مجلة الدراسات القانونية والاقتصادية

الدفع بعدم قبول الدعوى وفقا لقانون المرافعات المصري رقم (١٣ لسنة ١٩٦٨)

د/ احمد محمد عصام
دكتوراه في قانون المرافعات
كلية الحقوق – جامعة الإسكندرية

الملخص باللغة العربية:

تناول البحث التمسك بعدم قبول الدعوى، وعرضا لمفهوم الدفع بعدم القبول وبوجه يقصد به وسيلة دفاع من المدعى عليه، ينفي به عنصر من عناصر الدعوى، وقد يتضمن الدفع ادعاء من المدعى فيكون وسيلة هجوم ايضا، فالدفع بعدم قبول الدعوى هو رد من المدعى عليه وقد يحمل هجوما ايجابيا، يرمى الى الطعن بعدم توافر الشروط اللازمة لسماع الدعوى وهى الصفة والمصلحة والحق فى رفع الدعوى، فقد اشترطت المادة الثالثة من قانون المرافعات وجود توافر عنصر المصلحة الشخصية المباشر القائمة او المحتملة لقبول الدعوى او الطلب او الدفع، ومن ثم فان انتفاء المصلحة بهذه الخصائص يرتب دفعا بعدم قبول الدعوى او الطلب او الدفع، فمن حيث التمسك بالدفع بعدم القبول تناولت:

– علاقة الدفع بعدم القبول بالنظام العام حيث ان القواعد التى تعتبر من النظام العام، هى قواعد يقصد بها الى تحقيق مصلحة عامه سياسيه او اجتماعيه او اقتصاديه تتعلق بنظام المجتمع الاعلى وتعلو على مصالح الافراد الذين يجب عليهم مراعاة المصلحة العامة وتحقيقها، ولا يجوز لهم ان يناهضوها باتفاقات فيما بينهم حتى لو حققت هذه الاتفاقات لهم مصالح فردية، لان المصالح الفردية لا تقوم امام المصلحة العامة.

– السلطة التقديرية للقاضي بشأن الدفع بعدم القبول: عند وجود النص المتعلق بالنظام العام فان مخالفته تقتضي من القاضي التصدي واثارة الدفع من تلقاء نفسه والحكم بعدم قبول الدعوى، وفى حالة عدم وجود النص فان الامر يخضع لمطلق السلطه التقديريه لقاضي الموضوع.

(ISSN: 2356 - 9492)

– نطاق سلطة الخصوم في الدفع بعدم القبول: هذا الدفع من حقوق الخصم الاساسية، للخصم الحق في ابداء الدفع بعدم القبول فى اى حالة تكون عليها الدعوى، وللخصم الحرية في عدم التمسك بالدفع مطلقا رغم تحقق سببه الوافعى وللخصم ايضا خلق الدفع بعدم القبول.

– وبالنسبة الى طرق الطعن في الدفع بعدم القبول في الدرجة الثانية وامام محكمة النقض، فقد تم حصر ثلاث اتجاهات:

الاتجاه الاول: يرى ان الدفع بعدم القبول دفع موضوعي: فاذا ما قبلت محكمة اول درجة هذا الدفع فان اثر ذلك ان يخسر المدعى دعواه بحيث لا يستطيع العوده اليها والطعن في الحكم الصادر فيه ينقل النزاع الى محكمة الدرجة الثانية.

الاتجاه الثاني: يميز بين الدفع بعدم القبول المتعلق بالموضوع و الدفع بعدم القبول المتعلق بالشكل: فالحكم فى الدفع بعدم القبول المرتبط بالموضوع يستنفد ولاية المحكمة، وباستئناف الحكم ينتقل النزاع بكامله الى محكمة الدرجة الثانية – اما – الدفع بعدم القبول المتعلق بالشكل، فانه باستئناف الحكم ينتقل الدفع وحده دون الموضوع للنظر امام امام محكمة الدرجة الثانية

الاتجاه الثالث: يرى ان الدفع بعدم القبول ذو طبيعة مستقلة ولا يستنفد ولاية المحكمة: فاذا تم استئناف الحكم الصادر في الدفع فلا يجوز لمحكمة الدرجة الثانية ان تنظر سوى الامر المطروح عليها فقط، وينبغى ان تعاد القضيه ولمحكمة اول درجة للفصل فيها اذ ما الغى الحكم الصادر بعدم قبول الدعوى.

الكلمات الافتتاحية: الدفع بعد القبول – النظام العام – سلطة القاضي التقديرية –سلطة الخصوم– استئناف الحكم بعدم القبول

Abstract:

The research dealt with adhering to the non-acceptance of the case, and a presentation of the concept of the defense of non-acceptance and in a manner intended as a means of defense by the defendant, which negates an element of the lawsuit. A positive attack, aimed at challenging the lack of the necessary conditions for hearing the case, namely the capacity, the interest and the right

to file the case. Article 3 of the Pleadings Law stipulated the existence of an existing or potential direct personal interest element to accept the case, request or payment, and therefore the absence of interest with these characteristics Arranges a payment by not accepting the lawsuit, request, or payment.

In terms of adherence to payment by non-acceptance, I dealt with:

The relationship of refusing to accept public order, as the rules that are considered part of the public order are rules intended to achieve a public political, social or economic interest related to the higher society system and superior to the interests of individuals who must take into account and achieve the public interest, and they are not allowed to oppose it. Agreements between them even if these agreements achieve their individual interests, because individual interests do not stand before the public interest.

-The judge's discretion regarding the defense of inadmissibility: When the text related to public order is present, its violation requires the judge to address and raise the defense on his own and to rule that the case is not accepted, and in the absence of the text, the matter is subject to the absolute discretion of the subject judge.

The scope of the litigants' authority to plead with non-acceptance: this payment is one of the opponent's basic rights. The litigant has the right to present the defense of non-acceptance in any state of the case, and the litigant has the freedom not to adhere to the payment at all despite the realization of its legal reason. The litigant also creates a plea for non-acceptance.

-With regard to the methods of challenging the defense of non-acceptance in the second instance and before the Court of Cassation, three directions were identified:

The first direction: The defense of non-acceptance is a substantive defense: if the court of first instance accepts this plea, the effect of this is that the plaintiff loses his case so that he cannot return to it and appeal the ruling issued in it, transfers the dispute to the court of the second instance.

(ISSN: 2356 - 9492)

The second direction: distinguishes between the plea of inadmissibility related to the subject matter and the plea of inadmissibility related to the form: the ruling in the plea of inadmissibility related to the subject exhausts the jurisdiction of the court, and by appealing the judgment the entire dispute is transferred to the court of the second instance - either – the plea of inadmissibility related to the form, it is by appealing the judgment that it is transferred Payment alone without the matter for consideration before the court of the second instance

The third direction: He sees that the plea for non-acceptance is of an independent nature and does not exhaust the jurisdiction of the court: if the judgment issued in the plea is appealed, the court of the second instance may only consider the matter before it only, and the case should be returned to the court of first instance to decide on it if the judgment issued has been rescinded. Not accepting the case.

Keywords: Payment after acceptance - public order - the discretionary power of the judge - the litigants' authority - the appeal of the judgment of non-acceptance

تمهيد:

قرر المشرع حق رفع الدعوى و الالتجاء الى القضاء لكل من يطالب بحقوقه او يحمي مركزه القانوني ولا ان يكون الخصم والحكم فى ان واحد وهو اعتراف صريح من المشرع بفكرة الدعوى(١) بشرط توافر الصفة لدى الاطراف(٢)، وحتى تتحقق العدالة فقد كفل القانون حق الدفاع للمدعى عليه من اجل تحقيق التوازن بين المصالح المتقابلة. حيث تستهدف الدفوع تجنب الحكم بما يدعيه المدعي كليا او جزئيا.

فقد قرر المشرع في قانون المرافعات المدنية والتجارية رقم ١٣ لسنة ١٩٦٨ ثلاثة انواع من الدفوع النوع الاول وهى التي توجه الى اجراءات الدعوى و الاختصاص بها والتي لا تتعرض لاصل النزاع موضوع الدعوى وهى ما تسمى بالدفوع الشكلية وهى

(١) الباحثة/ مروة بدوى عبدالمنعم، فكرة الدعوى، المجلة القانونية كلية الحقوق، جامعة القاهرة، فرع الخرطوم، المجلد ٨، العدد٨، لسنة٢٠٢٠، ص٢٦٦٤.

(٢) الطعن رقم ١٦٤٩٤ لسنة ٨٥ قضائية الصادر بجلسة ٢٠٢١/٦/٢٤ الموقع الرسمى لمحكمة النقض.

تخضع لنظام قانوني خاص قررته المادة ١٠٨ من قانون المرافعات ومفاداه وجوب تقديمه قبل البحث فى موضوع الدعوى(٣) .

اما النوع الثانى من الدفوع فهى التى تعرض لموضوع الدعوى وهى كثيرة ولم يحصرها المشرع (٤)، حيث يهدف المدعى عليه الى انكار الادعاء الموضوعي الموجه اليه و حث المحكمة الى عدم الحكم للمدعى بما يطلبه كليا او جزئيا. وهى بهذا الوصف اقوى في التاثير على الدعوى من الدفوع الشكلية.

والنوع الثالث والاخير من الدفوع المقررة للمدعى عليه في قانون المرافعات هو الدفع بعدم القبول وهو موضوع بحثنا والذي تتناوله المادة ١١٥ من قانون المرافعات، ويعد هذا الدفع الوسيلة الاجرائية التي حددها المشرع للتمسك بتخلف الشروط القانونية الواجب توافرها في الدعوى القضائية و التي يلزم توافرها لقبول هذه الدعوى .

أهمية البحث:

تأتي اهمية البحث في النظام القانوني للدفع بعدم القبول من الاثار الخطيرة التي تترتب على التمسك به وقبوله فإذا كانت الدعوى حق مقرر للجميع بناءا على وجود مصلحة يحاول صاحبها اثباتها او حمايتها او ان المدعي يطالب بإعمال حكم القانون في مسألة ما له فيها مصلحة. فإنه اذا انتفت المصلحة فلا يكون للشخص الحق في اللجوء الى القضاء. واذا ما ادعى خلاف ذلك فإن للمدعى عليه ان يدفع بعدم قبول الدعوى تأسيسا على انتفاء المصلحة.وقد يتم التمسك بالدفع بعد القبول كأداة اجرائية لاعمال الجزاء كالحال عن رفع الطعن بعد الميعاد المقرر قانونا، اذ يتمسك المدعى عليه ببطلان اجراءات الطعن وسقوط الحق فيه عن طريق الدفع بعدم القبول، لذلك يتناول البحث تحديد كيفية التمسك بالدفع بعدم قبول الدعوى في مراحل الدعوى والطعن في الحكم الصادر فيه؟ والاثار المترتبة على الدفع بعدم القبول و الحكم فيه؟

أهداف البحث:

(٣) الطعن رقم ١٢٣٤٦ لسنة ٨١ قضائية الصادر بجلسة ٢٠١٨/٥/٧ الموقع الرسمى لمحكمة النقض.
(٤) د/ طلعت محمد دويدار، الوسيط فى شرح قانون المرافعات المدنية، دار الجامعة الجديدة ٢٠١٦، ص٤٦٦.

(ISSN: 2356 - 9492)

يستهدف البحث تحقيق النتائج التالية :

- تحديد مفهوم الدفع بعدم القبول
- طريق التمسك بالدفع بعدم القبول امام محاكم الدرجة الاولى.
- طريق الطعن في الحكم الصادر بعدم قبول الدعوى امام محكمة الطعن.

منهج البحث:

يعتمد البحث على استخدام المنهج النظري التحليلي للنص القانوني الوارد في المادة ١١٥ من قانون المرافعات، و ما قد يثيره البحث من نصوص اخرى متعلقة بالموضوع. ويستعين البحث في طرح رؤيته البحثية بالاراء الفقيه والاحكام القضائية ذات الصلة.

حصر نطاق البحث:

وفقا لما تقدم، فقد تم حصر نطاق البحث فى مبحثين يأتي في مقدمتهما مبحث تمهيدي للتعريف بالمقصود بالدفع بعدم قبول الدعوى، وفي المبحث الاول تناولت التمسك بالدفع بعدم القبول والطعن في الحكم الصادر فيه من حيث علاقة الدفع بعدم القبول بالنظام العام والسلطة التقديرية للقاضي بشأن الدفع بعدم القبول، وفي المبحث الثاني نتعرض **لدور الخصوم** وطرق الطعن العادية والاستثنائية للحكم الصادر في الدفع بعدم القبول.

مبحث تمهيدي

مفهوم الدفع بعدم قبول الدعوى

لم يتعرض قانون المرافعات المدنية والتجارية رقم ١٣ لسنة ١٩٦٨ لتعريف الدفع بعدم قبول الدعوى الا فى مادتين فقط هما المادة ١١٥ مرافعات والمادة ١١٦ مرافعات ,ومن هنا تبرز صعوبة تحديد ماهية الدفع بعدم القبول ويتحتم علينا الاستفاضة فى تحليليه للوصول الى نتيجة وخصوصا ان الفقه قد اختلف حول الشروط العامة لقبول الدعوى ومن ثم حول نطاق الدفع بعدم القبول فى كذا اتجاه فهناك اتجاه يرى بان المصلحة ليست شرط وحيد فى رفع الدعوى وانه يجب ان يتوافر شرط المصلحة والصفة

مع [٥] واتجاه اخر يرى ان وجود الحق فى رفع الدعوى هو الشرط الوحيد لقبولها واخر يرى ان المصلحة هو الشرط العام لقبول الدعوى [٦] ونحن نميل الى هذا الرأى حيث جاءت المادة الثالثة من قانون المرافعات بقاعدة عامة مفادها عدم قبول الدعوى او الطلب او الدفع اذا لم يكن لصاحبه مصلحة شخصية ومباشرة وقائمة وقانوينة ،سواء كانت هذه المصلحة موجودة او محتملة ناشئة عن الرغبة في دفع ضرر محدق او التأكيد على حق يخشى عليه من زوال الدليل اذا ما طرح نزاع مستقبلي بشأنه، فيحق لصاحب المصلحة المحتملة رفع الدعوى وتكون مقبولة امام القضاء[٧].

وهو ما استقر عليه الفقه والقضاء المصرى على انه تعبيرعن شرط الصفة ويشترط الصفة والمصلحة فى الطعون وفقا للمادة ٣١١ مرافعات وكذلك فى طلبات التنفيذ وفقا للمادة١٨١ مرافعات ويلاحظ ان شرط الصفة لم يكن ينص عليه المشرع قبل تعديل قانون المرافعات بالقانون رقم ٨١ لسنة ١٩٩٦ فلم يكن القانون ينص على ضرورة ان تكون المصلحة شخصية ومباشرة ولكن كان القضاء والفقة مستقرين على شرطهما معا لقبول الدعوى[٨].

ومع ذلك تكفي المصلحة المحتملة اذا كان الغرض من الطلب الاحتياط او الاستيثاق لحق يخشى زوال دليله عند النزاع فيه. وتقضي المحكمة من تلقاء نفسها، في اي حالة تكون عليها الدعوى، بعدم القبول في حالة عدم توافر الشروط المنصوص عليها في الفقرتين السابقتين. [٩] ويجوز للمحكمة عند الحكم بعدم قبول الدعوى لانتفاء شرط المصلحة ان تحكم على المدعي بغرامة اجرائية لا تزيد عن خمسمائة جنيه اذا

(٥) د/ طلعت محمد دويدار، الوسيط فى شرح قانون المرافعات المدنية، دار الجامعة الجديدة ٢٠١٦، ص٥٥٠.
(٦) د /يحيى محمد عيد النمر، شرط المصلحة فى دعوى الالغاء بين توسع القضاء وتضيق المشرع دراسة مقارنة، مجلة القانون والاقتصاد كلية الحقوق، جامعة القاهرة، المجلد ٩٠، العدد٩٠، لسنة٢٠١٧، ص٢٢٩.
(٧) الطعن رقم ١٦٤٩٤ لسنة ٨٥ قضائية الصادر بجلسة ٢٠٢١/٦/٢٤ الموقع الرسمى لمحكمة النقض.
(٨) د/ احمد هندى التعليق على قانون المرافعات المدنية والتجارية على ضوء احكام النقض واراء الفقهاء دار الجامعة الجديدة، ٢٠٠٨، ص٣٩.
(٩) الطعن رقم ٣٥٦٤ لسنة ٨١ قضائية الصادر بجلسة ٢٠٢١/٣/١٥ الموقع الرسمى لمحكمة النقض.

(ISSN: 2356 - 9492)

تبينت ان المدعي قد اساء استعمال حقه في التقاضي."ونستنتج من ذلك انه ذا كانت هناك للشخص الحرية فى الالتجاء للقضاء فيجب ان يراعى فى دعواه الشروط الواجب توافرها لقبول الدعوى حتى يلتزم القاضى بالفصل فيها[١٠] فان شروط الدعوى تعنى شروط الحكم فى الموضوع [١١]

ولتحديد مفهوم الدفع بعدم القبول سوف نحاول تعريف الدفع بعدم قبول الدعوى من خلال عرض الاراء الفقهية وتعريف محكمة النقض في مطلب اول، ونظرا لارتباط عنصر المصلحة في الدعوى بقبولها من عدمها على حسب توافرها في المطلب الثاني، ثم علاقة الدفع بعدم القبول بالحق في الدعوى في المطلب الثالث.

المطلب الاول

تعريف الفقه والقضاء للدفع بعدم القبول

وضع الفقه عدة تعريفات للدفوع عامة، حيث يطلق اصطلاح الدفع على جميع وسائل الدفاع التى يجوز للخصم ان يستعين بها ليجيب على دعوى خصمه، بقصد تفادى الحكم لخصمه بما يدعيه، سواء أكانت هذه الوسائل موجهه الى الخصومة او بعض اجراءاتها، او موجهة الى اصل الحق المدعى به او الى سلطة الخصم فى استعمال دعواه منكرا اياها" [١٢].والدفوع كالطلبات كلاهما وسائل لاستعمال حق الدعوى اى كلاهما وسائل للادعاء غاية ماهناك ان الطلب فعل والدفع رد فعل فما يجوز طلبه بطريق الدعوى يجوز نفيه بطريق الدفع [١٣].

وفي تعريف آخر فانه يطلق على الدفع ذلك الطريق لاستعمال الدعوى ومباشرتها امام المحاكم بقصد الدفاع فى خصومة قائمة [١٤] والدفع هو مايجيب به الخصم على

(١٠) الباحثة /مروة بدوى عبد المنعم، فكرة الدعوى، المجلة القانونية كلية الحقوق، جامعة القاهرة، فرع الخرطوم، المجلد ٨، العدد٨، لسنة٢٠٢٠، ص٢٦٦٨.
(١١) د/ يوسف ابو زيد الوجيز فى شرح مبادىء القضاء المدنى الجزء الاول ٢٠١٢ص٦٨.
(١٢) د/ احمد ابو الوفا، نظرية الدفوع فى قانون المرافعات، منشأة المعارف، الاسكندرية، مصر، الطبعة الثامنة، ٢٠٠٧، ص١١.
(١٣) د/ طلعت محمد دويدار، الوسيط فى شرح قانون المرافعات المدنية، دار الجامعة الجديدة ٢٠١٦، ص٤٦٥.
(١٤) امينه مصطفي النمر، اصول المحاكمات المدنية، الدار الجامعيه، الاسكندرية، ١٩٨٥ ص ١٢٤

دعوى خصمه، وهو ان يتمسك الخصم امام المحكمة بما يؤدى الى تفادى الحكم عليه بطلبات خصمه، أو لتأخير هذا الحكم ". والدفع أيضا هو جواب المدعي عليه على الدعوى بانكارها أو بانكار جواز قبولها او سماعها، او بانكار صحة الاجراءات التى رفعت بها، او اختصاص المحكمة المرفوعه اليها . ويقصد بالدفع رد على طلب المدعى وجواب عليه يقصد به اخفاق المدعى فى طلبه اما برفض هذا الطلب واما بمنع المحكمة من النظر فيه نهائيا او بصفه مؤقته "[١٥]. وهذا هو رأى الفقه فى تعريف الدفوع عموما وبخصوص تعريف الدفع بعدم القبول محل بحثنا فهو يوجه الى حق المدعى فى رفع الدعوى الى مكنة الحصول على حكم فى الموضوع فهو لا يوجه الى شكل الخصومة او موضوعها وهو عبارة عن التمسك بعدم توافر شرط من شروط الدعوى اى التمسك بانتفاء المصلحة او الصفة او سبق الفصل فى النزاع [١٦]. طبقا للمادة ١١٦ مرافعات [١٧] او الاتفاق على تسويته تحكيما طبقا للمادة ١٣ من قانون التحكيم [١٨] الى غير ذلك من شروط قبول الدعوى . كما يوجد اراء منقسمة في توصيف هذا الدفع بانه وسيلة دفاعية او سلبية[١٩] يستعملها المدعى عليه للرد على الادعاء ضده[٢٠]، بهدف تفادي الحكم عليه بطلبات خصمه[٢١].

فيما يرى جانب من الفقه بان الدفع ليس وسيلة سلبية او مجرد رد فعل لانكار الادعاء ضده، فالدفع يتضمن ادعاء كما في حال الدفع بالمقاصة القانونية، حيث يطالب صاحب الدفع بالحصول على حقه القانوني في اجراء المقاصة القانونية من خلال هذا الدفع، وبناءا على ذلك فالدفع لا يعد على اطلاقه مجرد وسيلة سلبية دفاعية،

(١٥) امينه مصطفي النمر، اصول المحاكمات المدنية، الدار الجامعيه، الاسكندرية، مصر، ١٩٨٥، ص١٢٤.
(١٦) د/ احمد هندى المرافعات المدنية والتجارية دار الجامعة الجديدة٢٠٢١ ص ٢٧٥.
(١٧) الطعن رقم ١٠٧٧٥ لسنة ٨٣ قضائية الصادر بجلسة ٢٠٢١/٢/١٧ الموقع الرسمى لمحكمة النقض.
(١٨) الطعن رقم ٨٠٦٢ لسنة ٧٧ قضائية الصادر بجلسة ٢٠٢١/٣٠ الموقع الرسمى لمحكمة النقض.
(١٩) احمد هندى، قانون المرافعات المدنية والتجارية، دار الجامعة الجديدة، ٢٠٠٤، ص٣٠٢
(٢٠) وجدى راغب فهمى: مبادئ القضاء المدنى "قانون المرافعات"، دار لفكر العربي، القاهرة، مصر، الطبعة الاولى ١٩٨٦م، ص٤١٢.
(٢١) احمد ابو الوفا، نظرية الدفوع فى قانون المرافعات، منشأة المعارف، الاسكندرية، مصر، الطبعة الثامنة ٢٠٠٧ص١١.

(ISSN: 2356 - 9492)

بل قد تكون وسيلة ادعاء ايضا كما في المثال سالف الذكر[٢٢].ولقد تناولت المادة ١٢٢ مرافعات فرنسى مفهوم الدفع بعدم القبول بشكل واضح بالقول بأنه يشكل دفعا بعدم القبول كل وسيلة يكون الهدف منها عدم قبول الطلب دون فحص الموضوع لعدم وجود حق الدعوى لفقدان الصفة او لفقدان المصلحة او لفوات مواعيد السقوط او لحجية الامر المقضى [٢٣].

رأي الباحث: باستقراء المادة الثالثة من قانون المرافعات فانها تستلزم شروطا عامة لقبول الدعوى او الدفع او الطلب، وعلى ذلك فانه يجب ان يتوافر في الدفع شرط المصحلة الشخصية المباشرة القانونية القائمة او المحتملة[٢٤] . وبهذا فيمكن القول اننا نساير المشرع في اجراء القياس بين الدفع والدعوى، بمعنى انه اذا كان المشرع قد اعتمد نفس الشروط للدفع هي ذاتها للدعوى فانه الدفع بالقياس بالدعوى ليس مجرد اداة دفاعية بحتة بل تتضمن ادعاء ايضا بالقياس الى ان الدعوى تحتوى على عناصر الادعاء و الدفوع ايضا.

وبناءا على ما تقدم فاننا نؤيد الرأي الفقهي الذي ذهب الى ان الدفع ليس مجرد وسيلة دفاع سلبية، وان الدفع كما انه وسيلة دفاع فمن المحتمل ان يتضمن ادعاء ومن ثم فانه في هذه الحالة يكون وسيلة ايجابية، لان الدفوع هى ردود الفعل التى يتخذها الخصم تجاه خصمه سواء كانت اجرائية او شكلية [٢٥].

المطلب الثانى

انواع الدفوع

بصرف النظر عن كون الدفوع وسيلة سلبية بحتة او وسيلة يحتمل ان تكون سلبية او ايجابية، فان هذا الاختلاف في هذا التوصيف لن يكون مفيدا بالمقارنة بتقسيم آخر للدفوع نفسها بين عدة انواع، لما لهذا التقسيم من آثار خطيرة للغاية على الدعوى سواء

(٢٢) احمد مسلم، اصول المرافعات، دار الفكر العربي، القاهرة، مصر، ١٩٧٨م، ص٥٦٥ .
(٢٣) د/ طلعت محمد دويدار، الوسيط فى شرح قانون المرافعات المدنية، دار الجامعة الجديدة ٢٠١٦، ص٤٥٥٠.
(٢٤) وجدي راغب فهمى، مبادئ القضاء المدنى "قانون المدنى، ١٩٨٦. ص ٤١٣.
(٢٥) د/ طلعت محمد دويدار، الوسيط فى شرح قانون المرافعات المدنية، دار الجامعة الجديدة ٢٠١٦، ص٤٦٥.

في قبولها من عدمه او في اجراءاتها او الحق الذي تطالب به، ونقصد بذلك تقسيم الدفوع الى دفوع موضوعية ودفوع شكلية واخرى دفوع بعدم القبول.

وفقا لما استقر عليه الفقه فان الدفع الموضوعي هو وسائل الدفاع المتعلقه بأصل الحق اى التى توجه الى ذات الحق المدعى به، كأن ينكر وجوده او يزعم انقضاءه وهذه الدفوع لا تقع تحت حصر[٢٦]، ويقصد بالدفوع الشكلية: تلك الوسائل التى يستعين بها الخصم، ويطعن بمقتضاها فى صحة اجراءات الخصومة دون ان يتعرض لاصل الحق الذى يزعمه فيتفادى بها مؤقتا الحكم عليه بمطلوب خصمه[٢٧]، كأن يجيب بأن الدعوى رفعت الى محكمة غير مختصة او رفعت باجراء باطل"[٢٨]، وسوف نأتي على تعريفها بالتفصيل لاحقا.

المقصود بالدفع بعدم القبول محل بحثنا

ورد الدفع بعدم القبول في (المادة ١١٥ مرافعات) ويمكن القول بأنه الدفع الذى لا يوجه الى اجراءات الخصومة او شكلها[٢٩]، ولا يوجه الى ذات الحق المدعى به، بل يرمي الى انكار سلطة المدعى فى استعمال الدعوى فهو يوجه الى الوسيلة التى يحمي بها صاحب الحق حقه ،وما اذا كان من الجائز استعمالها، ام ان شرط الاستعمال غير جائز لعدم توافر شرط من الشروط المتعلقه بذات الدعوى المرفوعه"[٣٠]. وهو أيضا، الدفع الذى يتوجه الى الحماية القضائية بهدف انكار حق طالبها فيها، والفصل فيه يتم من خلال تحسس موضوع الادعاء دون ان يتعبر ذلك فصلا فى هذا الموضوع [٣١].

وقد عرفت محكمة النقض الدفع بعد قبول الدعوى بقولها "الدفع بعد القبول الذى تعنيه المادة (١١٥) مرافعات هو: الدفع الذى يرمى الى الطعن بعدم توافر الشروط

(٢٦) د/ احمد هندى المرافعات المدنية والتجارية دار الجامعة الجديدة٢٠٢١ ص ٢٦٩.
(٢٧) د/ احمد هندى المرافعات المدنية والتجارية دار الجامعة الجديدة٢٠٢١ ص ٢٧٥.
(٢٨) احمد ابو الوفا، نظرية الدفوع فى قانون المرافعات، منشأة المعارف، الاسكندرية، مصر، الطبعة الثامنة ٢٠٠٧، ص١١
(٢٩) د/ احمد هندى المرافعات المدنية والتجارية دار الجامعة الجديدة٢٠٢١ ص ١٨٦.
(٣٠) احمد ابو الوفا، التعليق نصوص قانون المرافعات، منشأه المعارف، الاسكندرية، ٢٠٠٧ ص٤٦٩.
(٣١) نبيل اسماعيل عمر، الدفع بعدم القبول ونظامه القانونى فى قانون المرافعات المدنية والتجارية، دراسة تحليليه للفقه والقضاء المصرى والفرنسي، دار الجامعة الجديدة، ٢٠٠٤م ص ١١٩.

(ISSN: 2356 - 9492)

اللازمة لسماع الدعوى، وهى الصفة والمصلحة[٣٢] والحق فى رفع الدعوى باعتباره دفعا مستقلا عن ذات الحق الذى ترفع الدعوى بطلب تقريره، كانعدام الحق فى الدعوى او سقوطه لانقضاء المده المحددة فى القانون لرفعها، وان تتخذ اسم عدم القبول كما هو الحال فى الدفع المطروح، لان العبرة بحقيقة الدفع ورماه وليست بالتسميه التى تطلق عليه "[٣٣].

وفى تعريف اخر قررت محكمة النقض بان الدفع بعدم القبول هو " الدفع بعدم القبول الذى تعنيه المادة (١١٥) مرافعات .ماهيته . هو الذى يرمى الى الطعن بعدم توافر الشروط اللازمة لسماع الدعوى وهى الصفة والمصلحة والحق فى رفع الدعوى وعدم اختلاط ذلك بالدفوع المتعلقه بشكل الاجراءات التى تبدى قبل التكلم فى الموضوع، ولا بالدفوع المتعلقه بأصل الحق المتنازع عليه"[٣٤].

ونستنتج من ذلك ان الفقه قد اختلف في تحديد المقصود بهذا الدفع فذهب رأي الى انه وسيلة دفاعية سلبية بحتة، ورأى اخر ونتفق معه اعتبر ان الدفع هو وسيلة قد تتضمن دفاعا و ادعاءا ايضا، فيما اتفق الفقه الحديث في تقسيمات ثلاث للدفوع بين دفوع شكلية واخرى موضوعية وثالثة دفوع بعدم القبول، والمقصود بالدفوع بعدم القبول موضوع البحث هى تلك الوسيلة التي يرمي من ورائها الطاعن في الدعوى بعدم توافر المصلحة والصفة والحق في الدعوى ومطالبا بعدم قبولها لذلك.

المبحث الاول

التمسك بالدفع بعدم قبول الدعوى امام محكمة اول درجة

نتناول في هذا المبحث علاقة الدفع بعدم القبول بالنظام العام والسلطة التقديرية للقاضي بشأن الدفع بعدم القبول، من خلال الاتي:

(٣٢) الطعن رقم ٢٢٧٨٥ لسنة ٨٩ قضائية الصادر بجلسة ٢٠٢١/٣/١٥ الموقع الرسمى لمحكمة النقض.

(٣٣) خلف محمد، مجموعة المبادئ القانونية التى قررتها محكمة النقض، دار الطباعه الحديثه، الطبعة الاولى، ١٩٨٢م) ص ٦٢٠، الطعن رقم (١٣٢٣) لسنة ٤٨ جلسة ١٩٧٩\٥\٢٣م سنة ٣٠ع٢ ص٤٢٨

(٣٤) عز الدين الدناصورى وحامد عكاز، التعليق على قانون المرافعات، الطبعة العاشرة، ٢٠٠٢م، ص١٢٥٠. الطعن رقم (١٤٣٥) لسنة ٥٨ق _جلسة ١٩٩٥\٢\٢٠م

المطلب الاول: الدفع بعدم القبول و النظام العام

المطلب الثاني: السلطة التقديرية للقاضي بشأن الدفع بعدم القبول

المطلب الاول

الدفع بعدم القبول والنظام العام

تعد فكرة النظام العام صمام امان لاى نظام اجتماعى مما قد يهدد اسسه ويفوض اركانه، فضلا عن كونها الغطاء الشرعي لدفع حركة المجتمع تحقيقا لاهدافه[٣٥] . ويتجسد الوجود القانوني للنظام العام فى اربعة مظاهر وهى :

١- يمثل النظام العام الحد الادنى من الحماية للمجتمع.

٢- النظام العام رمز لقواعد قانونية معينة، تستخدم لحل المنازعات المتولده عن المقتضيات المختلفه او المتعارضة.

٣- يعتبر النظام العام هو: المنفذ الرئيس الذى تجد منه التيارات الاجتماعية والاقتصادية والاخلاقيه سبيلها الى النظام القانونى لتبث فيه عناصر الجدة والحياه .

٤- قد يكون النظام العام مصدرا منشئا لقاعدة قانونية فى ظروف معينة [٣٦]

وتعد فكرة النظام العام صعبة التعريف بشكل شامل ووافي اذا انها تختلف باختلاف الزمان والمكان [٣٧]، بل تتأثر بشكل مباشر بوجهة النظر الجمعيه الى القانون ووظيفته والى الدوله ومهمتها[٣٨]. فما يعد فى دولة ما من النظام العام قد لا يعد منه فى مكان اخر بنفس الفتره الزمنيه . فنظام تعدد الزوجات الذى لايخالف النظام العام فى الدوله الاسلامية، يعتبر مخالفا للنظام العام فى الدول الاوروبيه[٣٩] .

(٣٥) د/عماد طارق البشرى، فكرة النظام العام فى النظرية والتطبيق، رسالة دكتوراه كلية الحقوق جامعة الاسكندرية، ص١٩

(٣٦) الطعن رقم ١٣٢ لسنة ٧٣ قضائية الصادر بجلسة ٢٠٠٥/٣/٧ الموقع الرسمى لمحكمة النقض.

(٣٧) الباحث/ مصون منير شقير، مخالفة النظام العام كأحد أسباب بطلان حكم التحكيم فى القانون الاردنى، المجلة القانونية، كلية الحقوق، فرع الخرطوم المجلد ٩، العدد ٢، ٢٠٢١، ص٣٨٦٥.

(٣٨) سليمان مرقص، مدخل للعلوم القانونية، دار النشر للجامعات المصرية، الطبعة الثانية، ص٧٨ ١٩٥٢م.

(٣٩) على سيد حسن، مدخل الى علم القانون –الكتاب الاول- نظرية القانون (دار النهضه العربيه، القاهرة، مصر، ١٩٨٣م، ص١١٥

(ISSN: 2356 - 9492)

كما ان مضمون فكرة النظام ذاتها يتراوح بين الضيق والاتساع تبعا للمذهب العقدى والسياسي للدولة . وتعرف بانها فكره قانونية تهدف الى المحافظه على الاسس والقيم التى يقوم عليها المجتمع، وهى فكره متطوره لارتباطها بفكرة القانون الذى يتطور بتطور المجتمعات التى ينظمها.

ومعيار النظام العام هو: المصلحة العامة، وهى معيار موضوعى لا ذاتى، ونسبيته غير منضبطة بشكل مطلق اذ لايمكن تحديد دائرة النظام العام الا فى أمة معينة، وفى جيل معين.(٤٠)

و النظام العام يعرف بانه هو "الاساس السياسي والاجتماعى والخلقى الذى يقوم عليه كيان الدوله كما ترسمه القوانين النافذه فيها او بعباره اخرى هى مجموعة القواعد القانونية التى تنظم المصالح سياسيه اواجتماعيه او اقتصاديه او خلقيه"(٤١) .

وعليه " فجميع القواعد التى تتعلق بالمصالح الاساسية للجماعه سواء أكانت تلك المصالح سياسيه او اجتماعيه او اقتصاديه او خلقيه تعتبر قواعد امره لاتصالها بالنظام العام والاداب فى المجتمع(٤٢).

وبناء على ما تقدم، فان المصلحة وهى معيار النظام العام وهى مناط قبول الدعوى ايضا، فما هى طبيعة الدفع بعدم القبول عندما يتعلق الامر بالنظام العام.

الفرع الاول

مفهوم النظام العام في القانون

عرفت محكمة النقض المصرية مفهوم النظام العام بانه يشمل القواعد التى ترمى الى تحقيق المصلحة العامة للبلاد سواء من الناحية السياسية او الاجتماعية او الاقتصادية والتى تتعلق بالوضع الطبيعى المادى والمعنوى لمجتمع منظم وتعلو فيه على مصالح الافراد (٤٣) ويثور السؤال التالى هل يوجد تفرقة لتعريف النظام العام بين

(٤٠) عبد الرزاق احمد السنهورى : الوسيط فى القانون المدنى – نظرية العقد (دار النهضه العربيه، القاهرة، مصر، الطبعة الثالثه، ١٩٨١م) ص ٥٣٦ .
(٤١) سليمان مرقص، مدخل للعلوم القانونية، مرجع سابق، ص٧٧.
(٤٢) على سيد حسن، مدخل الى علم القانون –الكتاب الاول- نظرية القانون، ١٩٨٣٩*+ ص١١٥
(٤٣) الطعن رقم ١٢٧٩٠ لسنة ٧٥ قضائية الصادر بجلسة ٢٠١١/٣/٢٢ الموقع الرسمى لمحكمة النقض.

قواعد القانون العام الداخلى، وقواعد القانون الخاص .والاجابة انه اذا كانت كل قواعد القانون العام الداخلى تتعلق بالنظام العام، لانها تمس كيان الدوله السياسي والاجتماعى والاقتصادى، وتمس كيان الجماعه الخلقي، بمعنى ان المقصود بالنظام العام الداخلى هو مجموع القيم والمبادئ والافكار السامية للمجتمع والتى تملى نظامه السياسى والاجتماعى والاقتصادى والاخلاقى والتى تنعكس فى قواعد امرة لايجوز انتهاكها وتقع اية تصرفات مخالفة لها تحت طائلة البطلان [٤٤]. فان الامر ليس على هذا النحو دائما فى مجال القانون الخاص [٤٥].

ففى القانون الخاص تتعلق اكثر القواعد الشكلية بالنظام العام، نظرا لاتصالها بالنظام القضائي للدولة، ويبدو ذلك واضحا فى قانون المرافعات والدولى الخاص .

وبالنظر الى مدى تعلق قواعد المرافعات بالنظام العام فان هذه القواعد ترمى الى تنظيم الحماية القضائية للحقوق فى مجال المعاملات الخاصة. وهى من هذه الناحية تمس كلا من المصلحة العليا للمجتمع والمصلحة الخاصة للافراد، فهى اذن تكفل احترام القانون وفرض سيادته واحترام الحقوق التى من شأنها تحقيق الاستقرار الاجتماعى، وتشيع الثقه والائتمان فى المعاملات مما يعود على المجتمع بالامن والاستقرار فى كافة النواحى [٤٦]، ولكنها اذ تعمل فى مجال المعاملات الخاصة، فانها تتمخض عن وسائل قانونية تهدف لحماية مصالح الخصوم[٤٧] .

ومن امثلة القواعد التى تتعلق بالنظام العام في قانون المرافعات طرق الطعن فى الاحكام وتحديد طرق التنفيذ الجبرى وقواعد السلطه القضائية وتنظيم سبل التقاضي ودرجاته، وقاعدة الاثر الناقل للطعن.. وغيرها[٤٨].

(٤٤) الباحث/ مصون منير شقير، مخالفة النظام العام كأحد أسباب بطلان حكم التحكيم فى القانون الاردنى، المجلة القانونية، كلية الحقوق، فرع الخرطوم المجلد ٩، العدد ٢، ٢٠٢١، ص٣٨٦٧.
(٤٥) محمد محمد بدران، مضمون فكرة النظام العام ودورها فى مجال الضبط الادارى، دار النهضه العربية، القاهرة، مصر، طبعة ١٩٩٢م ص٢٨..
(٤٦) الطعن رقم ٩٧١٥ لسنة ٩٠ قضائية الصادر بجلسة ٢٠٢١/٦/٢٠ الموقع الرسمى لمحكمة النقض.
(٤٧) وجدى راغب، مبادئ القضاء المدنى، ١٩٨٦ دار الفكر العربى، ص١٢ .
(٤٨) نبيل اسماعيل، عدم فعالية الجزاءات الاجرائية، دار الجامعة الجديدة ٢٠٠٢، ص٢٠٤ .

(ISSN: 2356 - 9492)

والنظام العام الاجرائي فى نطاق قانون المرافعات، هو نوع من انواع النظام العام الخاص بالدولة . ويتلخص هذا النظام فى القول: بأن مهمة قانون المرافعات كفالة اعمال نظام من انظمة الدولة، هو نظام القضاء بغية تنظيم واعمال المصالح الخاصة بالافراد(٤٩) . وبناء على ذلك فسلامة عمل مرفق القضاء تقتضي اعتبار بعض القواعد او النظم الاجرائية متعلقة بالنظام العام، بمعنى ان اى مخالفة لها تؤدى حتما الى بطلان العمل المخالف.

وهذا لا يعنى ان الجزاء على مخالفة النظام العام هو البطلان فقط، فالمقنن قد نص على جزاءات اخرى مثل: عدم القبول او عدم الاختصاص النوعى او الوظيفي بأن يمنع المحكمة من نظر الدعوى لمخالفة النظام العام الاجرائي . (٥٠)

ويمكن لصاحب المصلحة العودة للمطالبة بدعواه فى بعض الحالات اذا اتبع تنفيذ مايتطلبه القانون .

ومن الممكن ربط فكرة النظام العام الاجرائي بأى امر يتصل بالاحكام الاساسية للنظام القضائي، حتى يكون متعلقا بالنظام العام (٥١) .

ففى قانون المرافعات يعتبر النظام العام قاعده اجرائية يترتب البطلان على مخالفتها، اما بالنسبة للقواعد الموضوعية يظهر النظام العام كقيد على حرية المتعاقدين، بحيث لا يجوز لهما الاتفاق على ما يخالفه.

والقواعد الموضوعية فى القانون الخاص ليست من طبيعة واحدة من حيث قوتها الملزمة، فهى تضم نوعين يختلف كل منهما عن الاخر، وهى القواعد الامرة والقواعد المقررة، حيث يرى بعض الشراح انه يمكن الاستدلال عنهما بوسيلتين، اما بالاستعانة

(٤٩) نبيل اسماعيل، الدفع بعدم القبول ونظامه القانونى القبول ونظامه القانونى فى قانون المرافعات المدنية والتجارية، دراسة تحليلية للفقه والقضاء المصرى والفرنسي، دار الجامعة الجديدة طبعة ٢٠٠٤م، ص١٧٣ .

(٥٠) الطعن رقم ٤١٣٠ لسنة ٧٢ قضائية الصادر بجلسة ٢٠٢١/١/١٨ الموقع الرسمى لمحكمة النقض.

(٥١) عبد الكريم فوزى، الدفع بعدم قبول الدعوى فى التشريع الادرنى، الجامعة الاردنية ١٩٨٧ص١٠١ .

بألفاظ القاعدة التى تدل بكل وضوح وصراحة على جواز الاتفاق على ما يخالفها . واما بالاستعانة بفكرة النظام العام والاداب، حيث تعد القاعدة امرة اذا تعلقت بهذه الفكرة [٥٢].

ولذا تتنوع هذه القاعدة الى قواعد متعلقة بالنظام العام او المصلحة الخاصة حسب علبة الاعتبار العام او الخاص فى الغاية المباشرة التى تستهدفها، حيث من المتفق عليه انه من النظام العام كل قواعد النظام العام والاختصاص المحلى باعتبارها تهدف الى راحة بعض الخصوم، وكذلك اغلب القواعد المنظمة لاشكال اجراءات التقاضي لا تعد من النظام العام، لانها تكفل للخصوم وسائل للدفاع عن حقوقهم الخاصة [٥٣].

ومن المستقر عليه لدى محكمة النقض: ان القواعد التى تعتبر من النظام العام، هى قواعد يقصد بها الى تحقيق مصلحة عامة سياسية او اجتماعية او اقتصادية تتعلق بنظام المجتمع الاعلى وتعلو على مصالح الافراد الذين يجب عليهم مراعاة المصلحة العامة وتحقيقها، ولا يجوز لهم أن يناهضوها باتفاقات فيما بينهم حتى لو حققت هذه الاتفاقات لهم مصالح فردية[٥٤]، لان المصالح الفردية لا تقوم امام المصلحة العامة[٥٥].

وفيما عدا القواعد التنظيمية والقواعد التى ينص المقنن على جواز الاتفاق على مخالفتها فان قواعد قانون المرافعات غير المتعلقة بالنظام العام تتميز بأنها قواعد امرة، فكل قواعد الاجراءات تعتبر قواعد امرة وان كانت غير متعلقة بالنظام العام لعدم النص على ذلك او لعدم استقرار رأى الجمهور على ذلك . ومظهر الصلة فى كونها أمرة انها ملزمة للخصوم حتى وان اتفقوا على مخالفتها، ووجوب اتباعها كما هى مع عدم قدرة الارادة الفردية على تعديلها او توليد اثار قانونية منها غير تلك التى حددها المقنن، وايضا عدم قدرة الارادة الفردية على اختيار اشكال اخرى للجوء الى القضاء غير تلك

(٥٢) محمد محمد بدران، مضمون فكرة النظام العام ودورها فى مجال الضبط الادارى، دار النهضه العربية، القاهرة، مصر، طبعة ١٩٩٢م ص٢٨ .
(٥٣) محمد محمد بدران، مضمون فكرة النظام العام ودورها فى مجال الضبط الاداري، دار النهضه العربية، القاهرة، مصر، طبعة ١٩٩٢م، ص١٢.
(٥٤) الطعن رقم ١٩٣٥ لسنة ٧٩ قضائية الصادر بجلسة ٢٠١٧/٣/١٣ الموقع الرسمى لمحكمة النقض.
(٥٥) نقض ١٩٨٠\٤\٢٤ –المكتب الفنى – ٣١ – ١١٩٣ مشار اليه في محمد محمد بدران، مضمون فكرة النظام العام ودورها فى مجال الضبط الادارى، مرجع سابق، ص٣٩.

(ISSN: 2356 - 9492)

الاشكال التى حددها المشرع[٥٦] . هذه النتيجة ثابتة فيما يتعلق بالقواعد الامرة التى تنظم المراكز القانونية الموضوعية، اى القواعد الامرة الخاصة بالقوانين المنظمة لاصل الحق، مما يقتضي الكلام عن امكانية القاضي باعمالها من تلقاء نفسه ودون حاجه لتمسك الخصوم صراحة باعمالها. والخلاصة ان هذه القواعد تص عليها المشرع لتحقيق وحماية مصلحة عامة وليست مصلحة فردية وهذه المصالح العامة يقوم عليها بناء المجتمع ككل [٥٧]

والقول بعكس ذلك يؤدى الى ربط هذه القواعد بمشيئة الخصوم، اما ما يتعلق بالعيوب التى تلحق الاعمال الاجرائية غير المتعلقه بالنظام العام لابد ان يتمسك بها صاحب المصلحة فى اعمال الجزاء، فان لم يتمسك بها صاحب المصلحة فان القاضي لا يستطيع اثارتها من تلقاء نفسه، لان الاجراءات القضائية ما وجدت الا لحماية الحقوق الموضوعية، والا لاعطاء الفعاليه للقواعد القانونية الموضعيه، ومن ثم لا يجوز ان تؤدى المغالاة فى احترام الاجراءات والشكليات الى اهدار حماية الحقوق الموضوعية من كل مضمونها، لان ذلك يؤدى الى غلبة الشكل على الموضوع، ومن ثم اهدارها [٥٨].

الفرع الثاني

الدفع بعدم القبول لمخالفة النظام العام

وفقا لنص المادة (١١٥) على جواز ابداء الدفع بعدم القبول فى اى مرحلة تكون عليها الدعوى لتعلقه بالنظام العام، كما ان المادة الثالثة من قانون المرافعات بعد تعديلها بالقانون رقم (٨١) لسنة ١٩٦٦م قد جعلت شرطا الصفة والمصلحة متعلقان بالنظام العام.

فالمصلحة في الدعوى او الطلب او الدفع بكافة اوصافها من النظام العام، واوجب على المحكمة ان تقضي بها من تلقاء نفسها وذلك فى اى مرحله تكون عليها الدعوى

(٥٦) نبيل اسماعيل، عدم فعالية الجزاءات، دار الجامعة الجديدة ٢٠٠٢، ص٢٠٤.
(٥٧) الطعن رقم ٧٥٨٣ لسنة ٨٢ قضائية الصادر بجلسة ٢٠١٨/١١/١٩ الموقع الرسمى لمحكمة النقض.
(٥٨) نبيل اسماعيل، عدم فعالية الجزاءات، دار الجامعة الجديدة ٢٠٠٢، ٢٠٥.

(٥٩) . كما نجد ان قضاء النقض قد حسم الخلاف الفقهى الدائر حول الدفع بعدم القبول لسبق الفصل فى الموضوع (٦٠)، هل يعد من النظام العام ام لا، وذلك بالنص فى المادة (١١٦مرافعات) على تعلقه بالنظام العام بأن تقضي المحكمة فى هذا الدفع من تلقاء نفسها (٦١) .

ان مخالفة ايا من القواعد المتعلقة بالنظام العام في قانون المرافعات يعطي للمحكمة الحق فى اثارتها من تلقاء نفسها او نفسه، فمتى ما وقعت مخالفه للنظام العام، فانه يعنى فى نفس الوقت مخالفه للقانون. والقاضى يقع على عاتقه اعمال قواعد القانون الذى منحه حق اثارة هذه المخالفه، كما يجوز لأى من الخصوم التمسك بها امام المحكمة والحال كذلك بالنسبة للنيابة العامة، بالاضافة الى انه يمكن التمسك بها فى اى مرحله تكون عليها الدعوى، ولو لاول مرة امام محكمة الاستئناف او امام محكمة النقض (٦٢).

ولا يحق للخصوم التنازل عن تطبيقها او الاتفاق على ما يخالف احكامها . وذلك خلافا للقواعد المقررة لحماية المصالح الخاصة التى لا تتعلق بالنظام العام، فهذه لا يجوز ان يتمسك بها سوى الخصم المقررة لمصلحته ولا يجوز ان تطبقها المحكمة الا اذا تمسك بها الخصم، ويجوز لاى من الخصوم ان يتنازل عنها صراحة او ضمنا، او الاتفاق على خلافها، كما يتشدد القانون فى وقت ابدائها، فلا يجوز التمسك بها اول مرة الا فى بداية الخصومة وقبل التكلم فى الموضوع (٦٣) .

كيفية تقدير المخالفة المتعلقة بالنظام العام:

(٥٩) احمد مليجي، التعليق على قانون المرافعات، طبعة نادى القضاه الطبعة الرابعة ٢٠٠٥، ص١١٠، ورمضان جمال، شروط قبول الدعوى فى المواد المدنية والتجارية مكتبة الالقى القانونية ١٩٩٨، ص٨٨ ونبيل اسماعيل : الوسيط فى قانون المرافعات المدنية والتجارية، دار الجامعة الجديدة ٢٠٠٦، ص٣٦٩ .

(٦٠) الطعن رقم ١٦٥٨٩ لسنة ٨٣ قضائية الصادر بجلسة ٢٠١٩/١/١٣ الموقع الرسمى لمحكمة النقض.

(٦١) نبيل اسماعيل، الدفع بعدم القبول ونظامه القانونى، مرجع سابق، ص١٧٩ وعلى عوض حسن : الدفع بعدم جواز نظر الدعوى لسبق الفصل فيها، دار المطبوعات الجامعية ١٩٩٦، ص١٤

(٦٢) الطعن رقم ٣٩٨٣ لسنة ٦٧ قضائية الصادر بجلسة ٢٠٢١/٦/٢٠ الموقع الرسمى لمحكمة النقض.

(٦٣) وجدى راغب، مبادئ القضاء المدنى، دار الفكر العربى١٩٨٦، ص١٣ .

(ISSN: 2356 - 9492)

ان جواز ابداء الدفع بعدم القبول يتم فى اى وقت تكون عليه الدعوى وهذا لا يعنى انه يتعلق بالنظام العام وان للمحكمة لن تثيره من تلقاء نفسها فاذا كان سببه يتعلق بالمصلحة العامة فان للمحكمة ان تقضى بعدم القبول من تلقاء نفسها [٦٤]. اما اذا كان الامر بتعلق بالمصلحة الخاصة فليس للمحكمة ان تقضى به من تلقاء نفسها [٦٥]. لذا اختلف الفقه حول مدى تعلق الدفع بعدم القبول بالنظام العام فمنهم من رأي انه لا يمكن وضع قاعدة عامة تشمل كل الدفوع المتعلقة بالنظام العام، ومنهم من رأي استحالة ذلك [٦٦]. فيما رأى اخرون ضرورة بحث كل دفع على حده عندما يتعلق الامر بالنظام العام يتعين بحث كل دفع على حده لنتبين ما اذا كان متعلقا بالنظام العام ام يتعلق بمصالح الخصوم [٦٧] وتطبيقا لذلك فانه يتعين فى حالة وجود النص، فانه لا اجتهاد مع وجود النص القانونى، اما فى حالة عدم وجود النص يترك الامر لتقدير القاضي[٦٨].

فيقوم القاضي فى البحث في الحالة الماثلة ومدى تعلقها بالنظام العام، فالدعاوى التى يكون موضوعها المطالبة بحماية مثل هذه الحقوق تكون غير مقبوله، وعدم القبول هنا يتعلق بالنظام العام [٦٩] . بالاضافة الى ما تقدم فهناك من القواعد القانونية ما تتعلق بطبيعتها بالنظام العام مثل القواعد المنظمه للنظام الاقتصادى العام او القواعد المنظمه للمرفق القضائي ونظامه الاساسي [٧٠] فاذا تعلق حق الخصوم بهذه المسائل، فان الدعاوى التى تخالف هذه القواعد تكون غير مقبولة لمخالفتها للنظام العام.

المطلب الثاني

السلطة التقديرية للقاضي بشأن الدفع بعدم القبول

(٦٤) د/ احمد هندى المرافعات المدنية والتجارية دار الجامعة الجديدة٢٠٢١ ص ٢٧٩.
(٦٥) د/ احمد هندى المرافعات المدنية والتجارية دار الجامعة الجديدة٢٠٢١ ص ٢٨٠.
(٦٦) نبيل اسماعيل، الدفع بعدم القبول ونظامه القانونى، مرجع سابق، ص١٧٨ .
(٦٧) محمد عشماوى وعبد الوهاب العشماوي : قواعد المرافعات فى التشريع المصرى والمقارن، المطبعة النموذجية، الطبعة الاولى، ١٩٥٧م.،ص ٣٠٤ .
(٦٨) نبيل اسماعيل، الدفع بعدم القبول ونظامه القانونى، مرجع سابق، ص١٨٢ .
(٦٩) نبيل اسماعيل، الدفع بعدم القبول ونظامه القانونى، مرجع سابق، ص١٨٣.
(٧٠) نبيل اسماعيل، الدفع بعدم القبول ونظامه القانونى، مرجع سابق، ص١٨٤

تتناول السلطة التقديرية للقاضي بشأن الدفع بعدم القبول والدور المنوط به عندما يتعلق الدفع بالنظام العام وكذا اذ لم يكن متعلقا بالنظام العام، على النحو الاتى :

ان الاتجاه القديم يحدد دور القاضي في الخصومة بمراعاة اتباع قواعد المرافعات والفصل فيما يقدمه اليه الخصوم ،وهو ما يعبر عنه بمبدأ حياد القاضي [٧١] وهو المبدأ الاساسى فى نظرية الاثبات [٧٢]، ويعتبر ان الخصومة ملك للخصوم، فلهم وحدهم البدء بالمطالبة القضائية، ويملكون السير فى اجراءات الخصومة، كما يملكون تركها من تلقاء ارادتهم، وهم ايضا من يحدد موضوعها محلا وسببا بما يطرحون من طلبات ودفوع امام المحكمة، كما يقدمون الادله التى يحققها القاضي [٧٣]. ومن هنا قيل ان دور القاضي سلبي بالنسبة للخصومة.

بيد ان الاتجاه الحديث يرى ان الخصومة ليست احتكارا للخصوم، وانما يشاركهم القاضي فيها، انطلاقا من ان القضاء وظيفة عامه، فلا يمكن ان يترك نشاطه لهوى الافراد . وحياد القاضي لا يتنافى مع سلوكه الايجابي فى توجيه سير الخصومة، وان اختلفت القوانين الحديثه فى مدى الاعتراف بسلطات القاضي فى توجيهها [٧٤] .

وقد اعتنق المشرع الاتجاه الحديث فقرر الدور الايجابي للقاضي في الخصومة، حيث منح القاضي سلطة توجيه سير الخصومة وتحقيق الدعوى المدنية التى تتألف من الوجود المادى لوقائع الدعوى وكذلك الوقائع القانونية وبناء عليه تقوم المحكمة بتحصيل الفهم من ايراد وقائع الادعاء والدفوع المثارة فى مواجهة الادلة المقدمة لاثبات صحة هذه الوقائع [٧٥].

ويتضح ذلك من العديد من النصوص في قانون المرافعات، ومنها المادة ٩٩ مرافعات التي تجيز للقاضي تكليف الخصوم بايداع المستندات او القيام باجراء من اجراءات المرافعات فى ميعاد معين، والا فرض عليهم جزاءات محددة، كاعتبار الدعوى

(٧١) وجدى راغب، مبادئ القضاء المدنى، مرجع سابق، ص٣٩٠
(٧٢) الطعن رقم ٧٨٦ لسنة ٧٣ قضائية الصادر بجلسة ٢٠١٦/٢/٢٤ الموقع الرسمى لمحكمة النقض.
(٧٣) وجدى راغب، مبادئ القضاء المدنى، مرجع سابق، ص٣٩٠ .
(٧٤) وجدى راغب، مبادئ القضاء المدنى، مرجع سابق، ص٣٩١ .
(٧٥) م م /هانى حمدان عبدالله م /عقيل مجد طه، سلطة القاضى فى تكييف محل الاحكام القضائية، مجلة كلية الحقوق، جامعة المنيا، المجلد ٣، العدد ٢، ٢٠٢٠، ص٧.

(ISSN: 2356 - 9492)

كأن لم تكن فى حال فى حالة الخروج عن الالتزام باحكام القانون [٧٦] وكذلك المادة ١١٨ مرافعات التي تعطي للقاضي سلطة اختصام الغير من تلقاء نفسه اذا رأى ذلك لمصلحة العداله او لاظهار الحقيقة، وللقاضي ايضا بمقتضى المادة ١٠٥ مرافعات سلطة الامر بمحو العبارات الجارحه او المخالفه للاداب او النظام العام من اية ورقه من اوراق المرافعات او المذكرات. [٧٧] والمادة ١٢٩ مرافعات تعطي للقاضي سلطة وقف الخصومة كلما رأى تعليق حكمها فى موضوعها على الفصل فى مسألة اخرى يتوقف عليها الحكم. [٧٨]وكذلك بالمادة ١٠٧ مرافعات التي تقرر للقاضي سلطة الحكم فورا بالعقوبه على من تقع منه جنحة اثناء انعقاد جلسة المرافعه فيها تعدى على هيئة المحكمة او على احد اعضائها او احد العاملين بالمحكمة، او الحكم فورا بالعقوبه على من شهد زورا بالجلسه لشهادة الزور. [٧٩]

ولا تقتصر سلطة القاضي الايجابية في الخصومة على نصوص قانون المرافعات، فقد قرر المشرع في قانون الاثبات هذا الدور الايجابي في عدد من المواد منها المواد ٧٠ ،١٠٦، ١٣٥ اجراءات، فيجوز للمحكمة ان تأمر من تلقاء نفسها باتخاذ اى اجراء من اجراءات الاثبات، وذلك فيما عدا الحالات التى ينص فيها القانون صراحة على ضرورة طلب الخصم لهذا الاجراء مثل :

حالة الادعاء بالتزوير ،وحالة طلب اليمين الحاسمه ،كما ان للقاضي او للمحكمة سلطة اجراء تحقيق او استجواب خصم او ندب خبير من تلقاء نفسها عملا بالمواد. اما بالنسبة لموضوع الدعوى محلا وسببا، فالقاعدة انها مازالت ملكا للخصوم [٨٠].

(٧٦) الطعن رقم ٧٣١ لسنة ٧٠ قضائية الصادر بجلسة ٢٠٢١/٣/١٥ الموقع الرسمى لمحكمة النقض.
(٧٧) الطعن رقم ٢٩٠٨٩ لسنة ٨٥ قضائية الصادر بجلسة ٢٠١٨/١/٦ الموقع الرسمى لمحكمة النقض.
(٧٨) الطعن رقم ٨٦٦٨ لسنة ٨٢ قضائية الصادر بجلسة ٢٠١٨/١٢/٢٤ الموقع الرسمى لمحكمة النقض.
(٧٩) الطعن رقم ١٩٥١٤ لسنة ٨٣ قضائية الصادر بجلسة ٢٠١٤/٤/٥ مكتب فنى (سنة ٦٥- قاعدة ٢٣- صفحة ٢٣٣) الموقع الرسمى لمحكمة النقض.
(٨٠) وجدى راغب، مبادئ القضاء المدنى، مرجع سابق، ص٣٩١ .

واذا كانت القاعدة ان القاضي لا يستطيع اثارة اى نوع من الدفوع من تلقاء نفسه مالم يكن متعلقا بالنظام العام استنادا الى مبدأ حياد القاضى الا ان هذا المبدا يتراجع امام فكرة النظام العام [٨١]ويقتصر بحثه فى الدعوى على المسائل التى تنازع فيها الخصوم او تلك المتعلقه بالنظام العام [٨٢]، فان الدفع بعدم القبول عندما يتعلق بالنظام العام فان الاتجاه المستقر لدى الفقه يذهب الى ان للقاضي حق اثارة هذا الدفع من تلقاء نفسه حتى لو امتنع الخصوم عن التمسك به [٨٣] .

فعدم توافر الصفة او المصلحة او احدى خصائصها في الدعوى، مثلا، يعطي الحق للقاضي في اثارة الدفع بعدم القبول من تلقاء نفسه ومن ثم الحكم بعدم قبول الدعوى [٨٤]. والامر نفسه اذا تعلق الدفع بعدم جواز نظر الدعوى لسبق الفصل فيها او الدفع بحجية الشئ المقضي فيه فهذه القاعدة من النظام العام ،وتتصدى المحكمة لاثارته من تلقاء نفسها [٨٥]ومن ثم الحكم بعدم قبول الدعوى .

وعند وجود النص المتعلق بالنظام العام فان مخالفته تقتضي من القاضي التصدي واثارة الدفع من تلقاء نفسه والحكم بعدم قبول الدعوى، وفى حالة عدم وجود النص فان الامر يخضع لمطلق السلطه التقديريه لقاضي_الموضوع، على ان يتأكد القاضي من وجود الوقائع المدعاه بواسطة الخصوم المولدة للدفع بعدم القبول [٨٦]، اضافة لمعرفة طبيعة البواعث التى دعت لتقريره، هل هى لصالح المدعى عليه وحد ام تمس مصالح المجتمع المعتبره من النظام العام.

(٨١) د/ طلعت محمد دويدار، الوسيط فى شرح قانون المرافعات المدنية، دار الجامعة الجديدة ٢٠١٦، ص٤٧٧.
(٨٢) وجدى راغب، مبادئ القضاء المدنى، مرجع سابق، ص٤١٢ .
(٨٣) نبيل اسماعيل، الدفع بعدم القبول ونظامه القانونى، مرجع سابق، ص٢١٩ .
(٨٤) احمد مليجي، التعليق على قانون المرافعات، مرجع سابق، ص١١٠١ .
(٨٥) احمد ابو الوفا، نظرية الدفوع فى قانون المرافعات، مرجع سابق، ص٨٥٦ .
على عوض حسن، الدفع بعدم جواز نظر الدعوى لسبق الفصل فيها، مرجع سابق، ص١٨ .
(٨٦) نبيل اسماعيل، الدفع بعدم القبول ونظامه القانونى، مرجع سابق، ص٢٢٠.

(ISSN: 2356 - 9492)

اما اذا كان الدفع بعدم القبول غير متعلق بالنظام العام، فيجوز للخصوم التمسك به فى اى مرحلة من مراحل الدعوى حتى تقضي فيه المحكمة بعدم قبول الدعوى(٨٧) و ليس للمحكمة ان تقضي به من تلقاء نفسها وفقا للرأي الغالب من الفقه. ومثال ذلك:

الدفع بعدم قبول دعوى منع التعرض لرفعها بعد سنه من حصوله (٨٨)، والدفع بعدم قبول دعوى الحيازه لرفعها بعد اقامة دعوى المطالبة بالحق، وعدم قبول دعوى المطالبة بالحق المرفوع من المدعى عليه فى دعوى الحيازه قبل التخلي عن الحيازه لخصمه، وعدم قبول دعوى الدائن على الكفيل قبل رجوعه على المدين(٨٩).

وهناك من يرى من الفقه جواز ان يتصدى القاضي لاثارة الدفع بعدم القبول ولو لم يتعلق الامر بالنظام العام، وسند هذا الرأي، مختصره، ان الدفع بعدم القبول يرمى فى واقع الامر الى انكار حق المدعى فى طلب الحماية القضائية، وبما ان الوقائع المطروحه على القاضى تتضمن فى حقيقتها العناصر المكونه للدفع بعدم القبول، وبما ان الخصوم قد اغفلوا التمسك بهذا الدفع، وكانوا فى الواقع يرغبون فى التمسك به لو كانوا يعلمون توافر عناصره، فانه لا يوجد ما يمنع القاضي من اثارة الدفع بعدم القبول من تلقاء نفسه من دون طلب الخصوم، وذلك فى الاحوال التى لا يتعلق فيها هذا الدفع بالنظام العام (٩٠) .فوظيفة القضاء هى حماية الحقوق والمراكز القانونية وتحقيق هذه الحماية عن طريق اليقين القانونى (٩١).

غير ان هذا الرأي قد لاقي الكثير من النقد، تأسيسا على ان الدفع بعدم القبول فى حالة تعلقه بالنظام العام، يجب على المحكمة اثارته من تلقاء نفسها، بحيث يترتب على اغفالها لهذا الدفع، انها اخطأت فى تطبيق القانون، بما يشكل مبررا وسببا من الاسباب التى يجوز الطعن بالنقض عليها، وذلك فى الاحوال التى يكون الحكم الصادر فيها يقبل

(٨٧) احمد ابو الوفا، نظرية الدفوع فى قانون المرافعات، مرجع سابق، ص٨٥٣ . وجدى راغب، مبادئ القضاء المدنى، مرجع سابق، ص٤٢٣ .
(٨٨) د/ احمد هندى المرافعات المدنية والتجارية دار الجامعة الجديدة٢٠٢١ ص ٢٨٠.
(٨٩) احمد ابو الوفا، نظرية الدفوع فى قانون المرافعات، مرجع سابق، ص٨٥٦ .
(٩٠) نبيل اسماعيل، الدفع بعدم القبول ونظامه القانونى، مرجع سابق، ص٢١٧ .
(٩١) الباحثة /مروة بدوى عبدالمنعم، فكرة الدعوى، المجلة القانونية كلية الحقوق، جامعة القاهرة، فرع الخرطوم، المجلد ٨، العدد٨، لسنة٢٠٢٠، ص٢٦٦٤.

الطعن بالنقض[٩٢] . اما حالة كون الدفع بعدم القبول غير متعلق بالنظام العام فانه لا يجب على المحكمة اثارته، وانما من الجائز لها القيام به ولا يوجد مانع من ذلك، كما ان المحكمة ان اغفلته فلا يمكن وصف هذا الاغفال بأنه خطأ قانونى يترتب عليه التبرير بنقض الحكم الصادر فيها.

ومن جانبنا، فانه اذا كان دور القاضي في الخصومة هو دور ايجابي كما وضحته العديد من نصوص قانون المرافعات والاثبات، فانه من الجائز للقاضي اثارة الدفع بعدم القبول ولو لم يتعلق بالنظام العام، واذا كان من الجائز له ذلك فانه في نفس الوقت ليس واجبا عليه بحيث يعد عدم اثارته مخالفة للقانون، بمعنى اننا نرى جوازية طرح القاضي هذا الدفع غير المتعلق بالنظام العام. من خلال سلطته الوظيفية المقررة له من غير طلب الخصوم[٩٣]

المبحث الثانى

دور الخصوم وطرق الطعن واستئناف الحكم فى الدفع بعدم القبول

نتناول في هذا المبحث دور الخصوم فى الدفع بعدم القبول وكذلك طرق الطعن فى الدفع بعد القبول واستئناف الحكم فى الدفع بعدم القبول من خلال مطلبين كالاتى :

المطلب الاول: دور الخصوم وطرق الطعن فى الحكم الصادر في الدفع بعدم القبول

المطلب الثاني: استئناف الحكم في الدفع بعدم القبول

المطلب الاول

دور الخصوم وطرق الطعن فى الحكم الصادر في الدفع بعدم القبول

ان طلب بالحماية امام القضاء يفترض وجود خصمين، فمن يقدمه يسمى مدعى، ومن يوجه اليه يسمى المدعى عليه، وبغيرهما لا توجد خصومة مدنيه، ولهذا يسميان بالطرفين الاصليين فى الخصومة [٩٤]. فالمدعى هو من يقوم بتقديم طلب الحماية القضائية بشأن مسألة معينة، فيدعى شيئا امام القضاء وبالتالى يقع عليه عبء اثبات ما

(٩٢) نبيل اسماعيل، الدفع بعدم القبول ونظامه القانونى، مرجع سابق، ص٢٢٨ .
(٩٣) الطعن رقم ١٣٦٣٤ لسنة ٨٦ قضائية الصادر بجلسة ٢٠٢١/٢/٢١ الموقع الرسمى لمحكمة النقض.
(٩٤) فتحى والى، قانون القضاء المدنى، مرجع سابق، ص٥٩٤ .

(ISSN: 2356 - 9492)

يدعيه، بحيث يضطلع بالدور الايجابي فى الدعوى [٩٥]. بينما يبقي موقف خصمه " المدعى عليه " سلبيا، وهو المشكو منه ابتداء [٩٦].

ووفقا للنظريه الاجرائية السائدة في الفقه فان الخصم هو من يقدم باسمه او فى مواجهته الطلب القضائي [٩٧] . وينطبق هذا الوصف على اطراف الخصومة الاصليين المدعى والمدعى عليه، كما ينطبق على كل من يتدخل او يختصم فيها وهو ما يتسق مع استقلال الخصومة عن كل من الحق الموضوعى والحق فى الدعوى، فاذا لم يكن الشخص قد وجه طلبا او وجه اليه طلب فلا يعتبر خصما، ولو كان ماثلا فى الخصومة[٩٨] .

فالخصم هو من يقدم طلب الحماية باسم شخص، بغض النظر عما اذا كان من قدم الطلب باسمه ،هو حقيقة صاحب الحق او المركز القانونى الموضوعى المطلوب حمايته ام لا، وما اذا كانت له صفه فى الدعوى ام لا . كذلك الامر بالنسبة لمن يقدم الطلب ضده، فهو يعتبر خصما بصرف النظر عما اذا كان هو الطرف السلبي فى الحق فى الدعوى . ولهذا لا يعتبر خصما المالك على الشيوع الذى لا يشترك فى تقديم الطلب بشأن الملكيه، وعلى العكس يعتبر خصما من يقوم طلبا منازعا فى الملكيه ولو لم يكن هو المالك[٩٩] .

والدفع باعتباره وسيله لرد المدعى عليه على دعوى خصمه وتمكينه من الاعتراض عليها او على اجراءاتها، فهو اذا من حقوق الخصم الاساسية، فالدفوع هى الاداة المقابله للدعوى فى يد المدعى عليه، ومع ذلك فان المدعى يحق له تقديم دفوعه للرد على الطلبات العارضه للمدعى عليه، كما يحق له الرد على دفوع المدعى عليه سواء من ناحية موضوعها او اجراءاتها، وهو ما يعد دفعا بالمعنى الواسع [١٠٠]. وقد استقر الفقه

(٩٥) الطعن رقم ١٠٧٧٥ لسنة ٨٣ قضائية الصادر بجلسة ٢٠٢١/٢/١٧ الموقع الرسمى لمحكمة النقض.
(٩٦) احمد مسلم، اصول المرافعات، مرجع سابق، ص٣٠٨ .
(٩٧) وجدر راغب، مبادئ القضاء المدنى، مرجع سابق، ص٤٢٩
(٩٨) فتحى والى، قانون القضاء المدنى، دار النهضة العربية، طبعة ١٩٧٢م ص ٥٩٤ .
(٩٩) فتحى والى، قانون القضاء المدنى، مرجع سابق، ص٥٩٣ .
(١٠٠) وجدى راغب، مبادئ القضاء المدنى، مرجع سابق، ص٤١٢ .

والقضاء والقانون على ان للخصم الحق في ابداء الدفع بعدم القبول لانتفاء المصلحة الشخصية فى اى حالة تكون عليها الدعوى [١٠١].، وليس فى بداية النزاع تاسيسا على حرية المتقاضي فى ابداء الدفع [١٠٢] .

كما ان للخصم مطلق الحرية فى ابداء الاوجه التى يقوم عليها الدفع على سبيل التتابع، وليس فى وقت واحد .فكل وجه او الاوجه التى يبنى عليها الدفع بعدم القبول، هو بمثابة سبب واقعى مستقل لدفع بعدم القبول قائم بذاته، بما يقتضي ان تحكم المحكمة فى كل دفع بعدم القبول من هذه الدفوع على استقلال.وللخصم ابداء الدفع بعدم القبول ولو لاول مره فى الاستئناف، مالم يتعلق الدفع بحقوق الخصوم المتوجب ابداؤه قبل الدخول فى اساس الدعوى [١٠٣].

كما ان للخصم الحرية في عدم التمسك بالدفع مطلقا رغم تحقق سببه الواقعى، لان الاصل فى مسألة ابداء الخصم للدفع بعدم القبول انها مسأله جوازيه له، حيث له الحريه فى ابدائه كما ان له الحريه فى عدم ابدائه[١٠٤].وللخصم الحق فى سحب ما أبداه من دفوع بعدم القبول "اي اعتبار الدفع كأن لم يكن" سواء تعلق بالنظام العام ام لم يتعلق.وان كان يتعين على المحكمة اثارة الدفع بعدم القبول حال تعلقه بالنظام العام، كما ان للمحكمة عدم الاعتداد بسحب الخصم لدفعه بعدم قبول الدعوى عندما يتعلق الامر بالنظام العام تطبيقا لنص المادة ١١٥ مرافعات.

وللخصم ايضا حق الدفع بعدم القبول كما هو الحال عند الاتفاق على عدم اللجوء الى القضاء بطريقة الدعوى، بواسطة الاتفاق على التحكيم، يؤدى الى انشاء وخلق دفع بعدم القبول اذا ماحدثت مخالفة الاتفاق التحكيم، وذلك عند عرض النزاع على القضاء

(١٠١) الطعن رقم ٤١٠٩ لسنة ٨٣ قضائية الصادر بجلسة ٢٠٢٠/٢/٢٤ الموقع الرسمى لمحكمة النقض.
(١٠٢) احمد مليجي، التعليق على قانون المرافعات، مرجع سابق، ص١١٠١
(١٠٣) احمد محمد حشيش، الدفع بعدم قبول الدعوى فى قانون المرافعات المدنية والتجارية، رسالة دكتوراه غير منشوره، كلية الحقوق، جامعة الاسكندريه، ، ص٣٦٥ .
(١٠٤) احمد محمد حشيش، الدفع بعدم قبول الدعوى فى قانون المرافعات المدنية والتجارية، مرجع سابق(، ص٣٦٦ . ١٩٨٦م) .

(ISSN: 2356 - 9492)

التابع للدوله، فاساس هذا الدفع هو عقد التحكيم[١٠٥]. اذ ان هذا الاتفاق طالما كان صحيحا ومطابقا للقانون، فهو يعنى ان ارادة الافراد تدخلت لمنع اصحابها من الحصول على الحماية القضائية من القضاء العادى التابع للدولة، وارتضت الحصول على حماية قضائية من المحكمين، بناء على سماح قانونى منحه المقنن المصرى للارادة الفردية [١٠٦] .

وبالتالى يكون الدفع بالاعتداد بشرط التحكيم من قبيل الدفوع بعدم القبول الدعوى، لان الخصم ينكر به سلطة خصمه فى لجوئه للقضاء العادى للذود عن حقه [١٠٧]، ولان الاتفاق على التحكيم يؤدى الى المساس بالشروط اللازمة لقبول الطلب القضائي، فالحق فى رفع الدعوى بدلا من استعماله عن طريق الطلب القضائي تم استعماله عن طريق هيئة التحكيم.

ونظرا للطبيعة الاتفاقية التى يتسم بها شرط التحكيم، فانه غير متعلق بالنظام العام، فلا يجوز للمحكمة ان تقضي باعماله من تلقاء نفسها، وانما يجوز التمسك به من قبل الخصوم امامها، ويجوز النزول عنه صراحة او ضمنا [١٠٨] .

ويجب الاشارة الى ان حرية الخصم في ابداء الدفع بعدم القبول وفقا للتفصيل السابق، هى مقيدة بما يتقيد به مبدأ سلطان ارادته فى استعمال الدعوى اى (قفل باب المرافعة)[١٠٩] .

واذا تم الحكم في الدعوى في محكمة اول درجة، فان ذلك لا يمنع عن الخصم ابداء الدفع امام محكمة الاستئناف، فالحكم القضائي الابتدائي ليس قيدا على حرية الخصم المتقاضي فى ابداء الدفع، ويجب على محكمة الاستئناف ان تنظر على اساس

(١٠٥) نبيل اسماعيل، الدفع بعدم القبول ونظامه القانونى، مرجع سابق، ص١٨٨ .
(١٠٦) نبيل اسماعيل، الدفع بعدم القبول ونظامه القانونى، مرجع سابق، ص١٨٧ .
(١٠٧) احمد ابو الوفا، نظرية الدفوع، مرجع سابق، ص٨٣٦ .
(١٠٨) نبيل اسماعيل، الدفع بعدم القبول ونظامه القانونى، مرجع سابق،ص١٨٩ .
(١٠٩) احمد حشيش، الدقع بعدم قبول الدعوى فى قانون المرافعات المدنية والتجارية، مرجع سابق، ص٣٦٦

ما يقدم لها من ادله ودفوع واوجه دفاع جديدة، وما كان قدم من ذلك الى محكمة الدرجة الاولى[١١٠] .

ويلاحظ انه وفقا لنص المادة الثالثة من قانون المرافعات فانه " "لا تقبل اى دعوى كما لا يقبل اى طلب او دفع استنادا لاحكام هذا القانون او اى قانون اخر، لا يكون لصاحبه فيها مصلحة شخصية ومباشرة وقائمة يقرها القانون.." بمعنى ان المشرع قد اشترط المصلحة في الدعوى و الطلب و الدفع بمعنى لا دعوى بدون مصلحة[١١١]، وهو ما يمثل فى الحقيقة قيدا على الخصم فى استعمال حق الدعوى سواء أكان الاستعمال طلبا او دفعا، ويعبر عنه البعض بكونه شرطا واحدا سلبيا عاما مفاده عدم التعسف فى استعمال حق الدعوى القضائية[١١٢]. فالاصل ان حق الدعوى القضائية يخضع لشرط سلبي عام مفادة عدم التعسف فى استعمال حق الدعوى، فعندما تكون المخالفه تقديم طلب او دفع ليس فيه مصلحة، يوصف صاحبه بالتعسف فى استعمال حق الدعوى القضائية، اى انه لم يلتزم بما نص عليه القانون، مما يحق مجازاته بعدم قبول طلبه او دفعه.و يعد قيدا على حرية الخصم المتقاضي فى ابداء الدفع بعدم القبول.

التنازل عن التمسك بالدفع بعدم القبول:

اذا كان النزاع الخاص ملك للخصوم، لهم ان يطرحوه على القضاء، كما ان لهم ان لا يطرحوه . واذا رفع النزاع للقضاء يستطيع الخصوم تركه او التنازل عنه، او اهماله وعدم السير فيه [١١٣]، وهو ما يعرف بمبدأ سيادة الخصوم. كذلك فان للمدعي الحق في اقامة دعواه، كما ان للمدعى عليه حق الدفاع للرد على الدعوى، لان مقتضي هذا المبدأ هو تمكين الخصوم من تقديم الدفوع والادله والاسانيد المثبته لحقهم ،وانهم احرار فى استعمال هذه الوسائل او عدم استعمالها، فانه ينبني على ذلك انه يجوز للخصوم التنازل

(١١٠) احمد حشيش، المرجع السابق، ص٣٦٨
(١١١) د /يوسف ناصرحمد، الاتجاهات الحديثة لشرط المصلحة فى دعوى الالغاء، المجلة القانونية كلية الحقوق، جامعة القاهرة، فرع الخرطوم، المجلد ٧، العدد١، لسنة٢٠٢٠، ص٣٠.
(١١٢) احمد حشيش، المرجع السابق، ص٣٨٩
(١١٣) نبيل اسماعيل، الدفع بعدم القبول ونظامه القانونى، مرجع سابق، ص١٩٥ .

(ISSN: 2356 - 9492)

عن التمسك بالدفع بعدم القبول طالما لم يتعلق هذا الدفع بالنظام العام. ويعنى فى نفس الوقت ان التنازل من قبلهم عن التمسك بالدفع المتعلق بالنظام ليس له اثر، وهو ما ينطلق من مبدا حرية الدفاع.

اي انه يجوز لمن ابدى الدفع بعدم القبول ان يتنازل عنه، على انه يشترط فى التنازل عن التمسك بعدم القبول الغير متعلق بالنظام العام ان يصدر عمن له صفه ومصلحة فى التمسك به [١١٤]. فاذا تعدد المستفيدون ممن لهم الحق فى التمسك بالدفع بعدم القبول جاز لكل منهم التمسك به فيما يخصه هو وحده ذلك لان التنازل لا يقيد الا من صدر عنه، وتستثنى الاحوال التى يتعلق فيها الدفع بالنظام العام، ففيها يجوز لكل خصم ان يتمسك به، وعلى المحكمة ان تحكم به من تلقاء نفسها [١١٥] .

اما الاتفاق على التنازل عن التمسك بسائر الدفوع المتعلقة بعدم القبول مقدما قبل الخصومة فانه لا يجوز، ولو لم يتصل الدفع بالنظام العام، وان كان يجوز هذا النزول بعد ثبوت الحق فيه [١١٦] . حتى لا يحرم الخصم من التمتع بالضمانات القانونية المقررة له بمقتضى القانون لما فيه من تعسف في الاتفاق، كما ان القاعدة هى عدم جواز النزول عن الحقوق التى لم تنشأ بعد، متى كانت غير معينة بذاتها ما لم ينص القانون علي جواز ذلك صراحة، كما هو الحال بالنسبة لجواز التحلل من قواعد الاختصاص المحلى، على اعتبار ان هذه القواعد قد وضعت للتيسير على المتقاضين[١١٧]. ويجرى التنازل عن التمسك بالدفع اما بسلوك ايجابي تطبيقا لنص المادة ١٤٤ مرافعات يجوز للخصم النزول عن اى اجراء او ورقه من اوراق المرافعات صراحة او ضمنا، ويعتبر الاجراء او الورقه كأن لم تكن .

واما بسلوك سلبي صادر من الخصم صاحب المصلحة فى التمسك بهذا الدفع، ويكون ذلك بامتناعه عن اثارة الدفع حتى يقفل باب المرافعه، ومن ثم لا يقبل اى دفع من الخصم غير متعلق بالنظام العام، ما لم تكن الاسباب جديه تمكن من اعادة فتح

(١١٤) نبيل اسماعيل، الدفع بعدم القبول ونظامه القانونى، مرجع سابق،ص١٩٦
(١١٥) احمد ابو الوفا : نظرية الدفوع، مرجع سابق، ص٧٧
(١١٦) ابو الوفا، نظرية الدفوع، مرجع سابق، ص٨٥٨ .
(١١٧) ابو الوفا، نظرية الدفوع، مرجع سابق، ص٤١، ٤٢ .

باب المرافعه . واساس ذلك هو ان الدفوع بعدم القبول الغير متعلقه بالنظام العام، هى فى حقيقتها حقوق اجرائية شخصيه، يستطيع الخصم ان يستعملها او لا يستعملها .

ويترتب على ذلك انه يجوز للخصم عدم استعمالها اما صراحة او ضمنا. مع ملاحظة ان الكلام فى الموضوع لا يتضمن اى تنازل عن الدفع بعد القبول، كما لا يعد كذلك ابداء الدفع الموضوعى قبل ابداء الدفع بعدم القبول [١١٨].

الفرع الاول

الطعن فى الحكم الصادر في الدفع بعدم القبول

قد تقوم المحكمة من تلقاء نفسها بإثارة الدفع بعدم قبول الدعوى، وقد يتمسك المدعى عليه بهذا الدفع، وعندئذ يتعين على المحكمة الفصل في الدفع بعدم القبول، ويأخذ الحكم احد قرارين الاول يتمثل في قبول الدفع والحكم بعدم قبول الطلب القضائي، وبالتالى امتناع المحكمة عن نظر الدعوى، او الثاني وهو عدم قبول الدفع اى برفضه مما يعنى صلاحية الدعوى لنظرها من قبل المحكمة، وبالتالى يتعين عليها نظر موضوع الادعاء الكامن فى الطلب القضائي[١١٩].

كيفية الفصل في الدفع بعدم القبول:

على الرغم من ان المشرع لم يوجب على القاضي الفصل في الدفع بعدم القبول على استقلال[١٢٠]، الا ان جمهور الفقه يذهب الى وجوب ذلك اي انه يتعين على القاضي الفصل في الدفع بعدم القبول على استقلال عن موضوع الدعوى.

ضم الدفع بعدم القبول الى الموضوع:

للقاضي ان يفصل في الدفع بعدم القبول وفى موضوع الدعوى دون ان يقرر ضمهما [١٢١]. وله ايضا ان يأمر بضمه الى الموضوع [١٢٢] .

(١١٨) نبيل اسماعيل، الدفع بعد القبول ونظامه القانونى، مرجع سابق، ص١٩٦، ١٩٩ .
(١١٩) نبيل اسماعيل، الدفع بعدم القبول ونظامه القانونى، مرجع سابق، ص٢٣٤ .
(١٢٠) فتحى والى، الوسيط فى قانون القضاء المدنى، مرجع سابق، ج١، ص٤٩٦ .
(١٢١) احمد مليجي : المرجع السابق ص ١١٠٢
(١٢٢) احمد ابو الوفا، نظرية الدفوع، مرجع سابق، ص٩٠٠

(ISSN: 2356 - 9492)

ويذهب فريق من الفقه الى ان المحكمة لا تأمر عادة بضم الدفع الى الموضوع، الا اذا كان الحكم فى الدفع يستوجب البحث فى الموضوع.

على انه يتعين على القاضي عند الامر بضم الدفع الى الموضوع ان ينبه الخصوم الى ذلك، لتمكينهم من ابداء مالديهم من اوجه دفاع ودفوع موضوعيه ،ويجب على المحكمة ان تبين حكمها فى الدفع والموضوع، وتسبيب كل منهما(١٢٣).

والحكم فى موضوع الدعوى، في رأي فريق من الفقه، يعد من جانب المحكمة قضاء ضمنيا برفض الدفع بعدم القبول. ومن امثلة القضاء الضمني بعدم قبول الدفع، ذلك الحكم الذي يقرره نص للمادة ١٠٨ مرافعات، من انه يتعين على المحكمة ان تبين ما قضت به من الدفع الشكلى وفي موضوع الدعوى كلا على حده. ومتى رأت المحكمة ان هذا الدفع على غير اساس لها ان تغفله طالما انه لا يحوى ما يؤدى الى تغيير وجه الرأى فى الدعوى(١٢٤)، وهذا الاغفال هو القضاء الضمنى بعدم قبول الدفع اى برفضه.

نصاب الاستئناف:

قد استقر جمهور الفقه على ان الحكم في الدفع بعدم القبول هو من قبيل الاحكام الفرعية وهى الاحكام التى تصدر فى الطلبات المتعلقه بسير الدعوى او باثباتها(١٢٥) ،ومن ثم فانه يراعى في تقدير نصاب الاستئناف قيمة الدعوى عند استئناف هذا الحكم في الدفع بعدم القبول(١٢٦).

الفرع الثانى

الطعن المباشر في الحكم في الدفع بعدم القبول

وفقا لنص المادة ٢١٢ مرافعات فانه " لايجوز الطعن في الاحكام التى تصدر اثناء سير الدعوى ولا تنتهى بها الخصومة الا بعد صدور الحكم المنهى للخصومة كلها(١٢٧).، وذلك فيما عدا الاحكام الوقتيه والمستعجله والصادرة بوقف الدعوى والاحكام

(١٢٣) وجدى راغب، مبادئ القضاء المدنى، مرجع سابق، ص٤٢٤
(١٢٤) فتحى والى، الوسيط فى قانون القضاء المدنى، مرجع سابق،ص ٤٩٦ .
(١٢٥) نبيل اسماعيل، الدفع بعدم القبول ونظامه القانونى، مرجع سابق، ص٢٣٤
(١٢٦) احمد ابو الوفا، نظرية الدفوع، مرجع سابق،ص ٦٠٠ .
(١٢٧) الطعن رقم ٧٩٨ لسنة ٧١ قضائية الصادر بجلسة ٢٠٠٣/١٠/٢٨ الموقع الرسمى لمحكمة النقض.

القابله للتنفيذ الجبرى [١٢٨]. والاحكام الصادرة بعدم الاختصاص والاحالة الى المحكمة المختصة، وفى الحالة الاخيره يجب على المحكمة المحال اليها الدعوى ان توقفها حتى يفصل فى الطعن "[١٢٩]

لذلك فان صدور حكم بقبول الدفع بعدم القبول يؤدى الى انهاء الخصومة كلها، سواء أكان الانهاء امام محكمة اول درجة او امام ثانى درجة، فيجوز الطعن فيه مباشرة بالاستئناف او بالنقض، وذلك بحسب ما اذا قدم الدفع امام محكمة اول درجة او امام محكمة ثانى درجة، وذلك اعمالا للمادة سالفة الذكر [١٣٠] .

اما اذا حكم برفض الدفع بعدم القبول او عدم قبوله، فمعناه ان ادعاء الخصم المتمسك بهذا الدفع انكار الحماية القضائية المطلوبة من خصمه غير قائم على اساس، وبالتالى تطرح المحكمة هذا الدفع جانبا وتستمر فى نظر النزاع لحسمه بحكم صادر فى الموضوع، مما يعنى عدم جواز الطعن فيه مباشرة، لانه حكم فرعى لا تنتهى به الخصومة، وبالتالى يجوز الطعن في هذا الحكم الفرعى مع الحكم المنهى للخصومة، بشرط ان يكون الحكم المنهى للخصومة مما يجوز الطعن فيه، ويسرى هذا الشرط ايضا على هذا الحكم الفرعى[١٣١] .

المطلب الثانى

استئناف الحكم في الدفع بعدم القبول

اذا تم استئناف الحكم الصادر فى الدفع بعدم القبول، فقد اختلف الفقه والقضاء حول امرين: الاول: الاثر الذي يترتب عليه طرح النزاع برمته على محكمة الدرجة الثانية، بحيث تستنفد محكمة اول درجة ولايتها بشأنه . والثاني: ما اذا كان يترتب عليه عدم جواز تحديد الدعوى ام ان اثر الدعوى يقتصر على الغاء اجراءات الخصومة التى صدر فيها. وبالنظر الى الاراء الفقهية واحكام محكمة النقض نجد ان الدفع بعدالقبول قد

(١٢٨) الطعن رقم ٦٨٧٤٧ لسنة ٩٠ قضائية الصادر بجلسة ٢٠٢١/٣/٢٥ الموقع الرسمى لمحكمة النقض.
(١٢٩) الطعن رقم ٦٨٥٩ لسنة ٩٠ قضائية الصادر بجلسة ٢٠٢١/٣/٢٠ الموقع الرسمى لمحكمة النقض.
(١٣٠) نبيل اسماعيل، الدفع بعدم القبول ونظامه القانونى، مرجع سابق،ص ٢٤١
(١٣١) نبيل اسماعيل، الدفع بعدم القبول ونظامه القانونى، مرجع سابق، ص٢٤١

(ISSN: 2356 - 9492)

عانى تاريخيا منذ نشأته من ازمة طمست معالمه وجعلته مسخا بين الدفع الموضوعى والدفع الشكلى وتمثلت تلك الازمة فى التفرقة بين ما يسمى بالدفع بعدم القبول الشكلى والدفع بعدم القبول الموضوعى [١٣٢]ويمكن حصر هذه الاراء في ثلاثة افرع كالاتى:

الفرع الاول

الدفع بعدم القبول دفع موضوعي

فقد اعتبرت اغلب احكام النقض ان الدفع بعدم القبول فى الواقع ليس الا دفعا موضوعيا، فالحكم فيه هو حكم فى الموضوع، وعبرت عن ذلك احيانا بقولها " ان المحكمة تستنفد ولايتها كالحال فى شأن الدفوع الموضوعية المتعلقه بأصل الحق "[١٣٣] وبالتالي فانه اذا قبلت المحكمة الدفع بعدم القبول فانها تستنفد ولايتها فى الفصل فى موضوع الدعوى، و من ثم يُطرح الاستئناف المرفوع عن هذا الحكم بما يحتويه من طلبات واوجه دفاع على المحكمة الاستئنافيه، فلا يجوز لها فى حالة الغاء الحكم ان تعيد الدعوى الى محكمة الدرجة الاولى لنظرها من جديد. [١٣٤] ولا يكون هذا تصديا بالمعنى المعروف فى نظر بعض الفقه . وانما نتيجة طبيعة لما للاستئناف من اثر ناقل النزاع بكامله الى محكمة الدرجة الثانية[١٣٥].

ولم يقتصر موقف هذه الاحكام على ذلك، بل نجد انها ايضا طبقت محكمة النقض نفس المبدأ على الدفع بعدم القبول الاجرائي، وهو الدفع بعدم قبول الدعوى لرفعها قبل اتخاذ اجراء معين استلزمه القانون [١٣٦]. وهذا يعنى ان محكمة اول درجة تستنفد ولايتها سواء أكان الدفع بعدم القبول متصل بالموضوع او متصل بالشكل.

(١٣٢) د/ طلعت محمد دويدار، الوسيط فى شرح قانون المرافعات المدنية، دار الجامعة الجديدة ٢٠١٦، ص٥٤٩.
(١٣٣) احمد مليجي، التعليق على قانون المرافعات، مرجع سابق،ص١١٠٣ .
(١٣٤) احمد مليجي، التعليق على قانون المرافعات، مرجع سابق، ص١١٠٢
(١٣٥) احمد مليجي، التعليق على قانون المرافعات، مرجع سابق،ص١١٠٣ .
(١٣٦) نقض مدنى ١٩٧٤\٥\٢ مجموعة النقض سنة ٢٥ ص٢٨٥ مشار اليه في احمد مليجي، التعليق على قانون المرافعات، ص١١٠٣

اي انه وفقا لهذا الاتجاه الذي اتخذته محكمة النقض فان الحكم فى الدفع بعدم قبول الدعوى ما هو الا حكم فى دفع موضوعى . فاذا ما قبلت محكمة اول درجة هذا الدفع فان اثر ذلك ان يخسر المدعى دعواه بحيث لا يستطيع العوده اليها.

واذا قبلته المحكمة فانها بقبوله تستنفد سلطتها كامله فى نظر موضوع الدعوى، والطعن في الحكم الصادر فيه ينقل النزاع الى محكمة الدرجة الثانية، وتلتزم بالنظر فى كل مايتعلق بموضوع الدعوى لتفصل فيه دون ان تعيده لمحكمة اول درجة فيما لو الغت الحكم بقبول الدفع.

بيد ان هناك من وجه النقد لهذا الاتجاه من محكمة النقض تأسيسا على ان الدفع بعدم قبول الدعوى له سمة اساسية تميزه عن الدفع الموضوعى، حيث يرمى الى تجنيب المحكمة بحث موضوع الدعوى، فلو حكمت محكمة اول درجة بعدم قبول الدعوى، فانها تقرر بانها لم تنظر موضوع الدعوى [١٣٧].

كما انه في حال الغت محكمة الدرجة الثانية الحكم ومن ثم نظرت الموضوع تأسيسا على اتجاه محكمة النقض، فان ذلك من شأنه ان يفوت الفرصة على الخصوم في احقيتهم في التقاضي على درجتين اي ان الاخذ بهذا الاتجاه من شأنه القضاء على مبدأ التقاضي على درجتين، ومن ثم يكون اتجاه محكمة النقض يتعارض مع احد اهم المبادئ القضائية المستقرة [١٣٨].

الفرع الثانى

التمييز بين الدفع بعدم القبول المتعلق بالموضوع و الدفع بعدم القبول المتعلق بالشكل

يذهب بعض الفقة الى التمييز بين الدفع بعدم القبول المتعلق بالموضوع والدفع بعدم القبول المتعلق بالشكل. فالحكم فى الدفع بعدم القبول المرتبط بالموضوع يستنفد ولاية المحكمة، وباستنئاف الحكم ينتقل النزاع بكامله الى محكمة الدرجة الثانية، ولا يجوز تجديد النزاع بذات عناصره مره اخرى امام القضاء . اما الحكم فى الدفع بعدم القبول

(١٣٧) محمد العشماوى، قواعد المرافعات فى التشريع المصرى والمقارن، مرجع سابق ج٢، ص٣٠٧.
(١٣٨) فتحى والى، الوسيط فى قانون القضاء المدنى، مرجع سابق، ج١، ص٤٩٧ .

(ISSN: 2356 - 9492)

المتعلق بالشكل، فانه باستئناف الحكم ينتقل الدفع وحده دون الموضوع للنظر امام امام محكمة الدرجة الثانية . فاذا حكمت بالغاء الحكم وجب عليها اعادة القضيه الى محكمة اول درجة لعدم استنفاد ولايتها فى هذا الصدد ويجوز تجديد النزاع بعد استيفاء المقتضي الشكلى المعيب [١٣٩].

هذا التمييز بين الدفوع المتعلقة بالموضوع وتلك المتعلق بالشكل، تؤدي الى ذات النتيجة من ناحية مخالفة مبدأ التقاضي على درجتين، وهو ما ذهب باغلبية الفقه الى التسليم بالطبيعة المستقلة للدفع بعد القبول، وهو ما نتاوله في الاتي:

الفرع الثالث

الدفع بعدم القبول ذو طبيعة مستقلة ولا يستنفد ولاية المحكمة

وفقا للرأي الراجح في الفقه فان الحكم فى الدفع بعدم القبول، هو حكم قطعى وحاسم تستنفد به المحكمة سلطتها فى المسأله المفصول من حيث محله المعين، ومن حيث سببه، ولا يستنفد كل سلطه المحكمة فى الحكم بعد القبول[١٤٠]. ويؤكد هذا الرأي على ان الحكم الصادر بالدفع بعدم القبول لا يمس موضوع الدعوى لا من قرب ولا من بعد فهة يرمى الى منع المحكمة من مناقشة موضوع القضية والحكم برفض الدعوى دون البحث فى الموضوع[١٤١]. ومن ثم فهو لا يستنفد ولايتها بالحكم بعدم القبول[١٤٢]. ولئن كان هناك من الحالات التي لا يجوز فيها تحديد النزاع بعد صدور الحكم بعدم القبول، فإنما مرجعه الى امور اخرى غير استنفاد محكمة اول درجة لولايتها بالنسبة للموضوع، ولا يمنع من تجديده بعد استيفاء المقتضي الذى كان ينقصه والذى ادى الى عدم قبوله[١٤٣].

(١٣٩) سعد ابراهيم نجيب، القانون القضائي الخاص، منشأة المعارف ١٩٧٤، ص٦٥٦
(١٤٠) احمد حشيش، الدفع بعدم قبول الدعوى فى قانون المرافعات المدنية والتجارية، مرجع سابق، ص٤١٨،٤١٦
(١٤١) د/ احمد هندى المرافعات المدنية والتجارية دار الجامعة الجديدة٢٠٢١ ص ٢٧٦.
(١٤٢) ابو الوفا، نظرية الدفوع، مرجع سابق، ص٨٩٨
(١٤٣) نبيل اسماعيل، الدفع بعدم القبول ونظامه القانونى، مرجع سابق، ص٢٤٩، ٢٥١

وبناء على هذا الرأي، وتطبيقا له، نجد تأييد محكمة النقض لهذا الرأى[١٤٤] فاذا تم استئناف الحكم الصادر في الدفع فلا يجوز لمحكمة الدرجة الثانية ان تنظر سوى الامر المطروح عليها فقط دون غيره مما سبق طرحها امام محكمة الدرجة الاولى، اذ ان محكمة الدرجة الثانية يتعين عليها النظر فيما طعن به على الحكم المستأنف فقط، والحكم لم يصدر الا فى شأن الدفع، ولا يتصور ان يشمل المطعون فيه بالاستئناف غير ما قضي به [١٤٥]. وتكون مطالبة محكمة الدرجة الثانية بالنظر فى موضوع الدعوى من قبيل ابداء طلبات جديدة فيه وهو ما يؤدي الى تفويت لدرجة من درجات التقاضي على الخصوم [١٤٦]، ولذا ينبغى ان تعاد القضيه ولمحكمة اول درجة للفصل فيها اذ ما الغى الحكم الصادر بعدم قبول الدعوى [١٤٧] .ونستخلص من ذلك ان هذا الدفع ليس مختلطا بين الدفوع الموضوعية والدفوع الشكلية انما هو من الطوائف المستقلة من الدفوع الموجودة فى قانون المرافعات وهو يتوجه الى الحماية القضائية المطلوبة بهدف انكار حق طالبها فيها وهو يعنى التمسك بعدم قابلية الادعاء لان يكون محلا للعمل القضائى وهو بذلك يثير مسألة اجرائية تتعلق بالموضوع فعندما يثيره الخصم فهو لا يتعرض لحق خصمه الموضوعى والقاضى حينما يفصل فيه لا يفصل فى موضوع النزاع وان كان يتحسس هذا الموضوع تماما مثل قاضى الامور المستعجلة حين يتحسس الموضوع لتحديد اختصاصه [١٤٨].

(١٤٤) الطعن رقم ٣٩٣٦ لسنة ٨٢ قضائية الصادر بجلسة ٢٠٢١/١/١٨ الموقع الرسمى لمحكمة النقض.
(١٤٥) احمد ابو الوفا، نظرية الدفوع، مرجع سابق، ص٨٩٨
(١٤٦) احمد ابو الوفا، نظرية الدفوع، مرجع سابق، ص٨٩٨، ٨٩٩
(١٤٧) وجدى راغب، مبادئ القضاء المدنى، مرجع سابق، ص٤٢٧ .
(١٤٨) د/ احمد هندى المرافعات المدنية والتجارية دار الجامعة الجديدة٢٠٢١ ص ٢٧٦.

(ISSN: 2356 - 9492)

النتائج والتوصيات

وقد تم التوصل الى بعض النتائج من خلال هذه الدراسة المتواضعة، والتي يمكن ايرادها على النحو التالي:

اولا– الدفع بعدم القبول يوجه الى طلب حماية القضائية بهدف انكار حق طالبها.

ثانيا– الدفع بعدم القبول من طائف مستقلة عن الدفوع الشكلية والدفوع الموضوعية.

ثالثا– الدفع بعدم القبول كما يوجه الى الدعوى، فانه يوجه الى الطلب او الدفع او الطلبات العارضة او الادخال او التدخل او الطعن في الحكم اذا ما تخلف شرط المصلحة بمعناه الواسع

رابعا– ان تخلف احد اجراءات الخصومة يترتب عليه البطلان وليس عدم القبول.

خامسا– يعد الدفع بعدم القبول احد الجزاءات الاجرائية.

سادسا– اذا تعلق الدفع بعدم القبول بمخالفة للنظام العام فعلى القاضي ان يثير هذا الدفع من تلقاء نفسه وفي اي مرحلة من مراحل الدعوى وخاصة اذا تعلقت المخالفة بنص صريح.

سابعا– الحكم في الدفع بعدم القبول من الاحكام الفرعية الصادرة قبل الفصل في موضوع الدعوى.

ثامنا– يجوز تجديد النزاع بعد الحكم بعدم قبول الدعوى بعد استيفاء شروط قبول الدعوى.

تاسعا– اذا الغت محكمة الدرجة الثانية الحكم بعدم قبول الدعوى المستأنف فيه، فيجب عليها اعادة الدعوى الى محكمة الدرجة لعدم استنفاد ولايتها وحتى لا يفوت على الخصم درجة من درجات التقاضي.

عاشرا – لقد عاني الباحث في سبيل اعداد هذا البحث معاناه شديدة، ليس لقلة من تناولوا الدفع بعدم القبول من الفقهاء، ولكن لتعقيدات الموضوع، فمعظم الفقه الذي عالج هذا الموضوع، انما جاءت كتاباته في بعضها عميقة وغامضة وبعضها متوسع جدا، لذلك يوصى الباحث باعداد المزيد من البحوث تتناول موضوع الدفع بعدم قبول الدعوى.

وختاما لا يخاجلنى شك فى أن هذا البحث المتواضع قد إعتراه بعض الأخطاء،

وعذرى فى ذلك إنني بشر، يصيب ويخطأ، فالكمال لله وحده سبحانه، والخطأ والقصور هما من سمات الإنسان مهما أبدع وأتقن وجد وإجتهد، وغاية ما ينشده كل باحث في عمله، هو تجويد هذا العمل، ومحاولة إتقانه فحسب، فإن كنت قد قاربت ما أنشده أو شارفت عليه فهذا فضل من الله ونعمه وحسبي ان أردد فى ذلك قوله تعالى " وما توفيقي الا بالله "، والشكر فيه لكل من علمنى حرفا، وإن كانت الأخرى فحسبى أن أردد فى ذلك قوله تعالى "وقل رب زدنى علما

تم بحمد الله وتوفيقه..،