التعسف في استعمال الحق الإجرائي

دراسة في قانون المرافعات والتنفيذ اليمني رقم ٤٠ لسنة ٢٠٠٢م

دكتـــور

نجيـــب أحمـد عبـد الله

أستاذ قانون المرافعات المشارك - رئيس قسم قانون المرافعات

بكلية الشريعة والقانون - جامعة صنعاء

مقدمة وأهمية البحث وتقسيمه:

المقدمة: لا يجوز للشخص أن يقتضي حقه بنفسه[1]، لذلك كفلت الدساتير والقوانين الحديثة اقتضاء الحقوق، وعلى ذلك شكلت الدول سلطة خاصة للفصل في المنازعات (السلطة القضائية) ونظمت القوانين الإجرائية طريقاً (Voie de droit) للالتجاء إلى المحاكم وتعتبر الدعوى القضائية (Action en justice) من أهم خصائص القانون الإجرائي (قانون المرافعات)، أو ما يسمى بقانون القضاء، فهي تحتل مكاناً هاماً في هذا القانون[2]، لان هدف هذا القانون تقرير ما إذا كان المتقاضي محقاً أو غير محق.

ولم تستقر فكرة الدعوى كفكرة قانونية في الفقه حتى الآن[3]، لذلك يجمع الفقه الإجرائي على أن دراسة نظرية الدعوى من أكثر موضوعات هذا الفقه دقة وصعوبة[4]، ويرجع ذلك إلى اختلاطها بكثير من المفاهيم القانونية القريبة منها كحق التقاضي، والمطالبة القضائية والخصومة[5]، ويضاف إلى ذلك أن كثيراً ممن تناولوا فكرة الدعوى من فقهاء القانون العام الذين دمجوا فكرة الدعوى بحق التقاضي فأصبحت ظاهرة دستورية من ظواهر القانون العام[6]، وقد ساعد على هذا الخلاف ندرة النصوص القانونية التي تنظم الدعوى في القوانين الإجرائيـــة .

وهذا الاضطراب واضح في نصوص القانون اليمني السابق رقم (٢٨) لسنة ٩٢م من خلال تعريفه للدعوى في المادة (٥٠) كما سيأتي ويتضح هذا الاضطراب من بعض نصوصه ومنها المواد (٥٠ إلى ٥٧) لأنه استخدم لفظ الدعوى في أكثر من مكان استخداماً غير صحيح، وكما يتضح ذلك من نص م(١٦٠) والتي تنص على أنه (إذا توقف السير في الدعوى ... الخ) والمقصود به الخصومـــة.[7]

---

(١) راجـــع قاعدة لا يجوز لأحد أن يقضي لنفسه- د/ سمير تناغو- النظرية العامة للقانون- الإسكندرية- ص٦٢ رقم ٢٢.

(٢) أستاذنا الدكتور/ عزمي عبد الفتاح- نحو فكرة عامة للدعوى القضائية- دار النهضة العربية- مصر ١٩٩٠-ص٥.

(٣) راجـــع د/ وجدي راغب - العمل القضائي - رسالة مطبوعة - ص٤٥٠، د/ فتحي والي - الوسيط- دار النهضة العربية -مصر ١٩٩٣ - ص٤٥، د/ رمزي سيف - الوسيط - الطبعة السابعة ١٩٦٧ - ص٣٨٥.

(٤) راجـــع أســـتاذنا الدكـــتور/ عزمي عبد الفتاح - المكان السابق، د/ أحمد أبو الوفاء - الدفوع - منشأة المعارف- الإســـكندرية- ١٩٨٩ - ٨٣٨ رقم ٤٥٩، د/ سعيد الشرعبي - حق الدفاع - رسالة حقوق عين شمس ١٩٨٧م - ص٧٤، رقم ٤٣، د/ إبراهيم نجيب سعد - القضاء الخاص ج١ - الإسكندرية - ص١٢٨.

(٥) د/ فتحي والي - الوسيط - المكان السابق .

(٦) راجع د/ نبيل عمر - الطعن بالاستئناف - منشأة المعارف - الإسكندرية- ١٩٨٠- ص٢٠٣-رقم ١٤٨ .

(٧) راجع المواد (١٥٩، ١٥٣، ١٥٢، ٢٨٣ ، ٢١١، ٢١٣).

وقد حاول الفقه الإجرائي تحديد نظرية الدعوى تحديداً قانونياً من زاوية القانون الإجرائي لا من زاوية القانون العام أو الخاص، وقد استفاد واضعو مشروع قانون المرافعات من ذلك، ومن بعض النصوص التي وردت في التشريعات الحديثة كالتشريع الفرنسي والألماني والإيطالي .

وقد قنن المشرع اليمني وحدد في قانون المرافعات الجديد رقم (٤٠) الصادر في أكتوبر ٢٠٠٢م الدعوى وماهيتها وشروطها، وميز بينها وبين غيرها من المصطلحات الأخرى مستعملاً كل مصطلح بمدلوله العلمي الصحيح، الذي أرسى قواعده الفقه الإجرائي.

وإذا كانت الحقوق الإجرائية الأخرى تتولد أو تنشأ من استعمال حق الدعوى[١] لذلك سنحاول الكلام عن فكرة التعسف في استعمال هذا الحق طبقا لقانون المرافعات والتنفيذ المدني الجديد المادة (١٧) والتي تنص على انه (حق الادعاء والدفاع مكفولان أمام القضاء وفقا لأحكام القانون) وكان النص في المشروع ولا يجوز التعسف في استعمالها ، وهذه المادة تقرر فكرة (التعسف باستعمال الحق الإجرائي) في قانون المرافعات – القانون الإجرائي أو قانون القضاء – بعدما كانت مقننة في النظرية العامة للقانون (القانون المدني) ، وأضحت بذلك فكرة عامة تخص قانون المرافعات – القانون الإجرائي أو قانون القضاء .

وبذلك يكون قانون المرافعات اليمني الجديد قد تبنى (فكرة التعسف في استعمال الحق الإجرائي) لأول مرة كفكرة عامة، وقد وردت المادة السابقة تحت عنوان المبادئ الحاكمة في التقاضي، أي أنها تسرى على جميع الحقوق المستعملة أمام القضاء، وهذا المبدأ يقصد به عدم جواز التعسف في استعمال الحقوق الإجرائية (حق الإدعاء، وحق الدفاع)، والتي تتولد عند استعمال حق الدعوى، وهو مبدأ إجرائي عام فالحق في الإدعاء والحق في الدفاع شرعا لتحقيق غاية محددة هي الدفاع عن الحقوق، فإذا انحرف المتقاضون في استعمالها وصولاً بالإضرار بالآخرين، كأن يرفع أحد الخصمين دعواه بقصد التشهير بخصمه كان متعسفاً في ممارسة حقه، وهناك صور كثيرة للتعسف في استعمال هذا الحق، ولهذا كان النص على هذا المبدأ أمراً ضرورياً في إطار المبادئ الحاكمة في القانون المذكور.[٢]

أهمية البحث وتقسيمه:

تتضح أهمية هذا البحث في الإجابة على التساؤلات الآتية: ما هو الحق بشكل عام؟ وما هو الحق الإجرائي بشكل خاص، وما معيار التعسف في نطاق الحقوق الإجرائية؟ وما طبيعة الجزاء المترتب

---

(١) أستاذنا الدكتور/ عزمي عبد الفتاح – نحو فكرة عامة – ص٩ مرجع سابق

(٢) المذكرة التفسيرية لمشروع القانون – مطبوعات مجلس النواب ٢٠٠٠م – ص٢٠ وما بعدها

على استعمال الحق الإجرائي استعمالاً منحرفاً؟ لذلك نقسم هذا البحث إلى سبعة مباحث وخاتمة على النحو التالي:

المبحث الأول: تعريف الحق في النظرية العامة والدعوى القضائية والحق الإجرائي.

المبحث الثاني: أركان الحق الإجرائي .

المبحث الثالث: نطاق الحق الإجرائي .

المبحث الرابع: شروط الحق الإجرائي.

المبحث الخامس: معيار التعسف في استعمال الحق الإجرائي.

المبحث السادس: جزاء التعسف في استعمال الحق الإجرائي.

المبحث السابع: التنازل عن الحق الإجرائي .

الخاتمة .

المبحث الأول

تعريف الحق في النظرية العامة والدعوى القضائية والحق الإجرائي

نتكلم في هذا المبحث عن تعريف الحق في النظرية العامة ثم عن تعريف الدعوى والحق الإجرائي، وعلى ذلك نقسم هذا المبحث إلى المطالب الآتية :

المطلب الأول: تعريف الحق في النظرية العامة .

المطلب الثاني: تعريف الدعوى القضائية والحق الإجرائي .

المطلب الأول

تعريف الحق في النظرية العامة

إذا كان التعسف لا يرد إلا على حق استعمله صاحبه، فانحرف في هذا الاستعمال لذلك سنحاول تعريف الحق في الفقه الإسلامي وفي القانون.

أ – تعريف الحق في الفقه الإسلامي:

يعني الحق في اللغة: الثبوت، والوجوب، كما تعني العدالة، كما ورد (الحق) اسم من أسمائه تعالى، والحق الواجب الذي ينبغي أن يطلب[1]، ولا يخرج تعريف الحق عن هذا المعنى عند الفقهاء المسلمين فهم يستخدمون لفظ ما يثبت للإنسان بمقتضى الشرع من أجل صالحه، ويرد على كل عين أو منفعة يكون للإنسان الحق في المطالبة بها.[2]

وقد عرفه البعض (بأنه قدرة أثبتها الشرع للشخص وللمجتمع، أو لجهة حكمية على الاستئثار بمصلحة شرعية)[3] .

ب – تعريف الحق لدى الفقه القانوني:

اختلف الفقه القانوني في تعريف محدد للحق فمنهم من نظر إلى شخص الحق، وهذا هو المذهب الشخصي، ومنهم من نظر إلى محله، وموضوعه، وهذا هو المذهب الموضوعي، وهناك تعريف حديث للحق، عرف باسم النظرية العامة للحق.

---

(١) راجع لسان العرب ابن منظور- باب الحاء، راجع تفصيلاً معجم ألفاظ القرآن الكريم ص ٢٧٦، وما بعدها، راجع- كتاب التعريفات – علي الشريف الجرجاني- لبنان ١٩٧٨م- ص٩٤ .

(٢) حاشية رد المحتار للحلبي – ج٤- ص٦٧، على الخفيف- أحكام المعاملات الشرعية – ص٢٨، راجع تفصيلاً د/سعيد الشرعبي-حق الدفاع- رسالة حقوق عين شمس ١٩٩٧م – ص٤٩ وما بعدها، وما أشار إليها من مراجع.

(٣) المكان السابق .

١- المذهب الشخصي للحق: عرف أصحاب هذا المذهب الحق بأنه ذلك (القدرة أو السلطة الإرادية التي يخولها القانون لشخص من الأشخاص في نطاق معلوم) وهذا التعريف يعتمد على المذهب الفردي، وما يتفرع عنه من مبدأ سلطان الإرادة الذي يقضي بأن إرادة الشخص هي التي تملك خلق الحقوق وإنشاءها، كما تملك تغييرها وإنهاءها[١]. وقد أنتقد هذا التعريف بالقول بأن الحق قدره إرادية يتنافى مع ما هو مستقر في كل الشرائع من أن لعديمي الإرادة حقوقاً، كما لحائزيها سواء بسواء، كذلك فقد يكتسب الحقوق شخص دون علمه كالغائب مثلاً، كما يتنافى هذا الاتجاه في تعريف الحق مع وجود أشخاص معنوية، أو اعتبارية تثبت لها حقوق كالأشخاص الطبيعية، وخلاصة ذلك أن هذا التعريف يخلط بين وجود الحق وبين مباشرته فيضع شرطاً لهذا الوجود ما قد تتطلبه المباشرة.[٢]

٢- المذهب الموضوعي: ينسب هذا التعريف للفقيه الألماني (اهرنج) الذي هاجم الاتجاه الشخصي للحق، وحاول إيجاد تعريف آخر موضوعياً، فنظر إلى الحق من خلال موضوعه، والغرض منه وقال أنه (مصلحة يحميها القانون) وذهب إلى ذلك القانون المدني اليمني رقم (١٤) لسنة ٢٠٠٢م بمادته رقم (١٢١) والتي تنص على أن الحق هو مصلحة ثابتة للفرد أو المجتمع أو لهما معاً، وأن كان هذا التعريف قد لاقى قبولاً في الوسط القانوني إلا أنه لم يسلم من النقد، فهذا التعريف غير جامع وغير مانع، فالمنفعة أو المصلحة جوهر الحق، لا يشترط أن تكون مصلحة مادية، فقد تكون مصلحة معنوية، كما أن هذا التعريف يضيف إليها عنصراً آخر هو عنصر الحماية القانونية التي يسبغ على المصلحة[٣]، كما أن المصلحة لا ترتفع إلى مرتبة الحق، كما انتقد هذا التعريف على أنه تعريف غائي لأن المصلحة هي الغاية والهدف من الحق، والمقصود من تعريف الحق هو تعريف الحق نفسه لا التعريف بغايته، أو أهدافه لذلك لم يصمد هذا التعريف كثيراً لأنه يعرف الحق بأشياء خارجة عن كيانه الذاتي، كالمصلحة وهي الغرض منه، وهي وسيلة حمايته.[٤]

٣ - النظرية الحديثة للحق: أمام فشل الاتجاهات السابقة بتعريف الحق ظهر اتجاه حديث يعرف الحق بأنه (الرابطة القانونية التي بمقتضاها يخول القانون شخصاً من الأشخاص - على سبيل الانفراد والاستئثار - التسلط - على شيء أو اقتضاء أو أداء معين من شخص آخر)[٥]، وهذا التعريف يشتمل على ثلاثة عناصر وهي روابط اقتضاء، وهي تلك التي لا تكون إلا بين شخص وشخص لأنه تفترض إلزاماً بأداء معين والإلزام لا يتصور وقوعه إلا على عاتق الأشخاص وحدهم، وروابط تسلط وهي

---

(١) عرض ذلك د/ حسن كيره - أصول القانون - ١٩٥٧م ص٥٥٣ .

(٢) المكان السابق .

(٣) راجع تفصيلاً د/ حسن كيره - ص٥٥٦- مرجع سابق .

(٤) المكان السابق ص٥٥٨ .

(٥) راجع تفصيلاً المكان السابق - ص٥٦٧ رقم ٤٣٩

تلك التي لا تتصور إلا في شخص على شيء، لأن التسلط محله الأشياء لا الأشخاص، ورو ص الاستئثار بما تخوله الرابطة القانونية من تسلط أو اقتضاء، وهذا يعني أن يكون التسلط، أو الاقتضاء ثابتاً لشخص، أو أشخاص معينين على سبيل الانفراد، أو الاستئثار أو الاختصاص.[1]

نخلص من ذلك إلى أن تعريف الحق بالفقه الإسلامي بأنه قدرة أثبتها الشرع للشخص وللمجتمع أو لجهة حكمية على الاستئثار بمصلحة شرعية وقانونية هو الأقرب إلى الصواب، وهو ما يتفق مع تعريف النظرية العامة للحق في الفقه القانوني.

المطلب الثاني

تعريف الدعوى القضائية والحق الإجرائي

نحاول تعريف الدعوى القضائية والحق الإجرائي من خلال التعريف السابق للحق، ومن خلال ما ذهب إليه الفقه الإجرائي الحديث الذي يسعى لوضع مفاهيم ونظريات جديدة للقانون الإجرائي بعيدا عن فقه النظرية العامة أو القانون الموضوعي.

مع ملاحظة خضوع مجموع الحقوق الإجرائية للمتقاضي في تنظيمها لقانون المرافعات ولا تخضع للقانون (الموضوعي) القانون العام أو الخاص[2]، ويكون مجموع الحقوق الإجرائية للمتقاضي (شخص الدعوى) إنما هي مظهر استعماله لحق الدعوى القضائية.

وبالتالي يتمثل الحق الإجرائي في أن قانون القضاء (المرافعات) هو الذي ينظمه، ويتولد عن استعمال حق الدعوى القضائية، ولا يستعمل إلا أمام القضاء[3] لذلك نحاول تعريف الدعوى القضائية ثم نعرف الحق الإجرائي .

أولاً: تعريف الدعوى القضائية:

---

(١) راجع تفصيلاً المكان السابق - ص٥٦٠، راجع د/ جميل الشرقاوي - مصادر الالتزام - ١٩٧٠- دار النهضة العربية - ص٣ وما بعدها.

(٢) أستاذنا الدكتور/ نبيل عمر - سقوط الحق في اتخاذ الإجراء - منشأة المعارف - الإسكندرية - ١٩٨٩م ص٢٢ أستاذنا الدكتور/ عزمي عبد الفتاح عطيه - نحو فكرة العامة للدعوى القضائية - ص٦، د/ فتحي والي - الوسيط - ص٦٨٥، د/ سعيد الشرعبي- الرسالة السابقة - ص٤٣٠، د/ أحمد حشيش - الدفع بعدم القبول - رسالة حقوق الإسكندرية - ١٩٨٦ ص٤٣

(٣) المكان السابق .

سبق القول أن هناك خلافاً كبيراً في الفقه والقوانين المعاصرة على تعريف الدعوى، وقد زاد من هذا الخلاف المصطلحات المستخدمة للدعوى، فأحيانا تعني المطالبة القضائية، فيقال رفع شخص الدعوى، أي قدم طلباً إلى القضاء، وأحياناً أخرى يقصد بلفظ الدعوى الإدعاء فيقال البينة على من ادعى، وأحيانا تستعمل الدعوى بمعنى الحق في حكم مضمون معين لصالح المدعي[1]. وأن كان الأمر كذلك كان كل فقيه يقدم تعريفاً للدعوى هو في ذاته تعريفاً صحيحاً بالنسبة لما يقصده، ولكنه لا ينطبق على كل الاستعمالات التي يستعمل فيها لفظ الدعوى، ولا ينبغي بالضرورة صحة التعريف الآخر الذي يستنكره.[2]

وقد عرف قانون المرافعات اليمني الدعوى بالمادة (٧٠) والتي تنص على أنه (الدعوى هي الوسيلة الشرعية أو القانونية لكل ذي إدعاء أو دفاع يرفعه إلى القاضي للفصل فيه وفقاً للقواعد الشرعية والقانونية)، وهذا التعريف – كما جاء في المذكرة التفسيرية – نقل عن الفقهاء المسلمين (الفقه الحنفي)، وأن تعريف الفقه الحنفي للدعوى يتفق مع الفقهاء القانونيين المحدثون في تعريف الدعوى[3]، ويتلخص تعريف الدعوى وفقاً للفقه الإسلامي (الفقه الحنفي) أن الدعوى (قول يطلب به الإنسان إثبات حق على الغير)[4]، وبهذا التعريف يكون القانون قد انصرف عن التعريف السابق للقانون الملغى والذي كان يعرف الدعوى على أنها (الوسيلة القانونية للشخص في سبيل الالتجاء إلى القضاء)[5] وتعريف الدعوى في القانون الجديد يعطيها نعت الحق وعلى ذلك يكون لصاحب هذا الحق رفع الدعوى إلى القضاء إذا توافرت شروط هذا الحق، وهو كذلك – حق شخصي إجرائي – يمكن

---

(١) راجع د/ فتحي والي – الوسيط – ص٤٥– مرجع سابق .

(٢) راجـع هذه الآراء لدى أستاذنا الدكتور/ عزمي عبد الفتاح – نحو – ص٥٠، مرجع سابق، أستاذنا الدكتور/ نبيل عمر – الطعن بالاستئناف – ص٢٠٣، مرجع سابق .

(٣) راجـع المذكرة التفسيرية لقانون المرافعات الجديد – مطبوعات مجلس النواب ص٤١ ، راجع تعريف الدعوى في الفقه الإسلامي تفصيلاً د/ سعيد الشرعبي – الرسالة – ص٢٨٦ وما بعدها وما أشار إليه من مراجع ، راجع م(٥٠) مـن قـانون المرافعات السابق والتي تنص على أن الدعوى (...الوسيلة التي يخولها القانون للشخص في سبيل الالـتجاء إلى القضاء للحصول على حق أو ضمانة أو إثباته)، وراجع نقد التعريف في المذكرة التفسيرية لمشروع القانون – ص٤١ .

(٤) علي الشريف الجرجاني – التعريفات – ص١٠٩– مرجع سابق، سعيد الشرعبي– ص٢٩٠ وما بعدها– الرسالة.

(٥) راجـع المادة (٥٠) من القانون رقم (٢٨) لسنة ١٩٩٢م، وراجع د/ عبد المنعم الشرقاوي، والدكتور/ عبد الباسط جميعـي– قانون المرافعات، دار الفكرة القاهرة– ١٩٧٦م– ص٢٠، د/ أحمد هندي– المرافعات– الإسكندرية – ١٩٩٥م–ص٤٣٣، أستاذتنا الدكتورة/ أمينة النمر– الدعوى– الإسكندرية–١٩٩٠م– ص١١، راجع المادة (٢) من قانون المرافعات العراقي رقم (٨٣) لسنة ١٩٦٩م.

التنازل عنه[1]، وبذلك يكون المشرع اليمني قد استفاد من الفقه الإسلامي والفقه الإجرائي المعاصر في تعريف الدعوى القضائية الذي يعرّف الدعوى بأنها (حق إجرائي وأساسي في القانون الإجرائي، يخول صاحبه القيام بأعمال إجرائية لتحقيق مصلحة يعترف بها القانون الإجرائي ويتمثل في إصدار تقرير قضائي).[2]

وقد اختلف الفقه المذكور عن تصور الطرف السلبي لحق الدعوى، وأن كان الفقه السائد يرى أن الطرف السلبي هو القاضي[3]، وأساس هذا القول أن القاضي الذي يمتنع عن إصدار حكم في قضية صالحة للحكم فيها يكون مرتكباً لجريمة إنكار عدالة[4]، ويرى البعض أن الطرف السلبي هو المدعى عليه.[5]

ونحن نميل إلى ترجيح الاتجاه الأول أي أن الطرف السلبي هو القاضي الذي يلتزم بأن يقول كلمته في حق تأسيس الإدعاء وهذا هو الرأي الذي نادى به (H. Motulsky) في الفقه الفرنسي واعتمده قانون المرافعات الفرنسي، وقانون أصول المحاكمات اللبناني، والقانون اليمني. فالقاضي عليه واجب إزاء الدولة والأفراد وهي علاقة ينظمها قانون القضاء (قانون المرافعات).[6] ذلك أنه لا يجوز للقاضي أن يتعرض لدعوى من تلقاء نفسه طبقاً للقاعدة الإجرائية المعروفة (لا يجوز للقاضي أن يتعرض

---

(١) د/ ربيع أنور - مؤتمر التحكيم العربي - ١٩٨٧- مناقشات حول طبيعة الدفع بالتحكيم - ص١٣٣، إعداد أحمد جامع - القاهرة - ١٩٨٨ .

(٢) راجع د/ محمد إبراهيم زيد - قانون الإجراءات الجنائية اليمني - ١٩٨٦ ص٦٨، راجع د/ حسن كيره - ص ١١٤٤، رقم (٤١٣) مرجع سابق، أستاذنا الدكتور/ عزمي عبد الفتاح - ص١١٧ مرجع سابق، د/ فتحي والي - الوسيط ص ٥٤ رقم (٢٧) مرجع سابق، أستاذنا الدكتور/ نبيل عمر - الطعن بالاستئناف - ص٢٠٣، د/ سعيد الشرعبي- ص٢٨١ الرسالة السابقة، وهذا التعريف ينسب إلى (Motulsky) في الفقه الفرنسي، راجع أحمد هندي- المرافعات-ص٤٣٧،د/ أحمد خليل-قانون المرافعات الإسكندرية-١٩٩٥م- ص ٣٢٥، احمد حشيش، ص٢٦١ وما بعدها- الرسالة.

(٣) أستاذنا الدكتور/ عزمي عبد الفتاح - ص١١٥ مرجع سابق، د/ سعيد الشرعبي - الرسالة السابقة - ص٢٩٠. راجع د. فتحي والي - الوسيط - ص ٥١ رقم ٢٥ . فالمذهب الشخصي ينظر إلى الحق نظرة شخصية، ولذا يعرفه بأنه (رابطة قانونية) والمذهب المادي ينظر إليه نظرة ذات قيمة مالية، ولذا يقال أنه (سلطة مباشرة على شيء) ومن حاول التوفيق بين المذهبين بالقول (علاقة قانونية)، راجع في تفصيل ذلك، د/ جميل الشرقاوي- مصادر الالتزام - ص٨ وما بعدها - مرجع سابق .

(٤) المكان السابق، راجع المذكرة التفسيرية لمشروع القانون ص٤١ .

(٥) د/ فتحي والي - الوسيط- ص٥٧ رقم (٥٨)، د. حسن كيره - ص١١٤٤ رقم (٤١٣) هامش رقم (٤)، قارن أحمد حشيش-ص٢٦٣- المكان السابق.

(٦) راجع د/ فتحي والي - الوسيط - المكان السابق .

لقضية من تلقاء نفسه) لأن صاحب الحق في الدعوى هو الذي يحرك ولاية القضاء وتحديدها في محلها الإدعاء.[1]

وإذا كانت الدعوى القضائية حقاً إجرائياً، فإن هذا الحق ليس حقاً مالياً، وعلى ذلك فهذا الحق لا يخضع للقواعد العامة للحق المالي الواردة في القانون الموضوعي (مدني - تجاري... الخ) وإنما يخضع لقواعد إجرائية خاصة واردة في القانون الإجرائي قانون القضاء (المرافعات). لذلك يجب النظر إلى حق الدعوى القضائية أنه تطبيق خاص (أي له ذاتية واستقلال) للفكرة العامة للحق، ويجب النظر إليه من زاوية أنه حق إجرائي لا من زاوية القانون العام والخاص.[2]

لذلك تختلف الدعوى القضائية عن الدعوى المعروفة في القانون الموضوعي - مدني تجاري ... الخ، فدعوى المسئولية المنظمة في القانون المدني، ودعوى شهر الإفلاس المنظمة في القانون التجاري - لأنها منظمة في جميع الأحوال والشروط وإذا توافرت حصل صاحب الدعوى على حكم في الدعوى لصالحه أي أنها وسيلة لتقرير الحقوق.[3]

وحق الدعوى يخول صاحبه القيام بأعمال إجرائية محددة لتحقيق مصلحة ممثلة في قرار القاضي. ويتولد من استعماله مجموعة من الحقوق على جانبي كل منهما في مواجهة الآخر (المدعي والمدعى عليه)، والقانون الإجرائي (المرافعات) يعطي صفة خاصة مراكزهم ونشاطهم في كل مرحلة، لهذا لم ينكر الفقه الإجرائي فكرة الحق الإجرائي التي تتمثل في السلطة التي يمنحها القانون لصاحب الحق .

ويتكون حق الدعوى القضائية من سلطات بل مجموعة من السلطات، والالتزامات وواجبات بنص القانون لضمان تحقيق الغاية المرجوة من الدعوى. ومن هنا ينكر الفقه الحديث فكرة الروابط القانونية ويستبدلها بفكرة المراكز القانونية[4]. ويكون هذا الحق ملك أصحابه فيما يتعلق بطرحه على القضاء، وأن الالتجاء إلى القضاء مكفول للكافة م(١٧). إلا أنه متى تم الالتجاء إلى القضاء بحرية، فعلى الخصوم أن يتقيدوا بما يفرضه حسن سير العدالة من سمو مع إغفال إرادتهم كلية.[5]

---

(١) المكان السابق - ص ٠ ٢

(٢) أحمد حشيش - رسالة من مساعدة الدكتور/ عزمي عبد الفتاح - ص١١٥ - مرجع سابق .

(٣) د/ أحمد مسلم - أصول قانون المرافعات - القاهرة - - ١٩٦٨ - ص٣١٠ .

(٤) أستاذتنا الدكتورة/ أمينة النمر - قوانين المرافعات - منشأة المعارف- الإسكندرية- ج١ ص٤١ رقم (٢٢)، د/ فتحي والي - الوسيط - ص ٥٨ رقم (٣١)- مرجع سابق، قارن أحمد حشيش-ص٢٦٣-الرسالة.

(٥) (كارنيلوتي) في الفقه الإيطالي أشار إليه د/ محمد إبراهيم زيد - ص٧٢- مرجع سابق. ويرى البعض أن فكرة (الروابط) القانونية تؤدي بالضرورة إلى إنكار ذلك الالتزام الذي يقع على عاتق القاضي بالفصل في مواجهة الأطراف في الدعوى مع العلم بأن هذا ذا طبيعة دستورية، راجع د/ محمد إبراهيم زيد- ص ٧١- مرجع سابق.

ثانيا: تعريف الحق الإجرائي:

عرف القانون اليمني الحق الإجرائي بحق الإدعاء والدفع م(١٧) من القانون، والتي تنص على أنه: (حق الإدعاء والدفع مكفولان أمام القضاء

لذلك سنحاول تعريف الحق الإجرائي من خلال هذا النص، ومن خلال المفهوم السابق لحق الدعوى. ذهب الفقه السائد إلى تعريف هذا الحق بأنه عبارة عن (مكنه أو تسلط[١] إرادية يمنحها القانون لشخص لتحقيق مصلحة ذاتية، أما الواجب الإجرائي فهو مجرد نشاط يظهر في صورة خضوع أو امتثال لحق إجرائي أو لسلطة إجرائية).[٢]

وقد قيل- بحق- أن مصطلحات (المضمون الإيجابي)- السلطة- المكنة- القدرة[٣]- الميزة- الرخصة- الاستطاعة- تعبر عن أمر واحد يتمثل في مضمون إيجابي.[٤]

وهذا الحق يكون للمدعي والمدعى عليه معاً، لأن المدعي من يطالب غيره بحق- يذكر استحقاقه- والمدعى عليه هو المطالب، وكل خصم في الخصومة أما أن يكون مدعياً، أو مدعى عليه، وهذا المركز هو لتفسير الحقوق والواجبات التي يتمتع بها الخصم أثناء الخصومة.[٥]

لذلك فالحق الإجرائي هو القدرة على تحقيق هدف في مواجهة الولاية الإجرائية بمعنى أن السلطة المخولة للخصم تهدف إلى توفير الإمكانية والفعالية لممارسة السلطة من جانب القاضي الذي يسيطر

---

(١) ويفرق البعض بين السلطة، والمكنة، فالسلطة ولاية على الغير تمنح لشخص لمصلحة غيره، أو للمصلحة العامة كالسلطة الأبوية أو السلطة العامة أما المكنة فتمنح لمصلحة ذاتية، راجع د/ فتحي والي- الوسيط- ص٢٩٩- رقم ١٩٦، أحمد حشيش- الرسالة- ص٢٦٣،٢٧٢ وما بعدها، قارن د/ وجدي راغب- مبادئ الخصومة المدنية- ١٩٧٨-ص١٣٧.

(٢) د/ فتحي والي المكان السابق، أستاذنا الدكتور/ نبيل عمر-سقوط الحق في اتخاذ الإجراء - ص٢١٠ رقم (١٥٢)، د/ وجدي راغب- مبادئ- ص٢٣٧، د/ سعيد الشرعبي- الرسالة السابقة- ص٤٢٧.

(٣) يعرف البعض الحق الشخصي الإجرائي بأنه (قدرة طرف الخصومة المدنية تحددها وتحميها قواعد القانون الإجرائي) راجع د/ محمد عبد الخالق عمر - الحقوق الشخصية لأطراف الخصومة - مجلة مصر المعاصرة ١٩٧٠ - ص١٢٣.

(٤) موتولسكي- الحق الذاتي والدعوى القضائية- ص١٩٤ أشار إليه أحمد حشيش- الرسالة- ص٦٤، راجع د/إبراهيم نجيب سعد- قانون القضاء- ج٢- ص١٦ .

(٥) د/ وجدي راغب- مبادئ- ص٢٣٤، د/ سعيد الشرعبي- ص٤٢٧، المقصود بفكرة المراكز القانونية ما ترتبه القاعدة القانونية من حقوق والتزامات أو مكنات (Faculites) أوأعباء (Chargesl)، صحيح أن هذه المراكز قد تكون أثراً لعمل قانوني معين يقوم به الشخص بإرادته، فيبقى القانون مع ذلك هو المصدر المرتب لهذه المراكز بالإضافة إلى دوره كمصدر مسبب لها، راجع في فكرة المراكز القانونية د/ سمير تناغو- النظرية العامة للقانون - رقم ١٩- ص٢٣، أستاذنا الدكتور/ نبيل عمر- سقوط الحق في اتخاذ الإجراء - ص٢١ .

على الدعوى[1]، وهنا يتضح أن مجموعة الأعمال الإجرائية للمتقاضي (شخص الدعوى)، إنما هي مظهر استعماله لحق الدعوى القضائية.[2]

والفقه الإجرائي يعتد بهذا الحق أيضاً في مجال الدعوى الجنائية[3]، على اعتبار أن الحق الإجرائي منظم في القانون الإجرائي، وإن الدولة تعمل دائماً عن طريق القانون على تحديد سلطات (Poteri) وواجبات (doveeri) خاصة بهدف تسليح ذاتها لاحتمال ضرورات المحافظة على النظام القانوني، فأنها أيضاً تعترف بأنه لمصلحة هذا النظام القانوني ذاته من الضروري تقييد سلطتها والاعتراف للأفراد بسلطة تحريك حق الدولة في حماية مصلحتها، أو الامتناع عن القيام بهذه الحماية، ومن هنا ظهر الحق الشخصي كسلطة (Poteri) وليس التزاماً لأحد الأفراد في طلب، أو عدم طلب تدخل الدولة للقيام بالالتزام الذي يقع على عاتق الآخرين تجاه هذا الفرد، وهذا الحق يتضمن رخصة التصرف أو عدم التصرف، وحرية الإرادة في هذا التصرف لذلك فقد قيل بحق أن الحق الإجرائي (الإدعاء) هو الذي يحرك الشخص الإجرائي (القاضي) أما قبل الإدعاء فلم تكن الدعوى قد برزت بعد، بل لم تكن الحاجة إليها قد لحت بعد، لذلك فإن تحريك الدعوى هو العمل الافتتاحي لها وبه تنتقل إلى سلطة القاضي.[4]

مما سبق نرى أن ما ذهب إليه بعض الفقه الإسلامي والفقه الإجرائي الحديث، وما قننه قانون المرافعات اليمني بأن الدعوى حقاً شخصياً إجرائياً هو التعريف الأقرب إلى المفاهيم الإجرائية، كما أن تعريف الحق الإجرائي المتولد عن استعمال حق الدعوى يكون في مضمون إيجابي مكنه، أو قدره، أو سلطة، هو الأقرب إلى الصواب، وهذا الحق يكون لأطراف الدعوى المدعي والمدعى عليه معاً، وأن الطرف السلبي فيه هو القاضي الذي ينظر ويقرر ما يراه.

---

(١) راجع د/ فتحي والي - الوسيط - ص٥١ رقم ٢٥، أستاذنا الدكتور/ نبيل عمر - سقوط الحق- ص٢٢، د/ طلعت ديدار- سقوط الخصومة - رسالة حقوق الإسكندرية ١٩٩٢ - ص٦٩، د/ سعيد الشرعبي - الرسالة - ص٤٣٧ - مرجع سابق، د. عبد الفتاح الصيفي- حق الدولة في العقاب- ط٢- ١٩٨٥- ص١٨١.

(٢) د/ أحمد حشيش - الرسالة - ص٢٦٤، أستاذنا الدكتور نبيل عمر- الطعن بالاستئناف-ص٥١٥ .

(٣) د/ محمد إبراهيم زيد - ص٦٩ - مرجع سابق، فهو يرى أن الحق الشخصي للدعوى الجزائية في تحليل فكرة حق الدولة في العقاب، وأن حق الدولة (Pretese) في العقاب هو الحاجة إلى هذا الطلب، راجع م(١١) من قانون إنشاء النيابة العامة لسنة ١٩٧٧م والتي تنص على أنه (صاحب الحق في رفع ومباشرة الدعوى...).

(٤) د/ عبد الفتاح الصيفي- حق الدولة في العقاب- ص١٨١.

المبحث الثاني
أركـان الحـق الإجـرائي

الركن هو الشيء الذي لا يقوم الحق إلا به ونعتقد أن أهم أركان الحق الإجرائي يكون في محله وأشخاصه.

لذلك نتكلم عن أركان الحق الإجرائي في مطلبين محله وأشخاصه.

المطلب الأول
محل الحق الإجـرائي

لم يتفق الفقه والتشريعات على تحديد مصطلح علمي لمحل الدعوى أو الحق الإجرائي، ومن استقراء القانون اليمني المادة (١٧) نلاحظ أن محل الحق الإجرائي هو (الإدعاء والدفع). وأن كان القانون يفصل بينهما إلا أنه جعل محل هذا الحق (الإدعاء والدفع) معاً، والواقع أن تحديد محل الحق الإجرائي في الإدعاء (الطلب) والدفع يحقق نتائج هامة ومنها انطباق شروط استعمال هذا الحق في كل دعوى أو طلب أو دفع يقدم إلى القضاء. فأي طلب يقدم إلى القضاء- قضائي- ولائي- وقتي- مستعجل- تنفيذ- وفي كل دفع موضوعي- إجرائي.. الخ، يجب أن تتوفر فيه شروط محددة لذلك حاول القانون اليمني استخدام طلب ودفع في مواضعها وموقف القانون اليمني هو موقف بعض الفقه الذي يرى أن الدفع كالطلب[١]، والذي يرى أن الدفع والإدعاء يعتبران دعوى[٢]، ومهما كان الخلاف في ذلك إلا أن الإجماع منعقد على أن الطلب والدفع ينشأن من استعمال حق الدعوى، وأن شروطهما واحدة.

أولاً: الإدعـــــاء:

يرى الفقه السائد أن (الإدعاء) (Préténtion) هو محل (Objet) الحق في الدعوى القضائية[٣].وهذا ما اعتنقه القانون اليمني في م(١٧)، والإدعاء بهذا المعنى هو استعمال حق الدعوى . ويكون بذلك

---

(١) أستاذتنا الدكتورة/ أمينة النمر - إجراءات الدعوى - الإسكندرية - ١٩٩٠- ص٢١، أستاذنا الدكتور/ عزمي عبد الفـتاح - واجب القاضي في تحقيق مبدأ المواجهة - ص٦- مرجع سابق، حكم محكمة النقض المصرية في ٤/٧/ ١٩٧٦م لسـنة ٢٧ ق ص٩٩٥- ورد في الطعن (أن المدعى عليه يصير بالدفع مدعياً إذا أقر بدفع ويعود المدعى الأول مدعياً ثانياً عند دفع الدفع)، راجع المادة (٨) من القانون العراقي سبق الإشارة إليه .

(٢) د. أمينة النمر- ص١٦٣ - مرجع سابق .

(٣) د/ وجـدي راغـب - الـنظرية العامـة للعمل القضائي - رسالة مطبوعة - ص٢٦٢، د/ أحمد خليل - قانون المـرافعات - الإسكندرية ١٩٩٦، ص١٩٩، أستاذنا الدكتور/ نبيل عمر - سلطة القاضي التقديرية - ١٩٨٢م لم

محل الحق الإجرائي[1]، وهو تصور شخصي لما للواقع من حكم في القانون وقد يكون محقاً فيما يدعيه، أو غير محق، وهذا التصور يكون بشكل قانوني معين هو المطالبة القضائية[2]. والأصل في الادعاء أنه رأي قانوني ذاتي نتيجة تطبيق الفرد للقانون على واقعة من وقائع حياته ــ ولكنه تعارض مع ظاهرة واقعية ــ ولذا يعتبر القانون الإجرائي أن (الادعاء) مجرد زعم أو قول يحتمل الصواب أو الخطأ[3]، وهذا يتفق مع تعريف بعض الفقهاء المسلمين للادعاء، الذي يعرف (الادعاء) بأنه قول مقبول يقصد به قائله المطالبة بحق له، أو لمن يمثله، أو بحق الله عز وجل، أو بحماية ذلك الحق[4].

ومن شروط المحل أن يكون موجوداً أو معيناً أو قابلاً للتعيين لذلك يجب أن تكون المطالبة القضائية الشكل القانوني للإدعاء واضحاً من حيث تعيين عناصره تعينا نافياً للجهالة.[5]

وتبدوا أهمية محل الحق الإجرائي الإدعاء (الطلب) في أن القاضي يجب عليه التقيد بما يطلبه المتقاضي، لأن القاضي إذا لم يتقيد بمحل الطلب سيفاجئ الأطراف بحكم في موضوع لم يتناقشوا في وقائعه، كما أنهم لم يطلبوا من القاضي الفصل فيه، أو أن محل الطلب سبق أن صدر به حكم وهو ما يثير دفعاً بحجية الشي المقضي به[6].

وتحديد محل الحق الإجرائي- الدعوى أو الطلب- بالإدعاء) يتفق مع بعض الفقه الإسلامي، الذي أشار إلى أن يكون الحق المدعى به معلوماً أي متصوراً في ذهن المدعي والمدعى عليه والقاضي حتى يصدر حكمه على المطلوب (المدعى عليه)، لأن الشهادة، والقضاء بالمجهول متعذران، ولأن الغرض من الدعوى هو إصدار حكم يلزم المدعى عليه برد الحق لصاحبه، ولا يمكن الإلزام مع

يذكر مكان النشر- ص٣٧٩، أستاذتنا الدكتورة/ أمينة النمر -قانون المرافعات - ص٣٠٨- رقم (١٩٢)، راجع = د/ أحمد هندي - المرافعات - ص٤٤٧، د/ أحمد حشيش - ص٢٧٥- الرسالة السابقة، د/ فتحي والي - الوسيط - ص٤٦ رقم (٢٣)، أستاذنا الدكتور/ عزمي عبد الفتاح - ص١٦١، د/ إبراهيم زيد - ص٧٠ مرجع سابق، د/ عبد الفتاح الصيفي - حق الدولة في العقاب - ص١٧٠- مرجع سابق أحمد حشيش-ص٢٧٤- الرسالة. H,MOTULSKY- P٤٤، أشار إليه أحمد حشيش- المرجع السابق.

(١) د/ أمينة النمر - إجراءات الدعوى - مرجع سابق - ص٢١ .

(٢) د/ فتحي والي- الوسيط- ص ٧١، رقم (٤١).

(٣) د/ وجدي راغب - مبادئ - ص١٣٦ - مرجع سابق، د/ عبد الفتاح الصيفي - ص١٧٠ - مرجع سابق.

(٤) د. وجدي راغب- مبادئ- ص ١٣٦، مرجع سابق، د. فتحي والي- الوسيط- المكان السابق، راجع أستاذنا الدكتور نبيل عمر- الطعن بالنقض-الإسكندرية-١٩٨٠م ص١٦٠ وما بعدها.

(٥) راجع الجرجاني، التعريفات ــ ص ١٠٩، وراجع تفصيلاً د. سعيد الشرعبي، ص ٢٨٦، الرسالة السابقة.

(٦) د/ وجدي راغب - مبادئ - المكان السابق .

(٧) د/ رمسيس بهنام - الإجراءات الجنائية تأصيلاً - ص٢٩٦ وما بعدها

الجهالة[1]، لذلك قيل في الفقه الإسلامي أن الدعوى قول – أي إدعاء- يطلب به الإنسان إثبات حق على الغير[2] وعلى القاضي إظهار ما هو ثابت في الشرع.[3] كما قيل أن المقصود بالطلب (بالفقه الإسلامي) هو أن يرفع المدعي دعواه لدى القضاء فإذا لم يقم المدعي بهذا الإجراء، فأن القاضي لا يستطيع أن يباشر نظره من تلقاء نفسه في أية قضية.[4] وقد جاء في بدائع الصنائع (طلب القضاء من القاضي في حقوق العباد، لأن القضاء وسيلة إلى حقه فكان حقه، وحق الإنسان لا يستوفي إلا بطلبه)[5].

والإدعاء يكون للمدعي والمدعى عليه، فصاحب حق الدعوى يضع ادعاءه أمام القضاء لينظر ما إذا كان هذا الإدعاء محقاً أو غير محق، وبالنسبة للمدعى عليه يكون حقه في مناقشة أساس هذا الإدعاء.[6]

ثانياً: الدفـــــاع:

سبق القول أن الحق الإجرائي ينشأ باستعمال حق الدعوى القضائية، لذلك يتفق الفقه أن الإدعاء (الطلب) والدفع هو وسيلة لاستعمال الدعوى وبالتالي، فلا يقبل أيهما إلا إذا توافرت فيهما شروط قبول الدعوى كما سيأتي.[7] لذلك يذهب بعض الفقه إلى أن الدعوى تشتمل على الإدعاء (الطلب) والدفع وكل منهما دعوى[8]، فالطلب والدفع هما أداة استعمال الدعوى أمام القضاء[9] لذلك فشروط قبولهما

---

(١) راجع د/ سعيد الشرعبي – الرسالة السابقة – ص٣٤٠ وما أشار إليه من مراجع .

(٢) الجرجاني – التعريفات – ص١٠٩ مرجع سابق .

(٣) المكان السابق – ص١٨٥ .

(٤) راجـع تفصيلاً د/ محمد البكر – السلطة القضائية في النظام الإسلامي – الزهراء العربي – القاهرة – ١٩٨٨ – ص٢٧٥ .

(٥) بدائع الصنائع – ج٩ – ص٤٠٩٢ نقلاً عن المكان السابق .

(٦) أستاذنا الدكتور/ نبيل عمر – الدفع بعدم القبول – ص٦٣ مرجع سابق .

(٧) راجع د/ أحمد هندي – المرافعات – ص٥٧٧، د/ أحمد خليل – المرافعات – ص٢٠١- مرجع سابق.

(٨) من هذا الرأي أستاذتنا الدكتورة/ أمينة النمر – الدعوى – ص١٢٥، د/ أحمد هندي – المكان السابق – ومع هذا الـرأي القانون اليمني الملغى رقم (٢٨) لسنة ١٩٩٢م م(١٣٣) والتي عرفت الدفع بقولها (الدفع دعوى يبديها ... الـخ)، والمادة (٨) من قانون المرافعات العراقي رقم (٨٣) لسنة ١٩٦٨م، والتي نصت على أنه (الدفع هو الإتيان بدعوى من جانب المدعى عليه ...).

(٩) د/ أحمد خليل-المرافعات – ص٢٠١، أستاذتنا الدكتورة/ أمينة النمر – قانون المرافعات – ص٢٧٢ رقم (١٧٢)- مرجع سابق.

واحدة[1]، وقيل أن حق الدفاع هو الطريقة المثلى، والسليمة والإيجابية والاجتماعية للرد على اغتصاب الحق، والاعتداء، وهو سلاح الخصوم المشروع للدفاع عما أصابهم من حيف وظلم.[2]

وقد ذهب القانون اليمني م (١٧) إلى أن الدفع يكون محلاً للحق الإجرائي شأنه في ذلك شأن الإدعاء كما سبق.

ولم يتفق الفقه الإجرائي على تعريف محدد للدفع، إلا أنه ذهب بعض الفقه إلى تعريف واسع لحق الدفع ومنها:

عرف البعض الدفع بالقول بأنه (كل ما يخوله القانون للخصم من وسائل في الخصومة لتكوين الرأي القضائي لصالحه توصلاً إلى الحكم لصالحه في النهاية)[3]، هذا التعريف يشتمل على كافة صور الحماية القضائية، كما يشتمل على الوسائل الإجرائية التي تتاح للخصوم في ممارسة حق الدفاع،[4]والبعض يذهب إلى التمييز بين معنيين لحق الدفاع الأول: المعنى التقليدي ويقصد به (حق الخصم في أن يسمع القاضي وجهة نظره)، أما المعنى الثاني: فيقصد به (حق الخصم في مناقشة ما يقدمه الخصم من دفاع في القضية توصلاً لدحضه، ولإقناع القاضي بإصدار الحكم لصالحه)،[5] وعرفه البعض بأنه (حق يكفل الحماية القانونية للمتقاضين، ويضمن لكل خصم التمتع بكافة الامتيازات، والضمانات القانونية التي تتيح له عرض وجهة نظره بصدق وإخلاص أمام قضاء محايد)[6] .

غير أن التعريف الأخير يشتمل على العناصر التي يتكون منها حق الدفاع فهو يشمل الحقوق السابقة على الخصومة، والحقوق التي يمارسها الخصم أثناء الخصومة، وضمانات هذا الحق.[7]

ونخلص من ذلك أن محل الحق الإجرائي يكون في الإدعاء (الطلب) والدفع وهو بذلك يكون بالإدعاء (Pretention) المعروض على القاضي، أي ما يطلبه المتقاضي من مباشرة الطلب وما يقدمه

---

(١) راجع د/ أمينة النمر - المكان السابق ص٣٠٨ رقم (١٩٢)، د/ الشرقاوي وجميعي - شرح قانون المرافعات - ص٢٠ وما بعدها - مرجع سابق .

(٢) راجع د/ محمد البكر - السلطة القضائية - ص٢٧٥ - مرجع سابق، أستاذنا الدكتور أحمد أبو الوفاء- المرافعات ص٢١١،رقم٢٠١.

(٣) د/ وجدي راغب - دراسات - ص١١٦ - مرجع سابق .

(٤) د/ سعيد الشرعبي - ص٢٩ - الرسالة السابقة .

(٥) أستاذنا الدكتور/ عزمي عبد الفتاح - واجب القاضي في تحقيق مبدأ المواجهة - ص٦ - مرجع مشار إليه .

(٦) د/ سعيد الشرعبي - الرسالة السابقة - ص٣٠ .

(٧) المكان السابق .

الخصوم من دفوع، وهو بذلك يشمل جميع الطلبات بأنواعها والدفوع بأنواعها[1]. والقول أن الإدعاء والدفع – م(١٧) من القانون– هو محل الحق الإجرائي يؤدي إلى تفسير اختلاف السلطات أو المكنات في الحق، على اعتبار أن لمحل الحق أثراً كبيراً في تتويج سلطاته وتحديد مضمونه.[2]

يجب أن يفهم من أن الحق الإجرائي ينشأ عن طريق استعمال الحق في الدعوى القضائية وهو ما يسمى بالطلب القضائي بمعناه الواسع الطلب والدفع بأنواعه والذي يعتبر الأداة المنظمة التي عن طريقها يمكن استعمال الحق في الدعوى القضائية، والطلب يتضمن (إدعاء) بمعنى أنه إذا استعمل الشخص حقه في الالتجاء إلى القضاء، فأنه يطرح إدعاءاً معيناً أمام المحكمة[3]، وللمدعى عليه الحق في دفعه وطرح ادعائه[4]... وهكذا.

وهذا يؤدى إلى القول إنه لا توجد إلا دعوى واحدة لها غاية واحدة وهو الحصول على تقرير قضائي في الموضوع لذلك يرفض الفقه الإجرائي تقسيم الدعاوى إلى دعوى شخصية ودعوى عينية[5]...الخ.

كما نخلص إلى أن الفقه يتفق على أن شروط الحق الإجرائي الطلب (بأنواعه) والدفع (بأنواعه) هي شروط قبول الدعوى.[6]

---

(١) أستاذنا الدكتور/ عزمي عبد الفتاح- نحو فكرة عامة-ص١٧٠- مرجع سابق، أستاذتنا الدكتورة/ أمينة النمر-ص ٣٨ رقم(١٩٢).

(٢) أحمد حشيش - ص٢٧٧ - الرسالة السابقة .

(٣) يخلط البعض بين الدعوى والإدعاء، د/ أحمد مسلم - ص٣٠٣ - رقم (٣٠٩)، وللتمييز بينهما راجع أستاذنا الدكتور/ عزمي عبد الفتاح - ص١٢٨ - مرجع سابق، أستاذنا الدكتور/ نبيل عمر - الدفع بعدم القبول - ص١٥٥

(٤) يرى البعض أن الدفوع في جوهرها طلب، راجع أستاذتنا الدكتورة/ أمينة النمر - قوانين المرافعات - ج١ - ص ٢٨ رقم (٢٧)، د/ وجدي راغب - مبادئ - ص٢٣٩ - مرجع سابق، أحمد حشيش-الرسالة-ص٢٧٣.

(٥) راجع H.MOTUSKY.P ٩٥ ، أستاذنا الدكتور/ عزمي عبد الفتاح- ص١٥٥. د/ أحمد حشيش - الدفع بعدم القبول- ص٢٨٧ - مرجع سابق .

(٦) راجع د/ أحمد هندي - ص٦٣٩ - مرجع سابق .

المطلب الثاني
أصحاب الحق الإجرائي

يستند الحق دائما إلى شخص يكون صاحبا له بحيث يستأثر وحده دون غيره من الأشخاص بالتمتع بما يخوله من سلطات ومكنات.[1]

وأصحاب الحق الإجرائي هم أشخاص الدعوى، ونقصد بذلك المدعي والمدعى عليه معا ذلك أن كلا منهما يستخدم دعواه في مواجهة الآخر، ولهما معا مكنات، أو سلطات متساوية[2]، في الطلب والدفع وينطبق هذا الوصف على أطراف الخصومة الأصليين المدعي والمدعى عليه، كما ينطبق على من يتدخل أو يختصم فيها[3]، وكل خصم في الخصومة أما أن يكون مدعيا أو مدعى عليه[4] م(١٧) من قانون المرافعات اليمني.

ومركز المدعى أو المدعى عليه لا يستقر في الحق الإجرائي على حالة واحدة، وإنما قد يحصل تبادل في المراكز القانونية، والعبرة بتحديد أشخاص هذا الحق هو بصفتهم في الدعوى لا بمباشرتهم لها، فالمحامي أو النائب القانوني يمارسان الدعوى وليس لهما صفة في الدعوى، ولذلك لا يعد أي منهما من أطراف الدعوى، بل أن الموكل أو الأصيل هما طرفا الدعوى، وأشخاص الإدعاء هم ذاتهم الذين لهم الحق في الدفاع عن حقوقهم ومصالحهم فيخرج بذلك الشهود والخبراء والقضاء[5] .

والحق الإجرائي لا يكون إلا لصاحب الصفة[6]، وعلى ذلك يكون صاحب الحق في ممارسة سلطة، أو مكنه هذا الحق هي كل ذي أهلية وجوب[7] ويقصد بأهلية الوجوب صلاحية الشخص لاكتساب الحقوق وتحمل الواجبات فالشخص قد يكون أهلا لوجوب الحقوق له أو عليه، ولكنه قد يكون عاجزا عن التعبير عن إرادته تعبيرا يحدث أثرا قانونيا. وإذا كان الأصل أن الدعوى حق ذاتي ذو مضمون إيجابي تتمثل في مكنات أو سلطات أو ميزات تخول للمتقاضي ذاته أن يقوم بأعمال إجرائية

---

(١) د/ حسن كيره - ص٦٨٩ رقم (٢٦٨)- مرجع سابق .

(٢) د/ أحمد مسلم - أصول - ص٣١٤ - مرجع سابق، د/ وجدي راغب - الرسالة - ص٤٤٣، د/ إبراهيم سعد- ج٢- ص١٦- مرجع سابق، د. فتحي والي- الوسيط- ص٢٩٩، رقم (١٩٦).

(٣) د/ وجدي راغب - مبادئ - ص٢٢٧- مرجع سابق .

(٤) المكان السابق- ص٢٣٤، د/ محمد شتا- قانون الإجراء المدني الإسلامي السوداني- مطبعة جامعة القاهرة- ١٩٨٥- ص١٢٩.

(٥) د/ وجدي راغب- ص٢٣٥، د/ سعيد الشرعبي - ص ٣٠٤ - الرسالة السابقة .

(٦) د/ حسن كيره - ص٧٠٨ رقم (٢٧١)، أحمد حشيش - الرسالة السابقة - ص٢٨٠ .

(٧) د/ وجدي راغب - دراسات - ص١٦٠، د/ أحمد هندي - المرافعات - ص٤٤٦ - مرج سابق .

بصرف النظر عما إذا كان محقا أم غير محق، لذلك قيل أن للمتقاضي كل حق الدعوى مكنات (الطلب والدفع) بأن يستعملها بحرية في سبيل مصلحته الذاتية المتمثلة في تقرير من القضاء.[1]

وإذا كان المبدأ الإجرائي المعروف لا يمكن لأحد أن يتقاضى لحساب الغير دون سند م(٧٤) من القانون فقد قيل بحق أن الصفة في صاحب الحق بديهي، ويجب أن تثبت في المدعي والمدعى عليه.[2]

إذن فالعبرة في تحديد أشخاص الحق الإجرائي هي بصفتهم في الدعوى لا بمباشرتهم فعلا إجراءاتها، فقد يكون المدعي والمدعى عليه ممثلا في الإجراءات بواسطة شخص آخر، كما لو كان قاصرا وممثله الولي والوصي، أو كان شخصا اعتباريا كشركة يمثلها مديرها، ففي هذه الحالات يظل المدعي أو المدعى عليه هو الأصيل الذي ينسب له الحق الإجرائي.[3]

نخلص من ذلك إلى أن صاحب الحق الإجرائي يثبت للخصوم جميعا مدعى ومدعى عليه.

---

(١) راجع تفصيلا - أحمد حشيش - الرسالة - ص٨٤ .

(٢) أستاذنا الدكتور/ عزمي عبد الفتاح - ص٢١٣ - مرجع سابق .

(٣) راجع د/ أحمد هندي - المرافعات - ص٤٤٧ - المرجع السابق .

المبحث الثالث

نطـاق الحـق الإجـرائي

الحقوق الإجرائية هي تطبيقات خاصة للقانون الإجرائي ومضمون[1] هذا الحق يكون في الحقـوق المتولدة عن استعمال الدعوى القضائية، وهي السلطات أو المكنات التـي يعطيـها الحـق ويخولـها لصاحبه، وهذه السلطات تتمثل بصفة أساسية سلطة الطلب القضائي (بأنواعه المختلفة، وسلطة الدفع أو وسائل الدفاع)، وسلطة الإثبات القضائية والحق في الطعن م(١٧) من القانون

وإذا كان الأمر كذلك فإن الحق في الطلب القضائي المتضمن بطلان العقد، أو طلب فسخ العقـد، يعتبر من الحقوق الإجرائية .

وإذا كان حق الدفع بأنواعه ليست إلا سلطات إجرائية من سلطات استعمال حق الدعوى القضائية، فيكون الدفوع الموضوعية - الدفع بالحبس - الدفع بالمقاصة - وغيرها تعتبر من الحقوق الإجرائيـة التي تنشأ من استعمال حق الدعوى القضائية ذاتها المنظمة في قانون المرافعات[2] (قانون القضاء).

والحق في الإثبات القضائي ليست إلا مكنة إجرائية منحها القانون للخصم في أن يقـدم للمحكمـة الأدلة المثبتة لدعواه أو لدفعه[3]، وهذا الحق مقرر لكل من المدعي والمدعى عليه، والقاعدة العامة فـي ذلك أن كل دليل يتقدم به الخصم لإثبات ادعائه، يكون للخصم الآخر الحق في نقضه، وإثبات عكس ما يدعيه خصمه.

كما أن الحق في الطعن بالأحكام تعتبر من الحقوق الإجرائية البحتة، فهو مكنة أو سلطة إجرائيـة نشأ في الخصومة نتيجة لصدور حكم فيها، وهو حق مستقل عن الحق في الدعوى، ولكنه نتج عنـها وينفرد بنظام خاص[4]، فصاحب الحق في الاستئناف يكون لأشخاص الدعـوى الـذي فـصل فيـها الحكم[5] وإذا كان الحق في التنفيذ نظم في قانون المرافعات والتنفيذ فأن طلب التنفيذ القضائي[6] يخضع لما تخضع لها الطلبات القضائية من إجراءات، ومكنات ومن هنا ذهب الرأي السائد في الفقه إلـى نعـت

---

(١) راجع حول اختلاط مضمون الحق ومحل الحق، د/ حسن كيره - أصول - ص١٠٠٩ - مرجع سابق .

(٢) د/ فتحي والي - البطلان - رسالة مطبوعة - ص١٤٠ - رقم (٧٠).

(٣) د/ سعيد الشرعبي - الرسالة السابقة - ص ٥٣٠ - رقم (٨١٢) .

(٤) د/ فتحي والي - الوسيط - ص٦٨٢ - مرجع سابق .

(٥) د/ رمسيس بهنام - الإجراءات الجنائية - ص٣٧٨ - ٤٠٤ - مرجع سابق .

(٦) راجع تفصيلا كتابنا - قانون التنفيذ الجبري ، دراسة مقارنة للقانون ومشروع تعديلـه- منشـورات الشـرعبي - صنعاء -٢٠٠٢م - ص٣٣ وما بعدها.

التنفيذ الجبري بالتنفيذ القضائي[1]، وبالتالي فشل الاتجاه الذي يرى أن التنفيذ الجبري هو تنفيذ إداري[2] أو فصله عن قانون المرافعات[3]. وأن شئنا التدليل إلى ما نذهب إليه يمكننا الرجوع إلى م(٣٢٧) من القانون المتضمنة الصيغة التنفيذية والتي تصبغ الصفة القضائية للتنفيذ الجبري والتي تنص على أن (تكون الصيغة التنفيذية كالآتي: بقوة الشرع والقانون فأن السلطة القضائية تقرر فرض تنفيذ هذا السند ... الخ)، والمادة (٣٢٠) والتي تقضي أن رقابة قاضي التنفيذ تكون سابقة على إجرائه، فالقاضي هو الذي يأمر معاونه بإجراء التنفيذ على طلب التنفيذ المقدم من صاحب الحق في التنفيذ، كما أن قاضي التنفيذ يوقع عقب كل إجراء يقوم به معاون قاضي التنفيذ.[4]

نخلص من ذلك إلى أن نطاق الحقوق الإجرائية هي الحقوق التي ينظمها قانون المرافعات (قانون القضاء) وتشمل جميع الطلبات والدفوع والحق في الإثبات والحق في الطعن والحق في طلب التنفيذ وغيرها من الحقوق التي تتولد أو تنشأ أمام القضاء[5].

---

(١) أستاذنا الدكتور/ عزمي عبد الفتاح - قواعد التنفيذ الجبري - ١٩٩٠م - القاهرة - ص١٧، د/ أحمد أبو الوفا - إجراءات التنفيذ الجبري - ص٢٣ - رقم (١٧)، د/ وجدي راغب - النظرية العامة للتنفيذ - ص ١١، د/ محمود هاشم - القواعد العامة للتنفيذ القضائي - ١٩٨٠ وهو ما يفيد من عنوان الكتاب، د/ محمد أحمد مرغم - إجراءات التنفيذ - ص٦٥ وما بعدها مرجع سابق .

(٢) د/ محمد حامد فهمي - تنفيذ الأحكام - رقم (١١)، د/ عبد الباسط جميعي - طرق تنفيذ الأحكام - ص٤٢- مرجع سابق.

(٣) فصلت بعض التشريعات بين قانون المرافعات وقانون التنفيذ كما هو الحال في قانون التنفيذ العراقي - رقم (٤٥) لسنة ١٩٨٠م .

(٤) راجع ص ٣٨ من كتابنا السابق الإشارة إليه .

(٥) راجع أحمد حشيش - الرسالة السابقة - ص٤٣، ٢٨٩، د/ وجدي راغب - مبادئ - ص٢٣٩- مرجع سابق، المذكرة التفسيرية للمشروع- ص٢١ .

المبحث الرابع
شـــروط الحـق الإجـــرائي

يقصد بالشرط (تعليق شيء بشيء بحيث إذا وجد الأول وجد الثاني، وقيل الشرط ما يتوقف عليه وجود الشيء ويكون خارجا عن ماهيته ولا يكون مؤثرا في وجوده، وقيل الشرط ما يتوقف ثبوت الحكم عليه).[1] وعلى ذلك فشروط الحق الإجرائي الطلب (الإدعاء) أو الدفع هي الشروط اللازمة لقبول هذا الحق، فبتوافرها يجب على المحكمة نظره، أما إذا تخلف أحدها فإنه – تطبيقا لمبدأ الاقتصاد في الإجراءات– لا تنظر المحكمة فيه وتصدر حكما بعدم القبول.[2]

وقد اختلف الفقه الإجرائي في شروط الحق الإجرائي، الطلب (الإدعاء) أو الدفع وهي شروط حق الدعوى، والتي تمارس عن طريق الطلب والدفع، فذهب بعض الفقه إلى اشتراط أربعة شروط هي وجود الحق والمصلحة، والصفة، والأهلية[3]، بينما يذهب البعض إلى حصر شروط استعمال الدعوى بثلاثة شروط وهي الأهلية، والصفة، والمصلحة[4]، ويرى فريق ثالث أن شروط الدعوى هي المصلحة، والصفة، والميعاد القانوني، وعدم وجود مانع قانوني[5]، ويرى فريق رابع أن الشرط الوحيد هو شرط المصلحة[6]، وقد نص القانون اليمني المواد (٧٥، ٧٦، ٧٧) على أن شروط الحق في الدعوى هي المصلحة، والصفة، وعدم وجود مانع قانوني، ونتكلم عن ذلك باختصار مع ملاحظة أن الشروط الشكلية المتعلقة بـ(الطلب أو الدفع) تعتبر شروطا للصحة وليست شروطا للقبول م(٧١) وأن

---

(١) الجرجاني– التعريفات ص١٣١– مرجع سابق، راجع الشيخ محمد الأمين– مذكرة أصول الفقه على روضة الناظر للعلامة ابن قدامة– بيروت– لم يذكر تاريخ النشر– ص٤٣، أما الشرط في اللغة فهو العلامة – المكان السابق .

(٢) د. فتحي والي– الوسيط– ص٦٦– رقم (٣٧).

(٣) راجع د/ فتحي والي– الوسيط– ص٥٦ رقم (٢٨)– مرجع سابق، د/ عبد المنعم الشرقاوي الرسالة ص ٤، ٥٧، د/ أحمد أبو الوفا – المرافعات – ص١٧٠ – مرجع سابق .

(٤) راجع محمد وعبد الوهاب العشماوي – قواعد – ج١ – ص٥٦٢ – مرجع سابق .

(٥) د/ أحمد مسلم – أصول – ص٣١٧ وما بعدها – رقم (٢٨٦)، أستاذنا الدكتور/ عزمي عبد الفتاح – نحو فكرة عامة – ص٢٠٧ – مرجع سابق، د/ احمد هندي – المرافعات – ص٤٥٣. راجع د. السيد محمود ، المصلحة في الدعوى الدستورية، حلقة نقاش عقدتها مجلة الحقوق بتاريخ ٢٠٠١/٤/٨م ، تصدر عن جامعة الكويت، ملحق عدد ديسمبر ٢٠٠١م ، د. محمد نايف العتيبي، المصلحة في دعاوى الإلغاء، المكان السابق ص ٤١، د. إبراهيم الدسوقي، المكان السابق، ص ٤٥

(٦) د/ نبيل عمر– الطعن بالاستئناف– ص١٩٢– مرجع سابق، أحمد حشيش– الرسالة السابقة– ص٨٤، د/ أحمد هندي – المرافعات – ص٢٠٤ وما بعدها، الشرقاوي وجميعي ص٢٥ – رقم (١٩٠)، قارن د فتحي والي– الوسيط– ص٦٧– رقم (٣٧).

كانت المحكمة تقرر عدم قبول الدعوى شكلاً إذا عجز الخصم في استكمال الناقص أو تصحيح الإجراءات الباطلة في الميعاد م(٧٢) فإن هذا القرار يستند إلى عدم صحة الدعوى لفقدانها شرطا من شروطها الشكلية، أي أنه إذا تخلف شرط من شروط صحة المطالبة القضائية فإن وسيلة التمسك بذلك هي الدفع ببطلان المطالبة القضائية.[١]

والواقع أن الخلاف السابق على شروط قبول الدعوى لا يعبر عن خلاف يترتب عليه نتائج قانونية عملية، ذلك أن الفقه الذي يعتبر أن المصلحة هي الشرط الوحيد في الدعوى حاول إدماج بقية الشروط في شرط المصلحة.[٢] لذلك سنحاول الكلام عن شروط قبول الدعوى طبقاً للقانون اليمني في المطالب الآتية:

المطلب الأول: المصلحة.

المطلب الثاني: الصفة.

المطلب الثالث: عدم وجود مانع قانوني .

المطلب الأول

المصلحـــة

اتفق الفقه الإجرائي على اعتبار المصلحة بمثابة شرط من شروط قبول واستعمال حق الدعوى وهي الفائدة العملية المشروعة المراد تحقيقها من القضاء[٣]، والذي ينشأ عنه الحقوق الإجرائية الأخرى بنفس الشروط وقد نص القانون اليمني على ذلك م(٧) والتي تنص على أنه (لا تقبل دعوى ولا طلب ولا دفع لا تكون لصاحبها مصلحة...).

والمصلحة هي غاية (Fin) أو هدف الدعوى[٤]، ويرجع هذا التعريف إلى (أهرنج) بقوله (الحق مصلحة محمية قانوناً)، وهو بذلك قصد تعريف الحق ولكنه أخفق في ذلك وعرف غاية الحق، وهي فكرة واجبة التحديد لاسيما في معيار التعسف المرتبط بالغاية للحق.[٥]

---

(١) راجع د/ وجدي راغب - مبادئ - ص٨١ مرجع سابق، د/ أحمد هندي - المرافعات - ص٤٣٩ - مرجع سابق.

(٢) راجع تفصيلاً د/ أحمد خليل -المرافعات - ص٢٠٤ وما بعدها - مرجع سابق .

(٣) حكم محكمة النقض المصرية في ١٩٧٢/٥/١٦م لسنة ٢٣ - مجموعة أحكام النقض - ص٩٣٣، أستاذنا الدكتور/ عزمي عبدالفتاح - نحو فكرة عامة - ص٢٠٨، د/ أمينة النمر - إجراءات الدعوى - ص٣٥، الشرقاوي - ص ٥٦، د. فتحي والي- الوسيط- ص٦٧- رقم (٣٧).

(٤) د/ نبيل عمر - سبب الطلب القضائي - رسالة مطبوعة - ص١٦٧ .

(٥) أحمد حشيش - الرسالة السابقة - ص٢٨٩، راجع تفصيلاً د/ حسن كيره - أصول ص ١١٣٣ - رقم (٤١١) مرجع سابق.

فإذا كانت الدعوى القضائية حقا ذاتيا[1] إجرائيا يرد على محلها الإدعاء[2]، والدفع م(١٧) من القانون اليمني، فإن هذا الحق يكون لكل صاحب حق (مدعي، ومدعى عليه) وهدف هذا الحق هو الحصول على تقرير من القضاء .

والمصلحة في حق الدعوى تختلف عن الحق التي تهدف لحمايته[3]، ولأن المصلحة في حق الدعوى تختلف عن الحق المراد حمايته لأنه موجود وقائم قانونا ويخضع للقواعد القانونية الموضوعية رغم الاعتداء عليه[4]، أما المصلحة في حق الدعوى تخضع لقواعد قانون القضاء (قانون المرافعات)، وهي بذلك ترفع لدفع العدوان على الحق المراد حمايته. والهدف منها عملي هو ابتغاء ثمرة هذا الحق[5]، وحق الدعوى قد يوجد غير مستند إلى حق موضوعي كما هو الشأن في دعاوى الحيازة، والإثراء بلا سبب، وقد يظل حق الدعوى رغم زوال الحق المراد حمايته كما في حالة الالتزام الطبيعي.[6]

ويقصد بكونها (فائدة عملية) أن المسائل النظرية لا تصلح لذاتها أن تكون محلا لدعوى قضائية، فالقضاء ليس دارا للإفتاء، ولا مجال للمجادلات النظرية البحتة.[7] ويجب توافر شرط المصلحة في المدعي والمدعى عليه عند طرح (الطلب والدفع).

وقد ذهب البعض إلى أنه يشترط أن تكون المصلحة قانونية أي أن تستند إلى حق يحميه القانون، أي أن يكون موضوع حق الدعوى مطالبة بحق أو مركز قانوني أي لا تخالف النظام العام والآداب.[8] وهذا المبدأ هو تطبيق للقاعدة اللاتينية ومضمونها أنه لا يجوز لأحد أن يحتج أمام القضاء بفحش صدر منه[9]، لذلك انتقد البعض هذا الوصف واعتبار المصلحة المجرد من الوصف بالقانونية[10]، لأن اشتراط قانونية المصلحة يعني الخلط بين فكرة عدم القبول وفكرة رفض الطلب لعدم حسن تأسيسه.[11]

---

(١) د/ نبيل عمر - الدفع بعدم القبول - ص٤١ - مرجع سابق .

(٢) د/ محمد ابراهيم - تكييف الدعوى - ص٣٥ - مرجع سابق .

(٣) د/ أمينة النمر - الدعوى - ص٢٠ - مرجع سابق .

(٤) المكان السابق، د/ أحمد مسلم - أصول - ص٣١ - مرجع سابق.

(٥) د/ أحمد مسلم- أصول- ص٣١٥، أستاذنا الدكتور/ عزمي عبد الفتاح- نحو فكرة عامة- ٢٠٥- مرجع سابق .

(٦) د/ أمينة النمر- إجراءات الدعوى- ص٢٠، راجع نقض مصري في ١٩٦٥/٢/١٧م لسنة ٣٥ المكتب الفني- س٢٠ -ص١٧٠.

(٧) د/ أحمد مسلم - أصول - ص٣١٥، أستاذنا الدكتور/ عزمي عبد الفتاح - نحو - ص٢٠٨ - مرجع سابق.

(٨) د/ وجدي راغب - مبادئ - ص٩٤، الشرقاوي - الرسالة - ص٥٧، د/ أمينة النمر - إجراءات الدعوى - ص٦١، د/ سعيد الشرعبي - الرسالة - ص٣٢٣، د/ أحمد خليل - ص٢٠٥ .

(٩) د/ نبيل عمر - الدفع بعدم القبول - ص٨٩ - مرجع سابق .

(١٠) أستاذنا الدكتور عزمي عبد الفتاح- المكان السابق.

(١١) عكس ذلك د/ نبيل عمر - الدفع بعدم القبول - ص٥٢، أحمد حشيش - الرسالة السابقة - ص٣٥٩ .

وقد تطلب أغلب الفقه أن تكون المصلحة واقعية[1]، وأن تكون حاله، ويقصد بواقعية المصلحة أن يوجد مبرر واقعي يعبر عن الحاجة الفعلية للحماية القضائية[2]، ويتوقف وصف الواقعية والحالة في الحالات التي تثور المنازعة فعلا في حق الدعوى أو مركزه القانوني، أو يعتدي عليهما، لذلك ذهب بعض الفقه إلى أن المصلحة المحتملة لا تبرر رفع الدعوى إلى القضاء إلا في الحالات المنصوص عليها في القانون[3]، ومع ذلك يذهب رأي في الفقه إلى أن المصلحة المحتملة تكفي لاستعمال حق الدعوى[4]، ومثل ذلك دعوى قطع النزاع، والدعوى بطلب بطلان العقود الباطلة وإلى ذلك ذهب القانون اليمني م(٧٥).

وقد اشترط البعض أن تكون المصلحة شخصية ومباشرة أي أن يكون رافع الدعوى هو صاحب الحق أو المركز القانوني المعتدى عليه، كما يقصد أن ترفع على الطرف السلبي في هذا الحق[5]، وانتقد شرط المصلحة الشخصية المباشرة لأنها قد تختلط بالصفة عندما يكون رافع الدعوى هو صاحب الحق أو المركز القانوني المعتدى عليه، أما عندما يكون رافع الدعوى شخصا خوله القانون رفع الدعوى نيابة عن صاحب الحق، فهنا تكون الصفة مختلفة عن المصلحة[6] ويخلص هذا الرأي إلى أن وصف المصلحة بالشخصية المباشرة ليست شرطا في المصلحة.[7]

وإذا كانت المصلحة هي شرطا لقبول الحق الإجرائي الطلب (الادعاء) والدفع[8] م(١٧) من القانون اليمني فأن العبرة في توافر المصلحة هي بوقت نظر هذا الحق والفصل فيه دون اعتداد بتاريخ رفعه[9]، والعبرة بتوافر المصلحة في الحق بالطعن وقت تولده أي وقت صدور الحكم المطعون فيه[10].

---

(١) د/ أحمد هندي - المرافعات - ص٤٦١، د/ أحمد خليل - ص٢٠٦ - المرجع السابق .

(٢) د/ فتحي والي - الوسيط - ص٦٤ رقم (٣٦)، د/ أمينة النمر - إجراءات الدعوى - ص٧٢، د/ أحمد مسلم أصول - ص٣١٨، د/ سعيد الشرعبي - ص٤٢٤، د/ أحمد هندي - ص٤٦١- مرجع سابق .

(٣) د/ أحمد مسلم - ص٣١٩، د/ أمينة النمر - ص٧٣ - المكان السابق، د/ نبيل عمر - الدفع بعدم القبول - ص١٠٠، د/ أحمد هندي - المرافعات - ص٤٧٠ - مرجع سابق.

(٤) د/ أحمد مسلم - ص٣٢٠، أحمد هندي - ص٤٧٣ ص٤٧٤ - مرجع سابق .

(٥) عبد المنعم الشرقاوي - الرسالة ص ٤٠١ .

(٦) د/ سعيد الشرعبي - الرسالة - ص٣٨٦، د/ أحمد مسلم - أصول - ص٣٢٩ - مرجع سابق.

(٧) راجع د/ أمينة النمر - الإجراءات الدعوى - ص٧٩ - مرجع سابق، راجع حكم المحكمة العليا - الدائرة المدنية- بتاريخ ٢٠٠٠/٢/٢٦م منشور بواسطة د/ حسن مجلي - المرجع السابق- ص٩٥ .

(٨) د/ أحمد هندي - المرافعات - ص٤٥٩ .

(٩) المكان السابق، عبد المنعم الشرقاوي، الرسالة، ص ٧٩، رقم ١٦٠، د. وجدي راغب، مبادئ، ص١٢٩، د. سيد أحمد محمود، أصول التقاضي، ج١، ص ٢٢٧.

(١٠) راجع د/ إبراهيم نجيب سعد - ج٢ - ص٣١٢ .

والتفرقة السابقة ترجع إلى أن الحق الإجرائي، الأول ينشأ عند استعماله أي عند النظر فيه والفصل فيه، أما بالطعن يتولد أمام القضاء، وينشأ بصدور الحكم ويكون جاهزاً للاستعمال.

وشرط المصلحة لقبول الحق الإجرائي تتعلق بالنظام العام، كون ذلك يتعلق بوظيفة القضاء لأن هذا الشرط يقصد به ضمان جدية الالتجاء إلى القضاء والحد من استعمال الدعاوى دون مقتضى، وتخفيف العبء عن القضاة مما يؤدي إلى سير القضاء سيراً حسناً، وهذا يحقق المصلحة العامة في المجتمع[1]. ويترتب على كون هذا الشرط من النظام العام أن يكون للمحكمة أن تحكم في حالات انتفائه (بعدم القبول) [2] - م (٧٦) من القانون- من تلقاء نفسها .

المطلب الثاني
الصفـــــــة

اشترط القانون اليمني م(٧٦) الصفة في رفع الدعوى، وهي عبارة عن السلطة أو الولاية في مباشرة الدعوى ويستمدها المدعى من كونه صاحب الحق في الدعوى، أو نائباً عن صاحب الحق، وأما الصفة في المدعى عليه، فتتمثل في كونه الذي ترفع الدعوى في مواجهته وهو المسئول عن تجهيله[3]، لذلك قيل أن المدعي من لا يجبر على الخصومة والمدعى عليه من يجبر عليها.[4] على أنه قد يخول القانون غير صاحب الحق ومن ليس نائباً عادة عنه في حالات استثنائية حق رفع الدعوى، نظراً لمصلحته الشخصية في ذلك مثل دعوى الحسبة، ودعاوى الجمعيات والنقابات .

وذهب رأي إلى أن الصفة ليست شرطاً مستقلاً لوجود حق الدعوى وأنها تندمج في شرط المصلحة الشخصية المباشرة.[5]

وعلى ذلك فالحق الإجرائي لا يقبل إلا من صاحبه أو من ينوب عنه وإذا تخلفت الصفة في صاحب الحق الإجرائي كانت الدعوى غير مقبولة. وتولد عن ذلك دفعا بعدم القبول م(٧٦) من القانون. إلا أنه متى اكتسب المدعي هذه الصفة أثناء نظر الدعوى، طبقاً للإجراءات المنصوص عليها

---

(١) د/ أحمد هندي - المرافعات ٤٦

(٢) راجع حكم محكمة النقض المصرية في هذا الخصوص في ١٩٧٩/١/١٧م - منشور في مدونة أبو السعود - ص ٥٩ .

(٣) د/ أمينة النمر -ص٨٩ - المرجع السابق، د/ سعيد الشرعبي - الرسالة - ص٣٢٦. د/ أحمد هندي - ص٤٩٢ - مرجع سابق

(٤) راجع علي الشريف الجرجاني - التعريفات - ص٣٣٠.

(٥) أحمد حشيش - الرسالة - ص٢٩٣ و ما بعدها، أستاذنا الدكتور نبيل عمر - الطعن بالاستئناف - ص١٩٢.

في القانون، فإن العيب الذي شاب صفته عند رفعها قد زال وتصبح الخصومة بعد زوال العيب منتجة لآثارها منذ بدايتها، ولا يكون للمتقاضي الآخر مصلحة في التمسك بهذا الدفع[1]، وإذا زالت صفة المتقاضي أثناء نظر الدعوى، كما في حالة التنازل عن حقه، فإن الحق الإجرائي- الطلب أو الدفع- يكون غير مقبول لانعدام الصفة.[2]

وعليه يجب أن تتوفر الصفة في المدعي والمدعى عليه معا[3]، وعلى ذلك لا يقبل أي طلب أو دفع لا تكون لصاحبه صفة.[4]

وقد نص القانون م(٧٦) على أن شرط الصفة يتعلق بالنظام العام، ويرجع ذلك إلى وجوب قصر سلطة الالتجاء إلى القضاء على أصحاب الحقوق في الحماية القانونية المطلوبة ومنح هذه الحماية لهم وحدهم فتخف أعباء المحاكم ويحسن أداء القضاء لوظيفته، وهذه الاعتبارات تمس المصالح العامة في المجتمع.[5]

المطلب الثالث

عدم وجود مانع قانوني

بالإضافة إلى الشروط العامة لقبول الدعوى هناك شروط خاصة لبعض الدعاوى، وهي الشروط القانونية المانعة لقبول الدعوى، ويقصد بشرط عدم وجود مانع قانوني أي شرط نص عليه القانون

---

(١) راجع حكم محكمة النقض المصرية في ١٩٨٨/٢/١٩م طعن رقم - ٢٣٥٧، لسنة ٥٦ ق - منشور في موسوعة الفكهاني - ص٤٤٣ - رقم (٦٤٤).

(٢) راجع د/ أحمد هندي - المرافعات - ص٤٩١ - مرجع سابق .

(٣) د/ أحمد خليل - المرافعات - ص٢٢١ .

(٤) راجع أحكام النقض الآتية: حكم محكمة النقض المصرية في ١٩٨٢/١/١٣م الطعن رقم (٢١٠٧) لسنة ٥٠ ق - منشور في المدونة الذهبية- أبو السعود- ص٦٥، وراجع نقض مصري في ١٩٧٩/٥/٧م المكان السابق- ص٥٧، ١٩٨٨/٤/١٣م ، ١٩٧٩/٥/١٩م نفس المكان، ١٩٧٨/١٠/٣٠م، ١٩٧٨/١٢/٢٧م، ١٩٧٩/٥/٧م- المكان السابق- ص٥٤، راجع حكم محكمة النقض المصرية في ١٩٦٢/١/٢٥م المكان السابق - ص٤٣٢، حكم المحكمة العليا- الدائرة المدنية- بتاريخ ١٩٩٩/٤/١٨م منشور بواسطة الدكتور/ حسن مجلي- المبادئ القانونية والقضائية في المسائل المدنية- ط١- صنعاء ٢٠٠٣م- ص٤.

(٥) أستاذتنا الدكتورة/ أمينة النمر - قانون المرافعات - ص٢٥٥ - رقم (١٦٢)، أستاذنا الدكتور/ أحمد أبو الوفا- التعليق - على المادة (١١٥) ص٥٥٢، راجع عكس ذلك - أي أن الدفع بعدم القبول للانتفاء الصفة لا يتعلق بالنظام العام - الشرقاوي - رقم (٣٨٨) وما بعده - الرسالة السابقة، وحكم محكمة النقض المصرية بتاريخ ١٩٨٦/٢/٦م رقم ١٨٨٣- ٢ ق، وحكم ونقض في ١٩٧٤/٣/٢٦م - ٢٥-١١٥٣ . جميعها منشورة بواسطة المدونة الذهبية، أبو السعود، ص ٥٤، وما بعدها.

يكون بمقتضاه منع رفع الدعوى، وهذا يمنع الشخص قانوناً من الالتجاء إلى المحاكم العادية[1]، قد يكون هذا المانع منصوص عليه في قانون المرافعات أو في القانون الموضوعي.

وإذا كان الأصل العام أن حق الإدعاء والدفع مكفولا للكافة م(١٧) من القانون، إلا أنه توجد حالات محددة ينتفي فيها هذا الحق بنص قانوني، ومن أمثلة ذلك ما نص عليها قانون المرافعات اليمني، م(٧٧)، والتي تنص على أنه لا تقبل دعوى صدر فيها حكم قائم... الخ.، كما لا تقبل الدعوى إذا وجد أي مانع قانوني آخر منصوص عليه في القوانين النافذة.

وقد حدد قانون المرافعات مواعيد لإقامة (الطلب) الإدعاء والدفع، ومخالفة ذلك يؤدي إلى عدم قبول الطلب أو الدفع لوجود مانع، أو تخلف شرط من شروط قبولهما، ومثل ذلك ميعاد الاستئناف وميعاد النقض، ووجوب تقديم الطلبات العارضة والتدخل قبل قفل باب المرافعة، وتقديم طلب وقف التنفيذ في صحيفة الطعن بالنقض، وتقديم طلب الرد قبل أي دفع أو دفاع، وطلب استئناف الأحكام الفرعية بعد صدور الحكم المنهي للخصومة، وتقديم الدفوع الإجرائية قبل التعرض للموضوع .

فجميع القيود الزمنية للإدعاء (الطلب) أو الدفع تعتبر شرطاً لقبولهما، فهي تتعلق بسلطة الشخص في الالتجاء إلى المحاكم، وسلطة المحاكم في منح الحماية القضائية [2]، ويترتب على ذلك عدم قبول الإدعاء (الطلب) أو الدفع لمخالفة مواعيد إقامته ولو كان القانون قد قرر جزاء آخر، كما هو الحال اعتبار الحجز كأن لم يكن لعدم إقامة دعوى صحة الحجز خلال ثمانية أيام من توقيعه، ومخالفة ميعاد إقامة هذه الدعوى يترتب عليها اعتبار الحجز كأن لم يكن وعدم قبول الدعوى التي تقام بها بعد انتهائه.[3]

والحال كذلك في مخالفة المواعيد المحددة لإقامة الدعوى في القانون الموضوعي كما هو الحال في دعاوى الشفعة، فإن هذا الأمر يتعلق بقبول الإدعاء (الطلب) وسلطة الالتجاء إلى المحاكم ويكون جزاء المخالفة هو عدم القبول م(٧٧) من القانون اليمني.[4]

خلاصة القول إن تحديد القانون لترتيب زمني يعتبر قيداً على سلطة الأشخاص في تقديم الإدعاء (الطلب) أو الدفع وهو يتعلق بقبوله، ويعتبر هذا القيد من النظام العام.[5]

---

(١) أستاذنا الدكتور/ عزمي عبد الفتاح - نحو فكرة عامة - ص٢١٥، د/ أحمد خليل - ص٢٢٣ .

(٢) أستاذتنا الدكتورة/ أمينة النمر- إجراءات الدعوى - ص٨٧- مرجع سابق .

(٣) أستاذتنا الدكتورة/ أمينة النمر- ص١١٨ - مرجع سابق .

(٤) وأن كان البعض يرى أن هذا الشرط يتعلق بعناصر الحق الموضوعي وبالتالي لا يعتبر شرطاً من شروط القبول، وإنما يكون محله هو الدفع بعدم جواز النظر راجع د/ أمينة النمر - ص ١٠٨ - المكان السابق .

(٥) راجع أحكام محكمة النقض المصرية الآتية: حكم في١٩٨٠/٢/١٩، ١٩٥٠/٥/٢٢، ١٩٥٢/١٢/٢٥، ١٩٥٩/٤/٢٣ - جميعها منشوره في أبو السعود- ص٤١٨ وما بعدها، حكم المحكمة العليا- الدائرة المدنية- لسنة ١٩٥٨م- منشور بواسطة د. حسن مجلي- مرجع سابق- ص١٢، وحكمها بتاريخ ١٩٩٩/٧/٢٨م- المكان السابق- ص١٦

ومن الموانع القانونية لقبول الإدعاء (الطلب) أن يكون الطلب الإضافي والمقابل مما نص عليه القانون صراحة، ووجوب توافر الارتباط بين ادعاء (الطلب) التدخل، والإدعاء (الطلب) الأصلي... الخ، كما يعتبر مانعا لقبول الدفع من وجوب إبداء جميع الأوجه التي يبنى عليها الدفع الإجرائي معا.

وإن كان البعض يرى أن فكرة (المصلحة) هي الشرط الوحيد لاستعمال حق الدعوى القضائية (الإدعاء والدفع) وأن باقي الشروط من الممكن بشكل أو بآخر أن توجد كأوصاف لشرط المصلحة اللازمة لقبول الطلب القضائي، وعلي ذلك فشرط الصفة والمانع القانوني المنصوص عليه في القانون الإجرائي أو الموضوعي - المدة أو الميعاد وعدم سبق الاتفاق على التحكيم والصلح وعدم سبق الفصل في الموضوع وغير ذلك من الشروط - يمكن دمجها كلها في شرط المصلحة اللازمة لقبول الإدعاء (الطلب) والدفع.[1]

نخلص من ذلك إلى أنه يجب أن تتوافر الشروط السابقة حتى يكون الحق الإجرائي صالحا لكي ينظره القاضي، وتسمى هذه الشروط بشروط قبول الدعوى، وهذه الشروط هي ذاتها شروط استعمال الحق الإجرائي الطلب بأنواعه والدفع بأنواعه، ويفصل في موضوعه بصرف النظر عما إذا كان يستند إلى حق موضوعي فعلا أم لا[2]، وعلى ذلك فالحق الإجرائي يجب أن تتوافر فيه شروط لقبوله، وإلا كان غير مقبول.[3]

---

(١) د/ فتحي والي -الوسيط - ص٧٠، أستاذنا الدكتور/ نبيل عمر - الدفع بعدم القبول - ص١٠٥، أحمد حشيش - الرسالة - ص٣٤٦ وما بعدها .

(٢) راجع د/ أحمد خليل - المرافعات - ص٢٠٣ - مرجع سابق .

(٣) د/ وجدي راغب - طبيعة الدفع بالتحكيم - مؤتمر العريش ١٩٨٧م تجميع د/ أحمد جامع - القاهرة - ١٩٨٨م - ص٩٩، راجع حكم محكمة النقض المصرية في ١٩٨٠/٤/٢٦ - أبو السعود- ص٦١، راجع أستاذنا الدكتور/ أحمد أبو الوفا - التعليق على م(١١٥) ص٥٥٠ - مرجع سابق، عكس ذلك في الفقه الإسلامي، راجع تفصيلا د. فتحي الدريني- نظرية التعسف في استكمال الحق- بيروت- ط٣- ١٩٧٧م- ص٢٥ وما بعدها.

المبحث الخامس
معيار التعسف في استعمال الحق الإجرائي

تمهيد: تنظيم التعسف في استعمال الحق الإجرائي:

سبق القول أن التعسف لا يرد إلا على استعمال الحق دون استعمال الحريات أو الرخص العامة. ففي أحكام المسئولية ما يكفل لرقابة هذا الاستعمال الأخير والتعويض عن مخاطره وأضراره.[1]

وإذا كان لكل حق غاية وهدف معلوم وله قيمة قانونية وهي التي تبرر حماية القانون لهذا الحق، فأنه يجب التزام هذه الغاية، أو الهدف وعدم الانحراف في استعمال الحق عنه، وقد استقرت نظرية التعسف في جميع القوانين، ومحلها في تقنين القانون المدني، ولم تقنن في قانون المرافعات وبصدور قانون المرافعات اليمني الجديد رقم (٤٠) لسنة٢٠٠٢م. قننت هذه النظرية في القانون الإجرائي م(١٧) والتي تنص على أن (حق الادعاء والدفاع مكفولان وفقا لأحكام القانون) وقد كان النص في المشروع ولا يجوز استعمالهما) ، رغم أن الفقه الإجرائي مستقر على أن هذه النظرية يجب إعمالها في القانون الإجرائي مع عدم النص صراحة عليها في القانون الأخير[2] ، على اعتبار أن التعسف يرد على جميع الحقوق استثناء[3] . وعلى ذلك نتكلم عن معيار التعسف في الفقه الإسلامي وفي النظرية العامة ، وفي قانون المرافعات .

---

(١) د/ حسن كيره – ص ١١٦٧ .

(٢) المكان السابق – ص ١١٤٧، ١١٤١ – رقم (٤١٣)، د/ وجدي راغب – مبادئ –ص٢٤٥ وما بعدها، عبد المنعم الشرقاوي – الرسالة – ص٥١، أستاذنا الدكتور/ نبيل عمر – الدفع بعدم القبول– ص٧١، أستاذنا الدكتور/ عزمي – نحو فكرة عامة – ص٢٤١ وما بعدها، أحمد حشيش – الرسالة – ص٣٨٩، د/ أحمد هندي – المرافعات – ص ٦٠٩، أستاذتنا الدكتورة/ أمينة النمر – قانون المرافعات – ص٢٣٣ – رقم (١٣٤)، مراجع تفصيلاً أستاذنا الدكتور/ أحمد أبو الوفا – نظرية الأحكام في قانون المرافعات – الطبعة السادسة ١٩٨٩ – الإسكندرية – ص١٥١ – رقم(٦٠)، وكتابه الدفوع – ص٥٠، د. آدم وهيب– شرح قانون الإثبات– بغداد ١٩٨٦م– ص٦٥.

(٣) راجع تفصيلاً د/ حسن كيره – ص١١٤٧ – رقم (٤١٤)، ولم تنص معظم التشريعات الإجرائية على فكرة التعسف في استخدام الحق الإجرائي كمبدأ عام فيها عدا النص في القانون الفرنسي م(١/٣٢) والتي تقضي بجواز الحكم بالتعويض عند الاستخدام التعسفي أو التسويفي لحق الدفع .

المطلب الأول

معيار التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي والنظرية العامة

أولا: معيار التعسف في الفقه الإسلامي:

فكرة التعسف معروفة في الفقه الإسلامي، وقد اختلف الفقهاء المسلمون على أساسها[1]، ونعتقد أن أساس معيار فكرة التعسف في استعمال الحق في الشريعة الإسلامية تكون في فكرة تحريم (الإسراف) في استعمال الحق، قال رسول الله صلى الله عليه وسلم (إن الحلال بين والحرام بين وبينهما أمور مشتبهات) هذا الحديث يعطينا عمقا كبيرا في المعنى بالنسبة للحلال والحرام، ويعني قوله صلى الله عليه وسلم (الحلال بين) إن الحلال ظاهر وواضح[2]، ومعنى قوله صلى الله عليه وسلم (وبينهما أمور مشتبهات)[3] أي أن المتشابهة تأتي من الإسراف، والإسراف معناه تجاوز الحد، فبعض الناس يسرفون في استخدام الحلال، فيزيدون منه[4]، قال تعالى (وكلوا واشربوا ولا تسرفوا أنه لا يحب المسرفين)[5] فالإسراف في استعمال الحق، أو في أي شيء يبغضه الله ولا يحبه[6]، فقد يكون الشيء حلالا في ذاته، ولكن الذي يأتيه عن طريق حرام، أو قد يكون الشيء حلالا وعن طريق مشروع، ولكن الذي يأتيه أخذ منه فوق حاجته فيكون إسرافا[7]، وكان العباس عم رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول: (كنا نترك ثلاثة أرباع الحلال خوفا من شبهة الحرام)[8]. وهكذا يمكن القول أن أساس (التعسف) في استعمال الحق الإجرائي يكون أساسه في تحريم الإسراف في استعمال هذا الحق، وقد قيل بحق أن أساس هذه النظرية في الفقه الإسلامي هو (أن لا يكون استعمال الحق منافيا لمقاصد الشرع)، ومقاصد الشرع تعني بوجه عام روح القانون، ومبادئه الأساسية العامة، كما تعني بوجه خاص الغرض أو الغاية من تقرير الحق وبالتالي ينتج عن ذلك تحريم التعسف في استعمال الحق[9].

---

(١) راجع د. فتحي الدريني- نظرية التعسف في استعمال الحق- ص٢٤٢ وما بعدها.

(٢) محمد متولي الشعراوي- الحلال والحرام- مؤسسة أخبار اليوم- القاهرة- لم يذكر تاريخ النشر- ص٣٠ .

(٣) رواه البخاري ومسلم.

(٤) المكان السابق - ص٣٧ .

(٥) الآية (٣١) من سورة الأعراف .

(٦) محمد متولى الشعراوى - المكان السابق .

(٧) المكان السابق .

(٨) نقلا عن المكان السابق - ص٣٨ .

(٩) د/ حسن كيره - أصول القانون - ص١١٥٤ - رقم (٤١٤).

ثانياً: معيار التعسف في فقه النظرية العامة:

اختلف فقهاء القانون[1] حول تحديد معيار محدد للتعسف إلى مجموعة من المعايير أهمها:

أ- معيار التعسف في النظرية العامة (للمسئولية التقصيرية):

ارجع البعض فكرة التعسف في أعمال الحق إلى المسئولية التقصيرية، وأنها تطبيق من تطبيقات المبدأ الأخير، والبعض الآخر قد جعل من الخطأ عماد المسئولية، وبالتالي اعتبار التعسف في استعمال الحق تطبيقاً عادياً من تطبيقات الخطأ التقصيري[2]، وقد حاول البعض إيجاد معيار للتعسف في نية الأضرار عند صاحب الحق دون نفع ظاهر يعود عليه، أو عند تخلف هذه النية في عدم مبالاته بما ينتج عن استعمال الحق من ضرر والمعيار الأخير اعتبر دور نظرية التعسف في استعمال الحق دوراً أخلاقياً[3].

ب- معيار التعسف (بالانحراف عن الغاية):

ذهب الفقه الحديث إلى القول أن معيار التعسف يحدد تحديداً طبيعياً بالانحراف عن غاية الحق[4] وتوازن المصالح وإذا كان معيار (قصد الإضرار بالغير) هو أقدم معايير التعسف وأكثرها شيوعاً، بمعنى أن يكون الإضرار بالغير هو القصد الوحيد من استعمال الحق[5]، فإن إثبات تمحض قصد الإضرار بالغير أمر عسير، فإن القضاء يعتمد في استخلاصه على انعدام المصلحة لدى صاحب الحق في استعماله لحقه، معتبراً هذا الانعدام قرينة على تمحض قصد الأضرار عنده[6]، لذلك ينبغي أن تكون مصلحة صاحب الحق ذات قيمة تبرر ما قد يصيب الغير من ضرر من جراء استعمال الحق، أما إذا كانت المصلحة تافهة بالقياس إلى الضرر الذي يحصل للغير بحيث لا يوجد بينهما تناسب إطلاقاً، فهذا دليل على انحراف في استعمال الحق[7]، وهذا المعيار يبرز فكرة توازن المصالح التي يراها بعض الفقه أساساً لنظرية التعسف في استخدام الحق.[8]

---

(١) راجع تفصيلاً د. فتحي الدريني- ص٣٠٨ وما بعدها.

(٢) راجع في عرض ذلك د. حسين كيره-أصول- ص١٠٨٥ وما بعدها- رقم (٤٠٠) مرجع سابق.

(٣) راجع تفصيلاً - المكان السابق - ص١١٠٨ - رقم (٤٠٥).

(٤) المكان السابق- ص١١٠٩، راجع أستاذنا الدكتور/ نبيل عمر- سلطة القاضي التقديرية- ص٣٦٧- رقم (٢٣٩)، راجع المذكرة التفسيرية لمشروع القانون- ص٢١ مشار إليه.

(٥) د/ حسن كيره - ص١١١٧ - رقم (٤٠٧) - مرجع سابق.

(٦) المكان السابق - ص١١١٨.

(٧) المكان السابق - ص١١٢٠ - رقم (٤٠٨) .

(٨) راجع المكان السابق - ص١١٢١- رقم (٤٠٨) .

وعلي ذلك فمعيار التعسف لا يخرج عن (التزام غاية الحق وعدم الانحراف عنها) [1]، وبالتالي لا يتوقف أعمال نظرية التعسف في الواقع على مدى التحديد الدقيق لمضمون الحق بقدر ما يتوقف على فكرة الحق نفسها وارتهانها بغاية معينة خاصة وأن حدود فكرة الحق- مهما بلغت دقة تعيينها - إنما ترسم مضمون الحق والتعسف إنما يتعلق بغايته.[2]

لذلك يخلص الفقه الحديث إلى إخراج نظرية التعسف عن فكرة المسئولية التقصيرية ليجعل منها مبدأ عاماً مستقلاً[3]. ذلك أن التعسف إنما يرتبط أساساً بفكرة الحق، وما يمثله من قيمة معينة يعترف بها القانون للحق وصاحبه بالتزام هذه الغاية، وترتفع بالانحراف عنها، ولذلك فالتعسف يتوافر مادام صاحب الحق قد انحرف في استعماله عن غايته حتى ولو لم يكن قد أخل بواجب الحيطة واليقظة العادية، وتظهر فكرة التعسف متعلقة أساساً بتصوير الحق وجعلها ميزاناً لاستعماله على ضوء غايته، لذلك تقوم فكرة التعسف في استعمال الحق بدور وقائي ودور علاجي على السواء بما تفرض على استعمال الحقوق من رقابة سابقة ولاحقه بحسب الأحوال، أما المسئولية التقصيرية فدورها علاجي فقط.[4]

وبناءً على ذلك فأنه يتعين على القاضي حينما يقوم بتقديره للتعسف في استعمال الحق، أن يعتد بمعيار المصلحة بحسبانها غاية الحق الشخصي إذ تتحدد بها الحدود الغائية للحق. ويستمد المعيار من ذات طبيعة الغاية. وهو ما يتضمن الحدود الحقيقية لغاية الحق، بحيث يعد الخروج عليها أو مناقضتها خروجاً على حدود الحق الغائية، وهو المجال الحقيقي لفكرة التعسف في استعمال الحق.[5]

المطلب الثاني

معيار التعسف في استعمال الحق الإجرائي

طبقاً لقانون المرافعات اليمني[6]

معيار التعسف في استعمال الحق الإجرائي هو الانحراف عن غايته[7]، يقصد بالغاية (ما لأجله وجود الشيء)[8] وغاية القضاء هي تحقيق العدل[1]، والنص العام في المادة (١٧) من قانون المرافعات

---

(١) المكان السابق - ص ١١٣٣ - رقم (٤١١).

(٢) المكان السابق - ص ١١٤٤ - رقم (٤١٤).

(٣) المكان السابق - ص١٠٨٨ - رقم (٤١١).

(٤) د/ حسن كيره - أصول - ص١١٠٤- رقم (٤٠٤)- مرجع سابق .

(٥) أستاذنا الدكتور/ نبيل عمر - السلطة التقديرية - ص٢٧٣ - رقم (٢٤٤)، أستاذنا الدكتور/ أحمد أبو الوفا- نظرية الأحكام - رقم (٦٠) - ص١٥١ .

(٦) راجع المذكرة التفسيرية، ومبررات المادة (١٦) من المشروع - ص٢١ - مشار إليه .

(٧) أستاذنا الدكتور/ نبيل عمر- المكان السابق، أستاذنا الدكتور/ أحمد أبو الوفاء- المكان السابق. المذكرة التفسيرية- المكان السابق.

(٨) على الشريف الجرجاني- كتاب التعريفات- ص١٦٦ .

اليمني والتي وردت تحت الفصل الرابع من الباب الأول تحت عنوان (المبادئ الحاكمة للقضاء والتقاضي) مفاده أن تكون فكرة التعسف نظرية عامة في القانون الإجرائي (قانون القضاء) هو الذي يحكم معيار التعسف دون تحديد، أو تعديد صور التعسف في استخدام الحق الإجرائي، وغاية الحق الإجرائي المنظم في القانون الإجرائي تحقيق نتيجة عادلة، ولا يكون ذلك إلا باستعمال المتقاضي للدعوى القضائية، ومن خلال هذا الاستعمال يتضح غاية القانون الإجرائي بإصدار القاضي كلمته الفاصلة في ذلك استناداً إلى الطلب القضائي المقدم من المدعي، وعلى من يدعي العكس (المدعى عليه) أن يثبت ذلك[٢]، ويأخذ نفس التنظيم الدفع وبقية الحقوق الإجرائية، ويرى البعض أن الحقوق الإجرائية تطبيق لفكرة الحق في النظرية العامة[٣]. ولكن نلاحظ أن القانون الإجرائي- قانون المرافعات (قانون القضاء) قد وضع ضوابط لاستعماله، وأهمها شرط سلبي عام مفاده عدم التعسف في استعمال الحق[٤] م(١٧) من القانون اليمني، ويكون الجزاء على مخالفة ذلك جزء وقائياً (عدم القبول)، أو مالياً (تعويضي) أو الجمع بينهما .

وإذا كان القانون قد نص على مبدأ عام آخر م(١٨) مفاده (ممارسة حق التقاضي يقوم على حسن النية)[٥]، إلا أن هذا المبدأ يكمل فكرة التعسف، وقد برر ذلك في المذكرة التفسيرية للمشروع بالقول أن هذا المبدأ هو مكمل للمبدأ الأول (التعسف)[٦]، المنصوص عليه بالمادة السابقة، ومعيار التعسف أساسه هو انحراف المتقاضين في استعمال حقوقهم الإجرائية ومجموع المبدئين يشتملان على فكرة واحدة وهو عدم التعسف في استعمال الحقوق الإجرائية، ومنها حق الإدعاء والدفع المنصوص عليهما في المادة (١٧)، والحكمة من النص على المبدأ الأخير (مبدأ التقاضي بحسن نية) ليكمل المبدأ الأول (التعسف) ويضم إليه كل حقوق التقاضي والتي قد تمارس خارج إطار استعمال حق الدعوى أو الدفاع، كإجراءات التنفيذ والالتجاء إلى النيابة العامة وهي من تطبيقات حق التقاضي[٧]، ومضمون

---

(١) راجع د/ فؤاد عبد المنعم- حكم الإسلام في القضاء الشعبي- ١٩٧٣- لم يذكر مكان النشر- ص٣٣ وما أشار إليها من مراجع هامش (١).

(٢) راجع حكم محكمة النقض المصرية في ١٩٧٣/١/١٢- مجموعة أحكام النقض- المكتب الفني- س٢٨- ص٢٣٢.

(٣) د/ حسن كيره -أصول - ص١١٤٧ - رقم (٤١٤) مرجع سابق .

(٤) د/ أمينة النمر - قانون المرافعات - ص٢١٤ - رقم (١٣٦) - مرجع سابق .

(٥) نص معظم التشريعات الإجرائية على هذا المبدأ- التقاضي بحسن نية- لأن بنبدأ حسن النية أحد مكونات المركز القانوني للخصم- راجع د. آدم وهيب- ص٦٧ وما أشار إليها من مراجع وأحكام، ويضيف أن ذلك من الواجبات الأخلاقية التي يلزم أن يتسم بها سلوك الخصم.

(٦) المذكرة التفسيرية لمشروع القانوني اليمني - مطبوعات مجلس النواب - ص٢١ .

(٧) المكان السابق، أراد المشرع أن تكون فكرة التعسف فكرة مستقلة بالقانون الإجرائي، لذلك وضع لها معيار محدد هو الانحراف عن استعمال الحق الإجرائي.

مبدأ التقاضي بحسن نية أن تمارس الحقوق الإجرائية بحسن نية وأن يسلك المتقاضي في الخصومة سلوك الرجل الطيب النزيه فلا يستخدم الإجراءات بقصد إطالة أمد الخصومة، كما يجب عليه الابتعاد عن الكذب والتضليل وإلا كان خصماً سيئ النية.[1] أي أن المقصود بسوء النية هنا أن يكون المتقاضي وهو يتخذ إجراءً أو طلباً، أو دفاعاً عالماً ألا حق له فيه، وإنما قصد بإبدائه مجرد تعطيل الفصل في الدعوى، أو الأضرار بالخصم الآخر.[2]

ومبدأ التقاضي بحسن نية تعبيراً لظهور السبب (النفسي) أو الباعث كحد لحرية الإرادة[3]، ويتضمن ربط العمل القانوني بفكرة التعسف، والسبب النفسي- الباعث- يتمثل بنية القائم بالعمل، وإذا كان استعمال الحق الإجرائي عملاً إرادياً فأنه يجب الاعتداد بالباعث أو النية، وصور انحراف النية في القيام بالعمل أضحت سبباً للجزاء[4]، والنص العام الوارد في المادة (١٨) من القانون اليمني يؤكد الاعتداد بالنية عند استعمال أي حق إجرائي.

ويتحقق التعسف (الانحراف في استعمال الحق الإجرائي)[5] ولو لم يترتب ضرر مادي على الخصم الآخر، فقصد الأضرار في حالة التعسف منعدم وإن وجد فهو هدف ثانوي، لأن الخصم المتعسف يهدف من ممارسة الإجراءات إلى تحقيق مصلحة ذاتية، فهو يستخدمها في الإطار القانوني المشروع ولكن بشكل ملتوٍ يخدم مصلحته بهدف الضغط على خصمه.[6] حتى يسلم بمطالبه أو يخسره خسارة باهظة، أو يربكه في ممارسة حقه في الدفاع .

وعلى ذلك إذا كان الأصل أن الخصم حر في مباشرة استعماله لحقوقه الإجرائية فأن هذه الحرية ليست مطلقة، فيسأل الخصم عن انحرافه في استعمال هذه الحقوق[7]، فإذا غالى صاحب الحق الإجرائي في استعماله، كما هو الحال في الدعاوى الكيدية كان مسئولاً عن ذلك لأن هذه الدعاوى تؤدي إلى زيادة أعباء القضاة، وبالتالي لا تؤدي الحماية القضائية هدفها.

---

(١) المكان السابق.

(٢) أستاذنا الدكتور/ أحمد أبو الوفا - نظرية الأحكام - ص١٥١- رقم (٦٠).

(٣) راجع السنهوري - الوسيط - ج٢ - ص٦٠٣ - رقم (٢٨٢).

(٤) راجع - م (١٢٣) مصري، م(١٨٦) فرنسي .

(٥) المذكرة التفسيرية لمشروع القانون- ص٢١ .

(٦) المكان السابق، أحمد حشيش- الرسالة السابقة- ص١٧٦ رقم (١٢٦)، عكس ذلك أستاذنا الدكتور/ عزمي عبد الفتاح عطيه- نحو فكرة عامة- ص٢٢٤ .

(٧) د/ وجدي راغب- مبادئ- ص٢٤٥- مرجع سابق .

وصور التعسف في القانون الإجرائي كثيرة ومنها سوء النية م(١٨) من القانون، والتسويف، والمماطلة (Dilatoire) وهو محاولة الحصول على أكبر قدر من الآجال عن طريق طرح دفوع مجردة من الأساس أمام القضاء، وإلزامه بالفصل فيها بهدف تأخير الفصل في القضية[١]، وتسمى بالأعمال (الخبيثة)، وقد قضت محكمة النقض المصرية على أنه يعتبر تعسفاً تعسف المدعى عليه إذا كان سلوكه سبيلاً في اللدد في الخصومة وإسرافه في المضارة بالمدعى عامداً وإثارة الخصومة أداة (ومكيدة) له، ووسيلة لإيذائه، والانتقام منه[٢]، ومن صورة التعسف في القانون الإجرائي استخدام الحق في مباشرة التنفيذ استخداماً تعسفياً، كما هو الحال (التعسف) في طلب حجز أموال مقابل دين يراد اقتضائه لا يتناسب مع المال المحجوز، ومن صورة أيضاً الدائن الذي يستعجل الحجز، كإجراء كيدي كي يشل القدرة الائتمانية لمدينة دون أن يكون هناك ضرورة فعلية للحجز، يكون متعسفاً[٣]، وعلى ذلك حكمت محكمة النقض الفرنسية بأن الدائن يكون متعسفاً إذا كان يعلم أن قيمة أحد أموال المدين ستكفي بمفردها لتحقيق الحماية التامة لدينه، ومع ذلك لجأ إلى الحجز على أموال أخرى، كما قضى أيضاً بأن الدائن يكون متعسفاً لأنه رغم ضآلة الفائدة التي تعود عليه، قد سارع بإجراء حجز على ما للمدين لدى الغير، أو توقيع حجز على عقارته[٤]، وقد ذهب البعض إلى أن هذه القاعدة تنطبق على المدين أيضاً في حالة استخدامه لحقه استخداماً تعسفياً.[٥] وهذه الصورة وغيرها تجمعها فكرة التعسف في استعمال الحق الإجرائي.

وقد ذهب البعض إلى تطبيق نظرية التعسف في استخدام الحق الإجرائي تطبيقاً حذراً[٦]، وترتيباً على ذلك فقد اشترط هذا الاتجاه ضرورة وجود الخطأ للقول بوجود التعسف (Abus)[٧] وذهب اتجاه أخر إلى التوسع في تطبيق نظرية التعسف كسلاح لمقاومة (التسويف) بأنواعه بحيث تستعمل في مجال

---

(١) أستاذنا الدكتور/ عزمي عبد الفتاح - نحو فكرة عامة -ص٢٤٨- مرجع سابق .

(٢) في ١٠/٤/١٩٥٢م - أشار إليه - المكان السابق - ص٢٤٧، راجع د/ إبراهيم سعد - ج٢- ص٢٨٤.

(٣) راجع أستاذنا الدكتور/ عزمي عبد الفتاح - قواعد - ص٢٢٧- ص٣٩٣ - مرجع سابق، أستاذتنا الدكتورة/ أمينة النمر - قوانين المرافعات - ج٢ - ص٢٣٤ - مرجع سابق .

(٤) راجع هذه الأحكام أشار إليها أستاذنا الدكتور/ عزمي عبد الفتاح - قواعد التنفيذ الجبري- ص٢٢٧-٢٢٨ - هامش - رقم (٣، ٤، ٥، ١) على التوالي.

(٥) المكان السابق - ص٢٢٨ .

(٦) أستاذنا الدكتور/ عزمي عبد الفتاح - نحو فكرة عامة - ص٢٢٤ - مرجع سابق.

(٧) المكان السابق ص ٢٤٤، ٢٤٥ وما بعدها.

الخصومة، كالشطب، والسقوط، ليحقق ذلك السرعة الإجرائية الذي يُعتبر من أهداف التشريع الإجرائي[1].

وعلى ذلك ففكرة التعسف لا ترد إلا على استعمال الحقوق الإجرائية دون غيرها، وترتبط في الانحراف عند استعماله عن غايته، ولا يشترط ضرر لذلك[2]، والعبرة في ذلك هي بإثبات (التعسف) في استعمال الحق الإجرائي[3]، الذي ينشأ ويتولد عند استعمال حق الدعوى، ويكون محل الطلب بأنواعه أو دفع بأنواعه[4].

وتطبيقاً لذلك لا مجال لتطبيق نظرية التعسف في استخدام الحق بالنسبة لمن يحكم لصالحه، ولا يعتبر رفض الطلب تعسفاً كانعدام تأسيس الطلب القضائي ولا يستوجب المسئولية، ومناط ذلك أن المتقاضي استخدام حقه استخداماً طبيعياً دون تعسف ويكون كذلك إذا استخدم وسائل إجرائية مخول له[5]. فإذا أخفق المتقاضي في الإثبات لا يدل بذاته على أنه كان (متعسفاً أو سيء النية) في إطالة أمد التقاضي.[6]

ولا يعتبر الحكم بالمصاريف على من خسر القضية تعويضاً بقدر ما هو التزام قانوني.[7]

وقد ذهب البعض إلى أنه يجوز الحكم بالتعويضات على من يخفق في دعواه وفي دفاعه إذا كان يعلم تمام العلم أنه لم يكن محقاً في هذا أو ذاك، فيكون قد قصد بذلك الكيد [8]، والحقيقة أن التعويض هنا جزاء عن تعسف في استخدام حق الدعوى وهو (الكيد).

---

(١) ينسب هذا الرأي إلى (أيفون) وتقرير رئيس الوزراء الفرنسي أمام الجمعية الوطنية، بمناسبة تقديم مشروع قانون المرافعات الفرنسي، أشار إليه أستاذنا الدكتور/ عزمي عبد الفتاح عطية ص ٢٤٩.

(٢) راجع المذكرة التفسيرية لمشروع القانون - ص١٢ - مشار إليه .

(٣) د. أحمد الصاوي- الوسيط- ص٣٩٦ رقم (٢٩٠)، د. أحمد أبو الوفا- الدفوع- ص٣١٧.

(٤) أي أن التعسف يكون عند الإدلاء بطلب أو دفع، وقد يكون عند رفع الطعن، أو عند اتخاذ إجراء من إجراءات التنفيذ، أو عند طلب استصدار أمر أو عند تنفيذه. راجع أستاذنا الدكتور/ أحمد أبو الوفا- نظرية الأحكام- ص١٥١ رقم (٦٠)- مرجع سابق.

(٥) أستاذنا الدكتور/ عزمي عبد الفتاح - ص٢٥٠- المكان السابق، د/ فتحي والي - الوسيط - ص٦٥٧- رقم(٣٤٣).

(٦) راجع حكم محكمة النقض المصرية في ١٩٦٩/٧/٣م أشار إليه أستاذنا الدكتور/ عزمي عبد الفتاح - ص٢٥٠ .

(٧) أستاذنا الدكتور/ أحمد أبو الوفا - الأحكام - ص١٣٦ - رقم (٥٤)، أساتذتنا الدكتورة/ أمينة النمر - قانون المرافعات - ص٢٠٩ - رقم (١٣١) .

(٨) أستاذنا الدكتور/ أبو الوفا - الدفوع - ص٥١- رقم (٢٠)، د/ نبيل عمر - الطعن بالاستئناف - ص٢٢٢- مرجع سابق.

المبحث السادس
جزاء (التعسف) في استعمال الحق الإجرائي

تمهيد: إذا كانت فكرة التعسف في استعمال الحق الإجرائي قد قننت في قانون المرافعات م(١٧) فإن الجزاء المترتب عليه يكون جزءاً إجرائياً.

ويقصد بالجزاء الإجرائي كل جزاء رتبه قانون المرافعات على مخالفة قاعدة معينة، والجزاء الإجرائي في جوهرة هو وضع، أو حكم عام مجرد لما سيكون عند مخالفة القاعدة القانونية، والجزاء في مضمونه سلبي ويتمثل في الحرمان من مال، أو مصلحة قانونية.[١]

وللجزاء الإجرائي صور متعددة منها الانعدام، والبطلان، وعدم القبول وعدم الاختصاص، نقض الحكم، واعتبار الدعوى كأن لم تكن، الشطب، سقوط الخصومة، الغرامة الإجرائية ... الخ. وهذه الجزاءات الإجرائية نظمت بقانون (المرافعات) والتشريعات المكملة له.

وسنتكلم هنا عن الجزاء الإجرائي الذي يرد على التعسف في استعمال الحق الإجرائي، وهو جزاء وقائي يتمثل في الدفع (بعدم القبول) وجزاء مالي (تعويضي).

المطلب الأول
الجزاء الوقائي لفكرة (التعسف) في استعمال الحق الإجرائي
(الدفع بعدم القبول)

سبق القول أن فكرة (التعسف) تجاوز فكرة (المسئولية) لأنها تعمل على رفع الضرر بمنع وقوعه أصلاً عن طريق حرمان صاحب الحق ابتداءً من استعمال حقه استعمالاً تعسفياً.[٢] أي أن الجزاء على التعسف قد يكون وقائياً مما يحول دون وقوع ضرر أصلاً ويتفادى قيام المسئولية التعويضية.

لذلك ذهب الفقه الإجرائي السائد إلى أن الدفع بعدم القبول يعتبر جزاء إجرائياً[٣]، وأن هذا الدفع أساسه (فكرة التعسف) لاستعمال المعيب لحق الدعوى الطلب والدفع[١] والواقع أن فكرة (عدم القبول)

---

(١) راجع د/ حسين كيره- أصول - ص١١٠٢ - رقم (٤٠٤)، د/ أحمد هندي - ص٣٦٧ .

(٢) أستاذنا الدكتور/ نبيل عمر- الدفع بعدم القبول - ص١٦٩- رقم (١٠٩)، د/ أمينة النمر - ص٤١٤.

(٣) راجع عبد الحميد أبو هيف- ص٣٢٣ - رقم (٤١٠)، د/ أحمد السيد الصاوي - الوسيط - ص١٣٨- رقم (٨٥)، د/ الشرقاوي- الرسالة- ص٥١- رق م(٤٦)، قرب ذلك د/ احمد هندي - المرافعات - ص٦٥٠، راجع في تعريف هذا الدفع حكم محكمة النقض المصرية بتاريخ ١٩٦١/١٢/٢٨م، ١٩٧٢/٥/٢٣م ، ١٩٧٩/٥/٢٣م، ونقض ١٩٧٢/٥/٢٣م، ١٩٨٨/٦/٢٦م أشار إلى ذلك أحمد هندي - المكان السابق، الشرقاوي وجميعي- المرافعات - ص ١٢١، راجع د/ أحمد هندي المرافعات- ص٢٠٣، د/ وجدي راغب- البحث السابق- ص٩٦، أحمد حشيش- الرسالة السابقة- ص٣٤٢- حكم النقض المصري- ١٩٨٠/٤/٢٦م- منشور في مدونة أبو السعود- ص٦١.

تواجه تعسف أو عدم تعسف الخصم في استخدام حقه الإجرائي، فالمحكمة قبل أن تنظر في وجود الحق المدعى به أو عدم وجوده، يجب عليها أن تتأكد من توافر شروط معينة يؤدي تخلفها إلى افتراض تعسف الخصم في استعمال حقه وبالتالي إلى الحكم بعدم القبول، وعدم الخوض في النظر فيما إذا كان صاحب الحق الإجرائي محقاً في دعواه أم لا.[١]

لذلك فالدفع بعدم القبول هو وسيلة دفاع يتوقى بها المتقاضي مقاضاته بحق إجرائي تعسفي من جانب خصمه، وغايته القانونية تتمثل في عدم قبول الحق الإجرائي الذي تعسف صاحبه باستعماله[٢]، أي أنه يستهدف منع المتقاضي من استعمال حقه الإجرائي استعمالاً تعسفياً[٤]. فالدفع (بعدم القبول) لا يكون وسيلة هجومية، وإنما أثراً قانونياً سلبياً يتمثل في (عدم قبول)[٥]، وتفادى الاستعمال المتعسف للحق الإجرائي مما يحول دون وقوع ضرر أصلاً، ويتفادى قيام المسئولية التعويضية، ولعل فكرة (عدم القبول) هي أهم وسيلة لذلك، إذن الدفع بعدم القبول هو وسيلة قانونية للوصول إلى غاية معينة هي عدم قبول (الحق الإجرائي) دعوى أو طلب أو دفع م(٧٥) من القانون اليمني لا تتوافر شروطه.

وإن كان الأمر كذلك فقد نص القانون الإجرائي (قانون القضاء) أو قانون المرافعات على المبدأ العام بمنع التعسف م(١٧، ١٨) ونصت المواد (٧٥، ٧٦ ، ٧٧) على شروط عامة لاستعمال هذا الحق، وكما وردت نصوص في مواضع مختلفة على شروط خاصة لبعض الحقوق الإجرائية، ومنها على سبيل المثال المادة (١٨١) والتي تقضي على أنه يسقط الحق في الدفع بعدم الاختصاص المكاني والدفع بالبطلان... وغيرها من سائر الدفوع الإجرائية إذا لم تبد جميعاً، أو ما يراد إبداؤه منها دفعه واحدة قبل الدخول في الموضوع، والمادة (١٨٩) التي توضح شروط الاختصام، والمادة (١٩١) والتي توضح شروط الإدخال أمام محكمة الاستئناف، والمواد (١٩٧، ١٩٨، ١٩٩، ٢٠٠، ٢٠١) المتضمنة شروط تقديم الطلبات العارضة... الخ.

---

(١) د/ أحمد خليل - المرافعات - ص٣٢٦ .

(٢) راجع د/ أحمد خليل - المرافعات - ص٣٢٥ - مرجع سابق، د. فتحي والي- الوسيط- ص٦٦- رقم (٣٧) .

(٣) د. أحمد خليل- المكان السابق - ص ٣٢٦ .

(٤) د/ الشرقاوي -الرسالة - ص٥١ - رقم (٤٦).

(٥) د/ نجيب سعد - القانون القضائي - ص٦٥٠ - رقم (٢٥٩)، د/ أمينة النمر - الوجيز في قانون المرافعات - ص ٤١- رقم (٤٠)، أستاذنا الدكتور/ نبيل عمر - الدفع بعدم القبول - ص١٦٩- رقم (١٠٩)، أستاذنا الدكتور أحمد أبو الوفاء- الرافعات-ص٢١١، رقم٢٠١.

وإن كانَ الأمر كذلك فإن الحق الإجرائي يخضع لشرط سلبي مفاده عدم التعسف في استعماله، بمعنى أن الحق الإجرائي يجب أن يستعمل طبقاً لشروطه القانونية، وإلا اعتبر غير مقبول، وقد أشارت المادة (٧٥) من القانون إلى الجزاء الوقائي، ومضمونه عدم قبول- الطلب أو الدفع- الذي لا يتوفر فيه شروط حق الدعوى[١]، أي أن هذا الدفع (عدم القبول) يوجه إلى شروط الحق الإجرائي، فإذا تخلف شرط من تلك الشروط للمتقاضي الآخر أن يدفع (بعدم قبول) الحق الإجرائي - الطلب أو الدفع - فيمتنع على القاضي النظر فيما قدم إليه.[٢] وهذا ما حكمت به محكمة النقض المصرية، والذي يقضي على أن الدفع بعدم القبول يرمي إلى الطعن بعدم توافر الشروط اللازمة لسماع الدعوى وهي الصفة، والمصلحة، والحق في رفع الدعوى باعتباره 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.[٣]

لا يشترط حصول ضرر للحكم بالجزاء الوقائي (عدم القبول):

إذا كان الحكم (بعدم القبول) جزاءً إجرائياً وقائياً لفكرة التعسف لاستعمال الحق الإجرائي فلا يلزم إثبات ضرر للحكم به وقد عبرت محكمة النقض الفرنسية عن ذلك بالقول (ينبغي أن يكون الدفع بعدم القبول حكماً بدون ثبوت ضرر من إبدائه، أو حتى وجود نص صريح بعدم القبول) [٤]، أي ليست العبرة بثبوت ضرر من عدمه، بل العبرة بوجود أو عدم وجود تعسف في استعمال الحق، مع ضرورة التمييز بين التعسف الصادر من الخصم وعن مبدى الدفع[٥]. لذلك فمن يدعى تعسف خصمه عليه إثبات ذلك طبقاً للقواعد العامة في الإثبات أي أن الأصل في استعمال حق الدعوى أنه مقبول - إذا كان غير تعسفي- وعلى من يطلب (عدم القبول) إثبات ما يدعيه، وأن لم يستطع الإثبات فالدفع مرفوض، ورفض الدفع بعدم القبول يعني، قبول الحق الإجرائي (الطلب أو الدفع).

---

(١) أستاذنا الدكتور/ عزمي عبد الفتاح- نحو فكرة عامة- ص٢٤٢، د/ أحمد هندي- المرافعات- ج٢ - ص٣٢٦-ص ٤٥٣، ص٦٥٠.

(٢) المكان السابق ، د/ أحمد خليل - المرافعات - ص٣٢٦، ص١٦١، أستاذتنا الدكتورة/ أمينة النمر - قانون المرافعات - ص٣١٠- رقم (١٩٣)، د/ وجدي راغب - البحث السابق - ص٩٩، حكم محكمة النقض المصرية في ١٩٦٢/٣/٢٩م - مجموعة أحكام النقض - ١٢- ٣٣٩ .

(٣) راجع الحكم السابق .

(٤) أشار إلى ذلك أحمد حشيش - ص٣٩٢ - الرسالة السابقة .

(٥) المكان السابق

سبب الحكم بعدم القبول:

وسبب الدفع (بعدم القبول) يكون في التحقق من وجود [illegible] استعمال الحق [illegible]، فإذا كان هذا الحق ينشأ من استعمال حق الدعوى القضائية، وكان هذا الحق [illegible] قانون المرافعات أو [illegible] القضاء)- ينظم الشروط الواجب توافرها لاستعمال هذا الحق، فإن تخلف شرط من شروط استعمال حق الدعوى القضائية كان سبباً للحكم (بعدم القبول) لذلك قيل بحق أن عدم القبول هو تكييف قانوني لطلب أو دفع قضائي (الحق الإجرائي) تخلفت فيه الشروط اللازمة لقبوله، ويؤدي الحكم بعدم القبول إلى امتناع المحكمة من نظر محل هذا الطلب أو الدفع (الحق الاجرائي)[1]، فامتناع المحكمة من نظر الطلب أو الدفع القضائي (الحق الإجرائي) يكون أثراً لتخلف الشروط اللازمة لقبول الطلب، أي ان الدفع بعدم القبول يتعلق بالشروط العامة أو الخاصة لقبول الدعاوى .

كيفية إبداء الدفع بعدم القبول:

وإذا كان الدفع (بعدم القبول) كجزاء قانوني لمخالفة قاعدة قانونية إجرائية آمرة أو مكملة، أي أنه جزاء إجرائي وقائي على الانحراف في استعمال الحقوق الإجرائية فإنه يمكن إبداؤه في أي مرحلة تكون عليها الدعوى، أي أمام درجات التقاضي المختلفة[2] م(١٨٧) من القانون اليمني، وإذا كان الدفع (بعدم القبول) وسيلة جزاء وقائي لاستعمال الحق الإجرائي، والذي ينشأ عند استعمال حق الدعوى، فإن الدفع بعدم القبول يجوز التمسك به في أية حالة تكون عليها الإجراءات، مادام استخدم هذا الدفع (بعدم القبول) استخداماً طبيعياً.[3]، المادة (١٨٧) التي تنص على أنه (يجوز إبداء الدفع بعدم القبول- عدم جواز النظر- أمام درجتي التقاضي في أي حالة تكون عليها الخصومة...). وترجع الحكمة في ذلك إلى طبيعة الدفع (بعدم القبول) وأنه جزاء إجرائي وقائي يتعلق (بعدم قبول) الحق الإجرائي- الطلب أو الدفع- لعدم توافر شرط من شروطه، لأنه من الممكن استعمال هذه الحقوق أمام القضاء في أوقات مختلفة، فإن العبرة في التمسك بالدفع (بعدم القبول) لا تكون بتوافر شروطه عند رفع الدعوى،

---

(١) أستاذنا الدكتور/ نبيل عمر - الدفع بعدم القبول - ص١٤٩ - رقم (١٠٩)، أستاذنا الدكتور/ أحمد أبو الوفا - الدفوع - ص٨٥٢- رقم (٤٦٩)، أستاذتنا الدكتورة/ أمينة النمر - الدعوى - ص٢١١- رقم (٩٥)، د/ أحمد هندي - ص٤٥٣. [illegible] المرافعات - ص٣٢٥، الشرقاوي وجميعي - المرافعات - ص١٢١- رقم (٨٣) - مرجع سبق

(٢) راجع في تكييف ذلك [illegible] نبيل عمر - الدفع بعدم القبول - ص٢٤١ .

(٣) ولهذا فإن الدفع (بعدم القبول- يجب منطقياً- لكي يحقق هدفه أن يبدي قبل الكلام في الموضوع غير أن القانون أجاز إثارته في أي حالة تكون عليها الإجراءات، مراعياً بذلك حقوق الدفاع، راجع د. فتحي والي- الوسيط- ص ٤٩٤.

وإنما وقت الحكم بالموضوع، ولذا كان منطقياً تمكين الخصم من التمسك بتخلف هذه الشروط في أية مرحلة قبل الحكم في الموضوع[1]. ولذا فإنه لا يجوز التمسك بالدفع (بعدم القبول) لأول مرة أمام المحكمة العليا إلا إذا كان متعلقاً بالنظام العام[2].

وإذا كان الدفع (بعدم القبول) هو الجزاء الوقائي لاستعمال الحق الإجرائي استعمالاً منحرفاً، كان هذا الجزاء له طبيعة إجرائية شأنه شأن الجزاءات الإجرائية الأخرى المنصوص عليها في قانون المرافعات، كما أن الطبيعة الإجرائية تكون للدفع بعدم القبول الذي يواجه مدد التقادم – الموضوعية – التي تشكل عقبة في سبيل مكنه الالتجاء إلى القضاء، ومن ثم يفقد الحق الإجرائي (الطلب) – المتضمن حقاً موضوعياً متقادماً– شرطاً من شروط قبوله، واعتبر المدعي متعسفاً في استعمال دعوة، ويستطيع الخصم الآخر التمسك بدفع ذلك بوسيلة إجرائية وهو الدفع (بعدم القبول)[3]، وكذلك الحال في الدفع بعدم القبول لاتفاق الأطراف على الصلح قبل رفع الدعوى[4].

وإذا كان الدفع (بعدم القبول) هو الجزاء الوقائي لاستخدام الحق الإجرائي استخداماً متعسفاً،فإن الدفع (بعدم القبول) لسقوط الخصومة – نتيجة لإهمال أحد الخصوم – هو الوسيلة (عدم القبول) الذي يستخدم من الخصم – التمسك بالسقوط – ضد خصمه الذي استخدم حقه تعسفياً كونه باشر حقه الإجرائي أو سلطته – استخدام حقه – في اتخاذ الإجراء بعد فوات الميعاد المحدد بالقانون لاتخاذه.[5].

---

(١) د/ فتحي والي – الوسيط – ص٤٩٤ –رقم (٢٨٦).

(٢) د/ أحمد هندي – المرافعات – ص٦٥٤ .

(٣) المكان السابق – ص١٨٧ – رقم (١٢٠).

(٤) المكان السابق – ص٢٢٤ – رقم (١٤٠).

(٥) أستاذنا الدكتور/ نبيل عمر – الدفع بعدم القبول – ص١٨٣ – رقم(١١٧) . ويرى البعض أن قاعدة (لا بطلان فيما لو تحققت الغاية من الإجراء) م(٤٩) من القانون تعتبر تطبيقاً لفكرة التعسف، بمعنى لا يقبل الدفع بالبطلان فيما لو كانت الفائدة منه لا تتعادل مع ما يصيب الخصم من ضرر، أي أن المتمسك بالبطلان عليه إثبات البطلان فقط ولا يحتاج لإثبات ضرر، وإذا أراد الخصم الآخر دفع (الدفع بعدم قبول البطلان) عليه إثبات تحقق الغاية من الإجراء الباطل، لذلك ذهب الفقه الاجرائي إلى أن أساس القاعدة السابقة تتمثل في فكرة المغالات (التعسف)، راجع أحمد حشيش– الرسالة السابقة – ص١٧٩– رقم (١٢٦)، ويشير إلى جميل الشرقاوي– نظرية البطلان في التصرف القانوني– ص١٣٢، رقم (٤٨)، الذي يقرر أن الأصل في البطلان– أن وجوده– لا يتوقف على وجود ضرر لأن البطلان ليس جزاءً تعويضاً، وليس مسئولية، وراجع م/ (١٢٤) من قانون المرافعات الفرنسي، راجع أبو الوفا– الدفوع– ص٩٥٩، عكس ذلك د/ فتحي والي– الوسيط– ص٢٠٤– رقم (٢٤٨) هامش رقم (٢٢١). وقارن د/أحمد الصاوي– الوسيط– ص٣٩٦– رقم (٢٩٠)، أبو الوفا– الدفوع– ص٣١٧. راجع أستاذنا الدكتور/ أحمد أبو الوفا– ص٣١٧، وما بعدها – رقم (٣١٩) ، راجع د/ إبراهيم نجيب سعد – ج٢– ص٣٩ – رقم (٣٢١)، راجع د/ أحمد هندي – المرافعات – ص٣٧٧– ص٣٨٢ .

وإذا كان الحق الإجرائي ينشأ عن استخدام حق الدعوى القضائية م(٧٠) من القانون اليمني والتي تنص على أن الدعوى (هي الوسيلة الشرعية أو القانونية لكل ذي إدعاء أو دفاع يرفعه إلى القاضي للفصل فيه وفقاً للقواعد الشرعية والقانونية)، فإن الدفع (بعدم القبول) يواجه الاستخدام التعسفي للطلب أو الدفع ويكون مناطة (عدم القبول) وهو تخلف شرط من شروط قبول (الطلب أو الدفع)، أي أن الدفع (بعدم القبول) وسيلة يتوقى بها المتقاضي مقاضاته بحق إجرائي (الطلب أو الدفع) تعسفي من جانب خصمه.

وإذا كان الدفع (بعدم القبول) جزاء إجرائياً وقائياً هو (عدم القبول) فإن سلطة المحكمة تتقيد في ذلك بالمقتضيات العامة لسلطة العمل القضائي[1] كما تتقيد بالمقتضيات الخاصة لإمكانية الحكم (بعدم القبول)، لذلك يتفق الفقه أن الدفع بعدم القبول المتعلق بالنظام العام تستطيع المحكمة إثارته من تلقاء نفسها[2]، طبقاً للمواد (٧٦ ، ١٨٢، ١٨٧) ... الخ، أي أن القاضي يثيره من تلقاء نفسه الدفع (بعد القبول) المتعلق بالنظام العام، إذا تبين له ذلك من الوقائع المفروضة عليه حتى لو امتنع الخصوم عن التمسك به، ومثل ذلك الطلبات الجديدة أمام الاستئناف م(٢٨٨/هـ)، والدفع بعدم قبول الطعن في الحكم لرفعه بعد الميعاد م(٢٧٥)، ومعنى ذلك أن القاضي يبحث في كل حالة على حدة لكي يرى مدى **تعلق الدفع بعدم القبول الذي يثور بصدده النظام العام[3].**

ونخلص من ذلك، أن الدفع (بعدم القبول) هو جزاء إجرائي يستهدف الوقاية (عدم القبول) من التعسف في استخدام حق الدعوى القضائية ولهذا (فعدم القبول) يغني عن الفصل في موضوع الحق الإجرائي (الطلب أو الدفع)، وأن التعسف يمكن أن يرد على كل حق إجرائي (طلب أو دفع) ينشأ نتيجة استعمال الدعوى، لأنه ينشأ عنها حقوق إجرائية كثيرة (طلب بأنواعه،أو دفع بأنواعه) أذن الحكم (بعدم القبول) هو جزاء إجرائي محله (التعسف) في استعمال (الحق الإجرائي) طلب أو دفع[4].

المطلب الثاني

الجزاء العلاجي (التعويضي) للتعسف في استعمال الحق الإجرائي

الجزاء التعويضي هو المبلغ النقدي الذي يتقاضه المتقاضي من المتقاضي الذي استعمل حقه استعمالاً تعسفياً.

---

(١) د/ وجدي راغب - الرسالة - ص ٥٧٧ .

(٢) أستاذنا الدكتور / نبيل عمر- الدفع بعدم القبول- ص ٢٥٧- رقم (١٦١)، ص ٢٤٩- رقم (٢٦٩)- مرجع سابق.

(٣) المكان السابق - ص٢١٢- رقم(١٣٤)، مرجع سابق.

(٤) راجع المكان السابق- ص٢٨١.

وعلى ذلك يستطيع المتقاضي طلب التعويض طالما المتقاضي الأخر قد استعمل حقه الإجرائي استعمالاً تعسفياً، وللمحكمة أن تحكم للخصم بناء على طلبه بتعويض على خصمه عن كل حق إجرائي- طلب، أو دفع- يقصد به (التعسف)[1]، وعلى ذلك فقد وردت نصوص عدة في القانون الإجرائي- قانون المرافعات- للجزاءات التعويضية تحكم بها المحكمة في حالة استعمال الحق استعمالاً تعسفياً، وقد جاء المبدأ العام على الجزاء التعويضي في المادة (١٧٠) من القانون التي تنص على أنه (يجوز للمحكمة أن تحكم للخصم بناء على طلبه بغرامة على خصمه عن كل دعوى، أو دفاع يقصد به الكيد كما يجوز لها دون طلب أن تحكم على ذات الخصم لذات الأسباب بغرامه مناسبة للخزانة العامة وأن تبين أسباب ذلك في حكمها)، كما وردت نصوص أخرى للجزاء التعويضي في حالة التعسف من ذلك ما نصت عليه المادة (٣١١) والتي تنص على أنه (إذا حكم بعدم قبول الالتماس صودرت الأمانة أما إذا حكم برفض الالتماس موضوعاً فتحكم المحكمة على طالب الالتماس بغرامة لا تزيد على عشرة ألف ريال وبمصادرة الأمانة، وبالتعويض للمتضرر أن كان له وجه)، والمادة (٣٠٠) والتي تنص على أنه (... وفي حاله عدم قبول الطعن أو رفضه تحكم على رافعه بالنفقات، ومصادرة الكفالة، وإذا تبين إرادة الكيد من الطاعن حكمت عليه بالتعويض للمطعون ضده)[2]، والمادة (٢٥٩) التي تقضي على أنه (إذا حكم بعدم قبول التدخل تحكم بالنفقات الخاصة بطلب التدخل على المتدخل)، والمادة (٢٥٧) والتي تنص (... ولا تدخل في نفقات المحاكمة التعويضات ولا ما قضت به المحكمة على الخصوم من غرامات بسبب تعطيل الفصل في الدعوى وعدم الامتثال لقراراتها وأوامرها)[3]، والمادة (١٤٢) والتي تنص على أنه (تحكم المحكمة عند رفض طلب الرد أو سقوط الحق فيه، أو عدم قبوله على طالب الرد بغرامة لا تزيد على خمسة عشر ألف ريال يكون منها مبلغ الكفالة المحددة ...)، والمادة (٢١١) والتي تنص على جزاء تعويضي في حاله التعسف عن التنازل عن الحق الإجرائي قضت الفقرة الثانية منها على أنه (...ويحكم على المتنازل بالنفقات وبالتعويضات اللازمة للمدعى عليه إذا طلبها...).

والتعويضات المقررة كجزاء (للتعسف) لاستعمال الحق الإجرائي لها ذاتية مستقلة عن التعويضات المقررة كجزاء (للمسؤولية التقصيرية) وهو ما توحي به المادة (١٩٨) التي تجيز طلب التعويض للمسئولية أن كان له وجه حيث نصت على أنه (للمدعي أن يقدم من الطلبات العارضة ما يأتي:

١-.....

---

(١) د/ إبراهيم نجيب سعد-جـ٢-ص٢٨٤ مرجع سابق.

(٢) في حالة الطعن بالنقض.

(٣) هذه المادة تفرق بين نفقات المحاكمة والتعويضات.

٢- طلب الحكم له بالتعويضات عن ضرر لحقه من الدعوى أو من إجراء فيها).

ولسنا هنا بصدد إيراد النصوص القانونية المقررة للجزاء التعويضي، أو حصرها في حالة التعسف، ولكننا نشير إلى أن فكرة التعسف الإجرائي فكرة خاصة لها ذاتية واستقلال عن فكرة المسئولية التقصيرية، ويتضح ذلك من خلال المواد السابقة الذي يكون طلب التعويض استنادا لفكرة التعسف، أما طلب التعويض طبقا للمسئولية التقصيرية فيستند إلى ضرر لحق الخصم وتكون محله في المسؤولية التقصيرية إذا توافرت مقتضياتها، وإن شئنا التدليل لما نذهب إليه يمكن الرجوع إلى المادة (٣٨٧) والتي تنص على أنه (إذا حكم ببطلان الحجز التحفظي أو بإلغائه لانعدام أساسه أو حكم برفض دعوى الحق الموضوعي يرتفع الحجز ، وتحكم المحكمة على الحاجز بغرامة لا تتجاوز خمسين ألف ريال، وبالتعويضات للمحجوز عليه أو المحجوز لديه عما أصابهما من ضرر بسبب الحجز...)[١]، وهذه المادة تقرر فكرة (التعسف) بصورة واضحة ودقيقة إذ ربطت الحكم بالغرامة المالية بمبلغ خمسون ألف ريال نتيجة للاستخدام السيئ للحق الإجرائي (دعوى ثبوت الحق، وصحة الحجز)، كما لو رفعت هذه الدعوى بعد المدة، أو لوقوع الحجز على مال غير مال المحجوز عليه، كذلك إلغاء الحجز التحفظي لانعدام أساسه[٢]، وعلى ذلك تكون الغرامة للحد من استخدام الدعاوى الكيدية وهو التعسف في هذا الجانب[٣]. وبالتالي لا يتطلب القانون ثبوت الضرر، وإنما إثبات (التعسف) وهو الانحراف في استخدام الدعوى المذكورة، أما لفظ (وبالتعويضات للمحجوز عليه والمحجوز لديه) في المادة السابقة يتمثل في طلب التعويض طبقاً للمسئولية التقصيرية أن كان لذلك مقتضى، وهو ما أشارت إليه المادة بقولها عما أصابهما من ضرر بسبب الحجز .

والحال كذلك عند الحكم بالغرامات المقررة لصالح الخزينة العامة في حالة (التعسف)، أو سوء نية رافعها، ويحدد غرامة خاصة يتعين الحكم بها عليه في هذه الأحوال، وقد تكون الغرامة جوازية، ويتعين على المحكمة أن تحكم بالغرامة من تلقاء نفسها متى كانت لصالح الخزينة العامة، وقد يجيز القانون منح الحكم بالغرامة كلها أو بعضها لصالح المتقاضي الآخر[٤]. والحكمة من تقرير التعويض المزدوج- الغرامة والتعويض- على التعسف يرجع إلى أن الغرامة المحكوم بها لصالح الدولة نتيجة

---

(١) راجع م(٣٢٤) من القانون المصري، راجع في شرح ذلك أستاذنا الدكتور/ عزمي عبد الفتاح- قواعد- ص٤٣٢.

(٢) راجع كتابنا - قانون التنفيذ الجبري - ص٣٧٤- مرجع سابق.

(٣) راجع المذكرة التفسيرية لمشروع القانون - مطبوعات مجلس النواب - ص٢٥١ .

(٤) راجع تفصيلاً أستاذنا الدكتور/ أحمد أبو الوفا- نظرية الأحكام - رقم (٦٤) - ص١٧٠ وما بعدها، وكتابه التعليق على قانون المرافعات - م(١٨٨) - ص٧٢٩، مشار إليهما، د/ إبراهيم نجيب سعد - ج٢ - ص٢٨٥ .

للتعسف- الانحراف- إن هذا التعسف قد تسبب في سلوكه المنحرف في الكيد للخصم الآخر المتعدي إلى الدولة، فالغرامة تؤدي إلى ضمان حسن سير العدالة.

ولم تحدد بعض التشريعات الحديثة مقدار الغرامة التي تحكم بها المحكمة على الخصم المتعسف ، و إنما أجازت للمحكمة الحكم بها بالكيفية التي تراها، وحكمت بغرامات كبيرة على الخصم المتعسف ردعا له على تعسفه، ومن شأن ذلك الإخلال من حالات التعسف.[1]

وإذا كان القانون قد كفل الحقوق الإجرائية للكافة م(١٧) فإنه لا مسئولية على من ولج أبواب القضاء، واستعمل حقه الأجر بان الطلب حقا يدعيه لنفسه وكان بذلك مستعملاً حقه طبقاً للشروط المحددة في القانون، ولكنه يسأل إذا انحرف عن استعمال حقه واستعمله استعمالاً كيدياً فثبوت التعسف (الانحراف) يؤدي إلى المسئولية[2].

والجزاء المالي على التعسف (الانحراف) في استعمال الحق الإجرائي يكون في جميع الحقوق الإجرائية، سواء حدث هذا الانحراف أو المماطلة في عملية الإعلان ، أو عند تقديم المستندات، أو عند رفع الدعوى ، أو عند تقديم طلب أو طعن[3].

ويعتبر الجزاء التعويضي على التعسف (الانحراف) من أهم صور الجزاءات الإجرائية المالية، وأكثرها ردعاً، ومن شأن ذلك أن يحد من الدعوى الكيدية، ويؤدي إلى استعمال الحقوق الإجرائية استعمالاً قانونياً وبالتالي يستطيع القضاء القيام بعمله على أكمل وجه.

والمحكمة المختصة في نظر دعوى (التعسف) هي ذات المحكمة التي تنظر الطلب أو الدفع (الكيدي) توفيراً للجهد[4]، ومنعاً لتناقض الأحكام أي انه يلزم الخصم الذي يعاني من تعسف خصمه الالتجاء إلى ذات المحكمة التي تمت أمامها الإجراءات التعسفية لأنها أدرى من غيرها وأكثر صلاحية منها في تقدير طلب التعويض، وإذا اتخذ الإجراء التعسفي أمام محكمة النقض فإن هذه المحكمة هي التي تختص وحدها بنظر التعويض عنه[5]، وطلب التعويض عن إجراء تعسفي من إجراءات التنفيذ،

---

(١) راجع المادة (٢٧٠) من القانون الفرنسي، وشرح ذلك د.أحمد هندي- أثار أحكام محكمة النقض.- ص ٥٣ =.

(٢) راجع حكم محكمة النقض المصرية في ٢٤/٣/ ١٩٨٣م ، طعن رقم ٤٦١ لسنة ٤٨ ق ، مجموعة المكتب الفني، السنة ٣٤، ص ٧٤٦، راجع د. أحمد هندي، أثار أحكام محكمة النقض وقوتها، ص ٥٠.

(٣) د. أحمد هندي-أثار أحكام محكمة النقض_ ص ٥٣، المرجع السابق.

(٤) المكان السابق - ص١٦٣، رقم (٦٢)، د/ نجيب سعد - ج٢- ص٢٨٥ .د. عبد الفتاح الصيفي، تأصيل الإجراءات، ١٩٨٥م ص ٢٣٧.

(٥) أستاذنا د.أحمد أبو الوفا- ص١٦٤- رقم (٦٢)، د. أحمد هندي، آثار أحكام النقض، الإسكندرية، ١٩٩٧م، ص٦٠.

فيكون قاضي التنفيذ هو المختص، ذلك أن طلب التعويض قد نشأ بسبب منازعة تنفيذ[1]. وبالتالي تعتبر من منازعات التنفيذ الذي يختص بها قاضي التنفيذ، كما أنه للمحكمة الجنائية الابتدائية نظر طلب التعويض عن تعسف لحق بالمتهم بسبب رفع الدعوى المدنية عليه إذا كان لذلك وجه، وإذا فات على المتهم المطالبة بهذا التعويض أمام المحكمة الجنائية كان له أن يطالب به أمام المحكمة المدنية[2].

ويلاحظ انه يمكن الجمع بين الجزائين الوقائي (الحكم بعد القبول) والمالي الحكم بالتعويض فجزاء (التعسف) في الدفع (بعدم القبول) بإبدائه متأخراً لا يكتفي برفض هذا الدفع، وإنما بجزء آخر (تعويضي)، فللقاضي أن يحكم بالتعويض على الخصم الذي يثير الدفع بعدم القبول متأخراً بقصد المماطلة.[3]

لا يشترط وجود ضرر للحكم بالتعويضات كجزاء للتعسف:

مما سبق يتضح أن التعويضات أو الغرامات التي يحكم بها القاضي في حالة التعسف في استعمال الحق الإجرائي لا يشترط للحكم بها ثبوت الضرر، بمعنى إذا قصد الخصم من استعمال حقه الإجرائي استعمالاً تعسفياً لا يشترط ثبوت الضرر للحكم عليه بالتعويض عن هذا التعسف بل يتطلب ثبوت التعسف فحسب، وبذلك فالتعويض أو الغرامة الإجرائية للتعسف لا تقدر بالضرر ولا ترتبط به وإنما ترتبط بالتعسف، أما الحكم بالتعويض في حالة المسئولية التقصيرية فهو جبر للضرر وليس جزاءً وردعاً، لذلك لم تشترط محكمة النقض الفرنسية في بعض أحكامها (ثبوت الخطأ) وثبوت الضرر في حالة طلب التعويض عن التعسف.[4]

وعليه يثبت التعويض بإثبات التعسف (أي الانحراف باستعمال الحق الإجرائي) ولو لم يترتب ضرر مادي على الخصم الآخر، فقصد الإضرار في حالة التعسف منعدم وأن وجد فهو هدف ثانوي[5]

وقد ذهب البعض[6] إلى اشتراط الضرر في حالة الحكم بالتعويض أو الغرامة عن التعسف وأن تطبيق نظرية التعسف في الحقوق الإجرائية تطبيقاً ضيقاً، على اعتبار أن الشخص المشاكس سيئ النية

---

(١) المكان السابق- ص١٧٠، د/ أحمد هندي- المرافعات- ص٣٢٩- مرجع سابق، د/ إبراهيم نجيب سعد- ج٢- ص ٢٨٤ وما بعدها - مرجع سابق .

(٢) د. عبد الفتاح الصيفي، تأصيل الإجراءات، المكان السابق.

(٣) راجع أحمد حشيش - الرسالة السابقة - ص٢١٥، والمادة (١٢٣) فرنسي، م(١٨٨) مصري .

(٤) أستاذنا الدكتور/ عزمي عبد الفتاح - قواعد - ص٢٢١- مرجع سابق، د. أحمد خليل - ص٣٢٩ .

(٥) المذكرة التفسيرية لمشروع القانون - ص٢١- مشار إليه، عكس ذلك أستاذنا الدكتور/ نبيل عمر - الطعن - ص ٢٢٣ مشار إليه، أستاذنا الدكتور/ عزمي عبدالفتاح - نحو - ص٢٤٤- مرجع سابق.

(٦) أستاذنا الدكتور/ نبيل عمر - الطعن - ص٢٢٣ -رقم (١٦٠)، أستاذنا الدكتور/ عزمي عبد الفتاح - المكان السابق، د. أدم وهيب - ص ٦٦ مرجع سابق.

يستطيع أن يتغلب على هذه النظرية بحيث يقع خطرها على أشخاص هم فعلاً في حاجة إلى الحماية القضائية، ويخشون استخدام حقهم في الدعوى خشية احتمال الحكم عليهم بالتعويض[1]. ويرد على ذلك أنه في الواقع العملي يلاحظ كثرة استعمال الحقوق الإجرائية استعمالاً تعسفياً، وبذلك يكون الجزاء رادعاً مهما لهؤلاء.

وإذا كان الفقه[2] والقضاء[3] يقرران أن مسئولية طالب التنفيذ (تنفيذاً لحكم مشمول بالنفاذ المعجل)، إلا أنهم يختلفوا على تحديد الأساس الذي يقوم عليه هذا الالتزام بالتعويض في هذه الحالة، ولكن يمكن تحديد هذا الأساس في فكرة (التعسف) في استخدام الحق الإجرائي فطالب النفاذ المعجل إذا استعمل حقه استعمالاً تعسفياً أو منحرفاً كما لو كان سيء النية كان مسئولاً عن ذلك، ويكفي لتحقق المسئولية في ذلك أن يلغي الحكم المشمول بالنفاذ المعجل.[4]

نخلص من ذلك أنه إذا استعمل الخصم حقه الإجرائي لا يكون مسئولاً عن استعماله لهذا الحق استعمالاً طبيعياً، أما إذا كان هذا الاستعمال (منحرفاً) أي استخداماً تعسفياً فأن ذلك يوجب المسئولية، لذلك نجد أن القانون قد قرر جزاء مالياً يوقع على المدعي في حالة إخفاقه في بعض الدعاوى - كما هو الشأن - في دعوى المخاصمة م(١٥٣) فمثل هذا الجزاء مقرر للحد من استعمال هذه الدعوى بقصد الكيد. وهذا الجزاء يحكم به ولو لم يترتب ضرر.

المبحث السابع
التنازل عن الحق الإجرائي

إذا كان الحق الإجرائي يرد على محل (الإدعاء أو الدفع) م(١٧) وغرض الخصم من الطلب (الإدعاء) تحقيق مصلحته التي تتمثل في (تقرير) من القاضي، وإلى وسائل دفاع (الدفوع) والتي تتمثل في (عدم تقرير) من القاضي ولذلك قيل أن الطلب وسيلة إيجابية أما الدفوع وسيلة سلبية.[5]

---

(١) أستاذنا الدكتور/ نبيل عمر - المكان السابق، د. آدم وهيب - ص٦٧ مرجع سابق.

(٢) راجع تفصيلاً - المكان السابق - ص٤٨٥ - رقم (٤٢٦) وما بعدها .

(٣) راجع حكم محكمة النقض المصرية في ٦٩/٣/٢٧ ، ١٩٤٨/١/١٥م، راجع حكم محكمة النقض المصرية في ٢٣ /٦٧/٥ مجموعة أحكام النقض - س١٨ - ص١٠٨٤.

(٤) راجع أستاذتنا الدكتور/ أمينة النمر - الدعوى - ص١٨ - مرجع سابق .

(٥) أستاذنا الدكتور/ احمد أبو الوفا - المرافعات المدنية - ص٢١١- قم (٢٠١)- مرجع سابق .

لذلك فقد نظم قانون المرافعات اليمني (التنازل عن الخصومة) في المواد (٢١٠ إلى ٢١٣) والتي تنص على أنه (يجوز للمدعي التنازل عن الخصومة في أية حالة تكون عليها الخصومة بإحدى الطرق الآتية...الخ)[١].

والمادة (٢١١) والتي تنص على أنه (يترتب على التنازل إلغاء جميع إجراءات الخصومة بما في ذلك إجراء رفع الدعوى... ويستثنى من ذلك أثر مرور الزمن على سماعها، ويحكم على المتنازل بالنفقات وبالتعويضات اللازمة للمدعى عليه إذا طلبها وإذا تنازل الخصم عن أية ورقة من أوراق المرافعات أو إجراء من إجراءات الخصومة اعتبرت الورقة أو الإجراء كأن لم يكن) .

والمادة (٢١٢) والتي تنص (يعتبر التنازل عن الحق المدعى به كاملاً تنازلاً عن الحق في الدعوى والخصومة...).

ومن هنا إذا كان الأصل في العمل الإرادي (العمل القانوني) بصفة عامة، أنه إرادة معبرة عنها[٢]، ولأن الأصل في العمل القانوني بصفة عامة، أن وجوده الخارجي يتحقق بالتعبير[٣]، لذلك فالأصل أنه ليس هناك - فكرة الحق الإجرائي - بغير التعبير عنه. والأصل هو جواز طرح أو إبداء أو إثارة، أو التمسك بالحق الإجرائي -م(١٠٠) من القانون- كتابياً كما يجوز طرح أو ابداء أو إثارة أو التمسك به شفاهه، والتنازل وأن كان عملاً إراديا، إلا أنه عمل إرادة إجرائية وهذا يعنى أن مضمون الإرادة في هذا العمل أنما هو مضمون سلبي إجرائي- وإذا كان مضمون التنازل عن فكرة الحق الإجرائي- من صاحب هذا الحق، فإنه يجب أن يكون معبراً عن هذا التنازل، صراحة أو ضمنا وإذا تنازل الخصم مع قيام الخصومة عن إجراء من إجراءات الخصومة أو ورقة من أوراق المرافعات اعتبر هذا الإجراء، أوالورقة كان لم تكن م(٢١١) من القانون .

وإذا كان النزول هو إسقاط يرد على الحق الإجرائي، فإنه يجب أن يكون هذا الحق ملك صاحبه بمعنى أن يكون الطلب (الإدعاء) أو الدفع المراد التنازل عنه غير متعلق بالنظام العام[٤] .

والنزول عن الحق الإجرائي يتمثل واضحاً في نص المادة (٢١٣) والتي تنص على أنه (التنازل عن الاستئناف يجعل الحكم الابتدائي نهائياً والتنازل عن الحكم يعتبر تنازلاً عن الحق الثابت به)، وتطبيقاً لذلك إذا وجد اتفاق بين الخصوم ولو قبل الدعوى على اعتبار أن يكون الحكم الصادر من

التنازل

(١) كان ينبغي على المشرع تنظيم التنازل عن الحقوق الإجرائية وليس المتنازل عن الخصومة.

(٢) جميل الشرقاوي- الرسالة ص٤٥- وما بعدها رقم (١٥).

(٣) المكان السابق- ص١٣٩- رقم (٤٩).

(٤) أستاذنا الدكتور / نبيل عمر -الدفع بعدم القبول- ص٢٢٨، رقم (١٤٥)، مرجع سابق .

محكمة أول درجة انتهائياً، فإن مثل هذا التنازل يعتبر تصرفاً إجرائيا ملزما للمتنازل، هذا التنازل يسقط الحق الإجرائي في الطعن[1] .

وعلى ذلك يكون التنازل عن الحق الإجرائي بالإرادة المنفردة لصاحبه، سواء كان التعبير عنها صريحاً أو ضمنياً، وقد أجاز البعض التنازل عن الحق الإجرائي مقدماً[2]، تطبيقاً لمبدأ سيادة الخصوم، ويقصد بهذا المبدأ أن النزاع الخاص ملك الخصوم، لهم أن يطرحوه على القضاء، ولهم إلا يطرحوه، وإذا رفع النزاع يستطيع الخصوم تركه، أو التنازل عنه أو إهماله وموقف القاضي من ذلك يجب أن يكون حيادي ولا شأن له في النزاع كقاعدة عامه.

كما أن للخصم حرية في استعماله لجميع الحقوق الإجرائية، أو عدم استعمالها، وبناء على ذلك يجوز للخصوم التنازل عن التمسك بالدفع طالما لم يتعلق هذا الدفع بالنظام العام[3]. كما يستطيع المدعى التنازل عن الخصومة فيما يتعلق بحقه فيها، فإذا تعلقت الدعوى بحق الغير أو بحق الله تعالى أو المصلحة العامة (لتعلقها بالنظام العام)، فإن التنازل لا ينصرف إلى هذا الشق. [4]

ولا يلزم موافقة الطرف الأخر على هذا التنازل إذا لم يكن من شانه الإضرار به. [5]

والنزول عن حق الدعوى لا يعنى بالضرورة النزول عن الحق الموضوعي المدعى به، مع ملاحظة أن النزول عن الحكم يتبع بالضرورة النزول عن الحق المدعى به م(٢١٣) من قانون المرافعات.

نخلص من ذلك إلى أن الحق الإجرائي ملك صاحبه، وبالتالي يجوز التنازل عنه إذا لم يتعلق بالنظام العام.

** **

---

(١) المكان السابق- ص٢٢٨ رقم (١٤٤) ويري أن التنازل عقد إجرائي ويذهب البعض إلى أن التنازل يتم بإرادة منفردة، راجع د/ وجدي راغب -مبادئ -ص٣٥٨ مرجع سابق. راجع في جواز التنازل عن حق الطعن مقدماً، المكان السابق.

(٢) المكان السابق- ص٢٤٤ مرجع سابق.

(٣) د/ وجدي راغب - مبادئ - ص٢٤٤- مرجع سابق .

(٤) المكان السابق - ص٢٤٣، أستاذنا الدكتور/ نبيل عمر - الدفع - بعدم القبول - ص٢٣٠ - رقم (١٤٥) - مرجع سابق .

(٥) أستاذتنا الدكتورة/ أمينة النمر- الدعوى-ص٤٦٧، رقم(١٧٧) مرجع سابق.

الخاتمة

نورد بعض الملاحظات الختامية على النحو التالي:

١- إن قانون المرافعات اليمني الجديد رقم (٤٠) لسنة ٢٠٠٢م قد تبنى فكرة التعسف في استعمال الحق الإجرائي، وجعل من (الانحراف من الاستعمال) هو معياراً للتعسف .

٢- يتفق قانون المرافعات اليمني الجديد مع بعض الفقه الإسلامي، والفقه الإجرائي الحديث على تعريف الدعوى، ومع إجماع الفقه الإسلامي والإجرائي على محل الحق الإجرائي (الادعاء والدفع).

٣- الحق الإجرائي حق شخصي شانه في ذلك جميع الحقوق، وينشأ ويتولد من استعمال حق الدعوى القضائية، وهو ما يخول صاحبه القيام بأعمال إجرائية لتحقيق مصلحة ذاتية، وهذا الحق يكون للمدعي والمدعى عليه معاً، ومحله في الإدعاء بالمعنى الواسع، أو الإدعاء والدفع .

٤- نطاق الحق الإجرائي ومضمونه ويتمثل بصفة أساسيه في الحقوق المتولدة عن استعمال الدعوى القضائية وهي السلطات أو المكنات أو القدرات التي يعطيها الحق وتخولها لصاحبه، وهذه السلطات تتمثل بصفة أساسية في الطلبات القضائية بأنواعه المختلفة، وسلطة الدفع، أو وسائل الدفاع- وسلطة الإثبات القضائي والحق في الطعن، والحق في طلب التنفيذ الجبري-والحق في الطلب الوقتي أو الطلب الولائي.

٥- شروط قبول هذا الحق في القانون اليمني تتمثل بالمصلحة والصفة، وعدم وجود مانع قانوني يمنع من الالتجاء إلى القضاء أو ممارسة هذا الحق .

٦- معيار التعسف في استعمال الحق في الشريعة الإسلامية هو بتحريم الإسراف، وبالتالي تحريم الظلم والطغيان.

٧- معيار التعسف في استعمال الحق الإجرائي في القانون هو (الانحراف عن استعماله) ولا يشترط الضرر للحكم بالجزاء المترتبة عليه، فالقانون الإجرائي قد وضع شرطاً سلبياً عاماً مفاده (عدم التعسف في استعمال الحق) ويترتب على عدم توافر هذه الشروط الجزاء الوقائي (عدم القبول) أوالجزاء التعويضي أو الجمع بينهما.

٨- يكون جزاء التعسف جزاءً إجرائيا وقائياً أو مالياً (التعويضي) أو الجمع بينهما وهذا ما يميز فكرة (التعسف) والتي تجاوز فكرة المسئولية في اقتصارها على رفع الضرر بمنع وقوعه أصلاً عن

طريق حرمان صاحب الحق ابتداء من استعمال حقه استعمالاً تعسفياً[1] ويتمثل جزاء (التعسف) في استعمال الحق الإجرائي فيما يلي:-

أ - جزاء وقائي : يتمثل في الدفع (بعدم القبول) الذي يعتبر جزاء إجرائياً شأنه شأن الجزاءات الإجرائية الأخرى بل أهمها، والدفع (بعدم القبول) هو وسيله دفاع يتوقى بها المتقاضى مقاضاته بحق إجرائي تعسف صاحبه باستعماله، فالمحكمة قبل أن تنظر في وجود الحق المدعى به أو عدم وجوده، يجب عليها أن تتأكد من توافر شروط معينه يودي تخلفها إلى افتراض تعسف الخصم في استعمال حقه، وبالتالي إلى الحكم (بعدم القبول) وعدم الخوض في النظر فيما إذا كان صاحب الحق الإجرائي محقاً في دعواه أم لا،أي أن الدفع (بعدم القبول) يوجه إلى شروط الحق الإجرائي الطلب (بأنواعه) والدفع (بأنواعه)، وإذا توفرت مقتضياته (الدفع بعدم القبول) يمتنع على القاضي النظر فيما قدم إليه .

ب- جزاء مالي (تعويضي) : ويتمثل في طلبه من الخصم على خصمه عن كل حق إجرائي تعسف صاحبه في استعماله وقد نص المشرع على جزاء تعويضي في حالة التعسف في استخدام الحق الإجرائي م(١٧٠) والتي تنص على مبدأ الجزاء التعويضي وعلى ذلك يجوز للمحكمة أن تحكم للخصم بناء على طلبه بغرامه على خصمه عن كل طلب أو دفع يقصد به (التعسف)، كما يجوز لها دون طلب **أن تحكم على ذات الخصم لذات الأسباب بغرامه مناسبة للخزانة العامة وبالتالي لا يتطلب القانون ثبوت ضرر، وإنما إثبات الكيد (التعسف)، وهو الانحراف في استعمال الحق الإجرائي.**

٩- فكرة الحق الإجرائي ترد على محل الطلب والدفع، والطلبات يستهدف بها المتقاضي تحقيق مصلحته التي تتمثل (تقرير)، وإلى وسائل دفاع- الدفوع- والتي تتمثل في (عدم تقرير) من القاضي، أي أن الطلب وسيلة إيجابية والدفع وسيله سلبية.

لذلك يجوز النزول عن الحق الإجرائي وإذا كان النزول هو إسقاط يرد عن الحق، لذلك يجب أن يكون هذا الحق ملك صاحبه بمعنى أن يكون الطلب أو الدفع المراد التنازل عنه غير متعلق بالنظام العام، ولا يلزم موافقة الطرف الآخر على هذا التنازل إذا لم يكن من شانه الأضرار به .

تم بحمد الله ،،،

---

(١) راجع د/ حسن كيره _أصول -ص١١٠٢ رقم(٤٠٤).

قائمة بأهم المراجع :

د/ إبراهيم نجيب سعد – القضاء الخاص– ج١ ، ج٢ – منشأة المعارف – الإسكندرية لم يذكر تاريخ النشر .

ابن منظور – لسان العرب . لم يذكر تاريخ ومكان النشر.

د/ أحمد أبو الوفا– المرافعات – منشأة المعارف – الإسكندرية –١٩٨٥م.

– نظرية الدفوع – منشأة المعارف – الإسكندرية ١٩٨٩م.

– نظرية الأحكام – منشأة المعارف – الإسكندريةم١٩٨٩.

– إجراءات التنفيذ – منشأة المعارف – الإسكندرية ١٩٨٥م.

المذكرة التفسيرية لمشروع القانون اليمني– مطبوعات مجلس النواب– صنعاء ٢٠٠٠م.

د/ أمينة النمر –الدعوى وإجراءاتها – منشأة المعارف – الإسكندرية ١٩٩٠.

– قوانين المرافعات، ج١، ج٢– منشأة المعارف– الإسكندرية– لم يذكر تاريخ النشر.

– الوجيز في قانون المرافعات– منشأة المعارف– الإسكندرية– لم يذكر تاريخ النشر.

د/ أحمد حشيش – الدفع بعدم القبول – رسالة حقوق الإسكندرية – ١٩٨٦م.

– تطور قانون المرافعات – الإسكندرية – ١٩٨٩م.

د/ أحمد خليل – المرافعات – الإسكندرية – ١٩٩٥م.

د/ أحمد مسلم – أصول قانون المرافعات – ١٩٨٦ .

د/ أحمد هندي – قانون المرافعات – ج١، ج٢ – الإسكندرية –١٩٩٤ .

ـ آثار أحكام النقض وقوتها، الإسكندرية، ١٩٩٧م.

د/ أحمد السيد الصاوي – الوسيط – القاهرة – ١٩٩٠م.

د/ جميل الشرقاوي – مصادر الالتزام – دار النهضة العربية – القاهرة – ١٩٧٠م.

د/ حسن كيره – أصول القانون – مصر – ١٩٥٧م .

د/ حسن علي مجلي– المبادئ القانونية في المسائل المدنية– صنعاء ٢٠٠٣م.

د/ رمزي سيف – الوسيط – الطبعة السابعة – القاهرة –١٩٦٧م .

د/ رمسيس بهنام – الإجراءات الجنائية تأصيلاً – الإسكندرية – منشأة المعارف – ١٩٨٦م .

د/ سعيد الشرعبي - حقوق الدفاع أمام القضاء المدني - رسالة حقوق عين شمس -١٩٩٧م.

د. سمير تناغو - النظرية العامة للقانون - الإسكندرية . لم يذكر تاريخ النشر.

د/ طلعت ديدار - سقوط الخصومة - رسالة حقوق - الإسكندرية - ١٩٩٢م.

د/ عبد الباسط جميعي - طرق تنفيذ الأحكام - القاهرة - ١٩٧٣م .

د/ عبد الرزاق السنهوري - الوسيط - ج١- بيروت - ١٩٨٥م .

د/ عبد المنعم الشرقاوي - نظرية المصلحة في الدعوى - رسالة .

د/ عبد المنعم الشرقاوي وعبد الباسط جميعي- شرح قانون المرافعات- دار الفكرالعربي- القاهرة- ١٩٧٥م .

د/ عبد الفتاح الصيفي - حق الدولة في العقاب - القاهرة - ط٢ - ١٩٨٥م.

د/ عزمي عبد الفتاح عطية - قواعد التنفيذ الجبري - القاهرة - ١٩٩٠م .

- نحو فكرة عامة للدعوى القضائية- دار النهضة العربية- القاهرة- ١٩٩٠م.

- واجب القاضي في تحقيق مبدأ المواجهة - القاهرة - ١٩٩٠م .

- قواعد التنفيذ الجبري ، القاهرة، ١٩٩٠م.

د/ علي الخفيف - أحكام المعاملات الشرعية . لم يذكر تاريخ ومكان النشر.

علي الشريف الجرجاني - التعريفات - لبنان - ١٩٧٨م .

د/ فتحى والي - الوسيط - دار النهضة المصرية - القاهرة - ١٩٩٣ .

- البطلان - رسالة مطبوعة . القاهرة، ١٩٥٨م.

د/ فتحي الدريبي - نظرية التعسف في استعمال الحق- دمشق- ١٩٧٧م.

د/ فؤاد عبد المنعم - حكم الإسلام في القضاء الشعبي - مصر- ١٩٧٣م.

د/ محمد إبراهيم زيد - قانون الإجراءات الجنائية اليمني - صنعاء ١٩٨٦م.

د/ محمد البكر - السلطة القضائية الإسلامية - القاهرة - ١٩٨٨م .

د/ محمد أحمد مرغم -إجراءات التنفيذ الجبري - دار الحكمة - صنعاء - لم يذكر تاريخ النشر.

محمد الأمين- مذكرة أصول الفقه على روضة الناخرللعلامةابن قدامه- بيروت- لم يذكر تاريخ النشر

د/ محمد حامد فهمي- تنفيذ الأحكام والسندات - لم يذكر تاريخ ومكان النشر .

د/ محمد عبد الخالق عمر – الحقوق الشخصية لأطراف الخصومة – بحث منشور بمجلة مصر المعاصرة – ١٩٧٠م .

د/ محمد شتا – قانون الإجراء المدني الإسلامي السوداني – مطبعة جامعة القاهرة – ١٩٨٥م .

محمد وعبد الوهاب العشماوي – قواعد المرافعات – لم يذكر مكان وتاريخ النشر.

محمد متولي الشعرواي –الحلال والحرام – القاهرة – لم يذكر تاريخ النشر .

د/ محمود هاشم – القواعد العامة للتنفيذ القضائي – القاهرة – ١٩٨٠م .

د/ محمد محمود إبراهيم ــ التكييف القانوني للدعوى – القاهرة لم يذكر تاريخ النشر.

معجم ألفاظ القرآن الكريم – مجمع اللغة العربية – القاهرة . لم يذكر تاريخ النشر.

د/ نبيل إسماعيل عمر – سبب الطلب القضائي – رسالة مطبوعة – ١٩٧٩.

– الطعن بالاستئناف – منشأة المعارف – الإسكندرية – ١٩٨٠.

– الدفع بعدم القبول– منشأة المعارف – الإسكندرية – ١٩٨٠م.

– سقوط الحق في اتخاذ الإجراء– منشأة المعارف – الإسكندرية – ١٩٨٣م.

– سلطة القاضي التقديرية – لم يذكر تاريخ ومكان النشر .

د/ نجيب أحمد عبد الله– قانون التنفيذ الجبري– دراسة مقارنة للقانون اليمني ومشروع تعديله– مطبوعات الشرعبي– صنعاء ٢٠٠٢م.

د/ وجدي راغب فهمي – النظرية العامة للعمل القضائي – رسالة مطبوعة، حقوق عين شمس.

– مبادئ الخصومة المدنية – القاهرة – ١٩٧٨م .

– النظرية العامة للتنفيذ القضائي – القاهرة – ١٩٧٨م .

الفهرس

الموضوع	رقم الصفحة
مقدمة وأهمية البحث وتقسيمه:	١٠٥
أهمية البحث وتقسيمه:	١٠٥
المبحث الأول	١٠٩
تعريف الحق في النظرية العامة والدعوى القضائية والحق الإجرائي	١٠٩
المطلب الأول	١٠٩
تعريف الحق في النظرية العامة	١٠٩
أ - تعريف الحق في الفقه الإسلامي :	١٠٩
ب - تعريف الحق لدى الفقه القانوني:	١٠٩
المطلب الثاني	١١١
تعريف الدعوى القضائية والحق الإجرائي	١١١
أولاً: تعريف الدعوى القضائية:	١١١
ثانياً: تعريف الحق الإجرائي:	١١٥
المبحث الثاني	١١٧
أركـــان الحـق الإجـــرائي	١١٧
المطلب الأول	١١٧
محل الحق الإجـرائي	١١٧
أولاً: الإدعـــــاء:	١١٧
ثانياً: الدفـــــاع :	١١٩
المطلب الثاني	١٢٢
أصحاب الحق الإجرائي	١٢٢
المبحث الثالث	١٢٤

نطـــاق الحـــق الإجـــرائي ---------- ١٢٤
المبحث الرابع---------- ١٢٦
شـــروط الحـــق الإجـــرائي ---------- ١٢٦
المطلب الأول ---------- ١٢٧
المصلحة---------- ١٢٧
المطلب الثاني---------- ١٣٠
الصفة ---------- ١٣٠
المطلب الثالث---------- ١٣١
عدم وجود مانع قانوني ---------- ١٣١
المبحث الخامس---------- ١٣٤
معيار التعسف في استعمال الحق الإجرائي---------- ١٣٤
تمهيد تنظيم التعسف في استعمال الحق الإجرائي ---------- ١٣٤
المطلب الثاني---------- ١٣٥
معيار التعسف في استعمال الحق في النظرية العامة ---------- ١٣٥
اولا معيار التعسف في الفقه الإسلامي:---------- ١٣٥
ب معيار التعسف في الفقه القانوني: ---------- ١٣٦
معيار التعسف في النظرية العامة (للمسئولية التقصيرية): ---------- ١٣٦
ب - معيار التعسف (بالانحراف عن الغاية): ---------- ١٣٦
المطلب الثاني---------- ١٣٧
معيار التعسف في استعمال الحق الإجرائي [1] ---------- ١٣٧
المبحث السادس ---------- ١٤٣
جزاء (التعسف) في استعمال الحق الإجرائي---------- ١٤٣
تمهيد: ----------

المطلب الأول ---------- ١٤٣
الجزاء الوقائي لفكرة (التعسف) في استعمال الحق الإجرائي---------- ١٤٣
لا يشترط حصول ضرر للحكم بالجزاء الوقائي (عدم القبول) : ---------- ١٤٥
سبب الحكم بعدم القبول:---------- ١٤٦
كيفية إبداء الدفع بعدم القبول:---------- ١٤٦
المطلب الثاني---------- ١٤٨
الجزاء المالي (التعويضي) للتعسف في استعمال الحق الإجرائي ---------- ١٤٨
لا يشترط وجود ضرر للحكم بالتعويضات كجزاء للتعسف: ---------- ١٥٢
المبحث السابع ---------- ١٥٣
التنازل عن الحق الإجرائي---------- ١٥٣
الخـــاتـــمـــــة---------- ١٥٦
الفهرس ---------- ١٦٣

بسم الله الرحمن الرحيم