الدفع بعدم القبول

للدكتور احمد ابو الوفا

مدرس قانون المرافعات

بكلية الحقوق بجامعة الاسكندرية

---

١ ـــ مقـدمة

٢ ـــ التعريف بالدعوى وحصر حالات الدفع بعدم قبولها

٣ ـ أحكام الدفع بعدم القبول

٤ ـــ الحكم الصادر فى الدفع

٥ ـــ الخاتمة

الدفع بعدم القبول Fin de non recevoir ou de non valoir ou de non procéder هو وسيلة دفاع moyen de défense يرمى الى انكار وجود الدعوى ، فهو يوجه اذن الى الوسيلة التى يحمى بها صاحب الحق حقه وما اذا كان من الجائز استعمالها أم أن شرط الاستعمال غير جائز لعدم توافر شرط من الشروط العامة التى يتعين أن تتوافر لقبول الدعوى ، أو لعدم توافر شرط خاص من الشروط المتعلقة بذات الدعوى المرفوعة «[1]» .

ولقد ذهبت الآراء فى تحديد أحكام هـــذا الدفع الى مذاهب شتى ، وليس فى طيات أى مذهب منها مايقطع برأى بصددها . ولعل الاضطراب فى دراسته وتفكك الرأى بشأنه يرجع الى ماله من طبيعة خاصة ، تختلف

---

(١) انظر فى هـــذا الموضوع على وجه الخصوص جلاســون وتسييه ١ رقم ٢٢٧ ومابعده وجارسونيه ١ رقم ٤٤٣ ومابعده وجابيو ١٢٥ وما بعـــده وسوليس (طبعة ١٩٥٠ ــ ١٩٥١) ص ٩٦ وما بعدها ومقال Beguet فى الدفع بعدم القبول (مجلة القانون المدنى ١٩٤٧ ص ١٣٣ وما بعدها) ومقال Vasseur فى مجلة القانون المدنى العدد الاخير سنة ١٩٥٠ رقم ١٥ومابعده فى Délais prefix, délais de prescription, délais de procédure ومؤلف Vanlaer « المرسوم بقانون الصادر فى ٣٠ اكتوبر ســـنة ١٩٣٥ » الجزء الاول ص ٢٧٨ وملحق جلاسون ٥ رقم ٢٢٧

ومقال Vizioz فى observations sur l'Etude de la procédure civile بمجلة Revue générale du droit سنة ١٩٢٧ وما بعـــدها ومؤلف الدكتور عبد المنعم البدراوى فى « أثر مضى المدة فى الالتزام »سنة ١٩٥٠ رقم ٢٦٨ وما بعده ومؤلف الدكتور الشرقاوى فى « نظرية المصلحة فى الدعوى سنة ١٩٤٧ رقم ٣٧٨ وما بعده ومؤلف المرحوم العميد محمد حامد فهمى فى المرافعات رقم ٣٨٣ ومؤلف الدكتور الشرقاوى فى المرافعات رقم ٦٦ ومؤلفنا فى المرافعات رقم ١٨٥ وما بعده والمذكرة التفسيرية لقانون المرافعات .

عن طبيعة الدفوع الموضوعيـــة والدفوع الشكلية ، وتجعله يحتل مركزا وسطا بينهـــا ، فهو فى بعض الاحوال يتفق مع الدفوع الموضوعيـــة فيما يختلف فيـــه مع الدفوع الشكليـــة ، وفى أحوال أخرى يتفق مع الدفوع الشكلية فيما يختلف فيه مع الدفوع الموضوعية .

فالدفع الموضوعى من الجائز ابداؤه فى أية حالة تكون عليها الدعوى لانه لايعـــدو أن يكون وسيلة دفاع تتعلق بذات الحق والاصـــل انه من الجائز ابداء أوجه الدفاع هذه فى أية حالة تكون عليها الدعوى ولو لاول مرة فى الاستئناف ، والدفع الموضوعى يوجه الى أصل الحق فالحكم بقبوله يترتب عليه حسم النزاع على أصل الحق ، كما يحوز هذا الحكم حجيـــة الشىء المحكوم به فلا يجوز تجديد النزاع أمام المحكمة التى أصدرته أو أمام أية محكمة أخرى ، واستئنافه يطرح الموضوع من جديد على المحكمة الاستئنافية فيتعين عليهـــا ان هى الغت الحكم المطعون فيـــه أن تقضى من جديد فى موضوع الدعوى وذلك بناء على ما للاستئناف من أثر نقل النزاع الى محكمة الدرجة الثانية .

والدفع الشـــكلى لايوجه الى ذات الحق المدعى به انمـــا يوجه الى الخصومة ـ باعتبارها مجموعة اجراءات يتعين على الخصم مبـــاشرتها اذا شاء الالتجاء الى القضاء للحصول على المنفعـــة التى يخولها له حق معين يدعيه . فالدفع الشكلى اذن عائق مؤقت obstacle temporaire يوجه الى اجراءات الخصومة بدعوى مخالفتها للاوضاع التى رسمها قانون المرافعات ويقصد به تفـــادى الحكم فى الموضوع بصفة مؤقتة . ولم يجز القـــانون التراخى فى ابدائه بل أوجب على الخصـــم أن يدلى به قبل التـــكلم فى الموضوع والا سقط الحق فيه وذلك منعا من تأخير الفصل فى الدعوى لان الوضع الطبيعى أن يستنفد الخصم أولا وسائل دفاعه التى تتعلق بشكل

الاجراءات ثم يعرج على الموضوع ، كما أن الوضع الطبيعى أن يبحث القاضى فى صحة الاجراءات قبل بحث الموضوع لان الفصل فى الدفع الشكلى قد يغنيه عن التعرض للموضوع اذ يترتب على قبوله انقضاء الخصومة أمامه دون الفصل فى موضوعها • انما اذا تعلق الدفع الشكلى بالنظام العام فمن الجائز ابداؤه فى أية حالة تكون عليها الدعوى ، كما أن القاعدة أن القاضى عليه أن يراعى من تلقاء نفسه كل مايمس النظام العام • والحكم الصادر بقبول الدفع الشكلى لايمس أصل الحق وبالتالى لايترتب عليه انهاء النزاع بصدده ، انما يترتب عليه انقضاء الخصومة أمام المحكمة ومن الجائز تجديدها باتخاذ الاجراءات الصحيحة • واذا استؤنف هذا الحكم فان ولاية محكمة الدرجة الثانية تقتصر على اعادة النظر فى الدفع ولايجوز لها أن تقضى فى موضوع الدعوى ان هى الغت الحكم المستأنف، بل يتعين فى هذه الحالة أن تعاد القضية الى محكمة الدرجة الاولى لتفصل فى موضوعها لانها لم تستنفد ولايتها بالنسبة لموضوع الدعوى •

أما الدفع بعدم القبول فهل من الجائز الادلاء به فى أية حالة تكون عليها الدعوى ، وهل الحكم الصادر بقبوله يترتب عليه حسم النزاع فى الموضوع أ مايترتب عليه مجرد انهاء الخصومة ، وهل يترتب على استئناف الحكم الصادر بقبوله طرح الخصومة برمتها على محكمة الدرجة الثانية أم أن ولاية هذه المحكمة تقتصر على مجرد الفصل فى موضوع الدفع ، وهل يجوز للمحكمة أن تقضى من تلقاء نفسها بعدم قبول الدعوى ؟ •

هذا ، ومن ناحية أخرى كل ما تقدم يثار اذا سلمنا بأن للدعوى كيان مستقل وليست هى بذات الحق المدعى به ، انما اذا قيل ان الدعوى هى ذات الحق متحركا الى القضاء أفلا يكون الدفع الموجه اليها موجه اليه فى واقع الامر ، وعلى ذلك يعد دفعا موضوعيا ، ويسرى عليه ما يسرى على الدفع الموضوعى من قواعد ؟ •

نعرف أولا الدعوى ونحدد العلاقة بينها وبين الحق الذى تحميه لنخلص الى تحديد طبيعة الدفع الموجه اليها وما اذا كان يعد دفعا موضوعيا

أم دفعا من نوع خاص ثم من ضوء هذا البيان نعرج على دراسة أحكام الدفع .

التعريف بالدعوى
وحصر حالات الدفع بعدم قبولها

١ ــ شاع الاضطراب فى دراسة نظرية الدعوى فى فقه المرافعات فى فرنسا وفى مصر ، لانها لم تحظ بالعناية اللازمة من المشرع الفرنسى وقت وضعه لقانون المرافعات ، اذ لم يستجب الى من نادى بوجوب تعريف الدعوى وتحديد شروط قبولها اعتقادا منه بأن هذه المسائل تغلب عليها الصفة الفقهية ، فجاء القانون الفرنسى ومن بعده القانون المصرى (القديم) خاليا من أية اشارة اليها ، تاركا للفقه والقضاء العناية بها وبتفصيلاتها . ولما كانت هذه النظرية تشغل مركزا وسطا بين القانون المدنى وقانون المرافعات فقد تحرز كل من شراح هذين القانونين فى الافاضة فيها اتكالا منه على الآخر . ونتيجة لهذا وذاك جاءت نظرية الدعوى يشوبها بعض اللبس والغموض .

٢ ــ والدعوى كما يراها الفقه القديم والحديث هى « سلطة الالتجاء الى القضاء بقصد الحصول على تقرير حق أو لحمايته «[1]» » . ويعرفها أحد الشراح بأنها « سلطة الالتجاء الى القضاء بقصد الوصول الى احترام القانون «[2]» » ، وبهذا المعنى يعرفها دوجى اذ يقول انها « حماية لقاعدة

---

(١) ويعرفها Solus بأنها السلطة القانونية المخولة الى شخص للالتجاء الى القضاء بقصد حماية حقه

Le pouvoir légal donné à une personne de s'adresser à la justice afin d'obtenir la sanction de son droit.

انظر cours de droit judiciaire privé pour la licence, 3ème année (1950-1951) ص ٤١

(٢) Un pouvoir légal, permettant aux agents publics ou aux particuliers de s'adresser à la justice pour obtenir le respect de la loi.

انظر vincent ص ١٢ رقم ١٠ . وانظر ايضا تعريف chiovenda فى مقال Vizioz المقدمة الاشارة اليها .

مقررة فى القانون «١» .

وسواء أخذ بهذا التعريف أو ذاك فالدعوى تتميز بما يأتى :

أولا : أنها وسيلة قانونية une voie de droit يلجأ بمقتضاها صاحب الحق الى السلطة القضائية ، أى الى المحاكم ، لحماية حقه . وهى بهذا تتميز عن وسائل قانونية أخرى أباحها المشرع يلجأ بمقتضاها صاحب الحق الى سلطات أخرى . فمثلا تجيز المادة ١٩ من الامر العالى الصادر فى ٢٢ فبراير سنة ١٨٩٤ (بشأن الترع والجسور العمومية والمساقى الخصوصية وما يتعلق بها) لمن لحقه ضرر من عبث بمسقى أو بمصرف أن يلجأ الى الجهات الادارية ، وخول هذه الجهات سلطة الفصل فى اعادة الحالة الى أصلها بالطرق الادارية ايثارا للسرعة التى تقتضيها الحال «٢» .

ثانيا : أنها هى السلطة التى خولها القانون للاشخاص للذود عن حقوقهم بعد أن حرمهم من اقتضاء حقوقهم بأنفسهم ، وبتعبير آخر الدعوى هى الوسيلة الحديثة التى استعيض بها عن الانتقام الفردى . ففى العهد الفطرى للمجتمع كانت القوة تحمى الحق ، أما فى العصور الحديثة فالاصل أنه لايجوز لاى شخص حماية حقه بنفسه . وانما أباح المشرع للافراد ، فى ظروف استثنائية خاصة ، حماية حقوقهم بأنفسهم كما هو الحال بالنسبة لحق الحبس وحق الدفاع الشرعى . فالمادة ٢٤٦ من القانون المدنى تنص على أن لكل من التزم باداء شىء أن يمتنع عن الوفاء به ، مادام الدائن لم يعرض الوفاء بالتزام مترتب عليه بسبب التزام المدين ومرتبط به ، أو مادام الدائن لم يقم بتقديم تأمين كاف للوفاء بالتزامه هذا . والمادة ١٦٦ تنص على أن من أحدث ضررا وهو فى حالة دفاع شرعى عن نفسه أو ماله أو عن نفس الغير أو ماله ، كان غير مسئول ، على ألا يجاوز فى دفاعه القدر

---

(١) ديجى « شرح القانون الدستورى » الطبعة الثالثة جزء ١ ص ٢٦٦

(٢) انظر فى مدى اختصاص الادارة بهذه المنازعات كتابنا « المرافعات المدنية والتجارية » رقم ٢٥٢ ص ٢٦٩ .

الضرورى ، والا أصبح ملزما بتعويض تراعى فيه مقتضيات العدالة .

ثالثا : أن استعمال الدعوى أمر اختيارى أى انها رخصة faculté لصاحب الحق ، فله مطلق الحرية فى الالتجاء أو عدم الالتجاء الى القضاء للمطالبة بحقه. ولكن العلامة Ihgerin فى كتابه Le combat pour le droit يرى أنه يتعين على كل صاحب حق اذا ما اعتدى على حقه أن يباشر الدعاوى التى يملكها لانه يرى أن مباشرة الدعوى فى هذا الصدد ليس واجبا على صاحب الحق نحو نفسه فحسب وانما هى واجب عليه نحو المجتمع ، اذ لايحترم القانون فى المجتمع ولايسود فيه العدل والاطمئنان الا اذا باشر كل عضو فيه ماله من حقوق «[1]» .

ومما لاشك فيه أن هذه الفكرة مثالية ، ولكنها تقتضى أن تكون جميع الاحكام التى يصدرها القضاء صحيحة من ناحية الشكل وعلى حق من ناحية الموضوع ، وهذا لايتصور الا اذا خلت نفوس المتقاضين من الضغائن والاحقاد ، وبعيد أن يتحقق هذا .

٣ ــ العلاقة بين الدعوى والحق الذى تحميه :

رأينا أن الدعوى هى سلطة الالتجاء الى القضاء بقصد تقرير حق أو حمايته ، أو ــ بعبارة أعم ــ بقصد الوصول الى احترام القانون .

أما الحق فهو فى نظر اهرنج وفى نظر من اتجه الى رأيه « مصلحة مادية أو أدبية يحميها القانون » .

وقد قيل وفقا للنظرية التقليدية ان الدعوى هى الحق نفسه فى حالة الدفاع أو فى حالة التحرك ، فهو يبقى هادئا اذا لم يتنازع فيه ، وانما ينشط اذا ما أنكر أو اعتدى عليه . فالحق يمثل حالة قانونية هادئة ، والدعوى تمثل الحالة القانونية نفسها وقت التحرك

(٢) Le droit est l'état statique, l'actions est l'état dynamique d'une même situation juridique

---

(١) سوليس المرجع السابق ص ٤٢ .

(٢) جارسونيه ١ رقم ٣٥١ ص ٥٢٠ وجابيو رقم ٥٩ وابو هيف ١ رقم ٤٠١

ودليل هذا الاتجاه :

أولا : أن الحق والدعوى يولدان معا وتبقى الدعوى مابقى الآخر . فكل حق تحميه دعوى ولا يتصور له كيان بغيرها لان الحق الذى لايمكن حمايته بالالتجاء الى القضاء لايعد مكتمل الوجود .

ثانيا : موضوع الدعوى هو نفس موضوع الحق ، فصاحب الحق يلتجىء الى القضاء للمطالبة بنفس المنفعة التى يكتسبها فيما لو اعترف له بحقه .

ثالثا : تتصف الدعوى بنفس أوصاف الحق فهى مثله اما عينية أو شخصية أو مختلطة ، واما أن تكون عقارية أو منقولة ، واما أن تكون قابلة للانتقال الى الغير أو غير قابلة ، قابله للقسمة أو غير قابلة .

رابعا : لكل حق دعوى واحدة تحميه ، فان كان للشخص حق واحد كانت له دعوى واحدة ، وان أمكن لشخص أن يرفع دعاوى متعددة ناشئة عن واقعة قانونية واحدة فذلك لان هذا الشخص يملك حقوقا متعددة بقدر تلك الدعاوى ، فمالك العقار مثلا اذا ما اعتدى على حقه كان بالخيار بين أن يرفع دعوى الحيازة أو دعوى المطالبة بالحق أو دعوى بتعويض الضرر الذى أصابه باتتهاك حرمة ملكيته ، فدعوى الحيازة تحمى الحيازة بصفة مؤقتة الى أن الفصل فى أصل الحق موضوع الحيازة ، ودعوى الملكية تحمى حق الملكية ودعوى التعويض تستند الى حق المالك فى تعويض الضرر الذى لحقه «٢» .

٤ ــ وقيل فى النظرية الحديثة ان الدعوى ليست هى ذات الحق الذى

---

(١) جارسونيه ١ رقم ٣٥١ ص٥٢٠ وجابيو رقم ٥٩وابو هيف ١رقم٤٠١

(٢) ابو هيف ١ رقم ٤٠١ وقارن جارسونيه ١ رقم ٣٥١ ــ فقد قال جارسونيه انه قد يكون للمدعى حق واحد ومع ذلك يكون له فى اقتضائه دعاوى متعددة (رقم ٣٥٣) .

تحميه ، ففى العهود القديمة حيث كان الشخص يذود عن حقه بنفسه يصح أن يقال ان الحق وحمايته يختلطان معا أو هما شيء واحد ، وانما متى أصبح الالتجاء الى القضاء هو الوسيلة الوحيدة للذود عن الحق تكون الدعوى شيئا مستقلا عن الحق الذى تحميه • وبعبارة أخرى اذا كان للشخص حق الالتجاء الى القضاء للاعتراف له بحقه أو لحمايته فهذا الحق مستقل عن الحق المراد الاعتراف له به لانه يشمل سلطة الالتجاء الى القضاء لحماية الحق واسترداده بمعاونة السلطات العامة «(١)» •

ويستند هذا الرأى أيضا الى ما يأتى :

أولا : تختلف الدعوى عن الحق من حيث سبب كل منهما ، فسبب الحق هو الواقعة المنشئة له سواء أكانت عقدا أو ارادة منفردة أو عملا غير مشروع أو اثراء بلا سبب أو القانون ، أما سبب الدعوى فهو النزاع بين الخصوم حول الحق •

ثانيا : قد يملك الدعوى شخص آخر غير صاحب الحق ، كما هو الحال بالنسبة للولى أو الوصى الذى يباشر دعاوى القاصر •

ثالثا : قد يتصور فى بعض الحالات وجود أحدهما بغير الآخر ، فقد يوجد الحق دون أن تمحيه دعوى كما هو الحال بالنسبة للحقوق الناقصة (التى يقابلها من جانب المدين الالتزامات الطبيعية) ، وقد توجد دعوى بغير حق يستند اليه صاحبها كما هو الحال فى دعاوى الحيازة •

رابعا : الحق الواحد قد تحميه عدة دعاوى ، فصاحب الحق يجوز له أن يرفع دعوى مطالبا بحقه ، وقد يرفع دعوى مطالبا بتعويض الضرر الذى يصيب الحق ، وقد يرفع دعوى مطالبا باتخاذ اجراءات تحفظية أو وقتية لحماية ذات الحق •

خامسا : تتميز الدعوى عن الحق فى أنها تضيف اليه عنصرا جديدا لم

---

(١) جلاسون ١ رقم ١٨٣ ص ٤٤٢ •

يكن يتضمنه من قبل • فالشخص الذى يصيبه ضرر من جراء فعل ضار (والذى يعد دائنا بالتعويض) يتعين عليه أن يلجأ الى السلطة القضائية لتحديد طبيعة التعويض الذى يستحقه وقدره • ويقرر القضاء الفرنسى أن حكم القضاء هو الذى ينشىء حق من وقع عليه ضرر فى التعويض ولاينشأ هذا الحق من يوم حدوث الفعل الضار «(١)» «(٢)» •

وعلى ذلك ، ووفقا لهذا القضاء ، لاينشأ حق الدائن فى التعويض الا بعد مباشرة دعوى التعويض وصدور الحكم فيها •

٥ ــ هذه هى النظرية التقليدية والنظرية الحديثة ، الاولى ترى أن الدعوى هى ذات الحق الذى تحميه متحركا الى القضاء ، فهو يبقى هادئا اذا لم يتنازع فيه ، انما ينشط اذا ما أنكر أو اعتدى عليه • والثانية ترى أن الدعوى ليست بذات الحق الذى تحميه بل هى شىء مستقل عنه وقد يوجد أحدهما دون الآخر •

ونرى أن الدعوى ليست هى ذات الحق الذى تحميه وليست مستقلة عنه بحيث توجد بغيره أو يوجد بغيرها ، انما الدعوى جزء لايتجزأ من الحق «(٣)» • فالحق لايكتمل وجوده الا اذا كان لصاحبه سلطة الالتجاء الى المحاكم للذود عنه ، وبعبارة أخرى ، امكان الافادة من المنفعة التى يخولها القانون لصاحب الحق لايتحقق الا اذا كان فى مكنته الالتجاء الى المحاكم للاعتراف له به أو لحمايته ولاكراه مدينه على التسليم له به •

---

(١) موريل رقم ٢٥ ص ٢٧ وراجع الاحكام التى اشار اليها • وراجع على وجه الخصوص نقض (دائرة العرائض) ١١ ابريل ١٩٠٧ سيريه ١٩٠٧ــ١ــ ٤٣٣ ، وتعليق ليون كان و٣٠ نوفمبر سنة ١٩٢٦ (سيريه ١٩٢٧ــ١ــ١٧٧) وتعليق Balleydier ونقض ٢٠ يناير ١٩٣٢ (سيريه ١٩٣٢ــ١ــ ٢٠٥) وتعليق روسو ونقض ١٤ يونيه ١٩٢٦ (سيريه ١٩٢٧ ــ١ــ ٢٥) •

(٢) انظر تفصيلات هذه النظرية فى موريل رقم ٢٥ و Germain Brulliard ص ٢٤ وما بعدها وسوليس ص ٤٤ وما بعدها •

(٣) انظر نظرية المصلحة فى الدعوى للدكتور الشرقاوى رقم ٣١ وما بعده وكتابه فى المرافعات رقم ٢٤ ، والنظرية العامة للحق للدكتور شفيق شحاته رقم ١٥ •

ويتفرع عن هـذا أنه لايتصور وجود دعوى دون أن تستنـد الى حق ، ولا يوجد حق دون أن تحميه دعوى ، وأن لكل حق دعوى واحدة تحميه فان تعددت الدعاوى بصدد واقعة قانونية معينة فذلك لان هذه الواقعـة تنشىء من الدعاوى بقدر الحقوق المتعلقة بها .

٦ ــ وتفصيل ما تقدم هو الآتى :

أولا : ليس بصحيح القول ان الدعوى هى ذات الحق الذى تحميـه لان (١) سبب الحق يختلف عن سبب الدعوى ، فسبب الحق هو الواقعة القانونية المنشئة له سواء أكانت عقدا أو ارادة منفردة أو عملا غير مشروع أو اثراء بلا سبب أو القانون ، أما سبب الدعوى فهو النزاع حول الحق ، أو بعبارة أخرى هو واقعـة انكار الحق أو الاعتداء عليه . فقـد يوجد الحق دون أن يكون لصاحبه حق مباشرة الدعوى كما اذا لم يكن مستحق الاداء مثلا .

(٢) ولان الدعوى تتميز عن الحق فى أنها تضيف اليه عنصرا جديدا لم يكن يتضمنه من قبل ، فالشخص الذى يصيبه ضرر من جراء فعل ضار لاتتحدد له طبيعة التعويض وقدره الا بحكم القضـاء ، كما أن الدعوى تقوى الحق وتنشىء لصاحبـه بعض المزايا ، فالحكم وان كان يبقى للحق سببه ووصفه ويحفظ له كافة آثاره والتأمينات الملحقـة به الا أنه يضيف اليه مزايا أهمها : أنه ينشىء لصاحبه سندا رسميا يحل محل السند الذى كان أساسا لما ادعاه ، وتفترض صحـة كل ماورد به الا اذا طعن بتزويره ويكون قابلا للتنفيذ الجبرى على المحكوم عليه ، كما تكون المدة المسقطة للحق خمس عشرة سنة ولو كان من الحقوق التى تنقضى بمدة التقـادم القصيرة ، وذلك لانتفاء العلة التى بنى عليها انقضاء الحق بمدة التقـادم القصيرة «١» .

كما أن الدعوى لاتعدو أن تكون وسيلة قانونية Voie de droit

(١) أنظر فى تفصيل هذا الموضوع مؤلفنا فى المرافعات رقم ٤٧٤ ص ٥٤٤ .

كالحجز مثلا أو حق الحبس ولم يقل أحد أنهما يختلطان بالحق الذى يحميانه فلماذا يقال ان الدعوى هى ذات الحق ويخلط بينهما «١» .

أما ان موضوع الدعوى هو ذات موضوع الحق أو انها تتصف بذات أوصاف الحق فذلك طبيعى لانها ليست الا سلطة الالتجاء الى القضاء بقصد الحصول على ذات المزايا التى يخولها الحق نفسه .

ثانيا : ليس بصحيح القول ان الدعوى شىء مستقل عن الحق وقد يوجد أحدهما دون الآخر لان الادلة التى يستند اليها فى تأييد هذا الاتجاه محل نظر .

فالقول بانه قد يملك الدعوى شخص آخر غير صاحب الحق كما هو الحال بالنسبة للولى أو الوصى الذى يباشر دعاوى القاصر مردود عليه بأن الولى أو الوصى انما يباشر دعاوى القاصر نيابة عنه .

والقول بانه قد يتصور وجود الحق دون أن تحميه دعوى كما هو الحال بالنسبة الى الحق الذى يتخلف للدائن بعد انقضاء الدين بالتقادم مردود عليه بأن الحق اذا ماسقط بمضى المدة انعدم ولايتخلف منه للدائن حق ناقص ، واذا كان القانون المدنى ينص فى المادة ٢٠١ على أنه لايجوز للمدين أن يسترد ما أداه باختياره قاصدا أن يوفى التزاما طبيعيا (وهو الالتزام الذى يتخلف من التقادم فى ذمة المدين ، م ١/٣٨٦ مدنى) فذلك لان الوفاء بدين مع العلم بأنه غير واجب قانونا ينتج أثره القانونى على اعتبار أن الوفاء هو توافق ارادتين فان لم يقع أحد الطرفين فى عيب من عيوب الرضا أنتج الاتفاق أثره ولايجوز الرجوع فيه ، فلا يجوز لمن قام بوفاء دين طبيعى أن يسترده «٢» ، وبناء عليه فالحق الذى يسقط بمضى المدة ينقضى ولا يكون له أى كيان .

والقول بأنه قد توجد دعوى بغير حق تستند اليه كما هو الحال فى

---

(١) موريل رقم ٢٥ ص ٢٦ .
(٢) شفيق شحاته المرجع المتقدمة الاشارة اليه .

دعاوى الحيازة مردود عليه بأن هذه الدعاوى شأنها شأن الدعاوى المستعجلة تحمى صاحب الحق الظاهر بصفة مؤقتة الى أن يفصل فى أصل الحق موضوع الحيازة .

والقول بأن الحق الواحد قد تحميه عدة دعاوى مردود عليه بأنه اذا تعددت الدعاوى بصدد واقعة قانونية معينة فذلك لان هذه الواقعة تنشىء أكثر من حق واحد فتتعدد الدعاوى بقدر الحقوق المتعلقة بها ، فمالك العقار مثلا اذا ما اعتدى على حقه كان بالخيار بين أن يرفع دعوى الحيازة او دعوى الملكية أو دعوى بتعويض الضرر الذى أصابه بانتهاك حرمة ملكيته ، لان دعوى الحيازة تحمى حق الحيازة بصفة مؤقتة الى أن يفصل فى أصل الحق موضوع الحيازة ، ودعوى الملكية تحمى حق الملكية ودعوى التعويض تستند الى حق المالك فى تعويض الضرر الذى لحقه .

٧ ــ من كل ماتقدم يتضح أن الدعوى ليست بذات الحق وليست مستقلة عنه بحيث توجد بغيره أو يوجد بغيرها ، انما هى جزء لايتجزأ منه ولا يتصور لها وجود ان لم تستند اليه ، كما لايوجد حق دون أن تحميه دعوى . وهما ، من ناحية أخرى يختلفان من حيث سبب كل منهما ، كما أن الدعوى تضيف اليه عنصرا أو مزايا لم يكن يتضمنها من قبل . ولهذا يكون من الاسلم تعريف الدعوى بأنها سلطة الالتجاء الى القضاء بقصد الوصول الى احترام القانون لان تعريفها الذى درج عليه الفقه وهو « سلطة الالتجاء الى القضاء بقصد الحصول على تقرير حق أو لحمايته » لايستقيم مع ماتقدمت الاشارة اليه اذ كيف تعرف بأنها سلطة أو وسيلة لحماية الحق ثم يقال انها عنصر من عناصره .

٨ ــ وعلى ذلك اذا سلمنا بأن الدعوى ليست بذات الحق المدعى به لايكون الدفع الموجه اليها دفعا موضوعيا انما هو دفع من نوع خاص يوجه الى الوسيلة التى قررها القانون لحماية الحق .

فالدفع بعدم القبول اذن له طبيعة خاصة تميزه عن الدفوع الموضوعية

والدفوع الشكلية لانه لايوجه الى ذات الحق المدعى به فلا يعد دفعها موضوعيا ، ولا يوجه الى اجراءات الخصومة فلا يعد دفعا شكليا ، وانما يوجه الى الوسيلة التى يحمى بها صاحب الحق حقه وما اذا كان من الجائز استعمالها أم أن شرط هذا الاستعمال غير متوافر • فالخصم بهذا الدفع ينكر وجود دعوى لدى خصمه لعدم توافر أحد الشروط التى يتطلبها القانون لقبولها سواء أكانت هذه الشروط من الشروط العامة التى يتعين أن تتوافر لسماع الدعوى أو من الشروط الخاصة بالدعوى المقدم بشأنها الدفع •

٩ ــ شروط قبول الدعوى : الشروط العامة التى يوجب الشراح توافرها لقبول الدعوى هى أن تستند الى حق والى مصلحة وأن يكون رافعها أهلا للتقاضى ذا صفة لموالاتها ، وألا يكون قد سبق صدور حكم فى موضوعها •

والواقع اننا اذا سلمنا بأنه يشترط لقبول الدعوى أن تستند الى حق مستحق الاداء نكون قد استغنينا عن شرط المصلحة بأوصافها التى اعتاد الشراح ترديدها ، فوجود الحق فى رفع الدعوى يعد مرادفا للمصلحة القانونية ، وكون الحق مستحقا الاداء هو المصلحة القائمة الحالة • أما شرط الاهلية ، أى توافر أهلية التقاضى فيمن يباشر الدعوى ، فهو شرط لصحة المطالبة القضائية ، أى لصحة انعقاد الخصومة ، وليس شرطا لقبول الدعوى كما يرى بعض الشراح فى فرنسا وذلك لان دعوى عديم الاهلية مقبولة ولا ينشأ عن فقد أهليته الا عدم صلاحيته لمباشرة اجراءات الخصومة بنفسه «[1]» •

---

(١) والنظرة المتقدمة تقتضى أن يعد الدفع ببطلان الخصومة لانعدام الاهلية من الدفوع الشكلية ، ويأخذ القضاء الفرنسى بهذا الاتجاه ، كما يأخذ به بعض الشراح فى فرنسا ، فقد قيل ان التمسك يفقد أهلية المدعى من الدفوع التى يقصد بهامجرد وقف اجراءات الخصومة exception dilatoire حتى يتم تعيين من يمثله تمثيلا قانونيا صحيحا .

وقيل ان الخلاف المتقدم لا أهمية له من الناحية العملية لان هذا الدفع =

وعلى ذلك تكون شروط قبول الدعوى هى أن تستند الى حق مستحق الاداء وأن ترفع من ذى صفة وألا يكون قد سبق صدور حكم فى موضوعها . وقد يحدد المشرع ميعادا معينا أو مناسبة معينة لرفع بعض الدعاوى فلا تقبل اذا رفعت قبل أو بعد هذا الميعاد أو تلك المناسبة .

حصر حالات الدفع

١٠ ــ لما كان الدفع بانتفاء المصلحة القانونية أو المصلحة الحالة انما هو فى واقع الامر دفع موضوعى كما رأينا «١» ، فيكون الدفع بعدم القبول

= يجوز أن يبدى فى أية حالة تكون عليها الدعوى على اعتبار أن الخصومة حالة قانونية مستمرة والبطلان المترتب على عدم الاهلية بطلان مستمر ومتجدد يلحق كل اجراء من اجراءاتها . فهذا الدفع اذن لايسقط بحضور صاحب الحق فيه الى الجلسة المحددة لنظر القضية ، كما لايسقط بتكلمه فى الموضوع . ولعل هذه الصفة الاخيرة هى التى حدت بالشراح فى فرنسا الى عدم الاشارة اليه عند الكلام فى الدفوع الشكلية . وهو على أى حال لايدخل فى عدادها لانها وردت فى القانون على سبيل الحصر .

ويجرى القضاء فى فرنسا على اعتبار الاجراءات صحيحة اذا استكمل فاقد الاهلية أهليته أثناء نظر الدعوى أو اذا تدخل فيها من يمثله تمثيلا صحيحا ، وهو يجيز تصحيح الاجراءات ولو تم هذا التصحيح فى الاستئناف او امام محكمة النقض ، ولايستلزم رفع دعوى مبتدأة فى هذا الصدد . (انظر فى هذا الموضوع Germain Brulliard « المرافعات المدنية سنة ١٩٤٤ رقم ١٦ وموريل رقم ٣٢٠ ونقض فرنسى ٤ نوفمبر ١٩٠٢ سيريه ١٩٠٣ ــ١ــ٢٧٣ و٢٢ يوليه ١٩٣١ جازيت باليه ٣٠ اكتوبر و٨ نوفمبر ١٩٣١ دالوز ١٩٣١ ــ ٥٢٢ ») .

ومما هو جدير بالاشارة ان المادة ٤٠ من قانون المرافعات اللبنانى تنص على أنه اذا اقيمت الدعوى على احد فاقدى الاهلية ولم يكن له ممثل قانونى فيحق للمدعى ان يلتمس من رئيس المحكمة تعيين ممثل خاص ليقوم مقام الممثل القانونى ريثما يتم تعيينه .

(١) ويأخذ بهذا الاتجاه الفقه والقضاء فى فرنسا سواء قبل صدور مرسوم سنة ١٩٣٥ أم بعده ، كما يأخذ به الفقه والقضاء فى مصر .

انظر « نظرية المصلحة فى الدعوى » ص ٤١٢ ومابعدها والاحكام العديدة المشار اليها .

وانظر استئناف مختلف ٦ مايو ١٩٢٦ (مجلة التشريع والقضاء ٣٨ ص ٣٩٣) واستئناف مختلط ٢٥ يونيه ١٩٢٩ (مجلة التشريع والقضاء ٤١ ص ٤٦٦) ، واستئناف مختلط ٢١ فبراير ١٩٣٠ (الجازيت ٢١ العدد =

منحصرا فقط فى الاحوال التى ينكر فيها الخصم صفة خصمه أو ينكر وجود دعوى لديه لسبق صدور حكم فى موضوعها أو لسبق الصلح فيها أو لرفعها فى غير المناسبة أو الميعاد المحدد لذلك كرفعها قبل أو بعد هذا الميعاد أو تلك المناسبة .

وجدير بالاشارة أنه كلما تناولت المدة حقا من الحقوق وأدت الى انقضائه ، اعتبر الدفع الموجه من الخصم بزوال الدعوى التى تكفل حماية الحق من الدفوع بعدم القبول ، وذلك على تقدير أن الحق بانقضاء الميعاد المحدد لاستعماله تزول عنه حماية القانون . وهذه قاعدة عامة يعمل بها بالنسبة لسائر فروع القانون ، أيا كان قدر المدة التى تناولت الحق وأدت الى زواله .

ومن أمثلة هذا الدفع : الدفع بعدم قبول دعوى الحيازة ممن بادر برفع دعوى المطالبة بالحق ، وعدم قبول دعوى المطالبة بالحق المرفوعة من المدعى عليه فى دعوى الحيازة قبل التخلى عن الحيازة لخصمه ، والدفع بعدم قبول دعوى منع التعرض لرفعها بعد سنة من حصوله ، وعدم قبول دعوى الدائن على الكفيل قبل رجوعه على المدين (م ٧٨٨ مدنى) ، وعدم قبول دعوى التنصل من عمل متعلق بخصومة قائمة اذا رفعت بعد مضى

= ٢٤٥–٢٤٣ ص٢٠٧) ، وتعليق المرحوم محمد حامد فهمى على الحكم الاخير فى مجلة القانون والاقتصاد السنة الاولى ص ٨٧١ وما بعدها .

واستئناف مصر ٨ فبراير ١٩٤٨ (المحاماة ٣١ ص ١٣٦٣)

واستئناف مصر ٧ مارس سنة ١٩٢٨ (المحاماة ٩ ص ٨٨٧) .

وانظر موريل رقم ٥٢ والاحكا م المشار اليها .

ويلاحظ أن من بين القضاء المتقدم مايعتبر الدفع بانتفاء الصفة دفعا موضوعيا (انظر أحكام محكمة الاستئناف المختلطة المتقدمة وتعليق المرحوم محمد حامد فهمى) ، ولكننا نراه دفعا بعدم القبول لانه لايمس موضوع الدعوى لا عن قرب ولا عن بعد . واذا كانت المحكمة وهى بسبيل اصدار حكمها فى الدفع تتعرض لفحص الموضوع فى بعض الحالات فان هذا لاينفى اعتباره دفعا بعدم القبول ، ولا ادل على ذلك من ان الحكم فى الدفع بعدم الاختصاص يقتضى فى كثير من الحالات فحص موضوع الدعوى ومع ذلك لم يقل احد باعتباره من الدفوع الموضوعية .

ستة أشهر من تاريخ ذلك العمل (م ٨١٣) ، والدفع بعدم قبول الطلب الجديد أما م المحكمة الاستئنافية وعدم قبول طلبات المتدخل لانتفاء صلة الارتباط بينها وبين الدعوى الاصلية أو عدم قبول تدخله لحصوله بعد اقفال باب المرافعة ، وعدم قبول الاستئناف المقابل لرفعه بعد قفل باب المرافعة فى الاستئناف الاصلى ، وعدم قبول الطعن فى الحكم ممن سبق له الرضاء به أو لرفعه قبل الميعاد أو بعده ، وعدم قبول الدعوى لسقوط الحق الموضوعى بالتقادم «[1]» .

---

(١) بالنسبة للدفع بانقضاء الحق بالتقادم قضت محكمة النقض الفرنسية بانه دفع موضوعى (الدائرة المدنية ٢٣ فبراير ١٩٤٤ سيريه ١٩٤٤-١-١١٧) وانظر ايضا ربرتوار دالوز الجديد ص ٤٣٠ رقم ١٥٥ ومقال Vasseur (فى مجلة القانون المدنى ، العدد الاخير سنة ١٩٥٠ رقم ١٥ وما بعده) فى Délais préfix, délais de prescription, délais de procédure

ولعل هذا القضاء كان المقصود به تفادى اعمال المادة ١٩٢ مرافعات فرنسى (التى ستأتى الاشارة اليها) . ومن الشراح من يرى انه يعد دفعا بعدم القبول (مقال Beguet المتقدمة الاشارة اليها) ومؤلف الدكتور البدراوى فى « اثر مضى المدة فى الالتزام رقم ٢٧١ ومابعده » على اعتبار ان الحق لاينقضى بالتقادم وانما تزول عنه حماية القانون فيكون الدفع بالتقادم موجها الى الوسيلة التى يحمى بها صاحب الحق حقه ويعد لذلك دفعا بعدم القبول . والواقع ان هذا الخلاف ليست له اهمية عملية فى مصر فكل من الدفع بالتقادم والدفع بعدم القبول يجوز ابداؤه فى أية حالة تكون عليها الدعوى ولو لاول مرة أمام المحكمة الاستئنافية (م ٢/٣٨٧ مدنى و ١٤٢ مرافعات) .

أحكام الدفع بعدم القبول

١١ ــ لم يرد فى قانون المرافعات القديم نصوص خاصة بالدفع بعدم القبول ، وتساءل الشراح فيما اذا كان يلحق بالدفوع الشكلية ــ ولو من بعض الوجوه ــ أم تسرى عليه أحكام الدفوع الموضوعية .

وفى فرنسا ، كان القانون القديم يلحق الدفوع بعدم القبول بالدفوع الموضوعية ويجيز ابداءها فى أية حالة تكون عليها الدعوى «[١]» ، وجاء مشروع قانون المرافعات ينص على وجوب ابداء هذه الدفوع قبل التكلم فى الموضوع (م ١٨٥ من المشروع) «[٢]» ، ثم رؤى حذف هذه المادة من المشروع على تقدير أن اصطلاح « الدفع بعدم القبول » اصطلاح غامض يصعب تحديد حقيقة المراد منه .

وعلى الرغم من حذف هذا النص فقد كان كثير من الشراح الفرنسيين يسلمون بوجود هذا الدفع ، انما كانوا يلحقونه من بعض الوجوه بالدفوع الموضوعية وخاصة من ناحية الوقت الذى يجوز فيه ابداء الدفع «[٣]» . و فى٣٠ أكتوبر سنة ١٩٣٥ صدر مرسوم بقانون يوجب بنص المادة ١٩٢ من قانون المرافعات ابداء الدفوع بعدم القبول قبل التكلم فى الموضوع . والمقصود من هذا النص عدم السماح للمدعى عليه بالتراخى فى ابداء الدفوع التى لاتمس أصل الحق بعد التكلم فى الموضوع منعا من تأخير الفصل فى الدعوى . ورأى الشراح الفرنسيون أن هذه القاعدة تجافى المبادىء السليمة لانها تؤدى الى حرمان المدعى عليه من دفاع يمس غالبا موضوع الدعوى عن‌قرب . وحاولوا ، مع المحاكم ، بمختلف الوسائل تجريد النص المتقدم من كل أثر .

---

(١) بونيه رقم ٣٩ وموريل رقم ٤٧ .

(٢) Vanlaer المرجع السابق ــ الجزء الاول ص ٢٧٧ .

(٣) جلاسون ١ رقم ٢٢٧ .

أما قانون المرافعات الجديد ، فلم ير الا أن ينص على أن الدفع بعدم قبول الدعوى يجوز ابداؤه فى أية حالة تكون عليها ولو فى الاستئناف (م ١٤٢) • أما غير ذلك من المسائل التى يدور البحث فيها عن طبيعة هذا الدفع فلم يتعرض لها المشرع ، وقد حرص على التنبيه الى الفرق بين هذه الدفوع وبين سائر الدفوع الشكلية فخصها بالذكر فى عنوان الفصل ولم يذكرها فى عداد الدفوع التى صدر هذا الفصل بحصرها •

والمسائل التى يدور البحث فيها عن طبيعة هذا الدفع هى الآتية : (١) هل التكلم فى الموضوع يفيد النزول عن الحق فى ابدائها • (٢) هل على المحكمة أن تقضى من تلقاء نفسها بعدم قبول الدعوى • (٣) هل الحكم الصادر بقبول الدفع يترتب عليه عدم جواز تجديد الدعوى أم أثر الحكم يقتصر على الغاء اجراءات الخصومة التى صدر فيها • (٤) هل يترتب على استئناف الحكم بقبول الدفع طرح النزاع برمته على محكمة الدرجة الثانية أم أن ولايتها تقتصر على مجرد الفصل فى الدفع بعدم القبول •

١٢ ــ هل التعرض للموضوع يفيد النزول عن ابدائها ؟ •

قدمنا أن قانون المرافعات القديم لم يرد به نص خاص فى هذا الصدد ، وكان الرأى الراجح يميل الى الحاق هذه الدفوع بالدفوع الموضوعية لان الدفوع الشكلية قد وردت فى القانون على سبيل الحصر ، ولان القاعدة الواردة بصددها قاعدة استثنائية ، وعلى ذلك كان من الجائز ابداء هذه الدفوع ولو بعد التعرض للموضوع •

وكان الفقه والقضاء فى فرنسا قبل مرسوم سنة ١٩٣٥ يأخذان أيضا بهذا الاتجاه • فقد قضت محكمة النقض الفرنسية بأن الدفع بعدم قبول الدعوى لرفعها من غير ذى صفة هو من وسائل الدفاع فى الموضوع يجوز أن يبدى لاول مرة أمام محكمة الاستئناف ، ولايصح أن يخلط بالدفوع

الشكلية ، فيوجب ابداؤه قبل التكلم فى الموضوع «[١]» .

وقضت أيضا المحاكم الاهلية والمختلطة بهذا المعنى وأجازت التمسك بالدفع بعدم قبول الدعوى فى أية حالة تكون عليها «[٢]» .

وعند تعديل بعض نصوص القانون الفرنسى سنة ١٩٣١ أثير جدل حول اعتبار الدفع بعدم القبول دفعا موضوعيا أو دفعا شكليا ، وصدر المرسوم بقانون فى٣٠ أكتوبر سنة ١٩٣٥ معدلا المادة ١٩٢ من قانون المرافعات الفرنسى ، وهى تنص على أن كافة الدفوع بعدم القبول يتعين للتمسك بها ابداؤها قبل التكلم فى موضوع الدعوى . وبهذا الحق المشرع الفرنسى الدفع بعدم القبول بالدفوع الشكلية وأوجب ابداءها جميعا قبل التكلم فى الموضوع . والمقصود من هذه القاعدة عدم السماح للمدعى عليه بالتراخى فى ابداء الدفوع التى لاتمس أصل الحق بعد التكلم فى الموضوع منعا من تأخير الفصل فى الدعوى .

ولما كانت هذه القاعدة تجافى المبادىء السليمة لانها تؤدى الى حرمان المدعى عليه من دفاع يمس غالبا موضوع الدعوى عن قرب ، فقد حاول الشراح والمحاكم بمختلف الوسائل تجريد النص المتقدم من كل أثر ، فقيل انه لايتعلق الا بالدفوع التى أشارت اليها النصوص المتقدمة عليه (وليس من بينها الدفوع بعدم القبول) ، وقيل ان المشرع قد أخطأ فى استعماله للاصطلاحات ، فميزوا بين نوعين من الدفوع بعدم القبول :

---

(١) نقض فرنسى ٢٧ يوليه ١٨٦٩ (سيريه ١٩٧٠-١-٥٦) و١٧ ابريل سنة ١٨٦٦ (سيريه ١٨٦٦ -١- ٢٨٤) و ٢٧ ابريل ١٨٧٥ (سيريه ٧٥ -١-٢٦٣) . وحكم محكمة استئناف شامبيرى فى ٢٨ مارس١٨٧٤ (سيريه ٧٥-٢-٣٩) .

(٢) استئناف مصر ٥ يناير ١٨٩٩ - المجموعة الرسمية ١ ص ٤ .
واستئناف مصر ٧ مارس ١٩٢٨ - المحاماة ٩ ص ٨٨٧ .
واستئناف مختلط ٦ فبراير ١٩١٩ (مجلة التشريع والقضاء ٣١ ص ١٥٦)

دفوع تتصل بالموضوع كالدفع بانتفاء المصلحة والدفع بحجية الشيء المحكوم فيه ودفوع مبناها السقوط لانقضاء المدة أو الميعاد ، واعتبر النوع الاول من الدفوع الموضوعية البحتة فيجوز ابداؤها فى أية حالة تكون عليها الدعوى ولو بعد التكلم فى الموضوع ، واعتبر النوع الثانى من الدفوع التى تخضع لحكم المادة ١٩٢ والتى تعنيها ولا يجوز التراخى فى الادلاء بها بل يتعين ابداؤها قبل التكلم فى الموضوع «١» .

١٣ ــ أما فى مصر ، عند وضع قانون المرافعات الجديد ، فلم يكن ثمة بد من وضع نص يتضمن حكم الدفع بعدم القبول بعد أن طال بحثه فى الفقه والقضاء وبعد أن عنى بالنص على حكمه فى التشريع الفرنسى ، فنص المشرع فى المادة ١٤٢ على أن الدفع بعدم قبول الدعوى يجوز ابداؤه فى أية حالة تكون عليها ولو فى الاستئناف «٢» .

ومن هذا النص يتضح أن المشرع المصرى رأى أن الدفع بعدم القبول ليس قريبا من الدفوع الشكلية بل هو ــ من هذه الناحية ــ فى حكم الدفوع الموضوعية ، وأجاز ابداءه فى أية حالة تكون عليها الدعوى ولو فى الاستئناف حتى لايحرم الخصم ــ وهو غالبا المدعى عليه ــ من دفاع يمس غالبا موضوع الدعوى عن قرب . ولم ير الاخذ باتجاه الرأى الآخر

---

(١) انظر موريل رقم ٥٢ وسوليس ص ٢٦٥و٢٩٦ ومقال هبردد فى Rev. crit. 1939 رقم ٢٤ و Vanlaer المرجع المتقدم ص ٢٧٨ وملحق جلاسون ٥ رقم ٢٢٧ ومقال Béguet المتقدمة الاشارة اليها .

وانظر ايضا نقض فرنسى (الدائرة المدنية) ١٤ يونيه سنة ١٩٥٠ (جازيت باليه ٧ــ١٠ اكتوبر سنة ١٩٥٠ وحكم محكمة Grenoble فى ٢٣ فبراير١٩٤٩ (دالوز ٤٩ــ٢١٧) ونقض (الدائرة المدنية) ١٧ ديسمبر ١٩٤١ (دالوز ١٩٤٢ــ١١٣) وتعليق Carbonnier ، ونقض ٢٣ فبراير ١٩٤٤ (سيريه ١٩٤٤ــ١ــ١٧) وتعليق موريل .

(٢) هذه المادة تتمشى مع المادة ٢/٣٨٧ من القانون المدنى التى تنص على جواز التمسك بالتقادم فى أية حالة كانت عليها الدعوى ولو امام المحكمة الاستئنافية

انما الغريب أن المشرع المصرى وقد أورد نص المادة ١٤٢ ، أتى بقاعدة تتناقض معها فى الباب المتعلق باجراءات الجلسات ونظامها ، فهو يجعل من الذى يجعل لسرعة الفصل فى الدعوى ومنع تأخير البت فيها الاعتبار الاول .

بين اختصاصات قاضى التحضير الحكم فى الدفع بعدم قبول الدعوى أو بانقضاء الحق فى اقامتها بمضى المدة (م ٩/١١١) ، وهو يوجب على الخصوم ابداء هذه الدفوع أمام قاضى التحضير والا سقط الحق فى الادلاء بها ، فالمادة ١١٧ تنص على أن المحكمة لاتقبل بعد احالة الدعوى عليها أ ى دفع أو طلب أو ورقة مما كان يلزم تقديمه لقاضى التحضير الا اذا ثبت لها أن أسباب ذلك الدفع أو الطلب أو تقديم تلك الورقة طرأت بعد الاحالة أو كان الطالب يجهلها عند الاحالة .

وتضيف الفقرة الثانية من ذات المادة أنه اذا رأت المحكمة تحقيقا للعدالة قبول دفع أو طلب أو ورقة جديدة جاز لها مع ذلك الحكم على الخصم الذى وقع منه الاهمال بغرامة لاتقل عن مائتى قرش ولا تتجاوز الف قرش .

وفى رأينا أن المشرع عند وضع قانون المرافعات الجديد لم يدر بخلده أن يبقى على نظام قاضى التحضير ، فنصوص قانون المرافعات وضعت على اعتبار الغاء هذا النظام ثم رؤى بعد ذلك الابقاء عليه فوجدت نصوصه متعارضة فى بعض مبادئها مع صلب القانون .

ومما لاشك فيه أن القضاء سيجيز ابداء هذه الدفوع فى أية حالة تكون عليها الدعوى عملا بالفقرة الثانية من المادة ١١٧ ، وسيجد نفسه حيال استحالة أدبية فى اجمال القاعدة الاخيرة الواردة فى المادة ١١٧ التى تجيز توقيع غرامة على الخصم الذى يهمل فى مراعاة ميعاد الادلاء بالدفع .

١٤ ــ خلصنا من كل ماتقدم الى أنه فى فرنسا يوجب القانون ابداء هذه الدفوع قبل التكلم فى الموضوع والا سقط الحق فى الادلاء بها ، ومع ذلك يفرق القضاء بين الدفوع بعدم القبول التى تتصل بالموضوع والدفوع التى مبناها السقوط لانقضاء الميعاد ، ويعتبر الاولى من الدفوع الموضوعية البحتة ويجيز الادلاء بها فى أية حالة تكون عليها الدعوى . وخلصنا أيضا الى أنه فى مصر يجيز القانون ابداء هذه الدفوع فى أية حالة تكون عليها الدعوى ولو فى الاستئناف . فالمشرع الفرنسى قصد منع تأخير الفصل فى الدعوى والمشرع المصرى راعى مصلحة المدعى عليه حتى لايحرمه من دفاع يمس غالبا موضوع الدعوى عن قرب .

والواقع أننا اذا سلمنا ، كما قلنا ، بأن الدفع بعدم القبول ينحصر فى الاحوال التى ينكر فيها الخصم صفة خصمه أو ينكر سلطته فى استعمال الدعوى لسبق الفصل فى موضوعها أو لسبق الصلح فيها أو لرفعها فى غير المناسبة أو الميعاد المحدد لرفعها ــ دون الاحوال التى ينكر فيها الخصم سلطة خصمه لانتفاء المصلحة ــ يكون الدفع بعدم القبول بعيدا عن أن يمس موضوع الدعوى ، فتكون القاعدة الواردة فى القانون الفرنسى ــ التى توجب ابداء هذا الدفع قبل التكلم فى الموضوع ــ ظاهر السداد حتى لايتأخر الفصل فى الدعوى . وهذه تكاد تكون النتيجة التى توصل اليها الفقه والقضاء فى فرنسا .

ويلاحظ أخيرا أنه يتعين ابداء الدفوع الشكلية التى لاتتعلق بالنظام العام قبل ابداء الدفع بعدم القبول والا سقط الحق فى التمسك بها . ويؤخذ بهذا الاتجاه ، سواء أكان التشريع يوجب ابداء الدفع بعدم القبول قبل التكلم فى الموضوع أو يجيزه فى أية حال تكون عليها الدعوى ، فالقانون الفرنسى يوجب على الخصم أن يبدى أولا الدفع بوجوب تقديم

كفالة والدفع بعدم الاختصاص المحلى قبل الدفع بعدم القبول والا سقط الحق فى التمسك بالدفوع الشكلية ، ويوجب أيضا ابداء جميع الدفوع بالبطلان والدفوع بعدم القبول معا والا سقط الحق فيما لم يبد منها (م ١٩٢ من القانون الفرنسى) . والقانون المصرى يوجب أيضا ابداء الدفوع الشكلية التى لاتتعلق بالنظام العام قبل الدفع بعدم القبول والا سقط الحق فى التمسك بها لان المادة ١٤١ منه تنص على الزام الخصم بابداء الدفع ببطلان أوراق التكليف بالحضور قبل الدفع بعدم قبول الدعوى ، والمادة ١٣٣ تنص على الزامه بابداء الدفع بعدم الاختصاص المحلى والدفع باحالة الدعوى الى محكمة أخرى لقيام ذات النزاع أمامها أو لقيام دعوى أخرى مرتبطة بها معا وقبل ابداء الدفع ببطلان أوراق التكليف بالحضور .

١٥ ــ ثانيا : هل على المحكمة أن تقضى من تلقاء نفسها بعدم قبول الدعوى ؟.

يسلم الفقه والقضاء فى مصر وفى فرنسا بأنه لايمكن تقرير حكم عام يسرى على سائر الدفوع بعدم القبول ، فثمة حالات يتعين فيها على المحكمة أن تقضى من تلقاء نفسها بعدم قبول الدعوى ولو رفعت الدعوى بناء على اتفاق طرفيها ، وثمة حالات أخرى يتعين فيها التمسك بالدفع حتى تقضى المحكمة بعدم قبول الدعوى ، ويتعين البحث فى موضوع كل دفع على حدة لمعرفة طبيعة البواعث التى دعت الى تقريره ، والتساؤل فى كل حالة عما اذا كان الدفع مقررا لصالح المدعى عليه أو مقررا فضلا عن ذلك لصالح المجتمع ذاته .

ومن أمثلة الدفوع المتصلة بالنظام العام الدفع بعدم قبول الطلبات الجديدة فى الاستئناف (م ٤١١) والدفع بعدم قبول الطعن فى الحكم

لرفعه قبل الميعاد أو بعده كعدم قبول الاستئناف المرفوع قبل الفصل فى الموضوع عن حكم فرعى لايقبل الطعن المباشر .

ويلاحظ أن قانون المرافعات يوجب على المحكمة بنص المادة ٣٨١ أن تحكم من تلقاء نفسها بعدم قبول الطعن فى الحكم اذا رفع بعد الميعاد ، ولا يستشف من ذات النص أن القانون يلزم المحكمة بالحكم بعدم قبول الاستئناف اذا رفع قبل الميعاد اذ المادة تقول « يترتب على عدم مراعاة مواعيد الطعن فى الاحكام سقوط الحق فى الطعن . وتقضى المحكمة بالسقوط من تلقاء نفسها » ، فعدم مراعاة الميعاد الذى يترتب عليه سقوط الحق يشمل فقط عملا بالنص المتقدم أحوال رفع الطعن بعد الميعاد دون أحوال رفع الطعن قبل الميعاد لان رفع الطعن قبل الميعاد لايترتب عليه سقوط الحق فيه . ومع ذلك فنحن نرى أن على المحكمة أن تقضى من تلقاء نفسها بعدم قبول الطعن لرفعه قبل الميعاد لان رفع الطعن فى ميعاده هو من الأمور التى يوجبها النظام العام . وهذه القاعدة مسلم بها فى الفقه والقضاء فى فرنسا وفى مصر فى ظل القانون القديم الذى لم يتضمن الحكم الوارد بنص المادة ٣٨١ «[1]» .

والدفع بانكار صفة الخصم هو من الدفوع التى تتصل بالنظام العام وذلك على اعتبار أن المحكمة يتعين عليها قبل تناول موضوع الدعوى أن تتحقق من صفات الخصوم وتتحقق من وكالة من ينوب عنهم فعليها ومن تلقاء نفسها أن تطالبهم بتقديم ما يثبت وكالتهم عن صاحب المصلحة فى الدعوى «[2]» ، حتى لاتشغل بقضايا غير جدية لايفيد منها أحد أو بقضايا

---

(١) جلاسون ٣ رقم ٨٧٧ والعشماوى رقم ٨٧٣ ومحمد حامد فهمى رقم ٧٠٢ .

واستئناف مختلط ٢٧ يونيه ١٩٤٥ (مجلة التشريع والقضاء ٥٧ ص١٩١) واستئناف مختلط ١٣ يونيه ١٩٤٤ (مجلة التشريع والقضاء ٥٦ ص ١٨٦).

(٢) موريل رقم ٢٧ ونقض فرنسى (الدائرة المدنية) ٧ يناير ١٨٩٥ (دالوز ١٨٩٥ــ١ــ٣٨) ونقض فرنسى ٢٤ نوفمبر ١٨٨٠ (سيريه ٨١ــ١ــ٦٥) ونقض بلجيكى ١١ نوفمبر سنة ١٨٦٩ (دالوز ١٨٧٠ــ٢ــ١) وجلاسون ١ رقم ١٣٧ وموريل ٣٢٦ ونقض فرنسى ١٧ ديسمبر ١٩٢٩ جازيت باليه ٧ فبراير سنة ١٩٣٠ ونقض فرنسى ١٥ يوليه ١٩٢٤ (دالوز ١٩٢٤ــ١ــ٢٠١) .

رفعت لمجرد المشاكسة .

ويلاحظ أنه اذا لم يثبت من حضر عن المدعى الوكالة على الوجه المطلوب قانونا فالمحكمة لاتحكم بعدم قبول الدعوى وانما ترخص للوكيل بايداع توكيله فى ميعاد تحدده ، ويجب أن يتم هذا الايداع فى جلسة المرافعة على الاكثر (م ٨٢) ، فان لم يودع الوكيل توكيله كان على المحكمة أن تنظر القضية على اعتبار أن المدعى متخلفا عن الحضور . ولا يجوز لها أن تفصل فيها معتمدة على ما يدلى به مدعى الوكالة ، والا كان حكمها باطلا لبطلان الاجراءات المتقدمة عليه والتى بنى عليها . كما أن للمدعى أن يتنصل مما قام به من تصرف باسمه فتبطل اجراءات الخصومة وتسقط ويسقط الحكم الصادر فيها .

ويتجه رأى الى أن هذا الدفع لايتعلق بالنظام العام على اعتبار أن النظام العام لايعنيه ــ مادام من الثابت وجود حق وحدوث اعتداء على هذا الحق ــ أن يدافع عنه صاحبه أو سواه كما أنه قد يحدث أن تكون هناك وكالة بين المدعى وصاحب الحق الحقيقى أو أن يقوم المدعى بالدعوى على سبيل الفضالة «١» .

ومع ذلك فنحن نرى أن الدفع باتتفاء الصفة يتعلق بالنظام العام لان الحكم الصادر فى موضوع الدعوى قد يصدر على الخصم الذى لم يمثل تمثيلا قانونيا صحيحا ، فيتمسك بعدم جواز الاحتجاج به فى مواجهته على اعتبار أنه لم يكن طرفا فى الخصومة التى صدر فيها ، هذا اذا لم يرفع الخصومة باسمه ، أو يتنصل مما قام به من تولى السير فى الخصومة فتبطل ويبطل الحكم الصادر فيها ، هذا اذا رفعت الدعوى باسمه . وعلى ذلك ولتفادى السير فى اجراءات مهددة بالزوال والبطلان يكون من المصلحة العامة أن تحكم المحكمة من تلقاء نفسها بعدم قبول الدعوى التى يرفعها من ليست له صفة فى مباشرتها حتى لاتشغل بقضايا مهددة بالزوال أو

(١) الشرقاوى (نظرية المصلحة فى الدعوى) رقم ٣٨٨ ، ٣٨٩ والاحكام التى أشار اليها .

لايفيد منها أحد . وهذا الاتجاه فى التفكير يتمتى تماما مع ما يذهب اليه الفقه والقضاء فى فرنسا وفى مصر من الزام المحكمة من تلقاء نفسها بتكليف من يحضر عن الخصوم باثبات وكالتهم عنهم ، وذلك خشية السير فى اجراءات مهددة بالبطلان .

ومن أمثلة الدفوع بعدم القبول التى لاتتعلق بالنظام العام الدفع بعدم قبول دعوى منع التعرض لرفعها بعد سنة من حصوله والدفع بعدم قبول دعوى الحيازة لرفعها بعد اقامة دعوى المطالبة بالحق ، وعدم قبول دعوى المطالبة بالحق المرفوعة من المدعى عليه فى دعوى الحيازة قبل التخلى عن الحيازة لخصمه وعدم قبول دعوى الدائن على الكفيل قبل رجوعه على المدين (م ٧٨٨ من القانون المدنى) .

ومن أمثلة هذه الدفوع أيضا الدفع بحجية الشىء المحكوم به فالمادة ٢/٤٠٥ من القانون المدنى تنص على أنه لايجوز للمحكمة أن تقضى من تلقاء نفسها بعدم قبول الدعوى لسبق الفصل فيها . ومن ثم يجوز لطرفى الخصومة بعد صدور حكم فى موضوعها الاتفاق على اعادة طرح النزاع من جديد على القضاء مع تنازل المحكوم له عن التمسك بحجية الحكم .

والغريب أن المادة ٤٢٦ من قانون المرافعات «١» تجيز للخصوم أن يطعنوا أمام محكمة النقض فى أى حكم انتهائى ــ أيا كانت المحكمة التى أصدرته ــ فصل فى نزاع خلافا لحكم آخر سبق أن صدر بين الخصوم أنفسهم وحاز قوة الشىء المحكوم به سواء دفع بهذا الدفع أم لم يدفع . وهذا النص لايتسق مع منع محكمة الموضوع من الاعتداد من تلقاء نفسها بقوة الشىء المحكوم فيه ولو كان من أثر ذلك تعريض قضائها للنقض ، ويناقض قضاء محكمة النقض الذى يقرر عدم قبول التمسك بحجية الحكم

---

(١) وتنص المادة ٣٩٧ ايضا على انه يجوز استئناف جميع الاحكام الصادرة فى حدود النصاب الانتهائى اذا كان الحكم صادرا على خلاف حكم سابق لم يحز قوة الشىء المحكوم به . ويطرح الحكم السابق على المحكمة الاستئنافية اذا لم يكن قد صار انتهائيا عند رفع الاستئناف .

السابق لاول مرة أمام محكمة النقض فى حالة مايكون المتمسك هو المطعون عليه «(١)» .

وتنص المادة ١/٣٨٧ من القانون المدنى على أنه لايجوز للمحكمة أن تقضى بالتقادم من تلقاء نفسها ، بل يجب أن يكون ذلك بناء على طلب المدين أو بناء على طلب دائنيه أو أى شخص له مصلحة فيه ولو لم يتمسك به المدين .

أما عن الدفع بانتفاء المصلحة القانونية أو المصلحة الحالة فقد قدمنا أنهما من الدفوع الموضوعية البحتة التى تتصل بأصل الحق . ولمعرفة مدى تعلقها بالنظام العام يتعين الرجوع الى القواعد الاساسية التى تتصل بنظام المجتمع الاعلى ، فمثلا الاتفاق الذى يحتم على شخصين ايجاد علاقة جنسية غير مشروعة هو اتفاق باطل ، وبالتالى استناد أحد هذين الشخصين على مثل هذا الاتفاق فى اقامة دعوى يوجب على المحكمة أن تقضى من تلقاء نفسها برفضها على اعتبار أن العقد مخالف لحسن الآداب «(٢)» .

وحرى بالذكر أن الدفوع التى تتصل بالنظام العام لايجوز الاتفاق مقدما على عدم الادلاء بها لان المحكمة عليها من تلقاء نفسها أن تراعى المسائل المتصلة بالنظام العام ، وهى تعد مطروحة أمامها بغير حاجة الى الادلاء بها من جانب أحد الخصوم .

أما الدفوع التى لاتتعلق بالنظام العام فمن الجائز الاتفاق مقدما على عدم الادلاء بها اذا كان ذلك متصورا عملا .

١٦ ــ ثالثا : هل الحكم الصادر بقبول الدفع يترتب عليه عدم جواز تجديد الدعوى أم أن أثر الحكم يقتصر على الغاء اجراءات الحضور التى صدر فيها ؟ .

نعلم أن الحكم الصادر بقبول الدفع الموضوعى يترتب عليه عدم جواز

---

(١) نقض ٢٩ فبراير ١٩٤٧ ــ مجموعة القواعد القانونية ٥ رقم ١٥٨ والتعليق عليه .

(٢) راجع أيضا استئناف مصر ٨ فبراير ١٩٤٨ ــ المحاماة ٣١ ص١٣٦٣

تجديد الدعوى اذ يحوز حجيـة الشيء المحكوم به ، اما الحكم الصـادر بقبول الدفع الشكلى فهو عائق مؤقت للدعوى ويقتصر أثره على الغـاء اجراءات الخصومة التى صـدر فيها ويجوز لصـاحب المصلحة تجـديد الدعوى اذا لم يكن قد سقط حقه بسبب من أسباب السقوط .

والواضح أنه لايمكن وضع حكم عام يتعلق بأثر الحكم الصادر بقبول الدفع بعدم القبول ، فأحيانا يترتب على الحكم بقبوله عدم جواز تجـديد الدعوى كما هو الحال بالنسبة للدفع بسقوط الحق فى رفع دعوى الحيازة بالنسبة لمن بادر برفع دعوى المطالبة بالحق أو سقوط الاستئناف لرفعـه بعد الميعاد ، وأحيانا أخرى يقتصر أثر الحكم بعدم قبول الدفع على الغاء اجراءات الخصـومة ويكون من الممكن تجـديد الدعوى كما لو رفعت الدعوى قبل أوانها أو مناسبتها ، فاذا حكم بعدم قبول دعوى المطالبـة بالحق من المدعى عليه فى دعوى الحيازة جاز له تجديدها بعد التخلى بالفعل عن الحيازة لخصمه ، واذا حكم بعدم قبول دعوى الدائن على الكفيل اذا لم يكن قد رجع على المدين (م ٧٨٨ مدنى) جاز له تجديد دعواه عـلى الكفيل اذا ما رجع على المدين ، واذا حكم بعدم قبول الطعن بالنقض فى حكم فرعى لرفعه فور صدور الحكم جاز تجديد الطعن بعد صدور الحكم فى الموضوع .

١٧ ــ رابعا : هل يترتب على اسـتئناف الحكم بقبـول الدفع طرح النزاع برمته على محكمة الدرجة الثانية أم أن ولايتها تقتصر على مجرد الفصل فى الدفع بعدم القبول ؟ .

نعلم أن الحكم الصادر بقبول الدفع الشكلى لايمس موضوع النزاع ، وبالتالى ، عند استئنافه ، تقتصر ولاية محكمة الدرجة الثانية على مجرد الفصل فى الدفع الشكلى دون أن تتعرض لموضوع الدعوى عملا بالقواعد العامة التى تقضى بأن الاستئناف يطرح على محكمة الدرجة الثانية مارفع عنه الاستئناف من قضـاء محكمة الدرجة الاولى «١» ، ويكون لمحكمة

---

(١) Tantum devolution quantum appellatum

الدرجة الاولى أن تفصل فى موضـوع الدعوى اذا الغت محكمة الدرجة الثانية حكمها الصادر بقبول الدفع الشكلى . أما الحكم الصادر بقبول الدفع الموضوعى فان استئنافه يطرح على محكمة الدرجة الثانيـة النزاع برمتـه ولا يجوز لمحكمة الدرجة الاولى أن تتعرض مرة ثانيـة لموضوع الدعوى الذى سبق أن أصدرت فيه حكمها .

وقد ثار النزاع بصدد الحكم بقبول الدفع بعـدم القبول هل يترتب على استئنافه طرح النزاع برمته على محكمة الدرجة الثانية أم أن ولايتها تقتصر على مجرد الفصل فى الدفع بعدم القبول دون أن يكون لها التعرض للموضوع اللهم الا اذا كان المشرع يجيز لهـا حق التصدى ـ وهو حق لمحكمة الدرجة الثانية فى أن تتصدى لموضوع الدعوى وتفصل فيـه اذا الغت الحكم الفرعى المستأنف وكانت الدعوى صالحة للحكم فيها «[1]» ؟.

واتجهت محكمة النقض الفرنسية (قبل صدور مرسوم سنة ١٩٣٥) ومحكمة الاستئناف المختلطة الى تقسيم الدفوع بعدم القبول الى قسمين : دفوع أولية لاتتصل بالموضوع ودفوع تتصل بالموضوع exception purement préjudicielle ou se lie au fond وعنـد استئناف الحكم الصادر فى النوع الاول من الدفوع لايجوز للمحكمة الاستئنافيـة أن تتعرض للموضوع ، وعند استئناف الحكم الصادر فى النوع الثانى تنظر المحكمة القضية بأكملها بناء على ما للاستئناف من أثر نقل النزاع الى محكمة الدرجة الثانية ، ودون أن يكون هناك محل لاعمال نصوص القانون المتعلقة

---

(١) قيل لتبرير حق التصدى ان المشرع اراد به ان يمنع محكمة الدرجة الاولى من الفصل فى موضوع الدعوى لانهـا وقد جانبت الصواب فى حكمهـا الفرعى فقد ضعف الامل فى حسن قضائها فى الموضوع لمـا بينهما من صلة . ولا يخفى أن حق التصدى يفوت على الخصوم درجة من درجات التقاضى .

ولم ير المشرع فى قانون المرافعات الجديد ان يبقى لمحكمة الدرجة الثانيـة ما كان يخوله لها القانون القديم من حق التصدى لموضوع الدعوى .

بالتصدى «[١]» .

١٨ ـ ومما قالته محكمة الاستئناف المختلطة فى أحد أحكامها « ان محكمة الاستئناف تكون ملزمة بنظر الموضوع والفصل فيه لمجرد ما للاستئناف من أثر نقل النزاع الى محكمة الدرجة الثانية «[٢]» ، ثم قالت، ان الدفع بانتفاء الصفة ليس دفعا ابتدائيا مما لايمس الموضوع ولايتصل به ، بل ان النزاع فى القضية كان يشمل ما اذا كان الدين قد نشأ وثبت فى ذمة المدينين ويشمل ما اذا كان قد بقى فى ذمتهم وما اذا كان المدعى لايزال صاحب الصفة فى المطالبة به ، أم أنه انتقل بالحوالة الى شخص آخر (وهو ما ادعاه المستأنف عليهم ودفعوا به وحده الدعوى) . لذلك رأت المحكمة من واجبها ، وهى محكمة استئنافية انتقل النزاع اليها برمته ، أن تنظر فى باقى النقط الموضوعية التى لم يتعرض لها قضاة محكمة الدرجة الاولى ، أما نصوص القانون المتعلقة بحق التصدى فلا محل لتطبيقها ما دامت غريبة عن موضوع البحث «[٣]» » .

ومما قاله المرحوم الدكتور محمد حامد فهمى تعليقا على الحكم المتقدم « ان الدفع بعدم قبول الدعوى وبخاصة الدفع بعدم قبولها لانعدام صفة المدعى فى رفعها هو دفع موضوعى يقصد به الرد على الدعوى نفسها ، ويترتب على الحكم بقبوله أن يخسر المدعى دعواه بحيث لايستطيع العودة اليها . واذا فان المحكمة وهى تقضى بقبوله تفصل فى موضوع الدعوى . ولا يغير وجه المسألة أن المحكمة وقد قبلت الدفع وقضت برفض الدعوى

---

(١) نقض (دائرة العرائض) ٢٦ يونيه ١٨٦٠ (سيريه ٦٠ـ١ـ٧١٠) ونقض ٨ نوفمبر ١٨٨٧ (دالوز ٨٨ـ١ـ٤٧٩) ونقض (دائرة العرائض) ٢٥ أكتوبر ١٩٠٥ (سيريه ١٩٠٦ـ١ـ٤٦٠) ومورييل رقم ٥٢ ص ٥٦ .
واستئناف مختلط ٢١ فبراير سنة ١٩٣٠ والتعليق عليه (مجلة القانون والاقتصاد السنة الاولى ص ٨٧١)
واستئناف مختلط ٢٦ مايو ١٩٢٦ (مجلة التشريع والقضاء ٣ ص ٣٩٤) و٢٥ يونيه ١٩٢٩ (مجلة التشريع والقضاء ٤١ ص ٤٦٦) .

(٢) par le simple effet devolutif de l'appel

(٣) حكم ٢١ فبراير ١٩٣٠ المتقدمة الاشارة اليه .

أو بعدم قبولها لم تتعرض للنظر فى سائر ما اثير أمامها من الدفوع الموضوعية لاستغنائها عن البحث فيها ، وكذلك لايغير وجه المسألة أن يحصر المدعى عليه دفاعه فى موضوع الدعوى فى الدفع بعدم قبولها مكتفيا به عن ابداء غيره من الدفوع ، ففى جميع هذه الصور تستنفد محكمة أول درجة بالحكم كل سلطتها فى نظر الدعوى وتخرج القضية برمتها من ولايتها فتدخل بالاستئناف فى ولاية محكمة الدرجة الثانية ، حتى اذا رأت هذه المحكمة الحكم برفض الدفع الذى قبلته المحكمة الابتدائية تعين عليها أن تتدرج الى النظر فى كل ماتعلق بموضوع الدعوى لتفصل فى طلبات المدعى «(١)» .

ونحن لانؤيد الاتجاه الذى نحت اليه محكمة الاستئناف المختلطة فى حكمها ، فالدفع بعدم قبول الدعوى لانتفاء الصفة هو دفع لايتصل بأصل الحق ، وأحيانا تحكم فيه المحكمة قبل فحص الموضوع . وعلى ذلك فالحكم بعدم قبول الدعوى لانتفاء الصفة هو حكم فى مسألة أولية واستئنافه لايطرح على محكمة الدرجة الثانية موضوع الدعوى الاصلية لان هذا الموضوع لم تفصل فيه محكمة الدرجة الاولى فلا يتصور بالتالى أن يشمله الطعن بالاستئناف . هذا ويلاحظ أن الاتجاه المتقدم لايتغير ولو اتضح أن محكمة الدرجة الاولى قد سمحت للخصوم أن يتعرضوا لاصل الموضوع أو اتضح أن المحكمة نفسها وهى بسبيل اصدار حكمها فى الدفع تعرضت لفحصه ذلك لان العبرة بما فصلت فيه المحكمة حقيقة أو حكما اذ لايتصور أن يشمل الطعن بالاستئناف غير ماقضى به الحكم المطعون فيه .

ولقد تعرضت محكمة الدرجة الثانية للموضوع فى القضية المتقدمة بدعوى أن الاستئناف ينقل النزاع برمته الى محكمة الدرجة الثانية ، وفاتها أن النزاع الذى يطرح على محكمة الدرجة الثانية هو النزاع الذى طرح بالفعل على محكمة الدرجة الاولى ونظرت فيه حقيقة أو حكما ، كما أن محكمة الدرجة الثانية لاتنظر الا فيما طعن به على الحكم المستأنف ،

---

(٢) مجلة القانون والاقتصاد ص ٨٧٢ وص ٨٧٣ .

والمحكمة الابتدائيـة فى القضية المتقدمة لم تفصل فى موضـوع الدعوى وحكمها لم يصدر الا فى شأن الدفع بانتفاء الصفة ، فتكون محكمة الدرجة الثانية قد فوتت على الخصوم درجة من درجات التقاضى .

١٩ ــ وقضت محكمة النقض بأن الدفع بعـدم جواز نظـر الدعوى لسبق الفصل فيها هو دفع الدعوى برمتها فى ذات موضوعها ومتى قبلتـه المحكمة وقضت بعدم جواز نظر الدعوى لسبق الفصل فيها فقد انحسمت الخصومة فى هذا الموضوع أمامها وأصبح من غير المحكمة قانونا الرجوع اليها فيه . فلو كان هذا الحكم صادرا من محكمة أول درجة واستأنفـه الخصم طالبـا الغاءه والقضاء له فى موضـوع الدعوى فان محكمة ثانى درجة (اذا الغت هذا الحكم) يكون لهـا بما للاستئناف فى الموضوع من أثر نقل النزاع برمته اليها أن تنظر موضوع هذا النزاع وتفصل فيـه فى حدود طلبات المستأنف وذلك حتى لو اقتصر المستأنف عليه على التكلم فى موضوع الدفع وعلى طلب تأييد الحكم المستأنف «[1]» .

وقضت محكمة استئناف مصر بأن الدفع بعدم قبول الدعوى هو دفع موضوعى والحكم فيه قضاء فى أصل الدعوى تستوفى به محكمة الدرجة الاولى كل ولايتها . فاذا استؤنف هذا الحكم ورأت محكمة الاستئنـاف الغاءه كان عليهـا الفصل فى الموضوع دون اعادة القضية لمحكمة الدرجة الاولى ولاتكون فى ذلك متصدية للموضوع عملا بنص المـادة ٣٧٠ من قانون المرافعات (القديم) وما بعدها «[2]» .

٢٠ ــ وفى فرنسـا بعد صدور مرسوم سـنة ١٩٣٥ ــ الذى يوجب ابداء الدفوع بعـدم القبول قبل التكلم فى الموضوع والا سقط الحق فى الادلاء بها ــ أصبح المنطق يقتضى عند استئناف الحكم الصادر فى الدفع أن تقتصر ولاية محكمة الدرجة الثـانية على الفصل فيـه دون التعرض للموضوع ، بمعنى أنهـا اذا الغت الحكم الصادر بعـدم قبول الدعوى

(١) نقض ٧ يونيه ١٩٣٤ (مجموعة القواعد القانونية ١ رقم ١٩٢) .
(٢) استئناف مصر ٨ فبراير ١٩٤٨ المحاماة ٣١ ص ١٣٦٣ .

فلا يجوز لها أن تفصل فى الموضوع لان هذا الاستئناف لاينقل الى محكمة الدرجة الثانية الا ما فصلت فيه فقط محكمة الدرجة الاولى وهو النزاع فى الدفع . انما يجوز لها أن تتصدى لموضوع الدعوى اذا توافرت شروط التصدى المنصوص عليها فى المادة ٤٧٣ من قانون المرافعات الفرنسى «١» .

ومع ذلك يتجه الرأى الى وضع ذات التقسيم الذى تقدمت الاشارة اليه ، الذى يقسم الدفوع بعدم القبول الى قسمين : دفوع تتصل الموضوع كالدفع باتتفاء المصلحة ودفوع أخرى معناها السقوط لانقضاء الميعاد ، والحق النوع الاول بالدفوع الموضوعية بحيث يكون من أثر استئناف الحكم الصادر فيها طرح النزاع برمته أمام محكمة الدرجة الثانية، وذلك لان هذه الدفوع بذواتها يجوز ابداؤها فى أية حالة تكون عليها الدعوى (كما قررت أخيرا محكمة النقض الفرنسية) ولان محكمة الدرجة الاولى وهى تقضى بقبول هذه الدفوع انما تفصل فى موضوع الدعوى .

٢١ ــ اتجاه القانون الجديد :

لم ير قانون المرافعات الجديد ــ كما رأينا ــ الا أن ينص على أن الدفع بعدم قبول الدعوى يجوز ابداؤه فى أية حالة تكون عليها ، وترك غير ذلك من المسائل التى يدور البحث فيها عن طبيعة هذا الدفع ، فهل يؤخذ باتجاه رأى محكمة النقض المصرية ومحكمة استئناف مصر فيلحق الدفع بعدم القبول ، فى هذا الصدد ، بالدفوع الموضوعية على اعتبار أن المحكمة متى قبلت الدفع وقضت بعدم جواز الدعوى فقد انحسمت الخصومة فى هذا الموضوع أمامها وأصبح من غير الممكن الرجوع اليها فيه ؟

نحن لانرى هذا الاتجاه ، فقد سلمنا ، كما قدمنا ، بأن الدفع بعدم القبول ينحصر فى الاحوال التى ينكر فيها الخصم صفة خصمه أو ينكر سلطته فى استعمال الدعوى لسبق الفصل فيها أو لسبق الصلح فيها أو لرفعها فى غير المناسبة أو الميعاد المحدد لرفعها دون الاحوال التى ينكر فيها

---

(١) موريل رقم ٥٢ ص ٥٧ .

الخصم سلطة خصمه لانتفاء المصلحة ، فالدفع بعدم القبول يعد دفعا أوليا أو ابتدائيا exception purement préjudicielle والحكم الصادر فيه لايمس موضوع الدعوى لا عن قرب ولا عن بعد .

وعلى ذلك لايجوز لمحكمة الدرجة الثانية أن تنظر فى غير الدفع الذى استؤنف الحكم فيه اليها ذلك لان الاستئناف لاينقل الى محكمة الدرجة الثانية غير النزاع الذى طرح أمام محكمة الدرجة الاولى ونظرت فيه حقيقة أو حكما ، واذ انحصر النزاع فى الدفع فلا تنظر محكمة الدرجة الثانية غير ماكان مطروحا للنظر على محكمة الدرجة الاولى . ومن ناحية أخرى فان محكمة الدرجة الثانية لاتنظر الا فيما طعن به على الحكم المستأنف ، والحكم لم يصدر الا فى شأن الدفع ولا يتصور أن يشمل الطعن فيه بالاستئناف غير ماقضى به . لذلك تكون مطالبة محكمة الدرجة الثانية بالنظر فى الموضوع برمته من قبيل ابداء طلبات جديدة فى الاستئناف فى غير ماسمح به القانون استثناء عملا بنص المادة ٤١١ ، ومن قبيل عرض النزاع لاول مرة على المحكمة الاستئنافية ، وفى هذا تفويت لدرجة من درجات التقاضى .

هذا ويلاحظ أن الاتجاه المتقدم لايتغير ولو اتضح أن محكمة الدرجة الاولى قد سمحت للخصوم بأن يتعرضوا لاصل الموضوع أو اتضح أن المحكمة نفسها وهى بسبيل اصدار حكمها فى الدفع تعرضت لفحصه ذلك لان العبرة بما فصلت فيه المحكمة حقيقة أو حكما اذ لايتصور أن يشمل الطعن بالاستئناف غير ماقضى به الحكم المطعون فيه .

لكل ما تقدم نرى أن الحكم الصادر بعدم قبول الدعوى لايمس الموضوع ويتعين على محكمة الدرجة الثانية ان هى الغته أن تعيد الدعوى الى محكمة الدرجة الاولى لتفصل فى موضوعها . وهذا الرأى يتفق الى حد كبير مع ماوصل اليه الفقه والقضاء فى فرنسا .

الحكم الصادر فى الدفع

٢٢ ــ رأينا أن القانون يجيز ابداء الدفع فى أية حالة تكون عليها الدعوى • وهذا الدفع كغيره من الدفوع يجوز ابداؤه شفاهة سواء فى حضور الخصم الآخر أو فى غيبته ، ويجوز أن يبدى كتابة •

ويجوز أن يبدى قبل مواجهة الموضوع فتحكم المحكمة فيه على استقلال أو تأمر بضمه الى الموضوع • وكان المشروع المقدم من الحكومة الى البرلمان يضيف العبارة الآتية الى نص المادة ١٤٢ « واذا أبدى هذا الدفع قبل مواجهة الموضوع فتحكم المحكمة فيه على استقلال ما لم تأمر بضمه الى الموضوع » • وقد رأى البرلمان أن اعمال القواعد العامة يغنى عن هذه العبارة فحذفت من المادة •

والمحكمة ــ فى العادة ــ لاتأمر بضم الدفع الى الموضوع الا اذا كان الحكم فى الدفع يستوجب البحث فى الموضوع •

ويراعى أن الحكم فى موضوع الدعوى دون التعرض للدفع يعد من جانب المحكمة قضاء ضمنيا برفض الدفع بعدم القبول • وهذا بعكس ما هو عليه الحال بالنسبة لمسائل الاختصاص فعلى الرغم من أن الحكم فى موضوع الدعوى دون التعرض لمسألة الاختصاص يعد من جانب المحكمة قضاء ضمنيا برفض الدفع بعدم الاختصاص فان المشرع استلزم رعاية لمسائل الاختصاص أن تصدر المحكمة فيها قضاء صريحا فالمادة ١٣٢ تلزم المحكمة بأن تبين ماقضت به فى مسألة الاختصاص وفى موضوع الدعوى كلا على حدة • وقد راعى المشرع فى ذلك جواز الطعن بالاستئناف فى الحكم الصادر فى الدفع بعدم الاختصاص ، ولو كان موضوع الدعوى مما يدخل فى النصاب الانتهائى لمحكمة الدرجة الاولى (م ٤٠١/٢) •

والحكم الصادر بقبول الدفع أو عدم قبوله هو من الاحكام الصادرة قبل الفصل فى الموضوع ــ أى الفرعية «١» ــ وهو يخضع للقواعد العامة من حيث تقدير نصاب استئنافه ، والقاعدة أن جميع الاحكام الصادرة قبل الفصل فى موضوع الدعوى يراعى فى تقدير نصاب استئنافها قيمة الدعوى (م ١/٤٠١)

والحكم بقبول الدعوى أو قبول الطلب العارض أو قبول التدخل أو قبول الاستئناف لايقبل الطعن فيه فور صدوره لانه لاتنتهى به الخصومة كلها أو بعضها .

أما الحكم بعدم قبول الدعوى فهو يقبل الطعن فورا ، كذلك الحال بالنسبة الى الحكم بعدم قبول الطلب العارض أو عدم قبول التدخل .

واذا قضت المحكمة بعدم قبول بعض الطلبات وقبول الطلبات الاخرى، فالشق الاول من الحكم يقبل الطعن المباشر دون الشق الآخر .

ويلاحظ أن الحكم بقبول الدعوى أو بقبول بعض الطلبات ينفذ فورا دون أن تستوفى بصدده الشروط اللازمة لجواز تنفيذ الاحكام باعتبار المرافعة فى الموضوع تنفيذا للحكم برفض الدفع .

ولا يعتبر التعرض للموضوع ، من جانب الخصم الذى دفع بعدم القبول رضاء ضمنيا acquiescement عن الحكم الصادر برفض الدفع فيجوز له بعد صدور الحكم فى الموضوع أن يطعن فى الحكم الاول .

وتنص المادة ٤٠٤ على أن استئناف الحكم الصادر فى موضوع الدعوى يستتبع حتما استئناف جميع الاحكام التى سبق صدورها فى القضية ما لم تكن قبلت صراحة . فعلى ذلك اذا صدر حكم برفض الدفع

---

(١) اتجه الى هذا الراى المرحوم الاستاذ ابو هيف اذ اعتبر الحكم بعدم جواز سماع الدعوى لفوات الميعاد او لمضى المدة من الاحكام القطعية الفرعية التى تفصل فى نقطة معينة قبل الفصل فى موضوع الدعوى (ابو هيف ٢ رقم ١٠٧١ ص ٧٧) .

بعدم القبول ثم صدر الحكم فى الموضوع فان استئناف هذا الحكم الاخير يطرح استئناف الحكم الاول بشرط ألا يكون المستأنف قد قبل الحكم الاول صراحة .

انما اذا صدر الحكم برفض الدفع ثم صدر الحكم فى الموضوع لمصلحة من صدر عليه الحكم الاول فهل استئناف الحكم فى الموضوع يطرح الخصومة فى الدفع ؟ . الاصل أنه لايصح أن تعد مستأنفة الا الاحكام الصادرة ضد المستأنف ، اذ لايجوز أن يفيد من الاجراء الا من باشره ، ولكن المذكرة التفسيرية لقانون المرافعات تقول « ان استئناف الحكم فى موضوع الدعوى يترتب عليه طرح النزاع فى كل ماقضت فيه الاحكام القطعية والاحكام المتعلقة باجراءات الاثبات ونحوها مما سبق صدوره فى القضية ولو كانت هذه الاحكام قد صدرت لمصلحة المستأنف بحيث يجوز للمستأنف عليه أن يثير كل ما كان قد أبداه من دفوع ووجوه دفاع أمام محكمة الدرجة الاولى بدون حاجة الى استئناف الاحكام الصادرة برفضها قبل الفصل فى الموضوع » .

والمشرع بهذه القاعدة قد راعى أمثال الحالة التى نحن بصددها ، وهى حالة صدور الحكم فى الموضوع لمصلحة أحد الخصوم ، دون أن يكون الحكم الصادر قبل الفصل فى الموضوع فى صالحه ، ويستأنف خصمه الحكم فى الموضوع ، فلا يجوز للاول أن يستأنف الحكم الفرعى اذ أنه لايملك استئناف الحكم فى الموضوع لانه قد صدر وفق طلباته «[1]» (بفرض أن يكون الحكم الفرعى مما لايقبل الطعن المباشر) .

(١) ولا يجوز أن يقال بجواز استئناف الحكم برفض الدفع على استقلال وبعد صدور الحكم فى الموضوع اذ المصلحة فى الطعن تنتفى فى هذا الصدد لان المصلحة فى الطعن فى الحكم الفرعى على استقلال لاتتوافر الا اذا كان الحكم فى الموضوع قد صدر هو الاخر ضد مستأنف الحكم الفرعى ، فيكون الغرض من استئناف الحكم الفرعى الغاءه ، وسيتتبع هذا الغاء الحكم فى الموضوع . اما الفرض المتقدم فمقتضاه ان الحكم فى الموضوع قد صدر لمصلحة المحكوم عليه بالحكم الفرعى . فالمصلحة فى الطعن فى الحكم الفرعى لاتتوافر لان الغاءه يستتبع الغاء الحكم فى الموضوع ، وهذا الحكم قد صدر لمصلحة الطاعن .

الخاتمة

أدركنا مما تقدم أنه ان سلمنا بأن الدعوى هى ذات الحق متحركا الى القضاء كان الدفع الموجه اليها موجه اليه فى واقع الامر ، ومن ثم يكون الدفع بعدم القبول هو فى الحقيقة دفع موضوعى يسرى عليه مايسرى على الدفع الموضوعى من قواعد .

وخلصنا الى أن الدعوى ليست بذات الحق المدعى به وليست مستقلة عنه بحيث توجد بغيره أو يوجد بغيرها ، انما هى جزء لايتجزأ من الحق . فالحق لايكتمل وجوده الا اذا كان لصاحبه سلطة الالتجاء الى المحاكم للذود عنه ، لان امكان الافادة من المنفعة التى يخولها القانون لصاحب الحق لايتحقق الا اذا كان فى مكنته الالتجاء الى المحاكم للاعتراف له به أو لحمايته ولاكراه مدينه على التسليم له به . ويتفرع عن هذا أنه لايتصور وجود دعوى دون أن تستند الى حق ، ولا يوجد حق دون أن تحميه دعوى ، وأن لكل حق دعوى واحدة تحميه فان تعددت الدعاوى بصدد واقعة قانونية معينة فذلك لان هذه الواقعة تنشىء من الدعاوى بقدر الحقوق المتعلقة بها . ومن ناحية أخرى تتميز الدعوى عن الحق من حيث سبب كل منهما ، كما أنها تضيف اليه عنصرا أو مزايا لم يكن يتضمنها من قبل .

وعلى ذلك اذا سلمنا بأن الدعوى ليست بذات الحق المدعى به لايكون الدفع الموجه اليها دفعا موضوعيا انما هو دفع من نوع خاص يوجه الى الوسيلة التى قررها القانون لحماية الحق .

وخلصنا من كل ما أسلفناه على وجه التفصيل الى أن الدفع بعدم القبول ينحصر فى الاحوال التى ينكر فيها الخصم صفة خصمه أو ينكر وجود دعوى لديه لسبق الفصل فى موضوعها أو لسبق الصلح فيها أو

لرفعها فى غير المناسبة أو الميعاد المحدد لذلك .

ورأينا أن الدفع بانتفاء المصلحة لايعد دفعا بعدم القبول انما هو دفع موضوعى لان وجود الحق فى رفع الدعوى هو المصلحة القانونية ، وكون الحق مستحقا الاداء هو المصلحة القائمة الحالة .

ورأينا أن قانون المرافعات المصرى ينص على جواز ابداء الدفع فى أية حالة تكون عليها الدعوى ولو فى الاستئناف ، وذلك حتى لايحرم الخصم ــ وهو غالبا المدعى‌عليه ــ من دفاع يمس‌غالبا موضوع الدعوى عن قرب.

أما القانون الفرنسى فهو يوجب ابداء الدفع بعدم القبول قبل التكلم فى الموضوع والا سقط الحق فى الادلاء به . وأدركنا أن هذه القاعدة ظاهرة السداد حتى لايتأخر الفصل فى الدعوى لانه ان سلمنا بأن الدفع بعدم القبول ينحصر فقط فى الاحوال المتقدمة يكون بعيدا عن أن يمس موضوع الدعوى .

وفى فرنسا بعد صدور مرسوم سنة ١٩٣٥ ــ الذى يوجب ابداء الدفوع بعدم القبول قبل التكلم فى الموضوع والا سقط الحق فى الادلاء بها ــ أصبح المنطق يقتضى عند استئناف الحكم الصادر فى الدفع أن تقتصر ولاية محكمة الدرجة الثانية على الفصل فيه دون التعرض‌للموضوع بمعنى أنها اذا الغت الحكم الصادر بعدم قبول الدعوى فلا يجوز لها أن تفصل فى الموضوع لان هذا الاستئناف لاينقل الى محكمة الدرجة الثانية الا ما فصلت فيه فقط محكمة الدرجة الاولى وهو النزاع فى الدفع . انما يجوز لها أن تتصدى لموضوع الدعوى اذا توافرت شروط التصدى المنصوص عليها فى المادة ٤٧٣ من قانون المرافعات الفرنسى . ومع ذلك يتجه الرأى الراجح الى تقسيم الدفوع بعدم القبول الى قسمين : دفوع تتصل بالموضوع كالدفع بانتفاء المصلحة ودفوع أخرى مبناها السقوط لانقضاء الميعاد ، والحق النوع الاول بالدفوع الموضوعية بحيث يكون من أثر استئناف الحكم الصادر فيها طرح النزاع برمته أمام محكمة

الدرجة الثانية ، وذلك لان هذه الدفوع بذواتها يجوز ابداؤها فى أيةحالة تكون عليها الدعوى (فى نظر محكمة النقض الفرنسية) ، ولان محكمة الدرجة الاولى وهى تقضى بقبول هـذه الدفوع انما تفصل فى موضوع الدعوى .

ولم ير قانون المرافعات الجديد ـ كما رأينا ـ الا أن ينص على أن الدفع بعدم قبول الدعوى يجوز ابداؤه فى أية حالة تكون عليها ، وترك غير ذلك من المسائل التى يدور البحث فيها عن طبيعة هذا الدفع . ونحن ، وقد سلمنا بأن الدفع بعدم القبول ينحصر فى الاحوال التى ينكر فيها الخصم صفة خصمه أو ينكر سلطته فى استعمال الدعوى لسبق الفصل فيها أو لسبق الصلح فيها أو لرفعها فى غير المناسبة أو الميعاد المحدد لذلك، نرى أن هذا الدفع يعد دفعا أوليا أو ابتدائيا ، والحكم الصادر فيـه لايمس موضوع الدعوى لاعن قرب ولا عن بعـد ، وعلى ذلك لايجوز لمحـكمة الدرجة الثانية أن تنظر فى غـير الدفع الذى استؤنف الحكم فيـه اليها ذلك لان الاستئناف لاينقل الى محكمة الدرجة الثانية غير النزاع الذى طرح أمام محكمة الدرجة الاولى ونظرت فيه حقيقة أو حكما ، واذ انحصر النزاع فى الدفع فلا تنظر محكمة الدرجة الثانية غير ما كان مطروحا للنظر على محكمة الدرجة الاولى . ومن ناحيـة أخرى فان محكمة الدرجة الثانيـة لاتنظر الا فيما طعن به على الحكم المسـتأنف ، والحكم لم يصدر الا فى شـأن الدفع ولا يتصور أن يشمل الطعن فيه بالاستئناف غير ماقضى به . لذلك تكون مطالبة محكمة الدرجة الثانية بالنظر فى الموضوع برمتـه من قبيل ابداء طلبات جديدة فى الاستئناف فى غير ماسمح به القانون استثناء عملا بنص المادة ٤١١، ومن قبيل عرض النزاع لاول مرة على المحكمة الاستئنافية، وفى هذا تفويت لدرجة من درجات التقاضى .

ويلاحظ أن الاتجاه المتقـدم لايتغير ولو اتضح أن محـكمة الدرجة الاولى قـد سمحت للخصوم بأن يتعرضوا لاصل الموضوع أو اتضح أن المحكمة نفسها وهى بسبيل اصدار حكمها فى الدفع تعرضت لفحصه ذلك

لان العبرة بما فصلت فيه المحكمة حقيقة أو حكما اذ لايتصور أن يشمل الطعن بالاستئناف غير ما قضى به الحكم المطعون فيه •

ورأينا أنه ــ لكل ما تقدم ــ يتعين على محكمة الدرجة الثانية ان هى الغت الحكم الصادر بعدم قبول الدعوى أن تعيد القضية الى محكمة الدرجة الاولى لتفصل فى موضوعها • وهذا الرأى يتفق الى حد كبير مع ما وصل اليه الفقه والقضاء فى فرنسا •

وبعد ، فليس من العسير أن ندرك أن الاضطراب الذى يشوب دراسة هذا الدفع وتفكك الرأى بشأنه يرجع الى أن الفقه لم يسلك الطريق القويم فى معالجته ، فمن الواجب أولا تحديد طبيعته وحصر حالاته ومن ثم يسهل تحديد الاتجاه الذى يتعين على المشرع أن يسلكه عند معالجة أحكامه •

وأخيرا ، لعل عبارة « الدفع بانتفاء الدعوى » أو « الدفع بعدم وجود دعوى » تكون أكثر ضبطا وتوفيقا من عبارة « الدفع بعدم قبول الدعوى » لان التعبير الاخير يوحى بان للخصم دعوى ولكنها غير مقبولة لعدم توافر شرط من شروط قبولها ، والحقيقة أن الدعوى لاتوجد لديه ، فالاصدق فى التعبير أن يقال « الدفع بانتفاء الدعوى » •