جامعة النجاح الوطنية

كلية الدراسات العليا

# الدفع بعدم قبول الدعوى وإشكاليات تنظيمه القانوني وفق قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية الفلسطيني رقم (2) لسنة 2001م

## " دراسة مقارنة "

إعداد

سارة سليمان عبد الرحمن العبسي

إشراف

د. غسان خالد

قدمت هذه الرسالة استكمالاً لمتطلبات الحصول على درجة الماجستير في القانون الخاص، بكلية الدراسات العليا، في جامعة النجاح الوطنية، نابلس- فلسطين.

2019

# الدفع بعدم قبول الدعوى وإشكاليات تنظيمه القانوني وفق قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية الفلسطيني رقم (2) لسنة 2001م

## " دراسة مقارنة "


**إعداد**

**سارة سليمان عبد الرحمن العبسي**


**نوقشت هذه الأطروحة بتاريخ: 2019/1/17 م، وأجيزت.**

| **أعضاء لجنة المناقشة** | **التوقيع** |
|---|---|
| **1- د. غسان خالد / مشرفاً ورئيساً** | ..... |
| **2- د. بشار دراغمة / ممتحناً خارجياً** | ..... |
| **3- د. إسحاق البرقاوي / ممتحناً داخلياً** | ..... |

## الإهداء

إلى شهداء فلسطين الأبرار

إلى أبي حفظه الله

إلى أمي الغالية

إلى زوجي العزيز

إلى بناتي العزيزات

إلى أخوتي الأعزاء

أهديكم عملي المتواضع راجيا من الله عز وجل التوفيق والنجاح

## الشكر والتقدير

أتوجه بالشكر الجزيل لكل من ساهم معي في إنجاز هذه الرسالة وإلى كل من كان سببا في تعليمي وتوجيهي ومساعدتي.

ويسرني بأن أخص بالشكر والعرفان بالجميل الفاضل الأستاذ غسان خالد حيث لم يأل جهداً في إرشادي وتوجيهي أثناء عملي في الرسالة ولم يبخل علي في أي معلومة صغيرة كانت أم كبيرة..

كما أتوجه بعظيم الشكر إلى الأستاذ عبد الله الكيلاني الذي كان لتوجيهه وملاحظاته دور مهم في إنجاز هذه الرسالة.

## الإقرار

أنا الموقعة أدناه، مقدمة الرسالة التي تحمل عنوان:

**الدفع بعدم قبول الدعوى وإشكاليات تنظيمه القانوني وفق قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية الفلسطيني رقم (2) لسنة 2001م**

**" دراسة مقارنة "**

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

## Declaration

The work provided in this thesis, unless otherwise referenced, is the research's own work, and has not been submitted elsewhere for any other degree or qualification.

**Student's name:** **اسم الطالبة:**

**Signature:** **التوقيع:**

**Date:** **التاريخ:**

**فهرس المحتويات**


| الموضوع | الصفحة |
|---|---|
| الإهداء | ج |
| الشكر والتقدير | د |
| الإقرار | ه |
| الملخص | ح |
| المقدمة | 1 |
| **الفصل الأول : ماهية الدفع بعدم قبول الدعوى** | 7 |
| المبحث الأول: مفهوم الدفع بعدم قبول الدعوى ومركزه بين الدفوع | 7 |
| المطلب الأول: مفهوم الدفع بعدم قبول الدعوى | 8 |
| الفرع الأول: تعريف الدفع | 8 |
| الفرع الثاني: تعريف الدفع بعدم قبول الدعوى | 14 |
| المطلب الثاني: مركز الدفع بعدم قبول الدعوى بين بقية الدفوع القانونية | 19 |
| الفرع الأول: الدفع الموضوعي والدفع بعدم القبول | 20 |
| الفرع الثاني: الدفع الشكلي والدفع بعدم القبول | 24 |
| الفرع الثالث: الطبيعة الخاصة للدفع بعدم القبول | 30 |
| المبحث الثاني: أنواع الدفع بعدم قبول الدعوى | 34 |
| المطلب الأول: الدفع بعدم القبول لانعدام الصفة أو المصلحة أو لسبق الفصل فيها | 34 |
| الفرع الأول: الدفع بعدم قبول الدعوى لانعدام الصفة | 34 |
| الفرع الثاني: الدفع بعدم القبول لانعدام المصلحة | 38 |
| الفرع الثالث: الدفع بعدم جواز نظر الدعوى لسبق الفصل فيها | 45 |
| المطلب الثاني: الدفع بمرور الزمن المانع من سماع الدعوى (الدفع بالتقادم) والدفع بوجود اتفاق التحكيم | 51 |
| الفرع الأول: الدفع بمرور الزمن المانع من سماع الدعوى (الدفع بالتقادم) | 51 |
| الفرع الثاني: الدفع بعدم قبول الدعوى لوجود اتفاق التحكيم | 56 |
| **الفصل الثاني: إشكاليات التنظيم القانوني للدفع بعدم القبول** | 61 |
| المبحث الأول: رخصة الخصوم وسلطة المحكمة في إثارة الدفع بعدم قبول الدعوى | 61 |

| | |
|---|---|
| المطلب الأول: رخصة الخصوم في إثارة الدفع بعدم القبول | 62 |
| الفرع الأول: التمسك بإثارة الدفع بعدم القبول من قبل الخصوم | 62 |
| الفرع الثاني: تنازل الخصوم عن التمسك بالدفع بعدم القبول | 71 |
| المطلب الثاني: إثارة الدفع بعدم قبول الدعوى من قبل المحكمة ومدى تعلق بعض أنواع الدفع بعدم القبول بالنظام العام . | 77 |
| الفرع الأول: سلطة محكمة الموضوع في إثارة الدفع بعدم القبول من تلقاء نفسها | 77 |
| الفرع الثاني: مدى تعلق بعض أنواع الدفع بعدم القبول بالنظام العام | 82 |
| المبحث الثاني: الحكم الصادر بالدفع بعدم القبول والطعن فيه | 95 |
| المطلب الأول: الحكم الصادر في الدفع بعدم القبول | 95 |
| الفرع الأول: آلية الفصل في الدفع بعدم القبول | 95 |
| الفرع الثاني: آثار الحكم الصادر بالدفع بعدم قبول الدعوى | 100 |
| المطلب الثاني: الطعن في الحكم الصادر بالدفع بعدم القبول | 104 |
| الفرع الأول: آلية الطعن في القرار الصادر بالدفع بعدم القبول | 105 |
| الفرع الثاني: سلطة محكمة الاستئناف في النظر بالطعن بعدم القبول | 110 |
| الخاتمة | 117 |
| التوصيات | 119 |
| قائمة المصادر والمراجع | 121 |
| Abstract | b |

**الدفع بعدم قبول الدعوى وإشكاليات تنظيمه القانوني وفق قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية الفلسطيني رقم (2) لسنة 2001**

**" دراسة مقارنة "**

**إعداد**

**سارة سليمان عبد الرحمن العبسي**

**إشراف**

**د. غسان خالد**

## الملخص

يعتبر موضوع الدفع بعدم قبول الدعوى من الموضوعات المهمة التي تناولها قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية الفلسطيني رقم (2) لسنة 2001م في طياته، وتتمثل أهمية هذا النوع من الدفوع في كونه يوجه إلى الوسيلة التي يستخدمها صاحب الحق وهي دعواه، ذلك أن المدعى عليه يرمي من خلاله إلى إنكار أحقية المدعي في استعمال دعواه، مما يجعله يحقق وظيفة هامة تتمثل في الاقتصاد في الخصومة وتوفير الوقت والجهد والمصاريف.

فالدفع بعدم قبول الدعوى يكون في الحالات التي يكون فيها إنكار الحق في رفع الدعوى جلياً وواضحاً، ولا حاجة للخوض في موضوع الدعوى والبحث في تفاصيلها، وبهذا يختلف الدفع بعدم قبول الدعوى عن الدفوع الموضوعية والتي توجه إلى أصل الحق المدعى به كإنكاره وانقضائه، كما أنه في ذات الوقت يختلف عن الدفوع الشكلية والتي توجه إلى إجراءات الدعوى كالمحكمة التي سترفع فيها الدعوى وطريقة رفعها وغيرها من الإجراءات الشكلية اللازمة لرفعها.

ستتناول الباحثة في هذه الدراسة الدفع بعدم قبول الدعوى من حيث ماهيته وطبيعته القانونية ، كما ستتحدث عن إشكاليات التنظيم القانوني له، بحيث ستتعرض إلى الثغرات القانونية الموجودة في قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية رقم (2) لسنة 2001م كونه القانون الساري في فلسطين، وذلك من خلال مراجعة النصوص القانونية الموجودة فيه والتي تخص الدفع بعدم قبول الدعوى وستعمل الباحثة على تحليلها وشرحها وتأصيلها وأخيرا مقارنتها مع النصوص القانونية الواردة في قانون المرافعات المصري رقم (13) لسنة 1968م وقانون أصول المحاكمات المدنية الأردني رقم (24) لسنة 1988م.

**المقدمة**

لما كان من حق كل صاحب حق أن يقيم ادعاءاً لدى المحكمة المختصة، ولما كان حق الدفاع بكافة أشكاله حقاً أصيلاً كفلته جميع الشرائع السماوية وخصوصا الديانة الإسلامية، ولما كان من حق الشخص أن يدافع عن حقه بكافة الطرق القانونية الصحيحة، ولما كان العدل هو أساس الحكم بين الخصوم، فقد شرعت الدفوع ونصت عليها القوانين المختلفة حماية لمصلحة المدعى عليه تماشيا مع حماية مصلحة المدعي وكفالة حق الادعاء له.

وتتنوع أشكال الدفوع التي نصت عليها القوانين، فمنها الدفوع الموضوعية والتي توجه إلى ذات الحق المدعى به، أي أنها توجه إلى مضمون الحق المدعى به، كإنكار وجود هذا الحق كالدفع بالمقاصة أو الدفع بانقضاء الحق مثلاً.

كما أن هناك نوعاً آخراً من الدفوع وهي الدفوع الشكلية والتي توجه إلى الإجراءات الشكلية للخصومة وليس إلى موضوعها كمسألة اختصاص محكمة ما بنظر دعوى ما ومسألة بطلان التبليغ وغيرها من الدفوع التي توجه إلى إجراءات الخصومة.

وهناك نوع ثالث من الدفوع وهي التي ستكون محل دراستنا بإذن الله وهي دفوع عدم القبول، ويمتاز هذا النوع من الدفوع في أنه لا يتعرض لأحقية المدعي في طلبه ولا يتعرض لإجراءات الخصومة أيضا، وإنما يستند إلى سبب ما مفاده عدم قبول الدعوى أصلاً وعدم نظرها كالدفع بمرور الزمن المانع لسماع الدعوى والدفع بانتفاء المصلحة وغيرها من الدفوع التي ستتناولها الباحثة في هذه الدراسة.

**أهداف الدراسة**

تهدف هذه الدراسة إلى معرفة مفهوم الدفع بعدم القبول بوصفه أحد الدفوع القانونية المهمة والتي تناولها قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية الفلسطيني في طياته، بحيث ستتناول الدراسة مفهوم هذا الدفع بالإضافة إلى التعرض إلى طبيعته القانونية، كما ستتناول إشكاليات التنظيم

القانوني الخاصة به من حيث رخصة الخصوم وسلطة المحكمة في إبدائه بالإضافة إلى التعرض إلى الحكم الصادر فيه وآثاره وآلية الطعن فيه ودور محكمة الاستئناف عندما تنظر فيه.

**إشكالية الدراسة**

تتمثل إشكالية الدراسة في الآتي:

1- ما مدى رخصة المدعى عليه في إثارة الدفع بعدم قبول الدعوى والتنازل عنه؟

2- ما مدى سلطة المحكمة في إثارة الدفوع بعدم قبول الدعوى؟

3- ما هي دفوع عدم القبول المتعلقة بالنظام العام والتي يمكن للمحكمة إثارتها من تلقاء نفسها؟

4- كيف يتم الفصل في الدفع بعدم القبول وما هي الآثار المترتبة على الحكم الصادر فيه؟

5- كيفية الطعن في الحكم الصادر في الدفع بعدم القبول؟

6- ما هو دور محكمة الاستئناف عند النظر في الطعن في الحكم بالدفع بعدم القبول؟

**نطاق الدراسة**

سيتحدد نطاق هذه الدراسة بدراسة موضوع الدفع بعدم القبول في ظل قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية الفلسطيني رقم (2) لسنة 2001م وقانون أصول المحاكمات الأردني رقم (24) لسنة 1988م وتعديلاته بالإضافة للنصوص القانونية الواردة في قانون المرافعات المصري رقم (13) لسنة 1968م وتعديلاته.

**منهج الدراسة**

سوف تتبع الباحثة في هذه الدراسة المنهج الوصفي التحليلي المقارن، فقد قامت بوصف النصوص القانونية الخاصة بموضوع الدفع بعدم القبول والواردة في قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية الفلسطيني رقم (2) لسنة 2001م وستقوم بتحليلها في ضوء آراء الفقه، بالإضافة إلى إبداء رأيها

الخاص في بعض المسائل، وأخيرا مقارنتها مع النصوص القانونية الخاصة بالدفع بعدم القبول والواردة في قانون المرافعات المصري رقم (13) لسنة 1968م وتعديلاته وقانون أصول المحاكمات المدنية الأردني رقم (24) لسنة 1988م.

**الدراسات السابقة**

لقد وجدت الباحثة بعض الدراسات السابقة التي تحدثت عن الدفع بعدم القبول بشكل مستقل فتناولته بشكل من الخصوصية، إلا أن أي من هذه الدراسات لم تعالج مشكلة البحث بالشكل المطلوب وفق تقدير الباحثة، وهذه الدراسات هي:

1- دراسة بعنوان " الدفع بعدم القبول في القانون الفلسطيني " للباحثة سعاد الدعالسة، تناولت فيها النظام القانوني للدفع بعدم القبول من حيث ماهيته والأحكام الخاصة به وفق قانون أصول المحاكمات المدنية كسلطة المحكمة والخصوم إزاء الدفع بعدم القبول ومدى تعلقه بالنظام العام، كما تعرضت الباحثة إلى الحكم الصادر في الدفع بعدم القبول والآثار التي تترتب عليه، كما تحدثت عن أنواع الدفع بعدم القبول والتي جاء بها قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية، إلا أنها لم تتعرض لإشكاليات التنظيم القانوني للدفع بعدم القبول في قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية الفلسطيني، ولا حتى للثغرات القانونية الموجودة فيه، حتى يتسنى لها وضع بدائل للنصوص القانونية الغامضة والغير واضحة مستعينة في ذلك بالنصوص القانونية الموجودة في القوانين المقارنة والتي تحدثت عن نفس الموضوع .

2- دراسة بعنوان الدفع بعدم قبول الدعوى في التشريع الأردني للباحث عبد الكريم فوزي القدومي، تناول فيها الأحكام العامة للدفوع، والمفهوم القانوني للدفع بعدم القبول، ومركز هذا الدفع بين الدفوع الأخرى، وتعرض إلى بعض حالات الدفع بعدم القبول، كما تعرض إلى أحكام الدفع بعدم القبول من حيث مدى تعلقه بالنظام العام بالإضافة إلى حرية الخصوم في التمسك فيه وكيفية مباشرة هذا الدفع وإلى الحكم الصادر في الدفع بعدم القبول وآثاره، إلا أن هذه الدراسة اقتصرت على قانون أصول المحاكمات المدنية الأردني فلم تتطرق إلى القانون الفلسطيني أو المصري ولم تعالج موضوع البحث ولم تتطرق له.

3- دراسة بعنوان الدفع بعدم قبول الدعوى في المرافعات المدنية والتجارية للباحث أحمد محمد أحمد حشيش تناول فيها طبيعة الدفع بعدم القبول وسلطة المحكمة في إثارته من تلقاء نفسها، كما تناول أيضا دور محكمة الاستئناف عند النظر في الطعن في الحكم الصادر بالدفع بعدم القبول، إلا أن الدراسة السابقة لم تتناول أحكام القانون الفلسطيني بل اقتصرت فقط على دراسة أحكام القانون المصري .

4- دراسة بعنوان الدفع بعدم القبول ونظامه القانوني للدكتور نبيل اسماعيل عمر، والذي تحدث فيها عن العناصر الأولية التي يتكون منها الدفع بعدم القبول والمسائل التي يوجه إليها الدفع بعدم القبول، وتحدث فيها أيضا عن طبيعة الدفع بعدم القبول ومركزه بين الدفوع الأخرى التي توجد في الخصومة المدنية، كما أنه تناول في دراسته مدى تعلق الدفع بعدم القبول بالنظام العام، ورخصة الخصوم وسلطة المحكمة إزاء الدفع بعدم القبول، كما أنه تعرض إلى الحكم الصادر في الدفع بعدم القبول ومدى قابليته للطعن وآثار الحكم الصادر في الدفع بعدم القبول، إلا أنه لم يتناول أنواع الدفع بعدم القبول وصوره بشيء من التفصيل، كما أن هذه الدراسة اقتصرت على القانون المصري ولم تتعرض إلى قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية الفلسطيني.

5- دراسة بعنوان دفوع عدم القبول ونظامها الإجرائي للمحامي محمد خليل أبو بكر تناول من خلالها مفهوم الدفع بعدم القبول وحالاته، كما تعرض إلى طبيعة الدفع بعدم القبول والحكم الصادر فيه وآثاره، إلا أن هذه الدراسة اقتصرت على دراسة قانون أصول المحاكمات المدنية الأردني ومقارنته بغيره من القوانين، إلا أنها لم تتعرض إلى قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية الفلسطيني ولم تعالج مشكلة هذه الدراسة، كما أنها لم تتطرق إلى آلية الطعن في الحكم الصادر في الدفع بعدم القبول ولا إلى دور محكمة الاستئناف وسلطتها عند النظر في الطعن المقدم لها.

6- دراسة بعنوان الدفع بعدم قبول الدعوى في قانون المرافعات والقوانين الخاصة للكاتب هشام الطويل تناول فيها الدفع بعدم القبول في قانون المرافعات المصري والقوانين الخاصة، وقسم دفوع عدم القبول إلى دفوع موضوعية وإلى دفوع عدم القبول الإجرائية، كما تناول شرط الصفة بشيء من التفصيل، وتعرض أيضا إلى الدفع بانتفاء المصلحة بالإضافة إلى تناوله الدفع بوجود شرط

التحكيم، إلا أنه لم يتعرض إلى الحكم الصادر بالدفع بعدم القبول بشكل عام وآلية الطعن فيه والآثار المترتبة عليه، بالإضافة إلى اقتصار الدراسة على قانون المرافعات المصري والقوانين الخاصة المصرية وعدم تعرضها أو تناولها للقانون الفلسطيني.

7- دراسة بعنوان الموجز العلمي في الدفع بعدم القبول مدنيا وتجاريا وإداريا ودستوريا في ضوء القانون رقم 81 لسنة 1996م للدكتور محمد شتا أبو سعد تناول فيها أحكام الدفع بعدم القبول في ضوء القانون رقم ( 81 ) لسنة 1996م، بحيث تعرض من خلالها إلى مفهوم الدفع بعدم القبول مستندا في ذلك إلى المبادئ الصادرة عن محكمة النقض المصرية، وتعرض أيضا إلى أحكام الدفع بعدم القبول من جواز إثارته في أي حالة كانت عليها الدعوى وسلطة المحكمة في إثارته من تلقاء نفسها، كما تعرض لشرطي المصلحة والصفة وأحكامهما وتناولهما بشيء من التفصيل، إلا أن هذه الدراسة لم تتعرض لغير هذه الحالات من الدفع بعدم القبول، بحيث لم تتعرض إلى الدفع بوجود شرط التحكيم والدفع بالتقادم والدفع بسبق الفصل في القضية، كما أنها اقتصرت على دراسة القانون المصري ولم تتعرض إلى القانون الفلسطيني.

8- دراسة بعنوان الدفع بعدم القبول في المواد المدنية والجنائية للدكتور علي عوض حسن تناول فيها طبيعة الدفع بعدم القبول وشرطي المصلحة والصفة، كما تعرض إلى الدفع بعدم القبول في المواد المدنية والتجارية والإدارية والجنائية، وفي الأحوال الشخصية أيضاً، إلا أن هذه الدراسة لم تتعمق في أحكام الدفع بعدم القبول في المواد المدنية والتجارية، فلم تبين مثلا الحكم الصادر في الدفع بعدم القبول والآثار التي تترتب عليه وآلية الطعن فيه ودور محكمة الاستئناف عند النظر فيه، كما أنها اقتصرت على دراسة القانون المصري دون غيره من القوانين .

**بيانات الدراسة**

اقتصرت الدراسة على البيانات الثانوية فقط وذلك من خلال مراجعة المصادر والمراجع القانونية والأدبيات والتي تحدثت عن موضوع الدفع بعدم القبول بالإضافة إلى صفحات الإنترنت التي تناولت الموضوع.

**صعوبات الدراسة**

واجهت الباحثة صعوبة تتمثل في ندرة المراجع المتخصصة التي تناولت هذا الموضوع بشكل مفصل ومستقل في القانون الفلسطيني، فالمراجع القانونية التي تناولت الدفع بعدم القبول تناولته مع غيره من الدفوع على الرغم من الحاجة العلمية والعملية في بحث هذا النوع من الدفوع بشكل واضح ومفصل ومستقل .

**هيكلية الدراسة**

تم تقسيم الرسالة إلى فصلين دراسيين، تناولت الباحثة في الفصل الأول ماهية الدفع بعدم القبول والذي بدوره احتوى على مبحثين رئيسيين، مبحثا أولا يتحدث عن مفهوم الدفع بعدم القبول وطبيعته القانونية، ومبحثاً ثانياً يتحدث عن بعض أنواع الدفع بعدم القبول، أما الفصل الثاني فتناول إشكاليات التنظيم القانوني للدفع بعدم القبول حسب قانون أصول المحاكمات المدنية رقم (2) لسنة 2001م والذي بدوره احتوى على مبحثين أيضا ،حيث تناولت الباحثة في المبحث الأول رخصة الخصوم وسلطة المحكمة في إبداء الدفع بعدم القبول، أما المبحث الثاني فتحدثت الباحثة فيه عن الحكم الصادر بالدفع بعدم القبول والطعن فيه أمام المحكمة المختصة.

# الفصل الأول
# ماهية الدفع بعدم القبول

لا بد من التعرض إلى ماهية الدفع بعدم قبول الدعوى وذلك قبل تناول إشكاليات تنظيمه القانوني، بحيث سيتم التعرض إلى مفهومه ومركزه بين الدفوع بالإضافة إلى التطرق إلى بعض أنواعه وأشكاله.

سيبحث هذا الفصل في ماهية الدفع بعدم القبول من خلال مبحثين رئيسيين، يتناول المبحث الأول مفهوم الدفع بعدم القبول ومركزه بين الدفوع والذي بدوره احتوى على مطلبين، حيث تحدثت الباحثة في المطلب الأول عن مفهوم الدفع بعدم القبول، أما المطلب الثاني فقد تحدثت فيه عن مركز الدفع بعدم قبول بين باقي الدفوع القانونية .

أما المبحث الثاني في هذا الفصل فقد خصص لدراسة بعض أنواع الدفع بعدم القبول، وحيث أنها لا تقع تحت حصر، فقد ارتأت الباحثة تناول خمسة منها موزعة على مطلبين تجدها ذات أهمية كبيرة على المستويين العلمي والعملي، حيث تناولت في المطلب الأول الدفع بعدم القبول لانعدام الصفة أو المصلحة أو لسبق الفصل فيها، أما المطلب الثاني فقد تناولت فيه الدفع بعدم قبول الدعوى لمرور الزمن المانع من سماعها والدفع بعدم قبولها لوجود اتفاق التحكيم.

## المبحث الأول: مفهوم الدفع بعدم القبول وطبيعته القانونية

سوف تتناول الباحثة في هذا المبحث مفهوم الدفع بعدم القبول وطبيعته القانونية، وذلك في مطلبين رئيسيين، تحدثت الباحثة في المطلب الأول عن مفهوم الدفع بعدم القبول، تطرقت من خلاله إلى تعريف الدفع بشكل عام وتعريف الدفع بعدم القبول بوجه خاص، أما المطلب الثاني فقد تناول مركز الدفع بعدم القبول بين الدفوع الشكلية والموضوعية.

**المطلب الأول: مفهوم الدفع بعدم القبول**

ستتحدث الباحثة في هذا المطلب عن مفهوم الدفع بعدم القبول، ولكن لا بد بداية من التعرض إلى تعريف الدفع بشكل عام وذلك في الفرع الأول ومن ثم التطرق إلى تعريف الدفع بعدم القبول على وجه الخصوص وذلك في الفرع الثاني.

**الفرع الأول: تعريف الدفع**

تناول الفقه والقضاء عدة تعريفات للدفع، فمنهم من عرفه بأنه:" جميع وسائل الدفاع التي يجوز للخصم أن يستعين بها ليجيب على دعوى خصمه، بقصد تفادي الحكم لخصمه بما يدعيه سواء أكانت هذه الوسائل موجهة إلى الخصومة أو إلى بعض إجراءاتها، أو موجهة إلى أصل الحق المدعى به أو إلى سلطة الخصم في استعمال دعواه منكراً إياها[1]".

وقد عرف آخرون الدفوع بأنها " الإمكانيات أو الوسائل التي يستعملها المدعى عليه أمام المحكمة للرد على طلب المدعي وتفنيده بقصد تفادي أو تأخير الحكم بهذا الطلب[2]".

كما عرفه البعض بأنه " جواب الخصم على ادعاء خصمه بقصد تفادي الحكم له بما يدعيه"[3].

بينما عرفه البعض الآخر بأنه " دعوى يأتي بها الخصم قبل الحكم أو بعده لمنع ملاحقة خصمه له قضائيا بكل ما يطلبه أو ببعضه أبدياً أو مؤقتاً[4]"

وقد عرفت مجلة الأحكام العدلية الدفع في المادة (1631) منها، حيث نصت على أن " الدفع هو الإتيان بدعوى من قبل المدعى عليه تدفع دعوى المدعي مثلا إذا ادعى أحد من جهة القرض كذا

---

[1] أبو الوفا، د. أحمد، **نظرية الدفوع في قانون المرافعات**، الطبعة الخامسة، الاسكندرية، منشأة المعارف، 1977م، ص 11.

[2] الزعبي، د. عوض أحمد، **أصول المحاكمات المدنية – التقاضي، لأحكام وطرق الطعن** – الجزء الثاني، الطبعة الثانية، عمان، دار وائل للنشر والتوزيع، 2006م، ص689.

[3] التكروري، د. عثمان، **الكافي في شرح قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية رقم 2 لسنة 2001م**، الجزء الأول، الطبعة الثالثة، فلسطين، دار الفكر،2001 م، ص 495 .

[4] غرايبة، محمد فهد محمد، **الدعوى القضائية والخصومة فيها**، الطبعة الأولى، عمان، دار يافا العلمية للنشر والتوزيع، 2011م، ص89 .

قرشا وقال المدعى عليه أنا كنت أديت ذلك أو أنك أبرأتني من ذلك أو كنا تصالحنا أو ليس هذا المبلغ قرضا بل هو ثمن المال الفلاني الذي كنت قد بعته لك أو أن فلانا قد حولني عليك بمطلوبي منه كذا درهما وأنت دفعت لي المبلغ المذكور يكون قد دفع دعواه، ..... "

وعرفت محكمة النقض المصرية الدفع في اصطلاح فقهاء الشريعة الإسلامية بقولها: " الدفع في اصطلاح الفقهاء هو دعوى من قبل المدعى عليه أو ممن ينتصب المدعى عليه خصماً عنه يقصد به دفع الخصومة عنه أو إبطال دعوى المدعي بمعنى أن المدعى عليه يصير مدعيا إذا أتى بدفع ويعود المدعي الأول مدعيا ثانيا عند الدفع [1]."

وقد عرفته ذات المحكمة أيضا بأنه الرد الدفاعي الذي يصدر من المدعى عليه في خصومة قائمة بينه وبين المدعي ويكون الهدف منه عدم إجابة طلب الأخير إما برفضه موضوعا أو منع المحكمة من أن تفصل فيه مستخدما بذلك جميع وسائل الدفاع [2].

يلاحظ مما تقدم أن التعريفات السابقة قد أجمعت على أن الدفع هو وسيلة دفاع قانونية مقدمة من قبل المدعى عليه في الدعوى يكون الهدف منها الرد على دعوى المدعي سواء كان سبب الرد يتعلق بإجراءات الدعوى أو بموضوعها أو حتى بأحقية المدعي في رفع دعواه وبالوسيلة التي يستخدمها وذلك لتفادي الحكم عليه أو تأخير هذا الحكم.

ويعتبر الدفع حق ثابت وأساسي للخصم في دعواه فهو يمثل مظهرا أساسيا من مظاهر حق الدفاع المقدس والذي كفلته القوانين والأنظمة المختلفة عبر التاريخ، والهدف من استعماله تفادي الحكم بطلبات الخصم كلها أو بعضها.

---

[1] طعن رقم 21 لسنة 44 ق " أحوال شخصية " جلسة 1976/4/7م المشار إليه في كتاب البكري، محمد عزمي، **الدفوع في قانون المرافعات في ضوء الفقه والقضاء**، المجلد الأول، الطبعة السابعة، القاهرة، دار محمود،2017 م، ص11.

[2] طعن 4 / 52 ق أحوال شخصية جلسة 1984/11/27م والمشار إليه في كتاب عرفة، السيد عبد الوهاب، **الشامل في المرافعات المدنية الدعوى المدنية وإجراءاتها**، الطبعة الأولى، عابدين، المركز القومي للإصدارات القانونية، 2009م، ص73 .

فالدفوع هي الوسائل التي وفرها حق الدفاع للمتقاضين، ويعتبر حق الدفاع من أهم المبادئ التي كفلها نظام التقاضي للأفراد وذلك للذود عن مراكزهم القانونية وحقوقهم أمام القضاء[1].

وتعتبر حرية الدفاع الوجه السلبي لحرية الالتجاء إلى القضاء، فإذا كان من المقرر لكل شخص حق اللجوء إلى القضاء للحصول على الحماية القضائية في مواجهة شخص آخر، فإن من حق هذا الأخير أن يدافع عن نفسه بوسائل الدفاع المناسبة (الدفوع) وذلك لكي لا يحكم لخصمه بما يطلبه [2].

ويتم تسيير الدعوى منذ اللحظة التي تقام فيها حتى اللحظة التي تنتهي بها بإبداء الطلبات والدفوع بصفتهما أدوات إقامة الدعوى[3]، والدفع أداة إجرائية كأداة الطلب تستعمل بها الدعوى، إلا أن الخصم باستعماله لأداة الطلب يطرح ادعاءاً معينا طالبا فيه الحصول على حكم ما، أما عند استعماله لأداة الدفع فهو يرمي إلى دفع ما طلبه خصمه وتحطيم ادعاء خصمه قاصدا بذلك منع الحكم كله أو بعضه أو حتى تأخير هذا الحكم[4].

فالطلب هو الوسيلة القانونية الهجومية المستخدمة لعرض النزاع على القضاء[5]، فهو الواقعة محل النزاع التي يبدأ بها قضاء المحاكم، إلا أنه ليس العنصر الوحيد الذي تهتم بشأنه المعالجة القضائية، فإلى جانب تلك الواقعة (الطلب) يوجد مجموعة من الدفوع والأقوال التي يثيرها الخصوم والتي تكون في مجموعها جملة من التساؤلات تسعى المحكمة للإجابة عليها وصولا إلى تقرير الحكم [6].

---

[1] محيسن، إبراهيم حرب، **طبيعة الدفع بالتحكيم في الخصومة المدنية**، الطبعة الأولى، عمان، دار الثقافة للنشر والتوزيع، 1999م، ص52 .

[2] سعد، ابراهيم نجيب، **القانون القضائي الخاص**، الجزء الأول، الاسكندرية، منشأة المعارف، 1974 م، ص637 .

[3] الأخرس، نشأت محمد، **شرح قانون أصول المحاكمات المدنية الدعوى وإجراءات التقاضي**، الجزء الثاني، عمان، دار الثقافة للنشر والتوزيع، 2012م، ص335 .

[4] الزغول، باسم محمد، **الدفوع المدنية بين النظرية والتطبيق**، الطبعة الأولى، عمان، مكتبة اليقظة للنشر والتوزيع، 2000م، ص42 .

[5] القدومي، عبد الكريم فوزي، **الدفع بعدم قبول الدعوى في التشريع الأردني**، الجامعة الأردنية، الأردن، 1995 م، ص11 .

[6] مدغمش، جمال عبد الغني، **الطلبات والدفوع أمام القضاء والحكم بصحتها أو خطئها " قول وحكم"**، عمان، مجدلاوي للنشر والتوزيع، 2006م، ص3.

والقاعدة العامة تنص على أن قاضي الدعوى هو قاضي الدفع[1]، ونظرا للأهمية الكبيرة للدفوع القانونية في حماية المدعى عليه فإنها تصل إلى مستوى الدعوى، وتعد وسيلة لاستعمالها ومباشرتها أمام المحاكم، بالتالي يجب أن تتوفر فيها الشروط اللازم توافرها في الدعوى[2]، فالدفع كالدعوى يجب لقبوله توافر شرط المصلحة، والمصلحة هي الفائدة أو المنفعة التي تعود على المدعي من دعواه[3]، فيجب أن تكون هناك مصلحة قانونية بحاجة إلى حماية ومسألة تقدير وجود مصلحة بحاجة إلى حماية هي مسألة يرجع في شأنها إلى التنظيم القانوني برمته[4]، فلا تقبل مثلا الدفوع الكيدية ولا حتى الدفوع غير المتعلقة بالخصومة القائمة أو بأحد إجراءاتها[5].

وتطبيقا لذلك فقد قضت محكمة التمييز الأردنية بأنه: "منعت المادة الثالثة من قانون أصول المحاكمات المدنية قبول أي دفع لا يكون لصاحبه فيه مصلحة، وعليه وحيث أن المميز لم يبين مصلحته من دفعه بأن المؤجر للعقار وهو أحد مالكي العقار المأجور لا يملك حق التأجير فيغدو دفعه غير مقبول لعدم بيانه سببا لوجوده في العقار[6]".

وبالإضافة إلى المصلحة القائمة والمشروعة التي يجب توافرها في الدفوع، فإنه يشترط فيها أيضا أن تكون شخصية، بالتالي لا يجوز تقديمها إلا من أصحاب الشأن في الدعوى أو ممن يمثلهم قانونا أو اتفاقاً، ويجب أن تتعلق هذه الدفوع بالخصوم مباشرة، فلا يقبل مثلاً الدفع المقدم من أحد الخصوم والذي يتمسك فيه بعدم صحة تبليغ خصمه الآخر الذي لم يحضر جلسات المحاكمة [7].

---

[1] أحمد، إبراهيم سيد، **الدفوع المدنية وعوارض الخصومة**، الجزء الأول، المنصورة، دار الفكر والقانون للنشر والتوزيع، 2008م ، ص9.

[2] العبودي، عباس، **شرح أحكام قانون المرافعات المدنية**، الطبعة الأولى، بيروت، دار السنهوري، 2016م، ص337.

[3] التكروري، الجزء الأول، **مرجع سابق**، ص284.

[4] أحمد، **مرجع سابق**، ص9.

[5] الشرقاوي، عبد المنعم ووالي، فتحي، **المرافعات المدنية والتجارية**، القاهرة، دار النهضة العربية، 1976م-1977م، ص121 .

[6] تمييز حقوق رقم 526/ 92 مجلة نقابة المحامين الأردنيين لسنة 1994 والمشار إليه في كتاب الزعبي، عوض أحمد، **مرجع سابق**، ص691 .

[7] واصل، د. محمد، **أصول المحاكمات المدنية**، الجزء الأول، دمشق، منشورات جامعة دمشق، 2010-2011م، ص479.

وبجانب الشروط العامة التي يجب توافرها في الدفع وهي المصلحة والصفة، قد يشترط المشرع أيضا توافر شروط خاصة لقبول هذا الدفع ومن ضمنها مثلا التمسك بالدفع في وقت معين ومثالها التمسك بالدفوع الإجرائية غير المتعلقة بالنظام العام قبل التكلم في الموضوع [1].

وإن كان حق الدفاع قد قرر للمدعى عليه الأصلي، إلا أن هذا الحق ليس حكرا عليه، فمبدأ المساواة بين الخصوم والذي كفلته التشريعات المختلفة يتطلب أن يكون هذا الحق لكل من يكون في مركز المدعى عليه، وأن ذلك لا يتحدد بالطلب الأصلي وحده، بل ينبغي النظر إلى كل طلب بحد ذاته في الخصومة، فمن يبادر بهذا الطلب هو المدعي ومن يقدم الطلب في مواجهته هو المدعى عليه، ومعنى ذلك أن المدعي الأصلي قد يصبح مدعى عليه وذلك بالنسبة لطلبات المدعى عليه الأصلي العارضة أو الدعوى المتقابلة، بالتالي يحق له والحالة هذه أن يمارس حقه في الدفع ودحض ما يدعيه المدعى عليه الأصلي بشتى أنواع الدفوع شكلية كانت أو موضوعية أو دفوعا بعدم القبول [2].

فتطبيقا لمبدأ احترام حقوق الدفاع، فإن لكل طرف في الدعوى الحق في إبداء الدفوع على اختلاف أنواعها وأشكالها والتي يرى أنها تخدم مصلحته في الخصومة القضائية [3].

ويعتبر الدفع وسيلة دفاع سلبية، ذلك أن المدعى عليه عندما يرد على دعوى المدعي بدفع ما إنما يهدف إلى رد دعواه وتفادي طلبات خصمه دون أن يكون القصد منه الحكم بطلبات معينة على المدعي[4]، فهذه الدفوع لا تضيف شيئا جديدا للخصومة، ولا يهدف الخصم من استعمالها إلى تحسين مركزه، فهو لا يطلب شيئا جديدا وإنما يطلب رفض وعدم الحكم بما هو مدعى به في مواجهته أصلاً [5].

---

[1] النمر، أمينة، **أصول المحاكمات المدنية والتجارية في التشريع اللبناني**، بيروت، مكتبة مكاوي، 1975، ص42.

[2] عمر، نبيل اسماعيل – د. خليل، أحمد، – د. هندي، أحمد، **قانون المرافعات المدنية والتجارية**، الإسكندرية، دار الجامعة الجديدة، 2004م، ص303 وانظر أيضا: الزعبي، عوض أحمد، **مرجع سابق**، ص690 .

[3] محمود، أحمد صدقي، **المرافعة كما يجب أن تكون**، الطبعة الأولى، القاهرة، دار النهضة العربية، ص128.

[4] المصري، د. محمد وليد هاشم، **شرح قانون أصول المحاكمات المدنية**، الطبعة الأولى، عمان، دار قنديل للنشر والتوزيع، 2003م، ص235 وانظر أيضا: الأخرس، **مرجع سابق**، ص390 وانظر أيضا: العبودي، **مرجع سابق**، ص337 .

[5] سعد، **القانون القضائي الخاص**، الجزء الأول، مرجع سابق، ص637 .

وهناك من يرى أن الدفع لا يقتصر على مجرد إنكار الدعوى أو اتخاذ موقف سلبي من قبل المدعى عليه فيها، فهو مكلف بإثبات دفعه أيضا، فالدفع يتضمن ادعاءا كالطلب، فالمدعى عليه بواسطة الدفع يقدم ادعاءً أيضا بهدف الحصول على ميزة يخولها القانون، إلا أن الاختلاف بين الطلب والدفع في أن الأخير لا يبدى إلا ردا على ادعاء سابق فهو يثور بمناسبة دعوى قائمة أمام المحكمة، فلو كان الدفع مجرد موقف سلبي من المدعى عليه فلا يكون ملزما بإثبات دفعه[1].

وإذا كان الغالب أن يكون مصدر الدفع هو القانون، إلا أنه وفي حالات معينة يكون مصدره اتفاق الخصوم بإجازة وترخيص من المشرع، كحالة اتفاق الخصوم مثلا على اختصاص محكمة معينة مكانيا غير المحكمة المختصة أصلا بنظر النزاع، لذلك فإن رفع الدعوى أمام المحكمة المختصة أصلا ( وهي غير المحكمة المتفق عليها بين الخصوم ) يولد دفعا بعدم الاختصاص المكاني (دفع شكلي)، وكذلك الحالة التي يتفق فيها الخصوم على اللجوء إلى طريق التحكيم لفض المنازعة بينهم سواء كان ذلك عن طريق وضع شرط في العقد أو مشارطة مستقلة بين الخصوم لاحقة للعقد، فإن لجوء الخصم إلى القضاء قبل التحكيم يولد دفعا لدى الخصم الآخر باللجوء للتحكيم ابتداءاً (دفعا بعدم القبول) [2].

وتعتبر الدفوع في قانون أصول المحاكمات حقوق إجرائية، بالتالي هي ليست واجب، فصاحبها يملك الحرية في أن يستعملها أو لا يستعملها[3]، حتى وإن كانت متعلقة بالنظام العام فهي بالنسبة لصاحبها تبقى حقا إجرائيا وليست واجباً، ولهذا فقد قرر المشرع في قوانين المرافعات المختلفة الحق للقاضي في أن يثير بعض الدفوع والتي تتعلق بالنظام العام من تلقاء نفسه وذلك دون طلب الخصوم، وذلك خروجا عن القاعدة العامة التي تقضي بحياد القاضي وعدم تحيزه وذلك كله حفاظا على النظام العام[4].

---

[1] النمر، **مرجع سابق**، ص41.

[2] تراجع المادة (7) من قانون التحكيم الفلسطيني رقم (3) لسنة 2000م وللمزيد انظر الزغول، **مرجع سابق**، ص44 .

[3] أبو بكر، محمد خليل، **دفوع عدم القبول ونظامها الإجرائي**، الطبعة الأولى، عمان، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، 1996م، ص16 .

[4] عمر، نبيل اسماعيل، **الوسيط في قانون المرافعات المدنية والتجارية**، الاسكندرية، دار الجامعة الجديدة للنشر، 2006م، ص337.

والدفع الذي تلتزم المحكمة بالرد عليه ومواجهته هو الدفع الذي يتم إبدائه بطريقة صريحة وواضحة، لذلك يجب أن يتم إبداء الدفوع بصورة صريحة وجازمة وقاطعة الدلالة على المراد منها، فلا يكفي أن يكون الدفع مستفادا ضمنا من مرافعة الخصم مثلاً، ولا يجوز أيضا أن يكون بصيغة ترك الأمر للمحكمة إن شاءت الأخذ به وغيرها من التعبيرات [1].

وتعمل الدفوع على تحديد محل الخصومة، فهي تحدد للقاضي المسائل التي يتعين عليه بحثها حتى يفصل في الدعوى، والقاعدة أنه يجب على القاضي الفصل في الدفوع المقدمة له ما دامت جوهرية ومتعلقة بموضوع الدعوى أو بإجراءاتها ومؤثرة فيها بحيث تؤدي إلى تغيير وجه الحكم فيها لو صحت [2].

ويشمل مصطلح الدفع جميع أنواع الدفوع التي يحق للخصم الاستعانة بها ليواجه فيها ادعاءات ومزاعم خصمه، سواء كانت هذه الدفوع مرتبطة بموضوع الدعوى (الدفوع الموضوعية) كأن ينازع في الحق المدعى به لتوافر سبب من أسباب الانقضاء مثلاً، أو أن ترتبط هذه الدفوع بإجراءات الخصومة وليس في موضوعها كاختصاص محكمة معينة بنظر دعوى ما أو الدفع ببطلان ورقة تبليغها( الدفوع الشكلية)، وأخيرا توجد تلك الدفوع التي تتعلق بأحقية الخصم في رفع دعوى معينة وذلك لعدم توافر شرط أو سبب يؤدي لعدم قبولها (الدفع بعدم القبول) وهذا ما سيكون موضوع حديث الباحثة على وجه الخصوص.

**الفرع الثاني: تعريف الدفع بعدم القبول**

إن فكرة الدفع بعدم القبول تتمثل في إعلان رغبة مقدمة من قبل المدعى عليه إلى المحكمة المختصة بنظر الدعوى يؤدي إلى امتناعها عن النظر في الدعوى المقامة لديها دون البحث في مدى أحقية المدعي في هذه الدعوى من عدمه من ناحية الموضوع، مما يؤدي إلى تحقيق مبدأ مهم وهو مبدأ الاقتصاد في الخصومة وتوفير الوقت والجهد والمصاريف [3].

---

[1] أحمد، **مرجع سابق**، ص9 .

[2] راغب، وجدي، **مبادئ الخصومة المدنية**، الطبعة الأولى، القاهرة، دار الفكر العربي، 1987م، ص210.

[3] الشواربي، د.عبد الحميد، **الدفوع المدنية الإجرائية والموضوعية**، الاسكندرية، منشأة المعارف، 2002، ص15 .

فدفوع عدم القبول هي الدفوع التي ينازع من خلالها في حق رافع الدعوى في رفعها أي في قبول الدعوى[1]، فهي توجه إلى حق الدعوى بالذات بحيث إذا صح الدفع قضي بعدم قبول الدعوى دون مساس بالموضوع [2].

" وتتعلق الدفوع بعدم القبول بحق الخصم في اللجوء إلى القضاء، أي بالوسيلة التي يحمي بها صاحب الحق حقه وهي الدعوى، فيما إذا كان من الجائز استعمالها أو أن شروط هذا الاستعمال متوافرة أم لا سواء كانت هذه الشروط من الشروط العامة التي يجب أن تتوافر حتى تسمع الدعوى أو من الشروط الخاصة بالدعوى والتي قدم بشأنها الدفع [3]".

وقد عرف البعض الدفع بعدم القبول بأنه " تكييف لطلب أو دفع أو طعن مقدم إلى المحكمة يترتب عليه امتناعها عن النظر فيه، ومن ثم فهو وسيلة دفاع يرمي إلى إنكار وجود الدعوى [4]".

وعرفه آخرون بأنه " الدفع الذي يوجه إلى الحق في الدعوى، أي إلى إمكانية الحصول على حكم في الموضوع، ويكون المقصود به إنكار سلطة الخصم في استعمال دعواه [5]" .

ويتعلق الدفع بعدم القبول بأحقية رفع دعوى ما وشروط قبولها[6]، فهو لا يرد على أصل الحق، ذلك أن الخصم ينازع في حق خصمه في أن يرفع دعواه، لذلك يسمى الدفع بعدم القبول أو عدم الجواز[7]، فالدفع بعدم قبول الدعوى يكون في الحالات التي يكون فيها إنكار الحق ظاهراً وواضحاً بحيث لا يحتاج الأمر عند الحكم فيه إلى الخوض في موضوع الدعوى[8].

---

[1] سيف، رمزي، **الوجيز في قانون المرافعات المدنية والتجارية المصري**، الطبعة الأولى، القاهرة، مكتبة النهضة المصرية، 1957م، ص319.

[2] غصوب، عبده جميل، **الوجيز في قانون الإجراءات المدنية**، الطبعة الأولى، بيروت، مجد المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، 2010م، ص236 .

[3] الزغول، **مرجع سابق**، ص104 وانظر أيضا: الشواربي، **مرجع سابق**، ص732 .

[4] هليل ، فرج علواني ، **الدفوع في المواد المدنية والتجارية**، الإسكندرية، دار المطبوعات الجامعية، 2008م، ص657 .

[5] الزعبي، عوض أحمد، **مرجع سابق**، ص689 .

[6] عرفة، **مرجع سابق**، ص80.

[7] أبو عيطة، السيد، **شرح قانون المرافعات المدنية والتجارية**، الطبعة الأولى، الإسكندرية، منشأة المعارف، 2015م، ص155.

[8] شهاب، خالد، **الدفوع في قانون المرافعات**، الطبعة الثانية، القاهرة، مركز الأبحاث والدراسات القانونية، 1998 م، ص7.

وعدم القبول هو تكييف قانوني بطلب يقدم إلى المحكمة هدفه الامتناع عن النظر في الادعاء الذي يتضمن الطلب، وحيث أنه تكييف قانوني فلا يدخل من ضمنه ما يسمى عدم القبول المادي، ومثال على ذلك امتناع موظف ما عن قبول طلب معين من الناحية المادية، وهو ما يحدث إذا قدم الطلب دون دفع الرسم المالي المقرر مثلاً، ويقتصر عدم القبول على الطلبات المقدمة من الخصم إلى المحكمة فقط، فلا يدخل فيه الأعمال القانونية الأخرى سواء كانت من أعمال القضاة أو الخصوم أو من يمثلونهم، فهو يقتصر على الطلبات القانونية فقط[1].

فلا ينعى المدعى عليه بالدفع بعدم القبول شكل الخصومة ولا حتى موضوعها، بل إن الهدف من اللجوء إليه هو إنكار سلطة وأحقية المدعي في اللجوء إلى دعواه[2]، فالمدعى عليه يرمي من هذا الدفع إلى الطعن في حق المدعي في استعمال الدعوى مدعيا أن دعواه غير مقبولة، فهو يوجه طعنه إلى وسيلة الحماية القضائية معترضا على استعمالها من قبل المدعي كونها تفتقد شرطا من الشروط اللازمة حتى يقبلها القضاء[3]، فيطلب الخصم بالدفع بعدم القبول من المحكمة عدم سماع دعوى خصمه كونه لا يملك الحق في رفعها[4].

فالهدف من هذا الدفع هو إظهار انعدام شروط سماع الدعوى كالمصلحة والصفة والحق في رفع الدعوى بصفته حق مستقل عن الحق المطالب به والذي ترفع الدعوى لتقريره، كانعدام الحق في الدعوى أو سقوطه لسبق الصلح فيها أو لانتهاء المدة المحددة وفق القانون لرفعها [5].

---

[1] د. والي، فتحي ود. زغلول، أحمد ماهر، **نظرية البطلان في قانون المرافعات**، الطبعة الثانية، القاهرة، دار الطباعة الحديثة، 1997م، ص11 وانظر أيضا: الشواربي، **مرجع سابق**، ص15 .

[2] صاوي، د. أحمد السيد، **الوجيز في شرح قانون المرافعات المدنية والتجارية**، الجزء الأول – نظرية الدعوى وقواعد الاختصاص، القاهرة، دار النهضة العربية، 1979م، ص121 .

[3] فودة، عبد الحكم، **الموسوعة الشاملة في الدفوع والدفاعات في ضوء الفقه وقضاء النقض**، الجزء الأول، الإسكندرية، المكتب الفني للموسوعات القانونية، 2004 م، ص10 .

[4] مسلم، أحمد، **أصول المرافعات التنظيم القضائي والإجراءات والأحكام في المواد المدنية والتجارية والشخصية**، مصر، دار الفكر العربي، 1979م، ص573 .

[5] أبو سعد، محمد شتا، **الموجز العلمي في الدفع بعدم القبول مدنيا وتجاريا وإداريا ودستوريا في ضوء القانون رقم 81 لسنة 1996**، الإسكندرية، دار الفكر الجامعي، 1997م، ص4.

يلاحظ من التعريفات السابقة أنه يقصد بالدفع بعدم القبول الدفع الذي يهدف إلى عدم قبول الدعوى المقدمة من المدعي وذلك بسبب عدم توافر الشروط اللازمة لقبولها، سواء كانت هذه الشروط عامة أو خاصة بالدعوى المرفوعة، هذا كله دون المساس بموضوع الدعوى، فهو يوجه إلى الوسيلة التي يحمي بها صاحب الحق حقه، مما يجعله يختلف عن الدفوع الشكلية والمتعلقة بإجراءات الدعوى والدفوع الموضوعية والمتعلقة بأصل الحق.

ولم يعرف المشرع الفلسطيني الدفع بعدم القبول في قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية الفلسطيني رقم (2) لسنة 2001م وترك أمر تعريفه للفقه، إلا أنه قد تعرض إليه صراحة في نص المادة (90) من القانون المذكور حيث جاء فيها:

" يجوز للمدعى عليه أن يدفع بعدم قبول الدعوى استناداً إلى أي سبب يؤدي لعدم قبولها قبل الدخول في الأساس، ويكون القرار الصادر برد الطلب أو قبوله قابلاً للاستئناف".[1]

وحسنا فعل المشرع الفلسطيني عندما لم يضع تعريف للدفع بعدم قبول الدعوى، ذلك أنه لا يمكن وضع تعريف جامع شامل جميع أنواعه، فهو لا يقع تحت حصر، ويبدو أن المشرع الفلسطيني قد سار على نفس خطى المشرع المصري في قانون المرافعات المصري[2] الذي ورغم نصه على الدفع بعدم القبول أيضا إلا أنه لم يضع تعريفا له، وكأنه رأى أنه لا يمكن وضع تعريف جامع مانع لهذا الدفع، واكتفى بالنص في المادة 115 منه على: " الدفع بعدم قبول الدعوى يجوز إبداؤه في أية حالة تكون عليها ..... [3]".

وعلى الرغم من أن المشرع المصري لم يضع تعريفا للدفع بعدم القبول إلا أن المذكرة التفسيرية لقانون المرافعات المصري السابق قد عرفت هذا الدفع بقولها:" وإذا كان من غير المستطاع وضع تعريف جامع مانع للدفع بعدم قبول الدعوى فإنه لا خلاف في أن المقصود به هو الدفع الذي يرمي

---

[1] قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية رقم (2) لسنة 2001 م والمنشور في العدد 38 من الوقائع الفلسطينية (السلطة الوطنية الفلسطينية) بتاريخ 2001/09/05 صفحة 5.

[2] قانون المرافعات المدنية والتجارية المصري رقم 13 لسنة 1968 م والمنشور في العدد 19 من الجريدة الرسمية والصادر بتاريخ 9/ 5/ 1968م وتعديلاته.

[3] للمزيد انظر الشرقاوي ووالي، **مرجع سابق**، ص125 .

إلى الطعن بعدم توافر الشروط اللازمة لسماع الدعوى (أو الطلب العارض أو الطعن في الحكم) وهي الصفة والمصلحة والحق في رفع الدعوى باعتباره حقا مستقلا عن ذات الحق الذي ترفع الدعوى بطلب تقريره، كانعدام الحق في الدعوى أو سقوطه لسبق الصلح فيها أو لانقضاء المدة المحددة في القانون لرفعها ونحو ذلك مما لا يختلط بالدفع المتعلق بشكل الإجراءات من جهة ولا بالدفع المتعلق بأصل الحق المتنازع فيه من جهة أخرى [1]".

كما عرفت الدائرة المدنية في محكمة النقض المصرية الدفع بعدم القبول تعريفا يتفق مع ما جاءت به المذكرة التفسيرية لقانون المرافعات المصري أعلاه، حيث جاء في حكم لها:

" قضاء هذه المحكمة قد جرى على أن المقصود بالدفع بعدم القبول الذي تعنيه المادة (115) من قانون المرافعات هو الدفع الذي يرمي إلى الطعن بعدم توافر الشروط اللازمة لسماع الدعوى وهو الصفة والمصلحة والحق في رفع الدعوى باعتباره حقاً مستقلاً عن ذات الحق الذي ترفع الدعوى بطلب تقريره كانعدام الحق في الدعوى أو سقوطه لسبق الصلح فيها أو لانقضاء المدة المحددة في القانون لرفعها ونحو ذلك مما لا يختلط بالدفوع المتعلقة بشكل الإجراءات والتي تبدى قبل التكلم في الموضوع من جهة ولا بالدفوع المتعلقة بأصل الحق المتنازع عليه من جهة أخرى[2]."

أما بالنسبة لقانون أصول المحاكمات المدنية الأردني[3] فكان موقفه مغايرا للتشريعات السابقة، فهو لم يعترف بكيان قانوني مستقل ومنفصل للدفوع بعدم القبول[4]، و لم يأت بذكر صريح لهذا النوع من

---

[1] المذكرة التفسيرية لقانون المرافعات المصري والمشار إليها في كتاب البكري، محمد عزمي، **الدفوع في قانون المرافعات**، المجلد الثالث، الطبعة السابعة، القاهرة، دار محمود،2017م، ص913.

[2] طعن رقم 635 لسنة 52 ق جلسة 30 /3 /1987م والمشار إليه في كتاب البكري، المجلد الثالث، **المرجع السابق**، ص915.

[3] قانون أصول المحاكمات المدنية الأردني رقم (24) لسنة 1988م المنشور على الصفحة 735 من عدد الجريدة الرسمية رقم (3545) الصادر بتاريخ 2/4/ 1988 م والمعدل بالقوانين ذوات الأرقام 14 لسنة 2001 و26 لسنة 2002 و20 لسنة 2005 و16 لسنة 2006.

[4] القضاة، مفلح عواد، **أصول المحاكمات المدنية والتنظيم القضائي**، الطبعة الثانية، عمان، دار الثقافة للنشر والتوزيع، 2013 م، ص301.

الدفوع ولم يحدد أحكامه، إلا أن القضاء الأردني قد استخدم مصطلح الدفع بعدم القبول عدة مرات وهذا ما يؤكد اعترافه بوجود الدفع بعدم القبول رغم عدم نص المشرع عليه صراحة[1].

وعلى الرغم من عدم نص قانون أصول المحاكمات الأردني على دفوع عدم القبول إلا أن قانون محكمة العدل العليا الأردنية وتحديدا في المادة التاسعة منه قد ذكر دفوع عدم القبول، حيث جاء في المادة المذكورة: " لا تقبل الدعوى المقدمة من أشخاص ليست لهم مصلحة شخصية "، فقد اعتبر قانون محكمة العدل العليا الدفع بانعدام المصلحة من قبيل دفوع عدم القبول[2].

**المطلب الثاني: مركز الدفع بعدم قبول الدعوى بين بقية الدفوع**

لقد أثارت طبيعة الدفع بعدم القبول ومركزه بين باقي الدفوع اختلافا واسعا بين الفقهاء نظرا لغموض فكرته وعدم وضوح النظام القانوني الذي يستند إليه، لذلك فإن طبيعة هذا الدفع ما زالت غير واضحة وما زالت محل خلاف بين الفقهاء، فالبعض ألحقه بالدفوع الشكلية، والبعض الآخر جعله من ضمن الدفوع الموضوعية، وهناك رأي آخر يعترف بالطبيعة الخاصة للدفع بعدم القبول والتي تختلف عن طبيعة كل من الدفوع الشكلية والدفوع الموضوعية وتجعله يقع في مركز وسط بينهما، فهو أحيانا يتفق مع الدفوع الشكلية في نواحي معينة يختلف فيها مع الدفوع الموضوعية، إلا أنه وفي أحيان أخرى يتفق مع الدفوع الموضوعية في نواحي أخرى يختلف فيها مع الدفوع الشكلية، وهذا ما ستتعرض له الباحثة في هذا المطلب.

---

[1] الزغول، **مرجع سابق**، ص105.

[2] قانون محكمة العدل العليا الأردنية رقم (12) لسنة 1992 للمزيد انظر حتاملة، سليم سلامة ، **شرط المصلحة في قضاء محكمة العدل العليا الأردنية** ، مجلة جامعة الأنبار للعلوم القانونية والسياسية، عمان، العدد الثامن، ص126، بحث منشور عبر الرابط التالي https://www.iasj.net/iasj?func=fulltext&aId=78117 .

**الفرع الأول: الدفع الموضوعي والدفع بعدم القبول**

يقصد بالدفوع الموضوعية " الوسائل الفنية التي حددها القانون ومنحها للمدعى عليه لدفع الادعاء الموضوعي المقدم ضده من المدعي أو من يقوم مقامه، فهي حق إجرائي ذو محتوى موضوعي، وهي ترتبط بأصل الحق وجودا وعدما[1]".

وقد عرف آخرون الدفع الموضوعي بأنه: " الإجراء الذي يقوم به المدعى عليه لتأكيد واقعة مانعة أو منهية يتناول بها موضوع الخصومة هادفا إلى رفض الدعوى، حيث يتغلغل المدعى عليه إلى وقائع الدعوى ويدخل إليها وقائع متغيرة يتعين عليه إثباتها عملا بمبدأ البينة على من ادعى ومن يخالف الظاهر عليه الإثبات [2]".

فالدفوع الموضوعية هي وسائل الدفاع المتعلقة بأصل الحق والتي توجه إلى ذات الحق المدعى به كإنكار وجوده مثلاً، أو الدفع بانقضائه[3]، فالغاية من إثارة هذا النوع من الدفوع هي المنازعة في الحق موضوع الدعوى، سواء من حيث نشأته أو مقداره أو بقائه[4].

وتوجه الدفوع الموضوعية إلى أصل الحق الموضوعي أي إلى موضوع الدعوى، وهي تشمل كل دفع يترتب على قبوله رفض طلب المدعي موضوعا كلياً أو جزئياً، وحيث أن هذه الدفوع توجه إلى أصل الحق الموضوعي موضوع الدعوى لذلك فإنه لا حصر لها بل هي متروكة للخصوم أو من يمثلونهم للبحث عن أفضل الوسائل التي تمنع الحكم عليهم كلاً أو جزءاً، فهي تختلف من دعوى إلى أخرى وفق ما يراه المدعى عليه محققا لمصلحته في الدعوى[5]، ولأنها لا تقع تحت حصر فلم

---

[1] عمر، **الوسيط في قانون المرافعات المدنية والتجارية، مرجع سابق**، ص341.

[2] فودة، **الموسوعة الشاملة في الدفوع والدفاعات في ضوء الفقه وقضاء النقض**، مرجع سابق، ص482 .

[3] هليل، **مرجع سابق**، ص805 .

[4] الزعبي، عوض أحمد، **مرجع سابق**، ص692 .

[5] الأخرس، **مرجع سابق**، ص391 وانظر أيضا: العبودي، **مرجع سابق**، ص339. وانظر أيضا: واصل، **مرجع سابق**، ص496 وانظر أيضا: البكري، المجلد الأول، **مرجع سابق**، ص15 .

تنظمها قوانين المرافعات المختلفة ولم تضع تنظيما موضوعيا لها[1]، وإن فكرة الحق هي ما تجمعها[2].

وحيث أن الدفوع الموضوعية متعلقة بالحق موضوع دعوى المدعي فإن القوانين المقررة للحقوق الموضوعية هي التي ننظمها كالقانون المدني والتجاري والبحري والجوي والزراعي وغير ذلك من القوانين المتعلقة بأصل الحق"[3].

فيعتبر الدفع دفعاً موضوعياً إذا كان الخصم قد وجهه نحو الحق موضوع الدعوى لينازع فيه، وكان الهدف منه المطالبة برفض الدعوى سواء بشكل كلي أو جزئي، فهو بتوجيهه ينكر هذا الحق أصلا كأن يدفع مثلا ببطلان العقد أو صوريته مثلا أو أن يدفع بانقضاء الحق بالوفاء أو بالإبراء مثلا وغيرها من الأسباب[4].

وللدفع الموضوعي صور ثلاث يستخدم إحداها المدعى عليه كي يحصل على حكم برفض الدعوى المقامة من المدعي وهي:[5]

1- أن ينكر المدعى عليه الواقعة أو الوقائع المنشئة والتي يتمسك بها المدعي كأساس لدعواه أو لطلبه كأن ينكر المدين المدعى عليه العقد مصدر الالتزام، أو أن يسلم بالواقعة إلا أنه ينكر الآثار القانونية المترتبة على هذه الوقائع، كأن يسلم بالعقد إلا أنه ينكر ترتيبه للتعويض الاتفاقي مثلاً .

2- الدفع بواقعة معاصرة ومقابلة من شأنها أن تمنع آثار الواقعة الأولى -سواء كلها أو بعضها- والتي يتمسك بها المدعي في دعواه كما لو تمسك المدعى عليه بصورية العقد أو بإبطاله للغلط مثلا أو أن يتمسك بانقضاء الالتزام بالمقاصة.

---

[1] عمر، **الوسيط في قانون المرافعات المدنية والتجارية، مرجع سابق**، ص341.

[2] عرفة، **مرجع سابق**، ص75.

[3] أبو الوفا، **نظرية الدفوع في قانون المرافعات، مرجع سابق**، ص15 وانظر أيضا: الأخرس، **مرجع سابق**، ص391 .

[4] الزغول، **مرجع سابق**، ص56 وانظر أيضا: أبو الوفا ، **نظرية الدفوع في قانون المرافعات، مرجع سابق**، ص 15.

[5] البكري، المجلد الأول، **مرجع سابق**، ص12 وانظر أيضا: هليل، **مرجع سابق**، ص56 وص57 وانظر أيضا: الشواربي ، **مرجع سابق**، ص784 وانظر أيضا: فودة، **الموسوعة الشاملة في الدفوع والدفاعات في ضوء الفقه وقضاء النقض، مرجع سابق**، ص483 .

3- التمسك بواقعة تنهي آثار الواقعة الأولى المنشئة للالتزام، كما لو تمسك المدعي عليه بوفاء الثمن المدعى به عليه أو سقوط حق المدعي.

والأصل في الدفوع الموضوعية أنها غير متعلقة بالنظام العام بل إنها تتعلق بالمصالح الخاصة للخصوم، بالتالي يحق لصاحبها التمسك فيها أو أن يتنازل عن حقه في التمسك فيها، وهذا التصرف تصرف إجرائي بالإرادة المنفردة للمدعى عليه بالتالي لا تتوقف آثاره على قبول المدعي، أما إذا تعلقت بالنظام العام فإنه يحق للمحكمة التمسك فيها وإثارتها من تلقاء نفسها بالإضافة إلى حق الخصوم في التمسك فيها[1].

ويجوز التمسك في الدفوع الموضوعية في أي حالة كانت عليها الدعوى حتى قبل إقفال باب المرافعة، ولا يشترط اتباع ترتيب معين في إبدائها، كما أن إبداء دفع موضوعي معين لا يعني أن الخصم قد تنازل عنها أو أسقط باقي دفوعه الموضوعية [2]، فيمكن للمدعى عليه التمسك فيها تباعا وفقا لمصلحته وتأخير أحد الدفوع الموضوعية لا يؤدي إلى سقوط الحق فيه[3].

وحيث أن إبداء الدفع الموضوعي فيه تعرض لموضوع الدعوى، فإن الحكم فيه بقبوله هو حكم في موضوع الدعوى، وبالتالي فإن ما يترتب عليه هو إنهاء النزاع على أصل الحق المدعى به، مما يرتب جميع الآثار القانونية المترتبة على الفصل في الموضوع منها مثلا تقرير الحقوق وتقويتها واكتساب الحكم لحجية الشيء المقضي[4]، فلا يحق للخصم بعد ذلك أن يرفع الدعوى نفسها مرة ثانية أمام القضاء[5] .

---

[1] عمر، **الوسيط في قانون المرافعات المدنية والتجارية، مرجع سابق**، ص342.

[2] الشواربي، **مرجع سابق**، ص 786 وانظر أيضا: أبو الوفا، **نظرية الدفوع في قانون المرافعات، مرجع سابق**، ص 16 وانظر أيضا: فودة، **الموسوعة الشاملة في الدفوع والدفاعات في ضوء الفقه وقضاء النقض، مرجع سابق**، ص10 . وانظر أيضا: عمر، **الوسيط في قانون المرافعات المدنية والتجارية، مرجع سابق**، ص342 وانظر أيضا: صاوي، **مرجع سابق**، ص122 .

[3] غرايبة، **مرجع سابق**، ص125 وص126 وانظر أيضا: الشرقاوي ووالي، **مرجع سابق**، ص124 .

[4] العبودي، **مرجع سابق**، ص341 وانظر أيضا: عمر، **الوسيط في قانون المرافعات المدنية والتجارية، مرجع سابق**، ص343 .

[5] الأنطاكي، رزق الله، **أصول المحاكمات في المواد المدنية والتجارية**، الطبعة الثامنة، دمشق، منشورات جامعة دمشق، 1997م، ص197 وانظر أيضا: الشرقاوي ووالي، **مرجع سابق**، ص123 .

وإذا تم استئناف الحكم الصادر عن محكمة الدرجة الأولى لدى محكمة الاستئناف المختصة وقامت الأخيرة بإلغاء الحكم الصادر عن محكمة الدرجة الأولى، فإن عليها والحالة هذه نظر الدعوى وأن تستكمل أوجه التحقيق التي لم تقم بها محكمة الدرجة الأولى والحكم في موضوعها لا أن تعيد أوراق القضية إلى محكمة الدرجة الأولى للفصل فيها من جديد لأنها تكون قد استنفذت ولايتها في الحكم في الدعوى[1].

وتسري هذه القاعدة حتى لو كانت محكمة الاستئناف قد ألغت الحكم المستأنف بسبب عيب شكلي أو بسبب عيب يتعلق بالقبول، فمحكمة الدرجة الأولى عندما أصدرت الحكم في الدفع الموضوعي أصدرته بعد أن بحثت الحق في موضوع الدعوى الأمر الذي يجعل محكمة الدرجة الأولى تستنفذ ولايتها [2].

وهناك من يرى أن الدفع بعدم القبول ينزل بمنزلة الدفوع الموضوعية وأقرب لها[3]، ودليلهم على ذلك أن الدفع بعدم القبول يجوز إبدائه في أي حالة كانت عليها الدعوى ولو كان ذلك لأول مرة أمام محكمة الاستئناف[4]، ويستشهد هذا الرأي بنص المادة ( 115) من قانون المرافعات المصري[5] والتي والتي سمحت بإبداء الدفع بعدم القبول في أي حالة تكون عليها الدعوى[6].

---

[1] أبو الوفا، **نظرية الدفوع في قانون المرافعات، مرجع سابق،** ص 16 وانظر أيضا: الشواربي، **مرجع سابق،** ص786. وانظر أيضا: الأخرس، **مرجع سابق،** ص392.

[2] عمر وخليل وهندي، **مرجع سابق،** ص311.

[3] إبراهيم، محمد محمود، **الوجيز في المرافعات مركزا على قضاء النقض،** القاهرة، دار الفكر العربي، 1981م، ص753.

[4] وهذا وفقا للمشرع المصري أما المشرع الفلسطيني فقد اشترط إثارة دفوع عدم القبول غير المتعلقة بالنظام العام قبل الدخول في أساس الدعوى وستتعرض الباحثة إلى هذه الجزئية بالتفصيل في الفصل الثاني من هذه الدراسة.

[5] حيث جاء في المادة المذكورة: " الدفع بعدم قبول الدعوى يجوز إبداؤه فى أية حالة تكون عليها وإذا رأت المحكمة أن الدفع الدفع بعدم قبول الدعوى لانتفاء صفة المدعى عليه قائم على أساس أجلت الدعوى لإعلان ذي الصفة و يجوز لها في هذه الحالة الحكم على المدعى بغرامة لا تجاوز مائتي جنيهاً إذا تعلق الأمر بإحدى الوزارات، أو الهيئات العامة، أو مصلحة من المصالح، أو بشخص اعتباري عام، أو خاص فيكفى في تحديد الصفة أن يذكر اسم الجهة المدعى عليها في صحيفة الدعوى.

[6] فودة، د. عبد الحكم، **الموسوعة الشاملة في الدفوع والدفاعات في ضوء الفقه وقضاء النقض، مرجع سابق،** ص10وانظر ص10وانظر أيضا: صاوي، **مرجع سابق،** ص144 .

فوفقا للرأي السابق تقترب دفوع عدم القبول من الدفوع الموضوعية وذلك لأنها يمكن إبدائها في أي حالة تكون عليها الدعوى بالإضافة إلى أن التمسك بها لا يخضع لترتيب معين[1].

إلا أنه يعيب على هذا الرأي من الناحية النظرية أنه غير منطقي، ويخلط بين الدفوع الموضوعية ودفوع عدم القبول ويؤدي إلى نتائج غير مقبولة منها أنه يؤدي إلى إلغاء الدفوع بعدم القبول وإلحاقها بالدفوع الموضوعية وإفساد مفهومها، وعدم الاعتراف بكيان مستقل لها[2].

**الفرع الثاني: الدفع الشكلي والدفع بعدم القبول**

يطلق تعبير الدفع الشكلي بالمعنى الخاص له في قوانين المرافعات على الوسائل التي يستعين بها الخصم والتي يطعن من خلالها بصحة إجراءات الخصومة دون التعرض إلى أصل الحق الذي يدعيه خصمه فيتفادى بها مؤقتا الحكم عليه بمطلوب خصمه كأن يجيب على الدعوى بأنه رفعت إلى غير محكمة مختصة أو رفعت بإجراء باطل[3]، وينظم هذه الدفوع قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية[4].

ويعتبر الدفع شكلي حسب قوانين المرافعات إذا كان الهدف منه تعطيل نظر موضوع الدعوى لسبب يتعلق باختصاص المحكمة أو بإجراءات الخصومة دون التصدي لذات الحق المدعى به[5]، فهي لا لا تتعرض للحق موضوع الدعوى وإنما تتعرض لصحة الإجراءات التي رفعت بها لائحة الدعوى[6].

---

[1] عيد، ادوار، **أصول المحاكمات في القضايا المدنية والتجارية**، الجزء الأول، بيروت، مطبعة النجوى، 1964م، ص169 وص170 وانظر أيضا: محيسن، **مرجع سابق**، ص54 .

[2] أبو بكر، **مرجع سابق**، ص74.

[3] أبو الوفا، **نظرية الدفوع في قانون المرافعات، مرجع سابق**، ص11.

[4] هرجة، مصطفى مجدي، **دفوع وأحكام في قانون المرافعات المدنية والتجارية**، المنصورة، دار الفكر والقانون، 2008م، ص243 .

[5] هليل، **مرجع سابق**، ص9 وانظر أيضا: القضاة، **مرجع سابق**، ص301 .

[6] العبودي، **مرجع سابق**، ص278.

فالدفوع الشكلية هي الوسائل القانونية التي يلجأ إليها الخصوم قبل التعرض لموضوع الدعوى وذلك بهدف منع صدور حكم فيها بصفة مؤقتة أو دائمة وذلك قبل البت في صحة تلك المسألة [1].

ولقد تناول قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية الفلسطينية الدفوع الشكلية في المادتين (91 و92) منه حيث جاء في المادة (91): "1- الدفع بعدم الاختصاص المحلي، والدفع بإحالة الدعوى إلى محكمة أخرى لقيام ذات النزاع أمامها أو للارتباط، والدفع بالبطلان، وسائر الدفوع المتعلقة بالإجراءات يجب إبداؤها معاً قبل إبداء أي طلب أو دفاع في الدعوى أو دفع بعدم القبول وإلا سقط الحق فيما لم يبد منها. 2- تحكم المحكمة في هذه الدفوع على استقلال ما لم تأمر بضمها إلى الموضوع وعليها أن تبين ما حكمت به في كل منها على حدة ".

نلاحظ أن المشرع الفلسطيني قد عالج في المادة السابقة الدفوع الشكلية الغير متعلقة بالنظام العام، والتي يجب إثارتها معا قبل إثارة أي دفع آخر سواء موضوعي أو دفع بعدم القبول، وإن قيام الخصم بإثارة دفع شكلي من الدفوع التي تناولتها المادة السابقة معناه سقوط حقه في إثارة باقي الدفوع الشكلية الأخرى المنصوص عليها أعلاه.

ويبدو أن سبب إقرار المشرع لهذه القاعدة وتبنيه لها يكمن في الحفاظ على حسن سير القضاء، فليس من العدل أن يسمح للخصم بإبداء هذا النوع من الدفوع الشكلية بعد أن تكون المحكمة قد قطعت شوطا كبيرا في الدعوى وأوشكت على الحكم فيها، كما أنه لا يصح أن يبقى الخصم مهددا طيلة مراحل الدعوى بما قد يثيره خصمه من دفوع شكلية، الأمر الذي يؤدي إلى عرقلة سير الإجراءات، مما يسمح للخصم سيء النية بالمماطلة في الدعوى بدون جدوى[2]، فالمنطق يقتضي أن يبدأ الخصم بالشكل ثم يتوجه إلى الموضوع، إذ أن التوجه إلى الموضوع معناه القبول الشكلي للدعوى، فأي دفاع للمدعى عليه يتعلق بالموضوع يعتبر مسقطا للدفوع الشكلية، على اعتبار أن ذلك يعني النزول الضمني عن الدفع الشكلي، إذ أن الخصم عند كلامه في الموضوع يعتبر متنازل

---

[1] شوشاري، صلاح الدين محمد، **شرح قانون أصول المحاكمات المدنية**، الطبعة الأولى، عمان، دار الثقافة للنشر والتوزيع، 2010م، ص127 وانظر أيضا: واصل، **مرجع سابق**، ص482.

[2] صاوي، **مرجع سابق**، ص121 وانظر أيضا: هليل، **مرجع سابق**، ص 11 وانظر أيضا: شوشاري، **مرجع سابق**، ص128 وانظر أيضا: عمر، **الوسيط في قانون المرافعات المدنية والتجارية**، **مرجع سابق**، ص 346 .

ضمنيا عن الدفع الشكلي[1]، مع الأخذ بعين الاعتبار أن جميع الدفوع السابقة تتساوى ولا يلزم اتباع ترتيب معين في إثارتها[2].

وعلى الرغم من القاعدة العامة والتي تقضي بالتمسك بالدفوع الشكلية قبل الدخول في الموضوع وقبل إبداء أي دفع من دفوع عدم القبول، إلا أنه يوجد استثناءات على هذه القاعدة وهي:

1- الدفوع الشكلية المتعلقة بالنظام العام[3]والتي تناولتها المادة (92) من قانون أصول المحاكمات المدنية الفلسطيني، حيث جاء في المادة المذكورة: "الدفع بعدم الاختصاص لانتفاء ولايتها أو بسبب نوع الدعوى أو قيمتها أو لسبق الفصل فيها تحكم به المحكمة من تلقاء نفسها، ويجوز الدفع به في أية حالة كانت عليها الدعوى ".

وهذا النوع من الدفوع الشكلية قد شرع لتنظيم الجهاز القضائي ولحسن سير العدالة، بالتالي ونظرا لأهميته يجوز إثارته من قبل الخصوم في أي مرحلة من مراحل الدعوى حتى ولو لأول مرة أمام محكمتي الاستئناف والنقض، كما يجوز أيضا للمحكمة أن تثيره من تلقاء نفسها دون أن يتوقف ذلك على طلب الخصوم[4].

2- الدفوع الشكلية التي نشأ الحق فيها بعد الكلام في الموضوع والسير في الدعوى، فلا مبرر لسقوط مثل هذا النوع من الدفوع كونها لم تكن موجودة قبل الكلام في الموضوع، وهذا الأمر

---

[1] الشواربي، **مرجع سابق**، ص 11. وانظر أيضا: فودة، **الموسوعة الشاملة في الدفوع والدفاعات في ضوء الفقه وقضاء النقض، مرجع سابق**، ص8 .

[2] التكروري، الجزء الأول، **مرجع سابق**، ص497 وانظر أيضا: واصل، **مرجع سابق**، ص491 وانظر أيضا: عمر، **الوسيط في قانون المرافعات المدنية والتجارية، مرجع سابق**، ص 347.

[3] فودة، **الموسوعة الشاملة في الدفوع والدفاعات، مرجع سابق**، ص15 وانظر أيضا: عمر، **الوسيط في قانون المرافعات المدنية والتجارية، مرجع سابق**، ص348 وانظر أيضا: الشواربي، **مرجع سابق**، ص13 وانظر أيضا: هليل، **مرجع سابق**، ص15 .

[4] واصل، **مرجع سابق**، ص482 وانظر أيضا: فودة، **الموسوعة الشاملة في الدفوع والدفاعات، مرجع سابق**، ص15 وانظر أيضا: عمر، **الوسيط في قانون المرافعات المدنية والتجارية، مرجع سابق**، ص348 وانظر أيضا: صاوي، **مرجع سابق**، ص122.

منطقي، إذا أن ذلك الحق في إثارة الدفع الشكلي لم ينشأ بعد، ولا يعقل أن يسقط حق قبل نشأته[1]، لهذا فإن للمدعى عليه الذي تكلم في الموضوع أن يدفع باعتبار الدعوى كأن لم تكن وذلك بسبب قيام المدعي بتجديدها بعد مرور ستين يوما على شطبها [2].

3- الإجراءات المنعدمة حيث يجوز التمسك بانعدامها في أي حالة كانت عليها الدعوى، حيث أن المعدوم لا يعطى ولا تلحقه حصانة، فهو واقعة مادية يجوز إثارتها حتى بعد تناول الموضوع ولا ترتب أي أثر[3].

4- جواز التمسك بعدم صلاحية القاضي في نظر الدعوى في أي حالة كانت عليها الدعوى إلى حين إقفال باب المرافعة[4].

ولا بد من الإشارة إلى أنه إذا صدر حكما عن محكمة الدرجة الأولى بقبول الدفع الشكلي وتم استئنافه من قبل الخصم لدى محكمة الاستئناف المختصة، فإن دور محكمة الاستئناف يقتصر فقط على النظر في الدفع دون التعرض للموضوع لأنه لم يفصل فيه بعد، فإذا قبلت المحكمة الاستئناف المقدم من الخصم توجب عليها أن تعيد الأوراق إلى محكمة الدرجة الأولى لتفصل فيه من جديد كونها لم تستنفذ ولايتها بعد وذلك لضمان تحقيق مبدأ التقاضي على درجتين[5].

---

[1] هليل، **مرجع سابق**، ص 15. وانظر أيضا: صاوي، **مرجع سابق**، ص122. وانظر أيضا: فودة، **الموسوعة الشاملة في الدفوع والدفاعات، مرجع سابق**، ص15 وانظر أيضا: عمر، **الوسيط في قانون المرافعات المدنية والتجارية، مرجع سابق**، ص348 .

[2] تراجع المادة (88) من قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية الفلسطيني.

[3] هليل، **مرجع سابق**، ص 16 وانظر أيضا: فودة، **الموسوعة الشاملة في الدفوع والدفاعات، مرجع سابق**، ص15 وانظر أيضا: عمر، **الوسيط في قانون المرافعات المدنية والتجارية، مرجع سابق**، ص348 .

[4] تراجع المواد (142و147) من قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية الفلسطيني رقم(2) لسنة 2001 وللمزيد انظر أبو الوفا، أحمد، **التعليق على نصوص قانون المرافعات**، الجزء الأول، الطبعة الثانية، الإسكندرية، منشأة المعارف، 1975م، ص367 .

[5] حسن، علي عوض، **الدفع بعدم القبول في المواد المدنية والجنائية**، الاسكندرية، دار المطبوعات الجامعية، 1996م، ص15 وانظر أيضا: صاوي، **مرجع سابق**، ص123 وانظر أيضا: عرفة، **مرجع سابق**، ص76 .

وتناول قانون المرافعات المصري الدفوع الشكلية في المواد ( 108 و109) منه على التوالي، حيث تعرض في المادة ( 108) إلى الدفوع الشكلية غير المتعلقة بالنظام العام، في حين تناول في المادة (109) الدفوع الشكلية المتعلقة بالنظام العام[1].

كما نص قانون أصول المحاكمات المدنية الأردني أيضا على الدفوع الشكلية في المواد (110 و111) منه، حيث تناول أيضا الدفوع الشكلية الغير متعلقة بالنظام العام في المادة (110)، في حين تعرض للدفوع الشكلية المتعلقة بالنظام العام في المادة (111).[2]

وهناك من يرى أن الدفع بعدم القبول يتفق مع الدفوع الشكلية والتي تتعلق بالنظام العام في أن كليهما يجب على المحكمة أن تثيرهما من تلقاء نفسها ذلك أن الغالب في الدفوع بعدم القبول اتصالها بالنظام العام ذلك لأنها ترتبط بشروط قبول الدعوى ابتداءً لذلك يجب على المحكمة أن تثيرها من تلقاء نفسها أيضاً[3].

---

[1] حيث جاء في المادة (108): "الدفع بعدم الاختصاص المحلي والدفع بإحالة الدعوى إلى محكمة أخرى لقيام ذات النزاع أمامها أو للارتباط والدفع بالبطلان وسائر الدفوع المتعلقة بالإجراءات يجب إبداؤها معا قبل إبداء أى طلب أو دفاع في الدعوى أو دفع بعدم القبول وإلا سقط الحق فيما لم يبد منها. ويسقط حق الطاعن في هذه الدفوع إذا لم يبدها في صحيفة الطعن ويحكم فى هذه الدفوع على استقلال ما لم تأمر المحكمة بضمها إلى الموضوع وعندئذ تبين المحكمة ما حكمت به في كل منها على حدة و يجب إبداء جميع الوجوه التي يبنى عليها الدفع المتعلق بالإجراءات معاً وإلا سقط الحق فيما لم يبد منها".، أما المادة (109) فقد جاء فيها "الدفع بعدم اختصاص المحكمة لإنتفاء ولايتها أو بسبب نوع الدعوى أو قيمتها تحكم به المحكمة من تلقاء نفسها و يجوز الدفع به فى أية حالة كانت عليها الدعوى " .

[2]فقد نصت المادة (110) على " الدفع بالبطلان غير المتصل بالنظام العام وسائر الدفوع المتعلقة بالإجراءات غير المتصلة بالنظام العام، والدفع بعدم الاختصاص المكاني أو بوجود شرط التحكيم يجب إبداؤها معاً قبل إبداء أي دفع إجرائي آخر أو طلب الدفاع في الدعوى وإلا سقط الحق فيها. كما يسقط حق الطعن في هذه الدفوع إذا لم يبدها في لائحة الطعن ، ويجب إبداء جميع الوجوه التي بني عليها الدفع المتعلق بالإجراءات غير المتصلة بالنظام العام معاً وإلا سقط الحق في ما لم يبد منها .

2 – بطلان تبليغ لائحة الدعوى ومذكرات الدعوى الناشئة عن عيب في التبليغ أو إجراءاته أو في تاريخ الجلسة يزول بحضور المطلوب تبليغه في الجلسة المحددة أو بإيداع مذكرة بدفاعه . أما المادة (111) فقد جاء فيها :" 1 – الدفع بعدم اختصاص المحكمة لانتفاء ولايتها أو بسبب نوع الدعوى أو قيمتها أو بعدم جواز نظرها لسبق الفصل فيها أو بأي دفع آخر متصل بالنظام العام يجوز إثارته في أي حالة تكون عليها الدعوى وتحكم به المحكمة من تلقاء ذاتها.2 – إذا أثير دفع متصل بالنظام العام أو بأي دفع شكلي آخر يترتب على ثبوته إصدار الحكم برد الدعوى، يجب على المحكمة أن تفصل فيه فوراً من تلقاء نفسها أو بناءً على طلب أحد الخصوم ويكون القرار الصادر برد هذا الدفع قابلاً للاستئناف في موضوع الدعوى.

[3] العبودي ، **مرجع سابق**، ص285 وانظر أيضا: واصل، **مرجع سابق**، ص492 .

كما يتفق الدفع بعدم القبول مع الدفوع الشكلية في كون كليهما لا يوجه إلى موضوع الدعوى بل إن الهدف من توجيههما هو منع المحكمة من نظر الدعوى الأمر الذي يختلف مع الدفوع الموضوعية والتي توجه إلى موضوع الدعوى بقصد منع المحكمة في أن تحكم لصالح المدعي[1].

كما أن الحكم الصادر في الدفع الشكلي لا يكتسب حجية الأمر المقضي به كونه لا يمس أصل الحق وبالتالي فإن إثارة هذا الدفع لا يمنع من إقامة الدعوى مرة ثانية والمطالبة بذات الحق الأول في الدعوى الأولى طالما تم تصحيح الإجراء، وهكذا يتفق الدفع بعدم القبول مع الدفوع الشكلية بالنسبة للحكم الصادر فيها، فيجوز إقامتها مرة أخرى وتجديدها طالما لم يسبق الفصل في موضوعها وكان المانع من سماعها مؤقتاً، أما إذا كان أساس الدفع بعدم القبول مانعا دائما فإن الحكم الصادر بعدم القبول استنادا إلى سقوط الحق في رفع الدعوى يمنع أن تجدد لمرة ثانية [2].

وعلى الرغم من تشابه بعض الأحكام بين الدفوع الشكلية والدفع بعدم القبول، إلا أن هذا الرأي قد غفل عما للدفع بعدم القبول من صفة متميزة تجعله متعلق بذات الدعوى أي بشروط قبولها والتي تتميز عن إجراءات الدعوى والتي تنظمها الدفوع الشكلية [3].

بعد أن تحدثت الباحثة عن علاقة الدفع الموضوعي والدفع الشكلي بالدفع بعدم القبول ، ستنتقل إلى الاتجاه الثالث والذي يعترف بالطبيعة الخاصة والمستقلة للدفع بعدم القبول، إلا أنه وقبل الحديث عن الطبيعة الخاصة للدفع بعدم القبول لا بد من الإشارة أن هنالك بعض الفقهاء من قاموا بتقسيم الدفع بعدم القبول إلى قسمين، دفوع تتصل بالموضوع والتي يطلق عليها (دفوع عدم القبول الموضوعي) وبالتالي تطبق عليها أحكام الدفوع الموضوعية كالدفع بانعدام الصفة أو المصلحة،

---

[1] البكري، المجلد الثالث، **مرجع سابق**، ص924

[2] العبودي، **مرجع سابق**، ص286وانظر أيضا: التكروري، الجزء الأول، **مرجع سابق**، ص 498 و ص521 وانظر أيضا: فودة، **الموسوعة الشاملة في الدفوع والدفاعات في ضوء الفقه وقضاء النقض، مرجع سابق**، ص9 . ستتناول الباحثة هذه الجزئية بالتفصيل في الفصل الثاني من هذه الدراسة.

[3] القدومي، **مرجع سابق**، ص33.

ودفوع متصلة بالإجراءات (دفوع عدم القبول الإجرائي) ويكون مبناها السقوط كالدفع بعدم قبول الاستئناف لرفعه بعد الميعاد مثلا والتي تطبق عليها أحكام الدفوع الشكلية [1].

وهذا الرأي بنظر الباحثة لا يخرج عن الرأيين السابقين بحيث إنه سيطبق أحكام الدفوع الشكلية على دفوع عدم القبول المتعلقة بالإجراءات في حين أنه سيطبق أحكام الدفوع الموضوعية على دفوع عدم القبول المتعلقة بالموضوع .

**الفرع الثالث: الطبيعة الخاصة للدفع بعدم القبول**

كما أسلف فإنه يطلق اصطلاح الدفع بعدم القبول على وسائل الدفاع التي ينكر بها الخصم أحقية خصمه في استعمال الدعوى، فهو يوجه إلى الوسيلة التي يحمي بها صاحب الحق حقه كالزعم بانتفاء الصفة لدى خصمه أو صدور حكم سابق في موضوع الدعوى [2].

وهناك من يرى بأن للدفع بعدم القبول طبيعة خاصة تختلف عن باقي الدفوع سواء الموضوعية منها أو الشكلية [3].

فالدفع بعدم القبول والمشار إليه في المادة (115) من قانون المرافعات المصري وفي المادة (90) من قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية الفلسطيني هو دفع مستقل عن الدفوع الشكلية كونه لا يوجه إلى إجراءات الخصومة مثلها، كما أنه مستقل عن الدفوع الموضوعية والتي توجه إلى الحق المدعى به كونه لا ينازع في الحق الموضوعي المدعى به، فهو دفع يوجه إلى أحقية الخصم في رفع دعوى معينة والهدف منه منع المحكمة من النظر فيها كالدفع بعدم قبول الدعوى لانتفاء المصلحة فيها أو رفعها من غير ذي صفة مثلا وغيرها من الدفوع والتي يكون الهدف منها عدم

---

[1] الطويل، هشام، **الدفع بعدم قبول الدعوى في قانون المرافعات والقوانين الخاصة**، الإسكندرية، منشأة المعارف، 1988م، ص7 وانظر أيضا: حسن، **الدفع بعدم القبول في المواد المدنية والجنائية**، مرجع سابق، ص20 .

[2] أبو الوفا، **نظرية الدفوع في قانون المرافعات، مرجع سابق**، ص12.

[3] الأنطاكي، **مرجع سابق**، ص198.

قبول دعوى المدعي، مما يجعله يقع في مركز متوسط بين الدفوع الموضوعية والشكلية [1].

فأصحاب الرأي أعلاه يرون أن فكرة الدفع بعدم القبول هي فكرة مستقلة عن كلا النوعين من الدفوع، ويستندون في رأيهم إلى أن الدفع الشكلي هو الدفع الذي يوجه إلى الخصومة القضائية وإجراءاتها وذلك من غير التعرض لذات الحق بهدف تفادي الحكم في الموضوع بصورة مؤقتة مثل الدفع ببطلان التبليغ، أما الدفع الموضوعي فهو الذي يوجه إلى موضوع الدعوى وذلك بهدف رفض طلبات المدعي سواء بصورة كلية أو جزئية، أما الدفع بعدم القبول فهو دفع يوجه إلى الحماية القضائية والتي تعتبر الهدف النهائي الذي يرمي إليه الطلب القضائي، فهو يوجه إلى المصلحة في هذه الحماية منكرا أحقية المدعي فيها، مما يجعله يختلف عن الدفعين السابقين[2].

وعلى الرغم من أن القاضي عند تعرضه للدفع بعدم القبول قد يمس الموضوع بهدف البحث في مدى توافر شروط القبول، إلا أن ذلك يتم بصورة عرضية بهدف الفصل في الدفع لا بهدف الفصل في الموضوع مما يجعله يختلف عن الدفوع الموضوعية، كما أنه وعلى الرغم من أن النتيجة التي يسعى إليها الدفع بعدم قبول الدعوى هي نفس النتيجة التي يسعى إليها الدفع الشكلي وهي زوال الخصومة عن طريق منع صدور حكم في موضوع الدعوى دون الفصل في الموضوع، إلا أن الاختلاف يبقى قائما في مبنى كل منهما، هذا بالإضافة إلى أن زوال الخصومة يعتبر أثر مباشر للدفع الشكلي بينما يعتبر أثر غير مباشر للدفع بعدم القبول[3].

لهذا كله يعتبر الدفع بعدم القبول نوعا ثالثا من الدفوع القانونية، فهو في جوهره نوع خاص ومستقل عن باقي الدفوع، فهو ليس شكليا لعدم تعلقه بالإجراءات وليس موضوعيا لعدم اتصاله بالحق

---

[1] أبو سعد، **الموجز العلمي في الدفع بعدم القبول مدنيا وتجاريا وإداريا ودستوريا في ضوء القانون رقم 81 لسنة 1996، مرجع سابق،** ص4 وانظر أيضا: الأخرس، **مرجع سابق،** ص394 وانظر أيضا: الزعبي، عوض أحمد، **مرجع سابق،** ص693 وانظر أيضا: الشواربي، **مرجع سابق،** ص 732 وانظر أيضا: أبو الوفا، **نظرية الدفوع في قانون المرافعات، مرجع سابق،** ص17 .

[2] عمر، د. نبيل اسماعيل ، **الدفع بعدم القبول ونظامه القانوني** ، الاسكندرية، دار الجامعة الجديدة للنشر، 2004م، ص132 وص133.

[3] عمر وخليل وهندي، **مرجع سابق،** ص327.

المدعى به[1]، بل هو دفع يوجه إلى سلطة المدعي في استعمال دعواه وما إذا كان من الجائز استعمالها أم لا بسبب عدم توافر شرط من الشروط العامة أو من الشروط الخاصة لسماع الدعوى وقبولها كشرطي الصفة والمصلحة[2].

وتميل الباحثة إلى تبني هذا الرأي كونه أصوب من الرأيين السابقين بحسب اعتقادها، ذلك لأنه وعلى الرغم من أن قوانين المرافعات القديمة والفقه القديم كانا يعترفان فقط بطائفتين من الدفوع وهما الشكلية والموضوعية فقط، مما جعل الفقهاء يختلفون في أي منها يقع الدفع بعدم القبول، إلا أنه لا يمكننا أن ننكر حقيقة هامة وهي أن قوانين المرافعات الحديثة قد نصت في متنها على الدفع بعدم القبول، مما يعني أنها أفردت له كيان مستقل عن باقي الدفوع، فهي لم تلحقه ببقية الدفوع بل أفردت له نظام قانوني مستقل.

وهذا ما فعله قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية الفلسطيني، فنجده في المادة (90) منه قد نص على:

" يجوز للمدعى عليه أن يدفع بعدم قبول الدعوى استناداً إلى أي سبب يؤدي لعدم قبولها قبل الدخول في الأساس، ويكون القرار الصادر برد الطلب أو قبوله قابلاً للاستئناف"، ثم نص في المادة ( 91 ) منه على: " 1- الدفع بعدم الاختصاص المحلي، والدفع بإحالة الدعوى إلى محكمة أخرى لقيام ذات النزاع أمامها أو للارتباط، والدفع بالبطلان، وسائر الدفوع المتعلقة بالإجراءات يجب إبداؤها معاً قبل إبداء أي طلب أو دفاع في الدعوى أو دفع بعدم القبول وإلا سقط الحق فيما لم يبد منها 2-.....".

فنص في المادة الأولى على الدفع بعدم القبول، كما ونص في المادة الثانية على وجوب إبداء الدفع الشكلي قبل أي دفاع في الدعوى وقبل أي دفع بعدم القبول، مما يعني أن المشرع الفلسطيني أيضا قد اعترف بالكيان المستقل للدفع بعدم القبول ولم يلحقه بأية دفوع أخرى وحسنا فعل المشرع

---

[1] أبو سعد، **الموجز العلمي في الدفع بعدم القبول مدنيا وتجاريا وإداريا ودستوريا في ضوء القانون رقم 81 لسنة 1996، مرجع سابق** ، ص6 .

[2] عرفة، **مرجع سابق**، ص5.

الفلسطيني، فهو بذلك حسم الخلاف حول طبيعة الدفع بعدم القبول، وهو بهذه الخطوة سار على هدى قانون المرافعات المصري الذي اعترف أيضا بالكيان المستقل للدفع بعدم القبول.

وهذا أيضا ما طبقته محكمة النقض المصرية حيث ورد في قرار لها: " الدفع بعدم قبول الدعوى الذي نصت عليه المادة (142) من قانون المرافعات وأجازت إبداءه في أية حالة كانت عليها الدعوى هو الدفع الذي يرمي إلى الطعن بعدم توافر الشروط اللازمة لسماع الدعوى وهي الصفة والمصلحة والحق في رفع الدعوى باعتباره حقا مستقلا عن ذات الحق الذي ترفع الدعوى بطلب تقريره كانعدام الحق في الدعوى أو سقوطه لسبق الصلح فيها أو لانقضاء المدة المحددة في القانون لرفعها ونحو ذلك مما لا يختلط بالدفع المتعلق بشكل الإجراءات من جهة ولا بالدفع المتعلق بأصل الحق المتنازع عليه من جهة أخرى .....[1]."

أما المشرع الأردني في قانون أصول المحاكمات المدنية الأردني فإنه لم يفرد للدفوع بعدم القبول كيانا مستقلا، بل أنه لم يعنَ بالتفرقة بين أنواع الدفوع، بل جاءت معالجته لموضوع الدفوع على نحو جمع فيه بين نصوص أخذها عن قانون أصول المحاكمات الملغي ونصوص أخرى اقتبسها من المشرع المصري، فلم يقم بتبويب أحكام ونصوص خاصة لكل نوع محدد من الدفوع، فكانت أحكامه خليطة وغير متجانسة[2].

ولا بد من الإشارة إلى أن العبرة في تكييف الدفع بعدم القبول هو في حقيقته وجوهره والمرمى الذي يقصده دون الالتفات إلى التسمية التي تطلق عليه، فقد يكون الدفع مسمى دفعا بعدم القبول إلا أنه وفي حقيقته دفع شكلي يتعلق بإجراءات الخصومة وهذا ما طبقته محكمة النقض المصرية في أحد قراراتها[3]

---

[1] طعن رقم 251 لسنة 62 ق جلسة 1962/3/29 س 13 ص339 والمشار إليه في كتاب فودة، **الموسوعة الشاملة في الدفوع والدفاعات في ضوء الفقه وقضاء النقض، مرجع سابق**، ص255 .

[2] محيسن، **مرجع سابق**، ص56 .

[3] طعن رقم 6217 لسنة 65 ق جلسة 25 /11/ 2002 المشار إليه في كتاب البكري ، المجلد الثالث، **مرجع سابق**، ص920 .

## المبحث الثاني: أنواع الدفع بعدم قبول الدعوى

وحيث أن كافة قوانين المرافعات لم تحصر أنواع الدفع بعدم القبول، كونها عديدة ولا يمكن أن تقع تحت حصر، فسيقتصر هذا المبحث على دراسة أهم أنواع الدفع بعدم القبول، حيث سيتناول هذا المبحث خمسة أنواع للدفع بعدم قبول الدعوى، بحيث يتضمن المطلب الأول الدفع بعدم قبول الدعوى لعدم توافر الصفة والمصلحة والدفع بعدم قبول الدعوى لسبق الفصل فيها، أما المطلب الثاني فستتناول فيه الباحثة بعدم قبول الدعوى لمرور الزمن المانع من سماع الدعوى والدفع بعدم قبول الدعوى لوجود اتفاق التحكيم.

### المطلب الأول: الدفع بعدم القبول لانعدام الصفة أو المصلحة أو لسبق الفصل فيها

حيث أن الدعوى هي حق التجاء شخص ما إلى القضاء لحماية مركزه القانوني[1]، فإنه يشترط في هذه الدعوى توافر شروط لقبولها، فلا تكون الدعوى مقبولة بكل الأحوال، بل يشترط توافر الصفة في الشخص رافع الدعوى، كما يشترط أيضا أن تكون له مصلحة مشروعة من رفعها وأن لم يفصل فيها من قبل وإلا كانت دعوى غير مقبولة، لذلك ارتأت الباحثة أن تتحدث في هذا المبحث عن الدفع بعدم قبول الدعوى لانعدام الصفة وذلك في الفرع الأول، أما الفرع الثاني فسيتناول الدفع بعدم قبول الدعوى لانعدام المصلحة فيها، بينما سيتناول الفرع الثالث الدفع بعدم قبول الدعوى لسبق الفصل فيها.

#### الفرع الأول: الدفع بعدم قبول الدعوى لانعدام الصفة

يشترط لقبول أي دعوى أن يكون للمدعي والمدعى عليه صفة في الدعوى، ويقصد بالصفة وضع شخص بالنسبة لحق أو مركز قانوني معين، أي الصلة بين هذا الشخص( سواء كان المدعي وهو صاحب الصفة الإيجابية أو المدعى عليه وهو صاحب الصفة السلبية) والحق أو المركز القانوني والذي يشكل موضوع الدعوى[2].

---

[1] د. عمر وخليل وهندي، **مرجع سابق**، ص203.

[2] الشريدة، د. محمد إبراهيم، **حق الدفاع أمام القضاء المدني**، القاهرة، دار الكتب الحديث، 2009 م، ص ج.

فالصفة هي " السلطة التي تمكن الخصم من ممارسة دعواه[1]"، فإذا كان الحق متعلق بطرفي الدعوى –إيجابا أو سلبا – فإن الصفة تنعقد لهما، أما إذا انتفى الحق عن أحدهما أو عن كليهما انتفت الصفة أحد شروط قبول الدعوى[2].

فيجب أن يكون لرافع الدعوى مصلحة شخصية مباشرة، بأن يكون لرافع الدعوى صفة في رفعها، فإما أن يرفعها صاحب الحق المراد حمايته شخصيا أو أن يرفعها شخص يقوم مقام صاحب الحق كأن يكون وكيله أو وليه أو وصيا عنه مثلا[3]، فيجب أن يكون هناك تطابق بين المركز القانوني للشخص الذي رفع الدعوى والمركز القانوني للشخص صاحب الحق[4].

فمثلا لو رفع شخص دعوى بصفته مديراً لشركة ما وتبين بعد ذلك أنه قد عزل قبل رفع الدعوى، أو أن يرفع شخصا دعوى على آخر بصفته وصيا للمدعي وتبين بعد ذلك أنه لم يصدر قرارا بتنصيبه، ففي كلا الحالتين يجوز الدفع بعدم قبول الدعوى لانعدام صفة المدعي في رفع الدعوى[5].

ويشترط توافر الصفة في طرفي الخصومة القضائية وهما المدعي والمدعى عليه، وليس فقط في جانب المدعي، فإذا كانت الصفة لدى المدعي هي المصلحة الشخصية المباشرة، فإن الصفة لدى المدعى عليه هي كونه يلزم ويحكم عليه بإقراره[6].

---

[1] عيد، **مرجع سابق**، ص43.

[2] فودة ، عبد الحكم، **الدفع بانتفاء الصفة والمصلحة في المنازعات المدنية على ضوء القانون الجديد 81 لسنة 1996**، الاسكندرية، منشأة المعارف، 1997 م، ص9.

[3] الخوري، فارس، **أصول المحاكمات الحقوقية**، الطبعة الثانية، عمان، الدار العربية للنشر والتوزيع،1987م، ص237 وانظر أيضا: الأخرس، **مرجع سابق**، ص46 .

[4] سعد، **القانون القضائي الخاص**، الجزء الأول، **مرجع سابق**، ص65.

[5] أبو سعد، **الموجز العلمي في الدفع بعدم القبول مدنيا وتجاريا وإداريا ودستوريا في ضوء القانون رقم 81 لسنة 1996**، **مرجع سابق**، ص6.

[6] علي، راقية عبد الجبار وعبيد، حسام حامد، **الدفع بعدم توجه الخصومة في الدعوى المدنية**، مجلة كلية التراث الجامعة، بغداد، العدد السابع عشر، ص8، بحث منشور على الموقع التالي https://www.iasj.net/iasj?func=fulltext&aId=103694 .

فالدعوى المرفوعة على غير ذي صفة تعتبر دعوى غير مقبولة أيضا، ومثال على ذلك الدعوى التي ترفع على شخص بصفته وليا لقاصر ومن ثم يتبين بعد ذلك أن ولايته قد زالت[1]، فيجب أن يتم رفع الدعوى من ذي صفة وعلى ذي صفة[2].

والأصل أن يكون صاحب الحق المدعى به هو من يرفع الدعوى، إلا أنه وفي بعض الحالات الاستثنائية قد يخول القانون الغير فيها بمباشرة الدعوى عن صاحب الحق وذلك لوجود رابطة بين مصالحه ومصالح صاحب الحق، ومثالها الدعوى غير المباشرة والتي يباشرها الدائن عن مدينه اتجاه الغير[3].

ولا بد من الإشارة إلى أن مسألة توافر الصفة من عدمها هو من قبيل فهم الواقع والذي يستقل فيه قاضي الموضوع دون غيره وبناءً على قناعته، فعليه أن يتحقق من صفة رافع الدعوى وأن يقيم قضائه على أسباب سائغة ومعقولة تكفي لحمله[4]، وهذا ما طبقته محكمة النقض المصرية في أحد قراراتها[5].

ويجوز إبداء الدفع بعدم القبول لانعدام الصفة في أي حالة تكون عليها الدعوى كونه من دفوع عدم القبول والتي تناولتها المادة (115) من قانون المرافعات المصري[6].

ويجب على المحكمة وفي حال أصدرت قرارها بقبول الدفع بعدم القبول لانتفاء الصفة أن تبين في حكمها أن الدعوى قد رفعت من غير ذي صفة دون أن تشير إلى صاحب الصفة الفعلي[7].

---

[1] عمر وخليل وهندي، **مرجع سابق**، ص221 وانظر أيضا: الأخرس، **مرجع سابق**، ص47.

[2] مسلم، مرجع سابق، ص329 وانظر أيضا: سعد، **القانون القضائي الخاص**، الجزء الأول، **مرجع سابق**، ص165.

[3] المنشاوي، ،عبد الحميد، **التعليق على قانون المرافعات في المواد المدنية والتجارية والإدارية**، الإسكندرية، دار المطبوعات الجامعية، 2004م، ص32 وانظر أيضا: سعد ، **القانون القضائي الخاص**، الجزء الأول، **مرجع سابق**، ص167 .

[4] شهاب، **مرجع سابق**، ص261 .

[5] طعن رقم 758 سنة 48 ق جلسة 7 / 5 / 1979 س30 ع2 ص279 والمشار إليه في كتاب الشواربي، **مرجع سابق**، ص0 .

[6] الدناصوري، عز الدين وعكاز، حامد، **شرح القانون 81 لسنة 1996 بتعديل قانون المرافعات المدنية والتجارية**، بدون مكان نشر ولا اسم ناشر،1997م، ص15 وانظر أيضا: عرفة ، **مرجع سابق**، ص21 .

[7] أبو بكر، **مرجع سابق**، ص112.

أما بخصوص سلطة ودور محكمة الاستئناف في حال تم استئناف الحكم الصادر بقبول الدفع بانعدام الصفة فقد تباينت الآراء حول ذلك، فبرى الرأي الأول أن استئناف الحكم الصادر بقبول الدفع بعدم القبول لانعدام الصفة معناه رفع يد محكمة الدرجة الأولى عن الدعوى، بمعنى أنه يجب على محكمة الاستئناف المختصة الفصل في الموضوع لا أن تعيد الأوراق إلى محكمة الدرجة لأن ولايتها تكون والحالة هذه قد استنفذت[1]، وهذا ما طبقته محكمة النقض المصرية حيث ورد في قرار لها:

" الدفع بعدم قبول الدعوى لانعدام صفة المدعي هو دفع موضوعي يقصد به الرد على الدعوى برمتها ويترتب على قبوله أن يخسر المدعي دعواه بحيث لا يستطيع العودة إليها، وتستنفذ محكمة الدرجة الأولى بالقضاء به ولايتها في الفصل في موضوع الدعوى ويطرح الاستئناف المرفوع عن هذا الحكم الدعوى بما احتوته من طلبات وأوجه دفاع على محكمة الاستئناف فلا يجوز لها في حالة إلغاء الحكم وقبول الدعوى أن تعيدها إلى محكمة الدرجة الأولى لنظر موضوعها[2]".

أما الرأي الثاني فيرى أن الحكم في الدفع بعدم قبول الدعوى لانعدام الصفة هو حكم قبل الفصل في الموضوع، بالتالي إذا تم استئناف الحكم الصادر بقبول الدفع بعدم القبول لانعدام الصفة فإن دور محكمة الاستئناف يقتصر على النظر فيما أحيل إليها من محكمة الدرجة الأولى، فإذا ما قررت إلغاء الحكم عليها والحالة هذه أن تعيد أوراق الدعوى إلى محكمة الدرجة الأولى لتفصل فيها من جديد[3].

وتميل الباحثة إلى تبني الرأي الثاني والذي جعل دور محكمة الاستئناف قاصرا على النظر فيما أحيل إليها فقط دون أن يتم طرح النزاع برمته عليها، ذلك أن الدفع بانعدام الصفة هو من قبيل الدفوع بعدم القبول والذي لا يترتب على فصله الدخول في موضوع الحق، لذلك فإن الولاية تبقى

---

[1] هرجة ، **مرجع سابق**، ص15 .

[2] طعن رقم 350 لسنة 62 ق جلسة 25 / 1/ 1962 س13 ص 108 والمشار إليه في كتاب فودة، ، **الموسوعة الشاملة في الدفوع والدفاعات في ضوء الفقه وقضاء النقض ، مرجع سابق** ، ص 255.

[3] علي وعبيد ، **مرجع سابق**، ص1 .

لمحكمة الدرجة الأولى للفصل في موضوع النزاع في حال قامت محكمة الاستئناف بإلغاء حكم محكمة الدرجة الأولى.

ولا بد من الإشارة إلى أن المشرع الفلسطيني في قانون أصول المحاكمات المدنية رقم (2) لسنة 2001م قد نص في المادة (223) منه على الحالات التي يجب أن تعيد فيها محكمة الاستئناف أوراق الدعوى إلى محكمة الدرجة الأولى ومن بينها إذا ألغي الحكم المستأنف القاضي برد الدعوى لأي سبب شكلي ترتب عليه عدم الفصل في موضوعها، وترى الباحثة أن الفصل في مسألة الصفة من قبل محكمة الدرجة الأولى لا يعد دخولا في الموضوع تستنفذ معه محكمة الدرجة الأولى ولايتها.

**الفرع الثاني: الدفع بعدم القبول لانعدام المصلحة**

يقصد بالمصلحة " المنفعة أو الميزة التي يجنيها المدعي من التجائه إلى القضاء إذا ما اعتدي على حقه[1]".

وهذه الميزة قد تكون عبارة عن اقتضاء حق أو الحفاظ عليه وصيانته من الاعتداء أو المطالبة بالتعويض من جراء الاعتداء عليه أو قد تكون مجرد إعداد دليل لإثبات وجود الحق أو انتفائه[2].

والمصلحة هي الفائدة أو المنفعة التي تعود على المدعي من دعواه ، والمصلحة هي مناط الدعوى فانعدام المصلحة معناه انعدام الدعوى كونها هي الباعث على رفع الدعوى والغاية المقصودة منها[3] فمن العبث إضاعة الوقت وإجابة الخصم إلى طلبه إذا كان تحقيق رغبته التي طلبها في دعواه لا تحقق له الحماية المطلوبة أو حتى المساعدة في تحقيقها، فهنا والحالة هذه لا يكون له مصلحة في هذا الإجراء[4].

---

[1] الشريدة، **مرجع سابق**، ص13.

[2] النمر، **مرجع سابق**، ص5.

[3] أحمد، **مرجع سابق**، ص 245 وانظر أيضا: الشريدة، **مرجع سابق**، ص13 وانظر أيضا: التكروري، الجزء الأول، **مرجع سابق**، ص284 وانظر أيضا: فودة، **الموسوعة الشاملة في الدفوع والدفاعات في ضوء الفقه وقضاء النقض، مرجع سابق**، ص491 .

[4] الشواربي، **مرجع سابق**، ص5 .

وتعتبر المصلحة شرط في الدعوى بغض النظر عن الأداة المستخدمة فيها والمستعملة في مباشرتها، أي سواء كانت طلبا قضائيا افتتحت فيه الخصومة أو طلبا عارضا أو طعنا لدى المحكمة المختصة أو دفعا يرمي إلى دحض طلب المدعي[1].

فالمصلحة شرط لقبول أي إجراء متعلق بالدعوى سواء كان الهدف منه الإثبات أو الطعن بالحكم أو بالقرار الصادر فيها أو لتقديم الدفوع والاعتراضات أو لمباشرة التنفيذ[2].

ولقد نص قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية الفلسطيني رقم ( 2 ) لسنة 2001 م على المصلحة كشرط لقبول الدعوى، حيث جاء في المادة الثالثة من القانون المذكور: " 1- لا تقبل دعوى أو طلب أو دفع أو طعن لا يكون لصاحبه مصلحة قائمة فيه يقرها القانون...."

كما نص قانون المرافعات المدنية والتجارية المصري رقم ( 13 ) لسنة 1968م في المادة الثالثة منه على شرط المصلحة كشرط لقبول الدعوى[3]، كما نظم قانون أصول المحاكمات المدنية الأردني رقم ( 24 ) لسنة 1988م شرط المصلحة في المادة الثالثة منه أيضا[4].

واشتراط المصلحة في قوانين المرافعات السابقة لقبول الدعوى أمر إيجابي كونه يحد ويقلل من ازدحام المحاكم، وبذلك لا تنشغل المحكمة بدعوى لا يكون لصاحبها أية مصلحة في رفعها، فليس من مهام المحكمة تقديم نصائح واستشارات لترضي بها صاحب الدعوى، كما أنها ليست مكانا للتساؤلات والإفتاءات[5].

---

[1] سليم، عماد وعليان، ممدوح وأبو هنطش، بلال، **شرح قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية الفلسطيني رقم (2) لسنة 2001 م**، الطبعة الأولى، نابلس، بدون اسم ناشر، 2002م، ص14 وانظر أيضا: عمر وخليل وهندي، **مرجع سابق** ، ص204 وانظر أيضا: صاوي ، **مرجع سابق**، ص41 وانظر أيضا: الأخرس، **مرجع سابق**، ص39 .

[2] عيد، **مرجع سابق**، ص28.

[3] حيث جاء في المادة المذكورة: "لا تقبل أي دعوى كما لا يقبل أي طلب أو دفع استناداً لأحكام هذا القانون أو أي قانون آخر،لا يكون لصاحبه فيها مصلحة شخصية ومباشرة وقائمة يقرها القانون ....."

[4] حيث جاء في المادة المذكورة : "1 – لا يقبل أي طلب أو دفع لا يكون لصاحبه فيه مصلحة قائمة يقرها القانون. .....

[5] عمر وخليل وهندي، **مرجع سابق**، ص205 وانظر أيضا: التكروري، الجزء الأول، **مرجع سابق**، ص284 وانظر أيضا: الشريدة، **مرجع سابق**، ص13 .

وهذا ما طبقته محكمة النقض المصرية حيث ورد في قرار لها: " النص في المادة الثالثة من قانون المرافعات على أنه لا يقبل أي طلب أو دفع لا تكون لصاحبه فيه مصلحة قانونية قائمة يقرها القانون يدل على أن المشرع قرر قاعدة أصولية تقضي بأنه لا دعوى ولا دفع بغير مصلحة، ومؤداها أن الفائدة العلمية هي شرط لقبول الدعوى أو أي طلب أو دفع فيها ، وذلك تنزيها لساحات القضاء عن الانشغال بدعاوي وطلبات لا فائدة عملية منها وما أنشئت المحاكم لمثلها[1]" .

ولشرط المصلحة أوصافا يجب توافرها حتى تؤخذ بعين الاعتبار وهي:

1- أن تكون شخصية ومباشرة: ويقصد بوصف الشخصية والمباشرة أن تحمي الدعوي حق الشخص الذي رفعها أو من ينوب عنه كالوكيل بالنسبة للموكل والولي أو الوصي بالنسبة للقاصر وهو ما يعبر عنها بالصفة في الدعوى، فإذا لم تتوافر لرافع الدعوى ولاية التقاضي عن غيره تكون دعواه غير مقبولة[2].

2- أن تكون المصلحة قائمة: أما المصلحة القائمة فيقصد بها أن يكون الاعتداء قد وقع فعلا على الحق الذي نريد حمايته أو حصلت منازعة فيه فيتحقق الضرر الذي يبرر الالتجاء إلى القضاء[3]، فيجب أن تكون مصلحة المدعي مصلحة مؤكدة غير احتمالية[4].

وعلى الرغم من أنه يشترط في المصلحة أن تكون قائمة، إلا أنه وبالرجوع إلى نص المادة الثالثة من قانون أصول المحاكمات المدنية الفلسطيني نجدها نصت على أنه : " ... 2- تكفي المصلحة المحتملة إذا كان الغرض من الطلب الاحتياط لدفع ضرر محدق أو الاستيثاق لحق يخشى زوال

---

[1] طعن رقم 1406 لسنة 52 ق جلسة 5/ 2/ 1989م والمشار إليه في كتاب البكري، المجلد الثالث، **مرجع سابق**، ص936.

[2] صاوي، **مرجع سابق**، ص47 وانظر أيضا: التكروري، الجزء الأول، **مرجع سابق**، ص287 وانظر أيضا: الشريدة، **مرجع سابق**، ص 287وانظر أيضا: فودة، **الموسوعة الشاملة في الدفوع والدفاعات في ضوء الفقه وقضاء النقض، مرجع سابق**، ص492 .

[3] الشريدة، **مرجع سابق**، ص13 وانظر أيضا: فودة، ، **الموسوعة الشاملة في الدفوع والدفاعات في ضوء الفقه وقضاء النقض، مرجع سابق**، ص 493 وانظر أيضا: البكري، المجلد الثالث، **مرجع سابق**، ص970 .

[4] التكروري، الجزء الأول، **مرجع سابق**، ص289 .

دليله عند النزاع فيه ..... "، ومثل هذا النص وجد أيضا في قانون المرافعات المصري[1] وقانون أصول المحاكمات المدنية الأردني[2].

فكافة التشريعات السابقة اعتبرت الدعوى مقبولة إذا توافرت فيها المصلحة المحتملة ولكن بصفة استثنائية في حالتين فقط هما: إذا كان الغرض من الطلب الاحتياط لدفع ضرر محدق وإذا كان الغرض منها الاستيثاق لحق يخشى زوال دليله عند النزاع فيه.

ويقصد بالمصلحة المحتملة تلك التي لا يكون فيها الضرر قد وقع بعد على الحق المراد حمايته، وإنما هناك احتمالية لوقوعه، فالاستثناء هنا وارد على وصف المصلحة بأنها قائمة وليس على شرط المصلحة نفسه[3].

ومثال على المصلحة التي يراد منها الاحتياط لدفع ضرر محدق دعوى وقف الأعمال الجديدة[4]، فإذا شرع شخص ما بحفر حفرة لإقامة بناء بصورة يختل معها البناء المجاور له ، فإن لمالك البناء المجاور أن يرفع دعوى يطالب فيها بالوقف عن الحفر أو اتباع طريقة أخرى للحفر بصورة لا تؤثر على بنائه، ولا يجوز والحالة هذه الدفع بعدم قبول الدعوى لأن الضرر لم يقع بعد، ذلك لأن الهدف من هذه الدعوى الاحتياط لدفع ضرر محدق وهو ما استثنته التشريعات السابقة[5].

أما المصلحة التي يكون الغرض منها الاستيثاق لحق يخشى زوال دليله عند النزاع فيه فيدخل ضمن موضوعها دعوى سماع شاهد ودعوى إثبات الحالة[6]، ويقصد بالاستيثاق الحصول على الدليل، وعلى الرغم من أن الاستيثاق ليس من مهمة القضاء ويتعارض مع وظيفته والتي هي

---

[1] حيث جاء في المادة الثالثة من القانون المذكور: ".....ومع ذلك تكفى المصلحة المحتملة إذا كان الغرض من الطلب الاحتياط لدفع ضرر محدق أو الاستيثاق لحق يخشى زوال دليله عند النزاع فيه، ....."

[2] حيث جاء في نص المادة الثالثة منه: "..... 2 – تكفي المصلحة المحتملة إذا كان الغرض من الطلب الاحتياط لدفع ضرر محدق أو الاستيثاق لحق يخشى زوال دليله عند النزاع فيه. "

[3] صاوي ، **مرجع سابق**، ص55 وانظر أيضا: البكري، المجلد الثالث، **مرجع سابق**، 971 .

[4] البكري ، المجلد الثالث، **مرجع سابق**، ص977، وانظر أيضا: المنشاوي، **مرجع سابق**، ص33 .

[5] مسلم، **مرجع سابق**، ص320 .

[6] الدناصوري وعكاز، **شرح القانون 81 لسنة 1996 بتعديل قانون المرافعات المدنية والتجارية، مرجع سابق**، ص20 وانظر أيضا: المنشاوي ، **مرجع سابق**، ص33 .

الفصل في المنازعات القائمة فعلا وليس توقي قيامها، إلا أن المشرع قدر أن تيسير الحصول على الدليل للحق هو نوع من أنواع العدالة خاصة إذا كان يخشى ضياعه[1].

ولا بد من الإشارة إلى أن المصلحة المحتملة التي تخرج عن نصوص المواد السابقة لا تكون محلا للحماية[2]، ذلك أن المشرع وضع هذه الحالات استثناءا، والاستثناء لا يقاس عليه.

3- أن تكون قانونية: يجب أن تستند هذه المصلحة إلى حق أو مركز قانوني حتى يقرها القانون، فيجب أن يكون الهدف منها حماية حق أو مركز قانوني إذا نوزع عليه أو دفع العدوان عليه أما المصلحة التي لا يحميها القانون ولا يقرها لا تكون مقبولة وتخرج عن وظيفة القضاء[3]، فتتحقق المصلحة القانونية عندما لا يستطيع صاحب الحق الحصول على كافة المزايا التي من المفروض أن يحصل عليها[4]، أما المصلحة الغير قانونية فلا يعتد بها ولا تكفي لقبول الدعوى كونها مخالفة للنظام العام والآداب[5]، ولا يقام لها وزن وتختص المحاكم في معرفة إذا كانت المصلحة قانونية أم لا[6].

فإذا تبين للقاضي أن ادعاء المدعي هو أمر لا يحميه القانون ولا يقره عليه والحالة هذه أن يحكم بعدم قبول الطلب وذلك لعدم القانونية دون أن يكون ملزم ببحث الوقائع أو التثبت منها[7]، فلا تقبل دعوى التعويض مثلا التي ترفعها الخليلة على من كان السبب في وفاة خليلها ذلك لأن المعاشرة الشرعية لا تنشئ حقا يحميه القانون[8].

---

[1] العبودي، **مرجع سابق**، ص237 وانظر أيضا: مسلم، **مرجع سابق**، ص321 .

[2] أبو بكر، **مرجع سابق**، ص38 .

[3] الأخرس، **مرجع سابق**، ص41 وانظر أيضا: الشريدة، **مرجع سابق**، ص5 وانظر أيضا: التكروري، الجزء الأول، **مرجع سابق**، ص86 .

[4] البكري، المجلد الثالث، **مرجع سابق**، ص952.

[5] سليم وعليان وأبو هنطش، **مرجع سابق**، ص5 .

[6] حسن، **الدفع بعدم القبول في المواد المدنية والجنائية، مرجع سابق**، ص40.

[7] قرار محكمة النقض المصرية بتاريخ 1969/6/17 م س20 ص970 والمشار إليه في كتاب المنشاوي، **مرجع سابق**، ص31 .

[8] صاوي، **مرجع سابق**، ص45 .

وقد تكون المصلحة مادية أو أدبية، وسواء كانت المصلحة مادية أو أدبية فإنها تكفي لقبول الدعوى[1].

ويقصد بالمصلحة المادية تلك التي يكون الهدف منها المطالبة بدفع دين مثلا أو إلى إزالة تعد على ملكية أو إلى سريان فوائد[2].

أما المصلحة الأدبية فهي المصلحة التي تحمي حقا أدبيا لرافعها، ومثالها الدعوى التي ترفعها الأم وذلك للتعويض عن الضرر النفسي الذي لحقها من جراء وفاة ابنها الوحيد مثلا[3].

وبخصوص المصلحة النظرية فهي لا تصلح بذاتها أن تكون محلا لنزاع قضائي، ذلك أن المصلحة النظرية البحتة لا يحقق أي نفع من ورائها[4]، كما أن المصلحة الاقتصادية لا تكفي لقبول لقبول الدعوى كونها لا تستند على حق أو مركز يحميه القانون كون الذي يدفع إليها الرغبة في الكسب فلا تقبل دعوى شخص ما موضوعها بطلان شركة منافسة ما دام أنه ليس شريكا في الشركة[5].

فإذا توافرت الشروط السابقة نشأت للشخص المعتدى على حقه مصلحة في الحصول على الحماية القضائية، أي نشأ له الحق في الدعوى، أما إذا لم تتوافر هذه الشروط أو تخلف إحداها مثلا فلا يوجد له مصلحة وبعبارة أخرى لا يوجد له حق في رفع الدعوى .

ومثال على عدم توافر المصلحة لدى الخصم الحالة التي يقدم فيها المدعى عليه طعن في القرار الصادر ضده ضد المدعى عليه الثاني في الدعوى، فإنه والحالة هذه لا يكون له مصلحة في

---

[1] فودة، **الدفع بانتفاء الصفة أو المصلحة في المنازعات المدنية، مرجع سابق،** ص49 وانظر أيضا: عيد ، **مرجع سابق** ، ص30 .

[2] عيد، **مرجع سابق،** ص31.

[3] القضاة، **مرجع سابق،** ص204 .

[4] أحمد، **مرجع سابق،** ص 245 وانظر أيضا: قرار محكمة النقض المصرية رقم 126 سنة 35 ق جلسة 20 / 12 / 1972م س23 ص 1429 والمشار إليه في كتاب فودة، **الموسوعة الشاملة في الدفوع والدفاعات في ضوء الفقه وقضاء النقض، مرجع سابق،** ص504 .

[5] الأخرس، **مرجع سابق،** ص42 وانظر أيضا: صاوي، **مرجع سابق،** ص45 وانظر أيضا: القضاة، **مرجع سابق،** ص204. ص204.

الطعن المذكور كون أن كلا الطرفين في مركز قانوني واحد مما يعني عدم توافر المصلحة في هذا الطعن، وهذا ما طبقته أيضا محكمة النقض الفلسطينية حيث ورد في قرار لها:

" وبعد التدقيق والمداولة وفيما يتعلق بالطعن الأول نجد أن الطاعنة شركة فلسطين للتأمين وجهت خصومة طعنها بطريق النقض للمطعون ضده الثاني الصندوق الفلسطيني لتعويض مصابي حوادث الطرق، وحيث أن الطاعنة والمطعون ضده المذكور كليهما مدعى عليه في مواجهة المدعي لؤي يوسف محمود الطرايرة وفي مركز قانوني واحد، الأمر الذي يجعل خصومة الطعن بطريق النقض فيما بينهما منتفية تماما طبقا لأحكام المادة الثالثة من قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية الفلسطيني رقم ( 2 ) لسنة 2001م لعدم نهوض المصلحة مناط الطعن فيما بينهما، وهذا ما استقر عليه الاجتهاد القضائي وذهب إليه الفقه مما يتعين معه عدم قبول الطعن المقدم من الطاعنة ضد المطعون ضده الصندوق ...."[1]

ويجب استمرار المصلحة من وقت رفع الدعوى لحين الفصل فيها، فإذا توافرت المصلحة عند رفع الدعوى أو عند الطعن بالاستئناف أو النقض ثم زالت بعد ذلك تقرر المحكمة عدم قبول الدعوى أو الطعن ذلك لأنه يشترط توافر المصلحة في جميع مراحل الدعوى[2]. وهذا ما طبقته المحكمة العليا الفلسطينية بصفتها الدستورية في أحد قراراتها[3].

---

[1] حكم محكمة النقض المنعقدة في رام الله في الدعوى الحقوقية رقم 275 لسنة 2011 والمنشور على موقع المقتفي عبر الرابط التالي http://muqtafi.birzeit.edu/courtjudgments/ViewCJCard.aspx?CJID=88271

[2] البكري ، المجلد الثالث، **مرجع سابق**، ص944 وانظر أيضا: أبو بكر، **مرجع سابق**، ص38 .

[3] حيث جاء في حكم محكمة العليا بصفتها الدستورية المنعقدة في رام الله في الدعوى الدستورية رقم 2 لسنة 2011 والمنشور على موقع المقتفي عبر الرابط التالي
http://muqtafi.birzeit.edu/courtjudgments/ViewCJCard.aspx?CJID=87399
"بعد التدقيق والمداولة وبعد الاطلاع على وقائع وأسباب الطعن وبإنزال حكم القانون على تلك الوقائع والأسباب وعلى ما صرح به وكيل الطاعن في جلسة المحاكمة المنعقدة بتاريخ 2011/9/6م بأن موكله قد أفرج عنه بالكفالة من قبل المحكمة النظامية التي أحيل إليها الملف المتعلق به، ولما كان حكم المادة الثالثة من قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية رقم 2 لسنة 2001م وبدلالة المادة ( 27 ) من قانون المحكمة الدستورية رقم ( 3 ) لسنة 2006م قد اشترط لقبول الدعوى أو الطلب أو الدفع أو الطعن أن يكون لصاحبه – أي صاحب الطعن – مصلحة قائمة يقرها القانون وأن تستمر هذه المصلحة باستمرار الدعوى أو الطعن المقدم من الشخص المتضرر، وأنه إذا لم تتوافر هذه المصلحة تقضي المحكمة من تلقاء نفسها بعدم قبول الدعوى وهذا ما استقر عليه قضاء هذه المحكمة في العديد من قراراتها، وحيث أن ما صرح به وكيل الطاعن كما بينا آنفا بأن موكله قد أفرج عنه بكفالة من المحكمة النظامية بتاريخ 28 / 8 / 2011م الأمر الذي تغدو معه مصلحة

**الفرع الثالث: الدفع بعدم جواز نظر الدعوى لسبق الفصل فيها (الدفع بكون القضية مقضية).**

معنى هذا الدفع أن الحق الذي صدر حكم بشأنه لا يمكن أن يكون محلا للمنازعة فيما بعد بين الخصوم أنفسهم ، فإذا صدر حكم قضائي في مسألة معينة، لا يجوز أن يتم إعادة طرح المسألة نفسها أمام القضاء مرة أخرى ذلك لأن السماح بهذا الأمر يؤدي إلى خلق أحكام متناقضة فيما بين الخصوم أنفسهم وفي نفس الموضوع مما يؤدي إلى زعزعة الاستقرار الاجتماعي في الدولة[1].

فاكتساب الحكم لحجية الأمر المقضي به يترتب عليه امتناع الخصوم عن مناقشة المسائل التي فصل فيها هذا الحكم مرة أخرى حتى لو ظهرت أدلة قانونية أو واقعية جديدة ولم يسبق إثارتها[2]، وذلك لأن الحكم يتمتع بنوع من الحرمة والتي يترتب عليها امتناع مناقشة ما حكم فيه بدعوى جديدة[3].

فسبق الفصل في النزاع أمر يمنع من سماع الدعوى مرة ثانية أمام القضاء ويستثنى من ذلك الحالات التي يجيز فيها القانون الطعن في الحكم وفق الطرق القانونية المنصوص عليها[4]، ففي هذه الحالة يطرح النزاع أمام محكمة الطعن المختصة فإما أن تؤيد الحكم أو تلغيه، فإذا أيدت الحكم نكون بصدد حكم واحد، وإذا ألغته نكون بصدد حكم واحد أيضا ذلك أنها ألغت الحكم الأول وأبقت الحكم الثاني[5].

---

الطاعن التي يدعيها في البند السادس من لائحة طعنه بأنه متضرر من التوقيف غير متوافرة كي ينظر في طعنه هذا مما يستوجب والحالة هذه رد طعنه الماثل ".

[1] شوشاري، **مرجع سابق**، ص41 .

[2] فودة، عبد الحكم، **الدفع بعدم جواز نظر الدعوى المدنية لسابقة الفصل فيها في ضوء الفقه وقضاء النقض حتى سنة 2005**، الإسكندرية، منشأة المعارف، 2007م، ص18 وانظر أيضا: أحمد، **مرجع سابق**، ص 6.

[3] سعد، إبراهيم نجيب، **القانون القضائي الخاص، الخصومة القضائية أمام محاكم الدرجة الأولى والحكم القضائي**، الجزء الثاني، الاسكندرية، منشأة المعارف، 986، ص288.

[4] عمر وخليل وهندي، **مرجع سابق**، ص222 وانظر أيضا: صاوي، **مرجع سابق**، 148 وانظر أيضا: القضاة، **مرجع سابق**، ص305 .

[5] سعد، **القانون القضائي الخاص**، الجزء الثاني، **مرجع سابق**، ص291.

فلا يعقل أن تستمر الخصومات بين الأفراد إلى ما لا نهاية، فيجب أن يتم وضع حد نهائي لهذه النزاعات، ذلك أن السماح للخصوم بإثارة نفس النزاع بينهم لأكثر من مرة يؤدي إلى تناقض الأحكام القضائية الأمر الذي يترتب عليه ضياع هيبة القضاء.

وقد نصت مجلة الأحكام العدلية على حجية الأحكام في المادة ( 1837) منها حيث جاء فيها:

" الدعوى التي حكم وأعلم بها موافقة لأصولها المشروعة أي موجودا في الحكم أسبابه وشروطه لا تجوز رؤيتها وسماعها تكرارا ".

والوجه العملي لحجية الشيء المحكوم فيه هو الدفع بعدم جواز نظر الدعوى لسبق الفصل فيها والذي يعتبر نوعا من أنواع الدفع بعدم القبول[1]، فهو يتعلق بسلطة الالتجاء إلى القضاء وسلطة المحكمة في نظر الدعوى وهذه المسائل متعلقة بقبول الدعوى[2].

وقد نص قانون أصول المحاكمات المدنية الفلسطيني على الدفع بكون القضية مقضية في المادة (92) منه حيث جاء فيها: " الدفع بعدم الاختصاص لانتفاء ولايتها أو بسبب نوع الدعوى أو قيمتها أو لسبق الفصل فيها تحكم به المحكمة من تلقاء نفسها، ويجوز الدفع به في أية حالة كانت عليها الدعوى".

نلاحظ أن المشرع الفلسطيني لم ينص صراحة على أن هذا الدفع هو من أنواع الدفع بعدم القبول، بل نص عليه ضمن الدفوع المتعلقة بالإجراءات (الدفوع الشكلية المتعلقة بالنظام العام) والتي يمكن التمسك فيها في أي مرحلة من مراحل الدعوى كونها متعلقة بالنظام العام.

وترى الباحثة أن موقف المشرع الفلسطيني لم يكن موفقا، ذلك أن الدفع بكون القضية مقضية هو من دفوع عدم القبول المتعلقة بالنظام العام وليس من الدفوع الشكلية المتعلقة بالنظام العام ، ويبدو أن اتجاه المشرع الفلسطيني من وضع هذا الدفع مع نفس المادة التي تتحدث عن الدفوع الشكلية المتعلقة بالنظام العام لم يكن الهدف منه تصنيف هذا الدفع من ضمن الدفوع الشكلية بل كان ذلك

---

[1] فودة، **الدفع بعدم جواز نظر الدعوى المدنية لسابقة الفصل فيها، مرجع سابق**، 2007م، ص16.

[2] النمر، **مرجع سابق**، ص16.

للنص على أن هذا الدفع متعلق بالنظام العام ويمكن إثارته في أي مرحلة من مراحل الدعوى، ويبدو أن المشرع الفلسطيني قد سار على نفس نهج المشرع الأردني في قانون أصول المحاكمات المدنية الأردني[1].

أما المشرع المصري فكان موقفه مغايرا، فلم يضع الدفع بكون القضية مقضية في نص مشترك مع الدفوع الشكلية المتعلقة بالنظام العام، بل خصص لها مادة مستقلة وهي المادة (116) تحدثت عنه مباشرة بعد المادة ( 115) والتي تناولت الدفع بعدم القبول ، حيث جاء في المادة (116) من قانون المرافعات المصري: " الدفع بعدم جواز نظر الدعوى لسبق الفصل فيها تقضي به المحكمة من تلقاء نفسها". وهذا يعني توجه المشرع المصري ضمنا إلى اعتبار الدفع بكون القضية مقضية (لسبق الفصل فيها) من دفوع عدم القبول.[2]

والدفع بعدم قبول الدعوى لسبق الفصل فيها يستند إلى قاعدة هامة وهي حجية الحكم القضائي، فحجية الحكم القضائي هي سبب وأساس هذا الدفع، ذلك عندما تدفع أمام المحكمة المختصة بنظر النزاع أن هناك حكم نهائي سبق وأن صدر في المسألة المطروحة حاليا أمام القضاء تكون قد تمسكت بحجية هذا الحكم مما يمنع من بحث هذا النزاع من جديد[3].

---

[1] فقد جاء بنص مادة مماثلة في قانون أصول المحاكمات المدنية الأردني، وتحديدا في المادة (1/111 ) والتي جاء فيها: "1 – الدفع بعدم اختصاص المحكمة لانتفاء ولايتها أو بسبب نوع الدعوى أو قيمتها أو بعدم جواز نظرها لسبق الفصل فيها أو بأي دفع آخر متصل بالنظام العام يجوز إثارته في أي حالة تكون عليها الدعوى وتحكم به المحكمة من تلقاء ذاتها "

[2] أما المشرع اللبناني فقد نص صراحة على أن الدفع بكون القضية مقضية هو من دفوع عدم القبول حيث نص صراحة في قانون أصول المحاكمات المدنية اللبناني رقم 90 والصادر بتاريخ 9/16/ 1983 والمنشور في الجريدة الرسمية في العدد 40 ص 3-128 بتاريخ 1983/10/6 وتحديدا في المادة ( 62) على ذلك حيث جاء فيها: " الدفع بعدم القبول هو كل سبب يرمي به الخصم إلى إعلان عدم قبول طلب خصمه دون البحث في موضوعه لانتفاء حقه في الدعوى. يعتبر من دفوع عدم القبول الدفع بانتفاء الصفة أو بانتفاء المصلحة او بالقضية المحكوم بها أو بانقضاء مهل الإجراءات القضائية. ويعتبر الدفع بمرور الزمن من دفوع عدم القبول مع مراعاة الأحكام الخاصة كأحكام المادة 361 من قانون الموجبات والعقود" .

[3] حسن، علي عوض، **الدفع بعدم جواز نظر الدعوى لسبق الفصل فيها**، الإسكندرية، دار المطبوعات الجامعية، 1996م، ص14 .

وإن حجية الأحكام مناطها فصل المحكمة في نزاع بين الخصوم أنفسهم دون أن تتغير صفاتهم وتتعلق بذات الحق محلا وسببا وهذا ما نصت عليه المادة (110) من قانون البينات الفلسطيني [1] حيث جاء فيها:

"1 – الأحكام النهائية تكون حجة فيما فصلت فيه من الحقوق ولا يجوز قبول دليل ينقض هذه الحجية، ولكن لا تكون لتلك الأحكام هذه الحجية إلا في نزاع قام بين الخصوم أنفسهم دون أن تتغير صفاتهم وتتعلق بذات الحق محلاً وسبباً. 2– تقضي المحكمة بهذه الحجية من تلقاء نفسها قراراتها. ما طبقته أيضا محكمة النقض المصرية في قراراتها[2].

وقد نص قانون الإثبات المصري[3] أيضا على حجية الأمر المقضي به في المادة (101) منه[4]، كما نص قانون البينات الأردني[5] أيضا على حجية الأمر المقضي به في المادة (41) منه[6].

والحجية هي " الصفة غير القابلة للمنازعة والثابتة بواسطة القانون لمضمون الحكم، وعليه فإن الشيء الذي نوزع فيه وصدر بشأنه حكم لا يكون قابلا للمنازعة فيما بعد[7]".

---

[1] قانون البينات في المواد المدنية والتجارية رقم (4) لسنة 2001م المنشور في العدد 38 من الوقائع الفلسطينية (السلطة الوطنية الفلسطينية) بتاريخ 2001/09/05 صفحة 226.

[2] حيث جاء في الطعن رقم 687 لسنة 40 ق جلسة 20/ 2 /1983 والمشار إليه في كتاب أحمد، **مرجع سابق**، ص 202: " لا يحوز الحكم حجية الأمر المقضي إلا إذا اتحد الموضوع والخصوم والسبب في الدعوى التي سبق الفصل فيها والدعوى المطروحة بحيث إذا تخلف أحد هذه العناصر كان الدفع بعدم جواز نظر الدعوى لسابقة الفصل فيها غير متوافر الأركان، وتقدير اختلاف الموضوع في الدعويين مما يدخل في سلطة محكمة الموضوع ، وإذا كان ذلك وكان القرار المطعون فيه قد جرى في قضائه على إمكان إعادة النظر في قرارات هيئة التحكيم إذا تغيرت الظروف الاقتصادية فإن هذا النظر لا مخالفة فيه للقانون "

[3] قانون الإثبات المصري رقم 25 لسنة 1968 والمنشور في الجريدة لرسمية العدد 22 في 30 مايو 1968 والمعدل بالقانون رقم 54 لسنة 1974م والقانون رقم 23 لسنة 1992 م والقانون رقم 18 لسنة 1999م.

[4] والتي جاء فيها: " الأحكام التي حازت قوة الأمر المقضي تكون حجة فيما فصلت فيه من الحقوق، ولا يجوز قبول دليل ينقض هذه الحجية، ولكن لا تكون لتلك الأحكام هذه الحجية إلا في نزاع قام بين الخصوم أنفسهم دون أن تتغير صفاتهم وتتعلق بذات الحق محلا وسببا. وتقضى المحكمة بهذه الحجية من تلقاء نفسها ".

[5] قانون البينات الأردني رقم (30) لسنة 1952م والمننشور في الجريدة الرسمية رقم 1108 بتاريخ 1952/5/17م.

[6] والتي جاء فيها: " 1– الأحكام التي حازت الدرجة القطعية تكون حجة بما فصلت فيه من الحقوق ولا يجوز قبول دليل ينقض هذه القرينة ولكن لا تكون لتلك الأحكام هذه القوة إلا في نزاع قام بين الخصوم أنفسهم دون أن تتغير صفاتهم وتعلق النزاع بالحق ذاته محلا وسبباً .2– و يجوز للمحكمة أن تأخذ بهذه القرينة من تلقاء نفسها " .

[7] القضاة ، **مرجع سابق**، ص306.

كما عرف آخرون الحجية بأنها: "صفة تلحق بالحكم القضائي القطعي الصادر عن محكمة مختصة ويترتب على توافر هذه الصفة احترام المحاكم له بعدم البحث في نفس الموضوع من جديد والتسليم بما قضى به الحكم بين الخصوم[1]". وهناك اختلاف بين حجية الأمر المقضي قوة الأمر المقضي به[2]، وقد تناولت محكمة النقض الفلسطينية حجية الأمر المقضي به في قراراتها ونصت على عدم جواز نقض هذه الحجية.[3] .

ويقصد بحجية الحكم من حيث الأشخاص أن الحكم لا يكون حجة إلا على الخصوم أنفسهم، فإذا اختلف الخصوم انتفى الاحتجاج عليهم بحجية الشيء المقضي به حتى لو كانوا شركاء في الملك، بالتالي لا يمتد أثره إلى الغير، ذلك أن الغير لم يكن طرفا في الخصومة القضائية ولم يتسنى له الدفاع عن حقوقه[4].

وينظر إلى الشخص لتحديد الحجية قانونا وليس طبيعة، بالتالي تثبت الحجية في مواجهة أطراف الخصومة دون ممثليهم أو من ينوب عنهم، فلا تمنع هذه الحجية الممثل أو النائب أن يرفع دعوى

---

[1] فودة، **الدفع بعدم جواز نظر الدعوى المدنية لسبق الفصل فيها**، مرجع سابق، ص6 .

[2] فحجية الأمر المقضي به تثبت لكل حكم ابتدائي سواء كان حضوري أو غيابي ويكون قابلا للطعن فيه بطريق المعارضة أو الاستئناف بينما تثبت قوة الأمر المقضي به للأحكام النهائية فقط وهي التي تصدر في حدود اختصاص المحكمة النهائي أو التي انقضت فيها مدة الطعن العادية أو تنازل فيها المحكوم ضده عن الطعن وحتى لو كانت تلك الأحكام قابلة للطعن بالطرق غير العادية. انظر إبراهيم، مرجع سابق، ص835 وص836 وانظر أيضا: الشواربي، **مرجع سابق**، ص235 .

[3] حيث جاء في قرار محكمة النقض الفلسطينية رقم 11 لسنة 2009 والمنشور على موقع المقتفي عبر الرابط التالي :http://muqtafi.birzeit.edu/courtjudgments/CJFullText.aspx?CJID=58308 " وفي الموضوع، ولما كان الحكم النهائي حجة فيما فصل فيه من الحقوق بين الخصوم أنفسهم فيما يتعلق بهذه الحقوق محلا وسببا، ولا يجوز قبول دليل ينقض هذه الحجية عملا بالمادة (110) من قانون البينات في المواد المدنية والتجارية رقم 4 لسنة 2001، ولما كان الطاعن يقر في لائحة دعواه بأنه قد صدر ضده حكم لصالح المطعون ضدها اكتسب الدرجة القطعية ونفذ فعلا لدى دائرة الإجراء، ولما كان الحكم يعد عنوانا للحقيقة، فإنه لا يجوز رفع دعوى مبتدأة باستحقاق جزء من المبلغ المحكوم به بادعاء وجود بينة لم يقدمها الطاعن خلال المحاكمة، وبناءا على ذلك فإن دعوى الاستحقاق المقامة من الطاعن تغدو فاقدة لسببها وواجبة الرد ويكون القرار محل الطعن متفقا وأحكام القانون والطعن واجب الرد، لهذه الأسباب تقرر المحكمة رد الطعن وتأييد الحكم المطعون فيه من حيث النتيجة فقط وليس من حيث التسبيب وتضمين الطاعن الرسوم والمصاريف ومائة دينار أتعاب محاماة"

[4] سعد، **القانون القضائي الخاص**، الجزء الثاني، **مرجع سابق**، ص292 وانظر أيضا: هرجة، **مرجع سابق**، ص311 .

جديدة بصفته أصيلاً[1]، كما أن الحجية تمتد لخلفاء الخصوم سواء كانت الخلافة عامة أو خاصة[2].

فإذا رفع شخص دعوى يدعي فيها بملكية عقار وقضي برفضها لا يجوز لورثته من بعده أن يعيدوا رفعها ، وكذلك الحال إذا رفع شخص بصفته مدين لدائنين دعوى ما وقضي بردها لا يجوز لدائنيه من بعده أن يباشروا برفع نفس الدعوى التي أقامها مدينهم ذلك لأنه يحتج على الخلفاء الخصوصيين بالأحكام التي صدرت ضد المخلف عنه [3].

كما يشترط أن يكون موضوع الدعوى الثانية هو ذاته موضوع الدعوى الأولى، ويقصد بالموضوع الحق الذي يطلبه الخصم أو المصلحة التي يبغي تحقيقها[4]، فحجية الحكم تقتصر على ما طلب في الدعوى التي صدر الحكم فيها، فيجب أن يكون محل الدعوى الجديدة هو ذات المحل في الدعوى الأولى والتي فصل فيها الحكم، والقاعدة في معرفة إذا كان المحلان متحدان في كلا الدعوتين هو عدم تكرار الحكم السابق في الدعوى الجديدة، فلا يكون هناك فائدة منه مثلا أو أن يقضي الحكم الجديد بحكم مناقض للحكم السابق[5].

كما يشترط أن يكون السبب في الدعوتين واحد، ويقصد بالسبب المصدر القانوني للحق المدعى به والذي قد يكون تصرفا قانونيا كالعقد أو واقعة مادية كالفعل الضار، فالسبب مثلا في دعوى المطالبة بين الدائن ومدينه هو سند الدين، فاتحاد السبب يمنع من إقامة دعوى ثانية لذات السبب الأول[6]، ولا يكفي أن يكون السبب في الدعوى الثانية مشابها للسبب في الدعوى الأولى، بل يشترط يشترط أن يكون السبب ذاته في الدعوتين [7].

---

[1] شهاب، **مرجع سابق**، ص292 .

[2] الكيلاني، د. محمود، **شرح قانون أصول المحاكمات المدنية رقم 24 لسنة 1988م**، الطبعة الأولى، عمان، دار وائل للنشر، 2002م، ص304 وانظر أيضا: سعد، **القانون القضائي الخاص**، الجزء الثاني، **مرجع سابق**، ص292 .

[3] هرجة، **مرجع سابق**، ص311 .

[4] حسن، **الدفع بعدم جواز نظر الدعوى لسبق الفصل فيها، مرجع سابق**، ص129 وانظر أيضا: الكيلاني، **مرجع سابق**، ص304 .

[5] أبو عيطة، **مرجع سابق**، ص169 .

[6] القضاة، **مرجع سابق**، ص310 .

[7] الكيلاني، **مرجع سابق**، ص304.

ولا بد من الإشارة إلى أن الحجية تترتب فقط بالنسبة للأحكام القضائية التي تحسم الموضوع وتؤدي إلى استقرار المراكز القانونية الموضوعية، أما الأحكام المتصلة بالإجراءات فإنها لا تترتب عليها كونها لا تمس المراكز القانونية[1].

وتثبت الحجية لمنطوق الحكم كونه يشمل قرار القاضي الفاصل في النزاع[2]، كما تثبت للأسباب المرتبطة ارتباطا وثيقا به لا يقبل التجزئة والتي لا يقوم المنطوق بدونها باعتبارها مكملة له [3]، أما وقائع الدعوى فالأصل أنه لا حجية لها إلا إذا اعتبرت مكملة لمنطوق الحكم بحيث يكون المنطوق ناقصا من غيرها فعندئذ تثبت لها الحجية [4].

**المطلب الثاني: الدفع بمرور الزمن المانع من سماع الدعوى (الدفع بالتقادم) والدفع بوجود اتفاق التحكيم .**

سيتحدث هذا المطلب عن دفعين قانونيين من دفوع عدم القبول تعتبر ذات أهمية كبيرة، بحيث سيتناول الفرع الأول الدفع بعدم قبول الدعوى لمرور الزمن المانع من سماع الدعوى، بينما يتناول الفرع الثاني الدفع ابعدم قبول الدعوى لوجود اتفاق التحكيم .

**الفرع الأول: الدفع بمرور الزمن المانع من سماع الدعوى (الدفع بالتقادم)**

لا بد أن يتم وضع حد نهائي للمطالبة بالحقوق من قبل أصحابها وذلك بتقرير مبدأ التقادم والذي يمنع من سماع الدعوى بعد مرور مدة معينة [5].

وقد عرف البعض التقادم بأنه "المدة المحددة في القانون والذي تسقط بانقضائها المطالبة بالحق[6]".

---

[1] سعد، **القانون القضائي الخاص**، الجزء الثاني، **مرجع سابق**، ص288 .

[2] القضاة، **مرجع سابق**، ص306 .

[3] الأنطاكي، **مرجع سابق**، ص587 وانظر أيضا: سيف، **مرجع سابق**، ص567.

[4] سعد، **القانون القضائي الخاص**، الجزء الثاني، **مرجع سابق**، ص291 .

[5] حسن، علي عوض، **الدفع بالتقادم والسقوط والانقضاء**، الاسكندرية، دار المطبوعات الجامعية، 1996م، ص11.

[6] أبو بكر، **مرجع سابق**، ص50.

بينما عرفه البعض الآخر " انقضاء فترة من الزمن على استحقاق الحق الذي يدعيه شخص في مواجهة شخص آخر [1]".

وقد يبدو للوهلة الأولى أن التقادم وسيلة لاغتصاب الحقوق باسم القانون، فهو يؤدي إلى سقوط الالتزام عن المدين رغم عدم وفائه به، إلا أنه وعلى الرغم من ذلك فهو نظام لا غنى عنه في المجتمع الإنساني كونه يقوم على اعتبارات اقتصادية واجتماعية عادلة [2].

فعلة تقرير التقادم ترجع إلى اعتبارات متعلقة بالنظام العام والأمن المدني في الجماعة، فمن مصلحة الجماعة أن تقوم بتصفية المراكز القديمة ومنع إثارة المنازعات في المسائل التي مضى عليها الزمن، خاصة إذا كانت وسائل الإثبات الخاصة بها قد فقدت أو يستحيل تذكرها مما يتعذر على القضاء معرفة وجه الحقيقية فيها مما يؤدي إلى تكدس القضايا في المحاكم [3].

ولا يكفي مرور الزمن لوحده، وإن كان الزمن عنصرا جوهريا إلا أنه وحده لا يكفي، فيجب أن يضاف عنصرا آخرا له وهو الفعل السلبي ويتمثل في سكوت الدائن وتركه حقه يسقط شيئاً فشيئاً[4]، لذلك سمي بالتقادم المسقط .

والتقادم المسقط هو دفع موجه إلى دعوى الدائن يؤدي إلى سقوط حق المطالبة بالدين إذا تمسك به من له مصلحة فيه[5] .

وقد نصت مجلة الأحكام العدلية على مرور الزمان المانع من سماع الدعوى، حيث جاء في المادة 1660 منها: " لا تسمع دعوى الدين والوديعة والملك والعقار والميراث وما لا يعود من الدعاوي

---

[1] الكيلاني، **مرجع سابق**، ص305 .

[2] عبد اللطيف، محمد، **التقادم المكسب والمسقط**، الطبعة الأولى، القاهرة، مطابع دار النشر للجامعات المصرية، 1958، ص1

[3] العدوي، جلال علي، **أحكام الالتزام**، الإسكندرية، الدار الجامعية، 1985م، ص356.

[4] هليل، **مرجع سابق**، ص816 .

[5] العدوي، **مرجع سابق**، ص356. أما التقادم المكسب فالأساس الجوهري له هو الحيازة، فالحائز يباشر فعلا إيجابيا وهو السيطرة على الشيء سيطرة فعليه بهدف تملكه بالإضافة إلى عنصر الزمن يراجع هليل، **مرجع سابق**، ص816 وانظر أيضا: عبد اللطيف، **مرجع سابق**، ص19 .

إلى العامة ولا إلى أصل الوقف في العمارات الموقوفة كدعوى المقاطعة أو التصرف بالإجارتين والتولية المشروطة والغلة بعد أن تركت خمس عشرة سنة ".

ولا ينقضي الحق بمرور الزمن ولا يبطل، إلا أن كل ما في الأمر أن الدفع بالتقادم يمنع من سماع الدعوى مع بقاء الحق لصاحبه، فإذا أقر به الخصم لزمه، وهذا ما نصت عليه مجلة الأحكام العدلية وتحديدا في المادة (1674 ) منها [1].

وهذا ما طبقته محكمة التمييز أيضا في قراراتها ، فقد ورد في قرار لها: " لا ينقضي الحق بمرور الزمان ولكن لا تسمع به الدعوى على المنكر بمرور الزمان المانع من سماعها كما يستفاد من أحكام المواد (449-463) من القانون المدني المستمدة من الشريعة الإسلامية التي تقوم على قاعدة أرسى أصولها الحديث الشريف (لا يبطل حق امرئ مسلم وإن قدم) وأخذت بها مجلة الأحكام العدلية "[2] .

وهذا ما نص عليه القانون المدني المصري[3] حيث جاء في المادة ( 1/386 ) منه: "يترتب على التقادم انقضاء الالتزام ومع ذلك يتخلف في ذمة المدين التزام طبيعي " .

والدفع بمرور الزمن يوجه إلى الوسيلة التي يحمي بها صاحب الحق فيها حقه، ذلك أن الحق لا ينقضي بمرور الزمن بل فقط تزول عنه الحماية القانونية، بالتالي ويعتبر الدفع بمرور الزمن من أنواع الدفوع بعدم القبول وليس دفعاً موضوعياً [4].

---

[1] حيث جاء في المادة المذكورة: "لا يسقط الحق بتقادم الزمان. بناء عليه إذا اقر واعترف المدعى عليه صراحة في حضور الحاكم بأنه للمدعي عنده حق في الحال في دعوى وجد فيها مرور الزمان بالوجه الذي ادعاه المدعي، فلا يعتبر مرور الزمان ويحكم بموجب إقرار المدعى عليه، وأما إذا لم يقر المدعى عليه في حضور الحاكم وادعى المدعي بكونه أقر في محل آخر فكما لا تسمع دعواه الأصلية لا تسمع دعوى الإقرار، ولكن الإقرار الذي ادُّعى إن كان قد ربط بسند أو لخط المدعى عليه المعروف أو ختمه مقدماً ولم يوجد مرور الزمان من تاريخ السند إلى مدة الدعوى تسمع دعوى الإقرار على هذه الصورة.

[2] قرار محكمة التمييز الأردنية حقوق رقم 2803/ 2005 بتاريخ 12/27/ 2005 والمشار إليه في كتاب مسعود، **مرجع سابق**، ص17 .

[3] القانون المدني المصري رقم 131 لسنة 1948م والصادر في 16 /7/ 1948 والمنشور في العدد 108 من الوقائع المصرية بتاريخ 29 /7 /1948م.

[4] الأخرس، **مرجع سابق**، ص395.

وهناك من يعتبر أن الدفع بمرور الزمن المانع من سماع الدعوى هو دفع موضوعي[1] ويستندون في ذلك إلى نص المادة (387) من القانون المدني المصري والتي تنص على جواز التمسك بالدفع في أي حالة كانت عليها الدعوى حتى لو لأول مرة أمام المحكمة الاستئنافية [2].

وترى الباحثة أن الدفع بالتقادم هو دفع بعدم قبول الدعوى ، فهو يوجه إلى الوسيلة التي يحمي بها صاحب الحق حقه وهي الدعوى، فهو دفع لا يرد على موضوع الدعوى ولا على أصل الحق حتى يعتبر دفعاً موضوعياً، وإنما كل ما في الأمر أن المدعى عليه يطلب من المحكمة عدم سماع دعوى خصمه لمرور الزمن المانع من سماعها دون أن يناقش موضوعها لا من قريب أو من بعيد ، كما لا يمكن اعتباره دفعا شكليا كونه لا يوجه إلى إجراءات الخصومة، فهو دفع ينازع في شروط قبول الدعوى ويطلب من المحكمة عدم سماعها.

وهناك من يرى بأن الدفع بالتقادم وكونه يعتبر من دفوع عدم القبول فإنه يجوز إبدائه في أي حالة تكون عليها الدعوى حتى لو كان لأول مرة أمام محكمة الاستئناف، ذلك لأن التكلم في الموضوع لا يتعارض مع قيام المدين بطلب تقادم الحق ليتفادى الحكم عليه بتقريره، فالتقادم وفقا لهذا الرأي هو وسيلة دفاع ، ولا يعقل أن يعد إبداء وسيلة دفاع مسقطا لوسيلة دفاع أخرى[3]، وهذا هو موقف القانون المدني المصري[4] .

إلا أنه لا يجوز التمسك به لأول مرة أمام محكمة النقض كونه يعتبر في هذه الحالة دفعا جديدا لم يتم عرضه على محكمة الموضوع[5]، على أنه إذا أعيدت الدعوى مرة أخرى من محكمة النقض إلى محكمة الاستئناف فيجوز هنا التمسك فيه أمامها بشرط أن لا يكون الخصم قد تنازل عنه [1].

---

[1] الزعبي، خالد يوسف الفندي، **الدعوى**، الطبعة الأولى، عمان، بدون اسم ناشر، 1995، ص125 وانظر أيضا: هليل، **مرجع سابق**، ص844 وانظر أيضا: حسن، **الدفع بالتقادم والسقوط والانقضاء، مرجع سابق**، ص106 .

[2] هليل، **مرجع سابق**، ص844 وانظر أيضا: حسن، **الدفع بالتقادم والسقوط والانقضاء، مرجع سابق**، ص106 .

[3] أبو الوفا، **نظرية الدفوع في قانون المرافعات، مرجع سابق**، ص613 .

[4] حيث نص القانون المدني المصري على ذلك في المادة ( 387 /2) حيث جاء فيها: " يجوز التمسّك بالتقادم في أية حالة كانت عليها الدعوى ولو أمام المحكمة الاستئنافية " .

[5] العدوي، **مرجع سابق**، ص400 وانظر أيضا: أحمد، **مرجع سابق**، ص16 وانظر أيضا: عبد اللطيف، **مرجع سابق**، ص47 .

ويجب أن يتم إبداء الدفع بالتقادم بصورة واضحة وهذا ما طبقته محكمة التمييز في قراراتها حيث ورد في قرار لها:

" إن الدفع بالتقادم يجب أن يكون بصورة واضحة حسبما ورد في المادة 464/ 1 من القانون المدني ويجب أن يكون بناء على طلب المدين أو ممن له مصلحة فيه من الخصوم "[2].

ويجوز استئناف الحكم الصادر بالدفع بعدم قبول الدعوى للتقادم سواء كان قاضيا بالرفض أو القبول عملا بالمادة (90) من قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية الفلسطيني، وهذا ما نص عليه أيضا قانون أصول المحاكمات المدنية الأردني أيضاً في المادة (2/109)[3] والمادة (6/170)[4]".

إلا أن محكمة النقض المصرية اعتبرت أن القرار الصادر برفض الدفع بالتقادم هو قرار تمهيدي بالتالي لا يطعن فيه على استقلال وإنما مع الحكم الفاصل في الدعوى.[5]

ويرى البعض أنه يترتب على قبول المحكمة للدفع بمرور الزمن استنفاذ محكمة الدرجة الأولى لولايتها على النزاع، ذلك أن الحكم بقبوله هو قضاء في أصل الدعوى، فإذا تم استئناف الحكم لدى محكمة الاستئناف المختصة فإن ذلك معناه نقل النزاع برمته إليها على أساس ما يقدم لها من أدلة وأوجه دفاع جديدة[6].

---

[1] الشواربي، د. عبد الحميد وعثمان، أسامة، **أحكام التقادم في ضوء القضاء والفقه**، الإسكندرية، منشأة المعارف، 1996م، ص216 .

[1] يراجع قرار محكمة التمييز في الدعوى الحقوقية رقم 1822 / 2001 بتاريخ 3/ 10/ 2001 والمشار إليه في كتاب مسعود، **مرجع سابق**، ص73 .

[3] حيث جاء في المادة السابقة: "على المحكمة أن تفصل في الطلب المقدم إليها بموجب أحكام الفقرة (1) من هذه المادة، ويكون حكمها الصادر في هذا الطلب قابلاً للاستئناف ".

[4] حيث جاء في المادة المذكورة: " لا يجوز الطعن في الأحكام التي تصدر أثناء سير الدعوى ولا تنتهي بها الخصومة إلا بعد صدور الحكم المنهي للخصومة كلها، ويستثنى من ذلك القرارات الصادرة في المسائل التالية: ..... 6- الدفع بمرور الزمن".

[5] انظر طعن رقم 298 سنة 36 ق جلسة 1971/3/2م س22 ص239 والمشار إليه في كتاب أبو سعد، **المشكلات العملية في الدفع بالتقادم والسقوط والانقضاء وعدم السماع**، القاهرة، دار محمود للنشر والتوزيع، 1996م، ص5 .

[6] حسن، **الدفع بالتقادم والسقوط والانقضاء**، مرجع سابق، ص106.

وهذا الاتجاه الذي سارت عليه محكمة النقض المصرية في قراراتها، حيث اعتبرت أن الدفع بالتقادم هو دفع موضوعي والحكم بقبوله قضاء في أصل الدعوى تستنفذ فيه محكمة الدرجة الأولى ولايتها في الفصل في النزاع ويترتب على استئنافه أن يتم نقل موضوع النزاع برمته إلى محكمة الدرجة الثانية لتنظر فيه على أساس ما يقدم لها من أدلة وأوجه دفاع جديدة[1].

إلا أن المشرع الفلسطيني في قانون أصول المحاكمات المدنية وتحديدا في المادة (3/223) قد أوجب على محكمة الاستئناف وفي حال قيامها بإلغاء قرار محكمة الدرجة الأول والقاضي برد الدعوى للتقادم أن تعيد أوراق الدعوى إلى محكمة الدرجة الأولى لتنظر في موضوعها كونها لم تستنفذ ولاية الفصل فيه[2]، كما نص المشرع الأردني أيضا على نفس الحكم في المادة (5/188) منه [3] وهذا ما ستتعرض له الباحثة بالتفصيل في الفصل الثاني من هذه الدراسة .

**الفرع الثاني: الدفع بعدم قبول الدعوى لوجود اتفاق التحكيم**

يقصد بالتحكيم ذلك الاتفاق بين الخصوم والذي ينزل الخصوم بموجبه عن الالتجاء إلى القضاء ويلتزمون بطرح النزاع على محكم أو أكثر حتى يفصلوا به بحكم ملزم لهم[4].

والتحكيم طريق استثنائي لفض النزاعات بين الأطراف يترتب عليه حرمانهم من الالتجاء إلى القضاء في الموضوع الذي اتفقوا مسبقا على التوجه إلى التحكيم بشأنهم[5].

---

[1] طعن رقم 212 سنة 34 ق جلسة 28 /2/ 1968 م س19 ص409 ع1 والمشار إليه في كتاب أبو سعد، **المشكلات العملية في الدفع بالتقادم والسقوط والانقضاء وعدم السماع**، مرجع سابق، ص1 .

[2] حيث جاء في المادة (3/223) من قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية الفلسطيني: " إذا ألغي الحكم المستأنف القاضي برد الدعوى لعدم الاختصاص أو لسبق الفصل فيها أو لسقوط الحق المدعى به بالتقادم أو لأي سبب شكلي ترتب عليه عدم الفصل في موضوعها وجب على محكمة الاستئناف أن تقرر إعادة الدعوى إلى محكمة أول درجة للنظر في موضوعها "

[3] حيث نصت المادة السابقة على: " فسخ الحكم المستأنف القاضي برد الدعوى لعدم الاختصاص، أو لكون القضية مقضية، أو لمرور الزمن أو لعدم الخصومة، أو لأي سبب شكلي يوجب على محكمة الاستئناف أن تقرر إعادة الدعوى إلى محكمة الدرجة الأولى للنظر في الموضوع ".

[4] أبو الوفا، أحمد ، **التحكيم الاختياري والإجباري**، الطبعة الرابعة، الإسكندرية، منشأة المعارف، 1983م، ص15 .

[5] القضاة، **مرجع سابق**، ص303.

وسبب التجاء الأطراف إلى التحكيم بدلاً من القضاء يرجع إلى ما يمتاز به التحكيم من سرية الجلسات وسرعة في الإجراءات بالإضافة إلى تجنب الكثير من المصاريف التي يتكبدها الخصوم في القضاء العادي، بالإضافة إلى أن الخصوم عندما يختارون المحكمين فهم يختارونهم على أساس ثقتهم بهم وبقرار حكمهم مما يجعلهم ينفذون القرار طواعية وليس قسراً [1].

ويعتبر الاعتداد بشرط التحكيم من قبيل الدفوع بعدم قبول الدعوى، ذلك لأنه وبموجب هذا الدفع ينكر الخصم سلطة خصمه في الالتجاء إلى القضاء لحماية حقه [2]، فالاتفاق على التحكيم لا ينزع الاختصاص من محكمة ما وإنما يمنع من سماع الدعوى بسبب وجود اتفاق التحكيم والذي بموجبه يتنازل الخصم عن الذهاب إلى القضاء لحماية حقه[3]، ويحل المحكم محل المحكمة في نظر النزاع[4].

فإذا تم الاتفاق بين الأطراف على الذهاب إلى التحكيم في نزاع معين، فإن الدعوى المقامة أمام المحكمة للفصل في هذا النزاع تكون غير مقبولة ويحكم بعدم قبولها وذلك دون التعرض لموضوع النزاع، فهو دفع بعدم قبول الدعوى كونه يوجه إلى شروط الالتجاء إلى القضاء، فهو يتعلق بالوسيلة المقررة لحماية الحق عن طريق المحاكم وهي الدعوى، فالشخص الملزم به عليه أن يطلب الحماية عن طريق التحكيم لا عن طريق المحكمة، لهذا يعد شرط عدم الالتزام بالتحكيم شرطاً سلبياً لقبول الدعوى[5].

والاتفاق على التحكيم يؤدي إلى المساس بالشروط اللازمة لقبول الطلب القضائي، ذلك أن الحق في الدعوى يبقى قائما ولا يمس به، وإنما الذي يمس به هو وسيلة الحق في الدعوى، فبدلا من استخدامها عن طريق الطلب القضائي العادي يتم استعمالها عن طريق اللجوء إلى التحكيم[6]، ذلك

---

[1] العبودي، **مرجع سابق**، ص396 .

[2] عمر وخليل وهندي، **مرجع سابق** ، ص223 وانظر أيضا: أبو الوفا، **نظرية الدفوع في قانون المرافعات، مرجع سابق**، ص30.

[3] سليم وعليان وأبو هنطش، **مرجع سابق**، ص18 وانظر أيضا: فودة، **الدفع بانتفاء الصفة أو المصلحة في المنازعات المدنية**، مرجع سابق، ص93 وانظر أيضا: أبو الوفا، **نظرية الدفوع في قانون المرافعات**، مرجع سابق، ص791.

[4] أبو الوفا، **التحكيم الاختياري والإجباري، مرجع سابق**، ص16 .

[5] النمر، **مرجع سابق**، ص15 .

[6] عمر، **الدفع بعدم القبول ونظامه القانوني**، مرجع سابق، ص189 .

أنه عند الاتفاق على الذهاب إلى التحكيم تكون الدعوى قد فقدت شرطاً من شروط قبولها الأمر الذي يمنع على المحكمة قبولها [1].

وقد نصت المادة ( 7 /1 ) من قانون التحكيم الفلسطيني[2] على: "1- إذا شرع أحد أطراف التحكيم في اتخاذ أي إجراء قانوني أمام أية محكمة ضد الطرف الآخر بشأن أمر تم الاتفاق على إحالته إلى التحكيم، فيجوز للطرف الآخر قبل الدخول في أساس الدعوى أن يطلب من المحكمة وقف ذلك الإجراء وعلى المحكمة أن تصدر قراراً بذلك إذا اقتنعت بصحة اتفاق التحكيم ".

وبالرجوع إلى نص المادة السابقة نجد أن قانون التحكيم الفلسطيني قد سكت عن تحديد طبيعة الدفع بالتحكيم ولم يشر إلى أي طائفة من الدفوع ينتمي، إلا أنه اشترط أن يتم التمسك فيه قبل الدخول في أساس الدعوى.

وقد نص قانون التحكيم المصري[3] أيضا في المادة (13) منه على:" 1- يجب على المحكمة التي يرفع إليها نزاع يوجد بشأنه اتفاق تحكيم أن تحكم بعدم قبول الدعوى إذا دفع المدعى عليه بذلك قبل إبدائه أي طلب أو دفاع في الدعوى. 2- ولا يحول رفع الدعوى المشار إليها في الفقرة السابقة دون البدء في إجراءات التحكيم أو الاستمرار فيها أو إصدار حكم التحكيم " .

وبالعودة إلى نص المادة (13) من قانون التحكيم المصري نجدها قد نصت صراحة على اعتبار الدفع بوجود اتفاق التحكيم من أنواع الدفوع بعدم القبول ذلك أنه أشار في المادة السابقة على أن حكم المحكمة يكون بعدم قبول الدعوى[4].

---

[1] أبو الوفا، **التحكيم الاختياري والإجباري**، مرجع سابق، ص122 .

[2] قانون التحكيم الفلسطيني رقم (3) لسنة 2000م والمنشور في الصفحة الخامسة من العدد 33 من الوقائع الفلسطينية (السلطة الوطنية الفلسطينية) بتاريخ 2000/06/30م.

[3] قانون التحكيم المصري رقم (27) لسنة 1994م والمنشور بالجريدة الرسمية بالعدد 16 الصادر بتاريخ 1994/4/21م.

[4] يونس، محمود مصطفى، **المرجع في أصول التحكيم**، القاهرة، دار النهضة العربية، 2009م، ص176.

كما نصت المادة (12) من قانون التحكيم الأردني[1] على: " على المحكمة التي يرفع إليها نزاع يوجد بشأنه اتفاق تحكيم أن تحكم برد الدعوى إذا دفع المدعى عليه بذلك قبل الدخول في أساس الدعوى 2- ...."

فوفقا للمادة السابقة فإنه يجب على المحكمة أن تحكم برد الدعوى إذا دفع أمامها بعدم قبول الدعوى لوجود اتفاق التحكيم وذلك قبل الدخول في الأساس، إلا أن الصحيح أن يتم النص على المحكمة أن تحكم بعدم قبول الدعوى التي دفع فيها بوجود اتفاق التحكيم وذلك قبل الدخول في أساس الدعوى[2]، ذلك أن الدفع بوجود الاتفاق على التحكيم يعتبر صورة من صور الدفع بعدم القبول وهذا ما اتجهت إليه محكمة التمييز الأردنية في قضائها مؤخراً[3] .

حيث ورد في قرار لها: " أن الدفع بالتحكيم هو دفع بعدم قبول الدعوى ،...." [4].

ويجب أن يوجه الدفع بوجود شرط التحكيم إلى كافة المدعيين في الدعوى وإلا اعتبر غير مقبولا[5]، وفي حال أصدرت المحكمة حكما بعدم قبول الدعوى لوجود شرط التحكيم، فإن عليها أن توضح في حكمها أن شرط الاتفاق على التحكيم هو شرط صحيح وقائم، وأن موضوع النزاع والذي رفعت به الدعوى هو موضوع يخضع للتحكيم وذلك استنادا إلى اتفاق التحكيم [6].

ويجوز استئناف حكم محكمة الدرجة الأولى القاضي بعدم قبول الدعوى لوجود شرط التحكيم استقلالا، وليس مع الحكم الفاصل في الدعوى، باعتباره من دفوع عدم القبول التي نصت عليها المادة (90) من قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية الفلسطيني والتي أجازت الطعن بهذه الدفوع استقلالا.

---

[1] قانون التحكيم الأردني رقم (31) لسنة 2001م والمنشور في الصفحة 2821 من الجريدة الرسمية العدد 4496 بتاريخ 2001/7/16م .

[2] الأخرس، **مرجع سابق**، ص53 .

[3] محيسن، **مرجع سابق**، ص6.

[4] تمييز حقوق رقم 23 / 93 مجلة نقابة المحامين 1994 والمشار إليه في كتاب الزغول، **مرجع سابق**، ص111 .

[5] فودة، **الموسوعة الشاملة في الدفوع والدفاعات**، مرجع سابق، ص531 .

[6] أبو بكر، **مرجع سابق**، ص112 .

وهذا ما نص عليه قانون أصول المحاكمات المدنية الأردني وتحديدا في المادة (170) منه والتي جاء فيها:" لا يجوز الطعن في الأحكام التي تصدر أثناء سير الدعوى ولا تنتهي بها الخصومة إلا بعد صدور الحكم المنهي للخصومة كلها، ويستثنى من ذلك القرارات الصادرة في المسائل التالية..... 4 – الدفع بوجود شرط التحكيم ".

وإذا قامت محكمة الاستئناف بإلغاء حكم محكمة الدرجة الأولى فإن عليها والحالة هذه أن تعيد أوراق الدعوى إلى محكمة الدرجة الأولى احتراما لمبدأ التقاضي على درجتين فهي لم تستنفذ ولايتها في الفصل في الدعوى كونها لم تبحث موضوع الدعوى ولم تتعرض له[1].

[1] غصوب، **مرجع سابق**، ص436 وانظر أيضا: نقض مدني 6/1/ 1976 م السنة 27 ص138 والمشار إليه في كتاب يونس، **مرجع سابق**، ص181 .

# الفصل الثاني

# إشكاليات التنظيم القانوني للدفع بعدم القبول

ستتحدث الباحثة في هذا الفصل عن إشكاليات التنظيم القانوني الخاصة بالدفع بعدم القبول وذلك في قانون أصول المحاكمات المدنية الفلسطيني رقم (2) لسنة 2001م، حيث ستتعرض إلى الثغرات القانونية الموجودة في نصوصه مستفيدة في ذلك من القوانين المقارنة وتحديدا قانون المرافعات المصري وقانون أصول المحاكمات المدنية الأردني.

وعليه ستقوم بتقسيم هذا الفصل إلى مبحثين رئيسيين، مبحثا أولا ستتحدث فيه عن رخصة الخصوم وسلطة المحكمة في إبداء الدفع بعدم القبول وذلك في مطلبين، ستتحدث الباحثة في المطلب الأول عن رخصة الخصوم في إثارة الدفع بعدم القبول بينما ستتحدث في المطلب الثاني عن سلطة محكمة الموضوع في إثارة الدفع بعدم القبول من تلقاء نفسها ومدى تعلق بعض أنواع الدفع بعدم القبول بالنظام العام.

أما المبحث الثاني فستتناول فيه الحكم الصادر بالدفع بعدم القبول والطعن فيه، بحيث ستتحدث في المطلب الأول عن الحكم الصادر في الدفع بعدم القبول، بينما ستتحدث في المطلب الثاني عن الطعن في الحكم الصادر في الدفع بعدم القبول.

## المبحث الأول: رخصة الخصوم وسلطة المحكمة في إبداء الدفع بعدم القبول

ستتناول الباحثة في هذا المبحث رخصة الخصوم وسلطة المحكمة في إبداء الدفع بعدم القبول، بحيث ستتحدث في المطلب الأول عن رخصة الخصوم في إثارة الدفع بعدم القبول والذي بدوره احتوى على فرعين متتاليين، تناول الفرع الأول رخصة الخصوم في التمسك بالدفع بعدم القبول بينما تناول الفرع الثاني رخصة الخصوم في التنازل عن التمسك بالدفع بعدم القبول، بينما ستتحدث في المطلب الثاني عن سلطة المحكمة في إثارة الدفع بعدم القبول، بحيث تتناول فيه الباحثة سلطة المحكمة في إبداء الدفع بعدم القبول وذلك في الفرع الأول، بينما سيتناول الفرع الثاني مدى تعلق بعض أنواع الدفع بعدم القبول بالنظام العام.

**المطلب الأول: رخصة الخصوم في إثارة الدفع بعدم القبول**

سيتناول هذا المطلب رخصة الخصوم في إثارة الدفع بعدم القبول وذلك في فرعين متتالين، تناول الفرع الأول رخصة الخصوم في التمسك بالدفع بعدم القبول، بينما تناول الفرع الثاني تنازل الخصوم عن التمسك بالدفع بعدم القبول.

**الفرع الأول: التمسك بإثارة الدفع بعدم القبول من قبل الخصوم**

إن الهدف من فكرة الدفع بعدم القبول هي تخويل القاضي ومنحه سلطة تجنب التعرض لموضوع الدعوى، لذلك فمن المنطقي أن يبدى الدفع بعدم القبول قبل الكلام في الموضوع، إلا أن المشرع المصري قدر أن هناك اعتبارا أهم من وظيفة الدفع بعدم القبول وهو حق الدفاع ولهذا نص المشرع المصري على جواز إبداء الدفع بعدم القبول في أي حالة تكون عليها الدعوى حتى ولو كان لأول مرة أمام الاستئناف [1].

ومضمون حق الدفاع تمكين الخصوم من إثارة ما يتعلق بوجود الحق في الدعوى في أي حالة تكون عليها إجراءات الخصومة، فمسألة وجود أو عدم وجود الحق هي مسألة ضرورية يستطيع القاضي من خلالها أن يتناول الموضوع بالنظر والحسم[2].

لذلك كله فقد نص قانون المرافعات المصري في المادة (115) منه على: " الدفع بعدم قبول الدعوى يجوز إبداؤه فى أية حالة تكون عليها ..... " .

وبهذا النص حسم المشرع المصري الخلاف الذي ثار بصدد الوقت الذي يجوز إبداء فيه الدفع بعدم قبول الدعوى[3].

---

[1] فودة، **الدفع بانتفاء الصفة أو المصلحة**، مرجع سابق، ص86.

[2] عمر، **الدفع بعدم القبول ونظامه القانوني**، مرجع سابق، ص203 .

[3] والي وزغلول، **مرجع سابق**، ص20 وص21.

وحيث أن الدفع بعدم القبول يجوز إبداؤه في أي حالة تكون عليها الدعوى وفق التشريع المصري، فإن الحق في إثارة هذا الدفع لا يسقط عند التعرض للموضوع ولا حتى بعد التكلم فيه[1]، ذلك أن الأصل أن الإدعاء أمام القضاء يكون في أي وقت ما لم يوجد نص يخالف هذا الأصل صراحة، بل إن المشرع المصري لم يكتفِ بالقاعدة العامة فقط بل نص صراحة على جواز إبداء الدفع بعدم القبول في أي حالة تكون عليها الدعوى [2].

فإمكانية إثارة الدفع بعدم القبول في أي حالة كانت عليها الدعوى ما هو إلا تطبيق لمبدأ يحكم الدفوع جميعا وهو جواز إبدائها في أي وقت وذلك إعمالا لمبدأ سلطان إرادة المتقاضي [3].

فالأصل في التشريع أن يبدي الخصم دفوعه وطلباته في أي حالة كانت عليها الدعوى ما لم ينص التشريع على خلاف ذلك، كأن يحدد ميعادا معين لإبداء الدفوع كما هو الحال في الدفوع الشكلية الغير متعلقة بالنظام العام والذي اشترط المشرع إبدائها قبل أي كلام في الموضوع [4].

ولا يشترط أن تبدى دفوع عدم القبول جملة واحدة كما هو الحال في الدفوع الشكلية [5]، كما أنه لا يوجد ترتيب معين لإبدائها، فيمكن إبداء دفع بعدم القبول قبل الآخر دون أن يسقط الحق فيه[6].

فللخصم الحق في إبداء ما لديه من دفوع عدم القبول على سبيل التتابع بقدر ما يتوافر لديه من أسباب واقعية، كما يمكن له إبداء دفع واحد وله عدة أسباب واقعية في ذات الوقت، وفي حال إبدائه لعدة دفوع عدم القبول على سبيل التتابع فإن كل دفع يعتبر دفعا مستقلا بحد ذاته، وتحكم

---

[1] صاوي، **مرجع سابق**، ص144 .

[2] النمر، **مرجع سابق**، ص61.

[3] حشيش، أحمد محمد أحمد، **الدفع بعدم قبول الدعوى في المرافعات المدنية والتجارية**، رسالة دكتوراه غير منشورة، جامعة الاسكندرية، مصر، 1968 م، ص369 .

[4] أبو الوفا، **التحكيم الاختياري والإجباري**، **مرجع سابق**، ص127 .

[5] صاوي، **مرجع سابق**، ص144 وانظر أيضا: فودة، **الدفع بانتفاء الصفة أو المصلحة في المنازعات المدنية**، مرجع سابق، ص86 .

[6] راغب، **مرجع سابق**، ص220 وانظر أيضا: النمر، **مرجع سابق**، ص61 وانظر أيضا: عيد، **مرجع سابق**، ص170.

فيه المحكمة على استقلال، والحكم برد الدفع بعدم القبول لا يمنع الخصم من أن يبدي دفعا غيره[1]، ويعد هذا الأمر مظهرا لحرية الخصم في إبداء دفعه [2].

كما إن إثارة دفوع عدم القبول في الدعوى معناه إسقاط حق الخصم في إثارة الدفوع الإجرائية غير المتعلقة بالنظام العام وذلك في الحالة التي لا يقوم المدعى عليه بإثارتها[3]، وهذا ما نصت عليه المادة (108)[4] من قانون المرافعات المصري والمادة (91 /1)[5] من قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية الفلسطيني، فالخصم عند إثارته للدفع بعدم القبول وعدم تعرضه للإجراءات الشكلية معناه أنه يسلم ضمنيا بصحة هذه الإجراءات والخصومة ويستثنى من ذلك الدفوع الشكلية المتعلقة بالنظام العام والتي يمكن إثارتها في أي مرحلة من مراحل الدعوى [6].

ويجوز إثارة الدفع وفق قانون المرافعات المصري لأول مرة أمام محكمة الاستئناف[7]، فالحكم القضائي الصادر عن محكمة الدرجة الأولى لا يقيد إرادة الخصم في إبداء الدفع بعدم القبول[8]، وذلك حتى لا يحرم المدعى عليه من دفاع غالبا ما يمس موضوع الدعوى وأصل الحق[9]، إلا أنه لا لا يجوز إثارته لأول مرة أمام محكمة النقض إلا إذا كان متعلقا بالنظام العام [10].

---

[1] حشيش، **مرجع سابق**، ص373 وص372.

[2] القدومي، **مرجع سابق**، ص105 .

[3] فودة، **الموسوعة الشاملة في الدفوع والدفاعات**، مرجع سابق، ص549 .

[4] حيث جاء فيها: " الدفع بعدم الاختصاص المحلى والدفع بإحالة الدعوى إلى محكمة أخرى لقيام ذات النزاع أمامها أو للارتباط والدفع بالبطلان وسائر الدفوع المتعلقة بالإجراءات يجب إبداؤها معا قبل إبداء أى طلب أو دفاع في الدعوى أو دفع بعدم القبول وإلا سقط الحق فيما لم يبد منها. ويسقط حق الطاعن في هذه الدفوع إذا لم يبدها فى صحيفة الطعن...."

[5] حيث جاء في المادة السابقة دفع بعدم الاختصاص المحلي، والدفع بإحالة الدعوى إلى محكمة أخرى لقيام ذات النزاع أمامها أمامها أو للارتباط، والدفع بالبطلان، وسائر الدفوع المتعلقة بالإجراءات يجب إبداؤها معاً قبل إبداء أي طلب أو دفاع في الدعوى أو دفع بعدم القبول وإلا سقط الحق فيما لم يبد منها.

[6] أبو بكر، **مرجع سابق**، ص86 .

[7] الدناصوري، عز الدين، وعكاز، حامد، **التعليق على قانون المرافعات**، الجزء الأول، الطبعة الثامنة، بدون مكان نشر ولا اسم ناشر، 1996م ، ص653 وانظر أيضا: الشواربي ، **مرجع سابق**، ص780 .

[8] حشيش، **مرجع سابق**، ص372 .

[9] الشواربي، **مرجع سابق**، ص780 وانظر أيضا: أبو الوفا، **نظرية الدفوع في قانون المرافعات**، مرجع سابق، ص807 وانظر أيضا: فودة، **الموسوعة الشاملة في الدفوع والدفاعات**، مرجع سابق، ص549 .

[10] هرجه، **مرجع سابق**، ص288 وانظر أيضا: أبو عيطة، **مرجع سابق**، ص156 وانظر أيضا: عيد، **مرجع سابق**، ص170 وانظر أيضا: أبو الوفا، **التعليق على نصوص قانون المرافعات، مرجع سابق**، ص443 .

فيتمتع هذا الدفع بأحد سمات الدفوع الموضوعية وهي جواز إبدائه في أي حالة كانت عليها الدعوى، إلا أنه يستثنى من هذا النص الحالات الخاصة التي نص المشرع صراحة على إبدائها في موعد معين كالدفع بالتحكيم والذي اشترط إثارته قبل الدخول في أساس الدعوى وإلا اعتبر متنازلا عنه [1].

ويرى البعض أن السبب في جواز إثارة الدفع بعدم قبول الدعوى في أي حالة تكون عليها الإجراءات يرجع إلى طبيعة هذا الدفع، فهو دفع إجرائي يتعلق بالموضوع، وموضوع هذا الدفع هو نفي حق الدعوى لعدم توافر الشروط اللازمة، وحيث يرتبط حق الدعوى بحق الحصول على حكم في موضوعها، فإن العبرة في وجوده لا تكون وقت رفع الدعوى وإنما وقت الحكم فيها، لهذا كله يجب أن يتم تمكين الخصم من التمسك بتخلف هذه الشروط في أي مرحلة قبل الحكم في الموضوع[2].

ولا بد من الإشارة إلى أنه لا يجوز للخصوم الدفع بعدم قبول الدعوى أو الطعن إذا زال سبب عدم قبولها[3]، وعلى القاضي أيضا أن لا يحكم بعدم قبول الدعوى إذا زال السبب الذي لم تقبل لأجله، وذلك في الأحوال التي يجوز فيها تصحيح شكل الدعوى[4].

ومثال ذلك الدفع بعدم قبول الدعوى لانتفاء الصفة فيها، فإذا زال العيب الذي شاب الصفة أثناء نظر الدعوى فلا يجوز قبول الدفع بعدم قبولها وذلك لأن المصلحة في التمسك بهذا الدفع قد انتفت ويستوي أن يكون زوال العيب قبل التمسك بالدفع أو بعد التمسك فيه[5]. بشرط أن يتم تصحيح الصفة في الميعاد المقرر وأن لا يخل بمدة التقادم ولا بالمواعيد المحددة لرفع الدعاوي[6].

---

[1] الزغول، **مرجع سابق**، ص118 .

[2] راغب، **مرجع سابق**، ص220.

[3] شهاب، **مرجع سابق**، ص7 .

[4] غرايبة، **مرجع سابق**، ص174 .

[5] طعن رقم 1618 لسنة 49 ق جلسة 1984/1/23 والمشار إليه في كتاب الطويل، **مرجع سابق**، ص25 .

[6] نقض 1977/5/3 طعن 599 سنة 43 والمشار إليه في كتاب الدناصوري وعكاز، **التعليق على قانون المرافعات، مرجع سابق**، ص657 وانظر أيضا: أبو الوفا، **التعليق على نصوص قانون المرافعات، مرجع سابق**، ص441 .

وعلى الرغم من الميزات السابقة لإبداء الدفع بعدم القبول في أي حالة كانت عليها الدعوى إلا أن هناك من ينتقد هذه القاعدة بسبب أن السماح بها قد يؤدي إلى إساءة استعمالها من قبل الخصم وذلك عن طريق التراخي في إبداء الدفع بعدم القبول بقصد المماطلة في حسم الدعوى، لذلك يرى هذا الرأي بإعطاء سلطة تقديرية للمحكمة في أن ترفض الدفع بعدم القبول الذي يبدى تعسفيا من قبل الخصم بالإضافة إلى إيقاع الجزاءات المناسبة عليه[1].

أما المشرع الفلسطيني فقد نص في المادة (90) منه على: " يجوز للمدعى عليه أن يدفع بعدم قبول الدعوى استناداً إلى أي سبب يؤدي لعدم قبولها قبل الدخول في الأساس، ويكون القرار الصادر برد الطلب أو قبوله قابلاً للاستئناف ".

وبالرجوع إلى نص المادة السابقة يتبين لنا أن المشرع الفلسطيني في قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية الفلسطيني رقم (2) لسنة 2001م قد نص على جواز إبداء الدفع بعدم القبول قبل الدخول في أساس الدعوى، وهذا على خلاف ما كان ينص عليه قانون أصول المحاكمات الحقوقية الملغى[2] والذي كان يجيز إبداء الدفع بعدم القبول في أي حالة كانت عليها الدعوى سواء كان متعلقا بالنظام العام أم لا [3].

وترى الباحثة أن نص المادة المذكورة قد يوقع من يقرأها في لبس ما، فقد يفهم منها أن المشرع الفلسطيني قد أعطى حكما عاما يسري على كافة أنواع الدفوع بعدم القبول ونص على جواز إثارتها قبل الدخول بالأساس، وهو بهذا النص لم يأخذ بعين الاعتبار دفوع عدم القبول المتعلقة بالنظام العام كالدفع بانتفاء الصفة أو المصلحة، مساويا بذلك بين الدفوع الشكلية ودفوع عدم القبول من وجوب إثارة كل منهما قبل الدخول بالأساس وهو بذلك يعارض ذاته أيضا في نص المادة (91) [4]

---

[1] الجرجري، فارس علي عمر، ***الدفوع بعدم قبول الدعوى***، **مجلة الرافدين للحقوق**، الموصل، العدد 38 /2008، ص63.

[2] قانون أصول المحاكمات الحقوقية رقم 42 لسنة 1952م المنشور في العدد 1113 من الجريدة الرسمية الأردنية (الحكم الأردني) بتاريخ 1952/06/16صفحة 288 .

[3] التكروري، الجزء الأول، **مرجع سابق**، ص519 .

[4] حيث جاء في المادة السابقة: " 1- الدفع بعدم الاختصاص المحلي، والدفع بإحالة الدعوى إلى محكمة أخرى لقيام ذات النزاع أمامها أو للارتباط، والدفع بالبطلان، وسائر الدفوع المتعلقة بالإجراءات يجب إبداؤها معاً قبل إبداء أي طلب أو دفاع في الدعوى أو دفع بعدم القبول وإلا سقط الحق فيما لم يبد منها. 2- تحكم المحكمة في هذه الدفوع على استقلال ما لم تأمر بضمها إلى الموضوع وعليها أن تبين ما حكمت به في كل منها على حدة ".

منه والتي توجب إبداء الدفوع الشكلية غير المتعلقة بالنظام العام قبل أي دفاع في الموضوع وقبل أي دفع بعدم القبول[1].

إلا أنه وبمقارنة نص المادة (90)[2] من قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية الفلسطيني مع نص المادة (91)[3] من القانون ذاته نجد أن الأولى احتوت على كلمة يجوز في حين أن الثانية قد احتوت على كلمة يجب، فالصيغة التي أتت فيها المادة (90) تختلف عن الصيغة التي أتت بها المادة اللاحقة لها وهي المادة (91)، فبينما نص المشرع على جواز إبداء الدفع بعدم القبول قبل الدخول في أساس الدعوى نص على وجوب إبداء الدفع الشكلي غير المتعلق بالنظام العام قبل الدخول في أساس الدعوى.

وترى الباحثة أن اختلاف الصيغتين في المواد المذكورة لم يكن عبثا من المشرع بل قصد منها أن دفوع عدم القبول غير المتعلقة بالنظام العام يجوز إبدائها قبل الدخول في أساس الدعوى، أما تلك المتعلقة بالنظام العام فيجوز إثارتها في أي مرحلة من مراحل الدعوى، إلا أن الباحثة ترى أن النص بصيغته الحالية قد يوقع من يطبقه في لبس معين، ويبدو أن هذا ما حصل مع محكمة

---

[1] وقد جاء قانون أصول المحاكمات المدنية اللبناني بنص يتفق مع ما أورده المشرع المصري، حيث جاء في المادة ( 63) منه: " يجوز الإدلاء بدفوع عدم القبول في أي حالة كانت عليها المحاكمة ، إنما يعود للقاضي أن يحكم ببدل العطل والضرر على الخصم الذي تمنع عن الإدلاء بها في وقت مبكر، بقصد المماطلة وإطالة أمد المحاكمة ".

[2] يحيث جاء في المادة المذكورة: "جوز للمدعى عليه أن يدفع بعدم قبول الدعوى استناداً إلى أي سبب يؤدي لعدم قبولها قبل الدخول في الأساس، ويكون القرار الصادر برد الطلب أو قبوله قابلاً للاستئناف".

[3] حيث جاء في المادة المذكورة: " لدفع بعدم الاختصاص المحلي، والدفع بإحالة الدعوى إلى محكمة أخرى لقيام ذات النزاع أمامها أو للارتباط، والدفع بالبطلان، وسائر الدفوع المتعلقة بالإجراءات، يجب إبداؤها معاً قبل إبداء أي طلب أو دفاع في الدعوى أو دفع بعدم القبول وإلا سقط الحق فيما لم يبد منها 2- ..."

النقض الفلسطينية التي طبقت المادة المذكورة على الدفع بسبق الفصل في الدعوى واشترطت إثارته قبل الدخول في أساس الدعوى[1].

كما أن المشرع الفلسطيني قد نص في المادة السابقة على جواز إثارة دفوع عدم القبول قبل الدخول في أساس الدعوى وهذا على خلاف المشرع المصري الذي نص على جواز إثارتها في أي حالة كانت عليها الدعوى، ويبدو أن اتجاه المشرع المصري كان موفقا أكثر من موقف المشرع الفلسطيني وفق تقدير الباحثة، فطبيعة الدفع بعدم القبول تقتضي أن يتم السماح بإثارته في أي حالة كانت عليها الدعوى، حتى يتمكن الخصم من استخدامه في أي مرحلة قبل الحكم في الدعوى.

فهناك أنواع محددة من دفوع عدم القبول لا تتحقق إلا أثناء نظر الدعوى كتقديم طلبات الإدخال أو الطلبات المقابلة، كما قد يسهو الخصوم عن طرح دفع عدم القبول قبل الدخول بالأساس، بالإضافة إلى أن هناك من البينات أو المستندات والتي تستخدم في طرح الدفع بعدم القبول لا يمكن الحصول عليها إلا أثناء السير بالدعوى والنظر بها، لذلك كله توجه المشرع المصري إلى النص على إمكانية إثارة الدفع بعدم القبول في أي حالة كانت عليها الدعوى [2].

لذلك فإن الباحثة ترى ضرورة تعديل نص المادة السابقة من قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية لتصبح " يجوز إثارة دفوع عدم القبول في أي حالة كانت عليها الدعوى ويكون القرار الصادر برد الطلب أو قبوله قابلاً للاستئناف ".

---

[1] حيث جاء في قرار محكمة النقض الفلسطينية رقم 97 / 2008 والمنشور على موقع المقتفي عبر الرابط التالي: http://muqtafi.birzeit.edu/courtjudgments/CJFullText.aspx?CJID=53920 " والذي نراه أن القرار المطعون فيه قد تضمن الحكم برد الطلب رقم (81 / 2007 ) المقدم لرد الدعوى قبل الدخول في الأساس لكونها قضية مقضية، وحيث أن الحكم برد هذا الطلب هو حكم نهائي في الطلب ويندرج ضمن أحكام المادة ( 225) من قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية ولكون الدفع موضوع الطلب يتعلق بالإجراءات وينصب على عدم قبول الدعوى لكونها قضية مقضية ولا بد من التمسك به قبل الدخول في أساس الدعوى وإلا سقط الحق فيما لم يبدَ منها عملا بالمادة (91 / 1و2 ) من القانون المشار إليه، وتحكم المحكمة فيها على استقلال الأمر الذي يجعل هكذا قرارات تندرج ضمن القرارات القابلة للطعن بالنقض عملا بالمادة ( 192 / 5 ) من القانون المذكور .....

[2] أبو بكر، **مرجع سابق**، ص95.

أما المشرع الأردني فقد كان موقفه مخالفا للتشريعات السابقة، فهو لم ينظم الدفوع وأحكامها بشكل مفصل وواضح في قانون أصول المحاكمات المدنية الأردني كما ذكرنا سابقا، ولم يقسمها إلى إجرائية وموضوعية وعدم قبول ولم يحدد القواعد الخاصة بكل فئة منها سوى ما ورد في المادتين (110 و111) من القانون المذكور[1].

وعلى الرغم من أن المشرع الأردني لم يقم بتنظيم أحكام الدفع بعدم القبول في إطار نظرية عامة، ولم يأتِ على ذكره صراحة، إلا أن لهذا الدفع أحكام مستقرة فقها وقضاءا مستخلصة من طبيعة هذا الدفع يجب الالتزام بها [2].

وهناك من يرى أنه وعلى الرغم من أن المشرع الأردني في قانون أصول المحاكمات المدنية الأردني قد جاء خاليا من تنظيم الوقت الذي يجب إثارة الدفع بعدم القبول فيه، إلا أن ذلك معناه عدم وجود قيد على كيفية إثارة الدفع بعدم القبول وفي أي حالة تكون عليها الدعوى طالما لم يوجد نص صريح بذلك [3]باستثناء الدفوع التي نص صراحة على وجوب إبدائها قبل التعرض لموضوع الدعوى وهي الدفع بوجود شرط التحكيم والدفع بمرور الزمن [4].

كما يستثنى من ذلك الدفوع المتعلقة بالإجراءات غير المتصلة بالنظام العام وفقاً لنص المادة (110)[5] من قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية الأردني والتي يجب تقديمها قبل أي دفاع أو طلب في الدعوى وإلا سقط الحق فيها [6].

---

[1] مسعود، **مرجع سابق**، ص42.

[2] الزغول، **مرجع سابق**، ص117 .

[3] الحسيني، لؤي سمير، ***النظام القانوني للدفع بعدم القبول في الدعوى المدنية***، **بحث منشور على مجلة العدالة والقانون مساواة، فلسطين**، العدد الثالث عشر / كانون الأول، 2009م، ص55 .

[4] الدعالسة، سعاد عطية، **الدفع بعدم القبول في القانون الفلسطيني**، جامعة الأزهر، غزة، فلسطين، 2013م، ص62.

[5] حيث جاء في المادة السابقة: "الدفع بالبطلان غير المتصل بالنظام العام وسائر الدفوع المتعلقة بالإجراءات غير المتصلة بالنظام العام، والدفع بعدم الاختصاص المكاني أو بوجود شرط التحكيم يجب إبداؤها معاً قبل إبداء أي دفع إجرائي آخر أو طلب الدفاع في الدعوى وإلا سقط الحق فيها. كما يسقط حق الطعن في هذه الدفوع إذا لم يبدها في لائحة الطعن ".

[6] الزغول، **مرجع سابق**، ص187 .

ويرى البعض أنه يجوز إبداء الدفع بعدم القبول شفاهة أو كتابة بحضور الخصم الآخر أو بغيابه[1]، خصوصا وانه لم يرد نص يوجب إبدائها كتابة وذلك في قانون المرافعات المصري، وعلى الرغم من عدم وجود نص يمنع إثارة الدفع شفاهة ومباشرة في محضر المحاكمة سواء من قبل الخصوم أو وكلاؤهم وذلك في قانون المرافعات المصري، إلا أن هذه الصورة نادرة في الحياة العملية، ذلك لأنه لا يكفي فقط إثارة الدفع بل يجب أن يتم تدعيمه بالأدلة والمستندات وإلا بقي قولا مجردا، وغالبا ما يتم إبداء الدفع شفاهة أمام محاكم الصلح نظرا لبساطة الإجراءات بالإضافة إلى حضور الخصوم بأنفسهم إلى جلسات المحاكمة [2].

كما لا بد من الإشارة إلى أن هناك أنواع من دفوع عدم القبول يمكن طرحها شفاهة، ومثال ذلك الدفع بعدم قبول الطعن لتقديمه بعد المدة المقررة له قانونا، فبعد أن يطلب الطاعن قبول طعنه شكلا، لا يكون أمام المطعون ضده إلا أن يترك الأمر للمحكمة أو أن يطلب عدم قبوله لتقديمه بعد المدة القانونية ومثل هكذا دفع يتصور أن يبدى شفاهة [3].

إلا أنه بالعودة إلى نص المادة (1/100) من قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية الفلسطيني نجدها قد نصت على: " تقدم الطلبات المشار إليها في المواد السابقة إلى المحكمة المختصة وفقاً للإجراءات المقررة لإقامة الدعوى، وفي كل الأحوال لا تقبل الطلبات المشار إليها بعد إقفال باب المرافعة ".

فبالتدقيق في المادة السابقة نجد أن المشرع الفلسطيني اشترط تقديم الدفوع بنفس الطريقة التي تقدم فيها الدعاوى، معنى ذلك أن المشرع في قانون أصول المحاكمات المدنية قد اشترط تقديم هذه الطلبات كتابة وليس شفاهة .

---

[1] هليل، **مرجع سابق**، ص791 وانظر أيضا: الجرجري، **مرجع سابق**، ص65 .

[2] الزغول، **مرجع سابق**، ص178 .

[3] القدومي، **مرجع سابق**، ص133 .

**الفرع الثاني: تنازل الخصوم عن التمسك بالدفع بعدم القبول**

يعتبر مبدأ السيادة للخصوم من المبادئ العامة في الخصومة المدنية، ويقصد بهذا المبدأ أن النزاع الخاص هو ملك الخصوم، فلهم أن يطرحوه على القضاء ولهم ألا يطرحوه، وإذا تم رفع النزاع من قبل أحد الأطراف فإنه يستطيع تركه أو إهماله وعدم السير فيه، وبالإضافة إلى مبدأ سيادة الخصوم يوجد مبدأ حرية الدفاع والذي بموجبه يمكن الخصوم من تقديم الدفوع والأسانيد المثبتة لحقهم ويجعلهم أحرار أيضا في استعمال هذه الوسائل أو عدم استعمالها، وبناءً على تلك المبادئ فإنه يجوز للخصوم التنازل عن التمسك بالدفع بعدم القبول طالما أنه غير متعلق بالنظام العام[1].

فإذا كان الدفع بعدم قبول الدعوى متعلقا بالنظام العام فإنه لا يجوز للخصم العدول عن التمسك به[2]، كما لا يجوز لهم الاتفاق على مخالفته وتسري هذه القاعدة على الدفع بانتفاء المصلحة، فإذا تم الاتفاق مثلا بين أطراف الدعوى على رفعها مع عدم وجود مصلحة للمدعي في رفعها فإن هكذا اتفاق يعتبر باطل ولا يقيد طرفيه، بمعنى أنه يحق للمدعى عليه أن يدفع بعدم قبول الدعوى لانتفاء شرط المصلحة رغم الاتفاق، فهذا التنازل لا يعتد به ولا ينتج أي أثر[3].

وهذا ما قضت به محكمة الاستئناف المصرية حيث جاء في أحد القرارات الصادرة عنها:

" الاتفاق على رفع الدعوى مع عدم وجود مصلحة اتفاق باطل لا قيمة له [4] ".

كما تسري هذه القاعدة على الدفع بانتفاء الصفة، فلا يجوز اتفاق الخصوم على عدم المنازعة في صفات بعضهم في الدعوى كون شرط الصفة من النظام العام أيضا[5].

---

[1] عمر، **الدفع بعدم القبول ونظامه القانوني**، مرجع سابق، ص195 .

[2] عيد، **مرجع سابق**، ص169 وانظر أيضا: عمر، **الدفع بعدم القبول ونظامه القانوني**، مرجع سابق، ص201.

[3] الشرقاوي ووالي، **مرجع سابق**، ص130 .

[4] حكم صادر عن محكمة استئناف مصر في 23 ابريل 1895 والمشار إليه في **المرجع السابق**، ص130.

[5] هليل، **مرجع سابق**، ص752 .

وفوات الميعاد في الطعن يترتب عليه سقوط الحق فيه، ولا يغير من هذا السقوط اتفاق الخصوم على مد الميعاد مثلا أو عدم تمسكهم فيه، وللمحكمة من تلقاء نفسها أن تقضي بعدم قبول الطعن لرفعه بعد الميعاد حتى لو لم يكن هناك نزاع بين الخصوم [1].

أما إذا كان الدفع بعدم القبول متعلق بحق الخصوم وغير متعلق بالنظام العام، فإنه يحق للخصوم التنازل عنه[2]، وتسري هذه القاعدة على الدفع بوجود شرط التحكيم، حيث يمكن النزول عنه صراحة أو ضمناً، كما يسقط الحق فيه لو أثير متأخرا وذلك بعد الكلام في الموضوع، ذلك أن السكوت عن إبدائه يعتبر بمثابة نزول ضمني عن التمسك به[3].

كما تسري هذه القاعدة على الدفع بالتقادم، وهذا ما طبقته محكمة النقض الفلسطينية حيث ورد في قرار لها:

" وحيث أن المحكمة وقبل أن تحدد النقطة الجوهرية في موضوع الخلاف والمفصل الأساس في تقريرها ترى أن لزاما عليها توضيح بعض الأمور المتعلقة بعدم سماع الدعوى لمرور الزمن وهو ما يطلق عليه تقادم الدعوى لتقول بأنه وإن كان الدفع بالتقادم قد شرع لمصلحة الخصوم ويجوز لمن شرع لمصلحته أن يتنازل أو يتجاوز عنه فهو ليس من النظام العام ولا يجوز للمحكمة أن تتصدى له من تلقاء نفسها ....."[4].

ويجب أن يصدر التنازل ممن له مصلحة وصفة في التمسك فيه[5]، إلا أن هذا التنازل لا يكون مقدما ، بمعنى أنه لا يجوز للخصوم الاتفاق مسبقا على التنازل عن كافة الدفوع المتصلة بعدم

---

[1] شهاب، **مرجع سابق**، ص270 .

[2] عيد، **مرجع سابق**، ص170 .

[3] طعن رقم 167 لسنة 31 ق جلسة 24/ 5/ 1966 والمشار إليه في كتاب الطويل، **مرجع سابق**، ص343.

[4] حكم محكمة النقض المنعقدة في غزة في الدعوى الحقوقية رقم 179 لسنة 2003 والمنشور على موقع المقتفي عبر الرابط التالي http://muqtafi.birzeit.edu/courtjudgments/ViewCJCard.aspx?CJID=46365

[5] أبو بكر، **مرجع سابق**، ص99 .

قبول الدعوى حتى تلك الغير متعلقة بالنظام العام، وإن كان من الجائز التنازل عنها بعد ثبوت الحق فيها[1].

فالاتفاق مقدما على التنازل عن الدفع هو اتفاق لا يؤمن معه التعسف، فمثل هكذا اتفاق يحرم الخصم من الضمانات التي منحه إياها المشرع وأراد أن يحميه فيها، وهذا التنازل غير جائز كونه متعلق بحق مستقبلي غير معين بذاته لم ينشأ بعد[2].

وفي حال تعدد المستفيدين من الدفع بعدم القبول، فيجب أن يصدر التنازل عنهم جميعا، فلا يعتد بالتنازل الصادر عن أحدهم، فهو لا يقيد إلا من صدر عنه[3].

ولم يتعرض المشرع الفلسطيني ولا المصري ولا الأردني إلى تنازل الخصوم عن الدفع بعدم القبول ولم يفرده بأحكام خاصة.

والتنازل عن الدفع بعدم القبول وفق قانون المرافعات المصري يتم بسلوك سلبي صادر عن المدعى عليه وذلك عبر امتناع صاحب المصلحة عن إثارته في أي حالة كانت عليها الدعوى[4]، ولا يعتبر الكلام في الموضوع تنازل عن الدفع بعدم القبول، كما لا يعد تنازلا أيضا إثارة الدفع الموضوعي قبل إثارة الدفع بعدم القبول[5].

فقد يرغب المدعى عليه في إطالة أمد إجراءات التقاضي ، وإبعاد مطالبات المدعي عنه إلى أطول فترة ممكنة ، فيخبئ هذا الدفع إلى مرحلة المرافعة النهائية مثلا بعد أن يكون المدعي قد قدم شهوده وبيناته وسنداته وذلك خلال أشهر عديدة [6].

---

[1] الشواربي، **مرجع سابق**، ص781 وانظر أيضا: أبو الوفا، **نظرية الدفوع في قانون المرافعات**، مرجع سابق، ص813.

[2] أبو الوفا، **نظرية الدفوع في قانون المرافعات**، مرجع سابق، ص33 .

[3] الحسيني، **مرجع سابق**، ص56 .

[4] وهذا وفقا للمشرع المصري أما المشرع الفلسطيني فإن الامتناع عن إثارة دفوع عدم القبول قبل الدخول في أساس الدعوى معناه التنازل عنها باستثناء دفوع عدم القبول المتعلقة بالنظام العام.

[5] عمر، **الدفع بعدم القبول ونظامه القانوني**، مرجع سابق، ص196 وص199 وانظر أيضا: أبو بكر، **مرجع سابق**، ص99.

[6] حباس، موسى شكري، **الدفوع الشكلية و الموضوعية و الدفع بعدم القبول والطلبات العارضة**، رام الله، الناشر المؤلف نفسه، 2013م، ص194 .

كما أن عدم إثارة الدفع بعدم القبول أمام محكمة الدرجة الأولى ليس معناه التنازل عنه، ذلك أنه بإمكان الخصم إثارته أمام محكمة الاستئناف سندا للمادة (115) من قانون المرافعات المصري والتي تنص على جواز إبداء الدفع بعدم القبول في أي حالة كانت عليها الدعوى وهذا ما طبقته محكمة النقض المصرية في قراراتها [1].

فقد جاء في أحد القرارات الصادرة عنها: " إذا كان الدفع بعدم قبول الدعوى يجوز إبداؤه في أي حالة تكون عليها الدعوى عملا بالمادة (115) من قانون المرافعات، وكان سكوت الطاعنين عن التمسك به أمام محكمة أول درجة لا يسقط حقهم في إبدائه أمام محكمة الاستئناف .....[2]"

وتسري هذه القاعدة على الدفع بعدم قبول الدعوى لوجود صلح بين أطرافها، فقد يتفق الأطراف على حل النزاع بينهم بالصلح سواء عن طريق اتفاق مكتوب تصدق عليه المحكمة أو بواسطة اتفاق تصادق عليه المحكمة في حضور الخصوم، فالاتفاق السابق يمنع المحاكم من نظر الدعوى في حال تم التمسك بهذا الدفع، إلا أن هذا الدفع ليس من النظام العام، ولا تقضي به المحكمة من تلقاء نفسها، بالتالي يجب أن يتمسك به صاحب الشأن، وإلا اعتبر متنازلا عنه، إلا أنه وفقا لقانون المرافعات المصري يحق له التمسك فيه لأول مرة أمام محكمة الاستئناف كون أن القانون المذكور قد نص على جواز إثارة الدفع بعدم القبول والتمسك فيه في أي حالة كانت عليها الدعوى [3].

إلا أن هذا الأمر مختلف بالنسبة لقانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية الفلسطيني، ذلك أن عدم إثارة الدفع بعدم القبول قبل الدخول في أساس الدعوى معناه التنازل عن إثارتها والتمسك فيها وذلك وفق صريح نص المادة (90) منه والتي اشترطت إثارة الدفع بعدم القبول قبل الدخول في الأساس ويستثنى من ذلك طبعا دفوع عدم القبول المتعلقة بالنظام العام والتي يجوز إثارتها في أي حالة كانت عليها الدعوى.

---

[1] الطعن رقم 335 لسنة 40 ق جلسة 1977/2/2 والمشار إليه في كتاب الطويل، **مرجع سابق**، ص122 .

[2] الطعن رقم 325 لسنة 40 ق جلسة 2 /2/ 1977م والمشار إليه في كتاب أبو سعد، **الموجز العلمي في الدفع بعدم القبول**، مرجع سابق، ص26 .

[3] هليل، **مرجع سابق**، ص783 .

وقد سبق وأن ذكرت الباحثة في الفرع الأول من هذا المطلب ضرورة تعديل المادة السابقة من قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية الفلسطيني بحيث تسمح بإثارة دفوع عدم القبول في أي حالة كانت عليها الدعوى مثلما فعل المشرع المصري، وما يترتب على ذلك من نتائج أهمها جواز إثارة الدفع بعدم القبول لأول مرة أمام محكمة الاستئناف، مما يعني أن الخصم بعدم تعرضه للدفع بعدم القبول أمام محكمة الدرجة الأولى لا يعني أنه متنازلا عنه طالما أن بإمكانه أن يثيره أمام محكمة الدرجة الثانية ، ويستثنى من ذلك كله الدفوع التي نص القانون على وجوب إبدائها في وقت محدد كالدفع بوجود شرط التحكيم والذي نص القانون على وجوب إثارته قبل الدخول في أساس الدعوى .

وهناك من يرى أنه لمعرفة وتحديد فيما إذا كان الخصم متنازلا عن إبداء الدفع بعدم القبول أم لا، فإنه يجب على القاضي البحث في مسلك المدعى عليه وتصرفاته أثناء الدعوى، فإذا كان توجهه خلال الدعوى إلى مناقشة الموضوع وعدم إنكار أحقية خصمه في طلب الحماية القضائية، فإن هذا يعد منه تنازلا عن الدفع بعدم القبول، بشرط أن يتحرز القاضي في هذه المسألة وأن يفسر أي شك لمصلحة المدعى عليه[1].

ويجوز أن يكون التنازل بشكل صريح أو ضمني، وهذا ما طبقته محكمة التمييز الأردنية حيث ورد في قرار لها: " أجازت المادة (464) من القانون المدني إبداء الدفع بعدم سماع الدعوى في أي حالة تكون عليها الإجراءات ما لم يكن صاحب الحق بالدفع قد تنازل عنه صراحة أو دلالة ....[2]"، ويكون التنازل ضمنيا عند التعرض للموضوع دون إبداء الدفع بعدم القبول وفق قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية الفلسطيني ويستثنى من ذلك دفع عدم القبول المتعلقة بالنظام العام.

---

[1] القدومي، **مرجع سابق**، ص111 .

[2] قرار محكمة التمييز الأردنية رقم 1161 لسنة 1994 والمشار إليه في الحسيني، **مرجع سابق**، ص57.

وقد تحدد المحكمة مهلة أخيرة للخصم ليقدم فيها دفعه، فإذا تخلف عن تقديمه ضمن المدة التي حددتها المحكمة، فإن حقه في إبداء دفعه يسقط ويعتبر متنازلا عنه لأن المهمل أولى بالخسارة، هذا كله إذا لم يكن بإمكانه إثارته في مرحلة لاحقة من إجراءات التقاضي[1].

وهناك من يرى أن من مظاهر حرية المتقاضي في إبداء الدفع بعدم القبول يتمثل في حريته في سحب الدفع بعدم القبول بعد أن أثاره لدى المحكمة المختصة، فوفقا لهذا الرأي فإنه يحق للمتقاضي الذي أبدى دفعا بعدم قبول الدعوى أن يقوم بسحبه سواء كان ذلك شفاهة أو كتابة، ويستند ذلك الرأي على نص المادة (144) من قانون المرافعات المصري والتي جاء فيها:

" إذا نزل الخصم مع قيام الخصومة عن إجراء أو ورقة من أوراق المرافعات صراحة أو ضمناً اعتبر الإجراء أو الورقة كأن لم يكن ".

ويذهب هذا الرأي إلى أبعد من ذلك بأن يجيز للمتقاضي سحب الدفع بعدم القبول سواء كان متعلقا بالنظام العام أو غير متعلق به[2].

وإذا كان الخصم يملك حرية التنازل عن الدفع بعدم القبول، إلا أنه لا يملك حرية التنازل عن الحكم بعدم القبول، ومرد ذلك يعود إلى أن الخصم لا يملك تقرير وجود عدم القبول من عدمه، فلا يحق له النزول عنه كونه ينزل عن ما هو مجهول بالنسبة لديه[3]، كما لا يجوز للخصم التنازل عن الدفع بعدم القبول بعد صدور حكم قطعي فيه، ذلك أن صلة الخصوم تكون قد انقطعت بالدعوى بعد صدور الحكم الفاصل فيها [4].

---

[1] القدومي، **مرجع سابق**، ص107 .

[2] حشيش، **مرجع سابق**، ص366 .

[3] حشيش، **المرجع سابق**، ص401 .

[4] الزغول، **مرجع سابق**، ص187 .

**المطلب الثاني: سلطة محكمة الموضوع في إثارة الدفع بعدم قبول الدعوى من تلقاء نفسها ومدى تعلق بعض أنواع الدفع بعدم القبول بالنظام العام .**

سيتناول هذا المطلب دور محكمة الموضوع في إثارة الدفع بعدم القبول من تلقاء نفسها وذلك في الفرع الأول، بينما سيتناول الفرع الثاني مدى تعلق بعض أنواع الدفع بعدم القبول وصوره بالنظام العام.

**الفرع الأول: سلطة محكمة الموضوع في إثارة الدفع بعدم القبول من تلقاء نفسها**

عند الحديث عن سلطة محكمة الموضوع في إثارة الدفع بعدم القبول من تلقاء نفسها فإن هذا الموضوع مرتبط ارتباطا وثيقا بمدى تعلق الدفع بعدم القبول بالنظام العام أم لا .

ويقصد بالنظام العام المبادئ الأساسية للنظام الاجتماعي والقانوني في الدولة، وفكرة النظام العام فكرة مرنة وغير محددة، لذلك نجد أن تشريعات دول العالم ومنها التشريعات العربية لم تضع تعريفا له، وذلك لأنه يختلف ويتغير وفقا للزمان والمكان، فما يعتبر من النظام العام في بلد ما قد لا يعتبر كذلك في بلد آخر [1].

وللإجابة على موضوع تعلق الدفع بعدم القبول بالنظام العام أم لا يجب أن يتم النظر الأساس الذي يستند إليه الدفع بعدم القبول[2]، فلا يمكن تقرير قاعدة عامة تسري على كافة دفوع عدم القبول، فهناك حالات يتعين على المحكمة فيها أن تقضي بالدفع بعدم القبول من تلقاء نفسها، وهناك حالات أخرى يجب على الخصم فيها أن يتمسك بالدفع بعدم القبول وإلا اعتبر متنازلا عنه[3]، فيجب أن يتم البحث في موضوع كل دفع على حدة والوقوف على طبيعة البواعث التي أدت إلى تقريره وهل هو مقرر للصالح الخاص أم مقرر لصالح المجتمع بأكمله [4].

---

[1] الفار، عبد القادر، **المدخل لدراسة العلوم القانونية**، الطبعة الأولى، عمان، دار الثقافة للنشر والتوزيع، 2006م، ص56.

[2] الشرقاوي ووالي، **مرجع سابق**، ص129 .

[3] هليل، **مرجع سابق**، ص792 وانظر أيضا: أبو الوفا، **نظرية الدفوع في قانون المرافعات**، مرجع سابق، ص808 .

[4] الدناصوري وعكاز، **التعليق على قانون المرافعات**، مرجع سابق، 654 وانظر أيضا: أبو سعد، **الموجز العلمي في الدفع بعدم القبول**، مرجع سابق، ص28.

والبحث في موضوع تعلق الدفوع بعدم القبول بالنظام العام أم لا، ليس له علاقة بطبيعة الدفع بعدم القبول في كونه من الدفوع الشكلية أو الموضوعية، فالقول أن هذا الدفع من الدفوع الشكلية لا يعني أن المحكمة لا تحكم به من تلقاء نفسها فهناك الدفوع الشكلية المتعلقة بالنظام العام كالدفع بعدم الاختصاص النوعي والذي يجب على المحكمة أن تتعرض له من تلقاء نفسها، كما أن القول بأن هذا الدفع من الدفوع الموضوعية لا يعني أن تحكم المحكمة به من تلقاء نفسها، فكثير من الدفوع الموضوعية متعلقة بمصلحة الخصوم ويجوز لهم النزول عنها[1].

ولا بد من الإشارة أيضا إلى أن إبداء الدفوع بعدم القبول في أي حالة تكون عليها الدعوى لا يعني أن هذه الدفوع متعلقة بالنظام العام[2].

وتتمتع المحكمة بموقع إيجابي عندما تتصدى لدفوع عدم القبول المتعلقة بالنظام العام من تلقاء نفسها، فهي تطبق القانون بشكل سليم ومطابق للواقع، ويكون حكمها سليما ومتفقا وصحيح القانون[3].

وعادة ما يتصل الدفع بعدم قبول الدعوى بالنظام العام، وفي هذه الحالة يمكن للمحكمة أن تثير مسألة عدم قبول الدعوى من تلقاء نفسها[4].

ذلك أن من طبيعة عمل القاضي التحقق من شروط صحة الخصومة كونها من النظام العام، فلا يجب عليه الانتظار إلى حين أن يتقدم المدعى عليه بدفع عدم قبول الدعوى لانتفاء حق المدعي في إقامتها، بل إنه إجراء وجب على القاضي تقريره في حال وجوده، وهذا على خلاف الخلل في إجراءات الخصومة الشكلية التي ليست من النظام العام، فلا حرج على القاضي إن قام بغض

---

[1] سيف، **مرجع سابق**، ص353 .

[2] النمر، **مرجع سابق**، ص61 .

[3] أبو بكر، **مرجع سابق**، ص99 .

[4] عرفة، **مرجع سابق**، ص80 وانظر أيضا: صاوي، **مرجع سابق**، ص145 وانظر أيضا: عمر وخليل وهندي، **مرجع سابق**، ص330 .

الطرف عنها، ذلك أن هذه الدفوع تثار من قبل صاحب المصلحة فيها، ولا يوجد دور للقاضي فيها، فلا يمكنه تنبيه الخصوم لها والساقط في هذه الحالة لا يعود[1].

ولم ينص المشرع الفلسطيني في قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية على دفوع عدم القبول المتعلقة بالنظام العام والتي يمكن للمحكمة إثارتها من تلقاء نفسها، بل اكتفى بالنص على الدفع بسبق الفصل في الدعوى وذلك في المادة (92) منه [2]، حيث أوجب على المحكمة أن تثيره من تلقاء نفسها، كما نص في المادة الثالثة منه على الدفع بعدم قبول الدعوى لانعدام المصلحة فيها والذي ألزم المحكمة أيضا أن تقضي به من تلقاء نفسها دون أن يتعرض لغيرها من دفوع عدم القبول، وهو نفس الاتجاه الذي سار عليه من قبله قانون المرافعات المصري أيضا[3].

وهناك من يرى أن الدفع بعدم القبول لا يتعلق بالنظام العام إلا في حالتين اثنتين وهما: عندما ينص القانون على ذلك صراحة أو عندما يمس مسألة من النظام العام[4].

فإذا نص القانون صراحة على اعتبار مسألة ما من النظام العام فإن النص القانوني يكون قد حسم هذه المسألة[5]، فالمشرع عندما ينص على أن هناك قاعدة إجرائية متعلقة بالنظام العام معنى ذلك أنه قرر بالنص على أن تلك القاعدة تستجيب للغايات العليا التي يصبو إليها المجتمع بأكمله[6] .

---

[1] حباس، **مرجع سابق**، ص194 .

[2] " الدفع بعدم الاختصاص لانتفاء ولايتها أو بسبب نوع الدعوى أو قيمتها أو لسبق الفصل فيها تحكم به المحكمة من تلقاء نفسها، ويجوز الدفع به في أية حالة كانت عليها الدعوى ".

[3] وحسنا فعل المشرع اللبناني في قانون أصول المحاكمات المدنية وتحديدا في المادة ( 64) منه عندما نص صراحة على لزوم إثارة الدفع بعدم القبول من قبل المحكمة عند تعلقه بالنظام العام بل وذكر بعض الحالات التي تعتبر من النظام العام، حيث جاء في المادة المذكورة: "على المحكمة أن تثير دفع عدم القبول عندما يتصل بالنظام العام، سيما إذا نتج عن عدم مراعاة مهل الطعن أو عن عدم جواز استعمال طرق الطعن ، للمحكمة أن تثير تلقائيا دفع عدم القبول الناتج عن انتفاء الصفة أو المصلحة "

[4] أبو الوفا، **التعليق على نصوص قانون المرافعات**، مرجع سابق، ص443 وانظر أيضا: هرجة، **مرجع سابق**، ص288 وانظر أيضا: أبو عيطة، **مرجع سابق**، ص156 .

[5] البكري، المجلد الثالث، **مرجع سابق**، ص930 .

[6] القدومي، **مرجع سابق**، ص100 .

فبداهة لا يوجد أية إشكال عندما ينص القانون صراحة على اعتبار دفع ما من دفوع عدم القبول من النظام العام، فعندما يرد النص لا مجال للاجتهاد، فعندما يذكر المشرع أن الدفع بعدم القبول في حالة معينة يجوز للمحكمة إثارته من تلقاء نفسها يكون هذا الدفع من النظام العام، ويسري هذا الحكم سواء كان النص على ذلك نص صريح أو عبارة عن مبدأ عام في قانون المرافعات يحث القاضي على إثارة الدفع بعدم القبول من تلقاء نفسه كمبدأ عدم جواز تعديل الطلب القضائي لأول مرة أمام محكمة الاستئناف[1].

أما عندما لا يوجد نص في القانون فإنه يتم النظر إلى كل حالة على حدة، فعندما يتعلق الدفع بعدم القبول بالإجراءات والتي وجدت مراعاة للمصلحة العامة لا لمصلحة الخصم، فإنه والحالة هذه يعتبر من النظام العام وعلى المحكمة أن تقضي به من تلقاء نفسها حتى ولو لم يتمسك به الخصم، أما إذا كان متعلقا بمصلحة الخصم لا المجتمع فإنه لا يعتبر في هذه الحالة من النظام العام [2].

فلا يشترط وجود نص صريح في القانون مكتوب يحدد أن ذلك الدفع متعلق بالنظام العام، بل يكفي أن يكون التكليف الوارد في هذه القواعد والموضوعة من قبل المشرع ماساً بالمصالح العليا والأساسية للمجتمع في ظل وجود نظام قانوني قضائي منظم و جيد وفعال[3].

وهناك من يرى أن تحديد فيما إذا كان الدفع بعدم القبول متصل بالنظام العام أم لا هو أمر يرجع في تقديره إلى القاضي المختص، فهو عن طريق ما يتمتع به من ملكته القانونية وثقافته الفكرية والمجتمعية يستطيع تحديد إذا كان الدفع يمس بالمصالح الأساسية للنظام العام أم لا محاولا الوصول إلى تحقيق العدالة عن طريق التوفيق بين روح القانون ونص القانون[4].

وترى الباحثة أنه لا يوجد إشكالية عندما ينص القانون على اعتبار دفع معين هو دفع متعلق بالنظام العام، فلا اجتهاد في مورد النص، أما في حالة عدم وجود نص معين يقضي بذلك،

---

[1] عمر، **الدفع بعدم القبول ونظامه القانوني**، مرجع سابق، ص183 .

[2] هليل، **مرجع سابق**، ص792 .

[3] القدومي، **مرجع سابق**، ص101 .

[4] الحسيني، **مرجع سابق**، ص54 .

ولمعرفة فيما إذا كان الدفع متعلق بالنظام العام أم لا فإنه ينظر إلى مدى تعلقه بمصلحة خاصة تمس الأفراد أو عامة تمس مصالح المجتمع العليا، فإذا كان من النوع الأول فهو دفع غير متعلق بالنظام العام، أما إذا كان من النوع الثاني فهو دفع غير متعلق بالنظام العام.

وإذا كان الدفع بعدم القبول متصلا بالنظام العام، فإن على المحكمة أن تحكم من تلقاء نفسها بعدم قبول الدعوى، كما يجوز أن يتم إبداء هذا النوع من الدفوع لأول مرة أمام محكمة النقض[1]، كما أنه يجب على المحكمة أن تقضي بعدم قبول الدعوى إذا كان الدفع متعلقا بالنظام العام حتى لو رفعت بناءً على اتفاق الخصوم [2].

أما إذا كان الدفع يستند إلى قاعدة تتعلق بالمصلحة الخاصة كحالة الاتفاق على التحكيم أو سبق الاتفاق على الصلح فهنا لا يجوز والحالة هذه أن تثيرها المحكمة من تلقاء نفسها ما دامت لا تتعلق بالنظام العام[3].

فعندما يتعلق الدفع بمصلحة الخصوم لا يمكن للمحكمة أن تنصب نفسها خصماً، وإذا تدخلت المحكمة في الدفع في الحالة السابقة تكون بعملها هذا قد خالفت القانون، كما أنها تكون قد حكمت بشيء لم يطلبه الخصوم [4].

ويجب على محكمة النقض إثارة الدفع بعدم قبول الدعوى من تلقاء نفسها عند تعلقه بالنظام العام في حال لم تتعرض له محكمة الموضوع أو أغفل الخصوم عن التمسك به[5]، وهذا ما طبقته محكمة النقض المصرية في قراراتها[6].

---

[1] نقض مدني جلسة 30 /3/ 1972م مجموعة المكتب الفني السنة 23 ع1 والمشار إليه في كتاب إبراهيم، **مرجع سابق**، ص756 وانظر أيضا: الشرقاوي ووالي، **مرجع سابق**، ص130وص131 .

[2] الشواربي، **مرجع سابق**، ص780 وانظر أيضا: أبو الوفا، **نظرية الدفوع في قانون المرافعات**، مرجع سابق، ص808.

[3] عمر وخليل وهندي، **مرجع سابق**، ص330 وانظر أيضا: الزغول، **مرجع سابق**، ص118 .

[4] أبو بكر، **مرجع سابق**، ص103.

[5] هليل، **مرجع سابق**، ص753 .

[6] نقض مدني جلسة 30 /3/ 1972م مجموعة المكتب الفني السنة 23 ع1 والمشار إليه في كتاب إبراهيم، **مرجع سابق**، ص756 وانظر أيضا: الشرقاوي ووالي، **مرجع سابق**، ص130وص131 .

كما أن عدم إثارة محكمة الموضوع للدفع بعدم القبول من تلقاء نفسها يشكل خطأ في تطبيق القانون من جانبها الأمر الذي يجعل حكمها قابلا للطعن فيه بطريق النقض[1]، وهذا ما نصت عليه المادة (225) من قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية الفلسطيني والتي جاء فيها:

" للخصوم حق الطعن بطريق النقض في الأحكام النهائية الصادرة من محاكم الاستئناف إذا كان الطعن مبنياً على مخالفة للقانون أو خطأ في تطبيقه أو في تأويله ".

**الفرع الثاني: مدى تعلق بعض أنواع الدفع بعدم القبول بالنظام العام**

لقد تحدثت الباحثة في الفرع الأول من هذا المطلب أن هناك حالات من دفوع عدم القبول نص القانون صراحة على اعتبارها من النظام العام وبالتالي يجب على المحكمة إثارتها من تلقاء نفسها.

ومن ضمن هذه الدفوع الدفع بانتفاء شرط المصلحة وفقا لما نصت عليه صراحة المادة الثالثة من قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية الفلسطيني حيث جاء فيها: "... 3- إذا لم تتوافر المصلحة وفقاً للفقرتين السابقتين قضت المحكمة من تلقاء نفسها بعدم قبول الدعوى". وهذا ما نص عليه أيضا قانون المرافعات المصري في المادة الثالثة منه[2].

وشرط المصلحة شرط متعلق بالنظام العام، ذلك لأنه من العبث رفع دعاوي لا يكون لصاحبها مصلحة فيها، ويجوز الدفع بانعدام المصلحة في أي حالة كانت عليها الدعوى وفي جميع درجات المحاكم، حتى لو أمام محكمة النقض، ويمكن للمحكمة أيضا أن تقضي به من تلقاء نفسها حتى ولو لم يتعرض له الخصوم[3].

---

[1] عمر، **الدفع بعدم القبول ونظامه القانوني** ، مرجع سابق، ص229 .

[2] والتي جاء فيها: " ..... وتقضي المحكمة من تلقاء نفسها، في أي حالة تكون عليها الدعوى بعدم القبول في حالة عدم توافر الشروط المنصوص عليها فى الفقرتين السابقتين ..."

[3] التكروري، الجزء الأول، **مرجع سابق**، ص295 وانظر أيضا: البكري، المجلد الثالث، **مرجع سابق**، ص1050 وانظر أيضا: شهاب، **مرجع سابق**، ص262 .

فهو غير مقرر لمصلحة الأطراف فقط، بل هو مقرر أيضا لمصلحة المجتمع بأكمله، ذلك أن القضاء لا يقوم بوظيفته الموكلة إليه بغير قيد يحدد مداها ويرسم نطاقها، وهذا القيد هو المصلحة، فهي وجدت لتحديد حقوق الأفراد في الالتجاء إلى القضاء بالإضافة إلى تحديد وظيفة القضاء في الوقت ذاته، لذلك فهو يعتبر من الدفوع المتعلقة بالنظام العام[1].

أما بالنسبة لشرط الصفة ومدى تعلقه بالنظام العام، فقد ثار خلاف بين فقهاء القانون المصري حول هذه المسألة، فمنهم من يرى أن شرط الصفة شرط متعلق بالنظام العام، ذلك أنه من غير المجدي إضاعة الوقت في رفع دعاوى لا يكون لأصحابها أية صفة في رفعها، بالتالي يجوز إبداء الدفع بانعدام الصفة في أي مرحلة من مراحل الدعوى وفي أي درجة من درجات التقاضي حتى لو لأول مرة أمام محكمة النقض، ويمكن للمحكمة التعرض لهذا الدفع من تلقاء نفسها حتى لو لم يتمسك به الخصوم أمامها [2].

إلا أن هناك من يرى أن شرط الصفة ليس من النظام العام، ويستندون بذلك إلى نص المادة (115) من قانون المرافعات المصري[3] والتي لم تقتصر على جعل الصفة ليست من النظام العام بل إنها أوجبت على المحكمة أن تؤجل الدعوى لغاية اختصام ذي الصفة[4]، بالتالي لا يحق للمحكمة والحالة هذه أن تقرر عدم قبول الدعوى لرفعها على غير ذي صفة[5].

---

[1] الشرقاوي ووالي، **مرجع سابق**، ص129 وص130 .

[2] شهاب، **مرجع سابق**، ص261 وانظر أيضا: التكروري، الجزء الأول، **مرجع سابق**، 295 .

[3] حيث جاء في المادة المذكورة: "..... إذا رأت المحكمة أن الدفع بعدم قبول الدعوى لانتفاء صفة المدعى عليه قائم على أساس أجلت الدعوى لإعلان ذي الصفة و يجوز لها في هذه الحالة الحكم على المدعى بغرامة لا تجاوز مائتي جنيهاً إذا تعلق الأمر بإحدى الوزارات، أو الهيئات العامة، أو مصلحة من المصالح، أو بشخص اعتباري عام، أو خاص فيكفى في تحديد الصفة أن يذكر اسم الجهة المدعى عليها في صحيفة الدعوى" .

[4] "ولا بد من الإشارة أن المشرع المصري قد استحدث نص المادة (115) منه (فقرة ثانية) الذي يقضي بأنه إذا رأت المحكمة أن الدفع بعدم قبول الدعوى لانتفاء صفة المدعى عليه إنما يقوم على أساس أجلت الدعوى لإعلان ذي الصفة بدلا من الحكم بعدم القبول وذلك تبسيطا للإجراءات وتقديرا من المشروع لتنوع وتعدد فروع الوزارات والمصالح والمؤسسات والهيئات على نحو قد يصعب معه تحديد الجهة التي لها صفة في التداعي " راجع المذكرة الإيضاحية للقانون رقم 23 لسنة 1992م بشأن تعديل بعض أحكام قوانين المرافعات المدنية والتجارية والإثبات في المواد المدنية والتجارية والعقوبات والإجراءات الجنائية وحالات وإجراءات الطعن أمام محكمة النقض والرسوم القضائية ورسوم التوثيق في المواد المدنية

[5] كتاب فودة، **الموسوعة الشاملة في الدفوع والدفاعات في ضوء الفقه وقضاء النقض**، مرجع سابق، ص527 .

فشرط الصفة وفقا للرأي السابق شرط غير متعلق بالنظام العام، فهو مقرر لمصلحة من وضع لحمايته، فلا يجوز أن يتم إثارته لأول مرة أمام محكمة النقض[1].

وهذا ما طبقته محكمة النقض المصرية حيث ورد في قرار لها: " إن بطلان الإجراءات المبني على انعدام صفة أحد الخصوم في الدعوى لا شأن له بالنظام العام إذ هو مقرر لمصلحة من وضع لحمايته ، فإذا ما تنازل عنه فإن تنازله يسقط حقه في التمسك به ..... [2]".

وعلى الرغم من اختلاف فقهاء القانون المصري على مدى اعتبار الصفة كشرط لقبول الدعوى من النظام العام أم لا، إلا أن هذا الخلاف قد حسم بعد صدور القانون رقم (81) لسنة 1996م [3]والمعدل لقانون المرافعات المصري رقم (13) لسنة 1968م والذي قلب الأمور رأسا على عقب، إذ أنه نص في المادة الرابعة منه على إلغاء كل حكم يخالف أحكامه[4]، وبالرجوع إلى المادة الأولى[5] منه نجدها قد عدلت نص المادة الثالثة من قانون المرافعات المصري والتي جعلت الصفة من النظام العام وأوجبت على المحكمة في حال تبين لها انتفاء الصفة أن تقضي بعدم قبول الدعوى دون أن يتوقف ذلك على طلب الخصوم وإنما من تلقاء نفسها، بالتالي فهذا لا يستقيم معه القول بأن على المحكمة إذا تبين لها أن الدعوى قد رفعت على غير ذي صفة أن تقوم بتأجيل الدعوى وتكليف رافع الدعوى باختصام ذي الصفة، فوفقا لهذا التعديل أصبحت الصفة أمرا متعلقا بالنظام العام ويجب على المحكمة أن تثيرها من تلقاء نفسها، وعلى الرغم من التناقض بين هذه

---

[1] صاوي، **مرجع سابق**، ص48 .

[2] طعن رقم 122 لسنة 14 ق جلسة 24 /5/ 1945 م والمشار إليه في كتاب فودة، **الدفع بانتفاء الصفة أو المصلحة في المنازعات المدنية، مرجع سابق**، ص37 .

[3] قانون رقم (81) لسنة 1996م بشأن تعديل بعض أحكام قانون المرافعات المدنية والتجارية الصادر بالقانون رقم 13لسنة 1968. والمنشور بالجريدة الرسمية بالعدد 19 بتاريخ 22/ 5/ 1996م .

[4] حيث نصت المادة الرابعة منه على: " يلغى كل حكم يخالف أحكام هذا القانون " .

[5] حيث جاء في المادة المذكورة:" ستبدل بنص المادة (3) من قانون المرافعات المدنية والتجارية الصادر بالقانون رقم 13 لسنة 1968، النص الآتي: "مادة 3 – لا تقبل أي دعوى كما لا يقبل أي طلب أو دفع استناداً لأحكام هذا القانون أو أي قانون آخر، لا يكون لصاحبه فيها مصلحة شخصية ومباشرة وقائمة يقرها القانون. ومع ذلك تكفي المصلحة المحتملة إذا كان الغرض من الطلب الاحتياطي لدفع ضرر محدق أو الاستيثاق لحق يخشى زوال دليله عند النزاع فيه. وتقضي المحكمة من تلقاء نفسها، في أي حالة تكون عليها الدعوى، بعدم القبول في حالة عدم توافر الشروط المنصوص عليها في الفقرتين السابقتين. ويجوز للمحكمة عند الحكم بعدم قبول الدعوى لانتفاء شرط المصلحة أن تحكم على المدعي بغرامة إجرائية لا تزيد عن خمسمائة جنيه إذا تبينت أن المدعي قد أساء استعمال حقه في التقاضي".

المادة والمادة ( 115/ 2) من قانون المرافعات المصري إلا أنه ووفقا لهذا الرأي يجب تغليب النص المتعلق بالنظام العام أي نص المادة الأولى من القانون رقم (81) لسنة 1996 م[1].

ولقد تغير اجتهاد محكمة النقض المصرية بعد صدور القانون رقم (81) لسنة 1996، فاعتبرت الدفع بانتفاء الصفة من النظام العام بعد أن كانت تعتبر مسألة توافر الصفة من عدمها ليست من النظام العام حيث ورد في أحد القرارات الصادرة عنها:

" مؤدى المادة الثالثة من قانون المرافعات بعد تعديلها بالقانون رقم (81) لسنة 1996م أن بطلان الإجراءات المبني على انعدام صفة أحد الخصوم في الدعوى يعتبر من النظام العام مما يجوز الدفع به لأول مرة أمام محكمة النقض ولو لم يسبق إثارته أمام محكمة الموضوع، فإذا كان الوقوف عليها يستلزم بحث أي عنصر واقعي لم يكن معروضا على محكمة الموضوع فلا سبيل للتمسك بهذا الدفع لأول مرة أمام محكمة النقض لخروج ذلك عن اختصاصها ووظيفتها "[2].

وقد اعتبرت محكمة التمييز الأردنية الدفع بانتفاء الصفة من النظام العام، حيث ورد في قرار لها:

" الخصومة من النظام العام ويجوز إثارة الدفع بها في أي دور من أدوار المحاكمة، وللمحكمة إثارتها من تلقاء نفسها والبحث بها مقدم على البحث في الدفوع الأخرى[3] ".

ولا يوجد نص صريح في قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية الفلسطيني ينص على أن الدفع بانتفاء الصفة من النظام العام كما جاء به التعديل الأخير لقانون المرافعات المصري، إلا أن الفقه قد استقر على اعتبار هذا الشرط من النظام العام[4].

ويدخل ضمن دفوع عدم القبول والتي نص القانون على اعتبارها من النظام العام الدفع بعدم قبول الدعوى لسبق الفصل فيها كونه يوجد نص صريح يلزم المحكمة بأن تثير هذا الدفع من تلقاء نفسها

---

[1] الدناصوري وعكاز، **شرح القانون 81 لسنة 1996 بتعديل قانون المرافعات المدنية والتجارية، مرجع سابق**، ص14 وص119 وانظر أيضا: المنشاوي، **مرجع سابق**، ص196.

[2] نقض مدني الطعن رقم 5870 سنة 66 ق جلسة 1997/6/12 المكتب الفني سنة 48 ص879 والمشار إليه في كتاب الشريدة، **مرجع سابق**، ص211 .

[3] قرار محكمة التمييز الأردنية 548 لسنة 1994 والمشار إليه في الحسيني، **مرجع سابق**، ص53.

[4] شهاب، **مرجع سابق**، ص261 وانظر أيضا: التكروري، الجزء الأول، **مرجع سابق**، 295.

وفق نص المادة (92)[1] من قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية الفلسطيني والمادة (116) من قانون المرافعات المصري[2] والمادة (111)[3] من قانون أصول المحاكمات المدنية الأردني.

ولا بد من الإشارة إلى أن المشرع الأردني في قانون أصول المحاكمات المدنية الأردني قد أورد حكمين مختلفين للدفع بعدم قبول الدعوى لسبق الفصل فيها في نصين مختلفين من القانون ذاته، فعلى الرغم من نصه في المادة (111) على أن الدفع بعدم جواز نظر الدعوى لسبق الفصل فيها هو دفع متصل بالنظام العام ويمكن إثارته في أي حالة تكون عليها الدعوى، إلا أنه وفي نص المادة (1/109)[4] قد نص على وجوب إبداء الدفع بكون القضية مقضية قبل التعرض للموضوع، وهذا الحكم يتعارض مع حكم المادة اللاحقة وهي المادة (111) على نحو لا يستقيم معه النص[5].

فالدفع بعدم جواز نظر الدعوى لسبق الفصل فيها هو من دفوع عدم القبول المتعلقة بالنظام العام وتقضي به المحكمة من تلقاء نفسها[6]، كما لا يحق للخصم أن يتنازل عنه ولا الاتفاق على ما يخالفه كما يجوز إثارته لأول مرة أمام محكمة النقض[7]، كما أن لمحكمة النقض أن تتعرض له وتثيره من تلقاء نفسها أيضا [8].

---

[1] حيث جاء في المادة السابقة: " الدفع بعدم الاختصاص لانتفاء ولايتها أو بسبب نوع الدعوى أو قيمتها أو لسبق الفصل فيها تحكم به المحكمة من تلقاء نفسها، ويجوز الدفع به في أية حالة كانت عليها الدعوى ".

[2] حيث جاء في المادة المذكورة: "الدفع بعدم جواز نظر الدعوى لسبق الفصل فيها تقضى به المحكمة من تلقاء نفسها ".

[3] والتي جاء فيها : " الدفع بعدم اختصاص المحكمة لانتفاء ولايتها أو بسبب نوع الدعوى أو قيمتها أو بعدم جواز نظرها لسبق الفصل فيها أو بأي دفع آخر متصل بالنظام العام يجوز إثارته في أي حالة تكون عليها الدعوى وتحكم به المحكمة من تلقاء ذاتها.

[4] حيث جاء فيها: " للخصم قبل التعرض لموضوع الدعوى أن يطلب من المحكمة إصدار الحكم بالدفوع التالية بشرط تقديمها دفعة واحدة وفي طلب مستقل خلال المدة المنصوص عليها في المادة (59) من هذا القانون: ....ج . كون القضية مقضية".

[5] محيسن، **مرجع سابق**، ص58 .

[6] البكري، المجلد الثالث، **مرجع سابق**، ص924 وانظر أيضا: عمر وخليل وهندي، **مرجع سابق**، ص223 وانظر أيضا: سعد، **القانون القضائي الخاص**، الجزء الثاني، **مرجع سابق**، ص291 .

[7] فودة، **الدفع بعدم جواز نظر الدعوى المدنية لسابقة الفصل فيها**، مرجع سابق، ص30 وانظر أيضا: حسن، **الدفع بعدم جواز نظر الدعوى لسبق الفصل فيها**، مرجع سابق، ص18 .

[8] طعن رقم 682 لسنة 56 ق والمشار إليه في كتاب، هندي، أحمد، **قانون المرافعات المدنية والتجارية**، الجزء الثاني، الإسكندرية، دار الجامعة الجديدة للنشر، 1995م، ص550.

والسبب في اعتبار الدفع بعدم قبول الدعوى لسبق الفصل فيها من النظام العام تقضي به المحكمة من تلقاء نفسها هو احترام حجية الحكم السابق والصادر في نفس الدعوى، فهذه الحجية جديرة بالاحترام وهي أكثر اتصالا بالنظام العام من أي أمر آخر ذلك لأنه يترتب على عدم مراعاتها الاستمرار في المنازعات وعدم استقرار حقوق أصحابها[1].

فلا يمكن أن يتم الفصل في نفس الدعوى أكثر من مرة وذلك لسببين أولهما عدم تعطيل مرافق القضاء وثانيهما وجوب احترام القضاة لتطبيق القانون حتى لو لم يرد الخصوم احترامه[2].

إلا أنه وعلى الرغم من النصوص الصريحة في التشريعات السابقة والتي تنص على إمكانية إثارة هذا الدفع في أي مرحلة من مراحل التقاضي بالإضافة إلى حق المحكمة في أن تتعرض لهذا الدفع من تلقاء نفسها، إلا أن محكمة النقض الفلسطينية قد جاءت بقرار يخالف ما هو منصوص عليه تشريعياً، حيث اعتبرت الدفع بعدم قبول الدعوى لسبق الفصل فيها من الدفوع التي يجب إثارتها قبل الدخول بالأساس وإلا سقط الحق فيما لم يبدَ منها[3].

وترى الباحثة أن محكمة النقض الفلسطينية قد جانبت الصواب في القرار المذكور، ذلك أنها استندت في ذلك إلى المادة (91) من قانون أصول المحاكمات المدنية الفلسطينية والتي تتحدث عن الدفوع بعدم القبول بشكل عام، ولم تستند إلى النص الخاص وهو نص المادة (92) والذي يتحدث بشكل خاص عن الدفع بعدم قبول الدعوى لسبق الفصل فيها والذي يحق إثارته في أي

---

[1] هرجة، **مرجع سابق**، ص310 .

[2] شهاب، **مرجع سابق**، ص297 .

[3] حيث جاء في قرار محكمة النقض الفلسطينية رقم 97 / 2008 والمنشور على موقع المقتفي عبر الرابط التالي :http://muqtafi.birzeit.edu/courtjudgments/CJFullText.aspx?CJID=53920 " والذي نراه أن القرار المطعون فيه قد تضمن الحكم برد الطلب رقم (81 / 2007 ) المقدم لرد الدعوى قبل الدخول في الأساس لكونها قضية مقضية، وحيث أن الحكم برد هذا الطلب هو حكم نهائي في الطلب ويندرج ضمن أحكام المادة ( 225) من قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية ولكون الدفع موضوع الطلب يتعلق بالإجراءات وينصب على عدم قبول الدعوى لكونها قضية مقضية ولا بد من التمسك به قبل الدخول في أساس الدعوى وإلا سقط الحق فيما لم يبدَ منها عملا بالمادة (91 / 1و2 ) من القانون المشار إليه، وتحكم المحكمة فيها على استقلال الأمر الذي يجعل هكذا قرارات تندرج ضمن القرارات القابلة للطعن بالنقض عملا بالمادة ( 192 / 5 ) من القانون المذكور .....

مرحلة من مراحل الدعوى وفي أي حالة تكون عليها بالإضافة إلى إمكانية أن تقضي به المحكمة من تلقاء نفسها.

كما يعتبر من دفوع عدم القبول أيضا وفق صريح النص في القانون الدفع بعدم القبول لتقديم طلبات جديدة في الاستئناف أو رفع الطعن بعد فوات المدة القانونية [1].

فالدفع بعدم قبول طلبات جديدة أمام محكمة الاستئناف هو دفع متعلق بالنظام العام وبالتالي يجب أن تقضي المحكمة بعدم قبولها من تلقاء نفسها، وهذا ما نصت عليه المادة ( 221/ 1) من قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية الفلسطيني والتي جاء فيها: "1- لا تقبل الطلبات الجديدة في الاستئناف وتحكم المحكمة من تلقاء نفسها بعدم قبولها". وهذا ما نصت عليه أيضا المادة (235)[2] من قانون المرافعات المصري.

كما أن رفع الطعن دون مراعاة المواعيد المقررة له هو دفع متعلق بالنظام العام تقضي المحكمة من تلقاء نفسها بعدم قبوله، وهذا ما نصت عليه المادة ( 195) من قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية والتي جاء فيها: "يترتب على عدم مراعاة مواعيد الطعن في الأحكام والقرارات رد الطعن شكلاً وتقضي به المحكمة من تلقاء نفسها ".

وهذا أيضا ما أكدته المادة (215) من قانون المرافعات المصري[3]، والمادة (172) من قانون أصول المحاكمات المدنية الأردني[4].

---

[1] عرفة، **مرجع سابق**، ص80 وانظر أيضا: صاوي، **مرجع سابق**، ص145 وانظر أيضا: عمر وخليل وهندي، **مرجع سابق**، ص330.

[2] والتي جاء فيها: " لا تقبل الطلبات الجديدة في الاستئناف وتحكم المحكمة من تلقاء نفسها بعدم قبولها ".

[3] والتي جاء فيها:" يترتب على عدم مراعاة مواعيد الطعن في الأحكام سقوط الحق في الطعن وتقضى المحكمة بالسقوط من تلقاء نفسها"

[4] حيث جاء فيها: "1- يترتب على عدم مراعاة الطعن في الأحكام رد الطعن شكلا. 2- وتقضي المحكمة بالرد من تلقاء نفسها ".

وعلى المحكمة أن تقضي بعدم قبول الطعن من تلقاء نفسها سواء كان الطعن مرفوعا قبل الميعاد أو بعده، ذلك أن رفع الطعن في ميعاده من الأمور التي يوجبها النظام العام[1].

وهناك حالات لم ينص القانون على اعتبارها من النظام العام ويدخل ضمنها الدفع بمرور الزمن المانع من سماع الدعوى، والدفع بمرور الزمن هو من حق الخصوم، وهذا الدفع غير متعلق بالنظام العام[2]، فالتقادم مؤسس على فكرة رعاية المدين ولا تملك المحكمة التعرض لهذا الدفع من تلقاء نفسها طالما لم يتمسك به الخصم[3].

فالأصل أن تسمع الدعوى رغم اكتمال مدة مرور الزمن الذي يمنع من سماعها طالما لم يقم الخصم صاحب المصلحة بالتمسك بالدفع بمرور الزمن، أما إذا أدلى الخصم بهذا الدفع فإن على القاضي أن يتحقق من شروط التمسك بهذا الدفع [4].

وهذا ما نص عليه القانون المدني الأردني صراحة في المادة ( 1/464)[5]، كما نص القانون المدني المصري أيضا على عدم جواز تعرض المحكمة للدفع بمرور الزمن من تلقاء نفسها في المادة (387 /1 ) [6]من القانون المذكور.

وهذا ما طبقته محكمة النقض المصرية في أحد قراراتها والذي نص على عدم جواز أن تقضي المحكمة بالتقادم من تلقاء نفسها بل يجب أن يتمسك به كل ذي مصلحة كونه لا يعتبر من النظام

---

[1] أبو الوفا، **نظرية الدفوع في قانون المرافعات**، مرجع سابق، ص809 .

[2] الكيلاني، **مرجع سابق**، ص306 وانظر أيضا: قرار محكمة التمييز الأردنية 79 / 158 صفحة 1496 سنة 1979 والمشار إليه في كتاب القضاة، **مرجع سابق**، ص312 وانظر أيضا: حسن، **الدفع بالتقادم والسقوط والانقضاء**، مرجع سابق، ص108.

[3] عبد اللطيف، **مرجع سابق**، ص18 وانظر أيضا: أبو الوفا، **نظرية الدفوع في قانون المرافعات**، مرجع سابق، ص611 وانظر أيضا: العدوي، **مرجع سابق**، ص399 .

[4] مسعود، **مرجع سابق**، ص57.

[5] والتي جاء فيها: " لا يجوز للمحكمة أن تقضي من تلقاء نفسها بعدم سماع الدعوى بل يجب أن يكون ذلك بناءا على طلب المدين أو ممن له مصلحة فيه من الخصوم ..."

[6] " لا يجوز للمحكمة أن تقضي بالتقادم من تلقاء نفسها، بل يجب أن يكون ذلك بناءً على طلب المدين أو بناءً على طلب دائنيه أو أي شخص له مصلحة فيه ولو لم يتمسّك به المدين ..... "

العام ، باعتبار أن قواعد القانون المدني هي القواعد العامة والتي يجب العمل بها ما دام لم يصدر أي تشريع خاص على خلاف الأصل [1].

وقد نص المشرع الأردني في قانون أصول المحاكمات المدنية الأردني رقم (24) لسنة 1988م في المادة (109) منه على الدفع بمرور الزمن (الدفع بالتقادم) والتي جاء فيها: " للخصم قبل التعرض لموضوع الدعوى أن يطلب من المحكمة إصدار الحكم بالدفوع التالية بشرط تقديمها دفعة واحدة وفي طلب مستقل خلال المدة المنصوص عليها في المادة (59) من هذا القانون: .... مرور الزمن".

وهذا يعني توجه المشرع الأردني صراحة إلى وجوب إبداء الدفع بمرور الزمن المانع من سماع الدعوى قبل الدخول بالأساس وقبل التعرض لموضوع الدعوى، مما يعني عدم اعتبار المشرع الأردني هذا الدفع من الدفوع المتعلقة بالنظام العام، وهذا ما طبقته محكمة التمييز الأردنية حيث ورد في قرار لها: " يجب إبداء الدفع لعدم سماع الدعوى لانقضاء مدة التقادم لكونها ليست من الإجراءات المتعلقة بالنظام العام قبل أي دفع إجرائي آخر أو طلب أو دفاع في الدعوى وإلا سقط الحق فيه[2]".

إلا أنه وعلى الرغم من النص الصريح في قانون أصول المحاكمات المدنية الأردني والذي يوجب إثارة الدفع بمرور الزمن قبل الدخول بالأساس، إلا أن هذا النص يعارض نص المادة ( 2/464) من القانون المدني الأردني[3] والتي جاء فيها: " ويصح إبداء الدفع في أي حالة تكون عليها الدعوى إلا إذا تبين من الظروف أن صاحب الحق فيه قد تنازل عنه صراحة أو دلالة " .

إلا أن محكمة التمييز الأردنية قد حسمت هذا الخلاف في أحد قراراتها والذي جاء فيه: " إن القول أن الدفع بمرور الزمن بموجب المادة (109) من الأصول المدنية يجوز إثارته في أي حالة تكون عليها الدعوى استنادا للمادة (464 /2) من القانون المدني غير وارد، حيث أن القانون المدني هو

---

[1] نقض مدني بتاريخ 29 /1962/11م س13 ص 1078 والمشار إليه في كتاب هليل، **مرجع سابق**، ص840 .

[2] انظر قرار محكمة التمييز الأردنية رقم 92/611 لسنة 94 والمشار إليه في كتاب الكيلاني ، **مرجع سابق** ، ص305 .

[3] القانون المدني الأردني رقم 43 لسنة 1976م المنشور على الصفحة 2 من عدد الجريدة الرسمية رقم 2645 بتاريخ 1976/8/1.

قانون عام أما قانون أصول المحاكمات المدنية فهو قانون خاص ولاحق في صدوره للقانون المدني وهو الواجب التطبيق [1] " .

فحتى ولو كان الدفع بالتقادم مبنيا على اعتبارات متعلقة بالصالح العام لضمان الأوضاع المستقرة في المجتمع، إلا أن مرده ضمير الشخص ووجدانه، فقد يأبى المدين إنكار الحق وجحده فلا يدفع بالتقادم كونه يجده مخالفا للشرف والذمة والأمانة[2]، وكونه على بينة أنه ليس صاحب الحق ويرفض ضميره أن يغتصب ما يراه حراما ولهذا أراد الشارع أن يخيره بين التمسك بالتقادم أو الاستجابة لضميره[3].

أما إذا لم يتمسك الخصم بالتقادم، فلا يمكن للقاضي والحالة هذه أن يثيره من تلقاء نفسه، فالتقادم يثير وقائع كثيرة لا يمكن للقاضي أن يستخلصها من تلقاء نفسه[4]، لذلك فهو ليس من النظام العام[5].

أما بالنسبة لمحكمة النقض الفلسطينية فقد تضاربت في قراراتها، فقد أصدرت قرارات اعتبرت فيها أن الدفع بمرور الزمن هو دفع غير متعلق بالنظام العام ولا يحكم به إلا لمن تمسك به من المدعى عليهم في حال تعددهم ما لم يكن موضوع الدعوى غير قابل للتجزئة، وفي حال ثبوته ترد الدعوى عمن تمسك به فقط [6]، كما نصت على وجوب الإدلاء به قبل الدخول في أساس الدعوى وإلا اعتبر الخصم متنازلاً عنه [7].

---

[1] قرار محكمة التمييز في الدعوى الحقوقية 2825/ 2004 بتاريخ 2005/1/8 والمشار إليه مسعود، **مرجع سابق**، ص83.

[2] عبد اللطيف، **مرجع سابق**، ص38 .

[3] الشواربي وعثمان، **مرجع سابق**، ص216 .

[4] عبد اللطيف، **مرجع سابق**، ص38 .

[5] طعن رقم 93 سنة 39 ق جلسة 12/15/ 1977م والمشار إليه في كتاب أبو سعد، محمد شتا، **المشكلات العملية في الدفع بالتقادم والسقوط والانقضاء وعدم السماع**، مرجع سابق، ص5.

[6] حكم محكمة النقض المنعقدة في رام الله في الدعوى الحقوقية رقم 73 لسنة 2010 والمنشور على موقع المقتفي عبر الرابط التالي http://muqtafi.birzeit.edu/courtjudgments/ViewCJCard.aspx?CJID=61293 .

[7] حكم محكمة النقض الفلسطينية المنعقدة في رام الله في الدعوى الحقوقية رقم 81 لسنة 2008 والمنشور على موقع المقتفي عبر الرابط التالي http://muqtafi.birzeit.edu/courtjudgments/ViewCJCard.aspx?CJID=53840 .

وأصدرت قرارات أخرى اعتبرت فيها أن الدفع بمرور الزمن من النظام العام مستندة في ذلك إلى نص المادة (1660) من مجلة الأحكام العدلية، حيث جاء في أحد القرارات الصادرة عنها:

" ولما كان من المقرر في قضاء محكمة النقض بأن التقادم المنصوص عليه في المجلة يعتبر من الدفوع المتعلقة بالنظام العام، ويستفاد ذلك من لفظة " لا تسمع " الواردة في صريح المادة (1660) من المجلة والنهي عن سماع الدعوى للتقادم موجه للقاضي بحيث يمتنع عليه سماع الدعوى بعد تركها مدة التقادم إذا لم يوجد إقرار من المدعى عليه بالحق المدعى به .....[1]".

وترى الباحثة أن الدفع بعدم قبول الدعوى للتقادم قد شرع لمصلحة الخصم المدعى عليه، فهو إذن مقرر لمصلحة الفرد، فهو لا يمس المصلحة العليا للمجتمع .

أضف إلى ذلك أن نص المادة (1674)[2] من مجلة الأحكام العدلية قد نصت على أن إقرار المدين بالحق يقطع مرور الزمن المقرر لعدم سماع الدعوى، وذات المبدأ قد ورد في نص المادة (495) من القانون المدني الأردني[3]، فإذا كان من الممكن التنازل عنه وفق المواد المذكورة فكيف يكون هذا الدفع من الدفوع المتعلقة بالنظام العام ؟

كما أن هذا النوع من الدفوع لا يثار إلا من قبل صاحب المصلحة ولا يمكن للمحكمة أن تثيره من تلقاء نفسها، كما أن الدفع بالتقادم هو من قبيل الدفوع بعدم القبول والتي يجب التمسك فيها قبل الدخول في أساس الدعوى وذلك وفق المادة (90) من قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية

---

[1] حكم محكمة النقض الفلسطينية رقم 888 /2014 والمنشور على موقع المقتفي عبر الرابط التالي . http://muqtafi.birzeit.edu/courtjudgments/ViewCJCard.aspx?CJID=98187

[2] حيث جاء في المادة المذكورة:" لا يسقط الحق بتقادم الزمن بناء عليه إذا اقر واعترف المدعى عليه صراحة في حضور القاضي بان للمدعي عنده حقا في الحال في دعوى وجد فيها مرور الزمن بالوجه الذي ادعاه المدعي فلا يعتبر مرور الزمن ويحكم بموجب إقرار المدعى عليه وأما إذا لم يقر المدعى عليه في حضور القاضي وادعى المدعي بكونه اقر في محل آخر فكما لا تسمع دعواه الأصلية كذلك لا تسمع دعوى الإقرار. ولكن الإقرار الذي ادعى انه كان قد ربط بسند أو لخط المدعى عليه المعروف سابقا أو ختمه ولم يوجد مرور الزمن من تاريخ السند إلى وقت الدعوى تسمع دعوى الإقرار على هذه الصورة.

[3] حيث جاء في المادة المذكورة " إقرار المدين بالحق صراحة أو دلالة يقطع مرور الزمان المقرر لعدم سماع الدعوى."

الفلسطيني وهذا ما طبقته محكمة الاستئناف الفلسطينية في أحد قرارتها،[1] لهذا كله فإن الباحثة ترى أن هذا الدفع غير متعلق بالنظام العام، ولا يمكن للمحكمة أن تثيره من تلقاء نفسها.

والدفع بوجود شرط التحكيم ليس من النظام العام، بل يجب التمسك فيه من قبل الخصوم قبل الكلام في الموضوع وإلا سقط الحق فيه[2]، فإذا تم رفع دعوى ما من قبل أحد الأطراف وذلك دون الاعتداد بشرط التحكيم ولم يقم الطرف الآخر بالاعتراض قبل الدخول في أساس الدعوى فهنا والحالة هذه جاز نظر الدعوى ويعتبر شرط التحكيم لاغياً[3].

ولا يجوز للمحكمة أن تقضي بإعماله من تلقاء نفسها، وهذا ما طبقته محكمة النقض المصرية حيث ورد في قرار لها:

" التحكيم هو وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة طريق استثنائي لفض المنازعات قوامه الخروج عن طرق التقاضي العادية، ولا يتعلق شرط التحكيم بالنظام العام فلا يجوز للمحكمة أن تقضي بإعماله من تلقاء نفسها، وإنما يتعين التمسك به أمامها، ويجوز النزول عنه صراحة أو ضمنا، ويسقط الحق فيه فيما لو أثير متأخرا بعد الكلام في الموضوع إذ يعتبر السكوت عن إبدائه قبل نظر الموضوع نزولا ضمنيا عن التمسك به، ومن ثم فإن الدفع بعدم قبول الدعوى لوجود شرط التحكيم لا يعد دفعا موضوعيا مما ورد ذكره في المادة ( 115 / 1) من قانون المرافعات [4] ".

وهذا ما طبقته محكمة التمييز الأردنية حيث ورد في قرار لها: " أن الدفع بالتحكيم هو دفع بعدم قبول الدعوى، والتحكيم هو طريق استثنائي لفض المنازعات، ولا يتعلق بالنظام العام، ويجوز النزول عنه صراحة أو ضمناً، ويسقط الحق فيه فيما لو أثير بعد الدخول في أساس الدعوى، كما يعتبر السكوت عن إبدائه قبل نظر الموضوع نزولا ضمنيا عن التمسك به ..... "[5]

---

[1] حكم محكمة الاستئناف المنعقدة في رام الله في الدعوى الحقوقية رقم 348 لسنة 2009 والمنشور على موقع المقتفي عبر الرابط التالي http://muqtafi.birzeit.edu/courtjudgments/ViewCJCard.aspx?CJID=83706

[2] عمر وخليل وهندي، **مرجع سابق**، ص223 وانظر أيضا: النمر، **مرجع سابق**، ص15 .

[3] القضاة، **مرجع سابق**، ص304 .

[4] طعن رقم 9 لسنة 42 ق جلسة 6 /1 / 1976 والمشار إليه في كتاب البكري، المجلد الأول، **مرجع سابق**، ص 28 "

[5] تمييز حقوق رقم 23 / 93 مجلة نقابة المحامين 1994 والمشار إليه في كتاب الزغول، **مرجع سابق**، ص111 .

وإذا قام المدعى عليه بطلب تأجيل الدعوى المقامة ضده للمصالحة فإنه يعتبر متنازلا ضمنيا عن الدفع بوجود شرط التحكيم[1].

والسبب في عدم تعلق الدفع بالتحكيم بالنظام العام هو الطبيعة الاتفاقية التي يتسم بها اتفاق التحكيم[2]، بالإضافة إلى أن المصلحة الراجحة التي يحميها اتفاق التحكيم هي المصلحة الخاصة لأطراف النزاع وليس المصلحة العامة، بالتالي لا يكون إثارة هذا الدفع إلا بناء على طلب الخصوم ولا يحق للمحكمة التطرق والتعرض إليه من تلقاء نفسها كما أنه لا يمكن أن تلام المحكمة ولا تثريب عليها إن مضت قدما في الدعوى بالرغم من وجود اتفاق التحكيم[3].

أما إذا صدر الحكم لدى محكمة الدرجة الأولى بغياب المدعى عليه والذي لم يمثل في تلك الدعوى، فإنه يجب عليه إثارة هذا الدفع في أول فرصة له في لائحة الاستئناف وإلا عد متنازلا عنه ولا يمكنه بعدها الدفع فيه [4].

إلا أنه قد يرد اتفاق التحكيم أثناء نظر النزاع من قبل المحكمة فيتفق الأطراف على الذهاب إلى التحكيم بعد أن دخلوا في موضوع النزاع، وهنا لا يمكن إعمال الشرط الوارد أعلاه وهو وجوب الدفع بوجود اتفاق التحكيم قبل الدخول في الأساس، لأن الاتفاق على التحكيم كان بعد التعرض لموضوع النزاع [5].

---

[1] نقض مدني رقم 15 /2/ 1972م السنة 23 ص168 والمشار إليه في كتاب يونس، **مرجع سابق**، ص177 .

[2] وهذا ما طبقته محكمة النقض المصرية في الطعن رقم 167 لسنة 31 ق جلسة 5/24/ 1966 والمشار إليه في كتاب الطويل، **مرجع سابق**، ص343 حيث جاء في قراراها: " ....اختصاص جهة التحكيم بنظر النزاع وإن كان يرتكن أساسا إلى حكم القانون الذي أجاز استثناءا سلب اختصاص جهات القضاء إلا أنه ينبني مباشرة وفي كل حالة على حدة على اتفاق الطرفين وهذه الطبيعة الاتفاقية التي يتسم بها شرط التحكيم وتتخذ قواما لوجوده تجعله غير متعلق بالنظام العام فلا يجوز للمحكمة أن تقضي بأعماله من تلقاء نفسها وإنما يتعين التمسك به أمامها ....."

[3] براك، أحمد، *اجتهاد حول الدفع بالتحكيم في الخصومة المدنية*، **مساواة**، فلسطين ، 2009م ، ص159 وانظر أيضا: قرار محكمة التمييز الأردنية في الدعوى الحقوقية رقم 83/13 ص435 لسنة 1983 والمشار إليه في كتاب محيسن ، **مرجع سابق** ، ص37 .

[4] قرار محكمة التمييز الأردنية في الدعوى الحقوقية رقم 55/ 76 بتاريخ 1976/3/10م مجلة نقابة المحامين لعام 1976م ص1610-1615 والمشار إليه في كتاب محيسن، **مرجع سابق**، ص35 .

[5] القضاة، **مرجع سابق**، ص305.

## المبحث الثاني: الحكم الصادر بالدفع بعدم القبول والطعن فيه

ستتناول الباحثة في هذا المبحث الحكم الصادر في الدفع بعدم القبول والطعن فيه، بحيث ستتناول في المطلب الأول الحكم الصادر في الدفع بعدم القبول، ستتعرض من خلاله إلى آلية الفصل في الدفع بعدم القبول وذلك في الفرع الأول، بينما ستتحدث في الفرع الثاني عن الآثار المترتبة على الحكم الصادر بالدفع بعدم القبول، أما المطلب الثاني فستتناول فيه آلية الطعن في الحكم الصادر في الدفع بعدم قبول الدعوى وذلك في الفرع الأول، أما الفرع الثاني فستتحدث من خلاله عن سلطة محكمة الاستئناف في النظر بالطعن في الدفع بعدم قبول الدعوى.

### المطلب الأول: الحكم الصادر في الدفع بعدم القبول

ستتحدث الباحثة في هذا المطلب عن الحكم الصادر في الدفع بعدم القبول، ولكن قبل التعرض إلى الحكم في الدفع والآثار المترتبة عليه لا بد من التعرض إلى الآلية التي يفصل فيها الدفع بعدم القبول وذلك في الفرع الأول، أما الفرع الثاني فقد تحدث عن الآثار المترتبة على الحكم بالدفع بعدم القبول.

#### الفرع الأول: آلية الفصل في الدفع بعدم القبول

لم ينص المشرع الفلسطيني في قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية رقم (2) لسنة 2001م على الآلية التي يتم الفصل فيها بالدفع بعدم القبول، فلم ينص على وجوب الفصل فيه استقلالا أم أن الفصل فيه يكون مع موضوع الدعوى وذلك على خلاف الدفوع الشكلية والتي نص صراحة على وجوب الفصل فيها استقلالا ما لم تأمر المحكمة بضمها إلى الموضوع بشرط أن تبين المحكمة ما حكمت به في كل منها على حدة [1].

ويبدو أن المشرع الفلسطيني قد سار على نفس نهج المشرع المصري والذي لم ينص أيضا في قانون المرافعات رقم (13) لسنة 1968م على كيفية الفصل في الدفع بعدم قبول الدعوى مثلما فعل

[1] حيث نصت المادة ( 2/91 ) من القانون المذكور: " تحكم المحكمة في هذه الدفوع على استقلال ما لم تأمر بضمها إلى الموضوع وعليها أن تبين ما حكمت به في كل منها على حدة ".

بالنسبة للدفوع الشكلية[1]، على الرغم من أن مشروع قانون المرافعات المصري السابق والمقدم من الحكومة إلى البرلمان كان يضع العبارة التالية في المادة (142) منه: " وإذا أبدي هذا الدفع قبل مواجهة الموضوع فتحكم المحكمة فيه على استقلال ما لم تأمر بضمه إلى الموضوع ". إلا أن البرلمان المصري قد حذف هذه العبارة كونه رأى أن إعمال القواعد العامة يغني عن هذه العبارة فحذفت من المادة [2].

كما أن المشرع الأردني لم ينص على آلية الفصل في الدفع بعدم القبول، وقد ذكرت الباحثة سابقا أن المشرع الأردني لم يعطِ هذه النوع من الدفوع أحكام مستقلة خاصة فيه ولم يأتِ بتنظيم خاص لهذا النوع من الدفوع بل خلط جميع أحكام الدفوع مع بعضها البعض خلطا معيبا ولم يقسمها إلى دفوع موضوعية ودفوع شكلية ولم يعترف بكيان مستقل لدفوع عدم القبول[3]، كما أنه خالف التشريعات السابقة بالنسبة لآلية الفصل في الدفوع الشكلية [4].

وحيث أن مسألة عدم القبول تثير مسألة إجرائية أولية سابقة على الفصل في الموضوع لذلك فإن من المنطقي أن يتم الفصل في دفع عدم القبول قبل الفصل في الموضوع[5].

---

[1] حيث نص في المادة ( 108 ) منه:" الدفع بعدم الاختصاص المحلى والدفع بإحالة الدعوى إلى محكمة أخرى لقيام ذات النزاع أمامها أو للارتباط والدفع بالبطلان وسائر الدفوع المتعلقة بالإجراءات يجب إبداؤها معا قبل إبداء أي طلب أو دفاع في الدعوى أو دفع بعدم القبول وإلا سقط الحق فيما لم يبد منها. ويسقط حق الطاعن في هذه الدفوع إذا لم يبدها فى صحيفة الطعن ويحكم فى هذه الدفوع على استقلال ما لم تأمر المحكمة بضمها إلى الموضوع وعندئذ تبين المحكمة ما حكمت به في كل منها على حدة و يجب إبداء جميع الوجوه التى يبنى عليها الدفع المتعلق بالإجراءات معاً وإلا سقط الحق فيما لم يبد منها".

[2] أبو الوفا، **نظرية الدفوع في قانون المرافعات**، مرجع سابق، ص822 .

[3] الأخرس، **مرجع سابق**، ص396 وانظر أيضا: القضاة، **مرجع سابق**، ص301.

[4] أما بالنسبة لآلية الفصل في الدفوع الشكلية حسب قانون أصول المحاكمات المدنية الأردني فكان موقفه مغايرا للتشريعات السابقة ، فبعد أن كان ينص في المادة (109 / 3) منه على جواز الحكم في الدفع الشكلي على حدة أو ضمه إلى الموضوع بشرط أن تبين المحكمة ما حكمت في كل منهما، جاء القانون المعدل رقم ( 14 ) لسنة 2001 م ونص على وجوب أن تفصل المحكمة في هذه الدفوع على استقلال دون أن تضمها المحكمة إلى موضوع الدعوى انظر القضاة، **مرجع سابق**، ص302 .

[5] راغب، **مرجع سابق**، ص221 .

فيجوز للمحكمة أن تفصل في الدفع بعدم القبول بشكل مستقل وذلك قبل الدخول في الموضوع مما يغنيها عن نظر الدعوى والتعرض للموضوع في حال أجابت الدفع [1].

وهناك من يرى أن الطبيعة الخاصة للدفع بعدم القبول وعدم انتمائه إلى أي طائفة من الدفوع سواء كانت الموضوعية أو الشكلية تقتضي أن يتم الفصل فيه قبل النظر في الموضوع، إذ أن الفصل فيه قبل التعرض للموضوع قد يغني المحكمة عن النظر في موضوع الدعوى[2].

وعلى الرغم من أن المحكمة غير ملزمة في أن تفصل بالدفع بعدم القبول قبل تعرضها للموضوع، إلا أن الفصل في الدفع بعدم القبول قبل مناقشة موضوع الدعوى من شأنه أن يحقق الهدف الذي ترمي إليه دفوع عدم القبول وهو تجنب الفصل في أساس الدعوى بالإضافة إلى توفير الوقت والجهد والمصاريف[3].

أما إذا رأت أنها بحاجة إلى ضم الدفع إلى الموضوع فيجوز لها أن تأمر بضم الدفع إلى الموضوع وتصدر فيهما حكماً واحداً، بشرط أن تبين ما قضت به في كل منهما[4].

والمحكمة عادة لا تقرر ضم الدفع إلى الموضوع إلا إذا رأت أن الحكم في الدفع يستوجب البحث في الموضوع [5].

ولا تكون المحكمة قد خالفت القانون في حال فصلت في الدفع بعدم القبول والموضوع في آن واحد، فهي لها الحرية في أن تفصل فيه على استقلال أو أن تضمه إلى موضوع الدعوى، وهذا ما طبقته محكمة النقض المصرية حيث ورد في قرار لها:

" إذا اقتصر المتمسك بالدفع بعدم قبول الدعوى على هذا الدفع فليس له أن يعيب على الحكم أن المحكمة فصلت في الدفع وفي موضوع الدعوى معا دون أن تفصل فيه استقلالاً أو أن تقرر

---

[1] الزغول، **مرجع سابق**، ص124 وانظر أيضا: البكري، المجلد الثالث، **مرجع سابق**، ص929.

[2] الشريدة، **مرجع سابق**، ص213 .

[3] أبو بكر، **مرجع سابق**، ص109 .

[4] النمر، **مرجع سابق**، ص62 .

[5] أبو الوفا، **نظرية الدفوع في قانون المرافعات**، مرجع سابق، ص822.

بضمه للموضوع، ذلك لأن الدفع بعدم قبول الدعوى مستقل بصورته في التشريع المصري عن غيره من الدفوع التي تبدى قبل التكلم في الموضوع ويقتضي أمرها الحكم فيها على استقلال أو الأمر بضمها للموضوع .....[1] " .

فالأمر بضم الدفع إلى الدعوى من عدمه يرجع إلى السلطة التقديرية للقاضي مراعيا بذلك أهمية وحالة كل دفع، فالمحاكم عمليا تقدر مسألة الانتقال حسب مسوغات الدفع ومدى الجدية في طرحه، فإذا وجدته قائم على أسس جدية ولا يقصد منه المماطلة عليها بالحالة هذه أن تقوم بالفصل فيه قبل البحث في الموضوع [2].

وعلى المحكمة وفي حال قررت ضم الدفع إلى موضوع الدعوى أن تنبه الخصوم إلى قرارها ليتسنى لهم تقديم ما لديهم من أوجه دفاع ودفوع موضوعية، وعليها أن تسبب كل من الحكم في الدفع والموضوع، إلا إذا كان يستفاد من الحكم في الموضوع وأسبابه قضاء ضمني في الدفع بعدم القبول[3]، ولا يعتبر صدور الحكم بعد تناول الموضوع من جانب الخصم الذي خسر الدفع بعدم القبول رضاء ضمني به وبنتيجة الحكم بالدفع، فيحق له أن يطعن فيه على الرغم من تناوله الموضوع [4].

وإذا حكمت المحكمة في الموضوع ولم تتعرض للدفع فإن ذلك يعد رفضاً ضمنياً له[5]، ويحق لمحكمة النقض أن تنقض هذا الحكم للقصور في التسبيب والتعليل والإخلال بحق الدفاع في حال تبين لها أن هذا الدفع من الدفوع الجوهرية والذي يتطلب فحصا وردا على مستنداته بحيث يتغير قرار المحكمة في الدعوى لو أن المحكمة فطنت إليه وتناولته بالقبول أو الرفض [6].

---

[1] الطعن رقم 244 سنة 22 ق جلسة 28 / 11 / 1957 س 8 ص 834 والمشار إليه في كتاب فودة، **الموسوعة الشاملة في الدفوع والدفاعات**، مرجع سابق، ص260 .

[2] القدومي، **مرجع سابق**، ص157 .

[3] راغب، **مرجع سابق**، ص221 .

[4] فودة، **الموسوعة الشاملة في الدفوع والدفاعات**، مرجع سابق، ص556 .

[5] البكري، المجلد الثالث، **مرجع سابق**، ص929 وانظر أيضا: هليل، **مرجع سابق**، ص791 .

[6] فودة، **الموسوعة الشاملة في الدفوع والدفاعات**، مرجع سابق، ص556 .

وعلى الرغم من الصلاحية الممنوحة للمحكمة في القوانين السابقة في أن تفصل في الدفع بعدم القبول على وجه الاستقلال أو أن تأمر بضمه إلى موضوع الدعوى لتفصل فيهما معا، إلا أن هناك من يرى بضرورة النص في قوانين المرافعات على إلزام المحكمة في الفصل بالدفع بعدم القبول أولاً دون ضمه إلى موضوع الدعوى إلا في حالة استثنائية وهي حالة وجود ارتباط بين الدفع والموضوع، ويعلل أصحاب هذا الرأي موقفهم بأنه وفي حال قبول الدفع بعدم القبول من شأنه أن يغني المحكمة عن النظر والتعرض لموضوع الدعوى[1].

وتتفق الباحثة مع الرأي السابق، ذلك وأنه وعلى الرغم من عدم وجود نص في التشريعات السابقة يلزم المحكمة أن تنظر في الدفع بعدم القبول قبل التعرض للموضوع، إلا أنه يجب التشديد في التشريعات السابقة على وجوب الفصل في الدفع أولاً في حال أثير قبل التعرض إلى الموضوع، ذلك أن الفصل فيه قد يغني المحكمة عن التعرض لموضوع الدعوى في حال قبوله، الأمر الذي يختصر الكثير من إجراءات التقاضي ويؤدي إلى سرعة في إنجاز القضايا، وبهذا يحقق الدفع بعدم القبول غاية مهمة وهي التقليل من ازدحام المحاكم وانشغالها الدائم .

ولا بد من الإشارة إلى أن قرار محكمة الموضوع بضم الدفع إلى الموضوع للفصل فيهما معا يعتبر من القرارات التمهيدية والتي تصدر أثناء سير الدعوى والتي لا يجوز الطعن فيها استقلالا، فهو قرار لا ينهِ الخصومة والطعن فيه يكون مع الحكم الفاصل في الدعوى، وهذا ما طبقته محكمة النقض الفلسطينية في أحد القرارات الصادرة عنها[2].

ويحق للمحكمة إغفال الرد على الدفع بعدم القبول في حال رأت أنه غير قائم على أساس من القانون كونه لا يحتوي دفاعا جوهريا يتغير معه وجه الرأي في الدعوى[3].

---

[1] الجرجري، **مرجع سابق**، ص65 .

[2] حكم محكمة النقض المنعقدة في غزة في الدعوى الحقوقية رقم 59 لسنة 2003 والمنشور على موقع المقتفي عبر الرابط التالي http://muqtafi.birzeit.edu/courtjudgments/ViewCJCard.aspx?CJID=46475

[3] طعن رقم 213 سنة 23 ق جلسة 12 / 12 / 1957م س8 ص898 والمشار إليه في كتاب فودة، **الموسوعة الشاملة في الدفوع والدفاعات**، مرجع سابق، ص260 .

**الفرع الثاني: آثار الحكم الصادر بالدفع بعدم قبول الدعوى**

تفصل المحكمة بناء على طلب الخصوم أو من تلقاء نفسها في مدى توافر شروط قبول الدعوى أو عدم توافرها، فإذا رأت أن شروط الدعوى متوافرة تحكم برد الدفع بعدم القبول وتكمل نظر الدعوى، أما إذا رأت أن شروط الدعوى غير متوافرة قضت بقبول الدفع وبالتالي عدم قبول الدعوى[1].

ولم يبين المشرع الفلسطيني في قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية الفلسطيني الأثر الذي يترتب على الحكم الصادر بقبول الدفع بعدم القبول من حيث حسمه للنزاع ومنعه من تجديده، ويبدو أنه ترك الأمر للفقهاء لتحديد أحكام كل دفع على حدة .

كما لم ينص المشرع المصري في قانون المرافعات على أثر الحكم بقبول الدفع بعدم القبول أيضا في كونه ينهي النزاع ويحسمه ويمنع من تجديده أم أنه يمكن رفع دعوى جديدة لذات السبب مرة أخرى، ولم تتفق كلمة الفقه والقضاء على حكم واحد يطبق على جميع الدفوع في آن واحد، وإنما يختلف الحكم بالنسبة لهذه المسألة باختلاف كل دفع من دفوع عدم القبول [2].

وحسنا فعل المشرع الفلسطيني والمصري في أنهم لم يضعوا حكما عاما يسري على جميع أنواع الدفع بعدم القبول وصوره، ذلك أن بعض أنواع الدفوع تسري عليها أحكاما خاصة ينظمها القانون كل في موضعها لذلك فمن غير المنتج أن يتم وضع قواعد عامة تنظمها جميعها[3]، فأثر الحكم في الدفع يتوقف على ما قضت به المحكمة، ذلك أنه يوجد علاقة وثيقة بينهما[4].

ففي بعض الأحيان يترتب على الحكم الصادر بقبول الدفع بعدم القبول إنهاء النزاع على أصل الحق ومثال ذلك الحالة التي لا يقبل فيها الطعن لرفعه بعد الميعاد القانوني[5]، وعدم قبول الدعوى لرفعها بعد الميعاد [6]، وحالة قبول الدفع بالتقادم والدفع بسبق الفصل في الموضوع[7].

---

[1] الشريدة، **مرجع سابق**، ص261 .

[2] سيف، **مرجع سابق**، ص349 .

[3] الشرقاوي ووالي، **مرجع سابق**، ص135 .

[4] أبو سعد، **الموجز العلمي في الدفع بعدم القبول**، مرجع سابق، ص41 .

[5] أبو عيط، **مرجع سابق**، ص156 وانظر أيضا: هرجة، **مرجع سابق**، ص288 وانظر أيضا: أبو الوفا، **التعليق على نصوص قانون المرافعات**، مرجع سابق، ص444 .

[6] أبو سعد، **الموجز العلمي في الدفع بعدم القبول**، مرجع سابق، ص41 .

[7] راغب، **مرجع سابق**، ص222.

فإذا تم قبول الدفع بعدم قبول الطعن لتقديمه بعد المدة القانونية فإن الحكم والحالة هذه يكتسب الدرجة القطعية[1]. ويترتب على الحكم بعدم قبول الدعوى في الحالات السابقة عدم جواز تجديد الدعوى[2]، ويكتسب الحكم في الحالات السابقة قوة الأمر المقضي به[3].

ويرى البعض أن عدم جواز تجديد الدعوى في الحالات المذكورة مرده ومرجعه سبب هذا الحكم وليس حجية الحكم بعدم القبول، فالحكم مثلا بعدم قبول الدعوى لسبق الفصل فيها من شأنه أن يمنع قبول الدعوى من جديد، فالذي منع رفع دعوى جديدة هو حجية الحكم الأول والسابق الذي فصل في موضوعها وليس حجية الدفع بعدم القبول، وكذلك الدفع بعدم قبول الدعوى لانقضائها بالتقادم يمنع قبوله من رفع دعوى جديدة، ومرد عدم رفع الدعوى من جديد وفقا لهذا الرأي بسبب الدفع بالتقادم لا بسبب حجية الحكم بعدم القبول [4].

إلا أنه وفي أحيان أخرى لا يكتسب الحكم الصادر في الدفع بعدم القبول حجية الأمر المقضي به طالما لم يفصل في موضوع الدعوى، وإنما يكتسب الحكم الدرجة القطعية بالنسبة لذات الدفع فقط[5]، فقط[5]، فيقتصر أثر الحكم بقبول الدفع بعدم القبول على إنهاء إجراءات الخصومة وحدها دون أصل أصل الحق كالحالة التي يرفع فيها الطعن قبل الميعاد القانوني مثلا[6]، كما تسري هذه القاعدة على الحكم بعدم قبول دعوى الدائن والتي رفعها على الكفيل دون أن يرجع عل المدين الأصلي، فيحق له رفع دعوى جديدة إذا ما رجع أولا على المدين وهذا حسب القانون المدني المصري [7].

---

[1] الأخرس، **مرجع سابق**، ص395 .

[2] الشواربي، **مرجع سابق**، ص781 وانظر أيضا: أبو سعد، **الموجز العلمي في الدفع بعدم القبول**، مرجع سابق، ص41.

[3] أبو بكر، **مرجع سابق**، ص88 وانظر أيضا: الحسيني، **مرجع سابق**، ص49.

[4] راغب، **مرجع سابق**، ص222 .

[5] الأخرس، **مرجع سابق**، ص395.

[6] هرجة، **مرجع سابق**، ص288 وانظر أيضا: أبو عيطة، **مرجع سابق**، ص156 .

[7] فودة، **الموسوعة الشاملة في الدفوع والدفاعات، مرجع سابق**، ص551. وهذا على خلاف ما نصت عليه مجلة الأحكام العدلية وهي القانون المدني المعمول به في فلسطين حيث نصت في المادة ( 644) منها على: " الطالب مخير في المطالبة إن شاء طالب الأصيل بالدين وإن شاء طالب الكفيل ومطالبته أحدهما لا تسقط حق مطالبة الآخر ، وبعد مطالبته أحدهما له أن يطالب الآخر ويطالبهما معا " .

فالمنع في الحالة السابقة هو منعا مؤقتا لا دائما ويقتصر أثر الحكم بعدم قبول الدعوى على إلغاء إجراءات الخصومة فقط مما يسمح برفع دعوى جديدة[1] وذلك بعد استكمال الشروط اللازمة وذلك إذا كان مبنى الدفع عدم توافر الشروط اللازمة للجوء إلى القضاء كالدفع بانتفاء الصفة والدفع بعدم قبول الدعوى للمطالبة بالحق قبل موعد استحقاقه، فيجوز والحالة هذه رفع دعوى جديدة أمام المحكمة دون أن يتم الدفع بسبق الفصل فيها[2]، كما تسري هذه القاعدة على الدفع بانتفاء المصلحة فعندما تحل المصلحة يمكن رفع الدعوى مرة أخرى ومن جديد[3].

وقد جاء في أحد القرارات الصادرة عن محكمة النقض المصرية: " الحكم بعدم قبول الدعوى أو رفضها بالحالة التي كانت عليها وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة تكون له حجية موقوتة تقتصر على الحالة التي كانت عليها الدعوى حين رفعها أول مرة وتحول دون معاودة طرح النزاع من جديد متى كانت الحالة التي انتهت بالحكم السابق هي بعينها لم تتغير، ومقتضى ذلك أن الحكم بعدم قبول دعوى صحة التعاقد لعدم قيام المشتري بدفع كامل الثمن لا يمنع المشتري من العودة إلى دعوى صحة التعاقد إذا ما قام بإيفاء باقي الثمن " [4].

وعلى الرغم من القرار السابق والصادر عن محكمة النقض المصرية والذي يقضي بإمكانية رفع دعوى جديدة في حال تغيرت الأسباب التي آلت إلى إصدار الحكم بعدم قبول الدعوى، إلا أنها جاءت بقرار آخر مخالف نصت فيه على: " الدفع بعدم القبول لانعدام صفة المدعي وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة هو دفع موضوعي يقصد به الرد على الدعوى برمتها ويترتب على قبوله أن يخسر المدعي دعواه بحيث لا يستطيع العودة إليها "[5].

وترى الباحثة أن محكمة النقض المصرية قد جانبت الصواب في حكمها السابق، فهي منعت المدعي من إقامة دعوى جديدة في حال أصدرت المحكمة قراراً يقضي بعدم قبول الدعوى لانعدام

---

[1] الشواربي، **مرجع سابق**، ص781 .

[2] النمر، **مرجع سابق**، ص62 .

[3] الشرقاوي ووالي، **مرجع سابق**، ص135.

[4] الطعن رقم 459 لسنة 47 ق جلسة 12/ 6 / 1990 والمشار إليه في كتاب أبو عيطة، **مرجع سابق**، ص164 .

[5] الطعن رقم 520 لسنة 34 ق جلسة 7 / 1 / 1970 والمشار إليه في كتاب الطويل، **مرجع سابق**، ص132.

صفته، فهي بذلك حرمت بصفة مستقبلية الخصم الذي لم تكن تتوافر لديه الصفة في الدعوى الأولى من إقامة دعوى جديدة على الرغم من توافر الصفة لديه في الدعوى الجديدة، الأمر الذي يجعل حكمها السابق مع الاحترام حكم غير موفق.

فلا يعقل أن يكون الدفع بعدم القبول سيفا مسلطا بيد المدعى عليه يستعمله كيفما شاء، فلا بد أن يحرص المشرع على تلطيف أثر الدفع على الدعوى بأن يجعل هناك إمكانية لزوال الدفع بعدم القبول عن طريق تصحيح الإجراء المعيب في الأحوال التي يجوز فيها تصحيح شكل الدعوى، الأمر الذي يؤدي إلى تحقيق موازنة عادلة ويحافظ على المصلحة العامة من جهة، وبذات الوقت المحافظة على أصل الحق المتنازع عليه من جهة أخرى[1].

وهناك من يرى أن مسألة تجديد الدعوى من عدمها في حال أصدرت المحكمة حكما يقضي بقبول الدفع بعدم القبول يتوقف على نوع هذا الدفع، فالدفع بعدم القبول الموضوعي يترتب عليه عدم جواز تجديد الدعوى ذلك أنه يحوز حجية الشيء المقضي به، أما الدفع بعدم القبول الشكلي فيقتصر أثره على إلغاء إجراءات الخصومة، فهو عائق مؤقت للدعوى، بالتالي يحق لصاحب المصلحة فيه تجديد الدعوى [2].

إلا أن الباحثة ترى أن هذا الرأي يعود بنا إلى الاجتهاد القائل بتقسيم دفوع عدم القبول إلى دفوع موضوعية ودفوع شكلية، وكما قلنا سابقا فإن الباحثة لا تتفق مع الرأي السابق كون أن دفوع عدم القبول هي دفوع مستقلة عن كلا النوعين من الدفوع الشكلية والموضوعية ولها كيان مستقل وهذا ما تناولته عند الحديث عن طبيعتها وذلك في الفصل الأول من هذه الرسالة.

ويترتب على الحكم بعدم قبول الدعوى زوال الإجراءات التي تم اتخاذها في الدعوى، ذلك أن الدعوى لا تعد منتجة وغير جديرة بالحماية إلا إذا تم مباشرتها وفق الإجراءات الصحيحة سواء من

---

[1] الجرجري، **مرجع سابق**، ص66 .

[2] هليل، **مرجع سابق**، ص793.

حيث توافر شروط قبولها أو إقامتها في المواعيد المحددة، فعدم قبول الدعوى يرجع الخصوم إلى الحالة التي كانا عليها قبل عرض النزاع على المحكمة[1].

ففي حال قبلت المحكمة الدفع بعدم قبول الدعوى فإن الخصومة تزول وتعتبر كأن لم تكن ولا يترتب عليها أي أثر، فالقضاء في الدعوى الأصلية بعدم القبول بسبب عدم وجود حق للمدعي قبل المدعى عليه معناه زوال ما كان لهذه الدعوى من أثر في قطع التقادم، بالتالي يعتبر قطع التقادم الذي بني على هذه الدعوى كأن لم يكن[2].

أما إذا حكمت المحكمة برفض الدفع بعدم القبول، فإن هذا الحكم لا ينهِ الخصومة ولا يجوز الطعن فيه استقلالا وإنما يكون الطعن فيه مع الحكم الفاصل في الدعوى وذلك وفقا لقانون المرافعات المصري، فاستئناف الحكم المنهي للخصومة يستتبع استئناف جميع الأحكام السابقة والتي صدرت في الدعوى [3].

وهذا على خلاف ما نص عليه قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية الفلسطيني في المادة (90)[4] منه والتي نصت على جواز الطعن بقبول الدفع أو رفضه استقلالا، وهذا ما سيتم الحديث عنه في المطلب الثاني .

**المطلب الثاني: الطعن في الحكم الصادر بالدفع بعدم القبول**

ستتناول الباحثة في هذا المطلب الطعن في الحكم الصادر بالدفع بعدم قبول الدعوى وذلك في فرعين على التوالي، تناول الفرع الأول آلية الطعن في القرار الصادر بالدفع بعدم القبول، بينما تناول الفرع الثاني سلطة محكمة الاستئناف عند النظر بالطعن المقدم أمامها.

---

[1] الجرجري، **مرجع سابق**، ص67 .

[2] طعن رقم 366 لسنة 27 ق جلسة 23 / 5/ 1963م والمشار إليه في كتاب أبو سعد، **الموجز العلمي في الدفع بعدم القبول، مرجع سابق**، ص39 .

[3] البكري ، المجلد الثالث، **مرجع سابق**، ص930 وانظر أيضا: أبو بكر، **مرجع سابق**، ص111.

[4] حيث جاء في المادة المذكورة: " يجوز للمدعى عليه أن يدفع بعدم قبول الدعوى استناداً إلى أي سبب يؤدي لعدم قبولها قبل الدخول في الأساس، ويكون القرار الصادر برد الطلب أو قبوله قابلاً للاستئناف " .

**الفرع الأول: آلية الطعن في القرار الصادر بالدفع بعدم القبول**

لقد جاء في المادة (5/192 ) من قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية الفلسطيني: " لا يجوز الطعن في القرارات التمهيدية التي تصدر أثناء سير الدعوى ولا تنتهي بها الخصومة إلا مع الحكم الفاصل في موضوع الدعوى كلها عدا:..... 5- الحالات التي نص القانون على جواز الطعن فيها استقلالاً ".

ونصت المادة (90) من قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية الفلسطيني: " يجوز للمدعى عليه أن يدفع بعدم قبول الدعوى استناداً إلى أي سبب يؤدي لعدم قبولها قبل الدخول في الأساس، ويكون القرار الصادر برد الطلب أو قبوله قابلاً للاستئناف ".

ويتضح من نصوص المواد السابقة أن المشرع الفلسطيني أجاز الطعن بالاستئناف بالقرار الصادر بالدفع بعدم القبول استقلالا سواء كان الحكم الصادر في الطلب يقضي بقبوله أو برفضه. وهذا ما طبقته محكمة النقض الفلسطينية في قراراتها، حيث جاء في أحد القرارات الصادرة عنها أن الدفع المتعلق بعدم قبول الدعوى وطالما أثاره وكيل المدعى عليه قبل الدخول في أساس الدعوى يقبل الاستئناف استقلالا عملا بالمادة (90) من قانون أصول المحاكمات المدنية لسنة 2001 م[1].

كما جاء أيضا في أحد القرارات الصادرة عنها:

" وفي الموضوع وبالنسبة لسبب الطعن ولما كان الطلب المقدم من الطاعن برد الدعوى قبل الدخول في أساسها والذي يحمل الرقم ( 2003/149) المشار إليه آنفا هو في حقيقته دفع بعدم مسؤولية الشركة المدعى عليها عن تعويض الجهة المدعية الأضرار التي لحقت بها والناجمة عن حادث الطرق موضوع الدعوى، وحيث أن مثل هذا الدفع يندرج تحت مفهوم المصلحة بمعنى أن ليس للجهة المدعية مصلحة أو صفة لإقامة الدعوى ضد المدعى عليها، ولأن الدفع بعدم توافر المصلحة أو الصفة من الدفوع الأساسية لعدم قبول الدعوى قبل الدخول في الأساس فإن القرار الصادر في الطلب سواء بالقبول أو بالرد يكون قابلا للطعن بالاستئناف سنداً للمادة (90) من

[1] حكم محكمة النقض المنعقدة في رام الله في الدعوى الحقوقية رقم 74 لسنة 2008 م والمنشور على موقع المقتفي عبر الرابط التالي http://muqtafi.birzeit.edu/courtjudgments/ViewCJCard.aspx?CJID=59891

قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية، وبناءا على ذلك فإن سبب الطعن يغدو واردا ويكون الحكم المطعون فيه حريا بالنقض في ضوء ما بيناه [1] ".

فسواء كان قرار محكمة الدرجة الأولى بخصوص الدفع بعدم القبول المقدم إليها كان سلباً أم إيجاباً فإنه يكون قابلا للطعن استقلالا بطريق الاستئناف [2].

كما جاء في المادة (109) من قانون أصول المحاكمات المدنية الأردني: " للخصم قبل التعرض لموضوع الدعوى أن يطلب من المحكمة إصدار الحكم بالدفوع التالية بشرط تقديمها دفعة واحدة وفي طلب مستقل خلال المدة المنصوص عليها في المادة (59) من هذا القانون:

أ. عدم الاختصاص المكاني. ب. وجود شرط تحكيم. ج. كون القضية مقضية. د. مرور الزمن.

هـ. بطلان أوراق تبليغ الدعوى. وعلى المحكمة أن تفصل في الطلب المقدم إليها بموجب أحكام الفقرة (1) من هذه المادة ويكون حكمها الصادر في هذا الطلب قابلا للاستئناف ".

فوفق صريح نص المادة السابقة فإن حكم المحكمة في الدفوع السابقة يكون قابلا للاستئناف حتى لو كان صادرا أثناء سير الدعوى وقبل صدور الحكم المنهي للخصومة، بمعنى أنه يكون قابلا للاستئناف حتى لو كان قاضيا برد الدفع، وهذا ما أكدت عليه نص المادة (170) من ذات القانون والتي جاء فيها: " لا يجوز الطعن في الأحكام التي تصدر أثناء سير الدعوى ولا تنتهي بها الخصومة إلا بعد صدور الحكم المنهي للخصومة كلها ويستثنى من ذلك القرارات الصادرة في المسائل التالية: 1- الأمور المستعجلة 2- وقف الدعوى 3- الدفع بعدم الاختصاص المكاني 4- الدفع بوجود شرط تحكيم 5- الدفع بالقضية المقضية 6- الدفع بمرور الزمن 7- طلبات التدخل والإدخال 8- عدم قبول الدعوى المتقابلة 9- الدفع ببطلان أوراق تبليغ الدعوى " .

---

[1] حكم محكمة النقض المنعقدة في رام الله في الدعوى الحقوقية رقم 11 لسنة 2010 والمنشور على موقع المقتفي عبر الرابط التالي http://muqtafi.birzeit.edu/courtjudgments/ViewCJCard.aspx?CJID=60543 .

[2] حكم محكمة النقض المنعقدة في رام الله في الدعوى الحقوقية رقم 247 لسنة 2009 والمنشور على موقع المقتفي عبر الرابط التالي http://muqtafi.birzeit.edu/courtjudgments/ViewCJCard.aspx?CJID=60009 .

فقد جاءت عبارات النصين السابقين عامة بحيث لم تفرق بين قبول الدفع بعدم القبول أو رده، وحيث أن النص جاء على عمومه فإن القرار الصادر بقبول الدفع أو رده يكون قابل للاستئناف حتى لو كان القرار الأخير لا ينهي الخصومة ولا يرفع يد المحكمة عن الدعوى [1].

ولا بد من الإشارة إلى أن الحكم في الدفع المقدم قبل الدخول في أساس الدعوى هو الذي يقبل الاستئناف استقلالا سواء كان قاضيا بالرد أو الرفض، أما الحكم الصادر في الدفع والذي قدم بعد الكلام في موضوع الدعوى فلا يجوز استئناف الحكم الصادر فيه إلا مع الحكم الفاصل في موضوع الدعوى ، وتسري هذه القاعدة على دفوع عدم القبول المتعلقة بالنظام العام والتي يجوز إبدائها في أي مرحلة كانت عليها الدعوى[2].

وهذا ما ورد في أحد القرارات الصادرة عن محكمة النقض الفلسطينية حيث جاء فيه:

" أما من حيث الموضوع فإننا نجد أن الطعن منصب على قرار محكمة بداية الخليل بصفتها الاستئنافية المتعلق بالطلب المقدم من المطعون ضدهما لرد الدعوى الأصلية رقم (781 /2001) صلح الخليل بالاستناد لعدم صحة الخصومة، وعلى الرغم من أن المادة (90) من قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية رقم (2) لسنة 2001 م قد جعلت القرارات الصادرة بنتيجة الطلبات والدفوع المقدمة لعدم قبول الدعوى قبل الدخول بالأساس قابلة للطعن بالاستئناف سواء كان القرار برد الطلب أو قبوله، إلا أننا نجد أن أطراف الدعوى أساس (781 / 2001) صلح الخليل قد قاموا بتكرار اللوائح بتاريخ 2001/5/3 ثم تقدمت الطاعنة بالطلب رقم (2002/115) لرد الدعوى بتاريخ 2003/7/5 م، ثم أصدرت محكمة الدرجة الأولى بتاريخ 2003/7/5 م قرارا بضم الطلب إلى موضوع الدعوى للسير فيها والبت فيهما معا ولم يعترض على ذلك المدعي، مما تقدم يتبين لنا أن طلب رد الدعوى لعدم صحة الخصومة قد تم تقديمه بعد الدخول في أساس الدعوى وبالتالي فإن قرار محكمة الدرجة الأولى برد الطلب وتكليف وكيل المدعين إثبات دعواه يعتبر من القرارات

---

[1] شوشاري، **مرجع سابق**، ص133 وص134 وانظر أيضا: قرار محكمة التمييز الأردنية رقم 2064 / 2009 وقرار رقم 654 / 2009 وتمييز حقوق رقم 3063 / 2008 وتمييز حقوق رقم 806/ 2007 والمشار لهم في كتاب الأخرس، **مرجع سابق**، ص405 وص406 .

[2] التكروري، الجزء الأول، **مرجع سابق**، ص521.

التمهيدية الغير منهية للخصومة ولا تنطبق عليه أحكام المادة ( 90 ) من قانون الأصول وبالتالي فهو غير قابل للطعن للاستئناف استقلالا عملا بالمادة ( 192) من ذات القانون [1]"

وقد خلا قانون المرافعات المصري من مثل هذا النص، لذلك فإن الحكم الذي يقبل الطعن في الدفع هو الصادر بقبوله، كونه حكم منهي للخصومة ويكون هذا الحكم قابل للطعن مباشرة، لأن مؤدى قبول هذا الدفع هو امتناع المحكمة عن نظر موضوع الدعوى فلا يكون هناك مبرر لعدم استئنافه[2].

أما الحكم الصادر برد الدفع بعدم القبول وقبول الدعوى وفقا لقانون المرافعات المصري فهو لا يقبل الطعن مباشرة وذلك لأنه ليس له كيان مستقل بحد ذاته ولا يتمتع بحجية الشيء المقضي به، وإنما يتم الطعن فيه مع الحكم الفاصل في موضوع الدعوى [3].

وهذا ما نصت عليه المادة (212) من قانون المرافعات المصري والتي جاء فيها: " لا يجوز الطعن في الأحكام التي تصدر أثناء سير الدعوى ولا تنتهي بها الخصومة إلا بعد صدور الحكم المنهي للخصومة كلها، وذلك عدا الأحكام الوقتية والمستعجلة والصادرة بوقف الدعوى والأحكام القابلة للتنفيذ الجبري، والأحكام الصادرة بعدم الاختصاص والإحالة إلى المحكمة المختصة، وفى الحالة الأخيرة يجب على المحكمة المحالة إليها الدعوى أن توقفها حتى يفصل في الطعن ".

فالحكم الصادر برفض الدفع بعدم القبول في قانون المرافعات المصري هو حكم غير منهي للخصومة وشأنه شأن كافة الأحكام التي تصدر أثناء السير في الدعوى لا يقبل الطعن الفوري وإنما يمكن لصاحب المصلحة الطعن فيه مع الحكم الفاصل في الدعوى والمنهي للخصومة [4].

---

[1] حكم محكمة النقض المنعقدة في رام الله في الدعوى الحقوقية رقم 102 لسنة 2005م والمنشور على موقع المقتفي عبر الرابط التالي http://muqtafi.birzeit.edu/courtjudgments/ViewCJCard.aspx?CJID=36871

[2] أبو سعد، **الموجز العلمي في الدفع بعدم القبول**، مرجع سابق، ص33 .

[3] أبو بكر، **مرجع سابق**، ص111 وانظر أيضا: حشيش، **مرجع سابق**، ص420.

[4] أبو سعد، **الموجز العلمي في الدفع بعدم القبول**، مرجع سابق، ص33 .

وهذا ما نصت عليه المادة ( 229) من قانون المرافعات المصري والتي جاء فيها: " استئناف الحكم المنهي للخصومة يستتبع حتماً استئناف جميع الأحكام التي سبق صدروها في القضية ما لم تكن قد قبلت صراحة ....."

وهذا ما طبقته محكمة النقض المصرية حيث ورد في قرار لها:

" لا يجوز الطعن على استقلال في الحكم الصادر برفض الدفع بانتفاء الصفة متى كان الحكم المطعون فيه لم يقض إلا برفض الدفع بعدم قبول الدعوى لرفعها من غير ذي صفة وبقبوله فإنه يكون حكما صادرا قبل الفصل في موضوع الدعوى ولا تنتهي به الخصومة كلها أو بعضها ومن ثم فلا يجوز الطعن فيه على استقلال [1]" .

كما يشترط أن يكون الحكم الفاصل في الموضوع قابل للطعن، أما إذا منع المشرع استئناف الحكم الفاصل فإنه يمنع أيضا استئناف الحكم الصادر برد الدفع [2].

وترى الباحثة أن موقف المشرع الفلسطيني في قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية وموقف المشرع الأردني أيضا في قانون أصول المحاكمات المدنية الأردني كان أفضل من موقف المشرع المصري في قانون المرافعات، ذلك أن السماح باستئناف الحكم الصادر في الدفع بعدم القبول لدى محكمة الاستئناف المختصة إذا كان يقضي برفض الدفع بعدم القبول إنما يجنب محكمة الدرجة الأولى الكثير من الوقت في حال قامت محكمة الاستئناف بالنظر في الدفع وقررت قبوله بعد أن كانت محكمة الدرجة الأولى قد قررت رفضه، لذلك فإن الخصم ليس مضطرا إلى أن ينتظر نتيجة الحكم الصادر في الدعوى الأصلية حتى يستأنف الحكم الفاصل في الدعوى والدفع أيضا، فاستئناف الحكم الصادر في الدفع لوحده يوفر الكثير من الوقت والجهد والمصاريف في حال قررت محكمة الدرجة الثانية قبوله، الأمر الذي يؤدي إلى التقليل من حدة ازدحام القضايا في المحاكم، وحبذا لو ينص المشرع المصري على جواز استئناف الحكم الصادر بالدفع بعدم القبول سواء كان قاضيا بالرد أو القبول.

---

[1] نقض مصري بتاريخ 25 / 1/ 1982م والمشار إليه في كتاب أبو بكر، **مرجع سابق**، ص125.

[2] أبو بكر، **مرجع سابق**، ص111.

**الفرع الثاني: سلطة محكمة الاستئناف في النظر بالطعن بعدم القبول**

لقد سبق وأن تحدثت الباحثة في الفصل الأول أن استئناف الدفع الشكلي لا يطرح موضوع النزاع برمته على محكمة الدرجة الثانية وإنما تقتصر ولايتها على مجرد الفصل في الدفع الشكلي، ويجب عليها وفي حال قررت إلغاء حكم محكمة الدرجة الأولى أن تعيد أوراق الدعوى إليها لتنظر فيها من جديد كونها لم تستنفذ ولايتها في الفصل في الموضوع، وهذا على خلاف الدفع الموضوعي الذي باستئنافه يطرح موضوع النزاع برمته على محكمة الدرجة الثانية كون أن محكمة الدرجة الأولى قد استنفذت ولايتها في الفصل فيه بعد تعرضها للموضوع .

أما بالنسبة لدور محكمة الاستئناف عند النظر في الحكم الصادر في الدفع بعدم القبول فقد ثار خلاف بين الفقهاء بالنسبة لسلطة محكمة الاستئناف عند الطعن أمامها بالدفع بعدم قبول الدعوى والسبب في هذا الخلاف هو سكوت التشريعات القانونية عن تنظيم الأثر المترتب على استئناف الحكم الصادر في الدفع بعدم القبول وما إذا كان الاستئناف يطرح النزاع برمته على محكمة الدرجة الثانية أم لا [1].

فلم يتعرض المشرع الفلسطيني مثلا عند حديثه عن الدفع بعدم القبول في قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية رقم (2) لسنة 2001م إلى سلطة محكمة الاستئناف عندما يطعن أمامها في الحكم الصادر بالدفع بعدم قبول الدعوى ولم ينص إذا كان هذا الطعن يطرح النزاع موضوع الحق برمته على محكمة الطعن أم أنها تقتصر بالنظر على الدفع بعدم القبول دون نظر موضوع الدعوى.

كما لم يتعرض المشرع المصري في قانون المرافعات أيضا إلى الأحكام الخاصة بالدفع بعدم القبول من حيث سلطة محكمة الاستئناف في نظر الطعن بل ترك هذا الأمر للفقه والقضاء وذلك لصعوبة وضع أحكام عامة تسري على جميع الدفوع بعدم القبول وهذا ما صرح عنه واضعو قانون المرافعات في المذكرة الإيضاحية [2].

---

[1] أبو الوفا، **نظرية الدفوع في قانون المرافعات**، مرجع سابق، ص814.

[2] سيف، **مرجع سابق**، ص351 .

وهناك من يرى أنه إذا تم استئناف الحكم الصادر بقبول الدفع بعدم القبول فإن سلطة المحكمة وولايتها تقتصر على مجرد الفصل في الدفع بعدم القبول دون أن يتم طرح النزاع برمته على محكمة الدرجة الثانية، وعليها أن تعيد أوراق الدعوى إلى محكمة الدرجة الأولى في حال فسخها لحكم محكمة الدرجة الأولى والقاضي بقبول الدفع بعدم القبول لتفصل فيه من جديد، والعلة من ذلك كي لا يتم حرمان أطراف الدعوى من درجة من درجات التقاضي[1].

فاستئناف الحكم الصادر بقبول الدفع بعدم القبول وفقا للرأي السابق لا يطرح سوى النزاع في الدفع فقط دون أن يطرح موضوع الدعوى برمته أمام محكمة الدرجة الثانية [2]، كون أن محكمة الدرجة الأولى لم تفصل في الموضوع ولم تستنفذ ولايتها به ولا يحوز حجية الشيء المحكوم به بالنسبة لهذا الموضوع لعدم تعرضها له[3].

ويعلل أصحاب هذا الموقف رأيهم بأن الدفع بعدم قبول الدعوى هو دفعا ابتدائيا أو أوليا والحكم فيه لا يمس موضوع الدعوى لا عن قرب ولا عن بعد، بالتالي لا يحق لمحكمة الاستئناف أن تقوم بنظر الدعوى التي تم استئناف الحكم فيها، بل عليها وفي حالة إلغاء الحكم بعدم قبول الدعوى أن تعيده إلى محكمة الدرجة الأولى لتفصل في موضوعها من جديد[4].

فمضمون الحكم بعدم القبول هو عدم الفصل في الموضوع، والقول بأن الحكم فيه هو حكم في الموضوع هو قول ينافي الحقيقة، فهو ليس دفع موضوعي كون أن التشريعات أفردت له نصوص خاصة فيه وميزته عن باقي الدفوع[5].

كما أن جعل محكمة الاستئناف تنظر في موضوع النزاع معناه الفصل في موضوع لم تفصل فيه أصلا محكمة الدرجة الأولى، ولم تستنفذ ولايتها فيه، وإن طرح هذا الموضوع بهذا الشكل على

---

[1] غصوب ، **مرجع سابق** ، ص237 وانظر أيضا: الأخرس، **مرجع سابق**، ص396 وانظر أيضا النمر، **مرجع سابق**، ص62 .

[2] العبودي، **مرجع سابق**، ص347 وانظر أيضا: الزغول، **مرجع سابق**، ص126 .

[3] النمر، **مرجع سابق**، ص62 وانظر أيضا: أبو الوفا، **نظرية الدفوع في قانون المرافعات**، مرجع سابق، ص817 .

[4] الشواربي، **مرجع سابق**، ص781 وانظر أيضا: أبو بكر، **مرجع سابق**، ص83 .

[5] راغب، **مرجع سابق**، ص223 .

محكمة الدرجة الثانية ينفي عنها صفتها كمحكمة استئناف ويجعلها محكمة أول درجة، بالتالي فإذا تم الطعن بالنقض في قرار محكمة الاستئناف فإن هذا الطعن يكون في حكم صادر عن محكمة أول درجة وهي حالة نادرة[1].

فأصحاب الرأي السابق يرون أن جعل محكمة الاستئناف تنظر فقط في الدفع بعدم القبول دون أن تتطرق إلى موضوع النزاع برمته هو الأقرب إلى الصواب وأكثر اتساقا مع قواعد العدالة، ذلك أن قواعد العدالة تقتضي أن ما يطرح على محكمة الاستئناف هو ما انتهى إليه حكم محكمة الدرجة الأولى، فهي تعرضت إلى عقبة من عواقب الخصومة ولم تتطرق إلى أصل الحق بالتالي يجب أن يتم إرجاع أوراق الدعوى إليها لتفصل فيها من جديد [2].

وهناك من يرى أن قبول المحكمة للدفع بعدم القبول بسبب عدم توافر الشروط اللازمة لسماع الدعوى معناه استنفاذ محكمة الدرجة الأولى لولايتها وبالتالي وإذا تم إلغاء حكم محكمة الدرجة الأولى من قبل محكمة الاستئناف امتنع على الأخيرة أن تعيد الدعوى إلى المحكمة الأولى وعليها أن تتصدى للفصل في الموضوع [3] .

وحجة هذا الرأي أن الحكم في الدفع بعدم القبول هو حكم موضوعي تستنفذ به محكمة الدرجة الأولى ولايتها في النظر في موضوع الدعوى، وإن الطعن في الحكم الصادر به ينقل النزاع برمته إلى محكمة الاستئناف والتي عليها أن تتصدى للموضوع لا أن تعيد الدعوى إلى محكمة الدرجة الأولى[4]، وهذا الرأي الذي استقر عليه القضاء المصري[5]، فقد جاء في أحد القرارات الصادرة عن محكمة النقض المصرية:

---

[1] عمر، **الدفع بعدم القبول ونظامه القانوني**، مرجع سابق، ص11 .

[2] هليل، **مرجع سابق**، ص796.

[3] المنشاوي ، **مرجع سابق**، ص197 .

[4] فودة، **الدفع بانتفاء الصفة أو المصلحة في المنازعات المدنية في المنازعات المدنية**، مرجع سابق، ص6 .

[5] مسلم، **مرجع سابق**، ص574 وانظر أيضا: الدناصوري وعكاز، **التعليق على قانون المرافعات**، مرجع سابق، ص652 وانظر أيضا الشرقاوي ووالي، **مرجع سابق**، ص128.

" من المقرر وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة أن الحكم بعدم قبول الدعوى تستنفذ به محكمة أول درجة ولايتها وإن الاستئناف المقام على هذا الحكم يطرح الدعوى برمتها أمام محكمة الاستئناف فإذا ألغت ذلك الحكم وقبلت الدعوى فإنه لا يجوز أن تعيدها إلى محكمة الدرجة الأولى بل عليها أن تفصل في موضوعها دون أن يعد ذلك مخالفا لمبدأ التقاضي على درجتين [1]" .

فالرأي السابق يرى أن دور محكمة الاستئناف لا يقتصر فقط على النظر في الدفع لوحده بل في موضوع النزاع برمته، ولا يعد هذا الأمر من قبيل طرح طلبات جديدة أمام الاستئناف بل هي نفسها الطلبات التي استنفذت محكمة الدرجة الأولى ولايتها بشأنها [2].

وهناك اتجاها ثالثا يرى أنه يجب أن يتم التمييز بين دفوع عدم القبول المتصلة بالموضوع وبين تلك المتصلة بالإجراءات، فيعطي حكم الدفع الموضوعي للنوع الأول بينما يعطي حكم الدفع الشكلي للنوع الثاني، فإذا صدر الحكم في الدفع المرتبط بالموضوع معنى ذلك أن قاضي الدرجة الأولى قد استنفذ ولايته في الحكم الصادر وينقل النزاع بهذه الحالة برمته إلى محكمة الدرجة الثانية، أما إذا كان الدفع بعدم القبول متصلا بالإجراءات فإن استئناف الحكم الصادر عن محكمة الدرجة الأولى ينقل مسألة الدفع فقط إلى محكمة استئناف فإذا حكمت بإلغاء الحكم الصادر عن محكمة الدرجة الأولى وجب عليها أن تعيد القضية إلى محكمة الدرجة الأولى لتفصل فيها من جديد[3]، وهذا ما طبقته محكمة النقض المصرية في أحد قراراتها[4].

والسبب في الخلاف السابق حول صلاحية محكمة الاستئناف ودورها عند النظر في الطعن سببه كما أشارت الباحثة سابقا خلو التشريعات من أحكام خاصة بهذا الموضوع، إلا أنه وبالرجوع إلى

---

[1] طعن رقم 1498 لسنة 35 ق جلسة 25 /3 /1985 والمشار إليه في كتاب البكري، المجلد الثالث، **مرجع سابق**، ص929 .

[2] فودة، **الموسوعة الشاملة في الدفوع والدفاعات، مرجع سابق**، ص555 .

[3] سعد، **القانون القضائي الخاص**، الجزء الأول، **مرجع سابق**، ص656.

[4] حيث جاء فيه: " الدفع بعدم قبول الدعوى لانعدام صفة المدعي هو دفع موضوعي يقصد به الرد على الدعوى برمتها ويترتب على قبوله أن يخسر المدعي دعواه بحيث لا يستطيع العودة إليها وتستنفذ محكمة الدرجة الأولى بالقضاء به ولايتها في الفصل في موضوع الدعوى ويطرح الاستئناف المرفوع عن هذا الحكم الدعوى بما احتوته من طلبات وأوجه دفاع على محكمة الاستئناف فلا يجوز لها في حالة إلغاء الحكم وقبول الدعوى أن تعيدها إلى محكمة الدرجة الأولى لنظر موضوعها " طعن رقم 350 لسنة 36 ق جلسة 25/ 1/1962م والمشار إليه في كتاب الطويل، **مرجع سابق**، ص130 .

قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية الفلسطيني وتحديدا في المادة (3/223) منه نجد أنه قد نص على الحالات التي يجب أن تعيد فيها محكمة الاستئناف أوراق الدعوى إلى محكمة الدرجة الأولى، حيث جاء في المادة المذكورة:

" إذا ألغي الحكم المستأنف القاضي برد الدعوى لعدم الاختصاص أو لسبق الفصل فيها أو لسقوط الحق المدعى به بالتقادم أو لأي سبب شكلي ترتب عليه عدم الفصل في موضوعها وجب على محكمة الاستئناف أن تقرر إعادة الدعوى إلى محكمة أول درجة للنظر في موضوعها " .

كما نص قانون أصول المحاكمات المدنية الأردني على نفس الحكم في المادة ( 5/188) والتي جاء فيها:

" فسخ الحكم المستأنف القاضي برد الدعوى لعدم الاختصاص، أو لكون القضية مقضية، أو لمرور الزمن أو لعدم الخصومة، أو لأي سبب شكلي يوجب على محكمة الاستئناف أن تقرر إعادة الدعوى إلى محكمة الدرجة الأولى للنظر في الموضوع ".

فالمشرع الأردني نص صراحة على وجوب أن تعيد محكمة الدرجة الثانية أوراق الدعوى إلى محكمة الدرجة الأولى كونها لم تستنفذ ولايتها في الفصل في موضوع الدعوى، فسلطة محكمة الاستئناف تقتصر على رؤية الدفع فقط[1].

وهذا ما طبقته محكمة التمييز الأردنية حيث ورد في قرار لها: " استقر الاجتهاد على أن المادة (229) من قانون أصول المحاكمات الحقوقية والتي تقابلها المادة (188) من الأصول المدنية لا تجيز لمحكمة الاستئناف الحكم بأساس الدعوى ما لم تكن محكمة أول درجة قد أصدرت حكمها في الموضوع ، أما إذا كانت لم تصدر حكمها بذلك بل ردت الدعوى لسبب آخر خارج عن الموضوع ، فعلى محكمة الاستئناف إذا رأت أن السبب خاطئ أن تفسخ الحكم وتعيد الدعوى إلى محكمة أول درجة لإصدار حكم في الأساس حتى لا يحرم أي من الطرفين من درجة من درجات المحاكمة " [2].

---

[1] الحسيني، **مرجع سابق**، ص48.

[2] تمييز حقوق رقم 476 / 80 ص996 سنة 1981 والمشار إليه في القدومي، **مرجع سابق**، ص195 .

وقد خلا قانون المرافعات المصري من مثل هذا النص، لذلك فإن المطبق لديهم هو نص المادة (232) والتي جاء فيها: " الاستئناف ينقل الدعوى بحالتها التي كانت عليها قبل صدور الحكم المستأنف بالنسبة لما رفع عنه الاستئناف فقط ".

فحسب قانون المرافعات المصري فإنه يترتب على قبول الدفع بعدم جواز نظر الدعوى لسبق الفصل فيها مثلا انتهاء الخصومة وحسمها وانتهاء مهمة المحكمة أيضا بقبول هذا الدفع، فهو دفع للدعوى برمتها في ذات موضوعها، فلا تملك التعرض للموضوع، فهو دفع موضوعي تستنفذ به المحكمة ولايتها في الفصل في النزاع بقبولها لهذا الدفع ومن غير الممكن الرجوع إليها فيه[1]، وإنما يجوز اتخاذ طريق الطعن المناسبة قانونا[2]، وهذا ما طبقته محكمة النقض المصرية في قراراتها[3].

فإذا تم استئناف حكم محكمة الدرجة الأولى القاضي بقبول الدفع بعدم قبول الدعوى لسبق الفصل فيها وألغت محكمة الاستئناف قرار محكمة الدرجة الأولى فإن عليها التصدي لموضوع الدعوى والنظر فيه دون أن تعيدها لمحكمة الدرجة الأولى ذلك أن استئناف هذا الدفع ينقل موضوع النزاع برمته إلى محكمة الدرجة الثانية[4]، وهذا ما طبقته محكمة النقض المصرية في قراراتها[5].

وحسنا فعل المشرع الفلسطيني والمشرع الأردني عندما نصا على الحالات السابقة، وحبذا لو وضع بعبارة صريحة أو أي دفع بعدم القبول بجانب عبارة أو أي سبب شكلي ترتب عليه عدم الفصل في موضوعها، ذلك لأن الدفع بعدم قبول الدعوى يوجه إلى الوسيلة التي يحمي بها صاحب الحق حقه

---

[1] أحمد، **مرجع سابق**، ص 167وانظر أيضا: المنشاوي، **مرجع سابق**، ص199 .

[2] فودة، **الدفع بعدم جواز نظر الدعوى لسابقة الفصل فيها**، **مرجع سابق**، ص102.

[3] حيث اعتبرت أن الدفع بعدم جواز نظر الدعوى لسبق الفصل فيها هو دفع للدعوى برمتها ومتى قبلته المحكمة فقد انحسمت الخصومة وأصبح من غير الممكن الرجوع إليها فيه، انظر نقض 7 / 6 /1934 والمشار إليه في كتاب هليل، **مرجع سابق**، ص796 .

[4] المنشاوي، **مرجع سابق**، ص199 وانظر أيضا: أحمد، **مرجع سابق**، ص167 .

[5] حيث جاء في الطعن المدني رقم 549 لسنة 50 جلسة 1987/12/23م والمشار إليه في كتاب حسن، **الدفع بعدم جواز نظر الدعوى لسبق الفصل فيها**، مرجع سابق، ص13: " أن المقرر في قضاء هذه المحكمة أن الدفع بعدم جواز نظر الدعوى لسبق الفصل فيها هو دفع للدعوى برمتها في ذات موضوعها ومتى قبلته محكمة ما فقد انحسمت الخصومة في هذا الموضوع أمامها وأصبح من غير الممكن قانونا الرجوع إليها فيه لاستنفاذ ولايتها بشأنه ومن ثم فإن محكمة الاستئناف إذا ما ألغت الحكم الابتدائي بعدم جواز نظر الدعوى لسابقة الفصل فيها تعين عليها أن تنظر في موضوع النزاع للفصل فيه دون أن يعد ذلك منها تفويتا لدرجة من درجات التقاضي ....."

وهي الدعوى ، بالتالي هو دفع لا يرد على موضوع الدعوى، فلا تنظر محكمة الدرجة الأولى في موضوعها حتى نقول أنها تستنفذ ولايتها في حال صدر حكما عنها، كما أن نظر محكمة الاستئناف في الدعوى هو من قبيل عرض النزاع على محكمة الاستئناف لأول مرة، الأمر الذي يؤدي إلى حرمان أطراف الدعوى درجة من درجات التقاضي وهو الأمر الذي لم يسعَ إليه المشرع الفلسطيني .

أضف إلى ذلك أنه يمكن لمحكمة الدرجة الأولى وهي في سبيل بحث الدفع بعدم القبول والحكم فيه أن تتعرض إلى موضوع الدعوى، إلا أن هذا التعرض لا يتجاوز التعرض الظاهري الذي يتحسس فيها القاضي وجود الدفع من عدمه حتى يتمكن من الفصل فيه دون أن يكون قاصدا الفصل في موضوع الدعوى[1].

[1] القدومي، **مرجع سابق**، ص99 .

**الخاتمة**

الحمد لله أولاً وأخيراً الذي أكرمنا بإنجاز هذه الدراسة والمتعلقة بالدفع بعدم القبول وإشكاليات تنظيمه القانوني وفق قانون أصول المحاكمات المدنية الفلسطيني رقم (2) لسنة 2001م (دراسة مقارنة) وبعد أن تناولت الباحثة الدفع بعدم القبول وأحكامه فإنها توصلت إلى النتائج التالية:

1- يقصد بدفوع عدم القبول تلك الدفوع التي توجه إلى سلطة الخصم وأحقيته في رفع الدعوى منكرا إياها وذلك بسبب عدم توافر الشروط العامة أو الخاصة التي يشترط المشرع توافرها.

2- إن عدم القبول هو تكييف قانوني هدفه منع المحكمة من قبول الدعوى، فلا يدخل فيه عدم القبول المادي كحالة امتناع موظف معين عن قبول طلب ما لعدم استيفائه الرسم مثلا.

3- نظم المشرع الفلسطيني في قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية الفلسطيني رقم (2) لسنة 2001م دفوع عدم القبول في مادة واحدة وهي المادة (90) منه، وهو بذلك قد سار على نفس هدى المشرع المصري في قانون المرافعات الذي تناول أيضا الدفع بعدم القبول في مادة منفردة وهي المادة (115) منه، بحيث لم تحتوي المواد السابقة على كافة أحكام الدفع بعدم القبول الأمر الذي جعل الفقهاء يختلفون في كثير من أحكامه.

4- لم يذكر المشرع الأردني في قانون أصول المحاكمات المدنية الأردني رقم (24) لسنة 1988م الدفع بعدم القبول بشكل صريح ولم ينظمه في متنه بشكل مستقل وذلك على خلاف التشريعين الفلسطيني والمصري إلا أن القضاء الأردني قد استخدم مصطلح الدفع بعدم القبول عدة مرات الأمر الذي يؤكد وجوده .

5- لم يورد المشرعين الفلسطيني والمصري في نصوصهما تعريفاً للدفع بعدم القبول تاركين المجال للفقه في أن يضع تعريفا مناسبا له.

6- لقد نص قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية الفلسطيني وتحديدا في المادة (90) منه على جواز إبداء الدفع بعدم القبول قبل الدخول في أساس الدعوى، الأمر الذي قد يفهم منه أن المشرع قد قصد إعطاء حكم عام يطبق على كافة دفوع عدم القبول في جواز إثارتها قبل الدخول

في أساس الدعوى، إلا أن نص المادة (90) يختلف في صياغته عن نص المادة (91) من القانون المذكور، ففي حين جاء بالمادة الأولى كلمة يجوز احتوت المادة الثانية على كلمة يجب وهو الأمر الذي لم يضعه المشرع عبثا بل قصد منه أن دفوع عدم القبول الغير متعلقة بالنظام العام هي من يجوز إثارتها قبل الدخول في أساس الدعوى، في حين يجب إبداء كافة الدفوع الشكلية غير المتعلقة بالنظام العام قبل الدخول في أساس الدعوى.

7- وفق قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية الفلسطيني فإن التعرض لموضوع الدعوى دون إثارة الدفع بعدم القبول من قبل الخصم يعد تنازلا عنه، ذلك لأنه اشترط إثارة دفوع عدم القبول – غير المتعلقة بالنظام العام– قبل الدخول في أساس الدعوى، وهذا على خلاف المشرع المصري الذي أتاح إبداء دفوع عدم القبول في أي حالة كانت عليها الدعوى، لذلك فإن التعرض لموضوع الدعوى لا يعد تنازلا من قبلهم عن دفوع عدم القبول .

8- من مقتضيات مبدأ السيادة للخصوم أن لهم الحرية في التنازل عن الدفع بعدم القبول وعدم استعماله إلا أنه يستثنى من ذلك دفوع عدم القبول المتعلقة بالنظام العام والتي لا يجوز التنازل عنها ولا الاتفاق على مخالفتها.

9- على الرغم من أن للخصوم الحرية في التنازل عن الدفع بعدم القبول الغير متعلق بالنظام العام إلا أنه لا يجوز لهم الاتفاق المسبق على التنازل عنه، ذلك أن هكذا اتفاق لا يؤمن معه التعسف .

10- إن عدم إثارة محكمة الموضوع لدفوع عدم القبول المتعلقة بالنظام العام من تلقاء نفسها يجعل حكمها قابلا للطعن بطريق النقض.

11- لا يوجد نص صريح ينص على آلية الفصل في دفوع عدم القبول وذلك على خلاف الدفوع الشكلية والتي نص قانون أصل المحاكمات المدنية والتجارية الفلسطيني على ضرورة الفصل فيها على استقلال ما لم تأمر المحكمة بضمها إلى الموضوع .

12- إن الحكم الصادر في موضوع الدعوى دون التعرض للدفع بعدم القبول يعد قضاء ضمنيا برفض الدفع بعدم القبول.

13- لا يمكن وضع قاعدة عامة لأثر الحكم بعدم القبول تتعلق بجواز تجديد الدعوى أو عدم جواز تجديدها، ذلك أن الأمر مرتبط بنوع الدفع بعدم القبول، فأحيانا يترتب على الدفع بعدم القبول عدم جواز تجديد الدعوى كحالة تقديم الطعن بعد فوات المدة القانونية في حين يترتب عليه في حالات أخرى جواز تجديدها كحالة تقديم الطعن قبل المدة القانونية .

**التوصيات:**

1- توصي الباحثة بضرورة تنظيم أحكام الدفع بعدم القبول بصورة مفصلة بحيث أن هناك الكثير من أحكامه والتي بحاجة إلى تنظيم من قبل المشرع الفلسطيني، فغموض هذا الدفع وعدم تنظيم الكثير من أحكامه جعل الفقهاء يختلفون في كثير من أحكامه.

2- كما توصي الباحثة أيضا بضرورة تعديل نص المادة (90) من قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية الفلسطيني بأن تنص على جواز إبداء الدفع بعدم قبول الدعوى في أي حالة كانت عليها الدعوى بدلاً من إبدائه قبل الدخول في أساس الدعوى، متماشياً مع النهج الذي سار عليه المشرع المصري، فحق الدفاع يقتضي أن يتم إبداء الدفع بعدم القبول في أي حالة كانت عليها الدعوى، فمن العدالة أن يتم السماح بإبداء هذا الدفع في أي حالة كانت عليها الدعوى قبل صدور الحكم، ذلك أن موضوع الدفع بعدم القبول نفي حق الدعوى لعدم توافر الشروط اللازمة لها، وحيث أن حق الدعوى مرتبط بالحكم فيها لذلك يجب أن يتم إثارته في أية حالة كانت عليها الدعوى.

3- توصي الباحثة المشرع الفلسطيني بضرورة تعديل نص المادة (92) من قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية الفلسطيني بأن يستثنى منها الدفع بسبق الفصل في الدعوى كونه من دفوع عدم القبول وليس من الدفوع الشكلية المتعلقة بالنظام العام .

4- توصي الباحثة المشرع الفلسطيني بضرورة النص على دفوع عدم القبول المتعلقة بالنظام العام وخصوصا الشائعة منها وذلك تفادياً لأي لبس من الممكن أن يحصل.

5- توصي الباحثة المشرع الفلسطيني بضرورة النص على آلية الفصل في الدفع بعدم القبول بأن يتم النص على أن يفصل فيه على استقلال، ذلك أن الفصل فيه قد يغني المحكمة عن التعرض لموضوع الدعوى ويوفر عليها الكثير من الوقت والجهد والمصاريف، وذلك باستثناء الحالات التي لا يمكن معها الفصل في الدفع دون التعرض إلى موضوع الدعوى.

6- توصي الباحثة المشرع الفلسطيني بضرورة تعديل أحكام المادة (3/223) من قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية الفلسطينية بأن يتم إضافة عبارة " أو دفع بعدم القبول"، ذلك أن محكمة الدرجة الأولى عندما تتعرض إلى الدفع بعدم القبول لا تناقش موضوع الدعوى، فالهدف من إبداء الدفع بعدم القبول توفير الوقت وإجراءات الدعوى، لذلك فإن سلطة محكمة الاستئناف تقتصر في حالة الطعن فيه على النظر في الدفع فقط، وفي حال ألغت الحكم الصادر في الدفع بعدم القبول عليها أن تعيد الأوراق إلى محكمة الدرجة الأولى لتنظر فيه من جديد وذلك حتى لا يتم حرمان الأطراف درجة من درجات التقاضي.

# قائمة المصادر والمراجع

**قائمة المصادر:**


**1- مجلة الأحكام العدلية .**

**2- قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية الفلسطيني رقم ( 2 ) لسنة 2001 م والمنشور في العدد 38 من الوقائع الفلسطينية (السلطة الوطنية الفلسطينية) بتاريخ 2001/09/05 صفحة 5.**

**3- قانون أصول المحاكمات المدنية الأردني رقم ( 24 ) لسنة 1988م والمنشور على الصفحة 735 من عدد الجريدة الرسمية رقم (3545) الصادر بتاريخ 4/2/ 1988 م والمعدل بالقوانين ذوات الأرقام 14 لسنة 2001 و26 لسنة 2002 و20 لسنة 2005 و16 لسنة 2006.**

**4- قانون المرافعات المدنية والتجارية المصري رقم ( 13 ) لسنة 1968م والمنشور في العدد 19 من الجريدة الرسمية والصادر بتاريخ 9/ 5/ 1968م وتعديلاته .**

**5- قانون رقم (81) لسنة 1996م بشأن تعديل بعض أحكام قانون المرافعات المدنية والتجارية الصادر بالقانون رقم 13لسنة 1968. والمنشور بالجريدة الرسمية بالعدد 19 بتاريخ 22/ 5/ 1996م .**

**6- قانون أصول المحاكمات المدنية اللبناني رقم 90 والصادر بتاريخ 9/16/ 1983 والمنشور في الجريدة الرسمية في العدد 40 ص 3-128 بتاريخ 1983/10/6 .**

**7- قانون أصول المحاكمات الحقوقية رقم 42 لسنة 1952م المنشور في العدد 1113 من الجريدة الرسمية الأردنية (الحكم الأردني) بتاريخ 1952/06/16صفحة 288 .**

8- قانون البينات في المواد المدنية والتجارية رقم (4) لسنة 2001م المنشور في الصفحة 226 من العدد 38 من الوقائع الفلسطينية (السلطة الوطنية الفلسطينية) بتاريخ 2001/09/05م .

9- قانون الإثبات المصري رقم 25 لسنة 1968 والمنشور في الجريدة لرسمية العدد 22 في 30 مايو 1968 والمعدل بالقانون رقم 54 لسنة 1974م والقانون رقم 23 لسنة 1992 م والقانون رقم 18 لسنة 1999م .

10- قانون البينات الأردني رقم (30) لسنة 1952م والمنشور في الجريدة الرسمية رقم 1108 بتاريخ 1952/5/17م .

11- القانون المدني الأردني رقم 43 لسنة 1976م المنشور على الصفحة 2 من عدد الجريدة الرسمية رقم 2645 بتاريخ 1976/8/1 .

12- القانون المدني المصري رقم 131 لسنة 1948م والصادر في 16 /1948/7 والمنشور في العدد 108 من الوقائع المصرية بتاريخ 29 /7 /1948م .

13- قانون التحكيم الفلسطيني رقم (3) لسنة 2000م والمنشور في الصفحة الخامسة من العدد 33 من الوقائع الفلسطينية (السلطة الوطنية الفلسطينية) بتاريخ 2000/06/30م .

14- قانون التحكيم الأردني رقم (31) لسنة 2001م والمنشور في الصفحة 2821 من الجريدة الرسمية العدد 4496 بتاريخ 2001/7/16م .

15- قانون التحكيم المصري رقم (27) لسنة 1994م والمنشور بالجريدة الرسمية بالعدد 16 الصادر بتاريخ 1994/4/21م .

**قائمة المراجع**


1- إبراهيم، محمد محمود، **الوجيز في المرافعات مركزا على قضاء النقض**، القاهرة، دار الفكر العربي، 1981م.

2- أبو الوفا، أحمد، **التحكيم الاختياري والإجباري**، الطبعة الرابعة، الاسكندرية، منشأة المعارف، 1983م.

3- أبو الوفا، أحمد، **التعليق على نصوص قانون المرافعات**، الجزء الأول، الطبعة الثانية، الإسكندرية، منشأة المعارف، 1975م .

4- أبو الوفا، أحمد، **نظرية الدفوع في قانون المرافعات**، الطبعة الخامسة، الإسكندرية، منشأة المعارف، 1977م.

5- أبو بكر، محمد خليل، **دفوع عدم القبول ونظامها الإجرائي**، الطبعة الأولى، عمان، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، 1996م.

6- أبو سعد، محمد شتا، **المشكلات العملية في الدفع بالتقادم والسقوط والانقضاء وعدم السماع**، القاهرة، دار محمود للنشر والتوزيع، 1996م .

7- أبو سعد، محمد شتا، **الموجز العلمي في الدفع بعدم القبول مدنيا وتجاريا وإداريا ودستوريا في ضوء القانون رقم 81 لسنة 1996**، الإسكندرية، دار الفكر الجامعي، 1997م.

8- أبو عيطة، السيد، **شرح قانون المرافعات المدنية والتجارية**، الطبعة الأولى، الإسكندرية، منشأة المعارف، 2015م.

9- أحمد، إبراهيم سيد، **الدفوع المدنية وعوارض الخصومة**، الجزء الأول، المنصورة، دار الفكر والقانون للنشر والتوزيع، 2008م.

10- الأخرس، نشأت محمد، **شرح قانون أصول المحاكمات المدنية الدعوى وإجراءات التقاضي**، الجزء الثاني، عمان، دار الثقافة للنشر والتوزيع، 2012م.

11- الأنطاكي، رزق الله، **أصول المحاكمات في المواد المدنية والتجارية**، الطبعة الثامنة، دمشق، منشورات جامعة دمشق، 1997م .

12- البكري، محمد عزمي، **الدفوع في قانون المرافعات في ضوء الفقه والقضاء**، المجلد الأول، الطبعة السابعة، القاهرة، دار محمود، 2017 م.

13- البكري، محمد عزمي، **الدفوع في قانون المرافعات**، المجلد الثالث، الطبعة السابعة، القاهرة، دار محمود،2017م

14- التكروري، عثمان، **الكافي في شرح قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية رقم 2 لسنة 2001م** ، الجزء الأول، الطبعة الثالثة، فلسطين، دار الفكر، 2001 م.

15- الجرجري، فارس علي عمر، ***الدفوع بعدم قبول الدعوى***، **بحث منشور على مجلة الرافدين للحقوق**، الموصل، العدد 38 /2008.

16- الحسيني، لؤي سمير، ***النظام القانوني للدفع بعدم القبول في الدعوى المدنية***، **بحث منشور على مجلة العدالة والقانون مساواة**، فلسطين، العدد الثالث عشر/ كانون الأول، 2009م.

17- الخوري، فارس، **أصول المحاكمات الحقوقية**، الطبعة الثانية، عمان، الدار العربية للنشر والتوزيع، 1987م.

18- الدعالسة، سعاد عطية، **الدفع بعدم القبول في القانون الفلسطيني**، جامعة الأزهر، غزة، فلسطين، 2013م.

19- الدناصوري، عز الدين، وعكاز، حامد، **التعليق على قانون المرافعات**، الجزء الأول، الطبعة الثامنة، بدون مكان نشر ولا اسم ناشر، 1996م .

20- الدناصوري، عز الدين وعكاز، حامد، **شرح القانون 81 لسنة 1996 بتعديل قانون المرافعات المدنية والتجارية**، بدون مكان نشر ولا اسم ناشر، 1997م.

21- الزعبي، خالد يوسف الفندي، **الدعوى**، الطبعة الأولى، عمان، بدون اسم ناشر، 1995.

22- الزعبي، عوض أحمد، **أصول المحاكمات المدنية - التقاضي، لأحكام وطرق الطعن** - الجزء الثاني، الطبعة الثانية، عمان، دار وائل للنشر والتوزيع، 2006م.

23- الزغول، باسم محمد، **الدفوع المدنية بين النظرية والتطبيق**، الطبعة الأولى، عمان، مكتبة اليقظة للنشر والتوزيع، 2000م .

24- الشرقاوي، عبد المنعم ووالي، فتحي، **المرافعات المدنية والتجارية**، القاهرة، دار النهضة العربية، 1976م-1977م .

25- الشريدة، محمد إبراهيم، **حق الدفاع أمام القضاء المدني**، القاهرة، دار الكتب الحديث، 2009 م.

26- الشواربي، عبد الحميد وعثمان، أسامة، **أحكام التقادم في ضوء القضاء والفقه**، الإسكندرية، منشأة المعارف، 1996م .

27- الشواربي، عبد الحميد، **الدفوع المدنية الإجرائية والموضوعية**، الاسكندرية، منشأة المعارف، 2002.

28- الطويل، هشام، **الدفع بعدم قبول الدعوى في قانون المرافعات والقوانين الخاصة** ، الإسكندرية، منشأة المعارف، 1988م .

29- العبودي، عباس، **شرح أحكام قانون المرافعات المدنية**، الطبعة الأولى، بيروت، دار السنهوري، 2016م .

30- العدوي، جلال علي، **أحكام الالتزام**، الإسكندرية، الدار الجامعية، 1985م .

31- الفار، عبد القادر، **المدخل لدراسة العلوم القانونية**، الطبعة الأولى، عمان، دار الثقافة للنشر والتوزيع، 2006م.

32- القدومي، عبد الكريم فوزي، **الدفع بعدم قبول الدعوى في التشريع الأردني**، الجامعة الأردنية، الأردن، 1995م.

33- القضاة، مفلح عواد، **أصول المحاكمات المدنية والتنظيم القضائي**، الطبعة الثانية، عمان، دار الثقافة للنشر والتوزيع، 2013 م.

34- الكيلاني، محمود، **شرح قانون أصول المحاكمات المدنية رقم 24 لسنة 1988م**، الطبعة الأولى، عمان، دار وائل للنشر، 2002م.

35- المصري، محمد وليد هاشم، **شرح قانون أصول المحاكمات المدنية**، الطبعة الأولى، عمان، دار قنديل للنشر والتوزيع، 2003م.

36- المنشاوي، عبد الحميد، **التعليق على قانون المرافعات في المواد المدنية والتجارية والإدارية**، الإسكندرية، دار المطبوعات الجامعية، 2004م.

37- النمر، أمينة، **أصول المحاكمات المدنية والتجارية في التشريع اللبناني**، بيروت، مكتبة مكاوي، 1975.

38- براك، أحمد، ***اجتهاد حول الدفع بالتحكيم في الخصومة المدنية***، **بحث منشور على مجلة العدالة والقانون مساواة**، فلسطين، تشرين الثاني 2009م .

39- حباس، موسى شكري، **الدفوع الشكلية والموضوعية والدفع بعدم القبول والطلبات العارضة**، رام الله، الناشر المؤلف نفسه، 2013م .

40- حتاملة، سليم سلامة، ***شرط المصلحة في قضاء محكمة العدل العليا الأردنية***، **مجلة جامعة الأنبار للعلوم القانونية والسياسية**، عمان، العدد الثامن.

41- حسن، علي عوض، **الدفع بالتقادم والسقوط والانقضاء**، الاسكندرية، دار المطبوعات الجامعية، 1996م.

42- حسن، علي عوض، **الدفع بعدم القبول في المواد المدنية والجنائية**، الإسكندرية، دار المطبوعات الجامعية، 1996م .

43- حسن، علي عوض، **الدفع بعدم جواز نظر الدعوى لسبق الفصل فيها**، الإسكندرية، دار المطبوعات الجامعية، 1996م .

44- حشيش، أحمد محمد أحمد، **الدفع بعدم قبول الدعوى في المرافعات المدنية والتجارية**، رسالة دكتوراه غير منشورة، جامعة الاسكندرية، مصر، 1968 م .

45- خليفة، تانيا، **أصول المحاكمات المدنية**، الطبعة الثانية، لبنان، شركة المؤسسة الحديثة للكتاب، 2014 م.

46- راغب، وجدي، **مبادئ الخصومة المدنية**، الطبعة الأولى، القاهرة، دار الفكر العربي، 1987م.

47- سعد، إبراهيم نجيب، **القانون القضائي الخاص**، الجزء الأول، الإسكندرية، منشأة المعارف، 1974م.

48- سعد، إبراهيم نجيب، **القانون القضائي الخاص، الخصومة القضائية أمام محاكم الدرجة الأولى والحكم القضائي**، الجزء الثاني ، الإسكندرية، منشأة المعارف، 1986 م.

49- سليم، عماد وعليان، ممدوح وأبو هنطش، بلال، **شرح قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية الفلسطيني رقم (2) لسنة 2001م**، الطبعة الأولى، نابلس، بدون اسم ناشر، 2002م.

50- سيف، رمزي، **الوجيز في قانون المرافعات المدنية والتجارية المصري**، الطبعة الأولى، القاهرة، مكتبة النهضة المصرية، 1957م .

51- شهاب، خالد، **الدفوع في قانون المرافعات**، الطبعة الثانية، القاهرة، مركز الأبحاث والدراسات القانونية، 1998 م.

52- شوشاري، صلاح الدين محمد، **شرح قانون أصول المحاكمات المدنية**، الطبعة الأولى، عمان، دار الثقافة للنشر والتوزيع، 2010م .

53- صاوي، أحمد السيد، **الوجيز في شرح قانون المرافعات المدنية والتجارية**، الجزء الأول، نظرية الدعوى وقواعد الاختصاص، القاهرة، دار النهضة العربية، 1979م.

54- عبد اللطيف، محمد، **التقادم المكسب والمسقط**، الطبعة الأولى، القاهرة، مطابع دار النشر للجامعات المصرية، 1958م.

55- عرفة، السيد عبد الوهاب، **الشامل في المرافعات المدنية الدعوى المدنية وإجراءاتها**، الطبعة الأولى، عابدين، المركز القومي للإصدارات القانونية، 2009م.

56- علي، راقية عبد الجبار وعبيد، حسام حامد، ***الدفع بعدم توجه الخصومة في الدعوى المدنية***، **مجلة كلية التراث الجامعة**، بغداد، العدد السابع عشر، ص1، بحث منشور على الموقع التالي https://www.iasj.net/iasj?func=fulltext&aId=103694 .

57- عمر، نبيل اسماعيل، **الدفع بعدم القبول ونظامه القانوني**، الاسكندرية، دار الجامعة الجديدة للنشر، 2004م .

58- عمر، نبيل اسماعيل، **الوسيط في قانون المرافعات المدنية والتجارية**، الاسكندرية، دار الجامعة الجديدة للنشر، 2006م.

59- عمر، نبيل اسماعيل وخليل، أحمد وهندي، أحمد، **قانون المرافعات المدنية والتجارية**، الاسكندرية، دار الجامعة الجديدة، 2004م.

60- عيد، ادوار، **أصول المحاكمات في القضايا المدنية والتجارية**، الجزء الأول، بيروت، مطبعة النجوى، 1964م .

61- غرايبة، محمد فهد محمد، **الدعوى القضائية والخصومة فيها**، الطبعة الأولى، عمان، دار يافا العلمية للنشر والتوزيع، 2011م .

62- غصوب، عبده جميل، **الوجيز في قانون الإجراءات المدنية**، الطبعة الأولى، بيروت، مجد المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، 2010م .

63- فودة، عبد الحكم، **الدفع بانتفاء الصفة والمصلحة في المنازعات المدنية على ضوء القانون الجديد 81 لسنة 1996**، الاسكندرية، منشأة المعارف، 1997 م.

64- فودة، عبد الحكم، **الدفع بعدم جواز نظر الدعوى المدنية لسابقة الفصل فيها في ضوء الفقه وقضاء النقض حتى سنة 2005**، الإسكندرية، منشأة المعارف، 2007م .

65- فودة، عبد الحكم، **الموسوعة الشاملة في الدفوع والدفاعات في ضوء الفقه وقضاء النقض**، الجزء الأول، الاسكندرية، المكتب الفني للموسوعات القانونية، 2004م .

66- محمود، أحمد صدقي، **المرافعة كما يجب أن تكون**، الطبعة الأولى، القاهرة، دار النهضة العربية، 2006 م.

67- محيسن، إبراهيم حرب، **طبيعة الدفع بالتحكيم في الخصومة المدنية**، الطبعة الأولى، عمان، دار الثقافة للنشر والتوزيع، 1999م .

68- مدغمش، جمال عبد الغني، **الطلبات والدفوع أمام القضاء والحكم بصحتها أو خطئها " قول وحكم "**، عمان، مجدلاوي للنشر والتوزيع، 2006م .

69- مسعود، فاتن جمال، **طبيعة الدفع بمرور الزمن في الدعوى المدنية**، الطبعة الأولى، عمان، دار وائل للنشر والتوزيع، 2012م .

70- مسلم، أحمد، **أصول المرافعات التنظيم القضائي والإجراءات والأحكام في المواد المدنية والتجارية والشخصية**، مصر، دار الفكر العربي، 1979م.

71- هرجة، مصطفى مجدي، **دفوع وأحكام في قانون المرافعات المدنية والتجارية**، المنصورة، دار الفكر والقانون، 2008م .

72- هليل، فرج علواني، **الدفوع في المواد المدنية والتجارية**، بدون رقم طبعة، الإسكندرية، دار المطبوعات الجامعية، 2008م .

73- هندي، أحمد، **قانون المرافعات المدنية والتجارية**، الجزء الثاني، الإسكندرية، دار الجامعة الجديدة للنشر، 1995م .

74- واصل، محمد، **أصول المحاكمات المدنية**، الجزء الأول، دمشق، منشورات جامعة دمشق، 2010-2011م.

75- والي، فتحي وزغلول، أحمد ماهر، **نظرية البطلان في قانون المرافعات**، الطبعة الثانية، القاهرة، دار الطباعة الحديثة، 1997م.

76- يونس، محمود مصطفى، **المرجع في أصول التحكيم**، القاهرة، دار النهضة العربية، 2009م.

**المواقع الإلكترونية.**

1-**منظومة القضاء والتشريع في فلسطين** " المقتفي" عبر الرابط التالي:

./http: //muqtafi. birzeit. edu

**2-تشريعات – البوابة القانونية لمحكمة النقض**

. http://www.cc.gov.eg/legislations/Egypt_Legislations.aspx

**3- شبكة قوانين الشرق**

http://site.eastlaws.com/GeneralSearch/Home/ArticlesTDetails?MasterID=384

**An-Najah National University**

**Faculty of Graduate Studies**

# Challenging Admissibility of the Case and the Obstacles of its Legal Regulation in Accordance with the Fundamentals of Civil Law of Procedure Number 2 of the year 2001
# "A Comparative Study"

**By**

**Sarah AL-abssi**

**Supervisor**

**Dr. Ghassan Khaled**

**This Thesis is Submitted in Partial Fulfillment of the Requirements of the Degree of Master in private law, Faculty of Graduate Studies An-Najah National University, Nablus - Palestine.**

**2019**

**Challenging admissibility of the case and the obstacles of its legal regulation in accordance with the fundamentals of civil law of procedure number 2 of the year 2001**
**"A Comparative Study"**

**By**
**Sarah AL-abssi**
**Supervisor**
**Dr. Ghassan Khaled**

## Abstract

Challenging admissibility of the case is one of the crucially important subjects, which have been tackled by the Palestinian fundamentals of civil law of procedure number (2) of 2001 AD. The importance of such challenging admissibility of the case comes out from the fact that it leads to the means to be used by the right owner in his/her lawsuit, which means that the contender aims to deny the right of the plaintiff to utilize his/her lawsuit and this makes such demand contribute to achieve economy in the dispute, and hence save time, effort and expenses.

Based upon, challenging admissibility of the case takes place in the cases where rights to sue are plainly denied, and investigating the details of the lawsuit is not necessary. Therefore, is totally different from the subjective demands of rejection, which are directed to the origins of the filed right such as denial or termination. Simultaneously, challenging admissibility of the case is different from the formal demands of rejection, which are directed to the procedures of the lawsuit such as the court of the trial or lawsuit method aside with many other necessary formal procedures.

In this study, the researcher will tackle the challenging admissibility of the case in terms of its formula and legal nature as well as the obstacles of its legal regulation. The researcher will investigate the legal gaps, which are in the fundamentals of civil law of procedure number (2) of 2001, since it is the applicable law in Palestine. This investigation will be done through reviewing the legal articles of the act, which are related to the demand of rejection, and then the researcher will analyze, explain, originate and consequently compare these articles to the articles of the Egyptian procedure law number (13) of 1968 AD, and to the Jordanian fundamentals of civil Law of procedure number (24) of 1988 AD.