الخصم، فهي وسيلة في يد المدعي عليه لبيان الجزاء الواقع على المدعي نتيجة لمخالفته الشكل الإجرائي وفقا لمقصد مقدم الدفع وغاياته.

وفي هذا الفصل سنتطرق للدفع الشكالية التي لها طابعا جزائيا.  
وسوف نتناول تطبيقات الدفع بعدم قبول الدعوى في المبحث الأول  
أما في المبحث الثاني فنخصصه للدفع الإجرائية الحديثة<sup>1</sup>.

### المبحث الأول: تطبيقات الدفع بعدم القبول

للدفع بعدم القبول تطبيقات لا تقع تحت حص، وتنقسم هذه التطبيقات الى قسمين، هما:

الدفع المحددة بنص القانون، ومن أمثلتها: الدفع بإنتفاء الصفة، الدفع بإنتفاء المصلحة، الدفع بعدم قبول الدعوى لدى المجلس أو المحكمة العليا لتقديمها بدون محام معتمد، الدفع بعدم قبول الدعوى لسبق الفصل فيها.

والدفع بعدم قبول الدعوى لوجود شرط التحكيم" الدفع بسبق الدعوى لأوانها".

وسوف نتناول هذا المبحث في ثلاث مطالب:

المطلب الأول: عدم القبول بين المصلحة وحجية الشيء المقضي

المطلب الثاني: علاقة الدفع بعدم القبول بنظامي السقوط والتقدم

<sup>1</sup> تم تعديل الدستور الجزائري ونتج عنه في المادة 188 آلية الدفع بعدم الدستورية ، وبصدور قانون المالية لسنة 2018 صدر الدفع بعدم القبول لعدم وجود الدمغة

## المطلب الثالث: الدفع بوجود إتفاق التحكيم

**المطلب الأول: عدم القبول بين المصلحة وحجية الشيء المقضي فيه**

يتمتع الخصم داخل مركزه الإجرائي بالعديد من الحقوق الإجرائية، كما يقع على عاتقه العديد من الواجبات والأعباء الإجرائية، ويرتب المشرع جزاءات على عدم إحترام الخصم للأجال التي يتعين عليه فيها أن يمارس حقوقه الإجرائية أو القيام بواجباته الإجرائية. في هذا المطلب سنتناول الدفع بعدم القبول والمصلحة وحجية الشيء المقضي فيه في فرعين:

الفرع الأول: الدفع بعدم القبول وشرط المصلحة في القانون

الفرع الثاني: علاقة الدفع بعدم القبول بحجية الشيء المقضي فيه

**الفرع الأول: الدفع بعدم القبول وشرط المصلحة في القانون**

يرى بعض الفقهاء إن المصلحة في الإجراء تعتبر شرطا لقبول أي طلب أو دفع أو طعن باعتبار أنها تتعلق بصلاحيية إجراء معين، لتحقيق الحماية القضائية أو المساعدة في تحقيقها. لهذا قد تتوافر شروط الدعوى دون أن تتوافر المصلحة في الإجراء، والعكس أيضا صحيح.

وعليه فعند النظر في توافر أو عدم توافر المصلحة في الإجراء لا ينظر إلي الشروط اللازمة لوجود الحق في الدعوى<sup>1</sup>.

و تختلف المصلحة في الإجراء عن سلطة الخصم أو حقه في القيام بالإجراء، فهي قد توجد لمجرد توافر صفة الطرف في الخصومة، أو بتوافر شروط معينة.

كما أن المصلحة في الإجراء قد تتوافر بغض النظر عن تحقق أو عدم تحقق الغاية التي أرادها القانون من قاعدة معينة، فلو رفعت الدعوى لمحكمة غير مختصة إقليميا، فإن

<sup>1</sup> فتحي والي، نظرية البطلان في قانون المرافعات، المرجع السابق، ص 64.

للمدعى عليه حق الدفع بعدم الإختصاص الإقليمي. ولا يصح القول بعدم جواز قبول هذا الدفع لإنعدام المصلحة، ذلك أن هذا الدفع من شأنه منع صدور الحكم لمصلحة المدعي، وهو ما يحقق مصلحة المدعى عليه في الدفع أي في الإجراء. بالإضافة إلي أن المصلحة في الإجراء مفترضة فليس على الطرف الذي يعلن رغبته للمحكمة إثبات مصلحته في الإجراء<sup>1</sup>، وينتهي هذا الرأي إلي أن الشرط الوحيد لقبول الدعوى هو شرط المصلحة.

ويقصد بها مصلحة المدعي في بحث موضوع الدعوى أو في سماع الدعوى. و هذا الشرط يعتبر تطبيقاً لشرط المصلحة في الإجراء<sup>2</sup>.

و يترتب على هذا الرأي أن الدفع بعدم القبول يوجه إلي الحالة التي تتخلف فيها المصلحة في نظر الدعوى، لوجود عيب شكلي أو موضوعي في إعلان الرغبة الإجرائية المتمثلة في الطلب القضائي الذي يمارس به المدعي دعواه، أو لعدم قيام مصلحة تبرر نظر مضمون الدعوى<sup>3</sup>.

وأرى أن هذا الرأي وإن بدى إنطلاقاً من مفهومه حيال إستقلال الدعوى عن الحق الموضوعي، إلا أنه جعل وجود الحق الموضوعي شرطاً لنشأة الحق في الدعوى، ومسألة وجود الحق الموضوعي أو عدم وجوده تتطلب نظر الدعوى من حيث موضوعها، ومسألة قبول الدعوى أو عدم قبولها هي مرحلة سابقة على نظر موضوع الدعوى.

إضافة إلي أن هذا الرأي وإن كان قد ميز بين شرط المصلحة الموضوعية والمصلحة في الدعوى، فقد أزال اللبس الذي كان قائماً في الفقه، إلا أن شرط المصلحة في الإجراء الذي أشار إليه لم يكن ثمة حاجة لتقريره، لأنه يضع لبساً حول مفهومه، بحيث يتعارض مع ما هو مقرر في القانون و الذي ينص مثلاً على البطلان كجزاء لعدم القيام بإجراء معين في الخصومة أي لعدم تحقق المصلحة في الإجراء، مثل: بطلان عرائض الدعاوى، وبطلان محاضر التكليف بالحضور الناشئ عن عيب في التكليف<sup>4</sup>، مما يؤدي إلي الخلط بين البطلان وعدم القبول عند تخلف المصلحة في الإجراء. وهذا أمر لا يضمن التسليم به لأن عدم القبول يرد على الدعوى أو الطلب أو الدفع، بخلاف البطلان فهو يرد على العمل الإجرائي ذاته. ويشكل كل واحد منهما نوعاً من الجزاءات الإجرائية في قانون الإجراءات المدنية<sup>5</sup>.

وننتج عن هذا الخلط الواضح لدى هذا الرأي، تقسيم الدفع بعدم القبول إلي قسمين:

**القسم الأول:** الدفع بعدم القبول الموضوعي، ويكون عند تخلف أحد شروط الحق في الدعوى إذا كان هذا التخلف ظاهراً.

**القسم الثاني:** الدفع بعدم القبول الإجرائي، وهو ينشأ عن تخلف أحد الشروط اللازمة ليتمكن القاضي من نظر في صحة الطلب (حالة بطلان الطلب)<sup>6</sup>.

1 أحمد هندي، أصول قانون المرافعات، المرجع السابق، ص 105.

2 فتحي والي، الوسيط في قانون القضاء المدني، المرجع السابق، ص 67.

3 نبيل إسماعيل عمر، الدفع بعدم القبول ونظامه القانوني، المرجع السابق، ص 62.

4 أحمد أبو الوفا، التعليق على نصوص قانون المرافعات، المرجع السابق، ص 518.

5 عيد أحمد رمضان، الجزاء الإجرائي في قانون المرافعات، المرجع السابق، ص 204.

6 فتحي والي، نظرية البطلان في قانون المرافعات، المرجع السابق، ص 18.

في حين يرى فريق آخر أن المصلحة في الدعوى تعني الحاجة إلي الحماية القضائية، ذلك أن القضاء سلطة من سلطات الدولة لا يباشر وظيفته في الحماية القضائية إلا إذا كانت هناك حاجة إلي هذه الحماية. وإذا كان القضاء الموضوعي يحقق هذه الحماية عن طريق الفصل في موضوع الدعوى، فإن القانون يشترط لقبول الدعوى ومن ثم للفصل في موضوعها أن تكون هناك حاجة لهذه الحماية<sup>1</sup>.

فهذه المصلحة هي التي تصلح أساسا كشرط لقبول الدعوى، وعند تخلف إحدى خصائصها ينشأ الدفع بعدم القبول، فهو يتعلق بإنكار الحماية القضائية على طالبها.

وحدد القانون خصائص أو أوصاف لهذه المصلحة، وهي أن تكون المصلحة شخصية ومباشرة، وقائمة يقرها القانون، ومع ذلك تكفي المصلحة المحتملة إذا كان الغرض من الطلب الإحتياط لدفع ضرر محقق أو لحق يخشى زوال دليله عند النزاع فيه<sup>2</sup>.

وشرط المصلحة أن تكون شخصية و مباشرة، أي أنها لا تكون إلا في حالة رفع الدعوى باسم صاحب الحق المعتدى عليه و المطلوب حمايته، وهي لا تكون كذلك إلا إذا كان رافع الدعوى هو صاحب الحق أو من يمثله<sup>3</sup>.

فالمصلحة الشخصية إذن هي مصلحة صاحب الحق في دفع الإعتداء الواقع على حقه، أو حماية حقه من وقع الإعتداء عليه. وقد إعتاد الشراح على تحديد هذا الشرط بالنسبة لشرط الصفة و أجمعوا على وجوبه لقبول الدعوى<sup>4</sup>.

ويختلط تعريف الصفة أحيانا بتعريف المصلحة الشخصية، وأحيانا يفترق عنه ليختلط بتعريف السلطة أو الأهلية.

ويمكن تقسيم الشراح الذين عرفوا الصفة إلي فريقين:

**الفريق الأول:** عرف الصفة بتعريف المصلحة الشخصية، فقال أن الصفة في رفع الدعوى لحماية الحق، تكون لصاحب الحق وحده، فصاحب الصفة في الدعوى هو صاحب الحق. ويمكن معرفة ذلك من خلال التعرف على ما إذا كان هو صاحب الحق الذي يراد حماية حقه من عدمه<sup>5</sup>.

**و الفريق الثاني:** يرى أن الصفة يمكن أن تلحق أيضا بمن له حق رفع الدعوى إلي القضاء نيابة عن المدعي الأصيل<sup>6</sup>. فهم يرون أن المصلحة الشخصية والمباشرة هو شرط الصفة بذاته، بمعنى أن الصفة المطلوبة في التقاضي ليست إلا المصلحة الشخصية المباشرة<sup>7</sup>.

أما أصحاب الرأي الأول يفرقون بينهما، فالصفة قد يقصد بها المصلحة الشخصية، وهذا ما أراده الفقهاء بقولهم: أن صاحب الصفة هو صاحب الحق المدعى به، وقد يقصد بها

1 فهمي وجدى راغب، مبادئ القضاء المدني، المرجع السابق، ص 92 .

2 محمود محمد هاشم، قانون القضاء المدني، المرجع السابق، ص 222.

3 عبد المنعم احمد الشرقاوى، نظرية المصلحة في الدعوى، المرجع السابق، ص 256.

4 أحمد مسلم، أصول المرافعات، المرجع السابق، ص 334.

5 عبد المنعم احمد الشرقاوى، نظرية المصلحة في الدعوى، المرجع السابق، ص 268 .

6 أحمد مليجي، التعليق على قانون المرافعات، المرجع السابق، ص 127 .

7 عبد الباسط جميعي، نظرية الإختصاص، المرجع السابق، ص 234.

معنى اخر وهو سلطة استعمال الدعوى ومباشرتها، وهذا ما يقصدونه بقولهم: أن صاحب الصفة هو من يمثل صاحب الحق المدعى به. و واضح أن هذا المعنى يختلف عن سابقه، فالصفة بمعنى المصلحة الشخصية المباشرة هي شرط لقبول الدعوى، أما الصفة بمعنى السلطة أو الأهلية فهي شرط لمباشرة إجراءات الدعوى ولصحة الخصومة<sup>1</sup>.

وتبدو أهمية التفرقة بين الصفة في الدعوى والصفة في التقاضي من حيث الآتي:

1- وسيلة التمسك بعدم توافر الصفة في الدعوى، هي الدفع بعدم قبول الدعوى. أما تخلف الصفة في التقاضي، فيجرى التمسك به عن طريق بطلان الإجراءات.

2- يؤدي زوال الصفة في الدعوى بالنسبة لأحد اطرافها اثناء سير الدعوى، بأن تصبح الدعوى غير مقبولة، وذلك لان شروط الدعوى يجب أن تتوافر عند الحكم في موضوعها. أما زوال الصفة في التقاضي للنائب اثناء السير في الخصومة، فيؤدي إلي إنقطاعها وفقا للمادة: 13 ق.إ.م.<sup>2</sup>.

وقد أخذ كل من المشرع الجزائري و المصري بالإتجاه الأول الذي يرى أن المصلحة الشخصية والمباشرة، هي الصفة ذاتها كشرط لقبول الدعوى.

وهناك إستثناءات من خاصية المصلحة الشخصية والمباشرة أجازها القانون. مثل: الدعوى الغير مباشرة و هي تلك الدعوى التي يرفعها الدائن على مدين مدينه لمطالبته بحق مدينه، لأنه تعود عليه من تلك المطالبة بمنفعة وفائدة شخصية. و كذلك في حالة وجود المصلحة العامة في رفع الدعوى مثل: دعاوى المرفوعة من قبل النقابات والجمعيات و المنظمات فهي تهدف إلى تحقيق المصلحة العامة.

ومن خصائص المصلحة أن تكون قائمة و حالة أي غير محتملة، إلا إذا كان الغرض من ذلك هو الإحتياط لدفع ضرر محقق، أو لتأكيد حق يخشى زوال دليله عند النزاع فيه. والمقصود بكونها قائمة وحالة هو حصول الإعتداء بالفعل على حق رافع الدعوى أو المركز القانوني، مع إستثناء حينما تكون المصلحة محتملة لم يقع الإعتداء بعد على حق رافع الدعوى أو المركز القانوني، وإنما الغرض هو توقي الضرر قبل وقوعه<sup>3</sup>.

ومن خصائص المصلحة و أوصافها أن تكون قانونية<sup>4</sup>، أي أن تستند الدعوى إلي حق أو مركز قانوني محدد، يكون الغرض منه هو حماية هذا الحق أو المركز القانوني. أو دفع الإعتداء الواقع عليه، أو تعويض ما لحق به من ضرر نتيجة لذلك، أما إذا كانت المصلحة لا تستند إلي حق أو مركز يقره القانون، فهي مصلحة إقتصادية بحتة لا يحميها القانون. مثل رفع دعوى التعويض المرفوعة من قبل صاحب محل تجارى على متعامل كان يستورد منه أشياء فإمتنع فحرمه مما كان يحققه من مكاسب<sup>5</sup>.

1 عبد المنعم احمد الشراوى، نظرية المصلحة في الدعوى ، المرجع السابق، ص 270.

2 نبيل إسماعيل عمر، الدفع بعدم القبول ونظامه القانوني، المرجع السابق، ص 65.

3 أحمد مليجي، التعليق على قانون المرافعات، المرجع السابق، ص 127.

4 المقصود بها المنفعة التي يقرها القانون.

5 أحمد أبو الوفاء، التعليق على نصوص قانون المرافعات، المرجع السابق، ص 102.

و المصلحة القانونية قد تكون مادية أو مالية عندما يكون الغرض من الدعوى حماية حق عيني أو الحصول على حق شخصي، سواء بتنفيذ التزام ناتج عن عقد المدعى عليه مع المدعى تنفيذاً عينياً، أو كالمطالبة بمبلغ مالي يمثل حقا للمدعى على المدعى عليه.

وقد تكون المصلحة القانونية معنوية أو أدبية مثل مطالبة شخص بتعويضه عما لحق بسمعه جراء فعل ضار إرتكبه خصمه في حقه، مع نشر الحكم في الجريدة التي نشر بها المقال<sup>1</sup>.

وإشترط أن تكون المصلحة قانونية يغني عن كافة الاوصاف الأخرى التي يراها الفقه ضرورة لجعل الطلب القضائي مقبولاً<sup>2</sup>.

والمصلحة القانونية هي وحدها التي تصلح أن تكون عمادا وأساسا للدعوى<sup>3</sup>، فمن يعدد شروط قبول الدعوى التي تتعلق بموضوعها يمكن إدماجها في قالب هذا الشرط وحده فهو يغني عنها. فمثلا من يشترط أن تستند الدعوى على حق، فهو في واقع الأمر ليس إلا مرادفا للمصلحة القانونية من حيث كونه مشروعا ومحميا من قبل القانون و كون الحق مستحق الأداء هو مرادف للمصلحة القائمة الحالة<sup>4</sup>.

ومن يرى أنه يشترط لقبول الدعوى أن ترفع في خلال أجل معين وإلا كانت غير مقبولة، فإنه يمكن الإستغناء عنها بتوافر المصلحة القانونية.

بحيث لو رفعت في أجل خلاف المنصوص عليه، فإن المصلحة القانونية منتفية في هذه الحالة. وهناك من يربط ذلك بنشوء الحق في الدعوى من جهة، والحاجة إلي الحماية القضائية من جهة أخرى<sup>5</sup>.

مما يعني أنه لا يمكن إستعمال الحق في الدعوى قبل نشوء الحق فيه، فصاحب الحق ليس من حقه اللجوء للقضاء، إلا إذا حدث إعتداء على حقه.

ومن يشترط عدم سبق الفصل في موضوعها كشرط لقبولها، يمكن أيضا الإستغناء عنه بتوافر المصلحة القانونية. فوجود سبق الفصل في موضوعها، يعني إنتفاء المصلحة القانونية، بحيث لا حاجة للحماية القضائية، ويعتبر من قبيل العبث و البحث في دعوى إنقضت فيها الحق بصدور حكم في موضوعها حائز لحجية الأمر المقضي فيه، أو لإنقضاء الدعوى بالتقادم، أو في حالة تنازل صاحب الدعوى عن حقه في مباشرة الدعوى<sup>6</sup>. ولذا فإن شروط قبول الدعوى يمكن إدماجها في شرط المصلحة اللازمة لقبول الطلب القضائي<sup>7</sup>.

و هناك من ويرى أن إشترط المصلحة أن تكون قانونية لا يعني ذلك إشترط وجود الحق الموضوعي لقبول الدعوى (الطلب القضائي)، إنما أن تكون الدعوى تتضمن إدعاء بحق أو مركز قانوني، فالقاضي يتأكد من مشروعية الإدعاء أي قانونيته دون أن يتعرض لفحص الوقائع التي يبني عليها المدعي طلبه، فإن تبين أن قواعد القانون تحمي المصلحة

<sup>1</sup> عبد المنعم احمد الشراوى ، نظرية المصلحة ، المرجع السابق، ص 270 .

<sup>2</sup> أحمد هندي، قانون المرافعات المدنية و التجارية، المرجع السابق، ص107.

<sup>3</sup> ابراهيم نجيب سعد، القانون القضائي الخاص، المرجع السابق، ص110.

<sup>4</sup> فتحي والي، الوسيط في قانون القضاء المدني، المرجع السابق، ص136.

<sup>5</sup> أحمد أبو الوفا، نظرية الدفع في قانون المرافعات، المرجع السابق، ص 853 .

<sup>6</sup> نبيل إسماعيل عمر، الدفع بعدم القبول ونظامه القانوني، المرجع السابق، ص 92.

<sup>7</sup> أحمد مليجي، التعليق على قانون المرافعات، المرجع السابق، 140.

المطلوبة، فإن الدعوى تكون قانونية، وإلا فإنه يحكم بعدم قبولها دون التحقق من الوقائع والفصل فيها<sup>1</sup>.

ولاكن السؤال الذى يمكن طرحه هل عدم القبول يتوجه إلي الدعوى ذاتها؟ أم إلى الطلب القضائي؟.

هناك من عرف الطلب القضائي بأنه: " عمل إجرائي يعلن به المدعي رغبته في الحصول على حماية قضائية معينة لحق أو مركز قانوني للطالب في مواجهة خصمه"<sup>2</sup>.

وبهذا العمل يتميز الطلب عن الدعوى بإعتباره الحق في الحصول على الحماية القضائية وبناء على ذلك لا يوجد الطلب إلا ببدء الخصومة، في حين أن الدعوى توجد ولو لم تبدأ الخصومة. و التنازل عن الطلب القضائي لا يترتب عليه انقضاء الدعوى، فالمدعي يمكن له رفع دعواه مرة أخرى.

وقد يكون الطلب القضائي صحيحا و تكون الدعوى غير مقبولة، ذلك أن الدعوى ليست هي الطلب أمام القاضي، وإنما هي الحق في الحماية القضائية.

وقد يقدم الطلب من شخص لاحق له في الحماية، فيوجد الطلب دون الدعوى<sup>3</sup>.

ورغم ذلك فإن هناك ارتباطا وثيقا بينهما. لأن الدعوى تستخدم عن طريق الطلب القضائي، و هي الاداة الفنية التي عن طريقها يمكن إستعمل الحق في الدعوى القضائية. فالدعوى تتجسد في الطلب، ولكن الطلب لا يجسد الدعوى إلا إذا كان للمدعي الحق في الحماية القضائية<sup>4</sup>.

ويترتب على هذا التمييز أن الدفع بعدم القبول (في نظر بعض الشراح) لا يمكن أن يوجه إلي ذات الدعوى القضائية و إنما يوجه إلي وسيلة إستخدامها وهو الطلب القضائي<sup>5</sup>.

ويرى بعض الفقه<sup>6</sup> الإجرائي الحديث أن إستعمل الحق في الدعوى، يتم عن طريق الطلب القضائي، ومضمونه إعلان رغبة إجرائية. و قد يكون هذا الإعلان معيبا في موضوعه أو شكله، و قد لا تتوافر المصلحة في الإجراء إذا كان تحقيق الرغبة ليس من شأنه توفير الحماية لطالباها أو المساعدة في تحقيقها. ففي مثل هذه الحالات فإن الطلب القضائي يخضع لتكليف عدم القبول، بإعتباره عملا إجرائيا لما ذكر من الأسباب، و يخضع أيضا لنفس التكليف، لأسباب تتعلق بعدم توافر الحق في رفع الدعوى.

و أن إستعمال فكرة عدم القبول في الحالات التي يكون فيها تخلف الحق واضحا لا حاجة إلي نظر الموضوع، سواء اكانت هذه الحالات تتعلق بشروط نشأة الحق في الدعوى أو إنقضائه<sup>7</sup>.

<sup>1</sup> فتحي والي، الوسيط في قانون القضاء المدني، المرجع السابق، ص 68.

<sup>2</sup> فهمي وجدى راغب، مبادئ القضاء المدني، المرجع السابق، ص 92.

<sup>3</sup> فتحي والي، الوسيط في قانون القضاء المدني، المرجع السابق، ص 492.

<sup>4</sup> أحمد أبو الوفا، نظرية الدفعوع في قانون المرافعات، المرجع السابق، ص 853 .

<sup>5</sup> وجدى راغب فهمي، مبادئ القضاء المدني، المرجع السابق، ص 49.

<sup>6</sup> نبيل إسماعيل عمر، الدفع بعدم القبول ونظامه القانوني، المرجع السابق، ص 54.

<sup>7</sup> ابراهيم نجيب سعد، القانون القضائي الخاص، مرجع سابق، ص 111.

ونتيجة لذلك فإن الأوصاف الخاصة بشرط المصلحة كشرط لقبول الطلب القضائي يمكن أن تتصل بشكل أو بآخر بشروط نشأة الحق في الدعوى، حيث أن هذا الإتصال يظهر من باب تكييف الأداة التي يمارس فيها الحق بأوصافه، حيث يوصف بأنه حق عقاري أو حق وارد على منقول.

والدعوى توصف بنفس أوصاف محل الحق الذي تحميه، مثل أن تكون دعوى عقارية أو منقولة وغير ذلك، وعلى ذلك يمكن القول بأن المصلحة كشرط لقبول الدعوى أو الطلب القضائي توصف بأوصاف الحق في الدعوى، لأنه يوجد تطابق دائم بين الطلب القضائي وهدف الدعوى في الحصول على الحماية القضائية.

فإذا ما وجد القاضي أن الطلب لا يستند على حق الدعوى، فإنه يحكم بعدم قبوله، أي بعدم صلاحيته للحماية القضائية. ومن هنا ينعكس تخلف شروط الحق في الدعوى على الطلب القضائي بما يؤدي الى عدم قبوله<sup>1</sup>.

### خلاصة القول:

أن المصلحة هي الشرط الوحيد لقبول الطلب القضائي. ولها مجموعة أوصاف يجب توافرها، وأن المصلحة كشرط لقبول الطلب القضائي تختلف وتتصل بالمصلحة كشرط لنشأة الحق في الدعوى، أو المصلحة كعنصر من عناصر الحق أو المركز القانوني الموضوعي محل الإعتداء الذي تحميه الدعوى القضائية عندما تمارس بواسطة الطلب القضائي.

والدفع بعدم القبول يوجه إلي الطلب القضائي الذي تخلفت فيه المصلحة أو أحد أوصافها، فهو يوجه لشرط المصلحة كشرط أساسي ووحيد لقبول الطلب القضائي<sup>2</sup>.

## الفرع الثاني: علاقة الدفع بعدم القبول بحجية الشيء المقضي فيه

يتناول البحث فيما يلي فكرة حجية الشيء المقضي فيه بايجاز، بهدف إيضاح علاقة الدفع بعدم القبول، من ناحية تحديد ما إذا كانت هذه الحجية يتم التمسك بها عن طريق الدفع بعدم القبول أم بوسيلة أخرى. يقصد بحجية الشيء المقضي فيه: «أن القرار القضائي إذ يطبق إرادة القانون في الحالة المعينة، فإنه يحوز الإحترام سواء أمام المحكمة التي أصدرته أو أمام المحاكم الأخرى بحيث إذا رفع أحد الخصوم نفس الدعوى التي فصل فيها مرة أخرى تعين عدم قبولها، وإذا أثير ما قضى به أمام القضاء وجب التسليم به دون بحث مجدد<sup>3</sup>.

إن سبق الفصل أو حجية الأمر المقضي فيه يقصد بها أن الأحكام التي يصدرها القضاء تكون حجة فيما فصلت فيه. ذلك أنه إذا صدر حكم في قضية ما، فإن القانون يعتبر ما قضى

<sup>1</sup> نبيل إسماعيل عمر، الدفع بعدم القبول ونظامه القانوني، المرجع السابق، ص 68.

<sup>2</sup> نبيل إسماعيل عمر، الدفع بعدم القبول ونظامه القانوني، المرجع السابق، ص 69.

<sup>3</sup> فتحي والي، الوسيط في قانون القضاء المدني، المرجع السابق، ص 135.



به هذا الحكم عنوانا للحقيقة، حتى و لو لم يكن ذلك من حيث الواقع، و هذا ما نصت عليه المادة: 338 من ق.م<sup>1</sup>.

و لهذا لا يجوز للخصوم إعادة طرح نفس القضية بينهم من جديد، أي لا يجوز منهم أن يجددوا النزاع نفسه عن طريق دعوى جديدة، فإذا ما حصل ذلك فإنها تكون غير مقبولة، لأنه قد سبق الفصل فيها، و يتحقق هذا بالنسبة لطرفي الخصومة أي لمن خسر الدعوى و لمن كسبها على السواء، و لكن إذا كان يتمتع على الخصوم القيام بدعوى جديدة، فإن هذا لا يمنع من الطعن في الحكم بالطرق المقررة قانونا.

و تعتبر حجية الشيء المقضي به قرينة قانونية على أن ما قضي به هو الحقيقة، و تبقى هذه القرينة قائمة ما لم يطعن فيه بطريق من طرق الطعن. فإذا بلغ الحكم رسميا للخصم و لم يطعن فيه طبقا للقانون إكتسب الحكم حجية الشيء المقضي به و أصبح حجة بما فصل فيه من حقوق، و لا يمكن قبول أي دليل يناقض هذه القرينة، و أن حجية تلك الأحكام تكون فقط في النزاع القائم بين الخصوم أنفسهم دون تغيير صفتهم و تتعلق بحقوق لها نفس المحل و السبب، و كل ذلك طبقا للمادة: 338 ق.م<sup>2</sup>.

و تظهر هذه الحجية في أثرين هما:

أ- أثر سلبي: وهو عدم جواز إعادة النظر في النزاع، أي يتمتع على الخصوم عرض النزاع على القضاء من جديد ما دام سبق الفصل فيه بحكم حائز على حجية الشيء المقضي فيه. وليس للمحكمة التي أصدرت الحكم أن تعيد النظر فيه، و لا يمكن لمحكمة أخرى أن تتعرض لما سبق الفصل فيه. و الدفع الذي يثيره الخصم لمنع المحكمة من إعادة النظر في الدعوى، لا يرمي الى مجرد منع إصدار حكم مخالف للحكم السابق، و إنما يهدف الى منع إصدار أي حكم جديد<sup>3</sup>.

ب - أثر إيجابي: ويتمثل في أن ما قضي به يمكن الإحتجاج به أمام أية محكمة أخرى، أي أن حكم المحكمة ملزم لها وملزم للمحاكم الأخرى. وللمحكوم له أن يتمتع بحجية الحكم وما قضي به، وأن يستند إليه في إدعائه.

وأساس الحجية التي يتميز بها العمل القضائي هو وجود النزاع الذي يحسم بهذا العمل. و الدليل على هذا أن الحجية لا تترتب إلا بالنسبة للأحكام القطعية التي تفصل في النزاع هذا من جهة، و من جهة أخرى فإن أحكام المحكمين رغم صدورها من قضاء عام إلا أنها تتمتع بهذه الحجية لأنها تفصل في نزاع.

<sup>1</sup> تنص المادة: 338 ق.م على أنه: " الأحكام التي حازت قوة الشيء المقضي به تكون حجة بما فصلت فيه من الحقوق، و لا يجوز قبول أي دليل ينقض هذه القرينة و لكن لا تكون لتلك الأحكام هذه الحجية إلا في نزاع قام بين الخصوم أنفسهم، دون أن تتغير صفاتهم و تتعلق بحقوق لها نفس المحل و السبب.

و لا يجوز للمحكمة أن تأخذ بهذه القرينة تلقائيا"

<sup>2</sup> عبد السلام ديب، قانون الإجراءات المدنية و الإدارية الجديد، موفو للنشر، الجزائر، ط 3، ص 211.

<sup>3</sup> براهيم نجيب سعد، القانون القضائي الخاص، المرجع السابق، ص 109.

و هو المبدأ الذي أقرته المحكمة العليا في قرار صادر عنها في 1984/03/19 ملف رقم: 13663، م.ق، العدد 1، سنة 1999 .

ويلاحظ أن هذه الحجية تترتب ولو كان الحكم باطلا، فالطريق الوحيد لإهدارها وتصحيح العمل القضائي، هو إتباع طريق الطعن الذي يقرره القانون<sup>1</sup>.

يعتبر الدفع بسبق الفصل في الدعوى من أشهر الدفع التي عرفها رجال القضاء و أطلق عليه تسميات مختلفة، منها الدفع بحجية الأمر المقضي به، الدفع بالقضية المقضية، والدفع بسبق الفصل في الدعوى.

فلقد خلت النصوص التقنينية من وضع تعريف محدد للدفع بسبق الفصل في الدعوى بالرغم من أهميته وتعلق الحقوق به، إلا أن العديد من الفقهاء تناولوا تعريف الدفع بسبق الفصل في الدعوى في كتابات حيث تباينت تعريفات هؤلاء الفقهاء، و سنتطرق لبعضها بإيجاز.

فمنهم من عرف هذا الدفع بأنه " الإجراء الذي يرد به المدعى عليه إدعاء خصمه بشأن حق أو مركز قانوني لإخراجه من ولاية المحكمة لسبق النظر فيه"<sup>2</sup>.

في حين عرفه آخرون بأنه: "عبارة عن الأحكام التي يصدرها القضاء و تكون حجة فيما فصلت فيه، ذلك أنه إذا صدر حكم في قضية ما فإن القانون يعتبر هذا الحكم عنوانا للحقيقة"<sup>3</sup>.

والمقصود بحجية الأمر المقضي به، أن القرار القضائي إذ طبق إرادة القانون، فإنه يحوز إحترام حكم المحكمة التي أصدرته والمحاكم الأخرى، فإذا رفعت الدعوى و أثير ما سبق و أن قضى به، وجب التسليم به دون بحث مجدد<sup>4</sup>.

و حجية الأمر المقضي به تعتبر قرينة قانونية لا تقبل إثبات العكس، مؤداها أن الحكم القضائي صدر صحيحا من ناحية الشكل، وعلى حق من ناحية الموضوع، وتكون هذه الحجية للحكم ولو كان قابلا للطعن فيه بإحدى طرق الطعن، بمعنى أن عدم صيرورة الحكم باتا لا تمنع من التمسك بالدفع بعدم جواز نظر الدعوى لسبق الفصل فيها<sup>5</sup>، فلا تحوز الحجية الا الأحكام القطعية.

ونجمل هذه التعريفات للدفع بسبق الفصل في الدعوى بأنه عبارة عن قاعدة قانونية قررها المشرع للحكم القضائي متى صدر حكما " قطعيًا" فاصلا في موضوع الحق محل النزاع، و يسري في مواجهة الخصوم بالنسبة لذات الحق. فالحكم القطعي سواء كان إبتدائيا أو نهائيا، تثبت له حجية الأمر المقضي به، لأنه حكم فصل في خصومة، أما الأحكام غير القطعية فلا تحوز الحجية<sup>6</sup>.

<sup>1</sup> فتحي والي، الوسيط في قانون القضاء المدني، المرجع السابق، ص136.

<sup>2</sup> أحمد السيد الصاوي، الشروط الموضوعية للدفع بحجية الشيء المحكوم فيه، رسالة دكتوراه، القاهرة، 1971، ص9.

<sup>3</sup> عبد الحميد الشواربي، حجية الأحكام المدنية والجنائية، منشأة المعارف بالاسكندرية، 1986، ص11.

<sup>4</sup> أحمد مليجي، لتعليق على قانون المرافعات، مرجع سابق، ص 463.

<sup>5</sup> معوض عبد التواب، التعليق على قانون المرافعات، الجزء الثاني، دون دار نشر، ط1، 1995، ص189.

<sup>6</sup> احمد ابو الوفاء، المرافعات المدنية و التجارية، مرجع سابق، ص781.

وقد تعرض القانون الجزائري لهذا الدفع في المادة: 67 ق.إ.م.إ<sup>1</sup>، أما الأساس القانوني لهذا الدفع فهو منصوص عليه في القانون المدني في المادة 338 ق.م. و التي تنص على: "الأحكام التي حازت قوة الشيء المقضي به تكون حجة بما فصلت فيه من الحقوق، ولا يجوز قبول أي دليل ينقض هذه القرينة ولكن لا تكون لتلك الأحكام هذه الحجية إلا في نزاع قام بين الخصوم أنفسهم، دون أن تتغير صفاتهم وتتعلق بحقوق لها نفس المحل والسبب. و لا يجوز للمحكمة أن تأخذ بهذه القرينة تلقائياً".

فالمشرع يعتبر أن الأحكام التي حازت قوة الأمر المقضي لها حجية لا يجوز نقضها، إذ أن الحكم يفترض فيه أنه عنوان للحقيقة، بإعتبار أن الحقيقة القضائية مطابقة في الغالب في الحالات الحقيقة.

### أولاً: الأساس القانوني للدفع بسبق الفصل في الدعوى

يسلم الجميع من الفقهاء بأن المشرع وحده هو الذي يملك إعتبار الحجية قاعدة موضوعية أو قرينة قانونية، فإذا رأى المشرع إعتبار الحجية قاعدة قانونية فإنه يجب التسليم بذلك من الجميع، و قد كان هناك فكرتين رئيسيتين تدور حولهما فكرة حجية الأمر المقضي.

**الفكرة الأولى:** أن ضرورة حسم النزاع و وضع حد تنتهي عنده الخصومات. ما دام قد صدر في النزاع حكم قضائي قطعي، فإنه يحوز حجية الأمر المقضي في منطوقه لا في أسبابه، و ذلك حتى نقف بالتقاضي عند حد معقول، فلا يتكرر النزاع مرة أخرى دون أن يحسم. و هذه الفكرة الرئيسية الأولى هي التي تنظم الشروط الواجب توافرها في الحكم.

**الفكرة الثانية:** و هي الحيلولة دون التناقض في الأحكام مع مراعاة النسبية في الحقيقة القضائية. فما دام الحكم قد صدر ما بين نفس الخصوم، و في ذات المحل، و لنفس السبب، فالتقاضي مرة أخرى يؤدي إلى صدور حكم، حتى و لو إتفق مع الحكم الأول فلا حاجة لنا به، و إن خالفه وقعنا فيما نخشاه من التناقض. و هذه الفكرة الرئيسية الثانية هي التي تنظم الشروط الواجب توافرها في الحق المدعى به<sup>2</sup>.

و حجية الأمر المقضي فيه هي قاعدة موضوعية تقوم على قرينة إفتراض مطابقة الحقيقة القضائية للحقيقة الواقعية، و على هذا الأساس يكون الحكم حجة بما فصل فيه، فيتقرر بهذا قاعدة موضوعية لا قرينة قانونية. و يؤكد ذلك أن الدور الذي تقوم به هذه القاعدة يختلف تماماً عن دور القرينة، فالقرينة تؤدي إلى قيام دليل يساعد على حل نزاع. بينما تفترض هذه القاعدة أن نزاعاً قد فصل فيه و لا جدوى من تقديم دليل بشأنه.

فدور هذه القاعدة ينحصر في الحيلولة دون معاودة النزاع في أمر فصل فيه، و ليس هذا من قبيل الدليل، لأن الدليل الحقيقي سبق و أن قدم للقضاء و إنتهى أمره، و لم تعد المسألة متعلقة بدليل يقام و إنما بمبدأ يطبق<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> تنص المادة: 67 ق.إ.م.إ أن "الدفع بعدم القبول، هو الدفع الذي يرمي إلى التصريح بعدم قبول طلب الخصم لإنعدام الحق في التقاضي، كإنعدام الصفة و إنعدام المصلحة و التقادم و إنقضاء الأجل المسقط و حجية الشيء المقضي فيه، و ذلك دون النظر في موضوع النزاع".

<sup>2</sup> وجدى راغب فهمي، مبادئ القضاء المدني، المرجع السابق، ص94.

<sup>3</sup> نبيل إسماعيل عمر، الدفع بعدم القبول ونظامه القانوني، المرجع السابق، ص54.

## ثانيا: الطبيعة القانونية للدفع بسبق الفصل في الدعوى

لقد تضمنت القوانين وآراء الفقهاء في تحديدهم للطبيعة القانونية للدفع بسبق الفصل في الدعوى "الحجية"، فمنهم من إعتبر الحجية قرينة قانونية حددها القانون في الفصل الخاص لقواعد الإثبات، ومنهم من يرى أن الحجية قاعدة موضوعية، وذلك على النحو الآتي:

### 1- نظرية القرينة القانونية:

تعني هذه النظرية بأن الحكم الصادر من السلطة القضائية بعد إجراءات قانونية يصبح عنوان الحقيقة، ويحوز القرينة على بلوغها، فيفترض أن الخصم قد حصل على العدل الذي تتطلبه العدالة وتنتظره المصلحة الإجتماعية من أجهزة القضاء.

كما يرى أصحاب هذا الإتجاه، أن الحكمة من إعتبار الحكم القضائي قرينة قانونية لا تقبل إثبات العكس يرجع إلى إستقرار المصلحة العامة. و أن ذلك الحكم يظل قائما، بالإضافة إلى أنه يحقق المصلحة الخاصة للأفراد التي تقتضي حمايتهم وعدم مضايقتهم من خلال المطالبات اللا متناهية في ذات الموضوع ولنفس السبب<sup>1</sup>.

وقد أخذ المشرع الجزائري بنظرية القرينة القانونية القاطعة للحجية<sup>2</sup>. و هو ما يتجلى بنص المادة:338 من القانون المدني.

### نقد هذه النظرية:

يؤخذ على هذه النظرية بأنه ما دامت هذه القرينة قد صنفت ضمن قواعد الإثبات فإنه يجوز لمن تقرررت لصالحه أن يتنازل عنها بإقراره الصريح أو الضمني، فالقرينة تؤدي إلى قيام دليل يسهل حل النزاع، وهذا عكس ما تقتضيه الحجية من أن النزاع قد فصل فيه ولا جدوى من تقديم دليل بشأنه<sup>3</sup>.

### 2 - النظرية الموضوعية:

وتعني هذه النظرية أن الحكم القضائي قد ينشئ حقوقا والتزامات لم تكن موجودة من قبل، فيكون للحكم قوة منشئة، وقد يقتصر الحكم على تقرير وتدعيم حقوق موجودة، فتكون هنا قوة تقريرية أو كاشفه، ويعتبر في كلتا الحالتين بمثابة القانون الخاص الذي يطبق على موضوع الدعوى ويستبعد تطبيق القانون العام"، وهي القاعدة القانونية التي تطبق على كل حالة تماثل موضوع الدعوى على العلاقة بين أطراف الخصومة، وذلك لأن القانون عقد إختصاصه بالنسبة للدعوى وحل محله تنظيم آخر يغني عنه ويكفي بذاته، وهو الحكم الصادر في الدعوى، ويعني ذلك أنه إذا وجد تعارض بين ما قضي به الحكم وبين ما يقرره القانون فإنه يرجح ما قضي به<sup>4</sup>.

إلا انه يؤخذ على هذه النظرية أنه لا يتصور أن يحل الحكم محل القانون في ظل وجود نص قانوني يحكم المسألة، بل أن الحكم هو ذاته نص القانون في شأن المسألة التي فصل

<sup>1</sup> وحيد محمود إبراهيم، حجية الحكم الجنائي التأديبية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1995، ص 185.

<sup>2</sup> نصت المادة: 338 ق.م على أن: "الأحكام التي حازت قوة الشيء المقضي به تكون حجة بما فصلت فيه من الحقوق، ولا يجوز قبول اي دليل ينقض هذه القرينة ولكن لا تكون لتلك الأحكام هذه الحجية الا في نزاع قام بين الخصوم انفسهم، دون ان تتغير صفاتهم وتتعلق بحقوق لها نفس المحل والسبب".

<sup>3</sup> إبراهيم النطاوي، القوة التنفيذية للأحكام، دار الكتاب الجامعي، الإسكندرية، 2001، ص19.

<sup>4</sup> وجدي راغب فهمي، النظرية العامة للعمل القضائي في قانون المرافعات، رسالة دكتوراه، المرجع السابق، ص 201.

فيها، كما أن القاضي يقرر إرادة المشرع في نطاق مسالة معينة وبالتالي فإن الحكم القضائي يطبق القانون ولا يملك القاضي مخالفته.

### نقد هذه النظرية:

لقد وجه لهذه النظرية النقد بالقول بأنه لا يمكن التسليم بأن القرائن وحدها تؤدي لقيام دليل يساعد على حل النزاع، لأن القواعد الموضوعية قد تؤدي هي الأخرى إلى ذلك.

### 3- نظرية الحقيقة:

وتقوم هذه النظرية على أن الحكم القضائي يعتبر عنوانا للحقيقة، ويطابق الواقع والقانون مطابقة كاملة، وهذا الإفتراض غير قابل لإثبات العكس، لأن حاجة اليقين تقتضي حماية الحكم من أي تغيير بواسطة حيلة قانونية، حيث يمكن عن طريق إستغلال هذه الحيلة من إنشاء حق غير موجود أو يلغي حقا موجودا أو يغير مضمونه<sup>1</sup>.

### نقد هذه النظرية:

يؤخذ على هذه النظرية أنه إذا كان الحكم عنوان الحقيقة، فإن المفروض أن يكون حجة على الكافة بإعتبار أن الحقيقة مطلقة و ليست نسبية، كما أن هذه النظرية إقتصرت على بيان الأثار المترتبة على الحجية دون تحديد طبيعة هذه الأثار، إضافة إلى أنها تجعل الحجية هي قاعدة إثبات فقط، مع أن الحجية قد تعتبر دفعا إلى جانب دورها في الإثبات، كما أن نظرية الحقيقة لا تفسر ثبوت الحجية لأجزاء من الحكم دون أخرى<sup>2</sup>.

### 4 - نظرية الوظيفة القضائية:

تقوم هذه النظرية أن أساس أن الحجية تكمن في وظيفة القضاء بإعتباره يطبق القانون في حالة معينة، و يمنح بالتالي الحماية القضائية التي لا يمكن أن تتحقق من الناحيتين العملية والقانونية ما لم تكن صادرة عن الجهات القضائية لتحافظ على الحق والمراكز القانونية، بما أن القانون يجب تطبيقه حتى و إن كان معيبا أو غير عادل، فكذاك القضاء يجب عليه أن يطبق هذا القانون، فالحماية القضائية تكون لمنطوق الحكم أي لقرار القاضي الذي يتضمن منح الحماية، كما أن الأساس للحماية تقتصر على الأشخاص طرفي الخصوم مع إتحاد السبب والموضوع.

### نقد هذه النظرية:

إن فكرة النظرية القضائية تبرر منح الحجية لكل ما يصدر عن القضاء إستنادا لهذه الوظيفة، وهذا ما يتعارض مع عدم ثبوت الحجية إلا لنوع معين من الأحكام، فضلا على أنها قصرت الحجية على المنطوق فقط، مع أنه من الثابت أن الحجية تثبت أيضا لأجزاء أخرى غير المنطوق.

<sup>1</sup> عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج3، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان، 1958، ص638.

<sup>2</sup> فتحي والي، الوسيط في شرح قانون القضاء المدني، مرجع سابق، ص172 .

**5 - نظرية الأساس القانوني:**

يرى البعض من الفقه أن الأساس المبرر لحجية الأمر المقضي فيه هو القانون، فالمشرع حرصاً منه على عدم دوام المنازعات وكفالة إحترام الأحكام والقضاء، أورد نصوصاً تشريعية تكفل هذه الحجية و تلزم الخصوم والقاضي، وأضفى عليها الصفة الأمرية فأصبحت قاعدة من قواعد النظام العام لا تطبق إلا وفق أوضاع وشروط معينة<sup>1</sup>.

**نقد هذه النظرية :**

ويؤخذ على هذا الرأي عدم وضوح الطبيعة القانونية للحرية، فهذا الرأي يفتقر إلى تحديد الأساس القانوني للحرية، أي ترك الأمر إلى القانون في تحديد أساس الحجية.

و لكل مما تقدم فإن أساس الدفع بسبق الفصل في الدعوى هو إرادة المشرع التي تعبر عنها المحكمة في قالب معين، وجعل ما قررته غير قابل للتعقيب من قبلها، أو من قبل غيرها من المحاكم، إلا بطرق الطعن القانونية وذلك لإعتبارات المصلحة العامة والحفاظ على هيبة القضاء و ضمان حسن سير العدالة.

**6- نظرية العقد القضائي:**

ومفاد هذه النظرية بأن الدفع بسبق الفصل في الدعوى أو حجية الأمر المقضي به للحكم يقوم على أساس وجود عقد أو شبه عقد بين أطراف الخصومة القضائية، و بموجبه يلتزمون مقدماً بقبول الحكم الذي يصدر في الخصومة حتى لو كان غير عادل، وذلك من منطلق تقييد الخصوم بالرأي القضائي من لحظة رفع الدعوى حتى صدور الحكم فيها والرضوخ لحكم القاضي وتحمل نتائجه أياً كانت، وطبقاً لهذه النظرية فإن الحجية تكون هنا نسبية لا يلتزم بها سوى أطراف التعاقد<sup>2</sup>.

**نقد هذه النظرية :**

يؤخذ على هذه النظرية بأن الخصومة توجد بعمل فردي من المدعي رغم إرادة المدعي عليه أو دون أخذ رأيه ومشورته، ولهذا لا محل لوجود إتفاق أو عقد بالإتزام بما سيصدر من أحكام في الخصومة، كما يؤخذ عليها أنها لا تفسر إلتزام القاضي بهذه الحجية رغم أنه لم يكن طرفاً في هذا العقد، فالحكم يصدر عن القاضي بإعتباره موظفاً عاماً<sup>3</sup> يمارس سلطاته التي حددها القانون، فهذه النظرية لا تعلق طبيعة الحجية كمسألة متعلقة بالنظام العام والتي تتعارض مع فكرة العقد.

**موقف المشرع الجزائري من مدى تعلق حجية الشئ المقضي فيه بالنظام العام:**

إن كان الإجماع على أن حجية الأمر المقضي فيه يعتبر من النظام العام في المسائل الجزائية، إلا أنه في المسائل المدنية فهي ليست كذلك، إذ نصت الفقرة الثانية من المادة: 338 مدني على: " ولا يجوز للمحكمة أن تأخذ بهذه القرينة تلقائياً".

و على هذا فلا تعتبر هذه الحجية من النظام العام.

<sup>1</sup> عبد الحكيم فوده، حجية الأمر المقضى به وقوته في المواد المدنية، دار المعارف بالاسكندرية، 1994، ص 21.

<sup>2</sup> أحمد السيد الصاوي، أثر الأحكام بالنسبة للغير، دار النهضة العربية، القاهرة 1986، ص 12.

و يترتب على قبول الدفع بعدم جواز نظر الدعوى لسبق الفصل فيها، أن تحسم الخصومة و تقف المحكمة عند حد قبول الدفع، و لا تتعرض للموضوع.

و هو ما نصت عليه المادة:67 ق.إ.م.إ. بقولها: " الدفع بعدم القبول، هو الدفع الذي يرمي إلى التصريح بعدم قبول طلب الخصم لإنعدام الحق في التقاضي كإنعدام الصفة وإنعدام المصلحة و التقادم و إنقضاء الأجل المسقط و حجية الشيء المقضي فيه، و ذلك دون النظر في موضوع النزاع ".<sup>1</sup>

## المطلب الثاني: علاقة الدفع بعدم القبول بنظامي السقوط و التقادم

الحق الإجرائي يمنح الخصم مكنة القيام بعمل معين، و يحدد القانون المحل الذي يرد عليه هذا العمل سواء اكان رفع دعوى أو طعن أو التمسك بدفع. كما يحدد القانون مدة معينة يجب ممارسة الحق خلالها، و يترتب على مخالفة ذلك جزاء إجرائي.

هذا الجزاء هو: سقوط الحق في إتخاذ الإجراء، أما مخالفة الواجبات الإجرائية، فإن المشرع يضع جزاء أخف و طأة من سابقه

و سوف نتناول في هذا المطلب في فرعين:

الفرع الأول: علاقة الدفع بعدم القبول و سقوط الدعوى

الفرع الثاني: علاقة الدفع بعدم القبول بالتقادم

### الفرع الأول: علاقة عدم القبول بسقوط الدعوى

#### أولاً: السقوط لغة

(سَقَطَ) الشيء من يده من باب دخل و (أَسْقَطَهُ) هو و (المَسْقُط) بوزن مقعد (السقوط) و هذا الفعل ( مسقطه) للإنسان من اعين الناس بوزن المتربة، و (المسقط) بوزن المجلس الموضع، يقال هذا مسقط رأسه اي حيث ولد، و (ساقطه) اي اسقطه قال الخليل : يقال (سقط) الولد من بطن أمه، و لا يقال وقع و (سقط) في يده ندم و منه قوله تعالى: " ولما سقط في ايديهم"<sup>1</sup>.

قال الأخفش: وقرأ بعضهم سقط بفتحيتين كانه اضمر الندم<sup>2</sup>.

#### ثانياً: السقوط في الإصطلاح القانوني.

يذهب إتجاه في الفقه الإجرائي الى ان السقوط هو الجزاء المترتب على مخالفة الإجراءات و الأجال التي تكفل القانون بتحديددها، بحيث يترتب عليه زوال حق الخصم في العمل أو الإجراء، مما يمتنع عليه القيام به مجدداً<sup>3</sup>.

1 سورة الاعراف، الاية 149 .

2 زين الدين محمد بن ابي بكر بن عبدالقادر الرازي ، مختار الصحاح ، مؤسسة الرسالة، بيروت، 1987 ، ص 303 – 304 .

3 احمد السيد الصاوي، التعليق على نصوص قانون المرافعات، ط5، منشأة المعارف، الإسكندرية، ص 414.

في حين يرى جانب آخر ان السقوط هو فقدان أو انقضاء سلطة القيام بعمل إجرائي معين، وذلك لتجاوز الحدود القانونية المباشرة لهذه السلطة<sup>1</sup>.

مهما تعددت الآراء حول إعطاء تعريف للسقوط فالإتفاق حاصل في المضمون أكثر منه في الصياغة، بحيث أن الفقه الإجرائي متفق على كون السقوط جزءا إجرائيا يرد على الإجراءات القضائية، مما يفقد الخصم الحق الإجرائي الممنوح له أصلا، وذلك فيما لو لم يتم بالعمل الذي يستند الى هذا الحق خلال مهلة معينة أو في ترتيب معين<sup>2</sup>.

و مما تقدم يبدو جليا، أن السقوط كجزء إجرائي يرد على الحق الإجرائي ذاته، الذي منحه المشرع للخصوم كمهلة ممنوحة لهم لمباشرة عمل إجرائي معين، أو عبارة عن ترتيب أو الية معينة توجب على الخصم إتباعها بحيث ان اي تقاعس من قبله لتلك الشكليات الإجرائية يعني حرمانه من تلك الحقوق التي منحها له المشرع.

ويعرف الحق الإجرائي بأنه سلطة أو مكنة إجرائية يمنحها القانون للخصم تحقيقا لأهداف أو مصلحة معينة ذاتية، بحيث تكون له الحرية في القيام بالعمل الإجرائي من عدمه<sup>3</sup>.

إن القوانين عندما تمنح حقوقا إجرائية للخصوم من أجل تمكينهم من ممارسة العمل القضائي، فإنها توجب عليهم في نفس الوقت أن تتم ممارسة تلك الحقوق في إطار محدد وشكالية معينة من أجل أن تؤدي الغرض منها، وإلا تصبح مجرد عراقيل يستخدمها الخصم من أجل المماطلة، بحيث أن عدم مراعاة القيود المفروضة على تلك الحقوق يعني سقوط حقهم في التمسك به.

مما تقدم يتضح أن السقوط لا يرد على العمل الإجرائي، وإنما يرد على الحق في مباشرته، وذلك لأن الأعمال الإجرائية ماهي الا وسائل حددها المشرع لحماية الحقوق، فالدعوى على سبيل المثال هي وسيلة للمطالبة بالحقوق، فإذا لم يباشر الخصم الدعوى بالكيفية التي حددها القانون ولم يحترم الأجل المقررة لها ترتب على ذلك، سقوط حقه في تلك الدعوى، مما يعني إهماله في متابعة حقه، وبالتالي سقوط الحق في مباشرة الإجراءات اللاحقة.

تجدر الإشارة هنا الى أن السقوط يتحقق بغض النظر عن القيام بالعمل الإجرائي، فإذا ما إنقضى الأجل أو الظرف الزمني المعين دون القيام بالعمل فإن النتيجة المتحققة هي سقوط الحق في القيام به، فإذا قام الخصم بالعمل بعد ذلك تحقق جزاءان:

الجزء الاول هو السقوط الذي يتحقق قبل القيام بالعمل.

الجزء الثاني هو البطلان الذي يتحقق القيام بالعمل في غير الظرف الزمني الذي نص عليه القانون<sup>4</sup>، وبناء لذلك فالسقوط في ق.إ.م. هو:

الجزء المترتب على عدم مباشرة الإجراء في الوقت المعين في القانون للقيام به<sup>5</sup>.

1 محمود محمد هاشم، قانون القضاء المدني، المرجع السابق، ص 215 .

2 فتحي والي، الوسيط في قانون القضاء المدني، دار النهضة العربية، القاهرة، 1987، ص 424.

3 نبيل اسماعيل عمر، سقوط الحق في اتخاذ الاجراء في قانون المرافعات، منشأة المعارف، الاسكندرية، 1989، ص 23.

4 نبيل اسماعيل عمر، سقوط الحق في لإتخاذ الإجراءات في قانون المرافعات، المرجع السابق، ص 24.

5 فتحي والي، الوسيط في قانون المرافعات المدنية، المرجع السابق، ص 419.



وجمهور الفقه متفق " على أنه في الأحوال التي يخول فيها القانون للخصم حقا إجرائيا محددا، ويتوجب عليه أن يقوم بالعمل الذي يعتمد على هذا الحق خلال أجل معين أو بترتيب معين بالنسبة لأعمال وعناصر الخصومة الأخرى، ولم يلتزم الخصم بالعمل في الأجل المحدد، فإن هذا الحق يسقط ولا يستطيع الخصم القيام بهذا العمل مرة ثانية.

و تسقط الخصومة بمرور سنتين من تاريخ صدور الحكم أو الأمر الذي صدر عن القاضي لتكليف أحد الخصوم بمساع. ويعرف قانون الإجراءات المدنية و الإدارية المساعي في المادة: 223 ق.إ.م.إ. بأن كل الإجراءات التي تتخذ بهدف مواصلة القضية<sup>1</sup>.

ويسقط الحق الإجرائي في احدى الصور الثلاث الآتية:

1- إذا كان للشخص حقوق متعددة، وقد وضع القانون لها ترتيبا معيناً عند إستعمالها فخالف صاحبها هذا الترتيب مثل: الدفع الشكلي الغير متعلق بالنظام العام، يسقط بالتكلم في الموضوع، أو بتقديم دفعوع شكلية اخرى. كدعوة الحيازة التي تسقط برفع دعوى المطالبة بالحق.

2- إذا إشتراط القانون لصحة الإجراء مباشرتها في أجل معين ولم يتخذ الإجراء في هذا الأجل، كسقوط الحق في الطعن في الحكم بفوات أجله، أو كرفع الطعن في الحكم الذي لا يقبل الطعن المباشر قبل صدور الحكم المنهي للخصومة أمام المحكمة.

3- إذا إشتراط القانون مباشرة الإجراء في مناسبة معينة ثم فوت الخصم هذه المناسبة دون مباشرتها، كسقوط الحق في إدخال الغير بعد قفل باب المرافعات المادة: 200 ق.إ.م.إ.<sup>2</sup>، وسقوط الحق في رفع الإستئناف المقابل بعد قفل باب المرافعات في الإستئناف الاصيلي المادة: 337 ق.إ.م.إ.

ولم يضع المشرع نصا عاما يتناول أحكام السقوط كما فعل بالنسبة للبطلان، ومع ذلك فمن المسلم به وجوب ايقاعه ولو لم ينص عليه القانون، لأن سقوط الحق هو الجزاء الطبيعي على تجاوز الأجل المحددة في ق.إ.م.إ. لمباشرة الإجراءات. وإذا كان الأجل مما يترك تحديده للقضاء فلا يجوز للمحكمة أن تحكم بالسقوط الا إذا نص القانون على ذلك صراحة<sup>3</sup>.

و البحث في تحديد طبيعة أجال السقوط مهم، لأنه يساعد في تحديد نظام السقوط ويضبط أحكامه، كما يساهم في إيجاد التمييز بينها وبين أجل الإجراءات المدنية والادارية، وأجال التقادم، لأن لكل نوع من هذه الأجال طبيعة خاصة ونظاما خاصا لأثارته وأثارا محددة تترتب عليه<sup>4</sup>.

و الفقه القانوني منقسم على نفسه الى آراء متعددة، حول طبيعة تلك الأجال وتمييزها عن بقية الأجال الاخرى، مثل: أجال التقادم و بعض الأجال الواردة في قانون الإجراءات المدنية والادارية. وقيام المشرع بتحديد جزاءات مختلفة عند عدم إحترام هذه الأجال.

<sup>1</sup> عبد السلام ذيب، قانون الإجراءات المدنية و الإدارية الجديد، المرجع السابق، ص 191 .

<sup>2</sup> تنص المادة: 200 ق.إ.م.إ. على أنه " يجب إدخال الغير قبل إقفال باب المرافعات".

<sup>3</sup> أحمد أبو الوفاء، المرافعات، المرجع السابق، ص 419 .

<sup>4</sup> ابراهيم نجيب سعد، القانون القضائي الخاص، المرجع السابق، ص 768.

فأحيانا ينص على جزاء السقوط أو إعتبار الإجراء كأن لم يكن أو تقادمه، فتكون هناك أجال مختلفة وجزاءات متنوعة<sup>1</sup>، ومما زاد هذا الغموض، غياب المعيار المميز لأجال السقوط<sup>2</sup>.

وللتمييز بين أجال السقوط وأجال الإجراءات المدنية والادارية فالراجح منها الاقوال الآتية:

1- أن أجال الإجراءات المدنية والادارية أو الأجال الإجرائية هي كل الاجال التي يحددها المشرع لإتخاذ إجراء أو القيام بعمل إجرائي. وهذه الأجال تستند الى واجب إجرائي ملقى على عاتق الشخص لمصلحة شخص آخر، أو للمصلحة العامة أو الى ممارسة واجب وظيفي ملقى على عاتق معاوني القضاء كالمحضرين ومحافظي، البيع والخبراء أو الى ممارسة سلطة يعترف بها القانون للقاضي أو للخصم.

و قد تستند الأجال الى التزام الخصم بالقيام بعبء إجرائي لمصلحته الخاصة أو لمصلحة حسن سير العدالة.

وتوصف هذه الأجال بأنها تتخلل الإجراءات<sup>3</sup>، لأنها تهدف الى الربط بين مختلف الإجراءات في وحدة واحدة، لتحقيق الغرض العام من الخصومة المدنية<sup>4</sup>، كأجال تبليغ عرائض الدعاوى وأجل الإجراءات المختلفة.

وتهدف الى اعطاء الخصم نوع من الهدنة، لإعداد دفاعه، مثل: أجال الحضور.

أما الأجال المحدد لممارسة الحق الإجرائي فهو يعتبر أجل للسقوط، ولو لم ينص المشرع على تقرير جزاء السقوط. فإذا وجد حق إجرائي، وحدد القانون أجلا لممارسة هذا الحق، فهو من أجال السقوط، وبالتالي تسرى عليه أحكام السقوط، رغم وجود صعوبة تكمن في معرفة متى يكون الأجل مقرا لممارسة حق إجرائي ومتى لا يكون كذلك؟

لأن المشرع لا يتكلم عن حقوق إجرائية بشكل مباشر، وإنما الفقه يستخلص ذلك، وجميع الأجال المحددة لممارسة الحق في الطعن في الأحكام أو التظلم من الاوامر القضائية تعتبر من ضمن أجال السقوط، و أنها محددة لممارسة حق إجرائي، وكذلك الأجال المحددة لرفع الدعوى القضائية فهي من أجال السقوط، لأنها محددة لممارسة حق إجرائي، و هو الحق في الدعوى القضائية.

وفي نصوص الإجراءات المدنية والادارية توجد إجراءات حدد المشرع لإتخاذها أجالا معينة ولم يقرر بشأنها جزاء السقوط، فالمشرع أحيانا ينص على حق إجرائي ويحدد له أجالا لمباشرته ولا ينص صراحة على جزاء السقوط، وأحيانا اخرى ينص على جزاء اخر غير جزاء السقوط، فالنص أو عدم النص على جزاء السقوط لا يعتبر معيارا لتحديد الأجال ذاته، وإنما إرتباط الأجل بحق إجرائي هو الذي يعتبر دليلا على أن الأجل من أجال السقوط<sup>5</sup>.

<sup>1</sup> وجدي راغب فهمي، مبادئ القضاء المدني، المرجع السابق، ص 372.

<sup>2</sup> فتحي والي، الوسيط في قانون المرافعات المدنية، المرجع السابق، ص 419.

<sup>3</sup> أحمد أبو الوفاء، المرافعات، المرجع السابق، ص 419.

<sup>4</sup> نبيل اسماعيل عمر، سقوط الحق في إتخاذ الإجراء في قانون المرافعات المدنية، المرجع السابق، ص 6.

<sup>5</sup> العشماوى، محمد واخر، قواعد المرافعات، المرجع السابق، ص 203.

وتوصف أجال السقوط بكونها تسبق في غالبية أحوالها رفع الدعوى الى القضاء، وتكون شرطا من شروط قبولها<sup>1</sup>، وفي بعض أحوالها تتخلل إجراءات الخصومة، سواء إعتبرت الخصومة معروضة أمام أول درجة ام هي خصومة على درجة الطعن<sup>2</sup>، وتهدف الى إستثارة همة الخصم في إتخاذ الإجراء في أجله، مثل أجال الطعن في الاحكام<sup>3</sup>.

وتتشابه أجال الإجراءات المدنية والادارية وأجال السقوط في أن كلا منهما لا تؤثر في أصل الحق الموضوعي بشكل مباشر وإنما بشكل غير مباشر، لأن الذي يؤثر في الحق الموضوعي بشكل مباشر، هو سقوط الحق الإجرائي ذاته، مما يؤدي الى عدم إمكانية ممارسة الإجراءات التي كان يخولها للشخص بهذا الحق. وأن ذلك ينعكس على الحق الموضوعي الذي يفتقد في مثل هذه الأحوال للأعمال الإجرائية التي حددها القانون لحمايته. فالإجراءات لم توجد إلا لحماية الحقوق الموضوعية، وعدم إمكانية القيام بها يؤدي الى التأثير في الحق الموضوعي.

وتتشابه أجال الإجراءات المدنية والادارية وأجال السقوط بكون أنها لا تحترم إلا بإتخاذ ما يطلبه القانون، فلا تنقطع هذه أو تلك بما تنقطع به أجال التقادم عملا بالمادة:319 مدني.

ب - يؤدي عدم إحترام أجال الإجراءات المدنية والادارية المقصود منها تعجيل الفصل في الدعوى الى زوال خصومة صحيحة قائمة<sup>4</sup>(م 69، 79، 291 ق.إ.م.إ)، أو زوال إجراء معين فيها، بينما عدم إحترام أجال السقوط يؤدي الى سقوط الحق الإجرائي في إتخاذ الإجراء وعدم إمكانية المطالبة به<sup>5</sup>.

ج - يحصل التمسك بتجاوز أجل من أجال الإجراءات المدنية والإدارية بدفع شكلي أو إعتبرار الإجراء كان لم يكن أو بعدم القبول، أما التمسك بالسقوط فيكون دائما عن طريق الدفع بعدم القبول، لإعمال جزاء أخر سبق وقوعه بقوة القانون وهو السقوط.

د - إعتبرار الإجراء كأن لم يكن لا يعتبر نوعا من السقوط، ولا نوعا من البطلان، لأنه يؤدي الى زوال الإجراء والإجراءات التالية له والمرتبطة به، والتي كان هو أساسها. أما السقوط فلا يؤدي إلا لزوال الحق الإجرائي، لأن العمل الإجرائي لم يتخذ بعد، مثال ذلك: سقوط الحق في الطعن لا يؤدي الى إعتبرار الحكم والإجراءات السابقة عليه كأن لم تكن<sup>6</sup>.

ه - وقد يكون السقوط في بعض القوانين الخاصة مثل حكم المادة: 1/461-2-3 من القانون التجاري والتي تنص على: "جميع الدعاوى الناشئة عن السفجة والمرفوعة على قابلها تسقط بمضي ثلاثة أعوام من تاريخ الاستحقاق.

<sup>1</sup> فرج الصراف و د. درويش الوحيدي ، قواعد الإنبات في التشريع الفلسطيني "دراسة مقارنة" بلون ناشر، بدون طبعة، 1992، ص 368.

<sup>2</sup> نبيل إسماعيل عمر، الدفع بعدم القبول، المرجع السابق، ص 92.

<sup>3</sup> ابراهيم نجيب سعد، القانون القضائي الخاص، المرجع السابق، ص 768.

<sup>4</sup> المادة:322 ق.إ.م.إ: كل الأجال المقررة في هذا القانون من أجل ممارسة حق، أو من أجل حق الطعن، يترتب على عدم مراعاتها سقوط الحق، أو سقوط ممارسة حق الطعن، باستثناء حالة القوة القاهرة أو وقوع أحداث من شأنها التأثير في السير العادي لمرفق العدالة.

<sup>5</sup> أحمد أبو الوفا، نظرية الدفعوع في قانون المرافعات، المرجع السابق، ص 853 .

<sup>6</sup> نبيل إسماعيل عمر، الدفع بعدم القبول ونظامه القانوني، المرجع السابق، ص 54.

وتسقط دعاوى الحامل ضد المظهرين أو الساحب بمضي عام واحد من تاريخ الإحتجاج المحرر فى المدة القانونية أو من تاريخ الإستحقاق إذا كانت السفتجة مشتملة على شرط الرجوع بلا مصاريف.

وتسقط دعاوى المظهرين على بعضهم بعضا أو على الساحب بعد مضى ستة اشهر إبتداء من اليوم الذى سدد فيه المظهر السفتجة أو من يوم رفع الدعوى عليه".

و من هذه الخصائص كون السقوط يمتاز بالشدة أو الصرامة بمعنى أن أعمال هذا الجزاء يترتب عليه فقدان الحق فى مباشرة الإجراء بصفة نهائية، حيث لا يستطيع صاحب الحق الذى سقط القيام بالعمل الإجرائي الذى كان يسمح به هذا الحق.

أن هذه الخاصية قد لا تتصف بها جزاءات أخرى، حيث لا تتوافر هذه الصرامة فيها، إذ يمكن الى حد بعيد تليين تأثيرها الأمر الذى يمكن معه ممارسة الحق الإجرائي، إذا ما تمت ممارسته على نحو يضيف طابع الصحة على تلك الإجراءات وتحقق الغاية منها، كما فى جزائي البطلان وعدم القبول.

و يتصف السقوط بكون حالاته محددة على سبيل الحصر، فهو كما ذكرنا سابقا يعتبر جزاء خطير يؤدي الى زوال الحق فى مباشرة الإجراء القضائي، الأمر الذى دفع ببعض القوانين الى تحديد حالاته من أجل الحد من تأثيره للحيلولة دون إساءة إستعماله.

وإذا كان السقوط مرتبباً فى أكثر حالاته بعدم مراعاة الأجال الإجرائية المقررة، أو الترتيبات المحددة لصحة العمل الإجرائي، فإن أكثر ما يدعو الى التساؤل هي حالة تقرير المشرع حقا إجرائيا لمصلحة شخص معين ويحدد أجلا لمباشرة الأعمال الإجرائية اللازمة لممارسة هذا الحق، ولكن لا ينص صراحة على جزاء السقوط عند مخالفة الأجال، مما يجعل القاضي أمام مفترق طرق فهل يحكم بالسقوط رغم عدم وجود النص أم يحكم بجزاء اخر؟

إن هذا الإشكال قد وقع فيه المشرع عندما أجاز لحائز العقار الذى إنتزعت منه الحيابة ان يطلب من محكمة خلال مدة سنة من تاريخ الإنتزاع ردها اليه حسب المادة:524 ق.إ.م.إ<sup>1</sup>.

و كذلك الحال مع دعوى منع التعرض حيث منح المشرع الحق للحائز عند التعرض لحيابته أن يرفع دعوى بمنع التعرض أمام المحكمة خلال مدة سنة من وقوع التعرض.

ففى هذه الحالات قد يجد القاضي نفسه أمام عقبة متمثلة فى كيفية التعامل مع هذا الوضع، الأمر الذى يدعو الى ضرورة وضع معيار منضبط للحيلولة دون التعسف والإفراط فى فرض جزاء السقوط.

وهناك من يضيف ميزة أو خاصية أخرى الى السقوط، ألا وهي تعلقه بالنظام العام. وذلك لإرتباطه بسياسة المشرع فى تنظيمه للخصومة من حيث حسمها وضرورة تحقيق الإستقرار القانوني.

<sup>1</sup> تنص المادة: 524 ق.إ.م.إ على الأتي: "يجوز رفع دعاوى الحيابة، فيما عدى دعوى إسترداد الحيابة، ممن كان حائزا بنفسه أو بواسطة غيره لعقار أو لحق عيني عقاري، و كانت حيازته هادئة و علنية و مستمرة لا يشوبها إنقطاع و غير مؤقتة، دون لبس، و إستمرت هذه الحيابة لمدة سنة على الأقل. و لا تقبل دعاوى الحيابة، و من بينها دعوى إستردادها، إذا لم ترفع خلال سنة من التعرض".

وقد يجتمع السقوط مع البطلان بالنسبة لإجراء واحد، رغم أن كل منهما يعتبر أحد الجزاءات في ق.إ.م.إ.، كما لو رفع الطعن بعد إنقضاء الأجل، فهنا يعتبر رفع الطعن باطلا لإنقضاء الحق في الطعن بالسقوط<sup>1</sup>. ولذلك يتعين أيضا التفرقة بينهما على النحو الآتي:

1- يعد جزاء السقوط أعنف من البطلان<sup>2</sup>، لأنه إذا حكم ببطلان الإجراء جاز تجديده، بينما إذا سقط الحق إمتنع تجديده.

2- التمسك بالبطلان يتم الدفع به كقاعدة عامة قبل التطرق للموضوع مالم يتصل بالنظام العام، بينما الدفع بالسقوط يتم التمسك به في أي حال تكون عليها الإجراءات مالم ينص القانون على خلاف ذلك.

3- التمسك بالبطلان أثناء نظر الدعوى يتم بدفع شكلي تراعى في شأنه المادتين: 60 و 61 من ق.إ.م.إ.<sup>3</sup>. بينما يحصل التمسك بالسقوط بعدم القبول عملا بالمادة: 67 ق.إ.م.إ.<sup>4</sup>.

4- يستهدف البطلان إجراءات الطلب القضائي ومدى صحة هذه الإجراءات، بينما يهدف السقوط الى عدم القدرة على المطالبة بذات الحق.

5- يؤدي سقوط الحق الى بطلان الإجراء في بعض الحالات، إذ يترتب على إتخاذ الإجراء بعد أجله بطلانه، لعدم إحترام شكله الزمني.

6- يجب التمييز بين السقوط في أجل الإجراءات، لكون تلك الأجل مقفورة في القوانين الشكلية لا الموضوعية، و هذه الأجل تختلف تماما عن أجل التقادم، إذ أن الغرض منها هو العمل على إسراع سير الخصومة و الفصل فيها في أقرب الأجل، في حين أن التقادم يقصد به إبراء ذمة المدين من دعوى لم يقم صاحبها برفعها في الأجل المحددة.

### ملاحظات:

**أولا :** إذا كان البطلان تكييفاً قانونياً لا يرد إلا على الإجراءات القضائية المعيبة التي لا تتطابق مع النموذج القانوني المحدد، فإن السقوط تكييف قانوني لا يرد إلا على حق الخصوم في ممارسة الإجراءات القضائية، فيقال مثلا سقوط الحق في مباشرة الإجراء القضائي، ولا يمكن القول ببطلان الحق في مباشرة الإجراء القضائي.

**ثانيا:** أن البطلان كجزاء إجرائي يمكن تصوره في كافة الأعمال القضائية، بغض النظر عن الجهة التي تقوم به، سواء كان القاضي أو الخصوم، عند عدم تقيدهم بالنموذج المحدد قانونا، إلا ان السقوط لا يمكن تصوره إلا في بعض هذه الإجراءات، ومن قبل الخصوم فقط لا غيرهم، حيث لا يمكن القول بسقوط حق القاضي في مباشرة إجراء قضائي معين، لأن القاضي لا يؤدي سوى واجب الفصل في النزاع.

<sup>1</sup> ابراهيم نجيب سعد، القانون القضائي الخاص ، المرجع السابق ، ص 768.

<sup>2</sup> نبيل إسماعيل عمر، الدفع بعدم القبول ونظامه القانوني ، المرجع السابق، ص 99

<sup>3</sup> تنص المادة: 60 على ما يلي: " لا يقرر بطلان الأعمال الإجرائية شكلا، إلا إذا نص القانون صراحة على ذلك، و على من يتمسك به أن يثبت الضرر الذي لحقه".

المادة: 61 " يمكن إثارة الدفع ببطلان الأعمال الإجرائية شكلا خلال القيام بها، و لا يعتد بهذا الدفع إذا قدم من تمسك به دفاعا في الموضوع لاحقا للعمل الإجرائي المشوب بالبطلان دون تأثيرته".

<sup>4</sup> المادة: 67 تنص: " الدفع بعد القبول، هو الدفع الذي يرمي إلى التصريح بعدم قبول طلب الخصم لإنعدام الحق في التقاضي، كإنعدام الصفة و إنعدام المصلحة و التقادم و إنقضاء الأجل المسقط و حجية الشيء المقضي فيه، و ذلك دون النظر في موضوع النزاع ".

**ثالثا:** أن السقوط من الشدة التي فيه، يترتب على أعماله فقدان الحق في مباشرة الإجراء نهائيا، في حين أن البطلان ليس بهذه الشدة أو الصرامة، حيث يمكن تليين مفعوله عن طريق إمكانية تصحيح الإجراء القضائي الباطل بشكل يتلاءم وهدف المشرع، كما لا يحول دون تكملة الإجراء القضائي الباطل، أو تحوله أو إنتقاصه، بل هناك أحوال يكون فيها الإجراء باطلا، ورغم ذلك يولد آثار الإجراء الصحيح<sup>1</sup>.

**رابعا:** نجد في كل من التقادم و السقوط إنقضاء لحق نتيجة لعدم إستعماله خلال مدة معينة، فإذا لم نصادف سقوط حق ناشئ من عدم إستعماله مدة معينة، لا نجد سقوطا و لا تقادما.

من هذا القبيل ما يقرره القانون من وجوب القيام بعمل معين خلال مدة معينة لإستعمال رخصة أو للتخلص من تكليف، فمثل هذه الحقوق مؤقتة، بمعنى أنها منذ نشوئها تقتصر بأجل لإستعمالها، بحيث إذا إنقضى هذا الأجل إنتهت هذه الحقوق من تلقاء نفسها، و لا تنطبق عليها قواعد التقادم الخاص بالإنقطاع أو الوقف أو التمسك به<sup>2</sup>.

### خلاصة القول:

أن السقوط هو الجزاء الذي يترتب على عدم إستخدام الحق الإجرائي في المناسبة أو الأجل التي يحددها. والسقوط إذا وقع فإنه لا يتم التمسك به عن طريق الدفعوع الموضوعية أو الدفعوع الشكلية، لأن الأولى تتوجه الى أصل الحق، والثانية تتوجه الى عيوب إجرائية تشوب إجراءات الخصومة، وإنما يتم التمسك به عن طريق الدفع بعدم القبول.

وعدم القبول يفيد أن القائم بالإجراء تتخلف لديه في الواقع المصلحة القانونية في إتخاذ. هذه المصلحة هي الشرط الوحيد لقبول أي إجراء، لأن المصلحة القانونية في أحوال السقوط تربط الفائدة التي تعود على من إتخذ الإجراء في أجل معين بأن يتخذ في المدة الزمنية المحددة و إلا سقط حقه في إتخاذ. وفوات الأجل دون إتخاذ الإجراء خلاله يؤدي لسقوط الحق في القيام بالعمل، وبالتالي إنقضاء شرط المصلحة لوصف من أوصافها فيكون الإجراء غير مقبول.

و الدفع بعدم القبول هنا وكما هو الشأن في كافة الدفعوع من هذا النوع، يرمي الى إنكار الحماية القضائية على طالبها لعدم أحقيته في ذلك نظرا لسقوط حقه في إتخاذ الإجراء<sup>3</sup>.

### الفرع الثاني: علاقة الدفع بعدم القبول بالتقادم

لم يذكر القانون تعريفا للتقادم تاركا ذلك للفقهاء<sup>4</sup>. وقد يبدو لأول وهلة أن التقادم ينافي العدالة والاخلاق، فهو أن كان فكل ما يجعل الغاصب مالكا بعد حيازته للشيء مدة معينة.

وقيل في تفسير التقادم أنه يعتبر قرينة على النزول عن الحق، فمن يترك ملكه في يد الغير مدة معينة، و من يسكت عن المطالبة بدينه مدة معينة، يفترض فيه أنه نزل عن حقه مع

<sup>1</sup> وجدي راغب فهمي، مبادئ القضاء المدني، المرجع السابق، ص372.

<sup>2</sup> نبيل صقر، التقادم في التشريع الجزائري، دار الهدى، الجزائر، 2011، ص 16.

<sup>3</sup> فتحي والي، الوسيط في قانون المرافعات المدنية، المرجع السابق، ص 419.

<sup>4</sup> أحمد أبو الوفا، نظرية الدفعوع في قانون المرافعات، المرجع السابق، ص 887 .

أن النزول لا يفترض، و لو صح هذا الافتراض لكان لمن يسري التقادم ضده أن يدحضه بالدليل العكسي، و هو أمر لا يجوز.

و قيل في تفسير التقادم المكسب أنه يعتبر قرينة على الحق، و قيل في تفسير التقادم المسقط أنه يعتبر قرينة على الوفاء، مع أن اثبات العكس في الحالتين لا يجوز، و الواقع ان رد التقادم الى اعتبارات فردية من هذا القبيل تفسير غير صحيح، ذلك أن التقادم يقوم على أساس اعتبارات عامة تتصل بالمصالح العام للمجتمع بأسره، فهو يستند إلى ضرورة اجتماعية تجعله ألزم ما يكون لنظام المجتمع، حيث يتعين أن يوضع حد للمنازعة في أمر معين، و بدون ذلك لا يمكن لأحد أن يطمئن إلى بقاءه مالكا أو إلى براءته من دين كان عليه، فلو أن للشخص أن يطالب بحقه مهما مضى من زمن على قعوده عن هذه المطالبة لأدى ذلك إلى زعزعة في المراكز القانونية و اضطراب دائم في المعاملات، الأمر الذي يبعث الفوضى و يقوض النظام الإجتماعي<sup>1</sup>.

ورغم ذلك فإن نظام التقادم يستند الى عبارات من القوة و الاهمية بحيث جعلت الشرائع تأخذ به منذ القدم، لأنه يركز على اعتبارات عامة تتصل بالصالح العام للمجتمع<sup>2</sup>، باعتباره من النظم القانونية لإستقرار النظم الإجتماعية، ففي ذلك فائدة لهذا النظام و مساعدته في تثبيت المراكز الواقعية، وما يبرر التقادم المسقط هو الصالح العام، لأن الضرورة الإجتماعية تقضي وضع حد زمني لإستعمال الحقوق والدعوى، والحقوق كقاعدة عامة أبدية، إلا أنه يوجد الى جانب الحق جزاء لحمايته، و هذه الحماية تنظمها السلطة العامة بواسطة الدعوى على وجه الخصوص.

ولاشك أن السلطة العامة لها مطلق الحرية في منع هذه الحماية عندما تتعارض مع الصالح العام، لذلك تضع أجالا لا يستطيع الأفراد بعد إنقضائه طلب الحماية العامة. فهو يضع حدا للمنازعة في أمر معين، وبدون ذلك لا يمكن لأحد أن يطمئن الى بقاءه مالكا أو الى براءته من دين كان عليه، فلو كان للشخص أن يطالب بحقه مهما مضى من زمن على تقاعسه عن هذه المطالبة، لأدى ذلك الى زعزعة في المراكز القانونية، وتسبب في إضطراب دائم في المعاملات، الأمر الذي يبعث الفوضى ويقوض النظام الإجتماعي، فضلا عن هذا الإعتبار الأساسي في نظام المجتمع فإن التقادم المكسب يحل إشكالا كبيرا يتعلق بالإثبات. وهو ما يؤدي الى تدعيم الحيازة التي إستقرت على مر الزمن، وغالبا ما يكون الحائز هو صاحب موضوع الحيازة، فيكفيه التقادم من عناء إقامة الدليل على حقه، الأمر الذي قد يتعذر في كثير من الأحيان<sup>3</sup>.

فالتقادم عموما هو مضي مدة معينة من الزمن. ولكي يترتب على هذا الزمن أثر مكسب يجب أن يوجد معه عمل إيجابي من جانب المكتسب، أي حيازة تستوفي جميع الشروط التي يتطلبها القانون، حيث نصت المادة: 308 قانون مدني على أنه: « يتقادم

<sup>1</sup> نبيل صقر، التقادم في التشريع الجزائري، المرجع السابق، ص7.

<sup>2</sup> أحمد أبو الوفاء، نظرية الدفع في قانون المرافعات، المرجع السابق، ص889.

<sup>3</sup> احمد السيد الصاوي، التعليق على نصوص قانون المرافعات، مرجع سابق، ص385.

الإلتزام بانقضاء خمسة عشر سنة فيما عدا الحالات التي ورد فيها نص خاص في القانون وفيما عدا الإستثناءات الآتية" (و المنصوص عليها في المواد من: 309 إلى 312 ق.م).<sup>1</sup>

و كما يسقط الحق بالتقادم فإنه أيضا يمكن إكتساب الحقوق بالتقادم، والأساس التشريعي للتملك بالتقادم المكسب هو قيام قرينة قانونية قاطعة على توافر سبب مشروع للتملك لدى واضع اليد.

و التقادم المكسب نوعين تقادم مكسب طويل الأجل، و تقادم مكسب قصير الأجل.

فالتقادم الطويل، يؤدي إلى كسب الحق العيني على العقار أو المنقول، إذ إستمرت الحيازة لهذا الحق مدة خمس عشر سنة طبقا للمادة: 827 مدني<sup>2</sup>، و التقادم القصير، يؤدي إلى كسب الحق العيني على العقار دون المنقول، إذا إستمرت حيازة هذا الحق مدة عشر سنوات بشرط أن يكون الحائز مستندا في حيازته إلى سند صحيح و أن يكون حسن النية و ذلك حسب المادة: 1/828 مدني<sup>3</sup>.

و التقادم في حقيقته سبب لكسب الملكية أو حق عيني اخر، فالحائز إذا تمسك به فإنه يستفيد من قاعدة موضوعية تكسبه الحق، وليس من قاعدة إثبات تعفيه من إثبات حقه.

لكي يترتب على الزمن من جهة أخرى أثره المسقط لابد من واقعة سلبية، هي سكوت صاحب الحق طوال المدة القانونية للتقادم. والقاعدة العامة أن التقادم المسقط يحصل بمضي خمس عشرة سنة، وهو ما يسمى بالتقادم الطويل أو العادي<sup>4</sup>.

والتقادم المسقط هو وسيلة للتخلص من الإلتزام بمجرد مضي المدة التي حددها القانون.

ويشترك التقادم المكسب و التقادم المسقط في أن كل منهما يؤدي الى تأييد حالة واقعة إستمرت مدة معينة من الزمن، و رغم هذا التشابه إلا أن ثمة ما يميزهما عن بعضهما البعض، ومن ذلك ما يلي:

1- نطاق التقادم المكسب مقصور على الحقوق العينية دون سواها. في حين أن التقادم المسقط واسع، إذ أنه يطبق على جميع الحقوق الشخصية الخاصة، وكذلك الحقوق العينية فيما عدا حق الملكية، و على كل الدعاوى، بإستثناء دعوى الإسترداد<sup>5</sup>.

<sup>1</sup> حمدي باشا عمر، القضاء العقاري في ضوء أحدث القرارات الصادرة عن مجلس الدولة و المحكمة العليا، دار هومة للطباعة و النشر و التوزيع، الجزائر، 2008، ص222.

و الذي أشار إلى قرارين صادرين بهذا الشأن على المحكمة العليا و هما:

- قرار رقم : 72055 مؤرخ في: 18/06/1991 م. ق. 1993، العدد 03، ص72.

- قرار رقم : 201978 مؤرخ في 26/07/2000، مجلة الإجتهد القضائي للغرفة العقارية، ج2، 2004، ص 331.

<sup>2</sup> تنص المادة: 827 ق.م على أنه: " من حاز منقولا أو عقارا أو حقا عينيا منقولا كان أو عقارا دون أن يكون مالكة أو خاصا به صار له ذلك ملكا إذا إستمرت حيازته لمدة خمسة عشرة (15) سنة بدون إنقطاع".

و هو ما ذهبت إليه المحكمة العليا في ملف رقم: 180876 بقرار بتاريخ 30/09/1998، المجلة القضائية العدد 2، سنة 1998، ص 33.

<sup>3</sup> تنص المادة: 828 / 1 ق.م على الآتي: " إذا وقعت الحيازة على عقار أو على حق عيني عقاري و كانت مقترنة بحسن النية و مستندة في الوقت نفسه إلى سند صحيح فإن مدة التقادم المكسب تكون عشر (10) سنوات"

و هو ما قضت به المحكمة العليا في ملف رقم: 72055 بتاريخ 18/06/1991، المجلة القضائية، العدد 3، سنة 1994 .

<sup>4</sup> علي احمد حسن، التقادم في المواد المدنية و التجارية فقها وقضاء، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1978، ص 19، و هذا ما قضت به المحكمة العليا في قرار صادر عنها تحت رقم: 50602 بتاريخ 29/05/1998، العدد 03، 1990، ص 158 .

<sup>5</sup> جمال سايس، قضايا التقادم، ط 1، منشورات كليك، الجزائر، 2019، ص 85.



2- الأساس الجوهري للتقادم المكسب، هو الحيازة أي فعل إيجابي من جانب الحائز، أما التقادم المسقط يقوم على العكس أي على واقعة سلبية و هي سكوت الدائن وتركه حقه يسقط شيئاً فشيئاً الى أن تنتهي المدة المحددة في القانون.

و لا مجال للتطرق في التقادم المسقط إلى حسن أو سوء النية، فالمدين يستطيع أن يتمسك بالتقادم المسقط دائماً حتى ولو كان سيئ النية، أما التقادم المكسب فإن مسألة حسن النية وسوء النية لهما دائماً أهميتهما.

2- لا يقتصر التقادم المكسب على تأييد الحالة الواقعة، بل يحول الواقعة الى حق أي يحول وضع اليد الى ملكية. أما التقادم المسقط فليس له الا تثبيت لحالة واقعة إستمرت مدة محددة من الزمن. فالمدين الذي يتخلص من دعوى الدائن و إن كان عاد عليه التقادم بالاثراء الا أنه لا يكتسب حقاً. وعلى هذا الأساس من الخلاف بين النظامين، فإن التقادم المكسب لا يكسب الحائز مجرد الدفع وإنما يعطيه حق الدعوى. اما التقادم المسقط فهو وسيلة دفاع فقط، إذ هو لا يعطي المدين سوى دفع دعوى الدائن.

ورغم كل هذه الفروق الجوهرية بين التقادم المسقط والتقادم المكسب، إلا ان كليهما يخضعان لبعض القواعد المشتركة الخاصة بحساب المدة والوقف و الإنقطاع والاشخاص الذين يحق لهم الإستفادة من التقادم و التنازل<sup>1</sup>.

وتنص المادة 832 من القانون المدني بنصها على أن " تسري قواعد التقادم المسقط على التقادم المكسب فيما يتعلق بحساب المدة، ووقف التقادم و إنقطاعه، و التمسك به أمام القضاء، و التنازل عنه، و الإتفاق على تعديل المدة، و ذلك بالقدر الذي لا تتعارض فيه هذه القواعد مع طبيعة التقادم المكسب، مع مراعاة الأحكام الآتية". و هذه الأحكام خاصة بوقف التقادم المكسب أي كانت مدته بإنقطاع التقادم المكسب طبيعياً<sup>2</sup>.

أما الاحكام التي تتعلق بالإستفادة من التقادم، فلا تعتبر من النظام العام. وعلى ذلك يكون لصاحب الحق الخيار أن شاء تمسك بالتقادم فتترتب آثاره لمصلحته، وأن شاء تنازل عنه و يعتبر هذا التنازل صحيحاً<sup>3</sup>.

و هو ما ينص عليه المشرع الجزائري في المادة: 321 ق.م على أنه لا يجوز للمحكمة أن تقضي بالتقادم من تلقاء نفسها، بل يجب أن يتم بناء على طلب المدين أو من أحد الدائنين، أو أي شخص له مصلحة فيه و لو لم يتمسك به المدين.

و أنه يمكن التمسك بالتقادم في أية حالة كانت عليها الدعوى و لو أمام المحكمة الإستئنافية<sup>4</sup>.

ويرى بعض فقهاء القانون: أن الدفع بالتقادم هو دفع موضوعي، والحكم بقبوله قضاء في أصل الدعوى، و تستنفد به المحكمة ولايتها على النزاع، وينبني على إستئنافه نقل النزاع

<sup>1</sup> علي احمد حسن، التقادم في المواد المدنية والتجارية فقها وقضاء، المرجع السابق، ص 17.

<sup>2</sup> عبد الحميد الشواربي، الدفعوع المدنية الإجرائية والموضوعية، المرجع السابق، ص 1176.

<sup>3</sup> نبيل اسماعيل عمر، سقوط الحق في إتخاذ الإجراء في قانون المرافعات المدنية، المرجع السابق، ص 72.

<sup>4</sup> قضت المحكمة العليا بأن إثارة التقادم تلقائياً من المحكمة يعتبر مخالفة للقانون، و ذلك بموجب قرار صادر عنها في ملف رقم: 35324 بتاريخ: 1986/03/12 المجلة القضائية العدد 1، سنة 1993. ص 11.

برمته دفعا وموضوعا الى المجلس لكي ينظر فيه على أساس ما يقدم له من أدلة ودفعوع و أوجه دفاع جديدة<sup>1</sup>.

وقد قررت محكمة النقض المصرية في هذا الصدد: أن " الدفع بالتقادم دفع موضوعي يجوز إبدائه في أي حال تكون عليها الدعوى ولو لأول مرة أمام الإستئناف، والتنازل عنه لا يفترض ولا يؤخذ بالظن، ولا يستفاد من مجرد التراخي في التمسك به، ولئن جاز حمل هذا التراخي على محمل النزول الضمني عن الدفع وفقا للظروف، إلا أنه يشترط لصحة هذا الإستخلاص أن يكون مستمدا من دلالة واقعية نافية لمشيئة التمسك بها<sup>2</sup>.

بينما قررت المحكمة العليا بالجزائر أنه " من المقرر قانونا أنه ينقطع التقادم إذا أقر المدين بحق الدائن إقرارا صريحا أو ضمنيا، ولما ثبت أن الطاعن قد أثار دفعا بإنقطاع التقادم بتقديم وصل بدفع المستحقات، فإن هذه الواقعة في حالة ثبوتها من شأنها أن تشكل دفعا جزائيا للحقوق المطلوبة، وبالتالي إقرارا ضمنيا من قبل الطاعن، ولما تبين أن قضاة المجلس لم يعتدوا بالدفع المثار فإنهم لم يبينوا موقفهم من الواقعة المذكورة والنتائج القانونية المترتبة عنها فإنهم يكونوا قد عرضوا قرارهم للنقض<sup>3</sup>.

ويرى أحد الشراح أنه لا يوجد ما يمنع من التمسك بالتقادم في صورة الدفع بعدم القبول في أي حالة تكون عليها الدعوى، لأن الفصل في هذا الدفع لا يتناول لا من قرب ولا من بعد فصلا في الموضوع. فالموضوع ليست له دعوى مقبولة تمنح المحكمة فرصة لنظرها، كما أن هدف هذا الدفع لا يمنع المحكمة من نظر الدعوى، لتخلف المصلحة القانونية في الطلب القضائي الذي تستخدم به هذه الدعوى. هذه المصلحة لكي تتوافر يجب مباشرة الدعوى في الأجل المحددة، فإذا لم تباشر فإن الطلب يكون غير مقبول<sup>4</sup>.

وإلى جانب التقادم المسقط يوجد نظام يشتهر معه الى حد كبير، وهو نظام السقوط. فهناك أحوال ينشأ عنها سقوط الحق نتيجة عدم قيام شخص بمباشرة حق مقرر لمصلحته في أجل معين، دون أن يكون الامر متعلقا بمطالبة دائن مدينه بالوفاء بدينه، أو مطالبة صاحب حق عيني بحقه<sup>5</sup>.

و إختلف الفقه القانوني حول التمييز بين التقادم المسقط والسقوط.

وهناك رأي ميز بينهما، بحيث يرى أن أجال السقوط متميزة عن أجال التقادم، لأن الغرض الذي راعاه القانون بالنسبة لأجال السقوط، هو إعتبارها شرطا لمباشرة عمل معين أو للغنتفاع برخصته ولم يقصد مجازاة اهمال صاحب الشأن فيها، بل قصد وضع حد يمكن

<sup>1</sup> عبد الحميد واسامة عثمان الشواربي، احكام التقادم في ضوء القضاء والفقه، منشأة المعارف، الاسكندرية، 2002، ص 63.

<sup>2</sup> أحمد أبو الوفاء، المرافعات المدنية والتجارية، المرجع السابق، ص 419 .

<sup>3</sup> مجلة قضائية، ملف رقم 145038 بتاريخ 1997/04/23، العدد 1 / 1997، طبعة الديوان الوطني للأشغال التربوية، 1999، ص72.

<sup>4</sup> علي حسن عوض، الدفع بالتقادم والسقوط والانقضاء، دار المطبوعات الجامعية الاسكندرية، 1996، ص106.

<sup>5</sup> عبد الحميد الشواربي، أحكام التقادم في ضوء القضاء و الفقه، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2005 ، ص 1176.

فيه مباشرة العمل على وجه السرعة. فالسقوط وفقا لهذا الرأي لا يقوم على الإهمال، بل يقوم على فكرة وجود أجل قانوني يتناول الحق نفسه ويسقطه<sup>1</sup>.

هذا الرأي مخالف لما أجمع عليه الفقه من إعتبار سقوط الحق جزاء قانوني من الجزاءات الموجودة في قانون الإجراءات المدنية والإدارية، كما أنه مخالف لما نص عليه القانون من كونه جزاء إعترف به المشرع، فلذلك لا يلتفت لهذا الرأي<sup>2</sup>.

وذهب رأي آخر من الفقه الى أن ما يميز السقوط عن التقادم هو أن الحق محدود من حيث الزمن، فإذا مر هذا الزمن المحدد إنقضى الحق نهائيا وكليا، فالزمن عامل مشترك بين نظام السقوط ونظام التقادم، ولكن هناك في التقادم عاملا آخر يضاف الى الزمن.

ففي نظام التقادم المسقط، فإن قرينة الوفاء بالدين قائمة على أساس عدم المطالبة به من جانب الدائن، أما في السقوط فليس به شيء من ذلك، وإستعماله في خلال مدة معينة تختلف باختلاف المصالح التي ينظمها، فما يميز السقوط إذن أنه يؤدي الى سقوط الحق دون إقتراض التنازل أو الإبراء من جانب صاحب الحق<sup>3</sup>.

و من أمثلة السقوط ما نص عليه المشرع في المادة: 223 من ق.إ.م.إ بشأن سقوط الخصومة بمرور سنتين متى كلف أحد الخصوم بالقيام بالمساعي إلا أنه لم يسعى للقيام بها.

وذهب رأي ثالث الى أن السقوط كالتقادم يرد على حق من الحقوق ويؤدي الى إنقضائه، وعلى الرغم من تشابه بعض أحكامهما، مما ترتب عليه القول: بأن السقوط هو تقادم من نوع خاص، إلا أن السقوط يختلف عن التقادم إختلافا جوهريا، لكون التقادم يتعلق بحق موضوعي، بينما السقوط يخص مجموعة إجراءات و الحق في مزاولتها.

يصل هذا الرأي الى نتيجة: أن التقادم ما هو إلا دفع من الدفع بعدم القبول، على إعتبار أنه يوجه الى الوسيلة التي يحمي بها صاحب الحق حقه، وينكر بها المدعى عليه سلطة خصمه في اللجوء الى القضاء بقصد حمايته<sup>4</sup>.

و إنتقد هذا الرأي من بعض الفقه بأن السقوط لا يتناول مجموعة الإجراءات، وإنما يتناول الحق الإجرائي الذي بناء عليه إتخذت هذه الإجراءات. ونجاح التمسك بالسقوط يترتب عليه زوال هذه الإجراءات، وذلك راجع لسقوط الحق الذي بناء عليه إتخذت هذه الإجراءات. أما القول: بأن التقادم في مجال ق.إ.م.إ يتناول حقا موضوعيا ويؤدي الى إنقضائه، فإن في ذلك خلط بين الحق الموضوعي من جهة وبين وسيلة حمايته من جهة أخرى، فالدعوى القضائية هي حق مستقل تماما عن الحق الموضوعي و وجدت لحمايته، والحق في الدعوى هو واحد من أهم الحقوق الإجرائية بل هو عمادها. ويصل أصحاب هذا الرأي الى القول: بأنه ورغم صحة النتيجة التي توصل اليها هذا الرأي المنتقد إلا أن مقدمته لا تصلح سندا لتأسيسها<sup>5</sup>.

1 علي أحمد حسن، التقادم في المواد المدنية و التجارية فقها و قضاء، المرجع السابق، ص 32.

2 علي عوض حسن، الدفع بعدم التقادم و السقوط و الإنقضاء، المرجع السابق، ص 106.

3 أحمد أبو الوفاء، نظرية الدفع، المرجع السابق، ص 671.

4 عبد الحميد الشواربي، احكام التقادم في ضوء القضاء والفقه، المرجع السابق، ص 21.

5 علي أحمد حسن، التقادم في المواد المدنية و التجارية فقها و قضاء، المرجع السابق، ص 45.

ويرى هذا الرأي من الفقه أن الحق في الدعوى، هو الذى يرد عليه التقادم إذا لم يمارس في خلال مدة معينة، وهذا التقادم ما هو في الواقع الا سقوط لحق إجرائي لم يستخدم في خلال المدة التي حددها القانون.

ويثار هذا السقوط في صورة دفع بعدم القبول، وهذا الدفع بعدم القبول يواجه في الواقع الحماية القضائية التي يطلبها المدعي الذي سقط حقه في الدعوى بعدم ممارسته لحقه في خلال المدة المعينة، وهو يرمي الى إنكار حقه في طلب هذه الحماية، بل وصل هذا الرأي لأبعد من ذلك وهو أنه لا حاجة لفكرة التقادم في ق.إ.م.إ. و ينادي بالإكتفاء بفكرة السقوط، و أن التقادم ليس إلا تعبيراً آخر لفكرة سقوط الحق<sup>1</sup>.

**نقد الرأي :** هذا الرأي قد جانبه الصواب في إغائه لفكرة التقادم و إستبدالها بفكرة السقوط، فهناك كثير من الشراح درجوا على إبراز نواحي الشبه و أوجه الإختلاف بينهما<sup>2</sup>.  
منها :

أن السقوط يوجد في الأحوال التي يكون فيها حق إجرائي يتعين ممارسته بإتخاذ العمل الإجرائي في الأجل الذي يحدده القانون، و عدم قابلية أجاله كقاعدة للوقف و الإنقطاع، و أنها تجرى في حق القصر و عديمي الأهلية. وكل ذلك يختلف جذريا عن أجال التقادم.

كما أن أجال السقوط يقوم على فلسفة تختلف عما يقوم عليه أجال التقادم، فلا نجد بصدد أجال السقوط ازاء حق موضوعي يرد عليه الانقضاء، كما لا يتخلف عن سقوط الحق الإجرائي التزام طبيعي، اضافة الى أن أجال السقوط لا يقوم على قرينة الوفاء<sup>3</sup>.

وهذا يؤكد أن لا سبيل الى إلغاء أحدهما ودمجه في الاخر، لاسيما أن أجال التقادم و أجال السقوط لا تسرى عليهما أحكام واحدة، بل بعضها تنظمه قواعد خاصة، لا يخضع لها البعض الاخر، مما يتطلب معه بحث كل مسألة على حدة لمعرفة طبيعة البواعث التي دعت لتعيين المدة فيها<sup>4</sup>.

وفي كلمة واحدة يتم التمسك بالتقادم عن طريق الدفع بعدم القبول.

<sup>1</sup> علي عوض حسن، الدفع بالتقادم و السقوط و الإنقضاء، المرجع السابق، ص 112.

<sup>2</sup> أحمد أبو الوفا، نظرية الدفع في قانون المرافعات، المرجع السابق، ص 671.

<sup>3</sup> نبيل اسماعيل عمر، الدفع بعدم القبول ونظامه القانوني، المرجع السابق، ص 163. وما بعدها.

<sup>4</sup> نبيل اسماعيل عمر، سقوط الحق في إتخاذ الإجراء في قانون المرافعات المدنية، المرجع السابق، ص 95.

## المطلب الثالث : الدفع بوجود إتفاق التحكيم

التحكيم هو طريق خاص لحل المنازعات، قوامه الخروج عن طرق التقاضي العادية، ويعتمد أساسا على أن أطراف النزاع هم اللذين يختارون قضاتهم بدلا من الإعتماد على التنظيم القضائي في البلد الذي يعتمد فيه. وهكذا ينشأ التحكيم من إرادة طرفي الخصومة فهذه الإرادة هي التي تحقق التحكيم، وهي قوام وجوده وبغيرها لا يتصور أن يكون هناك تحكيم، ولقد إتجهت النظم القانونية الحديثة لدعم هذا النظام وتطويره نظرا لما يحتويه نظام التحكيم من سرعة، بالإضافة إلى رضائية الأطراف بالحكم الذي يصدره المحكم ما جعل من التحكيم في نظر بعض القوانين نموذجا يجب الأخذ به، خاصة في مجال التجارة الدولية نظراً لملائمة التحكيم لطبيعة هذا المجال<sup>1</sup>.

كما أن للتحكيم طبيعته الإختيارية، ولما لها من فوائد حيث أن المحتكم بإتفاقه على التحكيم لا يتنازل عن حماية القانون، ولا يتنازل عن حقه في الإلتجاء إلى القضاء، وإلا فإن المشرع لا يعتد بهذا التنازل ولا يقره، إذ أن الحق في اللجوء الى القضاء هو من الحقوق العامة التي تتعلق بالنظام العام بالدولة، فإرادة المحتكم في عقد التحكيم تقتصر على مجرد إحلال المحكم محل المحكمة في نظر النزاع. بحيث إذا لم ينفذ عقد التحكيم لأي سبب من الأسباب عادت سلطة الحكم الى المحكمة<sup>2</sup>.

في الجزائر فإن قانون الإجراءات المدنية لسنة 1966 نص على التحكيم في المواد 442 و ما بعدها دون حصره في الميدان التجاري فحسب، غير أنه لم يسلم من تأثير القانون الفرنسي في ذلك الوقت، و لم يتقبل فكرة أهمية التحكيم و جواز اللجوء إلى الشرط التحكيمي، و منع الأشخاص المعنوية التابعين للقانون العام (الدولة) و تفرعاتها و الشركات الوطنية من اللجوء إلى التحكيم باستثناء الميدان التجاري الدولي، و أن هذا القانون لم يفرق بين التحكيم الداخلي و التحكيم الخارجي إلى غاية ظهور المرسوم التشريعي رقم: 93/09 المؤرخ في 1993/04/25 و الذي بموجبه تم إدخال مفهوم التحكيم الدولي و كل ذلك تأثرا من المشرع بالمحيط القانوني الدولي الذي سلك هذا المسلك.

و لما صدر قانون الإجراءات المدنية و الإدارية الجديد فقد كرس مفهوم الطرق البديلة لتسوية النزاعات و ضمنها في الكتاب الخامس و هو ما يوحي بضرورة التناسق بين جميع هذه الطرق، و قد أدخل ضمنها التحكيم كإحدى هذه الطرق، و راجع المشرع موقفه و قسمه إلى تحكيم داخلي و تحكيم دولي مدخلا فيه مفهوما جديدا<sup>3</sup>.

إذا ما إتفق الأطراف على التحكيم وحدث نزاع بينهما، تعين على كل منهما البدء في إجراءات التحكيم أو الإستمرار فيه دون القضاء، إستنادا للقوة الملزمة لإتفاق التحكيم، غير أنه إذا تم اللجوء للقضاء باعتباره صاحب الولاية العامة، و كان هناك إتفاق على التحكيم بإعتباره شريعة المتعاقدين، أو الإستمرار فيه دون قضاء الدولة بشأن ما يتعلق به من منازعات، الأمر الذي مقتضاه إتفاق الأطراف على إختصاص هيئة التحكيم إستثناءً بنظر النزاع، فإذا التجأ أحد أطراف الإتفاق للقضاء رافعا دعوى ضد خصمه مخالفة لإتفاق

<sup>1</sup> ناريمان عبد القادر، التحكيم وفقا لقانون التحكيم في المواد المدنية والتجارية دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة ، 1996، ص24.

<sup>2</sup> أحمد أبو الوفا "التحكيم الإختياري والإجباري" ، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1983، ص 15.

<sup>3</sup> عبد السلام ذيب، قانون الإجراءات المدنية و الإدارية الجديد ، المرجع السابق ، ص 516.

التحكيم، فقد أجاز القانون لهذا الأخير الدفع بوجود إتفاق التحكيم. والدفع بوجود إتفاق التحكيم هو دفع إجرائي يترتب على مخالفة أحد الأطراف للأثر السلبي لإتفاق التحكيم والمتمثل في الإلتزام بعدم اللجوء للقضاء<sup>1</sup>.

و ينشأ الحق في إبداء الدفع بوجود إتفاق التحكيم من لحظة توافر المصلحة الحالة من إستعمال الحق ما لم يتمسك الطرف الآخر بوجود إتفاق التحكيم في الجلسة الأولى أو قبل الكلام في الموضوع<sup>2</sup>، لذا أوجبت بعض القوانين والتقنيات إجراء وسيلة للمدعي عليه في تأكيد واقعة معينة والتمسك بأثرها القانوني، وهو الدفع بعدم قبول الدعوي لوجود إتفاق التحكيم.

إن الإلتجاء إلى التحكيم مبني أساسا على إرادة الطرفين، وعليه فبمجرد قيام أحدهما برفع الدعوى إلى القضاء، فإنه يعبر عن تنازله فقط، ولا يعبر ذلك عن تنازل الطرف الآخر، وبالتالي على هذا الأخير أن يتمسك بإتفاق التحكيم في شكل دفع يبيده أمام المحكمة<sup>3</sup>.

إن الدفع بوجود إتفاق التحكيم هو أداة التمسك بالجانب السلبي للحق في التحكيم، فهو الوسيلة القانونية الوضعية التي تخولها للمدعي عليه أمام القضاء، للتمسك بوجود الإتفاق على التحكيم بغرض منع القضاء من السير في إجراءات الفصل فيه<sup>4</sup>.

فبمجرد إتفاق طرفي العقد على اللجوء إلى نظام التحكيم، للفصل في منازعاتهم القائمة، أو المحتملة يمتنع عليهم عرض النزاع في حالة حدوثه على القضاء، للفصل فيه نظرا لوجود الإتفاق على التحكيم.

كما أنهم وباتفاقهم على التحكيم، يمنعون القضاء من نظر النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم، إذا عرض على القضاء من قبل أحد الأطراف المحتكمين.

إذ يكون للطرف المحتكم الآخر في الدعوى القضائية أن حق الدفع بوجود الإتفاق على التحكيم<sup>5</sup>.

وإذا كان الإتفاق على التحكيم، يؤدي إلى منع القضاء من نظر موضوع النزاع. و يخول للمدعي عليه الحق في منع هذا القضاء للنظر فيه، عن طريق الدفع بوجود الإتفاق على التحكيم، فإن القضاء متى تبين له جدية الدفع إمتنع عن النظر في القضية<sup>6</sup>.

و سنتناول في هذا المطلب تعريف الدفع بوجود إتفاق التحكيم في الفرع الأول، أما الفرع الثاني فنخصه للطبيعة القانونية للدفع بوجود إتفاق التحكيم و شروط قبوله .

<sup>1</sup> حسين فريجة، المبادئ الأساسية في قانون الإجراءات المدنية و الإدارية، ديوان المطبوعات الجامعية، 2010، ص 467 و ما بعدها .

<sup>2</sup> أحمد أبو الوفا، نظرية الدفع، المرجع السابق، ص 671.

<sup>3</sup> إبراهيم جوهر إبراهيم، الدفع بإتفاق التحكيم في الدعوى المدنية" دراسة مقارنة في الأثر السلبي المترتب على إتفاق التحكيم في التشريعات العربية والأجنبية"، دار الكتب القانونية، القاهرة، 2003. ص 731.

<sup>4</sup> فتحي والي، نظرية البطلان في قانون المرافعات، ص 108 وما بعدها.

<sup>5</sup> محمد إبراهيمي، الوجيز في الإجراءات المدنية، ج 2، ديوان المطبوعات الجامعية، ط3، 2006، ص 283.

<sup>6</sup> عمارة بلغيث، الوجيز في الإجراءات المدنية، دار العلوم للنشر و التوزيع، عنابة، 2002، ص 105.

## الفرع الأول: التحكيم و أنواعه

### تعريف التحكيم لغة :

التحكيم في اللغة مصدر حكم، فالحاء والكاف والميم أصل واحد، وهو المنع، يقال حكم فلان في كذا إذا جعل أمره إليه.

و التحكيم هو مصدر في الأمر والشيء، أي جعله حكماً وفوض الحكم إليه، وحكموه بينهم أي طلبوا منه أن يحكم بينهم فهو حكم ومحكم، وحكمه في ماله تحكيمياً أي جعل إليه الحكم فيه<sup>1</sup>. ويقال حكماً فلان فيما بيننا أي أجزنا حكمه بيننا<sup>2</sup>. من معاني التحكيم التفويض في الحكم، فهو مأخوذ من حكم، وأحكم، فاستحكم، أي صار محكماً، ويقال حكمت بالتشديد الرجل إذ فوضت الحكم إليه<sup>3</sup>، و حكموه فيما بينهم أمره أن يحكم في الأمر أي يجعلوه حكماً فيما بينهم. و حاكمه خاصمه و المحاكمة المخاصمة.

### قال تعالى:

" فَلَا وَرَبِّكَ لَا يُؤْمِنُونَ حَتَّىٰ يُحَكِّمُوكَ فِيمَا شَجَرَ بَيْنَهُمْ ثُمَّ لَا يَجِدُوا فِي أَنفُسِهِمْ حَرَجًا مِّمَّا قَضَيْتَ وَيُسَلِّمُوا تَسْلِيمًا"<sup>4</sup>.

و يقال حاكمته إلى الحاكم أي خاصمته إليه ودعوته لحكمه، وحاكمته إلى الله دعوته إلى حكمه، واحتكموا أو تحاكموا إلى الحاكم، إذا رفعوا أمرهم إليه، وفي الحديث الشريف:

قال رسول الله صلى الله عليه و سلم: "واليك حاكمت"<sup>5</sup>.

أي رفعت الحكم إليك ولا حكم إلا لك.

### تعريف التحكيم في الإصطلاح القانوني:

إن التحكيم في الإصطلاح لم تتعرض الغالبية من القوانين المنظمة للتحكيم في الدول العربية والأجنبية إلى تعريف التحكيم، لذا فقد عرفه الفقهاء بتعريفات متعددة منها ما يصدق على إتفاق التحكيم، ومنها ما يعطي أهمية للطبيعة الخاصة للتحكيم. و بعضها يعطي أهمية لإرادة أطراف النزاع، وقد تعددت تعريفات التحكيم لفظاً، إلا أنها ذات مضمون واحد، إذ يرى جانب من الفقه أن " التحكيم هو إتفاق على طرح النزاع على شخص معين أو أشخاص معينين ليفصلوا فيه دون المحكمة المختصة"<sup>6</sup>.

<sup>1</sup> محمد مرتضى الحبشي الزبييري الحنفي، تاج العروس من جواهر القاموس، ط 1965، ص 127.

<sup>2</sup> زين الدين محمد بن أبي بكر عبد القادر الرازي، مختار الصحاح، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط 1987، ص 148

<sup>3</sup> أبي الفضل جمال الدين محمد بن منظور، لسان العرب، بيروت- لبنان، ج 1، الطبعة 1990، ص 141.

<sup>4</sup> سورة النساء، الآية 65.

<sup>5</sup> رواه البخاري في صحيحه عن ابن عباس رضي الله عنه في باب التهجد في الليل، ج 3، ص 61، الحديث. رقم 1128

<sup>6</sup> احمد عبد الكريم سلامة، التحكيم التجاري لدول مجلس التعاون الخليجي- دراسة تأصيلية لبعض جوانب التحكيم الدولي، بحث مقدم في المؤتمر السنوي الخامس الذي نظمته كلية الحقوق، جامعة المنصورة، بعنوان الاتجاهات الحديثة. 29 مارس 2000، ص 8.

وعرفه جانب آخر من الفقه بأنه "عقد تلتقي فيه إرادة المتعاقدين (الخصوم) على إحالة النزاع الناشئ عن العقد المبرم بينهم أو أي نزاع آخر قد ينشأ بخصوص هذا العقد على شخص أو أشخاص معينين (محكم أو محكمين) ليفصلوا في هذا النزاع دون اللجوء إلى القضاء المختص أصلاً بالفصل في النزاع<sup>1</sup>.

ويعرف كذلك بأنه قضاء خاص يتولاه أفراد مزودون بولاية الفصل في النزاعات.

وذهب الفقيه الأستاذ "جون روبيرت jean robert" :

أن التحكيم نظام للقضاء الخاص تقضي فيه خصومة معينة من إختصاص القضاء العادي، يعهد بها إلى أشخاص يختارون للفصل فيها<sup>2</sup>. والواقع أن هذه التعريفات لا تأخذ في إعتبارها الدور المهم والملحوظ الذي تتمتع به إرادة أطراف النزاع إلى هيئة التحكيم في تنفيذ الحكم الصادر عنها.

فالتحكيم نظام قضائي خاص يختار فيه الأطراف محكومهم ويعهدون إليهم بمقتضى إتفاق، أو شرط خاص مكتوب في المنازعات التي تنشأ بينهم بخصوص علاقاتهم التعاقدية أو غير التعاقدية، والتي يجوز تسويتها عن طريق التحكيم بإنزال حكم القانون عليها وإصدار قرار قانوني ملزم لهم<sup>3</sup>.

كما أن التحكيم هو الإتفاق على طرح النزاع على أشخاص معينين يسمون محكمين ليفصلوا فيه دون المحكمة المختصة<sup>4</sup>.

بينما عرفه فقهاء آخرون بأنه "عملية قانونية مركبة تقوم على إتفاق أطراف نزاع معين على عرض خلافهم على محكم أو أكثر لكي يفصلوا فيه على ضوء قواعد القانون والمبادئ العامة التي تحكم إجراءات التقاضي أو على ضوء قواعد العدالة، وفقاً لما ينص عليه الإتفاق، مع تعهد أطراف النزاع بقبول الحكم الذي يصدر عن المحكمين، والذي يحوز حجية الأمر المقضي، ويصدر أمر بتنفيذه من السلطة القضائية في الدولة التي يراد تنفيذه بها"<sup>5</sup>.

يفهم من هذا التعريف الذي أورده الفقه أن التحكيم يتضمن عنصرين أساسيين هما:

**العنصر الأول:** أن اللجوء إلى التحكيم مرهون بإرادة الأطراف المتنازعة في

حسم النزاع دون الرجوع للقضاء العادي بل بواسطة شخص أو أشخاص يتم الإتفاق عليهم.

**العنصر الثاني:** هو طابع الإلزام للحل الذي يقرره المحكمون.

إن الحكم الذي يصدره المحكمون يكون ملزماً لأطراف الخصومة متى تم الإتفاق على طرح النزاع على شخص معين أو أشخاص معينين ليفصلوا فيه دون المحكمة المختصة،

<sup>1</sup> أحمد أبو الوفاء، التحكيم الاختياري والإجباري، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2007، ص 15.

<sup>2</sup> مصطفى جمال عكاشة، محمد عبد العالي، التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية والداخلية، منشورات، الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 1998، ص 05.

<sup>3</sup> jean robert ,l'arbitrage droit interne privé, édition dalloze ,5, 1983, P 3.

<sup>4</sup> أحمد أبو الوفاء، المرجع السابق، ص 18.

<sup>5</sup> بشار جميل عبد الهادي، التحكيم في منازعات العقود الإدارية، دار وائل للنشر، عمان، 2004، ص 10.



فبمقتضى التحكيم يتنازل الأطراف عن اللجوء للقضاء مع التزامهم بطرح النزاع على محكم أو أكثر ليفصلوا فيه بحكم ملزم لهم. وقد يكون هذا الإتفاق تبعا لعقد معين يذكر في صلبه يسمى شرط التحكيم وقد يكون بمناسبة نزاع معين قائم بالفعل بين الخصوم ويسمى في هذه الحالة مشاركة التحكيم<sup>1</sup>.

إذ يرتكز التحكيم على أساسين هما إرادة الخصوم، وإقرار المشرع لهذه الإرادة. وطبقا للتعريف السابق يكون معنى التحكيم هو "رغبة الأطراف في عدم عرض نزاعهم على قضاء الدولة ورغبتهم في إقامة محكمة خاصة بهم، يختارونها بأنفسهم ويحددون لها موضوع النزاع وإجراءات التحكيم.

فإذا كان التحكيم دوليا فهم يختارون القانون الذي يرغبون في تطبيقه فيما بينهم ويعهدون بالفصل في النزاع لأشخاص يختارون لذلك هم المحكمون. فالمحكم ليس قاضيا مفروضا وإنما هو قاضي مختار من قبل الخصوم بطريق مباشر أو غير مباشر، لذلك يوصف التحكيم بأنه نظام للعدالة الخاصة أو أنه طريق إختياري لفض المنازعات.

كما ذهب محكمة النقض المصرية إلى اعتبار التحكيم طريق إستثنائي لفض المنازعات<sup>2</sup>.

وعلى ذلك فالتحكيم نظام إختياري لتسوية المنازعات وهو الطريق الذي إعتادها الناس قديما وحديثا، في حل مشاكلهم وقضاياهم في إطار ما تفرضه عليهم من التزامات وقيود بحيث أصبحت مألوفة لديهم، وتحظى بقبول وإحترام من الجميع ولها أشخاص معينون يقومون بفرضها وتنظيمها وتنفيذها<sup>3</sup>.

ومن هنا نستخلص أن التحكيم لا يعدو أن يكون مجرد وسيلة قانونية إعترفت بها الأنظمة للفصل في المنازعات المراد عرضها على التحكيم، بعيدا عن مسالك القضاء وسلطاته، فهو نظام بديل عن هذا الأخير في حسم المنازعات لكونه يتركز على عنصرين أساسيين هما اتفاق التحكيم، وحكم المحكمين الذي تنتهي به الخصومة، ويضع حدا للنزاع<sup>4</sup>.

### التعريفات المختلفة للتحكيم :

هناك عدة تعريفات للتحكيم و هي تختلف ما بين التعريفات في الإتفاقيات الدولية و تلك التي نصت عليها بعض التشريعات المختلفة، و هو ما سنتطرق عليه في الأتي:

## أولا – تعريفات التحكيم وفقا للإتفاقيات الدولية:

### 1 - إتفاقية نيويورك:

<sup>1</sup> أحمد أبو الوفا، التحكيم الإختياري والإجباري، المرجع السابق، ص16.  
<sup>2</sup> ناريمان عبد القادر، التحكيم وفقا لقانون التحكيم في المواد المدنية و التجارية، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، 1996، ص 26.

<sup>3</sup> هدى عبد الرحمن، دور المحكم في خصومة التحكيم وحدود سلطاته، دار النهضة العربية، القاهرة، 1997، ص 20.  
<sup>4</sup> محمود السيد عمر التحيوي، مفهوم الأثر السلبي لإتفاق على التحكيم " شرطا كان أم مشاركة، الوسيلة الفنية لأحكامه ونطاقه"، دار المطبوعات الجامعية،الإسكندرية، 2003، ص 721.

تنص المادة الثانية منها على أنه يقصد " باتفاق التحكيم" شرط التحكيم في عقد، أو اتفاق التحكيم الموقع عليه من الأطراف أو الاتفاق الذي تضمنته الخطابات المتبادلة أو البرقيات على محكمة الدولة المتعاقدة التي يطرح أمامها نزاع حول موضوع كان محل إتفاق من الأطراف بالمعنى الوارد في هذه المادة أن تحيل الخصوم بناء على طلب أحدهم الى التحكيم وذلك مالم يتبين للمحكمة أن هذا الاتفاق باطل أو لا أثر له أو غير قابل للتطبيق<sup>1</sup>.

## 2 - بروتوكول جنيف لسنة 1949:

حيث نصت المادة الرابعة، الفقرة الأولى منها على ما يلي:

"على محاكم الدولة المتعاقدة المطروح عليها نزاع متعلق بعقد مبرم بين الأشخاص المشار إليهم في المادة الأولى ومتضمن شرط تحكيم أو إتفاق تحكيم مستقل وقابل للتطبيق، أن تحيل الأطراف المعنية بناء على طلب أحدهم على قضاء المحكمين".

### ثانياً\_ النصوص القانونية:

لقد حرصت العديد من القوانين على تناول هذا الدفع من خلال قوانينها المتعلقة بالتحكيم ونذكرها كما يلي:

**1 - المشرع الجزائري:** لم يعرف التحكيم بل عرف شرط التحكيم في المادة: 1007 ق.إ.م.إ.م. بالقول: " شرط التحكيم هو الإتفاق الذي يلتزم بموجبه الأطراف في عقد متصل بحقوق متاحة بمفهوم المادة: 1006 أعلاه<sup>2</sup>، لعرض النزاعات التي قد تثار بشأن هذا العقد على التحكيم.

## 2 - المشرع الأردني: من خلال قانون التحكيم رقم 27 سنة 2007:

حيث نصت م 73 على أنه: " على المحكمة التي يرفع إليها نزاع يوجد بشأن اتفاق تحكيم، أن تحكم برد الدعوى إذا دفع المدعي عليه بذلك قبل الدخول في أساس الدعوى"<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> تعريف اتفاق التحكيم طبقاً لاتفاقية نيويورك 1958، بشأن الاعتراف وتنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية، والتي انضمت إليها الجزائر بتحفظ بعد التصديق على أحكامها سنة 1988م، كذلك قامت لجنة الأمم المتحدة لقانون التجارة الدولية بإعداد قواعد التحكيم الدولي تحمل اسمها. Uncitral وهو مقررته المادة: 1007 ق.إ.م.إ.م.، شرط التحكيم هو الاتفاق الذي يلتزم بموجبه الأطراف في عقد متصل بحقوق متاحة بمفهوم المادة: 1006، أعلاه، لعرض النزاعات التي قد تثار بشأن هذا العقد على التحكيم

<sup>2</sup> تنص المادة : 1006 ق.إ.م.إ.م. على الأتي " يمكن لكل شخص اللجوء إلى التحكيم في الحقوق التي له مطلق التصرف فيها. لا يجوز التحكيم في المسائل المتعلقة بالنظام العام أو حالة الأشخاص و أهليتهم.

و لا يجوز للأشخاص المعنوية العامة أن تطلب التحكيم ما عدى في علاقتها الإقتصادية الدولية أو في إطار الصفقات العمومية "

<sup>3</sup> أهم خصائص اتفاقية نيويورك، تتميز اتفاقية نيويورك بالخصائص الأساسية الآتية، رغم أن عنوان الاتفاقية هو " الاعتراف بأحكام التحكيم الأجنبية" وتنفيذها إلا أن الحقل الذي عالجه كان أكبر بكثير من هذا العنوان.

" الاتفاقية تطبق على "أحكام المحكمين التي لا تعتبر وطنية في الدولة المطلوب إليها ذلك" وهكذا أصبح بالإمكان أن يجرى تحكيم أجنبي على ارض البلد ذاته ويصدر بنتيجته حكم تحكيمي أجنبي ويطلب من القضاء الوطني لهذا البلد إعطاء صيغة التنفيذ لهذا الحكم. فصار بالإمكان مثلاً أن يجرى في مصر تحكيم مصري داخلي تطبق عليه المحاكم قواعد نظام التحكيم الداخلي المصري، وتحكيم دولي أو أجنبي تطبق عليه المحاكم قواعد اتفاقية نيويورك لتنفيذ الأحكام التحكيمية الأجنبية.

" تضمنت اتفاقية نيويورك أول شهادة اعتراف رسمية بمراكز التحكيم الدولية، إذ نصت على أنه يقصد "بأحكام المحكمين" ليس فقط الأحكام الصادرة من محكمين معينين للفصل في حالات محددة بل أيضا الأحكام الصادرة من هيئات دائمة يحتكم إليها الأطراف.

## 3- القانون التحكيم المصري:

ينص قانون التحكيم المصري رقم: 31 سنة 1972 في المادة: 72 منه على أنه: " يجب على المحكمة التي يرفع إليها نزاع يوجد بشأنه اتفاق تحكيم أن تحكم بعدم قبول الدعوى إذا دفع المدعي عليه بذلك قبل إبدائه أي طلب أو دفاع في الدعوى"<sup>1</sup>.

ملاحظة:

تجدر الإشارة إلى أن بعض القوانين قد أشارت صراحة إلى إحترام وضمنان حق الدفاع، وما نلاحظه أن المشرع الجزائري لم ينص صراحة على الدفع بوجود اتفاق التحكيم ولم يعطي أهمية بالغة لحق الدفاع نظرا لعدم وجود نص قانوني ينظم ذلك.

## ثالثا: تعريف التحكيم وفقا للقضاء

لا يخفى على أحد بأن وظيفة القضاء هي تطبيق حكم القانون للوصول إلى تحقيق العدالة من خلال الحكم القضائي الذي يشكل عنواناً للحقيقة وله حجية مطلقة إتجاه كافة. ومن هذا المنطلق فإن تعرض القضاء لتعريف التحكيم يصب في ما ذكرنا ويعزز من قوة التحكيم بإعتباره وسيلة أقرها القضاء دون اللجوء إليه.

وقد أوردت المحكمة العليا الأردنية تعريفاً لنظام التحكيم في بعض أحكامها، حيث جاء فيها " التحكيم طريق إستثنائي لفض المنازعات، ويقتصر على ما إنصرفت إليه إرادة طرفي التحكيم، وعلى المحكمة أن لا تتوسع في تفسير العقد المتضمن شرط التحكيم لتحديد المنازعات الخاضعة للتحكيم"<sup>2</sup>.

وفي قرار آخر يعرف التحكيم بكونه: " إحتكام الخصوم إلى شخص أو أكثر لفصل النزاع بينهم"<sup>3</sup>.

وجاءت المحكمة العليا الليبية لتوضح مفهوم التحكيم في حكمها الصادر في الطعن المدني رقم: 36 / 23 ق بالقول: " إن الحكم بعدم قبول الطعن لسبق الإتفاق على التحكيم في

" يمكن أن ينحصر تطبيق الاتفاقية على الدولة المنضمة "بالتجارة" وفقا لمفهوم قوانين هذه الدولة للتجارة. " فرقت الاتفاقية بين الشرط التحكيمي اللاحق للنزاع واعتبرتهما شكلين مشروعين للعقد التحكيمي، ونصت على أن العقد التحكيمي ينزع اختصاص محاكم الدولة مكرسة بذلك في اتفاقية دولية، أثار العقد التحكيمي. نصت المادة 3 من اتفاقية نيويورك تعترف كل الدول المتعاقدة بحجية حكم التحكيم، وتأمّر بتنفيذه طبقا لقواعد المرافعات المتبعة في الإقليم المطلوب إليه التنفيذ، وطبقا للشروط المنصوص عليها.. وهكذا تكون اتفاقية نيويورك قد أقرت تنفيذ الحكم التحكيمي إلى قواعد المرافعات في بلد التنفيذ. وإن كانت اتفاقية نيويورك قد أقرت بتنفيذ الأحكام التحكيمية وفقا لقواعد المرافعات المتبعة في الإقليم المطلوب التنفيذ فيه، إلا أنها حالت بهذا النص دون التفريق بين الأحكام التحكيمية الأجنبية والأحكام التحكيمية الداخلية وتشدّد تنفيذ الأولى في قواعد المرافعات، حيث يصبح درب تنفيذ الأحكام الداخلية يسيرا، بينما يصبح تنفيذ الأحكام التحكيمية الدولية عسيرا مع هذا النص أصبح ما يطبق على الأحكام التحكيمية الداخلية، هو نفسه الذي يطبق على الأحكام التحكيم الأجنبية من قواعد التنفيذ. أي أن اتفاقية نيويورك حققت مساواة الأحكام التحكيمية الداخلية بالأحكام التحكيمية الأجنبية.

1 أنظر قانون التحكيم المصري، المنشور في الموقع

//www.wipo.int/wipolex/en/text.jsp?file\_id=205180،http

<sup>2</sup> جابر جاد نصار، التحكيم في العقود الإدارية، القاهرة، دار النهضة العربية. القاهرة، 2007، ص22

<sup>3</sup> جورج شفيق ساري، التحكيم ومدى جواز اللجوء إليه لفض المنازعات في مجال العقود الإدارية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2003، ص 23 وما بعدها.

موضوع الحق المطروح في دعوى صحة الحجز، إذ يفيد أن الحاجز لا مصلحة له في حالة رفع الدعوى لوجود إتفاق تحكيم بينه وبين المحجوز عليه يمنعه من اللجوء للقضاء للدفاع عن حقه، فإن الحجز التحفظي يكون هو الآخر قد وقع على حق غير حال الأداء ويكون على غير أساس<sup>1</sup>.

وفي جمهورية مصر العربية عرفت محكمة النقض المصرية التحكيم بأنه:

" طريق إستثنائي لفض الخصومات قوامه الخروج عن طريق التقاضي العادية مهما تكلفه من ضمانات، ومن ثم فهو مقصور على ما تنصرف إليه إرادة المحكّمين في عرضه على هيئة التحكيم، ويستوي في ذلك أن يكون الإتفاق على التحكيم في نزاع معين بوثيقة خاصة أو إنصراف إلى جميع المنازعات التي تنشأ من تنفيذ عقد معين".

فلا يمتد نطاق التحكيم إلى عقد لم تنصرف إرادة الطرفين إلى فض النزاع بشأنه عن طريق التحكيم، أو إلى إتفاق لاحق له ما لم يكن بينهما رباط لا ينفصم بحيث لا يستكمل دون الجمع بينهما إتفاق<sup>2</sup>.

يفهم مما سبق بأن القضاء الليبي والأردني والمصري إعتبروا التحكيم: " هو عبارة عن إتفاق الأطراف على تسوية المنازعة خارج نطاق القضاء، وبما أنه إتفاق فإنه يقوم على توافق إرادة الطرفين بإسناد تسوية ما نشب بينهم من خلاف، أو ما قد ينشأ لاحقاً إلى محكم أو هيئة تحكيم".

ويستوي في ذلك إن كان النزاع متعلقاً بوثيقة خاصة، أو كان متعلقاً بكل ما ينشأ من خلافات عند تنفيذ العقد. كما يترتب على هذا الإتفاق نتيجة هامة وهي عدم قبول الدعوى امام القضاء المختص حالة تمسك أحد الأطراف بهذا الإتفاق أمام الجهات القضائية.

ولم يذهب بعيداً القضاء المصري في الحكم السابق عما جاء به القضاء الليبي حيث أكد على إعتبار التحكيم أسلوباً إستثنائياً لفض الخصومات، ولمجرد أن يتم الإتفاق بين الخصوم باللجوء إليه، يجعل المسألة محل النزاع خارج نطاق القضاء العادي، ويستوي في ذلك أن كان الإتفاق على التحكيم في وثيقة خاصة بنزاع معين أو إنصرف إلى جميع المنازعات التي تحدث عند تنفيذ العقد.

والجدير بالإشارة إلى أن طريقة اللجوء إلى التحكيم من قبل الأطراف قد تكون في شكل شرط للتحكيم يتم إدراجه ضمن بنود العقد الذي تم الإتفاق عليه، بحيث يتم إخضاع أي نزاع قد يحدث مستقبلاً إلى التحكيم، أو قد يأخذ صورة مشاركة تحكيم والذي يكون بعد نشوب النزاع، بحيث تتفق الأطراف المتخاصمة بعد نشوب الخلاف بينهم بشأن أي مسألة من مسائل تنفيذ العقد على إحالتها إلى التحكيم، وقد تم تسميته بمشارطة التحكيم، لأن الإتفاق لاحق على نشوب النزاع<sup>3</sup>.

### التعريف المختار:

<sup>1</sup> مصطفى جمال عكاشة، محمد عبد العالي، التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية و الداخلية، المرجع السابق، ص 971.  
<sup>2</sup> تعريف محكمة النقض المصرية الفقرة رقم 2 من الطعن رقم 52 سنة قضائية 60 تاريخ الجلسة 27- 02- 1994 المشار إليه من قبل: أنور طلبه، موسوعة المرافعات المدنية و التجارية، مرجع سابق، ص 489.  
<sup>3</sup> أحمد أبو الوفاء، التحكيم الاختياري والإجباري. مرجع سابق. ص 206.

"اتفاق التحكيم" هو اتفاق بين طرفين على أن يحيلوا إلى التحكيم جميع أو بعض المنازعات المحددة التي نشأت أو قد تنشأ بينهما بشأن علاقة قانونية محددة تعاقدية كانت أو غير تعاقدية ويجوز أن يكون اتفاق التحكيم في صورة شرط تحكيم وارد في عقد أو صورة اتفاق منفصل.

و يستخلص من التعريفات السابقة النقاط التالية:

1. إن جميع هذه التعريفات تدور حول جوهر و مضمون واحد وهو ان التحكيم عبارة عن وسيلة خاصة لتسوية النزاع دون الرجوع إلى السلطة القضائية<sup>1</sup>.

2. إن اللجوء إلى التحكيم مرهون بإرادة الأطراف و تتجسد إما في العقد وتسمى شرط التحكيم أو في عقد منفصل قبل نشوب النزاع ويطلق عليها اتفاق التحكيم.

**ويختلف التحكيم عن الخبرة، فالمحكم يقوم بوظيفة القضاء ويحسم النزاع بين الخصوم ورأية يفرض عليهم – بينما الخبير لا يكلف إلا بمجرد إبداء الرأي فيما يطرح عليه من مسائل، وهذا الرأي لا يلزم الخصوم، كما لا يلزم القاضي<sup>2</sup>.**

**و يختلف التحكيم عن الصلح لأن الصلح عقد يتم بين أطراف الخصومة أنفسهم أو بمن يمثلونهم يقومون بمقتضاه بحسم خلافاتهم عن طريق نزول كل طرف عن بعض ما يتمسك به – بينما في التحكيم يقوم المحكم بمهمة القضاء – فالتحكيم اشد خطورة من الصلح لأن التجاوز عن الحق في الأخير معلوم قبل تمامه بينما في التحكيم تتعذر معرفة ما قد يمكن أن يحكم به. كما يلاحظ أن عقد الصلح غير قابل للتنفيذ في ذاته – ما لم يتم في صورة عقد رسمي أو يتم امام المحكمة – بينما يصدر حكم التحكيم قابلاً للتنفيذ بإتباع القواعد العامة وبعد الحصول على الأمر بتنفيذه، كما أنه لا يمكن الطعن في عقد الصلح بطرق الطعن المقررة بالنسبة للحكام و إن كان قابلاً للبطلان أو الفسخ<sup>3</sup>.**

### أنواع التحكيم:

التحكيم له صور متعددة فهو بحسب الإرادة في إنشائه تحكيم إختياري وينقسم بحسب سلطة المُحكّم المقيدة أو المطلقة إلى تحكيم بالقضاء (مقيد) وتحكيم بالصلح (مطلق)، وينقسم بحسب مكان صدوره إلى تحكيم وطني وتحكيم أجنبي.

### أولاً: التحكيم الإختياري والتحكيم الإجباري:

التحكيم الإختياري هو: توافق إرادة ذوي الشأن على عرض النزاع القائم بينهم أو المحتمل على فرد أو أفراد عاديين يختارونهم للفصل وفقاً للنظام أو وفقاً لقواعد العدالة دون عرضه على قضاء الدولة.

<sup>1</sup> أشرف عبد العليم الرفاعي، اتفاق التحكيم و المشكلات العملية والقانونية في العلاقات الخاصة الدولية " دراسة فقهية. قضائية مقارنة"، دار الفكر الجامعي، مصر، 2001، ص 270.

<sup>2</sup> أحمد إبراهيم عبد التواب، اتفاق التحكيم والدفع المتعلقة به، دار النهضة العربية، القاهرة، 2001، ص 110.

<sup>3</sup> منير عبدالمجيد، الأسس العامة للتحكيم الدولي والداخلي في القانون الخاص في ضوء الفقه وقضاء التحكيم. الاسكندرية، منشأة المعارف، 2000، ص 484.

والتحكيم يكون إختيارياً إذا لم يكن الإلتجاء إليه أمراً مفروضاً على الأطراف المحكّمين، إنما يتم بمحض إرادة الخصوم ، وهذا هو الأصل في التحكيم، وقد تحدث بعض شراح القانون بأن هناك بعض الأحوال يوجب المنظم فيها اللجوء إلى التحكيم، والمسمى بالتحكيم الإلجباري، ويكون ذلك في مسائل معينة قد يرى المنظم عدم جواز طرحها على القضاء وذلك لأسباب وإعتبارات معينة. و لم يعد التحكيم إختيارياً، و هذه هي القاعد العامة.

### ثانياً: التحكيم بالقضاء والتحكيم بالصلح:

**التحكيم بالقضاء** يتم إذا كانت مهمة المُحكّم الفصل في النزاع، فهو مثل القاضي يصدر حكمه وفقاً لما يتضح له من وقائع الدعوى و وسائل الإثبات التي تقدم له ولا يأخذ في الإعتبار إرادة الخصوم في ما يصدره من حكم.

**أما التحكيم بالصلح** فإن المُحكّم يفوض من قبل الخصوم بإجراء الصلح في النزاع القائم بينهم. و تنحصر مهمته في تقريب وجهات النظر بين الخصوم بناء على ما يقدم له من وثائق ومستندات وإذا تعذر عليه ذلك فله أن يصدر الحكم الذي يراه. و المُحكّم في هذا النوع يبحث عن الحل الذي يراه أكثر ملائمة لمصالح الطرفين<sup>1</sup>.

وقد أقر المشرع الجزائري التحكيم بالصلح ولم يفرق بينه وبين التحكيم بالقضاء إلا من حيث وجوب صدور الحكم بالصلح بالإجماع في حاله إذا كان النزاع تم الفصل فيه عن طريق هيئة تحكيمية، في حين أن التحكيم بالقضاء يكفي صدور الحكم بالأغلبية وإذا كانوا مفوضين بالصلح وجب صدور الحكم بالإجماع<sup>2</sup>.

### ثالثاً: التحكيم الوطني والتحكيم الدولي:

**التحكيم الوطني:** هو التحكيم الذي يتعلق بنزاع على إقليم الدولة وتكون جميع عناصره وطنية.

**و التحكيم الدولي:** هو التحكيم الذي ينصب على علاقات تكون بين أشخاص منتمين لدول مختلفة أو ينصب على منازعات بين الدول أو المنظمات أو الهيئات الدولية.

و التحكيم الذي يفصل في المنازعات التي تثور بصدد التجارة الدولية يسمى التحكيم الدولي الخاص. في حين أن التحكيم الذي يحسم المنازعات التي تثور بين الدول يسمى التحكيم الدولي العام<sup>3</sup>.

ويري البعض أن التحكيم الداخلي هو الذي يتعلق بنزاع على إقليم الدولة وتكون جميع عناصره وطنية، أما التحكيم الدولي فهو الذي يكون أحد عناصره أجنبية مثل موضوع النزاع أو جنسية الخصوم أو القانون الواجب التطبيق على النزاع أو المكان الذي يجري فيه التحكيم.

<sup>1</sup> محمد علي عويضة، حق الدفاع كضمانة إجرائية في خصومة التحكيم، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2001 ص 310 .

<sup>2</sup> عبد السلام ذيب، قانون الإجراءات المدنية و الإدارية الجديد، المرجع السابق، ص 517.

<sup>3</sup> أحمد إبراهيم عبد التواب، إتفاق التحكيم و الدفعوع المتعلقة به، المرجع السابق، ص 115.

و أخيراً نشير إلي أن التحكيم قد يتتوع حسب موضوعه فإذا كان موضوع النزاع تجارياً فإن التحكيم يسمى تحكيمياً تجارياً وإذا كان الموضوع مدنياً يسمى تحكيمياً مدنياً و هكذا<sup>1</sup>.

## الفرع الثاني: الطبيعة القانونية للدفع بوجود اتفاق التحكيم و شروط

### قبوله

القاعدة أن لكل من طرفي التحكيم حق إبداء دفعه بما يكفل له تحقيق مصلحته، ولا يجوز لهيئة التحكيم أن تمنع أي من الطرفين من إستعمال حقه في إبداء أي دفع من دفعه. و أن الحق في الدفاع الذي يجب دائماً صيانتة وإحترامه<sup>2</sup>.

و الدفع التي يمكن تقديمها في خصومة التحكيم هي نفس الدفع التي يجوز تقديمها في الخصومة القضائية، أمام المحاكم فقد تكون دفعاً إجرائية أو دفعاً بعدم القبول أو دفعاً موضوعية.

أولاً: طبيعة الدفع بوجود إتفاق التحكيم

يثار السؤال عن طبيعة الدفع بالتحكيم في حالة عرض النزاع الذي حرر بشأنه إتفاق على التحكيم ثم رفع الأمر إلى محاكم قضاء الدولة.

فما الطبيعة القانونية الدفع بوجود إتفاقية التحكيم؟ هل أصله القانوني أنه دفع بعدم الإختصاص أم أنه دفع بعدم القبول؟ أو غيره من الدفع؟، وما هي وجهة نظر الفقه، وإجتهدات القضاء، والقانون الجزائري؟.

إختلف بعض الفقهاء، وأحكام القضاء، ونصوص القوانين حول طبيعة الدفع بإتفاق التحكيم، من خلال الوقوف عند فقهاء القانون و إجتهدات القضاء المقارن إنقسموا إلى وجهات نظر متعددة:

### 1 - الدفع بإتفاق التحكيم دفع بعدم الإختصاص:

أن الدفع بوجود إتفاق التحكيم أثار خلافاً بين الفقهاء، فذهب البعض بالقول بأنه دفعاً بعدم الإختصاص غير متعلق بالنظام العام، يتعين أن يبدي قبل التكلم في الموضوع<sup>3</sup>، وقال البعض الآخر أنه يتعين أن يبدي قبل أي دفع شكلي، ولا يجوز للمحكمة أن تبديه من تلقاء نفسها.

<sup>1</sup> منير عبدالمجيد، قضاء التحكيم في منازعات التجارة الدولية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2000، ص 171.

<sup>2</sup> محسن شفيق، التحكيم التجاري الدولي، دار النهضة العربية، القاهرة 1999، ص 32.

<sup>3</sup> منير عبدالمجيد، قضاء التحكيم في منازعات التجارة الدولية، مرجع سابق، ص 171.

إن الدفع بعدم الإختصاص أمر بالغ الصعوبة، لأن إتفاق التحكيم لا ينزع إختصاص المحكمة، وإنما يمنعها فقط من سماع الدعوى طالما الإتفاق قائماً، كما أنه من المستحيل تحديد نوع عدم الإختصاص، هل هو إختصاص نوعي أو إختصاص مكاني<sup>1</sup>.

### مفهوم النظرية :

يسود هذا الرأي في أوساط الفقه والقضاء الفرنسيين وجانب من الفقه الإيطالي، مؤيد بقضاء محكمة النقض الإيطالية في بعض أحكامها، حيث إعتبرته محكمة النقض الإيطالية دفعا غير متعلق بالنظام العام شأنه شأن الدفع بعدم الإختصاص المحلي، مما يوجب التمسك به قبل الكلام في الموضوع وإلا سقط الحق فيه<sup>2</sup>.

كما يعتنقه بعض من الفقه العربي وظهر هذا جليا في مجلة التحكيم التونسية في الفصل الـ (19) أنه دفعا بعدم الإختصاص، وكذلك المادة 24 من اتفاقية عمان العربية للتحكيم التجاري والتي أقرها مجلس وزراء العدل العربي في دورته الخامسة لسنة 1987 ذكرت بأنه الدفع بعدم الإختصاص والتي جاء فيها: يجب إبداء الدفع بعدم الإختصاص والدفع الشكالية الأخرى قبل الجلسة الأولى وعلي الهيئة أن تفصل فيها قبل الدخول في الموضوع ويكون قرارها بهذا الشأن نهائيا.

حيث يري القائلون بهذا الرأي أن الإتفاق علي التحكيم يحجب سلطة المحاكم عن نظر النزاع، وهو ما يؤدي إلي نزع الإختصاص بنظر النزاع عن المحاكم وإعطائه للمحكمن، فيكون الدفع به دفعا بعدم الإختصاص وليس بعدم القبول، وهو عدم إختصاص وظيفي لإنتفاء الولاية و ينجم جراء الإتفاق على التحكيم الذي يسلب ولاية القضاء العام للدولة عن نظر هذا النزاع، وهي حالة نادرة يملكها الأفراد<sup>3</sup>.

وقيل بأنه دفع بعدم الإختصاص النوعي ذو طبيعة خاصة يتعلق بتعيين نصيب كل من المحكمة العامة ومحكمة المحكمن، وهذه هي خاصية الدفع بعدم الإختصاص النوعي، وهو ذو طبيعة خاصة لا يثار فيه إعتبار النظام العام ولا يمكن إثارة ما إذا كان شكليا أو موضوعيا بعد أن سبقه إثارة مسألة أخرى أغنت عنه وهي بحث ما إذا كان التعرض للدعوى دفعا أو دفاعا يعتبر تنازلا عن إتفاق التحكيم أم لا ؟ وما دام التعرض للدعوى يعد دائما "تنازلا" عن التحكيم فإن البحث في تقسيم الدفع بعدم الإختصاص لا يجد له محلا بصدد الدفع بالتحكيم وطبيعته الخاصة هي التي تفسر عدم تعلقه بالنظام العام بالرغم من إعتباره دفعا بعدم الإختصاص النوعي.

### حجج النظرية:

تتلخص حجج القائلين بعدم الإختصاص فيما يلي:

1- يجمع الفقه المقارن على أن التحكيم الإجباري في بعض المنازعات يسلب محاكم الدولة ولايتها بنظر هذه المنازعات فإذا أثبتت أمامها هذه الدفع كان عليها أن تقضي من

1 تنص المادة 1045 ق.إ.م.إ: "يكون القاضي غير مختص بالفصل في موضوع النزاع، إذا كانت الخصومة التحكيمية قائمة، أو إذا تبين له وجود اتفاقية تحكيم على أن تثار من أحد الأطراف".

2 أحمد أبو الوفا، التحكيم الاختياري والإجباري، مرجع سابق، ص 206.

3 محمد علي عويضة، حق الدفاع كضمانة إجرائية في خصومة التحكيم، منشأة المعارف، الإسكندرية، 3001 ص 310.



تلقاء نفسها بعدم الإختصاص وليس ثمة فارق بين التحكيم الإجباري و الإختياري فكلاهما فصل في النزاع عن غير طريق القضاء ولا يجوز أن يختلف الحكم فيهما.

2- الإتفاق على التحكيم لا يعني أكثر من تراضي الخصوم بعرض النزاع القائم بينهم على المحكم للفصل فيه بدلا من المحكمة المختصة، و لكون الدعوى مجرد سلطة للحصول على حكم في موضوعها فإنه يستوي صدور هذا الحكم من القضاء أو من هيئة أخرى حولها القانون سلطة القضاء في بعض المنازعات، فحق اللجوء إلى القضاء يعتبر حق من الحقوق العامة المعترف به للكافة ولا يقبل التنازل عنه، أما الدعوى فهي حق لشخص معين إعتدي على حقه أو هدد بالإعتداء عليه وهي توجد قبل اللجوء إلى القضاء، وسواء لجأ المعتدى عليه إلى القضاء بالفعل أو لم يلجأ إليه<sup>1</sup>.

3- أن المحكم ليس سوى قاض خاص في خصومة النزاع المعروض عليه وليس من قضاة الدولة، وإذا كان القانون في نصوصه قد أعطى الحق للمحكمة الرقابة على حكم المحكمين ورفع دعوى البطلان أو تنفيذ حكم المحكمين أو إصدار أحكاما وقتية، فإن كل ذلك يؤكد سلب ولاية هذه المحكمة في الفصل إبتدائيا في النزاع وليس العكس<sup>2</sup>.

4- الاتجاه السائد في كل من فرنسا وإيطاليا يقرر أن الدفع بالتحكيم يعتبر دفعا إجرائيا لا شأن له بمسألة عدم القبول، وقد أيدت هذا الإتجاه الأنظمة القانونية المعاصرة وعلى رأسها القانون الفرنسي الجديد الذي نص صراحة على عدم إختصاص جهة القضاء بالفصل في نزاع اتفق بشأنه على التحكيم، وأوجب عليها الحكم بعدم الإختصاص ما لم يكن إتفاق التحكيم ظاهر البطلان، ولم يكن النزاع قد رفع إلى محكمة التحكيم وفقا لنص المادة: 1458 إ.م.ف جديد و التي نصت بالقول و أنه دفع متعلق بالمصلحة الخاصة لأطرافه ومن ثم وجوب ألا تقضي به المحكمة من تلقاء نفسها و عليه ليس من قبيل الدفعوع المتعلقة بالنظام العام<sup>3</sup>.

5- وقد تواترت أحكام النقض المصرية على تطبيق أحكام الدفعوع الإجرائية وخاصة الدفع بعدم الإختصاص غير المتعلق بالنظام العام على الدفع بالتحكيم<sup>4</sup>.

6- إعتبار الدفع بالتحكيم دفعا بعدم الإختصاص لا يؤدي إلى جواز إبدائه في أية حالة تكون عليها الإجراءات، ولا يعطي المحكمة حق القضاء به من تلقاء نفسها، كما هو شأن الدفعوع المتعلقة بالنظام العام، وذلك لأن الأصل هو ولاية قضاء الدولة و الإستثناء للمحكم، و بصدد نزاع معين فلا يجوز للقاضي المعروض عليه النزاع إحالة هذه القضية المعروضة على قضاء الدولة أن يتصل من ولايته بحجة وجود إتفاق التحكيم، قد يعدل عنه الخصوم، وكان من المنطق أن لا تقضي به المحكمة ما لم يتمسك به الخصوم قبل الكلام في الموضوع أو إبداء أي دفاع بشأنه، وإذا كان إتفاق التحكيم هو الذي نزع ولاية القضاء أمر لم يكن

<sup>1</sup> منير عبدالمجيد، الأسس العامة للتحكيم الدولي و الداخلي في القانون الخاص، مرجع سابق ، ص 172 .

<sup>2</sup> كليبي حسان، دور القضاء في قضايا التحكيم التجاري الدولي، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، تخصص عقود ومسؤولية ، كلية الحقوق، جامعة أمحمد بوقرة، بومرداس، 2012 ، ص31.

<sup>3</sup> نجيب أحمد عبد الله الجبلي، التحكيم في القوانين العربية " د ارسمة مقارنة في الفقه الإسلامي والأنظمة الوضعية"، منشورات الحلبي القانونية، لبنان، 2001، ص707.

<sup>4</sup> عبد الحميد المنشاوي، التعليق على قانون المرافعات، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 1993 ، ص07.

ممكنا لولا أن أجازه القانون، فإنه من الواجب الرجوع إلي الأصل، ويستنتج فيها القاضي عدول الخصوم عن هذا الإتفاق وإذا كان هذا الإتفاق ظاهر البطلان<sup>1</sup>.

هناك العديد من القوانين تعتبر الدفع بوجود اتفاق التحكيم هو دفع بعدم الإختصاص، وبالتالي فهو دفع شكلي لا يتعلق بالنظام العام، ويجب إبداءه عند بدء الخصومة وقبل الخوض في موضوع الدعوى، وإلا سقط الحق فيه.

و من هذه القوانين التي أخذت بهذا المبدأ نجد المشرع الفرنسي حيث نص في المادة: 1458 ق.إ.م.ف أنه: "إذا رفع أمام محكمة قضائية نزاعا موضوعا أمام محكمة تحكيمية بموجب إتفاقية تحكيمية فعليها إعلان عدم إختصاصها إذا لم يسبق للمحكمة التحكيمية أن تعهدت النزاع فعلى المحكمة القضائية أيضا إعلان عدم إختصاصها ما لم يكن عقد التحكيم واضح البطلان، وفي هاتين الحالتين لا يمكن للمحكمة القضائية أن تعلن عدم إختصاصها من تلقاء نفسها، إلا أن هذه النقطة المتعلقة بالنظام العام نجد فيها خلافا بين محكمة النقض الفرنسية والمحاكم الدنيا، إذ إعتبرت محكمة النقض الفرنسية إن الدفع بالتحكيم هو دفع بعدم الإختصاص النوعي المتعلقة بالنظام العام، والذي يتعين على المحكمة إثارته من تلقاء نفسها، ويجوز التشبث به في أية مرحلة تكون عليها الدعوى، أما المحاكم الدنيا فلا تعتبره من النظام العام.

إضافة على بعض أحكام محكمة النقض المصرية التي ذهبت في نفس الإتجاه على إعتبار الدفع بالتحكيم هو دفع بعدم الإختصاص غير متعلق بالنظام العام.

ومن الفقهاء كذلك من ذهب على إعتبار الدفع باتفاق التحكيم هو دفع بعدم الإختصاص وذلك في نظرية إعتبرت الدفع باتفاق التحكيم هو دفع بعدم الإختصاص<sup>2</sup>.

ذلك ان المشرع بإقراره لإتفاق التحكيم الذي إتفق فيه طرفيه بعدم طرح نزاعاتهم على القضاء، يجعل من هذا النزاع خارجا عن إختصاص القضاء بمقتضى ذلك الإتفاق<sup>3</sup> إعمالا لمبدأ سلطان الإرادة.

وهكذا نفهم من أصحاب هذا الإتجاه أن اتفاق التحكيم يترتب على إبرامه سلب ولاية المحكمة في نظرها للنزاع وجعل ذلك من إختصاص الهيئة التحكيمية المتفق عليها.

إلا أن هذه النظرية تعرضت لمجموعة من الإنتقادات من بينها:

- إن إختصاص المحكمة في بثها في قضايا معينة يكون مستمدا من نصوص قانونية، و بالتالي فالقول أن اتفاق التحكيم بعد إبرامه يجعل المحكمة غير مختصة هو قول يتنافى مع هذا الإعتبار.

و الدفع بعدم الإختصاص هو الدفع الذي ينكر به الخصم على المحكمة سلطة نظر الدعوى لخروجها على حدود الإختصاص الذي قرره القانون لها، وعندما تقرر المحكمة أنها غير مختصة. فإنها تصدر حكما بعدم الإختصاص وبالتالي تنتهي الخصومة أمامها<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> عبد الحكيم فودة، الدفع و الدفاعات في المواد المدنية و الجنائية، المرجع السابق، ص 11.

<sup>2</sup> عاشور مبروك، الوسيط في النظام القانوني لتنفيذ أحكام التحكيم، دار النهضة العربية، القاهرة، 2006، ص 110.

<sup>3</sup> أحمد السيد صاوي، الوسيط في شرح قانون المرافعات المدنية والتجارية، المرجع السابق، ص 29.

**1 – الدفع بالتحكيم دفع بعدم الإختصاص:**

موقف المشرع الجزائري من الدفع بعدم الإختصاص(في حالة وجود إتفاقية التحكيم).

تنص المادة : 1045 من ق.إ.م.إ على أنه:" يكون القاضي غير مختص بالفصل في موضوع النزاع ، إذا كانت الخصومة التحكيمية قائمة، أو إذا تبين له وجود إتفاقية تحكيم على أن تثار من أحد الأطراف".

نفهم من هذه المادة أنه لا يمكن للقاضي الوطني الذي يعرض عليه النزاع، إذا تبين له وجود إتفاق بشأنه عن طريق التحكيم أن ينظر فيه، وكذلك عدم إمكانية إثارة عدم الإختصاص من تلقاء نفسه. كما أنه بإعتبار اتفاق التحكيم مفاده إقصاء القضاء بالنظر في الدعوى الناشئة عن هذا الإتفاق فإنه ينشئ هذا الأخير لكل طرف الحق في الدفع بالتحكيم إذا حاول الطرف الآخر اللجوء إلى القضاء، وعلى المحكمة التي ترفع إليها الدعوى أن تحكم بعدم إختصاصها عند إثارة الدفع بالتحكيم<sup>2</sup>.

أما فيما يخص إستقراء المادة: 1045 من ق.إ.م.إ ، فإننا نفهم منها أن عدم إمكانية إثارة القاضي الوطني لمبدأ عدم الإختصاص من تلقاء نفسه، إذ ورد في النص:" .....على أن تثار من أحد الأطراف".

يقوم التحكيم على مبدأ سلطان الإرادة، وعليه فإنه يمكن العدول عن التحكيم وذلك بإتفاق الطرفين والعودة إلى القضاء، فليس للقاضي الذي يعرض أمامه نزاع ويلاحظ شموله بعقد تحكيم أن يثير تلقائياً عدم إختصاصه، كما أن عدم الإختصاص لا يمكن أن يثار إلا من طرف من يهيمه الدفع<sup>3</sup>.

فإذا كان تمسك الأطراف باتفاق التحكيم شرط منطقي وضروري حتى يحكم القاضي بعدم إختصاصه، فهل يمكن إثارته في أي وقت من مراحل الدعوى؟ أم يجب إثارته حتى قبل بدء إجراءات التحكيم؟.

فهنا يمكننا التحدث عن الوقت الذي يتعين فيه إثارة الدفع بعدم الإختصاص، حيث تطرق له المشرع الجزائري في نص المادة: 1044-1-2 ق.إ.م.إ بالقول :

" تفصل محكمة التحكيم في الإختصاص الخاص بها.

ويجب إثارة الدفع بعدم الإختصاص قبل أي دفاع في الموضوع".

و يعني هذا، أن إثارة الدفع بعدم الإختصاص بعد تقديم الدفاع المتعلق بالموضوع لا يمكن الإستجابة له، ولا حتى النظر فيه، نظرا لسقوط الحق في التمسك بذلك.

**2- الدفع بالتحكيم دفع بعدم القبول**

- مفهوم النظرية وأسانيدها :

<sup>1</sup> عبد الحميد المنشاوي، التعليق عل قانون المرافعات، المرجع السابق، ص 11.

<sup>2</sup> عبد السلام نيب، قانون الإجراءات المدنية و الإدارية الجديد، المرجع السابق، ص 528.

<sup>3</sup> حدادان طاهر، دور القاضي الوطني في مجال التحكيم التجاري الدولي، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، فرع قانون التنمية الوطنية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2012، ص 63.

قيل بأنه يترتب على قبول التحكيم نزول الخصم عن اللجوء للقضاء، فشرط التحكيم لا ينزع الإختصاص من المحكمة وإنما يمنعها من سماعها فقط ما دام الشرط قائماً، وبذلك يكون حق التمسك بشرط التحكيم من قبيل الدفعوع بعدم القبول، و هذا لا ينكر سلطة الخصم في اللجوء إلى القضاء العادي للدفاع عن الحقوق المتنازع عليه<sup>1</sup>.

كما أن الإتفاق على التحكيم لا يمس الشروط الشكلية المتعلقة بالإختصاص، وإنما يمس سلطة الخصم في اللجوء للقضاء، وينشئ عائقاً مؤقتاً يمنع المحكمة من نظر الدعوى، و لذلك فالرجوع عنه يوجب العودة إلى المحكمة المختصة ويؤكد أن التحكيم لا ينزع الإختصاص، لكون اتفاق التحكيم يؤدي إلى تنازل الخصوم عن سلطة اللجوء إلى القضاء أي إلى المحكمة المختصة أصلاً بنظر النزاع بإرادتهم.

و أن الدعوى تفقد بذلك شرطاً من شروط قبولها، فيمنع على المحكمة نظرها، ويصور هذا الإتجاه اتفاق التحكيم على أنه يتضمن تنازلاً من الطرفين عن حق الدعوى، بحيث أنه إذا لجأ أحدهما إلى المحكمة جاز للطرف الآخر أن يتمسك بعدم قبول الدعوى بسبب التنازل عنها.

ويشبه البعض الآخر أثر إتفاق التحكيم بأثر سقوط الدعوى بالتقادم، أو بصور حكم سابق في نفس المنازعة، ويرتب على ذلك نفس النتائج.

وقيل بأن الدفع بالتحكيم هو دفع بالتنازل عن الخصومة، وقد أخذت بذلك محكمة النقض الإيطالية بهذا التكييف في بعض أحكامها مما يمكن إدخاله في تعداد الدفعوع بعدم القبول<sup>2</sup>.

وقيل أن الخصم اللذي رضي بعرض النزاع على محكم، يكون قد تنازل عن حقه في الفصل في الدعوى عن طريق الخصومة العادية، والتمسك بهذا التنازل يعتبر دفعاً بعدم القبول من الناحية الإجرائية أمام القضاء، ولأن أساس هذا الدفع هو إتفاق الطرفين على التحكيم فإنه لا يتعلق بالنظام العام، وليس للمحكمة أن تقضي بأعماله من تلقاء نفسها، ويجوز التنازل عنه صراحة أو ضمناً، ويسقط الحق فيه بالتطرق للموضوع، على أنه إذا قضي ببطلان الإتفاق على التحكيم، عاد للطرفين الحق في الإلتجاء إلى القضاء العادي<sup>3</sup>.

حيث أن الدفع بالتحكيم ليس دفعاً موضوعياً وبالتالي فلا يستنفذ محكمة الموضوع ولايتها بقبوله أو عدم قبوله، ويجب على المجالس القضائية إذا ألغت حكم أول درجة وقررت رفض الدفع أن تقرر إعادة الدعوى إلى محكمة أول درجة، ولا تكون قد خالفت مبدأً دستورياً، لأن التقاضي يكون على درجتين، بل أكثر من ذلك إنه يجوز للخصوم باتفاقهم اللجوء إلى القضاء العادي للفصل في نزاعهم الذي سبق الفصل فيه بالتحكيم دون أن يكون من حق المحكمة المعروض عليها النزاع أن تحكم من تلقاء نفسها بعدم قبول الدعوى لسبق الفصل فيها بالتحكيم، فكأنهم تنازلوا عن الحكم الذي صدر عن القضاء الخاص وهو إستثناء سلكوه بمحض إرادتهم، فلا يقيدهم حكم القضاء الخاص إذا اتفقوا على العودة للأصل<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> حددان طاهر، دور القاضي الوطني في مجال التحكيم التجاري الدولي، المرجع السابق، ص 71 .

<sup>2</sup> ناريمان عبد القادر، التحكيم وفقاً لقانون التحكيم في المواد المدنية و التجارية، المرجع السابق، ص 30 .

<sup>3</sup> مناني فراح، التحكيم طريق بديل لحل النزاعات، دار الهدى، الجزائر، 2007، ص 07.

<sup>4</sup> أحمد أبو الوفا، التحكيم الإختياري والإجباري، المرجع السابق، ص 21.

أي أن الدفع بشرط التحكيم هو دفع بعدم قبول الدعوى يتوجب التمسك به قبل الدخول في الموضوع، والحكم الذي يصدر نتيجة هذا الدفع بتوقيف الإجراءات القضائية لوجود إتفاق بين المتعاقدين يوجب حل النزاع بطريق التحكيم ينهي الدعوى القائمة ويزيل الخصومة ويجعلها كأنها لم تكن.

### نقد النظرية

إن أهم ما وجه إلى هذه النظرية من إنتقاد هو أن الدفع بعدم القبول يجوز إبدائه في أية حالة تكون عليها الدعوى، وعليه فيتعين على المحكمة التي يرفع أمامها نزاع بشأنه إتفاق تحكيم أن تقضي بعدم قبول الدعوى إذا دفع المدعي عليه بذلك قبل إبدائه أي طلب أو دفع في الدعوى.

### 3 - الدفع بالتحكيم دفع بعدم جواز نظر الدعوى

#### مفهوم النظرية:

يرى أنصار هذه النظرية أن وجود إتفاق على التحكيم يعد قرينة على حسم النزاع يمنع نشوء الدعوى، لذا فإن الدفع بالتحكيم هو الدفع بعدم جواز نظر الدعوى لتخلف حق الدعوى أصلا لدى الخصم وليس دفعا بعدم قبول الدعوى الذي يرمي إلى منع التعسف في إستعمال حقها في حالة تخلف المصلحة، ويبدو الفارق بين فكرتي عدم القبول وعدم جواز النظر في أن الدفع بعدم جواز نظر الدعوى يحول دون إعادة رفع الدعوى من جديد، أما الدفع بعدم القبول فهو جزاء وقائي لمنع التعسف ولا يحول دون إعادة رفعها. ومرجع هذا الرأي أن حسم النزاع بطريق التحكيم هو واقعة إجرائية مانعة تحول دون حق الدعوى القضائية ولا تختلف عن واقعة حسم النزاع قضاء<sup>2</sup>.

إلا من حيث أن الواقعة الأخيرة هي واقعة إجرائية منهيّة تنهي حق الدعوى القضائية، لذلك فإن الدفع بسبق الفصل حسم النزاع صلحا أو تحكيما أو قضاءا وليس دفعا بعدم الإختصاص أو بعدم القبول، وإنما هو دفع بعدم جواز النظر<sup>3</sup>.

#### نقد النظرية:

- أ - لا يفرق الفقه الإجرائي بين عدم جواز نظر الدعوى و عدم قبولها
- ب- أن القول بإنتفاء حق الدعوى لإنتفاء النزاع غير مطابق للواقع لأن إتفاق التحكيم يفترض لإعماله وجود نزاع قائم أو قد ينشأ في المستقبل.
- ج - أن هذا الدفع لا يتفق مع إعتباره دفعا بعدم جواز نظر الدعوى، لأنه لا يمنع الدفع بالتحكيم من رفع الأمر إلى القضاء مثال ذلك إنقضاء أجل التحكيم دون صدور حكم أو إستحالة إتمامه لأي سبب.

### 4 - الدفع بالتحكيم دفع إجرائي من نوع خاص

<sup>1</sup> محمد علي عويضة، حق الدفاع كضمانة إجرائية في خصومة التحكيم، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2001 ص310.

<sup>2</sup> أشرف عبد العليم الرفاعي، إتفاق التحكيم و المشكلات العملية و القانونية في العلاقات الخاصة الدولية، المرجع السابق، ص 230.

<sup>3</sup> أحمد إبراهيم عبد التواب، إتفاق التحكيم و الدفع المتعلقة به ، المرجع السابق، ص 10.

### حجج هذه النظرية:

- 1- أي الدفع بالتحكيم يوجه إلى إجراءات الخصومة القضائية من منطلق أن إتفاق التحكيم يلزم أطرافه بعدم سلوك طريق التقاضي العادي وعليه لا صلة بالدفع بالتحكيم بموضوع الدعوى الذي هو سبب النزاع المراد حله بطريق التحكيم، ولا علاقة له بعدم القبول الذي يعود إلى عيب في الدعوى ذاتها ومدى توافر الشروط اللازمة للفصل في الإدعاء الموضوعي<sup>1</sup>.
- 2- الدفع بالتحكيم يخضع من الناحية العملية للقواعد المطبقة على الدفع المقررة للمصلحة الخاصة. ومن مظاهرها:
  - أ- القاعدة المأخوذ بها فقها و قضاءا وهي وجوب إبداء الدفع بالتحكيم قبل التطرق للموضوع.
  - ب- ان الحكم الصادر في الدفع بالتحكيم لا يستنفذ سلطة محكمة أول درجة في نظر الموضوع .
  - ج- أن أغلب القوانين العربية وأنظمة التحكيم الدولية ترتب على الدفع بالتحكيم أثراً وإجراءً بحثاً في وقف الإجراءات لحين صدور قرار التحكيم<sup>2</sup>.

### نقد النظرية

ليس من السهل التسليم بالرأي السابق للأسباب التالية :

- 1- أن القول بأن الدفع بالتحكيم يوجه إلى إجراءات الخصومة القضائية تأسيساً على ان إتفاق التحكيم يلزم أطرافه بعدم سلوك طريق التقاضي العادي لا يختلف عن تأصيل التحكيم بإعتباره تنازلاً عن حق الدعوى، أو اللجوء إلى القضاء فجمعيتها تقوم على إفتراض ليس صحيحاً بدليل إمكانية العودة إلى التقاضي العادي لو تعذرت مواصلة التحكيم أو وصوله إلى منتهاه، بعكس التنازل الذي يحول دون العودة إلى ممارسة الحق الذي تم التنازل عنه<sup>3</sup>.
- 2- الإستناد إلى خضوع الدفع بالتحكيم من الناحية العملية للقواعد المطبقة على الدفع الإجرائية بالأخص بالنسبة لأحكام القضاء ويفسره تقسيم الدفع بعدم القبول إلى دفع بعدم القبول إجرائي وآخر موضوعي، مع إخضاع كل منهما لأحكام الطائفة إلى ينتمي إليها، وهذه هي خطة محكمة النقض المصرية التي لم تسلم من نقد الفقه ومن بينهم صاحب هذا الرأي الدكتور وجدى راغب<sup>4</sup>.

### موقف المشرع الجزائري من طبيعة الدفع بوجود اتفاق التحكيم:

إن المشرع الجزائري لم ينص صراحة على نصوص قانونية تنظم وجود إتفاق التحكيم وقواعده، ولكن يمكن إستخلاص بعض قواعد الدالة على إتفاق التحكيم والدفع المتعلقة به.

<sup>1</sup> أحمد أبو الوفا، التحكيم الاختياري والإجباري، مرجع سابق، ص 206.  
<sup>2</sup> منير عبدالمجيد، الأسس العامة للتحكيم الدولي والداخلي في القانون الخاص في ضوء الفقه وقضاء التحكيم، الاسكندرية، منشأة المعارف، 2000، ص 484.  
<sup>3</sup> منير عبدالمجيد، قضاء التحكيم في منازعات التجارة الدولية، مرجع سابق، ص 171 .  
<sup>4</sup> وجدى راغب فهمي، مبادئ القضاء المدني، المرجع السابق، ص 140.

ففيما يخص بالدفع بعدم الإختصاص، فالقاضي الجزائي لا يمكن له أن يقضي بعدم إختصاصه من تلقاء نفسه، بل يجب على الأطراف إثارة إتفاق التحكيم، عملاً بنص المادة: 1045 ق.إ.م.إ.

كما إشتراط وجود إتفاق قانوني، لكن نلاحظ أنه لم يسن طبيعة هذا الوجود، هل المقصود الوجود الشكلي أم الوجود القانوني؟ فنلاحظ غياب نص قانوني لذلك، وعليه فإن المشرع الجزائي أخذ بحدّ ما بإتجاه المشرع الفرنسي، إذ أنه لم يعتمد على فكرة البطلان وعدم قابلية إتفاق التحكيم للتطبيق بصفة ظاهرة، ولكن إعتد على الجانب الشكلي لإتفاق التحكيم من أجل إستبعاد القضاء لصالح محكمة التحكيم<sup>1</sup>.

### شروط قبول الدفع بالتحكيم

1- يجب أن يكون إتفاق التحكيم مكتوباً<sup>2</sup>، ويعتبر الإتفاق مكتوباً إذا ورد في وثيقة موقعة من الطرفين، أو في تبادل رسائل أو توكسات أو برقيات أو غيرها من وسائل الاتصال السلكي واللاسلكي، تكون بمثابة سجل للإتفاق أو في تبادل لبيانات الادعاء والدفاع، يقول فيه أحد الطرفين بوجود إتفاق ولا ينكره الطرف الآخر وتعتبر الإشارة في عقد ما إلى مستند يشتمل على شرط للتحكيم بمثابة إتفاق تحكيم شريطة أن يكون العقد، وأن تكون الإشارة قد وردت فيه بحيث، تجعل ذلك الشرط جزءاً من العقد<sup>3</sup>.

2- ويتضح مما سبق أنه يجب على المدّعي عليه التمسك بحقه في الدفع بإتفاق التحكيم أن يكون قبل الدخول في موضوع الدعوى، وفي حالة عدم تقديمه قبل الدخول في موضوع الدعوى فسوف يسقط حقه في ذلك<sup>4</sup>.

تنص المادة: 1/1040 ق.إ.م.إ على أنه: "تسري اتفاقية التحكيم على النزاعات القائمة والمستقبلية".

يجب من حيث الشكل، وتحت طائلة البطلان، أن تبرم اتفاقية التحكيم كتابة، أو بأية وسيلة إتصال أخرى تجيز الإثبات بالكتابة.

تكون إتفاقية التحكيم صحيحة من حيث الموضوع، إذا إستجابت للشروط التي يضعها إما القانون الذي إتفق الأطراف على إختياره أو القانون المنظم لموضوع النزاع أو القانون الذي يراه المحكم ملائماً.

و لا يمكن الإحتجاج بعدم صحة اتفاقية التحكيم، بسبب عدم صحة العقد الأصلي .

1 تعولت كريم، الرقابة القضائية على اختصاص الحكم ، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة عبد الرحمان ميرة، عدد 3، بجاية، ص302.

2 المادة: 1/1008 ق.إ.م.إ تنص على أنه: " يثبت شرط التحكيم، تحت طائلة البطلان، بالكتابة في الاتفاقية الأصلية أو في الوثيقة التي تستند إليها"

3 هدى عبد الرحمن، دور المحكم في خصومة التحكيم و حدود سلطاته، المرجع السابق، ص126.

4 محمود السيد عمر التحيوي، مفهوم الأثر السلبي للإتفاق على التحكيم، المرجع السابق، ص290.

## المبحث الثاني: دفعوع حديثة

يرى " مونتسكيور " في كتابه "روح القوانين"<sup>1</sup>، أن الدولة يجب أن تقوم على أساس مقتضيات مبدأ الفصل بين السلطات، والفكرة الأساسية التي عالجهها هي إساءة إستعمال السلطة، لهذا لا يمكن أن تتجمع سلطة التشريع وسلطة التنفيذ في يد شخص واحد لأن ذلك يؤدي إلى ولادة الظلم والطغيان<sup>2</sup>.

لكي نقضي عليها يجب أن توزع الوظائف بين ثلاث سلطات تراقب كل واحدة منها الأخرى، ثم يدعم ذلك بوجود دستور مكتوب يمتاز بالسمو، ويختم بإقرار رقابة و تطابق القوانين مع الدستور فيما يعرف بالرقابة على دستورية القوانين.

يمكن القول أن رقابة دستورية القوانين تعتبر أنجع الوسائل التي إبتكرها الفقه الدستوري لحماية سيادة القوانين<sup>3</sup>، مما جعلها تمثل مرتبة هامة بين الموضوعات التي حظيت بإهتمام كبير<sup>4</sup>.

من هذا المنطلق فإن المشرع الدستوري الجزائري قد أنشأ المجلس الدستوري كوسيلة للرقابة على إحترام القوانين للدستور، كما أنه في تعديله للدستور سنة 2016 قد وضع آلية جديدة للرقابة على دستورية القوانين الصادرة عن السلطة التشريعية بآلية الدفع بعدم الدستورية، ثم صدر القانون العضوي رقم 16-18 حول الدفع بعدم الدستورية .

كما صدر المرسوم التنفيذي المتعلق بتطبيق المادة:108 من قانون المالية الخاصة بدمغة المحاماة

لذا سنتناول هذا المبحث في مطلبين:

نخصص المطلب الأول للدفع بعدم الدستورية

و نتطرق في المطلب الثاني: للدفع بعدم القبول لإنعدام الدمغة

<sup>1</sup> يقول "مونتسكيو" في كتابه روح القوانين:

« Je voudrais rechercher, dans tous les gouvernements modérés que nous connaissons qu'elle est la distribution des trois POUVOIR, est calculer par là les degrés de liberté dont chacun d'eux peut jouir " Voir Montesquieu, De l'esprit des lois, Enag, Editions, Algérie, Année 90, Page 211

<sup>2</sup> سليمان محمد الطماوي، النظم السياسية المقارنة للقانون الدستوري، دار الفكر العربي، مصر، 1988، ص 29.

<sup>3</sup> عبد العزيز محمد سالم، رقابة دستورية القوانين، دار الفكر العربي، مصر، 1995، ص 69.

<sup>4</sup> محمد المجذوب، القانون الدستوري والنظام السياسي، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2002، ص 106.



## المطلب الأول : الدفعو بعدم الدستورية

مما لا شك فيه أن الدستور في دولة القانون يعتبر أسمى القوانين داخل هرمها التقني، فهو من جهة يحدد التوجه السياسي للدولة، بحيث يضع الأسس السياسية و القانونية العامة التي تقوم عليها، و من جهة أخرى فإنه يتضمن التوجه الحقوقي للمجتمع. و علاوة على هذا فإن أهمية هذه الوثيقة تنبع من كونها المأطر للحقوق و الحريات الأساسية للمواطنين. و إنطلاقاً من هذه القيمة الإجتماعية و الحقوقية على وجه الخصوص التي يحتلها القانون الأساسي، فإن إحترام أحكامه هي مسؤولية الجميع داخل المجتمع، و على وجه الخصوص السلطة الحاكمة نظراً لأنها تملك الوسائل المادية و القانونية لذلك. كما أن المكانة التي تحضى بها هذه الوثيقة، تنبع أيضاً من المفهوم القانوني للتدرج التقني للقوانين، فطبقاً لهذه النظرية الفقهية التي أتى بها الفقيه هانس كلسن، فإن المنظومة القانونية للدولة تحتوي على مجموعة من أشكال القوانين تختلف طرق وضعها من مدى سمو قاعدة عن الأخرى.

بحيث نجد الدستور على رأس الهرم القانوني للدولة، كما تأتي بعدها القواعد التشريعية، ثم تليها القوانين الفرعية، تم القرارات التنظيمية و الفردية الصادرة عن السلطة الحكومية<sup>1</sup>.

فالقاعدة الدستورية تتميز بالاستقرار و الثبات، كما ينص عليه الفقه الدستوري. من هنا تجدر الإشارة إلى أن أي قانون تكون قيمته و مرتبته أدنى مقارنة بالتقنيات الأخرى تستمد وجودها من هذا المبدأ، فإنطلاقاً من هذه المكانة الحقوقية و المجتمعية و القانونية التي يحظى بها الدستور كان لا بد و من الضروري وجود مؤسسات تسهر على إحترام أحكامه السامية، و حاجة المجتمع الحقوقية لحماية الدستور أدت بدورها الى خلق هيئات تسهر على إحترام سائر التقنيات داخل الدولة للدستور.

بحيث إتجهت مجموعة من الأنظمة السياسية إلى تكريس طرق مختلفة في تحديد الجهة المختصة بمراقبة دستورية القوانين، فمنها ما أوكل ذات المهمة الى هيئة قضائية كالولايات المتحدة الأمريكية، و منها ما أوكلها الى هيئة سياسية كالمجلس الدستوري بفرنسا الذي يحتوي على تركيبة ذات طابع سياسي محض.

و جدير بالذكر إلى أنه هناك من الدول ما لم تأخذ بهذه الرقابة كالدستور البلجيكي لسنة 1831، و الدستور البلوني لسنة 1921 في المقابل نصت دساتير أخرى صراحة على بطلان القوانين التي تخالف أحكامه، كالدستور الياباني في مادته 98.

### الفرع الأول: النظام القانوني الجزائري للرقابة على دستورية القوانين

يمكن تعريف هذه الرقابة بما يلي: هي الدفعو بعدم دستورية قانون أو نظام الذي يعتبر تطبيقه على النزاع مسألة أولية للفصل في النزاع، مطالباً بعدم تطبيق النص الغير الدستوري، وفي حالة ما إذا أقر القاضي ذلك فإنه يمتنع عن تطبيقه بدون إلغاؤه.

1 يعتبر هانس كلسن أحد أبرز منظري الوضعية، فطبقاً لنظرية هذا الأخير فإن كل قانون مصدره الدولة و الدولة ليست إلا نسفاً من المعايير و القواعد الهرمية، كل قاعدة فيه تستمد قوتها الملزمة من مطابقتها للقاعدة الأعلى درجة منها، صعوداً للقاعدة الأعلى درجة و هي الدستور.

وهو ما يعرف بنظام إمتناع، وهذا النظام مطبق في أمريكا.

ولقد تجلت هذه الرقابة من خلال القضية الأمريكية الشهيرة ماربوري ضد ماديسون في سنة 1803، إذ إمتنع القاضي مارشال عن تطبيق قانون مخالف للدستور بإعتباره يسمو على القانون العادي غير الدستوري<sup>1</sup>.

تم إستحداث هذه الرقابة لضمان إحترام الدستور وجوهره، ولقد تطرق إليها المؤسس الدستوري من خلال إنشاء المجلس الدستوري الجزائري بموجب دستور 23 فيفري 1989، الذي ينص في مادته 153: "يؤسس مجلس دستوري يكلف بالسهر على احترام الدستور".

و الهدف الأساسي من وجود المجلس الدستوري هو ضمان التطبيق السليم للنصوص الدستورية التي تضمن حسن سير السلطات العامة خاصة ما تعلق بتوزيع الإختصاصات بين السلطة التنفيذية والتنفيذية.

و أن المشرع الجزائري بعد التعديل الأخير للدستور في سنة 2020 فقد غير تسمية المجلس الدستوري و أصبح يطلق عليه إسم المحكمة الدستورية بعد الإستفتاء على الدستور في 01 نوفمبر 2020.

لقد أراد الدستور بهذا المجلس أن ينشئ نوعاً من الحكم Arbiter السياسي يحمي ذلك التوازن بين السلطتين.

وكان إختصاص ذلك المجلس مقتصر على القوانين التي تصدر عن البرلمان أي القوانين بالمعنى الشكلي، وهكذا إستبعد الدستور كل رقابة علي دستورية المراسيم التي تصدر عن السلطة التنفيذية القانونية.

و هذا ما أدى بميل الكفة إلى الرقابة القضائية، وأكدت التجربة الفرنسية ميزة وأهمية هذه الرقابة، حيث أصبحت معظم قرارات المجلس الدستوري منبعها المسألة الأولية الإستعجالية<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> تعتبر قضية ماربوري ضد ماديسون أول قضية تعرضت فيها المحكمة الاتحادية العليا لموضوع دستورية القوانين منذ إنشائها عام 1789، والحكم ببطلان القانون المخالف للدستور.

ففي عام 1803 أصدرت المحكمة الاتحادية العليا حكماً من أهم أحكامها السياسية والدستورية يتضمن إقراراً للمحاكم بسلطة بحث دستورية القوانين، وبررت حكمها هذا بأنه إذا كان من واجب القاضي تطبيق القانون، فإن عليه التحقق أولاً من وجود القانون المراد تطبيقه، وهذا الوجود منوط بموافقته لأحكام الدستور.

فإذا ثبت للمحكمة أن القانون المراد تطبيقه مخالف للدستور، اعتبر في حكم المنعدم مادامت المحكمة ملتزمة بتطبيق القانون الأعلى وهو الدستور الذي ارتضاه أفراد الأمة قانوناً أساسياً لهم، والمحكمة إذ تقوم بذلك وتمتنع عن تطبيق القانون المخالف للدستور، لا تعتدي على اختصاص سلطة أخرى وإنما تقوم بوظيفتها الرئيسية وهي تطبيق القانون.

فيعد أن بين جون مارشال رئيس المحكمة العليا آنذاك (1801-1835) التعارض بين نص المادة الثالثة من الدستور الأمريكي والفقرة الثالثة عشرة من قانون النظام القضائي، أكد حق القضاء في الإمتناع عن تطبيق أي نص قانوني يخالف ما يرد في الدستور من نصوص أو أحكام وأورد حججاً برر فيها هذا النوع من الرقابة، رغم خلو الدستور الأمريكي وتعديلاته من النص الصريح على ذلك.

أما حجج القاضي مارشال في تبرير الرقابة على دستورية القوانين:

أ- الدستور الأمريكي هو القانون الأعلى للبلاد، بحيث لا تكون للتفرقة بين القانون الأعلى وهو الدستور والقوانين العادية أية قيمة قانونية إلا إذا تقيدت السلطة التشريعية في نشاطها بحدود ذلك القانون الأعلى، فإذا ما خالفت التشريعات العادية نصوص الدستور، إعتبرت غير دستورية وباطلة ويجب على المحكمة التسليم بذلك والإمتناع عن تطبيق أي قانون أو لائحة مخالفة للدستور، أما عكس ذلك فمعناه أننا نسلم بحقائق ثم نتنكر لها عند التطبيق .

إن فكرة التكييف القانوني هي عملية تهدف إلى منح الفعل المرتكب الوصف الذي ينطبق عليه من بين كافة الأوصاف والخصائص التي يتضمنها القانون الجزائي، ومن هنا فقد ثار جدال حول تحريك الرقابة الدستورية.

و يرى البعض إلى تأسيس تحريك المجلس الدستوري أنها إحالة.

و البعض الآخر يرجعها إلى الدفع. و لكن البعض الآخر جعل من الإخطار كوسيلة لتحريك المجلس الدستوري، ومن هذا المنطلق يتطلب منا دراسة ومعالجة هذا الموضوع في كل مجالاته فما هي الآلية التي إعتد عليها المجلس الدستوري الجزائري في تحريك الرقابة؟

### 1- الإخطار:

يعتبر الإخطار وسيلة من وسائل تحريك الرقابة الدستورية فهي تعمل على تجسيد تحريك إختصاص المجلس الدستوري أو المحكمة العليا، كما يعتبر الإخطار آلية لتحقيق عدالة دستورية، وتختلف باختلاف القضاء الدستوري لكل دولة، ويقصد بها منح حق تحريك الرقابة إلى الجهات المعنية ويطلق عليه أيضا إسم الإحالة مع العلم أنه تختلف الدول في تعاملها في الإخطار.

نجد النظام القانوني المغربي والفرنسي يسمح للأفراد بتحريك الرقابة، في حين القانون المصري لا يسمح للأفراد بتحريك الرقابة، فالإحالة تختلف في مصر فهي مركزية أي لا يجوز للمواطنين تحريك الرقابة<sup>2</sup>.

لكل دولة وطريقتها في النظام القضائي الذي تعتمد عليه كوسيلة لتحريك الرقابة عن طريق المجلس الدستوري، نلاحظ المغرب تعتمد على الإحالة في البناء القضائي لها، أما المشرع المصري فتح المجال لتحريك الرقابة عن طريق الإحالة أول مرة في دستور 1971 في المادة: 29 من قانون المحكمة الدستورية، حيث نستخلص منها أن المحكمة الدستورية هي الإختصاص القضائي مهما اختلفت درجاتها في التقاضي، أي القضاء العادي أو الإداري أن تحيل الأمر أو الملف إلى المحكمة الدستورية العليا حول موضوع الخلاف، وأن يثير مدى دستورية ذلك النص القانوني المشكوك فيه، و العلة من تقريرها أنه لا يجوز أن تخضع أي محكمة على الفصل في حيثيات قضية خاصة إذا كان قانون مشكوك فيه، أي غير مطابق للدستور ولكن إذا كان القانون غير مشكوك هنا تفصل المحكمة في القضية.

نلاحظ أن الإختصاص القضائي للإحالة المقرر لقاضي الموضوع تتحرك من تلقاء نفسها فهي وسيلة لعلاج التصرفات المخالفة التي يرفعها صاحب الشأن خاصة إذا كان على علم بالنزاع الذي يشوب أي نص من النصوص القانونية و ذلك بإهمال صاحب المصلحة، وكذلك نجد المادة: 182 من تعديل دستور الجزائري.

من خلال إستقرائنا لهذه المادة نلاحظ أن المجلس الدستوري هو الجهاز القضائي الذي يؤول إليه إختصاص لتحال إليه المنازعات المتعلقة بمخالفة التقنين للدستور، أي يقوم بفحص

1 سعداني لوناسي جقيقة، آلية الدفع بعدم دستورية القوانين، مداخلة أقيمت في إطار الملتقى الوطني حول المجلس الدستوري الجزائري في ضوء تعديل 06 مارس " إصلاحات مقرررة في انتظار الممارسة " جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية يوم 27 أبريل 2017 ، ص7.

2 أنظر المادة: 191 من الدستور المصري تعديل 2014 .

القوانين المخالفة للدستور، و قد أصدرت المحكمة الدستورية عدة قرارات في هذا الشأن و من أمثلة ذلك<sup>1</sup>.

إذا إرتئت المحكمة عدم دستورية أي قانون أن تقوم بإحالة الأمر للمجلس الدستوري<sup>2</sup>، تأكيد لتوسيع مجال الرقابة الدستورية وتحقيق الهدف المنشود وهو حماية الدستور إذا كانت المحكمة أثناء النظر في الدعاوي. توقف نظر الدعوى وتحيل الأوراق إلى المجلس الدستوري العليا للفصل فيها، ومن ثمة تصدر المحكمة الدستورية العليا مباشرة، فقد ترى المحكمة أثناء ممارسة إختصاصها أن القانون المتصل و النزاع غير دستوري فيكون محل للمراقبة وفحصه.

للإشارة فقط فإن إتصال المحكمة الدستورية العليا عن طريق الإحالة يتم بمجرد صدور قرار الإحالة ولا تتقيد هذه الإحالة بأجل<sup>3</sup>، حيث وضع المشرع الفرنسي طريقان لا بد أن يمر بها أسلوب الدفع بعدم دستورية القوانين، إذ يمكن لصاحب الشأن المتقاضي أن يوجه دفعه بصفة مباشرة بل يجب أن يحال إلى محكمة النقض أو مجلس الدولة محل الدعوى الأصلية، وبعد ذلك يحال إلى المجلس الدستوري للفصل في القضية ويشترط أن يكون موضوعه جدياً، والهدف من ذلك هو عدم السماح لأي كان أن يحرك المجلس الدستوري، بل يجب أن يتأكد القضاء من وجود الشك.

للإشارة فقط أن المؤسس الدستوري الفرنسي قد أخذ مسلك تحريك الرقابة الدستورية عن طريق الإخطار علماً أن فرنسا هي التي أنشأت الرقابة الدستورية عن طريق المجلس الدستوري فهي مهد الرقابة السياسية، إذ يكون حق تحريك الرقابة إلى هيئة من هيئات الدولة، مثلاً الدستور الإيرلندي 1937 أعطى لرئيس الدولة حق الإحالة .

نستخلص من كل هذا أن لرفع الدعوى الدستورية، يجب أن يكون موضوعه جدياً، فرغم أن كلا من النظام الفرنسي و المصري إعتد على وسيلة الإحالة في تحريك الرقابة عن طريق المجلس الدستوري، ولم تنجح الإحالة في مصر في التصدي للقوانين المخالفة وهذا رغم كون الإحالة ليست الأسلوب الوحيد في مصر، ولا يحق للأفراد تحريك هذه الرقابة بسبب عدم صدور قانون الإجراءات، وبعبارة أخرى هذا ما يفقد نزاهة وشفافية العمل بصفة عامة والنشاط القضائي بصفة خاصة.

1 ما صرحت به بدستورية نص المادة: 24 من قانون 07/13 المتعلق بقانون المحاماة، وكذا تصريح بدستورية المادة: 73 /4 من قانون 11/90 المتعلق بعلاقات العمل بموجب قرار رقم: 01/ ق م د/دع د /22 المؤرخ في 2022/01/26، و دستورية المادة: 21 من قانون رقم: 04/90 المتعلق بتسوية النزاعات الفردية في العمل بموجب قرار الصادر عن المحكمة الدستورية تحت رقم: 24/ ق م د /دع د /22 بتاريخ 2022/03/23 وكذا التصريح بدستورية المادة: 633/ 1 ق.إ.م.إ بموجب قرار رقم 02/ق م د /دع د /22 بتاريخ 2021/12/05. ينظر القرارات الملحقه.

2 المادة: 182:1 المجلس الدستوري هيئة مستقلة تكلف بالسهر على احترام الدستور. كما يسهر المجلس الدستوري على صحة عمليات الاستفتاء، و انتخاب رئيس الجمهورية، والانتخابات التشريعية، ويعلن نتائج هذه العمليات.

و ينظر في جوهر الطعون التي يتلقاها حول النتائج المؤقتة للانتخابات الرئاسية والانتخابات التشريعية ويعلن النتائج النهائية لكل العمليات المنصوص عليها في الفقرة السابقة. يتمتع المجلس الدستوري بالاستقلالية الإدارية والمالية.

3 أنظر المادة 29 من الدستور المصري لسنة 1971، عبد العزيز محمد سالمان، المرجع السابق، ص 321.

و القانون العضوي الذي يحدد شروط وكيفيات تطبيق المادة: 188 هو الصادر تحت رقم 16 لسنة 2018، وعلى تعبير الأستاذ "عليان بوزيان" لم يبلغ حد التنظيم المصري والأمريكي.

أفتدي التنظيم الجزائري بنظيره الفرنسي فيما يخص القانون العضوي لأنه محكم<sup>1</sup>. خاصة أنه لرفع دعوى فيما يخص الدفع بعدم الدستورية لا تستغرق مدة طويلة فحددها المشرع الفرنسي بشهر وفي الحالات الإستعجالية تخفض المدة إلى 8 أيام، والجدير بالذكر أن آلية الدفع هو إختصاص مستحدث وإستمدته المشرع الجزائري من التجربة الفرنسية، ومنحه فرصة منطوق توسيع الإخطار للمواطنين بطريقة غير مباشرة وحرمانهم من ممارسة هذا الحق بصفة مباشرة، لهذا يمكن أن نقول:

لماذا منع المشرع الجزائري ممارسة هذا الحق بطريقة مباشرة للمواطن؟.

نستنتج من أحكام المادة: 188 من الدستور، ومن النص الصريح للمادة: 4 من القانون العضوي: 16-18 الذي يحدد شروط وكيفيات تطبيق الدفع بعدم الدستورية. أن قاضي الموضوع لا يمكنه أن يثير الدفع بعدم دستورية القوانين من تلقاء نفسه، وباعتبار ذلك مخالفة لمبدأ علنية الدعوى الدستورية الذي أقرته معظم نظم الرقابة على دستورية القوانين<sup>2</sup>.

يمكن إعتبار الدفع إخطاراً من قبل السلطة القضائية عندما يتعلق الأمر بإثارة دفع أحد الخصوم، موضوعه أن النص القانوني المراد تطبيقه ينتهك الحقوق والحريات<sup>3</sup>، وبذلك يرفع صاحب المصلحة دعوى أصلية بصفة غير مباشرة، بل يمكنه من إخطار المجلس الدستوري بالدفع بعدم دستورية القوانين عن طريق الجهاز القضائي فقط، فإن تحريك الرقابة من قبل المواطنين لا بد أن يتمسك بها أحد المتقاضين عن طريق محامي الدفاع أثناء منازعة قضائية<sup>4</sup>، و فيما يخص مخالفة ذلك القانون الذي يضر بمصلحة الفرد، حيث تنوب المحاكم القضائية مهما اختلفت درجاتها في التقاضي فيما يتعلق بالإجراءات حسب نوع القضية المعروضة، لكن لا يضمن مجرد الإستتساخ الميكانيكي للتطور الحاصل في فرنسا منح نفس النتائج، لأن هذا يتعلق بتطبيق القرارات القضائية وليس حبر على ورق.

تجدر الملاحظة أنه لرفع دعوى عدم الدستورية يجب التأكد من توفر الشروط الأتية<sup>5</sup>:

- أن يثبت جدية الدفع، أي أن الدفع الذي يتمسك به أحد الأطراف يجب أن يكون له صلة بموضوع النزاع في الدعوى المطروحة أمام القاضي، فضلا عن ذلك أن الدفع بعدم دستورية يجب أن يكون مكتوباً ومنفصلاً عن إجراءات الدعوى الأخرى.

1 عليان بوزيان، آلية الدفع بعدم دستورية القوانين وأثرها في تفعيل العدالة الدستورية، مجلة المجلس الدستوري، عدد 02، الجزائر، د.س.ن، ص 106.

2 سعيداني لونساني ججيجة، آلية الدفع بعدم دستورية القوانين، المرجع السابق، ص 07.

3 وكيل محمد أمين، المجلس الدستوري كنموذج لرقابة دستورية القوانين، مداخلة أقيمت في إطار الملتقى الوطني حول المجلس الدستوري في ضوء تعديل مارس 2016، "إصلاحات مقررة في انتظار الممارسة"، جامعة عبد الرحمان ميرة، 2016، ص 16/04/ بجاية، 27.

4 كربوعات أحمد، حماية المجلس الدستوري للحقوق والحريات، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون العام، تخصص حقوق الإنسان والحريات العامة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة قصدي مرباح ورقلة، 2014، ص 126.

5 عبد العزيز محمد سالم، رقابة دستورية القوانين، المرجع السابق، ص 312.

ولالإشارة فإن المادتين:9 و26 من النظام المحدد لقواعد عمل المجلس الدستوري هما المادتين التي أشارت إلى أسلوب الدفع، وهو ما أكدته المادة:6 من قانون:18- 16 بالقول:" يقدم الدفع بعدم الدستورية. تحت طائلة عدم القبول، بمذكرة مكتوبة و منفصلة و مسببة".

و بإستثناء أن يبلغ قرار المجلس الدستوري لرئيس المحكمة العليا ومجلس الدولة<sup>1</sup>، يعتبر منح حق إخطار المجلس الدستوري للأفراد عن طريق الدفع بشأنه أن يضمن حماية الحقوق والحريات الأساسية، وهي بمثابة تعزيز دور المجلس الدستوري في بناء دولة القانون.

تجدر الملاحظة أن نظام الإخطار في الجزائر عانى كثيرا، فهناك قائمة محتشمة حيث أعلن من سنة 1989 إلى 2016 عن 50 إخطارا، مما يؤدي إلى ضعف نتائج الإخطارات مقارنة بالتجربة الفرنسية أين توصلت إلى إنتاج العديد من الإخطارات<sup>2</sup>.

نلاحظ أن الرقابة الدستورية تتحرك بطريقتين:

الأسلوب الأول: طريقة الإخطار التلقائي غير مباشر: فهو يتضمن شرط الإحالة أي حكم من الأحكام التي تعترض عليها هيئات الإخطار، إذن هي رقابة لا تتحرك من تلقاء نفسها.

الأسلوب الثاني: فهو الإخطار التلقائي المباشر، لطالما كان هذا الأسلوب غير معترف به في الجزائر، إلا أن المجلس الدستوري أصدر بيانا بتاريخ 25 جويلية 1995 المتضمن قانون الانتخابات حسب المادة:27 منه، الذي يمنح للمجلس الدستوري القيام بمراقبة الأمر نفسه ودون إخطار من أي جهة مخول لها دستوريا، بهدف التحقق من مدى مطابقته للدستور.

ويذكر أن المجلس الدستوري فصل في القضية من تلقاء نفسه أين يشترط على المترشح لرئاسة الجمهورية ليضمن ملف ترشحه لابد من توفر شهادة الجنسية الأصلية لزوجته، لذلك فقد فصل المجلس الدستوري بعدم دستورية هذا الشرط، ويعتبر سابقة من نوعه<sup>3</sup>.

لهذا نقول أن الرقابة الدستورية في الجزائر بقيت حبر على ورق ويبقى تسليط الضوء في تعديل 2016 الذي وسع من آلية الإخطار وفتح مجال للمعارضة وللأفراد المشاركة على القوانين المخالفة للدستور.

## 2 الدفع :

الدفع آلية يدافع بموجبها المتقاضي على مصالحه، فإذا إعتبرنا الإعتراض على عدم دستورية القوانين من قبل المتقاضي هو عبارة عن دفع، هنا المجلس الدستوري يتحول إلى هيئة قضائية، هذا ما يعلل أن المجلس الدستوري هنا يصدر رأيا يقترب إلى أعمال القضاء، فالدفع يطلق عليه وسيلة من وسائل تحريك الرقابة الدستورية، فهي آلية تسعى لتحقيق عدالة

<sup>1</sup> أنظر المادتين: 09 و 26 من النظام المحدد لقواعد عمل المجلس الدستوري.

<sup>2</sup> سعيداني نورة، مدى فعالية العمل الرقابي للمجلس الدستوري الجزائري، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، جامعة عبدالرحمان ميرة، بجاية، 2010، ص 185.

<sup>3</sup> أوكيل محمد أمين، المجلس الدستوري كنموذج لرقابة دستورية القوانين، المرجع السابق، ص 16.

دستورية، وهناك الدول التي أخذت بأسلوب الدفع بغض النظر عن الهيئات التي تمنحها حق الدفع، وتختلف باختلاف القضاء الدستوري لكل دولة.

ويعتبر الدفع آلية مهمة وفعالة للرقابة البعدية على القوانين للدفاع عن الحقوق وحرريات الأفراد وضمان سمو الدستور، ويقصد منه حق الأفراد في تحريك رقابة دستورية القوانين خاصة إذا صدر أي قانون يمس بحقوق وحرريات المواطنين، يعد حق الدفع أهم وسيلة دفاعية مقررة دستوريا<sup>1</sup>، حيث تعتبر خطوة لتحريك الرقابة. وهناك من الدول التي أخذت بالدفع كوسيلة لتحريك الرقابة عن طريق رفع الدعوى الدستورية، نذكر منها مصر التي لم تأخذ بقانون الإحالة مما أدى بها للتعامل بوسيلة الدفع لتحريك الرقابة الدستورية<sup>2</sup> تطبيقا لنص المادة: 29 من قانون المحكمة الدستورية العليا<sup>3</sup>، وأنه في حالة تعرض محكمة الموضوع أثناء النظر في إحدى الدعاوي المطروحة أمامها لنزاع قانوني يتعلق بالدستور لإقرارها واجبة للبت في الدعاوي الموضوعية<sup>4</sup>، فيدفع أحد الخصوم بعدم دستورية نص في قانون، حيث يبقى الدفع أكثر الأساليب إنتشارا في قانون المحكمة في مصر.

إن الرقابة عن طريق الدفع تتم عن طريق الدفع بعدم دستورية القوانين بمناسبة البت في الدعاوي المطروحة على المحاكم، وقد يثور الدفع بعدم دستورية القانون المطلوب تطبيقه في الدعاوي بواسطة أطرافها، ولا يثيره القاضي المختص بالبت فيها من تلقاء نفسه<sup>2</sup>، لكن لا بد من القاضي أن يتأكد من جدية الدفع بعدم دستورية القوانين، وتختلف طريقة الدفع من نظام إلى آخر، وجوهر الاختلاف يكمن في مدى إحترام تلك الدولة للقانون، وخاصة مبدأ الشرعية والمشروعية الذي يعتبر كلاهما مهمين في بناء دولة القانون، وكذلك الاختلاف يكمن في كيفية تصرف القاضي في معالجة لحثيات قضية ما.

ويشترط لقبول الدفع موضوع الدعوى توفر المصلحة، ويكون الدفع قانوني وجدي أي جوهره إنتهاك حق أو مركز قانوني أو الحريات الأساسية للمواطن وأن يكون مكتوبا<sup>1</sup>.

تجدر الإشارة أن القانون الأساسي المنظم للمجلس الدستوري الفرنسي أعطى لجميع الأشخاص الحق في ممارسة الدفع خاصة إذا كان ذلك القانون يمس الحقوق أو إحدى الحريات الأساسية التي يصونها الدستور، والمؤسس الدستوري لم يحدد الأفراد الذين يمارسون الدفع فقد حددهم على سبيل المثال سواء كانوا أشخاص طبيعية أو معنوية ويجب أن يكون متعلقا بالنظام العام، ولا يجوز للمواطنين الدفع عندما يصادق رئيس الجمهورية على معاهدة ما، لكن في قوانين الدول الأخرى يجوز للمواطنين الدفع بذلك<sup>5</sup>.

الملاحظة التي يمكن أن نبيها هنا أن الدفع في فرنسا يثار عن طريق رفع المتقاضي دعوى أمام إحدى الجهات القضائية بإستثناء المحاكم الجنائية، ويجوز إثارة الدفع أمام قاضي التحقيق<sup>6</sup>، وفي هذه الحالة ترفع القضية إلى المحكمة المختصة للنظر والفصل فيها. عن

<sup>1</sup> كربوعات أحمد، حماية المجلس الدستوري للحقوق و الحريات، المرجع السابق، ص 127.

<sup>2</sup> أوكيل محمد أمين، المجلس الدستوري كنموذج لرقابة دستورية القوانين، المرجع السابق، ص 27.

<sup>3</sup> عليان بوزيان، آلية الدفع بعدم دستورية القوانين و أثرها في تفعيل العدالة الدستورية، مجلة المجلس الدستوري، عدد 02، الجزائر، دون سنة النشر، ص 72.

<sup>4</sup> جلول شيتور، الرقابة القضائية على دستورية القوانين، مجلة الاجتهاد القضائي، العدد الرابع، جامعة محمد خيضر بسكرة، ص 77.

<sup>5</sup> عبد العزيز محمد سالم، المرجع نفسه، ص 318.

<sup>6</sup> من الدستور الفرنسي، المرجع السابق. / 1 أنظر المادة 61.

تطبيقه نظرا لكونه خالف أحكام الدستور أو يطبق ذلك القانون باعتباره مطابقا للدستور، إذن يقدم الدفع بعدم دستورية التقنين في أية مرحلة من مراحل التقاضي (الدرجة الأولى، الإستئناف، النقض)<sup>1</sup>.

**نلاحظ** أن مصر من بين الدول العربية التي وضحت طريقة الدفع في نظامها القضائي، وكذلك لعب أسلوب الدفع في فرنسا دورا مهما في مسألة دستورية القوانين مقارنة بالرقابة السياسية، ولكي يتحقق الدفع يجب على القاضي التحقق من نوايا الشخص الذي دفع بعدم دستورية النص القانوني، على أن يكون النزاع قانوني وجدي<sup>1</sup>، فإذا تبين للقاضي أن القانون المطعون بعدم دستوريته يرتبط بالنزاع المعروض على المحكمة قرر رفض الدفع بعدم الدستورية و إستمرارية النظر في الدعوى الموضوعية.

تجدر الإشارة أن عند رفع الدفع بعدم الدستورية بشأن أي قانون مشكوك فيه، فإنه على محكمة الموضوع أن تفصل في النزاع حول مدى مطابقة ذلك القانون للدستور، وعدم تعدي ذلك القانون لحقوق وحرريات المواطن، وقد حدد القانون المصري مدة 3 أشهر للخصوم لرفع دعوى دستورية، فإذا لم ترفع الدعوى في المدة القانونية التي صرح بها القانون إعتبر الدفع كأن لم يكن<sup>2</sup>.

إن الغاية من الدفع هو تصحيح القواعد القانونية التي تنتهك الحقوق والحرريات الأساسية للمواطن، حيث يعتبر أسلوب الدفع من أكثر الأساليب فعالية لضمان حماية حقوق وحرريات الأفراد، فهي فرصة لإستبعاد القوانين التي تتعدى على النظام العام.

بناء على ما تقدم يمكن القول رغم إختلاف التكييف القانوني في مسألة الرقابة الدستورية من نظام إلى آخر حسب طريقة كل دولة في انتهاجها لأسلوب الرقابة الدستورية.

ونلاحظ أن الجزائر لطالما كان الإخطار هو محرك الرقابة الدستورية الوحيد ولا توجد أساليب أخرى تعتمد عليها لاتصالها بالمجلس الدستوري مقارنة مع النظام المصري الذي إنتهج عدة أساليب ابتداء بأسلوب الدفع الذي يعتبر من الأساليب الأساسية في مصر، ولا يمكن الاستغناء عنه وكذلك لها أسلوب الإحالة من محكمة الموضوع، بالإضافة إلى طريقة التصدي من المحكمة الدستورية، ولكن تختلف إجراءات تطبيقها مقارنة بما هو معمول في الجزائر. وهناك من أوكل مهمة الرقابة الدستورية مثل المغرب رغم أنها تعتمد كذلك على نظام التصفية.

**نلاحظ** أن المشرع الجزائري أخذ بنفس المسلك والمعاملة التي أخذ بها المشرع الفرنسي والقواعد القانونية في الجزائر خاصة فيما يخص النظام القانوني للدفع تأثرت بالمنظومة القانونية الفرنسية.

نستنتج أن النظام القانوني للدفع يهدف إلى ضمان سمو الدستور وحماية الحقوق<sup>3</sup>، والحرريات من أي إعتداء أو مخالفة فيما يتعلق بسلطة من سلطات الدولة، خاصة إذا كان موضوعها يتمحور حول إساءة إستعمال السلطة الذي يخدم مصالحها والنوايا التي ذهبت

<sup>1</sup> جلول شيتور، الرقابة القضائية على دستورية القوانين، المرجع السابق، ص 78.

<sup>2</sup> عبد العزيز محمد سالم، رقابة دستورية القوانين، المرجع السابق، ص 319.

<sup>3</sup> جمام عزيز، عدم فعالية الرقابة على دستورية القوانين في الجزائر، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، فرع القانون العام، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2012، ص 89.



إليها كل هيئة، وليس كما أمر المشرع لتحقيق المصلحة العامة وهو الهدف المنشود التي تطمح إليه كل دولة.

### الفرع الثاني : الرقابة عن طريق الدفع بعدم دستورية القوانين

رفع الدعوى الدستورية عن طريق الدفع هي أكثر الأساليب شيوعاً لتحريك الرقابة الدستورية، و يكون عن طريق الدفع أمام قاضي الموضوع بعدم دستورية قانون لكونه يمس بحق من الحقوق أو بحرية من الحريات التي يضمنها الدستور. وعلى هذا يجب توافر بعض الشروط لذلك تطبيقاً لأحكام المادة:188 من التعديل الدستوري الجديد<sup>1</sup>، وفي ضوء القانون العضوي المتعلق بالدفع بعدم الدستورية.

نلاحظ أن الدستور الجزائري لسنة 2016 مكن المتقاضين من حق إخطار المجلس الدستوري بتقديم الدفع بناء على إحالة من طرف المحكمة العليا أو مجلس الدولة عندما يدعي أحد الأطراف في المحاكمة أمام جهة قضائية.

و بعد صدور القانون العضوي رقم 16-18 المؤرخ في 22 ذي الحجة عام 1439 الموافق 2 سبتمبر سنة 2018 الذي يحدد شروط وكيفيات تطبيق الدفع بعدم الدستورية.

و أهم ما تضمنه القانون العضوي رقم 16-18 من أحكام<sup>2</sup>، هو الآتي:

1. أن الدفع بعدم الدستورية يمكن أن يُثار أمام أية محكمة تابعة سواء للقضاء العادي أم للقضاء الإداري، وفي هذه الحالة تصدر المحكمة المثار أمامها الدفع قراراً غير قابل للطعن بإحالة الدفع إلى مجلس الدولة أو إلى المحكمة العليا حسب الأحوال وذلك على الفور.
2. لا يمكن أن يثار الدفع بعدم الدستورية تلقائياً من طرف القاضي.
3. لا يجوز إثارة الدفع بعدم دستورية القوانين أمام محكمة الجنايات الابتدائية .
4. وفي حالة إحالة الدفع إلى المحكمة العليا أو إلى مجلس الدولة فإن المحكمة المحيلة تتوقف عن نظر الدعوى المطروحة أمامها، ومع ذلك يجوز لها في جميع الأحوال- رغم ذلك- أن تتخذ الإجراءات التحفظية اللازمة.
5. في حالة رفض المحكمة المدفوع أمامها بعدم دستورية القانون، فلا يجوز الطعن في قرار الرفض هذا إستقلالاً عن الطعن في حكمها النهائي في الموضوع.
6. لا يجوز الدفع بعدم دستورية القوانين أمام قاضي التحقيق التابع لمحكمة في أية مرحلة كانت عليها الدعوى. وفي هذه الحالة فإنه يقدم الدفع أمام غرفة الإتهام على الفور إلى المحكمة العليا بقرار يصدر في هذا الشأن ويكون غير قابل للطعن، و إذا كان مقدم الدفع محبوساً فإن قاضي التحقيق يصدر قراره بإحالة الدفع خلال مدة ثلاثين يوماً من تاريخ إيداع الدفع، وإذا لم يصدر قاضي التحقيق قراره في خلال هذه المدة فإن النيابة العامة تحيل الأمر إلى محكمة ثاني درجة المختصة للبت في الموضوع وهي غرفة الإتهام وإحالة الدفع إلى المحكمة العليا سواء بمعرفة النيابة العامة أم بمعرفة قضاء التحقيق لا يترتب عليه إيقاف التحقيقات.

<sup>1</sup> سعداني لونساي ججيقة، آلية الدفع بعدم دستورية القوانين، المرجع السابق، ص 10.

<sup>2</sup> انظر القانون العضوي رقم: 16-18 المؤرخ في 22 ذي الحجة عام 1439 الموافق 2 سبتمبر سنة 2018 الذي يحدد شروط وكيفيات تطبيق الدفع بعدم الدستورية.

7. أن المحكمة العليا ومجلس الدولة إذا أحيل لأي منها الدفع بعدم دستورية قانون ما يتعين عليهما إحالة الأمر إلى المجلس الدستوري خلال مدة ثلاثة شهور على الأكثر إذا تبين لهما جدية الدفع بعدم الدستورية.
8. الدفع بعدم دستورية القوانين يجوز إثارته سواء أمام المحكمة العليا أو أمام مجلس الدولة.

كما أننا يمكن إستعراض بعض الشروط المطلوبة لتقديم الدفع بعدم الدستورية وتتمثل فيما يلي:

**أولاً:** أن يكون الدفع بعدم دستورية القوانين مقدم من أحد أطراف الدعوى يتعلق الأمر بكل من المدعي أو المدعى عليه في قضية معروضة على المحكمة، رغم أن النص الدستوري لم يحدد أطراف الدعوى، هل يقصد الأصليين أم الإنضماميين، وهل الجمعيات أن تمارس الدفع بعدم دستورية القوانين أمام محاكم الموضوع؟ وهل يجوز للمتدخل التبعية كما يجوز للمتدخل الأصلي في الدعوى أن يثير الدفع بعدم دستورية القوانين؟.

من خلال إستقرائنا للمادة: 188 من الدستور نلاحظ أنه لم يحدد أشخاص الدعوى، ولا يمكن للقاضي أن ينظر في الدعوى الأصلية فيما يخص إثارة الدفع بعدم دستورية القوانين من تلقاء نفسه<sup>1</sup>.

و من خلال إستقرائنا لمواد القانون 18-16 يتبين لنا أنها ترفع من قبل المدعى عليه.

**ثانياً:** يجب أن يقدم الدفع أثناء النظر في القضية أمام إحدى الجهات القضائية

هذا الشرط يجعل من النزاع الدستوري حقيقة<sup>2</sup> لأنها مرتبطة بمنازعة حقيقية معروضة أمام إحدى الجهات القضائية، سواء كان أمام أول درجة أو جهات الإستئناف أو النقض، يمكن القول أن محكمة الموضوع بناء على إدعاء أطراف الدعوى تقضي بإيقاف الفصل في موضوع الدعوى و إحالة بشأن الدفع بعدم الدستورية إلى المحكمة العليا أو مجلس الدولة حسب الإختصاص، و هو ما توضحه لنا المادة: 2 من قانون: 18-16 المتعلق بالدفع بعدم الدستورية.

**ثالثاً:** أن ينصب الدفع بعدم الدستورية دائماً على القانون.

الملاحظ أن المؤسس الجزائري بالعودة إلى المادة: 188 إستعمل مصطلح الحكم التقني<sup>3</sup>، بدلاً من قانون ما يفتح مجال للتأويل لتأثره بنظيره الفرنسي، لكن كلا من المؤسس الدستوري المصري والمغربي والتونسي وظفوا مصطلح قانون بدلاً من حكم تقني<sup>4</sup>.

و تجدر الإشارة أن التجربة الفرنسية هي السباقة في هذا المجال، فيجب أن يكون قانون من القوانين الصادرة عن البرلمان سواء القانون العادي أو القانون الإداري، لكن إستثنى من ذلك المراسيم والقرارات الفردية لأنها تعتبر نشاطات إدارية تخضع لرقابة القضاء الإداري<sup>1</sup>.

1 كربوعة أحمد ، حماية المجلس الدستوري للحقوق ، المرجع السابق، ص 66.

2 سعداني لونساي جقيقة ، آلية الدفع بعدم دستورية القوانين ، المرجع السابق، ص 09.

3 المادة 188 (جديدة) : يمكن إخطار المجلس الدستوري بالدفع بعدم الدستورية بناء على إحالة من المحكمة العليا أو مجلس الدولة، عندما يدعي أحد الأطراف في المحاكمة أمام جهة قضائية أن الحكم التشريعي الذي يتوقف عليه مآل النزاع ينتهك الحقوق والحريات التي يضمنها الدستور.

4 يحتوي القانون الواحد عدد من الأحكام ويكون الدفع بعدم الدستورية ينصب على مادة أو أكثر وليس القانون بالكامل

رابعاً: أن يكون القانون المطعون فيه يمس بالحقوق والحريات التي يكفلها الدستور الغرض من الرقابة عن طريق الدفع هو حماية حقوق وحريات الأفراد، لأن الحق والحرية وجهان لعملة واحدة، وهذه الحقوق قد تكون فردية أو جماعية، وبالرجوع إلى ديباجة الدستور نجدتها تنص في الفقرة: 12 على أن الدستور فوق الجميع<sup>2</sup>، وهو القانون الأساسي الذي يضمن الحقوق والحريات الفردية والجماعية، و نلاحظ في تعديل دستور 2016 وسع في مجال الحقوق والحريات وهذا لتدعيم دولة الحق و القانون.

لا يمكننا أن نتصور قبول الطعن بعدم الدستورية عن طريق الدفع إلا في حالة إنتهاك قانون للحقوق و الحريات التي أقرها الدستور.

و لكن السؤال المطروح : ما هي الحقوق الأساسية المقررة بواسطة الدستور والتي إذا انتهكها القانون يجوز الدفع بعدم الدستورية؟

إن الحقوق الأساسية التي جاء بها الدستور و يمكن الدفع بعدم الدستورية في حالة إنتهاكها هي:

أ – تلك الحقوق التي ورد النص عليها في ديباجة الدستور، وأيضاً المبادئ التي أحالت إليها ديباجة الدستور أي تلك الواردة في مقدمة دستور سنة 1996 وأيضاً الواردة في إعلان حقوق الإنسان والمواطن الصادر سنة 1789 وهي إجمالاً:

أ- الحقوق المقررة في إعلان حقوق الإنسان والمواطن الصادر سنة 1789.

ب- الحقوق المقررة بديباجة دستور سنة 1996.

ج- المبادئ الأساسية المعترف بها بواسطة قوانين الجمهورية والتي تتضمن حقوق وحريات الأفراد.

د- الحقوق المقررة سواء بصفة مباشرة أو بشكل غير مباشر بنصوص دستور سنة 1996 ذاته وهي إجمالاً وحصرًا:

1- مبدأ المساواة (المواد: 32-37).

2- عدم قابلية إنقسام الدولة وتجزئتها (مادة: 14).

3- مبدأ اللغتين الرسميتين للدولة هما العربية والأمازيغية (المواد: 2-3).

4- مبدأ الديمقراطية (مادة: 15).

5- مبدأ حرية الأحزاب السياسية (مادة: 52) .

6- مبدأ إستمرارية الدولة و إستمرارية مرافقها العامة (المواد: 4- 16).

7- حرية الصحافة المكتوبة والسمعية البصرية و على الشبكات (المادة: 50).

8- الحصانة البرلمانية (مادة: 126).

<sup>1</sup> اسعيداني لونساي جقيقة،ألية الدفع بعدم دستورية القوانين ، المرجع السابق، ص 07  
<sup>2</sup> الفقرة 12 من ديباجة الدستور " إن الدستور فوق الجميع، وهو القانون الأساسي الذي يضمن الحقوق والحريات الفردية و الجماعية، و يحمي مبدأ حرية اختيار الشعب، ويضفي المشروعية على ممارسة السلطات، ويكرس التداول الديمقراطي عن طريق انتخابات حرة و نزيفة"

- 9- حرية التعبير وإنشاء الجمعيات (المادة: 48).
- 10- حرية الإبتكار الفكري (المادة: 43).
- 11- إستقلال السلطة القضائية (المادة: 156).
- 12- عدم قابلية القضاء للعزل (المادة: 166).
- 13- حرية المعتقد وممارسة الشعائر الدينية (مادة: 42).
- 14- حرية التنقل وإختيار الموطن (مادة: 55).
- 15- الحفاظ على الحالة الشخصية (مادة: 75).
- 16- الحق في الدفاع (المواد: 39، 169، 56).

هـ- لقد وصف المشرع الحقوق التي إذا إنتهكت بالقانون "بأنها الحقوق الأساسية" وعلى أساس ذلك يجوز الدفع بعدم الدستورية لإنتهاك القوانين للحقوق الأساسية Fondamental Les droits وبالتفريع على ذلك فهناك إذا حقوق دستورية لكنها ليست أساسية، وإن كنا نرى أن كافة الحقوق الواردة في الدستور تعد حقوقاً أساسية. ومع ذلك فإن هذه المشكلة ستطرح دون شك في التطبيق العملي.

### فما هي إذن القوانين التي يجوز الدفع بعدم دستورتها؟

يمكننا إجمالها في الآتي:

- 1- القوانين العادية.
  - 2- الأوامر الصادرة تطبيقاً للمادة رقم: 142 من الدستور.
- وبالتالي سيظل خارج إطار الرقابة على الدستورية بطريق الدفع ما يلي:
- 1- القوانين العضوية، طالما أنها وجوباً تطرح على المجلس الدستوري قبل إصدارها.
  - 2- القوانين الصادرة عن طريق الإستفتاء.
  - 3- التعهدات الدولية:

تتمثل في القوانين التي تدخل في نطاق الرقابة الإختيارية المتمثلة في القوانين العادية و التنظيمات، و لا يمكن أن تقتصر على القوانين العضوية والنظاميين الداخليين لغرفتي البرلمان، لكونها تخضع للرقابة الوجوبية قبل دخولها حيز النفاذ وذلك بناء على إخطار رئيس الجمهورية<sup>1</sup>.

### خامساً: تحديد أجل للجهات القضائية للفصل في الدفع بعدم دستورية القوانين

يعتبر رئيس المجلس الدستوري الفرنسي السابق " جون لويس ديبري" صاحب الفكرة لبروز الدفع بعدم دستورية القوانين في فرنسا، فطالب بتحديد أجل معقولة للجهات القضائية لتفصل خلالها في تلك الدفوع حيث إقترح مدة: 06 أشهر<sup>2</sup>. المجلس الدستوري الجزائري

1 الفقرة الثانية من المادة: 186 من الدستور " يبدي المجلس الدستوري، بعد أن يُخطره رئيس الجمهورية، رأيه وجوبا في دستورية القوانين العضوية بعد أن يصادق عليها البرلمان".

2 عبد العزيز محمد سالم، رقابة دستورية القوانين، المرجع السابق، ص30.

تبنى نفس المنهج الفرنسي حيث حدد المدة ب 04 أشهر ويمكن تمديدتها لمدة 04 أشهر أخرى بناء على قرار مسبب من طرف المجلس، ويبلغ إلى الجهة القضائية صاحبة الإخطار حسب ما نصت عليه المادة: 189 / 2 من الدستور<sup>1</sup>.

نستخلص مما سبق أنه رغم إختلاف في الأجل إلا أنه نجد أن المدة التي حددها المشرع الفرنسي لمحكمة النقض ومجلس الدولة أكثر منطقية مقارنة بالمدة التي حددها المشرع الجزائري التي قد تصل إلى 08 أشهر فهذه المدة بعيدة عن المنطق القانوني، والتي يمكن أن تؤدي إلى تعطيل الفصل في الإجراءات والبيروقراطية.

هذا بالطبع فضلاً عن ضرورة توافر كافة الشروط المقررة إجرائياً لقبول الدفع وأهمها الآتي:

1- أن يقدم الدفع من صاحب الصفة والمصلحة.

2- أن يقدم الدفع طبقاً للشكل المتطلب قانوناً.

لكنه طالما يقدم الدفع أمام محكمة الموضوع فإن سلطتها في إحالة هذا الدفع سواء لمجلس الدولة أو للمحكمة العليا قبل ما تقرر الإحالة بقرار مسبب يصدر عنها يجب عليها أن تثبت من الآتي:

أ- التثبت من عدم وجود رأي للمجلس الدستوري يتعلق بموضوع الدفع حتى ولو كان من خلال نظام الرقابة السابقة على دستورية القوانين.

ب- التثبت من جدية الدفع.

3- أن يكون النص القانوني المدفوع بعدم دستوريته ذو علاقة بالنزاع المعروف على الجهة القضائية.

والجدير بالذكر أن القانون العضوي رقم: 18-16 الذي يحدد شروط وكيفيات تطبيق الدفع بعدم الدستورية، قد أكد على الشرط الشكلي الوحيد وهو أن يكون في شكل مذكرة مكتوبة ومسببة في عدة مواضع منها:

1- في المادة: 3 في الجزء المخصص للقواعد المتعلقة بالدفع أمام محكمة الجنايات الإستئنافية، و لا يقدم هذا الدفع أمام محكمة الجنايات الابتدائية.

2 - في الجزء المخصص للقواعد المتعلقة بالقضاء العادي، حيث أكدت المادة: 06 على ضرورة أن يتم الدفع من خلال مذكرة مكتوبة ومسببة.

3- في الجزء المتعلق بقواعد الإجراءات المتعلقة بالطعن، حيث نصت المادة: 09 على وجوب تقديم الدفع في مذكرة مكتوبة ومنفصلة ومسببة.

وفي إطار تبرير المجلس الدستوري الفرنسي لهذا الشرط مذكرة مكتوبة ومسببة، ذهب في حكمه رقم: 595 لسنة 2009 الصادر في: 03-12-2009 إلى أن إختصاص

1 الفقرة الثانية من المادة: 189 من الدستور "عندما يُخطر المجلس الدستوري على أساس المادة 188 أعلاه، فإن قراره يصدر خلال الأشهر الأربعة (4) التي تلي تاريخ إخطاره. و يمكن تمديد هذا الأجل مرة واحدة لمدة أقصاها أربعة (4) أشهر، بناء على قرار مسبب من المجلس ويبلغ إلى الجهة القضائية صاحبة الإخطار".

المجلس يمتد فقط إلى البحث في الدفع بعدم الدستورية وفقاً لما أوردته المذكرة المكتوبة الخاصة بهذا الدفع، وبناء عليه يجب أن تحال إليه المذكرة وحدها دون النزاع الأصلي<sup>1</sup>.

### إجراءات الإحالة لمجلس الدولة أو لمحكمة النقض:

تنص المادة:8 من قانون 16-18 المتعلق بالدفع بعدم الدستورية على أنه: يتم إرسال الدفع بعدم الدستورية، إذا تم إستيفاء الشروط الآتية :

أن يتوقف على الحكم القانوني المعترض عليه مآل النزاع أو أن يشكل أساس المتابعة.  
أن لا يكون الحكم القانوني قد سبق التصريح بمطابقته للدستور من طرف المجلس الدستوري بإستثناء حال تغير الظروف. و أن يتسم الوجه المثار بالجدية.

**و لنا أن نبدي جانباً من الملاحظات على الضوابط السابقة الإشارة إليها وذلك على النحو التالي:**

1- إذا كانت المادة: 188 من الدستور قد سمحت بإجراء ومباشرة الرقابة اللاحقة على دستورية القوانين طالما يكون النص القانوني قد تضمن مساساً بالحقوق والحريات التي يكفلها الدستور، فإن المادة: 02 من القانون العضوي رقم 16-18 المؤرخ في 22 ذي الحجة عام 1439 الموافق 2 سبتمبر سنة 2018 الذي يحدد شروط وكيفيات تطبيق الدفع بعدم الدستورية، أوجبت ضرورة مراعاة أن يكون النص القانوني المدفوع بعدم دستوريته مطبقاً على النزاع المطروح، أو يعد أساساً للملاحقة القضائية، ولم تشترط هذه المادة أن يكون النص القانوني لازماً للفصل في النزاع الموضوعي. وهذا من شأنه تحديد نطاق تطبيق المادة: 188 من الدستور، وإن كان ذلك يعد بمثابة توسعة لإستخدام الحق في الدفع بعدم الدستورية إذا ما قورن مثلاً بنص المادة: 29 من قانون المحكمة الدستورية العليا في مصر رقم: 48 لسنة 1979، والتي إشتربت أن يكون النص المدفوع بعدم دستوريته لازماً للفصل في النزاع الموضوعي.

2- أما فيما يتعلق بضرورة عدم وجود قضاء سابق للمجلس الدستوري يؤكد أن النص المدفوع بعدم دستوريته مطابق للدستور إلا إذا تغيرت الظروف، فإننا نلاحظ أن المجلس الدستوري الفرنسي في حكمه الشهير رقم: 595 لسنة 2009 الصادر في: 2009/12/03 الصادر بمناسبة أعمال المجلس لرقابته السابقة على دستورية القانون الأساسي رقم: 1523 لسنة 2009 قد أكد على دستورية هذا الشرط مرجعاً ذلك إلى المادة: 62 من الدستور الفرنسي في فقرتها الأخيرة والتي أكدت على أن أحكام المجلس ملزمة للسلطات العامة ولجميع السلطات الإدارية والقضائية<sup>2</sup>.

3- أن يكون الدفع بإثارة المسألة الدستورية الأولية جدياً:

ومفاد هذا الضابط أنه يتعين على المحكمة التي أثيرت أمامها المسألة الدستورية الأولية أن تتثبت من جدية ما أثير، وذلك من خلال تبيانها لوجود تعارض بين النص القانوني والنص الدستوري ولو ثبت ذلك من الظاهر، أي أن رجحان القضاء بعدم الدستورية يكون

1 صلاح الدين فوزي، المجلس الدستوري الفرنسي، دار النهضة العربية، القاهرة، 2012، ص124.

2 سامي جمال الدين ، القانون الدستوري والشرعية الدستورية ، منشأة المعارف بالإسكندرية، 2005، ص 96.

من الوضوح بمكان ويكون على هذا النحو مبررًا قانونيًا أمام محكمة الموضوع، لأن تقرر الإحالة إما إلى مجلس الدولة أو إلى المحكمة العليا بحسب الأحوال.

وجديرٌ بالذكر أنه إذا قررت محكمة الموضوع أن الدفع غير جدي فلها أن ترفضه وبالطبع هذا لا يحول بين صاحب الصفة والمصلحة (مثير الدفع) من أن يطعن في هذا الحكم، ويكون له أن يورد ضمن أسباب طعنه، سببًا متعلقًا برفض الدفع .

وكما هو واضح يمكن الطعن سواء حسم النزاع الموضوعي بشكل كلي أم بشكل جزئي، و أن محكمة الموضوع غير مقيدة بالفصل في الدفع المثار بالنسبة للمسألة الأولية الدستورية في وقت معين، لكنها إن قررت الإحالة فوجب أن تكون الإحالة مسببة.

وفي هذه الحالة يجب أن يحال الأمر إلى مجلس الدولة أو إلى المحكمة العليا خلال عشرة أيام من تاريخ صدوره مرفقًا بكافة المستندات والمذكرات ذات العلاقة بالدفع، لكنه يجب ملاحظة أن قرار الإحالة غير قابل للطعن فيه بأي طريق من طرق الطعن<sup>1</sup>.

**و السؤال الان: ما هو أثر قرار الإحالة على الدعوى الأصلية المنظورة أمام محكمة الموضوع؟**

إذا قررت محكمة الموضوع إحالة المسألة الدستورية الأولية إلى مجلس الدولة أو إلى المحكمة العليا فإنه يترتب على هذا القرار وقف الفصل في الدعوى المنظورة أمامها، حتى تصدر المحكمة العليا أو مجلس الدولة قرارهما في شأن المسألة الدستورية الأولية برفض الإحالة أو بالاحالة إلى المجلس الدستوري.

و إذا قررت المحكمة العليا أو مجلس الدولة الإحالة إلى المجلس الدستوري فيستمر وقف الدعوى الموضوعية حتى يفصل المجلس الدستوري في الأمر.

ومع ذلك فتوجد إستثناءات ترد على وقف الفصل في الدعوى نجلها في الآتي:

- 1- إن كانت القضية قيد التحقيق فيستمر هذا التحقيق.
- 2- لمحكمة الموضوع أن تأمر باتخاذ إجراءات وقتية وأخرى تحفظية إذا تطلب الأمر ذلك.
- 3- لا توقف الدعوى حالة وجود شخص أو أشخاص محبوسين على ذمة التحقيق، أو إذا كان الفصل في الدعوى من شأنه إنهاء أية إجراءات سالبة للحرية.
- 4- لا توقف الدعوى إذا كانت المحكمة ملزمة بالفصل فيها خلال مدة محددة بموجب نص قانوني يقضي بوجوب ذلك.

5- إذا قررت محكمة الموضوع عدم وقف الفصل في الدعوى وتم الطعن بالإستئناف في حكمها ففي هذه الحالة تلتزم المحكمة بالإستئنافية بوقف الفصل في الإستئناف في إنتظار ما يصدره المجلس الدستوري، إلا في حالات الإستعجال أو إذا كانت المحكمة الاستئنافية ملزمة قانونًا بالفصل في الإستئناف على وجه السرعة.

<sup>1</sup> المادة:9 من قانون 16-18 : يوجه قرار إرسال الدفع بعدم الدستورية مع عرائض الأطراف ومذكراتهم إلى المحكمة العليا أو مجلس الدولة خلال عشرة (10) أيام من صدوره ويبلغ إلى الأطراف، ولا يكون قابلاً لأي طعن. يبلغ قرار رفض إرسال الدفع بعدم الدستورية إلى الأطراف، ولا يمكن أن يكون محل اعتراض إلا بمناسبة الطعن ضد القرار الفاصل في النزاع أو في جزء منه ويجب ان يقدم بموجب مذكرة مكتوبة ومنفصلة ومسببة .

6- و في حالة ما إذا كان وقف الفصل في الدعوى سيرتب أضرارا بحق من حقوق أطراف الخصومة بشكل مبالغ فيه، فإنه يتعين على محكمة الموضوع الفصل فيما هو معروض عليها.

### ملاحظات حول الدفع بعدم الدستورية

1. إن تشكيل المجلس الدستوري لا يتلائم مع المعايير المتعارف عليها دوليا، من حيث أن تكون المحكمة الدستورية منتخبة لتتمكن من بسط رقابتها على القوانين الصادرة عن السلطة التقنينية المنتخبة، وبالنتيجة نتمنى على المؤسس الدستوري أن يعدل النص، بحيث يسمح بإنتخاب كافة أعضاء المجلس الدستوري بناء على قاعدة واسعة من التناسبات الصادرة عن السلطات الثلاث القضائية والتنفيذية، وأن يكونوا من ذوي الخبرة القانونية من قضاة محترفين ومتقاعدين وأساتذة جامعيين ومحامين.

2. و نتمنى أن يتمتع عضو المجلس الدستوري بالحصانة الكاملة وليس بالحصانة الجزائية الناتجة عن أعماله الجزائية فقط.

3. أن القانون العضوي المتعلق بالدفع بعدم الدستورية لم يحيل الي التنظيم

"عن طريق التنظيم" رغم خلوه من عدد من النقاط التنظيمية الضرورية.

4 يتم إيقاف الفصل في الدعوى بعد الدفع بعدم الدستورية لمدة تتراوح بين 4 و 8 أشهر. ولم يبين لنا الجزاء الناتج من التعسف في إستعمال الحق مثلما هو الحال في قضايا الإشكال في التنفيذ، و إعتراض الغير الخارج عن الخصومة، و إلتماس إعادة النظر.

5 المشرع الجزائري لم يفرض أي رسوم على الدفع بعدم الدستورية خلافا للمقنن المصري والمغربي .



## المطلب الثاني: الدفع بإنعدام الدمغة

نصت الفقرة الأولى من المادة: 119 من القانون رقم: 17-11 المؤرخ في 27 ديسمبر سنة 2017 المتعلق بقانون المالية لسنة 2018 على ما يأتي:

تنشأ دمغة مهنية تسمى “دمغة المحاماة” يتعين على كل محامٍ إلصاقها بالعرائض القضائية ورسائل التأسيس تحت طائلة عدم القبول.

أي أنه إستحدث دفعا شكليا جديدا إرتأينا ان نتطرق إليه في فرعين:

الفرع الأول: ماهية دمغة المحاماة.

الفرع الثاني: ما علاقة الدفع بإنعدام الدمغة بالنظام العام.

## الفرع الأول: الدفع بإنعدام الدمغة ماهيته و ما أساسه القانوني

تعريفه:

طابع: (اسم)

الجمع: طَوَائِعُ

دمغة: (اسم)

إسم مرّة من دَمَع

الدَّمْعَةُ : بَصْمَةٌ

الجمع : دَمَعَات و دَمَعَات

الدَّمْعَةُ: رَسْمٌ تتقاضاه الدولة أو أحدُ الأشخاص العامّة على المُحرّرات.

الدَّمْعَةُ: علامةٌ تضعها الإدارة الحكومية المختصة ، للتيفُن من وزن المعادن و عيارها.

وَرَقُّ الدَّمْعَةِ: وَرَقٌ رَسْمِيٌّ عَلَيْهِ طَابَعٌ خَاصٌّ بِالأُورَاقِ القَانُونِيَّةِ وَالمُسْتَنَدَاتِ الرَّسْمِيَّةِ، وَهُوَ مَا يُسْتَعْمَلُ فِي المُعَامَلَاتِ الإِدَارِيَّةِ وَالمَالِيَّةِ.

ورقة دَمْعَةٌ: طابع بريد، ورقة مطبوعة بطابع خاص تكتب عليها المحرّرات الرسمية وتُقَدَّم بها الطَّلَبَات الحكومية<sup>1</sup>.

إصطلاحاً: طابع خاص يوضع على العراض و رسائل التأسيس.

الأساس القانوني:

تنص المادة: 119 من قانون: 17-11 المتعلق بقانون المالية 2018: تنشأ دمغة مهنية تسمّى: “دمغة المحاماة”، يتعين على كل محامٍ إصاقها بالعرائض القضائية ورسائل التأسيس تحت طائلة عدم القبول .

تعفى من هذه الدمغة قضايا المساعدة القضائية.

يوزع حاصل دمغة المحاماة كما يأتي:

99,05 % لفائدة صندوق الاحتياط الاجتماعي المنصوص عليه في المادة: 107 من القانون رقم: 13-07 المؤرخ في: 29 أكتوبر سنة 2013 والمتضمن تنظيم مهنة المحاماة.

0,5 % لفائدة الخزينة العمومية .

تحدد قيمة دمغة المحاماة وكيفيات تحصيلها عن طريق التنظيم.

أما المرسوم التنفيذي 18-185 المؤرخ في: 26 شّوال عام 1439 الموافق: 10 يوليو سنة 2018، فقد حدد قيمة دمغة المحاماة وكيفيات تحصيلها.

و الذي حدد في مادته الثانية أنه يلزم المحامي أو المحامي الذي ينوبه بإصاق الدمغة في العرائض القضائية و رسائل التأسيس ويمهرها بختمه وذلك على مستوى الجهات القضائية العادية و الإدارية. أما في حالة تبادل العرائض، تستحق الدمغة على العريضة الأولى فقط.

و في مادته الثالثة قد وضح المقصود بالعرائض القضائية، في مفهوم هذا المرسوم، العرائض الإفتتاحية و عرائض الاستئناف و المعارضة و التماس إعادة النظر و الطعن بالنقض و مذكرات الرد و عرائض الرجوع بعد الخبرة أو التحقيق و عرائض الإدخال و التدخل في الخصومة و الأوامر على العرائض.

<sup>1</sup> معجم الوجيز الصادر عن مجمع اللغة العربية، طبعة 1990، ص 174.

أما في مادته الخامسة فلقد نص على: " في حالة تعدد المحامين يكون كل محام ملزما بالإجراء المنصوص عليه في هذا المرسوم".

و في مداولة مجلس الاتحاد: المنعقدة بتاريخ 06 أكتوبر 2018 فلقد أوضحت المداولة ما يلي:

1. أن شركات المحاماة تخضع لدمغة واحدة، أما المكاتب المتجمعة فان كل محامي يخضع للدمغة بصفة مستقلة و منفردة عن زميله، و كذلك الشأن بالنسبة للعرائض المشتركة المقدمة من عدة محامين تكون مدمغة من طرف كل محامي.
  2. المحامين المتأسسين في حق الدولة و الولاية و البلدية و المؤسسات العمومية ملزمين بواجب الدمغة بإستثناء المساعدة القضائية<sup>1</sup>.
  3. أمام جهات الحكم المدنية فان المحامي إذا تأسس و طلب التأجيل فإنه ملزم بالدمغة في رسالة التأسيس و في هذه الحالة فإنه لا يخضع للدمغة في مذكراته الجوابية، أما إذا قدم المذكرة مباشرة فإن الدمغة يتم وضعها في المذكرة الجوابية الأولى.
  4. في حالة تأسيس المحامي في حق طرف أو أكثر في الأول ثم فيما بعد تأسس في حق أطراف آخرين برسالة تأسيس جديدة فإنه يخضع للدمغة في رسالة التأسيس الجديدة، و العبرة تكون برسالة التأسيس سواء في المادة المدنية أو الجزائية.
  5. و يلاحظ ان كلمة عرائض الواردة في المادة: 119 هي كلمة أكثر من عامة، و أن تفسير العرائض القضائية الواردة في المرسوم قد أدخلت بعمومية الكلمة و التي يدخل فيها عرائض إعتراض الغير الخارج عن الخصومة، و عرائض الإشكال في التنفيذ.
- و في حالة التأسيس أمام الجهات القضائية الجزائية، يلزم المحامي بإلصاق الدمغة في رسائل التأسيس في حق المتهم أو الطرف المدني أو المسؤول المدني أمام جهات التحقيق أو جهات الحكم.

## الفرع الثاني: علاقة الدفع بانعدام الدمغة بالنظام العام

### المقصود بالنظام العام والآداب:

النظام العام فكرة تستعصي بطبيعتها على التحديد. ويمكن أن يقال في شيء من التعميم والتقريب أن النظام العام هو "مجموع المصالح الأساسية التي يقوم عليها كيان المجتمع، سواء كانت سياسية أو إجتماعية أو إقتصادية" فقواعد النظام العام هي تلك التي يقصد بها تحقيق مصلحة عامة، سياسية أو إجتماعية أو إقتصادية، ويراد بالمصلحة العام كل أمر يتعلق بالنظام الأساسي للمجتمع، بحيث يرجح على كل مصلحة فردية. ومن ثم وجب على جميع الأفراد أن يحترموا كل ما يتعلق بالنظام العام حتى ولو كان في ذلك تضحية بمصالحهم الخاصة، فإذا هم خرجوا على هذا النظام بإتفاق خاص إعتبر هذا الإتفاق باطلا.

و الآداب العامة هي مجموعة القواعد الخلقية التي تدين بها الجماعة في بيئة معيشة و عصر معين، فهي بهذه المثابة تعتبر الشق الخلقى لقواعد النظام العام، و ليس المقصود

<sup>1</sup> جريدة رسمية رقم: 76 بتاريخ 2017/12/28 متعلق بقانون المالية لسنة 2018 .

وجريدة رسمية رقم: 42 بتاريخ 2018/07/15 المتعلق بالمرسوم التنفيذي المحدد لقيمة دمغة المحاماة و كيفية تحصيلها .

بالآداب العامة كل قواعد الأخلاق، وإنما يقصد بها قدرا من هذه القواعد تمثل الأصول الأساسية للأخلاق في الجماعة.

وهذه الفكرة بشقيها (النظام والآداب) فكرة نسبية متطورة، إذ تختلف الفكرة السائدة في كل بيئة وفي كل عصر، فكثير من المعاملات التي كانت تعتبر صحيحة وإلى عهد قريب، أصبحت اليوم مخالفة للنظام العام في ظل التنظيمات الحديثة التي تدخل فيها المشرع بنصوص أمرة لا يجوز مخالفتها.

و بناء على ذلك فإن فكرة النظام العام تضيق وتتسع تبعا للأفكار السائدة في المجتمع. فهي تنحصر في أضيق الحدود في ظل المذاهب الفردية التي تسرف في الإعتداد بحرية الفرد وتغفل الصالح العام. بينما تتسع في ظل المبادئ الإشتراكية التي تسرف في مصلحة المجموع وتضحى في سبيلها بالمصلحة الفردية. و إذا كانت فكرة النظام والآداب العامة على هذا النحو من المرونة و التطور، فإنها تعتبر المنفذ الذي تدخل منه العوامل الإجتماعية و الإقتصادية و الخلقية في النظام القانوني، كي تلاءم بينه و بين التطور الذي يتعرض له المجتمع في وقت واحد<sup>1</sup>.

لا يمكن حصر النظام العام في دائرة محدودة لا تختلط أو تتداخل مع غيرها، ذلك أن هذه الفكرة مرنة، تضيق و تتسع بحسب ظروف كل مجتمع. فلا يمكن وضع قاعدة ثابتة تحدد المقصود بالنظام العام، و بصفة مطلقة يمكن أن تتفق مع كل زمان ومكان. و مرد ذلك أنها فكرة مرنة و أنها مسألة نسبية، فالمصلحة العامة هي أساس فكرة النظام العام، هذا الأساس متغير بحسب مفهوم كل دولة لفكرة المصلحة العامة و مصدرها بداية و نهاية<sup>2</sup>.

و من هذا المنطلق فقواعد قانون الإجراءات المدنية التي تتعلق بالنظام العام هي التي تهدف إلى تحقيق مصلحة عامة. و لو كانت سياسية أو إجتماعية أو إقتصادية تتعلق بنظام المجتمع الأهلي و تعلق على مصلحة الفرد. و هذه المصلحة هي التي يتعين على الأفراد إحترامها و عدم مخالفتها حتى و لو كان بمقتضى إتفاق بينهم. ولذلك تضيق فكرة النظام العام إذا سادت المذاهب الفردية التي تدعو إلى سلطان الإرادة و إطلاق حريات الفرد، إذ لا تتدخل الدولة في شؤونهم على خلاف ذلك تتسع الفكرة إذا سادت المذاهب الإشتراكية، حيث تتدخل الدولة لضمان التوازن الإجتماعي فتنقيد من نشاط الأفراد. كما تحد من حريتهم و تضع القيود الإجمالية التي تتفق و هذه المبادئ.

إن فكرة النظام العام كما هي معروفة في القانون المدني و غيره من القوانين و المعروفة أيضا لدى قانون الإجراءات ، فوجودها يكسب القاعدة الإجرائية أهمية بالغة، ويكون البطلان جزاء مخالفتها و هو بطلان لا يتوقف التمسك به على رغبة المضرور فقط بل يتعين على القاضي أن يحكم بهذا الجزاء من تلقاء نفسه. كما أن هذا البطلان غير قابل للتصحيح أو الزوال ويمكن التمسك به و لو لأول مرة أمام المحكمة العليا.

### دور القاضي بالنسبة لتطبيق مفهوم النظام العام و الآداب:

إن معيار النظام العام و الآداب هو معيار عام ينظر فيه المجتمع وما تواتر عليه الناس ولا ينظر إلى فرد فيه. فالقاضي في هذا المجال بمثابة المشرع، فهو الذي يعتبر أمرا مخالفا

<sup>1</sup> عبد المنعم فرج الصدة، أصول القانون دار النهضة العربية، بيروت، لبنان، ص76 وما بعدها.

<sup>2</sup> ممدوح عبد الحميد، "سلطات الضبط الإداري في الظروف الإستثنائية، دار الفكر العربي، القاهرة، 1992، ص 30.

للنظام العام والآداب أو متفقا معها، وذلك إذا خلا من تكييف البطلان و هل هو مطلق أم نسبي؟

### و الخلاصة:

أن فكرة النظام العام تقوم على أساس معيار موضوعي، وهو المصلحة العامة فمعيارها هو الأخلاق الأدب وما تعارف عليه الناس وصار جزءا من أخلاقهم، وهو أيضا معيار موضوعي غير ذاتي، وإن كان المعيار السالف الذكر من المعايير النسبية التي أن صلحت لأمة فإنها لا تصلح لأخرى، وقد يقال أن القاضي إذا ترك وشأنه لتحديد فكرة النظام العام والآداب فسوف يتحكم ويستند إلى هواه. لكن الرد على ذلك ينحصر في حسن إختيار القضاة وتعدد درجات التقاضي، ما يكفل درء هذه المخاوف<sup>1</sup>.

### النظام العام والقواعد الآمرة:

القاعدة المتعلقة بالنظام العام والآداب هي قاعدة أمرية لا يجوز الاتفاق على مخالفتها وإلا وقع هذا الإتفاق باطلا بطلانا مطلقا.

و البطلان المطلق يجوز لكل ذي مصلحة أن يتمسك به، ولا يوجد شخص معين يتقرر هذا البطلان لمصلحته، على خلاف البطلان النسبي الذي يتقرر لمصلحة شخص معين بالذات بقصد حمايته وحده، وبالتالي لا يجوز لغير هذا الشخص التمسك به<sup>2</sup>.

أن صفة الإلزام في القواعد الآمرة تبدو واضحة لا تثير أدنى شك. لأن هذه القواعد بحسب تعريفها لا يجوز الإتفاق على ما يخالفها، أما القواعد المكملة فهي قواعد يجوز الإتفاق على ما يخالفها، ومع ذلك فإنه من الواجب تأكيد صفة الإلزام في القواعد المكملة. أيضا فهذه القواعد ليست إختيارية يجوز للأطراف إستبعادها، إلا في وجود تنظيم قانوني آخر غير التنظيم الذي تقضي به.

فمعاملات الأفراد لا بد أن تكون خاضعة لقانون معين و إذا كانت هناك بعض المسائل التي لا يؤثر تنظيمها بشكل أو بآخر على الأسس الجوهرية التي يقوم عليها المجتمع، ومن ثم فإن القانون يجيز للأفراد تنظيم هذه المسائل وفقا لإرادتهم.

إلا أنه لا يجيز لهم ترك هذه المسائل دون أي تنظيم على الإطلاق. فإذا حدث مثل هذا الترك فإن القواعد المكملة تنطبق في هذه الحالة على المسائل المتروك تنظيمها من جانب الأفراد وتكون في تطبيقها إلزاما كالقواعد الآمرة تماما. و لكن شروط إلزامها على هذا النحو لا يوجد إتفاق بين الأفراد على تنظيم المسائل المذكورة تنظيما مختلفا، و عدم وجود مثل هذا الإتفاق هو شرط تطبيق هذه القاعدة.

فالقواعد الآمرة تعمل في مجال يتعلق بكيان الدولة ومصالحها الأساسية ولهذه كانت القواعد أمرية و لا تصح مخالفتها. أما القواعد المكملة فإنها تعمل في مجال يتعلق بمصالح الأفراد، فيما ليس فيه مساس بكيان الدولة، و في هذا المجال ينبغي أن يترك الأفراد أحرارا لينظموا شؤونهم بالطريقة التي يرونها لأنهم أقدر من الدولة على هذا التنظيم، و لهذا توضع

3 عبد الحكم فودة، البطلان في القانون المدني، المرجع السابق، ص 170.

2 سمير عبد السيد تناغو، النظرية العامة للقانون، دار الفكر العربي، سنة 1985، ص 106.

القواعد مكملة أو مفسرة، يجوز لهم الإتفاق على مخالفتها لأن مصالحهم قد تكون في هذه المخالفة<sup>1</sup>.

و لقد سلك المشرع طريقة تعتمد على معنى النص أو مضمونه. فإذا أفاد معنى النص أو مضمونه انه يتضمن قاعدة لا يصح الإتفاق على خلافها نظرا لأنها تتعلق بكيان الجماعة ومصالحها الأساسية كانت قاعدة أمرة. أما إذا أفاد معنى النص أنه ينظم علاقة خاصة بين الأفراد و ليس فيها مساس بكيان الجماعة أو مصالحها الأساسية، فإن القاعدة تكون مكملة. لأن موضوعها لا يستوجب عدم الإتفاق على خلافها، و هذا ما يكون في النصوص المتعلقة بالإلتزامات و العقود المختلفة حيث يسود سلطان الإرادة، و يكون للأفراد أن ينظموا إتفاقهم بالطريقة التي تروق لهم<sup>2</sup>.

و من نص المادة: 119 من قانون 17-11 المتعلق بقانون المالية، نلاحظ أنها تنص على ما يلي:

تنشأ دمغة مهنية تسمى "دمغة المحاماة" يتعين على كل محامٍ إلصاقها بالعرائض القضائية و رسائل التأسيس تحت طائلة عدم القبول.

أي ان قبول العريضة وتأسيس المحامي مرهون و متوقف على وجود الدمغة على العريضة.

فعلى القاضي أولاً أن يتأكد من وجود دمغة المحاماة على رسالة التأسيس أو العريضة، وفي حالة عدم وجودها فيكون ذلك تحت طائلة عدم القبول التلقائي للعريضة. و بالتالي يقوم القاضي من تلقاء نفسه بإثارة إنعدام الدمغة اي أنها من النظام العام.

### ملاحظة جد هامة: الحق في الدفاع من الحقوق الدستورية:

إن الحق في الدفاع من الحقوق الدستورية، و أن عدم إحترام قانون دمغة المحاماة أي عدم إلصاق الدمغة على العرائض و المذكرات يعتبر دفعا شكليا يمكن إثارته من قبل الخصم، كما يمكن للقاضي أن يثيره من تلقاء نفسه، إذ يترتب على عدم إحترام قانون الدمغة عدم قبول الدعوى.

هناك من يرى أن تأسيس محام والحق في الدفاع من الحقوق الدستورية، و يتسائل لماذا عدم وجود الدمغة على العريضة الجوابية أو رسالة التأسيس تكون النتيجة عدم قبول تأسيس المحام؟

و رغم أن الأمر يتعلق بقاعدة دستورية، فإن جزاء مخالفة هذه القاعدة هو عدم دستورية أي قانون يحرم الشخص من حرية الدفاع.

و بالتالي:

<sup>1</sup> سمير عبد السيد تناغو، النظرية العامة للقانون، المرجع السابق، ص 86.  
<sup>2</sup> توفيق حسن فرج، المدخل للعلوم القانونية، الدار الجامعية، القاهرة، ط 3، ص 76، 78.



## الخاتمة

الحمد لله الذي بنعمته تتم الصالحات، و الصلاة و السلام علي من لا نبي بعده رسول رب العالمين سيدنا محمد صلي الله عليه وسلم، نحمد الله الذي وفقنا علي إخراج هذه الأطروحة بهذه الصورة المتواضعة، راجين من الله أن يجعلها في ميزان حسناتنا، و ميزان حسنات والدينا، لقد حاولنا من وراء إجراء هذه الدراسة تسليط الضوء علي الدفع الشكلي في المواد المدنية، و كختم لهذه الدراسة، خرجت دراستي بنتائج وتوصيات عدة، وفيما يلي عرض لأهم هذه النتائج و التوصيات:

### أولاً: النتائج

- 1- أن الدفع عبارة عن وسيلة إجرائية ترمى إلى الطعن بعدم توافر الشروط اللازمة لسماع الدعوى بإعتبارها حقاً مستقلاً عن الحق الموضوعي، وقد يثيرها المدعى عليه أو المحكمة من تلقاء نفسها في حال تعلقها بالنظام العام.
- و يشترط لصحة قبوله نفس الشروط المطلوبة في الدعوى، فضلاً عن الشروط الخاصة التي تميزه عن الدعوى الأصلية كالصيغة المخصوصة التي تدل على إرادة الدفع به دون سواه.
- 2- الدفع الشكلي لا تثار إلا بعد رفع دعوى قضائية، ومن ثم تعد أثراً شرعياً و قانونياً مترتباً عليها عند التمسك به. و أن البث فيه لا يعتبر فصلاً في الدعوى ولا يحوز حجية الشيء المقضي فيه.
- 3- الدفع الشكلي يعد جواباً من المدعى عليه عن دعوى خصمه، فلا يجوز إغفاله أو إهماله، و إنما يتعين على القاضي تحقيقه و سماعه، والإجابة عليه.
- 4- إذا حكمت المحكمة بقبول دفع شكلي، وتم إستئناف حكمها، و رأى المجلس بالاستئناف خطأ هذا الحكم وان المحكمة مختصة فعلاً، فيجب عليه أن لا يتعرض لموضوع الدعوى، وإنما يعيده الى محكمة الدرجة الأولى لتنظر فيه من جديد، ولا يجوز له أن يتصدى لموضوع الدعوى.
- 5 - أن الدفع بعدم الإختصاص، والبطلان، و عدم القبول، هي في نفس الوقت جزاء إجرائي يمنع المحكمة من نظر الدعوى دون الدخول في موضوعها.
- 6 - الدفع بعدم الإختصاص يختلف عن غيره من الدفع الموضوعية و دفع عدم القبول كما أنه يختلف عن أمثاله من الدفع الشكلي، فهو يتسم بسيمات تميزه عن غيره من هذه الدفع، و ذلك من عدة وجوه مختلفة.
- 7 - يترتب على صحة الدفع بعدم الإختصاص و قبوله إنتقال الدعوى من تلك المحكمة التي رفعت اليها الى غيرها من المحاكم المختصة بنظر الدعوى و ذلك بالحالة التي تكون عليها الدعوى وقت الحكم بعدم الإختصاص، دون حاجة الى إعادة ما أتخذ فيها من إجراءات أو ما تم فيها من تحقيقات، و ذلك بغية السرعة في قطع المنازعات و حسم الخصومات و تقليل النفقات. و تغيب أي إجراء من إجراءات الخصومة يترتب عليه البطلان وليس عدم القبول.



8- يظهر نشاط الدفع بعدم القبول داخل الخصومة المنعقدة صحيحة من خلال قبول أو عدم قبول الطلبات العارضة و الإدخال و التدخل، فالمصلحة هي الشرط الوحيد لقبول الطلب القضائي، و الدفع بعدم القبول يوجه إلي الطلب القضائي الذي تخلفت فيه المصلحة أو أحد أوصافها، فهو يوجه لشرط المصلحة منظورا إليه كشرط أساسي و وحيد لقبول الطلب القضائي.

9- البطلان كجزاء يلحق العمل الإجرائي المعيب وضعه المشرع من أجل حماية الأعمال الإجرائية في سير الخصومة من العيوب التي قد تلحق بها وتؤدي لعدم ترتيبها الأثر الذي أراده المشرع، و لا يقع بقوة القانون أو التشريع، فلا بد من تقريره بحكم من القاضي، و لتقرير البطلان لا بد من إثارته ممن خوله المشرع سلطة ذلك.

10- إن فكرة البطلان تقوم على أساس حماية المصالح العامة، المتعلقة بحقوق المجتمع من إقامة العدالة، و انهاء الخصومات و إستقرار الحقوق، كما تقوم فكرة البطلان على حماية المصالح الخاصة المتعلقة بإرجاع الحقوق لأصحابها.

11- الدفع بعدم القبول له ذاتية خاصة تميزه عن بقية الدفوع، تتجلى في إنكاره الحماية القضائية على طالبها عند تخلف شرط من شروطها، وهو يعتبر أحد الجزاءات الإجرائية.

12- يعد الحكم بعدم قبول الدعوى من الأحكام الفرعية الصادرة قبل الفصل في موضوع الدعوى، يجوز تجديد النزاع بعد الحكم بعدم قبول الدعوى كقاعدة عامة متى أمكن إستيفاء المقتضى الذي كان ينقصه. أما إذا لم يقم المدعي بإستيفاءه فلا يجوز تجديد النزاع فيه، و بذلك يكتسب الحكم بعدم القبول حجية الشيء المقضي فيه في المسألة المفصول فيها فقط دون موضوعها.

13- إذا ألغى المجلس بالاستئناف الحكم بعدم قبول الدعوى المستأنف فيه، يجب عليه إعادة الدعوى لمحكمة الموضوع للنظر فيه، لعدم إستنفاد محكمة الموضوع لولايتها، لأنها لم تنظر فيه بعد، وحتى لا تقوت على الخصم درجة من درجات التقاضي.

14- أن للدفع بعدم القبول نظام إجرائي خاص بها، و أنها تقترب في بعض أحكامها من الدفوع الشككية من حيث وجوب إبداءها قبل الدخول في أساس الدعوى و الفصل فيها على حدا، و عدم مساسها بأصل الحق المدعى به، و وجوب إثارتها من قبل المحكمة في حال تعلقها بالنظام العام، و أنها تلتقي مع الدفوع الموضوعية في جواز إبدائها في أية حالة كانت عليها الدعوى، و جواز ضمها إلى الموضوع و الفصل فيها مع الحكم الفاصل في الموضوع.

15- للمحكمة إثارة الدفوع بعدم القبول المتعلقة بالنظام العام من تلقاء نفسها، أما القول بجواز إثارتها للدفع الغير متعلقة بالنظام العام ففيه إضرار بالعدالة، ذلك أن المحكمة تكون قد نصبت من نفسها طرفاً في الخصومة، مُرجحة مصلحة أحد أطرافها دون الطرف الآخر، مخالفة بذلك المبادئ المستقرة في العدالة.

16- للخصوم دور لا يستهان به في إيجاد الدفوع بعدم القبول، ومنها الدفع بوجود شرط التحكيم أو الإتفاق على الصلح، وللعقد أيضا دور في إيجاد هذا النوع من الدفوع، كما في حال الإتفاق بين شركة التأمين والمؤمن له على عرض النزاع على جهة غير قضائية تشبه التحكيم.

17 - تقتضى قواعد العدالة و المساواة بين الخصوم فى حال تقدم المدعى علىه بالدفع بعدم القبول، فإذا تم رفضه من قبل المحكمة، فله أن يحتفظ لنفسه بالتمسك بالدفع الشكلىة الأخرى، ذلك أن جمىع الدفع الشكلىة التى سبق أن تقدم بها بقيت صحيحة و منتجة لآثارها، و أن يقتصر الأمر على سقوط الحق فى إثارة الدفع الشكلىة المتعلقة بالإجراء الموجه له الدفع بعدم القبول فقط.

18 - أن السقوط هو الجزاء الذى يرتبه المشرع على عدم إستخدام الحق الإجرائى فى المناسبة أو الأجال التى يحددها، و السقوط إذا وقع فإنه لا يتم التمسك به عن طريق الدفع الموضوعىة أو الدفع الشكلىة، لأن الأولى تتوجه الى أصل الحق، و الثانية تتوجه الى عيوب إجرائىة تشوب إجراءات الخصومة، و إنما يتم التمسك به عن طريق الدفع بعدم القبول.

فالدفع بعدم القبول يفيد أن القائم بالإجراء تتخلف لديه فى الواقع المصلحة القانونىة فى إتخاذه، هذه المصلحة هى الشرط الوحيد لقبول أى إجراء.

19 - الدفع بوجود إتفاق التحكيم لا يمثل إنتزاع إختصاصات القضاء، بل يبقى مختصا بالنظر فى النزاع مع إعطاء الأولوىة لهىئة التحكيم، كما يمكن جعل الدفع بوجود إتفاق التحكيم هو دفع بالتحكيم أو هو دفع بعدم الإختصاص بالنسبة لما يترتب على قبول المحكمة للدفع. فالأصل هو قابلىة المنازعات للتحكيم فىما يجوز الصلح فىه، و تمثل إجازة المشرع فى هذه الحالة بالجوء للتحكيم توزيعا للمنازعات من قبله بين القضاء و هىئات التحكيم، و كما يمكن إحالة الدعوى بعد الحكم بعدم الإختصاص بعد إنتهاء المحكمة فى بحثها فى الدفع بعدم الإختصاص.

20 - إن التمسك بالدفع الشكلىة و إستجابة المحكمة لها يترتب علىه تجميد النظر فى موضوع الطلب الأصلى دون أن يمنع ذلك من تجديده أو تصحيحه حسب الأحوال.

21 - يقدم الدفع بعدم الدستورىة للحكم التشريعى الذى ينتهك الحقوق والحريات التى يضمناها الدستور. والمعروض فى دعوى أمام القضاء و يتوقف علىه مآل النزاع كمسألة أولوىة و بشكل منفصل عن الدعوى الأصلىة. أى ان الدفع يعتبر كدعوى دستورىة أصلىة.

22 - يتعين على المحكمة التى أثرت أمامها المسألة الدستورىة الأولوىة أن تثبت من جدىة ما أثير، وذلك من خلال تبيانها لوجود تعارض بين النص التقنىنى والنص الدستورى، فلو ثبت لمحكمة الموضوع من الظاهر أى أن رجحان القضاء بعدم الدستورىة فتقرر الإحالة إما إلى مجلس الدولة أو إلى المحكمة العليا حسب الأحوال.

## ثانيا: التوصيات

1 - رغم أهمية التنازل الذى يخوله القانون لصاحب الحق فى التمسك بالتنازل عن البطلان، إلا أن المشرع لم ينص علىه فى قانون الإجراءات المدنىة والإدارىة، على غرار المشرع المصرى الذى نص من خلال المادة: 22 من قانون المرافعات المدنىة والتجارىة المصرى على حالة التنازل وأنواعه بالنسبة للبطلان الغير متعلق بالنظام العام، فعلى المشرع الجزائرى أن يتدارك هذا الفراغ بوضع مادة يبين من خلالها إمكانية تنازل الخصم عن حقه فى التمسك بالبطلان كما فعل فى المادة: 61 من قانون الإجراءات المدنىة والإدارىة التى

بين من خلالها حالة سقوط حق الخصم بالتمسك بالبطلان وذلك بعد التطرق أو الكلام في الموضوع.

أنه رغم تعدد حالات السقوط إلا أن المشرع إكتفى بذكر حالة واحدة، لذي يجب حصر كل الحالات الأخرى التي تؤدي إلى سقوط الحق بالتمسك بالبطلان.

2 - إن قاعدة "لا بطلان بغير ضرر" لا تصلح في حد ذاتها كمبدأ عام يحكم نظرية البطلان، إذ لا يتصور شرط إثبات الضرر للدفع بالبطلان في مجال الأحكام، أو عند ما يتعلق الأمر بشكل جوهري، أو بشكل يتعلق بالنظام العام.

3 - يجب ان ينص في القانون العضوي 18-16 المتعلق بالدفع بعدم الدستورية على حل عدد من الإشكاليات مثل الجزاء على التعسف في الدفع بعدم الدستورية، وكذا قيمة الرسوم الواجب دفعها لخزينة الدولة ، ونظرا أنه قانون عضوي فيضاف في نهاية المادة 6 فقرة تحرر كالتالي:

" يقدم الدفع بعدم الدستورية بعريضة طبقا للقانون ، ويحدد تطبيق هذه المادة عن طريق التنظيم".

4 - لحل إشكالية عدم الدستورية بالنسبة لطابع الدمغة يضاف في قانون تنظيم مهنة المحاماة رقم 07-13 للمادة 9 فقرة سابعة يذكر فيها:

"أن مشاركة المحام بصندوق الاحتياط الاجتماعي إجباري لممارسة المهنة، يتم هذا الاشتراك عن طريق التنظيم".

فيصبح الاشتراك شرطا لممارسة مهنة المحاماة ويصبح عدم قبول عرائض المحامي راجع الي عدم إحترامه لواجباته المهنية، و ليس لحق المواطن في الدفاع.

## قائمة المراجع

### أولا : المراجع باللغة العربية

#### القرآن الكرىم .

#### كتب التفسىر والفقه :

1. إسماعىل ابن عمر بن كثرى الدمشقى أبى الفداء، "تفسىر القرآن العظىم"، دار الفكر، بىروت، 1401هـ.
2. البخارى، الإمام أبى عبد الله محمد بن إسماعىل البخارى، "صحىح البخارى"، تحقىق مصطفى ذىب البغا، دار ابن كثرى، بىروت، الطبعة الثانىة، 1987 .
3. جلال الدىن محمد بن أحمد المحلى، جلال الدىن عبد الرحمن بن أبى بكر، "تفسىر الجلالىن" للإمامىن، دار الحدىث القاهرة، الطبعة الأولى، دون تاریخ طبع.
4. على بن أحمد الواحدى أبى الحسن، تحقىق صفوان عدنان داوودى، "الوجىز فى تفسىر الكتاب العزىز"، طبعة دار القلم، دمشق، الطبعة الأولى، سنة 1415 هـ..
5. محمد بن أحمد بن أبى بكر بن فرج القرطبى، أبى عبد الله، "الجامع لأحكام القرآن"، دار الشعب القاهرة، رط، دون تاریخ طبع .
6. محمد بن جرىر بن یزىد بن خالد الطبرى أبو جعفر، "جامع البىان عن تأوىل آى القرآن"، دار الفكر، بىروت، 1405.

### المؤلفات العامة

#### المعاجم:

1. "المعجم الوجىز" الصادر عن مجمع اللغة العربية، طبعة 1990 .
2. " المعجم الوسىط" راغب الأصفهانى، مفردات ألفاظ القرآن، مؤسسة الرسالة، بىروت، لبنان، 1992 .
3. " تاج العروس" محمد مرتضى الحبشى الزبىرى الحنفى، من جواهر القاموس، سنة 1965.
4. " لسان العرب" أبى الفضل جمال الدىن محمد بن منظور، بىروت- لبنان، الجزء الأول، الطبعة 1990.
5. " مختار الصحاح" زىن الدىن محمد بن أبى بكر عبد القادر الرازى، مؤسسة الرسالة، بىروت، سنة 1987 .
6. " معجم المصطلحات القانونىة"، احمد زكى بدوى، دار الكتاب المصرى، القاهرة، مصر، طبعة الأولى، سنة 2003 .
7. " معجم المصطلحات القانونىة"، جىرار كورنو، ترجمة منصور القاضى، المؤسسة الجامعىة للدراسات والنشر والتوزىع، بىروت، لبنان، 1998 .
8. "القاموس المحىط" مجد الدىن محمد بن یعقوب الفىروز آبادى الشىرازى، كنسخة مصورة عن الطبعة الثالثة بالمطبعة الأمىرىة، 1302 هـ .

9. "معجم مقاييس اللغة"، ابن فارس أحمد، دار الجيد، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى، 1411هـ.

#### المؤلفات العامة :

1. ابن خلدون، "المقدمة" تاريخ العلامة ابن خلدون، الطبعة الأولى، طبع بمصنع الكتاب للشركة التونسية للتوزيع، قرطاج، تونس، أبريل، 1984 .
2. أبي الحسن المواردي، "الأحكام السلطانية"، طبعة الحلبي، الطبعة الثانية.
3. الغامدي محمد، "الإختصاص القضائي في الفقه الإسلامي"، مكتبة جرير، الرياض، 2010 .
4. فخر الدين عثمان بن علي الزيلعي الحنفي، "تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق"، دار المعرفة بيروت.

## المؤلفات القانونية :

1. إبراهيم النطاوي، "القوة التنفيذية للأحكام"، دار الكتاب الجامعي، الإسكندرية، 2001 .
2. إبراهيم أمين النفاوي، "مسؤولية الخصم عن الإجراءات"، دار النهضة العربية، القاهرة، الطبعة الأولى، 1991.
3. إبراهيم جوهر إبراهيم، الدفع بإتفاق التحكيم في الدعوى المدنية " دراسة مقارنة في الأثر السلبي المترتب على إتفاق التحكيم في التشريعات العربية والأجنبية"، دار الكتب القانونية، القاهرة، 2003 .
4. إبراهيم سيد أحمد، " موسوعة الدفوع و الخصومة المدنية"، الجزء الأول، الطبعة الأولى، المركز القومي للإصدارات القانونية، 2006، ص 358 .
5. إبراهيم نجيب سعد، "القانون القضائي الخاص"، الجزء الأول، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1974.
6. أحمد إبراهيم عبد التواب، " إتفاق التحكيم والدفوع المتعلقة به"، دار النهضة العربية، القاهرة، 2001.
7. أحمد أبو الوفا، "التعليق على نصوص قانون المرافعات"، الطبعة 5، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1997.
8. أحمد أبو الوفا، " نظرية الدفوع في قانون المرافعات"، منشأة المعارف، الإسكندرية، الطبعة التاسعة، 1991.
9. أحمد أبو الوفا، " المرافعات المدنية والتجارية"، منشأة المعارف، الإسكندرية، الطبعة السادسة، 2000.
10. أحمد أبو الوفاء، "التحكيم الإختياري والإجباري"، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2007.
11. أحمد السيد صاوي، "الوسيط في شرح قانون المرافعات المدنية والتجارية"، دار النهضة العربية، القاهرة، طبعة 2008 .
12. أحمد السيد صاوي، "أثر الأحكام بالنسبة للغير"، دار النهضة العربية، القاهرة، 1986 .
13. أحمد السيد صاوي، "التعليق على نصوص قانون المرافعات"، الطبعة الخامسة، دون سنة نشر، منشأة المعارف، الإسكندرية .
14. أحمد السيد صاوي، "نطاق رقابة محكمة النقض"، دار النهضة العربية، القاهرة، 1984 .
15. أحمد المليجي، " إختصاص المحاكم الدولى و الولائي"، دار النهضة العربية، القاهرة، 1988.
16. أحمد المليجي، " الإختصاص القيمي و النوعي و المحلي للمحاكم"، دار الفكر العربي، القاهرة، 1997.
17. أحمد المليجي، " التعليق على قانون المرافعات"، نادي القضاة للطباعة، القاهرة، مصر، الجزء الأول، 2008 .
18. أحمد المليجي، "أصول المرافعات"، دار الفكر العربي، القاهرة، 1995.
19. أحمد خليفة الشرقاوي، "الدفع بعدم الاختصاص"، دار الكتب القانونية، القاهرة، 2011 .

20. أحمد فتحي سرور، "الوسيط في شرح قانون الإجراءات الجنائية"، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1996.
21. أحمد فتحي سرور، "الوسيط في شرح قانون الإجراءات المدنية و التجارية"، الطبعة الرابعة، دار النهضة العربية، القاهرة.
22. أحمد لعور ونبيل صقر، "المواعيد القضائية"، دار الهدى، الجزائر، الطبعة الثانية، 2009.
23. أحمد ماهر زغلول، "أصول المرافعات"، دار النهضة العربية، القاهرة، 1995.
24. أحمد ماهر زغلول، "الحجية الموقوفة أو تناقضات حجية الأمر المقضي في تطبيقات القضاء المصري"، دون دار نشر، الطبعة الثانية، 2002.
25. أحمد محمد حشيش، "الدفع بعدم القبول في قانون المرافعات المدنية والتجارية المصري"، دار الكتاب الجامعي، الإسكندرية، 1995.
26. أحمد مسلم، أصول المرافعات " التنظيم القضائي والإجراءات والأحكام في المواد المدنية والتجارية والشخصية"، دار الفكر العربي، القاهرة، 1963.
27. أحمد هندي، "الوكالة بالخصومة"، دار النهضة العربية، القاهرة 1998.
28. أحمد هندي، "أصول قانون المرافعات"، دار الجامعة الجديدة للنشر، طبعة 2002.
29. أحمد هندي، "قانون المرافعات المدنية والتجارية"، دار الجامعة الجديدة، القاهرة، 2003.
30. آدم وهيب النداوي، " فلسفة إجراءات التقاضي"، مطبعة التعليم العالي، بغداد، العراق، 1988.
31. آدم وهيب النداوي، " شرح قانون البينات والإجراءات"، دراسة مقارنة، دار الثقافة والنشر والتوزيع، عمان، الطبعة الأولى، لسنة 1998.
32. أسامة أحمد شوقي المليجي، "القواعد الإجرائية للإثبات المدني وفقا لنصوص القانون وأحكام القضاء وآراء الفقه"، دار النهضة العربية، القاهرة، 1996.
33. أشرف عبد العليم الرفاعي، إتفاق التحكيم والمشكلات العملية والقانونية في العلاقات الخاصة الدولية "دراسة فقهية قضائية مقارنة"، دار الفكر الجامعي، مصر، 2001.
34. أمال أحمد القزايري، "مواعيد المرافعات"، منشأة المعارف، الإسكندرية، سنة 1983.
35. أمينة مصطفى النمر، "الدعوى وإجراءاتها"، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 1990.
36. أمينة مصطفى النمر، " قوانين المرافعات"، نادي القضاء بالقاهرة، دار الطباعة الحديثة، الكتاب الأول، 1989.
37. الأنصاري حسن الثيران، " القاضي والجزاء الإجرائي في قانون المرافعات"، دار الفكر العربي، القاهرة ، 1999.
38. أنور طلبه، " موسوعة المرافعات المدنية والتجارية"، دار الكتب القانونية، القاهرة، مصر، 2003.
39. بشار جميل عبد الهادي، " التحكيم في منازعات العقود الإدارية"، دار وائل للنشر، عمان، 2004.

40. بلقاسم سلاطنية، حسان الجيلاني، " أسس البحوث الاجتماعية"، دار الفجر للنشر و التوزيع، القاهرة، 2012.
41. جمال سايس، "قضايا التقادم"، الطبعة الأولى، منشورات كلتيك الجزائر، 2019.
42. جورج شفيق ساري، " التحكيم ومدى جواز اللجوء إليه لفض المنازعات في مجال العقود الإدارية"، دار النهضة العربية، القاهرة، 2003.
43. حسن كيرة، " أصول القانون"، الطبعة الثانية، دار المعارف، مصر، 1960.
44. حسني مصطفى، " إعلان الأوراق القضائية"، منشأة المعارف، الإسكندرية، دون تاريخ نشر.
45. حسين فريجة، " المبادئ الأساسية في قانون الإجراءات المدنية و الإدارية"، ديوان المطبوعات الجامعية، 2010.
46. حمدي باشا عمر، " مبادئ القضاء في ظل قانون الإجراءات المدنية و الإدارية الجديد"، الطبعة الثانية، دار هومة، 2016.
47. خالد شهاب، " نظرية الدفع في قانون المرافعات"، مركز الأبحاث و الدراسات القانونية، القاهرة، 1998.
48. دلاندة يوسف، "المواعيد القانونية"، دار هومة، الجزائر، 2015.
49. الديناصوري عز الدين و حامد عكاز، " التعليق على قانون المرافعات"، الطبعة العاشرة، الاسكندرية، مصر، 2002.
50. نيب عبد السلام، " قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد"، دار موفم للنشر، طبعة 03 منقحة، الجزائر، 2012.
51. رمزي سيف، " الوسيط في شرح قانون المرافعات المدنية والتجارية"، الطبعة الثانية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1960.
52. رمسيس بهنام، " الإجراءات الجنائية، تأصيلا وتحليلا"، دار الفكر العربي، القاهرة، 1965.
53. رمسيس بهنام، " النظرية العامة للمجرم و الجزاء"، الدار الجامعية، الإسكندرية، 1999.
54. سامي جمال الدين، " القانون الدستوري والشرعية الدستورية"، منشأة المعارف بالإسكندرية، 2005.
55. سامي كمال عبده، " التحكيم والصلح طرق بديلة لحل النزاعات"، دار الكتب القانونية، القاهرة، 1989.
56. سائح سنقوقة، " قانون الإجراءات المدنية نصا و تعليقا و شرحا و تطبيقا"، الطبعة الأولى، دار الهدى عين مليلة، الجزائر، 2001.
57. سعد عبد العزيز، " أبحاث تحليلية في قانون الإجراءات المدنية الجديد"، دار هومة للطباعة و النشر و التوزيع، الجزائر، 2013.
58. سليمان عبد المنعم، " بطلان الإجراء الجنائي"، منشورات الحلبي، بيروت، 1999.
59. سليمان مرقص، " مدخل للعلوم القانونية"، الطبعة الثانية، دار النشر للجامعات المصرية، القاهرة، مصر، 1952.
60. سمير عبد السيد تتاغو، " النظرية العامة للقانون"، دار الفكر العربي، سنة 1985.



61. سيد حسن البغال، " المطول في قانون المرافعات"، المجلد الأول، عالم الكتب القاهرة، 2001.
62. صلاح الدين شوشاوي، " شرح قانون أصول المحاكمات المدنية الأردني"، الطبعة الأولى، دار الثقافة، سنة 2010.
63. صلاح الدين فوزي، " المجلس الدستوري الفرنسي"، دار النهضة العربية، القاهرة، 2012.
64. عاشور مبروك، " الوسيط في النظام القانوني لتنفيذ أحكام التحكيم"، دار النهضة العربية، القاهرة، 2006.
65. عاشور مبروك، " الوسيط في قانون القضاء المصري"، الكتاب الأول، مكتبة الجلاء الجديدة، المنصورة، 1998.
66. عباس العبودي، " شرح أحكام قانون المرافعات المدنية"، الطبعة الأولى، دون ذكر المطبعة، بغداد، 2000.
67. عبد الباسط جميعي، " مبادئ المرافعات في المدنية"، دار الفكر العربي، القاهرة، 1980.
68. عبد الباسط جميعي، " نظرية الاختصاص"، دار الفكر العربي، القاهرة، 1987.
69. عبد التواب مبروك، " الوجيز في أصول القضاء المدني"، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، سنة 2005.
70. عبد الحكم أحمد شرف، " المبسط في القانون المرافعات"، دار النهضة، القاهرة 1995.
71. عبد الحكم فود، " ضوابط الاختصاص"، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2001.
72. عبد الحكم فوده، " البطلان في القانون المدني و القوانين الخاصة"، 1993.
73. عبد الحكم فوده، " البطلان في قانون المرافعات المدنية"، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 1995.
74. عبد الحكم فوده، " الدفع بإنتفاء الصفة أو المصلحة"، دون دار نشر، 1997.
75. عبد الحكم فوده، " الدفوع والدفاعات في المواد المدنية والجنائية في ضوء الفقه وقضاء النقض"، دار المطبوعات الجامعية، 1999.
76. عبد الحكم فوده، " الموسوعة العملية في البطلان في ضوء الفقه و قضاء النقض"، المجلد الثاني، المكتب الفني للموسوعة القانونية، القاهرة، مصر، 2001.
77. عبد الحكم فوده، " حجية الأمر المقضي به وقوته في المواد المدنية"، دار المعارف بالإسكندرية، 1994.
78. عبد الحكم فوده، " موسوعة البطلان"، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2001.
79. عبد الحميد أبوهيف، " المرافعات المدنية والتجارية و النظام القضائي في مصر"، الطبعة الثانية، دون ناشر.
80. عبد الحميد الشواربي، " أحكام التقادم في ضوء القضاء والفقه"، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2005.

81. عبد الحميد الشواربي، " الدفع المدنية الإجرائية والموضوعية"، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2004.
82. عبد الحميد الشواربي، " الدفع المدنية و الإجرائية والموضوعية"، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2002.
83. عبد الحميد الشواربي، " حجية الأحكام المدنية والجنائية"، منشأة المعارف، الإسكندرية، طبعة 1986.
84. عبد الحميد الشواربي، " مواعيد الإجراءات القضائية في التشريعات المختلفة"، الطبعة الثانية، منشأة المعارف بالإسكندرية، لسنة 1996.
85. عبد الحميد المنشاوي، " التعليق على قانون المرافعات"، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 1993.
86. عبد الحميد و أسامة عثمان الشواربي، " أحكام التقادم في ضوء القضاء"، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2002.
87. عبد الرحمان بربارة، " شرح قانون الإجراءات المدنية و الإدارية"، الطبعة الرابعة، منشورات بغدادي، 2013.
88. عبد الرزاق السنهوري، " الوسيط في شرح القانون المدني"، الجزء الثالث، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان، 1958.
89. عبد الفتاح السيد بك، " الوجيز في قانون المرافعات"، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1951.
90. عبد الفتاح الصيفي، " النظرية العامة للقاعدة الإجرائية"، دار النهضة العربية، القاهرة، 1992.
91. عبد الفتاح الصيفي، " حق الدولة في العقاب"، دار الكتاب الجامعي، الإسكندرية، 1985.
92. عبد المنعم أحمد الشرقاوي، " الوجيز في قانون المرافعات"، مكتبة النهضة المصرية، القاهرة، 1954.
93. عبد المنعم أحمد الشرقاوي، " شرح قانون المرافعات المدنية و التجارية"، مكتبة الأنجلو المصرية، 1956.
94. عبد المنعم أحمد الشرقاوي، " نظرية المصلحة في الدعوى"، مكتبة عبد الاله وهبة، عابدين، مصر، دون تاريخ النشر -
95. عبد المنعم الشرقاوي، فتحي والي، " المرافعات المدنية والتجارية"، دار النهضة العربية، 1977.
96. عبد المنعم فرج الصدة، " أصول القانون"، دار النهضة العربية، بيروت، لبنان.
97. عبد الوهاب العثماوي، " قواعد المرافعات في التشريع المصري و المقارن"، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1999.
98. عز الدين الديناصوري، " التعليق على قانون المرافعات"، الجزء الثاني، الطبعة الثامنة، 1994.
99. علواني محمد علواني، " شرح قانون الإجراءات الجنائية"، الدار الجامعية، الإسكندرية، 2003.

100. علي حسن عوض، " الدفع بالتقادم والسقوط والإنقضاء"، دار المطبوعات الجامعية الإسكندرية، 1996.
101. علي حسن عوض، " الدفع بعدم جواز الدعوى لسبق الفصل فيها"، الدار الجامعية، الإسكندرية، 1999.
102. علي أبو عطية هيكل، " الدفع بالإحالة"، الدار الجامعية، 2004.
103. علي أبو عطية هيكل، " الوسيط في شرح قانون المرافعات المدنية والتجارية"، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2003.
104. علي أحمد حسن، " التقادم في المواد المدنية والتجارية فقها وقضاء"، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1978.
105. علي الشحات الحديدي، " ماهية الصفة ودورها في النطاق الإجرائي"، دار النهضة العربية، القاهرة، 1996.
106. علي محمود قراعة، " الأصول القضائية في المرافعات الشرعية"، الطبعة الثانية، مطبعة النهضة، القاهرة، مصر.
107. علي هادي العبيدي، " قواعد المرافعات المدنية في سلطنة عمان"، المكتب الجامعي الحديث، ط1، القاهرة، مصر، 2006.
108. عمارة بلغيث، " الوجيز في الإجراءات المدنية"، دار العلوم للنشر و التوزيع، عنابة، 2002.
109. عمر زودة، " الإجراءات المدنية و الإدارية في ضوء آراء الفقهاء و أحكام القضاء"، دار هومة للنشر، الكتاب الأول، طبعة 2021.
110. عيد أحمد رمضان، " الجزء الإجرائي في قانون المرافعات"، دار الكتب القانونية، القاهرة، 2015.
111. عيد محمد القصاص، " الوسيط في قانون المرافعات"، دار النهضة العربية، القاهرة، 2005.
112. عيد محمد قصاص، " الخلافة في الصفة الإجرائية"، دار النهضة العربية، 1996.
113. فتحي والي، " الوسيط في قانون القضاء المدني"، الكتاب الجامعي، 2001.
114. فتحي والي، " مبادئ قانون القضاء المدني"، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، الطبعة الأولى، 1975.
115. فتحي والي، " نظرية البطلان في قانون المرافعات"، دون دار نشر، 1997.
116. فتحي والي، " قانون القضاء المدني اللبناني"، دار النهضة العربية، القاهرة، 1970.
117. فتيحة عويسات، نبيل صقر، " قانون الإجراءات المدنية والإدارية نصا وتطبيقا"، دار الهدى الجزائر، 2009.
118. فؤاد عبد المنعم أحمد، الحسين علي غنيم، " الوسيط في التنظيم القضائي في الفقه الإسلامي مع بيان التطبيق الجاري في المملكة العربية السعودية و مصر و الكويت"، مؤسسة شباب الجامعة، الإسكندرية 1986.
119. محمد إبراهيمي، " الوجيز في الإجراءات المدنية"، الجزء الثاني، ديوان المطبوعات الجامعية، لطبعة الثالثة، 2006.
120. محمد العشماوي، " قواعد المرافعات في التشريع المصري و المقارن"، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1998.

121. محمد جمال عطيه، " الشكلية القانونية دراسة مقارنة بين النظم القانونية الوضعية والشريعة الإسلامية"، دار النهضة العربية، القاهرة، 1994.
122. محمد حامد فهمي، " تنفيذ الأحكام والسندات الشرعية والحجوز التحفظية"، دار النشر للجامعات المصرية، الطبعة الثالثة.
123. محمد حامد فهمي، " مذكرات في المرافعات المدنية والتجارية"، الجزء الأول، الناشر مكتبة عبد الله وهبة بالقاهرة، طبعة 1947.
124. محمد خلف، " مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها محكمة النقض"، دار الطباعة الحديثة، القاهرة، مصر، الطبعة الأولى، 1982.
125. محمد عزمي البكري، " الدفع في قانون المرافعات في ضوء الفقه والقضاء طبقاً لحدث التعديلات"، دار محمود للنشر والتوزيع، الطبعة الثالثة، 2001.
126. محمد لبيب شنب، " الوجيز في مصادر الإلزام"، بدون دار نشر، الطبعة الثالثة 1999.
127. محمد لبيب شنب، " دروس في نظرية الحق"، دون دار نشر، 1998.
128. محمد نعيم ياسين، " دار النفائس، عمان، الأردن، 2002.
129. محمود السيد التحيوي، " الإختصاص القضائي للمحاكم العادية في قانون المرافعات بين النظرية و التطبيق"، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2001.
130. محمود السيد التحيوي، " الصفة الغير العادية وأثارها في رفع الدعوى القضائية"، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2003.
131. محمود السيد التحيوي، " حضور صاحب الصفة الإجرائية في الدعوى القضائية"، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2003.
132. محمود السيد التحيوي، " مفهوم الأثر السلبي لإتفاق على التحكيم -شرطا كان أم مشاركة -الوسيلة الفنية لأحكامه و نطاقه"، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2003.
133. محمود محمد هاشم، " نحو نظرية عامة لفكرة النظام العام في قانون المرافعات"، دار النهضة العربية، القاهرة الطبعة الأولى، 2002.
134. محمود محمد هاشم، "قانون القضاء المدني، الجزء الثاني"، دار النهضة العربية، القاهرة، 1989.
135. محمود مصطفى يونس، " نظرات في الإحالة لعدم الاختصاص"، دار الوفاء، الإسكندرية، 2011.
136. محند أمقران بوبشير، " قانون الإجراءات المدنية، مبادئ النظام القضائي، التنظيم القضائي الجزائري، نظرية الإختصاص"، الجزء 1، دار الأمل للطباعة و النشر و التوزيع، 2002.
137. محند أمقران بوبشير، " قانون الإجراءات المدنية، نظرية الدعوى، نظرية الخصومة، الإجراءات الإستثنائية"، الطبعة الرابعة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2008.
138. مصطفى جمال عكاشة، محمد عبد العالي، " التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية و الداخلية"، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 1998.

139. مصطفى عبد الحميد عياد، "الأصول في التنظيم القضائي والمحاكمات المدنية والتجارية"، 1997.
140. معوض عبد التواب، "التعليق على قانون المرافعات"، الجزء الثاني، الطبعة الأولى، دون دار نشر، 1995.
141. مناني فراح، "التحكيم طريق بديل لحل النزاعات"، دار الهدى، الجزائر، 2007.
142. منير عبد المجيد، "قضاء التحكيم في منازعات التجارة الدولية"، دار النهضة العربية، 2000.
143. منير عبدالمجيد، "الأسس العامة للتحكيم الدولي والداخلي في القانون الخاص في ضوء الفقه وقضاء التحكيم"، الإسكندرية، منشأة المعارف، 2000.
144. موفق بن عبد العزيز، "البحث وكتابة الرسائل العلمية"، دار التوحيد للنشر و التوزيع، الرياض، 2005.
145. ناريمان عبد القادر، "التحكيم وفقا لقانون التحكيم في المواد المدنية والتجارية" دراسة مقارنة - دار النهضة العربية القاهرة، 1996.
146. نبيل إسماعيل عمر، "أصول المرافعات الشرعية وعلم القضاء في المملكة العربية السعودية"، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1993.
147. نبيل إسماعيل عمر، "الارتباط الجزائي في قانون المرافعات"، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1994.
148. نبيل إسماعيل عمر، "الدفع بعدم القبول و نظامه القانوني"، منشأة المعارف، الإسكندرية.
149. نبيل إسماعيل عمر، "الدفع بعدم القبول ونظامه القانوني في قانون المرافعات المدنية"، دراسة تحليلية للفقه والقضاء المصري والفرنسي، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية 2004.
150. نبيل إسماعيل عمر، "الوسيط في قانون المرافعات المدنية والتجارية"، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، طبعة 1999.
151. نبيل إسماعيل عمر، "سقوط الحق في اتخاذ الإجراء في قانون المرافعات"، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية 2004.
152. نبيل إسماعيل عمر، "عدم فعالية الجزاءات الإجرائية"، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2002.
153. نبيل إسماعيل عمر، "قانون أصول المحاكمات المدنية"، منشورات الحلبي، بيروت، 2008.
154. نبيل إسماعيل عمر، "قانون أصول المحاكمات المدنية"، منشورات الحلبي، بيروت، 2008.
155. نبيل صقر، "التقادم في التشريع الجزائري"، دار الهدى، الجزائر، 2011.
156. نشأت عبد الرحمن الأخرس، "شرح قانون اصول المحاكمات المدنية"، الجزء الأول، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان الأردن. 2000.
157. الهادي دالي، "البسيط في الإجراءات المدنية"، منشورات بغدادي، الجزائر، 2003.
158. هدى عبد الرحمن، "دور المحكم في خصومة التحكيم وحدود سلطاته"، دار النهضة العربية، القاهرة، 1997.

159. وجدي راغب فهمي، " الموجز في مبادئ القضاء المدني"، دار الفكر العربي، 1977.
160. وجدي راغب فهمي، "الوجيز في المرافعات"، بدون دار نشر، 2001.
161. وجدي راغب فهمي، " مبادئ الخصومة المدنية"، دار الفكر العربي، القاهرة ، 1978.
162. وجدي راغب فهمي، "مبادئ القضاء المدني " قانون المرافعات"، دار النهضة العربية، الطبعة الرابعة، 2004.
163. وجدي راغب فهمي، "مذكرات في إجراءات التقاضي أمام القضاء المدني"، دون دار نشر، 1987.
164. وجدي راغب فهمي، " مبادئ القضاء المدني"، دار الفكر العربي، القاهرة، 1986.
165. وحيد محمود إبراهيم، " حجية الحكم الجنائي التأديبية"، دار النهضة العربية، القاهرة، 1995.
166. الياس ابو عيد، " اصول المحاكمات المدنية بين النص والأجتهد والفقہ"، ط1، ج1، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2004.
167. يوسف محمد المصاورة، " تسبيب الأحكام وفقاً لقانون أصول المحاكمات المدنية"، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2010.

## 4- المؤلفات الخاصة:

## الرسائل والأطروحات :

## رسائل دكتوراه:

1. إبراهيم أمين النفاوي، " مسؤولية الخصم عن الإجراءات"، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق جامعة عين شمس، 1987 .
2. أحمد السيد صاوي، "الشروط الموضوعية للدفع بحجية الشيء المحكوم فيه"، رسالة دكتوراه، القاهرة، 1971.
3. أحمد فتحي سرور، " نظرية البطلان في قانون الإجراءات الجزائية"، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، 1959 .
4. أحمد محمد حشيش، " الدفع بعدم قبول الدعوى في قانون المرافعات المدنية والتجارية"، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، 1976.
5. أحمد هندي، " إرتباط الدعوى و الطلبات في قانون المرافعات، دراسة تفصيلية لتعريف الإرتباط في مصر و فرنسا و إيطاليا"، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، 1976.
6. صلاح أحمد عبد الصادق، " نظرية الخصم العارض في قانون المرافعات"، دراسة تأصيلية لإتساع نطاق الخصومة من حيث أطرافها، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، 1986.
7. عبد الحكيم عباس قرني عكاشة، " الصفة في العمل الإجرائي في قانون المرافعات المصري و الفرنسي"، رسالة دكتوراه مقدمة إلى كلية الحقوق، جامعة القاهرة، 1995.
8. عبد المنعم أحمد الشرفاوي، " نظرية المصلحة في الدعوى"، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، 1947.
9. فتحي والي، " نظرية البطلان في قانون المرافعات دراسة تأصيلية للأعمال الإجرائية في قانون المرافعات، وأسباب بطلانها الشكلية والموضوعية، وأنواع البطلان وبيان من له التمسك به وتصحيحه وآثاره"، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، 1959.
10. وجدي راغب فهمي، " النظرية العامة للعمل القضائي في قانون المرافعات"، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، 1968.

## مذكرات ماجستير

1. أحمد كربوعة، " حماية المجلس الدستوري للحقوق"، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون العام، تخصص حقوق الإنسان و الحريات العامة، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة قاصدي مرباح، ورقلة، 2014.
2. جمام عزيز، " عدم فعالية الرقابة على دستورية القوانين في الجزائر"، مذكرة لنيل شهادة ماجستير في القانون العام، تخصص حقوق الإنسان، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2012 .

3. جمام عزيز، " عدم فعالية الرقابة على دستورية القوانين في الجزائر"، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، فرع القانون كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2012 .
4. حدان طاهر، " دور القاضي الوطني في مجال التحكيم التجاري الدولي"، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، فرع قانون التنمية الوطنية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2012 .
5. كليبي حسان، " دور القضاء في قضايا التحكيم التجاري الدولي"، مذكرة نيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، تخصص عقود و مسؤولية، كلية الحقوق، جامعة أحمد بوقرة، بومرداس، 2012 .



## 5 - المقالات :

1. أحمد أبو الوفا، " توحيد المصطلحات القانونية في البلاد العربية"، مجلة المحامي اللبناني العدد 36، 1972 .
2. أحمد أبو الوفا، " طلب إسقاط الخصومة وانقضاءها بالتقادم"، مجلة المحاماة، العدد السادس، السنة 36، فبراير 1956.
3. أحمد عبد الكريم سلامة، " التحكيم التجاري لدول مجلس التعاون الخليجي- دراسة تأصيلية لبعض جوانب التحكيم الدولي"، بحث مقدم في المؤتمر السنوي الخامس الذي نظمته كلية الحقوق، جامعة المنصورة، بعنوان الاتجاهات الحديثة. 29 مارس 2000.
4. أوكيل محمد أمين، " المجلس الدستوري كنموذج لرقابة دستورية القوانين"، مداخلة أقيمت في إطار الملتقى الوطني حول " المجلس الدستوري في ضوء تعديل مارس 2016 ، "إصلاحات مقررة في انتظار الممارسة"، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية ، بتاريخ 2016/04/27 .
5. تعويلت كريم، " الرقابة القضائية على إختصاص الحكم"، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة عبد الرحمان ميرة، العدد الثالث، بجاية، بدون تاريخ النشر.
6. جلول شيتور، " الرقابة القضائية على دستورية القوانين"، مجلة الاجتهاد القضائي، العدد الرابع، جامعة محمد خيضر بسكرة، 2013
7. سعداني لوناسي جقيقة، " آلية الدفع بعدم دستورية القوانين"، مداخلة أقيمت في إطار الملتقى الوطني حول المجلس الدستوري الجزائري في ضوء تعديل 06 مارس " إصلاحات مقررة في انتظار الممارسة " جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية يوم 27 . أبريل 2017 .
8. سعيداني نورة، " مدى فعالية العمل الرقابي للمجلس الدستوري الجزائري"، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، جامعة عبدالرحمان ميرة، بجاية، 2010 .
9. عليان بوزيان، " آلية الدفع بعدم دستورية القوانين وأثرها في تفعيل العدالة الدستورية"، مجلة المجلس الدستوري، عدد 02 . الجزائر، د.س.ن،
10. محمود محمد هاشم، " استنفاد ولاية القاضي المدني"، مجلة المحاماة، العدد الخامس، السنة الحادية و التسعون، أغسطس أوت 1999.
11. مصطفى محمد الجمال، " مناهج الإنزام بالأحكام المدنية"، مجلة الحقوق للبحوث القانونية و الإقتصادية، جامعة عين شمس السنة السادسة عشر، العدد الثاني، 1974.
12. وجدي راغب فهمي، " دراسات في مركز الخصم أمام القضاء المدني"، مجلة العلوم القانونية و الاقتصادية، السنة 1976.

## 6- الدوريات والمجلات

1. مجلة الإجتهد القضائي، الغرفة العقارية، العدد 2، لسنة 2004.
2. مجلة البحوث القانونية و الاقتصادية، كلية الحقوق، جامعة الإسكندرية.
3. مجلة العلوم القانونية و الاقتصادية، كلية الحقوق، جامعة عين شمس..
4. المجلة القضائية تصدر عن قسم الوثائق المحكمة العليا، الجزائر.

5. **المجلة القضائية** لسنة 1989، العدد 2، الصادرة عن قسم المستندات و النشر للمحكمة العليا .
6. **المجلة القضائية** لسنة 1993، العدد 1، الصادر عن قسم المستندات و النشر للمحكمة العليا .
7. **المجلة القضائية** لسنة 1993 العدد 3، الصادر عن طبع الديوان الوطني للأشغال التربوية 1999.
8. **المجلة القضائية** لسنة 1994، العدد 3، الصادر عن قسم المستندات و النشر للمحكمة العليا .
9. **المجلة القضائية** لسنة 1997، العدد 1، الصادر عن طبع الديوان الوطني للأشغال التربوية 1999.
10. **المجلة القضائية** لسنة 1998، العدد 2، الصادر عن قسم المستندات و النشر للمحكمة العليا.
11. **المجلة القضائية** لسنة 1999، عدد خاص، صادر عن قسم الوثائق للمحكمة العليا، الديوان الوطني للأشغال التربوية .
12. **المجلة القضائية** لسنة 2006، العدد 3، الصادر عن قسم المستندات و النشر للمحكمة العليا.
13. **المجلة القضائية** لسنة 1999، العدد 1.
14. **مجلة المحاماة المصرية** التي تصدرها نقابة المحامين المصرية، العدد الخامس والسادس، إصدار أغسطس 2007.
15. **مجلة المحكمة العليا** تصدر عن قسم الوثائق والدراسات القانونية المحكمة العليا، الجزائر.
16. **نشرة القضاة**، تصدر عن مديرية البحث والتشريع، وزارة العدل ، الجزائر

#### 7- التقنيات (القوانين) :

1. دستور 2016، المعدل و المتمم بقانون 03/02 بتاريخ 2002/04/10، عدل بالمرسوم الرئاسي رقم: 20 – 242 بتاريخ 2020/12/30 الموافق عليه بإستفتاء 01 نوفمبر 2020، جريدة رسمية رقم 81 بتاريخ 2020/12/30 .
2. القانون المدني، المعدل بالقانون رقم 10 لسنة 2005، و بالقانون رقم 5 لسنة 2007 .
3. قانون رقم: 07/13 المؤرخ في 29 أكتوبر 2013 المتضمن تنظيم مهنة المحاماة .
4. قانون الإجراءات المدنية و الإدارية، الصادر بقانون رقم: 08-09 المؤرخ في 2008/02/25، و المعدل و المتمم بقانون رقم: 22-13 المؤرخ 13 ذي الحجة 1443هـ الموافق لـ 12 جويلية 2022 .
5. قانون الأسرة رقم 84-11 المؤرخ في 09 يونيو 1984 المتضمن قانون الأسرة المعدل و المتمم بقانون 05-09 المؤرخ في 04 ماي 2005، جريدة رسمية رقم 43: ليوم 22 يونيو 2005 يتضمن الموافقة على الأمر 2005 المؤرخ في

- 2005/02/27 الذي يعدل و يتم القانون رقم 84-11 جريدة رسمية العدد 15 ليوم 2005/02/27 .
6. قانون التأمينات الجديد، الصادر بأمر 95-07 المؤرخ في 25/01/1995، المعدل بالقانون رقم 06-04 المؤرخ في 06/04/2006 .
7. القانون التجاري، الأمر رقم 75-59 المؤرخ في 20 رمضان 1395 الموافق لـ 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون التجاري، المعدل والمتمم بالمرسوم التشريعي رقم 93-08 المؤرخ في 25 أبريل 1993، الأمر رقم 96-72 المؤرخ في 09 ديسمبر 1996 و القانون رقم 05-02 المؤرخ في 06 فبراير 2005.
8. القانون البحري، بموجب الأمر 80/76 الصادر بتاريخ 23 أكتوبر 1976 المعدل و المتمم بقانون رقم: 05/98 المؤرخ في 25/06/1998 .
9. قانون الصيد ، رقم 10/82 المؤرخ في 21/08/1982 المتمم و المعدل بقانون 04 /07 المؤرخ في 14 أوت 2004 .
10. قانون 11/17 المؤرخ في 27/12/2017 المتعلق بقانون المالية لسنة 2018 جريدة رسمية رقم: 76 المؤرخة في :2017/12/28.
11. قانون المرافعات المدنية و التجارية (المصري ) رقم: 13 لسنة 1968 المؤرخ في 09/05/1968، المعدل و المتمم .  
الموقع الإلكتروني :

Hattbs // lawyer egypt.net

12. المرسوم التشريعي 93/09 المؤرخ في 25 أبريل 1993 الذي أدخل مفهوم التحكيم الدولي تائرا بالمحيط القانوني الدولي الذي هذا المنحى.
13. القانون العضوي رقم 18-16 المؤرخ في 22 ذي الحجة 1439 الموافق لـ 02/09/2018 الذي يحدد شروط و كيفية تطبيق الدفع بعدم الدستورية .
14. المرسوم التنفيذي رقم: 18-185 المؤرخ في 26 يوليو 2018 المحدد لقيمة دمغة المحاماة و كيفية تحصيلها، الجريدة الرسمية رقم : 42 .

ثانيا: مراجع اللغة الفرنسية .

### Ouvrages En langue française

1. DESDEVISES Y VON, Action en justice, conditions subjectives, Qualité, juris.
2. GARSONNET -E- ,CH.CEZAR -BRU. Precis de procédure civile ,recueil sirey, paris ,9<sup>ème</sup> ed ,1923.
3. classeur, 1996, Fasc 1263 p .3.

4. DES DEVICES Y VON, action en justice classeur fasc 1262,1996, p.8
5. BOLARD J, la qualité pour défendre , j.c,p 1992 , ed, G, 11, 21905
6. Roux (ja) " cour de droit criminel français ", Tome 2 N° 82 p 322 note 15,2<sup>ème</sup> ed
7. Pris 19271 Cadiet L ,Droit judiciaire privé,Litec ,Paris,troisième édition ,n 843.
8. GLASSON, TISSER, et MOREL, Traité théorique et pratique d'organisation judiciaire, de compétence et de procédure civile,t ,I , 3<sup>ème</sup> ed, Recueil Sirey, paris,1929, p.423, n.172.
9. JULIENP avec la collaboration de Natalie fricero, Droit judiciaire privé, L.G.D.J., 2001.
10. Solus.H et PERROTR, Droit judiciaire privé, Sirey, Paris, 1991, T.I.
11. VINCENTJ et GUINCHARDS , Procédure civile, Dalloz, Paris, 26<sup>ème</sup> ed, 2001.
12. VINCENTJ ,GUINCHARDS, montagnierg, varinarda, La justice et ses institutions, Dalloz, Paris, 4<sup>ème</sup> ed. 1993 .
13. Jean robert, l'arbitrage droit interne privé, édition d'alloze ,5, 1983 , p3.
14. Montesquieu, de l' esprit des lois , Enag Edition, Algérie, Année 1990, page 211.

الملاحق

## قرارات

### المحكمة الدستورية

قرار رقم 24/ق.م.د/د ع د/د 22 مؤرخ في 20 شعبان عام 1443  
الموافق 23 مارس سنة 2022.

إن المحكمة الدستورية،

- بناء على قرار الإحالة من المحكمة العليا بتاريخ 3 جانفي سنة 2022، تحت رقم الفهرس 22/00001، والمسجل لدى كتابة ضبط المحكمة الدستورية بتاريخ 9 جانفي سنة 2022 تحت رقم 01 - د ع د والمتعلق بدفع آثاره الأستاذ (ب.ز) محام معتمد لدى المحكمة العليا ومجلس الدولة والأستاذ (ع.و) محام معتمد لدى المجلس القضائي في حق الشركة ذات المسؤولية المحدودة المسماة "السلام إلكترونيك"، المعثلة من طرف مسيرها، واللذين ادعيا بموجبها عدم دستورية المادة 4-73 من القانون رقم 11-90 المؤرخ في 26 رمضان عام 1410 الموافق 21 أبريل سنة 1990 والمتعلق بعلاقات العمل، المعدل والمتمم بموجب الأمر رقم 21-96، وكذا المادتين 21 و22 من القانون رقم 04-90 والمتعلق بتسوية النزاعات الفردية في العمل،

- وبناء على الدستور، لا سيما المواد 165 (الفقرة الأخيرة) و195 و198 (الفقرتان 4 و5) و225 منه،

- وبمقتضى العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية المعتمد بموجب قرار الجمعية العامة لمنظمة الأمم المتحدة المؤرخ في 16 ديسمبر سنة 1966، الذي تم الانضمام إليه بموجب المرسوم الرئاسي رقم 67-89 المؤرخ في 11 شوال عام 1409 الموافق 16 مايو سنة 1989،

- وبمقتضى القانون العضوي رقم 16-18 المؤرخ في 22 ذي الحجة عام 1439 الموافق 2 سبتمبر سنة 2018 الذي يحدد شروط وكميات تطبيق الدفع بعدم الدستورية،

- وبمقتضى القانون رقم 04-90 المؤرخ في 10 رجب عام 1410 الموافق 6 فبراير سنة 1990 والمتعلق بتسوية النزاعات الفردية في العمل،

- وبمقتضى القانون رقم 11-90 المؤرخ في 26 رمضان عام 1410 الموافق 21 أبريل سنة 1990 والمتعلق بعلاقات العمل، المعدل والمتمم،

- وبمقتضى المداولة المؤرخة في 23 ربيع الثاني عام 1443 الموافق 28 نوفمبر سنة 2021 والمتعلقة بقواعد

عمل المحكمة الدستورية في مجال الدفع بعدم الدستورية، والمتضمنة العمل بالبابين الثاني والثالث من النظام المحدد لقواعد عمل المجلس الدستوري المؤرخ في 7 رمضان عام 1440 الموافق 12 مايو سنة 2019، المعدل والمتمم،

- وبناء على قرار المحكمة الدستورية رقم 01/ق.م.د/د ع د/د 22 المؤرخ في 23 جمادى الثانية عام 1443 الموافق 26 جانفي سنة 2022 والمتضمن التصريح بدستورية المادة 4-73 من القانون رقم 11-90 المؤرخ في 26 رمضان عام 1410 الموافق 21 أبريل سنة 1990 والمتعلق بعلاقات العمل، المعدل والمتمم،

- وبناء على الإشعار المرسل إلى رئيس الجمهورية، والإشعار المرسل إلى رئيس مجلس الأمة، والإشعار المرسل إلى رئيس المجلس الشعبي الوطني، والإشعار المرسل إلى الوزير الأول والنائب العام لدى المحكمة العليا، وإلى الأطراف بتاريخ 13 جانفي سنة 2022،

- وبعد الاطلاع على الملاحظات المكتوبة المقدمة من طرف رئيس المجلس الشعبي الوطني ورئيس مجلس الأمة والوزير الأول والنائب العام لدى المحكمة العليا،

- وبعد الاطلاع على الملاحظات المكتوبة المقدمة من طرف الشركة المدنية المهنية للمحاماة للأستاذين (ب.ز) محامي معتمد لدى المحكمة العليا ومجلس الدولة، والأستاذ (ع.و) محام معتمد لدى المجلس القضائي، في حق الشركة ذات المسؤولية المحدودة المسماة "السلام إلكترونيك" المعثلة من طرف مسيرها، وتلتزم بموجبها التصريح بعدم دستورية المادة 4-73 من القانون رقم 11-90 المؤرخ في 21 أبريل سنة 1990 والمتعلق بعلاقات العمل، المعدل والمتمم، والمادتين 21 و22 من القانون رقم 04-90 المتعلق بتسوية النزاعات الفردية في العمل، مؤكدة أنها جاءت مخالفة لنصوص المواد 34 و35 و165 (الفقرة الأخيرة) من الدستور،

- وبعد الاستماع إلى العضو المقرر السيدة ليلى عسلاوي في تلاوة تقريرها المكتوب، بالجلسة العلنية المنعقدة بتاريخ 23 مارس سنة 2022،

- وبعد الاستماع إلى الملاحظات الشفوية في الجلسة العلنية المنعقدة بتاريخ 23 مارس سنة 2022 للأستاذ (ب.ز) في حق الشركة ذات المسؤولية المحدودة المسماة "السلام إلكترونيك"، والذي تمسك من خلالها بعدم دستورية المادة 4-73 من القانون رقم 11-90 المؤرخ في 26 رمضان عام 1410 الموافق 21 أبريل سنة 1990 والمتعلق بعلاقات العمل، المعدل والمتمم، والمادتين 21 و22 من القانون رقم 04-90 والمتعلق بتسوية النزاعات الفردية في العمل،

**"تكون الأحكام القضائية المتعلقة بالمسائل التالية محل تنفيذ مؤقت بقوة القانون :**

- تطبيق أو تفسير اتفاقية أو اتفاق جماعي للعمل،
- تطبيق أو تفسير كل اتفاق مبرم في إطار الإجراءات الخاصة بالمصالحة أمام مكتب المصالحة،
- دفع الرواتب والتعويضات الخاصة بالأشهر (6) الستة الأخيرة.

**كما يمكن المحكمة، عند النظر في المسائل الاجتماعية، أن تنطق بالتنفيذ المؤقت دون كفالة فيما بعد (6) ستة أشهر."**

- حيث أن محكمة الدار البيضاء، القسم الاجتماعي، عند فصلها في النزاع الذي كان قائما بين كل من الشركة ذات المسؤولية المحدودة المسماة "السلام إلكترونيك"، الممثلة من طرف مسيرها، والمدعو (ب.ج) الذي كان متعاقدا كسائق مع الشركة المذكورة، قضت بإلغاء قرار التسريح وإلزام المدعى عليها بأدائها للمدعى مبلغ مائة ألف (100.000 دج) تعويضا عن التسريح التعسفي،

- حيث أن الشركة ذات المسؤولية المحدودة المسماة "السلام إلكترونيك"، وخلال الطعن بالاستئناف المسجل أمام مجلس قضاء الجزائر تحت رقم 2021/05، قدمت بتاريخ 20 يونيو سنة 2021، بواسطة الشركة المدنية المهنية للمحاماة للأستاذين (ب.ز) و(ع.و)، مذكرة دفع مكتوبة ومنفصلة، ملتزمة إرجاء الفصل في القضية وإحالة الدفع إلى المحكمة العليا، مثيرة عدم دستورية المادة 4-73 من القانون رقم 90-11 المؤرخ في 26 رمضان عام 1410 الموافق 21 أبريل سنة 1990 والمتعلق بعلاقات العمل، المعدل والمتمم، والمادتين 21 و22 من القانون رقم 90-04 المؤرخ في 6 فبراير سنة 1990 المتعلقة بتسوية النزاعات الفردية في العمل، لتعارضها مع نصوص المادتين 34 و165 (الفقرة الأخيرة) من الدستور، مشيرة إلى أنها قد ميزت بين المتقاضين في ممارسة حق التقاضي على درجتين وهو ما لا يتماشى مع ما كرسه الدستور،

- حيث أنه بتاريخ 3 جانفي سنة 2022، قررت المحكمة العليا إحالة الدفع العثار من طرف الشركة ذات المسؤولية المحدودة المسماة "السلام إلكترونيك" على المحكمة الدستورية،

- حيث تلقت المحكمة الدستورية قرار الإحالة الصادر عن المحكمة العليا بتاريخ 3 جانفي سنة 2022 تحت رقم الفهرس 00001/2022، وتم تسجيله لدى كتابة الضبط بتاريخ 9 جانفي سنة 2022 تحت رقم 01/2022 / د ع د،

- حيث أن رئيس المحكمة الدستورية أشعر بموجب إرسال مؤرخ في 13 جانفي سنة 2022، كلاً من رئيس الجمهورية ورئيس مجلس الأمة ورئيس المجلس الشعبي

- وبعد الاستماع إلى الملاحظات الشفوية لممثل الحكومة، والذي تسلك بموجبها دستورية الأحكام التشريعية المذكورة أعلاه،

- وبعد المداولة،

**من حيث الإجراءات :**

- حيث أن الشركة ذات المسؤولية المحدودة المسماة "السلام إلكترونيك"، الممثلة من طرف مسيرها والقائمة في حقها الشركة المدنية المهنية للمحاماة للأستاذين (ب.ز) محام معتمد لدى المحكمة العليا ومجلس الدولة، والأستاذ (ع.و) محام معتمد لدى المجلس القضائي، ودفعت بعدم دستورية كل من : المادة 4-73 من القانون رقم 90-11 المؤرخ في 26 رمضان عام 1410 الموافق 21 أبريل سنة 1990 والمتعلق بعلاقات العمل، المعدل والمتمم، والتي تنص على أنه : **"إذا وقع تسريح العامل مخالفة للإجراءات القانونية و/أو الاتفاقية الملزمة، تلغى المحكمة المختصة ابتدائيا ونهائيا قرار التسريح بسبب عدم احترام الإجراءات، وتلزم المستخدم بالقيام بالإجراء المعمول به، وتمنح العامل تعويضا ماليا على نفقة المستخدم، لا يقل عن الأجر الذي يتقاضاه كما لو استمر في عمله.**

**وإذا حدث تسريح العامل خرقا لأحكام المادة 73 أعلاه، يعتبر تعسفا. وتفصل المحكمة المختصة ابتدائيا ونهائيا إما بإعادة إدماج العامل في المؤسسة مع الاحتفاظ بامتيازاته المكتسبة أو، في حالة رفض أحد الطرفين، يمنح العامل تعويضا ماليا لا يقل عن الأجر الذي يتقاضاه العامل عن مدة ستة (6) أشهر من العمل، دون الإخلال بالتعويضات المحتملة.**

**يكون الحكم الصادر في هذا المجال قابلا للطعن بالنقض."**

والمادة 21 من القانون رقم 90-04 المؤرخ في 10 رجب عام 1410 الموافق 6 فبراير سنة 1990 والمتعلق بتسوية النزاعات الفردية في العمل التي تنص على أنه **"باستثناء الاختصاص الأصلي، ثبت المحاكم عند النظر في المسائل الاجتماعية ابتدائيا ونهائيا عندما تتعلق الدعوى أساسا :**

**- بإلغاء العقوبات التأديبية التي قررها المستخدم ضد المدعى دون تطبيق الإجراءات التأديبية و/أو الاتفاقيات الإجبارية،**

**- بتسليم شهادات العمل وكشوفات الرواتب أو الوثائق الأخرى المنصوص عليها قانونا لإثبات النشاط المهني للمدعي"،**

وكذا المادة 22 من نفس القانون والتي تنص على أنه :

ينتهك أي حق من الحقوق التي يضمنها الدستور، وبالتالي، فإن الحكمين المعترض على دستوريتهما مطابقين للدستور،

- حيث أن الوزير الأول تمسك في ملاحظاته المكتوبة بدستورية المادة 73-04 من القانون رقم 90-11 المذكور أعلاه، مشيراً إلى أن المحكمة الدستورية سبق لها وأن فصلت بدستوريتها في قرارات سابقة، أما بالنسبة للمادة 21 من القانون رقم 90-04 والمذكور أعلاه، فإن الدفع بخرق هذه المادة لمبدأ المساواة أمام القانون يتعارض مع الطبيعة الخاصة لعلاقة العمل الموجودة بين فئتين مختلفتين لهما مركزان قانونيان مختلفان وإنها شُرعت لحماية العامل من العقوبات التأديبية التي يقرها المستخدم ضده، مما يجعل منه دعماً غير مؤسس، وأن المؤسس الدستوري لم يقر مبدأ التقاضي على درجتين بشكل مطلق، بل أحال للقانون تحديد شروطه وإجراءاته، مما يستشف إقرار بوجود قيود على هذا الحق تشكل استثناء عن الأصل، ومن بينها ما أقرته المادة محل الدفع، وبالتالي فإن دراسة عدم دستورية المادة 73-04 من القانون رقم 90-11، المعدل والمتمم، والمادة 21 من القانون رقم 90-04، المذكورين أعلاه، ينبغي أن تراعي الطابع الخاص للقانون الذي جاء في إطاره المادتان المذكورتان والذي يؤكد دستورية هذين الحكمين التشريعيين.

#### من حيث الموضوع :

- حيث أنه بناء على المداولة المؤرخة في 23 ربيع الثاني عام 1443 الموافق 28 نوفمبر سنة 2021 والمتعلقة بقواعد عمل المحكمة الدستورية في مجال الدفع بعدم الدستورية والمتضمنة العمل بالبابين الثاني والثالث من النظام المحدد لقواعد عمل المجلس الدستوري المؤرخ في 7 رمضان عام 1440 الموافق 12 مايو سنة 2019، المعدل والمتمم، التي تنص المادة 29 مكرر منه على أنه : " إذا سجل المجلس الدستوري، قبل الفصل في الدفع بعدم دستورية الحكم التشريعي أكثر من قرار إحالة يتعلق بالحكم التشريعي نفسه، فإنه يفصل في موضوع الدفع الأول المعروف عليه للنظر فيه، ويفصل في الدفوع اللاحقة العثارة بشأن الحكم التشريعي نفسه، بقرارات بسبق الفصل"،

- حيث أن المحكمة الدستورية سبق لها الفصل بدستورية المادة 73-04 من القانون رقم 90-11 المؤرخ في 26 رمضان عام 1410 الموافق 21 أبريل سنة 1990 والمتعلق بعلاقات العمل، المعدل والمتمم بموجب الأمر رقم 96-21 المؤرخ في 23 صفر عام 1417 الموافق 9 يوليو سنة 1996، بموجب قرارها رقم 01/ق.م.د.ع.د/22 المؤرخ في 23 جمادى الثانية عام 1443 الموافق 26 جانفي سنة 2022، وبالتالي، يتعين التصريح بسبق الفصل،

الوطني والوزير الأول، وكذا الأطراف بقرار الإحالة المذكور أعلاه بنفس التاريخ، محددًا تاريخ 6 فبراير سنة 2022 كآخر أجل لتقديم ملاحظاتهم.

- حيث أن رئيس مجلس الأمة أشار في ملاحظاته المكتوبة أن الدفع بعدم دستورية المادة 73-04 مردود عليه لسبق الفصل فيه مما يتعين رفضه، وأن الدفع بعدم الدستورية المثار بشأن المادة 21 من القانون رقم 90-04، فاقد الأساس وواهي السند، الأمر الذي يتعين معه رفضه لعدم التأسيس، وبخصوص الدفع بعدم دستورية المادة 22 من القانون رقم 90-04، فإنه غير صائب ويستلزم صرف النظر عنه أصلاً بسبب عدم المطابقة مع موضوع الدفع بعدم الدستورية.

- حيث أن النائب العام لدى المحكمة العليا، أكد في ملاحظاته المكتوبة أن الأحكام الصادرة عن المحكمة الابتدائية في مسائل منازعات العمل تصدر ابتدائياً ونهائياً، في حين أن المادة 165 من الدستور تعطي الحق في التقاضي على درجتين، ويكون بذلك المشرّع قد ميز بين المتقاضين في ممارسة حق التقاضي على درجتين في نص المادة 73-04 من القانون رقم 90-11 والمتعلق بعلاقات العمل، ونص المادة 21 من القانون رقم 90-04 والمذكور أعلاه، وهو ما لا يتماشى مع ما كرسه المادة 165 من الدستور، وتماشياً مع مبدأ المساواة الذي يضمنه الدستور لكل المواطنين أمام القانون والقضاء، وطبقاً للمادتين 37 و165 (الفقرة الأخيرة) منه، فإنه من غير العدل والإنصاف أن يقيد المشرّع حق الأطراف في استئناف الأحكام الفاصلة في منازعات العمل، وعليه فإنه يرى بأن المادتين 73-04 و21 المذكورتين أعلاه تتعارضان مع المادة 165 (الفقرة الأخيرة) من الدستور.

- حيث أن رئيس المجلس الشعبي الوطني أشار في ملاحظاته المكتوبة أن مبدأ المساواة أمام القانون الذي تضمنته المادة 37 من الدستور والذي اعتمده المدعون لتبرير الدفع بعدم الدستورية لا يمكن التحجج به لزم وجود مساواة بين جميع فئات المجتمع، لا سيما بين فئة العمال وأرباب العمل إذ من حق المشرّع أن يضع قيوداً على حقوق الفئة الأخيرة ضماناً لحقوق الفئة الأولى وللاستقرار لعلاقات العمل. وفيما يخص مبدأ التقاضي على درجتين المكرس بموجب المادة 165 (الفقرة الأخيرة) من الدستور، فإن المشرّع، وفي إطار ممارسته لصلاحياته الدستورية لا سيما تلك المنصوص عليها في المادتين 34 و139 من الدستور، وضع قيوداً على ممارسة هذا الحق بما يضمن نفاذ حقوق الآخرين (العمال)، ومتى كان وضع استثناء معيّنًا بموجب حكم تشريعي على أحد الحقوق المسموح به للمشرّع، بموجب أحكام الدستور نفسه، فإن هذا الحكم لا ينتهك أي حق من الحقوق التي يضمنها الدستور، خلافاً لزمع المدعية المتعلقة بعدم دستورية المادة 73-04 من القانون رقم 90-11 والمادة 21 من القانون رقم 90-04 الذي يعد غير مؤسس، ولا



- حيث أن مضمون نص المادة 22 من القانون المذكور أعلاه، لا ينطبق مع موضوع الدفع بعدم الدستورية الحالي طالما أن المادة المذكورة تنص على التنفيذ المؤقت بقوة القانون للأحكام الصادرة في المنازعات المتعلقة بالعلاقات الفردية للعمل ولا تتعلق بحق التقاضي على درجتين، مما يستوجب صرف النظر عنها.

#### وعليه، تقرر المحكمة الدستورية ما يأتي :

**أولا :** التصريح بسبق الفصل في دستورية المادة 73-4 من القانون رقم 90-11 المؤرخ في 26 رمضان عام 1410 الموافق 21 أبريل سنة 1990 والمتعلق بعلاقات العمل، المعدل والمتمم بموجب الأمر رقم 96-21 المؤرخ في 23 صفر عام 1417 الموافق 9 يوليو سنة 1996 وذلك بموجب القرار رقم 01/ق.م د/ع د/ 22 المؤرخ في 23 جمادى الثانية عام 1443 الموافق 26 جانفي سنة 2022.

**ثانيا :** التصريح بدستورية المادة 21 من القانون رقم 90-04 المؤرخ في 10 رجب عام 1410 الموافق 6 فبراير سنة 1990 والمتعلق بتسوية النزاعات الفردية في العمل.

**ثالثا :** يعلم رئيس الجمهورية ورئيس مجلس الأمة ورئيس المجلس الشعبي الوطني والوزير الأول بهذا القرار.

**رابعا :** يبلغ هذا القرار إلى الرئيس الأول للمحكمة العليا.

**خامسا :** ينشر هذا القرار في الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية.

بهذا تداولت المحكمة الدستورية في جلساتها المنعقدتين بتاريخ 19 و 20 شعبان عام 1443 الموافق 22 و 23 مارس سنة 2022.

#### رئيس المحكمة الدستورية

##### عمر بلحاج

ليلي عسلاوي، عضوا،  
بحري سعد الله، عضوا،  
مصباح مناس، عضوا،  
جيلالي ميلودي، عضوا،  
أمال الدين بولنوار، عضوا،  
فتيحة بن عيو، عضوا،  
عبد الوهاب خريف، عضوا،  
عباس عمار، عضوا،  
عبد الحفيظ أسوكين، عضوا،  
عمار بوضياف، عضوا،  
محمد بوطرفاس، عضوا.

- حيث أن المادة 34 (الفقرة الأولى) من الدستور تنص على أنه "تلتزم الأحكام الدستورية ذات الصلة بالحقوق الأساسية والحريات العامة و ضماناتها، جميع السلطات والهيئات العمومية". وتنص المادة 165 (الفقرة الأخيرة) من الدستور أنه "يضمن القانون التقاضي على درجتين، ويحدد شروط وإجراءات تطبيقه".

- حيث جاء في نص المادة 21 من القانون رقم 90-04 المذكور أعلاه، أنه: "باستثناء الاختصاص الأصلي، تبث المحاكم عند النظر في المسائل الاجتماعية ابتدائيا ونهائيا عندما تتعلق الدعوى أساسا :

- بإلغاء العقوبات التأديبية التي قررها المستخدم ضد المدعي دون تطبيق الإجراءات التأديبية و/أو الاتفاقيات الإيجابية،

- بتسليم شهادات العمل وكشوفات الرواتب أو الوثائق الأخرى المنصوص عليها قانونا لإثبات النشاط المهني للمدعي".

- حيث أنه من اختصاص المشرع تحديد شروط وإجراءات التقاضي على درجتين، كما أنه وبناء على ذلك، فقد وضع قيودا على ممارسة هذا الحق بما يضمن نفاذ حقوق الآخرين، ومتى وضع استثناء معين بموجب حكم تشريعي على أحد الحقوق المسموح به للمشرع، بموجب أحكام الدستور نفسه، فإن هذا الحكم لا ينتهك أي حق من الحقوق التي يضمنها الدستور،

- حيث أن نية المشرع بعدم إخضاع الدعاوى المستندة على نص المادة 21 من القانون المذكور أعلاه، لمبدأ التقاضي على درجتين، مرده أساسا تجنيب الأطراف التعسف في الإجراءات القضائية، وأن موضوع هذه الدعاوى لا يستدعي بأي حال من الأحوال، التعادي في إجراءات التقاضي وهذا من أجل المحافظة على التوازن في علاقة العمل بين المستخدم والعامل وتنظيم علاقة العمل،

- حيث أن الهدف من صياغة هذه المادة هو ضمان حماية العامل من العقوبات التأديبية التي يقرها المستخدم ضده دون تطبيق الإجراءات التأديبية أو الاتفاقيات الجماعية، وأن الدفع بخرق مبدأ المساواة يتعارض مع الطبيعة الخاصة لعلاقة العمل لوجود فئتين مختلفتين لهما مركزان قانونيان مختلفين،

- حيث أنه وبالنتيجة، ونظرا لما سبق ذكره، فإن المادة 21 من القانون رقم 90-04 المؤرخ في 10 رجب عام 1410 الموافق 6 فبراير سنة 1990 والمتعلق بتسوية النزاعات الفردية في العمل، لا تتعارض مع المواد 34 و 35 و 165 (الفقرة الأخيرة) من الدستور،

## قرارات

### المحكمة الدستورية

قرار رقم 01/ق.م.د/دع.د/ 22 مؤرخ في 23 جمادى الثانية  
عام 1443 الموافق 26 جانفي سنة 2022.

إن المحكمة الدستورية،

- بناء على الدستور، لا سيما المواد 195 و197 و198 و225 منه،

- وبمقتضى القانون العضوي رقم 16-18 المؤرخ في 22 ذي الحجة عام 1439 الموافق 2 سبتمبر سنة 2018 الذي يحدد شروط وكيفيات تطبيق الدفع بعدم الدستورية،

- وبمقتضى القانون رقم 90-11 المؤرخ في 26 رمضان عام 1410 الموافق 21 أبريل سنة 1990 والمتعلق بعلاقات العمل، المعدل والمتمم،

- وبموجب المداولة المؤرخة في 23 ربيع الثاني عام 1443 الموافق 28 نوفمبر سنة 2021 والمتعلقة بقواعد عمل المحكمة الدستورية في مجال الدفع بعدم الدستورية والمتضمنة العمل بالباينين الثاني والثالث من النظام المحدد لقواعد عمل المجلس الدستوري المؤرخ في 7 رمضان عام 1440 الموافق 12 مايو سنة 2019، المعدل والمتمم،

- وبناء على قرار الإحالة بالدفع بعدم الدستورية من المحكمة العليا، المؤرخ في 5 أكتوبر سنة 2021 تحت رقم الفهرس 21/00008، والمسجل لدى كتابة ضبط المجلس الدستوري بتاريخ 14 أكتوبر سنة 2021 تحت رقم 04/2021-دع.د والمتعلق بدفع أشاره الأستاذ (ع.ه) المحامي المعتمد لدى المحكمة العليا ومجلس الدولة، في حق المدعو (ع.م) يدعي فيه عدم دستورية المادة 73-4 من القانون رقم 90-11 المؤرخ في 26 رمضان عام 1410 الموافق 21 أبريل سنة 1990 والمتعلق بعلاقات العمل، المعدل والمتمم،

- وبعد الاطلاع على الإشعارات المرسلة إلى رئيس الجمهورية ورئيس مجلس الأمة ورئيس المجلس الشعبي الوطني والوزير الأول والنائب العام لدى المحكمة العليا بتاريخ 20 أكتوبر سنة 2021، وإلى الأطراف بتاريخ 21 أكتوبر سنة 2021،

- وبعد الاطلاع على الملاحظات المكتوبة المقدمة من طرف رئيس مجلس الأمة ورئيس المجلس الشعبي الوطني والوزير الأول والنائب العام لدى المحكمة العليا،

- وبعد الاطلاع على الملاحظات المكتوبة المقدمة من طرف الأستاذ (ع.ه) المحامي المعتمد لدى المحكمة العليا ومجلس الدولة، في حق المدعو (ع.م) التي يلتبس فيها التصريح بعدم دستورية المادة 73-4 من القانون المتعلق بعلاقات العمل المذكورة أعلاه، في قضائها بأحكام ابتدائية ونهائية فيعابا يخص إلغاء التسريح التعسفي وإعادة الإدماج مع التعويض، مؤكدا على أنها جاءت مخالفة لأحكام المادة 37 من الدستور التي تنص على أن: "كل المواطنين سواسية أمام القانون ولهم الحق في حماية متساوية، ولا يمكن أن يتدرج بأي تمييز يعود سببه إلى المولد، أو العرق، أو الجنس، أو الرأي، أو أي شرط أو ظرف آخر شخصي أو اجتماعي"، وللمادة 165 (الفقرة الأخيرة) من الدستور التي تنص على أن "يضمن القانون التقاضي على درجتين، ويحدد شروط وإجراءات تطبيقه"،

- وبعد الاستماع إلى العضوين المقررين السيدين جيلالي ميلودي وعباس عمار في تلاوة تقريرهما، بالجلسة العلنية المنعقدة بتاريخ 26 جانفي سنة 2022،

- وبعد الاستماع إلى الملاحظات الشفوية للأستاذ (ع.ه)، في حق المدعو (ع.م) التي تمسك فيها بالملاحظات المكتوبة التي تؤكد على أن الدستور يضمن المساواة بين المواطنين أمام القانون والقضاء بموجب المادتين 37 و165 منه وهو ما يجعل المادة 73-4 موضوع الدفع مخالفة للدستور لانتهاكها مبدأ المساواة بين المواطنين وحق المدعي في التقاضي على درجتين،

- وبعد الاستماع إلى الملاحظات الشفوية لممثل الحكومة، الذي تمسك بالملاحظات المكتوبة المقدمة، والرامية إلى التصريح بدستورية المادة 73-4 من القانون المتعلق بعلاقات العمل، والمذكور أعلاه،

- وبعد المداولة،

#### من حيث الإجراءات :

- حيث أن المدعو (ع.م) بواسطة محاميه الأستاذ (ع.ه) دفع بعدم دستورية المادة 73-4 من القانون المتعلق بعلاقات العمل التي تنص على أنه: "إذا وقع تسريح العامل مخالفة للإجراءات القانونية وأو الاتفاقية الملزمة، تلغي المحكمة المختصة ابتدائيا ونهائيا قرار التسريح بسبب عدم احترام الإجراءات وتلزم المستخدم بالقيام بالإجراء المعمول به وتمنح العامل تعويضا ماليا على نفقة المستخدم، لا يقل عن الأجر الذي يتقاضاه كما لو استمر في عمله، وإذا حدث

**من حيث الموضوع :**

- حيث أنه بناء على المناولة المؤرخة في 23 ربيع الثاني عام 1443 الموافق 28 نوفمبر سنة 2021 المتعلقة بقواعد عمل المحكمة الدستورية في مجال الدفع بعدم الدستورية، والمتضمنة العمل بالبابين الثاني والثالث من النظم المحدد لقواعد عمل المجلس الدستوري المؤرخ في 7 رمضان عام 1440 الموافق 12 مايو سنة 2019، المعدل والمتمم، الذي تنص المادة 29 مكرر منه، على أنه "إذ سجل المجلس الدستوري قبل الفصل في الدفع بعدم الدستورية أكثر من قرار إحالة يتعلق بالحكم التشريعي نفسه، فإنه يفصل في موضوع الدفع الأول المعروض عليه للنظر فيه ويفصل في الدفع اللاحقة المشار بشأن الحكم التشريعي نفسه بقرارات سبق الفصل".

- وحيث أن المحكمة الدستورية سبق لها الفصل بدستورية المادة 633 (الفقرة الأولى) من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، بموجب قرارها رقم 02/ق.م.د/دع 21/د المؤرخ في 30 ربيع الثاني عام 1443 الموافق 5 ديسمبر سنة 2021، ومن ثم يتعين التصريح بسبق الفصل

**وعليه، تقرر المحكمة الدستورية ما يأتي :**

**أولاً :** التصريح بسبق الفصل في دستورية المادة 633 (الفقرة الأولى) من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، بموجب قرارها رقم 02/ق.م.د/دع 21/د المؤرخ في 30 ربيع الثاني عام 1443 الموافق 5 ديسمبر سنة 2021

**ثانياً :** يعلم رئيس الجمهورية ورئيس مجلس الأمة ورئيس المجلس الشعبي الوطني والوزير الأول بهذا القرار.

**ثالثاً :** يبلغ هذا القرار إلى الرئيس الأول للمحكمة العليا ينشر هذا القرار في الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية.

بهذا تداولت المحكمة الدستورية في جلساتها المتعقدتين بتاريخ 26 و 30 ربيع الثاني عام 1443 الموافق أول و 5 ديسمبر سنة 2021.

**رئيس المحكمة الدستورية****عمر بلحاج**

ليلي عسلاوي، عضواً،

بحري سعد الله، عضواً،

مصباح مناس، عضواً،

جيلالي ميلودي، عضواً،

أمال الدين بولنوار، عضواً،

فتيحة بن عيو، عضواً،

عبد الوهاب خريف، عضواً،

عباس عمار، عضواً،

عبد الحفيظ أوسوكين، عضواً،

عمار بوضياف، عضواً،

محمد بوطرقاس، عضواً.

- وبعد الاستماع إلى العضو المقرر السيد مصباح مناس،

**من حيث الإجراءات :**

- حيث أن السيد (غ.س) مثير النفع كان مستأجراً لمحل تجاري بشارع الإخوة بلحسين، ببلدية ولاية تيزي وزو، من قبل المؤجر (م.أ) الذي ينوب عنه شقيقه (م.م) بعقد إيجار توثيقي، ورغبة من المؤجر في إنهاء عقد الإيجار، وجه تنبيهها للمستأجر بإخلاء المحل مع الإعلان عن رغبته في دفع التعويض، فصدر حكم قبل الفصل في الموضوع عن محكمة تيزي وزو، قضى بتعيين الخبير (أ.ف) لتقدير تعويض الاستحقاق، وعبئت المحكمة بموجب حكمها، الخبير (ع.ز) للقيام بنفس المهام، وعليه تم الفصل في ملكية المحل التجاري موضوع النزاع برفض الدعوى لعدم التأسيس بموجب الحكم الصادر في 4 يوليو سنة 2018 والمؤيد بالقرار الصادر في 25 نوفمبر سنة 2018.

- وحيث أنه على إثر إعادة السير في الدعوى من قبل المؤجر، صدر حكم بتاريخ 29 مايو سنة 2019، قضى باستبعاد تقرير الخيرة الأولى والمصادقة على الخيرة الثانية، وبإلزامية، إلزام المستأجر بإخلاء المحل، وإلزام المؤجر (م.م) بدفعه تعويض الاستحقاق الذي حدده الخبير الثاني.

- وحيث أنه وأثناء مباشرة إجراءات التنفيذ من طرف المحضرة القضائية (ت.ك)، اعترضها شقيق المستأجر المدعو (غ.م) الذي صرح أنه هو شافل المحل ويزول فيه نشاطاً تجارياً وليس أخوه، وعلى إثر ذلك، حررت المحضرة محضر إشكال في التنفيذ أين صدر على إثره أمر استعجالي بتاريخ 24 مارس سنة 2021 يقضي ب مواصلة تنفيذ السند التنفيذي المتمثل في الحكم النهائي الصادر عن القسم التجاري والبحري.

- وحيث أنه وعلى إثر الطعن في هذا الحكم عن طريق الاستئناف، أثار المدعي بواسطة محاميه الأستاذ (ب.أ) دعواً بمنكرة مكتوبة ومنفصلة بتاريخ 5 أبريل سنة 2021 يتعلق بعدم دستورية المادة 633 (الفقرة الأولى) من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، مؤسماً بفعه على تعارضها مع نص المادة 165 (الفقرة الأخيرة) من الدستور، وتحرمه من حقه في التقاضي على درجتين، ويكون بذلك قد حرم من حق مكزس دستورياً.

- وحيث أن المحكمة العليا، بعد دراسة الملف، أصدرت قراراً بتاريخ 16 سبتمبر سنة 2021، تحت رقم الفهرس 000007/21، قضى بإحالة الدفع بعدم الدستورية على المجلس الدستوري.

- وحيث أن الملاحظات المكتوبة الواردة إلى المجلس الدستوري من طرف رئيس مجلس الأمة ورئيس المجلس الشعبي الوطني والوزير الأول والنائب العلم لدى مجلس قضاة تيزي وزو، تصب في مجملها في دستورية المادة 633 (الفقرة الأولى) من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

## قرارات

### المجلس الدستوري

قرار رقم 01/ق.م د/د ع 19 مؤرخ في 23 ربيع الأول عام  
1441 الموافق 20 نوفمبر سنة 2019.

إن المجلس الدستوري،

- عملاً بأحكام المادة 188 من الدستور، وبموجب إخطار  
ينأى على إحالة من المحكمة العليا، توصل المجلس الدستوري  
يوم 2019/07/23 بقرار مؤرخ في 2019/07/17 تحت رقم  
الفهرس 19/00003 والمتعلق بدفع أشاره السيد (ح.ع)  
بواسطة محاميه الأستاذ (قدم) والأستاذة (تم)، والذي  
يتأرخ فيه دستورية المادة 416 - الفقرة الأولى - في شرطها  
الأول المتعلق بالشخص الطبيعي، من قانون الإجراءات الجزائية،  
المعدل والمتمم،

- وبناء على الدستور،

- وبمقتضى القانون العضوي رقم 18-16 المؤرخ في 22  
ذي الحجة عام 1439 الموافق 2 سبتمبر سنة 2018 الذي  
يحدد شروط وكيفية تطبيق الدفع بعدم الدستورية،

- وبمقتضى النظام المحدد لقواعد عمل المجلس الدستوري  
المؤرخ في 7 رمضان عام 1440 الموافق 12 مايو سنة 2019،  
المعدل والمتمم،

- وبمقتضى الأمر رقم 66-155 المؤرخ في 18 صفر عام 1386  
الموافق 8 يونيو سنة 1966 والمتضمن قانون الإجراءات  
الجزائية، المعدل والمتمم،

- وبالإطلاع على قرار إحالة الدفع بعدم الدستورية من  
طرف المحكمة العليا بتاريخ 2019/07/17 تحت رقم الفهرس  
19/00003،

- وبالإطلاع على الملاحظات المكتوبة المقدمة من طرف  
السيد رئيس المجلس الشعبي الوطني والسيد رئيس مجلس  
الأمة بالنيابة والسيد الوزير الأول،

- وبالإطلاع على الوثائق المرفقة بالملف،

- وبعد الاستماع إلى المقرر في تلاوة تقريره بالجلسة،

- وبعد تسجيل غياب الأطراف وممثل الحكومة بالجلسة  
العلمية المشعقة يوم 2019/11/13، رغم تبليغهم بذلك،

- وبعد المناقشة،

- اعتباراً أن السيد (ح.ع) بواسطة محاميه الأستاذين  
(قدم) و(تم)، يقع بعدم دستورية نص المادة 416 من  
قانون الإجراءات الجزائية، ذلك أنه متهم مستأنف لحكم  
صادر عن محكمة أميزور يوم 2019/02/12 قضى بإدانته  
والحكم عليه بد 20.000 دج غرامة نافذة من أجل ضرب  
وجرح وسب وشتم الشكسية (ي.ع)،

- واعتباراً أن مذكرة الدفع بعدم الدستورية جاء فيها أنه  
قام بتاريخ 2019/02/19 باستئناف الحكم الصادر ضده  
للمسك بحقه في شبرئة ساحته من الأفعال المنسوبة إليه،  
كما جاء فيها أن المادة 416 من قانون الإجراءات الجزائية  
تحرمه من حق الاستئناف بالنظر إلى مبلغ الغرامة المحكوم  
به والذي لا يتجاوز 20.000 دج، وهو ما يتعارض مع أحكام  
المادة 160 من الدستور التي تنص على أن القانون يضمن  
المقاضي على درجتين في المسائل الجزائية، ولهذا السبب  
ادعى السيد (ح.ع) أمام مجلس قضاء بجاية بموجب مذكرة  
مستقلة بعدم دستورية المادة 416 من القانون المذكور  
أعلاه،

- واعتباراً أنه بتاريخ 2019/06/12 أصدر مجلس قضاء  
بجاية قراره تحت رقم الفهرس 2019/0001، قضى فيه بإرسال  
الدفع بعدم الدستورية مع عرض الأطراف ومذكراتهم إلى  
المحكمة العليا، هلته الأخيرة والتي بعد دراسة الدفع أصدرت  
قرارها بتاريخ 2019/07/17 قضت فيه بإحالة الدفع بعدم  
الدستورية إلى المجلس الدستوري،

- واعتباراً أنه بتاريخ 2019/07/24 وبموجب إرسال، قام  
رئيس المجلس الدستوري بإشعار رئيس الدولة ورئيس  
مجلس الأمة بالنيابة ورئيس المجلس الشعبي الوطني  
والوزير الأول، بقرار إحالة الدفع الصادر عن المحكمة العليا،  
والمرفق بمذكرة الدفع، كما أشعر رئيس المجلس  
الدستوري للغاية ناتها بتاريخ 2019/07/25 بموجب إرسال  
موصى عليه مع إشعار بالوصول، السيد (ح.ع) والسيدة (ي.ع)،  
وتضمنت كلها اجلاً للأطراف لتقديم ملاحظاتهم المكتوبة،

المنازعات الخاصة بهم حثيس القواعد الإجرائية العامة والمعقدة والطويلة، ومن ثم يمكن تقييد حق الاستئناف دون أن يمس ذلك بجوهر الضمانات القضائية المقررة للمتقاضين، وعليه فإن إلغاء الاستئناف في المنازعات ذات الصلة بعلاقات العمل لا يمس بحقوق المواطنين وإنما يكرس المسير الحسن للعدالة.

- حيث أن القضايا الاجتماعية خاصة منها المتعلقة بالطرد التعسفي، تتميز بالاستعجال سواء في أجال رفع الدعوى أو إصدار الحكم أو تنفيذه، وبإلغاء العامل جزئيا أو كليا من المصاريف القضائية، بالنظر إلى ظروفه المادية والمهنية والاجتماعية، التي لا تسمح له في غالب الأحيان تحلل طول الانتظار للفصل في قضيتة.

- حيث أن منازعات العمل قبل عرضها على القضاء تمر بإجراءات أولية بهدف تسويتها وديا، على أن تحدد المعاهدات والاتفاقيات الجماعية للعمل الإجراءات الداخلية لمعالجتها داخل الهيئة المستخدمة، حيث يمكن العامل التظلم لدى المستخدم، واللجوء إلى مفتشية العمل، ثم طرح النزاع على مكتب المصالحة، الذي يعتبر إجراء جوهريا لعرض النزاع على القضاء الاجتماعي، باعتباره المحطة الأخيرة لحل نزاعات العمل عند فشل كل محاولات التسوية الودية.

- حيث أن المادة 34 (الفقرة 2) من الدستور أجازت استثناء، تقييد الحقوق والحريات والضمانات لأسباب مرتبطة بحفظ النظام العام والأمن، وحماية الثوابت الوطنية وكذا تلك الضرورية لحماية حقوق وحريات أخرى يكرسها الدستور.

- حيث أنه ما دام اختصاص وضع شروط وإجراءات التقاضي على درجتين يعود للمشروع، فإنه يمكنه من خلال ذلك ضمان هذا المبدأ في جميع منازعات العمل متى رأى ذلك مناسباً.

- حيث أنه وبالنتيجة ونظراً لما سبق بيانه، فإن المادة 4-73 من القانون رقم 90-11 المؤرخ في 26 رمضان عام 1410 الموافق 21 أبريل سنة 1990 والمتعلق بعلاقات العمل، المعدل والمتمم، لا تتعارض مع المادتين 37 و165 (الفقرة الأخيرة) من الدستور.

### لهذه الأسباب :

### تقرر المحكمة الدستورية ما يأتي :

**أولاً :** التصريح بدستورية المادة 4-73 من القانون رقم 90-11 المؤرخ في 26 رمضان عام 1410 الموافق 21 أبريل سنة 1990 والمتعلق بعلاقات العمل، المعدل والمتمم.

**ثانياً :** يعلم رئيس الجمهورية ورئيس مجلس الأمة ورئيس المجلس الشعبي الوطني والوزير الأول بهذا القرار.

### من حيث الموضوع :

- حيث أن المؤسس الدستوري أقر بموجب المادة 165 (الفقرة الأخيرة) من الدستور حق التقاضي على درجتين التي جاء فيها : "يضمن القانون التقاضي على درجتين، ويحدد شروط وإجراءات تطبيقه".

- حيث أن المادة 4-73 من القانون رقم 90-11 المؤرخ في 26 رمضان عام 1410 الموافق 21 أبريل سنة 1990 والمتعلق بعلاقات العمل، المعدل والمتمم، تنص على أنه : "إذا وقع تسريح العامل مخالفة للإجراءات القانونية و/أو الاتفاقية الملزمة، تلغي المحكمة المختصة ابتدائياً ونهائياً قرار التسريح بسبب عدم احترام الإجراءات وتلزم المستخدم بالقيام بالإجراء المعمول به ويمنح العامل تعويضاً مالياً على نفقة المستخدم، لا يقل عن الأجر الذي يتقاضاه كما لو استمر في عمله، وإذا حدث تسريح العامل خرقاً لأحكام المادة 73 أعلاه، يعتبر تعسفياً.

تفصل المحكمة المختصة ابتدائياً ونهائياً إما بإعادة إدماج العامل في المؤسسة مع الاحتفاظ بامتيازاته المكتسبة، أو في حالة رفض أحد الطرفين يمنح العامل تعويضاً مالياً لا يقل عن الأجر الذي يتقاضاه العامل عن مدة ستة (6) أشهر من العمل، دون الإخلال بالتعويضات المحتملة.

يكون الحكم الصادر في هذا المجال قابلاً للطعن بالنقض".

- حيث أنه إذا كان من اختصاص المشروع تحديد شروط وإجراءات تطبيق مبدأ التقاضي على درجتين، فإنه يعود للمحكمة الدستورية وحدها تقدير مدى دستورية هذه الشروط والإجراءات والتأكد من عدم مساسها بالحقوق والحريات التي يضمنها الدستور.

- حيث أن المادة 165 (الفقرة الأخيرة) من الدستور تؤكد على أن يتولى القانون ضمان التقاضي على درجتين، وبالتالي فهي تمنح هذا الاختصاص حصرياً للقانون، بمعنى أنه يعود الاختصاص للمشروع في تحديد شروط وكيفيات تطبيقه، وبالتالي فهي تمنح مبدأ التقاضي على درجتين قيمة تشريعية وتمنح المشروع ضمنياً صلاحية فرض القيود والاستثناءات اللازمة، ومن ثم يشكل الطعن بالاستئناف مبدأ عاماً للإجراءات التي يمكن القانون وحده أن يفرض عليه استثناء، ومن ثم فإن مبدأ التقاضي على درجتين له قيمة تشريعية في التسلسل الهرمي للقواعد، بمعنى أن استثناء إحدى درجات التقاضي في بعض المنازعات لا يعد في حد ذاته مساساً بالدستور.

- حيث أن المشروع بصياغته للمادة، موضوع الدفع بعدم الدستورية في قضية الحال، أحاط القضاء الاجتماعي بقواعد إجرائية خاصة يميزها مبدأ السرعة والمحافظة على المصالح الاجتماعية والمهنية لفئة العمال ولا يبقى الفصل في

وحده تقدير مدى دستوريته بالنظر إلى الحقوق والحريات المضمونة دستوريا، والتحقق من أن هذه الكيفيات الإجرائية لا تمس بحق التقاضي على درجتين،

- واعتبارا أن المؤسس الدستوري، حين نص على أن القانون يضمن التقاضي على درجتين، فإنه يقصد إلزام المشرّع ضمان ممارسة هذا الحق بأن يحدد له كيفيات تطبيقه، دون أن تُفرغه تلك الكيفيات من جوهره، ولا أن تُقيد أو تستثنى أحداً عند ممارسته،

- واعتبارا أن المشرّع عندما أقر في المادة 416 (الفقرة الأولى) من قانون الإجراءات الجزائية، جواز الاستئناف في الأحكام الصادرة في مواد الجنح إذا قضت بعقوبة حبس أو غرامة تتجاوز 20.000 دج بالنسبة للشخص الطبيعي، فإنه يكون، بمفهوم المخالفة، قد استثنى من حق التقاضي على درجتين المكرس في المادة 160 (الفقرة 2) من الدستور، كل الأشخاص الطبيعيين المحكوم عليهم بغرامة تساوي أو تقل عن 20.000 دج،

- واعتبارا أنه وفيما يتعلق بممارسة الحق في الاستئناف في المسائل الجزائية، فإنه لا ينبغي إغراق أي طرف إما قانونا أو بفعل إجراءات في أن يلجأ إلى جهة قضائية أعلى،

- واعتبارا لذلك، فإن الفقرة الأولى في شطرها المتعلق بالشخص الطبيعي في المادة 416 من قانون الإجراءات الجزائية تتعارض مع الدستور، لاسيما المادة 160 (الفقرة 2) منه،

- واعتبارا أنه بإمكان المجلس الدستوري، عملاً بالمادة 29 (الفقرة 2) من النظام المحدد لقواعد عمل المجلس الدستوري، المعدل والمتمم، وفي إطار دراسته للدفع بعدم دستورية حكم تشريعي، أن يتصدى لأحكام أخرى متى كان لهذه الأخيرة ارتباط بالحكم التشريعي محل الدفع بعدم الدستورية،

- واعتبارا أن المادة 416 من قانون الإجراءات الجزائية، وفي شطرها الثاني من (الفقرة الأولى)، تضمنت في معناها بمفهوم المخالفة عدم جواز استئناف الأحكام الصادرة في مواد الجنح إذا قضت بعقوبة غرامة تساوي أو تقل عن 100.000 دج بالنسبة للشخص المعنوي، كما تضمنت المادة نفسها في فقرتها الثانية بمفهوم المخالفة، ما يفيد عدم جواز استئناف الأحكام الصادرة في مواد المخالفات القاضية بعقوبة الغرامة،

- واعتبارا أن الملاحظات المكتوبة الواردة إلى المجلس الدستوري من طرف رئيس المجلس الشعبي الوطني ورئيس مجلس الأمة بالنيابة، تضمنت إقرارا بعدم دستورية المادة 416 من قانون الإجراءات الجزائية، واقترحت إمكانية تعديل صياغتها من طرف المجلس الدستوري،

- واعتبارا أن الوزير الأول يزر في ملاحظاته المكتوبة القيود والاستثناءات الواردة على الحق في الاستئناف المنصوص عليه في المادة 416 من قانون الإجراءات الجزائية، بدواع عملية، مع أنه أقرّ باصطدام الهدف المرجو من خلال تظهير حق الاستئناف في المادة الجزائية بأحكام المادة 160 من الدستور،

- واعتبارا أن طرفي الدفع لم يقدموا ملاحظاتهم المكتوبة رغم تمكينهما من ذلك،

- واعتبارا أن المادة 416 من قانون الإجراءات الجزائية، المعدل والمتمم والصادر بالأمر رقم 66-155 المؤرخ في 18 صفر عام 1386 الموافق 8 يونيو سنة 1966، قد تمّ تعديلها أولا بموجب الأمر رقم 15-02 المؤرخ في 7 شوال عام 1436 الموافق 23 يوليو سنة 2015، ثم مرة أخرى بموجب القانون رقم 17-07 المؤرخ في 28 جمادى الثانية عام 1438 الموافق 27 مارس سنة 2017، وأصبح نصها كالآتي :

### "تكون قابلة للاستئناف :

1 - الأحكام الصادرة في مواد الجنح إذا قضت بعقوبة حبس أو غرامة تتجاوز 20.000 دج بالنسبة للشخص الطبيعي و 100.000 دج بالنسبة للشخص المعنوي والأحكام بالبراءة،

2 - الأحكام الصادرة في مواد المخالفات القاضية بعقوبة الحبس بما في ذلك تلك المشمولة بوقف التنفيذ"،

- واعتبارا أن المؤسس الدستوري أقرّ في المادة 160 (الفقرة 2) من الدستور، حق التقاضي على درجتين في المسائل الجزائية، وجاء نصها كالتالي: "يضمن القانون التقاضي على درجتين في المسائل الجزائية ويحدد كيفيات تطبيقها"،

- واعتبارا أنه إن كان من اختصاص المشرّع تحديد هذه الكيفيات، فإنه مقابل ذلك يعود للمجلس الدستوري وله

- واعتباراً أن قرار المجلس الدستوري نهائي وملزم لجميع السلطات العمومية والسلطات الإدارية والقضائية طبقاً للمادة 191 (الفقرة 3) من الدستور، فهو ينطبق على الدفع الحالي، وبالتالي لا جدوى من مناقشة الموضوع مما يستوجب التصريح بسبق الفصل.

### وعليه، يقرر المجلس الدستوري ما يأتي :

**أولاً :** التصريح بسبق الفصل في الدفع بعدم دستورية المادة 416 من قانون الإجراءات الجزائية بموجب القرار الصادر عن المجلس الدستوري بتاريخ 20 نوفمبر سنة 2019 تحت رقم 01/ق م د/دع 19/د.

**ثانياً :** يعلم رئيس الدولة ورئيس مجلس الأمة بالنيابة ورئيس المجلس الشعبي الوطني والوزير الأول بهذا القرار.

**ثالثاً :** يبلغ هذا القرار إلى الرئيس الأول للمحكمة العليا.

**رابعاً :** ينشر هذا القرار في الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية.

بهذا تداول المجلس الدستوري في جلسته المنعقدتين بتاريخ 21 و22 ربيع الأول عام 1441 الموافق 18 و19 نوفمبر سنة 2019.

### رئيس المجلس الدستوري

#### كمال فنيش

- محمد حيشي، نائياً للرئيس،
- سليمة مسراتي، عضوة،
- شادية رحاب، عضوة،
- إبراهيم بونخيل، عضواً،
- محمد رضا أوسهلة، عضواً،
- عيد النور قراوي، عضواً،
- خديجة عباد، عضوة،
- سماعيل بليط، عضواً،
- الهاشمي براهمي، عضواً،
- امحمد عدة جلول، عضواً،
- عمر بوراوي، عضواً.

- واعتباراً أن الملاحظات المكتوبة الواردة إلى المجلس الدستوري من طرف رئيس المجلس الشعبي الوطني ورئيس مجلس الأمة بالنيابة، تضمنت إقراراً بعدم دستورية المادة 416 من قانون الإجراءات الجزائية، واقترحت إمكانية تعديل صياغتها من طرف المجلس الدستوري.

- واعتباراً أن السيد النائب العام لدى مجلس قضاء خنشلة التمس رفض طلب الدفع لعدم تأسيسه، والقول بمطابقة أحكام المادة 416 من قانون الإجراءات الجزائية لأحكام الدستور.

- واعتباراً أن الأستاذ (ع.ص)، في حق السيد (ب.ن)، أكد في الجلسة العلنية على طلباته الرامية إلى التصريح بعدم دستورية الحكم التشريعي موضوع الدفع.

- واعتباراً أن ممثل الحكومة السيد (ع.ج) أكد في الجلسة العلنية أن المادة 160 من الدستور تنص على أن القانون يضمن التقاضي على درجتين وتركته له تحديد كيفيات ممارسة هذا الحق وأن التشريع أخذ بعين الاعتبار المصلحة الخاصة والمصلحة العامة، وأن الحكم التشريعي موضوع الدفع ليس له تأثير على الحقوق والحريات، كون الأمر يتعلق بفرامة لا تمس بالحريات ولا تعتبر سابقة قضائية تسجل في صحيفة السوابق القضائية، وأن التقاضي على درجتين لم يرد ضمن الحقوق والحريات المنصوص عليها في الفصل الرابع من الباب الأول من الدستور، والتمس رفض الدفع.

- واعتباراً أن المادة 29 مكرر من النظام المحدد لقواعد عمل المجلس الدستوري، المعدل والمتقم، تنص على أنه : "إذا سجل المجلس الدستوري قبل الفصل في الدفع بعدم الدستورية أكثر من قرار إحالة يتعلق بالحكم التشريعي نفسه، فإنه يفصل في موضوع الدفع الأول المعروض عليه للنظر فيه، ويفصل في الدفوع اللاحقة المثارة بشأن الحكم التشريعي نفسه بقرارات سبق الفصل".

- واعتباراً أن الدفع الذي تقدم به السيد ب.ن المتعلق بعدم دستورية المادة 416 من قانون الإجراءات الجزائية، المعدل والمتقم، تم الفصل فيه من طرف المجلس الدستوري بموجب قرار مؤرخ في 20 نوفمبر سنة 2019 تحت رقم 01/ق م د/دع 19/د الذي صرح بعدم دستورية الحكم التشريعي موضوع الدفع.

- وبمقتضى النظام المحدد لقواعد عمل المجلس الدستوري المؤرخ في 7 رمضان عام 1440 الموافق 12 مايو سنة 2019، المعدل والمتمم،

- وبمقتضى الأمر رقم 66-155 المؤرخ في 18 صفر عام 1386 الموافق 8 يونيو سنة 1966 والمتضمن قانون الإجراءات الجزائرية، المعدل والمتمم.

- وبالإطلاع على قرار إحالة الدفع بعدم الدستورية من طرف المحكمة العليا بتاريخ 2019/09/16 تحت رقم الفهرس 19/00004،

- وبمقتضى القرار الصادر عن المجلس الدستوري بتاريخ 20 نوفمبر سنة 2019 تحت رقم 01/ق.م د/ع 19،

- وبالإطلاع على الملاحظات المكتوبة المقدمة من طرف السيد رئيس مجلس الأمة بالنيابة والسيد رئيس المجلس الشعبي الوطني،

- وبالإطلاع على الملاحظات المكتوبة المقدمة من طرف الأستاذ (ع.ص) والسيد النائب العام لدى مجلس قضاء خنشلة،

- وبالإطلاع على الوثائق المرفقة بالملف،

- وبعد الاستماع إلى المقرر في تلاوة تقريره بالجلسة،

- وبعد الاستماع إلى الملاحظات الشفوية للأستاذ (ع.ص) في الجلسة العلنية المنعقدة يوم 2019/11/13،

- وبعد الاستماع إلى الملاحظات الشفوية لممثل الحكومة السيد (ع.ج) بالجلسة نفسها،

- وبعد المناقشة،

- اعتباراً أن السيد (ب.ن) بواسطة محاميه الأستاذ (ع.ص)، دفع بعدم دستورية نص المادة 416 من قانون الإجراءات الجزائرية، ذلك أنه متهم مسانف لحكم صادر عن محكمة خنشلة يوم 2019/01/20 قضى بإدانته من أجل قيادة مركبة دون رخصة سياقة وعقابه بالحكم عليه بـ 20.000 دج غرامة نافذة، الفعل المنصوص والمعاقب عليه بالمادة 80 من الأمر رقم 03-09 وقد سجل استئنائه في 2019/01/20.

- واعتباراً أن السيد (ب.ن) يدفع بأن المادة 416 من قانون الإجراءات الجزائرية تمنع من استئناف الأحكام القاضية بالفرامة التي تساوي أو تقل عن 20.000 دج، وبالتالي فهي تحرمه من حقه في التقاضي على درجتين وهي مخالفة صراحة لأحكام المادة 160 من الدستور، ولذا تقدم بدفع للتصريح بعدم دستوريته،

**شامخا :** ينشر هذا القرار في الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية.

بهذا تداول المجلس الدستوري في جلسته المنعقدتين بتاريخ 21 و22 ربيع الأول عام 1441 الموافق 18 و19 نوفمبر سنة 2019.

## رئيس المجلس الدستوري

### كمال فنيش

- محمد حبشي، نائباً للرئيس،

- سليمة مسراتي، عضوة،

- شادية رحاب، عضوة،

- إبراهيم بوتخيل، عضواً،

- محمد رضا أوسهلا، عضواً،

- عبد النور قراوي، عضواً،

- خديجة عباد، عضوة،

- سماعيل بليط، عضواً،

- الهاشمي براهيم، عضواً،

- امحمد عدة جلول، عضواً،

- عمر بوراوي، عضواً.

★

**قرار رقم 02/ق.م د/ع 19 مؤرخ في 23 ربيع الأول عام 1441 الموافق 20 نوفمبر سنة 2019.**

إن المجلس الدستوري،

- عملاً بأحكام المادة 188 من الدستور وبموجب إخطار بناءً على إحالة من المحكمة العليا، توصل المجلس الدستوري يوم 2019/09/23 بقرار مؤرخ في 2019/09/16 تحت رقم الفهرس 19/00004، والمتعلق بدفع آثاره السيد (ب.ن) بواسطة محاميه الأستاذ (ع.ص)، والذي ينازع في دستورية المادة 416 - الفقرة الأولى - في شطرها الأول المتعلقة بالشخص الطبيعي، من قانون الإجراءات الجزائرية، المعدل والمتمم،

- وبناءً على الدستور،

- وبمقتضى القانون العضوي رقم 18-16 المؤرخ في 22 ذي الحجة عام 1439 الموافق 2 سبتمبر سنة 2018 الذي يحدد شروط وكميديات تطبيق الدفع بعدم الدستورية،



**قرار رقم 03 /ق.م د/ع د/د 21 مؤرخ في 30 ربيع الثاني  
عام 1443 الموافق 5 ديسمبر سنة 2021.**

إن المحكمة الدستورية،

- وبناء على الدستور، لا سيما المواد 165 (الفقرة الأخيرة) و178 و195 و197 (الفقرة الأولى) و198 (الفقرة الأخيرة) و225 منه،

- وبمقتضى القانون العضوي رقم 16-18 المؤرخ في 22 ذي الحجة عام 1439 الموافق 2 سبتمبر سنة 2018 الذي يحدد شروط وكتيبيات تطبيق الدفع بعدم الدستورية،

- وبمقتضى القانون رقم 09-08 المؤرخ في 18 صفر عام 1429 الموافق 25 فبراير سنة 2008 والمتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية،

- وبمقتضى المداولة المؤرخة في 23 ربيع الثاني عام 1443 الموافق 28 نوفمبر سنة 2021 والمتعلقة بقواعد عمل المحكمة الدستورية في مجال الدفع بعدم الدستورية، والمتضمنة العمل باليابين الثاني والثالث من النظم المحدد لقواعد عمل المجلس الدستوري المؤرخ في 7 رمضان عام 1440 الموافق 12 مايو سنة 2019، المعدل والمتمم،

- وبناءً على قرار الإحالة الصادر عن المحكمة العليا، المؤرخ في 12 سبتمبر سنة 2021، تحت رقم القهرس 21/00007 والمسجل بكتابة ضبط المجلس الدستوري بتاريخ 16 سبتمبر سنة 2021، تحت رقم 03/2021، والمتعلق بدفع آثاره المدعو (غ س) بواسطة الأستاذ (ب أ) المحامي المعتمد لدى المحكمة العليا ومجلس الدولة، يدعي فيه عدم دستورية المادة 633 (الفقرة الأولى) من القانون رقم 09-08 المؤرخ في 18 صفر عام 1429 الموافق 25 فبراير سنة 2008 والمتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية،

- وبناءً على القرار الصادر عن المحكمة الدستورية تحت رقم 02 /ق.م د/ع د/د 21 المؤرخ في 30 ربيع الثاني عام 1443 الموافق 5 ديسمبر سنة 2021 والمتضمن الفصل في الدفع بعدم دستورية المادة 633 (الفقرة الأولى) من القانون رقم 09-08 المؤرخ في 18 صفر عام 1429 الموافق 25 فبراير سنة 2008 والمتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية،

- وبناءً على الإشعار المرسل إلى رئيس الجمهورية، والإشعار المرسل إلى رئيس مجلس الأمة، والإشعار المرسل إلى رئيس المجلس الشعبي الوطني، والإشعار المرسل إلى الوزير الأول، بتاريخ 19 سبتمبر سنة 2021،

- وبناءً على الإشعار المرسل إلى النائب العام لدى مجلس قضاء تيزي وزو، والإشعار المرسل إلى الطاعن المدعو (غ س)، والمطعون ضده المدعو (م أ) بتاريخ 19 سبتمبر سنة 2021،

- وبعد الاطلاع على الملاحظات المكتوبة للسلطات والأطراف المذكورة أعلاه،

- وحيث أن تفسير الأحكام التشريعية يفرض التقيد التام بمجموع الأحكام الدستورية ذات الصلة بالحكم التشريعي، من بينها في قضية الحال أحكام المادة 178 من الدستور والتي تنص على أن "كل أجهزة الدولة المختصة مطالبة، في كل وقت وفي كل مكان وفي جميع الظروف، بالسهر على تنفيذ أحكام القضاء، ويعاقب القانون كل من يمس باستقلالية القاضي أو يعرقل حسن سير العدالة وتنفيذ قراراتها"، ومن هذا الحكم يتبين بوضوح أن المؤسس الدستوري، وإن كفل ضمانات تنفيذ الأحكام القضائية الصادرة باسم الشعب الجزائري طبقاً للمادة 166 من الدستور، فإنه وقبل مرحلة التنفيذ، كفل أيضاً للمتقاضين طبقاً للمادة 165 (الفقرة الأخيرة) من الدستور، مبدأ التقاضي على درجتين إرساءً لقواعد المحاكمة العادلة وإنصافاً للمتقاضين وتكريساً لحق الدفاع وبالنتيجة تؤكد المحكمة الدستورية تطبيق الحكم التشريعي موضوع الدفع، مع المادة 165 (الفقرة الأخيرة) من الدستور.

- وحيث من الثابت أن المادة 633 (الفقرة الأولى) المشار إليها أعلاه، لا تتضمن ما يفيد المساس بالحق في التقاضي على درجتين، وأن دعاوى الإشكال في التنفيذ لا تمس بأصل الحق الذي فصل فيه نهائياً واستنفذت فيه درجات التقاضي،

**وعليه، تقرر المحكمة الدستورية ما يأتي :**

**أولاً :** تصرح بدستورية المادة 633 (الفقرة الأولى) من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

**ثانياً :** يعلم رئيس الجمهورية ورئيس مجلس الأمة ورئيس المجلس الشعبي الوطني والوزير الأول بهذا القرار.

**ثالثاً :** يبلغ هذا القرار إلى الرئيس الأول للمحكمة العليا. ينشر هذا القرار في الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية.

بهذا تداولت المحكمة الدستورية في جلساتها المنعقدتين بتاريخ 26 و30 ربيع الثاني عام 1443 الموافق أول و5 ديسمبر سنة 2021.

**رئيس المحكمة الدستورية**

**عمر بلعاج**

ليلي عسلاوي، عضواً،

بحري سعد الله، عضواً،

مصباح مناس، عضواً،

جيلالي ميلودي، عضواً،

أمال الدين بوتوار، عضواً،

فتيحة بن عبو، عضواً،

عبد الوهاب خريف، عضواً،

عباس عمار، عضواً،

عبد الحفيظ أوسوكين، عضواً،

عمار بوضياف، عضواً،

محمد بوطرقاس، عضواً.

## قرارات

### المحكمة الدستورية

قرار رقم 02 /ق.م.د/دع 21/ مؤرخ في 30 ربيع الثاني  
عام 1443 الموافق 5 ديسمبر سنة 2021.

إن المحكمة الدستورية،

- بناء على الدستور، لا سيما المواد 165 (الفقرة الأخيرة) و178 و195 و197 (الفقرة الأولى) و198 (الفقرة الأخيرة) و225 منه،

- وبمقتضى القانون العضوي رقم 16-18 المؤرخ في 22 ذي الحجة عام 1439 الموافق 2 سبتمبر سنة 2018 الذي يحدد شروط وكييفيات تطبيق الدفع بعدم الدستورية،

- وبمقتضى القانون رقم 09-08 المؤرخ في 18 صفر عام 1429 الموافق 25 فبراير سنة 2008 والمتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية،

- وبمقتضى المداولة المؤرخة في 23 ربيع الثاني عام 1443 الموافق 28 نوفمبر سنة 2021 المتعلقة بقواعد عمل المحكمة الدستورية في مجال الدفع بعدم الدستورية، والمتضمنة العمل بالبلدين الثاني والثالث من النظام المحدد لقواعد عمل المجلس الدستوري المؤرخ في 7 رمضان عام 1440 الموافق 12 مايو سنة 2019، المعدل والمتمم،

- وبناء على قرار الإحالة من المحكمة العليا المؤرخ في 26 أبريل سنة 2021، رقم الفهرس 21/00006، والمسجل لدى كتابة ضبط المجلس الدستوري بتاريخ 5 مايو سنة 2021 تحت رقم 2021/02 والمتعلق بدفع آثاره الأستاذ (ب.م.ص) المحللي المعتمد لدى المحكمة العليا ومجلس الدولة، في حق المستثمرة الفلاحية القردية، ممثلة برئيسها (ن.ح) والذي يدعي فيه عدم دستورية المادة 633 (الفقرة الأولى) من قانون الإجراءات المدنية والإدارية المذكور (علاه).

- وبناء على الإشعار المرسل إلى رئيس الجمهورية، والإشعار المرسل إلى رئيس مجلس الأمة، والإشعار المرسل إلى الوزير الأول بتاريخ 6 مايو سنة 2021، والإشعار المرسل إلى رئيس المجلس الشعبي الوطني بتاريخ 20 أكتوبر سنة 2021،

- وبناء على الإشعار المرسل إلى المدعو (ن.ح) المستأنف، والمدعو (ك.م) المستأنف عليه، وإلى المحضر القضائي (م.ر)، مرفوقاً بذاكرة النفع، عن طريق النائب العام لدى مجلس قضاء سكيكدة، بتاريخ 6 مايو سنة 2021 الذي أبلغهم بواسطة المحضر القضائي (ق.ع) بتاريخ 19 مايو سنة 2021،

- وبناء على قرار المجلس الدستوري رقم 03 /ق.م.د/دع 21/ المؤرخ في 22 محرم عام 1443 الموافق 31 غشت سنة 2021 والمتضمن تمديد أجل الفصل في الدفع بعدم دستورية الفقرة الأولى من المادة 633 من القانون رقم 09-08 المؤرخ في 18 صفر عام 1429 الموافق 25 فبراير سنة 2008 والمتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، لمدة أربعة (4) أشهر، ابتداء من تاريخ 6 سبتمبر سنة 2021،

- وبعد الاطلاع على الملاحظات المكتوبة للسلطات والأطراف المذكورة أعلاه،

- وبعد الاستماع إلى تقرير العضو المقرر السيد مصباح مناس،

- وبعد الاستماع إلى الملاحظات الشفوية في الجلسة العلنية بتاريخ 28 نوفمبر سنة 2021،

#### من حيث الإجراءات :

- حيث أن المدعو (ن.ح) ممثل المستثمرة الفلاحية القردية، دفع بواسطة محاميه الأستاذ (ب.م.ص) بعدم دستورية المادة 633 (الفقرة الأولى) من القانون رقم 09-08 المؤرخ في 18 صفر عام 1429 الموافق 25 فبراير سنة 2008 والمتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، على إثر تبليغها بالقرار الصادر عن مجلس قضاء سكيكدة، الغرفة العقارية، بتاريخ 20 مايو سنة 2020، القاضي بإلغاء الحكم المستأنف، والقضاء من جديد بإلزامها وكل من يحل محلها بالخروج من الجزء المساحي الذي تم طرد المدعى عليه في الدفع المدعو (ك.م) منه، مع إلزامها بأن تدفع له مبلغ 1.354.680 دج.

- وحيث رفع محامي المدعية دعوى أمام محكمة الحروش، القسم الاستعجالي، ضد خصمها وبحضور المحضر القضائي (م.ر)، انتهت بصور أمر تعيبي بتاريخ 8 فبراير سنة 2021 للمدعى عليه، وحضوري اعتياري للمحضر القضائي، وهو الأمر غير القابل لأي طعن، القاضي برفض طلبها الراسي لوقف تنفيذ القرار المؤرخ في 20 مايو سنة 2020 مع الأمر بمواصلة تنفيذها.

- وحيث أن مذكرة الدفع بعدم الدستورية جاء فيها أن المدعية قامت بتاريخ 8 فبراير سنة 2021 باستئناف الأمر الصادر عن محكمة الحروش أمام مجلس قضاء سكيكدة، الغرفة الاستعجالية، وأودعت مذكرة دفع مكتوبة ومنفصلة بواسطة دفاعها بتاريخ 7 مارس سنة 2021، ملتزمة إرجاء الفصل في القضية وإحالة الدفع إلى المحكمة العليا، مشيرة عدم دستورية المادة 633 (الفقرة الأولى) من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، لتعارضها مع أحكام المادة 165 (الفقرة الأخيرة)

بضمان ممارسة هذا الحق ويحدد شروط وإجراءات تطبيقه، دون أن تُقرغه تلك الشروط والإجراءات من جوهره، ولا أن تقيّد أو تستثني أحدًا عند ممارسته.

- وحيث أنه، ولئن كان قد سبق للمجلس الدستوري في قراره رقم 01/ ق.م.د.دع.د 21/ المؤرخ في 27 جمادى الثانية عام 1442 الموافق 10 فبراير سنة 2021، التصريح بعدم دستورية المادة 33 (الفقرتين الأولى والثالثة) من القانون رقم 09-08 المؤرخ في 18 صفر عام 1429 الموافق 25 فبراير سنة 2008 والمتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية مؤسسا قراره على مقتضيات المادة 165 من الدستور (الفقرة الأخيرة)، فإن المحكمة الدستورية، ومن منطلق اختصاصها الدستوري المتمثل في ضمان احترام الدستور طبقا للمادة 185 منه، تتمسك بحماية المادة المذكورة بما تحمله من ضمانة دستورية أسست لأول مرة في تاريخ الجمهورية الجزائرية مبدأ التقاضي على درجتين حماية لحقوق المتقاضين، وتأميناً وسوئاً لقواعد المحاكمة العادلة.

- وحيث أن المحكمة الدستورية توضح أن ثمة اختلافاً قائماً وبيئاً وجوهرياً فيما خص موضوع الدفع ومجاله بين السابق ودفع الحال، فالقرار السابق المبيّن أعلاه يتعلّق بدعوى موضوعية تمس أساساً بأصل الحق، ولها بالغ التأثير على المراكز القانونية للمتقاضين، ومن ثمّ تعيّن طبقاً للمادة 165 (الفقرة الأخيرة) من الدستور أن يفتح الحكم التشريعي ترتيباً على ذلك السبيل أمام المتقاضين بما يمكنهم من التقاضي على درجتين حمايةً وسوئاً للحقوق والحريات، بينما دفع الحال يتعلّق بطلب وقف التنفيذ بما يؤكد الصيغة النهائية للحكم القضائي المشار بصدده الإشكال في التنفيذ، وسبق استفادة المتقاضين من ضمانة التقاضي على درجتين دون أي حجب أو حرمان، وهو ما يؤدي إلى نتيجة مفادها انسجام مضمون المادة 633 (الفقرة الأولى) موضوع الدفع، مع مقتضيات المادة 165 (الفقرة الأخيرة) من الدستور نصاً وروحاً.

- وحيث أنه في دفع الحال تنفيذ المحكمة الدستورية وتذكر أن ديباجة الدستور وهي جزء لا يتجزأ منه، ورد فيها: "يعتبر الشعب الجزائري عن تمسكه بحقوق الإنسان المنصوص عليها في الإعلان العالمي لحقوق الإنسان لسنة 1948، والاتفاقيات الدولية التي صادقت عليها الجزائر"، وانطلاقاً مما ورد في العهد الدولي لحقوق المدنية والسياسية، فإن الحكم الوارد في المادة 633 (الفقرة الأولى) من القانون رقم 09-08 جاء مكرساً للأحكام المقررة في الصك المذكور.

- وحيث أنه وإعمالاً بهذه الأحكام، فإن كل طرف في الخصومة استفاد من حقه الدستوري في التقاضي على درجتين قبل إضفاء الطابع النهائي على الحكم، ومن ثمّ فإن الادعاء بمخالفة المادة 633 (الفقرة الأولى) لمقتضيات المادة 165 (الفقرة الأخيرة) من الدستور، ادعاء غير وجيه لما ينطوي عليه من مبالغة في تفسير الحكم التشريعي على نحو يبتعد عن أحكام الدستور.

من الدستور، موضحة أن الفقرة الأولى من المادة 633 تمس بحق التقاضي على درجتين، والحق في نظر الدعوى من جهة قضائية أعلى، وعلى أن دعوى إشكالات التنفيذ بالرغم من أنها لا تمس بأصل الحق وتهدف لإصدار أوامر وقتية، لكن في بعض الحالات يترتب عن الاستمرار في التنفيذ نتائج لا يمكن تداركها في المستقبل.

- وحيث أنه وبتاريخ 14 مارس سنة 2021، أصدرت العرفة الاستعجالية بمجلس قضاء سكيكدة قراراً بإرسال الدفع بعدم دستورية المادة 633 (الفقرة الأولى) المشار إليها أعلاه، مرفقة بعرائض الأطراف ومذكراتهم إلى المحكمة العليا، مع إرجاء الفصل في النزاع إلى غاية توصل مجلس القضاء بقرار المحكمة العليا أو المجلس الدستوري عند إحالة الدفع إليه.

- وحيث أن المحكمة العليا بعد دراسة الملف أصدرت قراراً بتاريخ 26 أبريل سنة 2021، تحت رقم 21/00006، قضى بإحالة الدفع بعدم الدستورية على المجلس الدستوري.

- وحيث أن الملاحظات المكتوبة الواردة إلى المجلس الدستوري من طرف رئيس مجلس الأمة ورئيس المجلس الشعبي الوطني والوزير الأول، انصببت حول دستورية المادة 633 (الفقرة الأولى) المشار إليها أعلاه، لعدم تعارضها مع أحكام المادة 165 (الفقرة الأخيرة) من الدستور.

- وحيث أن الملاحظات المكتوبة للمدعو (ان ح) ممثل المستثمرة الفلاحية الفردية المدعية في الدفع تضمنت أن بقاء المادة 633 (الفقرة الأولى) سارية المفعول رغم عدم مطابقتها للدستور، فيه مساس بحق المتقاضين في التقاضي على درجتين والحق في نظر الدعوى من جهة قضائية أعلى، وأبرز أن دعوى الإشكالات في التنفيذ لا تمس بأصل الحق وتهدف إلى إصدار أوامر مؤقتة، إلا أن الاستمرار في بعض الأحيان في التنفيذ يترتب عليه نتائج لا يمكن تداركها مستقبلاً، لذلك فهو يلتزم التصريح بعدم دستورية المادة 633 (الفقرة الأولى) من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

#### من حيث الموضوع :

- حيث أن المادة 633 (الفقرة الأولى) المشار إليها أعلاه، تنص على: "يتعيّن على رئيس المحكمة أن يفصل في دعوى الإشكال أو طلب وقف التنفيذ في أجل أقصاه خمسة عشر (15) يوماً من تاريخ رفع الدعوى بأمر غير قابل لأي طعن".

- وحيث أن المؤسس الدستوري أقرّ حق التقاضي على درجتين في المادة 165 (الفقرة الأخيرة) من الدستور التي تنص على: "يضمن القانون التقاضي على درجتين ويحدد شروط وإجراءات تطبيقه".

- وحيث أنه إذا كان من اختصاص المشرع تحديد شروط وإجراءات هذا المبدأ، فإنّه يعود للمحكمة الدستورية وحدها تقدير مدى دستوريته والتأكد من عدم مساسها بالحقوق والحريات التي يضمنها الدستور.

- وحيث أن المؤسس الدستوري، حين نصّ على أن القانون يضمن التقاضي على درجتين، فإنّه يقصد بذلك إلزام المشرع

الصادرة في المسائل الجزائية عملاً بأحكام المادة 416 من قانون الإجراءات الجزائية، دون القيود والاستثناءات موضوع قرار الحال.

### وعليه، يقرر المجلس الدستوري ما يأتي :

**أولاً :** التصريح بالمطابقة الجزائية للمادة 416 من قانون الإجراءات الجزائية للدستور.

**ثانياً :** عدم دستورية الحكم التشريعي الوارد في (الفقرة الأولى) من المادة 416 من القانون المذكور أعلاه، في شطرها المحرر كالاتي :

**"إذا قضت بعقوبة حبس أو غرامة تتجاوز 20.000 دج بالنسبة للشخص الطبيعي".**

### ثالثاً :

1 - عدم دستورية الحكم التشريعي الوارد في الفقرة الأولى من المادة 416 من القانون المذكور أعلاه، في شطرها المحرر كالاتي :

**"و 100.000 دج بالنسبة للشخص المعنوي".**

2 - عدم دستورية الحكم التشريعي الوارد في الفقرة الثانية من المادة 416 من القانون المذكور أعلاه، في شطرها المحرر كالاتي :

**"القاضية بعقوبة الحبس بما في ذلك تلك المشمولة بوقف التنفيذ".**

**رابعاً :** تفقد الأحكام التشريعية المقرر عدم دستوريتهما أعلاه، أثرهما فوراً.

**خامساً :** يسري أثر القرار بعدم الدستورية المصرح به أعلاه، على كل الأحكام الجزائية التي لم تستنفذ أجل الاستئناف عند تطبيق أحكام المادة 416 من القانون المذكور أعلاه.

**سادساً :** يعلم رئيس الدولة ورئيس مجلس الأمة بالثبوت ورئيس المجلس الشعبي الوطني والوزير الأول بهذا القرار.

**سابعاً :** يبلغ هذا القرار إلى الرئيس الأول للمحكمة العليا.

- واعتباراً أن الارتباط واضح بين الحكم التشريعي موضوع الدفع، وبالقى الأحكام التشريعية الواردة كلها بالمادة 416 من قانون الإجراءات الجزائية وذلك من خلال سعي المشرّع لغرض قيود واستثناءات على حق التقاضي على درجتين المنصوص عليه في المادة 160 (الفقرة 2) من الدستور .

- واعتباراً أن المادة 416 من قانون الإجراءات الجزائية تعتبر مطابقة جزئياً للدستور، فيما نصت عليه، بأن تكون قابلة للاستئناف الأحكام الصادرة في مواد الجرح، وتلك الصادرة في مواد المخالفات،

- واعتباراً أن كسل القيود المنصبة على ممارسة حق الاستئناف، والواردة في المادة 416 من قانون الإجراءات الجزائية، تمس بحق التقاضي على درجتين، وهو ما يتعارض مع المادة 160 (الفقرة 2) من الدستور .

- واعتباراً أنه وخلافاً لما جاء من طلبات في مذكرتي رئيس المجلس الشعبي الوطني ورئيس مجلس الأمة بالنيابة، وبمقتضى مبدأ توزيع الاختصاصات بين السلطات والمؤسسات، مثلما يستنبط من الدستور، فإنه لا يعود للمجلس الدستوري أن يحل محل المشرّع في سنّه للقوانين، ولا أن يملّي عليه الطريقة التي يصحح بها عدم الدستورية المصوّح بها، وأن المعالجة التشريعية للحكم المصرح بعدم دستوريته، تبقى من الاختصاص الحصري للسلطة التشريعية طبقاً للمادة 112 من الدستور،

- واعتباراً أنه وبمقتضى المادة 191 (الفقرة 2) من الدستور، فإنه يمكن للمجلس الدستوري تحديد تاريخ زوال أثر النص، وأنه يعود له إقرار زوال أثر النص فوراً، أو أن يؤجله إلى تاريخ لاحق.

- واعتباراً أن بعض الأحكام التشريعية المتعارضة مع الدستور والواردة في المادة 416 من قانون الإجراءات الجزائية، سيكون من شأن التصريح بزوال أثرها فوراً، أن يضمن حق الأطراف في التقاضي على درجتين في المسائل الجزائية دون أي استثناء.

- واعتباراً أنه وبمقتضى المادة 191 (الفقرة 3) من الدستور، فإن قرارات المجلس الدستوري ملزمة للسلطة القضائية، وأن المساواة التي يضمنها الدستور لكل المواطنين أمام القانون والقضاء، تستوجب تمكين كل الأطراف من استئناف الأحكام

## المحكمة الدستورية

قرار رقم 24/ق.م/د/دع 22 مؤرخ في 20 شعبان عام 1443  
الموافق 23 مارس سنة 2022.

- بناء على قرار الإحالة من المحكمة العليا بتاريخ 3  
جانفي سنة 2022، تحت رقم الفهرس 22/00001، والمسجل  
لدى كتابة ضبط المحكمة الدستورية بتاريخ 9 جانفي سنة  
2022 تحت رقم 01-2022/دع دو والالتزام بدفع آثاره  
الأستاذ (ب.ز) محام بتمثيل لدى المحكمة العليا ومحام  
الدولة والأستاذ (ع.و) محام بتمثيل لدى المجلس التتالي  
في حق الشركة ذات المسؤولية المحدودة "السلام  
إلكترونيك"، التماس من طرف مسيرها، واللذين ادعيا  
بموجبها عدم دستورية المادة 4-73 من القانون رقم 11-90  
المؤرخ في 26 رمضان عام 1410 الموافق 21 أبريل سنة  
1990 والالتزام بعلاقات العمل، المعدل والتمتع بموجب الأمر  
رقم 21-96، وكذا المادتين 21 و22 من القانون رقم 04-90  
والالتزام بتسوية النزاعات الفردية في العمل.

بناء

و195 و198 (الفقرتان 4 و5) و225 منه.

- وبمقتضى العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية  
والسياسية التمس بموجب قرار الجمعية العامة لمنظمة  
الأمم المتحدة المؤرخ في 16 ديسمبر سنة 1966، الذي تم  
التصديق عليه من قبل الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية  
في 17/08/1966.

تورية في مجال الدفع بعدم الدستورية،  
البابين الثاني والثالث من النظام الأساسي  
لقواعد عمل المجلس الدستوري المؤرخ في 7 رمضان  
عام 1440 الموافق 12 مايو سنة 2019، المعدل والمتمم،  
وبناء على قرار المحكمة الدستورية رقم 01/ق.م/د/دع 22/  
المؤرخ في 23 جمادى الثانية عام 1443 الموافق 26 جانفي  
سنة 2022 والالتزام بالتصريح بعدم دستورية المادة 4-73 من  
القانون رقم 11-90 المؤرخ في 26 رمضان عام 1410 الموافق  
21 أبريل سنة 1990 والالتزام بعلاقات العمل، المعدل والتمتع،  
وبناء على الإشعار المرسل إلى رئيس الجمهورية،  
والإشعار المرسل إلى رئيس مجلس الأمة، والإشعار المرسل  
إلى رئيس المجلس الشعبي الوطني، والإشعار المرسل إلى  
الوزير الأول والنائب العام لدى المحكمة العليا، وإلى الأطراف  
بتاريخ 13 جانفي سنة 2022.

- وبعد الاطلاع على الملاحظات المكتوبة المقدمة من  
طرف رئيس المجلس الشعبي الوطني ورئيس المجلس  
الأمة والوزير الأول والنائب العام لدى المحكمة العليا،

- وبعد الاطلاع على الملاحظات المكتوبة المقدمة من طرف  
الشركة المدنية المهنية التماسا لالأستاذين (ب.ز) محامي  
بتمثيل لدى المحكمة العليا والمحام بتمثيل لدى المجلس التتالي  
محام بتمثيل لدى المجلس التتالي، في حق الشركة ذات  
المسؤولية المحدودة "السلام إلكترونيك" الممثلة  
من طرف مسيرها، والتمتع بموجبها بالتصريح بعدم

دستورية المادة 4-73 من القانون رقم 11-90 المؤرخ في 21  
أبريل سنة 1990 والالتزام بعلاقات العمل، المعدل والمتمم،  
والمادتين 21 و22 من القانون رقم 04-90 المتعلق بتورية

## فهرس

إهداء

شكر و تقدير

قائمة المختصرات

1.....	مقدمة
13.....	الباب الأول : الدفع
13.....	الفصل الأول : العمل الإجرائي، الدفع ماهيتها و خصائصها.
14.....	المبحث الأول: العمل الإجرائي الشكل والجزاء.
15.....	المطلب الأول: الإجراء القضائي طبيعته وخصائصه.
15.....	الفرع الأول: الإجراء القضائي.
17.....	الفرع الثاني: الطبيعة القانونية للإجراء.
25.....	الفرع الثالث: خصائص العمل الإجرائي.
29.....	المطلب الثاني: الجزاء الإجرائي.
29.....	الفرع الأول : ماهية الجزاءات الإجرائية وطبيعتها.
36.....	الفرع الثاني: محل الجزاء الإجرائي و آثاره.
43.....	المبحث الثاني: الدفع ماهيتها وأنواعها.
43.....	المطلب الأول: الدفع تعريفها وأنواعها وخصائصها.
45.....	الفرع الأول : الدفع في اللغة والإصطلاح.
48.....	الفرع الثاني : أنواع الدفع.
56.....	المطلب الثاني : خصائص الدفع الشكلية.
56.....	الفرع الأول : النظام القانوني للدفع الإجرائي.
61.....	الفرع الثاني: المحكمة والدفع الشكلية.
85.....	الفصل الثاني: محل الدفع.
85.....	المبحث الأول : أشخاص الدعوى أو الخصوم كمحل للدفع.
87.....	المطلب الأول: الخصوم والصفة.
87.....	الفرع الأول: الخصوم والدعوى القضائية.
88.....	التمييز بين الدعوى والمطالبة القضائية :

- 90 ..... الفرع الثاني: الصفة ومباشرة الإجراءات ( الصفة الإجرائية )
- 93 ..... الفرع الثالث: الصفة الموضوعية
- 99 ..... المطلب الثاني: تمييز الصفة عن غيرها من النظم والأفكار الأخرى
- 99 ..... الفرع الأول: الصفة و المصلحة
- 106 ..... الفرع الثاني: الصفة والأهلية
- 108 ..... المبحث الثاني: الإختصاص كمحل للدفع
- 110 ..... المطلب الأول: الدفع بعدم الإختصاص
- 110 ..... الفرع الأول: ماهية الدفع بالإختصاص
- 112 ..... الفرع الثاني: أهمية الدفع بعدم الإختصاص
- 116 ..... المطلب الثاني: أنواع الدفع بعدم الإختصاص
- 116 ..... الفرع الأول: الإختصاص النوعي مفهومه و أهميته
- 119 ..... الفرع الثاني: الدفع بعدم الإختصاص المحلي
- 125 ..... المطلب الثالث: الدفع بالإحالة للإرتباط
- 125 ..... الفرع الأول: الدفع بالإحالة أسبابه وشروطه
- 128 ..... الفرع الثاني : الفرق بين الدفع بالإحالة والإختصاص
- 135 ..... المبحث الثالث : آجال الإجراء كمحل للدفع
- 137 ..... المطلب الأول: ماهية الآجال الإجرائية
- 137 ..... الفرع الأول: المقصود بالآجال الإجرائية و أهميتها
- 142 ..... الفرع الثاني: أثر المبادئ العامة على الآجال الإجرائية
- 145 ..... الفرع الثالث: أنواع الآجال الإجرائية
- 155 ..... المطلب الثاني: التنظيم القانوني للآجال الإجرائية
- 156 ..... الفرع الأول: عبء إثبات عدم مراعاة الآجال الإجرائية
- 157 ..... الفرع الثاني: مدى تعلق الآجال الإجرائية بالنظام العام
- 192 ..... الباب الثاني : دفع إجرائية ذات صفة جزائية
- 192 ..... الفصل الأول: البطلان وعدم القبول
- 193 ..... المبحث الأول : الدفع بالبطلان
- 193 ..... المطلب الأول: البطلان ماهيته و طبيعته وأنواعه
- 194 ..... الفرع الأول : البطلان لغة و إصطلاحا
- 197 ..... الفرع الثاني: طبيعة البطلان
- 204 ..... الفرع الثالث: البطلان المتعلق بالنظام العام و البطلان المقرر لعيب في الموضوع

- المطلب الثاني: الدفع بالبطلان مميزاته والتمسك به ..... 214
- الفرع الأول: مميزات البطلان عن ما يخالفه ..... 214
- الفرع الثاني : كيفية التمسك بالدفع بالبطلان ..... 216
- المبحث الثاني: الدفع بعدم القبول ماهيته وطبيعته القانونية ..... 229
- المطلب الأول: الدفع بعدم القبول المفهوم والجزاء ..... 230
- الفرع الأول: مفهوم الدفع بعدم قبول الدعوى ..... 230
- الفرع الثاني: الدفع بعدم القبول والحق في الدعوى ..... 235
- الفرع الثالث: الدفع بعدم القبول وفكرة الجزاء الإجرائي ..... 243
- المطلب الثاني: الطبيعة القانونية للدفع بعدم القبول ..... 245
- الفرع الأول: الدفع بعدم القبول دفع شكلي إجرائي ..... 246
- الفرع الثاني: الدفع بعدم القبول والدفع الموضوعية ..... 250
- الفرع الثالث: الدفع بعدم القبول ذو طبيعة مختلطة ..... 257
- الفصل الثاني : تطبيقات للدفع الجزائية ..... 295
- المبحث الأول: تطبيقات الدفع بعدم القبول ..... 295
- المطلب الأول: عدم القبول بين المصلحة وحجية الشيء المقضي فيه ..... 296
- الفرع الأول: الدفع بعدم القبول وشرط المصلحة في القانون ..... 296
- الفرع الثاني: علاقة الدفع بعدم القبول بحجية الشيء المقضي فيه ..... 302
- المطلب الثاني: علاقة الدفع بعدم القبول بنظامي السقوط والتقدم ..... 309
- الفرع الأول: علاقة عدم القبول بسقوط الدعوى ..... 309
- الفرع الثاني: علاقة الدفع بعدم القبول بالتقدم ..... 316
- المطلب الثالث : الدفع بوجود اتفاق التحكيم ..... 323
- الفرع الأول: التحكيم و أنواعه ..... 325
- الفرع الثاني: الطبيعة القانونية للدفع بوجود اتفاق التحكيم و شروط قبوله ..... 333
- المبحث الثاني: دفع حديثة ..... 342
- المطلب الأول : الدفع بعدم الدستورية ..... 343
- الفرع الأول: النظام القانوني الجزائري للرقابة على دستورية القوانين ..... 343
- الفرع الثاني : الرقابة عن طريق الدفع بعدم دستورية القوانين ..... 351
- ملاحظات حول الدفع بعدم الدستورية ..... 358
- المطلب الثاني: الدفع بانعدام الدمغة ..... 359
- الفرع الأول: الدفع بانعدام الدمغة ماهيته و ما أساسه القانوني ..... 359



361 .....	الفرع الثاني: علاقة الدفع بانعدام الدمغة بالنظام العام
395 .....	الخاتمة
397 .....	التوصيات

قائمة المراجع

الملاحق

فهرس