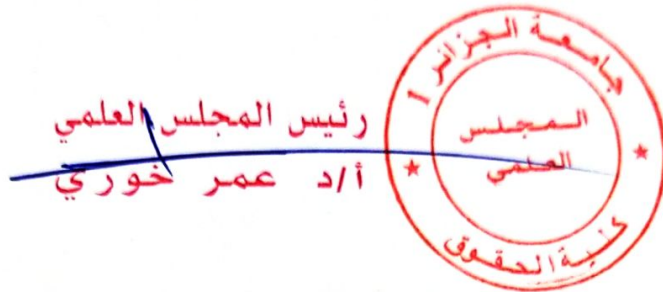


شوقي بناسي
أستاذ محاضر (أ)
جامعة الجزائر 1 - كلية الحقوق



دروس في الدعوى القضائية

في ضوء القانون رقم 08-09 المؤرخ في 25 فبراير 2008 المتعلق بقانون
الإجراءات المدنية والإدارية

مطبوعة موجهة لطلبة الماستر - فرع القانون القضائي



2021-2020



يقول الدكتور نبيل إسماعيل عمر: "نظرية الدعوى القضائية هي العمود الفقري لقانون المرافعات فهي التي يدور حولها تقنين المرافعات ومنها تنشأ المنظومات الإجرائية، ويقصد بهذه الأخيرة منظومة الطلبات القضائية، منظومة الدفع، منظومة الأوراق القضائية، منظومة الخصومة القضائية، منظومة الإعلان القضائي، منظومة المواعيد الإجرائية"¹.

¹ نبيل إسماعيل عمر، الوسيط في قانون المرافعات المدنية والتجارية، دار الجامعة الجديدة للنشر، 2006، ص157.

مقدمة



منذ أن خلق الله تعالى الأرض وأسكن البشر فيها والنزاعات قائمة بين الناس لا تنتهي نتيجة تضارب المصالح، وما قصة ابني آدم عليه السلام إلا خير دليل على صحة كلامنا، حيث تجرأ الأخ على قتل أخيه ظلما وعدوانا.

وفي قصة ابني آدم عليه السلام دلالة واضحة على أن البشرية في عهدها الأول كانت تؤمن بالقوة كوسيلة وحيدة لفض النزاعات الناشئة بين الناس، ولم يكن الأمر يقتصر على استعمال القوة بين المتنازعين فحسب، بل كان يمتد لعائلة هؤلاء وقبيلتهم وعشيرتهم، فتتلع الحروب ويطول أمدها.

ولكن ومع استقرار الجماعات البشرية أيقن الناس أن القوة لا تعد السبيل الأمثل لفض النزاعات، فهي لا تزيد الأوضاع إلا تعقيدا، بحيث تؤدي إلى اتساع دائرة النزاع بشكل رهيب تتولد عنه نزاعات أخرى في المستقبل يصعب إيجاد حل لها.

ومع نبذ الناس لفكرة "القصاص الخاص" فكر العقلاء منهم في اللجوء إلى شخص ثالث يكون كحكم بين المتنازعين، وهكذا نشأت فكرة التحكيم كبديل لفكرة القصاص الخاص قوامها اللجوء بصورة اختيارية إلى شخص من الغير طلبا لتدخله للفصل في النزاع.

وبالرغم من بروز فكرة التحكيم كوسيلة حضارية لفض النزاعات بين الناس إلا أنها لم تحقق نجاحا كبيرا في الجماعات البشرية لقيامها على فكرة الاختيار، مما فتح الباب للأقوياء بالعدول عنها وتفضيل استعمال القوة كلما كانت الفرصة سانحة.

وبنشأة الدولة فرضت هذه الأخيرة على الناس اللجوء إلى التحكيم، وفي مقابل ذلك منعت منعا باتا اللجوء إلى القصاص الخاص، وهكذا انتقل الفكر البشري من التحكيم الاختياري إلى التحكيم الجبري.

ومع ذلك لا يبدو أن التحكيم الجبري هو الحل الأمثل لفض النزاعات بين الناس، إذ أن الأمر يبقى متوقفا على مدى تكوين المحكم من الناحية القانونية، ومدى نزاهته وإخلاصه وتفاثيه في إحقاق الحق وإبطال الباطل، ومدى الحماية التي يتمتع بها.

كل هذه العوامل دفعت الدولة الحديثة إلى أن تهتم أيما اهتمام بالقضاء وتنظيمه باعتباره يمثل السلطة القضائية التي هي إحدى السلطات الثلاث في الدولة الحديثة، وأصبح مقياس تطور الأمم والدول يكمن في مدى امتلاكها لجهاز قضائي قوي يحق الحق ويبطل الباطل ولو كره المجرمون، وبذلك انتقل الفكر البشري من القضاء الخاص إلى القضاء العام.

ولاشك أن تنظيم القضاء لا يقتصر على إنشاء المحاكم على اختلاف أنواعها وتكوين القضاة تكوينا علميا يتماشى مع المهام السامية التي تنتظرهم، بل يتعداه إلى تنظيم النشاط القضائي، بمعنى وضع نظام قانوني يحكم النشاط القضائي، ولا يكون ذلك إلا من خلال وضع تقنين ينظم القواعد التي يخضع لها النشاط القضائي.

وقد انصب اهتمام الدولة الحديثة على تقريب العدالة من المواطنين، بحيث أصبح اللجوء إلى القضاء حقا عاما نصت على دساتير الدول الحديثة، ولكن هذا الأمر لا يعني أبدا فتح ساحات

القضاء لكل من هب ودب فتصبح هذه الساحات المقدسة مسرحا للمجادلات الفارغة التي تضيع أوقات القضية من غير فائدة تذكر، لذا تطلب الأمر وضع تنظيم صارم لممارسة الحق في اللجوء إلى القضاء، فعلى كل من يريد الحصول على حق أو حمايته أن يسلك سبيل الدعوى القضائية بما لها من شروط لقبولها يتعين توافرها ووسائل لمباشرتها يتوجب مراعاتها.

والأمر لا يتوقف عند هذا الحد بل يتعداه إلى تحديد الشكل القانوني للعمل الذي تمارس الدعوى في إطاره، بحيث يتعين على القضية والمتقاضين التقيد به، وهو ما يعبر عنه بالخصومة، وذلك إلى غاية صدور الأحكام القضائية.

وبما أن القضية بشر والبشر خطاءون وجب تحديد الطرق التي بواسطتها يستطيع المتقاضون الطعن في الأحكام القضائية، وكل هذا يتطلب بالضرورة وضع تنظيم صارم للأحكام القضائية وطرق الطعن فيها والآجال المحددة لذلك، والأكثر من هذا بيان قواعد تنفيذها بحيث تتجسد الحماية القضائية عمليا في الواقع المعاش.

ويجب ألا يغيب عن أذهاننا أن التحكيم كان في يوم من الأيام الوسيلة الحضارية الأولى لفض النزاعات بين الناس كبديل عن القوة، لذا فإن التحكيم مازال إلى غاية اليوم موجودا لدرجة أن التشريعات اهتمت بتنظيمه كطريق من الطرق البديلة لحل النزاعات إلى جانب المصالحة والوساطة.

كل هذه الأمور المهمة لم تغب عن ذهن المشرع الجزائري منذ الأيام الأولى للاستقلال واتضح ذلك بصورة جلية بعد الإصلاح القضائي سنة 1965 وهي الفترة التي صدر فيها قانون الإجراءات المدنية بموجب الأمر 66-154 المؤرخ في 8 جوان 1966 المعدل والمتمم في مناسبات كثيرة إلى أن تم إلغاؤه بعد صدور قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد بموجب القانون 09-08 المؤرخ في 25 فبراير 2008 والذي سيكون محور دراستنا بخصوص الدعوى القضائية.

لما كان من المتفق عليه فقها وتشريعا وقضاءً عدم جواز اقتضاء الفرد حقه بنفسه لنفسه، طبقا للمبدأ القائل: **"لا أحد يمكنه إقامة العدالة لنفسه"**¹، لم تكن التشريعات الحديثة بتنظيم جهاز القضاء لتحقيق الحماية القضائية للحقوق، بل عملت أيضا على تنظيم الأداة الفنية للحصول على هذه الحماية، وهي ما يعرف اصطلاحا بالدعوى القضائية *Action en justice*².

وقد بقي موضوع الدعوى القضائية مجهولا عند فقهاء القانون الخاص لفترة طويلة من الزمن في القانون الفرنسي والتشريعات التي حذت حذوه، ويعود الفضل في الاهتمام به إلى فقهاء القانون العام³.

والحق يقال إن قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد اهتم بهذا الموضوع أيما اهتمام، بحيث خصص لنظرية الدعوى جملة من المواد منها شروط قبول الدعوى (المادة 13)، الطلبات (المادة 25)، الدفوع (المواد 48-69)، التدخل (المواد 194-206)، دعاوى الحيازة (المواد 524-530)، ولإلمام بموضوع الدعوى القضائية سنتطرق للنقاط التالية:

¹ *Nul ne peut se faire à soi même justice.*

² انظر في هذا المعنى: وجدي راغب فهمي، مبادئ القضاء المدني "قانون المرافعات"، دار الفكر العربي، 1987 مصر، ص75.

³ J. Vincent et S. Guinchard, Procédure civile, Dalloz, 24^e éd, 1996, p. 71.

المبحث الأول: المفهوم القانوني للدعوى.

المبحث الثاني: تقسيمات الدعوى.

المبحث الثالث: شروط قبول الدعوى.

المبحث الرابع: وسائل مباشرة الدعوى.

المبحث الأول

المفهوم القانوني للدعوى

لقد أثار المفهوم القانوني للدعوى جدلاً فقهيًا كبيراً مازال قائماً إلى يومنا الحاضر، ويظهر، في اعتقادنا، أن ذلك يرجع من ناحية أولى إلى عدم ضبط المصطلحات القانونية المستعملة من الفقهاء للتعبير عن فكرة الدعوى كالحق والحرية والرخصة والمكنة، ومن ناحية ثانية للاتصال الوثيق الموجود بين الدعوى وغيرها من المصطلحات القانونية القريبة منها كالالتجاء إلى القضاء والطلب القضائي والخصومة القضائية والقضية.

وعلى ذلك يبدو، في نظرنا، أن المنهج الأمثل لدراسة المفهوم القانوني للدعوى، بعيداً عن الخلط بين الأفكار القانونية، يكمن في ضرورة الانطلاق من التمييز بين مصطلحين طالما وقع الخلط بينهما وهما الدعوى وحق الدعوى، لذا سنتولى التعريف بالدعوى ثم بيان المقصود بحق الدعوى.

المطلب الأول: التعريف بالدعوى: بعد اهتمام فقهاء القانون الخاص بدراسة فكرة الدعوى تعددت وجهات نظرهم إلى الحد الذي جعل بعض الفقه يقول: "توجد من نظريات الدعوى بقدر عدد الكتاب الذين تناولونها"، وكان أول الاختلاف بينهم تحديد المعنى الفني الدقيق لاصطلاح الدعوى، فقد عرض كل فقيه تعريفه الذي يراه صحيحاً في نظره ثم بنى عليه دراسته للدعوى بصفة عامة، لذا يتوجب علينا، ونحن نخوض في هذا الموضوع الدقيق، أن نحدد تعريفنا للدعوى لكي نستطيع بعد ذلك بيان عناصر الدعوى والتمييز بينها وبين المصطلحات القانونية الأخرى.

الفرع الأول: تعريف الدعوى: للدعوى معنى لغوي ومعنى اصطلاحى نشير إليهما في النقطتين التاليتين.

أولاً: المعنى اللغوي للدعوى: الدعوى لغة اسم من الإدعاء، وهو المصدر، أي أنها اسم لما يدعى، وتجمع على دعاوى بكسر الواو وفتحها. وللدعوى، عند فقهاء اللغة العربية، إطلاقات متعددة في اللغة منها: الطلب والتمني، والدعاء، والزعم، وإضافة الإنسان إلى نفسه شيئاً¹.

ثانياً: المعنى الاصطلاحي للدعوى: للدعوى تعريفات كثيرة عند فقهاء القانون الوضعي سنعمل على ذكر أهمها، لكن قبل ذلك يستحسن الإشارة إلى تعريفها الاصطلاحي في الفقه الإسلامي.

1- في الفقه الإسلامي: للدعوى تعريفات كثيرة في الفقه الإسلامي منها: هي "مطالبة حق في مجلس من له الخلاص عند ثبوته" أو هي "قول مقبول عند القاضي يقصد به طلب حق لنفسه

¹ انظر تفاصيل أكثر: محمد نعيم ياسين، نظرية الدعوى بين الشريعة الإسلامية وقانون المرافعات المدنية والتجارية، دار النفائس، الأردن، 1999، ص 75-77.

قبل غيره أو دفعه عن حق نفسه" أو هي "طلب إنسان حقا على غيره لدى الحاكم"¹ أو هي "قول مقبول أو ما يقوم مقامه في مجلس القضاء، يقصد به إنسان طلب حق له أو لمن يمثله أو حمايته"².

2- في الفقه القانوني: لم يضع المشرع الجزائري تعريفا للدعوى، سواء في قانون الإجراءات المدنية الملغى أو في قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد، وهذا رغم اهتمامه المتزايد بوضع التعاريف في هذا القانون الأخير، ولعل المشرع رأى أن هذه المسألة ألصق بالفقه منها بالتشريع³، خاصة وأن العمل جرى على استعمال اصطلاح الدعوى على معان كثيرة، فيقال رفع شخص دعوى، أي قدم طلبا للقضاء، ويقال البينة على من ادعى، فيقصد بها الإدعاء، ويقال مصاريف الدعوى، ويقصد بها الخصومة، أي المصاريف التي أنفقت بالنسبة لجميع إجراءات الخصومة⁴.

وعلى أية حال فقد تنوّعت تعاريف الفقه للدعوى، بحسب نظرة كل فقيه للطبيعة القانونية للدعوى، من ذلك ما يلي: هي "الوسيلة التي خولها القانون صاحب الحق في الالتجاء إلى القضاء لتقرير حقه أو حمايته"⁵ أو هي: "وسيلة للتقاضي بالإدعاء أمام المحاكم في مواجهة الخصوم لحسم المنازعات فيما بينهم بإصدار الأحكام"⁶. أو هي "حق الشخص في الحصول على حكم في الموضوع لصالحه، وذلك في مواجهة شخص آخر، بواسطة السلطة القضائية"⁷، أو هي: "حق إجرائي للمدعى في مواجهة المدعى عليه، يجد مصدره في القانون الإجرائي"⁸.

وفي اعتقادنا إن هذه التعريفات محل نظر، فمن عرّف الدعوى بأنها وسيلة قانونية لحماية الحق، فقد نظر إليها من وجهة نظر القانون الموضوعي، ولم ينظر إليها من وجهة نظر قانون الإجراءات المدنية باعتبارها محلا للعمل القضائي، ومن ثم فإن رافعها قد يكون صاحب حق وقد لا يكون، ومن عرّفها بأنها حق من الحقوق فقد خلط بين الدعوى وحق الدعوى، فالدعوى شيء وحق الشخص في هذه الدعوى شيء آخر.

وعلى ذلك نرى أن التعريف الأدق للدعوى هو التعريف الذي يراعي أمرين مهمين:

أولهما المعنى اللغوي للدعوى، فالدعوى لغة هي الإدعاء، بمعنى أنها مجرد زعم يحتمل الصواب والخطأ.

وثانيهما وجهة نظر قانون الإجراءات المدنية، وهي أن الدعوى محل بحث وتحقيق من القاضي يؤكد في نهايته الحق أو ينفيه.

¹ المادة 1613 من مجلة الأحكام العدلية.

² انظر تفاصيل أكثر: محمد نعيم ياسين، المرجع السابق، ص 78-84.

³ تقول الأستاذة زينب شويحة: "والقانون الجديد لم يعط لها تعريفا رغم أنه كان مستقيضا في إعطاء تعريفات لبعض الإجراءات الأخرى، وكأنه يرى أن تعريف الدعوى بالذات دون باقي الإجراءات من اختصاص الفقه لا التشريع، رغم ما اكتنف نظرية الدعوى من غموض وخلط بينها وبين الخصومة والمطالبة القضائية، في ظل القانون القديم، واكتفى بتعيين شروط قبولها ثم إجراءات رفعها". دار أسامة للنشر والتوزيع، الجزائر، 2009، ص 36.

⁴ أحمد هندي، أصول قانون المرافعات المدنية والتجارية، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2002، ص 276.

⁵ مفلح عواد القضاة، المرجع السابق، ص 170.

⁶ أمينة مصطفى النمر، الدعوى وإجراءاتها، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1990، ص 11.

⁷ فتحي والي، قانون القضاء المدني اللبناني، دار النهضة العربية، لبنان، 1970، ص 157.

⁸ نبيل إسماعيل عمر، المرجع السابق، ص 161 وما بعدها.

وبمراعاة هذين الأمرين توصل بعض الفقه المجتهد إلى تعريف الدعوى بأنها "إدعاء قانوني معروض أمام القضاء"، وأصل الإدعاء رأي قانوني شخصي – نتيجة تطبيق الفرد للقانون على واقعة معينة – ولكنه تعارض مع ظاهرة واقعية، ولذا يعتبره قانون الإجراءات المدنية مجرد إدعاء، أي أنه مجرد زعم أو قول يحتمل الصواب والخطأ¹.

ومع ذلك نرى أن هذا التعريف غير دقيق على الأقل من ناحيتين:

فمن ناحية أولى من الممكن جداً أن نضيف للتعريف السابق عبارة "للحصول على حق أو حمايته"، ولا تعني هذه الإضافة، في أي حال من الأحوال، أن رافع الدعوى هو صاحب الحق فعلاً، فقد يكون فعلاً صاحب حق وقد لا يكون، ولهذا لم يتردد فقهاء الشريعة الإسلامية الغراء في ختم تعريفهم للدعوى بهذه العبارة المهمة.

ومن ناحية ثانية يبدو أن التعريف السابق قد يؤدي إلى الخلط بين الدعوى *Action* والادعاء *Prétention* ذلك أن هذا الأخير هو الأمر المدعى به أمام القضاء، أي ما يعرضه المدعي في طلبه القضائي من عناصر موضوعية تتعلق بحقه الموضوعي والاعتداء الحاصل عليه، وبعبارة أدق إن الادعاء هو مضمون الطلب القضائي، وبالتالي يظهر من غير الممكن تعريف الدعوى بأحد عناصر أداة استعمالها.

وعلى ذلك نرى أن الصواب أن يقال إن الدعوى تتضمن ادعاء معيناً يُطلب من القاضي الحكم فيه، وعلى هذا الأساس يظهر أن التعريف الدقيق للدعوى هو اعتبارها "مكنة قانونية ممنوحة للشخص في الالتجاء إلى القضاء للحصول على حق يدّعيه أو حمايته".

وفي اعتقادنا إن التعريف المقترح أعلاه يتماشى مع نص المادة 3 ق إ م الجديد، حيث نصت على أنه "يجوز لكل شخص يدّعي حقاً رفع دعوى أمام القضاء للحصول على ذلك الحق أو حمايته".

وجدير بالذكر أن بعض التشريعات المعاصرة أوردت تعريفاً قانونياً للدعوى، من ذلك قانون الإجراءات المدنية الفرنسي في مادته 30، حيث جاء نصها كالآتي²:

«L'action est le droit, pour l'auteur d'une prétention, d'être entendu sur le fond de celle-ci afin que le juge la dise bien ou mal fondée.

"Pour l'adversaire, l'action est le droit de discuter le bien-fondé de cette prétention ».

وقد أخذ بعض الفقه الفرنسي – بحق – على هذا التعريف جملة من الأمور:

فمن ناحية أولى إذا كانت الدعوى حقاً، فإنه يتوجب تعيين الطرف السلبي، غير أن ذلك صعب للغاية، ولا يمكن القول بأن المدعى عليه هو الطرف السلبي، لأن هذا الأخير غير مجبر على المثول أمام القاضي والدفاع عن نفسه، كما أنه في بعض الحالات لا يوجد مدعى عليه كما هو الشأن في الطعن لصالح القانون، ويبدو من المجاز جداً القول بأن الدولة أو القاضي هما الطرف السلبي.

¹ وجدي راغب فهمي، المرجع السابق، ص 76-77.

² وهو ذات التعريف الذي أورده المشرع اللبناني في المادة 7 من قانون أصول المحاكمات المدنية، حيث عرّفها على النحو الآتي: "الدعوى هي الحق الذي يعود لكل ذي مطلب بأن يتقدم به إلى القضاء للحكم له بموضوعه. وهي بالنسبة إلى الخصم الحق بأن يدلي بأسباب دفاع أو بدفع ترمي إلى إحضار ذلك المطلب".

ومن ناحية ثانية وبالرجوع إلى الفقرة الثانية من هذه المادة نجدها تنص على أن الدعوى، بالنسبة للمدعى عليه، هي حق مناقشة تأسيس طلب المدعي، ومن الناحية المنهجية يبدو أن التناسق، بين حق الدعوى بالنسبة للمدعي وبالنسبة للمدعى عليه، تناسق اصطناعي لأنه لا يقابله تناسق مشابه على مستوى الوسائل التي تسمح بمعاينة تخلف حق التقاضي، فمن جهة حق الدعوى بالنسبة للمدعي الأمور بسيطة ذلك أن خصمه سيثير عدم القبول لتختلف حق التقاضي إذا رأى أن المدعي لم يكن يتمتع بهذا الحق، ولكن إذا عرض المدعي طلبه ضد المدعى عليه وكان هذا الأخير غير متمتع بحق التقاضي، فإن المدعى عليه هو أيضا الذي يثير عدم قبول الدعوى.

ومن ناحية ثالثة لا يوجد داع للنص على حق المدعى عليه في مناقشة تأسيس طلب المدعي، ذلك أن احترام حقوق الدفاع تكفي لتأسيس هذا الحق.

ومن ناحية رابعة من الخطأ حصر نطاق الدعوى بالنسبة للمدعي في عرض الطلب، وهذا الخطأ يمتد أيضا بالنسبة للمدعى عليه، حيث حصر التعريف حقه في مناقشة تأسيس طلب المدعي، مع أن للمدعى عليه وسائل أخرى للدفاع (الدفع الإجراءية والدفع بعدم القبول)¹.

وقد توصل هذا الفقه إلى تعريف الدعوى بأنها سلطة قانونية تسمح للأعوان العموميين أو الأفراد العاديين باللجوء إلى القضاء للحصول على احترام القانون². وفي تطور لاحق رأى ذات الفقه أنه من الأفضل استعمال اصطلاح "مكنة قانونية" *Prérogative légale* بدل اصطلاح سلطة قانونية³.

ولعل هذه الانتقادات الجادة هي التي كانت وراء عزوف المشرع الجزائري عن تعريف الدعوى اقتداء بالمشرع الفرنسي، وعلى أية حال، وبعد كل هذا، يظهر أن الدعوى ليست "حقا" كما يرى كثير من الفقهاء، لأنها فاقدة لمقومات الحق، بل هي مكنة قانونية ممنوحة للشخص في الالتجاء إلى القضاء للحصول على حق يدّعيه أو حمايته، وبهذا التعريف ننحو من الخلط الذي وقع فيه كثير من الشراح بين الدعوى وحق الدعوى.

الفرع الثاني: عناصر الدعوى: للدعوى ثلاثة عناصر، تمثل في حقيقة الأمر عناصر الادعاء، سنعمل على تحديدها ثم بيان أهمية هذا التحديد.

أولا: تحديد عناصر الدعوى: للدعوى ثلاثة عناصر وهي: الأشخاص والمحل والسبب⁴.

1- أشخاص الدعوى: وهم من يوجّه الإدعاء باسمهم بناءً على ما لهم من صفة بالنسبة للحق أو المركز القانوني المدّعى، وهم يتمثلون أساسا في المدعى والمدعى عليه، فالأول هو رافع الدعوى، أي البادئ في المطالبة القضائية، شخصا طبيعيا كان أم اعتباريا، واحدا أم متعددا، أما الثاني فهو المدعى عليه، أي المشتكى منه ابتداءً والمراد الحكم عليه، شخصا طبيعيا كان أم اعتباريا، واحدا أم متعددا، ولا يتغير وصفه في الدعوى ولو شكّا هو الآخر بالمدعى، إذ أن ما يطلب الحكم به يسمى دعوى المدعى عليه⁵.

¹ J. Vincent et S. Guinchard, op. cit. p75-76.

² « Un pouvoir légal permettant aux agents publics ou aux particuliers de s'adresser à la justice pour obtenir le respect de la loi ». J. Vincent et S. Guinchard, op. cit. p76.

³ S. Guinchard, C. Chainais et F. Ferrand, *Procédure civile*, Dalloz, 30 éd. 2010. p125.

⁴ سنعود لهذا الموضوع بنوع من التفصيل عند الكلام عن عناصر الطلب القضائي في الفصل المتعلق بنظرية الخصومة القضائية.

⁵ أحمد هندي، المرجع السابق، ص284.

ويلاحظ أن العبرة في تحديد أشخاص الدعوى هي بصفاتهم في الدعوى لا بمباشرة إجراءاتها فعلا، فمثلا لو كان المدعي قاصرا ومثله في الإجراءات وليه أو وصيه أو كان شخصا اعتباريا كالشركة ومثلها مدير مجلس الإدارة، فإن المدعي، على التوالي، هو القاصر وليس وليه أو وصيه، وهو الشركة باعتبارها شخصا اعتباريا وليس مدير مجلس الإدارة¹.

2- محل الدعوى: وهو ما يطلبه المدعي من القضاء به على المدعي عليه أو في مواجهته، وهو يختلف باختلاف الغرض من الدعوى، فقد يتمثل في إلزام المدعي عليه بإعطاء شيء أو القيام بعمل أو الامتناع عن عمل، وقد يتمثل في تقرير حق ملكية أو ثبوت بنوة أو إبطال عقد زواج أو حل شركة، وقد يتمثل في الحصول فقط على تدابير تحفظية أو وقائية².

ويرى الفقه أن عنصر المحل يتحلل إلى ثلاثة عناصر وهي: **أولاً:** نوع الحماية التي يطلبها المدعي من القضاء، فقد يهدف المدعي إلى مجرد الحصول على تقرير أو إنشاء أو إلزام خصمه باتخاذ إجراء معين أو القيام بأداء ما، بل وقد يهدف إلى مجرد إصدار قرار وقتي. **ثانياً:** نوع الحق المطلوب حمايته، فالتقرير مثلا قد يستهدف حق الملكية أو حق ارتفاق. **ثالثاً:** ذاتية الشيء محل الحق المطلوب حمايته، فطلب تقرير ملكية عقار معين يختلف عن طلب تقرير ملكية عقار أو منقول آخر. فإذا اختلف عنصر أو أكثر من هذه العناصر أدى ذلك إلى اختلاف الدعوى³.

وللإشارة إذا كان موضوع الدعوى يحدد بادعاء المدعي، فإنه لا بد أن نلاحظ، كما لاحظ ذلك الفقه الفرنسي، أن الحقيقة، في بعض الأحيان، تكون أكثر تعقيدا لأن الخصم (أو الخصوم) يمكنه هو أيضا إبداء بعض الادعاءات، لذلك نجد المادة 1/25 ق إ م إ - المراقبة للمادة 4 في فقرتها الأولى⁴ والثانية⁵ ق إ م فرنسي - قد نصت على أن موضوع النزاع يتحدد "بالادعاءات التي يقدمها الخصوم في عريضة افتتاح الدعوى ومذكرات الرد"⁶.

3- سبب الدعوى: وهو محل خلاف فقهي، فهو عند أصحاب النظرية التقليدية الأساس القانوني الذي حدده الخصوم، فهو عند البعض النص القانوني الذي يستند إليه الخصم، بينما يؤكد البعض الآخر أنه هو المبدأ القانوني الذي يقوم عليه طلب الخصم، في حين يرى بعضهم أنه هو التكييف القانوني لوقائع الدعوى كما حدده الخصوم. أما أصحاب النظرية الحديثة فيؤكدون أن سبب الدعوى هو مجموع الوقائع التي يستند إليها الخصوم تأييدا لطلباتهم، ومن ثم فإن تكييف الخصوم لهذه الوقائع واستنادهم إلى مبدأ قانوني معين أو نص قانوني لا يدخل في فكرة السبب. ويترتب على الأخذ بإحدى النظريتين أثر مهم على سلطة القاضي في تطبيق القانون، فالأخذ بالنظرية التقليدية يؤدي إلى تقييد سلطة القاضي في تطبيق القانون، بحيث أن القاضي لا يجوز له أن يطبق مبدأ قانونيا أو نصا قانونيا يختلف عن المبدأ أو النص الذي تمسك به الخصوم، كما أنه لا يجوز له أن يكيف الوقائع تكييفا يختلف عن تكييف الخصوم، بينما الأخذ بالنظرية الحديثة يؤدي إلى إطلاق يد القاضي في تطبيق القانون بحيث يمنحه فرصة إعمال القانون على الوقائع

¹ وجدي راغب فهمي، المرجع السابق، ص 79.

² أحمد هندي، المرجع السابق، ص 285.

³ وجدي راغب فهمي، المرجع السابق، ص 79.

⁴ Art 4/1: « L'objet du litige est déterminé par les prétentions respectives des parties ».

⁵ Art 4/2: « Ces prétentions sont fixées par l'acte introductif d'instance et par les conclusions en défense ».

⁶ G. Couchez, J. P. Langlade et D. Lebeau, Procédure civile, Dalloz, 1998. p112-113.

التي حددها الخصوم، فعلى هؤلاء تقديم الوقائع وعلى القاضي تطبيق القانون على هذه الوقائع دون الخروج عنها¹.

ويرى بعض الفقه أن طلبات الخصوم وما يستندون للحكم بها من وقائع هي ملك لهم، أما شكل الخصومة من ناحية أطرافها وتكييفها القانوني والقاعدة القانونية الواجبة التطبيق فهو من صميم عمل القاضي، ومن ثم فإنه لا يعني أن يقال أن سبب الدعوى هو الأساس القانوني الذي يبني عليه المدعي دعواه أو هو جوهر وقائع الدعوى، أو يقال أن القاضي يملك تعديل السبب أو لا يملك هذا التعديل، وإنما يلاحظ أن الأصل أن الذي يحدد عناصر الدعوى هو من يرفعها إلى القضاء فهو الذي يحدد موضوعها وسببها وأطرافها².

ثانياً: أهمية تحديد عناصر الدعوى: تظهر أهمية تحديد عناصر الدعوى من نواح عدة³:

فمن ناحية أولى لا يجوز أن تقوم خصومتان متعارضتان بالنسبة لنفس الدعوى، وعلى هذا الأساس إذا بدأت خصومة بالنسبة لدعوى ما ثم قامت خصومة أخرى بالنسبة لنفس الدعوى، فإنها تدفع بسبق الدعوى.

ومن ناحية ثانية لا يجوز أن يصدر حکمان في نفس الدعوى، ذلك أن الحكم الأول يحوز حجية تمنع إعادة النظر في نفس الدعوى التي صدر فيها الحكم الأول.

ومن ناحية ثالثة إن القاضي ملزم في حكمه بالتقيد بعناصر الدعوى، ومن ثم لا يجوز، من جهة، أن يقضي لشخص أو على شخص لم يكن طرفاً في الدعوى، ومن جهة أخرى لا يجوز أن يقضي بأكثر مما طلب أو بغير ما طلب.

ومن ناحية رابعة إن ما تنظره الهيئة القضائية المرفوع إليها الاستئناف يجب أن يكون ذات ما نظرته محكمة أول درجة من حيث الموضوع والأشخاص بالذات.

الفرع الثالث: تمييز الدعوى عن المصطلحات القانونية الأخرى: إن الدعوى بالمعنى السابق تحديده تختلف عن الالتجاء إلى القضاء والطلب القضائي والخصومة القضائية والقضية.

أولاً: تمييز الدعوى عن الالتجاء إلى القضاء: إن الالتجاء إلى القضاء رخصة عامة مخولة لجميع الأشخاص طبيعيين كانوا أم اعتباريين، تنظمها قواعد القانون العام وتحميها نصوص الدستور⁴، بينما الدعوى مكنة قانونية تنظمها قواعد الإجراءات المدنية، وهي بذلك مقررة للشخص الذي يدعي حقاً ويريد الحصول عليه أو حمايته⁵، وهكذا فإن الالتجاء إلى القضاء أعم وأشمل من الدعوى⁶، ومن ثم كان كل استعمال للدعوى هو مباشرة للالتجاء إلى القضاء، ولكن ليس كل التجاء إلى القضاء يعد استعمالاً للدعوى⁷.

ومن نتائج التفرقة بين الدعوى والرخصة في الالتجاء إلى القضاء أنه من ناحية أولى لا يشترط في الالتجاء إلى القضاء شروط معينة، فكل شخص أن يلتجئ إلى القضاء لعرض

¹ انظر تفاصيل أكثر: إبراهيم نجيب سعد، القانون القضائي الخاص، ج1، منشأة المعارف، مصر، 1974، ص564-573.

² أحمد أبو الوفاء، المرافعات المدنية والتجارية، منشأة المعارف، مصر، ط5، [د.ت]، ص195.

³ وجدي راغب فهمي، المرجع السابق، ص77-78. أحمد هندي، المرجع السابق، ص283.

⁴ انظر: نص المادتين 139 و1402 من الدستور.

⁵ مفلح عواد القضاة، المرجع السابق، ص176.

⁶ أمينة مصطفى النمر، المرجع السابق، ص12.

⁷ أحمد أبو الوفاء، المرجع السابق، ص120.

مزاعمه، وهو لا يسأل عما يترتب على استعمال هذا الحق إلا إذا تعسف في ذلك¹، بينما يشترط لقبول الدعوى توافر شروط معينة وهي المصلحة والصفة². ومن ناحية ثانية إن رخصة الالتجاء إلى القضاء لا تقبل التنازل عنها ولا تنقضي بالتقادم ولا بأي سبب من الأسباب، بينما الحق في الدعوى يقبل التنازل عنه وهو ينقضي بالتقادم³.

ثانياً: تمييز الدعوى عن الطلب القضائي: إن القضاء لا يتدخل من تلقاء نفسه لفض النزاعات بين الناس حماية للحقوق، وإنما يكون بناء على طلب من ذوي الشأن، هذا الطلب المرفوع أمام القضاء هو الذي يسمى قانوناً بالطلب القضائي⁴، وعلى ذلك فإن الطلب القضائي هو الإجراء الذي يتم بواسطته رفع الدعوى إلى القضاء، ويكون ذلك عن طريق إيداع المدعي لعريضة الدعوى، فالطلب القضائي، إذن، هو وسيلة لرفع الدعوى⁵.

ومن نتائج التفرقة بين الدعوى والمطالبة القضائية أنه من ناحية أولى، من الممكن أن ينتهي الطلب القضائي ويزول مع بقاء الحق في الدعوى قائماً، مثال ذلك الحكم بسقوط الخصومة، ففي هذه الحالة يزول الطلب القضائي ويبقى الحق في الدعوى قائماً، ومن ثم يمكن استعماله عن طريق طلب جديد، ومن ناحية ثانية قد تتعدد الطلبات القضائية المتولدة عن دعوى واحدة، ومن ناحية ثالثة، عند تخلف شرط من شروط صحة الطلب القضائي (بيانات عريضة الدعوى، الأهلية...) فإن وسيلة التمسك بذلك هي الدفع ببطلان الطلب القضائي وهو من الدفوع الشكلية، أما وسيلة التمسك بتخلف شرط من شروط قبول الدعوى (المصلحة والصفة...) فهي الدفع بعدم القبول⁶.

ثالثاً: تمييز الدعوى عن الخصومة القضائية: إذا باشر صاحب الحق دعواه عن طريق الطلب القضائي متبعاً الإجراءات الشكلية التي نص عليها قانون الإجراءات المدنية والإدارية، فإنه في هذه الحالة توجد ما يسمى بالخصومة⁷، وعلى ذلك فإن اصطلاح الخصومة القضائية يطلق على مجموعة الإجراءات التي تبدأ بالطلب القضائي إلى حين صدور حكم في الموضوع أو انقضائها بغير حكم في الموضوع⁸.

ومما تقدّم يظهر أن الدعوى تختلف عن الخصومة من نواح عدة، فمن ناحية أولى تتمثل شروط قبول الدعوى في المصلحة والصفة، بينما شروط الخصومة منها ما يتعلق بأهلية التقاضي، ومنها ما يتعلق بالمتقاضي، ومنها ما يتعلق بالمحكمة المعروضة عليها الخصومة، ومن

¹ متى كان من المقرر قانوناً أن الحق في الشكوى والاحتكام إلى القضاء هو من الحقوق العامة التي تقر لكافة العمال ما لم يقتصر استعمال هذا الحق بقصد الكيد والإضرار بحقوق الغير ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد منعدم الأساس القانوني. قرار مؤرخ في 18-06-1984. المجلة القضائية عدد 04، ص192. حيث أنه من الثابت أن حق الالتجاء إلى القضاء هو حق من الحقوق التي تثبت للكافة، وتبعاً لذلك فإنه من يستعمل حقه في التقاضي لا يضر بالغير إلا إذا كان هذا الاستعمال مقصوداً منه الإضرار. قرار غير منشور صادر عن الغرفة المدنية بتاريخ 26-10-1994. انظر: حمدي عمر باشا، مبادئ الاجتهاد القضائي في مادة الإجراءات المدنية، ط8، دار هومة، 2009، ص52-53.

² حسب المادة 13 ق إ م إ.

³ أحمد هندي، المرجع السابق، ص278.

⁴ أحمد خليل وأحمد هندي ونبيل إسماعيل عمر، قانون المرافعات المدنية والتجارية، دار الجامعة الجديدة، 2004، ص200.

⁵ وجدي راغب فهمي، المرجع السابق، ص81.

⁶ أحمد هندي، المرجع السابق، ص278.

⁷ مفلح عواد القضاة، المرجع السابق، ص174-175.

⁸ أحمد أبو الوفاء، المرجع السابق، ص118. وهو يقول: "قد تنقضي الخصومة بغير حكم في موضوعها كما في أحوال سقوطها وانقضائها بالتقادم واعتبارها كأن لم تكن وكما في أحوال الترك والصلح". المرجع السابق، ص118، هامش رقم1.

ناحية ثانية إن الدعوى تستند دائماً إلى حق، أما الخصومة فهي تقوم بمجرد اتخاذ الإجراءات الشكلية المطلوبة قانوناً بغض النظر عن توافر حق لرافعها، ومن **ناحية ثالثة** إذا زالت الدعوى تزول الخصومة، ولكن قد تزول الخصومة دون زوال الحق في الدعوى في بعض الأحيان، ومن ثم يمكن رفع الدعوى من جديد وتوليد خصومة جديدة¹.

رابعاً: تمييز الدعوى عن القضية: يجري الفقه على استعمال تعبير "القضية" للدلالة على الدعوى أو على الخصومة، ومع ذلك فإن الفقه الراجح يرى أن تعبير القضية يستخدم في الحياة العملية بمعنى أوسع من الدعوى، فهو يشمل مجموع المسائل الموضوعية والإجرائية المطروحة أمام القضاء للفصل فيها، وعلى ذلك فإن الدعوى تمثل محور القضية بالنظر إلى ما تطرحه من مسائل موضوعية، ولكن القضية تشمل أيضاً الدفوع المقدمة والمسائل الإجرائية المثارة، أما الخصومة فهي إجراءات القضية².

المطلب الثاني: بيان المقصود بحق الدعوى: إذا رفع الشخص إدعاءه القانوني إلى القضاء كنا بصدد دعوى قضائية، والقانون، في هذه الحالة، يعتد بهذا الإدعاء ويرتب عليه جملة من النتائج القانونية، ويعبر الفقه عن حكم القانون في هذا الإدعاء بما يسمى بـ "**حق الدعوى**"، ويقصد بذلك المركز القانوني للدعوى³.

وما زال موضوع الطبيعة القانونية لحق الدعوى، إلى يومنا الحاضر، محورا للجدال الفقهي، ويدور معظم هذا الجدل حول التساؤل التالي: هل حق الدعوى هو ذات الحق الموضوعي الذي تحميه أم أنها تتميز عنه؟ مال أنصار النظرية الكلاسيكية إلى القول بوحدة حق الدعوى والحق الموضوعي، بينما مال أنصار النظرية الحديثة إلى القول بازدواجية حق الدعوى والحق الموضوعي.

الفرع الأول: النظرية الكلاسيكية (نظرية الوحدة): يرى أنصار النظرية الكلاسيكية أن حق الدعوى والحق الموضوعي شيء واحد، لا فرق بينهما، فلا دعوى بغير حق، ولا حق بغير دعوى، وقد استندوا في تدعيم رأيهم بجملة من الحجج، ومع ذلك يبدو أنهم مختلفون، فيما بينهم، في تصوير حقيقة الوحدة التي تجمع حق الدعوى والحق الموضوعي، وقد تعرضت نظريتهم لانتقادات كثيرة من الفقه الحديث.

أولاً: تعدد مذاهب أنصار النظرية الكلاسيكية: رغم اتفاق أنصار النظرية الكلاسيكية على القول بوحدة حق الدعوى والحق الموضوعي الذي تحميه، إلا أنهم جد مختلفين في تصوير حقيقة هذه الوحدة، فمنهم من اعتبر الدعوى مظهراً من مظاهر الحق، في حين اعتبرها بعضهم عنصراً من عناصر الحق.

1- الدعوى كمظهر من مظاهر الحق: وفقاً لهذا التصوير تعد الدعوى الحق نفسه في إحدى مظاهره، وبعبارة أدق الدعوى هي الحق متحركاً إلى القضاء، فالحق يمثل حالة السكون والهدوء، بينما الدعوى تمثل حالة الحركة والنشاط، ذلك أن الحق يكون في حالة هادئة إذا لم

¹ أحمد هندي، المرجع السابق، ص 179. أحمد أبو الوفاء، المرجع السابق، ص 118-119. نبيل إسماعيل عمر، المرجع السابق، ص 163.

² وجدي راغب فهمي، المرجع السابق، ص 82.

³ وجدي راغب فهمي، المرجع السابق، ص 83.

ينازع فيه أو لم يعتد عليه، ولكنه يتحرك إلى القضاء بواسطة الدعوى إذا ما أنكر أو اعتدى عليه¹.

2- الدعوى كعنصر من عناصر الحق: على خلاف التصوير الأول، يرى أصحاب هذا التصوير أن الدعوى ليست هي الحق متحركاً إلى القضاء، وإنما هي عنصر من عناصر الحق، سواء اعتدى عليه أو لم يعتد، ذلك أن الحق هو مصلحة يحميها القانون، ومن ثم كان الحق يتكوّن من عنصرين هما: **أولهما:** المصلحة، مادية كانت أم معنوية، **وثانيهما:** الحماية القانونية، وهذه الأخيرة هي ما يسمى بالدعوى، وعلى ذلك فإن الدعوى وسيلة لحماية الحق، وليست هي حقا آخر إلى جانب الحق الذي تحميه، وبعبارة أخرى إن الدعوى ليست بذات الحق، وليست مستقلة عنه بحيث توجد بغيره أو يوجد بغيرها، وإنما هي عنصر من عناصره².

ثانياً: حجج أنصار النظرية الكلاسيكية: في سبيل تدعيم نظريتهم استند أنصار النظرية الكلاسيكية على جملة من الحجج نذكر منها ما يلي³:

1- إن موضوع الدعوى هو نفس موضوع الحق، فمثلاً إذا كان محل الحق هو حق المرور على عقار الجار، فإن موضوع الدعوى التي تحمي هذا الحق هو إلزام مالك العقار بالسماح بالمرور على عقار لمصلحة العقار المرتفق.

2- إن الحق الواحد لا تقابله سوى دعوى واحدة، فإن تعددت الدعاوى بصدد واقعة قانونية معينة، فذلك لأن هذه الواقعة تنشئ من الدعاوى بقدر الحقوق المتعلقة بها، فمثلاً الاعتداء على مالك العقار يمنحه الخيار في رفع دعوى الحيازة أو دعوى الملكية أو دعوى التعويض، فالأولى تحمي الحيازة مؤقتاً إلى غاية الفصل في أصل الحق موضوع الحيازة، والثانية تحمي حق الملكية، والثالثة تستند إلى جبر الضرر اللاحق بالمالك.

3- إن الدعوى تبقى واحدة ولو تعددت طرق رفعها، فمثلاً للضحية الخيار بين القضاء الجزائي والقضاء المدني متى كان الضرر ناتجاً عن فعل يجرمه القانون.

4- توصف الدعوى بنفس أوصاف الحق، فهي عينية إذا كان الحقوق عينية، وهي شخصية إذا كانت الحقوق شخصية (حقوق الدائنية)، وهي عقارية متى كان محل الحق عقار، وهي منقولة متى كان محل الحق منقولاً، وهي تقبل الانتقال للورثة أو لا تقبل ذلك متى كان الحق يقبل ذلك أم لا.

5- إن الدعوى تولد مع الحق وتنقضي بانقضائه، وإذا كان الحق معلقاً على شرط واقف فإنه لا يمكن للدائن رفع دعوى لإلزام مدينه بالوفاء به إلا حين تحقق الشرط، ونفس الكلام يقال إذا كان الحق مؤجلاً.

¹ من أنصار هذا التصوير في الفقه الغربي: جارسونيه، مشار إليه عند: بوبشير أمقران، قانون الإجراءات المدنية. نظرية الدعوى- نظرية الخصومة- الإجراءات الاستثنائية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1998، ص14، هامش رقم1، حيث كان يقول: « *Le droit est l'état statique, l'action est l'état dynamique, d'une même situation juridique* »

² من أنصار هذا التصوير في الفقه العربي: أحمد أبو الوفاء، المرجع السابق، ص118. أحمد هندي، المرجع السابق، ص276.

³ انظر في عرض هذه الحجج: بوبشير محند أمقران، المرجع السابق، ص16-17. فاضلي إدريس، التنظيم القضائي والإجراءات المدنية والإدارية، ج1، بن مرابط للطباعة، 2009، ص157.

ثالثاً: الانتقادات الموجهة للنظرية الكلاسيكية: لقد انتقد الفقه الحديث النظرية الكلاسيكية من نواح عدة على النحو الآتي:

1- فمن حيث اعتبار الدعوى مظهراً من مظاهر الحق، أي هي الحق ذاته في حالة حركة، أخذ الفقه على هذا التصوير ما يلي¹:

أ- إن الدعوى تختلف عن الحق من حيث السبب، فسببها هو النزاع بين الخصوم حول الحق، بينما سبب الحق هو الواقعة القانونية المنشئة له.

ب- قد يملك الدعوى شخص آخر غير صاحب الحق، مثلما هو الحال بالنسبة للولي أو الوصي الذي باشر دعاوى القاصر.

ج- من المتصور، أحياناً، وجود إحداها بغير الآخر، فقد يوجد الحق دون الدعوى، كما هو الحال بالنسبة للحقوق الناقصة (وهي التي يقابلها من جانب المدين الالتزامات الطبيعية)، وقد توجد دعوى بغير حق يستند إليه صاحبها، كما هو الحال في دعوى الحيازة.

د- قد يكون الحق الواحد محمياً بعدة دعاوى، فقد يرفع صاحب الحق دعوى للمطالبة بحقه، وقد يرفع دعوى مطالباً بالتعويض، وقد يرفع دعوى مطالباً باتخاذ تدابير تحفظية أو وقتية لحماية الحق.

هـ- إن القانون يحدد أسباباً لانقضاء الدعوى لا تؤدي إلى انقضاء الحق الموضوعي كالصلح والحكم في الموضوع.

2- أما من حيث اعتبار الدعوى عنصراً من عناصر الحق، فقد أخذ الفقه الحديث على هذا التصوير ما يلي²:

أ- إذا كانت الدعوى عنصراً من عناصر الحق، فكيف يمكن التوفيق بين هذا التصوير واعتبارها وسيلة لحماية الحق؟ فكيف يكون عنصر من الحق وسيلة لحمايته؟

ب- إذا كانت الدعوى عنصراً من عناصر الحق، فكيف نفسّر وجود طائفة الحقوق الناقصة (الطبيعية) إذا علمنا أن هذه الطائفة من الحقوق لا تتمتع بالحماية القانونية؟

ج- إذا كانت الدعوى عنصراً من عناصر الحق، وكان سبب الدعوى هو النزاع بين الخصوم حول الحق، فهل يبقى الحق فاقداً لأحد عناصره قبل حدوث نزاع حوله؟ وهل تعتبر جميع الحقوق التي لم يحصل حولها نزاع ناقصة؟

الفرع الثاني: النظرية الحديثة (نظرية الازدواجية): يتفق أنصار النظرية الحديثة على أن حق الدعوى ليس هو الحق الموضوعي الذي تحميه، كما أنه ليس عنصراً من عناصره، بل هو حق مستقل قائم بذاته، ومع ذلك يبدو أنهم مختلفون في تصوير هذا الحق، فهل هو حق اللجوء إلى القضاء للحصول على احترام القانون أم هو الحق في الحصول على الحماية القضائية أم هو الحق في الحصول على حكم في الموضوع؟

¹ أحمد أبو الوفا، المرجع السابق، ص 116-117.

² محمد نعيم ياسين، المرجع السابق، ص 102-103.

أولاً: حق الدعوى هو الحق في الالتجاء إلى القضاء: يرى أصحاب هذا التصوير بأن الدعوى هي حق مجرد وعام يلجأ بمقتضاه الشخص إلى القضاء، فهي حق دائم من الحقوق العامة التي لا يمكن أن يتنازل عنها الفرد على وجه مطلق، ولا تتأثر بطبيعة الحق المدعى أمام القضاء، وهي حق مجرد لأنها متميزة تماماً عن الإدعاءات وعن الحقوق الموضوعية التي ترمي إلى خدمتها، وبعبارة مختصرة الدعوى هي حق الشخص في أن يسمعه القضاء. ويشير أصحاب الرأي إلى أنه يجب عدم الخلط بين الدعوى والإدعاء والدعوى والمطالبة القضائية، فالإدعاء هو محل الدعوى، أما المطالبة القضائية فهي عمل قانوني يشترط لمباشرة الدعوى¹.

والواقع أن هذا التصوير منتقد من ناحيتين على الأقل: فمن ناحية أولى هو يفصل فصلاً تاماً بين الدعوى والحق المدعى مع أنه هناك ارتباط وثيق بينهما رغم الاختلاف الموجود بينهما، ومن ناحية ثانية هو يخلط بين الدعوى القضائية وحق الالتجاء إلى القضاء، وقد قدمنا، عند التفرقة بينهما، أن الأول حق خاص تنظمه قوانين الإجراءات المدنية، بينما الثاني رخصة عامة ينظمها القانون وتحميها نصوص الدستور².

ثانياً: حق الدعوى هو الحق في الحصول على الحماية القضائية: يرى أصحاب هذا التصوير أن حق الدعوى ليست مجرد حق الالتجاء إلى القضاء، إذ أن هذا الأخير من الإمكانات العامة التي لكل مواطن، فلكل مواطن أن يلتجئ إلى القضاء وليس معنى هذا أن له حق الدعوى، وعندما يتكلم المشرع عن دعوى الاستحقاق أو دعوى استرداد الحيازة أو دعوى التعويض، فهو يعني بهذا حقوقاً محددة ومتميزة لا يعترف بها القانون لكل مواطن وإنما لمن تتوافر فيه شروط معينة، وعلى هذا الأساس فإن الدعوى هي حق الشخص في الحصول على حكم لصالحه وذلك في مواجهة شخص آخر بواسطة السلطة القضائية، فالقانون يعطي مثلاً الحق في دعوى استرداد الحيازة لشخص معين هو من سلبت منه الحيازة في مواجهة شخص معين هو من اغتصب الحيازة، ومضمون هذا الحق هو تطبيق القانون (في هذه الحالة الحكم برد الحيازة) بواسطة القضاء³.

والواقع أن هذا التصوير منتقد من نواح عدة، فمن ناحية أولى يؤخذ عليه أنه يعلّق وجود الدعوى على نجاحها وصدور الحكم لصالح رافعها، وفي هذا خلط بين الغاية التي يهدف المدعي إلى تحقيقها وبين الوسيلة المتبعة لتحقيق هذه الغاية، ومن ناحية ثانية يؤخذ عليه أنه لا يعترف بحق الدعوى إلا لصاحب الحق، ولما كان من غير الممكن معرفة من هو صاحب الحق الحقيقي إلا بمباشرة الدعوى، فإن هذا التصوير يعد مصادرة على المطلوب⁴، ومن ناحية ثالثة يعبر هذا التصوير عن وجهة نظر القانون المدني الذي يرى الدعوى مجرد وسيلة لحماية الحق، مع أن الدعوى ظاهرة إجرائية ينفرد قانون الإجراءات المدنية بتحديددها وهو يوجب على القاضي الفصل في موضوعها سواء كان المدعي محقاً أو غير محق، ومن ناحية رابعة يؤدي هذا التصوير إلى تبعية حق الدعوى للحق الموضوعي مع أن قانون الإجراءات المدنية فرع مستقل عن القانون المدني، وهو ينظم حق الدعوى تنظيمًا مستقلاً عن تنظيم القانون المدني للحقوق الموضوعية، فلا يجعل الحق الموضوعي شرطاً لقبول الدعوى، بل يضع شروطاً أخرى لذلك أهمها شرط

¹ من أنصار هذا التصوير في الفقه الغربي: زانزوكي من إيطاليا، وكيش وفنسان من فرنسا، مشار إليهم عند: فتحي والي، المرجع السابق، ص153.

² إبراهيم نجيب سعد، المرجع السابق، ص126. بوبشير محند أمقران، المرجع السابق، ص25.

³ من أنصار هذا التصوير في الفقه العربي: فتحي والي، المرجع السابق، ص157-158. رمزي سيف، الوسيط في شرح قانون المرافعات المدنية والتجارية، دار النهضة العربية، ط7، 1967، ص128.

⁴ إبراهيم نجيب سعد، المرجع السابق، ص128. أحمد هندي، المرجع السابق، ص277، هامش رقم4.

المصلحة، ومن ناحية خامسة يؤدي هذا التصوير إلى نتيجة غير منطقية، وهي أنه لا يمكن التحقق من شروط الدعوى إلا بعد انقضاء حق الدعوى، وذلك لأنه لا يتأكد وجود الحق الموضوعي للمدعي إلا بالحكم في موضوع الدعوى، ولكن الحكم في موضوع الدعوى يؤدي إلى انقضائها ويحول دون مباشرتها من جديد بناء على حجية الأمر المقضي¹.

ثالثاً: حق الدعوى هو الحق في الحصول على حكم في الموضوع: ينطلق أصحاب هذا التصوير من وجهة نظر قانون الإجراءات المدنية، فهذا الأخير يعترف بالدعوى ويقرر قبولها عند توافر جملة من الشروط أهمها المصلحة والصفة، وهذا بغض النظر عن وجود الحق الموضوعي للمدعي أو عدم وجوده، ويترتب على قبولها صدور حكم في موضوعها لصالح المدعي أو لغير صالحه، ومن ثم كانت الدعوى حقا للمدعي معترفاً به قانوناً عند توافر شروط معينة يترتب عليه الحصول على حكم في الموضوع يؤكد الحق للمدعي أو ينفيه. ويشير أصحاب هذا التصوير إلى وجوب التفرقة بين الحكم بعدم قبول الدعوى والحكم برفض الدعوى، ذلك أن الأول ينفي حق الدعوى لعدم توافر شروط قبول الدعوى وأهمها المصلحة والصفة، بينما الثاني يفترض قبول الدعوى إجرائياً لتوافر شروط قبولها، أي وجود حق الدعوى، ولكنه يقضي في موضوعها لغير صالح المدعي بنفي الحق الموضوعي المدعى².

والواقع أن هذا التصوير جدير بالتأييد من نواح عدة، فمن ناحية أولى نجده ينطلق من وجهة نظر إجرائية، ويقرر ربط حق الدعوى بمسألة قبول الدعوى، ومن ناحية ثانية نراه لا يفصل فصلاً تاماً بين حق الدعوى والحق الموضوعي، إذ أنه يقرر أن الدعوى لا تنشأ إلا إذا صار الحق الموضوعي مجهولاً، ومن ناحية ثالثة نجده يتماشى مع تعريف الدعوى على أنها مكنة قانونية ممنوحة للشخص في الالتجاء إلى القضاء للحصول على حق يدعيه أو حمايته.

المبحث الثاني

تقسيمات الدعوى

يتجه الفقه التقليدي إلى تقسيم الدعوى إلى تقسيمات ثلاثة: دعاوى شخصية ودعاوى عينية ودعاوى مختلطة، ودعاوى منقولة ودعاوى عقارية، ودعاوى الحق ودعاوى الحيازة، ولما كان هذا التقسيم غير جامع ولا مانع اتجه الفقه الحديث إلى تقسيم الدعوى تقسيماً آخر، حيث قسّمها إلى دعاوى موضوعية ودعاوى وقتية³.

المطلب الأول: التقسيم التقليدي للدعوى: للدعوى، في التقسيم التقليدي، ثلاثة تقسيمات تختلف فيما بينها بحسب المعيار المعتمد عليه، فطبقاً لمعيار طبيعة الحق الذي تحميه يمكن تقسيمها إلى دعاوى عينية ودعاوى شخصية ودعاوى مختلطة، وطبقاً لمعيار موضوع الحق الذي ترمي إلى حمايته، يمكن تقسيمها إلى دعاوى منقولة ودعاوى عقارية، وأخيراً طبقاً لمعيار الحماية المطلوبة يمكن تقسيم الدعوى العينية العقارية إلى دعاوى ملكية ودعاوى حيازة⁴.

¹ وجدي راغب فهمي، المرجع السابق، ص 86-87.

² من أنصار هذا التصوير في الفقه العربي: وجدي راغب فهمي، المرجع السابق، ص 89-90.

³ وجدي راغب فهمي، المرجع السابق، ص 131.

⁴ أحمد خليل وأحمد هندي ونبيل إسماعيل عمر، المرجع السابق، ص 227.

الفرع الأول: تقسيم الدعاوى طبقاً لطبيعة الحق وموضوعه: قدمنا أن الدعاوى تنقسم طبقاً لمعيار الحق الذي تحميه إلى دعاوى عينية ودعاوى شخصية ودعاوى مختلطة¹، وطبقاً لمعيار موضوع الحق الذي ترمي إلى حمايته إلى دعاوى منقولة ودعاوى عقارية، وقد لاحظ الفقه أن هذين التقسيمين متداخلان، بمعنى أن الدعوى العينية أو الشخصية قد تكون منقولة أو عقارية².

أولاً: تقسيم الدعاوى طبقاً لطبيعة الحق (دعاوى عينية ودعاوى شخصية ودعاوى مختلطة): تنقسم الدعاوى طبقاً لطبيعة الحق الذي تحميه إلى دعاوى عينية ودعاوى شخصية ودعاوى مختلطة، وسنعرض لبيان أساس هذا التقسيم ومضمونه والصعوبات التي تواجهه وأهميته العملية.

1- أساس التقسيم: إن أساس تقسيم الدعاوى إلى عينية وشخصية ومختلطة يستند إلى تقسيم الحقوق المالية إلى حقوق عينية وحقوق شخصية، فما المقصود بهذين الحقين؟

أ- تعريف الحق العيني: إن الحق العيني استثنائي مباشر يقره القانون لشخص معين يخوّله التسلّط على شيء مادي معين بالذات، وهو بهذا التحديد يتكوّن من عنصرين: أولهما صاحب الحق، فلا وجود لحق بغير صاحب، شخصاً طبيعياً كان أم اعتبارياً، وثانيهما موضوع الحق، أي محل الحق، وهو الشيء المادي المعين بالذات.

ولما كان الحق العيني يرد على شيء مادي، وكانت الأشياء من أهم ثروات الأمة، كانت الحقوق العينية الأصلية متعلقة بالنظام العام الاقتصادي، فحق الملكية يعتبر من أهم دعائم الاقتصاد، والحقوق المتفرعة عنه تعتبر قيوداً واردة على الملكية، وهي من النظام العام، والحقوق العينية التبعية تمثل فكرة الائتمان، وهي دعامة النظام العام الاقتصادي، ونتيجة لكل هذا كانت الحقوق العينية واردة على سبيل الحصر في القانون المدني.

ب- تعريف الحق الشخصي: إن الحق الشخصي استثنائي غير مباشر يقره القانون لشخص يدعى الدائن، يخوّله أن يطالب شخصاً آخر يدعى المدين، القيام بعمل ذي قيمة مالية، وهو بهذا التحديد يتكوّن من ثلاثة عناصر أولها صاحب الحق، وهو الدائن، ويمثل الطرف الإيجابي، وثانيها المحمل بالالتزام قبله، وهو المدين، ويمثل الطرف السلبي، وثالثها موضوع الحق وهو العمل، إيجابياً كان أم سلبياً.

ولما كان الحق الشخصي يرد على العمل، وهذا الأخير يمثل النشاط الإنساني، وهو متعدد وله صور كثيرة لا تقع تحت حصر، كانت الحقوق الشخصية، على خلاف الحقوق العينية، لا تقع تحت حصر، ولأفراد أن ينشئوا منها ما شاءوا بشرط أن يكون ذلك في حدود النظام العام والآداب العامة.

2- مضمون التقسيم: إن مضمون التقسيم يقتضي منا التعريف بالدعوى العينية والشخصية والمختلطة على النحو الآتي:

¹ تنص المادة 16 ق أ م لبناني على ما يلي: "تتعيّن صفة الدعوى بالنظر إلى الحق الذي تحميه، فهي شخصية إذا كان الحق شخصياً وعينية إذا كان عينياً ومختلطة إذا تناول موضوعها الحقين معاً أو كانت ترمي إلى تنفيذ عقد قائم على حق عيني أو إلى إلغاء هذا العقد أو فسخه أو إبطاله. أما الدعاوى التي لا تدخل في الفئات المشار إليها في الفقرة الأولى لاسيما المختصة بحقوق غير مالية فتعتبر بحكم الدعاوى الشخصية".
² أحمد أبو الوفا، المرجع سابق، ص 138.

أ- **الدعوى العينية Action réelle**: تكون الدعوى عينية إذا استندت إلى حق عيني، بمعنى أن رافعها صاحب حق عيني ويرمي إلى حماية هذا الحق العيني، والدعوى العينية، هي كالحقوق العينية، واردة على سبيل الحصر، وهي دعوى الملكية (دعوى الاستحقاق)، ودعوى تقرير أو نفي حق الارتفاق أو الانتفاع أو الاستعمال أو السكن، ودعوى الرهن، وهي تحمي حق الدائن المرتهن رهنا رسميا أو حيازيا أو صاحب حق التخصيص أو صاحب حقوق الامتياز¹.

وجدير بالذكر أن دعوى الحيازة تعد دعوى عينية، وإن كانت لا تحمي حقا عينيا، وإنما مجرد مركز قانوني هو الحيازة².

ب- **الدعوى الشخصية Action personnelle**: تكون الدعوى شخصية إذا استندت إلى حق شخصي، بمعنى أن رافعها صاحب حق شخصي، ويرمي إلى حماية هذا الحق الشخصي، والدعوى الشخصية، على خلاف الدعوى العينية، لا يمكن حصرها³، ومن أمثلتها دعوى المؤجر على المستأجر للمطالبة بالأجرة، دعوى المقرض على المقترض بدفع مبلغ القرض، ودعوى المضرور على المسؤول عن الضرر بدفع التعويض⁴.

وجدير بالذكر أن الدعوى تبقى شخصية ولو تعلقت بشيء مادي مادامت ترمي إلى حماية حق شخصي، مثل التعويض عن الأضرار اللاحقة بمنقول أو عقار، لأن محل النزاع، في هذه الأحوال، ليس وجود حق عيني، وإنما تنفيذ الالتزام المقابل لحق المديونية فحسب⁵.

ج- **الدعوى المختلطة Action mixte**: تكون الدعوى مختلطة إذا استندت إلى الحقين معا، العيني والشخصي، فهي دعاوى تتضمن منازعة في الحقين معا، بحيث أن الحكم الذي يصدر في النزاع على الحق الشخصي يحسم أيضا النزاع حول الحق العيني⁶.

وتقوم الدعوى المختلطة، في الفقه التقليدي، في فرضين⁷:

الفرض الأول: الدعوى التي تهدف إلى تنفيذ تصرف قانوني ناقل أو منشئ لحق عيني عقاري، وأنشأ في نفس الوقت التزاما شخصيا، مثال ذلك الدعوى التي يرفعها مشتري العقار بعقد مشهر على البائع له لإلزامه بالتسليم، فهذه الدعوى تستند على حق شخصي بمقتضاه يلتزم البائع بتسليم العقار المبيع، وإلى حق عيني هو ملكية العقار.

الفرض الثاني: الدعوى التي ترمي إلى إبطال أو فسخ تصرف قانوني ناقل أو منشئ لحق عيني عقاري واسترداد الشيء محل التصرف، مثال ذلك الدعوى التي يرفعها بائع العقار على المشتري بفسخ البيع واسترداد العقار، فهذه الدعوى تستند إلى حقين: حق الفسخ، وهو حق شخصي، كما تستند إلى حق ملكية، وهو حق عيني، يسمح للبائع باسترداد العقار.

¹ أحمد أبو الوفاء، المرجع السابق، ص 139.

² بوبشير محند أمقران، المرجع السابق، ص 83.

³ أحمد أبو الوفاء، المرجع السابق، ص 139.

⁴ أحمد خليل، أحمد هندي ونبيل إسماعيل عمر، المرجع السابق، ص 228.

⁵ بوبشير محند أمقران، المرجع السابق، ص 84.

⁶ أحمد هندي، المرجع السابق، ص 337.

⁷ نبيل إسماعيل عمر، المرجع السابق، ص 167.

وللاشارة هناك جانب من الفقه الحديث انتقد - بحق - وجود الدعوى المختلطة على أساس عدم وجود حقوق مختلطة، فالحقوق المالية إما عينية وإما شخصية، أما الفروض التي يذكرها الفقه التقليدي، فإن الرد عليه يكون على النحو الآتي¹:

في الفرض الأول نكون أمام دعويين، دعوى عينية للمشتري باعتباره مالكا، ودعوى شخصية للمشتري باعتباره متعاقدا مع البائع، وترمي الدعويان إلى هدف واحد هو الحصول على حكم بإلزام البائع بتسليم العقار، فهذه الصورة تعبّر عن دعويين تستعملان في نفس الوقت، ويكون جمعهما معا في طلب واحد بسبب وحدة الهدف بينهما.

أما في الفرض الثاني فنكون أيضا أمام دعويين: دعوى شخصية هي دعوى الفسخ، ودعوى عينية هي دعوى استرداد العقار، والدعوى الثانية تفترض قبول الدعوى الأولى، أي دعوى فسخ، إذ عندئذ تعود الملكية إلى البائع ويستطيع رفع الدعوى الثانية باعتباره مالكا، وهذه الصورة تعبّر عن دعويين متتابعتين، وكان المجرى العادي للأمر يقتضي رفع الدعوى الأولى وانتظار الحكم بقبولها ثم رفع الدعوى الثانية، لأن الثانية لا تنشأ إلا بقبول الأولى، ولكن اقتضى الأمر جمعهما في دعوى واحدة مبدأ الاقتصاد في الخصومة.

ويلاحظ أن المشرع الجزائري، سواء في قانون الإجراءات المدنية الملغى أو في قانون الإجراءات المدنية والإدارية، قد أقر بوجود الدعوى المختلطة، مقتديا بالفقه التقليدي، وهذا على التوالي في المادتين 2/9 ق إ م الملغى، و1/39 ق إ م الجديد.

3- صعوبات التقسيم: تكمن صعوبات تقسيم الدعاوى من حيث طبيعة الحق الذي تحميه في أمرين، أولهما أنه تقسيم لا يشمل جميع الحقوق، وثانيهما أنه أثار خلافا بالنسبة لبعض الدعاوى.

أ- عدم شمولية التقسيم لجميع الحقوق: إن تقسيم الدعاوى إلى عينية وشخصية ومختلطة تقسيم خاص بالحقوق المالية، باعتبار أن هذه الأخيرة هي التي تنقسم إلى حقوق عينية وحقوق شخصية، وعلى ذلك فإن هناك دعاوى تخرج عن هذا التقسيم لأنها لا تستند إلى حقوق مالية، بل تستند إلى حقوق غير مالية، ومثالها الدعاوى التي تتعلق بحالة الإنسان كدعوى الزوجية ودعوى النسب ودعوى الحجر، فهي دعاوى لا يمكن اعتبارها شخصية أو عينية لأنها لا تستند إلى حق شخصي أو عيني²، كما تخرج عن هذا التقسيم الدعاوى التي تستند إلى الحقوق المعنوية كحق الملكية الأدبية والفنية والصناعية والتجارية³.

وخروجا من هذا الإشكال يرى القضاء الفرنسي أن الدعاوى الشخصية، على خلاف الدعاوى العينية، لها نزعة بأن تكون طائفة الحق العام *La catégorie de droit commun* فهي التي تستقبل الدعاوى المتعلقة بالحقوق غير المالية والحقوق المعنوية⁴.

ب- دعاوى محل خلاف: هناك دعاوى ثار خلاف بشأن تصنيفها أهمها: دعوى القسمة، دعوى تعيين الحدود، الدعوى البولصية ودعوى الإرث⁵.

¹ فتحي والي، المرجع السابق، ص195. إبراهيم نجيب سعد، المرجع السابق، ص189.

² أحمد أبو الوفاء، المرجع السابق، ص141.

³ بوشير محند أمقران، المرجع السابق، ص84.

⁴ L. Cadiet, Droit judiciaire privé, Litec, 2^e éd, 1998. p343.

⁵ انظر: فتحي والي، المرجع السابق، ص189-192. أحمد هندي، المرجع السابق، ص335-336.

ب1- دعوى القسمة: رأى بعض الفقه أن الدعوى التي ترمي إلى قسمة مال معين هي دعوى عينية لأنها تهدف إلى تعديل محل الحق بتحويل حق الملكية الشائعة الذي يرد على جزء شائع في كل المال إلى حق ملكية مفرز يرد على جزء محدد من المال، في حين أن الراجح فقها أنها دعوى شخصية لأنها لا ترمي إلى حماية حق الملكية باعتبارها حقا عينيا، وإنما ترفع لإعمال حق شخصي هو حق القسمة المقرر لكل طرف من الأطراف في المال الشائع.

ب2- دعوى تعيين الحدود: ذهب البعض إلى اعتبار دعوى تعيين الحدود دعوى شخصية لأنها تستند إلى التزام شخصي يقع على عاتق الجار مصدره القانون، في حين أن الراجح فقها أنها دعوى عينية على أساس أن الالتزام بتعيين الحدود يعتبر حق ارتفاق أساسه جوار العقارات ويقع على عاتق صاحب العقار لصالح العقار المجاور.

ب3- الدعوى البولصية: وهي الدعوى التي ترمي إلى عدم نفاذ تصرفات المدين، وقد ظن البعض أنها دعوى عينية لاعتقادهم أنها ترمي إلى إدخال حق عيني في ذمة المدين لمصلحة الدائن، والراجح فقها أنها دعوى شخصية لأن الدائن يستند فيها إلى حماية حقه في الضمان العام على أموال مدينه، وأساس هذا الأخير هو حق الدائن الشخصي.

ب4- دعوى الإرث: إن الدعوى التي يرفعها الوارث للمطالبة بحقه في الإرث بصفة عامة لا يمكن اعتبارها دعوى عينية، كما لا يمكن اعتبارها دعوى شخصية، فالراجح فقها أنها تتعلق بحالة الشخص أكثر من تعلقها بحق مالي محدد.

4- أهمية التقسيم: تبدو أهمية تقسيم الدعاوى إلى شخصية وعينية في نقطتين هما: الصفة والاختصاص وهذا على النحو الآتي¹:

أ- الصفة: إن الدعوى الشخصية لا ترفع إلا على الطرف السلبي، أي على المحمل تجاه صاحب الحق الشخصي بالالتزام أو من يحل محله في هذا الالتزام، ولو كان الشيء المطلوب أدائه في غير يد المدين به، ومن ثم فإن الدعوى الشخصية ترفع من طرف من يدعي حقا شخصيا أو من قبل خلفه العام، وهي ترفع على الشخص الملزم أو على خلفه العام من بعده، وبالتالي فهي لا تنتقل مع الشيء موضوع الحق إلا إذا اعتبرت، طبقا لأحكام المادة 109 ق م، من ملحقات الشيء فتنتقل إلى الخلف الخاص. أما الدعوى العينية فإنها ترفع من الشخص الذي يدعي حقا عينيا على أي شخص يكون محل الحق العيني تحت يده والذي ينازع صاحب الحق عليه في حقه، لذا يقال إن الدعوى تتبع العين.

ب- الاختصاص: إن الدعوى الشخصية ترفع أمام المحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها موطن المدعى عليه كقاعدة عامة طبقا لأحكام المادة 37 ق م إ إلا فيما استثنى، أما الدعوى العينية، إذا كانت عقارية، فترفع إلى المحكمة التي يوجد في دائرة اختصاصها العقار طبقا لأحكام المادة 1/40 ق م إ، أما الدعوى المختلطة فترفع، بمقتضى المادة 1/39 ق م إ، أمام الجهة القضائية التي يقع في دائرة اختصاصها مقر الأموال.

ثانيا: تقسيم الدعاوى طبقا لموضوع الحق (دعاوى عقارية ودعاوى منقولة): تنقسم الدعاوى طبقا لمعيار موضوع الحق الذي ترمي إلى حمايته إلى دعاوى عقارية ودعاوى منقولة¹، وسنعرض لبيان أساس هذا التقسيم ومضمونه وأهميته العملية.

¹ L. Cadiet, op. cit. p343-344.

1- أساس التقسيم: من المعلوم عند فقهاء القانون المدني أن الأشياء المادية – باعتبارها محلاً للحقوق العينية – تنقسم، من حيث الاستقرار والحركة، إلى عقارات ومنقولات، وقد مدّ المشرع هذا التقسيم، بمقتضى المادة 684 ق م، إلى الأموال (الحقوق المالية) والدعاوى، لذا يقال: حق عقاري وحق منقول، ودعوى عقارية ودعوى منقولة، وقد اتبع المشرع في هذا التقسيم تقاليد القانون الفرنسي القديم الذي كان لا يتقيد، في التقسيم إلى عقارات ومنقولات، بطبيعة الشيء، بل بقيمته وأهميته، فكل ما هو قيم اعتبره عقاراً، وكل ما هو تافه اعتبره منقولاً، وقد انتقلت هذه التقاليد إلى القانون المدني الفرنسي، وتأثرت بها أغلب التشريعات العربية، ومنها القانون المدني الجزائري، حيث نصت المادة 684 على ما يلي: "يعتبر مالا عقارياً كل حق عيني يقع على عقار بما في ذلك حق الملكية، وكذلك كل دعوى تتعلق بحق عيني على عقار"، وسقطت من النص العربي لهذه المادة فقرة ثانية بأكملها تقضي بما يلي: "ويعتبر مالا منقولاً ما عدا ذلك من الحقوق المالية". وإذا كان التقسيم إلى عقارات ومنقولات قد انتقل من الأشياء إلى الأموال، فإن المعيار المعتمد للفرقة بين الأموال العقارية والأموال المنقولة لا يرجع إلى طبيعة الحق ذاته، وإنما إلى موضوعه، ومن ثم إذا ورد الحق على عقار كان هو الآخر عقاراً، وإذا ورد على منقول كان هو الآخر منقولاً، ويصدق هذا المعيار على الدعاوى أيضاً على النحو الذي سنراه.

وبمناسبة الكلام عن أساس التقسيم نشير إلى أنه يجب عدم الخلط بين تقسيم الدعاوى إلى شخصية وعينية وبين تقسيمها إلى عقارية ومنقولة، فمعيار التقسيم الأول هو طبيعة الحق الذي تحميه الدعوى، أما معيار التقسيم الثاني هو طبيعة محل هذا الحق الذي تحميه الدعوى.²

2- مضمون التقسيم: إن مضمون التقسيم يقتضي منا التعريف بالدعوى العقارية والدعوى المنقولة على النحو الآتي:

أ- الدعوى العقارية *Action immobilière*: تنص المادة 684 على أنه: "يعتبر مالا عقارياً كل حق عيني يقع على عقار بما في ذلك حق الملكية، وكذلك كل دعوى تتعلق بحق عيني على عقار". ويستفاد من هذا النص أن الدعوى العقارية هي كل دعوى تتعلق بحق عيني يرد على عقار، ويصدق هذا التحديد سواء كان الحق العيني أصلياً أم تبعياً، وعلى ذلك فهي تشمل بالنسبة للحقوق العينية الأصلية: دعوى حق الملكية على عقار، أي دعوى استحقاق العقار، ودعاوى تقرير أو نفي حقوق الارتفاق لأن حقوق الارتفاق لا تقع إلا على عقار، وكذلك دعوى السكن لأنه حق السكن لا يقع إلا على عقار، وكذلك تعتبر دعوى عقارية دعوى حق الانتفاع ودعوى حق الاستعمال إذا كان الحق يقع على عقار. وهي تشمل بالنسبة للحقوق العينية التبعية: دعوى الرهن الرسمي ودعوى حق التخصيص ذلك أن هذين الحقين لا يقعان إلا على عقار، ودعوى الرهن الحيازي ودعاوى حقوق الامتياز إذا وقع الرهن الحيازي أو حق الامتياز على عقار. كما أن دعاوى الحيازة تعتبر دعاوى عقارية لأنها تحمي حيازة العقار.³

ب- الدعوى المنقولة *Action mobilière*: يعد مالا منقولاً، حسب المادة 2/684 في نصها الفرنسي، كل ما ليس بمال عقاري، ومن ثم فإن الدعوى المنقولة هي كل دعوى غير متعلقة بحق عيني على عقار، ذلك أن الدعاوى المتعلقة بحق عيني على عقار هي دعاوى عقارية، وكل ما

¹ تنص المادة 17 ق أ م لبناني على ما يلي: "تكون الدعوى منقولة إذا كان موضوع الحق الذي ترمي إلى حمايته منقولاً، وتكون عقارية عندما تتعلق بحق عيني على عقار أو بحيازته".

² إبراهيم نجيب سعد، المرجع السابق، ص 190.

³ عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، ج 8 الملكية، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، ط 3، 2000، ص 196-198.

عداها يعد دعاوى منقولة، وعلى ذلك فهي تشمل: الدعاوى المتعلقة بحق عيني، أصليا كان أم تبعيا، على منقول، والدعاوى المتعلقة بحق شخصي، سواء تعلّق الحق بعقار أو منقول، والدعاوى المتعلقة بحق معنوي¹.

3- أهمية التقسيم: يشير الفقهاء إلى أن أهمية التمييز بين الدعاوى العقارية والدعاوى المنقولة تكمن في أمرين: أولهما أهلية المدعي وثانيهما الاختصاص.

أ- أهلية المدعي: لاشك أن للعقار قيمة كبيرة عند الناس بالمقارنة مع المنقول، وعلى ذلك فإنه يسمح للوكيل والولي والفضولي بمباشرة التصرف والإشراف على أعمال الإدارة وتكون لهؤلاء الأهلية لرفع الدعاوى المنقولة، وفي مقابل ذلك يجب على كل منهم أن يكون حاملا لسند توكيل خاص أو لرخصة من مجلس العائلة أو النيابة لرفع الدعاوى العقارية².

ب- الاختصاص: ترفع الدعاوى العقارية أمام المحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها العقار طبقا لأحكام المادة 1/40 ق إ م إ، في حين أن الدعاوى المنقولة ترفع كقاعدة عامة أمام الجهة القضائية التي يقع في دائرة اختصاصها موطن المدعي عليه طبقا لأحكام المادة 1/37 ق إ م إ.

ويلاحظ أنه في ظل قانون الإجراءات المدنية الملغى كان للتمييز بين الدعاوى العقارية والدعاوى المنقولة أهمية أخرى تتعلق بالاختصاص الابتدائي والنهائي للمحاكم، فطبقا للمادة 2 ق إ م الملغى كانت المحكمة تختص ابتدائيا ونهائيا بالدعاوى المنقولة إذا كانت قيمة النزاع لا تتجاوز 2000 دج، في حين أنه بالنسبة للدعاوى العقارية فنصاب الاختصاص يحدد بالنظر إلى الدخل السنوي للعقار المتنازع فيه³. أمام اليوم، وفي ظل قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد، فإنه، طبقا للمادة 33، يتحدد الاختصاص الابتدائي والنهائي للمحاكم اعتمادا على المعيار القيمي للنزاع دون النظر في نوع الدعاوى، فالدعاوى التي تقل قيمتها عن 200 ألف دج يفصل فيها بحكم نهائي غير قابل للاستئناف من الدرجة الأولى، وتكون باقي أنواع الدعاوى الأخرى قابلة للاستئناف بغض النظر عن قيمة الطلبات المقابلة أو المقاصة القضائية في نفس الدعاوى والتي يمكن أن تتجاوز هذه القيمة⁴.

ثالثا: تداخل التقسيمين السابقين: لاحظ الفقه إمكانية التداخل بين تقسيم الدعاوى إلى شخصية وعينية وتقسيمها إلى عقارية ومنقولة، لكن بعض الفقه الحديث أبدى نقده لجانب من جوانب هذا التداخل.

1- عرض أوجه التداخل بين التقسيمين السابقين: عمد الفقهاء إلى تقسيم الدعاوى العينية إلى دعاوى عينية عقارية ودعاوى عينية منقولة، وإلى تقسيم الدعاوى الشخصية إلى دعاوى شخصية عقارية ودعاوى شخصية منقولة.

¹ بوبشير محند أمقران، المرجع السابق، ص 87.
² الغوثي بن ملح، القانون القضائي الجزائري، الديوان الوطني للأشغال التربوية، الجزائر، ط2، 2000، ص 251. محمد إبراهيمي، الوجيز في الإجراءات المدنية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2007، ص 42-43. وهو يقول في الهامش رقم 1: "خفف قانون الأسرة من أهمية التمييز بين مباشرة الدعاوى المنقولة ومباشرة الدعاوى العقارية من طرف الولي، وذلك حفاظا على مصالح القاصر، فالمادة 87 ق المذكورة (من قانون الأسرة) ألزمت الولي استئذان القاضي حتى في بعض التصرفات المتعلقة بمنقولات القاصر، كبيع المنقولات ذات الأهمية الخاصة واستثمار أموال القاصر بالإقراض أو الاقتراض أو المساهمة في شركة".

³ الغوثي بن ملح، المرجع السابق، ص 251. محمد إبراهيمي، المرجع السابق، ص 43.

⁴ زينب شويحة، المرجع السابق، ص 113.

أ- تقسيم الدعاوى العينية: قسّم الفقه الدعاوى العينية إلى دعاوى عينية عقارية ودعاوى عينية منقولة¹.

1- الدعوى العينية العقارية: هي الدعوى التي تستند إلى حق عيني على عقار، ومثالها الدعوى بطلب تقرير حق ارتفاق أو انتفاع على عقار، ودعوى الحيازة التي يرفعها الحائز لحق عيني عقاري على من ينازعه في حيازته.

2- الدعوى العينية المنقولة: هي الدعوى التي تستند إلى حق عيني على منقول، ومثالها طلب ملكية منقول، فهي عينية لأنها تستند إلى حق عيني (حق الملكية) وهي منقولة لأن موضوع الحق الذي تحميه منقول.

ب- تقسيم الدعاوى الشخصية: قسّم الفقه التقليدي الدعاوى الشخصية إلى دعاوى شخصية عقارية ودعاوى شخصية منقولة².

ب1- الدعوى الشخصية العقارية: هي الدعوى التي تستند إلى حق شخصي، فليس برفعها حق عيني، ويكون الغرض منها الحصول على عقار أو حق عيني على عقار، ومثالها الدعوى التي يرفعها بائع العقار بعقد مشهر على المشتري بفسخ البيع واسترداد العين، هذه الدعوى دعوى شخصية لأنها تستند إلى حق الفسخ وهو حق شخصي، ويترتب على الحكم فيها وشهره أن تعود ملكية العقار للبائع، فهي وإن كانت تستند إلى حق شخصي فإن الغرض منها الحصول على حق عيني، فهي شخصية عقارية.

ب2- الدعوى الشخصية المنقولة: هي الدعوى التي تستند إلى حق شخصي، فليس لرفعها حق عيني، ويكون الغرض منها الحصول على مال منقول، مثالها الدعوى التي يرفعها الدائن بمبلغ من النقود على مدينه بطلب دينه، والدعوى التي يرفعها مستأجر العقار على المؤجر بتسليم العقار المؤجر، فهي دعوى شخصية لأن حق المستأجر حق شخصي، وهي منقولة لأن الغرض منها ليس الحصول على عقار، وإنما الغرض منها تنفيذ التزام المؤجر بتسليم العين المؤجرة للمستأجر للانتفاع بها وهو مال منقول.

2- نقد بعض أوجه التداخل بين التقسيمين السابقين: يسلم الفقه التقليدي بالتداخل المذكور أعلاه، ولكن بعض الفقه الحديث يعارضه في جانب من جوانبه لاسيما تقسيم الدعاوى الشخصية إلى دعاوى شخصية عقارية ودعاوى شخصية منقولة.

يرى جانب من الفقه الحديث أنه من الخطأ تقسيم الدعاوى الشخصية إلى عقارية ومنقولة، ذلك أن الدعوى الشخصية تستند إلى حق شخصي، والحق الشخصي رابطة بين شخصين، وليس سلطة على شيء، ولهذا لا يمكن اعتبار محله تارة منقولا وتارة عقارا، لأن محله لا يمكن أن يكون شيئا سواء كان منقولا أو عقارا، والقول بإمكان وجود دعوى شخصية عقارية يعني تصور إمكان وجود حق شخصي على عقار! ولهذا فإن الدعوى الشخصية هي دائما دعوى شخصية لا توصف بأنها منقولة أو بأنها عقارية³.

في حين رأى جانب آخر من الفقه الحديث أنه لا يمكن اعتبار الدعوى الشخصية عقارية، فهي دائما منقولة إلا إذا نص المشرع صراحة على اعتبار الحق الشخصي عقارا، وتفصيل ذلك

¹ انظر مثلاً: أحمد هندي، المرجع السابق، ص341.

² انظر مثلاً: رمزي سيف، المرجع السابق، ص129-130.

³ فتحي والي، المرجع السابق، ص199.

أن الحق العيني هو ذلك الحق الذي يرد على شيء ويختص به الشخص ويتسلط عليه، في حين أن الحق الشخصي يكون رابطة بين شخصين يكون لأحدهما على أساس هذه الرابطة أن يطالب الآخر بأداء عمل معين أو الامتناع عن عمل، ومن هنا يتبين لنا أن محل كل من الحقين يختلف، فمحل الحق العيني هو الشيء المحسوس المحدود الذي يرد عليه، ومن يجوز تقسيمه إلى عقار أو منقول، وتصبح الدعوى التي تحمي هذا الحق عقارية أو منقولة حسب محل هذا الحق العيني، أما محل الحق الشخصي فهو مما لا يدرك باللمس، إذ هو يتمثل في أداء معين يقتضيه الشخص من شخص آخر في صورة القيام بعمل أو الامتناع عن عمل، وهذه الرابطة غير المحسوسة يصعب تقسيمها إلى عقار أو منقول، لذلك استقر الفقه على اعتبار الالتزام بأداء عمل معين أو الامتناع عن عمل معين من الأموال المنقولة، أي كان الهدف من هذا الالتزام تطبيقاً لقاعدة أن كل ما لا يعتبر عقاراً فهو منقول¹.

وفي اعتقادنا أن هذا الرأي الأخير هو الصواب الواجب العمل به، ذلك أن المشرع، بمقتضى المادة 684 ق م، يعتبر الدعوى عقارية إذا تعلقت بحق عيني على عقار، وماعدا ذلك فهي دعوى منقولة، وهذه الأخيرة - كما رأينا - تضم من جملة ما تضم الدعوى الشخصية، أي الدعوى التي تستند إلى حق شخصي، وهذا على أساس أن محل الحق الشخصي هو العمل إيجابياً كان أم سلبياً، والعمل، باتفاق فقهاء القانون المدني، يعد منقولاً، على أساس قاعدة: ما لا يعتبر عقاراً فهو منقول، ومن هنا كان من غير المتصور الكلام عن وجود "دعوى شخصية عقارية" لأن الدعوى الشخصية هي دائماً مال منقول، فكيف بعد هذا يمكن القول بوجود "دعوى منقولة عقارية"!!! أما اصطلاح دعوى شخصية منقولة فهو، في اعتقادنا، حشو في الكلام، على أساس أن الدعوى الشخصية هي دائماً دعوى منقولة فلا نحتاج إلى إضافة اصطلاح "منقولة" أمام اصطلاح "دعوى شخصية".

ويلاحظ أن المشرع الجزائري، في ظل قانون الإجراءات المدنية الملغى، انساق وراء الفقه التقليدي حيث استعمل اصطلاح "الدعوى الشخصية العقارية" عند تحديده لقواعد الاختصاص في موضعين هما: الاختصاص الابتدائي والنهائي (المادة 1/2)، والاختصاص المحلي (المادة 1/8)². ويبدو أن المشرع، في ظل قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد، قد تظن لغرابية اصطلاح "الدعوى الشخصية العقارية" فلم يستعمله في الموضعين المذكورين أعلاه، حيث جاءت المادتان 33 و 37 المقابلتان للمادتين 1/2 و 1/8 خاليتين من هذا الاصطلاح.

الفرع الثاني: تقسيم الدعاوى العينية العقارية طبقاً للحماية المطلوبة (دعاوى الحق ودعاوى الحيابة): تنقسم الدعاوى العينية العقارية من حيث موضوعها إلى دعاوى المطالبة بالحق (دعاوى الحق) ودعاوى الحيابة³.

ويقصد بدعاوى الحق تلك الدعاوى التي تحمي حقاً عينياً أصلياً على عقار سواء كان حق الملكية أو غيره كحق الانتفاع أو الارتفاق، أما دعاوى الحيابة فهي الدعاوى التي تحمي حيابة تلك الحقوق، فهي لا تحمي حقاً وإنما تحمي مركزاً قانونياً هو الحيابة أو وضع اليد⁴.

¹ إبراهيم نجيب سعد، المرجع السابق، ص 192.

² بوبشير محند أمقران، المرجع السابق، ص 89.

³ تنص المادة 18 ق أ م م لبناني على ما يلي: "تنقسم الدعاوى العينية العقارية، بحسب الغرض المقصود منها، إلى دعاوى الحق ودعاوى الحيابة".

⁴ فتحي والي، المرجع السابق، ص 202.

وعلى ذلك فإن الفارق بين الدعويين يتمثل في أن الأولى ترمي إلى حماية حق الملكية وما يتفرع عنه من الحقوق العينية الأخرى بطريقة مباشرة، ويتناول المالك فيها حتماً أساس الحق المدعى به وشروطه، في حين أن الثانية ليس الغرض منها إلا حماية وضع اليد من حيث هو بغض النظر عن كنهه أساسه وعن مشروعيتها¹.

وللتمييز بين دعاوى الحق ودعاوى الحيازة أهمية عملية كبيرة من نواح عدة²، فمن ناحية أولى اشترط المشرع، خلافاً للقواعد العامة، رفع دعاوى الحيازة في خلال سنة من تاريخ السبب الذي يبرر رفع الدعوى وإلا كانت غير مقبولة (المادة 2/524 ق إ م إ)، ومن ناحية ثانية قرر المشرع عدم جواز الجمع بين دعاوى الحيازة ودعوى الحق (المادة 529 ق إ م إ).

وبما أن المشرع قد خصّ الحيازة بتنظيم قانوني مختلف عن باقي الدعاوى، فإنها تحتاج إلى دراسة خاصة، فنعرض أولاً لبعض المفاهيم العامة في الحيازة وحمايتها، ثم للأحكام العامة لدعاوى الحيازة، وأخيراً للأحكام الخاصة لدعاوى الحيازة.

أولاً: مفاهيم عامة للحيازة وحمايتها: وهي تتضمن جملة من المفاهيم المتعلقة بالحيازة في حد ذاتها من جهة، وبحماية الحيازة من جهة أخرى.

1- مفاهيم عامة في الحيازة: سنعرض، في هذا المقام بإيجاز شديد، لتعريف الحيازة ثم لعناصرها وأخيراً لشروطها.

أ- تعريف الحيازة: لم يضع المشرع الجزائري تعريفاً للحيازة، لا في القانون المدني ولا في قانون الإجراءات المدنية، سواء تعلق الأمر بالقانون الملغى أو بالقانون الجديد، ربما لأنه رأى أن ذلك أنسب من الناحية التشريعية.

وللإشارة فإن المشروع التمهيدي للتقنين المدني المصري كان يتضمن نصاً يعرف الحيازة، وهو نص المادة 1398 وكان يجري على النحو الآتي: "الحيازة وضع مادي به يسيطر الشخص سيطرة فعلية على شيء يجوز التعامل فيه أو يستعمل بالفعل حقا من الحقوق".

ويميل الفقه العربي، المتأثر بالفقه اللاتيني، إلى تعريف الحيازة بأنها: "حالة واقعية تنشأ عن سيطرة شخص على شيء أو حق عليه، بصفته مالكا للشيء أو صاحب حق عليه"³.

وبهذا المعنى تكون الحيازة واقعة مادية بسيطة تحدث آثاراً قانونية، فهي ليست بحق عيني أو حق شخصي، بل هي ليست حقاً أصلاً، ولكنها سبب لكسب الحق⁴.

ب- عناصر الحيازة: من خلال التعريف السابق للحيازة يظهر أن للحيازة عنصرين، أحدهما مادي (السيطرة المادية) والآخر معنوي (القصد)⁵.

ب1- العنصر المادي في الحيازة: وهو السيطرة المادية على الحق، سواء كان الشخص هو صاحب الحق أو لم يكن، والسيطرة المادية، أي الفعلية، على الحق تكون باستعماله عن طريق أعمال مادية يقتضيها هذا الحق، فمثلاً إذا كان الحق محل الحيازة حق ملكية، كانت السيطرة

¹ أحمد هندي، المرجع السابق، ص 343.

² أحمد أبو الوفا، المرجع السابق، ص 143.

³ أحمد أبو الوفا، المرجع السابق، ص 144.

⁴ رمضان أبو السعود، الوجيز في الحقوق العينية الأصلية، دار الجامعة الجديدة، 2004، ص 288.

⁵ انظر في عرض عناصر الحيازة بالتفصيل: عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، ج 9، المرجع السابق، ص 791 وما يليها.

الفعلية عليه بأن يستعمل الشخص بالنسبة إليه حقوق المالك كأن يسكن المنزل أو يؤجره أو يزرع الأرض... وإذا كان الحق محل الحيابة حق ارتفاق بالمرور أو بالشرب مثلا فإن حيابته تكون باستعماله فعلا عن طريق المرور في أرض الجار أو أخذ الماء لري الأرض، وما يقال عن حق الارتفاق يقال عن بقية الحقوق.

وإذا كان الأصل أن يباشر الحائز السيطرة المادية بنفسه، فإنه قد يقع أن يباشر هذه السيطرة المادية بالوساطة، أي أن يباشر الحائز السيطرة المادية بواسطة الغير، مثال ذلك خدمه وأتباعه الذين يتبعونه ويأثمرون بأوامره، ومثال ذلك أيضا، بالنسبة للشخص الاعتباري، من يمثله من المديرين والأشخاص الذين يفوضون في ذلك.

ب2- العنصر المعنوي: تتجاذب هذا العنصر، وهو عنصر القصد، نظريتان شهيرتان: النظرية الشخصية لصاحبها سافيني، والنظرية المادية لصاحبها إهرنج، فما مضمونها وما هو موقف المشرع الجزائري؟

ب2-1- عنصر القصد في النظرية الشخصية: يرى سافيني أنه لقيام الحيابة لا بد من توافر العنصر المعنوي إلى جانب العنصر المادي، ويتحقق العنصر المعنوي بأن يكون الحائز قاصدا أن يستعمل الحق لحساب نفسه، فالعنصر المعنوي هو نية الحائز في استعمال الحق لحساب نفسه، وهو يستفاد من خلال الظهور بمظهر المالك أو صاحب الحق موضوع الحيابة.

ب2-2- عنصر القصد في النظرية المادية: يرى إهرنج أن عنصر القصد ليس مستقلا عن عنصر السيطرة المادية، فهذا العنصر الأخير يتضمن ضرورة العنصر الأول، ذلك أن عنصر القصد معناه أن تكون الأعمال المادية التي يسيطر بها الشخص على الحق أعمالا إرادية قصدية، ولا يهم بعد ذلك، على خلاف النظرية الشخصية، أن يحوز الشخص لحساب نفسه أو لحساب غيره، وأهم ما يترتب على هذا التصور لعنصر القصد هو جواز حماية الحائز لحساب غيره بدعوى الحيابة، حيث لا تحمي النظرية الشخصية، وأهم تطبيق لهذه النتيجة هي حماية حيابة المستأجر، إذ أن هذا الأخير لا يحوز لحساب نفسه، وإنما لحساب المؤجر.

ب2-3- موقف المشرع الجزائري: من خلال الإطلاع على نصوص التشريع الجزائري، يظهر أن المشرع قد أخذ، كأصل عام، بالنظرية الشخصية، حيث اشترط لقيام الحيابة توافر العنصر المعنوي، وهو عنصر القصد، بمعنى نية استعمال حق من الحقوق، بدليل أن المادة 822 ق م قد قابلت ما بين الحيابة المشتمة على عنصر نية استعمال الحق ومجرد الحيابة المادية، وفي مقابل هذا أخذ بالنظرية المادية كاستثناء يظهر ذلك في نصه على أهم تطبيق عملي لهذه النظرية، حيث حمى حيابة المستأجر بجميع دعوى الحيابة في المادة 487 ق م¹.

ج- شروط الحيابة: لا يكفي أن يتوافر في الحيابة العنصران المادي والمعنوي حتى تكون جديرة بالحماية، بل لابد أن تتوافر فيها شروط معينة، ويؤدي تخلف أي شرط منها إلى أن تصبح الحيابة

¹ عمر زودة، الإجراءات المدنية على ضوء آراء الفقهاء وأحكام القضاء، أنسكلوبيدي، الجزائر [د.ت]، ص108.

معيبة¹، وتتمثل هذه الشروط، حسب المادة 514 ق إ م² في: الهدوء والعلانية والاستمرار والوضوح³.

ج1- الهدوء: بمعنى ألا يكون الحائز قد اكتسب الحيابة بعمل من أعمال العنف المادية أو الإكراه الأدبي، لأن استعمال الإكراه من جانب الحائز دليل على الاعتراض والمقاومة من جانب من يحتج عليه بالحيابة مما ينفي قرينة الملكية، ومع ذلك إذا انتهى الإكراه واستقرت بعد ذلك الحيابة هادئة زال عنها عيب الإكراه وجاز الاحتجاج بها (المادة 2/808 ق م)، غير أنه لا تعد الحيابة معيبة إذا اكتسبت بغير إكراه أو اكتسبت في الأصل بالإكراه ولكنه انتهى واستقرت الحيابة بعد ذلك هادئة ثم اضطر الحائز إلى استعمال القوة حفاظاً على حيازته الهادئة أو التي أصبحت هادئة بعد أن زال عنها عيب الإكراه الذي كان يعيبها أصلاً⁴.

ج2- العلانية: بمعنى أن يباشر الحائز أعمال السيطرة المادية على مشهد من الناس، أي بصورة علنية غير خفية، بحيث يستطيع أن يعلمها ويراهها كل من يراد الاحتجاج في مواجهته بذلك حتى يتمكن من المنازعة في الحيابة إذا أراد، فإذا لم يتوافر هذا الشرط كانت معيبة بعيب الخفاء، مثال ذلك المرور في أرض الجار خلصة⁵، والخفاء كالإكراه عيب مؤقت، بمعنى أنه قد يزول وتصبح الحيابة علانية، ولكن، في هذه الحالة، لا يعتد بالحيابة إلا من تاريخ ظهورها⁶.

ويلاحظ أنه إذا كان من الممكن إخفاء حيابة المنقول، فإن إخفاء العقار على العكس من ذلك صعب، بل هو أمر قلما يتصور، ولكن كثيراً ما تكون الحيابة على حق من حقوق الارتفاق مشوبة بعيب الخفاء، لذلك لا تحمي حقوق الارتفاق غير الظاهرة بدعوى الحيابة إلا إذا كانت هذه الحقوق ثابتة بنص في القانون أو باتفاق مع مالك العقار الخادم⁷.

ج3- الاستمرار: بمعنى أن يباشر الحائز أعمال السيطرة المادية في فترات منتظمة قريبة⁸، وذلك نظراً لأن الحيابة يجب ألا تحمي إلا إذا كانت قد استقرت لفترة معقولة، حيث تكون عندئذ أمراً واقعاً مستقراً جديراً بالحماية⁹، وقد قدّر المشرع هذه الفترة بسنة، ولا يعني هذا أن يستعمل الحائز الحق في كل وقت وبغير انقطاع، بل يكفي أن يستعمله كما يفعل المالك عادة وعلى فترات متقاربة منتظمة، كما أن الحيابة لا تزول إذا حال مانع وقتي دون مباشرة الحائز للسيطرة المادية، ومع ذلك تنقضي الحيابة إذا استمر هذا المانع سنة كاملة وكان ناشئاً عن حيابة جديدة وقعت رغم إرادة الحائز أو دون علمه (المادة 816 ق م)¹⁰.

¹ وجدي راغب فهمي، المرجع السابق، ص148.

² تقابلها المادة 413 من قانون الإجراءات المدنية الملغى، وقد استبدل المشرع عبارة "غير خفية" بعبارة "دون لبس"، وبدأ نص المادة بجملة فعلية. انظر: عبد الرحمن بربارة، شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية، منشورات بغدادية، الجزائر، ط2، 2009، ص373.

³ وهي ذات الشروط التي ذكرها المشرع في المادة 808 ق م باستثناء الاستمرار الذي ورد ذكره صراحة في المادة 820 ق م المتعلقة بدعوى منع التعرض.

⁴ رمزي سيف، المرجع السابق، ص141.

⁵ أحمد هندي، المرجع السابق، ص358.

⁶ نبيل إسماعيل عمر، المرجع السابق، ص171.

⁷ نجيب إبراهيم سعد، المرجع السابق، ص206-207.

⁸ نبيل إسماعيل عمر، المرجع السابق، ص171.

⁹ أحمد هندي، المرجع السابق، ص354.

¹⁰ بوبشير محمد أمقران، المرجع السابق، ص97.

وجدير بالذكر أن عيب عدم الاستمرار، على خلاف العيوب الأخرى، عيب مطلق، بمعنى أنه يجوز لكل ذي مصلحة أن يتمسك به، إذ أن الحيابة يجب أن تكون مستمرة بالنسبة للناس كافة¹.

ج4- الوضوح: بمعنى أن يكون من الواضح أن الحائز يقوم بالأعمال المادية المكوّنة للحيابة باعتباره صاحب الحق²، وعلى ذلك تكون الحيابة مشوبة بالغموض واللبس إذا اشتبه في عنصرها المعنوي، أي عنصر القصد، ويكون ذلك إذا كانت السيطرة المادية تحتمل أكثر من معنى، معنى أن الحائز يحوز لحساب نفسه، ومعنى أنه يحوز لحساب غيره أو لحساب نفسه ولحساب غيره في آن واحد، مثال ذلك قيام شخص بالحيابة على عين شائعة، ولكن الأعمال المادية التي يقوم بها تشف عن أنها أعمال مالك ملكية مفرزة، فهنا يقوم اللبس في حيابة الشريك لأنها تحتمل معنيين³.

ويلاحظ أن عيب اللبس، كالإكراه والخفاء، عيب نسبي لا يكون له أثر إلا تجاه من التبس عليه الأمر، وهذا العيب يزول أيضا إذا تعمّد الحائز التصرف في العين أو القيام بأعمال لا تترك شكا أنه يحوز العين لحساب نفسه، ولكن لا يعتد بهذه الحيابة إلا من وقت زوال هذا العيب⁴.

2- مفاهيم عامة في حماية الحيابة: سنعرض في هذا المقام، بإيجاز شديد، للتطور التاريخي لحماية الحيابة، ثم لبيان الحكمة منها، وأخيرا لنطاقها.

أ- التطور التاريخي لحماية الحيابة: كانت الحيابة محمية منذ عهد القانون الروماني بواسطة أوامر منع إصدارها البريتور، وكانت هذه الأوامر تحمي حيابة العقار والمنقول، وقد بدأت دعوى الحيابة، المعروفة اليوم، في الظهور بعد المزج الذي وقع بين قاعدة القانون الروماني وقواعد كل من القانونين الجرمانى والكنسى.

وأول دعوى ظهرت للوجود هي دعوى استرداد الحيابة وذلك في القرن الحادي عشر نقلا عن القانون الكنسى، وكانت في أول الأمر ترمي إلى حماية القساوسة الذي يطردون من كنائسهم، ثم امتد نطاقها شيئا فشيئا إلى حماية كل من تنتزع حيابته بالقوة، ولم يكن القانون الكنسى يفرق بين العقار والمنقول، وبين الحيابة القانونية والحيابة العرضية، كما أنه كان يحمي الحيابة أيا كانت مدتها.

وفي القرن الثالث عشر ظهرت للوجود دعوى منع التعرض، وقد تم نقلها عن العرف السائد في القبائل الجرمانية، فوفقا لهذا العرف كانت مدة سقوط الحق بمرور الزمن هي سنة ويوم، وعلى هذا الأساس إذا حدث نزاع واستطاع الخصم أن يثبت أنه حائز لمدة سنة ويوم كسب القضية، أي قضية النزاع على الملكية، ولكن تحت تأثير القانون الروماني أصبح إثبات مدة سنة ويوم طريقا لحماية الحيابة، ومن ثم تميزت دعوى منع التعرض عن حماية الملكية.

وأخيرا ظهرت دعوى وقف الأعمال الجديدة، وكان مصدرها القانون الروماني، ولكنها لم تكن دعوى بمعنى الكلمة، وإنما كان الهدف منها التوصل عن طريق إجراء غير قضائي إلى إلزام من يقوم بتشديد بناء بوقف أعمال البناء التي بدأها حتى يأذن له القاضي بالاستمرار فيها¹.

¹ إبراهيم نجيب سعد، المرجع السابق، ص205.

² أحمد هندي، المرجع السابق، ص360.

³ نبيل إسماعيل عمر، المرجع السابق، ص171.

⁴ إبراهيم نجيب سعد، المرجع السابق، ص208.

والتشريعات الحديثة اليوم تميّز تمييزاً واضحاً بين دعاوى الحيازة الثلاث، ومع ذلك فإن قانون الإجراءات المدنية الملغى لسنة 1966 أشار بوضوح إلى دعوى استرداد الحيازة في المادتين 413 و414، ولكنه لم ينص صراحة على دعوى منع التعرض ودعوى وقف الأعمال الجديدة، واكتفى بالإشارة إليهما بصورة غير مباشرة في المادة 413 ق إ م²، ولكن بعد صدور القانون المدني سنة 1975 ميّز المشرع بين دعاوى الحيازة الثلاث تمييزاً واضحاً وخصها بالمواد 817-821 ق م وقد وردت بين النصوص المتعلقة بالحيازة³، وبصدر قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد سنة 2008 أعاد المشرع تنظيم دعاوى الحيازة في المواد 524-530 ق إ م إ وأدرجها ضمن اختصاص القسم العقاري⁴، واحتفظ بصورة كلية بالمواد 413-419 من قانون الإجراءات المدنية الملغى باستثناء إدخاله بعض التعديلات اللفظية على المادة 413 ق إ م⁵، وعلى ذلك يمكن القول بأن المشرع قد نص صراحة على دعوى استرداد الحيازة في المادتين 524 و525 ق إ م إ، واكتفى بالإشارة إلى دعوى منع التعرض ودعوى وقف الأعمال الجديدة في المادة 524 ق إ م إ.

ب- الحكمة من حماية الحيازة: يجمع الفقه على أن الحكمة من حماية الحيازة بدعاوى خاصة يرجع إلى اعتبارين أساسيين، أولهما يتعلق بمصلحة المجتمع وثانيهما يتعلق بالمصلحة الخاصة للحائز.

ب1- مصلحة المجتمع في حماية الحيازة: إن حماية الحيازة حماية للأمن والنظام العام، لأن في الاعتداء على الحيازة تعكيراً للأمن والنظام العام، لأنه يشكل اعتداءً على مراكز واقعية معترف بها قانوناً، وعلى هذا الأساس لا يجوز لأي كان أن يغتصب الحيازة من حائزها، حتى ولو تعلّق الأمر بصاحب الحق، لأن هذا يعد من قبيل اقتضاء الشخص لحقه بنفسه، وهو أمر غير جائز في المجتمعات المعاصرة، وعلى ذلك يتعيّن على صاحب الحق، في هذه الحالة، أن يحترم حيازة الحائز، ويلجأ إلى القضاء للمطالبة بحقه بدل أن ينتصف لنفسه بنفسه⁶.

وقد يقال بأن حماية الحائز قد تؤدي إلى حماية الشخص المغتصب غير صاحب الحق، ولكن هذا القول غير مقبول من ناحيتين على الأقل، فمن ناحية أولى إن دعاوى الحيازة لا تحمي أية حالة واقعية، بل هي تحمي المراكز الواقعية الجديرة بالحماية التي توافرت فيها جملة من الشروط، ومن ناحية ثانية إن صاحب الحق لا يفقد حقه إن لم يكن حائزاً، ذلك أن القانون أجاز له المطالبة بحقه عن طريق القضاء⁷.

ب2- مصلحة الحائز الخاصة في حماية الحيازة: إن المشرع يفترض أن الحائز هو المالك، لذلك كانت حماية الحائز حماية لصاحب الحق، ومن ثم أجاز له المشرع رفع دعاوى الحيازة لرد كل اعتداء على ملكيته، وهي دعاوى يسيرة الإجراءات وسهلة الإثبات.

¹ انظر في التطور التاريخي لحماية الحيازة: فتحي والي، المرجع السابق، ص 203-205. إبراهيم نجيب سعد، المرجع السابق، ص 198-199.

² الغوثي بن ملح، المرجع السابق، ص 254.

³ محمد إبراهيم، ج 1، المرجع السابق، ص 45.

⁴ كانت دعاوى الحيازة في قانون الإجراءات المدنية الملغى واردة ضمن الكتاب السابع: في الإجراءات المتعلقة بـمواد خاصة.

⁵ عبد الرحمن بربارة، المرجع السابق، ص 371.

⁶ رمزي سيف، المرجع السابق، ص 133.

⁷ إبراهيم نجيب سعد، المرجع السابق، ص 196.

والمشرع بافتراضه أن الحائز هو المالك حتى يقيم المدعى الدليل على عكس ذلك، يكون قد وضع الحائز في مركز ممتاز في دعوى الملكية، إذ جعله دائماً في مركز المدعى عليه، ومن ثم لا يقع عليه عبء إثبات الحق، وإنما يقع على الطرف الآخر، ومعنى هذا أن المشرع قد ييسر على الحائز إثبات ملكيته عن طريق جعل الحيازة وسيلة لإثبات الحق، والأكثر من هذا إن المشرع، ونظراً لصعوبة إثبات الحيازة، جعل الحيازة المادية قرينة على الحيازة القانونية، وعلى من ينازع الحائز أن يثبت أن حيازته تفتقر إلى العنصر المعنوي، ويتبين من كل هذا أن من استطاع إثبات الحيازة المادية لنفسه كان له أن يتخذ منها قرينة على الحيازة القانونية، ثم كان له أن يتخذ من هذه قرينة على الملكية ذاتها، وفي ذلك تيسير كبير لإثبات الملكية¹.

ج- نطاق حماية الحيازة: إن دعاوى الحيازة تحمي حيازة الحقوق العينية الأصلية دون الحقوق الشخصية من ناحية، وهي تحمي حيازة العقار دون حيازة المنقول من ناحية أخرى.

ج1- دعاوى الحيازة تحمي حيازة الحقوق العينية الأصلية: إن دعاوى الحيازة لا تحمي إلا الحقوق العينية الأصلية، فإذا كانت الحيازة سيطرة فعلية كاملة على الشيء كانت، في هذه الحالة، حيازة لحق الملكية في الشيء، وإذا كانت سيطرة فعلية محدودة على الشيء، كانت، في هذه الحالة، حيازة لحق عيني متفرع عن حق الملكية كحق الانتفاع أو حق الاستعمال أو حق السكن، وقد تكون مجرد حيازة لحق الارتفاق كحق المثل أو حق المرور².

واقتصر الحماية على الحقوق العينية يرجع إلى أن هذه الحقوق تخوّل صاحبها سلطة مباشرة على الشيء، ومن ثم كان من المتصور حيازتها عن طريق ممارسة الأعمال التي تخوّلها هذه السلطة على الشيء، أما الحقوق الشخصية فهي لا تقبل السيطرة المادية، ومن ثم لم تكن محمية بدعاوى الحيازة، ومع ذلك، يجوز، استثناءً، حماية حق المستأجر بدعاوى الحيازة³، ولو أنه حق شخصي، ولكن يشترط، في هذه الحالة، أن يكون متعلقاً بعقار⁴.

ج2- دعاوى الحيازة تحمي حيازة العقار دون المنقول: إن دعاوى الحيازة تحمي حيازة العقار دون المنقول، فهي دعاوى خاصة بالعقارات دون المنقولات، والعلة في ذلك أنه في العقارات يمكن تمييز الحيازة عن الملكية، فقد تكون الحيازة لشخص وتكون الملكية لآخر، أما في المنقولات فغالباً ما تختلط الحيازة بالملكية، ذلك أن القانون يقرر بأن الحيازة في المنقول بحسن نية سند الملكية، وإذا كان من الممكن تصور حالات لا تفيد حيازة المنقول ملكيته، فإن هذه الحالات نادرة لا تستحق حمايتها بدعاوى الحيازة، خاصة أن قيمة المنقول تكون، في غالب الأحيان، ضئيلة⁵.

ودعاوى الحيازة تحمي العقار أياً كانت طبيعته، سواء تعلق الأمر بالعقار بطبيعته أو العقار بالتخصيص، على أنه يشترط، في كل الأحوال، أن يكون العقار مما يصلح لأن يكون محلاً

¹ أحمد أبو الوفاء، المرجع السابق، ص147.

² وجدي راغب فهمي، المرجع السابق، ص145.

³ من المستقر عليه قضاء أن المستأجر له الحق في ممارسة شخصياً دعوى الحيازة ضد من تعرض له، ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد مخالفاً للأحكام القضائية المعمول بها. ولما كان من الثابت – في قضية الحال – أن الطاعن استفاد من عقد إيجار سكن الذي يشغله المطعون ضده. وأن قضاة الموضوع برفضهم لطلبه الرامي إلى طرد المطعون ضده على أساس أنه كان عليه مرافعة المؤجر الذي له معه علاقة التعاقد خالفوا الأحكام القانونية المعمول بها. قرار رقم 62 465 مؤرخ في 1990/11/26، المجلة القضائية 1992، عدد 01، ص116. حمدي باشا عمر، القضاء العقاري، دار هومة، ط6، 2006، ص129.

⁴ إبراهيم نجيب سعد، المرجع السابق، ص196.

⁵ رمزي سيف، المرجع السابق، ص132.

للمتلك أو لحق عيني آخر، أما إذا كان لا يجوز للأفراد تملكه فلا تحميه دعاوى الحيازة، مثال ذلك العقار التابع لأملاك الدولة، على أن ذلك لا يمنع الدولة من أن تحمي حيازتها بدعاوى الحيازة، كما يجوز لصاحب الامتياز في استغلال أملاك الدولة أن يرفع دعاوى الحيازة¹ حالا محل الدولة في ذلك².

ثانياً: الأحكام العامة لدعاوى الحيازة: بعد أن نحدد الطبيعة القانونية لدعاوى الحيازة، نعمل على تحديد الشروط المشتركة لقبول دعاوى الحيازة.

1- الطبيعة القانونية لدعاوى الحيازة: إن الطبيعة القانونية لدعاوى الحيازة تدور حول ما إذا كانت هذه الدعاوى دعاوى وقتية أم دعاوى موضوعية؟ يبدو أن الفقه غير مجمع على رأي واحد، بخصوص هذه المسألة، فمن الفقهاء من اعتبرها دعاوى وقتية، ومنهم من اعتبرها دعاوى موضوعية.

أ- دعاوى الحيازة دعاوى وقتية: ذهب كثير من الفقهاء إلى القول بأن دعاوى الحيازة دعاوى وقتية، بمعنى أن الحكم الصادر فيها يعتبر قضاء وقتياً، ذلك أنها ترمي إلى حماية الحائز حماية مؤقتة إلى غاية الفصل في دعوى الحق، وعلى ذلك فإن القاضي لا يتعرض لأصل الحق، مثله مثل قاضي الأمور المستعجلة، ويترتب على ذلك أن الحكم الصادر في دعاوى الحيازة ليست له حجية في النزاع على أصل الحق، ولا يقيد المحكمة التي تطرح أمامها دعوى الحق³.

ب- دعاوى الحيازة دعاوى موضوعية: على خلاف الرأي السابق، يرى بعض الفقه الحديث بأن دعاوى الحيازة دعاوى موضوعية، ومن ثم فإن الحكم الصادر فيها يعتبر قضاء موضوعياً، وهذا لجملة من الأسباب أهمها ما يلي⁴:

ب1- يحمي القانون الحيازة في ذاتها مستقلة عن الحق، فإذا كانت الحيازة أصلاً مركزاً واقعياً، فإنها بعد حماية القانون تصبح مركزاً قانونياً موضوعياً مستقلاً عن الملكية أو الحق العيني ذاته، وعلى ذلك فإن دعوى الحيازة، كأي دعوى موضوعية، ترمي إلى أن يصدر فيها حكم موضوعي يؤكد المركز القانوني أو ينفيه.

ب2- إن دعاوى الحيازة ترمي إلى حماية مركز قانوني مختلف عن الحق، بينما الدعاوى الوقتية ترمي إلى حماية الحق ذاته حماية مؤقتة.

ب3- غاية الدعاوى الوقتية هي وقاية مصلحة الطالب من خطر التأخير، بينما دعاوى الحيازة تكون، في بعض صورها، دعوى جزائية ترمي إلى رد الاعتداء على الحيازة بعد وقوعه، مثال ذلك دعوى استرداد الحيازة التي ترمي إلى رد الحيازة للحائز بعد سلبها منه.

¹ حيث يتبين من - قضية الحال - أن الحيازة ثابتة منذ عهد الاستعمار وأن ما بني فوقها كان برخصة من المصالح البلدية دون أية منازعة في حيازتها وفي استصلاحها وغرسها. ولما قرر قضاء المجلس بأن الحيازة لا تجوز في الأملاك التابعة للدولة فإن هذا التأسيس خاطئ لأنه لا يوجد نص قانوني يتحدث على منع الحيازة في الأملاك العقارية التابعة للدولة بموجب شهادة إدارية من أجل استغلالها والانتفاع بها دون المساس بقواعد التقادم المكسب مما يجعل الحيازة قائمة على السند القانوني، وعليه فالدعوى الناشئة من أحد الأطراف التي ترمي إلى حماية حيازته على أرض يستغلها تابعة للدولة دعوى صحيحة قانوناً. قرار رقم 181 645 مؤرخ في 1998/06/24، المجلة القضائية 1999، عدد 01، ص 72. حمدي باشا عمر، مبادئ الاجتهاد القضائي في مادة الإجراءات المدنية، المرجع السابق، ص 51-52.

² أحمد خليل ونبيل إسماعيل عمر وأحمد هندي، المرجع السابق، ص 252.

³ أحمد أبو الوفا، المرجع السابق، ص 181.

⁴ وجدي راغب فهمي، المرجع السابق، ص 151-154.

ب4- يمنع الجمع بين دعوى الحيازة ودعوى الحق ضمانا لاستقلال حماية الحيازة عن الحق، بينما القاعدة هي جواز الجمع بين الدعوى الوقتية والدعوى الموضوعية للحق.

ومع ذلك يرى أصحاب هذا الاتجاه بأن الحيازة، باعتبارها مركزا قانونيا تجوز حمايتها حماية وقتية، كما تجوز حمايتها موضوعية، فإذا توافر عنصر الاستعجال أو خطر التأخير جاز طلب إجراء وقتي، هذا من ناحية، ومن ناحية أخرى إن دعوى وقف الأعمال الجديدة، باعتبارها دعوى وقائية لها قواعدها الخاصة بها، يبدو أنها دعوى وقتية.

وفي اعتقادنا أن هذا الرأي الأخير جدير بالتأييد، ذلك أن الدعوى الموضوعية هي الدعوى التي يتمسك فيها المدعي بحق أو مركز قانوني موضوعي، ولاشك أن الحيازة مركز قانوني، إذ أنها مركز محمي قانونا، ومن ثم فإن دعوى الحيازة ترمي إلى استصدار حكم موضوعي يؤكد هذا المركز أو ينفيه، وبالتالي كانت دعوى موضوعية، هذا من جهة، ومن جهة أخرى فإن القاضي نجده، وهو ينظر في دعوى الحيازة، يتعمق في بحثها فيبحث في جملة من الأمور الموضوعية كمدى توافر عناصر الحيازة وشروطها، لذلك كان الحكم الذي يصدره يعتبر قضاء موضوعيا، وهو الرأي الذي يؤيده بعض الفقه الجزائري¹، وتأخذه به المحكمة العليا².

2- الشروط المشتركة لقبول دعاوى الحيازة: إن شروط قبول دعوى الحيازة هي نفس الشروط الواجب توافرها لقبول الدعوى، وهي تتمثل أساسا في المصلحة والصفة، ومع ذلك يضاف إليها، فيما يتعلق بدعوى الحيازة، شرطان أحدهما يتعلق بالميعاد والآخر يتعلق بدعوى الحق.

أ- الشروط العامة: وهي تتمثل أساسا، حسب المادة 13 ق إ م إ، في المصلحة والصفة.

أ1- المصلحة: وهي الفائدة العملية التي يحصلها رافع الدعوى من الحكم بطلباته، وهي تكون قانونية، في دعاوى الحيازة، عندما يتوافر في الحيازة عناصرها المادي (السيطرة المادية على الحق)، والمعنوي (القصد) من ناحية أولى، وتتحقق شروطها الأربعة المتمثلة في: الهدوء

¹ سليمان بارش، شرح قانون الإجراءات المدنية الجزائرية، ج1 الخصومة القضائية أمام المحكمة، دار الهدى، 2006، ص54. عبد الرحمن بربارة، المرجع السابق، ص371. وقارن: سائح سنقوقة، قانون الإجراءات المدنية نصا وتعليقا وشرحا وتطبيقا، دار الهدى، 2001، ص312 حيث كتب يقول معلقا على نص المادة 415 ق إ م الملغى: "باستقراء النص يتضح أن دعوى الحيازة، سواء بإثباتها أو عدم التعرض إليها أو استردادها، ترفع أمام القاضي الاستعجالي".

² حيث أنه من المقرر قانونا أن الاستعجال هو الضرر المحدق بالحق والمطلوب رفعه بإجراء وقتي لا تسعف فيه إجراءات التقاضي العادية مع عدم المساس بأصل الحق عملا بالمادة 183 من قانون الإجراءات المدنية. وحيث أنه بالرجوع إلى القرار المنتقد يتضح منه أن قضاة الموضوع تمسكوا باختصاصهم على أساس أن ما قضي به لا يمنح الحق لطرف دون آخر، وإنما هو إجراء وقتي وحتى لا تبقى الأرض بدون حراث، مع أن الدعوى في نزاع الحال تتعلق بمنع التعرض، وهي إحدى الدعاوى الثلاث المقررة قانونا لحماية الحيازة العقارية، وبالتالي فهي دعوى موضوعية بحكم طبيعتها، لا تدخل أصلا في اختصاص قاضي الاستعجال، لأن الفصل فيها يستوجب البحث عن صفة واضح اليد وعناصر الحيازة وشروطها ومدة وضع اليد، وهذه جميعها مسائل تحقيق موضوعية لا يتسع لها نطاق القضاء المستعجل، علاوة على أنه في تحديد من له الحيازة القانونية مساسا حتما بأصل الحق موضع النزاع باعتبار أن الحيازة قرينة على الملكية. وحيث من جهة أخرى فإن المجلس بقضائه على الطاعنين بعدم التعرض للمطعون ضدهم لم يبق بعد حكمه هذا بين الطرفين أي طلب موضوعي يطرح على القضاء. قرار رقم 217 226 مؤرخ في 2000/10/26، المجلة القضائية 2001، عدد 01، ص 254. حمدي عمر باشا، القضاء العقاري، المرجع السابق، ص130-131. وفي اعتقادنا أن عبارة: "...على أنه في تحديد من له الحيازة القانونية مساسا حتما بأصل الحق موضوع النزاع باعتبار أن الحيازة قرينة على الملكية." محل نظر، ذلك أن الحيازة مركز قانوني مختلف عن الحق الموضوعي، لذلك كان القاضي، وهو يفصل في دعوى الحيازة، ممنوعا من المساس بالحق الموضوعي أو الاستناد إليه في حكمه.

والعلانية والاستمرار والوضوح من ناحية ثانية، وتكون، أي المصلحة، قائمة عندما يقع اعتداء على الحيابة أو احتمال الاعتداء عليها، فدعوى استرداد الحيابة ودعوى منع التعرض تقبلا عند وقوع اعتداء على الحيابة، أما دعوى وقف الأعمال الجديدة فتقبل عند احتمال الاعتداء عليها¹.

2- الصفة: وهي الرابطة القائمة بين أطراف الدعوى وموضوعها، وعلى هذا الأساس ترفع دعوى الحيابة، كما في سائر الدعاوى، من ذي صفة على ذي صفة، وعلى ذلك فإنها ترفع من الحائز، سواء كان حائزا بنفسه أو بواسطة غيره، على كل من يعتدي على الحيابة أو يحتمل أن يعتدي عليها، على أنه، في دعوى استرداد الحيابة، يجوز رفعها، حسب المادة 819 ق م، على من انتقلت إليه حيازة الشيء المغتصب منه ولو كان هذا الأخير حسن النية².

ب- الشروط الإضافية الخاصة: وهي تتمثل في شرط الميعاد وقاعدة عدم جواز الجمع بين دعوى الحيابة ودعوى الحق.

ب1- الميعاد: حتى تقبل دعوى الحيابة يجب أن ترفع خلال ميعاد معين، وقد حدده المشرع بمدة سنة من وقت الاعتداء على الحيابة أو بدء الأعمال التي تشكل احتمال الاعتداء عليها، وقد ورد هذا الشرط في المادة 2/413 ق إ م الملغى³ وأعاد المشرع ذكره حرفيا في المادة 2/524 ق إ م الجديد⁴، وقد كان هذا الشرط مذكورا في القانون المدني بخصوص كل دعوى على حدة: دعوى استرداد الحيابة (المادة 817 ق م)، دعوى منع التعرض (المادة 820 ق م)، ودعوى وقف الأعمال الجديدة (المادة 821 ق م)⁵.

ويترتب على عدم احترام شرط الميعاد، أي رفع دعوى الحيابة خلال مدة السنة، الحكم بعدم قبولها، ولو لم تنشأ حيازة جديدة لمصلحة الغير، وفي حالة نشوء حيازة قانونية للغير، فإنه سيصبح متمتعا بالحماية القانونية حتى في مواجهة الحائز السابق⁶.

ويرى الفقه بأن العلة في هذا الشرط تتمثل في أنه إذا حدث الاعتداء على الحيابة ولم يسارع الحائز برفع دعواه، فإنه يدل بتأخيره هذا على أن الاعتداء ليس خطيرا، بحيث لا يحتاج إلى رده من خلال حماية الحيابة وهي حماية استثنائية، خصوصا وأن اللجوء إلى دعوى الحق ليس مقيدا بمدة قصيرة⁷.

وجدير بالذكر أنه يجب التمييز بين هذا الشرط وشرط استمرار الحيابة مدة سنة، فهذا الشرط الأخير، كما تقدّم، شرط موضوعي من شروط الحيابة، ويترتب على تخلفه، كأصل عام، الحكم في الموضوع برفض دعوى الحيابة، بينما شرط الميعاد يترتب على تخلفه، حتى ولو استمرت الحيابة مدة سنة، عدم قبول الدعوى⁸.

ب2- قاعدة عدم جواز الجمع بين دعوى الحيابة ودعوى الحق: إن دعاوى الحيابة تحمي الحيابة في حد ذاتها باعتبارها مركزا قانونيا موضوعيا مستقلا عن الحق الموضوعي محل

¹ وجدي راغب فهمي، المرجع السابق، ص154-155.

² بوبشير محند أمقران، المرجع السابق، ص101.

³ الغوثي بن ملحة، المرجع السابق، ص256.

⁴ عبد الرحمن بربارة، المرجع السابق، ص372.

⁵ سليمان بارش، المرجع السابق، ص54.

⁶ بوبشير محند أمقران، المرجع السابق، ص101.

⁷ أحمد خليل، أحمد هندي ونبيل إسماعيل عمر، المرجع السابق، ص257.

⁸ وجدي راغب فهمي، المرجع السابق، ص156.

الحيازة، وذلك من أجل ضمان الاستقرار لمثل هذه المراكز القانونية في المجتمع¹، لذلك كان من المستقر عليه فقها وتشريعا وقضاء قاعدة عدم جواز الجمع بين دعوى الحيازة ودعوى الحق².

ويقصد بهذه القاعدة أنه لا يجوز قيام دعوى الحيازة ودعوى الحق في وقت واحد، ذلك أن الترتيب الطبيعي يقضي بالألا ترفع دعوى الحق قبل الفصل في دعوى الحيازة، لأن تنظيم مراكز الخصوم في دعوى الحق تحكمه الحيازة، فإذا كانت هذه الأخيرة محل نزاع تعين الفصل في هذا النزاع أولا قبل رفع دعوى الحق، كما أن في إثارة النزاع على الحق أثناء الفصل في دعوى الحيازة تعطيلًا للحماية التي قررها المشرع للحيازة ذاتها³.

ورغم وجاهة هذه القاعدة إلا أنها لم تسلم من النقد، فقد قيل أنها تؤدي إلى الإبطاء في الإجراءات بغير مبرر، لأنها تفرض وجود خصومتين إحداها خاصة بالحيازة والأخرى خاصة بالحق، وكان الأفضل نظر الدعويين في وقت واحد حسما للنزاع بأكمله، والواقع أن هذا النقد غير وجيه، فمن الناحية العملية، عادة ما ينتهي النزاع بصور الحكم في دعوى الحيازة، إذ غالبا ما تحمي هذه الدعاوى صاحب الحق، ومن الناحية النظرية إن الجمع بين دعوى الحيازة ودعوى الحق، هو في حقيقة الأمر جمع بين دعويين مختلفتين من حيث الموضوع، فالأولى ترمي إلى حماية مركز قانوني مختلف عن مركز الحق الذي تحميه الدعوى الثانية⁴.

ولهذا لم يتردد المشرع الجزائري في الأخذ بهذه القاعدة، تبعا للتشريعات الحديثة، حيث قننها في شكل تطبيقات في المواد 416 و418 و419 ق إ م الملغى⁵، والمواد 527 و529 و530 و530 ق إ م الجديد⁶، وهي تطبق على الخصوم وعلى القاضي على النحو الآتي:

ب2-1- تطبيق القاعدة بالنسبة للخصوم: تطبق هذه القاعدة على المدعي والمدعى عليه.

ب2-1-1- تطبيق القاعدة بالنسبة للمدعي: يمنع على المدعي⁷، بموجب المادة 529 ق إ م إ، الجمع بين دعوى الحيازة ودعوى الحق، ولفهم مدى تطبيق هذه القاعدة، لابد من التمييز بين ثلاثة فروض كبرى، أولها عندما يبادر المدعي إلى رفع دعوى الحيازة، وثانيها عندما يبادر إلى رفع دعوى الحق، وثالثها عندما يبادر إلى رفعهما في وقت واحد.

الفرض الأول: رفع دعوى الحيازة أولا: إذا بادر المدعي إلى رفع دعوى الحيازة، فلا بد من التمييز بين حالتين، الأولى: اقتصار المدعي على دعوى الحيازة، والثانية: رفع دعوى الحق رغم بقاء دعوى الحيازة قائمة.

الحالة الأولى: اقتصار المدعي على دعوى الحيازة: إذا بادر المدعي إلى رفع دعوى الحيازة فلا مانع من قبولها إذا توافرت شروطها، لكن يتوجب عليه البقاء مقتصرًا على المطالبة بحماية الحيازة دون التعرض لأصل الحق، فيمنع عليه الاستناد على أسباب تتصل بأصل الحق

¹ نبيل إسماعيل عمر، المرجع السابق، ص175.

² إبراهيم نجيب سعد، المرجع السابق، ص221.

³ رمزي سيف، المرجع السابق، ص157.

⁴ فتحي والي، المرجع السابق، ص232.

⁵ الغوثي بن ملح، المرجع السابق، ص256.

⁶ عبد الرحمن بربارة، المرجع السابق، ص375-376.

⁷ تنص المادة 25 ق أ م لبناني على ما يلي: "لا يجوز الجمع بين دعوى الحيازة ودعوى الحق، فمن أقام دعوى الحق يعتبر متنازلا عن دعوى الحيازة إلا إذا اعتدى على حيازته أثناء النظر في دعوى الحق، أو إذا أقام دعوى بصورة استطردية مع دعوى الحيازة وفي هذه الحال ينظر فيها عند الحكم برد دعوى الحيازة".

من أجل تأييد دعواه، كأن يدعي أنه المالك أو أن يستند إلى أدلة الملك¹، فإذا حدث أن استند مدعي الحيازة إلى أصل الحق فحسب، فإن دعوى الحيازة تسقط، ويتولى القاضي الفصل في دعوى الحق².

الحالة الثانية: رفع المدعي دعوى الحق رغم بقاء دعوى الحيازة قائمة: إذا بادر المدعي إلى رفع دعوى الحيازة، وقبل الفصل فيها بادر إلى رفع دعوى الحق، فإنه يكون قد جمع بين دعوى الحيازة ودعوى الحق، ويترتب على ذلك سقوط حقه في دعوى الحيازة بالرغم أنها أسبق في التاريخ، وجزاء سقوط حق الدعوى هو الحكم بعدم قبولها، والعلة في ذلك أن المدعي، بفعله هذا، يكون قد تنازل عن الحماية التي تقررها دعوى الحيازة³.

الفرض الثاني: رفع دعوى الحق أولاً: إذا بادر المدعي إلى رفع دعوى الحق، فلا بد من التمييز بين حالتين، الأولى: إذا وقع اعتداء على الحيازة ورغم ذلك رفع الحائز دعوى الحق، والثانية: إذا وقع اعتداء على الملكية ذاتها فترفع دعوى الحق ثم بعد ذلك يقع اعتداء على الحيازة.

الحالة الأولى: رفع دعوى الحق رغم وقوع اعتداء على الحيازة: إذا وقع اعتداء على الحيازة ورغم ذلك فضل الحائز رفع دعوى الحق، فإنه يعتبر متنازلاً عن دعوى الحيازة، ذلك أن المشرع وفر حماية للحق من طريقين أحدهما استثنائي ميسر (دعوى الحيازة) والآخر أصلي صعب (دعوى الحق)، وعلى ذلك يتعين على من اختار الطريق الأول الميسر أن يبدأ به، فإذا اختار الطريق الثاني الصعب، فإنه يكون بذلك قد خالف الترتيب الذي وضعه القانون، ومن ثم فلا يحق له اللجوء إلى الطريق الاستثنائي الميسر، وعلى ذلك إذا اختار الحائز دعوى الحق – وهو طريق صعب – فإنه يعد متنازلاً عن حقه في دعوى الحيازة – وهو طريق سهل – أو على أساس أنه يعد معترفاً بالحيازة لخصمه⁴.

وإذا فرض أن الحائز بادر إلى رفع دعوى الحق، وقبل الفصل فيها رفع دعوى الحيازة، فإنها لا تقبل، إذ من الواضح، في هذه الحالة، أنه جمع بين دعوى الحيازة ودعوى الحق⁵.

الحالة الثانية: رفع دعوى الحق بعد وقوع اعتداء على الملكية ثم رفع دعوى الحيازة بعد اعتداء على الحيازة: إذا وقع اعتداء على الملكية ذاتها فبادر الحائز إلى رفع دعوى الحق، ولكن بعد ذلك وقع اعتداء على حيازته، فإنه، في هذه الحالة، يجوز له رفع دعوى الحيازة، فمن

¹ أحمد خليل، أحمد هادي ونبييل إسماعيل عمر، المرجع السابق، ص 263.

² بوشير محند أمقران، المرجع السابق، ص 102.

³ إبراهيم نجيب سعد، المرجع السابق، ص 223.

⁴ أحمد خليل، أحمد هادي ونبييل إسماعيل عمر، المرجع السابق، ص 263-264.

⁵ حيث ينعي الطاعن على القرار المطعون فيه، بدعوى أن المطعون عليهم قد سبق لهم أن سلخوا دعوى الملكية من خلال دعواهم التي انتهت إلى صدور حكم مؤرخ في 1994/01/30 والذي قضى فيه برفض الدعوى على الحال. وبعد صدور هذا الحكم الذي تمسكوا فيه بالملكية رفعوا دعوى جديدة تتعلق بنفس الأشخاص والمحل زاعمين حيازتهم لنفس العقار المتنازع عليه. وقد انتهى النزاع إلى صدور القرار محل الطعن بالنقض الذي اعتبر هذه الدعوى الأخيرة دعوى حيازة، مما يعد ذلك جمعاً بين دعوى الحيازة ودعوى الملكية، وهو ما يشكل خرقاً لأحكام المادة 418 من قانون الإجراءات المدنية، يعرض القرار المطعون فيه بالنقض. وحيث أن ما يعيبه الطاعن على القرار المطعون فيه في محله، ذلك أن قضاة المجلس قد اعتبروا هذه الدعوى الأخيرة (دعوى حيازة) وفصلوا فيها على هذا الأساس. في حين أن المطعون عليهم قد سبق لهم أن رفعوا دعوى الملكية قبل رفع دعوى الحيازة، فيتربط عليه سقوط دعوى الحيازة وبقاء دعوى الملكية، وبالتالي كان على قضاة الموضوع أن يفصلوا في النزاع على أساس دعوى الملكية، وليس على أساس دعوى الحيازة التي سقطت نتيجة الجمع بينها وبين دعوى الملكية، ولما فصل قضاة الموضوع على هذا الأساس فقد عرضوا بذلك قضاءهم للبطلان. قرار المحكمة العليا، الغرفة المدنية، القسم الأول، المؤرخ في 1998/05/06 رقم 65524، غير منشور. انظر: عمر زودة، المرجع السابق، ص 131.

ناحية أولى لا يعد رفعه لدعوى الحق تنازلاً عن دعوى الحيازة، حيث لم يكن قد وقع اعتداء على حيازته بعد، ولا يمكن التنازل عن حق قبل وجوده، ومن ناحية ثانية إن القول بغير ذلك يؤدي إلى نتيجة غير معقولة، وهي حرمان المدعي بحق من حماية حيازته فتصبح هذه الحيازة مستباحة، وهذا ما لم يقصده المشرع بقاعدة عدم الجمع¹.

الفرض الثالث: رفع دعوى الحق ودعوى الحيازة في وقت واحد: إذا رفع المدعي دعوى الحق ودعوى الحيازة في وقت واحد بعريضة واحدة أمام نفس المحكمة أو بعريضتين مستقلتين أمام نفس المحكمة أو أمام محكمتين تعيّن التمييز بين ثلاث حالات²:

الحالة الأولى: ممارسة دعوى الحق ودعوى الحيازة بطلبين أصليين: إذا مارس المدعي كلا من دعوى الحق ودعوى الحيازة بطلبين أصليين، فيكون من الواضح جداً أنه قد جمع بين الدعويين، ومن ثم يسقط حقه في دعوى الحيازة فلا يبحث أصلاً، ويتعيّن على القاضي الفصل في أصل الحق.

الحالة الثانية: ممارسة دعوى الحيازة في صورة طلب احتياطي مع طلب أصل الحق: إذا أقام المدعي دعوى الحيازة في صورة طلب احتياطي مع الطلب الأصلي المتعلق بأصل الحق، تعيّن على القاضي الفصل في أصل الحق وكأن دعوى الحق هي المرفوعة أولاً، ذلك أن المدعي لم يحترم الترتيب الذي وضعه القانون فضلاً عن اعترافه الضمني بالحيازة لخصمه، ولذلك يكون جزاء طلب الحيازة الاحتياطي هو عدم القبول وكأنه قد رفع بعد دعوى الحق، وعملياً إذا رفض القاضي طلب أصل الحق فإنه لن يتعرض إطلاقاً لبحث طلب الحيازة.

الحالة الثالثة: ممارسة دعوى الحق في صورة طلب احتياطي مع طلب الحيازة: إذا أقام المدعي، على خلاف الحالة السابقة، دعوى الحيازة في صورة أصلي، وجعل طلب أصل الحق هو الطلب الاحتياطي، فإن القبول يكون من نصيبهما معاً، غاية ما في الأمر أن القاضي لن يتعرض لدعوى الحق إلا بعد أن يفصل في طلب الحيازة، بحيث إذا حكم برفض هذا الأخير وجب عليه النظر في دعوى الحق.

ب2-1-2- تطبيق القاعدة بالنسبة للمدعى عليه: يمنع على المدعى عليه الجمع بين دعوى الحيازة ودعوى الحق³ بموجب المادة 530 ق إ م إ، ولفهم مدى تطبيق هذه القاعدة لأبد من التمييز بين فرضين كبيرين، أولهما أن تكون الدعوى المرفوعة على المدعى عليه هي دعوى الحيازة، وثانيهما أن تكون الدعوى المرفوعة عليه هي دعوى الحق.

الفرض الأول: المدعى عليه بدعوى الحيازة: إذا كانت الدعوى المرفوعة على المدعى عليه هي دعوى الحيازة، فإن عدم جواز الجمع بين دعوى الحيازة ودعوى الحق يظهر في حالتين⁴:

الحالة الأولى: عدم جواز التمسك بالدفع المستمدة من أصل الحق: لا يجوز للمدعى عليه في دعوى الحيازة أن يتمسك بالدفع المستمدة من أصل الحق، كأن يتمسك بأنه هو صاحب

¹ وجدي راغب فهمي، المرجع السابق، ص159.

² أحمد خليل، أحمد هندي ونبيل إسماعيل عمر، المرجع السابق، ص264-265.

³ تنص المادة 26 ق أ م لبناني على ما يلي: "لا يجوز للمدعى عليه بدعوى الحيازة أن يقيم دعوى الحق إلا بعد إزالة التعدي الصادر عنه".

⁴ عمر زودة، المرجع السابق، ص132-133.

الحق أو أنه هو المالك للعقار المتنازع عليه، ذلك أن المشرع يحمي الحيازة في ذاتها بصرف النظر عن الحق¹.

وإنما الذي يقبل من المدعى عليه في دعوى الحيازة هو الدفع بعدم قبول دعوى الحيازة لعدم توافر شرط من شروطها، كالدفع بعدم توافر المصلحة القانونية للمدعي أو عدم توافر الصفة للمدعي أو المدعى عليه أو أن الدعوى رفعت بعد انقضاء سنة من الاعتداء على الحيازة، كما أنه يقبل من المدعى عليه في دعوى الحيازة تقديم الدفوع الموضوعية في هذه الدعوى، كأن يدفع بعدم توافر عنصر من عناصر الحيازة أو شرط من شروطها الأربعة².

الحالة الثانية: عدم جواز رفع دعوى الحق قبل الفصل في دعوى الحيازة وتنفيذ الحكم:
لا يجوز للمدعى عليه في دعوى الحيازة أن يرفع دعوى للمطالبة بأصل الحق إلا بعد الفصل نهائياً في دعوى الحيازة، وإلا كان مصير دعوى الحق عدم القبول، لأن في إثارة النزاع حول الحق أثناء النظر في دعوى الحيازة تعطيلاً للحماية التي قررها المشرع للحيازة في ذاتها، وعلى ذلك إذا صدر الحكم النهائي لصالح المدعى عليه في دعوى الحيازة أغناه ذلك عن رفع دعوى الحق، أما إذا صدر الحكم النهائي ضده، فإنه لا يجوز له أن يطالب بأصل الحق إلا بعد استكمال تنفيذ هذا الحكم الصادر ضده (المادة 1/530 ق إ م إ)، ومع ذلك، وحسب المادة 2/530 ق إ م إ، إذا كان تأخير التنفيذ راجعاً إلى فعل المحكوم له، فإنه يجوز للقاضي الفاصل في دعوى الحق أن يحدد أجلاً للتنفيذ، ويقبل دعوى الحق بعد انقضاء هذا الأجل³.

الفرض الثاني: المدعى عليه بدعوى الحق: إذا كانت الدعوى المرفوعة على المدعى عليه هي دعوى الحق، فإنه، في هذه الحالة، يستطيع أن يرفع دعوى الحيازة، سواء حدث الاعتداء على حيازته قبل أن ترفع عليه دعوى الحق أو بعدها، ذلك لأنه لا يمكن أن يستخلص من رفع دعوى الحق عليه تنازله عن دعوى الحيازة، والقول بعدم قبول دعوى الحيازة، في هذه الحالة، يؤدي إلى نتيجة غير معقولة وهي حرمانه من حماية الحيازة بناء على فعل صادر من الغير وهو رفع دعوى الحق عليه، وهو ما يؤدي إلى إهدار هذه الحماية واستباحتها، وذلك عن طريق أن يقترن الاعتداء على الحيازة برفع دعوى الحق على الحائز حتى يحرم من قبول دعوى الحيازة، ولذا تقبل دعوى الحيازة من المدعى عليه في دعوى الحق دائماً⁴.

ب2-2- تطبيق القاعدة بالنسبة للقاضي: يتمتع على القاضي⁵ المعروضة عليه دعوى الحيازة التعرض لأصل الحق⁶، ذلك أن كلا من الدعيين تختلفان من حيث السبب والموضوع، فالأولى

¹ إبراهيم نجيب سعد، المرجع السابق، ص225.

² وجدي راغب فهمي، المرجع السابق، ص160.

³ بوبشير محند أمقران، المرجع السابق، ص104.

⁴ وجدي راغب فهمي، المرجع السابق، ص159.

⁵ تنص المادة 27 ق أ م ل لبناني على ما يلي: "لا يجوز الذي ينظر في دعوى الحيازة أن يتطرق إلى الحق الأصلي أو أن يبنى حكمه على أسباب أو مستندات تتعلق بهذا الحق إلا إذا استند إليها لتقرير نوع الحيازة وتوافر شروطها القانونية. يكون الحكم بدعوى الحيازة معجل التنفيذ".

⁶ وهو المبدأ الذي استقر عليه اجتهاد المحكمة العليا من ذلك: من المقرر قانوناً أنه لا يجوز للمحكمة المطروح عليها دعوى دعوى الحيازة أن تفصل في دعوى الملكية. ولما كان الثابت - في قضية الحال - أن القرار المطعون فيه المؤيد للحكم المستأنف بصفة ضمنية يفيد أن قضاة الموضوع فصلوا في أصل النزاع وأثبتوا الملكية للمدعي وابنه بقولهم أن القطعة الأرضية المتنازع عليها تعود ملكيتها لوارث المدعي، بينما الدعوى المقامة هي دعوى حيازية، مما يجعلهم قد خرقوا القانون. قرار رقم 298 34 مؤرخ في 1985/3/6، المجلة القضائية 1989، عدد4، ص39. من المقرر قانوناً أنه لا يجوز للمحكمة المطروح عليها دعوى الحيازة أن تفصل في أصل الحق. ولما كان الثابت - في قضية الحال - أن موضوع دعوى الطاعن تتعلق بإعادة الجزء المغتصب من الأرض التي يحوزها، فإن قضاة الاستئناف بإبطالهم للخبرة التي أثبتت وقوع

ترمي إلى حماية مركز واقعي محمي قانوناً، ومن ثم كان البحث فيها مقتصرًا على توافر عناصر الحيازة وشروطها، في حين أن الثانية ترمي إلى حماية الحق الموضوعي لذلك كان النظر فيها يقتضي بالضرورة التعرض لأصل الحق ومشروعيته، ويظهر تطبيق قاعدة عدم جواز الجمع بين دعوى الحيازة ودعوى الحق بالنسبة للقاضي في مرحلتين¹:

المرحلة الأولى: تحقيق الدعوى وإثباتها: في هذه المرحلة يتوجب على القاضي الحيازة أن يقصر بحثه في نطاق دعوى الحيازة فحسب، بمعنى أن يحصر بحثه في توافر الحيازة بعناصرها وشروطها القانونية وتوافر شروط دعوى الحيازة، وهذا دون أن يتعرض لأصل الحق ذاته، كما أنه يتوجب عليه قصر مناقشة الخصوم ودفاعهم ودفعهم على أسباب وشروط الحيازة وحدها²، وبناءً على ذلك لا يجوز له أن يأمر بإجراء تحقيق يمس بأصل الحق (المادة 526 ق إ م إ)، فمثلاً لا يجوز له أن يسمع لشهود بشأن عناصر الملكية أو أن يندب خبيراً للتحقيق في المستندات المتعلقة بأصل الحق³، ومع ذلك لا يمنع عليه أن يفحص مستندات أصل الحق على سبيل الاستئناس من أجل الوصول إلى إثبات أركان وشروط الحيازة⁴.

المرحلة الثانية: صدور الحكم: من ناحية منطق الحكم لا يجوز لقاضي الحيازة الفصل في أصل الحق، وقد عبّرت عن ذلك المادة 527 ق إ م إ بقولها: "لا يجوز للمحكمة المطروح عليها دعوى الحيازة أن تفصل في دعوى الملكية"، وهذه الحقيقة، في واقع الأمر، ليست نتيجة من نتائج عدم جواز الجمع فحسب، بل هي - كما رأى البعض بحق - نتيجة لقاعدة أخرى مفادها أنه لا يجوز للمحكمة القضاء بغير ما طلب منها، وإلا صار حكمها معيباً واجب الإلغاء⁵.

أما من ناحية أسباب الحكم فيجب أن يستند القاضي أساساً إلى أسباب الحيازة واستيفاء شروطها، ومع ذلك إذا أضاف، من باب التزديد، أسباباً أخرى استمدتها من أصل الحق، فلا يعد هذا جمعاً بين دعوى الحيازة ودعوى الحق، مادامت الأسباب الأساسية التي بنى عليها حكمه تتعلق بالحيازة في حد ذاتها⁶.

ثالثاً: الأحكام الخاصة لدعوى الحيازة: إن للاعتداء على الحيازة درجات متفاوتة، فقد يتعلق الأمر بسلب الحيازة بالقوة، وقد يكون أخف من ذلك فيأخذ درجة المنع فعلاً من ممارسة الحائز لحيازته، وقد يتعلق بمرحلة الشروع في أعمال تؤدي، لو تمت، إلى التعرض للحائز في حيازته⁷، ومن أجل مواجهة هذه الفرضيات جميعها نظم المشرع الجزائري ثلاث دعاوى للحيازة في القانون المدني، وهي على التوالي، تماشياً مع الفرضيات السابقة⁸، دعوى استرداد الحيازة (المواد

الاعتداء على أساس عقد بيع باطل الذي لم يكن قط محل جدال يكونوا قد تعرضوا للملكية خارقين بذلك القانون. قرار 626 35 مؤرخ في 1985/5/8، المجلة القضائية 1992، عدد 4، ص 19. حمدي عمر باشا، مبادئ الاجتهاد القضائي في مادة الإجراءات المدنية، المرجع السابق، ص 49.

¹ إبراهيم نجيب سعد، المرجع السابق، ص 226.

² نبيل إسماعيل عمر، المرجع السابق، ص 177.

³ بوبشير محمد أمقران، المرجع السابق، ص 104.

⁴ عمر زودة، المرجع السابق، ص 134.

⁵ وجدي راغب فهمي، المرجع السابق، ص 161.

⁶ إبراهيم نجيب سعد، المرجع السابق، ص 229.

⁷ أحمد خليل، أحمد هندي ونبيل إسماعيل عمر، المرجع السابق، ص 252.

⁸ تنص المادة 20 ق إ م م لبناني على ما يلي: "دعوى الحيازة نوعان: 1- دعوى منع التعرض التي ترمي إلى منع الاعتداء على الحيازة. 2- دعوى استرداد الحائز حيازة سلبت منه عنوة".

817-819)¹، دعوى منع التعرض (المادة 820)، ودعوى وقف الأعمال الجديدة (المادة 821)².

1- دعوى استرداد الحيازة La réintégrande: هي الدعوى التي يتمسك فيها المدعي بحيازته التي سلبت منه طالبا الحكم بإلزام المدعى عليه بتسليم العقار إليه³، ويظهر من هذا التعريف أن أساسها يتمثل في حماية الأمن العام باعتبار أن المستولي بالعنف يجب عليه قبل كل شيء رد ما استولى عليه ولو كان هو الجدير بالحيازة، إذ لا يجوز للأشخاص اقتضاء حقوقهم بأنفسهم⁴.

وقد نظم المشرع الجزائري هذه الدعوى في المادتين 413 و414 ق م الملغى، وفي المواد 817 و818 و819 ق م، ومؤخرا في المادتين 524 و525 ق م الجديد، وفيما يلي نعرض لشروط قبولها والحكم الصادر فيها وطبيعتها القانونية.

أ- شروط قبول دعوى استرداد الحيازة: بالرجوع إلى المواد المنظمة لدعوى استرداد الحيازة يظهر أن المشرع قد يَسّر في شروط قبولها، فمن ناحية أولى لم يشترط أن يكون رافعها حائزا حيازة قانونية، حيث أجاز رفعها من الحائز العرضي، ومن ناحية ثانية أجاز رفعها من الحائز الذي لم تمض على حيازته سنة كاملة⁵، وقد قيل في تبرير هذا التيسير إن سلب الحيازة بالقوة أو نحوها أشد صور التعرض للحيازة وأكثر خطرا على الأمن العام، لذلك كان الغرض من هذه الدعوى ليس حماية الحيازة القانونية فحسب، وإنما الاعتداء غير المشروع المخل بالأمن العام⁶.

وتتمثل شروط قبول دعوى استرداد الحيازة فيما يلي⁷: ثبوت الحيازة القانونية أو العرضية العرضية للمدعي، واستمرارها لمدة سنة قبل وقوع السلب، وحدث سلب للحيازة، وأن ترفع الدعوى في خلال سنة من تاريخ السلب.

1- ثبوت الحيازة القانونية أو المادية للمدعي: يجب أن تكون الحيازة ثابتة للمدعي وقت حصول الاعتداء، والملاحظ أن المشرع لم يستلزم أن تكون حيازة المدعي حيازة قانونية، وإنما أجاز هذه الدعوى ولو كانت حيازة الحائز مادية فحسب يتوافر فيها العنصر المادي وقت الاعتداء على الحيازة، ومن أمثلة ذلك حيازة المودع لديه والمرتهن رهنا حيازيا⁸، وهذا بدليل نص المادة 2/817 ق م التي قضت بأنه: "يجوز أيضا أن يسترد الحيازة من كان حائزا بالنيابة من غيره"⁹، وقد جاء ذكر الحيازة المادية صراحة في المادة 525 ق م إ، حيث أجازت رفع دعوى استرداد الحيازة لمن: "... كان له وقت التعدي أو الإكراه الحيازة المادية أو وضع اليد ...".

¹ وهي الدعوى التي جاء ذكرها صراحة في قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد في المادتين 524 و525.

² بوبشير محند أمقران، المرجع السابق، ص106.

³ وجدي راغب فهمي، المرجع السابق، ص163.

⁴ أحمد أبو الوفاء، المرجع السابق، ص166.

⁵ محمد إبراهيمي، المرجع السابق، ج1، ص52-53.

⁶ رمزي سيف، المرجع السابق، ص151-152.

⁷ تنص المادة 22 ق م م لبناني على ما يلي: "يشترط لدعوى استرداد الحيازة: 1- أن يكون المدعي حائزا لحق عيني عقاري أصلي حيازة مادية تستجمع الشروط المعينة لها في الفقرة الأولى من المادة السابقة، باستثناء شرط استمرارها مدة سنة على الأقل قبل سلب الحيازة. 2- أن تكون حيازة المدعي قد سلبت منه، فحرم من الانتفاع بها".

⁸ أمينة مصطفى النمر، المرجع السابق، ص266.

⁹ بوبشير محند أمقران، المرجع السابق، ص111.

ويتعين أن تكون الحيازة هادئة وعلائية¹، لأن هذه الدعوى ترمي إلى المحافظة على الأمن العام، فمن غير المتصور أن يحمي القانون الحائز الذي حصل على حيازته بالقوة والعنف ويحتفظ بها بالعنف²، ولكن إذا اكتسبت الحيازة بالإكراه ثم زال عنها عيب الإكراه بحيث أصبح الحائز محتفظاً بها بغير عنف، فإنها، في هذه الحالة، تكون جدير بالحماية بدعوى استرداد الحيازة إذا تم سلبها من حائزها بعد ذلك بالعنف، لكن يشترط في ذلك أن يفصل بين فعلي الغصب اللذين وقعا من الحائز وعليه فترة من الزمن تكون فيها الحيازة قد استقرت بغير عنف، بحيث يكون الاعتداء مقطوع الصلة بالفعل الذي اكتسبت الحيازة به³.

2- استمرار الحيازة لمدة سنة دون انقطاع قبل وقوع السلب: الأصل أن تستمر الحيازة مدة سنة دون انقطاع حتى تكون جديرة بالحماية بدعوى الحيازة، ومع ذلك يفهم من المادة 818 ق م أن المشرع استثنى، في دعوى استرداد الحيازة، حالتين على النحو الآتي⁴:

الحالة الأولى: إذا فقد المدعي حيازته بالقوة، بمعنى أنه قد وقع سلب الحيازة بالقوة أو بالإكراه، ففي هذه الحالة يجوز استرداد الحيازة ولو لم تكن قد استمرت سنة كاملة⁵، والحكمة من ذلك هي رغبة المشرع في رد القوة على أعقابها نظراً لما في استخدامها من خطر الأمن العام⁶.

الحالة الثانية: إذا كانت حيازة المدعي أحق بالترتيب من حيازة المقتصب، وهي تكون كذلك في فرضين على النحو الآتي⁷:

الفرض الأول: إذا كانت تستند على سند قانوني، بينما حيازة المقتصب لا تستند على أي سند قانوني.

الفرض الثاني: إذا تعادلت الحيازتان من حيث السند وجوداً وعدماً، بمعنى أن تكون كل منهما مستندة إلى سند قانوني يخول صاحبه الحيازة، أو لم تكن أيهما تستند إلى سند قانوني يخول صاحبه الحيازة، فتكون الحيازة أحق بالترتيب إذا كانت أسبق في التاريخ.

3- حدوث سلب للحيازة: ومعناه اغتصاب العين⁸ كلها أو جزء منها مع إقامة العقبات المادية في سبيل عودة حائزها إليها، ونتيجة سلب الحيازة هي حرمان الحائز من الانتفاع الكامل بالحيازة⁹.

وسلب الحيازة الذي يكون مبرراً لرفع دعوى استرداد الحيازة هو سلب الحيازة بغير إرادة الحائز، وعلى ذلك إذا فقد الحائز الحيازة نتيجة لتنفيذ حكم قضائي تم رغم إرادته ولم يكن طرفاً فيه كانت دعواه لاسترداد الحيازة مقبولة، ذلك أن الأحكام لا حجية لها إلا على الخصوم ولا يضر بها من لم يكن طرفاً فيها، وفي مقابل هذا إذا كان طرفاً في الحكم القضائي امتنع عليه رفع

¹ وهو ما جاء ذكره صراحة في آخر المادة 525 ق م إ حيث أجازت رفع دعوى استرداد الحيازة لمن كان وقت حصول التعدي أو الإكراه: "...الحيازة المادية أو وضع اليد الهادئ العلني".

² أحمد أبو الوفاء، المرجع السابق، ص 167.

³ رمزي سيف، المرجع السابق، ص 153.

⁴ بوشير محند أمقران، المرجع السابق، ص 111-112.

⁵ إبراهيم نجيب سعد، المرجع السابق، ص 219.

⁶ وجدي راغب فهمي، المرجع السابق، ص 165.

⁷ نبيل إسماعيل عمر، المرجع السابق، ص 175.

⁸ وهو المصطلح الذي استعمله المشرع في المادة 525 ق م إ التي أجازت رفع دعوى استرداد الحيازة: "... ممن اغتصب منه الحيازة بالتعدي أو الإكراه...".

⁹ أحمد أبو الوفاء، المرجع السابق، ص 168-169.

دعوى الاسترداد، لأن الحكم يسري في مواجهته، لذا جرى الفقه على القول بأنه يشترط في فقد الحيازة أن يكون نتيجة لعمل غير مشروع وليس له سند من القانون¹.

وإذا كان الأصل، في دعوى استرداد الحيازة، أن يكون سلب الحيازة بالقوة أو بالإكراه مما يخل بالأمن العام، فإنه قد يقع أيضاً بالاحتيال والخديعة، وهذا ما يفهم من المادة 818 ق م التي رأينا أنها لا تشارط مرور سنة على الحيازة إذا سلبت بالقوة، مما يعني قيام الدعوى لو تم سلب الحيازة بغير القوة².

على أنه لا يقصد بسلب الحيازة بالقوة أو بالإكراه أن يكون باستعمال القوة المادية وأن يصاحبه تشاجر وسفك للدماء، وإنما يكفي فيه أن يحصل على غير إرادة الحائز ورغم اعتراضه على نحو لا سبيل له في دفعه، كأن يستولي المغتصب وعماله على العقار دون أن يقوى الحائز على رد اعتدائهم³.

4- رفع الدعوى في خلال سنة من تاريخ سلب الحيازة: ترفع دعوى استرداد الحيازة، مثلها مثل دعاوى الحيازة الأخرى، في ميعاد سنة، يبدأ حسابه، كأصل عام، من تاريخ فقد الحيازة⁴، ومع ذلك استثنى المشرع، بموجب المادة 1/817 ق م، حالة فقدان الحيازة خفية، حيث يبدأ الميعاد من وقت انكشاف ذلك⁵، ويضيف الفقه حالة أخرى هي حالة كون نية الغصب غامضة، فهنا لا يبدأ الميعاد إلا من الوقت الذي ينجلي عنها هذا الغموض، ومثال ذلك أن يسمح شخص لآخر بحيازة عقار تسامحاً منه، ولكن هذا الأخير كان ينوي اغتصابه، فهنا لا يبدأ ميعاد السنة إلا من يوم وضوح هذه النية⁶.

ب- الحكم الصادر في دعوى استرداد الحيازة: إذا توافرت الشروط السابقة، فإن القاضي يحكم برد الحيازة إلى صاحبها، ويكون هذا الحكم قابلاً للتنفيذ الجبري متى صار نهائياً أو كان مشمولاً بالنفاذ المعجل⁷.

ويرتب هذا الحكم حجية الأمر المقضي به في المسألة المفصول فيها، ولكنه يكون خالياً من حجية تنعدي هذه المسألة، وعلى ذلك لا يمكن الاحتجاج بهذا الحكم في توافر مركز الحائز إذا رفع الحائز بعد ذلك دعوى منع التعرض، ذلك أن هذه الدعوى تتطلب الحيازة القانونية لمدة سنة على الأقل، في حين أن دعوى استرداد الحيازة – كما رأينا – يكفي فيها الحيازة العرضية، وليس من الضروري، في أحوال معينة، استمرار الحيازة لمدة سنة⁸.

وجدير بالذكر أن القاضي يحكم بقبول الدعوى باعتبارها دعوى استرداد الحيازة حتى ولو رفعت باعتبارها دعوى منع التعرض متى ظهر له عدم توافر شروط هذه الدعوى الأخيرة، بينما توفرت شروط دعوى استرداد الحيازة، ذلك أنه لا تعارض بين الدعويين والغرض منهما واحد وهو حماية الحيازة⁹.

¹ إبراهيم نجيب سعد، المرجع السابق، ص 219.

² وجدي راغب فهمي، المرجع السابق، ص 167-168.

³ رمزي سيف، المرجع السابق، ص 154.

⁴ وهو الشرط المذكور صراحة في المادة 1/817 ق م والمادة 2/524 ق إ م.

⁵ بوبشير محند أمقران، المرجع السابق، ص 112.

⁶ أحمد أبو الوفاء، المرجع السابق، ص 170.

⁷ أحمد هندي، المرجع السابق، ص 370.

⁸ وجدي راغب فهمي، المرجع السابق، ص 169.

⁹ رمزي سيف، المرجع السابق، ص 155-156. فتحي والي، المرجع السابق، ص 244.

ب- **الطبيعة القانونية لدعوى استرداد الحيازة**: ذهب بعض الفقه الفرنسي، في فترة من الفترات، إلى القول بأن دعوى استرداد الحيازة هي دعوى شخصية، لأن أساسها الفعل الضار، ورافعها يطالب برد الاعتداء غير المشروع، والقاضي يحكم بتعويضه تعويضا عينيا يتمثل في رد الحيازة إليه بعد أن تم سلبها منه، ولكن الفقه الراجح في فرنسا، والذي يتماشى بصورة تامة مع جل التشريعات العربية، يرى - بحق - بأنها دعوى عينية عقارية، والأدلة على ذلك واضحة، فمن ناحية أولى قد اعتبرها المشرع دعوى من دعاوى الحيازة¹، وهي دعاوى عينية عقارية، ومن ناحية ثانية تسري عليها أحكام دعاوى الحيازة وأهمها أنها من اختصاص المحكمة التي يقع في دائرتها العقار موضوع الدعوى²، ومن ناحية ثالثة نص المشرع في المادة 819 ق م على أن هذه الدعوى ترفع أيضا على من انتقلت إليه حيازة العقار المغتصب ولو كان هذا الأخير حسن النية، وفي هذا تأكيد لصفة الدعوى العينية العقارية، إذ أنها تتبع العقار في يد من تؤول إليه حيازته ولو لم يكن شريكا لمن اغتصب الحيازة، ولو كان حسن النية، شأنها في ذلك شأن سائر دعاوى الحيازة³.

2- **دعوى منع التعرض La complainte**: هي الدعوى التي يتمسك فيها المدعي بحيازته القانونية، التي يتعرض لها المدعى عليه، طالبا الحكم بمنع هذا التعرض وإزالة مظاهره⁴، وهي بهذا المعنى ترمي إلى تحقيق حماية جزائية للحيازة تتمثل في إلزام المدعى عليه بإزالة مظاهر تعرضه، وهذا جزاء عيني يؤدي إلى إعادة الشيء إلى أصله، كما أنها ترمي أيضا إلى تحقيق حماية وقائية بمنع التعرض مستقبلا⁵.

وتعتبر دعوى منع التعرض، في نظر الفقه، دعوى الحيازة العادية *action possessoire par excellence* بمعنى أنها ترفع في كل صور التعرض للحيازة، أما دعاوى الحيازة الأخرى فلا ترفع إلا في صور خاصة من التعرض⁶، وقد نظم المشرع أحكامها في المادة 820 ق م، حيث نصت على أن: "من حاز عقارا واستمر حائزا له مدة سنة كاملة ثم وقع له تعرض في حيازته جاز له أن يرفع خلال السنة (التالية)⁷ دعوى بمنع التعرض". وفيما يلي نعرض لبيان شروط قبولها والحكم الصادر فيها.

أ- **شروط قبول دعوى منع التعرض**: إن شروط قبول دعوى منع التعرض، حسب المادة 820 ق م، تتمثل في ثبوت الحيازة القانونية للمدعي بعنصريها المادي والمعنوي⁸ وشروطها من هدوء وعلانية ووضوح واستمرار، ووقوع تعرض للمدعي في حيازته، ورفع المدعي لدعواه في خلال سنة من حصول التعرض، وبما أنه قد سبق لنا الكلام عن المقصود بالحيازة القانونية بعنصريها وشروطها الأربعة، فإننا، في هذا المقام، سنقتصر على الشرطين الثاني والثالث⁹.

¹ وقد نظمها المشرع في قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد صراحة تحت عنوان دعاوى الحيازة.

² طبقا لأحكام المادة 1/40 ق م إ.

³ رمزي سيف، المرجع السابق، ص 156. أحمد أبو الوفا، المرجع السابق، ص 171-172. إبراهيم نجيب سعد، المرجع السابق، ص 220.

⁴ وجدي راغب فهمي، المرجع السابق، ص 169.

⁵ أحمد هندي، المرجع السابق، ص 373.

⁶ رمزي سيف، المرجع السابق، ص 137.

⁷ سقطت من النص العربي وذكرها النص الفرنسي.

⁸ باستثناء المستأجر طبقا لأحكام المادة 487 ق م.

⁹ تنص المادة 21 ق أ م لبناني على ما يلي: "يشترط لدعوى منع التعرض: 1- أن يكون المدعي حائزا لنفسه أو بواسطة سلفه لحق عيني عقاري أصلي حيازة هادئة وعينية وغير ملتبسة ومستمرة سنة على الأقل قبل التعرض. لا تعتبر الحيازة منقضية إذا حال دون مباشرة السيطرة الفعلية على الحق مانع وقتي ناشئ عن قوة قاهرة. 2- أن يكون قد

أ-1- وقوع تعرض للمدعي في حيازته: يقصد بالتعرض كل عمل مادي أو إجراء قانوني يتضمن بطريق مباشر أو غير مباشر إدعاءً بحق في منازعة للمدعي في حيازته أو إنكاراً لها¹، ويظهر من هذا التعريف أن التعرض اللازم لنشأة الحق في دعوى منع التعرض قد يكون تعرضاً مادياً وقد يكون تعرضاً قانونياً، وهو يتكوّن من عنصرين أولهما الفعل المادي أو الإجراء القانوني، وثانيهما الإدعاء بحق يتعارض مع حق الحائز في حيازته².

أ-1-1- التعرض المادي: وهو يتكوّن من واقعة مادية تتعارض مع حيازة الحائز كإقامة بناء على الأرض أو زراعة الأرض إذا كانت أرضاً زراعية... والتعرض المادي قد يكون مباشراً وقد يكون غير مباشر، وهو يكون مباشراً إذا كان يتكوّن من أعمال مادية يقوم بها شخص على العقار الذي يحوزه الحائز، ويكون غير مباشر إذا كان نتيجة أعمال مادية يقوم بها شخص على عقار يحوزه هو ويعتبر اعتداء على حيازة عقار آخر، مثال ذلك أن يكون لعقار ارتفاق على عقار مجاور فيقوم حائز العقار الخادم بأعمال على عقاره تمنع جاره من مباشرة حقه في الارتفاق³.

وقد يكون التعرض المادي إيجابياً وقد يكون سلبياً، وهو يكون إيجابياً إذا قام الغير بأي عمل من أعمال الحيازة دون إذن الحائز كزراعة الأرض التي يحوزها المدعي أو المرور فيها... ويكون سلبياً إذا قام الغير بمنع الحائز من ممارسة حيازته كمنعه من زراعة الأرض أو المرور فيها⁴.

ولا يشترط في التعرض المادي أن يصاحبه عنف أو إكراه، وإنما المهم أن يتضمن إنكاراً للحيازة، وعلى ذلك لا يعد تعرضاً قيام الغير بسرقة ثمار من أرض الحائز خلسة، كما لا يعد تعرضاً إذا تم بطريق مشروع، رضاءً أو قضاءً، فلا يعتبر تعرضاً وضع الغير أدواته في أرض الحائز بناء على رضاه، كما لا يعتبر تعرضاً الأعمال التي تأتي تنفيذاً لحكم قضائي صادر في مواجهة الحائز⁵.

وإذا وصل التعرض المادي إلى حد سلب الحيازة، فقد ذهب كثير من الفقهاء إلى إجازة رفع دعوى منع التعرض بحجة أن هذه الدعوى تعتبر، في هذه الحالة، مقبولة من باب أولى⁶، في حين ذهب رأي جدير بالتأييد إلى القول بعدم نشأة دعوى منع التعرض، وإنما الذي ينشأ في هذه الحالة هو دعوى استرداد الحيازة ذلك أن "الدعوى إنما توجد لحماية الحيازة من الاعتداء عليها، وهي توجد حسب الحاجة لرد هذا الاعتداء، فإذا حدث سلب للحيازة فإن الحاجة إلى الحماية القضائية تكون هي حاجة الحائز لاسترداد حيازته، وليس لمجرد الحصول على حكم بمنع التعرض"⁷.

وقع تعرض للمدعي في حيازته بعمل من شأنه الحد من ممارسته تلك الحيازة، سواء كان هذا العمل تاماً أو كان مشروعاً فيه بأشغال تؤدي إلى التعرض لحيازته، وسواء حصلت هذه الأشغال في عقار هو في حيازة المدعي أو حصلت في عقار للغير وكان من شأنها إلحاق الضرر بذلك العقار".

¹ إبراهيم نجيب سعد، المرجع السابق، ص 208.

² أحمد أبو الوفاء، المرجع السابق، ص 155.

³ فتحي والي، المرجع السابق، ص 219-220.

⁴ وجدي راغب فهمي، المرجع السابق، ص 170-171.

⁵ أحمد هندي، المرجع السابق، ص 376.

⁶ من أنصار هذا الرأي: رمزي سيف، المرجع السابق، ص 143. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، ج 9، المرجع السابق، ص 932.

⁷ فتحي والي، المرجع السابق، ص 220. ومن أنصار هذا الرأي أيضاً: وجدي راغب فهمي، المرجع السابق، ص 170. أحمد هندي، المرجع السابق، ص 375.

1-2- التعرض القانوني: هو كل إجراء قانوني، سواء كان قضائياً أو غير قضائي، يوجه إلى الحائز ويتضمن إدعاءً بحق يعارض المدعي في حيازته¹، ومن أمثلته أن يرسل المعارض إنذاراً للمستأجر من الحائز بعدم دفع الأجرة للحائز ودفعها للمعارض باعتباره حائزاً أو أن يرسل للحائز إنذاراً بعدم البناء إذا شرع الحائز في البناء مما يتعارض مع انتفاع الحائز بعقاره باعتباره خالصاً من حقوق الارتفاق أو أن يرفع دعوى الحيازة على الحائز أو أن يبدي طلبات في دعوى أخرى إذا تضمنت هذه الطلبات إنكاراً لحيازة الحائز²، ولكن رفع دعوى الحق لا يعتبر تعرضاً لأنه لا يتضمن أي إدعاء يعارض مع حيازة المدعي عليه، بل يمكن أن يعتبر تسليمياً بحيازته³.

ويلاحظ أن التعرض، في بعض الحالات، لا يصلح أساساً لرفع دعوى منع التعرض، من ذلك التعرض المستند إلى قرار إداري اقتضته المصلحة العامة، والتعرض الناجم عن قيام الإدارة بأشغال عامة، لأن في هذا تعطيلاً لتنفيذ قرار إداري مما يجعل القضاء العادي غير مختص، ومن ثم يجب على الحائز اللجوء إلى القضاء الإداري طالباً وقف تنفيذ القرار الإداري⁴.

كما أن التعرض الناجم عن عدم تنفيذ العقد لا يصلح هو الآخر أساساً لرفع دعوى منع التعرض، فمثلاً لو تعرض المؤجر للمستأجر في الانتفاع بالعين المؤجرة، فإنه يتعين على المستأجر اللجوء إلى الدعوى الشخصية الناشئة عن عقد الإيجار لا إلى دعوى الحيازة⁵.

2- رفع المدعي دعواه في خلال سنة من وقوع التعرض: يجب على المدعي أن يرفع دعواه بمنع التعرض خلال سنة من وقوع التعرض، فإذا لم يبادر إلى رفعها خلال هذا الميعاد اعتبر التعرض الذي وقع على حيازته غير خطير، بمعنى أنه لا يمس بالأمن العام، ومن ثم فلا داعي لحماية هذه الحيازة⁶.

وبالرغم من صراحة المادة 820 ق م في النص على أن ميعاد السنة يبدأ من وقوع التعرض، إلا أن بعض الفقه رأى أنه يبدأ من وقت علم الحائز بوقوع التعرض قياساً على دعوى استرداد الحيازة⁷.

وإذا كان احتساب مدة السنة لا يثير أية صعوبة إذا حدث التعرض بعمل واحد، فإن المشكلة تتور إذا تعددت أعمال التعرض، ففي هذه الحالة لا بد من التمييز بين فرضين:

الفرض الأول: إذا كان التعرض في شكل أعمال متعاقبة، بحيث أن مجموعها يشكل اعتداءً على الحيازة، فقد ذهب بعض الفقه إلى أن حساب مدة السنة يبدأ من تاريخ أول عمل من أعمال التعرض⁸، في حين أن البعض الآخر، على العكس من ذلك، رأى أن حساب مدة السنة لا يبدأ إلا من العمل الأخير الذي أصبح به العمل تعرضاً⁹، ويبدو أنه هناك رأياً وسطاً يرى أصحابه

¹ إبراهيم نجيب سعد، المرجع السابق، ص 210.

² رمزي سيف، المرجع السابق، ص 143-144.

³ فتحي والي، المرجع السابق، ص 222.

⁴ إبراهيم نجيب سعد، المرجع السابق، ص 211.

⁵ أحمد هندي، المرجع السابق، ص 379.

⁶ إبراهيم نجيب سعد، المرجع السابق، ص 212.

⁷ أحمد أبو الوفاء، المرجع السابق، ص 157-158. وجدي راغب فهمي، المرجع السابق، ص 172.

⁸ نبيل إسماعيل عمر، المرجع السابق، ص 172-173.

⁹ رمزي سيف، المرجع السابق، ص 145. فتحي والي، المرجع السابق، ص 230.

أصحابه أن مدة السنة تسري من وقت أول عمل يظهر فيه بوضوح أنه يتضمن تعرضاً لحيازة المدعي¹.

الفرض الثاني: إذا كان التعرض في شكل أعمال مستقلة، بحيث يعتبر كل عمل منها تعرضاً قائماً بذاته، فقد رأى البعض أن السنة تبدأ من العمل الأول ذلك أنه بانقضاء سنة من هذا العمل دون أن يرفع المدعي الدعوى تتبين عدم الحاجة إلى الحماية القضائية للحيازة وعدم خطورة الاعتداء على الأمن، ومن ناحية أخرى فإن دعوى الحيازة تنشأ منذ أول تعرض ويجب أن تحسب مدة السنة منذ نشأة الدعوى²، في حين رأى البعض الآخر أن كل عمل يعتبر تعرضاً منشئاً للحق في رفع الدعوى فيكون للحائز أن يرفع الدعوى بناء على العمل الأخير إذا لم يكن قد مضى عليه سنة³.

ب- الحكم الصادر في دعوى منع التعرض: إذا توافرت شروط دعوى منع التعرض على النحو المذكور أعلاه، فإن القاضي يصدر حكماً لصالح المدعي، لكن مضمونه يختلف حسب نوع التعرض، فإذا كان التعرض مادياً حكم القاضي بمنع التعرض وتأكيد الحيازة للمدعي، وفضلاً عن ذلك يأمر بإزالة مظاهر التعرض، أي إزالة آثار الأعمال المادية التي أجراها المتعرض، ويكون الحكم الصادر في هذا الصدد حكماً إلزامياً قابلاً للتنفيذ الجبري متى صار نهائياً أو مشمولاً بالنفاذ المعجل، ويجوز أن يقترن بغرامة تهديدية⁴، أما إذا كان التعرض قانونياً، فإنه يكفي لحماية الحيازة مجرد صدور حكم بمنع التعرض، وهو حكم مقرر يؤكد الحيازة للحائز⁵.

وفي كل الأحوال، فإن الحكم الصادر في دعوى منع التعرض يعد حكماً موضوعياً يرتب حجية الأمر المقضي بالنسبة لمسألة الحيازة القانونية التي فصل فيها، وإن لم تكن له حجية بالنسبة لدعوى الحق⁶.

3- دعوى وقف الأعمال الجديدة *La dénonciation de nouvel œuvre*: هي الدعوى التي يتمسك فيها المدعي بحيازته القانونية التي تهددها أعمال جديدة يقوم بها المدعي عليه من شأنها لو تمت أن تمس حيازته، طالبا الحكم بوقف هذه الأعمال⁷، وهي بهذا المعنى دعوى وقائية *action préventive* إذ الغرض منها ليس منع تعرض وقع بالفعل، وإنما تفادي التعرض قبل حصوله⁸، ومثالها أن يبداً شخص بناء حائط في حدود أرضه أو إقامة بناء، لو أنه استمر فيه إلى نهايته لسد النور والهواء على جاره أو لسد مطلا له، ولنجم عن ذلك تعرض لحيازة الجار للعقار المجاور⁹.

وقد نظم المشرع هذه الدعوى في المادة 821 ق م حيث نصت الفقرة الأولى منها على أنه: "يجوز لمن حاز عقاراً واستمر حائزاً له مدة سنة كاملة وخشي لأسباب معقولة التعرض له من جراء أعمال جديدة تهدد حيازته أن يرفع الأمر إلى القاضي طالبا وقف هذه الأعمال بشرط

¹ عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، ج9، المرجع السابق، ص939-940. إبراهيم نجيب سعد، المرجع السابق، ص213.

² فتحي والي، المرجع السابق، ص229.

³ رمزي سيف، المرجع السابق، ص145.

⁴ وجدي راغب فهمي، المرجع السابق، ص173.

⁵ فتحي والي، المرجع السابق، ص243.

⁶ أحمد هندي، المرجع السابق، ص382.

⁷ وجدي راغب فهمي، المرجع السابق، ص174.

⁸ رمزي سيف، المرجع السابق، ص146.

⁹ إبراهيم نجيب سعد، المرجع السابق، ص215.

ألا تكون قد تمت ولم ينقض عام واحد على البدء في العمل الذي يكون من شأنه أن يحدث الضرر". وفيما يلي نعرض لبيان شروط قبولها والحكم الصادر فيها وطبيعتها القانونية.

أ- شروط قبول دعوى وقف الأعمال الجديدة: تتمثل شروط قبول دعوى وقف الأعمال الجديدة، حسب المادة 1/821 ق م، في ثبوت الحيازة القانونية للمدعي بعنصرها المادي والمعنوي¹ وشروطها الأربعة، وخشية المدعي من التعرض لحيازته، ورفع المدعي لدعواه في خلال سنة من تاريخ البدء في الأعمال، وبما أنه قد تقدّم الكلام عن الشرط الأول، فإننا سنقتصر على الشرطين الآخرين.

أ1- خشية المدعي من تعرض مستقبل لحيازته: إذا كانت دعوى منع التعرض تحمي الحيازة من تعرض حال وقع فعلا، فإن دعوى وقف الأعمال الجديدة تحمي الحيازة من تعرض مستقبل على خطر الوقوع جراء أعمال جديدة باشرها المدعي عليه، ويشترط في هذه الأعمال أمران مهمان²:

الأمر الأول: أن تكون هذه الأعمال قد بدأت ولكنها لم تتم، ذلك أنه لو تمت لتعيّن على الحائز رفع دعوى منع التعرض لا دعوى وقف الأعمال الجديدة، وحسب المادة 1/821 ق م يشترط قيام أسباب معقولة تدعو للاعتقاد بأنه لو تمت هذه الأعمال لترتب عليها تعرض فعلي لحيازة المدعي، على أن تقدير هذه الأسباب مسألة واقع تكون متروكة للسلطة التقديرية للقاضي.

الأمر الثاني: أن تكون هذه الأعمال التي بدأها المدعي عليه قد وقعت في عقاره هو، لأنه لو وقعت على عقار المدعي اعتبر ذلك تعرضا يصلح سببا لرفع دعوى منع التعرض، أما إذا وقعت هذه الأعمال في عقار الغير وكان هذا الأخير متواطئا مع المدعي عليه في شأنها، كان هذا الغير شريكا للمدعي عليه.

أ2- رفع المدعي لدعواه في خلال سنة من تاريخ البدء في الأعمال: حسب المادة 1/821 ق م يشترط أن يرفع المدعي دعوى وقف الأعمال الجديدة في خلال سنة من تاريخ البدء في الأعمال، وعلى ذلك إذا لم يحترم المدعي هذا الميعاد، فإن دعواه لا تقبل، على أنه يلاحظ إذا تم العمل وكون تعرضا للحيازة، ففي هذه الحالة، تنشأ للحائز دعوى أخرى هي دعوى منع التعرض ترفع في خلال سنة من وقوع التعرض، أي من تمام الأعمال الجديدة³.

ب- الحكم الصادر في دعوى وقف الأعمال الجديدة: إذا استوفت دعوى وقف الأعمال الجديدة شروطها ورفعت في الميعاد المحدد قانونا، جاز للقاضي أن يحكم لصالح المدعي بوقف الأعمال الجديدة وعدم الاستمرار فيها⁴، وليس له الحكم بإزالة الأعمال المنجزة لأن الأعمال التي أنجزت لا تمثل في ذاتها اعتداء على الحيازة⁵.

ويلاحظ أن المشرع، بموجب المادة 2/821 ق م، استحدث نظام الكفالة في هذه الدعوى، فنص على أن للقاضي الذي ترفع إليه الدعوى أن: "يمنع استمرار الأعمال أو أن يأذن في استمرارها وفي كلتا الحالتين يجوز للقاضي أن يأمر بتقديم كفالة مناسبة تكون في حالة صدور الحكم بالوقف ضمنا لإصلاح الضرر الناشئ من هذا الوقف إذا تبين بحكم نهائي أن الاعتراض

¹ باستثناء المستأجر طبقا لأحكام المادة 487 ق م.

² عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، ج9، المرجع السابق، ص945-946.

³ إبراهيم نجيب سعد، المرجع السابق، ص216-217.

⁴ وجدي راغب فهمي، المرجع السابق، ص176.

⁵ بوشير محند أمقران، المرجع السابق، ص115.

على استمرار الأعمال كان على غير أساس وتكون في حالة الحكم باستمرار الأعمال ضمانا لإزالة هذه الأعمال كلها أو بعضها للتعويض عن الضرر الذي يصيب الحائز إذا حصل على حكم نهائي في مصلحته".

ويؤخذ من هذه المادة المطابقة للمادة 2/962 ق م مصري أن للقاضي الذي يفصل في دعوى وقف الأعمال الجديدة أن يلزم المحكوم له، سواء كان المدعي أو المدعى عليه، بدفع كفالة، ومن ثم نكون أمام فرضين¹:

الفرض الأول: إذا حكم قاضي الحيابة لمصلحة المدعي وألزمه بتقديم كفالة، فإن هذا الحكم لا ينفذ إلا بعد إيداع الكفالة، وتبقى هذه الأخيرة مودعة إلى غاية الفصل نهائيا في النزاع حول الحق، وهنا نكون أمام احتمالين:

الاحتمال الأول: إذا حكم القاضي في النزاع حول الحق لمصلحة مدعي الحيابة استرد هذا الأخير الكفالة التي دفعها.

الاحتمال الثاني: إذا حكم القاضي ضده كان للطرف الآخر أن يرجع على هذه الكفالة للحصول على تعويض الضرر الذي أصابه من جراء وقف الأعمال الجديدة بغير حق.

الفرض الثاني: إذا حكم قاضي الحيابة لمصلحة المدعى عليه، بحيث قضى بالاستمرار في الأعمال الجديدة وألزمه بتقديم كفالة، فإن هذه الأخيرة تبقى مودعة إلى غاية الفصل نهائيا في النزاع حول الحق، وهنا نكون أمام احتمالين:

الاحتمال الأول: إذا حكم القاضي في النزاع حول الحق لمصلحة المدعى عليه في الحيابة استرد هذا الأخير الكفالة التي دفعها.

الاحتمال الثاني: إذا حكم القاضي ضده كان للطرف الآخر أن يرجع على هذه الكفالة للحصول على تعويض الضرر الذي أصابه من جراء الاستمرار في الأعمال الجديدة بغير حق.

ج- الطبيعة القانونية لدعوى وقف الأعمال الجديدة: اختلف الفقهاء في تحديد الطبيعة القانونية لدعوى وقف الأعمال الجديدة، فمنهم من اعتبرها دعوى موضوعية تحمي الحيابة في حد ذاتها، فهي كبقية دعاوى الحيابة ترمي إلى حماية نهائية للحيابة، ومنهم من اعتبرها دعوى وقتية – وهو قول جدير بالتأييد – ذلك أنها ترمي إلى تحقيق وظيفة القضاء الوقتي، وهي الوقاية من خطر التأخير، كما أن المشرع يأخذ فيها بنظام الكفالة، وهو نظام متبع لضمان الأضرار المترتبة على القضاء الوقتي².

ويلاحظ أن من اعتبرها دعوى موضوعية انتقد بشدة نظام الكفالة، إذ من شأن هذا النظام إلزام الحائز الذي يحكم لمصلحته في دعوى الحيابة برفع دعوى الحق فيقف فيها موقف المدعي ويقع عليه عبء الإثبات، مع أن الغرض الأصلي من حماية الحيابة بدعاوى الحيابة إعفاء الحائز من رفع دعوى الحق لما فيها من مشقة اكتفاء بدعوى الحيابة³.

¹ فتحي والي، المرجع السابق، ص 243.

² وجدي راغب فهمي، المرجع السابق، ص 174، الهامش رقم 219.

³ رمزي سيف، المرجع السابق، ص 149 وما يليها. وهو يرى أن نظام الكفالة منقول من التشريع الإيطالي، مع أن هذا التشريع لا ينظم دعوى وقف الأعمال الجديدة ضمن دعوى الحيابة وإنما ضمن التدابير الوقائية، فهي إذن دعوى وقتية يقصد بها وقف أعمال شرع فيها من شأنها أن تؤدي إلى الإضرار بحق المدعي، فالغرض منها تفادي الضرر ولو لم يكن

المطلب الثاني: التقسيم الحديث للدعوى: يتجه الفقه الحديث إلى تقسيم الدعاوى، على أساس نوع الحماية القضائية المطلوبة، إلى دعاوى تهدف إلى الحصول على الحماية القضائية الموضوعية، وتسمى بالدعاوى القضائية الموضوعية *actions objectives*، ودعاوى تهدف إلى الحصول على الحماية القضائية الوقائية، وتسمى بالدعاوى القضائية الوقائية *actions provisoires*.

الفرع الأول: الدعاوى الموضوعية: وهي الدعاوى التي يرمي فيها المدعي إلى الحصول على قرار يحسم النزاع حول أصل الحق، بحيث تحقق حماية قضائية مستقرة لحقه¹، وتنقسم الدعاوى الموضوعية إلى دعاوى تقريرية ودعاوى منشئة ودعاوى إلزام، الأولى ترمي إلى صدور حكم تقريري، والثانية ترمي إلى الحصول على حكم منشئ، والثالثة ترمي إلى صدور حكم إلزام².

أولاً: الدعوى التقريرية *action déclaratoire*: وهي الدعوى التي يقتصر فيها المدعي على طلب الاعتراف أو إنكار وجود حق أو مركز قانوني، دون إلزام المدعي عليه بأداء معين، ودون إحداث أي تغيير في الحق أو المركز الموضوعي³، ويظهر من هذا التعريف أن الدعوى التقريرية لا ترمي إلى تقرير وجود حق لإلزام المحكوم عليه بأداء معين أو الحصول على تغيير للمركز القانوني القائم، وإنما ترمي فقط إلى تقرير وجود حق المدعي أو تقرير عدم وجود حق المدعي عليه، فهي ترمي إلى التقرير كهدف نهائي⁴.

وللدعوى التقريرية صورتان، فقد ترمي إلى تقرير سلبي، وقد ترمي إلى تقرير إيجابي، والتقرير السلبي يحدث بتقرير عدم وجود حق أو مركز قانوني كالدعوى بطلب نفي وجود حق ارتفاق أو دعوى التزوير الأصلية أو دعوى براءة الذمة، أما التقرير الإيجابي فإنه يحدث بتقرير وجود حق أو مركز قانوني معين كتقرير وجود حق ارتفاق أو رابطة عقدية أو رابطة زوجية أو علاقة نسب أو جنسية⁵.

وإذا كانت الدعوى التقريرية ترمي إلى حكم تقريري، فإنه بصور هذا الحكم يتحقق الهدف منها، ويحوز هذا الحكم حجية الأمر المقضي، ومن ثم لا يجوز بعده رفع دعوى أمام القضاء بخصوص نفس الحق أو المركز القانوني إلا إذا تعلق الأمر بدعوى إلزام، فمثلاً لو صدر حكم وقرر صحة العقد، فإنه لا يجوز بعد ذلك الإدعاء ببطالانه، وإنما يمكن بالاستناد على هذا الحكم المطالبة بتنفيذ الالتزامات المترتبة على العقد، وفي هذه الحالة تكون المحكمة المرفوعة أمامها الدعوى مقيدة بما قرره الحكم التقريري⁶.

ثانياً: الدعوى المنشئة *action constitutive*: وهي الدعوى التي يطلب فيها المدعي الحكم بإنشاء أو تعديل أو إنهاء حق أو مركز قانوني موضوعي⁷، وهي بهذا المعنى دعوى ترمي إلى الحصول على حكم يقرر حقاً، بحيث ينشأ عن هذا التقرير تغيير في مركز قانوني سابق، ومن هنا كانت

من شأنه أن يؤدي إلى التعرض للحيازة، وهي ترفع إلى القاضي الجزئي ليقضي فيها بإجراء وقتي بمنع الاستمرار في العمل أو الإذن في الاستمرار مع الكفالة في الحالتين إلى حين الفصل في أصل الحق.

¹ أحمد خليل، أحمد هندي ونيل إسماعيل عمر، المرجع السابق، ص 231.

² فتحي والي، المرجع السابق، ص 246.

³ وجدي راغب فهمي، المرجع السابق، ص 131.

⁴ فتحي والي، المرجع السابق، ص 248.

⁵ نيل إسماعيل عمر، المرجع السابق، ص 184.

⁶ فتحي والي، المرجع السابق، ص 259-260.

⁷ وجدي راغب فهمي، المرجع السابق، ص 132.

الدعوى المنشئة متميزة عن الدعوى التقريرية، ففي هذه الأخيرة يكون التقرير هو الهدف النهائي، بمعنى أنه لا يترتب على التقرير أي تغيير في مركز قانوني سابق، بينما في الدعوى المنشئة يتمسك المدعي بحق إرادي، أي حق في إحداث تغيير قانوني، وبقرار الحكم لهذا الحق يحدث تغيير في مركز قانوني سابق¹.

ومن أمثلة الدعاوى المنشئة دعوى إشهار إفلاس تاجر، دعوى تطليق زوجة من زوجها، دعوى فسخ عقد، دعوى إبطال عقد، دعوى حل جمعية²، ويظهر من خلال هذه الأمثلة أن الدعوى المنشئة، على خلاف الدعاوى الأخرى، لا توجد إلا في الحالات التي ينص عليها القانون، والعلّة في ذلك أن الدعوى المنشئة تتعلق بحق إرادي الأصل فيه أن يستعمل بمحض إعلان إرادة صاحبه، ومن ثم كان لا يحتاج إلى حكم قضائي، وبالتالي إلى دعوى قضائية، إلا حيث يرى القانون عدم كفاية إعلان الإرادة وحده لإنتاج الأثر القانوني³.

وللحكم الصادر في الدعوى المنشئة حجية الأمر المقضي، أي يكون حجة بما قضى به بين الخصوم في الدعوى، وهو يحدث أثرا قانونيا جديدا وفوريا⁴، على أنه قد يكون له أثر رجعي رجعي إذا نص القانون على ذلك صراحة، فمثلا الحكم الصادر بإبطال العقد يرجع أثره إلى تاريخ إبرام العقد، بحيث يعتبر العقد باطلا منذ إبرامه⁵.

ويلاحظ أخيرا أن الحكم الصادر في الدعوى المنشئة لا يقبل التنفيذ الجبري لأنه يشبع بذاته مصالح الخصوم⁶، ذلك أنه يترتب على صدور الحكم المنشئ إحداث التغيير القانوني المطلوب، ومن ثم لا تكون هناك حاجة لأية حماية قضائية لاحقة بواسطة إجراءات التنفيذ الجبري⁷.

ثالثا: دعوى الإلزام *action de condamnation*: وهي الدعوى التي يطلب فيها المدعي إلزام المدعى عليه بأداء معين قابل للتنفيذ الجبري⁸، ومثالها دعوى الوفاء بمبلغ الدين أو دعوى تعويض الضرر أو دعوى الإلزام بتسليم شيء⁹.

وإذا كانت دعوى الإلزام ترمي إلى الحصول على حكم إلزام، فقد ثار الخلاف في الفقه حول ما الذي يميّز حكم الإلزام عن غيره من الأحكام، وفي هذا الصدد تعددت النظريات التقليدية والحديثة، وإن كان الفقه يميل إلى اعتبار الرابطة القانونية محل التقرير هي المميز لحكم الإلزام، وفي الرأي الراجح فقها إن حكم الإلزام هو الحكم الذي يرد فيه التقرير على حق يقابله التزام الطرف الآخر بأداء معين، وعلى ذلك إذا أكد الحكم الحق وما يقابله من التزام كان ذلك بمثابة حكم إلزام حتى وإن لم يتضمن إلزاما صريحا أو أمرا للمحكوم عليه على أساس أن التزامه مصدره القاعدة القانونية¹⁰.

¹ فتحي والي، المرجع السابق، ص 260-261.

² نبيل إسماعيل عمر، المرجع السابق، ص 185.

³ فتحي والي، المرجع السابق، ص 264.

⁴ وجدي راغب فهمي، المرجع السابق، ص 134.

⁵ فتحي والي، المرجع السابق، ص 267.

⁶ نبيل إسماعيل عمر، المرجع السابق، ص 185.

⁷ فتحي والي، المرجع السابق، ص 267.

⁸ وجدي راغب فهمي، المرجع السابق، ص 132.

⁹ نبيل إسماعيل عمر، المرجع السابق، ص 185.

¹⁰ فتحي والي، المرجع السابق، ص 268-275.

وتخضع دعوى الإلزام إلى نفس الشروط التي تخضع لها الدعاوى القضائية الأخرى، على أنه يلاحظ أن الاعتداء الذي ينشئ الحق في هذه الدعوى يتمثل في عدم القيام بالأداء الواجب، هذا الاعتداء قد يكون في صورة إيجابية كمن يقوم بالبناء مخالفاً بذلك الالتزام بعدم البناء، وقد يكون في صورة سلبية كعدم قيام المشتري بالتزامه بدفع الثمن للبائع¹.

وأخيراً نشير إلى أن الحكم الذي ترمي إليه دعوى الإلزام يترتب حجية الأمر المقضي، لكنه إضافة إلى ذلك يترتب، دون غيره من الأحكام، آثاراً أخرى، فمن ناحية أولى يترتب آثاراً تنفيذية تتمثل في صلاحيته للتنفيذ الجبري، ومن ناحية ثانية يخول المحكوم عليه الحصول على حق التخصيص على عقارات المحكوم عليه (المادة 937 ق م)، ومن ناحية ثالثة يترتب عليه تغيير مدة التقادم المسقط (المادة 2/319 ق م)².

الفرع الثاني: الدعاوى الوقتية: هي الدعاوى التي لا تفصل في أصل الحق أو في مسألة متفرعة عنه أو في مسألة متولدة منه، وإنما كل ما ترمي إليه هو مجرد اتخاذ إجراءات تحفظية أو وقتية لحماية هذا الحق حماية مؤقتة إلى أن تتم حمايته موضوعياً³.

والعلة في وجود الدعاوى الوقتية تكمن في أن الدعاوى الموضوعية تتطلب التأني في منح الحماية القضائية، إذ أنها تقوم على رأي يقيني يصل إليه القاضي بعد تحقيق كاف ومنطقي وبناء على بحث عميق للمستندات وأدلة الدعوى، وفي كل هذه الأثناء قد يحدث أن تتعرض الوسائل اللازمة للفصل في الدعوى للخطر، وهو خطر يهدد، في بعض الأحيان، بأن تصبح الحماية القضائية الموضوعية عقيمة أو عديمة الجدوى ما لم يتدخل القضاء بسرعة لحماية الحق، من هنا نشأت الحاجة إلى الدعاوى الوقتية التي تقوم بمهمة الحيلولة دون وقوع الضرر وحفظ الحقوق إلى غاية الفصل في أصل الحق المتنازع فيه⁴.

وفيما يلي نعرض لبيان خصائص الدعاوى الوقتية وشروطها، على أن نعود للقضاء المستعجل، باعتباره الصورة البارزة للقضاء الوقتي، بصورة مفصلة، عند الحديث عن نظرية الاختصاص القضائي النوعي.

أولاً: خصائص الدعوى الوقتية: للدعوى الوقتية جملة من الخصائص تميزها عن الدعوى الموضوعية، حصرها الفقه الحديث في ثلاث خصائص، فهي دعوى مساعدة، ومجردة، وذات أثر مؤقت⁵.

1- الدعوى الوقتية دعوى مساعدة: تعد الدعوى الوقتية دعوى مساعدة لأنها ترمي إلى مساعدة دعوى موضوعية رفعت ولكن لم يصدر حكم فيها أو ينتظر رفعها عند توافر شروطها التي تكون بعضها أو كلها غير متوافرة وقت الحاجة إلى الحصول على الحماية الوقتية، ففي مثل هذه الأحوال تؤدي الدعوى الوقتية إلى حماية الحق الموضوعي والحفاظ عليه في مرحلة أولى إلى غاية صدور الحكم الموضوعي في أصل الحق فيجد حقا موضوعيا يستطيع أن يولد آثاره بالنسبة إليه⁶.

¹ عمر زودة، المرجع السابق، ص 103.

² وجدي راغب فهمي، المرجع السابق، ص 134.

³ نبيل إسماعيل عمر، المرجع السابق، ص 186.

⁴ وجدي راغب فهمي، المرجع السابق، ص 61-62. عمر زودة، المرجع السابق، ص 136.

⁵ فتحي والي، المرجع السابق، ص 280-281.

⁶ نبيل إسماعيل عمر، المرجع السابق، ص 186.

2- الدعوى الوقتية دعوى مجردة: ذلك أنها تكون مقبولة لمجرد الاحتياط بصرف النظر عن وجود الحق الموضوعي، ويترتب على هذا التجريد نتيجة هامة هي استقلالية الدعوى الوقتية في شروطها عن الدعوى الموضوعية التي ترمي إلى حماية الحق الموضوعي¹.

3- الدعوى الوقتية دعوى ذات أثر مؤقت: ذلك لأنها ترمي إلى صدور حكم وقتي، وهذا الحكم يترتب أثره إلى حين صدور الحكم الموضوعي، ومع ذلك، في بعض الأحيان، قد ينهي الحكم الصادر في الدعوى الوقتية، بطريق غير مباشر، النزاع، ويغني، من الناحية الفعلية، عن رفع دعوى موضوعية، كأن يكتفي الخصوم بالأوضاع التي قررها الحكم الوقتي لدلالته على الاتجاه الصحيح في النزاع، فمثلاً أن يحكم القاضي بوقف الأعمال الجديدة فلا يرفع المعارض دعوى موضوعية لإثبات حقه في إقامة البناء، أو أن يحكم القاضي في دعوى مستعجلة بطرد المستأجر فلا يرفع هذا الأخير دعوى موضوعية، ففي مثل هذه الأحوال يكون الحكم الوقتي قد حقق، من الناحية الفعلية، الحماية الدائمة².

ثانياً: شروط الدعوى الوقتية: يشترط في الدعوى الوقتية من ناحية أولى أن نكون بصدد احتمال لوجود الحق الموضوعي، وهو ما يعبر عنه بشرط "عدم المساس بأصل الحق"، ومن ناحية ثانية أن نكون بصدد احتمال لوقوع ضرر بالحق الموضوعي، وهو ما يعبر عنه بشرط "الاستعجال".

1- احتمال وجود حق موضوعي: يشترط حسب المادة 186 ق إ م الملغى والمادة 303 ق إ م الجديد ألا يمس الأمر الاستعجالي أصل الحق، ومعنى ذلك، في نظر الفقه، أنه يمنع على القاضي المكلف بالقضايا الاستعجالية أن يتعرض لموضوع النزاع، بل يكتفي بتلمس وجه الحقيقة فيه³.

ويرى بعض الفقه الحديث – بحق – أن تحديد شروط الدعوى الوقتية يجب أن يكون بالنظر إلى الحق الموضوعي، فمثل هذه الطريقة لا تسمح بتحديد الجانب السلبي لعمل القاضي فحسب، بل أيضاً بتحديد الجانب الإيجابي في عمله، وهو الأهم بلا شك، وعلى ذلك، في إطار الدعوى الوقتية، يشترط أن يكون هناك احتمال لوجود الحق الموضوعي، ومن ثم يتعين على المدعي أن يثبت أن هناك احتمالاً لوجود الحق الموضوعي، فإذا عجز عن ذلك كان على القاضي أن يرفض دعواه⁴.

ويتحقق القاضي من توافر شرط احتمال وجود الحق الموضوعي بأمرين، أولهما التحقق من وجود قاعدة قانونية تحمي بصفة مجردة المصلحة المطلوب حمايتها، وثانيهما القيام ببحث سطحي لوقائع الدعوى يرجح وجود الحق الموضوعي⁵.

2- احتمال وقوع ضرر بالحق الموضوعي: يشترط، إضافة إلى احتمال وجود حق موضوعي، احتمال وقوع ضرر نهائي نتيجة لخطر محقق وداهم يهدد الحقوق أو المصالح التي يراد المحافظة عليها، وهذا الخطر ينشئ خشية لدى المدعي تبرر لجوءه إلى القضاء طالبا الحماية

¹ فتحي والي، المرجع السابق، ص 280-281.

² إبراهيم نجيب سعد، المرجع السابق، ص 372.

³ بوشير محند أمقران، المرجع السابق، ص 363.

⁴ فتحي والي، المرجع السابق، ص 283.

⁵ وجدي راغب فهمي، المرجع السابق، ص 259.

الوقتية لعدم جدوى الحماية الموضوعية بسبب وشك وقوع هذا الخطر، وهذا ما يعبر عنه بشرط الاستعجال¹.

ويلاحظ أن المادة 183 ق إ م الملغى كانت تنص على جواز الالتجاء إلى القضاء المستعجل ولكنها لم تعرّف الاستعجال²، ونفس الشيء يقال عن المادة 1/299 ق إ م الجديد³، لذلك تعددت التعاريف الفقهية لتحديد المقصود بالاستعجال، ولعل أفضلها من رأى أن الاستعجال وصف للظروف والملابسات التي تحيط بالحق الموضوعي والتي قد تتعلق بمحل الحق أو بالسلطات المتولدة عنه أو بظروف الزمان والمكان والتقلبات الاجتماعية والاقتصادية والقانونية بحيث يكون من شأنها، وفقا للأوضاع العادية، التأثير بالسلب في الحق الموضوعي إذا تم الالتجاء إلى القضاء الموضوعي، لذلك تكون هذه الظروف والملابسات مبررا للالتجاء إلى القضاء الوقتي لحماية أصل الحق⁴.

ويظهر من هذا التحديد أن الاستعجال مسألة واقعية، ومن ثم كانت لا تخضع لرقابة المحكمة العليا، غير أنه يتوجب على القاضي أن يقوم باستخلاص الاستعجال استنادا إلى أسباب معقولة مأخوذة من وقائع ثابتة في المستندات أو تلك التي تم الاعتراف بها من قبل الخصوم، وتمارس المحكمة العليا رقابتها على الوصف الذي يضيفه القاضي على هذه الوقائع ما إذا كانت تشكل خطرا داهما يهدد الحق أو المراكز القانونية⁵.

المبحث الثالث

شروط قبول الدعوى

إذا كان للشخص مطلق الحرية في الالتجاء إلى القضاء لعرض مزاعمه في شكل دعوى قضائية، فإن هذه الأخيرة لا تقبل إلا إذا توفرت فيها شروط معينة، وفي حالة تخلف هذه الشروط تحكم المحكمة بعدم قبول الدعوى دون حاجة إلى البحث في موضوعها، لذلك جرى الفقه على القول بأن البحث في قبول الدعوى بحث سابق على بحث موضوعها، ومن ثم الحكم بقبول الدعوى أو عدم قبولها حكما في الموضوع، وإنما هو حكم قبل الفصل في الموضوع⁶.

وإذا كانت الدعاوى في القانون الروماني محددة على سبيل الحصر في دعاوى معينة بحيث لا تقبل غيرها، فإن القانون الحديث، على خلاف ذلك، لا يشترط وجود نص قانوني يجيز رفع الدعوى، وإنما تقبل أي دعوى طالما توافرت فيها الشروط المحددة قانونا⁷.

ويقصد عموما بشروط قبول الدعوى الشروط التي يتطلبها القانون حتى تكون الدعوى صالحة لمجرد النظر فيها، وهذا بغض النظر عما إذا كانت تستند إلى حق فعلا أم لا، فقد تكون الدعوى مقبولة ثم يظهر من خلال النظر في موضوعها أن المدعي لم يكن صاحب حق فعلا، وقد

¹ إبراهيم نجيب سعد، المرجع السابق، ص 374.

² عمر زودة، المرجع السابق، ص 137.

³ عبد الرحمن بربارة، المرجع السابق، ص 219.

⁴ نبيل إسماعيل عمر، المرجع السابق، ص 190.

⁵ عمر زودة، المرجع السابق، ص 143.

⁶ رمزي سيف، المرجع السابق، ص 99.

⁷ وجدي راغب فهمي، المرجع السابق، ص 91.

لا تقبل الدعوى لتخلف شرط من شروط قبولها، ومن ثم لا ينظر القاضي في موضوعها، وليس في هذا أية دلالة على أن المدعي ليس صاحب حق فعلاً¹.

وإذا استبعدنا الشروط الشكلية التي يجب توافرها في الطلب القضائي، باعتبارها شروطاً خاصة به ولا تتعلق بالدعوى ذاتها، فإنه يبقى أماناً الشروط الموضوعية التي يجب توافرها في الدعوى، وهي على نوعين: شروط موضوعية عامة، بمعنى أنها تشترط في جميع الدعاوى، وشروط موضوعية خاصة، معنى أنها تشترط في دعاوى معينة، ومثالها المواعيد الخاصة ببعض الدعاوى كأن ترفع دعوى الحيازة خلال سنة من وقوع الاعتداء².

ولما كان من المستحسن ترك تناول الشروط الموضوعية الخاصة في موضعها الطبيعي، فإننا سنكتفي، في هذا المقام، بدراسة الشروط الموضوعية العامة.

ويبدو أن الفقهاء مختلفون في تحديد الشروط الموضوعية العامة لقبول الدعوى، فمنهم من يكتفي بشرط وحيد هو شرط المصلحة³، ومنهم من يضيف لشرط المصلحة شرط الصفة⁴، في حين يرى البعض إضافة شرط الأهلية لشرطي المصلحة والصفة⁵، بينما يرى البعض الآخر أن الشروط الموضوعية العامة منها ما يتعلق بالأطراف كما هو الشأن في المصلحة والصفة والأهلية، ومنها ما يتعلق بالموضوع كما هو الشأن في شرطي عدم الفصل في الموضوع وعدم المساس بالنظام العام والآداب⁶.

وبالرجوع إلى نص المادة 1/459 ق إ م الملغى نجدها تنص على أنه: "لا يجوز لأحد أن يرفع دعوى أمام القضاء ما لم يكن حائزاً لصفة وأهلية التقاضي، وله مصلحة في ذلك"، وفي هذا النص دلالة واضحة على أن المشرع قد تبنى النظرية التقليدية التي تشترط لقبول الدعوى المصلحة والصفة والأهلية، ولكن مع صدور قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد نصت المادة 1/13 منه، تحت عنوان: **في شروط قبول الدعوى**، على أنه: "لا يجوز لأي شخص التقاضي ما لم تكن له صفة وله مصلحة قائمة أو محتملة يقرها القانون"، ويبدو واضحاً أن المشرع قد اكتفى بشرطي المصلحة والصفة، واستبعد شرط الأهلية مقنناً بذلك ما اتجه إليه الفقه الراجح في قوانين الإجراءات المدنية⁷، وعلى ذلك سنعرض للمصلحة ثم للصفة وأخيراً لاستبعاد الأهلية⁸.

المطلب الأول: المصلحة L'intérêt: تنزيهاً للقضاء من العبث، وتوفيراً للجهد والوقت، وسداً لباب الدعاوى الكيدية استلزم المشرع توافر المصلحة في الدعوى، مقنناً بذلك ما استقر عليه الفقه والقضاء ألا دعوى بغير مصلحة (*pas d'intérêt pas d'action*) وأن المصلحة هي مناط الدعوى

¹ أحمد خليل، أحمد هندي ونيل إسماعيل عمر، المرجع السابق، ص 203.

² إبراهيم نجيب سعد، المرجع السابق، ص 145.

³ رمزي سيف، المرجع السابق، ص 125.

⁴ إبراهيم نجيب سعد، المرجع السابق، ص 146.

⁵ حلمي محمد الحجار، المرجع السابق، ج 1، ص 51.

⁶ عبد الوهاب بوضرسة، الشروط العامة والخاصة لقبول الدعوى بين النظري والتطبيقي، ط 2، دار هومة، 2006، ص 59.

⁷ عبد السلام ذيب، المرجع السابق، ص 60.

⁸ تنص المادة 9 ق أ م لبناني على ما يلي: "تكون الدعوى مباحة لكل من له مصلحة قانونية قائمة أو لمن يهدف منها إلى تثبيت حق أنكر وجوده أو الاحتياط لدفع ضرر محقق أو مستقبل أو الاستيثاق من حق يخشى زوال دليله عند النزاع فيه، وذلك باستثناء الحالات التي يحصر فيها القانون بأشخاص يحدد حق تقديم طلب أو الدفاع عن مصلحة معينة. ولا يقبل أي طلب أو دفع أو دفاع صادر عن أو ضد شخص لا صفة له".

(*l'intérêt est la mesure de l'action*)¹، وفي هذا المقام سنعرض لتعريف المصلحة وبيان نطاق اشتراطها ثم لأوصافها وأخيرا لمدى تعلقها بالنظام العام².

الفرع الأول: تعريف المصلحة: رغم أن المشرع قد استلزم المصلحة كشرط من شروط قبول الدعوى إلا أنه لم يورد تعريفا لها، تاركا بذلك المسألة للاجتهاد الفقهي، ويبدو أن الفقه غير مستقر على تعريف واحد للمصلحة، بسبب اختلافه في زاوية النظر للمصلحة، فمن نظر إليها من زاوية الباعث إلى رفع الدعوى رأى بأنها الفائدة العملية المشروعة التي تعود على المدعي من الحكم بطلبه، أما من نظر إليها من زاوية الغاية من رفع الدعوى رأى بأنها الحاجة إلى الحماية القضائية³.

أولا: المصلحة باعتبارها الفائدة العملية المشروعة: يرى بعض الفقه أن المصلحة هي الفائدة العملية التي تعود على رافع الدعوى من الحكم بطلبه، وعلى ذلك تكون الدعوى غير مقبولة إذا لم توجد فائدة من رفعها، والعلة في ذلك تنزيه ساحات القضاء من الانشغال بدعاوى لا فائدة عملية منها، من ذلك عدم قبول دعوى الدائن المرتهن ببطلان إجراءات التوزيع إذا ثبت أن ديون الدائنين المتقدمين عليه في المرتبة تستغرق كل المبالغ التي ينصب عليها التوزيع، ومن ذلك أيضا عدم قبول دعوى الشريك بطلب بطلان شركة تجارية لعدم الإعلان عنها إذا كانت الشركة في حالة انحلال، ذلك أن البطلان تترتب عليه من حيث علاقات الشركاء فيما بينهم نفس الآثار التي تترتب على الحل، ومن ذلك أيضا عدم قبول دعوى وارث ببطلان إقرار صادر من مورثه بملكية الغير لمال إذا كان الوارث لا يدعي أن هذا المال ملك لمورثه⁴.

ثانيا: المصلحة باعتبارها الحاجة إلى الحماية القضائية: يرى بعض الفقه أن المصلحة تعني الحاجة إلى الحماية القضائية، ذلك أن القضاء سلطة من سلطات الدولة لا يباشر وظيفته في الحماية القضائية إلا إذا كانت هناك حاجة إلى هذه الحماية، وإذا كان القضاء الموضوعي، أي القضاء الفاصل في موضوع الدعوى، يحقق هذه الحماية، فإن القانون يشترط لقبول الدعوى، ومن ثم الفصل في موضوعها، أن تكون هناك حاجة إلى هذه الحماية، وهذا ما يؤدي إلى تصفية الدعاوى المرفوعة أمام القضاء، فلا تنتشل ساحات القضاء بالفصل في دعاوى لا حاجة إلى الفصل فيها⁵.

وفي اعتقادنا أن التعريف الثاني هو الأدق من الناحية القانونية والأكثر اتساقا مع فقه الإجراءات المدنية، فمن ناحية أولى تنحصر وظيفة القضاء في حماية الحقوق، ومن ثم كان قانون الإجراءات المدنية هو قانون الحماية القضائية للحقوق، وبالتالي كانت مصلحة الشخص في

¹ أحمد هندي، المرجع السابق، ص 291-292.

² يرى العميد فتحي والي أن المصلحة ليست من شروط الدعوى، بل هي مضمون الحق في الدعوى، ذلك أن الدعوى حق أي مصلحة، وهي مصلحة شخص في الحصول على حماية القانون بواسطة القضاء، ويتوافر شروط الدعوى والتي هي في نظره: وجود حق أو مركز قانوني، ووقوع اعتداء على هذا الحق أو المركز القانوني، وتوافر الصفة، تنشأ المصلحة، أي ينشأ الحق في الدعوى، وما دامت المصلحة هي العنصر الداخلي للدعوى فلا يمكن أن تكون شرطا لنشأته. المرجع السابق، ص 179 وما يليها. ويؤخذ على هذا القول أمران، فمن ناحية أولى إن الحق ليس هو المصلحة، ذلك أن المصلحة هي مادة الحق أو هدفه، وهي سابقة على وجوده كما هو معلوم عند مؤلفي نظرية الحق، ومن ناحية ثانية ينطلق هذا القول من تكيف حق الدعوى على أنه هي الحق في الحصول على حكم في الموضوع لصالح المدعي، مع أن الرأي الراجح فقها في تكيف حق الدعوى هو أنه حق للمدعي معترفا به قانونا عند توافر شروط معينة يترتب عليه الحصول على حكم في الموضوع يؤكد حق المدعي أو ينفيه.

³ عبد الوهاب بوضرسة، المرجع السابق، ص 64.

⁴ رمزي سيف، المرجع السابق، ص 110-101.

⁵ وجدي راغب فهمي، المرجع السابق، ص 92.

اللجوء إلى القضاء هي حاجته إلى حماية حقه بصورة قانونية عن طريق القضاء، ومن ناحية ثانية إن المصلحة – كما سنرى – لا تنشأ إلا بتوافر عنصرين هما: الادعاء بحق والاعتداء على هذا الحق، وباجتماع هذين العنصرين تبدو حاجة الشخص واضحة في اللجوء إلى القضاء طالبا حمايته، ومن ثم كانت المصلحة هي الحاجة إلى الحماية القضائية.

الفرع الثاني: نطاق اشتراط المصلحة: إن توافر المصلحة، لقبول الدعوى، هو شرط يتعلق بالمدعي باعتباره الخصم الذي يقيم الدعوى، أما المدعى عليه فلا يلزم، لقبول الدعوى المرفوعة ضده، توافر المصلحة لديه، لهذا لا يمكن، إطلاقاً، الحكم بعدم قبول الدعوى لتخلف شرط المصلحة لدى المدعى عليه¹.

والأمر الذي نريد التطرق له، في هذا المقام، هو أن المصلحة لا تعد شرطاً من شروط قبول الدعوى فحسب، بل هي شرط لقبول أي طلب أو دفع أو طعن في الحكم، هذا من جهة، ومن جهة أخرى، إن العبرة في توافر المصلحة يكون بوقت نظر الدعوى والفصل فيها دون اعتداد بتاريخ إقامتها.

أولاً: المصلحة شرط لقبول لأي طلب أو دفع أو طعن في الحكم: من المستقر عليه فقها وقضاءً أن المصلحة لا تعد شرطاً في قبول الدعوى فحسب، بل هي شرط لقبول أي طلب أو دفع أو طعن في الحكم²، وهذا على النحو الآتي³:

1- المصلحة شرط لقبول الطلب: يجب أن تتوافر المصلحة لدى من يبدي طلباً، سواء كان طلباً أصلياً أو عارضاً، وسواء كان طلباً موضوعياً أو وقتياً.

وعلى ذلك يجب أن تتوافر المصلحة من ناحية أولى في المدعي في الطلب الأصلي وفي الطلب الإضافي الذي يقدمه تبعاً للدعوى الأصلية، ومن ناحية ثانية في المدعى عليه في الطلب المقابل⁴، ومن ناحية ثالثة في المتدخل سواء كان تدخله أصلياً (هجومياً) أو فرعياً (انضمامياً)، ففي حالة التدخل الأصلي لا بد أن تكون لدى المتدخل مصلحة في التدخل وكذلك في موضوع التدخل، وفي حالة التدخل الفرعي إلى جانب أحد طرفي الدعوى يجب أن تكون للمتدخل مصلحة في التدخل.

ويلاحظ أنه لا يلزم توافر المصلحة فيمن يتم إدخاله في الدعوى كالضامن، أو من يتم اختصامه فيها كشركة التأمين في الدعوى المرفوعة من المضرور على المسؤول، ذلك لأنهما في مركز المدعى عليه، ولكن يجب أن تتوافر المصلحة في المدعي في الطلب، أي فيمن قام بالإدخال أو الاختصام.

2- المصلحة شرط لقبول الدفع: يجب أن تتوافر المصلحة فيمن يتمسك بالدفع، سواء تعلق الأمر بالمدعي في الحالات التي يبدي فيها دفعا كما هو الشأن في دفعه بعدم اختصاص المحكمة بالطلب المقابل أو دفعه بالإحالة للارتباط، أو تعلق الأمر بالمدعى عليه أو المتدخل أو المختصم في الدعوى.

¹ أمينة مصطفى النمر، المرجع السابق، ص 35.

² إبراهيم نجيب سعد، المرجع السابق، ص 148. أحمد هندي، المرجع السابق، ص 292.

³ أمينة مصطفى النمر، المرجع السابق، ص 37 وما يليها. عبد الوهاب بوضرسة، المرجع السابق، ص 71 وما يليها.

⁴ يجوز للمدعى عليه أيضاً، طبقاً لأحكام المادة 4/25 ق إ م، تقديم طلب إضافي.

3- المصلحة شرط لقبول الطعن في الحكم: يجب أن تتوافر المصلحة لدى الطاعن في الحكم، سواء كان طعنه طعنا عاديا أو طعنا غير عادي، إذ يتعين أن يكون الحكم المطعون فيه قد أضر به سواء نتيجة الحكم عليه أو نتيجة رفض طلباته كلها أو بعضها.

ثانيا: العبرة في توافر المصلحة يكون بوقت نظر الدعوى والفصل فيها دون اعتداد بتاريخ إقامتها: يرى الفقه الراجح أن العبرة في توافر المصلحة يكون بوقت نظر الدعوى والفصل فيها دون اعتداد بتاريخ إقامتها¹، وتترتب على الأخذ بهذا الرأي نتيجتان في غاية الأهمية، وهذا النحو الآتي:

فمن ناحية أولى إذا توافرت المصلحة لدى المدعي وقت إقامة الدعوى ولكنها زالت عند نظر هذه الدعوى والفصل فيها، فإن الدعوى تكون غير مقبولة، والعلة في ذلك أن المصلحة شرط مستمر يجب أن يظل قائما إلى غاية الفصل في الدعوى، ذلك أن وظيفة القضاء تتمثل في منح الحماية القانونية لمن هم في حاجة إليها وقت صدور الحكم بها.

ومن ناحية ثانية إذا لم تتوافر المصلحة لدى المدعي وقت إقامة الدعوى ثم توافرت له وقت نظرها، فإن الدعوى تكون مقبولة وتفصل المحكمة فيها، والعلة في ذلك أن القول بخلاف هذا يشكل إضرارا بالخصم من جهة، ويتناقض مع الواقع من جهة أخرى، إذ كيف تحكم المحكمة بعدم قبول الدعوى لانتفاء المصلحة بينما هي متوافرة فعلا؟

وفي مقابل الرأي الراجح المذكور أعلاه، ذهب بعض الفقه إلى القول بأنه مادامت شروط قبول الدعوى قد توافرت وقت رفعها، فإن زوال المصلحة بعدئذ لا يؤدي إلى عدم قبولها، وإنما على المحكمة أن تبحث في ضوء الوضع الجديد الذي يتصل بصميم الموضوع، والعلة في ذلك هي أنه مادامت شروط قبول الدعوى قد توافرت وقت رفعها فلا يصح أن يضار المدعي من بطء التقاضي أو من مشاكسة خصمه التي قد تؤدي إلى إطالة أمد التقاضي، ومع ذلك يستثني هذا الرأي بعض الحالات التي تستوجب الحكم بعدم قبول الدعوى بسبب زوال المصلحة بعد رفعها وذلك لاستحالة قبول طلب الخصم ولاستحالة تنفيذ الحكم الذي يصدر بإجابته، وبذا تنتفي المصلحة في إبدائه، كما إذا طلب إلى القاضي المستعجل وقف التنفيذ فيتم التنفيذ قبل الحكم بوقفه².

الفرع الثالث: أوصاف المصلحة: إذا كانت المصلحة شرطا من شروط قبول الدعوى، باعتبارها الحاجة إلى الحماية القضائية، فإنه لا بد أن تتوافر في هذه المصلحة جملة من الأوصاف حتى تكون جديرة بالاعتبار، فيجب من جهة أن تكون **قانونية**، ويجب من جهة أخرى أن تكون **قائمة وحالة**³، ويعبر الفقه الحديث عن الوصف الأول بالادعاء بحق معين، وعن الوصف الثاني بالاعتداء على هذا الحق أو المنازعة فيه⁴، وفي نظر بعض الفقه يعبر الوصف الأول عن الجانب القانوني للدعوى، بينما الوصف الثاني يعبر عن الجانب الواقعي أو المادي للدعوى⁵.

¹ أمينة مصطفى النمر، المرجع السابق، ص 66. وجدي راغب فهمي، المرجع السابق، ص 104-105. أحمد هندي، المرجع السابق، ص 293.

² أحمد أبو الوفاء، المرجع السابق، ص 134، هامش رقم 2.

³ أحمد هندي، المرجع السابق، ص 295.

⁴ إبراهيم نجيب سعد، المرجع السابق، ص 148.

⁵ وجدي راغب فهمي، المرجع السابق، ص 93.

أولاً: المصلحة القانونية (الإدعاء بحق أو مركز قانوني): كان المشرع، بموجب المادة 1/459 ق إ م الملغى يشترط المصلحة لقبول الدعوى، ولكنه لم يصفها بأي وصف، ورغم ذلك كان الفقه آنذاك مستقراً على اشتراط أن تكون المصلحة قانونية، هذا النقص تداركه المشرع بموجب المادة 1/13 ق إ م إ الجديد، حيث وصف المصلحة بكونها: "... يقرها القانون"، فما المقصود بالمصلحة القانونية؟ وما هي أهم الدعاوى غير المقبولة لتخلف المصلحة القانونية؟¹

1- المقصود بالمصلحة القانونية: يقصد بالمصلحة القانونية المصلحة التي تستند إلى حق أو مركز قانوني بحيث يكون الغرض من الدعوى حماية هذا الحق أو المركز القانوني بتقريره إذا نوزع فيه أو دفع العدوان عليه أو تعويض ما لحق به من ضرر بسبب ذلك.²

وتحديد المصلحة القانونية بالمعنى المذكور أعلاه لا يعني اشتراط وجود حق أو مركز قانوني لقبول الدعوى، وإنما المقصود أن تكون الدعوى تتضمن إدعاءً بحق أو مركز قانوني يحمي القانون بصفة مجردة أو يعترف به، وعلى ذلك فإن القاضي وهو يتحقق من قانونية المصلحة لا يتعرض لفحص الوقائع التي يبني عليها المدعي طلبه، وإنما يحل مسألة قانونية بحتة تتمثل في البحث عن وجود قاعدة قانونية، في النصوص القانونية أو المبادئ العامة للقانون أو عن طريق القياس، تحمي الحق أو المركز القانوني المدعى به، فإذا وجد ذلك كانت المصلحة قانونية، وإذا لم يجد ذلك حكم بعدم قبول الدعوى.³

والمصلحة القانونية قد تكون مصلحة مادية، وهي التي تحمي منفعة مادية لرافع الدعوى، مثال ذلك دعوى المطالبة بالدين، وقد تكون مصلحة أدبية، وهي التي تحمي المنفعة الأدبية لرافع الدعوى، مثال ذلك دعوى التعويض عن السب والقذف.⁴

ويرى بعض الفقه – بحق – أن الحكمة من اشتراط كون المصلحة قانونية تكمن في أن وظيفة القضاء هي حماية النظام القانوني، وبالتالي حماية الحقوق والمراكز القانونية، لذلك كان من المنطقي ألا تقبل الدعوى إلا إذا كانت ترمي إلى حماية حق أو مركز قانوني.⁵

2- تطبيقات عملية لدعاوى غير مقبولة لتخلف المصلحة القانونية: لما كانت المصلحة هي الحاجة إلى الحماية القضائية، وكانت وظيفة القضاء هي حماية الحقوق والمراكز القانونية، كان من الطبيعي جداً عدم قبول الدعاوى التي تتضمن مطالبة بتحقيق مصالح غير قانونية، إذ هي تتجاوز وظيفة القضاء.

¹ ينتقد بعض الفقه الحديث شرط قانونية المصلحة من ناحيتين نظرية وعملية: فمن **الناحية الأولى** إن القول بالمصلحة "القانونية" غير منطقي، لأنه يخلط بين مفهومين مختلفين: الأول يتعلق بقبول الدعوى بصرف النظر عن صحة الطلب في الأساس، والثاني يتعلق بالسند الذي يرتكز عليه الطلب. ومن **الناحية الثانية** إن القول بالمصلحة القانونية يؤدي إلى إفساد مفهوم المصلحة ذاته، ذلك أن تقدير المصلحة، وبصورة غير مباشرة قبول الطلب يصبح تدريجياً متوقفاً على بحث مسبق لصحة هذا الطلب في الأساس. انظر: حلمي محمد الحجار، القانون القضائي الخاص، ج1، [د. د. ن.]، لبنان، ط3، 1996، ص54. وفي اعتقادنا إن شرط قانونية المصلحة، كما يرى بعض الفقه الحديث بحق، يؤدي وظيفة إجرائية هامة وعملية، حيث بواسطته يستطيع القاضي الحكم بعدم القبول دون حاجة إلى تحقيق الوقائع. وجدي راغب فهمي، المرجع السابق، ص94، هامش رقم36. وبعبارة أخرى فإن القاضي، بواسطة هذا الشرط، يجري عملية مجردة تتمثل في استباق الزمن الحاضر للبحث فيما إذا كان القانون يحمي مثل هذه المصلحة أم لا. نبيل إسماعيل عمر، المرجع السابق، ص239.

² رمزي سيف، المرجع السابق، ص102-103.

³ إبراهيم نجيب سعد، المرجع السابق، ص148-149.

⁴ أحمد هندي، المرجع السابق، ص296-297.

⁵ وجدي راغب فهمي، المرجع السابق، ص95.

أ- **دعاوى المطالبة بتحقيق مصلحة اقتصادية:** لا يكفي لقبول الدعوى أن تكون المصلحة اقتصادية، أي مادية محضة، مثال ذلك أن يطالب تاجر بإبطال عقد شركة منافسة له، مع أنه ليس شريكا فيها أو أن يطالب تاجر بالتعويض عن وفاة زبونه الدائم أو أن يطالب عامل بالزيادة في أجره نتيجة غلاء المعيشة¹.

ويلاحظ أن القضاء الإداري الفرنسي يفرق بين قضاء التعويض أين يشترط أن تكون المصلحة قانونية، وبين قضاء الإلغاء أين يكفي بالمصلحة الاقتصادية فتقبل دعوى التجار، الذين تطل محلاتهم على سوق، يطلب إلغاء قرار إداري بنقل السوق إذا كان في القرار مخالفة للقانون بالمعنى الواسع، مع أن مصلحتهم لا تعدو أن تكون مصلحة اقتصادية، وأساس التفرقة بين قضاء التعويض وقضاء الإلغاء أنه في الحالة الأولى يكون الغرض من الدعوى حماية حقوق ذاتية فالمصلحة الخاصة فيه غالبية، أما في الحالة الثانية فالغرض من الدعوى احترام القانون وإزالة ما يخالفه فالمصلحة العامة فيه واضحة جدا².

ب- **دعاوى المطالبة بتحقيق مصلحة أدبية محضة:** لا يكفي لقبول الدعوى أن تكون المصلحة أدبية محضة، مثال ذلك أن تطالب فتاة خطيبها بالزواج نظرا للعلاقات الحميمة التي كانت تجمعهما أيام الخطوبة، فلاشك أن هذا مطلب أدبي لا يصل إلى مرتبة المصلحة القانونية مهما كانت دواعيه ومبرراته³.

ج- **دعاوى المطالبة بتحقيق مصلحة تافهة:** لا يكفي لقبول الدعوى أن تكون المصلحة تافهة، بحيث لا تعود على صاحبها بأي نفع أو تعود عليه بنفع زهيد القيمة، ذلك أن القضاء منزه عن الانشغال بالتوافه، مثال ذلك أن يطالب شخص بمبلغ زهيد القيمة كدينار واحد مثلا، أو أن يطالب بهدم بناء أقامه جاره لأنه امتد سنتمترا في أرضه⁴.

د- **دعاوى المطالبة بتحقيق مصلحة غير مشروعة:** تعد المصلحة غير مشروعة إذا كانت تخالف النظام العام والآداب العامة، ومن ثم كانت غير جديرة بالحماية القانونية، لذلك كان مصيرها عدم القبول، مثال ذلك المطالبة بدين قمار أو رهان أو المطالبة بالفوائد الربوية بين الأفراد⁵، أو مطالبة الخليفة بالتعويض عن الضرر الذي أصابها جراء وفاة خليلها⁶.

هـ- **دعاوى المطالبة بتحقيق مصلحة نظرية:** لا يكفي لقبول الدعوى أن تكون المصلحة نظرية، ذلك أنها مصلحة غير منتجة، مثال ذلك أن يطالب الدائن العادي ببطلان إجراءات حجز وبيع العقار إذا كانت ديون الدائنين أصحاب الحقوق المقيدة قبل تسجيل تنبيه نزع الملكية تزيد على قيمة العقار⁷.

و- **دعاوى المطالبة بتحقيق مصلحة ملوثة (الدعاوى الملوثة):** نكون أمام مصلحة غير مشروعة إذا طالب المدعي استرداد ما دفعه بناء على اتفاق يعد من جانبه غير مشروع لمخالفته للنظام العام والآداب العامة، مثال ذلك طلب الراشي استرداد الرشوة أو المطالبة باسترداد المبلغ

¹ بوبشير محند أمقران، المرجع السابق، ص38.

² رمزي سيف، المرجع السابق، ص103.

³ وجدي راغب فهمي، المرجع السابق، ص95.

⁴ أحمد هندي، المرجع السابق، ص296. وجدي راغب فهمي، المرجع السابق، ص99. ومع ذلك قارن: أحمد أبو الوفا،

المرجع السابق، ص123. الغوثي بن ملحة، المرجع السابق، ص234.

⁵ عبد الوهاب بوضرسة، المرجع السابق، ص94 وما يليها.

⁶ عمر زودة، المرجع السابق، ص49.

⁷ أحمد هندي، المرجع السابق، ص297.

الذي دفعه لشراء شيء يمنع القانون بيعه، وفي مثل هذه الأحوال يظهر أن هناك مصلحتين متعارضتين، فمن جهة تعد هذه الطلبات مشروعة في ذاتها لأن المدعي يطالب باسترداد ما دفعه في عقد باطل، ومن آثار البطلان إعادة الأطراف إلى الحالة التي كانوا عليها، ومن جهة أخرى إن مصلحة المدعي غير جدية بالحماية لأن أساسها عقد غير مشروع من جانبه، وقبول دعواه يعني توفير حماية قانونية لشخص ملوث¹، هذا ما جعل الفقه والقضاء يختلفان في قبول هذه الدعاوى، فبرز للوجود اتجاهان كبيران لكل منهما حججه.

الاتجاه الأول: يرى بعض الفقه أن المصلحة الملوثة غير جدية بالحماية القضائية تطبيقاً لقاعدة رومانية مفادها: "لا يجوز للشخص الملوث أن يحتج بعمله الشائن أمام القضاء"، ومما يدعم ذلك أنه من ناحية أولى لا ينبغي تدنيس ساحات القضاء المقدسة بالدعاوى الملوثة، ومن ناحية ثانية إن رفض هذه الدعاوى سيؤدي إلى إحجام الأفراد عن إبرام الاتفاقات المخالفة للنظام العامة والمنافية للآداب العامة.

ومع ذلك يرى أصحاب هذا الاتجاه عدم التوسع في القاعدة المذكورة أعلاه حتى لا تهدر الحماية القانونية بغير موجب، فمن جهة لا يكفي لعدم قبول الدعوى أن تكون العلاقات الأصلية مخالفة للقانون، بل يجب أن تكون منافية للآداب العامة، ومن جهة أخرى يجب أن يكون المدعي هو المتسبب في الاتفاق عليها، أما إذا كان قد اضطر إلى الاتفاق تحت ضغط الظروف، فإنه لا يعد ملوثاً².

الاتجاه الثاني: ترى غالبية الفقه وجوب عدم الأخذ بالقاعدة الرومانية المذكورة أعلاه، ومن ثم وجوب قبول طلبات الاسترداد المبنية على اتفاق غير مشروع، وهذا لعدة اعتبارات، فمن ناحية أولى إن منطق البطلان يقضي بأن يكون الاسترداد جائزاً في كل الأحوال حتى لا يترتب أثر على العقد الباطل، ومن ناحية ثانية إن القول بعدم جواز الاسترداد يؤدي إلى نتيجة يرفضها القانون، ذلك أن حرمان أحد المتعاقدين من استرداد ما دفعه كعقاب له، يعني تمكين الطرف الآخر من الاستفادة مما حصل عليه جزاءً على مخالفته للنظام العام والآداب العامة، وفي مثل هذه الأحوال فإن تطبيق هذه القاعدة سيؤدي إلى شيوع الفاحشة في المجتمع، وهذا عكس الغرض الذي كان منتظراً من أعمالها وهو محاربة العقود غير المشروعة، ومن ناحية ثالثة إن القول بعدم تدنيس ساحات القضاء المقدسة بالدعاوى الملوثة قول محل نظر، ذلك أن نظر القضاء في مثل هذه الدعاوى سيؤدي إلى المحافظة على النظام العام والآداب العامة³.

ويبدو أن القضاء الجزائري، قبل تعديل القانون المدني بموجب القانون رقم 05-10 المؤرخ في 20 يونيو سنة 2005، كان يأخذ بهذا الاتجاه الأخير حيث لم يتردد في الأخذ بمنطق البطلان في العقود غير المشروعة، فقد قرر بطلان عقد إيجار منزل لاستغلاله في الدعارة وإعادة الأطراف إلى الحالة التي كانوا عليها⁴، كما قرر أن أثر بطلان بيع سيارة مستوردة محظور بيعها بحكم القانون واللوائح التنظيمية هو إرجاع الأطراف إلى الحالة التي كانوا عليها قبل إبرام العقد، بمعنى أن البائع يسترد الشيء المبيع والمشتري يسترد الثمن⁵.

¹ بوبشير محند أمقران، المرجع السابق، ص 42.

² وجدي راغب فهمي، المرجع السابق، ص 97.

³ بوبشير محند أمقران، المرجع السابق، ص 44-45.

⁴ قرار المحكمة العليا رقم 43098 الصادر بتاريخ 12/04/1987، المجلة القضائية، 4-1990، ص 85-87.

⁵ قرار المجلس الأعلى رقم 30072 الصادر بتاريخ 16/12/1983، المجلة القضائية 2-1998، ص 37-38.

ونفس الموقف تبناه الفقه الجزائري، حيث كتب الدكتور علي علي سليمان رحمه الله يقول: "ولقد أخذ القضاء بهذه القاعدة في فرنسا وفي مصر في كثير من أحكامه، كما أخذت بها بعض القوانين الوضعية كالقانون الألماني والقانون السويسري والقانون النمساوي، ولكن لم يرد عنها نص لا في القانون الفرنسي ولا في القوانين العربية، ولذلك فلا ينبغي العمل بمقتضاها في قوانيننا العربية"¹.

ولكن بعد تعديل 2005 المشار إليه أعلاه استحدث المشرع فقرة قضى فيها صراحة بعدم جواز الاسترداد في حالة بطلان العقد من جانب من كان سببا في عدم مشروعية هذا العقد أو كان عالم بذلك، حيث نصت المادة 3/103 ق م على أنه: "يحرم من الاسترداد في حالة بطلان العقد من تسبب في عدم مشروعيته أو كان عالما به"، وبهذا الصنيع يكون المشرع قد تبنى الاتجاه القائل بعدم قبول الدعاوى الرامية إلى تحقيق مصلحة ملوثة².

ي- الدعاوى الاستفهامية: الدعوى الاستفهامية هي الدعوى التي يرفعها أحد طرفي علاقة قانونية على الآخر مطالبا إياه بتحديد موقفه فورا من أحد أمرين خيره القانون بينهما، والمثال التقليدي لذلك نص المادة 101 ق م التي تخول القاصر حق الخيار بين إجازة العقد الذي أبرمه أو التمسك ببطلانه خلال 5 سنوات من بلوغه سن الرشد، فهل يحق لمن تعاقد مع هذا القاصر أن يرفع دعوى عليه، بعد بلوغه سن الرشد، يطالبه فيها بتحديد موقفه فورا؟³

ومرد هذا السؤال أنه مما لاشك فيها أن للمدعي مصلحة في هذه الدعوى، إذ أنها ستسمح له بمعرفة مصير العقد الذي يربطه بالقاصر، وفي ضوء هذا المصير يستطيع أن يتدبر أموره، فهل هذه المصلحة جديرة بالحماية القانونية؟ يرى الفقه الراجح أن الدعوى الاستفهامية غير مقبولة لتخلف شرط قانونية المصلحة، فمن جهة يظهر أن مصلحة رافع الدعوى تتعارض صراحة مع حق الخيار الممنوح للقاصر بعد بلوغه سن الرشد في إجازة العقد أو المطالبة بإبطاله، ومن جهة أخرى هي تهدف إلى حرمان المدعى عليه من المهلة القانونية الممنوحة له لتحديد موقفه⁴.

ثانيا: المصلحة القائمة (وقوع اعتداء على الحق أو المنازعة في المركز القانوني): لا يكفي لنشأة المصلحة، كشرط لقبول الدعوى، أن تكون قانونية، بل لابد أن تكون، إلى جانب ذلك، قائمة، بمعنى أن يقع اعتداء على الحق أو منازعة في المركز القانوني، ومع ذلك يعتد المشرع، استثناءً بصريح نص المادة 1/13 ق إ م إ، بالمصلحة المحتملة⁵.

1- القاعدة العامة: يشترط، كأصل عام، أن تكون المصلحة قائمة، بمعنى أن يكون هناك اعتداء قد وقع فعلا على الحق أو المركز القانوني، مما يحرم المدعي من المنافع التي يحصل عليها من هذا الحق أو المركز القانوني، الأمر الذي يتعين معه تدخل القضاء لتوفير الحماية القانونية

¹ علي علي سليمان، مصادر الالتزام، ديوان المطبوعات الجامعية، 1990، ص 85.

² انظر انتقادنا لهذا التعديل في مقالنا: من سلبات القانون رقم 05-10 المعدل للقانون المدني الجزائري، المجلة الجزائرية، عدد 2/2008، ص 18 وما يليها.

³ الغوثي، بن ملح، المرجع السابق، ص 235. عمر زودة، المرجع السابق، ص 56. بوبشير محند أمقران، المرجع السابق، ص 235.

⁴ وجدي راغب فهمي، المرجع السابق، ص 98. إبراهيم نجيب سعد، المرجع السابق، ص 160. أحمد أبو الوفا، المرجع السابق، ص 132.

⁵ يرى العميد وجدي راغب فهمي أن الأمر لا يتعلق بقاعدة عامة واستثناءات ترد عليها، بل توجد قاعدتان: قاعدة الحماية القضائية الجزائية، ويشترط لها الضرر الحال، وقاعدة الحماية القضائية الوقائية، ويشترط لها الضرر المحتمل. المرجع السابق، ص 107.

للمدعي بتطبيق جزاء القاعدة القانونية¹، ومن أمثلة ذلك امتناع المستأجر عن دفع بدل الإيجار رغم حلول أجل الوفاء به، وطرده العامل من منصب عمله طردا تعسفيا، وسلب الحيازة من الحائز بالقوة².

ويعبر الفقه الحديث، عما تقدّم ذكره، بأن مناط المصلحة، في هذه الحالة، هو الاعتداء على الحق المدعى أو المركز القانوني وهو ما يؤدي إلى إلحاق ضرر بالمدعي، لذا كانت لهذا الأخير مصلحة قائمة في إزالة هذا الاعتداء وإصلاح الضرر الناجم عنه، ومن ثم كانت دعواه مقبولة، وبمفهوم المخالفة إذا لم يقع اعتداء على حق المدعي ولم يلحقه أي ضرر، فإن دعواه تكون غير مقبولة لعدم توافر المصلحة القائمة، وعلى هذا الأساس لا تقبل دعوى الدائن قبل حلول أجل الدين، لأن المدين غير ملزم بالوفاء إلا عند حلول أجل الدين³.

ويرى ذات الفقه أن الاعتداء على الحق أو المركز القانوني قد يأخذ صورة مقاومة فعلية لصاحب الحق أو المركز القانوني، مثال ذلك أن يرفض المدين الوفاء بالدين رغم حلول الأجل، وقد يأخذ صورة معارضة إيجابية كانت أم سلبية تلحق ضررا بصاحب الحق أو المركز القانوني نتيجة لمنعه من مباشرة حقه، ففي مثل هذه الأحوال يلجأ المدعي للقضاء طالبا إلزام المعتدي بأداء معين عن طريق ما يسمى بدعوى الإلزام⁴.

ويبدو أن الأمر مختلف بالنسبة للدعوى التقريرية والدعوى المنشئة، فالأولى تعد من الدعاوى الوقائية التي ترمي إلى منع الاعتداء على الحق قبل وقوعه، لذلك كانت لا تستند إلى ضرر حال، أي مصلحة قائمة، بل إلى ضرر محتمل، أي مصلحة محتملة، أما الثانية أين يتمسك المدعي بحق إرادي بغية إحداث تغيير معين كإنشاء أو تعديل أو إنهاء حق أو مركز قانوني، فإن المصلحة القائمة تكون متوافرة دائما في هذه الدعوى بحكم طبيعتها، لذلك كانت مقبولة دون حاجة إلى إثبات وقوع اعتداء على الحق أو المركز القانوني⁵.

2- الاستثناء (المصلحة المحتملة): إذا كان الأصل أن الدعوى لا تقبل إلا إذا كانت المصلحة قائمة، فإنه، استثناءً وبصريح نص المادة 1/13 ق إ م إ، تقبل الدعوى ولو كانت المصلحة محتملة، فما المقصود بالمصلحة المحتملة؟ وما المقصود بالدعاوى الوقائية التي تحمي هذا النوع من المصلحة؟

أ- المقصود بالمصلحة المحتملة: إذا كان المقصود بالمصلحة القائمة حاجة المدعي للحماية القضائية نتيجة الاعتداء على الحق أو المركز القانوني بصورة فعلية أدى إلى إلحاق الضرر به، فإن المصلحة المحتملة هي حاجة المدعي للحماية القضائية من اعتداء لم يحصل بعد، وإنما هو محتمل الوقوع أو متوقع الحصول، ومن ثم كانت الدعوى المرفوعة لا ترمي لدفع ضرر وقع بالفعل، وإنما لتوقي الضرر قبل وقوعه⁶.

وعلى ذلك فإن مناط المصلحة المحتملة هو احتمال الاعتداء على الحق أو المركز القانوني في أية لحظة نتيجة أسباب قائمة، ولا يكون عمل القضاء، في هذه الحالة، علاجيا كما هو الشأن

¹ أحمد هندي، المرجع السابق، ص 298.

² عمر زودة، المرجع السابق، ص 51.

³ وجدي راغب فهمي، المرجع السابق، ص 102.

⁴ إبراهيم نجيب سعد، المرجع السابق، ص 151.

⁵ وجدي راغب فهمي، المرجع السابق، ص 102-103.

⁶ انظر في هذا المعنى: رمزي سيف، المرجع السابق، ص 112.

في المصلحة القائمة، وإنما يكون وقائياً، لذلك سميت الدعاوى التي تحمي المصلحة المحتملة بالدعاوى الوقائية، ذلك لأن استعمالها كان من باب توقي وقوع الاعتداء¹.

وجدير بالذكر أن بعض الفقه الحديث يعتبر اصطلاح "المصلحة المحتملة" اصطلاحاً غير دقيق على أساس أن المصلحة لا تكون إلا قائمة، سواء تعلّق الأمر بالدعاوى "العلاجية" أو بالدعاوى "الوقائية"، وإذا كان الأمر واضحاً في الدعاوى العلاجية نتيجة لوقوع الاعتداء فعلاً، فإن نفس الأمر ينبغي أن يقال في الدعاوى الوقائية، حيث أن المدعي يكون مهدداً بضرر محتمل، لذلك توجد له مصلحة قائمة تتمثل في الوقاية من هذا الضرر تبرر حاجته الفعلية للحماية القضائية، وعلى ذلك فإن الاحتمال ينسب للضرر لا للمصلحة، ذلك أن الضرر المحتمل يثير مخاوف المدعي وعدم استقراره، وهكذا توجد له مصلحة قائمة في إزالة هذا الخوف، وهو ما يعبر عنه بالمصلحة في الاستقرار².

ب- الدعاوى الوقائية: يطلق الفقه على الدعاوى التي تحمي المصلحة المحتملة اصطلاح الدعاوى الوقائية، لأن الغرض الذي ترمي إليه هو توقي وقوع الاعتداء على الحق أو المركز القانوني، وبنص المادة 1/13 ق إ م إ على الاعتداد بالمصلحة المحتملة يكون المشرع قد قرر صراحة قبول الدعاوى الوقائية، ومع ذلك لم يبيّن، كما فعل المشرع المصري في المادة 2/3 من قانون المرافعات³، الحالات التي تكفي فيها المصلحة المحتملة لقبول الدعوى، وبالرغم من ذلك يمكن القول، تبعاً للفقه الجزائري، بأن الدعاوى الوقائية على نوعين: دعاوى يكون الغرض منها دفع ضرر محقق بموضوع النزاع يمكن تسميتها بدعاوى الاحتياط، ودعاوى يكون الغرض منها الاستيثاق لحق يخشى زوال دليله عند النزاع فيه، يمكن تسميتها بدعاوى الأدلة⁴.

ب1- دعاوى الاحتياط: وهي الدعاوى التي يكون الغرض منها الاحتياط لدفع ضرر محقق، فهي تستند إلى مصلحة محتملة في أن ضرراً محدقاً، أي وشيك الوقوع، يهدد الحق أو المركز القانوني، وعلى هذا الأساس تقبل الدعوى من باب الاحتياط⁵، وفيما يلي نعرض لأهم تطبيقات هذا النوع من الدعاوى.

ب1-1- الدعوى الوقتية: لقد مرّ معنا، عند تقسيم الدعاوى إلى موضوعية ووقتية، أن الدعوى الوقتية هي الدعوى التي ترمي إلى مجرد اتخاذ إجراءات تحفظية أو وقتية لحماية الحق الموضوعي حماية مؤقتة إلى أن تتم حمايته موضوعياً، والفقه متفق على اعتبار الدعوى الوقتية من جملة الدعاوى الوقائية، ذلك أنها تهدف إلى حماية الحق الموضوعي المهدد بضرر وشيك الوقوع عن طريق اتخاذ تدابير استعجالية، مثال ذلك وضع المال المتنازع عليه تحت الحراسة القضائية من أجل توقي خطر هلاكه أو ضياعه في يد حائزه أو طلب بيع البضاعة محل النزاع قصد تفادي تلفها⁶.

ب1-2- الدعوى التقريرية: قدمنا عند عرضنا للدعاوى الموضوعية أن الدعوى التقريرية هي الدعوى التي يقتصر فيها المدعي على طلب الاعتراف أو إنكار وجود حق أو مركز قانوني

¹ أحمد خليل، أحمد هندي ونبيل إسماعيل عمر، المرجع السابق، ص208.

² إبراهيم نجيب سعد، المرجع السابق، ص153. وجدي راغب فهمي، المرجع السابق، ص106.

³ تنص المادة 2/3 من قانون المرافعات المصري على ما يلي: "وعلى ذلك تكفي المصلحة المحتملة إذا كان الغرض من الطلب الاحتياط لدفع ضرر محقق أو الاستيثاق لحق يخشى زوال دليله عند النزاع فيه".

⁴ انظر في هذا المعنى: بوبشير محند أمقران، المرجع السابق، ص54. عمر زودة، المرجع السابق، ص52.

⁵ أحمد خليل، أحمد هندي ونبيل إسماعيل عمر، المرجع السابق، ص209.

⁶ بوبشير محند أمقران، المرجع السابق، ص55.

دون إلزام المدعى عليه بأداء معين ودون إحداث أي تغيير في الحق أو المركز الموضوعي، مثال ذلك دعوى الاعتراف بحق عيني (دعوى الاستحقاق) ودعوى براءة الذمة.

وقد كان الفقه التقليدي لا يتحمس لهذه الدعوى، بحيث كانت له اعتراضات عليها، فمن ناحية أولى سيؤدي قبولها إلى جعل وظيفة القضاء أقرب إلى الإفتاء النظري، ومن ناحية ثانية لا يمكن قبولها إلا إذا وجد نص صريح يقررها، وفي غياب هذا النص لا يوجد ما يبرر قبولها، ومن ناحية ثالثة لا توجد لرافعها أية مصلحة¹.

ولكن الفقه الحديث يرى، على خلاف الفقه التقليدي، أن الدعوى التقريرية تعد من جملة الدعاوى الوقائية التي يتعين قبولها لعدة اعتبارات، فمن ناحية أولى لم تعد الدعاوى محددة ومسماة، كما كان عليه الحال في القانون الروماني، وإنما تكون مقبولة إذا توافرت الشروط العامة لقبولها، ومن ثم فلا حاجة إلى وجود نص صريح يقضي بقبول الدعوى التقريرية، ومن ناحية ثانية إن الدعوى التقريرية تستند إلى مصلحة محتملة تتمثل في توقي الضرر المحدث بالحق أو المركز القانوني، ذلك أن الاعتداء على هذا الحق أو المركز القانوني أمر محتمل في أي وقت كنتيجة مباشرة لأسباب قائمة بالفعل، وعلى هذا الأساس لا يكفي لقبول هذه الدعوى قيام شك لدى المدعي ناتج عن حالة نفسية تصور له أن الاعتداء محتمل في أي وقت، بل لابد من وجود مظاهر خارجية ملموسة تدل على تجهيل الحق أو المركز القانوني²، ومن ناحية ثالثة إن للدعوى التقريرية مزايا عظيمة لا تنكر، فهي تضيف الاستقرار على روابط الأفراد في المجتمع مما يساعد على تمتيتها، ذلك أنه بتقريرها وجود الحق أو المركز القانوني تجعل ذوي الشأن مطمئنين إلى التصرف في المستقبل دون خوف من المسؤولية، وبتقريرها عدم وجوده توفر عليهم وقتهم وترشدهم إلى التصرف غير معتمدين عليه وغير معرضين أنفسهم للمسؤولية³.

ورغم عدم وجود نص صريح في قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد يقضي بقبول الدعاوى التقريرية إلا أنه يمكن القول بأنها تدرج تحت نص المادة 1/13 ق إ م إ الذي قرر الاعتداد بالمصلحة المحتملة.

وللإشارة فإن التشريع الجزائري يتضمن تطبيقات صريحة لبعض الدعاوى التقريرية أبرزها دعوى بطلان العقد (المادة 102 ق م)، أي دعوى البطلان الأصلية، إذ هي تهدف إلى إزالة الشك حول مركز المدين، بحيث تسمح لهذا الأخير أن يطالب ببطلان العقد على الرغم من أن الدائن لم يشرع بعد في تنفيذ العقد، أي أن الاعتداء لم يقع بعد، ولكن لما كان الاعتداء محتملا في المستقبل كانت دعوى المدين مقبولة على أساس المصلحة المحتملة⁴.

ب1-3- دعوى قطع النزاع: هي الدعوى التي يرفعها من يريد وقف مسلك تهديدي أو تحريضي مؤذنين مطالباً أن يكف خصمه الذي يحاول بمزاعمه الإضرار بمركزه المالي أو بسمعته والحضور للقضاء لإقامة الدليل على صحة زعمه، فإن عجز عن ذلك حكم بفساد ما يدعيه وحرم مستقبلاً من رفع الدعوى⁵، مثال ذلك أن يزعم شخص بأنه ابن مورث معين وأنه لذلك يرث تركته دون شخص آخر، فيرفع هذا الأخير دعوى يطالبه فيها بإثبات نسبه أو أن يزعم

¹ انظر في عرض اعتراضات الفقه التقليدي والرد عليها: فتحي والي، المرجع السابق، ص 253-254.

² وجدي راغب فهمي، المرجع السابق، ص 111-112.

³ فتحي والي، المرجع السابق، ص 251.

⁴ عمر زودة، المرجع السابق، ص 54.

⁵ أحمد هندي، المرجع السابق، ص 300.

شخص يمر من طريق معين على سبيل التسامح أن له حق ارتفاق على هذا الطريق، فيرفع المالك دعوى يطالبه فيها بإثبات حقه وإلا كف عن مزاعمه¹.

ولغياب نص، في كثير من التشريعات، يقضي بقبول هذه الدعوى، ثار خلاف فقهي حول قبولها، فقد ذهب رأي في الفقه إلى القول بعدم قبولها لعدة اعتبارات، فمن ناحية أولى هي دعوى غير طبيعية لا يُعرف فيها من المدعي ومن المدعى عليه، ومن الذي يقع عليه عبء الإثبات، وهل ترفع أمام محكمة المدعي أم أمام محكمة المدعى عليه، ومن ناحية ثانية يؤدي التسليم بوجودها إلى إنكار مبدأ أساسي هو أن استعمال الدعوى حق، ومن ثم فإن لصاحبه أن يستعمله أو لا يستعمله، فلا يجوز إجبار شخص على عرض دعواه أمام القضاء، ومن ناحية ثالثة إن الهدف الذي ترمي إليه يمكن الحصول عليه، بطريقة طبيعية، بواسطة الدعوى التقريرية².

وفي مقابل الرأي المذكور أعلاه ترى غالبية الفقه الحديث قبول هذه الدعوى على أساس أنه من غير المعقول حرمان شخص يتعرض للإشاعات والأقاول من الحماية القضائية، ولكن يشترط لقبول هذه الدعوى أن تكون المزاعم جدية وعلنية، ويقصد بجدية المزاعم أن تلحق ضرراً بمركز الخصم أو سمعته، مثال ذلك أن تتأثر السمعة المالية لتاجر ما نتيجة ما يدعيه شخص بأنه دائن له، ويقصد بعلانية المزاعم أن تتخذ طابعاً علنياً قد يكون في صورة إنذار أو بيان معلن أو دعوى حكم فيها بطلان المطالبة القضائية، وفي غياب هذين الشرطين لا تقبل دعوى قطع النزاع، إذ تعتبر المزاعم المثارة مجرد تخرصات فارغة لا تلحق ضرراً بالمعني بالأمر³.

ويرى ذات الفقه أن دعوى قطع النزاع دعوى تقريرية سلبية، ذلك أن المدعي يطلب فيها تقرير عدم وجود الحق المزعوم، وهي بذلك تختلف عن دعوى الكف عن المنازعة باعتبار أن هذه الأخيرة دعوى تقريرية إيجابية، إذ يطلب فيها المدعي تقرير وجود حق في مواجهة من ينازعه فيه، مثال ذلك أن يدعي شخص ملكية عقار ما، فيرفع مالك العقار دعوى ضده يطلب تقرير ملكيته للعقار في مواجهة ذلك الشخص ومنع منازعته فيه⁴.

ب1-4- دعوى الإلزام في المستقبل: وهي دعوى الإلزام التي ترفع للحصول على حكم لا ينفذ في الحال، وإنما في المستقبل، وبهذا المعنى لا يكون سببها اعتداء حال، وإنما اعتداء محتمل⁵، وصورة هذه الدعوى طلب الإلزام بدين قبل حلول أجله، ولكن لا ينفذ الحكم بالإلزام إلا عند حلول الأجل⁶.

ويميل الفقه الراجح إلى قبول هذه الدعوى باعتبارها من دعاوى الاحتياط الغرض منها دفع ضرر محقق، وعلى هذا الأساس لا يتردد هذا الفقه في القول بقبول دعوى المؤجر التي يطلب فيها إلزام المستأجر بما حل من الأجرة التي لم يقيم بسدادها وبما سيحل من الأجرة في المستقبل إلى يوم النطق بالحكم أو إلى تاريخ لاحق كتاريخ الإخلاء من العين المؤجرة، ومن ثم يصدر الحكم بإلزام المدين بذلك ولكنه لا ينفذ بالنسبة لما لم يحل من التزامات، ونفس الشيء يقال إذا تعلق الأمر بالتزام يوفى على أقساط، فإذا امتنع المدين عن دفع أحد الأقساط كان ذلك مرجحاً

¹ أحمد خليل، أحمد هندي ونيل إسماعيل عمر، المرجع السابق، ص211.

² فتحي والي، المرجع السابق، ص250.

³ وجدي راغب فهمي، المرجع السابق، ص113. أحمد أبو الوفا، المرجع السابق، ص128-129. أحمد هندي، المرجع السابق، ص300-301.

⁴ بوشير محند أمقران، المرجع السابق، ص61.

⁵ فتحي والي، المرجع السابق، ص275.

⁶ وجدي راغب فهمي، المرجع السابق، ص115.

لعدم دفعه بقية الأقساط، ومن ثم يستطيع الدائن المطالبة بالدين كله على ألا ينفذ الحكم الصادر لصالحه إلا عند حلول أجل الأقساط¹.

ومع ذلك يرى جانب من الفقه الحديث أن هذه الدعوى تمثل صورة شاذة وغير طبيعية لدعوى الإلزام، ولا يجوز قبولها إلا بسند تشريعي خاص، ذلك لأن الاحتياط لدفع ضرر محقق إنما يخول قبول دعوى تقريرية فحسب، فهي بحكم طبيعتها الدعوى الموضوعية الوحيدة ذات الوظيفة الوقائية، أما دعوى الإلزام فإنها بطبيعتها دعوى جزائية، بينما يؤدي قبول دعوى الإلزام في المستقبل إلى استخدام دعوى الإلزام كدعوى وقائية، مما يتنافى مع طبيعتها².

ب1-5- دعوى وقف الأعمال الجديدة: وهي، كما مر معنا، إحدى دعاوى الحيازة الثلاث التي نص عليها القانون، وهي الدعوى التي يتمسك فيها المدعي بحيازته القانونية التي تهددها أعمال جديدة يقوم بها المدعى عليه من شأنها لو تمت أن تمس حيازته، طالبا الحكم بوقف هذه الأعمال، وهي تعد من الدعاوى الوقائية باتفاق الفقهاء، ذلك أن الاعتداء الفعلي على حيازة المدعي لم يقع، حيث أن الأعمال لم تكتمل، ولكنها قد بدأت بالفعل، مما يجعل حدوث التعرض للحيازة وشيك الوقوع، مما يشكل مصلحة محتملة للمدعي تتمثل في توقي هذا الاعتداء الوشيك الوقوع، لذلك تقبل دعواه في وقف الأعمال الجديدة إلى غاية الفصل في أصل الحق³.

ب2- دعاوى الأدلة: وهي الدعاوى التي ترمي إما إلى إقامة دليل أو المحافظة عليه، وإما إلى تدعيم دليل قائم أو هدم دليل يتنافى مع الحق الموضوعي، ففي الحالة الأولى قد تقتضي المصلحة الإسراع في إقامة دليل أو المحافظة على دليل قد يفيد في نزاع مستقبل خشيته ضياعه، وفي الحالة الثانية تبدو المصلحة في الإسراع بتدعيم دليل قائم أو هدم دليل ظاهر لامتناع الاحتجاج به في نزاع مستقبل، وفي كلتا الحالتين تكون الدعوى مقبولة، استثناءً، لاستنادها إلى المصلحة المحتملة.

ب2-1- دعاوى إقامة الدليل أو المحافظة عليه: يشير الفقه، عادة لهذا النوع من الدعاوى بدعوى إثبات الحالة ودعوى سماع الشاهد، فالأولى تمثل دعوى إقامة الدليل، في حين أن الثانية تمثل دعوى المحافظة على الدليل.

ب2-1-1- دعوى إثبات الحالة: وهي الدعوى التي يقيمها شخص للمطالبة، في مواجهة أصحاب الشأن، بإثبات واقعة يخشى من ضياع معالمها ويحتمل أن تكون محل نزاع مستقبل أمام القضاء⁴، القضاء⁴، ومثالها إذا أخلى المستأجر العين المؤجرة، فإن للمؤجر رفع دعوى لإثبات حالة هذه العين، وذلك لمطالبة المستأجر بالتعويض عن التلف الذي أحدثه فيها⁵.

وقد كان المشرع، في ظل قانون الإجراءات المدنية الملغى، ينظم إثبات الحالة في المادتين 172 و173 وكان يميز بين حالتين⁶:

¹ إبراهيم نجيب سعد، المرجع السابق، ص163-164. فتحي والي، المرجع السابق، ص276.

² وجدي راغب فهمي، المرجع السابق، ص117.

³ أحمد هندي، المرجع السابق، ص301-302. رمزي سيف، المرجع السابق، ص118. وجدي راغب فهمي، المرجع السابق، ص109.

⁴ أحمد خليل، أحمد هندي ونبيل إسماعيل عمر، المرجع السابق، ص215.

⁵ فتحي والي، المرجع السابق، ص285-286.

⁶ بوبشير محند أمقران، المرجع السابق، ص62-63.

الأولى: حين تكون الوقائع المراد إثباتها وقائع مادية يجوز لمن يهمله الأمر أن يطلب من المحضر القضائي القيام بالإجراء المطلوب مباشرة دون أمر مسبق من القضاء، وفي حال رفض المحضر القيام بذلك يعرض الأمر على رئيس الجهة القضائية المختصة.

الثانية: حين لا تكون الوقائع المراد إثباتها وقائع مادية بحتة يقدم الطلب في شكل عريضة إلى رئيس الجهة القضائية مباشرة قصد إصدار أمر على ذيلها بتعيين محضر قضائي للقيام بإثبات الوقائع الحاصلة، ونفس الإجراء يتبع في حالة وجوب تدخل أهل الخبرة لإثبات الحالة.

وكان بعض الفقه الجزائري يرى - بحق - أن دعوى إثبات الحالة دعوى استعجالية، ويظهر فيها عنصر الاستعجال من خطر انعدام الدليل نتيجة ضياع معالم هذه الواقعة المراد إثباتها، وبلاستناد إلى نص المادة 187 ق إ م الملغى والتي تنص على أنه: "يجوز لرئيس الهيئة القضائية المختصة بالقضاء المستعجل، باتفاق الخصوم، أن يأمر باتخاذ أي إجراء من إجراءات التحقيق يكون ضروريا للفصل في نزاع يحتمل حصوله"، كان ذات الفقه يرى ضرورة التفرقة، في قبول دعوى إثبات الحالة، بين ما إذا حصل الاتفاق بين الخصوم على طلب اتخاذ أي إجراء من إجراءات التحقيق، ففي هذه الحالة لا يشترط أن تتوافر في الدعوى عنصر الاستعجال، بل تقبل في غياب شروط الاستعجال، أما إذا لم يحصل الاتفاق بين الخصوم، فلا تقبل الدعوى إلا بتوافر عنصري الاستعجال¹.

وبصدور قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد نصت المادة 77 منه على أنه: "يمكن للقاضي، ولسبب مشروع وقبل مباشرة الدعوى، أن يأمر بأي إجراء من إجراءات التحقيق بناء على طلب كل ذي مصلحة، قصد إقامة الدليل والاحتفاظ به لإثبات الوقائع التي قد تحدد مآل النزاع.

يأمر القاضي بالإجراء المطلوب بأمر على عريضة أو عن طريق الاستعجال".

ونصت المادة 2/310 على أنه: "تقدم الطلبات الرامية إلى إثبات الحالة أو توجيه إنذار أو إجراء استجواب في موضوع لا يمس بحقوق الأطراف، إلى رئيس الجهة القضائية المختصة، ليفصل فيها خلال أجل أقصاه ثلاثة (3) أيام من تاريخ إيداع الطلب".

ويظهر من خلال هاتين المادتين أن المشرع قد أعاد تنظيم إثبات الحالة من ناحيتين على الأقل: فمن ناحية أولى ترك التفرقة التي كانت تقيمها المادة 187 ق إ م الملغى، لقبول دعوى إثبات الحالة، بين ما إذا حصل الاتفاق بين الخصوم على طلب اتخاذ أي إجراء من إجراءات التحقيق أو لم يحصل، وحسنا ما فعل المشرع لأن من يعلم بأن التحقيق المراد إجراؤه سيلحق ضررا بمصلحته لن يتفق أبدا مع خصمه للمطالبة بإجرائه، ومن ناحية ثانية ترك التفرقة التي كانت تقيمها المادة 172 ق إ م الملغى بين إثبات الحالة عن طريق المحضر القضائي وإثباتها عن طريق رئيس الجهة القضائية، وحسنا ما فعل المشرع إذ أن الحالة المطلوب إثباتها هي في كلا الفرضين وقائع مادية².

وعلى أية حال يرى الفقه بأنه يشترط لقبول دعوى إثبات الحالة ما يلي: فمن ناحية أولى أن تكون الواقعة مما يحتمل أن تصبح محل نزاع أمام القضاء، ومن ناحية ثانية أن تكون الواقعة متغيرة المعالم بحيث يخشى ضياع معالمها إذا انتظر الخصم حتى يتم عرض النزاع في

¹ عمر زودة، المرجع السابق، ص 60-62.

² فتحي والي، المرجع السابق، ص 286.

الموضوع على القضاء، ومن ناحية ثالثة ألا يكون مقصود الدعوى إلزام الخصم بتقديم دليل ضد نفسه، ومن ناحية رابعة ألا يستلزم الفصل في الدعوى المساس بالموضوع¹.

ب2-1-2- دعوى سماع شاهد: وهي الدعوى التي ترفع بقصد سماع شاهد على موضوع يحتمل عرضه على القضاء وذلك خشية عدم التمكن من سماعه عند نظر الدعوى الموضوعية، ومثالها أن يكون الشاهد مريضاً مرضاً خطيراً أو مجنناً في حرب أو مقبلاً على سفر لمدة طويلة أو غير ذلك مما يخشى معه فوات فرصة الاستشهاد به².

ورغم عدم وجود نص صريح يقضي بقبول هذه الدعوى، في ظل قانون الإجراءات المدنية الملغى، إلا أن الفقه الجزائري أُنْداك كان يرى قبولها استناداً إلى نص المادة 187 المذكورة أعلاه، باعتبار أن هذه الدعوى هي أيضاً من الدعاوى الاستعجالية.

أما في ظل قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد فيمكن القول، بكل اطمئنان، بقبول هذه الدعوى استناداً إلى نص المادة 1/13 ق إ م التي تعدد بالمصلحة المحتملة، وبالمادة 77 ق إ م المذكورة أعلاه وهي صريحة في السماح للقاضي، قبل مباشرة الدعوى، بأن يأمر بأي إجراء من إجراءات التحقيق بناء على طلب كل ذي مصلحة قصد إقامة الدليل والاحتفاظ به لإثبات الوقائع التي تحدد مآل النزاع، ولاشك أن دعوى سماع شاهد تدرج ضمن دعاوى المحافظة على الدليل لاستعماله مستقبلاً.

وعلى أية حال يشترط الفقه لقبول دعوى سماع شاهد ما يلي: فمن ناحية أولى يجب أن تكون الواقعة موضوع الشهادة لم تعرض بعد أمام القضاء ويحتمل عرضها عليه، ومن ناحية ثانية يجب أن تكون الواقعة مما يجوز إثباتها بشهادة الشهود، ومن ناحية ثالثة توافر الخشية من فوات فرصة الاستشهاد بالشاهد عند نظر دعوى الموضوع³.

ب2-2- دعاوى دعم الدليل أو هدمه: يمثل الفقه عادة لهذا النوع من الدعاوى بدعوى مضاهاة الخطوط الأصلية ودعوى التزوير الأصلية، الأولى ترمي إلى تأكيد حق المدعي في الإثبات بالمحرر الذي يحوزه، بينما الثانية ترمي إلى نفي حق المدعى عليه في الإثبات بالمحرر الذي يحوزه.

ب2-2-1- دعوى مضاهاة الخطوط الأصلية: صورة هذه الدعوى أن يكون بيد شخص ورقة عرفية مثبتة لحق لم يحل أجل المطالبة به بعد، فيرفع من بيده الورقة دعوى أمام المحكمة مطالباً فيها لا بالحق لأنه لا تجوز المطالبة به لعدم حلول أجله، بل على من تشهد عليه الورقة ليقر بصحة الورقة، بمعنى أنه كتبها بخطه أو وقع عليها بإمضائه أو ختمه أو بصمة أصبعه⁴.

وهذه الدعوى، في حقيقة الأمر، دعوى موضوعية تقريرية موضوعها الدليل، وهي دعوى تقريرية إيجابية ترمي إلى تأكيد حق المدعي في الإثبات بالمحرر الذي يحوزه، ومن ثم كان الحكم الصادر فيها يحوز حجية الأمر المقضي، ولاشك أنها دعوى وقائية إذ هي ترمي إلى تفادي إنكار الحكم لصحة المحرر العرفي، ذلك أن الحكم بصحته يؤدي إلى الاحتجاج به على الخصم في دعوى الحق⁵.

¹ عبد الوهاب بوضرسة، المرجع السابق، ص116.

² رمزي سيف، المرجع السابق، ص122.

³ عبد الوهاب بوضرسة، المرجع السابق، ص117.

⁴ رمزي سيف، المرجع السابق، ص123.

⁵ وجدي راغب فهمي، المرجع السابق، ص121.

ويلاحظ أن بعض الفقه الجزائري، في ظل قانون الإجراءات المدنية الملغى، كان يقرر عدم قبول هذه الدعوى لعدم وجود نص يقضي بذلك¹، ويبدو أن المشرع، في ظل قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد، قد تفتن لهذا النقص، حيث قرر صراحة جواز رفع دعوى أصلية بمضاهاة الخطوط، حيث نصت المادة 3/164 على أنه: "يمكن تقديم دعوى مضاهاة الخطوط للمحرر العرفي كدعوى أصلية أمام الجهة القضائية المختصة".

ويرى الفقه الجزائري الحديث، - بحق - أن الحكم الذي جاءت به المادة 3/164 ق إ م إ قد جاء متسقا مع نص المادة 1/13 ق إ م إ التي تعتد بالمصلحة المحتملة، وعلى ذلك فإن من يحوز محررا عرفيا ويخشى أن ينازعه خصمه مستقبلا في صحته يجوز له أن يرفع دعوى أصلية يثبت من خلالها أن المحرر الذي بيده صادر فعلا من خصمه الذي حرره ووقعه².

ب2-2-2- دعوى التزوير الأصلية: صورة هذه الدعوى أن يعلم شخص أن بيد شخص آخر ورقة منسوب صدورها منه، سواء أكانت ورقة عرفية أو ورقة رسمية، ويخشى هذا الشخص استعمال هذه الورقة ضده في المستقبل كدليل للإثبات، فيرفع دعوى أصلية على من بيده هذه الورقة ومن يستفيد منها مطالبا بالحكم بتزويرها، ويقوم المدعي بإثبات ذلك، فإن حكمت المحكمة له بذلك، فإنه لا يجوز أن يُحتج بهذه الورقة في أي نزاع آخر³.

وتعد هذه الدعوى دعوى موضوعية تقريرية موضوعها الدليل، وهي دعوى تقريرية سلبية ترمي إلى نفي حق المدعى عليه في الإثبات بالمحرر الذي يحوزه، ومن ثم كان الحكم الصادر فيها حكما تقريريا يحوز حجية الأمر المقضي، ولاشك أنها دعوى وقائية إذ هي ترمي إلى توقي ضرر محتمل ناتج عن التمسك بالمحرر المزور، ومن ثم كان الحكم القاضي بتزوير المحرر مؤديا إلى عدم إمكانية الاحتجاج به في دعوى الحق⁴.

وفي ظل قانون الإجراءات المدنية الملغى يبدو أن الفقه الجزائري كان مختلفا في مدى قبول هذه الدعوى، فقد ذهب البعض إلى القول بعدم جواز رفع دعوى أصلية بالتزوير أمام القضاء المدني، ذلك أن التشريع الجزائري لا يقبل دعوى الطعن بالتزوير إلا باعتبارها طلبا عارضا للدعوى الأصلية⁵، في حين ذهب البعض الآخر إلى اعتبار دعوى التزوير الأصلية إحدى دعاوى البطلان، ذلك أن البطلان ينشأ عن تخلف ركن الرضا أو الموضوع أو السبب أو الشكل إذا تطلبه القانون، وبما أن ثبوت التزوير يؤدي إلى انتفاء ركن الرضا في المحرر، فإن دعوى التزوير الأصلية ما هي في حقيقتها إلا إحدى دعاوى البطلان، وعلى ذلك تكون مقبولة بصورة استثنائية طبقا لأحكام المادة 102 ق م⁶.

ويبدو أن هذا الجدل الفقهي قد تجاوزه الزمان بعد صدور قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد، إذ قرر صراحة قبول دعوى التزوير الأصلية، حيث نصت المادة 186 ق إ م إ على أنه: "يرفع الإدعاء الأصلي بالتزوير طبقا للقواعد المقررة لرفع الدعوى".

¹ عمر زودة، المرجع السابق، ص59. محمد إبراهيمي، المرجع السابق، ج2، ص60. قارن: بوبشير محند أمقران، المرجع السابق، ص64-65. عبد الوهاب بوضرسة، المرجع السابق، ص118.

² عبد الرحمن بربارة، المرجع السابق، ص145. ذيب عبد السلام، المرجع السابق، ص161.

³ إبراهيم نجيب سعد، المرجع السابق، ص163.

⁴ وجدي راغب فهمي، المرجع السابق، ص122.

⁵ محمد إبراهيمي، المرجع السابق، ج2، ص64.

⁶ عمر زودة، المرجع السابق، ص59.

وقد رحّب بعض الفقه الجزائري الحديث - بحق - بهذا النص المستحدث واعتبره الصواب بعينه، إذ هو يرمي أساساً إلى معايينة وإثبات التزوير، ومن ثم إبعاد المحرر المطعون فيه إعمالاً للدور الإيجابي للقاضي، هذا من جهة، ومن جهة أخرى يسمح للقاضي بالفصل في النزاع إذ ما أثير مستقبلاً، وهو على علم وبصيرة وقناعة تامة، وهو مبتغى العدالة¹.

الفرع الرابع: مدى تعلق المصلحة بالنظام العام: يرى الفقه الحديث أن شرط المصلحة من النظام العام، لأنه يتعلّق أساساً بوظيفة القضاء المتمثلة في منح الحماية القانونية لمن يستفيد من الدعوى، يضاف إلى ذلك أن العلة من اشتراط المصلحة تكمن في ضمان جدية الالتجاء إلى القضاء والحد من استعمال الدعوى دون مقتضى وتخفيف العبء عن القضاء، ولاشك أن هذه الاعتبارات كلّها تتعلّق بالنظام العام على أساس أنها تمس المصالح العامة في المجتمع، ويترتب على اعتبار المصلحة من النظام العام أن تقضي المحكمة من تلقاء نفسها بعدم قبول الدعوى لانقضاء المصلحة حتى ولو لم يتمسك بذلك أصحاب الشأن².

وهذا الذي قرّره الفقه دوّنته بعض التشريعات الحديثة للإجراءات المدنية، فقد نصت المادة 3/3 من قانون المرافعات المصري بعد ذكر شرط المصلحة بأوصافها: "وتقضي المحكمة من تلقاء نفسها، في أية حالة تكون عليها الدعوى، بعدم القبول في حالة عدم توافر الشروط المنصوص عليها في الفقرتين السابقتين"، في حين نصت المادة 2/125 ق إ م فرنسي³ على أن للمحكمة (أي أن المسألة جوازية) أن تثير تلقائياً الدفع بعدم القبول الناتج عن انتفاء المصلحة، ونفس الشيء فعله المشرع اللبناني في المادة 64 من قانون أصول المحاكمات المدنية الجديد⁴.

وبسكوت المشرع الجزائري عن مثل هذا النص سواء في المادة 13 المتعلقة بشروط قبول الدعوى أو في المادة 69 المتعلقة بالدفع بعدم القبول يثور التساؤل عن مدى تعلق المصلحة بالنظام العام في ظل قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد، خاصة وأن المادة 13 نصت صراحة في فقرتها الثانية على أن للقاضي أن يثير تلقائياً انعدام الصفة في المدعي أو المدعى عليه ولم تنص على ذات الحكم بالنسبة للمصلحة، فهل يفهم، بمفهوم المخالفة، أن المصلحة لا يمكن إثارة انعدامها تلقائياً؟ هذا من جهة، ومن جهة أخرى إن المادة 69 تكاد تكون مطابقة للمادة 125 ق إ م فرنسي، إلا أنها لم تشر إلى إمكانية إثارة الدفع بعدم قبول الدعوى لانعدام المصلحة بصورة تلقائية من قبل القاضي، فهل هذا مجرد سهو من المشرع أم أنه عمل مقصود الهدف من ورائه عدم الأخذ بهذا الحكم؟

يرى الفقه الجزائري الحديث - بحق -، في ظل هذه المعطيات، أن انعدام المصلحة يجب إثارته من قبل الخصوم وأمام القضاة الموضوع، ومن ثم لا يجوز للقاضي إثارة ذلك من تلقاء نفسه، مما يعني، حسب هذا الفقه، أن المصلحة لا تعد من النظام العام في ظل قانون الإجراءات المدنية والإدارية⁵. ويرى ذات الفقه أن هذا الحكم "لا يعني قبول أية مصلحة حتى وإن كانت غير

¹ عبد الرحمن بربارة، المرجع السابق، ص 151.

² نبيل إسماعيل عمر، المرجع السابق، ص 238.

³ Art 125/2: « Le juge peut relever d'office la fin de non-recevoir tirée du défaut d'intérêt, du défaut de qualité ou de la chose jugée ».

⁴ تنص المادة 2/64 ق أ م ل لبناني على ما يلي: "للمحكمة أن تثير تلقائياً دفع عدم القبول الناتج عن انتفاء الصفة أو المصلحة".

⁵ زينب شويحة، المرجع السابق، ص 45. عبد السلام ذيب، المرجع السابق، ص 64. عبد الرحمن بربارة، المرجع السابق، ص 38.

غير مشروعة، فالقانون لا يحمي المصلحة المخالفة للنظام العام والآداب كالمطالبة بدين ناتج عن قمار أو المطالبة بدفع الفوائد الربوية المتفق عليها أو غير المتفق عليها أو تثبيت نسب فاسد¹.

ويلاحظ أن هذا الإشكال كان موجودا أيضا في ظل قانون الإجراءات المدنية الملغى، حيث كانت المادة 459 هي الأخرى تنص في فقرتها الثانية على أن للقاضي أن يقرر من تلقاء نفسه انعدام الصفة والأهلية والإذن دون أن تقرر نفس الحكم بالنسبة للمصلحة، وفي ظل هذا النص رأى البعض أنه يفهم من هذه المادة أنه لا يجوز للقاضي أن يقرر من تلقاء نفسه انعدام المصلحة²، في حين رأى البعض الآخر أن المصلحة من النظام العام على أساس أن الصفة ما هي إلا وصف من أوصاف المصلحة، ومن ثم إذا كانت الصفة من النظام العام، فبداهة تكون المصلحة كذلك باعتبارها الشرط الوحيد لقبول الدعوى³، في حين ذهب اتجاه ثالث إلى التفصيل في هذه المسألة ورأى وجوب التمييز بين المصلحة وأوصافها، فالمصلحة كشرط لقبول الدعوى هي من النظام العام، بينما أوصافها منها ما يتعلق بالنظام العام ومنها ما ليس كذلك، فبالنسبة لوجوب اعتبار المصلحة قانونية فهو وصف قد يتعلق بالنظام العام وقد لا يتعلق به، بينما شرط اعتبار المصلحة حالة وقائمة هو وصف يتعلق بالنظام العام في كل الأحوال⁴.

المطلب الثاني: الصفة La qualité: لا يكفي لقبول الدعوى توافر شرط المصلحة بل لابد إلى جانب ذلك من توافر شرط آخر هو شرط الصفة حسب الرأي الراجح فقها، وهو الشرط الذي نص عليه المشرع صراحة في المادة 459 ق إ م الملغى والمادة 13 ق إ م الجديد، ولكنه لم يحدد معناه، تاركا ذلك لاجتهادات الفقه والقضاء، مما يتعين معه تحديد المقصود بالصفة وبيان أحكامها ثم مدى تعلقها بالنظام العام.

الفرع الأول: تحديد المقصود بالصفة في الدعوى (الصفة العادية): في غياب تعريف تشريعي للصفة اختلف الفقه اختلافا بيّنا في تحديد المقصود بالصفة في الدعوى على النحو الآتي:

أولا: ترى غالبية الفقه المصري بأنه يشترط في المصلحة أن تكون شخصية ومباشرة، بمعنى أن يكون رافع الدعوى هو صاحب الحق المراد حمايته أو من يقوم مقامه كالوكيل بالنسبة للموكل وكالوصي أو الولي بالنسبة للقاصر، والمصلحة الشخصية المباشرة بهذا المعنى هي الصفة⁵، بدليل أن المادة 3 من قانون المرافعات تنص صراحة في فقرتها الأولى على شرط المصلحة واشترطت، من بين ما اشترطت في أوصافها، أن تكون شخصية ومباشرة، دون أن تشير إلى شرط الصفة، حيث جاء نصها كالآتي: "لا تقبل الدعوى كما لا يقبل أي طلب أو دفع استنادا لأحكام هذا القانون أو قانون آخر، لا يكون لصاحبه فيها مصلحة شخصية ومباشرة وقائمة يقرها القانون".

¹ عبد الرحمن بربارة، المرجع السابق، ص38.

² بوبشير محند أمقران، المرجع السابق، ص154، هامش رقم6.

³ عبد الوهاب بوضرسة، المرجع السابق، ص121.

⁴ عمر زودة، المرجع السابق، ص88 وما بعدها.

⁵ أحمد أبو الوفاء، المرجع السابق، ص124.

ومما تقدّم يظهر من هذا القول أن المصلحة هي الشرط الوحيد لقبول الدعوى، وما الصفة إلا وصف من أوصافها، ومن ثم فهي لا تمثل شرطاً قائماً بذاته من شروط قبول الدعوى مستقلاً عن شرط المصلحة¹.

ثانياً: ذهب جانب من الفقه المصري إلى القول بأن الصفة قد تختلط بالمصلحة الشخصية المباشرة، وقد تميّز عنها، وعلى ذلك يجب التمييز بين فرضين: أولهما: إذا كان رافع الدعوى هو نفسه صاحب الحق، فإن الصفة تختلط بالمصلحة الشخصية المباشرة. **ثانيهما:** إذا كان رافع الدعوى هو نائب صاحب الحق، فإن الصفة تميز عن المصلحة الشخصية المباشرة، ذلك لأن هذه الأخيرة تكون لصاحب الحق، بينما الصفة تكون لنائبه².

ويعاب على هذا الرأي خلطه الواضح بين الصفة في الدعوى، أي ما يسمى بالصفة العادية أو الموضوعية، والصفة الإجرائية أي التمثيل القانوني، ذلك أن هذه الأخيرة يقصد بها صلاحية الشخص لمباشرة الإجراءات القضائية للدعوى باسم غيره وذلك عند استحالة مباشرة هذه الإجراءات من قبل صاحب الحق، وعلى ذلك فإن الممثل القانوني (الإجرائي) ليست له صفة في الدعوى، وإنما له صفة في مباشرة إجراءات الدعوى ممثلاً لصاحب الصفة في الدعوى³.

ثالثاً: ترى غالبية الفقه الفرنسي، في ظل قانون الإجراءات المدنية الجديد لاسيما المادة 31 منه⁴، بأن الصفة تختلط بالمصلحة الشخصية المباشرة وتصبح بهذا المعنى مظهراً خاصاً من مظاهر المصلحة، وذلك عندما يتقاضى الشخص للدفاع عن مصلحته الشخصية، ولكن في مقابل ذلك تستقل الصفة عن المصلحة في فرضين: أولهما: عندما لا يكفي القانون بتوافر المصلحة الشخصية والمباشرة عند المتقاضى بل يشترط زيادة على ذلك توافر الصفة. **وثانيهما:** عندما لا تكون للشخص مصلحة شخصية ومباشرة ومع ذلك يعترف له القانون بالصفة للدفاع عن مصلحة غير شخصية بالنسبة له، ويكون ذلك في حالتين: الأولى: عندما يعترف القانون لبعض التجمعات بالصفة للدفاع عن مصلحة جماعية أو مصلحة خاصة بالغير. الثانية: عندما يعترف القانون، بصورة استثنائية، لبعض الأشخاص بالصفة للدفاع عن المصالح الشخصية للغير⁵.

رابعاً: يرى جانب من الفقه – جدير بالتأييد – أن الصفة هي العلاقة التي تربط أطراف الدعوى بموضوعها، فهي، بهذا المعنى، تمثل الجانب الشخصي للدعوى، لذلك يقال إن الدعوى ترفع من ذي صفة على ذي صفة، ومن ثم فهي ليست مجرد وصف من أوصاف المصلحة، هذا من جهة، ومن جهة أخرى إن شرط الصفة يغني عن المصلحة الشخصية المباشرة، وإنما تستخدم المصلحة الشخصية المباشرة كمعيار للتحقق من توافر الصفة في بعض الحالات⁶.

¹ يقول العميد رمزي سيف: "إن المصلحة بأوصافها المتقدمة هي الشرط العام الوحيد لقبول الدعوى، أما ما يسميه البعض بالصفة فليس إلا وصفاً من أوصاف المصلحة". المرجع السابق، ص125. ويقول الدكتور نبيل إسماعيل عمر: "إننا من أنصار اتحاد الصفة في المصلحة باعتبار الأولى وصفاً قانونياً للثانية". المرجع السابق، ص244.

² عبد الباسط جميعي، مبادئ المرافعات في قانون المرافعات الجديد، دار الفكر العربي، القاهرة، 1973-1974، ص234.

³ وجدي راغب فهمي، المرجع السابق، ص126.

⁴ Art 31: « L'action est ouverte à tous ceux qui ont un intérêt légitime au succès ou au rejet d'une prétention, sous réserve des cas dans lesquels la loi attribue le droit d'agir aux seules personnes qu'elle qualifie pour élever ou combattre une prétention, ou pour défendre un intérêt déterminé ».

⁵ J. Vincent et S. Guinchard, op. cit. p100-101. G. Couchez, J. P. Langlade et D. Lebeau, op. cit, p94-95. L. Cadet, op. cit. p1374.

⁶ وجدي راغب فهمي، المرجع السابق، ص123.

والصفة، بالمعنى المذكور أعلاه، تشترط من ناحية وجود تطابق بين المركز القانوني للشخص رافع الدعوى والمركز القانوني لصاحب الحق المدعى، ومن ناحية أخرى وجود تطابق بين المركز القانوني للمدعى عليه والمركز القانوني للمعتدي على هذا الحق المدعى¹. وبعبارة أخرى يجب أن تنسب الدعوى إيجاباً لصاحب الحق في الدعوى وسلباً لمن يوجد الحق في الدعوى في مواجهته².

وعلى هذا الأساس "لا يكفي أن تكون للشخص مصلحة في الدعوى فحسب، بل إلى جانب ذلك يجب أن يكون حائزاً على الصفة في الدعوى، وتبعاً لذلك لا تقبل دعوى إبطال العقد من شخص ليس طرفاً فيه كالتاجر الذي يرفع دعوى إبطال عقد الشركة التي تنافسه، فهذا التاجر له مصلحة في زوال هذه الشركة المنافسة له، ومع ذلك لا تقبل دعواه لانعدام الصفة. وكذلك تكون الدعوى التي يرفعها الابن على والده والتي يطلب فيها إبطال التصرف الصادر عنه غير مقبولة لانعدام الصفة، فلا يكفي أن تكون له مصلحة في إبطال هذا التصرف الذي من شأنه أن يحافظ على أموال والده التي ستؤول إليه إرثاً بعد وفاته، ولكن الابن لا ينشأ له الحق في تركة والده إلا بعد وفاته، وبالتالي فليس له الصفة في رفع مثل هذه الدعوى أمام القضاء"³.

ويبدو أن هذا القول يتناسب كثيراً مع اتجاه المشرع في المادة 13 ق إ م إ، ذلك أن المشرع ذكر صراحة شرط الصفة مما يعني أنه يعتبره شرطاً لقبول الدعوى مستقلاً عن شرط المصلحة، هذا من ناحية، ومن ناحية أخرى لم يشترط المشرع في المصلحة أن تكون شخصية مباشرة واكتفى باشتراط أن تكون قانونية وقائمة، مما يعني أن المشرع يعتبر شرط الصفة مغنٍ عن شرط المصلحة الشخصية والمباشرة.

الفرع الثاني: أحكام الصفة: انطلاقاً من تعريف الصفة بأنها علاقة بين أطراف الدعوى وموضوعها، نحاول تصنيفها بالنظر إلى المراكز القانونية للأشخاص الذين تتوافر فيهم إما باعتبارهم أصحاب مصلحة شخصية مباشرة وإما بتأهيل من المشرع، وعلى ذلك سنبحث الصفة عند الأفراد العاديين والتجمعات والنيابة العامة وأخيراً ما يعرف بالدعوى الشعبية.

أولاً: الصفة عند الأفراد العاديين: الأصل أن الفرد لا يلجأ إلى القضاء إلا للدفاع عن مصلحته الشخصية والمباشرة، ومع ذلك يطرح التساؤل حول ما إذا كان من الجائز للفرد الدفاع عن المصالح الشخصية للغير أو المصلحة الجماعية أو المصلحة العامة دون أن تكون لديه مصلحة شخصية ومباشرة في ذلك.

1- دفاع الفرد العادي عن مصلحته الشخصية والمباشرة: إذا دافع الفرد العادي عن مصلحته الشخصية والمباشرة كان ذلك معياراً لتوافر الصفة لديه، ومع ذلك قد تكون له مثل هذه المصلحة ولكن يجب توافر تأهيل خاص من المشرع يعد غيابه تخلفاً للصفة.

أ- المصلحة الشخصية والمباشرة كمعيار للتحقق من توافر الصفة: إن السبيل الأمثل لضمان احترام القاعدة القانونية يكمن في تمكين صاحب الحق أو المركز القانوني الذي تم الاعتداء عليه من رفع دعوى قضائية على المعتدي لرد الاعتداء، ومن ثم تنسب الدعوى إيجاباً لصاحب الحق أو المركز القانوني المعتدى عليه وسلباً لمن قام بالاعتداء، وبذلك تكون الدعوى مرفوعة من ذي صفة على ذي صفة.

¹ إبراهيم نجيب سعد، المرجع السابق، ص 165.

² أحمد هندی، المرجع السابق، ص 311.

³ عمر زودة، المرجع السابق، ص 64.

وهذه الحالة، في نظر الفقه الفرنسي، تعتبر المثال الحي لا اعتبار الصفة مجرد مظهر خاص للمصلحة، بمعنى أن المصلحة، في هذه الحالة، تستغرق الصفة، ومع ذلك يبدو من المناسب، في ظل قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد، أن نقول بأن الصفة، حتى في هذه الحالة، تحافظ على استقلاليتها بالنسبة للمصلحة، وغاية ما في الأمر أن المصلحة الشخصية والمباشرة كانت معياراً للتحقق من توافر الصفة.

وتجدر الإشارة، في هذا المقام، إلى أمرين مهمين:

الأول: إذا استحال على صاحب الصفة في الدعوى مباشرة الدعوى، فإن القانون يسمح لشخص آخر بتمثيله في الإجراءات، مثال ذلك الولي أو الوصي للقاصر، ففي مثل هذه الأحوال يُستعمل معيار المصلحة الشخصية والمباشرة للتحقق من توافر الصفة عند شخص الممثل، أي عند القاصر في مثالنا وليس عند شخص الممثل، أي الولي أو الوصي في مثالنا، واصطلاحاً يقال: إن الصفة في الدعوى تكون للممثل، بينما الممثل تكون له الصفة في التقاضي أو ما يسمى بالصفة الإجرائية، وهي كما تقدّم: صلاحية الشخص لمباشرة الإجراءات القضائية للدعوى باسم غيره وذلك عند استحالة مباشرة هذه الإجراءات من قبل صاحب الحق¹.

ويشير الفقه الإجرائي إلى نتائج التمييز بين هذين النوعين من الصفة على النحو الآتي²:

- **من حيث المركز القانوني:** إن أصحاب الصفة في الدعوى هم أطراف الدعوى، أما أصحاب الصفة الإجرائية فهم أطراف في الخصومة فحسب.
- **من حيث الجزاء:** إن وسيلة التمسك بعدم توافر الصفة في الدعوى هي الدفع بعدم القبول، أما وسيلة التمسك بعدم توافر الصفة الإجرائية هو بطلان الإجراءات.
- **من حيث زوال الصفة أثناء سير الخصومة:** يؤدي زوال الصفة في الدعوى أثناء سير الخصومة إلى عدم قبول الدعوى، ذلك أن شروط قبول الدعوى يجب أن تتوافر من وقت تقديم الطلب القضائي إلى غاية صدور حكم في الموضوع، في حين يؤدي زوال الصفة الإجرائية أثناء سير الخصومة إلى انقطاعها.

الثاني: فيما يتعلق بالدعوى غير المباشرة، نجد المادة 189 ق م تجيز للدائن، متى توافرت شروط معينة، أن يستعمل باسم مدينه حقوق هذا المدين بما في ذلك الدعاوى للمطالبة بحقوقه، وذلك على أساس النيابة القانونية المفروضة لمصلحة الدائن الذي يستعمل حقوق المدين للمحافظة على ضمانه العام³، فالقانون يعترف، في هذه الحالة، بصفة استثنائية للدائن في الدعوى التي يتمسك فيها بحقوق مدينه، وذلك لأن حق الدائن يتأثر في نفاذه عن طريق الضمان العام بحقوق مدينه⁴.

ب- عدم كفاية معيار المصلحة الشخصية والمباشرة للتحقق من توافر الصفة: في بعض الأحيان لا تكون الدعوى مقبولة لتخلف الصفة إلا إذا رفعت من أشخاص معينين نص عليهم القانون رغم توافر المصلحة الشخصية والمباشرة عند غيرهم، ففي مثل هذه الحالات من الواضح أن معيار

¹ وجدي راغب فهمي، المرجع السابق، ص 125-126.

² بوبشير محند أمقران، المرجع السابق، ص 73-74.

³ بوبشير محند أمقران، المرجع السابق، ص 69.

⁴ وجدي راغب فهمي، المرجع السابق، ص 125.

المصلحة الشخصية والمباشرة لا يكفي للتحقق من توافر الصفة، إذ يجب زيادة على هذه المصلحة توافر تأهيل من المشرع بنص قانوني يُعد غيابه بمثابة تخلف للصفة، ومثل هذه الحالات نجدها بكثرة في قانون الأسرة وقانون العقود¹، فمثلا دعوى الطلاق لا تكون مقبولة إلا إذا رفعت من أحد الزوجين مهما كانت لغيرهما من مصلحة في ذلك كمصلحة الوالدين في إبعاد ابنتهما عن زوج خائن أو ظالم².

2- دفاع الفرد العادي عن غير مصلحته الشخصية والمباشرة: هذه الحالة تختلف عن الحالة المذكورة أعلاه إذ نجد الفرد لا يدافع عن مصلحته الشخصية والمباشرة، وإنما يدافع عن المصلحة الشخصية للغير أو المصلحة الجماعية أو المصلحة العامة.

أ- الدفاع عن المصلحة الشخصية والمباشرة للغير: الأصل أن الدعوى التي يدافع فيها الفرد عن المصلحة الشخصية والمباشرة للغير تكون غير مقبولة، إلا أن هناك حالات استثنائية خرج فيها المشرع عن هذا الأصل وقرر، بترخيص خاص، تأهيل الفرد استثنائيا للدفاع عن مصالح الغير معترفا له بالصفة في هذا المجال. والحق يقال أن هذه الفرضية لا نواجهها إلا في قانون الشركات عن طريق ما يسمى، في فرنسا، بالدعوى الاجتماعية *L'action sociale* الممارسة بصورة انفرادية أو جماعية من الشركاء التي أوضح قانون الشركات الفرنسي لسنة 1966 طبيعتها ونظامها³، وهو الأمر المعمول به أيضا في القانون التجاري الجزائري، حيث يجوز ذلك بمقتضى المادة 715 مكرر 24 التي نصت على أنه: "يجوز للمساهمين بالإضافة إلى دعوى التعويض عن الضرر الذي لحق بهم شخصيا، أن يقيموا منفردين أو مجتمعين دعوى على الشركة بالمسؤولية ضد القائمين بالإدارة، وللمدعين حق متابعة التعويض عن كامل الضرر اللاحق بالشركة وبالتعويضات التي يحكم لهم بها عند الاقتضاء".

يؤخذ من هذه المادة أنه يجوز للشريك المساهم في شركة المساهمة منفردا أو مع مجموعة من المساهمين رفع دعوى ضد القائمين بالإدارة للمطالبة بالتعويض عن الضرر الذي لحق الشركة التي ينتمون إليها⁴، ومن الناحية الإجرائية يظهر أن هذه الدعوى المرفوعة هي دعوى الشركة رفعها المساهم منفردا أو مع مجموعة من المساهمين خوفا من تهاون الجمعية العامة في رفعها، والضرر لحق الشركة، وعلى ذلك يجب إدخالها في الخصام مسبقا من قبل الشركاء المساهمين، فنحن، إذن، أمام دعوى مرفوعة بالنيابة للدفاع عن مصالح الغير بدليل أن الهدف منها هو التعويض عن الضرر الذي لحق الشركة وأن هذا التعويض ستستفيد منه الشركة⁵.

ب- الدفاع عن المصلحة الجماعية: في هذه الفرضية يدافع الفرد العادي عن مصلحة جماعية *Intérêt collectif* ولأغراض عملية أهل المشرع بعض الأشخاص لمثل هذه الدعوى معترفا لهم بالصفة، ومن الأمثلة على ذلك ما تنص عليه المادة 40 من المرسوم التشريعي رقم 93-10 المؤرخ في 23 مايو المتعلق ببورصة القيم المنقولة المعدل والمتمم، حيث قضت بأنه: "يمكن رئيس اللجنة، في حالة وقوع عمل يخالف الأحكام التشريعية أو التنظيمية ومن شأنه الإضرار بحقوق المستثمرين في القيم المنقولة، أن يطلب من المحكمة إصدار أمر للمسؤولين بامتنال هذه الأحكام ووضع حد للمخالفة أو إبطال آثارها، ويحيل نسخة من طلبه على المجلس القضائي

¹ J. Vincent et S. Guinchard, op. cit. p104.

² بوبشير محمد أمقران، المرجع السابق، ص 67.

³ J. Vincent et S. Guinchard, op. cit. p105.

⁴ عمار عمورة، شرح القانون التجاري الجزائري، دار المعرفة، 2000، ص 293.

⁵ J. Vincent et S. Guinchard, op. cit. p104.

للغرض الذي يقتضيه القانون. ودون الإخلال بالمتابعات الجزائية، تفصل الجهة القضائية المختصة في الأمر استعجاليا بل ويمكنها أن تتخذ تلقائيا أي إجراء تحفظي، وتصدر قصد تنفيذها أمرها غرامة تهديدية تحيلها إلى الخزينة العمومية. ويمكن رئيس اللجنة أن يتأسس كطرف مدني في حالة وقوع جرائم جزائية".

يؤخذ من هذه المادة أنه يجوز لرئيس لجنة تنظيم ومراقبة البورصة اللجوء إلى القضاء، حماية لحقوق المستثمرين في القيم المنقولة، عند وقوع عمل مخالف للأحكام التشريعية أو التنظيمية من شأنه الإضرار بمصالح المستثمرين، طالبا من القضاء إصدار أمر للمسؤولين بامتنال هذه الأحكام ووضع حد للمخالفة أو إبطال آثارها.

ومن الناحية الإجرائية، يبدو واضحا، أن المشرع منح رئيس اللجنة الصفة في الدعوى لأغراض عملية من أجل الدفاع عن مصالح المستثمرين وهي تمثل فئة من الأشخاص غير محددة، فالأمر يتعلق بالدفاع عن مصلحة جماعية، وهذه الدعوى متميزة عما يسمى بالدعوى الشعبية *Action populaire* في أن هذه الأخيرة مفتوحة لكل شخص وليس لأشخاص محددين قانونا، وإن كانت الدعوى التي نحن بصدد دراستها تقترب مما يسمى بالطعن لصالح القانون وكأن رئيس اللجنة في مثالنا يعتبر النائب العام لجماعة المستثمرين¹.

ج- الدفاع عن المصلحة العامة: في القانون الإجرائي الاقتصادي الفرنسي توجد دعوى نوعا ما خاصة والتي نصت عليها المادة III-6-442 L. من القانون التجاري حيث قررت هذه الأخيرة أن دعوى التعويض عن الممارسات غير التنافسية يجوز رفعها من طرف كل شخص يثبت مصلحة في ذلك ومن طرف النيابة العامة ووزارة الاقتصاد ورئيس سلطة المنافسة، ولاحظ الفقه الفرنسي أنه بالنسبة لوزارة الاقتصاد ورئيس سلطة المنافسة تعد هذه الدعوى دعوى مصلحة عامة تهدف إلى فرض احترام قواعد المنافسة وهذا بالرغم من أنهما لم يتعرضا لأي ضرر وليست لهما أية مصلحة في ذلك².

ثانيا: الصفة عند التجمعات: إن موضوع توافر الصفة لدى التجمعات *Groupements*، لاسيما النقابات والجمعيات، عند لجوئها إلى القضاء إما عن طريق الدعوى أو التدخل، للدفاع عن المصالح الجماعية، طرح جدلا فقهيًا كبيرا مع بداية القرن العشرين، امتد إلى أروقة القضاء، ولكن يبدو أن الأمر، في وقتنا المعاصر، قد عرفت قدرا كبيرا من الاستقرار لاسيما بعد تدخل المشرع.

1- الصفة عند النقابات: إن الإشكال لا يطرح عند دفاع النقابات *Les syndicats* عن مصالحها الشخصية والمباشرة باعتبارها شخصا اعتباريا، ولكن الأمر يثار إذا تعلق الأمر بدفاعها عن المصالح الشخصية والمباشرة لبعض أعضائها أو بدفاعها عن المصلحة الجماعية للمهنة التي تمثلها.

أ- دفاع النقابة عن مصالحها الشخصية والمباشرة: إن الدعوى التي ترفعها النقابة، باعتبارها شخصا اعتباريا، لها ذمة مالية مستقلة وحقوق خاصة مستقلة عن حقوق أعضائها، للدفاع عن هذه الحقوق، كأن ترفع دعوى باعتبارها مستأجرة لمنزل ضد مؤجر تطالبه بدفع الأجرة أو دعوى تعويض التي ترفعها ضد من اغتصب مالا من أموالها، لا تطرح أي إشكال قانوني³، فهي لا

¹ J. Vincent et S. Guinchard, op. cit. p107.

² S. Guinchard, C. Chainais et F. Ferrand, op. cit, p167.

³ فتحي والي، المرجع السابق، ص174.

تعدو أن تكون دعوى مماثلة لتلك الدعوى التي يرفعها الفرد العادي للدفاع عن مصالحه¹، لذلك تكون المصلحة الشخصية والمباشرة معيارا للتحقق من توافر الصفة عند النقابة في هذه الفرضية.

ب- دفاع النقابة عن المصالح الشخصية والمباشرة لبعض أعضائها: إن الدعوى التي ترفعها النقابة للدفاع عن مصلحة شخصية ومباشرة لبعض أعضائها كأن تطلب بإعادة إدماج عامل منخرط فيها تم فصله بصورة تعسفية، تكون في الأصل غير مقبولة إذ الأمر لا يتعلق بمصالحها الشخصية والمباشرة، ومع ذلك فإن التشريعات الحديثة كثيرا ما تخرج عن هذا الأصل بنصوص قانونية صريحة، ومن ثم تسمح للنقابة برفع مثل هذه الدعاوى، مثلما فعل المشرع في المادة 16 من القانون رقم 90-14 المؤرخ في 1990/6/2 المتعلق بكيفيات ممارسة الحق النقابي، المعدل والمتمم، حيث قضت بأن التنظيم النقابي يمكنه: "أن يقوم بما يأتي: - التقاضي وممارسة الحقوق المخصصة للطرف المدني لدى الجهات القضائية المختصة عقب وقائع لها علاقة بهدفه وألحقت أضرارا بمصالح أعضائها الفردية أو الجماعية، المادية والمعنوية...".

ولكن يلاحظ في هذا الصدد أن النقابة عندما ترفع دعوى للدفاع عن المصالح الشخصية والمباشرة لبعض أعضائها إنما ترفعها باعتبارها ممثلة قانونية لهؤلاء الأعضاء، وعلى ذلك فإن الصفة في الدعوى (الصفة العادية) تبقى للعضو، ومن ثم وجب التمييز بين الصفة في الدعوى والتمثيل القانوني²، لذلك توصف هذه الدعوى بأنها مباشرة جماعية لدعوى فردية باعتبار النقابة نائبة عن العامل بحكم القانون³.

ج- دفاع النقابة عن المصلحة الجماعية للمهنة التي تمثلها: إن الاعتراف للنقابة بالصفة في الدعوى للدفاع عن المصالح الجماعية للمهنة التي تمثلها في وقتنا الحاضر لم يكن بالشيء الهين، فقد واجهته، في بداية الأمر، صعوبات جمة، فمن ناحية أولى لا توجد مصلحة جماعية متميزة عن المصالح الفردية لأعضاء النقابة، ومن ناحية ثانية إن هذه الدعاوى بإمكان أعضاء النقابة مباشرتها إذا وقع اعتداء على مصلحتهم، ومن ناحية ثالثة يستحيل إثبات وقوع ضرر شخصي ومباشر للمهنة⁴.

ولكن هذه الصعوبات لم تكن لتقف عقبة في وجه القضاء، حيث جاء في حكم شهير للدوائر المجتمعة لمحكمة النقض الفرنسية بتاريخ 5 أبريل 1913 أنه يحق للنقابة: "أن تدعي مدنيا في حالة وقوع ضرر مباشر أو غير مباشر بالمصلحة الجماعية للمهنة التي تمثلها"⁵، وقد تأيد هذا الحكم بقانون 12 مارس 1920 حيث أعاد نفس العبارات، وهو اليوم يمثل المادة L. 411-11 من قانون العمل⁶.

¹ إبراهيم نجيب سعد، المرجع السابق، ص 171، هامش رقم 4.

² عمر زودة، المرجع السابق، ص 73.

³ بوبشير محند أمقران، المرجع السابق، ص 71.

⁴ إبراهيم نجيب سعد، المرجع السابق، ص 172.

⁵ D.P. 1914. I. 65, note Nast; Rec. Sirey 1920. I. 49, note Mestre.

⁶ أشار العميد رمزي سيف إلى أن بعض الفقه الفرنسي كان يرى أن الحل الذي استقر عليه القضاء الفرنسي: "يقوم على اعتبارات اجتماعية تتحصل في الرغبة في حماية أرباب المهن خصوصا العمال منهم والوصول إلى احترام قوانين العمل وتنفيذها عن طريق تحويل النقابة حق رفع دعاوى تقوم في الواقع على مصالح فردية بدلا من الاقتصار على الدعاوى الفردية التي يرفعها العمال، فقد يتردد العامل، بسبب ضعفه أو عجزه المالي أو خوفه من طرد رب العمل، في رفع الدعوى، هذا فضلا عن أن للدعوى التي ترفعها النقابة أثرا أبلغ من الأثر الذي تخلفه الدعوى الفردية التي يرفعها عضو في النقابة. وينتهي هذا الفريق إلى القول بأن الرأي الذي استقر عليه القضاء فيه خروج على القواعد القانونية دعت إليه ضرورات عملية". المرجع السابق، ص 108-109.

ويرى الفقه الفرنسي إن الدعوى النقابية حتى تكون مقبولة لابد من توافر شرطين¹:

الأول: يجب على النقابة أن ترفع الدعوى بغرض الدفاع عن المصلحة الجماعية للمهنة التي تمثلها، فلا بد أن يكون الضرر المدعى به مرتبطا بالمهنة نفسها التي ينتمي إليها أعضاء النقابة.

الثاني: يجب أن يكون الضرر قد لحق بالمصالح الجماعية للمهنة، وهذا الشرط يقتضي توافر عنصرين: فمن جهة يتعين على النقابة إثبات الضرر المادي أو المعنوي، ومن جهة أخرى أن يكون الضرر قد ألحق أذى بالمصالح الجماعية للمهنة.

وليس من الضروري أن يكون جميع أعضاء المهنة قد تضرروا شخصيا، فالمهم أن يتعلق الأمر بأذى قابل أن يشعر به كل عضو من أعضاء النقابة، ويضر بالمهنة ككل.

أما في الجزائر فالفقه متفق على أن النقابة، في إطار التشريع الجزائري، تتمتع بالصفة في الدعوى للدفاع عن المصالح الجماعية للمهنة التي تمثلها، بدليل المادة 16 المذكورة آنفا والتي نصت صراحة أن للتنظيم النقابي: "التقاضي وممارسة الحقوق المخصصة للطرف المدني لدى الجهات القضائية المختصة عقب وقائع لها علاقة بهدفه وألحقت أضرارا بمصالح أعضائها الفردية أو الجماعية، المادية والمعنوية..."².

وفي ختام هذا الموضوع نشير إلى مسألتين مهمتين:

الأولى: إن الدعوى المرفوعة من النقابة دفاعا عن مصالح المهنة التي تمثلها تختلف جملة وتفصيلا عن الدعوى المرفوعة لحماية حقوق أعضائها وتستقل عنها، لذلك من الجائز أن تباشر كل من الدعويين على استقلال وقدم المساواة، فوجود دعاوى فردية لأعضاء النقابة لا يمنع البتة من رفع دعاوى عن المصالح الجماعية للمهنة التي تمثلها³.

الثانية: إن الصفة التي تتمتع بها النقابة في دفاعها عن المصالح الشخصية لبعض أعضائها هي صفة غير عادية، أي استثنائية، بينما الصفة التي تتمتع بها في دفاعها عن المصالح الجماعية للمهنة التي تمثلها هي صفة عادية، أي صفة في الدعوى⁴.

2- الصفة عند الجمعيات: إذا كانت دعوى الجمعية للدفاع عن مصالحها الشخصية والمباشرة لا تطرح إشكالا قانونيا، مثلما هو الحال بالنسبة للنقابات، فإن الأمر يختلف إذا تعلق الأمر بدعاوى الدفاع عن مصالح الغير والمصلحة المشتركة، حيث مازال القضاء الفرنسي، إلى يومنا الحاضر، لا ينظر إليها بعين الرضا، وإن كانت التشريعات المعاصرة قد خطت بعض الخطوات الجبارة في هذا المجال.

أ- دفاع الجمعية عن مصالحها الشخصية والمباشرة: لا جديد يذكر في هذه الفرضية، فالجمعية، باعتبارها شخصا اعتباريا، ذا ذمة مالية مستقلة وحقوق خاصة مستقلة عن حقوق أعضائها، لها الحق في الدفاع عن مصالحها الشخصية والمباشرة، مثلها مثل أي فرد عادي، غاية ما في الأمر أن ذلك يحدث بواسطة ممثليها القانونيين.

¹ J. Vincent et S. Guinchard, op. cit. p111.

² محمد إبراهيمي، ج1، المرجع السابق، ص32. عمر زودة، المرجع السابق، ص72.

³ إبراهيم نجيب سعد، المرجع السابق، ص173.

⁴ انظر في هذا المعنى: وجدي راغب فهمي، المرجع السابق، ص128. عمر زودة، المرجع السابق، ص73.

ب- دفاع الجمعية عن مصالح الغير: تستطيع الجمعية أن تدافع جماعيا عن مجموع المصالح الفردية لأعضائها، كما أنها تستطيع ممارسة ما يسمى في التشريع الفرنسي بدعوى التمثيل المقترنة.

ب1- دفاع الجمعية جماعيا عن مجموع المصالح الفردية لأعضائها: توجد، في الحياة العملية، بعض الجمعيات التي يكون هدفها تحقيق تجميع محدد، بمعنى أنها لم تنشأ إلا من أجل تجميع عدد من الأشخاص تكون مصالحهم الفردية قد تضررت، فالأمر يتعلق بما يسمى رابطات الدفاع، لجان الحي، لجان الدعم... وفي حقيقة الأمر يبدو أن قبول دعاوى الجمعية في دفاعها عن المصالح الفردية لأعضائها أمر غير واضح، ذلك أن هذه الجمعية عاجزة عن إثبات المساس بالمصلحة الشخصية والمباشرة¹، ومع ذلك فإن القضاء المدني الفرنسي شيد نظرية الدعوى "الجمعية" *L'action associative* في الدفاع عن المصالح الفردية، فحسب اجتهاد قضائي قديم ومستقر يجوز للجمعية الدفاع جماعيا عن مجموع المصالح الفردية لأعضائها، طالما أن هؤلاء لحقهم أذى في مصالحهم الفردية المحددة وكان باستطاعتهم التقاضي جماعيا².

وقد اختلف الفقه الفرنسي في تبرير هذه الدعوى، فالبعض رأى فيها فكرة نقل كل عضو لمصلحته الشخصية للجمعية عند انضمامه إليها، في حين رأى البعض الآخر تبريرها على أساس فكرة الوكالة المعطاة من كل عضو للجمعية، وأخيرا رأى فيها البعض فكرة الضرر المرتد الذي لحق الجمعية، وعلى أية حال، فإن الفقه الحديث في فرنسا يرى أن الصفة منحت للجمعية بواسطة القضاء من أجل الدفاع عن مصالح الغير³.

ويبدو أن المشرع الجزائري قد تأثر باجتهاد القضاء الفرنسي بحيث أجاز للجمعية التقاضي وخاصة التأسيس كطرف مدني بسبب وقائع لها علاقة بهدفها وتلحق ضررا بمصالح أعضائها الفردية، حيث نصت المادة 16 من القانون رقم 90-31 المؤرخ في 4 ديسمبر 1990 المتعلق بالجمعيات على أنه: "... يمكن للجمعية: - أن تمثل أمام القضاء وتمارس خصوصا أمام المحاكم المختصة حقوق الطرف المدني بسبب وقائع لها علاقة بهدف الجمعية وتلحق ضررا بمصالح أعضائها الفردية أو الجماعية..."

وبناء على هذا النص يظهر أن تبرير دعوى الجمعية في الدفاع عن المصالح الفردية لأعضائها، في التشريع الجزائري، يوجد في نص القانون، فلولا هذا النص لما استطاعت الجمعية التأسس أمام القضاء، وعلى ذلك فإن الأمر يتعلق بصفة استثنائية منحت للجمعية بنص القانون.

ب2- صفة الجمعية في دعوى التمثيل المقترنة: إن دعوى التمثيل المقترنة *L'action en représentation conjointe*، في التشريع الفرنسي، تخص جمعيات المستهلكين، أنشأها قانون 12 يناير 1992 وهي اليوم منظمة بموجب المواد من L. 422-1 إلى L. 422-3 من قانون الاستهلاك الفرنسي.

هذه الدعوى تسمح لجمعيات المستهلكين المعتمدة على المستوى الوطني المطالبة بالتعويض عن الضرر الذي لحق فرديا المستهلكين من الأشخاص الطبيعيين، بشرط أن يكون الضرر ناتجا عن فعل محترف واحد، كما هو الحال في بيع جهاز بأعداد كبيرة تبين فيما بعد أنه

¹ J. Vincent et S. Guinchard, op. cit. p113-114.

² Civ. 23 juill. 1918, D.P. 1918. 1.52; 25 nov. 1929, S. 1932.1.28.

³ J. Vincent et S. Guinchard, op. cit. p114.

معيب بعيب في الصنع، ولا تستطيع الجمعية التقاضي إلا بعد الحصول على وكالة مكتوبة من مستهلكين على الأقل¹.

ويرى الفقه الفرنسي أن الأمر يتعلق بتمثيل في الدعوى بواسطة سلطة ممنوحة للجمعية في مفهوم المادة 17 من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي الجديد، إنه شرط لمباشرة الدعوى وليس لافتتاحها، وعلى ذلك فليس هناك استثناء على اشتراط المصلحة الشخصية للتقاضي، فالجمعية ليست مطالبة بتبرير مصلحة شخصية، ولكن لا يرجع ذلك لإعفاؤها استثنائيا عن طريق القانون، وإنما لأن هذا الشرط سيتم تقديره في شخص المستهلكين الذين أعطوا الجمعية وكالة للتقاضي².

هذه الدعوى غير معروفة في التشريع الجزائري، إذ لم يرد لها ذكر في القانون رقم 89-02 المؤرخ في 7 فبراير 1989 المتعلق بالقواعد العامة لحماية المستهلك الملغى³، ولكن قانون رقم 09-03 المؤرخ في 25 فبراير 2009 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش، نص في المادة 23 منه على ما يلي: "عندما يتعرض مستهلك أو عدة مستهلكين لأضرار فردية تسبب فيها نفس المتدخل وذات أصل مشترك، يمكن جمعيات حماية المستهلكين أن تتأسس كطرف مدني"، فهذه المادة تكاد تتطابق مع نص المادة 1-422 L. من قانون الاستهلاك الفرنسي، خاصة من حيث فكرة المطالبة بالتعويض عن الأضرار الفردية التي تلحق المستهلك التي تسبب فيه نفس المتدخل وذات أصل مشترك، ومع ذلك، في اعتقادنا، يوجد اختلاف جوهري بينهما من ناحيتين: الأولى: عدم اشتراط توكيل مكتوب من المستهلكين، الثانية: عدم اشتراط تحديد عدد المستهلكين.

ويبدو أن نص المادة 23 يشترط وجود جريمة جزائية، ذلك أنه أجاز لجمعيات المستهلكين التأسيس كطرف مدني، مما يعني أن تأسيسها يكون أمام القضاء الجزائري.

وفي اعتقادنا أن الأمر، في هذه الحالة في إطار التشريع الجزائري، لا يتعلق بمباشرة الدعوى، كما يرى الفقه الفرنسي استنادا إلى المادة 17 من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي، وإنما يتعلق بالصفة كشرط لقبول الدعوى، غاية ما في الأمر أننا أمام صفة استثنائية، بحيث ما كان للجمعية رفع مثل هذه الدعاوى لولا تدخل المشرع بنص قانوني صريح.

ج- دفاع الجمعية عن المصلحة الجماعية: على خلاف النقابات لم تجد الجمعيات في دفاعها عن المصلحة الجماعية نفس التشجيع، فأغلب الدعاوى التي رفعت من الجمعيات، في هذا الإطار في فرنسا، كان مآلها الرفض لتخلف الضرر أو لتخلف الصفة.

وفي التشريع الفرنسي يجري التمييز بين فرضين⁴:

الفرض الأول: عند وجود جريمة جزائية: في هذه الحالة نجد المادة 2 من قانون الإجراءات الجزائية الفرنسي تشترط لقبول الدعوى المدنية وجود ضرر شخصي ومباشر، وانطلاقا من هذا الأساس رفضت الغرفة الجنائية تأسيس الجمعيات كطرف مدني للدفاع عن مصلحة جماعية، وفي هذا الصدد يمكن الإشارة إلى الحكم الشهير للدوائر المجتمعة لمحكمة النقض الفرنسية بتاريخ 15 جوان 1923 الذي قرر أن الجمعية تختلف عن النقابة في كونها لا تمثل بحكم القانون المهنة التي

¹ J. Calais-Auloy et F. Steinmetz, *Droit de la consommation*, 6 éd, 2003, Dalloz, p604.

² J. Vincent et S. Guinchard, op. cit. p115.

³ محمد بودالي، حماية المستهلك في القانون المقارن، دار الكتاب الحديث، 2006، ص679.

⁴ J. Vincent et S. Guinchard, op. cit. p116-117.

ينتمي إليها أعضاؤها، فلا تقبل دعاؤها، ذلك أن الدفاع عن المصالح الجماعية والعامّة للمجتمع موكل إلى النيابة العامة¹.

ومع ذلك يوجد ما يخفف من حدة المبدأ المذكور أعلاه أمران:

فمن ناحية أولى قبلت الغرفة الجنائية، في بعض الحالات، تأسيس الجمعية كطرف مدني بحجة أن ذلك "ناجم عن تخصيص الهدف وموضوع مهمة الجمعية"²، فالأمر، إذن، يتعلق بتأهيل قضائي حقيقي، لكن محكمة النقض الفرنسية سارعت إلى غلق هذا الباب³، لكن ترددها في 1984 و1986 أعاد فتح الثغرات⁴.

ومن ناحية ثانية إن القانون منح صراحة، في حالات كثيرة، حق الدعوى لجمعيات معينة تلك التي تتعاون في تطوير الأخلاق العامة أو المصلحة أو الدفاع عن كل مصلحة جماعية معترف بها قانونا. وفي نظر الفقه الفرنسي يعد هذا الأمر تجزئة حقيقية لنظرية المصلحة العامة تحت غطاء المصلحة الجماعية، بحيث تم تحويل الجمعيات المؤهلة إلى مساعدين حقيقيين للنيابة العامة.

الفرض الثاني: عند غياب جريمة جزائية: كان الفقه الفرنسي، في ظل قانون 27 ديسمبر 1973، يتساءل هل يمكن للجمعيات اللجوء إلى القضاء للدفاع عن مصلحة جماعية بحجة أن هدفها الاجتماعي ينص على ذلك بالرغم من أن لا أحدا من أعضائها تضررت مصالحه؟ وكان جواب محكمة النقض الفرنسية واضحا لا يجوز ذلك، حيث قضت في حكم لها بتاريخ 16 يناير 1985 بأن تعبير "الدعوى المدنية" الوارد في نص المادة 46 من قانون 12 ديسمبر 1973، لا ينصرف إلا لدعوى التعويض عن الضرر الناشئ عن جريمة جزائية⁵، ومع ذلك فإن كثيرا من المحاكم الفرنسية كانت تقبل مثل هذه الدعاوى. ونتيجة لذلك تدخل المشرع الفرنسي بموجب قانون 5 يناير 1988 بحيث سمح للجمعيات برفع هذا النوع من الدعاوى، ولكنه حصر ذلك في جمعيات المستهلكين المعتمدة، وفي حالات حصرية جاء ذكرها في المواد L. 421-6 et L. 421-7 من قانون الاستهلاك الفرنسي⁶.

ويبدو أن الأمر مختلف عندنا على الأقل من ناحيتين:

من ناحية أولى يوجد نص عام في التشريع الجزائري يجيز للجمعيات الدفاع عن المصالح الجماعية لأعضائها، دون اشتراط أن يتعلق الأمر بجريمة جزائية، حيث نصت المادة 16 من القانون رقم 90-31 المؤرخ في 4 ديسمبر 1990 المتعلق بالجمعيات على أنه: "... يمكن للجمعية: - أن تمثل أمام القضاء وتمارس خصوصا أمام المحاكم المختصة حقوق الطرف المدني بسبب وقائع لها علاقة بهدف الجمعية وتلحق ضررا بمصالح أعضائها الفردية أو الجماعية...".

¹ Chambres réunies, 15 juin 1923, Rec. Sirey 1924.1.49, note Chavegrin.

² « Action d'une association de résistants »: Crim. 14 janv. 1971, D. 1971.101, rapport chapar; J.C.P. 1972. II. 17022, note Blin; Rev. Trim. 1971. 407, obs. Hébraud et 1972.649, obs. Durry.

³ Crim. 27 mai 1975, D. 1975.I.R.153.

⁴ Bastia , 21 nov. 1984, Gaz. Pal. 1985 ; Somm. 213, note Doucet; Paris, 25 févr. 1985, D. 1987, Somm. 21 ; obs. Penneau; 14 mars 1989, Gaz. Pal. 17 juin 1989.

⁵ Civ., 16 janv. 1985, D. 1985.317, note Aubert.

⁶ J. Vincent et S. Guinchard, op. cit. p117.

ومن ناحية ثانية فسمح المشرع المجال لجمعيات حماية المستهلك للدفاع عن المصالح الجماعية للمستهلكين دون أن يحصر ذلك في حالات محددة، حيث كانت المادة 1/12 من القانون رقم 89-02 المتعلق بالقواعد العامة لحماية المستهلك الملغى تنص على أن لجمعيات المستهلكين المنشأة قانوناً: "الحق في رفع دعاوى أمام محكمة مختصة بشأن الضرر الذي ألحق بالمصالح المشتركة للمستهلكين قصد التعويض عن الضرر المعنوي الذي ألحق بها"¹.

ثالثاً: الصفة عند النيابة العامة: إن النيابة العامة – كما هو معلوم- هي المخولة قانوناً في تحريك الدعوى العمومية ومباشرتها²، في حين أن عملها أمام القضاء المدني لا يكون إلا على سبيل الاستثناء دفاعاً عن المصالح العامة للمجتمع، وهي في هذه الحالة الأخيرة قد تكون طرفاً أصلياً، وقد تكون طرفاً منضماً³ على النحو الآتي⁴:

1- النيابة العامة كطرف أصلي *Partie principale*: ويكون ذلك في الحالات التي ترفع فيها النيابة العامة الدعوى المدنية أو ترفع عليها.

أ- النيابة العامة باعتبارها مدعياً: تكون النيابة العامة في موقف المدعي في الحالات التي نص عليها القانون على سبيل الحصر في قوانين مختلفة، نذكر من ذلك على سبيل المثال: إنهاء ممارسة الولاية على القاصر (المادة 453 ق إ م إ)، إلغاء إنهاء ممارسة الولاية (المادة 463 ق إ م إ)، دعاوى الحجر (المواد 481-489 ق إ م إ)، دعوى التفليس بالتقصير (المادة 372 ق تجاري) أو التفليس بالتدليس (المادة 375 ق تجاري)، دعوى الجنسية (المادة 38 ق الجنسية)⁵.

كما تكون النيابة العامة مدعية في حالتها طلب إحالة الدعوى بسبب الأمن العام (المادة 248 ق إ م إ – المقابلة للمادة 299 ق إ م الملغى) والطعن لصالح القانون (المادة 2/353 ق إ م إ – المقابلة للمادة 297 ق إ م الملغى).

ب- النيابة باعتبارها مدعى عليه: إلى جانب الحالات التي تقف فيها النيابة العامة في موقف المدعي، يمكن أن ترفع الدعوى عليها، ويكون ذلك عندما يعترض شخص على قرار اتخذته النيابة بسلطتها الولائية، فحينئذ تقف موقف المدعى عليه في الدعوى⁶.

وغني عن البيان أن النيابة العامة، في هذه الأحوال، أي باعتبارها طرفاً أصلياً، مدعية أو مدعى عليها، تتمتع بجميع حقوق الخصم، ومن ثم يكون لها توجيه سير الخصومة وإبداء الطلبات والدفع وتقديم الحجج والطعن في الأحكام، هذا من جهة، ومن جهة أخرى يكون عليها ما على الخصوم من واجبات وأعباء⁷.

2- النيابة العامة كطرف منضم *Partie jointe*: هذه الحالة تفترض وجود خصومة قائمة بين أطرافها فتتدخل النيابة العامة بصدد مسائل قانونية تتصل بالمصلحة العامة التي تمثلها وتهدف

¹ لم يتضمن قانون حماية المستهلك وقمع الغش الجديد مثل هذا النص.

² تنص المادة الأولى من قانون الإجراءات الجزائية على أن: "الدعوى العمومية لتطبيق العقوبات يحركها ويباشرها رجال القضاء أو الموظفون المعهود إليهم بها بمقتضى القانون".

³ تنص المادة 256 ق إ م إ على أنه: "يمكن لممثل النيابة العامة أن يكون مدعياً كطرف أصلي أو يتدخل كطرف منضم".

⁴ سنعود، بإذن الله تعالى، لهذا الموضوع، بنوع من التفصيل، في موضعه المناسب.

⁵ بوبشير محند أمقران، المرجع السابق، ص 72.

⁶ وجدي راغب فهمي، المرجع السابق، ص 546.

⁷ فتحي والي، المرجع السابق، ص 546-547.

القاعدة القانونية إلى حمايتها¹، وتدخل النيابة العامة يأخذ أحد شكلين: إما أن يكون تدخلا إجباريا وإما أن يكون تدخلا جوازيا:

أ- التدخل الإجباري: هذه الحالات حددها المشرع في المادة 260 ق إ م إ - تقابلها المادة 141 ق إ م الملغى² - على سبيل الحصر في ثماني فقرات على النحو الآتي:

"يجب إبلاغ النيابة العامة عشرة (10) أيام على الأقل قبل تاريخ الجلسة بالقضايا الآتية:

- 1- القضايا التي تكون الدولة أو إحدى الجماعات الإقليمية أو المؤسسات العمومية ذات الصبغة الإدارية طرفا فيها. 2- تنازع الاختصاص بين القضاة. 3- رد القضاة. 4- الحالة المدنية. 5- حماية ناقصي الأهلية. 6- الطعن بالتزوير. 7- الإفلاس والتسوية القضائية. 8- المسؤولية المالية للمسيرين الاجتماعيين".

ب- التدخل الجوازي: يجوز للنيابة العامة التدخل أمام القضاء المدني في أية دعوى ترى أن تدخلها ضروري، بحيث أن الأمر متروك لتقديرها، وفي هذا المعنى نصت المادة 3/260 ق إ م إ على ما يلي: "ويجوز لممثل النيابة العامة الاطلاع على جميع القضايا الأخرى التي يرى تدخله فيها ضروريا"، هذا من جهة، ومن جهة أخرى يمكن أن يرى القاضي، ومن تلقاء نفسه، ضرورة تدخل النيابة العامة لإبداء رأيا، وفي هذا المعنى نصت المادة 4/260 ق إ م إ على أنه: "يمكن أيضا للقاضي تلقائيا أن يأمر بإبلاغ ممثل النيابة العامة بأية قضية أخرى".

وجدير بالذكر أن النيابة العامة في هذه الأحوال، أي باعتبارها طرفا منضما إجباريا كان أم جوازيا، تتدخل في الخصومة بالحالة التي عليها هذه الخصومة، ومن ثم فليس لها أن توجه سيرها أو تتقدم بطلبات فيها، وإنما تقتصر سلطتها على إبداء الرأي³ بشأن ما قدمه الخصوم من طلبات⁴.

رابعا: الدعوى الشعبية *L'action populaire*: عُرِفَت الدعوى الشعبية في ظل القانون الروماني، حيث كان يُسمح لأي مواطن أن يرفع دعوى للدفاع عن المصلحة العامة، ولكن لم يعد لها وجود في وقتنا الحاضر بعد أن أصبحت النيابة العامة الهيئة المكلفة بمهمة الدفاع عن المصلحة العامة في المجتمع⁵، ومع ذلك تعترف التشريعات الحديثة من حين إلى آخر ببعض الاستثناءات، من ذلك ذلك المواد 5-2132 L. من القانون العام للجماعات المحلية الفرنسي و 4-316 R. من قانون البلديات الفرنسي التي تسمح للمكلف بالضرائب أن يحل محل دعوى البلدية العاجزة دون أن تكون له أية مصلحة مباشرة وشخصية، فالبلدية ليست طرفا، ولا ممثلة في هذه الدعوى، وتستطيع، إذن، استعمال اعتراض الغير⁶.

¹ إبراهيم نجيب سعد، المرجع السابق، ص 314.

² كانت هذه المادة تقع في القسم الثالث: في الأحكام، من الباب الأول: في الإجراءات المتبعة أمام المجلس القضائي النظر بالاستئناف، من الكتاب الثالث: في الإجراءات المتبعة أما المجالس القضائية، مما يعني أن التدخل الوجوبي للنيابة العامة لا يكون إلا أمام جهة الاستئناف في القضايا التي عدتها المادة 141، ولكن المشرع أعاد النظر في هذه المسألة في قانون الإجراءات المدنية والإدارية، بحيث أن المادة 260 ق إ م إ، المقابلة للمادة 141 ق إ م الملغى، جاءت في القسم الأول: في سير الجلسة، من الباب الثامن: في الأحكام والقرارات، من الكتاب الأول: الأحكام المشتركة لجميع الجهات القضائية، مما يعني أن التدخل الوجوبي للنيابة العامة سيكون أمام المحاكم والمجالس القضائية، وحسنا ما فعل المشرع. أما على مستوى المحكمة العليا فتدخلها يكون وجوبيا في جميع القضايا المعروضة عليها.

³ ما لم يتعلق الأمر بالنظام العام. انظر، إبراهيم نجيب سعد، المرجع السابق، ص 320.

⁴ فتحي والي، المرجع السابق، ص 552.

⁵ إبراهيم نجيب سعد، المرجع السابق، ص 180.

⁶ J. Vincent et S. Guinchard, op. cit. p120.

وجدير بالذكر أن الشريعة الإسلامية تعرف ما يسمى بدعوى الحسبة - وهي تقابل الدعوى الشعبية - وهي الدعوى التي يرفعها أي فرد دفاعاً عن حق من حقوق الله أو أن تكون مشتملة على حقين حق الله تعالى وحق العبد ولكن حق الله تعالى فيها غالب، ومثالها دعوى التفريق بين زوجين زواجهما فاسد أو دعوى إثبات الطلاق البائن أو دعوى عزل ناظر على وقف خيرى¹، وقد نظمها المشرع المصري حديثاً بالقانون رقم 3 لسنة 1996 وحصرها في مسائل الأحوال الشخصية وجعل رفعها من اختصاص النيابة العامة، مما جعل بعض الفقه المصري يدعو - بحق - إلى تعميمها وإقرارها حقاً للكافة، مبرراً ذلك من الناحية الإجرائية بأن "الصفة في الدعاوى الدنيوية مقصورة على أصحاب الحقوق (أنفسهم) أما في الدعاوى الدينية - التي ترفع لدفع اعتداء على حق من حقوق الله أو حق من حقوق الله والعبد يكون حق الله فيها غالب - فإن الصفة في رفعها تثبت لكل فرد يجد في نفسه القدرة على متابعة هذه الدعوى، ولكل هيئة أو جهة - كالأزهر أو الأوقاف - تهتم بهذه الحقوق"².

وقريب من الدعوى الشعبية ما يُعرف في القانون الأنجلوسكسوني بدعوى المجموعة *L'action de groupe* والتي عُرفت أول مرة بالولايات المتحدة الأمريكية تحت تسمية *class action* وهي تفترض أنه بعد أن ترفع الدعوى من شخص أو عدة أشخاص أو جمعية، يصبح الحكم الصادر فيها ممكن الاحتجاج به لكل من لم يكن منخرطاً في التنظيم *inorganisés* ويوجد في وضعية مماثلة، وعموماً هذه الدعوى، التي تخالف مبدأ الحجية النسبية للشيء المقضي، تكون محاطة بضمانات إجرائية (الصفة التمثيلية للمدعي *représentativité du demandeur*، إعلام أعضاء المجموعة *information des membres du groupe*...) ³.

الفرع الثالث: مدى تعلق الصفة بالنظام العام: إذا كانت الصفة، في الرأي الراجح فقهاً، هي العلاقة بين أطراف الدعوى وموضوعها، فإن السؤال الذي يتبادر إلى الذهن: هل تعد الصفة من النظام العام؟

إن الجواب عن هذا السؤال نجده صريحاً في المادة 2/459 ق إ م الملغى، حيث نصت على ما يلي: "ويقرر القاضي من تلقاء نفسه انعدام الصفة...". ونفس الشيء نجده في المادة 2/13 ق إ م الجديد، حيث نصت على ما يلي: "يثير القاضي تلقائياً انعدام الصفة في المدعي والمدعى عليه".

ومن خلال هذين النصين يظهر واضحاً أن الصفة من النظام العام بدليل أن المشرع أوجب على القاضي أن يثير انعدامها من تلقاء نفسه، وهو ما سارت عليه المحكمة العليا في قضائها⁴، وإمعاناً في الإيضاح أبرز المشرع من خلال نص المادة 2/13 ق إ م أن الصفة تشترط في المدعي والمدعى عليه، وأن انعدامها في أيٍّ منهما يوجب إثارة ذلك تلقائياً.

¹ وجدي راغب فهمي، المرجع السابق، ص130

² أحمد هندي، المرجع السابق، ص331.

³ J. Vincent et S. Guinchard, op. cit. p120-121.

⁴ "من المقرر قانوناً أنه لا يجوز لأحد أن يرفع دعوى أمام القضاء ما لم يكن حائزاً لصفة وأهلية التقاضي وله مصلحة في ذلك. ومن المقرر أيضاً أن يتمتع الشخص الاعتباري بجميع الحقوق إلا ما كان منها ملازماً لصفة الإنسان وذلك في الحدود التي يقررها القانون. ولما ثبت - في قضية الحال - أن قضية الموضوع لما لم يحترصوا على توفر شرط الصفة والأهلية للفرع النقابي والذي يعد من النظام العام لرفع الدعوى يكونون قد خرقوا القانون وعرضوا بذلك قرارهم للنقض بدون إحالة". قرار رقم 149274، مؤرخ في 9-12-1997، المجلة القضائية 1998، عدد1، ص139. "حيث أنه وبدون الالتفات إلى الدفع الأخرى يتعين القول بأن المستأففين لم يثبتوا صفتهم بالنسبة لأصحاب العقد المذكور أعلاه. حيث يستخلص من المادة 459 قانون إجراءات مدنية أن القاضي يقرر من تلقاء نفسه انعدام الصفة وأنه لا يجوز أن يرفع

وتترتب على اعتبار الصفة من النظام العام نتائج جد مهمة منها ما يلي¹:

من ناحية أولى لا يجوز للخصوم في الدعوى - مدعي - مدعى عليه - مدخل أو متدخل في الخصام - الاتفاق على عدم المنازعة في صفات بعضهم البعض في الدعوى.

ومن ناحية ثانية يجوز للخصوم الدفع بعدم قبول الدعوى لانعدام الصفة في أية مرحلة كانت عليها الدعوى ولو بعد تقديم دفوع في الموضوع (المادة 68 ق إ م إ).

ومن ناحية ثالثة يتعين على القاضي أن يثير تلقائيا انعدام الصفة، وبالتالي الحكم بعدم قبول الدعوى (المادة 69 ق إ م إ) ولو لم يدفع بذلك أحد من الخصوم أو النيابة العامة إذا كانت طرفا في الدعوى.

ومن ناحية رابعة يتعين على النيابة العامة، سواء كانت طرفا أصليا أو منضمما، التمسك بالدفع بعدم قبول الدعوى لانعدام الصفة ولو لم يدفع بذلك أحد من الخصوم.

المطلب الثالث: استبعاد الأهلية كشرط من شروط قبول الدعوى: كان الفقه التقليدي يرى

بأن شروط قبول الدعوى أربعة وهي على التوالي: وجود حق، المصلحة، الصفة والأهلية، فهذه الأخيرة في نظر هذا الفقه تعد شرطا من شروط قبول الدعوى²، ويبدو أن المشرع الجزائري من خلال المادة 459 ق إ م إ الملغى كان يساير هذا الطرح التقليدي، إذ قضت هذه المادة في فقرتها الأولى بأنه: "لا يجوز لأحد أن يرفع دعوى أمام القضاء ما لم يكن حائزا لصفة وأهلية التقاضي وله مصلحة في ذلك". فهذه المادة تقرر صراحة عدم جواز رفع الدعوى أمام القضاء لمن لم يكن حائزا للصفة وأهلية التقاضي والمصلحة، فهي تربط ربطا وثيقا بين أهلية التقاضي والصفة والمصلحة، ومن المعلوم أن هذين الشرطين الأخيرين باتفاق الفقهاء يعدان من شروط قبول الدعوى، مما يعني بالضرورة أن المشرع اعتبر آنذاك أهلية التقاضي من بين شروط قبول الدعوى³، وقد سارت المحكمة العليا في هذا الاتجاه في بعض قراراتها حيث قررت في واحد منها عدم قبول الدعوى لتخلف أهلية التقاضي، حيث قضت بأن "الدعوى الحالية تعتبر غير مقبولة لأن أهلية التقاضي الممنوحة قانونا للنقابة لا تمتد إلى الدعوى العادية كالقضية الراهنة مما يتعين النفض بدون إحالة"⁴.

هذا الطرح التقليدي كان محل نقد الفقه الحديث على أساس أن شروط قبول الدعوى تتمثل في أمرين فحسب وهما على التوالي: المصلحة والصفة، وعلى ذلك، فمن ناحية أولى لا يعد

دعوى ما لم يكن حائزا لصفة وبالتالي يتعين إلغاء القرار موضوع الاستئناف وبعد التصدي للدعوى من جديد رفضها لعدم إثبات الصفة". قرار رقم 126202، مؤرخ في 20-10-97. "إن القضاء ببطلان التنبيه بالإخلاء الموجه من المالك الجديد للمحل المتنازع عليه على أساس عدم إتمام إجراءات شهر عقد الملكية طبقا للمادة 793 من القانون المدني هو قضاء سليم باعتبار أن الطاعن لا يحوز صفة التقاضي يوم توجيه الإنذار للمستأجر، وأن التذرع بعدم جواز الدفع بالبطلان أو عدم صحة الإجراءات من خصم يكون قد أودع مذكرة في الموضوع هو غير سائغ لأن صفة التقاضي هي من النظام العام يجوز إثارتها من القاضي أو الخصم". قرار رقم 203162، مؤرخ في 7-12-1999، المجلة القضائية 2001، عدد 1، ص248.

¹ عبد الوهاب بوضرسة، المرجع السابق، ص212-213.

² R. Japiot, *Traité élémentaire de procédure civile et commerciale*, Rousseau, Paris, 3^{éd.} 1935, n60.

³ عبد الوهاب بوضرسة، المرجع السابق، ص254. وقد توصل إلى القول بأن: "الأهلية فضلا عن أنها من شروط قبول الدعوى، فإنها من شروط صحة إجراءات الخصومة، وفي حالة تخلفها يترتب على ذلك البطلان"، نفس المرجع، ص256.

⁴ قرار رقم 135.960 مؤرخ في 17-12-1996، المجلة القضائية 1996، عدد2، ص100.

وجود الحق شرطا من شروط قبول الدعوى، ذلك أن وجود الدعوى لا يتضمن بالضرورة وجود حق، ففي هذا خلط بين الدعوى والحق، بين مسائل القبول والتأسيس الموضوعي للدعوى، ومن ناحية ثانية لا تعد أهلية التقاضي شرطا من شروط قبول الدعوى، ذلك أنه من خلال تعريفها على أنها أهلية أداء يظهر أنها شرط لمباشرة الدعوى أمام القضاء، وليست شرطا لوجودها، فمثلا عديم الأهلية قد يكون صاحب حق في التقاضي، ولكن ليست له أهلية أداء هذا الحق دون أن يكون مُساعدا أو مُمثلا من الغير¹.

ولاشك أن المشرع الجزائري قد تبني هذا الطرح الحديث من خلال المادة 13 ق إ م إ الجديد، حيث نصت في فقرتها الأولى على أنه: "لا يجوز لأي شخص التقاضي ما لم تكن له صفة وله مصلحة قائمة أو محتملة يقرها القانون"، فواضح من خلال هذا النص أن المشرع لم يذكر أهلية التقاضي من جملة شروط قبول الدعوى واكتفى بشرطي المصلحة والصفة حسب الرأي الراجح فقها².

وفي اعتقادنا حسنا ما فعل المشرع لأسباب عدة أهمها ما يلي³:

من ناحية أولى إن المصلحة والصفة الشرطان الأساسيان لقبول الدعوى، بينما أهلية التقاضي هي شرط لمباشرة الدعوى، أي شرط لصحة المطالبة القضائية، وبالتالي لصحة إجراءات الخصومة، وتعليل ذلك أن الدعوى تباشر عن طريق الإجراءات القضائية، ومن ثم فإن أهلية التقاضي تعد شرطا للإجراء لا شرطا للدعوى ذاتها.

ومن ناحية ثانية إن وسيلة التمسك بعدم توافر المصلحة والصفة هي الدفع بعدم القبول، بينما وسيلة التمسك بعدم توافر أهلية التقاضي هي الدفع ببطلان الإجراءات، وهو حسب المادة 64 ق إ م إ بطلان لعب في الموضوع، وتسري عليه أحكام الدفوع الشكلية، وليس أحكام الدفع بعدم القبول.

ومن ناحية ثالثة يترتب على فقدان المصلحة والصفة أثناء سير الخصومة الحكم بعدم قبول الدعوى، في حين يترتب على فقدان أهلية التقاضي أثناء سير الخصومة انقطاع الخصومة، أي أن تتوقف ويبطل أي إجراء يتخذ في الخصومة قبل تحريكها في مواجهة الممثل القانوني للخصم.

من ناحية رابعة إن الأخذ بالرأي الذي يرى أن أهلية التقاضي شرط من شروط قبول الدعوى يقودنا إلى نتيجة غير مقبولة إجرائيا، لأنه يؤدي إلى تجريد من لا يتمتع بأهلية التقاضي

¹ L. Cadet, op. cit. p359-358.

² يقول الأستاذ ذيب عبد السلام: "وفي الحقيقة فالأهلية أصبحت في النظريات الحديثة لا تشكل شرطا من شروط الدعوى ولكن شرطا لممارستها أي لصحة الخصومة، وعليه فالدعوى تشترط المصلحة والصفة فحسب، وهذا ما كرّسته المادة 13 من القانون الجديد". المرجع السابق، ص60. ويقول الدكتور عبد الرحمن بربارة: "وقد أصاب المشرع حينما استبعد الأهلية من دائرة شروط قبول الدعوى". المرجع السابق، ص39. وتقول الأستاذة زينب شويحة: "استبعدت الأهلية من شروط قبول الدعوى في نص المادة 13 من القانون الجديد". المرجع السابق، ص45. ومع ذلك قارن: الأستاذ فضيل العيش حيث كتب يقول: "دون أدنى شك إن عدم ذكر الأهلية كشرط من شروط قبول الدعوى جاء سهوا من المشرع، وعيه تعتبر الأهلية من شروط قبول الدعوى...". المرجع السابق، ص42. وانظر أيضا: عصمت عبد الرزاق، المطبوعة السابقة، ص28 حيث جعل الأهلية من شروط قبول الدعوى.

³ رمزي سيف، المرجع السابق، ص124-125. إبراهيم نجيب سعد، المرجع السابق، ص180-181. وجدي راغب فهمي، المرجع السابق، ص93-94. بوبشير محند أمقران، المرجع السابق، ص79-80. عمر زودة، المرجع السابق، ص214. زينب شويحة، المرجع السابق، ص45-46.

من الحق في رفع الدعوى، مع أن هذا الحق ينشأ بمجرد الاعتداء على الحق الموضوعي بغض النظر عما إذا كان صاحب هذا الحق يتمتع بأهلية التقاضي أم لا، لذلك كان الصواب أن نقول إن عدم توافر أهلية التقاضي عند رافع الدعوى لا يمنع من قبولها ولكن إجراءات الخصومة تكون باطلة.

المبحث الثالث

وسائل مباحرة الدعوى

قدمنا أن الدعوى مكنة قانونية ممنوحة للشخص في الالتجاء إلى القضاء للحصول على حق يدعيه أو حمايته، وهي بهذا المعنى تستعمل بوسيلتين: الطلبات والدفع، فإذا عرض شخص إدعائه القانوني أمام القضاء في مواجهة خصمه، وطلب الحكم له به، يكون بذلك قد استعمل دعواه بطريق الطلب، وإذا رد الخصم على الإدعاء الموجّه إليه والطلب المقدم ضده من أجل تفادي الحكم به للمدعي أو لمنع القاضي من الفصل في الدعوى أو القضاء فيها فحسب، يكون قد استعمل دعواه بطريق الدفع¹.

وعلى ذلك فإن الدعوى تستعمل بوسيلتين الأولى هجومية وهي الطلب، وهو الإجراء الذي يتقدم به الشخص إلى القضاء عارضا عليه ما يدعيه طالبا الحكم له به، والثانية دفاعية، وهي الدفع، وهو الوسيلة التي يجيب به الخصم على طلب خصمه بقصد تفادي الحكم لخصمه بما يدعيه².

وباعتبار الطلبات والدفع وسائل لاستعمال الدعوى فإنه يشترط في قبولها ما يشترط في قبول الدعوى ذاتها من شروط، بمعنى أنه يشترط لقبولها المصلحة والصفة، هذا بالإضافة إلى الشروط الخاصة التي قد ينص عليه القانون، كأن يشترط للتمسك بحق من الحقوق أن يتم في ظرف معين، ومن ثم لا يقبل التمسك به إذا لم تتم مراعاة هذا الظرف سواء حدث هذا التمسك في شكل طلب أو دفع³.

المطلب الأول: الطلبات Les demandes: الطلب في معناه الواسع هو إبداء أحد الخصوم لرغبته أمام القضاء في إصدار حكم معين لصالحه، وهو بهذا المعنى يشمل الطلبات الموضوعية كطلب تقرير حق والطلبات الإجرائية كطلب الحكم بوقف الخصومة والطلبات المتعلقة بسير الخصومة كطلب التأجيل أو الضم والطلبات المتعلقة بالإثبات كطلب إجراء تحقيق، بل ويشمل ما يقدمه الخصوم من دفع فيقال مثلا طلب الحكم بعدم الاختصاص. أما الطلب في معناه الفني الدقيق، باعتباره الموضوع الأساسي للخصومة، هو طلب حماية قضائية معينة لحق أو مركز قانوني للطالب في مواجهة خصمه سواء تعلق الأمر بالقضاء الموضوعي أو الوقتي أو الولائي أو التنفيذ القضائي، ومن ثم كان متميزا من جهة عما يسمى بالمسائل الفرعية المثارة بشأن الفصل فيه كطلب التأجيل وطلب الوقف، إذ هي مسائل تختص المحكمة بالنظر فيها تبعا للموضوع،

¹ أمينة مصطفى النمر، المرجع السابق، ص 125.

² أحمد أبو الوفاء، المرجع السابق، ص 182.

³ رمزي سيف، المرجع السابق، ص 303.

وكان متميزا من جهة أخرى عن الدفوع باعتبارها وسائل دفاعية محضة¹. وفيما يلي نعرض لبيان مظاهر الطلب القضائي والآثار المترتبة عليه.

الفرع الأول: مظاهر الطلب القضائي: للطلبات القضائية تقسيمات كثيرة تختلف باختلاف المعيار المتخذ أساسا للتقسيم، فبحسب ترتيب تقديمها للمحكمة تنقسم إلى طلبات أصلية وطلبات عارضة²، وبحسب صورة الحماية التي يرغب الطالب في الحصول عليها تنقسم إلى طلبات موضوعية وطلبات وقتية، وبحسب علاقتها ببعضها البعض تنقسم إلى طلبات رئيسية وطلبات تابعة، وبحسب التزام المحكمة بالفصل فيها تنقسم إلى طلبات رئيسية وطلبات احتياطية، وبحسب الصيغة التي تصدر فيها تنقسم إلى طلبات صريحة وطلبات ضمنية³. ويبقى أهم تقسيم للطلبات هو تقسيمها إلى طلبات أصلية وطلبات عارضة⁴.

أولا: الطلب الأصلي *Demande principale*: يقصد بالطلب الأصلي ذلك الطلب الذي تنشأ عنه قضية لم تكن موجودة قبل إبدائه، وهي التسمية التي اختارها المشرع الجزائري في المادة 25 ق إ م⁵، ويسمى أيضا الطلب المفتوح للخصومة *Introductive d'instance* لأنه أول ما يتخذ في الخصومة من إجراءات⁶، ويسمى أيضا الطلب الابتدائي *Demande initiale* لأنه يبدى بصفة مبتدأة أي دون أن يكون تابعا لطلب آخر⁷، وهي التسمية التي اختارها المشرع الفرنسي في المادة 53 ق إ م فرنسي⁸، ويؤيده في ذلك بعض الفقه الفرنسي على أساس أن تسمية "الطلب الأصلي" تسمية غامضة⁹.

ويلاحظ أن الطلب الأصلي قد يطلق ويراد به الطلب "الأساسي" أو "الرئيسي" بالمقابلة للطلب "الاحتياطي" *Demande subsidiaire*، وهذا الطلب الأخير قد يبدى في العريضة التي تضمنت الطلب الأساسي، ومن ثم فهو من هذه الزاوية يعد طلبا أصليا¹⁰، غاية ما في الأمر أنه يطرح على المحكمة لكي تفصل فيه إذا رفضت الطلب الأساسي¹¹، فهو على حد تعبير أحد

¹ وجدي راغب فهمي، المرجع السابق، ص 399-400.

² تنص المادة 28 ق إ م م لبناني: "تقسم الطلبات إلى قسمين: 1- طلبات أصلية تباشر بها المحاكمة. 2- طلبات طارئة تقدم أثناء المحاكمة".

³ أحمد خليل، أحمد هندي ونبيل إسماعيل عمر، المرجع السابق، ص 273.

⁴ انظر في شرح هذه التقسيمات: بوشير محند أمقران، المرجع السابق، ص 119-120.

⁵ يلاحظ أن المشرع الجزائري لم يعرف الطلب الأصلي في المادة 25 ق إ م مع أنه عرّف الطلب الإضافي والطلب المقابل. انظر: زينب شويحة، المرجع السابق، ص 69. وقد رأى الأستاذ فضيل العيش أن المشرع من خلال المادة 25 ق إ م إ تبنى مفهوما جديدا للطلب الأصلي، حيث لم يعد مقتصرًا على مجموع الطلبات المقدمة في عريضة افتتاح الدعوى بل تعداه ليشمل جميع الإدعاءات وكذلك مذكرات الرد، ومن ثم اقترح تعريفا للطلبات الأصلية على النحو الآتي: **مجموع الطلبات التي يتقدم بها الخصوم في عريضة افتتاح الدعوى ومذكرات الرد والتي يمكن تعديلها بناء على تقديم طلبات عارضة.** المرجع السابق، ص 62-63. وفي اعتقادنا أن هذا التحليل محل نظر لأن المادة 1/25 ق إ م إ تتكلم عن موضوع النزاع، وقد بيّنت أنه يتحدّد بإدعاءات الخصوم المدعي والمدعى عليه، وأن إدعاءات هؤلاء تتحدّد بواسطة عريضة افتتاح الدعوى ومذكرات الرد، فالجديد في هذه المادة يكمن في أن موضوع النزاع لا يتحدّد بالطلب الأصلي المقدم من المدعي فحسب، كما كان يرى الفقه التقليدي، وإنما كذلك من جانب المدعى عليه، ومن ثم فإن الأمر لا يتعلق بإعطاء مفهوم جديد للطلب الأصلي، وإنما يتعلق ببيان طريقة تحديد موضوع النزاع كما يراها الفقه الحديث.

⁶ رمزي سيف، المرجع السابق، ص 305.

⁷ أحمد هندي، المرجع السابق، ص 429.

⁸ Art 53: « La demande initiale est celle par laquelle un plaideur prend l'initiative d'un procès en soumettant au juge ses prétentions. Elle introduit l'instance ».

⁹ L. Cadiet, op. cit. p422.

¹⁰ J. Vincent et S. Guinchard, op. cit, p126.

¹¹ أحمد خليل، أحمد هندي ونبيل إسماعيل عمر، المرجع السابق، ص 288.

الفقهاء "مجرد وسيلة تحفظية يقصد بها المدعي مجرد وقاية مصلحته والتأمين عليها من خطر رفض طلبه الأصلي"¹. كما أن تعبير الطلب الأصلي قد يطلق ويراد به الطلب "الأساسي" بالمقابلة للطلب "الملحق" أو الطلب "المندمج" للطلب الأساسي².

والأصل أن استعمال الدعوى يكون بطلبات أصلية، والعلة في ذلك أن المشرع قرر لهذه الطلبات ضمانات خاصة من حيث الإجراءات وإعلان الخصم ومواعيد الحضور، وفضلا عن هذا فإنها تحدد نطاق الخصومة التي يدافع فيها المدعي عليه وتفصل فيها المحكمة، وعلى هذا الأساس يكون للأشخاص أن يتقدموا بأية طلبات مهما كان موضوعها، ومع ذلك قد توجد استثناءات تخرج عن هذا الأصل بحيث لا يمكن الإدعاء بطريق الطلب الأصلي، وإنما يجب أن يكون بطريق الطلب العارض³، مثال ذلك عدم جواز إقامة دعوى أصلية بتزوير ورقة كانت قد قدمت في نزاع سابق بين الخصوم، والعلة في ذلك أن الحكمة من تقنين دعوى التزوير الأصلية تتمثل في رعاية مصلحة من يخشى الاحتجاج عليه مستقبلا بورقة مزورة، وعلى ذلك إذا تم الاحتجاج بها في نزاع قائم أمام القضاء وجب، في هذه الحالة، الإدعاء فرعيا بتزويرها⁴.

ولا مانع، من الناحية الإجرائية، أن تتعدد الطلبات الأصلية ويتحقق ذلك إذا تضمنت عريضة افتتاح الدعوى أكثر من طلب بشرط أن توجد صلة بين هذه الطلبات تبرر في نظر محكمة الموضوع نظرها معا⁵، مثال ذلك أن تتضمن العريضة طلب المدعي فسخ العقد واسترداد واسترداد ما دفعه وتعويضه عما لحقه من ضرر وما فاته من كسب⁶.

كما قد يتحقق تعدد الطلبات الأصلية إذا رفعت عدة دعاوى تتضمن كل منها طلبا أصليا ويوجد ارتباط بينها، ثم يتم تجميع كل هذه الطلبات في خصومة واحدة إما عن طريق الضم وإما عن طريق الإحالة بحسب الأحوال⁷.

وإذا كان الطلب الأصلي يحدّد ويركّز النزاع في عناصره الجوهرية (من حيث الأطراف والموضوع والسبب)، فإنه ونتيجة للعديد من النظم الإجرائية التي تسمح بإبداء طلبات عارضة مختلفة فإن النطاق الأولي للطلب الأصلي يرد عليه التعديل والتغيير⁸.

ثانيا: الطلبات العارضة *Demandes incidentes*: من المبادئ المتعارف عليها في فقه الإجراءات المدنية، منذ عهد القانون الروماني مبدأ عدم قابلية النزاع للتغيير *L'immutabilité du litige*، ويقصد به عند الفقه التقليدي أنه لا يجوز تعديل نطاق النزاع أو تغيير معالمه بعد تقديمه إلى القضاء، ويسري هذا المبدأ على القاضي والخصوم على حد سواء، وهو يهدف أساسا إلى تحقيق أمرين اثنين، فمن ناحية أولى هو يهدف إلى احترام حقوق الدفاع حتى لا تتخذ الطلبات الجديدة ذريعة لتعطيل الفصل في النزاع، ومن ناحية ثانية هو يهدف إلى تأكيد مبدأ حياد القاضي تجاه النزاع المعروض عليه⁹.

¹ أحمد أبو الوفا، المرجع السابق، ص 191.

² أحمد خليل، أحمد هندي ونبيل إسماعيل عمر، المرجع السابق، ص 288.

³ أمينة مصطفى النمر، المرجع السابق، ص 130.

⁴ أحمد خليل، أحمد هندي ونبيل إسماعيل عمر، المرجع السابق، ص 287-288.

⁵ وجدي راغب فهمي، المرجع السابق، ص 400.

⁶ بوبشير محند أمقران، المرجع السابق، ص 120.

⁷ وجدي راغب فهمي، المرجع السابق، ص 400.

⁸ نبيل إسماعيل عمر، المرجع السابق، ص 266.

⁹ إبراهيم نجيب سعد، المرجع السابق، ص 587-588.

وقد لاحظ الفقه الحديث - بحق - أن الأخذ بالمبدأ المذكور أعلاه، على إطلاقه، يؤدي إلى نتائج غير مقبولة من الناحية الإجرائية، فمن ناحية أولى يؤدي إلى عرض منازعات متعددة مرتبطة ببعضها البعض كان من الممكن جدا عرضها دفعة واحدة للفصل فيها مرة واحدة، ومن ناحية ثانية قد يكون سببا في صدور أحكام متعارضة قد تمس بمصادقية القضاء في الصميم، ومن ناحية ثالثة يعمل على تقييد سلطة القاضي في الفصل في النزاع، ومن ناحية رابعة يزيد من النفقات ويطيل في الإجراءات¹.

وأمام هذا الوضع غير المقبول إجرائيا رأى الفقه الحديث وجوب إدخال مرونة على مبدأ عدم قابلية النزاع للتغيير للتيسير على الخصوم وتوفير الوقت للقضاء، ويكون ذلك عن طريق السماح بتغيير نطاق النزاع في حدود معينة بواسطة أداة فنية اصطلاح على تسميتها بالطلبات العارضة²، وهو الاتجاه الذي تبنته التشريعات الحديثة، ومنها التشريع الجزائري في المادة 2/25 ق إ م³، المقابلة للمادة 4 ق إ م الملغى⁴.

وإذا كان المشرع لم يورد تعريفا للطلبات العارضة، فإن الفقه الإجرائي يعرفها على أنها الطلبات التي تبدى أثناء نظر خصومة قائمة وتتناول بالتغيير أو بالنقص أو بالإضافة ذات الخصومة القائمة من جهة موضوعها وسببها أو أطرافها⁵.

وبالرغم من أن الطلبات العارضة على أنواع تختلف باختلاف صاحبها إلا أنها مع ذلك تخضع لأحكام مشتركة⁶، وفيما يلي نبرز أنواعها والنظام القانوني الذي تخضع له.

1- أنواع الطلبات العارضة: لم يخصص المشرع الجزائري مادة يحدد فيها أنواع الطلبات العارضة مثلما فعل المشرع الفرنسي في المادة 63 ق إ م⁷، ومع ذلك وبالرجوع إلى المادة 25 ق إ م إ والمواد من 194 إلى 206 يمكن القول بأن المشرع يميز بين ثلاث أنواع من الطلبات العارضة، وهي على التوالي: الطلب الإضافي والطلب المقابل والتدخل⁸.

أ- الطلب الإضافي *Demande additionnelle*: الطلب الإضافي عند الفقه التقليدي هو الطلب الذي يبيده المدعي في مواجهة المدعى عليه⁹، أو هو الطلب الذي يقدم، بصفة عارضة، من المدعي الذي تسبب في قيام الخصومة بالطلب الأصلي، وسمي بالطلب الإضافي لأنه ينطوي على

¹ بوشير محند أمقران، المرجع السابق، ص 126.

² وجدي راغب فهمي، المرجع السابق، ص 404.

³ عمر زودة، أحكام الطلب القضائي العارض على ضوء أحكام القانون الجديد، نشرة القضاة، عدد 64، الجزء 1، ص 459.

⁴ انظر في قانون الإجراءات المدنية الملغى، رشيدة حدادي، الطلبات العارضة والدعوى الفرعية في قانون الإجراءات المدنية الجزائري، دار هومة، ط 2، 2006.

⁵ أحمد أبو الوفاء، المرجع السابق، ص 183.

⁶ L. Cadiet, op. cit. p423.

⁷ **Art 63.** « Les demandes incidentes sont: la demande reconventionnelle, la demande additionnelle et l'intervention ».

⁸ يلاحظ أن المشرع الفرنسي خصّ الطلبات العارضة بجملة من المواد من 63 إلى 70 ق إ م فعرف الطلبات العارضة والطلب المقابل والطلب الإضافي والتدخل بنوعيه الاختياري والجبري ثم ذكر بعض أحكام الطلبات العارضة. أما المشرع الجزائري فقد حشر الطلبات العارضة مع موضوع النزاع ولم يشر للتدخل إلا في المواد من 194 إلى 206.

⁹ أمينة مصطفى النمر، المرجع السابق، ص 140.

الإضافة للطلب الأصلي بالزيادة أو التصحيح أو التعديل¹، أو هو الطلب العارض الذي يقدمه المدعي ويدخل بموجبه تصحيحا أو تعديلا في طلبه الأصلي الذي سبق وأن رفعه إلى المحكمة².

وباختصار شديد الطلب الإضافي، عند الفقه التقليدي، هو الطلب العارض المقدم من المدعي في مواجهة المدعي عليه، وهذا التعريف لا يطابق التعريف الذي أورده المشرع الجزائري للطلب الإضافي في المادة 4/25 ق إ م³، حيث نصت هذه المادة على ما يلي: "الطلب الإضافي هو الطلب الذي يقدمه أحد أطراف النزاع بهدف تعديل طلباته الأصلية"، وبمقارنة بسيطة بين التعريفين يظهر أن الطلب الإضافي، في الفقه التقليدي، يقتصر إبداءه على المدعي، بينما طبقا لتعريف المشرع يتسع إبداءه لأحد أطراف النزاع، المدعي أو المدعي عليه، بل حتى للغير.

هذا التباين في تعريف الطلب الإضافي جعل بعض الفقه الجزائري يعيب على المشرع خلطه بين الأفكار على أساس أن الطلب العارض المقدم من المدعي هو الذي تطلق عليه تسمية "الطلب الإضافي"، بينما الطلب العارض المقدم من المدعي عليه لا يسمى طلبا إضافيا، بل يسمى "الطلب المقابل"⁴.

والحق يقال إن المشرع لم يخلط بين الأفكار القانونية، وإنما أخذ بالتعريف الحديث للطلب الإضافي نقلا عن المشرع الفرنسي في مادته 65 ق إ م⁵، الذي لا يقصر إبداء الطلب الإضافي على المدعي، بل يمدّه للخصوم، وتؤخذ عبارة "الخصوم" في معناها الواسع بحيث تنطبق على الخصوم الأصليين كما أنها تنطبق على الغير الذي أصبح خصما بسبب تدخله⁶.

وعلى ذلك فإن الطلب الإضافي يقدم على النحو الآتي: بالنسبة للمدعي فإنه لا يمكنه – في الفقه التقليدي – تقديم طلب مقابل، ولكن يمكنه أن يبدي طلبا إضافيا. وبالنسبة للمدعي عليه، إذا أبدى طلبا مقابلا، فإنه يستطيع أن يعدل الإدعاءات التي تضمنها هذا الطلب المقابل، ويكون

¹ أحمد هندي، المرجع السابق، ص 438.

² رشيدة حدادي، المرجع السابق، ص 46.

³ لم ينص المشرع في ظل قانون الإجراءات المدنية الملغى على الطلبات الإضافية إطلاقا. انظر: رشيدة حدادي، المرجع السابق، ص 74.

⁴ كتب الأستاذ عمر زودة يقول معقبا على نص المادة 4/25 ق إ م: "وما يلاحظ على هذا النص أنه يجيز تقديم الطلب الإضافي من أحد أطراف النزاع وهما المدعي والمدعي عليه، في حين أن الطلب العارض الذي يقدمه المدعي يسمى بالطلب الإضافي، ويقتصر تقديمه من طرفه وحده، وإذا قدم المدعي عليه طلبا عارضا فيسمى بالطلب المقابل. وتبعاً لذلك فإن الطلب الإضافي يقتصر تقديمه من قبل المدعي وحده، أما إذا قدم المدعي عليه أو الغير طلبا عارضا فلا يسمى بالطلب الإضافي، ولذلك لا يجب الخلط بين الأفكار القانونية، لأن ذلك الخلط قد ينعكس سلبا على العمل القضائي". الطلب القضائي العارض على ضوء أحكام القانون الجديد، المقال السابق، ص 464. وكتبت الأستاذة زينب شويحة تقول: "باستقراء هذا النص (أي نص المادة 4/25 ق إ م) يتبين أن له قراءتان: الأولى أن المشرع يقصد بالطلبات الإضافية ما يقدمه أطراف الخصومة وهما المدعي والمدعي عليه من طلبات يعدّلون بها طلباتهم الأولى التي أبدوها قبل تقديم الطلب الإضافي، وهي قراءة مستبعدة عن الغرض الحقيقي للنص، مع أنها تتوافق مع ظاهر النص وذلك بقول النص "أحد أطراف النزاع" إذ يحتمل أن يكون المدعي كما يحتمل أن يكون المدعي عليه، كما تتوافق مع ما نص عليه القانون الفرنسي الذي يسمح للمدعي عليه بتقديم طلبات إضافية. أما القراءة الثانية وهي الأصح في اعتقادي وهي أن الطلبات الإضافية هي ما يقدمه المدعي لتعديل طلبه الأصلي والدليل على ذلك استعمال النص لعبارة "طلباته الأصلية" هذه الطلبات التي تعتبر حكرا على المدعي وفق ما هو مستقر عليه فقها وقضاء وقانونا". المرجع السابق، ص 71-72.

⁵ Art 65: « Constitue une demande additionnelle la demande par laquelle **une partie** modifie ses prétentions antérieures ».

⁶ L. Cadiet, op. cit. p425.

ذلك بوسيلة الطلب الإضافي. أما بالنسبة للغير الذي أصبح خصما بسبب تدخله الاختياري فيمكنه أيضا أن يبدي طلبا إضافيا على أي حال إذا كان تدخله أصليا¹.

ومع ذلك يعاب على المشرع عدم دقته في التعريف الذي أورده، حيث ختمه بعبارة "بهدف تعديل طلباته الأصلية"، وكأن الأمر يقتصر على المدعي فحسب الذي يريد تعديل طلباته الأصلية، في حين أن عبارة "أحد أطراف النزاع" تشمل، كما هو مبين أعلاه، المدعي والمدعى عليه والغير، وعلى ذلك كان الواجب أن تكون العبارة الأخيرة في تعريف الطلب الإضافي على النحو الآتي: "بهدف تعديل طلباته السابقة"، لتكون شاملة للطلبات المقدمة من المدعي والمدعى عليه والغير، تماما كما فعل المشرع الفرنسي في المادة 65 ق إ م².

وللإشارة فإن تنظيم المشرع الجزائي للطلب الإضافي يختلف عن تنظيم المشرع المصري، حيث أن هذا الأخير أورد، بموجب المادة 124 من قانون المرافعات، الطلبات الإضافية التي يجوز تقديمها ثم أورد قاعدة عامة، وتتمثل هذه القاعدة في أنه يجوز للمدعي أن يقدم الطلبات العارضة المرتبطة بالطلب الأصلي والتي تأذن المحكمة بتقديمها، أما الطلبات التي يجوز إيدؤها فهي أربعة واردة على سبيل المثال وهي لا تخضع لسلطة المحكمة التقديرية ولا تتطلب إذنا من المحكمة، وهي على التوالي: 1- ما يتضمن تصحيح الطلب الأصلي أو تعديل موضوعه لمواجهة ظروف ما طرأت أو تبين بعد رفع الدعوى. 2- ما يكون مكملا للطلب الأصلي أو مترتبا عليه أو متصلا به اتصالا لا يقبل التجزئة. 3- ما يتضمن إضافة أو تغييرا في سبب الدعوى مع بقاء موضوع الطلب الأصلي على حاله. 4- طلب الأمر بإجراء تحفظي أو وقفي³.

والفقه في الجزائر مستقر على الأخذ بالحالات التي نصت عليها المادة 124 المذكورة أعلاه سواء في ظل قانون الإجراءات المدنية الملغى⁴ أو في ظل قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد⁵.

ب- الطلب المقابل *Demande reconventionnelle*: الطلب المقابل في الفقه الإجرائي هو الطلب العارض الذي يقدمه المدعى عليه قبل المدعي للحصول على حكم في مواجهته⁶ أو هو الطلب المقدم من المدعى عليه في مواجهة المدعي بهدف الحصول على منفعة متميزة عن مجرد رفض طلبات المدعي أو عدم الحكم فيها⁷ أو هو طلب عارض مقدم من المدعى عليه في مواجهة المدعي يرمي إلى الحصول على حكم ضد المدعي أكثر من مجرد رفض طلبه⁸.

ويرى الفقه أن للطلب المقابل مزايا وعيوب، فمن مزاياه تمكين المحكمة التي تنتظر الدعوى الأصلية من النظر فيه مع هذه الدعوى، وهذا ما يسمح لها بتكوين نظرة شاملة عن مركز الخصوم وبالتالي إصدار حكم عادل يسمح بإزالة تعارض الأحكام، هذا من ناحية، ومن ناحية

¹ L. Cadiet, op. cit. p425.

² انظر في الإشارة إلى الاختلاف الموجود بين نصي المادة 4/25 ق إ م إ جزائي والمادة 65 ق إ م فرنسي: فضيل العيش، المرجع السابق، ص 66.

³ وجدي راغب فهمي، المرجع السابق، ص 404-406.

⁴ بوشير محند أمقران، المرجع السابق، ص 128-130. رشيدة حدادي، المرجع السابق، ص 51-69.

⁵ عمر زودة، الطلب القضائي العارض على ضوء أحكام القانون الجديد، المقال السابق، ص 467-469.

⁶ أحمد هندي، المرجع السابق، ص 444.

⁷ أحمد خليل، أحمد هندي ونبيل إسماعيل عمر، المرجع السابق، ص 296.

⁸ فتحي والي، المرجع السابق، ص 678.

أخرى يؤدي الطلب المقابل إلى الاقتصاد في الوقت والنفقات، أما عن عيوبه، فقد أخذ عليه أنه يؤدي إلى تعقيد القضية بما يثيره من مسائل جانبية تحتاج إلى تحقيق وفصل فيها وكل هذا سيؤدي لا محالة إلى تأخير الفصل في القضية وزيادة النفقات، هذا من ناحية، ومن ناحية أخرى قد يؤدي إلى مخالفة قواعد الاختصاص¹.

وتميل التشريعات الحديثة إلى الأخذ بالطلب المقابل في حدود معينة، ومنها التشريع الجزائري، حيث أقر المشرع الأخذ بهذا النوع من الطلبات العارضة في المادة 5/25 ق إ م إ والتي عرفت الطلب المقابل بأنه: "الطلب الذي يقدمه المدعى عليه للحصول على منفعة فضلا عن طلبه رفض مزاعم خصمه"، وهو تعريف لا يخرج عن التعاريف الفقهية المذكورة أعلاه، ويكاد يطابق التعريف الذي أورده المشرع الفرنسي في المادة 64 ق إ م² إلا أن هذا الأخير يضيف أمام عبارة "المدعى عليه" عبارة "الأصلي" *originaire* ولهذه الإضافة دلالتها القانونية ذلك أن الطلب المقابل سمي كذلك لأنه يقابل الطلب الأصلي المقدم من المدعي الأصلي³.

إن إمعان النظر في الطلب المقابل يسمح باكتشاف حقائق جد مهمة منها ما يلي:

من ناحية أولى إن الطلب المقابل يعد وسيلة دفاع وهجوم في آن واحد، ذلك أن المدعى عليه لا يكتفي بمعارضة الطلب الموجه ضده بوسائل الدفاع التي بواسطتها يناقش قابلية وصحة وتأسيس هذا الطلب، وإنما يمارس "الهجوم المعاكس" بحيث يبدي بدوره إدعاءً أمام القاضي، ولاشك أن خير وسيلة للدفاع هي الهجوم⁴.

ومن ناحية ثانية إن الطلب المقابل يتميز عن الطلب الإضافي من جهة ويتميز عن الدفع لاسيما الدفع الموضوعية من جهة أخرى، فهو يتميز عن الطلب الإضافي كون هذا الأخير يبدي، حسب المادة 4/25 ق إ م إ، من أحد أطراف النزاع، أما الطلب المقابل فيبدي، حسب المادة 5/25 ق إ م إ، من المدعى عليه، وهو يتميز عن الدفع الموضوعية في كون هذه الأخيرة وسيلة دفاعية محضة إذ يقتصر المدعى عليه فيها على إنكار الحق المدعى، بينما الطلب المقابل وسيلة دفاع وهجوم في آن واحد، ذلك أن المدعى عليه يهدف، بجانب عدم الحكم للمدعي، إلى الحصول على منفعة مستقلة⁵.

ومن ناحية ثالثة إن قبول الطلب المقابل يتوقف على ضرورة وجود ارتباط بينه وبين الطلب الأصلي، ويشكل هذا الارتباط في حقيقة الأمر قاعدة عامة تخضع لها كافة الطلبات

¹ نبيل إسماعيل عمر، المرجع السابق، ص289.

² Art 64: « Constitue une demande reconventionnelle la demande par laquelle le défendeur originaire prétend obtenir un avantage autre que le simple rejet de la prétention de son adversaire ».

³ أحمد خليل، أحمد هندي ونبيل إسماعيل عمر، المرجع السابق، ص296.

⁴ L. Cadet, op. cit. p423.

⁵ إبراهيم نجيب سعد، المرجع السابق، ص620-621. يقول العميد رمزي سيف: "ويبدو هذا الفارق في المقارنة بين التمسك بالمقاصة القانونية والتمسك بالمقاصة القضائية، فالتمسك بالمقاصة القانونية دفع موضوعي لأن المدعى عليه يدفع بانتفاء دين المدعي بحكم القانون بغير حكم القضاء إذا توفرت شروط المقاصة التي ينص عليها القانون... أما التمسك بالمقاصة القضائية فهو طلب عارض من المدعى عليه أو دعوى من المدعى عليه إذ الفرض فيها أن شروط المقاصة القانونية غير متوفرة كما لو كان دين المدعى عليه ليس خاليا من النزاع بأن كان متنازعا في وجوده أو في مقداره، فالمدعى عليه يطلب من المحكمة أن تحكم له بدينه بعد حسم النزاع على وجوده أو في مقداره ليصبح صالحا لإجراء المقاصة بينه وبين المدعي". المرجع السابق، ص316.

العارضة، ذلك أن الارتباط هو مبرر الجمع بين الطلبات في خصومة واحدة¹، ومع ذلك يستثنى من هذا الشرط بالنسبة للطلب المقابل حالة المقاصة القضائية²، والعلة في ذلك "مراعاة لموقف المدعى عليه الذي أجبر على الدخول في الخصومة بمبادرة من المدعى، ومراعاة لمصلحته في إنقاص ما يحكم به عليه وتقادي الإعسار المحتمل للمدعى إذا فرض على المدعى عليه طلب حقوقه بدعوى مستقلة"³.

ومن ناحية رابعة إن الطلب المقابل يؤدي إلى قلب الأدوار بحيث يصبح المدعى عليه مدعياً والمدعى مدعى عليه، لهذا السبب تسمى الطلبات المقابلة بدعوى المدعى عليه لأن هذا الأخير يخرج بموجب الطلب المقابل من نطاق الدعوى التي أثارها الطلب الأصلي للمدعى، لكي يثير دعوى أخرى له في مواجهة المدعى⁴.

وإذا كان الطلب المقابل هو الطلب المقدم من المدعى عليه وهو يؤدي إلى قلب الأدوار، فإن الخلاف ثار حول مدى قبول طلب مقابل من المدعى رداً على الطلب المقابل المقدم من المدعى عليه؟ بالنسبة للفقهاء التقليدي لا يجوز ذلك وهذا ما يعبر عنه باللغة الفرنسية « *Reconvention sur reconvention ne vaut* » وهو الاتجاه الذي مازال بعض الفقهاء الفرنسيين يؤيده إلى غاية اليوم⁵، إلا في حالة استناد الطلب العارض إلى نفس السبب الذي تستند إليه دعوى المدعى عليه⁶، وهو ما قننه المشرع اللبناني في المادة 33 من قانون أصول المحاكمات المدنية⁷، المدنية⁷، ولكن الاتجاه الحديث يرى أنه لا مانع من ذلك، من الناحية الإجرائية، ذلك أن المدعى عليه عند تقديمه لطلبه المقابل يصبح مدعياً، ومن ثم يكون المدعى الأصلي في مركز المدعى عليه، وهذه الصفة تخوله تقديم طلب مقابل رداً على الطلب المقابل لخصمه⁸. وهو الاتجاه الذي أيدته بعض الفقهاء الجزائريين - بحق - في ظل قانون الإجراءات المدنية الملغى على أن يبقى ذلك خاضعاً لتكييف قاضي الموضوع بالنظر إلى عنصر الارتباط طبقاً لأحكام المادة 91 ق إ م⁹، وهذا القول، في اعتقادنا، ينطبق على قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد.

وللإشارة فإن تنظيم المشرع الجزائري للطلب المقابل يختلف عن تنظيم المشرع المصري، حيث أن هذا الأخير أورد، بموجب المادة 125 من قانون المرافعات، الطلبات المقابلة التي يجوز تقديمها ثم أورد قاعدة عامة، وتتمثل هذه القاعدة في أنه يجوز للمدعى عليه أن يقدم الطلبات المقابلة المرتبطة بالدعوى الأصلية والتي تأذن المحكمة بتقديمها، أما الطلبات التي يجوز إبدائها فهي أربعة واردة على سبيل المثال وهي لا تخضع لسلطة المحكمة التقديرية ولا تتطلب إدنا من المحكمة، وهي على التوالي: 1- طلب المقاصة القضائية. 2- طلب الحكم بالتعويضات

¹ وجدي راغب فهمي، المرجع السابق، ص 408.

² وهو ما نص عليه المشرع الفرنسي صراحة حيث نصت المادة 2/70 ق إ م فرنسي على ما يلي: « *Toutefois, la demande en compensation est recevable même en l'absence d'un tel lien, sauf au juge à la disjoindre si elle risque de retarder à l'excès le jugement sur le tout* ».

³ بوشير محند أمقران، المرجع السابق، ص 131-132.

⁴ أحمد خليل، أحمد هندي ونبيل إسماعيل عمر، المرجع السابق، ص 296.

⁵ L. Cadiet, op. cit. p424.

⁶ J. Vincent et S. Guinchard, op. cit, p706.

⁷ تنص المادة 33 من قانون أصول المحاكمات المدنية اللبناني على أنه: "للمدعى، رداً على طلبات طارئة تقدم بها المدعى عليه، أن يدلي بطلبات طارئة شرط أن تكون ناشئة عن السبب الذي بنيت عليه طلبات المدعى عليه".

⁸ فتحي والي، المرجع السابق، ص 683. إبراهيم نجيب سعد، المرجع السابق، ص 626، هامش رقم 2. وجدي راغب فهمي، المرجع السابق، ص 407.

⁹ رشيدة حدادي، المرجع السابق، ص 78.

عما لحق المدعى عليه من ضرر في الدعوى الأصلية أو من إجراء فيها. 3- أي طلب يترتب عليه ألا يحكم للمدعي بطلباته كلها أو بعضها أو أن يحكم بها مقيدة لمصلحة المدعى عليه. 4- أي طلب يكون متصلا بالدعوى الأصلية اتصالا لا يقبل التجزئة¹.

والفقه في الجزائر مستقر على الأخذ بالحالات التي نصت عليها المادة 125 المذكورة أعلاه سواء في ظل قانون الإجراءات المدنية الملغى² أو في ظل قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد³.

ج- التدخل Intervention: إذا كان الطلب الإضافي يبدى من أحد أطراف النزاع، وكان الطلب المقابل يبدى من المدعى عليه في مواجهة المدعي، فقد رأى المشرع أنه من الحكمة ألا يحرم الغير الخارج عن الخصومة من إبداء طلباته في مواجهة الخصوم الأصليين، وأطلق على هذه الحالة اصطلاح "التدخل الاختياري" *Intervention volontaire*، ورأى في نفس الوقت ألا يحرم الخصوم الأصليين من توجيه طلباتهم إلى الغير الخارج عن الخصومة إما بناء على رغبتهم وإما بناء على أمر من القاضي، وأطلق على هذه الحالة اصطلاح "التدخل الوجوبي" أو "الإدخال في الخصومة" *Intervention forcée*.

وفي اعتقادنا أن هذه الاصطلاحات التي تبناها المشرع، أخذا عن المشرع الفرنسي⁴، محل نظر من نواح عدة: فمن ناحية أولى لا يمكن الجمع بين ما أطلق عليه المشرع اصطلاح "التدخل الاختياري" والتدخل الجبري" تحت اصطلاح واحد هو "التدخل"، ذلك أن التدخل لغة لفظ يفيد الاختيار فلا يمكن أن ندرج تحته ما سماه المشرع بـ "التدخل الجبري". ومن ناحية ثانية إن التدخل أصلا لفظ يفيد الاختيار فلا داعي لوصفه بـ "الاختياري". ومن ناحية ثالثة إن اصطلاح "التدخل الجبري" ينطوي على نوع من التناقض لأن لفظ التدخل يفيد الاختيار فلا يمكن بعد ذلك وصفه بـ "الجبري"⁵.

وعلى أية حال يظهر مما تقدّم أن المقصود بالتدخل، في نظر المشرع هو "الانضمام إلى القضية ممن لم يكن طرفا فيها أثناء قيد الدعوى، ويكون التدخل في الخصومة إما اختياريًا أو وجوبيًا، فالأول يتم بناء على طلب الغير أثناء سير الخصومة فيصبح طرفا في الخصومة بإرادته واختياره، أما الثاني فيتم رغما عن إرادة الغير الذي يصبح طرفا في الخصومة بناء على رغبة أحد الخصوم الأصليين أو بناء على أمر المحكمة أثناء السير فيها"⁶.

وقبل الشروع في دراسة التدخل بنوعيه لا بد أن نشير إلى أن المشرع قد أورد، في المادتين 194 و195 ق إ م إ، أحكاما عامة تسري على نوعي التدخل معا وهي تدور عموما حول ثلاث نقاط هي: الأولى: الجهة القضائية التي يكون التدخل أمامها. الثانية: شروط قبول التدخل. الثالثة: إجراءات التدخل. وسنعود لهذه النقاط المهمة في موضعها المناسب.

¹ وجدي راغب فهمي، المرجع السابق، ص 408-409.

² بوشير محند أمقران، المرجع السابق، ص 130. رشيدة حدادي، المرجع السابق، ص 79-88.

³ عمر زودة، الطلب القضائي العارض على ضوء أحكام القانون الجديد، المقال السابق، ص 473-474.

⁴ يلاحظ أن المشرع الجزائري لم يعرف التدخل ولم يعرف صورته، في حين أن المشرع الفرنسي فعل ذلك في المادة 66 ق إ م على النحو الآتي: « Constitue une intervention la demande dont l'objet est de rendre un tiers partie au procès engagé entre les parties originaires. Lorsque la demande émane du tiers, l'intervention est volontaire ; l'intervention est forcée lorsque le tiers est mis en cause par une partie ».

⁵ انظر في هذا المعنى: رمزي سيف، المرجع السابق، ص 319. فتحي والي، المرجع السابق، ص 511-512.

⁶ عبد الرحمن بربارة، المرجع السابق، ص 40.

ج1- التدخل الاختياري Intervention volontaire: هو التدخل الذي يحدث بإرادة الغير بقصد دخوله في الخصومة¹ أو هو أن يطلب شخص من الغير أن يصبح طرفا في خصومة قائمة² أو هو طلب عارض يبدى أمام المحكمة التي تنتظر الدعوى الأصلية، أثناء نظرها وبمناسبتها، من شخص ليس طرفا فيها أي من خصومها³. وفيما يلي نعرض لبيان صورته وشروطه وآثاره.

ج1-1- صور التدخل الاختياري: للتدخل الاختياري، حسب المادة 196 ق إ م إ، المنقولة عن المادة 328 ق إ م فرنسي⁴، صورتان هما⁵: التدخل الأصلي والتدخل الفرعي⁶.

الصورة الأولى: التدخل الأصلي Intervention principale: ويسمى أيضا بالتدخل الهجومي أو التدخل الاختصامي⁷، وهو في نظر الفقه تدخل شخص من الغير في خصومة قائمة لكي يتمسك في مواجهة أطرافها بحق خاص به مرتبط بهذه الخصومة أو بمحلها⁸ أو هو التدخل الذي يدعي فيه الغير المتدخل بحق ذاتي لنفسه يطلب الحكم به في مواجهة أطراف الخصومة⁹ أو هو التدخل الذي يطلب فيه الغير الحكم لنفسه بطلب مرتبط بالدعوى¹⁰.

وقد جاء تعريف المشرع للتدخل الأصلي مطابقا للتعاريف الفقهية المذكورة أعلاه، حيث نصت المادة 197 ق إ م إ على ما يلي: "يكون التدخل أصليا عندما يتضمن إدعاءات لصالح المتدخل"، وقد نقل المشرع هذا التعريف عن المادة 329 ق إ م فرنسي¹¹.

ومن أمثله تدخل الغير في نزاع على ملكية عين بين شخصين طالبا الحكم له بالملكية في مواجهة الخصمين الأصليين، أو تدخل الغير في دعوى بين شخصين طالبا بالتعويض عما أصابه من ضرر بسبب ما تضمنته أقوال الخصوم الأصليين أو مذكراتهم من تشهير به أو مساس

¹ فتحي والي، المرجع السابق، ص512.

² وجدي راغب فهمي، المرجع السابق، ص484.

³ أمينة مصطفى النمر، المرجع السابق، ص146.

⁴ Art 328: « L'intervention volontaire est principale ou accessoire ».

⁵ تنص المادة 37 ق أ م م لبناني على ما يلي: "يكون التدخل الاختياري أصليا عندما يتدخل الغير من تلقاء نفسه في المحاكمة لإثبات حقوقه أو حمايتها تجاه الخصوم أو أحدهم طالبا الحكم لنفسه بطلب متلازم مع طلبات أحد الخصوم. ويكون تبعا عندما يرمي لتأييد طلبات أحد الخصوم إذا كانت استجابتها من مصلحة المتدخل".

⁶ ويشير بعض الفقه إلى صورة ثالثة للتدخل الاختياري وهي: التدخل الانضمامي (الفرعي) المستقل وهو "تدخل شخص يطالب بحق له في مواجهة أحد طرفي الخصومة وليس في مواجهة الخصمين، وهو يقترب من التدخل الاختصامي في أن المتدخل يطالب بحق لنفسه ولا يقتصر على الدفاع عن حق أحد طرفي الخصومة، ولكنه يختلف عنه في أن المتدخل لا يختصم طرفي الخصومة وإنما يختصم أحدهما فقط، ومن ناحية أخرى يقترب هذا التدخل من التدخل الانضمامي في أنه لا يوجه إلى الخصمين كما أن المتدخل يطالب بنفس ما يطالب به أحد الخصمين، ولكنه يختلف عنه في أن المتدخل لا يدافع بتدخله عن حق هذا الخصم وإنما عن حقه هو". فتحي والي، المرجع السابق، ص522-523. ويرى بعض الفقه أن هذه الصورة من التدخل الاختياري ما هي إلا مجرد تطبيق عملي للتدخل الاختصامي (الأصلي) ومن ثم تطبق عليه قواعده. انظر: إبراهيم نجيب سعد، المرجع السابق، ص630-631، هامش رقم3. وجدي راغب فهمي، المرجع السابق، ص488، هامش رقم200.

⁷ يقول العميد وجدي راغب فهمي: "يسمى التدخل الاختصامي بالتدخل الأصلي أو الهجومي لأن المتدخل فيه يكون طرفا في إحدى الدعاوى موضوع الخصومة ويتخذ موقفا هجوميا فيها ولا يقتصر على مجرد الدفاع". المرجع السابق، ص489.

⁸ فتحي والي، المرجع السابق، ص512.

⁹ إبراهيم نجيب سعد، المرجع السابق، ص629.

¹⁰ وجدي راغب فهمي، المرجع السابق، ص488.

¹¹ Art 329: « L'intervention est principale lorsqu'elle élève une prétention au profit de celui qui la forme ».

بسمته أو تدخل الدائن في الدعوى بين المدين والغير طالبا بطلان التصرف موضوع الدعوى لحصوله بطريق التواطؤ إضراراً بحقوقه¹.

وللإشارة فإن التدخل الأصلي لا يعد الوسيلة الوحيدة لحماية الغير المتدخل، إذ كان بإمكان هذا الأخير رفع دعوى دون نظر في الخصومة القائمة أو أن يتمسك، بعد صدور الحكم في الدعوى الأصلية، بعدم نفاذه في مواجهته طبقاً لمبدأ نسبية الأحكام أو أن يثير إشكالا في التنفيذ أو أن يتمسك باعتراض الغير الخارج عن الخصومة².

الصورة الثانية: التدخل الفرعي Intervention accessoire: ويسمى التدخل الانضمامي أو التحفظي³، ولا يرى بعض الفقه حرجاً في تسميته بالتدخل الدفاعي⁴، وكان الأولى بالمشروع ترجمة اصطلاح Intervention accessoire باصطلاح "التدخل التبعية" كما هو معروف فقهاً⁵، وعلى أي حال فهو في نظر الفقه التدخل الذي يكون غرض المتدخل فيه الانضمام إلى أحد الخصوم الأصليين لمساعدته في دفاعه⁶ أو هو التدخل الذي يقتصر فيه المتدخل على الانضمام لأحد الخصمين لتأييد طلبات المدعي أو المدعى عليه⁷ أو هو الذي يدخل به شخص في خصومة لا ليطلب بحق له وإنما طالبا الحكم لأحد الخصوم الأصليين فهو يتدخل منضماً لأحد الخصوم الأصليين⁸.

ولا يخرج التعريف الذي أورده المشرع عن التعاريف الفقهية المذكورة أعلاه، حيث نصت المادة 198 ق إ م على ما يلي: "يكون التدخل فرعياً عندما يدعى إدعاءات أحد الخصوم". وهو تعريف منقول عن المادة 330 ق إ م فرنسي⁹.

ومن أمثلته أن يتدخل الدائن في نزاع بين مدينه وبين الغير لمساعدة المدين، لأن الحكم لصالح المدين يعود عليه بالفائدة بأن يحافظ على الضمان العام المقرر له على أموال المدين، أو تدخل الضامن في نزاع بين صاحب الضمان والغير لمساعدة المضمون حتى لا يرجع عليه بعد ذلك بدعوى ضمان¹⁰ كتدخل البائع في النزاع القائم بين المشتري والغير حتى لا يخسر المشتري الدعوى فيعود على البائع بدعوى الضمان وكتدخل المدين في دعوى الدائن على الكفيل ليتفادى رجوع الكفيل عليه فيما بعد¹¹.

وللإشارة فإن المتدخل الفرعي، على خلاف المتدخل الأصلي، لا يستطيع في غالب الأحيان، حماية مركزه القانوني إلا بواسطة الحصول على حماية مركز الخصم الذي انضم إليه

¹ رمزي سيف، المرجع السابق، ص 320.

² فتحي والي، المرجع السابق، ص 512-513.

³ يقول العميد وجدي راغب فهمي: "يسمى التدخل الانضمامي أيضاً بالتدخل التحفظي Intervention conservatoire إشارة إلى أنه إجراء وقائي يقوم به (الغير) خشية أن يخسر الخصم الأصلي دعواه". المرجع السابق، ص 490.

⁴ يقول العميد وجدي راغب فهمي: "ويجوز في اعتقادنا أن يسمى تدخلاً دفاعياً لأن موقف المتدخل ينحصر في الدفاع عن أحد الخصمين". المرجع السابق، ص 489.

⁵ يقول الأستاذ عمر زودة: "ولا يطلق عليه اصطلاح التدخل الفرعي كما ذهب إليه المشرع". الطلب القضائي العارض على ضوء أحكام القانون الجديد، المقال السابق، ص 478.

⁶ إبراهيم نجيب سعد، المرجع السابق، ص 630.

⁷ وجدي راغب فهمي، المرجع السابق، ص 489.

⁸ رمزي سيف، المرجع السابق، ص 320.

⁹ Art 330: « L'intervention est accessoire lorsqu'elle appuie les prétentions d'une partie ».

¹⁰ نجيب إبراهيم سعد، المرجع السابق، ص 630.

¹¹ رمزي سيف، المرجع السابق، ص 321.

كأن يتدخل المستأجر من الباطن في الدعوى المقامة ضد المستأجر الأصلي أو أن يتدخل الدائن في الدعوى المقامة على مدينه، ففي مثل هذه الأحوال من الواضح أن الغير المتدخل لا يستطيع رفع دعوى مبتدأة لعدم وجود علاقة قانونية تربطه مباشرة بالخصم الآخر في الدعوى الأصلية¹.

ج1-2- شروط التدخل الاختياري: لقبول التدخل الاختياري لابد من توافر ثلاثة شروط وهي على التوالي: الارتباط الكافي بادعاءات الخصوم، المصلحة والصفة، وأخيراً أن يتم ذلك قبل إقفال باب المرافعات².

الشرط الأول: الارتباط الكافي بادعاءات الخصوم: اشترط المشرع صراحة لقبول التدخل وجود ارتباط كاف بينه وبين ادعاءات الخصوم، حيث نصت المادة 195 ق إ م إ - وتقابلها المادة 325 ق إ م فرنسي³ - على أنه: "لا يقبل التدخل ما لم يكن مرتبطاً ارتباطاً كافياً بادعاءات الخصوم". ومع ذلك فإن الارتباط الكافي يختلف باختلاف صور التدخل على النحو الآتي⁴:

في حالة التدخل الأصلي يطالب المتدخل بحق خاص به في مواجهة طرفي الخصومة، فهو بمثابة مدع ومن ثم كان طلبه مستقلاً، وعلى ذلك يخضع طلبه لقاعدة الارتباط، إذ لولا هذا الارتباط لما وجدت للتدخل أية فائدة، بل سيؤدي إلى تعطيل الفصل في الدعوى الأصلية، فالارتباط في هذه الحالة ليس مفترضاً، ولقضاء الموضوع تقدير مدى وجوده بين طلب المتدخل وادعاءات الخصوم الأصليين.

أما في حالة التدخل الفرعي فإن المتدخل لا يطالب بحق خاص به، وإنما هو ينضم إلى أحد الخصوم الأصليين لتدعيمه في ادعاءاته، فهو لا يقدم طلباً جديداً لنفسه، وعلى ذلك كان الارتباط في هذه الحالة مفترضاً، إذ أن إثبات المتدخل لمصلحته المباشرة في الدعوى يؤدي حتماً إلى إثبات الارتباط.

الشرط الثاني: المصلحة والصفة: بما أن التدخل بصورتيه نوع من الطلبات العارضة، وكانت هذه الأخيرة تندرج ضمن الطلبات القضائية التي تعتبر وسيلة من وسائل استعمال الدعوى، فإنه بداهة يشترط في التدخل - باعتباره طلباً عارضاً - ما يشترط لقبول الدعوى ذاتها، أي المصلحة والصفة، وفي هذا المعنى نصت المادة 2/194 ق إ م إ - وتقابلها المادة 329 ق إ م فرنسي⁵ - على أنه: "لا يقبل التدخل إلا ممن توفرت فيه الصفة والمصلحة". ومع ذلك فإن المصلحة تختلف باختلاف صور التدخل على النحو الآتي⁶:

في حالة التدخل الأصلي، وبما أن المتدخل مدع بآتم معنى الكلمة، إذ هو يطالب بحق خاص به، فإنه يجب أن تتوافر لديه المصلحة الواجبة لرفع دعوى مستقلة، ومن ثم يجب أن يدعي حقا يحميه القانون (مصلحة قانونية)، وأن تكون له فائدة عملية تعود عليه من الحكم بطلباته (مصلحة قائمة).

¹ إبراهيم نجيب سعد، المرجع السابق، ص 632.

² هذه الشروط تسري على التدخل بنوعيه: الاختياري والجبري.

³ Art 325: « L'intervention n'est recevable que si elle se rattache aux prétentions des parties par un lien suffisant ».

⁴ إبراهيم نجيب سعد، المرجع السابق، ص 631-633. وجدي راغب فهمي، المرجع السابق، ص 484-485.

⁵ Art 329: « ...Elle n'est recevable que si son auteur a le droit d'agir relativement à cette prétention ».

⁶ إبراهيم نجيب سعد، المرجع السابق، ص 631-633. وجدي راغب فهمي، المرجع السابق، ص 489-490.

أما في حالة التدخل الفرعي، وبما أن المتدخل لا يطالب بحق خاص به، وإنما هو مجرد منضم إلى أحد الخصوم الأصليين، فإنه لا يشترط وقوع اعتداء يبرر رفعه لدعوى مستقلة، لذلك يكفي أن تكون لديه مصلحة مشروعة ناشئة من رغبته في تجنب ضرر يصيبه من صدور الحكم، وبعبارة أدق يكفي لقبول تدخله أن تتوافر مصلحة محتملة (وقائية)، وهذا ما جعل المشرع يقرر في المادة 2/198 ق إ م إ - وتقابلها المادة 330 ق إ م فرنسي¹ - الخاصة بالتدخل الفرعي أن هذا الأخير لا يقبل: "إلا لمن كانت له مصلحة للمحافظة على حقوقه في مساندة هذا الخصم"، لهذا السبب يسمى التدخل الفرعي بالتدخل التحفظي إشارة إلى أنه إجراء وقائي يقوم به المتدخل خشية أن يخسر الخصم الأصلي للدعوى.

الشرط الثالث: أن يتم التدخل قبل إقفال باب المرافعات: لم ينص المشرع على هذا الشرط ضمن المادتين 194 و195 ق إ م إ المتعلقتين بالأحكام العامة التي تسري على التدخل بنوعيه الاختياري والجبري (الإدخال في الخصومة)، وإنما نص عليه في المادة 200 ق إ م إ الخاصة بالتدخل الجبري، والتي جاء نصها كالآتي: "يجب إدخال الغير قبل إقفال باب المرافعات". ومع ذلك نرى أن هذا الشرط يسري أيضا على التدخل الاختياري بصورتيه، إذ هو شرط بدهي، فلا يعقل طلب التدخل بعد إقفال باب المرافعات.

ج1-3- آثار التدخل الاختياري: تختلف آثار التدخل الاختياري باختلاف صور التدخل، ومع ذلك هناك أثر مشترك يترتب على نوعي التدخل معا.

النقطة الأولى: الأثر المشترك: إذا تدخل الغير في الخصومة، تدخلًا أصليا كان أم فرعيا، أصبح طرفا في الخصومة، ويترتب على ذلك ما يلي²:

من ناحية أولى يكون الحكم الصادر في الدعوى حجة له أو عليه، فلا يمكنه أن يتمسك بعد ذلك بعدم نفاذه في مواجهته.

ومن ناحية ثانية يكون له الطعن في الحكم بالطرق الجائزة لسائر الخصوم الأصليين.

ومن ناحية ثالثة إذا كان هذا الغير ممن يجوز له الاعتراض على الحكم بطريق اعتراض الغير الخارج عن الخصومة على الحكم الصادر فيها، فإنه يترتب على تدخله في الخصومة عدم جواز الاعتراض لأنه بتدخله لم يعد خارجا عن الخصومة.

النقطة الثانية: الآثار الأخرى: تختلف آثار التدخل الاختياري باختلاف صور التدخل، ذلك أن المتدخل الأصلي يشغل مركزا مستقلا عن الخصوم الأصليين، بينما المتدخل الفرعي يتبع صفة الخصم الذي انضم إليه، وينبني على ذلك ما يلي³:

من ناحية أولى يعد المتدخل الأصلي مدعيا بآتم معنى الكلمة، لهذا السبب يجوز له أن يبدي ما يشاء من الطلبات والدفع كأي طرف أصلي في الدعوى، كما يجوز له توجيه اليمين الحاسمة وحلفها أو ردها، كما يجوز له التنازل عن الخصومة وأن يقبل التنازل عنها. أما المتدخل الفرعي فيتبع من انضم إليه، ومن ثم فهو يأخذ صفة هذا الخصم، وبالتالي إذا انضم إلى المدعي

¹ Art 330: « ...Elle est recevable si son auteur a intérêt, pour la conservation de ses droits, à soutenir cette partie ».

² رمزي سيف، المرجع السابق، ص322.

³ إبراهيم نجيب سعد، المرجع السابق، ص634-636. وجدي راغب فهمي، المرجع السابق، ص491-492. رمزي سيف، المرجع السابق، ص323-324. بوشير محند أمقران، المرجع السابق، ص137.

اعتبر مدعياً، وإذا انضم إلى المدعى عليه اعتبر مدعى عليه، وعلى هذا الأساس ليس له أن يبيد طلبات لم ييدها الخصم الأصلي الذي انضم إليه، وإنما له أن يبيد ما يشاء من الدفوع لتأييد من انضم إليه ولو لم ييدها هذا الأخير.

ومن ناحية ثانية وباعتبار المتدخل الأصلي مدعياً فإنه لا يجوز له إثارة الدفع بعدم الاختصاص الإقليمي غير المتعلق بالنظام العام، إذ يعتبر تدخله قبولاً لاختصاص المحكمة ومن ثم يسقط حقه في الدفع بعد الاختصاص الإقليمي غير المتعلق بالنظام العام. أما المتدخل الفرعي فإنه يأخذ صفة من انضم إليه، ومن ثم إذا انضم إلى المدعى امتنع عليه الدفع بعدم الاختصاص الإقليمي غير المتعلق بالنظام العام، وإذا انضم إلى المدعى عليه جاز له إبداء هذا الدفع إلا إذا سقط حق الخصم (المدعى عليه) في ذلك بما يسقط به التمسك بالدفوع الشكلية غير المتعلقة بالنظام العام.

ومن ناحية ثالثة في حالة التدخل الأصلي إذا زالت الخصومة لا بد من التفرقة بين فرضين: أولهما إذا زالت الخصومة بسبب إرادي يرجع إلى الخصوم الأصليين كتنازل المدعي عن طلبه أو تسليم المدعى عليه بطلبات المدعي، فإن هذا الزوال لا يؤدي إلى زوال طلب المتدخل الأصلي، لأن هذا الأخير يعد مدعياً، ومن ثم يتعين على المحكمة أن تنتظر في طلبه كما لو كان طلباً أصلياً. ثانيهما إذا زالت الخصومة بسبب إرادي كالحكم بعدم القبول أو عدم الاختصاص، فالأصل أن طلب المتدخل الأصلي يسقط باعتباره طلباً عارضاً يستند إلى طلب أصلي، ومع ذلك يرى بعض الفقه أنه لا يسقط إذا حصل بعريضة تم تبليغها للخصوم الأصليين وكانت المحكمة مختصة بنظره. أما في حالة التدخل الفرعي إذا زالت الخصومة بسبب إرادي أو غير إرادي سقط تبعاً لذلك طلب المتدخل الفرعي، وعلى ذلك إذا تنازل المدعي الأصلي عن دعواه أو حكم فيها بعدم القبول أو بعدم الاختصاص سقط تبعاً لذلك التدخل الفرعي.

ومن ناحية رابعة تطبق على التدخل الأصلي القواعد العامة في تحمل المصاريف القضائية، فيتحمل المتدخل الأصلي هذه المصاريف إن حكم عليه، ويُحكم له بمصاريفه على من حُكم عليه في الدعوى. أما المتدخل الفرعي فيتحمل المصاريف بغض النظر عن الحكم في الدعوى، أي مهما كان الحكم في الدعوى، فهو يتحمل هذه المصاريف ولو حُكم لصالح من انضم إليه.

ج2- التدخل الجبري (الإدخال في الخصومة) *Intervention forcée*: ويسمى أيضاً باختصاص الغير *Mise en cause* ويعرّفه الفقه بأنه تكليف شخص خارج عن الخصومة بالدخول فيها مما يؤدي إلى اتساع نطاق الخصومة من حيث الأشخاص¹ أو هو عبارة عن إجبار شخص من الغير على أن يصبح طرفاً في خصومة قائمة أو على أن يكون ماثلاً فيها وذلك بناءً على طلب أحد الخصوم أو بأمر من المحكمة من تلقاء نفسها² أو هو طلب ييذى بصفة عارضة تبعاً لدعوى قائمة ويوجّه إلى الغير لإدخاله في الدعوى³.

ويرى الفقه أن للتدخل الجبري مزايا وعيوب، فمن مزاياه حل النزاع بصورة كاملة والفصل في جميع المسائل المرتبطة به من ناحية أولى، وجعل الحكم الصادر في الدعوى حجة

¹ إبراهيم نجيب سعد، المرجع السابق، ص 605.

² وجدي راغب فهمي، المرجع السابق، ص 492.

³ أمينة مصطفى النمر، المرجع السابق، ص 157.

على الغير فلا يستطيع الاحتجاج بنسبية الحجية وإعادة النزاع من ناحية ثانية¹، ومن عيوبه المساس بمبدأ حرية الشخص في الالتجاء إلى القضاء في الوقت المناسب والظروف الملائمة التي يراها من ناحية أولى، وهو يؤدي إلى تأخير الفصل في الدعاوى والإضرار بالخصم الذي يطلب إدخال الغير من ناحية ثانية، كما أنه يتضمن الخروج على قواعد الاختصاص الإقليمي إذ هو يؤدي إلى جلب الغير أمام محكمة غير محكمته الطبيعية من ناحية ثالثة².

ويلاحظ أن الفقه يميز بدقة بين التدخل الجبري في معناه الفني الدقيق وبين إدخال الغير لتقديم مستند تحت يده منتج في الدعاوى من جهة واختصاص الغير بقصد تصحيح شكل الدعاوى حتى تكون مقبولة من جهة أخرى، فبالنسبة للصورة الأولى فهي تعتبر بمثابة إجراء تحقيق أساسي يؤدي إلى حل النزاع ولا يترتب على ذلك اعتبار هذا الغير طرفاً في الخصومة، مثلما هو الحال في التدخل الجبري، ما لم يوجه إليه طلب معين، وبالنسبة للصورة الثانية فهي تعتبر بمثابة تصحيح لشكل الدعاوى أو إكمال الشروط اللازمة لقبولها³.

وتميل معظم التشريعات الحديثة إلى الأخذ بالتدخل الجبري في حدود معينة، استناداً إلى فكرة الارتباط بين الدعاوى تحقيقاً للفائدة التي تجنى من منع الغير من إعادة طرح النزاع أمام القضاء بحجة عدم سريان الحكم عليه لأنه لم يصدر في مواجهته⁴، ومن هذه التشريعات التشريع الجزائري، حيث أقر المشرع الأخذ بالتدخل الجبري في المواد من 199 إلى 206 ق إ م إ، وهي في معظمها منقولة عن المواد من 331 إلى 338 ق إ م فرنسي.

ويظهر، من خلال الإطلاع على مضمون المادتين 199 و 201 ق إ م إ، أن التدخل قد يكون بطلب من الخصوم كما قد يكون بأمر من القاضي⁵.

ج2-1- التدخل الجبري بناء على طلب الخصوم: يقصد بالتدخل الجبري بناء على طلب الخصوم قيام الخصوم بتكليف شخص من خارج الخصومة بالدخول فيها لاعتبارات مشروعة مما يؤدي إلى توسيع النطاق الشخصي للخصومة⁶، ويظهر من خلال المادتين 199 و 203 ق إ م إ أن لهذا النوع من التدخل الجبري ثلاث صور هي على التوالي: إدخال الغير في الخصومة من أجل الحكم ضده، إدخال الغير في الخصومة من أجل إلزامه بالحكم الصادر وإدخال الغير في الخصومة من أجل الضمان (دعوى الضمان الفرعية)⁷.

الصورة الأولى: إدخال الغير في الخصومة من أجل الحكم ضده: في هذه الصورة من صور إدخال الغير بناء على طلب الخصوم يكون الغرض من الإدخال الحكم على الغير الخارج عن الخصومة بطلبات معينة قد تكون هي الطلبات الأصلية أو غيرها، وفي هذا المعنى نصت المادة 1/199 ق إ م إ - المقابلة للمادة 1/331 ق إ م فرنسي⁸ - على أنه: "يجوز لأي خصم إدخال الغير الذي يمكن مخاصمته كطرف أصلي في الدعاوى للحكم ضده".

¹ إبراهيم نجيب سعد، المرجع السابق، ص 606.

² رشيدة حدادي، المرجع السابق، ص 94.

³ نبيل إسماعيل عمر، المرجع السابق، ص 304.

⁴ أحمد أبو الوفاء، المرجع السابق، ص 211.

⁵ ذيب عبد السلام، المرجع السابق، ص 94.

⁶ نبيل إسماعيل عمر، قانون أصول المحاكمات المدنية، الدار الجامعية، بيروت، 1996، ص 303.

⁷ تنص المادة 38 ق أ م ل لبناني على ما يلي: "يجوز إدخال الغير في المحاكمة بناء على طلب أحد الخصوم لأجل إشراكه في سماع الحكم. كما يجوز إدخاله لأجل الحكم عليه بطلبات متلازمة مع طلبات أحد الخصوم أو لأجل الضمان".

⁸ Art 331/1: « Un tiers peut mis être en cause aux fins de condamnation par toute partie qui est en droit d'agir contre lui à titre principal ».

ويلاحظ أن المادة 1/199 ق إ م إ حددت بوضوح من المقصود بالغير الذي يمكن إدخاله في الخصومة، بأنه الشخص: "الذي يمكن مخاصمته كطرف أصلي في الدعوى"، أي الشخص الذي كان يمكن اختصامه في الدعوى عند رفعها، وبهذا يكون المشرع قد تفادى النقد الذي كان موجها لاختصام الغير كونه يشكل اعتداء على مبدأ حرية الشخص في الالتجاء إلى القضاء، ذلك أنه مادام من الجائز اختصام الغير وقت رفع الدعوى يكون من الجائز اختصامه أثناء نظرها¹.

الصورة الثانية: إدخال الغير في الخصومة من أجل إلزامه بالحكم الصادر: من المعلوم أن مبدأ نسبية آثار الحكم لا يجعل الحكم ساريا إلا على أطراف الدعوى، ولذلك إذا كان أحد الأشخاص خارج الخصومة وهو ممن يتأثر بالحكم الصادر في الدعوى الأصلية فيقوم على أثر ذلك باعتراض الغير الخارج عن الخصومة أو برفع دعوى جديدة مما يؤدي إلى تجديد النزاع وربما تعارض الأحكام، كل هذا دفع المشرع إلى السماح للخصوم الأصليين بإدخال هذا الغير في الخصومة القائمة من أجل أن يكون الحكم الصادر فيها حجة عليه، وبذلك يفصل في الدعوى بحكم واحد²، وفي هذا المعنى نصت المادة 2/199 ق إ م إ – المقابلة للمادة 2/331 ق إ م فرنسي³ – على ما يلي: "كما يجوز لأي خصم القيام بذلك من أجل أن يكون الغير ملزما بالحكم الصادر".

الصورة الثالثة: إدخال الغير في الخصومة من أجل الضمان (دعوى الضمان الفرعية): يقصد بالضمان، في لغة الإجراءات المدنية، التزام شخص (الضامن) بأن يحمي آخر (المضمون) من دعوى وجهت إليه من شخص ثالث (الغير) وأن يعوّضه إذا فشل في ردها عنه⁴ أو هو ما لأحد الخصوم من حق في إلزام آخر بالدفاع عنه إذا ما نازعه الغير في حق معين أو بالتعويض إذا ما نجح الغير في منازعته⁵.

ومن أمثلة الضمان التزام البائع تجاه المشتري إذا نازعه الغير في الشيء محل العقد والتزام المحيل تجاه المحال إذا أنكر المدين مديونيته ورجوع الكفيل على المدين الأصلي إذا طالب الدائن الكفيل بسداد الدين ورجوع المدين المتضامن على المدينين الآخرين بإلزام كل واحد منهم بنصيبه في الدين قام هو بالوفاء به إلى الدائن⁶.

ولطلب الضمان صورتان، دعوى الضمان الأصلية ودعوى الضمان الفرعية، ويقصد بالأولى الدعوى التي يرفعها المضمون على الضامن بعد انتهاء النزاع في الدعوى الأصلية مع الغير، ويقصد بالثانية الدعوى التي يُدخل بها المضمون ضامنه في الخصومة القائمة بين المضمون وبين الغير ويطلب فيها من الضامن القيام بالتزام الضمان⁷.

ولاشك أن دعوى الضمان الفرعية تفضل دعوى الضمان الأصلية من نواح عدة، فمن ناحية أولى في دعوى الضمان الفرعية اقتصاد في الوقت وتيسير في الإجراءات، ذلك أن المضمون يحصل على حكم على الضامن في نفس الوقت الذي يحكم عليه في الدعوى الأصلية، ومن ناحية ثانية توفر للمضمون وسائل الدفاع التي بحوزة الضامن مما يسمح له باستصدار حكم

¹ أحمد أبو الوفا، المرجع السابق، ص212.

² نبيل إسماعيل عمر، قانون أصول المحاكمات المدنية، المرجع السابق، ص304.

³ Art 331/2: « Il peut également mis en cause par la partie qui y a intérêt afin de lui rendre commun le jugement ».

⁴ أحمد هندي، المرجع السابق، ص462.

⁵ نبيل إسماعيل عمر، قانون أصول المحاكمات المدنية، المرجع السابق، ص305.

⁶ إبراهيم نجيب سعد، المرجع السابق، ص610.

⁷ رمزي سيف، المرجع السابق، ص333.

لمصلحته في الدعوى الأصلية، ومن ناحية ثالثة تجنب المضمون خطر سقوط حقه في الضمان لو رجع بدعوى الضمان الأصلية، وذلك إذا أثبت الضامن أن تدخله في الدعوى الأصلية كان سيؤدي إلى رفض الدعوى الأصلية¹.

وباعتبار دعوى الضمان الفرعية من أهم صور التدخل الجبري - في معناه الضيق - بناء على طلب أحد الخصوم، فقد خصها المشرع بالمواد من 203 إلى 206 ق إ م إ، وأطلق عليها اصطلاح "الإدخال في الضمان"².

النقطة الأولى: المقصود بالإدخال في الضمان: لقد أطلق المشرع على دعوى الضمان الفرعية اصطلاح "الإدخال في الضمان"، وعرفه في المادة 203 ق إ م إ على النحو الآتي: الإدخال في الضمان هو الإدخال الوجوبي الذي يمارسه أحد الخصوم في الخصومة ضد الضامن³.

ويستفاد من هذا النص أمران:

أولهما: إن وجوب إدخال الضامن في الخصومة القائمة أمر موجّه لأحد الخصوم، وفي هذا يختلف نص المادة 203 ق إ م إ عن نص المادة 82 ق إ م الملغى التي كانت تلزم الضامن بالتدخل في الخصومة القائمة وإلا قضي في الدعوى غيابيا بالنسبة له إذا لم يتدخل من تلقاء نفسه، حيث كانت تنص على ما يلي: "الضامن ملزم بالتدخل في الدعوى فإذا لم يحضر من تلقاء نفسه فإنه يقضى في الدعوى غيابيا بالنسبة له..."، وعلى ذلك فإن الإدخال في الخصومة القائمة، طبقاً للقانون الجديد، يمارسه وجوباً أحد الخصوم ضد الضامن⁴.

وبهذا التعديل يكون المشرع قد تفادى النقد الذي كان موجّهاً للمادة 82 ق إ م الملغى، حيث كانت من ناحية تجمع بين لفظي "ملزم" و"التدخل"، مع أن التدخل يفيد الاختيار، فكيف يجمع مع الإلزام؟ وكانت من ناحية أخرى تطرح تساؤلات كثيرة منها مثلاً: إذا لم يتدخل الضامن في الخصومة من تلقاء نفسه فكيف يحكم عليه غيابياً دون أن يكون طرفاً في الخصومة؟ وهل يجوز للقاضي أن يأمر أحد الخصوم بإدخاله في الخصومة؟ وهل يجوز للقاضي أن يقوم بذلك؟⁴

ثانيهما: إن الإدخال في الخصومة قد يكون واجباً على المدعي، كما قد يكون واجباً على المدعى عليه، فالنص واضح في استعماله اصطلاح "أحد الخصوم"، وإذا كان الغالب أن يكون طالب الضمان هو المدعى عليه في الخصومة الأصلية، فإنه من الممكن أن يكون هو المدعي، ويضرب الفقه كمثال لذلك أن يرفع المشتري دعوى على حائز العقار المبيع لتسلمه منه، ويختصم البائع في الدعوى باعتباره ضامناً⁵.

النقطة الثانية: الإجراءات الخاصة بالإدخال في الضمان: نص المشرع على الإجراءات الخاصة بالإدخال في الضمان في المادتين 204 و205 ق إ م إ وتتمثل أساساً في مسألتين:

¹ رشيدة حدادي، المرجع السابق، ص 101-104.

² تنص المادة 46 ق إ م ل لبناني على ما يلي: "لا يقبل إدخال شخص ثالث للضامن أمام المحكمة النافذة في الدعوى الأصلية في الأحوال الآتية: إذا كانت دعوى الضمان خارجة عن اختصاصها الوظيفي أو النوعي. 2- إذا وجد بين الضامن والمضمون اتفاق يجعل حق النظر في قضية الضمانة من اختصاص محكمة أخرى أو هيئة تحكيمية. 3- إذا كانت هناك دعوى مختصة بالضمانة ذاتها لا تزال قيد النظر أمام محكمة أخرى".

³ عبد الرحمن بريارة، المرجع السابق، ص 45.

⁴ زينب شويحة، المرجع السابق، ص 84.

⁵ فتحي والي، المرجع السابق، ص 531. إبراهيم نجيب سعد، المرجع السابق، ص 612. أحمد أبو الوفاء، المرجع السابق، ص 214.

المسألة الأولى: منح أجل للخصوم لإدخال الضامن: تنص المادة 204 ق إ م إ على أنه: "يمكن للقاضي أن يمنح أجلا للخصوم لإدخال الضامن". ويحدث ذلك عادة، في الحياة العملية، في فرضين: **أولهما:** عند حلول ميعاد نظر الدعوى الأصلية ولم تكن دعوى الإدخال في الضمان قد رفعت، ففي هذه الحالة يكون للمضمون تقديم طلب لتأجيل الدعوى الأصلية من أجل رفع دعوى الإدخال في الضمان. **ثانيهما:** إذا رفعت دعوى الإدخال في الضمان وحددت لنظرها جلسة حل بعد الجلسة المحددة لنظر الدعوى الأصلية ففي هذه الحالة يكون للمضمون طلب تأجيل الدعوى الأصلية للجلسة المحددة لنظر دعوى الإدخال في الضمان وضم الدعويين معا.

المسألة الثانية: منح أجل للضامن لتحضير دفاعه: تنص المادة 205 ق إ م إ على أنه: "يمكن للقاضي أن يمنح أجلا للضامن لتحضير وسائل دفاعه". فلكي يحقق الإدخال في الضمان وظيفته في تمكين الضامن من الدفاع في الخصومة للقاضي أن يمنحه، بناء على طلبه، أجلا لتحضير وسائل دفاعه تطبيقا لمبدأ احترام الحق في الدفاع للأطراف بما فيهم الضامن¹.

النقطة الثالثة: الحكم في الإدخال في الضمان: الأصل أن الحكم الصادر في الإدخال في الضمان يفصل في طلب الضمان والدعوى الأصلية بحكم واحد، ومع ذلك استثناءً يمكن الفصل في كل دعوى بحكم مستقل وذلك إذا دعت الضرورة إلى ذلك، ويرجع تقدير هذه الضرورة للسلطة التقديرية للقاضي²، وفي هذا المعنى نصت المادة 206 ق إ م إ على ما يلي: "يفصل القاضي في طلب الضمان وفي الدعوى الأصلية بحكم واحد إلا إذا دعت الضرورة الفصل فيهما كل على حدة".

النقطة الرابعة: آثار الإدخال في الضمان: لم يعالج المشرع الآثار المترتبة على الإدخال في الضمان، ومع ذلك يمكن القول – تبعا للفقهاء – أنه يترتب على ذلك وجود دعويين في الخصومة، الدعوى الأصلية بين الخصوم الأصليين ودعوى الإدخال في الضمان (دعوى الضمان الفرعية)، ومن ثم تصبح الخصومة ثلاثية الأطراف³.

أ- طالب الضمان (المضمون): وهو المدعي في دعوى الإدخال في الضمان، والمدعي أو المدعى عليه بحسب الأحوال في الدعوى الأصلية⁴، ويثير المركز القانوني لطالب الضمان تساؤلا حول ما إذا كان يجوز له الخروج من الدعوى الأصلية أم لا؟ والجواب يتوقف على نوع الضمان⁵، ذلك أن الضمان ينقسم، من هذه الزاوية، إلى نوعين⁶:

النوع الأول: ويسمى بالضمان البسيط *Garantie simple* ويوجد عندما يكون طالب الضمان طرفا في الخصومة الأصلية بسبب التزام شخصي يقع عليه في مواجهة خصمه فيها، وفي هذا النوع من الضمان لا يجوز لطالب الضمان أن يطلب إخراجه من الدعوى الأصلية، مثال ذلك أن يرفع الدائن دعوى على الكفيل فيقوم هذا الأخير بإدخال المدين ضامنا، ففي هذه الحالة لا يجوز للكفيل – باعتباره ملتزما شخصيا تجاه الدائن – أن يطلب إخراجه.

¹ عبد الرحمن بريارة، المرجع السابق، ص45.

² زينب شويحة، المرجع السابق، ص87.

³ أحمد هندي، المرجع السابق، ص464.

⁴ وجدي راغب فهمي، المرجع السابق، ص497.

⁵ لقد تناولت المادة 334 ق إ م فرنسي أنواع الضمان من هذه الزاوية حيث نصت على ما يلي: « La garantie est simple ou formelle selon que le demandeur en garantie est lui-même poursuivi comme personnellement obligé ou seulement comme détenteur d'un bien ».

⁶ فتحي والي، المرجع السابق، ص531-532. إبراهيم نجيب سعد، المرجع السابق، ص613-614.

النوع الثاني: ويسمى بالضمان الشكلي *Garantie formelle* ويوجد عندما يكون طالب الضمان طرفاً في الخصومة الأصلية باعتباره صاحب حق – عيني أو شخصي – نقل إليه من الضامن ونازعه الخصم الآخر في الدعوى الأصلية، وفي هذا النوع من الضمان يجوز لطالب الضمان أن يطلب إخراجه من الدعوى الأصلية، لأنه غير ملتزم تجاه الخصم الأصلي في الدعوى، وإنما رفعت عليه الدعوى باعتباره صاحب حق محل نزاع وقد حلّ الضامن محله للدفاع عن هذا الحق، مثال ذلك أن يرفع شخص دعوى استحقاق على المشتري فيقوم هذا الأخير بإدخال البائع كضامن، ففي هذه الحالة يجوز للمشتري أن يطلب إخراجه.

ويلاحظ أن خروج طالب الضمان من الدعوى الأصلية لا يترتب عليه زوال صفته كخصم في الدعوى الأصلية وكخصم في طلب الضمان، بدليل أن خروجه لم يمنع من الحكم عليه في الدعوى الأصلية عند الاقتضاء أو الحكم له عند الاقتضاء على الضامن، وغاية ما في الأمر أنه يتفادى الحكم عليه بمصاريف الدعوى الأصلية ليحكم بها مباشرة على الضامن¹.

ب- الضامن: هو المدعى عليه في دعوى الإدخال في الضمان، مما يجعله طرفاً في خصومة هذه الدعوى، وبالتالي يكون باستطاعته أن يقدم كل الدفع الخاصة بالتزامه بالضمان، ويترتب على ذلك أن الحكم الصادر في هذه الدعوى يكون حجة له أو عليه ويجوز له الطعن فيه، هذا من جهة، ومن جهة أخرى يكون الضامن أيضاً طرفاً في خصومة الدعوى الأصلية، ذلك أن طلب الضمان يكفي لجعله خصماً فيها، ويترتب على ذلك أنه يجوز له أن يبدي الدفع المتعلقة بالدعوى الأصلية ولو لم يتمسك بها طالب الضمان، ويكون الحكم الصادر في الدعوى الأصلية حجة له أو عليه ويجوز له الطعن فيه².

ج- الطرف الآخر في الدعوى الأصلية: وهو الطرف الذي يكون في مواجهة خصمين في الدعوى الأصلية، وهو في الأصل لا يستفيد من دعوى الإدخال في الضمان لأنه ليس طرفاً فيها، ومع ذلك قد يستفيد منها إذا وجد نص يقضي بذلك كما هو الحال في التشريع المصري إذ تنص المادة 121 من قانون المرافعات على أنه إذا أمرت المحكمة بضم طلب الضمان إلى الدعوى الأصلية يكون الحكم الصادر على الضامن عند الاقتضاء حكماً للمدعي الأصلي ولو لم يكن قد وجه إليه طلبات³.

ج2-2- التدخل الجبري بناء على أمر من القاضي: إذا كان يجوز التدخل الجبري بناء على طلب الخصوم، فإنه يجوز أيضاً بناء على أمر من القاضي من تلقاء نفسه، ومن ثم يكون الاختصاص، في هذه الحالة الأخيرة، قد تم رغماً عن إرادة الخصوم.

هذا النوع من التدخل الجبري كان محل نقد الفقه التقليدي، فمن ناحية أولى إن الاختصاص طلب عارض في الخصومة، ومن ثم لا يجوز أن يقدم هذا الطلب من القاضي، ومن ناحية ثانية إن إلزام أطراف الخصومة بإدخال الغير فيها يخالف مبدأ حرية الأطراف في تسيرها⁴.

ومع ذلك فإن الفقه الحديث يؤيد هذا النوع من التدخل الجبري، فمن ناحية أولى ليس الغرض منه طرح طلبات جديدة تعدل موضوع الدعوى أو سببها حتى نقول – كما قال الفقه التقليدي – إن الطلب لا يقدم من القاضي، وإنما الغرض منه تصحيح الدعوى وردها إلى وضعها

¹ رمزي سيف، المرجع السابق، ص338-339.

² وجدي راغب فهمي، المرجع السابق، ص498.

³ أحمد هندي، المرجع السابق، ص465.

⁴ فتحي والي، المرجع السابق، ص534.

الطبيعي الذي كان يجب أن تكون عليه لولا إهمال الخصوم أو تواطؤهم أو غشهم، وبهذا تستكمل الدعوى عناصرها ويستتير الحكم فيها، ومن ناحية ثانية إن مبدأ الخصومة ملوك للخصوم يسببونها كما يشاءون أصبح مبدأ مهجورا في الفقه الحديث وأعرضت عنه كثير من التشريعات الحديثة، بحيث خولت القاضي دورا إيجابيا في تسبب الخصومة، ومن أهم مظاهر ذلك السماح له بإدخال الغير في الخصومة¹.

وقد سارت التشريعات الحديثة على خطى الفقه الحديث إذ لم تتردد في الأخذ بالتدخل الجبري بناء على أمر من القاضي، ومن هذه التشريعات التشريع الجزائري، حيث أقر المشرع هذا النوع من التدخل في المادة 201 ق إ م إ - المقابلة للمادة 1/332 ق إ م فرنسي² - بحيث وضع قاعدة عامة في هذا المجال، وفيما يلي عرض لبيان حالاته وإجراءاته.

النقطة الأولى: حالات التدخل الجبري بأمر من القاضي: لم يبين المشرع الحالات التي يجوز فيها للقاضي أن يأمر بإدخال الغير من تلقاء نفسه، وإنما وضع قاعدة عامة، حيث نصت المادة 201 ق إ م إ على ما يلي: "يمكن للقاضي، ولو من تلقاء نفسه، أن يأمر أحد الخصوم، عند الاقتضاء، تحت طائلة غرامة تهديدية، بإدخال من يرى أن إدخاله مفيد لحسن سير العدالة أو إظهار الحقيقة". ويستفاد من هذا النص أن إدخال الغير في الخصومة بأمر من القاضي يكون لتحقيق أحد هدفين وهما: حسين سير العدالة أو إظهار الحقيقة.

وقبل استعراض هذين الهدفين لابد من الإشارة إلى ثلاث مسائل مهمة: الأولى: إن القانون لا يلزم القاضي بأن يكون الغير المراد إدخاله ممن يصح مخاصمته كطرف أصلي في الدعوى، كما فعل ذلك مع الخصوم عملا بالمادة 199 ق إ م إ. الثانية: إن إدخال الغير يتم في حدود الطلبات المرفوعة بها الدعوى، و لذلك فإن القاضي لا يستطيع أن يوجه طلبا للغير لم يقدمه الخصوم، وإنما يستطيع أن يوجه طلبات الخصوم نحو هذا الغير. الثالثة: إن مجرد إدخال الغير لا يجعله طرفا في الخصومة، فلكي يكون طرفا فيها لابد أن يوجه طلبا في الخصومة أو توجه إليه طلبات، وعندئذ يصدر الحكم في الطلب القضائي له أو عليه³.

الهدف الأول: حسن سير العدالة: المقصود بذلك هو إدخال الغير في الخصومة خدمة لمصلحة العدالة، فالأمر لا يتعلق بمجرد مصلحة المدعي أو المدعى عليه أو الغير، وإنما بمصلحة العدالة ذاتها، فقد يرى القاضي أن هناك أشخاصا كان من الواجب رفع الدعوى عليهم أو كان من الأفضل تواجدهم في الخصومة القائمة أمامه في حدود الطلبات المطروحة أمامه، فيأمر ولو من تلقاء نفسه بإدخالهم في الخصومة تحقيقا للسير الحسن للعدالة⁴، مثال ذلك الأمر بإدخال من كان مختصما في الدعوى في مرحلة سابقة أو من تربطه بأحد الخصوم رابطة تضامن أو حق أو التزام لا يقبل التجزئة أو الوارث مع المدعي أو المدعى عليه أو الشريك على الشيوع لأي منهما إذا كانت الدعوى متعلقة بالتركة قبل قسمتها أو بعدها أو بالشيوع⁵.

¹ رمزي سيف، المرجع السابق، ص326. إبراهيم نجيب سعد، المرجع السابق، ص600. فتحي والي، المرجع السابق، ص534-535. وجدي راغب فهمي، المرجع السابق، ص499-500.

² Art 332/1: « Le juge peut inviter les parties à mettre en cause tous les intéressés dont la présence lui paraît nécessaire à la solution du litige ».

³ أحمد أبو الوفاء، المرجع السابق، ص217-219.

⁴ نبيل إسماعيل عمر، قانون أصول المحاكمات المدنية، المرجع السابق، ص308.

⁵ إبراهيم نجيب سعد، المرجع السابق، ص601.

الهدف الثاني: إظهار الحقيقة: المقصود بذلك الوصول إلى الحقيقة في الخصومة القائمة، بحيث يختصم القاضي الغير الذي من شأن اختصاصه تسهيل الحكم في الدعوى، مثال ذلك إلزام الغير بتقديم مستند تحت يده أو مساعدة أحد الأطراف أو سؤاله¹.

النقطة الثانية: إجراءات التدخل الجبري بناء على أمر من القاضي: بالرجوع إلى المادة 201 ق إ م يظهر واضحا أن القاضي لا يوجه أمره مباشرة للغير لإدخاله في الخصومة، وإنما يوجه أمره لأحد الخصوم من أجل إدخال الغير في الخصومة، واستنادا إلى المادة 3/194 ق إ م الواردة في الأحكام العامة للتدخل يتعين على الخصم المأمور بإدخال الغير أن يسلك الإجراءات العادية في رفع الدعوى، أي بعريضة مكتوبة ومؤرخة وموقعة تودع بأمانة الضبط أين يتم قيدها بعد دفع الرسوم المحددة قانونا، ويتم إعلانها للغير.

ويتعين على القاضي أن يحدد أجلا لحضور من أمر بإدخاله ومن يقوم من الخصوم بذلك، وهو في التشريع المصري، حسب المادة 2/118 مرافعات لا يجاوز ثلاثة أسابيع، وللقاضي حسب المادة 201 ق إ م أن يأمر بإدخال الغير تحت غرامة تهديدية، ولكن النص سكت عن تحديد الجهة القضائية المختصة بتصفيته، ويبدو أنه سكوت متعمد إذ لا شك أنه القاضي الذي أمر بذلك، ومع ذلك يعاب على المادة سكوتها عن تحديد الجهة التي ستؤول إليها الغرامة بعد تحويلها إلى تعويض، فهل تؤول للخصم الآخر أم للخرينة العامة؟ يرى بعض الفقه - بحق - أنه كان على المشرع أن يحدد الغرامة التهديدية بحدها الأدنى والأقصى وينص على أنها تؤول للخرينة العامة، وبذلك يصبح النص قابلا للتطبيق².

2- النظام القانوني للطلبات العارضة: المقصود بالنظام القانوني للطلبات العارضة في هذا المقام بيان القواعد العامة التي تخضع لها الطلبات العارضة عموما بغض النظر عن اختلاف أنواعها، ويشمل ذلك بيان شروط قبولها وإجراءات تقديمها والمحكمة المختصة بنظرها والحكم فيها.

أ- شروط قبول الطلبات العارضة: باعتبار الطلبات العارضة من جملة الطلبات القضائية، وهذه الأخيرة تعد من وسائل استعمال الدعوى، فإنه يشترط في قبولها ما يشترط في قبول الدعوى ذاتها من شروط، بمعنى أنه يشترط لقبولها المصلحة والصفة، وهذا ما نص عليه المشرع صراحة في المادة 2/194 ق إ م فيما يخص طلبات التدخل مع أنه ينطبق على جميع الطلبات العارضة بما فيه الطلبات الإضافية والطلبات المقابلة، حيث نصت المادة المذكورة على أنه: "لا يقبل التدخل إلا ممن توفرت فيه الصفة والمصلحة"، هذا من ناحية أولى، ومن ناحية ثانية يشترط لقبول الطلبات العارضة أيضا وجود ارتباط كاف بينها وبين الإدعاءات الأصلية، وهذا ما نص عليه المشرع صراحة في المادة 2/25 ق إ م حيث نصت على ما يلي: "غير أنه يمكن تعديله بناء على تقديم طلبات عارضة إذا كانت هذه الطلبات مرتبطة بالإدعاءات الأصلية"، وأكد عليه بالنسبة لطلبات التدخل في المادة 195 ق إ م حيث نصت على أنه: "لا يقبل التدخل ما لم يكن مرتبطا ارتباطا كافيا بادعاءات الخصوم"، وأخيرا لا بد أن تقدم هذه الطلبات قبل إقفال باب المرافعات، وهو ما نص عليه المشرع صراحة في المادة 200 ق إ م بالنسبة لإدخال الغير في الخصام، حيث قضت بأنه: "يجب إدخال الغير قبل إقفال باب المرافعات"، مع أنه ينطبق على جميع الطلبات العارضة بما فيها الطلبات الإضافية والطلبات العارضة والتدخل الاختياري.

¹ فتحي والي، المرجع السابق، ص 536-537.

² عمر زودة، الطلب القضائي العارض على ضوء أحكام القانون الجديد، المقال السابق، ص 481.

ب- إجراءات تقديم الطلبات العارضة: لم يبيّن المشرع الإجراءات المتبعة لتقديم الطلبات الإضافية والطلبات العارضة، في حين أنه بيّن ذلك بالنسبة للتدخل بنوعيه الاختياري والجبري.

ب1- بالنسبة للطلبات الإضافية والطلبات المقابلة: أمام سكوت المشرع عن بيان إجراءات تقديم الطلبات الإضافية والطلبات المقابلة، في قانون الإجراءات المدنية الملغى وفي قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد، كان الفقه الجزائري يقرر، في ظل القانون الملغى، بأن الطلبات العارضة تقدم "في شكل عريضة مكتوبة في الجلسات المقررة لنظر الدعوى، بحضور الخصم الذي يتسم نسخة منها، ولا يستدعي تبليغها عن طريق محضر قضائي... كما يجوز تقديم بعضها شفاهة وهو أمر نادر الوقوع عملاً"¹، وفي ظل القانون الجديد يرى الفقه الجزائري أنها "تقدم بواسطة مذكرة مكتوبة في حضور الخصم الآخر، وإذا كان غائبا عن الجلسة بعد أن حضر الجلسة الأولى، فلا تقبل إلا إذا بلغ بها، ولا يجب أن يقضى بها عليه في غيبته، لأن ذلك سيمس حقوق الدفاع، مما يترتب عليه بطلان العمل الإجرائي"².

ب2- بالنسبة للتدخل: نصت المادة 3/194 ق إ م إ على ما يلي: "يتم التدخل تبعا للإجراءات المقررة لرفع الدعوى". هذا النص ورد في الأحكام العامة للتدخل ومن ثم فهو يسري على التدخل بنوعيه الاختياري والجبري، وعلى ذلك فإن طلبات التدخل تكون وفق عريضة مكتوبة موقعة ومؤرخة تودع بأمانة الضبط تتضمن البيانات المحددة في المادة 15 ق إ م إ، وتقيّد في سجل خاص بعد دفع الرسوم المحددة قانونا، ويتم إعلانها للخصم الآخر وفق أحكام المادة 18 ق إ م إ مع مراعاة مواعيد الحضور. وللتذكير فإن هذه الإجراءات يجب أن يتبناها المتدخل في الخصام ومن يرغب في إدخال الغير في الخصام ومن كلفه القاضي بإدخال الغير في الخصام.³

ج- المحكمة المختصة بنظر الطلبات العارضة: إن المحكمة المختصة بنظر الطلب الأصلي هي التي تكون مختصة بنظر الطلبات العارضة، على أساس أن قاضي الطلب الأصلي يختص بالطلبات العارضة⁴، ولكن يشترط أن تكون هذه المحكمة مختصة بالطلبات العارضة نوعيا ووظيفيا، بمعنى يجب أن تكون الطلبات العارضة في حدود الاختصاص النوعي والوظيفي لمحكمة الطلب الأصلي⁵.

ويلاحظ أنه لا يشترط أن تكون محكمة الطلب الأصلي مختصة اختصاصا إقليميا بالطلبات العارضة، لأن الاعتبار التي تبرر قبول الطلبات العارضة لوجود ارتباط بين الطرفين تفوق في الأهمية الاعتبار التي وضعت من أجلها قواعد الاختصاص الإقليمي⁶، وقد نص المشرع على ذلك صراحة في المادة 202 ق إ م إ – المقابلة للمادة 333 ق إ م فرنسي⁷، حيث قضت بأنه: "لا يجوز للغير المدخل في الخصام أن يثير الدفع بعدم الاختصاص الإقليمي للجهة القضائية المكلف

¹ بوشير محند أمقران، المرجع السابق، ص125.

² عمر زودة، الطلب القضائي العارض على ضوء أحكام القانون الجديد، المقال السابق، ص485.

³ زينب شويحة، المرجع السابق، ص75.

⁴ رشيدة حدادي، المرجع السابق، ص167.

⁵ عمر زودة، الطلب القضائي العارض على ضوء أحكام القانون الجديد، المقال السابق، ص484.

⁶ إبراهيم نجيب سعد، المرجع السابق، ص592-593.

⁷ Art 333: « Le tiers mis en cause est tenu de procéder devant la juridiction saisie de la demande originaire, sans qu'il puisse décliner la compétence territoriale de cette juridiction, même en invoquant une clause attributive de compétence ».

بالحضور أمامها حتى ولو استند على شرط محدد للاختصاص"، ورغم تعلق هذه المادة بإدخال الغير في الخصام فإنه، بدون أدنى شك، تطبق على جميع الطلبات العارضة لاتحاد العلة¹.

ويقرر التشريع المصري في المادة 60 من قانون المرافعات استثناء على جواز مخالفة قواعد الاختصاص الإقليمي يتعلق بدعوى الضمان الفرعية، حيث يجوز للضامن أن يدفع بعدم اختصاص المحكمة إقليمياً بنظر الطلب العارض إذا أثبت أن الغرض من رفع دعوى الضمان الفرعية كان من أجل جلبه أمام محكمة غير محكمته، مثال ذلك إذا رفع المشتري دعوى بفسخ البيع الذي تم على يد وسيط أمام المحكمة الكائن بدائرتها موطن الوسيط فأدخل هذا الأخير البائع ضامناً في الدعوى، فمن الواضح ألا شأن للوسيط بدعوى الفسخ وإنما رفعت الدعوى عليه أصلاً لإمكان جلب البائع أمام محكمة غير محكمته².

د- الحكم في الطلبات العارضة: الأصل أن يتم الفصل في الطلب الأصلي والطلبات العارضة بحكم واحد، ومع ذلك يمكن، استثناءً، أن تدفع الضرورة القاضي أن يحكم في كل طلب على حدة، أي على وجه الاستقلال، وفي هذا المعنى نصت المادة 206 ق إ م إ على أنه: "يفصل القاضي في طلب الضمان وفي الدعوى الأصلية بحكم واحد إلا إذا دعت الضرورة للفصل فيها كل على حدة"، ورغم تعلق هذه المادة بدعوى الضمان الفرعية (الإدخال في الضمان) فلاشك أنها تطبق على جميع الطلبات العارضة باعتبار دعوى الضمان الفرعية مجرد تطبيق للتدخل الجبري بناء على طلب الخصوم، وهذا الأخير ما هو إلا نوع من أنواع الطلبات العارضة³.

ويرى الفقه أن الفصل في كل طلب على حدة يحدث، من الناحية العملية، في حالتين⁴:

الأولى: تفصل المحكمة في الطلب الأصلي وحده إذا كان مهياً للفصل فيه، وقد كانت المادة 96 ق إ م الملغى تنص على أنه لا يصح أن يترتب على إبداء الطلبات العارضة في هذه الحالة إرجاء الحكم في الطلب الأصلي.

الثانية: يفصل في الطلب العارض أولاً إذا كانت طبيعته تتطلب ذلك، كما لو كان محل الطلب العارض مسألة ينبغي الفصل فيها قبل الفصل في الموضوع.

وللإشارة إذا حكم بعدم قبول الدعوى الأصلية أو بعدم اختصاص المحكمة بنظرها أو ببطلان عريضة الدعوى أو باعتبار الدعوى كأن لم تكن سقط الطلب العارض تبعاً لذلك، إذ الفرع يتبع الأصل، وفي هذه الحالة يمتنع على القاضي الفصل فيه وحده، ولكن إذا كان هذا الطلب العارض قد رفع طبقاً للإجراءات المتبعة في رفع الدعاوى وكانت المحكمة مختصة بالنظر فيه، فإنه يبقى قائماً وتنظر المحكمة فيه باعتباره طلباً أصلياً⁵.

الفرع الثاني: آثار الطلب القضائي: باعتبار الطلب القضائي وسيلة من وسائل مباشرة الدعوى، فإنه يترتب عليه نوعان من الآثار، آثار مباشرة تعبر عن الجانب الإجرائي، وآثار غير مباشرة تعبر عن الجانب الموضوعي.

¹ عمر زودة، الطلب القضائي العارض على ضوء أحكام القانون الجديد، المقال السابق، ص484.

² رمزي سيف، المرجع السابق، ص340.

³ عمر زودة، الطلب القضائي العارض على ضوء أحكام القانون الجديد، المقال السابق، ص486.

⁴ بوشير محند أمقران، المرجع السابق، ص125.

⁵ إبراهيم نجيب سعد، المرجع السابق، ص594. وجدي راغب فهمي، المرجع السابق، ص411. رمزي سيف، المرجع السابق، ص342.

أولاً: الآثار المباشرة (الإجرائية) للطلب القضائي: هذه الآثار مباشرة لأنها ترتبط أصلاً بتحريك النشاط القضائي لا بالحق بالمراد حمايته، وهي تعتبر إجرائية لأنها تؤدي إلى إنشاء الخصومة مما يفرض على القاضي وأعوانه والخصوم السير في إجراءاتها حتى نهايتها، وهي تتمثل في النقاط التالية:

1- إنشاء الخصومة: يترتب على تقديم الطلب القضائي – والمقصود الطلب الأصلي – إلى المحكمة افتتاح الأعمال الإجرائية وتتابعها من الخصوم والقاضي على حد سواء إلى غاية إصدار حكم في الدعوى، وهذا ما يطلق عليه فقها وقانونا اصطلاح "الخصومة"¹، وسيأتي معنا بيان طبيعة الخصومة، من الناحية القانونية، والأعمال المكوّنة لها. وللإشارة إذا كان مجرد تقديم الطلب الأصلي إلى المحكمة ينشئ الخصومة إلا أن هذه الأخيرة لا تعد منعقدة في مواجهة المدعى عليه إلا بإجراء لاحق هو إعلان عريضة الطلب إليه أو حضوره الجلسة².

2- إلزام القاضي بالفصل في الطلبات المقدمة إليه: يترتب على تقديم الطلب القضائي التزام القاضي بالفصل في جميع الطلبات المقدمة إليه، ويرجع ذلك إلى منع الشخص من اقتضاء حقه بنفسه، فمع زوال الفصاص لم يعد للشخص من سبيل في طلبه للحماية إلا اللجوء إلى القضاء ومن ثم يتعين على هذا القضاء الفصل في طلبات المتقاضين³.

ولا يعني إلزام القاضي بالفصل في الطلبات المقدمة إليه إلزامه بالفصل في موضوع الدعوى، فإن هذا الأمر متوقف على توافر شروطها، وإنما يلزم القاضي بالنظر في الطلب وإصدار حكم فيه ولو ببطلانه أو عدم قبول الدعوى وإلا اعتبر مرتكباً لجريمة إنكار العدالة⁴.

ويتعين على القاضي الفصل في الطلبات المقدمة إليه حتى ولو لم يجد نصاً أو عرفاً أو مبدأ يحكم النزاع لأنه في هذه الحالة يتوجب عليه التصرف كما لو كان مشرعاً في القضية المطروحة أمامه، فيجتهد في وضع النص القانوني الذي يراه مناسباً لحل النزاع يستوحيه من موجّهات عامة كاعتبارات العدالة أو اعتبارات القانون الطبيعي مثلاً⁵.

3- تحديد سلطة القاضي بما ورد في الطلب: إن سلطة القاضي تتحدد فيما يتعين عليه الفصل فيه بما قُدّم إليه من طلبات، وانطلاقاً من هذا لا يجوز له الحكم فيما لم يطلبه الخصوم، كما لا يجوز له الحكم بأكثر مما طلبه الخصوم، وقد كان قانون الإجراءات المدنية الملغى يجيز في مثل هذه الأحوال حسب المادة 2/194 الطعن في الحكم بطريق التماس إعادة النظر⁶، لكن المشرع في ظل قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد أعاد تنظيم التماس إعادة النظر وحذف منه الحالة المذكورة أعلاه، وأصبحت وجهاً من أوجه الطعن بالنقض حسب المادة 16/358 ق إ م⁷.

وإذا كان ممتنعاً على القاضي تغيير نطاق الخصومة فإن المشرع أجاز له تعديل نطاقها من حيث أطرافها، وذلك بأن سمح له، ولو من تلقاء نفسه، حسب المادة 201 ق إ م بإدخال

¹ أحمد هندي، المرجع السابق، ص 424.

² أحمد خليل، أحمد هندي ونبيل إسماعيل عمر، المرجع السابق، ص 281.

³ إبراهيم نجيب سعد، المرجع السابق، ص 579.

⁴ وجدي راغب فهمي، المرجع السابق، ص 509.

⁵ نبيل إسماعيل عمر، الوسيط في المرافعات المدنية والتجارية، المرجع السابق، ص 274.

⁶ عمر زودة، المرجع السابق، ص 294.

⁷ عبد الرحمن بربارة، المرجع السابق، ص 270.

الغير في الخصومة إذا كان ذلك مفيدا للسير الحسن للعدالة أو لإظهار الحقيقة، هذا من ناحية أولى، ومن ناحية ثانية إذا كان موضوع النزاع يحدد حسب المادة 1/25 ق إ م إ بادعاءات الخصوم ومذكرات الرد، فإنه يجوز تعديله حسب المادة 2/25 ق إ م إ عن طريق الطلبات العارضة إذا كانت هذه الأخيرة مرتبطة بالإدعاءات الأصلية.

4- نزع الاختصاص عن باقي المحاكم: يترتب على تقديم الطلب القضائي إلى محكمة مختصة به نزع الاختصاص عن باقي المحاكم ومن ثم إذا رفعت الدعوى بعد ذلك إلى محكمة أخرى مختصة بحسب الأصل، جاز في هذه الحالة الدفع بالإحالة إلى المحكمة التي رفعت إليها الدعوى أولا¹، والعلة في ذلك منع عرض النزاع على محكمتين مختصتين بنظره حتى لا تصدر أحكام متعارضة في نفس الموضوع، هذا فضلا عما يترتب على ذلك من بذل جهد ونفقات دون فائدة وشغل محكمتين بنظر نزاع واحد².

5- اكتساب أطراف الطلب القضائي المركز القانوني للخصم: يكتسب كل من أطراف الدعوى (الطالب والموجه ضده الطلب) أي المدعي والمدعى عليه المركز القانوني للخصم بما يتضمنه هذا المركز من حقوق وواجبات، وإن كان المدعى عليه لا يمكنه مباشرة هذا المركز إلا بعد إعلانه بعريضة الطلب³.

وإلى جانب كل هذه الآثار الإجرائية المهمة تترتب على الطلب القضائي آثار أخرى "إذ تتولد للخصوم حقوق إجرائية في تقديم العديد من الدفوع، كما أن هذا الطلب يفتح الباب للعديد من الواجبات الإجرائية التي تقع على عاتق الخصوم كواجب موالاة الخصومة بالنسبة للمدعي وواجب الحضور بالنسبة للمدعى عليه وواجب المحضر القيام بالإعلان، وإمكانية تدخل الغير واختصامه"⁴.

ثانيا: الآثار غير المباشرة (الموضوعية) للطلب القضائي: هذه الآثار غير مباشرة لأنها لا ترتبط بتحريك النشاط القضائي، وإنما تتصل بالحق الموضوعي المدعى المراد حمايته، وهي من هذه الزاوية تلعب دورا تحفظيا بالنسبة لهذا الحق، ذلك أن الخصومة قد تستغرق وقتا، مما يتعين معه حماية صاحب الحق من الأضرار التي قد تلحقه بسبب التأخر في الفصل في الدعوى. وتتمثل هذه الآثار في النقاط التالية:

1- قطع التقادم: بمجرد تقديم الطلب القضائي ينقطع التقادم الذي يسري لمصلحة المدعى عليه ولو تم تقديم هذا الطلب إلى محكمة غير مختصة حسب المادة 317 ق م⁵ ويبقى التقادم منقطعاً ما بقيت الخصومة إلى غاية أن يحكم فيها، ولا يخرج الحكم الصادر فيها عن الفرضيات التالية⁶:

الأولى: إذا صدر الحكم بقبول طلب المدعي، فإنه تبدأ مدة تقادم جديدة خاصة بالحق الوارد في الحكم القضائي.

¹ وجدي راغب فهمي، المرجع السابق، ص 510.

² إبراهيم نجيب سعد، المرجع السابق، ص 584.

³ وجدي راغب فهمي، المرجع السابق، ص 510.

⁴ أحمد هندي، المرجع السابق، ص 426.

⁵ بوبشير محند أمقران، المرجع السابق، ص 123.

⁶ عمر زودة، المرجع السابق، ص 295.

الثانية: إذا صدر الحكم برفض طلب المدعي، فإنه لا يمكن الكلام عن مدة التقادم، إذ أن هذا الحكم يعني أنه لم يكن للمدعي حق تسري عليه مدة تقادم.

الثالثة: إذا انقضت الخصومة بحكم قبل الفصل في الموضوع أو بالتنازل عن الخصومة أو حكم بسقوطها، فإن التقادم يعتبر كأن لم ينقطع.

2- إعدار المدعى عليه: يقصد بالإعذار وضع المدين موضوع المقصر في تنفيذ التزامه بإثبات تأخره في الوفاء به، وهو يتم حسب المادة 180 ق م بإعذار المدين أو بما يقوم مقام الإنذار، ويندرج الطلب القضائي ضمن عبارة "ما يقوم مقام الإنذار"، وعلى ذلك فإن الطلب القضائي يعد بمثابة إعذار للمدعى عليه، ومنذ هذا التاريخ يصبح هذا الأخير مسؤولاً عن التعويض لتأخره في تنفيذ التزامه ما لم ينص القانون على غير ذلك حسب المادة 179 ق م¹.

3- توارث بعض الحقوق غير القابلة للانتقال: يترتب على تقديم الطلب القضائي توارث بعض الحقوق، التي رفع بشأنها طلب قضائي، والتي هي في الأصل لا تنتقل من السلف إلى الخلف، بمعنى أن هذه الحقوق لا تنتقل إلى الخلف إذا توفي السلف قبل المطالبة بها أمام القضاء، ولكنه إذا توفي بعد المطالبة بها أمام القضاء فإن الخصومة لا تنتضي بل تستمر في مواجهة الورثة بشرط ألا يتعلق الأمر بحق من الحقوق اللصيقة بالشخصية كدعوى التظليق مثلاً².

وإلى جانب هذه الآثار الأساسية هناك آثار أخرى نذكر منها ما يلي: التزام من تسلم غير المستحق برد الثمار من يوم رفع الدعوى (المادة 3/147 ق م)، ويصبح الحق محل الدعوى متنازعا فيه (المادة 2/400 ق م)³.

المطلب الثاني: الدفع Les exceptions: إذا كانت الطلبات تمثل الوسيلة الهجومية لمباشرة الدعوى، فإن الدفع تمثل وسيلتها الدفاعية، لهذا يطلق اصطلاح الدفع في معناه العام على جميع وسائل الدفاع *Moyens de défense* "التي يجوز للخصم أن يستعين بها لجيب على دعوى خصمه، بقصد تفادي الحكم لخصمه بما يدّعيه سواء أكانت هذه الوسائل موجهة إلى الخصومة أو بعض إجراءاتها أو موجهة إلى أصل الحق المدعى به أو إلى سلطة الخصم في استعمال دعواه منكرًا إياها"⁴.

وعلى ذلك فإن الدفع - في نظر الفقه - هو الإجراء أو الوسيلة التي يتقدم بها الخصم إلى القاضي رداً على طلب خصمه بقصد تفادي الحكم عليه بما يدّعيه هذا الخصم سواء أكانت هذه الوسيلة موجهة إلى شكل الطلب أو الخصومة التي نشأت عن تقديمه أو كانت موجهة إلى أصل الحق المدعى به أو إلى حق الخصم في استعمال دعواه منكرًا إياه⁵.

وباعتبار الدفع وسيلة من وسائل مباشرة الدعوى، فإنه يشترط لقبوله ما يشترط لقبول الدعوى ذاتها، بمعنى أنه يشترط فيه المصلحة والصفة، ومن ثم جرى الفقه على القول بأنه يشترط في الدفع أن يكون "قانونياً، أي أن يكون موضوعه التمسك بحق أو مركز قانوني

¹ بوشير محند أمقران، المرجع السابق، ص 124.

² إبراهيم نجيب سعد، المرجع السابق، ص 587.

³ بوشير محند أمقران، المرجع السابق، ص 124.

⁴ أحمد أبو الوفاء، نظرية الدفع في قانون المرافعات، منشأة المعارف، الإسكندرية، ط5، 1977، ص 11.

⁵ إبراهيم نجيب سعد، المرجع السابق، ص 637.

موضوعي أو إجرائي¹، ويجب أن يكون جوهرياً، أي متعلقاً بموضوع الدعوى أو إجراءاتها ومؤثراً فيها بحيث يؤدي لو صح إلى تغيير وجه الحكم فيها²، كما يجب توافر الصفة في الدفع، أي أن يتمسك بالدفع شخص خوله القانون ذلك، أي من كان طرفاً في الحق المدعى أو لمن له صفة غير عادية أو لصاحب الحق الإجرائي، وإن كان للمحكمة أن تثير بعض الدفع من تلقاء نفسها وذلك إذا تعلقت هذه الدفع بالنظام العام³.

وإضافة إلى هذه الشروط العامة يشترط لقبول الدفع – باعتباره حقا إجرائيا – ألا يكون قد سقط بسبب تجاوز الحدود القانونية المقررة لمباشرته، وعلى هذا الأساس يكون الدفع غير مقبول إذا لم يبد في ترتيبه في الإجراءات أو إذا تنازل عنه صاحبه صراحة أو ضمناً أو إذا سبق الفصل فيه بحكم قطعي أثناء الخصومة ذاتها⁴.

وانطلاقاً من تعريف الدفع المذكور أعلاه يظهر أن الدفع تنقسم، بحسب وجه المنازعة التي تثيرها، إلى دفع يُنازع بها في الحق المدعى به في الدعوى أي في موضوع الدعوى وتسمى الدفع الموضوعية، ودفع يُطعن بها على صحة الخصومة أو شكلها وتسمى الدفع الشكلية (الإجرائية)، ودفع يُنازع بها في حق رافع الدعوى في رفعها، أي في قبول الدعوى وتسمى الدفع بعدم القبول⁵.

وقد نظم المشرع الجزائري هذه الدفع الثلاثة بدقة في قانون الإجراءات المدنية والإدارية تحت عنوان: **في وسائل الدفاع**، بحيث نظم الدفع الموضوعية في المادة 48 ق إ م إ، والدفع الشكلية في المادتين 49 و 50 ق إ م إ وذكر بعض صورها في المواد من 51 إلى 66 ق إ م إ، وأخيراً الدفع بعدم القبول في المواد من 67 إلى 69 ق إ م إ.

وللإشارة فإن للتمييز بين هذه الدفع الثلاثة أهمية كبيرة من الناحية الإجرائية، ذلك لأن لكل منها نظامه الإجرائي الذي يحكمه من حيث الوقت المعين لإثارته ومدى سلطة المحكمة في إثارته من تلقاء نفسها وحجية الحكم الصادر فيه ومدى استنفاد المحكمة لولايتها عند نظر النزاع على أثر الفصل فيه وغير ذلك من الأمور الإجرائية المهمة⁶.

الفرع الأول: الدفع الموضوعية *Défenses au fond*: عالج المشرع الدفع الموضوعية في المادة 48 ق إ م إ، فبين المقصود بها والنظام القانوني الذي تخضع له، وفيما يلي نعرض لتعريفها وأنواعها ونظامها القانوني.

أولاً: تعريف الدفع الموضوعية: يعرف الفقه الدفع الموضوعي بأنه وسيلة الدفاع التي يلجأ إليها المدعى عليه (الشخص الموجه إليه الطلب) ليثبت أن ادعاء خصمه على غير أساس⁷ أو هو الذي الذي يوجه إلى الحق موضوع الدعوى بغرض الحكم برفض الدعوى كلياً أو جزئياً⁸ أو هو ما يجيب به الخصم على خصمه بهدف رفض هذا الطلب بعد بحث الحق في الموضوع⁹.

¹ وهذا ما يمثل المصلحة القانونية.

² وهذا ما يمثل المصلحة القائمة.

³ أحمد هندي، المرجع السابق، ص 470.

⁴ وجدي راغب فهمي، المرجع السابق، ص 414.

⁵ رمزي سيف، المرجع السابق، ص 344.

⁶ أحمد خليل، أحمد هندي ونبيل إسماعيل عمر، المرجع السابق، ص 305.

⁷ إبراهيم نجيب سعد، المرجع السابق، ص 639.

⁸ وجدي راغب فهمي، المرجع السابق، ص 414.

⁹ أحمد خليل، أحمد هندي ونبيل إسماعيل عمر، المرجع السابق، ص 305.

وقد عرّف المشرع الدفوع الموضوعية في المادة 48 ق إ م¹ – المقابلة للمادة 71 ق إ م فرنسي² – بأنها "وسيلة تهدف إلى دحض ادعاءات الخصم..."، وبهذا التعريف يكون المشرع قد أخذ الدفع الموضوعي بمعنى واسع، فهو يشمل من ناحية أولى إنكار الواقعة المنشئة للحق المدعى به، مثال ذلك تمسك المدعى عليه بإنكار العقد مصدر الالتزام المطلوب منه، ومن ناحية ثانية إنكار ما لمصدر الحق من قدرة على إنتاج آثاره القانونية لوجود سبب أو ظرف معاصر له يمنع ذلك ويكون من شأنه شل هذه الواقعة، مثال ذلك تمسك المدعى عليه بعيب من عيوب الإرادة كالغلط أو التدليس في العقد مصدر الالتزام، ومن ناحية ثالثة التمسك بواقعة مانعة أو منهيّة من شأنها استبعاد الواقعة للحق المدعى به، مثال ذلك التمسك بالوفاء أو المقاصة³.

ويستوي، في نظر المشرع، أن تكون الواقعة المانعة أو المنهيّة من الوقائع التي للمحكمة أن تثيرها من تلقاء نفسها أو من تلك التي تحدث أثرها بغير إرادة المدعى عليه، ففي الحالتين يطلق على تمسك المدعى عليه بها اصطلاح الدفع الموضوعي⁴.

ثانياً: أنواع الدفوع الموضوعية: يميّز الفقه، من حيث موقف مقدم الدفع، بين الدفوع الإيجابية والدفوع السلبية، ومن حيث الأشخاص الذين لهم حق التمسك بالدفع بين الدفوع بالمعنى الدقيق والدفوع بالمعنى الواسع⁵.

1- من حيث موقف مقدم الدفع: تنقسم الدفوع الموضوعية، من هذه الزاوية، إلى دفوع إيجابية ودفوع سلبية على النحو الآتي⁶:

أ- الدفوع الإيجابية: هي الدفوع التي تتضمن تأكيد واقعة مانعة أو منهيّة للحق المدعى به بغرض رفض الدعوى، مثال الدفع بواقعة مانعة من نشوء الحق الدفع ببطلان العقد لعدم مشروعية السبب، ومثال الدفع بواقعة منهيّة للحق الدفع بالوفاء أو المقاصة القانونية.

ب- الدفوع السلبية: هي الدفوع التي تقتصر على مجرد إنكار الوقائع المدعاة أو إنكار أثرها القانوني، مثال إنكار الوقائع المدعاة إنكار الخطأ أو الضرر في دعوى التعويض عن الفعل الضار، ومثال إنكار الأثر القانوني للوقائع المدعاة إنكار اعتبار عقد البيع المبرم بين الطرفين مرتباً على عاتق البائع الالتزام بالضمان.

وتظهر أهمية التمييز بين هذين النوعين من الدفوع في أن الدفوع الإيجابية تتضمن التمسك بواقعة جديدة ومن ثم يقع عبء إثباتها على مقدم الدفع ولو كان هو المدعى عليه، أما في الدفوع السلبية فإنه لا يقع على مقدمها عبء إنكاره للوقائع، وإنما يجب على المدعي إثبات الوقائع التي يدّعيها.

2- من حيث الأشخاص الذين لهم حق التمسك بالدفع: تنقسم الدفوع، من هذه الزاوية، إلى دفوع بالمعنى الدقيق ودفوع بالمعنى الواسع¹.

¹ تنص المادة 50 ق إ م لبناني على ما يلي: "الدفاع هو كل سبب يرمي به الخصم إلى رد طلب خصمه لعدم صحته بعد بحث الحق في الموضوع".

² Art 71: « Constitue une défense au fond tout moyen qui tend à faire rejet comme non justifiée, après examen au fond du droit, la prétention de l'adversaire ».

³ إبراهيم نجيب سعد، المرجع السابق، ص 639.

⁴ فتحي والي، المرجع السابق، ص 686.

⁵ بوشير محند أمقران، المرجع السابق، ص 143-144.

⁶ وجدي راغب فهمي، المرجع السابق، ص 415.

أ- **الدفع بالمعنى الدقيق:** هي سلطة للمدعى عليه في تأكيد واقعة مانعة أو منهيّة للواقعة المنشئة التي أكدها المدعى ليس من شأنها رفض الدعوى ما لم يتمسك بها المدعى عليه، مثالها الدفع بالغلط أو نقص الأهلية أو المقاصة أو التقادم.

ب- **الدفع بالمعنى الواسع:** هي الدفع التي يجب على القاضي أخذها في اعتباره من تلقاء نفسه ما دامت قد قدمت إليه ضمن مستندات القضية، ولا يكون التمسك بها من جانب المدعى عليه سوى مجرد تقديم واقعة للقاضي لم تقدم إليه أو مجرد لفت نظره إلى واجبه بالنسبة لها، مثالها الدفع بالوفاء أو عدم مشروعية سبب العقد.

وتظهر أهمية التمييز بين هذين النوعين من الدفع من ناحيتين، فمن ناحية أولى إن الدفع بالمعنى الدقيق تقبل التنازل عنها، في حين أن الدفع بالمعنى الواسع لا تقبل ذلك، ومن ناحية ثانية تخضع الدفع بالمعنى الدقيق لنظام التقادم، في حين أن الدفع بالمعنى الواسع لا تخضع لذلك تطبيقاً لقاعدة الدفع لا تتقدم².

ثالثاً: النظام القانوني للدفع الموضوعية: تخضع الدفع الموضوعية للنظام القانوني الآتي:

1- من حيث بيانها وتنظيمها: تخضع الدفع الموضوعية، من حيث بيانها وتنظيمها، لقواعد القانون الموضوعي التي تقرّر الحقوق، ذلك أن هذه الدفع، في حقيقتها، موجهة إلى الحق موضوع الدعوى، وعلى هذا الأساس لا تدخل هذه الدفع تحت حصر، فهي تختلف في كل دعوى باختلافها ظروفها³.

2- من حيث وقت الإدلاء بها: يجوز، حسب المادة 48 ق إ م⁴، إبداء الدفع الموضوعية "في أية مرحلة كانت عليها الدعوى"⁵ ولو لأول مرة أمام المجلس القضائي⁶، كما أنه لا يترتب على إبداء بعضها اعتبار المدعى عليه متنازلاً ضمناً عن غيرها⁷، والعلة في كل هذا هي ضرورة احترام قواعد العدالة وحقوق الدفاع، إذ أن هذه القواعد الأخيرة تقتضي السماح بإبداء أية وسيلة من شأنها رفض دعوى خصمه في أية مرحلة كانت عليها الدعوى⁸.

ولا يعد هذا النظام خرقاً لقاعدة التقاضي على درجتين، لأن ازدواج درجتي التقاضي لا تستلزم بالضرورة مناقشة كل الدفع المقدمة أمام المحكمة ثم أمام المجلس القضائي، فلو قدمت دفع أمام المحكمة فحكمت على أساس إحداها دون الأخرى، فإنه بعد الاستئناف ينظر المجلس في الدفع المقدمة ولا يحيلها للمحكمة للنظر فيها⁹.

¹ أحمد خليل، أحمد هندي ونبيل إسماعيل عمر، المرجع السابق، ص 308.

² عمر زودة، المرجع السابق، ص 284.

³ إبراهيم نجيب سعد، المرجع السابق، ص 641.

⁴ تنص المادة 51 ق أ م لبناني على ما يلي: "يجوز الإدلاء بأسباب الدفاع في أية حالة كانت عليها المحاكمة".

⁵ Art 72: « Les défenses au fond peuvent être proposées en tout état de cause ».

⁶ زينب شويحة، المرجع السابق، ص 88.

⁷ وجدي راغب فهمي، المرجع السابق، ص 417.

⁸ إبراهيم نجيب سعد، المرجع السابق، ص 641.

⁹ بوشير محند أمقران، المرجع السابق، ص 146.

ومع ذلك يطرح التساؤل حول مدى جواز إبداء دفوع موضوعية لأول مرة أمام المحكمة العليا؟ يرى الفقه أن ذلك جائز ما دام أنه لا يشكل وسيلة جديدة إلا إذا تعلّق الأمر بوسيلة قانونية محضة¹.

3- من حيث سلطة المحكمة في إثارتها: تطبيقاً لمبدأ حياد القاضي، فإن المحكمة لا يجوز لها إثارة الدفوع الموضوعية من تلقاء نفسها لأنها في الغالب دفوع تتعلق بالمصالح الخاصة ومن ثم يتعيّن على صاحبها التمسك بها ولا يستثنى من ذلك إلا تلك المتعلقة بالنظام العام²، ومع ذلك يرى اتجاه فقهي قوي انطلاقاً من الأخذ بالمعنى الواسع للدفع الموضوعي أن المسألة لا تتعلق في الواقع بالنظام العام وإنما ترتبط بمدى سلطة القاضي في الخصومة، وعلى ذلك يجوز للمحكمة إثارة الدفوع الموضوعية في أحوال استثنائية هي كالآتي³:

- إذا كانت المسألة تتعلق بالنظام العام، مثال ذلك بطلان العقد لعدم مشروعية السبب.
- إذا كانت المسألة لا تتعلق بالنظام العام ولكن تستفاد من مجموع الوقائع المعروضة على المحكمة ولو لم يتمسك بها الخصم صراحة، مثال ذلك انقضاء الحق المدعى بالوفاء لو قدمت واقعة الوفاء عرضاً ضمن وقائع الدعوى أو الدفاع.
- إذا كانت الوقائع التي يتمسك بها المدعي تحتاج إلى إثبات ولم ينكرها المدعي عليه صراحة، فعلى القاضي مطالبة المدعي بإثبات هذه الوقائع، فإن عجز عن ذلك حكم القاضي برفض طلباته.
- إذا كانت المسألة قانونية بحثة.

4- من حيث حجية الحكم الصادر فيها: يعتبر الحكم الصادر في الدفع الموضوعي حكماً فاصلاً في الموضوع، لذلك كان حكماً مرتباً لحجية الأمر المقضي، مما يمتنع معه تجديد النزاع أمام القضاء لنفس السبب أو الموضوع وبين نفس الخصوم⁴، وهذا ما يبيّن الفائدة التي يجنيها المدعي عليه من إثارته للدفوع الموضوعية ولو كانت بحوزته دفوع إجرائية⁵.

5- من حيث استنفاد المحكمة لولايتها: إن الحكم الصادر في الدفع الموضوعي يستنفد ولاية المحكمة بالنسبة لموضوع الدعوى، وعلى ذلك إذا طعن بالاستئناف في هذا الحكم أمام المجلس القضائي وألغاه بسبب بطلانه مثلاً ولو لعيب شكلي، فإن المجلس يفصل في الموضوع ولا يحيل الدعوى للمحكمة التي فصلت في الموضوع⁶.

الفرع الثاني: الدفوع الشكلية Exceptions de procédure: عالج المشرع الدفوع الشكلية⁷ الشكلية⁷ في المواد من 49 إلى 66 ق إ م إ، فبيّن المقصود بها في المادة 49 ق إ م إ وحدّد

¹ L. Cadet, op. cit. p430.

² رمزي سيف، المرجع السابق، ص347.

³ فتحي والي، المرجع السابق، ص687-688. إبراهيم نجيب سعد، المرجع السابق، ص642. وجدي راغب فهمي، المرجع السابق، ص416. أحمد خليل، أحمد هندي ونبيل إسماعيل عمر، المرجع السابق، ص310.

⁴ إبراهيم نجيب سعد، المرجع السابق، ص641.

⁵ بوشير محند أمقران، المرجع السابق، ص146.

⁶ وجدي راغب فهمي، المرجع السابق، ص417.

⁷ كان الأولى بالمشرع تسمية هذا النوع من الدفوع بـ "الدفوع الإجرائية" وهي الترجمة الصحيحة لاصطلاح: « Des exceptions de procédure » خاصة وأن بعض هذه الدفوع لا يتعلق بالشكل والمثال البارز على ذلك الدفع ببطلان الإجراء لتخلف أهلية التقاضي.

نظامها القانوني في المادة 50 ق إ م إ ثم ذكر خمس صور لها في المواد من 51 إلى 66 ق إ م إ. وفيما يلي نعرض لتعريفها وتصنيفها ونظامها القانوني وتمييزها عن الدفوع الموضوعية.

أولاً: تعريف الدفوع الشكلية: يعرف الفقه الدفع الشكلي بأنه كل سبب يرمي به الخصم إلى إعلان عدم قانونية الخصومة أو تأخير سيرها¹ أو هو الوسيلة التي يطعن بها الخصم في صحة الخصومة أو في الإجراءات المكونة لها² أو هو الدفع الذي يوجّه إلى إجراءات الخصومة بغرض استصدار حكم ينهي الخصومة دون الفصل في موضوعها أو يؤدي إلى تأخير الفصل فيها³.

وقد عرّف المشرع الدفوع الشكلية في المادة 49 ق إ م إ⁴ – المقابلة للمادة 73 ق إ م إ فرنسي⁵ – بأنها "كل وسيلة تهدف إلى التصريح بعدم صحة الإجراءات أو انقضائها أو وقفها".

ويظهر، من خلال هذا التعريف، أن المشرع قد تبنى تعريفاً واسعاً للدفع الشكلي، فهو بهذا المفهوم – على حد تعبير الفقه الفرنسي – يشكل عائقاً للدعوى *Obstacle à l'action*، في غالب الأحيان يكون مؤقتاً *Temporaire*، وهو يوجّه ضد الإجراءات، فالمدعى عليه دون أن يناقش موضوع الحق، يحصر ادعاءه في أن المرافعة قد بدأت بطريقة غير صحيحة⁶.

وعلى ذلك ففي الدفع الشكلي لا يتعلق الأمر بإنكار حق المدعي في الدعوى، ولا بمناقشة موضوع طلبه، وإنما الأمر يتعلق باعتراض على الإجراءات فحسب، فالمدعى عليه يهدف فحسب إلى شل الخصومة بحيث يثير بأن: 1- القاضي الناظر في النزاع ليس هو الأصلح: الدفع بعدم الاختصاص والدفع بوحدة الموضوع والارتباط. 2- الإجراءات غير صحيحة: الدفع بالبطلان. 3- الإجراءات يجب أن تتوقف: الدفع بإرجاء الفصل⁷.

ثانياً: تصنيف الدفوع الشكلية: كان قانون الإجراءات المدنية الفرنسي القديم في المادة 166 وما يليها يعدد خمس فئات من الدفوع الشكلية، وكان هذا التعداد يعتبر غير حصري، بحيث كان اصطلاح "دفع شكلي" يطلق على كل عائق مؤقت للدعوى. ومع صدور قانون الإجراءات المدنية الفرنسي الجديد، وبعد أن ذكر تعريفاً واسعاً للدفع الشكلي حدد النظام القانوني لخمس منها في أربعة فصول هي على التوالي: الدفوع بعدم الاختصاص *Les exceptions d'incompétence*، والدفوع بالإحالة والارتباط *Les exceptions de litispendance et de connexité*، والدفوع بإرجاء الفصل *Les exceptions dilatoires*، والدفوع بالبطلان *Les exceptions de nullité*، وفي هذا المقام طُرح التساؤل عن الطابع الحصري أو لا لهذه الدفوع الشكلية الخمسة.

هذا التساؤل يطرح نفسه عندنا أيضاً في ظل قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد، ذلك أن المشرع الجزائري اتبع نفس النهج الذي سار عليه المشرع الفرنسي، بحيث عرّف الدفوع الشكلية وحدد نظامها القانوني ثم أورد خمس صور لها في أربعة أقسام هي على التوالي: الدفع

¹ أحمد خليل، أحمد هندي ونبيل إسماعيل عمر، المرجع السابق، ص 312.

² إبراهيم نجيب سعد، المرجع السابق، ص 643.

³ وجدي راغب فهمي، المرجع السابق، ص 417-418.

⁴ تنص المادة 52 ق إ م م لبناني على ما يلي: "الدفع الإجرائي هو كل سبب يرمي به الخصم إلى إعلان عدم قانونية المحاكمة أو سقوطها أو وقف سيرها".

⁵ Art 73: « Constitue une exception de procédure tout moyen qui tend soit à faire déclarer la procédure irrégulière ou éteinte, soit à en suspendre le cours ».

⁶ S. Guinchard, C. Chainais et F. Ferrand, op. cit. p281.

⁷ L. Cadet, op. cit. p431.

بعدم الاختصاص الإقليمي، الدفع بوحدة الموضوع والارتباط، الدفع بإرجاء الفصل، والدفع بالبطلان.

يرى الفقه الفرنسي الحديث - وهو الرأي الواجب تأييده عندنا - أن الدفوع الشكلية المذكورة أعلاه لم ترد على سبيل الحصر بالنظر من ناحية أولى إلى التعريف الواسع الذي أعطته المادة 73 ق إ م فرنسي - المقابلة للمادة 49 ق إ م جزائري - للدفوع الشكلية: "كل وسيلة تهدف إلى..."، وبالنظر من ناحية ثانية للممارسة القضائية التي تكيف كدفع شكلي وسائل لا تندرج في الفئات الخمس المنظمة قانوناً، ولكنها ترمي إلى تحقيق هدف من الأهداف المحددة في المادة 73 ق إ م فرنسي - المقابلة للمادة 49 ق إ م جزائري¹.

وبهذا الصنيع يكون المشرع الفرنسي - وتبعاً له المشرع الجزائري - على حد تعبير أحد كبار الفقهاء قد عاد "بالقواعد المتقدمة إلى ما كان عليه الحال منذ عهد القانون الروماني وعهد القانون الفرنسي القديم، إذ كانت الدفوع المتعلقة بالإجراءات غير محصورة - ما دامت ذات الطعون الموجه إليها غير محصورة - وكان يدخل في عدادها كل الدفوع التي يطعن بها على إجراءات الخصومة، إما لأنها رفعت إلى محكمة غير مختصة أو رفعت بإجراء باطل أو يتعين وقف إجراءاتها مدة معينة أو حتى يستوفى إجراء من الإجراءات، وذلك كله من غير المساس بأصل الحق المدعى به، لا بالمنازعة فيه، ولا بالتسليم به، فكانت الدفوع الشكلية تتميز إذن بكونها متعلقة بالإجراءات دون أصل الحق، ويقصد بها تقادي الحكم في الموضوع بصفة مؤقتة"².

ثالثاً: النظام القانوني للدفوع الشكلية: تخضع الدفوع الشكلية للنظام القانوني الآتي:

1- من حيث بيانها وتنظيمها: قدمنا أن المشرع نص على خمسة من الدفوع الشكلية في المواد من 51 إلى 66 ق إ م إ وأن هذه الدفوع قد وردت على سبيل المثال، ولذلك يعد دفعا شكليا كل دفع يحقق هدفاً من الأهداف التي حددتها المادة 49 ق إ م إ، وعلى هذا الأساس قرر الفقه أن الدفوع الشكلية تقوم على أساس قواعد الإجراءات المدنية المنظمة للخصومة³، وبعبارة أخرى فإن الدفوع الشكلية كقاعدة عامة ينظمها القانون الإجرائي⁴.

2- من حيث وقت الإدلاء بها: لقد أخضع المشرع، من خلال المادة 51 ق إ م إ - المقابلة للمادة 1/74 ق إ م فرنسي⁵ - إبداء الدفوع الشكلية لنظام صارم يتمثل في وجوب مراعاة قاعدة مزدوجة مضمونها وجوب إثارة الدفوع الشكلية "في آن واحد قبل إبداء أي دفاع في الموضوع أو دفع بعدم القبول، وذلك تحت طائلة عدم القبول".

وعلى ذلك فإن إبداء الدفوع الشكلية يخضع لقاعدة مزدوجة تمثل قيدتين مهمين: أولهما وجوب إبداء الدفوع الشكلية قبل أي دفاع في الموضوع أو دفع بعدم القبول وهو ما يعبر عنه الفقه الفرنسي بـ (*exigence d'antériorité*) وثانيهما وجوب إبدائها في آن واحد وهو ما يعبر عنه الفقه

¹ S. Guinchard, C. Chainais et F. Ferrand, op. cit. p281.

² أحمد أبو الوفاء، نظرية الدفوع في قانون المرافعات، المرجع السابق، ص28.

³ راغب وجدي فهمي، المرجع السابق، ص418.

⁴ أحمد خليل، أحمد هندي ونبيل إسماعيل عمر، المرجع السابق، ص313.

⁵ Art 74/1: « Les exceptions doivent, à peine d'irrecevabilité, être soulevées simultanément et avant toute défense au fond ou fin de non- recevoir... ».

الفرنسي بـ (exigence de simultanéité) ومع ذلك وفي أحوال معينة يجوز الخروج على هذين القيدين¹.

أ- الأصل: وجوب مراعاة القاعدة المزدوجة: إن إبداء الدفوع الشكالية يخضع لقاعدة مزدوجة تمثل قيدتين مهمين وهذا على النحو الآتي:

1- وجوب إبداء الدفوع الشكالية قبل أي دفاع في الموضوع أو دفع بعدم القبول: يقصد بهذا القيد وجوب إبداء الدفوع الشكالية قبل الكلام في الموضوع، والعلة في ذلك ألا يبقى المدعي مهدها بالدفوع الشكالية في جميع مراحل الدعوى، بحيث يتناقل خصمه في إبدائها أو أنه لا يتمسك بها إلا مع قرب نهاية الإجراءات مما يؤدي إلى زوال الخصومة وزوال كافة الإجراءات مما يترتب عليه ضياع الوقت والجهد والنفقات دون فائدة تذكر، فيضطر بذلك المدعي إلى بدء خصومة جديدة بعد أن تم قطع شوط كبير في الخصومة الأولى².

وقد تقرر هذا القيد لأول مرة في فرنسا بأمر ملكي صدر في يناير سنة 1367 لوضع حد لاستعمال الدفوع الشكالية كوسيلة للمشاكسة، وقد صيغ في صورة أمر للمحامين بعدم التكلم في الموضوع قبل تصفية جميع المسائل المتعلقة بالشكل ثم تطور هذا القيد فأصبح الكلام في موضوع القضية يؤدي إلى سقوط الحق في الدفع الشكلي³.

ويقصد بالكلام في الموضوع معناه الواسع، فهو يشمل كل ما لا يتعلق بالإجراءات، بمعنى أنه يشمل الطلبات والدفوع الموضوعية والدفوع بعدم القبول، وعلى ذلك يعد كلاماً في الموضوع ما يلي⁴:

- **إبداء الطلبات:** إذا أبدى المدعي عليه طلبات عارضة تتعلق بالموضوع كطلب المقاصة القضائية كان ذلك كلاماً في الموضوع يسقط حقه في إثارة الدفوع الشكالية.
- **إبداء الدفوع الموضوعية:** وقد عبّر عن ذلك المشرع باصطلاح "دفاع في الموضوع" حتى يكون الأمر شاملاً للدفوع الموضوعية بالمعنى الضيق كالمطالبة بإبطال العقد للغلط، والدفوع الموضوعية بالمعنى الواسع كالمطالبة بإجراء تحقيق أو توجيه يمين حاسمة.
- **إبداء الدفوع بعدم القبول:** إبداء هذا النوع من الدفوع يؤدي، بصريح نص المادة 51 ق إ م، إلى سقوط الحق في إثارة الدفوع الشكالية كإثارة تخلف المصلحة بأوصافها أو الصفة، ولعموم العبارات التي استعملها المشرع فإن ذات الحكم يطبق ولو تعلق الدفع بعدم القبول بالإجراءات.

وفي مقابل هذا لا يعد من مسقطات حق إبداء الدفوع الشكالية ما يلي:

- مجرد التعرض للموضوع بصفة عامة غير محددة بعبارات ذات طابع شكلي محض كالقول بأن "الادعاء لا أساس له على أية حال"، إذ لا يعتبر ذلك إبداءً لأي طلب أو دفاع أو دفوع في موضوع القضية بالمعنى الصحيح⁵.

¹ S. Guinchard, C. Chainais et F. Ferrand, op. cit. p282.

² إبراهيم نجيب سعد، المرجع السابق، ص 644-645.

³ فتحي والي، المرجع السابق، ص 691.

⁴ أحمد خليل، أحمد هندي ونبيل إسماعيل عمر، المرجع السابق، ص 315-316.

⁵ فتحي والي، المرجع السابق، ص 692.

- إذا تم إبداء الدفوع الشكلية مع الكلام في الموضوع في مذكرة واحدة، ولكن يشترط في هذه الحالة حسب الرأي الراجح فقها ألا يكون الكلام في الموضوع سابقا على إبداء الدفع الشكلي في ترتيبه في المذكرة¹.
- إذا تعدد المدعى عليهم فإن تعرض أحدهم للموضوع فإن ذلك لا يسقط الحق في إبداء الدفوع الشكلية بالنسبة للآخرين².
- لا يسقط حق الخصم في الدفع الشكلي إذا كان مع إبدائه للدفع قد تعرض للموضوع على سبيل الاحتياط، ولكن يثار التساؤل حول كلام الخصم في الموضوع مع الاحتفاظ بحقه في التمسك بالدفع الشكلي فيما بعد؟ يرى الفقه الراجح أن ذلك لا يجوز لأن هذا الصنيع يؤدي في الواقع إلى إهدار الحكمة من هذه القاعدة، أي التخلص من المسائل الإجرائية قبل مناقشة الموضوع³.
- لا يعد كلاما في الموضوع يسقط الحق في إبداء الدفوع الشكلية طلب التأجيل إلا إذا بني على سبب موضوعي كطلب التأجيل لإدخال الضامن أو لتقديم مستندات معينة، ولا يعد كذلك طلب التأجيل للاطلاع أو الاستعداد أو لتقديم مذكرات أو مستندات دون تحديد مضمونها، إذ يكون الغرض منه مجرد الدراسة والتمهيد لإبداء الدفع الشكلي⁴.

2- وجوب إبداء الدفوع الشكلية في آن واحد: لا يكفي إبداء الدفوع الشكلية قبل الكلام في الموضوع، بل لابد إضافة إلى ذلك إبداء هذه الدفوع في آن واحد، بمعنى إبداء جميع الدفوع الشكلية معا، وعلى ذلك يتعين على المدعى عليه أن يستجمع كافة دفوعه الشكلية ويثيرها مرة واحدة، ومن ثم لا يجوز له الاقتصار على إبداء بعضها في جلسة وإبداء بعضها الآخر في جلسة أخرى، كما لا يجوز له إبداء بعضها في مذكرة وبعضها الآخر في مذكرة أخرى، أو إبداء بعضها في مذكرة وبعضها الآخر شفاهة في الجلسة⁵.

والغرض المقصود من هذا القيد هو عدم السماح للمدعى عليه بالتراخي في إبداء الدفوع التي لا تمس أصل الحق معا منعا من تأخير الفصل في الدعوى⁶، وبعبارة أخرى تفادي التعطيل في الفصل في القضية بسبب إبداء دفوع شكلية متتالية في مناسبات متعددة⁷.

وللإشارة لا يلزم كقاعدة عامة إبداء الدفوع الشكلية حسب ترتيب معين، فلا حرج أن يتقدم الدفع بعدم الاختصاص على الدفع ببطلان عريضة الدعوى أو إعلانها أو يتأخر، على أنه يستثنى من ذلك الأحوال التي يستلزم فيها القانون احترام ترتيب معين⁸.

ب- الاستثناء: الخروج على القاعدة المزدوجة: إن القاعدة المزدوجة في إبداء الدفوع الشكلية المذكورة أعلاه ليست مطلقة بل ترد عليها بعض الاستثناءات سواء في التشريع الفرنسي أو التشريع الجزائري.

¹ إبراهيم نجيب سعد، المرجع السابق، ص 645. قارن: فتحي والي، المرجع السابق، ص 692.

² أحمد أبو الوفا، نظرية الدفوع في قانون المرافعات، المرجع السابق، ص 176.

³ إبراهيم نجيب سعد، المرجع السابق، ص 646، هامش رقم 1. فتحي والي، المرجع السابق، ص 693.

⁴ وجدي راغب فهمي، المرجع السابق، ص 418-419.

⁵ أحمد خليل، أحمد هندي ونبيل إسماعيل عمر، المرجع السابق، ص 319.

⁶ أحمد أبو الوفا، نظرية الدفوع في قانون المرافعات، المرجع السابق، ص 184.

⁷ إبراهيم نجيب سعد، المرجع السابق، ص 647.

⁸ أحمد خليل، أحمد هندي ونبيل إسماعيل عمر، المرجع السابق، ص 320.

ب1- في قانون الإجراءات المدنية الفرنسي: بعد أن نصت المادة 1/74 ق إ م فرنسي على وجوب إبداء الدفع الشكلي في آن واحد وقبل أي دفاع في الموضوع أو دفع بعدم القبول، ولو كان الدفع الشكلي متعلقاً بالنظام العام¹، استثنت ذات المادة في فقرتها الثانية² والثالثة³ الحالات الآتية⁴:

- طلب الاطلاع على المستندات (المادة 2/74 ق إ م فرنسي).
- إبداء الدفع بالإحالة للارتباط في أية حالة كانت عليها الدعوى ما لم يكن القصد مجرد تأخير النظر في الدعوى (المادة 103 ق إ م فرنسي).
- إذا كان القانون يمنح الخصم ميعاداً محدداً لاتخاذ صفة، فإن التمسك بهذا الميعاد لا يمنع من إبداء دفع شكلي بعد انقضاء هذا الميعاد (المادة 111 ق إ م فرنسي).
- جواز التمسك ببطلان أي إجراء يتم أثناء نظر الدعوى بشرط أن يكون هذا التمسك فور اتخاذ الإجراء، ولكن هذا الحق يسقط إذا تم الكلام في الموضوع أو إبداء دفع بعدم القبول بعد اتخاذ الإجراء الباطل (المادة 112 ق إ م فرنسي).
- جواز التمسك بالبطلان لعدم مراعاة القواعد الموضوعية المتعلقة بالإجراءات في أية حالة تكون عليها الدعوى مع إمكانية الحكم بالتعويض على من يثيرها بغرض التعطيل (المادة 118 ق إ م فرنسي).

ب2- في قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري: لم يتبع المشرع الجزائري نهج المشرع الفرنسي ويظهر ذلك في أمرين: فمن ناحية أولى لم ينص على الاستثناءات التي أوردها المشرع الفرنسي، ومن ناحية ثانية لم يوجب، كما فعل المشرع الفرنسي⁵، احترام القاعدة المزدوجة ولو كان الدفع الشكلي متعلقاً بالنظام العام.

وعلى ذلك في ظل قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري يجوز الخروج على القاعدة المزدوجة كلما تعلّق الدفع بالنظام العام كالدفع بعدم الاختصاص النوعي (المادة 36 ق إ م إ) والدفع بانعدام الأهلية (المادة 65 ق إ م إ)⁶.

وكذلك يجوز الخروج على القاعدة المزدوجة لسبب منطقي – وإن كان المشرع الجزائري لم ينص عليه¹ – وذلك إذا نشأ الحق في الدفع الشكلي بعد الكلام على الموضوع، لأنه من غير

¹ Art 74/1: « ...Il en est ainsi alors même que les règles invoquées au soutien de l'exception seraient d'ordre public ».

² Art 74/2: « La demande de communication de pièces ne constitue pas une cause d'irrecevabilité des exceptions ».

³ Art 74/3: « Les dispositions de l'alinéa premier ne font pas non plus obstacle à l'application des articles 103, 111, 112 et 118 ».

⁴ S. Guinchard, C. Chainais et F. Ferrand, op. cit. p284-285. L. Cadet, op. cit. p432.

⁵ يقول العميد أحمد أبو الوفا عن موقف المشرع الفرنسي: "ولاشك في أن النص المتقدم المستحدث يعتبر فقرة تشريعية واسعة في صدد تطوير قواعد قانون المرافعات لتعجيل الفصل في الدعوى، ولا نرى ثمة تعارض أو عدم اتساق بين حرمان الخصم من التمسك بالدفع المتعلق بالنظام العام في أية حالة تكون عليها الدعوى، ومنح القاضي سلطة إثارة موضوع هذا الدفع من تلقاء نفسه وفي أية حالة تكون عليها الدعوى". نظرية الدفع في قانون المرافعات، المرجع السابق، ص182.

⁶ زينب شويحة، المرجع السابق، ص90.

المتصور أن يسقط هذا الحق إذ لم يكن باستطاعة المدعى عليه التمسك بدفع لم ينشأ بعد²، مثال ذلك إذا سقطت الخصومة بعد أن سارت المحكمة مع الخصوم شوطاً في تحقيق الموضوع، في هذه الحالة لا يسقط حق الخصم في إبداء هذا الدفع إلا إذا تكلم في الموضوع من جديد بعد أن تحقق سبب الدفع³.

3- من حيث سلطة المحكمة في إثارتها: في هذه النقطة بالذات لا تختلف الدفوع الشكالية عن الدفوع الموضوعية، فكلما تعلق الأمر بالنظام العام توجب على المحكمة إثارة ذلك من تلقاء نفسها، من ذلك مثلاً الدفع بعدم الاختصاص النوعي والدفع بانعدام أهلية التقاضي للخصوم⁴.

4- من حيث حجية الحكم الصادر فيها: إن الحكم الفاصل في الدفوع الشكالية هو حكم إجرائي باعتباره قد اقتصر على مسائل إجرائية، ومن ثم تكون له، في نظر بعض الفقه، حجية نسبية⁵، في حين يرى اتجاه فقهي قوي أن هذا النوع من الأحكام لا يرتب حجية الأمر المقضي، لأن هذه الحجية لا تترتب إلا على الأحكام الموضوعية⁶، وتفسير ذلك أن الحجية تتعلق بالحماية القضائية التي يمنحها الحكم، في حين أن الأحكام الإجرائية لم تفصل في الدعوى وبالتالي لم تمنح أية حماية قضائية، ويترتب على ذلك أن الأحكام الإجرائية لا يجوز المساس بها بالنسبة للخصومة التي صدرت فيها ولكن ليس لها أية قوة خارج هذه الخصومة، فمثلاً لو صدر حكم بعدم الاختصاص، فإن هذا الحكم لا يجوز للمحكمة أن تعدل عنه، ولكن هذا الحكم لا يقيد أية محكمة أخرى تعرض عليها نفس الدعوى⁷.

5- من حيث استنفاد المحكمة لولايتها: يميز الفقه في هذه المسألة بين أثر الحكم الصادر في الدفع الشكلي على ولاية المحكمة بالنسبة للمسألة الإجرائية التي فصل فيها وبين أثره على ولايتها بالنسبة للموضوع⁸.

ففي الفرض الأول يعد الحكم الصادر في الدفع الشكلي حكماً قطعياً ومن ثم تكون المحكمة قد استنفدت ولايتها وعلى ذلك لا يجوز لها أن تعود في حكمها داخل الخصومة ذاتها، فمثلاً لو حكمت برفض الدفع بعدم الاختصاص وبالتالي ظلت الخصومة قائمة أمامها، فإنه لا يجوز لها بعد ذلك الحكم بعدم الاختصاص حتى ولو ظهر لها أنها قد أخطأت ما دام أن ذلك حدث داخل الخصومة ذاتها.

أما في الفرض الثاني فإن الحكم في الدفع الشكلي لا يؤدي إلى استنفاد ولايتها بالنسبة للموضوع لأنها لم تفصل فيه، ويترتب على ذلك، في حالة الاستئناف، أن يقتصر المجلس القضائي على إعادة النظر في الدفع الشكلي دون التصدي للموضوع، فإذا ألغى المجلس حكم المحكمة أعاد القضية للمحكمة للنظر فيها لأن هذه الأخيرة لم تستنفد ولايتها.

¹ تنص المادة 53 ق أ م م لبناني على ما يلي: "يجب الإدلاء بالدفوع الإجرائية في بدء المحاكمة وقبل المناقشة في الموضوع أو الإدلاء بدفوع عدم القبول إلا إذا نشأت عن سبب ظهر بعد ذلك..."

² فتحي والي، المرجع السابق، ص 693. إبراهيم نجيب سعد، المرجع السابق، ص 646.

³ وجدي راغب فهمي، المرجع السابق، ص 420.

⁴ أحمد خليل، أحمد هندي ونبيل إسماعيل عمر، المرجع السابق، ص 321-322.

⁵ بوبشير محند أمقران، المرجع السابق، ص 150.

⁶ وجدي راغب فهمي، المرجع السابق، ص 421.

⁷ فتحي والي، المرجع السابق، ص 305.

⁸ أحمد خليل، أحمد هندي ونبيل إسماعيل عمر، المرجع السابق، ص 322-323.

رابعاً: تمييز الدفوع الشكلية عن الدفوع الموضوعية: تتميز الدفوع الشكلية عن الدفوع الموضوعية في جملة من النقاط أهمها ما يلي¹:

1- كقاعدة عامة ينظم الدفوع الشكلية القانون الإجرائي (قانون الإجراءات المدنية والإدارية)، بينما الدفوع الموضوعية ينظمها القانون الموضوعي (القانون المدني، القانون التجاري...).

2- تبدى الدفوع الشكلية، كأصل عام، في آن واحد وقبل أي دفاع في الموضوع أو دفع بعدم القبول، وذلك تحت طائلة عدم القبول، في حين أن الدفوع الموضوعية تبدى في أية مرحلة كانت عليها الدعوى.

3- للمحكمة أن تثير من تلقاء نفسها الدفوع الشكلية المتعلقة بالنظام العام، ونفس الشيء يقال عن الدفوع الموضوعية، إلا أنه يجوز للمحكمة، حسب الرأي الراجح فقهاً، أن تثير أيضاً من تلقاء نفسها في أحوال استثنائية بعض الدفوع الموضوعية ولو لم يتعلق الأمر بالنظام العام.

4- إن الحكم الفاصل في الدفوع الشكلية يعد حكماً إجرائياً لا يرتب، في نظر الفقه الحديث، حجية الأمر المقضي، بينما الحكم الفاصل في الدفوع الموضوعية يعد حكماً موضوعياً وهو، باتفاق الفقهاء، يرتب حجية الأمر المقضي.

5- إن استئناف الحكم الصادر بقبول الدفع الشكلي لا يطرح على المجلس القضائي إلا الخصومة في الدفع الشكلي، أما استئناف الحكم الصادر في الدفع الموضوعي فيعيد طرح الموضوع على المجلس القضائي مما يتعين عليه إن هو ألغى الحكم الابتدائي أن يقضي من جديد في موضوع الدعوى.

الفرع الثالث: الدفوع بعدم القبول *Fins de non- recevoir*: عالج المشرع الدفوع بعدم القبول في المواد من 67 إلى 69 ق إ م إ، فبيّن المقصود بها في المادة 67 ق إ م إ، وحدّد نظامها القانوني في المادتين 68 و 69 ق إ م إ، بحيث حدّدت الأولى وقت الإدلاء بها، في حين حدّدت الثانية سلطة المحكمة في إثارتها. وفيما يلي نعرض لبيان تعريفها وطبيعتها القانونية ونظامها القانوني.

أولاً: تعريف الدفوع بعدم القبول: يعرف الدفع بعدم القبول بأنه الوسيلة التي ينكر بها الخصم حق خصمه في رفع الدعوى² أو هو الدفع الذي يوجّه إلى "الحق في الدعوى" أي مكنة الحصول على حكم في الموضوع³ أو هو الوسيلة القانونية التي يرمي بها الخصم إلى إعلان عدم جواز النظر في ادعاء خصمه لانتفاء حقه في الدعوى⁴.

وقد عرّف المشرع الدفع بعدم القبول في المادة 67 ق إ م إ⁵ – المقابلة للمادة 122 ق إ م فرنسي¹ – بأنه "الدفع الذي يرمي إلى التصريح بعدم قبول طلب الخصم لانعدام الحق في

¹ انظر في هذه النقطة: أحمد أبو الوفا، نظرية الدفوع في قانون المرافعات، المرجع السابق، ص 14-17.

² إبراهيم نجيب سعد، المرجع السابق، ص 649.

³ وجدي راغب فهمي، المرجع السابق، ص 421.

⁴ أحمد خليل، أحمد هندي ونبيل إسماعيل عمر، المرجع السابق، ص 325.

⁵ تنص المادة 62 ق إ م لبناني على ما يلي: "الدفع بعدم القبول هو كل سبب يرمي به الخصم إلى إعلان عدم قبول طلب خصمه، دون البحث في موضوعه، لانتفاء حقه في الدعوى. يعتبر من دفوع عدم القبول الدفع بانتفاء الصفة أو بانتفاء المصلحة أو بمرور الزمن أو بالقضية المحكوم بها أو بانقضاء مهل الإجراءات القضائية".

التقاضي، كانهدام الصفة وانهدام المصلحة والتقدم وانقضاء الأجل وحجية الشيء المقضي فيه، وذلك دون النظر في موضوع النزاع".

ويستفاد من هذا النص جملة أمور في غاية الأهمية، فمن ناحية أولى إن الدفع بعدم القبول يرمي إلى إنكار حق الخصم في التقاضي، أي إنكار حقه في الدعوى القضائية، وهو ما يميزه من جهة عن الدفع الموضوعية التي توجه إلى الحق موضوع الدعوى، ومن جهة أخرى عن الدفع الشكلية التي توجه إلى إجراءات الخصومة. ومن ناحية ثانية إن اصطلاح "طلب" الوارد في متن المادة 67 ق إ م لا يجب أن يؤخذ في معناه التقني الدقيق، ذلك أن نظرية الدفع بعدم القبول تطبق أيضا على المدعى عليه. ومن ناحية ثالثة إن القراءة السطحية للمادة 67 ق إ م إ قد توهي بأن حالات الدفع بعدم القبول المذكورة في المادة 67 ق إ م إ قد وردت على سبيل الحصر، لكن هذه القراءة غير صحيحة بدليل أن مطلع المادة جاء في عبارات عامة: "الدفع بعدم القبول هو الدفع الذي يرمي إلى..."، وبدليل أيضا استعمال المشرع لحرف "ك" مما يفيد قطعاً أن التعداد قد ورد على سبيل المثال. ومن ناحية رابعة أوضح المشرع الطبيعة القانونية للدفع بعدم القبول المتميزة عن الدفع الموضوعية، بحيث ختم التعريف بعبارته "دون النظر في موضوع النزاع" للدلالة بأن الدفع بعدم القبول يرمي إلى إنكار حق الخصم في التقاضي وهذا دون حاجة إلى النظر في موضوع الدعوى.

وجدير بالذكر أن قانون الإجراءات المدنية الفرنسي القديم لسنة 1806 لم يكن ينص على الدفع بعدم القبول، فلم يعرف إلا الدفع الموضوعية والدفع الشكلية، ولكن الفقه الفرنسي كان يعزل في وسط الدفع الشكلية المنصوص عليها في القانون ما كان يسمى آنذاك بـ (de fond) exceptions péremptoires التي كان القضاء يشبهها بالدفع الموضوعية، ومع تعديل قانون الإجراءات المدنية الفرنسي بتاريخ 30 أكتوبر 1935 أدخل المشرع الفرنسي في القانون اصطلاح "الدفع بعدم القبول" fins de non- recevoir في المادة 192، وقد أخضع صراحة هذه الوسيلة لنظام الدفع الشكلية، ولكن القضاء فسّر هذا النص تفسيراً ضيقاً بحيث اعتبر جملة من الدفع بعدم القبول، كما كان عليه الحال في السابق، دفوعاً موضوعية، وبتاريخ 22 ديسمبر 1958 أصدر المشرع الفرنسي مرسوماً مسّ النص السابق لكن دون أن يغيّر القضاء موقفه، وأخيراً وبواسطة مرسوم 20 جويلية 1972 خص المشرع الدفع بعدم القبول بنظام خاص بها، ومنذ ذلك الوقت استقرت تسمية "الدفع بعدم القبول"².

ثانياً: الطبيعة القانونية للدفع بعدم القبول: لقد ثار جدل فقهي كبير حول الطبيعة القانونية للدفع بعدم القبول، يمكن تلخيص أهم الآراء التي قيلت في النقاط التالية:

1- الاتجاه الأول: انتماء الدفع بعدم القبول لطائفة الدفع الموضوعية: يرى بعض الفقه أن الدفع بعدم القبول يعتبر دفعا من الدفع الموضوعية لأنه يختلط بوسائل الدفاع الموضوعية مع خلاف واحد هو أنه لا يتناول الحق ذاته بالإنكار أو الاحتجاج بأدائه أو انقضائه ولكنه يتناول الوسيلة التي يحمي بها صاحب الحق نفسه وما إذا كان من الجائز استعمالها أو أنه لم يتوافر شرط الاستعمال. ويبرر هذا الفقه رأيه بالقول أن الحق يوجد ولا يكتمل وجوده إلا بوجود

¹ Art 122: « Constitue une fin de non-recevoir tout moyen qui tend à faire déclarer l'adversaire irrecevable en sa demande, sans examen au fond, pour défaut de droit d'agir, tel le défaut de qualité, le défaut d'intérêt, la prescription, le délai préfix, la chose jugée ».

² S. Guinchard, C. Chainais et F. Ferrand, op. cit. p286. L. Cadet, op. cit. p431.

الدعوى ولكن لا يكون لصاحب الحق أن يستعمل الدعوى لحماية حقه إلا إذا اعتدى عليه وأنكر ومن ثم فإن هذا الدفع يمكن إبدائه في أية حالة تكون عليها الدعوى¹.

ولاشك أن هذا الرأي لا يتماشى مع تنظيم المشرع للدفع بعدم القبول، فمن ناحية أولى لو كان الدفع بعدم القبول من جملة الدفوع الموضوعية لما احتاج المشرع إلى إفراجه بنصوص خاصة، ومن ناحية ثانية إن هذا الرأي يتعارض صراحة مع نص المادة 67 ق إ م إ التي قضت بكل وضوح بأن الدفع بعدم القبول يرمي إلى إنكار حق الخصم في التقاضي دون النظر في موضوع النزاع.

2- الاتجاه الثاني: تغليب الطبيعة الإجرائية على الدفوع بعدم القبول: يرى هذا الاتجاه أن الدفع بعدم القبول تغلب عليه الطبيعة الإجرائية (الشكلية)، ذلك أنه يتجه إلى إنكار "الحق في الدعوى"، ومركز الدعوى، في نظر هذا الفقه أنها ليست حقا وإنما مركز قانوني يعبر عن قابلية الادعاء لأن يكون محلا للعمل القضائي، ومن ثم كان الدفع بعدم القبول يعني التمسك بعدم قابلية الادعاء لأن يكون محلا للعمل القضائي، وبالتالي فهو يؤثر مسألة إجرائية تتعلق بالموضوع، وبهذا التكييف هو يتميز عن الدفوع الموضوعية لأن هذه الأخيرة تثير مسألة موضوعية بحتة، وفي نفس الوقت يتميز عن الدفوع الإجرائية البحتة لتعلقه بالموضوع².

ورغم براعة هذا الاتجاه في التحليل، فإنه، في رأينا، محل نظر، فمن ناحية أولى نحده يتعارض صراحة مع نص المادة 67 ق إ م إ التي تعتبر الدفع بعدم القبول وسيلة لإنكار حق الخصم في التقاضي أي حقه في الدعوى، في حين أن هذا الرأي ينكر صراحة اعتبار الدعوى حقا، فهي في نظره مجرد مركز قانوني يعبر عن قابلية الادعاء لأن يكون محلا للعمل القضائي، ومن ناحية ثانية لم يواصل هذا الاتجاه تحليله إلى آخر نقطة، ذلك أنه لو كانت الطبيعة الإجرائية هي التي تغلب على الدفع بعدم القبول، لكان من الواجب إخضاعه لنظام الدفوع الإجرائية (الشكلية) طبقا للقاعدة الأصولية "الحكم للأغلب"، في حين أن هذا الاتجاه لا يقرر هذا الحكم، ومن ناحية ثالثة يظهر أن هذا الاتجاه لا يتماشى مع النظام القانوني للدفع بعدم القبول في التشريعات الحديثة كالتشريع الفرنسي والجزائري، ذلك أن هذه التشريعات، على العكس من هذا الاتجاه، تخضع الدفع بعدم القبول لنظام شبيه بنظام الدفوع الموضوعية، فكأنها تغلب الطبيعة الموضوعية للدفع بعدم القبول.

3- الاتجاه الثالث: تقسيم الدفوع بعدم القبول إلى دفوع متعلقة بالموضوع ودفوع متعلقة بالإجراءات: يرى هذا الاتجاه وجوب التمييز بين الدفوع بعدم القبول المتعلقة بالموضوع، وهي التي تثار عند تخلف شرط من شروط الحق في الدعوى كالدفع بانتفاء الصفة أو الدفع بحجية الشيء المقضي به، وبين الدفوع بعدم القبول المتصلة بالإجراءات وهي التي تثار عند عدم توافر إحدى مفترضات الخصومة من حيث سيرها أو الإجراءات المكونة لها، وهذه الدفوع هي الدفوع بسقوط الحق في تقديم الطلب أو الطعن أو الدفع بسبب عدم مباشرته في الأجل الذي حدده القانون أو بسبب عدم اتخاذ الإجراءات اللازمة للمحافظة عليه كرفع دعوى الحيازة بعد سنة من وقوع التعرض أو رفع الاستئناف بعد انقضاء ميعاد الطعن³.

¹ عبد المنعم الشرقاوي، نظرية المصلحة، مكتبة عبد الله وهبة، القاهرة، 1947، ص 413-417.

² وجدي راغب فهمي، المرجع السابق، ص 422.

³ إبراهيم نجيب سعد، المرجع السابق، ص 652-653. فتحي والي، المرجع السابق، ص 698.

ويعاب على هذا الاتجاه عدة أمور، فمن ناحية أولى هو يؤدي، في حقيقة الأمر، إلى زوال الدفع بعدم القبول، لأنه سيفضي في النهاية إما إلى تطبيق قواعد الدفع الموضوعية، وإما إلى تطبيق قواعد الدفع الشكلية، ومن ناحية ثانية لاشك أنه رأي صعب التطبيق عمليا لأن التفرقة المذكورة دقيقة جدا تختلف فيها وجهات النظر، ومن ناحية ثالثة يبدو أن هذا الاتجاه لا يتماشى مع التشريعات الحديثة حيث لا يستشعر من تنظيم المشرع للدفع بعدم القبول أنه يقيم مثل هذه التفرقة، ذلك أنه يخضعها لنظام قريب من نظام الدفع الموضوعية.

4- الاتجاه الرابعة: استقلالية الدفع بعدم القبول عن الدفع الموضوعية والشكلية:

يرى هذا الاتجاه أن الدفع بعدم القبول طائفة مستقلة من الدفع الموجودة في القانون الإجرائي، فهناك دفع موضوعية ودفع إجرائية (شكلية) ودفع بعدم القبول، فبينما الدفع الموضوعي يتوجه مباشرة إلى صميم الادعاء بقصد تحطيمه، والدفع الشكلي يتوجه إلى إجراءات الخصومة، فإن الدفع بعدم القبول يتوجه إلى الحماية القضائية المطلوبة بهدف إنكار حق طالبتها فيها، والفصل فيه يتم من خلال تحسس موضوع الادعاء دون أن يعتبر ذلك فصلا في هذا الموضوع¹.

لاشك أن هذا الاتجاه الحديث يعطي الدفع بعدم القبول مكانته الحقيقية بين الدفع الموضوعية والدفع الشكلية، ولكنه في نظرنا لا يقدم لنا تفسيراً قانونياً للنظام القانوني الذي يخضع له الدفع بعدم القبول، وهذا هو الهدف الحقيقي من وراء الكلام عن الطبيعة القانونية للدفع بعدم القبول، فإذا كان هذا الأخير دفعا مستقلا فإنه من الواجب أن يخضع لنظام هو الآخر مستقل عن النظام القانوني للدفع الموضوعية والدفع الشكلية، في حين أننا نجد أن الواقع غير ذلك، لأن الدفع بعدم القبول كما هو منظم اليوم في بعض التشريعات الحديثة كالتشريع الفرنسي والتشريع الجزائري يخضع لنظام قانوني قريب من نظام الدفع الموضوعية.

وعلى هذا الأساس نرى، مثلما يرى كثير من الفقه الفرنسي الحديث²، أن الدفع بعدم القبول ذو طبيعة مختلطة *Nature mixte*، فهو، إن صح التعبير، في مركز وسط بين الدفع الموضوعية والدفع الشكلية، فهو يشبهها في بعض الجوانب ويختلف عنها في جوانب أخرى، فهو يشبه الدفع الموضوعية من حيث الآثار لأنه يؤدي إلى الإخفاق النهائي للطلب، ويشبه الدفع الشكلية من حيث الميدان الذي يتموقع حوله النقاش، ذلك أن المدعى عليه لا يعارض الطلب من حيث الموضوع، ولكنه يشله دون أن يفتح النزاع معه³، وفي نفس الوقت هو يختلف عن هذه الدفع، بحيث نجده يختلف عن الدفع الموضوعية لأنه لا يوجد نزاع حول الموضوع، ويختلف عن الدفع الشكلية لأنه يوجد عائق نهائي للدعوى التي رفعت⁴.

¹ نبيل إسماعيل عمر، الدفع بعدم القبول ونظامه القانوني في قانون المرافعات المدنية والتجاري، دار الجامعة الجديدة للنشر، 2004، ص116-119.

² S. Guinchard, C. Chainais et F. Ferrand, op. cit. p286. G. Couchez, J. P. Langlade et D. Lebeau, op. cit. p101. L. Cadet, op. cit. p434.

³ « La pratique prouve tous les jours qu'il existe, entre la défense au fond et l'exception, des moyens de défense d'une nature mixte: les fins de non-recevoir ressemblent, d'une part, à la défense proprement dite par leurs effets, car elles entraînent un échec définitif de la demande; elle ressemblent, d'autre part, aux exceptions, par le terrain sur lequel elles placent le débat, le défendeur ne contredisant pas la demande sur le fond, mais la paralysant sans engager ouvertement le conflit avec elle ». S. Guinchard, C. Chainais et F. Ferrand, op. cit. p286

⁴ « Théoriquement, on ne peut pas classer les fins de non-recevoir dans les défenses proprement dites, car il n'y a pas conflit au fond, ni dans les exceptions, puisqu'il y a un

وبهذا التكييف القانوني يمكننا تفسير النظام القانوني الذي يخضع له الدفع بعدم القبول، فهو نظام يجمع بين نظامي الدفع الموضوعية والدفع الشكلية وإن كانت الغلبة فيه لنظام الدفع الموضوعية على أساس، حسب رأينا، أن القاضي كي يفصل في الدفع بعدم القبول يتعين عليه أن يتحسس موضوع الدعوى لكن دون أن يعتبر ذلك فصلا في الموضوع، ولعل هذا السبب هو الذي حدا بالمشرع أن يختم تعريف الدفع بعدم القبول بعبارة "دون حاجة إلى النظر في موضوع النزاع" وذلك للدلالة على أن مثل هذا التحسس من جانب القاضي لموضوع الدعوى لا يعد أبدا نظرا في الموضوع يلحق الدفع بعدم القبول بالدفع الموضوعية.

ثالثا: النظام القانوني للدفع بعدم القبول: تخضع الدفوع بعدم القبول للنظام القانوني الآتي:

1- من حيث بيانها وتنظيمها: إذا كان المشرع قد ذكر أنواعا من الدفوع بعدم القبول على سبيل المثال في المادة 67 ق إ م إ ك انعدام الصفة وانعدام المصلحة والتقدم وانقضاء الأجل المسقط وحجية الشيء المقضي فيه، فإن هناك جملة من النصوص القانونية تذكر هي الأخرى أمثلة مهمة للدفع بعدم القبول، مثال ذلك دفع الكفيل بوجوب رجوع الدائن على المدين قبل رجوعه عليه (المادة 660 ق م)، الدفع بعدم شهر الدعاوى العينية العقارية (الفسخ أو الإبطال أو الإلغاء أو النقص) (المادة 85 من المرسوم رقم 63/76 المؤرخ في 25 مارس 1976 المتعلق بتأسيس السجل العقاري).

ويشير الفقه الفرنسي الحديث إلى أن القانون لا يعد المصدر الوحيد للدفع بعدم القبول، ذلك أنه من الممكن أن يكون العقد مصدرا لها، والمثال الحي على ذلك عقد التأمين، فإذا تضمن هذا العقد ما يُعرف بشرط المصالحة المسبق، فهل يجوز لأحد أطراف العقد رفض هذا الشرط واللجوء مباشرة إلى القضاء؟ لقد انتهت الغرفة المختلطة لمحكمة النقض الفرنسية إلى تكييف الدفع الذي يثار، في هذه الحالة، بأنه دفع بعدم القبول، ومن ثم يمكن عدم قبول الدعوى لانتفاء شرط المصالحة المسبق قبل اللجوء إلى القضاء. والأكثر من هذا يقرر الفقه الفرنسي الحديث أن الدفع بعدم القبول قد يجد مصدره في القضاء، وبالفعل يتجه القضاء الفرنسي الحديث إلى عدم قبول طلب المتقاضى الذي يعرض أمام القضاء وضعية كان هو الذي أثارها، ولم يؤسس القضاء موقفه على النظريات التقليدية كالغش نحو القانون أو قاعدة الغش يفسد كل شيء، وإنما أسسه على خرق الالتزام بالصدق الإجرائي، ومن أمثلة ذلك عدم قبول طلب أم متبنية بإلغاء تبني شاب لم تتبناه إلا من أجل التهرب، باعتبارها مؤجرة، من تشريعات الإيجار الريفي¹.

2- من حيث وقت الإدلاء بها: بصريح نص المادة 68 ق إ م إ² – المقابلة للمادة 123 ق إ م فرنسي³ – يمكن تقديم الدفع بعدم القبول في أية مرحلة كانت عليها الدعوى ولو بعد تقديم دفع في الموضوع، وبذلك يكون المشرع قد عامل الدفوع بعدم القبول معاملة الدفوع الموضوعية.

وعلى ذلك فإن الدفوع بعدم القبول، وعلى خلاف الدفوع الشكلية، يجوز إبدائها في بدء الخصومة أو في وقت لاحق، وسواء قبل الكلام في الموضوع أو بعده، وسواء تم ذلك دفعة واحدة في مناسبة واحدة أو في مناسبات لاحقة¹.

obstacle définitif à l'action telle qu'elle avait été engagée ». S. Guinchard, C. Chainais et F. Ferrand, op. cit. p294.

¹ S. Guinchard, C. Chainais et F. Ferrand, op. cit. p288-291.

² تنص المادة 63 ق أ م لبناني على ما يلي: "يجوز الإدلاء بدفوع عدم القبول في أية مرحلة كانت عليها المحاكمة...".

³ Art 123: « Les fins de non-recevoir peuvent être proposées en tout état de cause... ».

وجدير بالذكر أن هذا الحكم – أي إبداء الدفع بعدم القبول في أية مرحلة كانت عليها الدعوى – يطبق بغض النظر عما إذا كان الدفع بعدم القبول متعلقاً بالنظام العام أم لا، بمعنى أنه يجوز إبداءه في أية مرحلة كانت عليها الدعوى ولو كان الدفع غير متعلق بالنظام العام، فإذا كان متعلقاً بالنظام العام فإنه تترتب عليه نتائج أخرى أهمها أن أي صاحب مصلحة يجوز له التمسك به، وعلى القاضي أن يثيره من تلقاء نفسه، ولا يجوز التنازل عن التمسك به².

والعلة في تقرير هذا الحكم يمكن إرجاعها، في نظر الفقه، إلى ثلاثة أمور أساسية، فمن ناحية أولى إن حق الدفاع يوجب تمكين الخصم من إبداء كل ما يتعلق بوجود الحق في الدعوى في أية مرحلة كانت عليها الدعوى³، ومن ناحية ثانية إن الحق في الدعوى يجب توافر شروطه وقت الحكم في الموضوع، ولذلك كان من المنطقي تمكين الخصم من التمسك بتخلف هذه الشروط في أية مرحلة قبل الحكم في الموضوع⁴، ومن ناحية ثالثة إن معظم الدفعات تتعلق بالنظام العام، لذلك سمح المشرع بإبداء جميع الدفعات بعدم القبول في أية حالة كانت عليها الدعوى ولو لم تتعلق بالنظام العام⁵.

ومع ذلك إذا أساء الخصم استعمال الدفع بعدم القبول بأن قصد من وراء ذلك إبداءها للمشاكسة والمماطلة فإنه يجوز للقاضي، في قانون الإجراءات المدنية الفرنسي طبقاً للمادة 123 الحكم عليه بالتعويض⁶، ورغم عدم وجود نص في قانون الإجراءات المدنية والإدارية يطابق نص المادة 123 ق إ م فرنسي إلا أنه يمكن إعمال حكمه بطلب من الخصم الآخر بناءً على أحكام التعسف في استعمال الحق⁷.

3- من حيث سلطة المحكمة في إثارتها: بالنظر إلى أهمية الدفع بعدم القبول باعتبارها وسيلة من وسائل الدفاع أوجبته المادة 69 ق إ م⁸ – المقابلة للمادة 1/125 ق إ م فرنسي⁹ – على القاضي أن يثيرها من تلقاء نفسه إذا كانت تتعلق بالنظام العام، وعلى وجه الخصوص عند عدم احترام المتقاضي لآجال طرق الطعن أو عند غياب طرق الطعن، ولاشك أن هذين الدفعين قد وردا على سبيل المثال بدليل استعمال المشرع لكلمة "لاسيما" التي تفيد وجود دفعات أخرى تتعلق بالنظام العام.

¹ أحمد خليل، أحمد هندي ونبيل إسماعيل عمر، المرجع السابق، ص328.

² نبيل إسماعيل عمر، الدفع بعدم القبول ونظامه القانوني في قانون المرافعات المدنية والتجارية، المرجع السابق ص202.

³ فتحي والي، المرجع السابق، ص699.

⁴ وجدي راغب فهمي، المرجع السابق، ص423.

⁵ أحمد خليل، أحمد هندي ونبيل إسماعيل عمر، المرجع السابق، ص329.

⁶ Art 123: « Les fins de non-recevoir peuvent être proposées en tout état de cause, sauf la possibilité pour le juge de condamner à des dommages-intérêts ceux qui se seraient abstenus, dans une intention dilatoire, de les soulever plus tôt ».

⁷ تنص المادة 63 ق إ م لبناني على ما يلي: "... إنما يعود للقاضي أن يحكم ببطل العطل والضرر على الخصم الذي تمنع عن الإدلاء بها في وقت مبكر، بقصد المماطلة وإطالة أمد المحاكمة".

⁸ تنص المادة 1/64 ق إ م لبناني على ما يلي: "على المحكمة أن تثير، من تلقاء نفسها، دفع عدم القبول عندما يتصل بالنظام العام، سيما إذا نتج عن عدم مراعاة مهل الطعن أو عن عدم جواز استعمال طرق الطعن".

⁹ Art 125: « Les fins de non-recevoir doivent être d'office lorsqu'elles ont un caractère d'ordre public, notamment lorsqu'elles résultent de l'inobservation des délais dans lesquels doivent être exercées les voies de recours ou de l'absence d'ouverture d'une voie de recours ».

ويلاحظ أن المشرع الجزائري لم يحذ حذو المشرع الفرنسي الذي نص في الفقرة الثانية للمادة 125 ق إ م فرنسي¹ - تقابلها المادة 1/64 ق أ م م لبناني² - على أنه يجوز للقاضي أن يؤثر من تلقاء نفسه الدفع بعدم القبول الناتج عن انتفاء المصلحة، انتفاء الصفة أو حجية الشيء المقضي فيه، وقد كان المشرع الفرنسي يقرر هذا الحكم بالنسبة لانتفاء المصلحة فحسب، ولكن نص على ذات الحكم بالنسبة لانتفاء الصفة و حجية الشيء المقضي فيه بموجب المرسوم رقم 836-2004 المؤرخ في 20 أوت 2004، ويقرر الفقه الفرنسي بأن هذا الحكم لا يسري على بقية الدفوع بعدم القبول كالتقدم لصراحة نص المادة 2247 ق م فرنسي في منع القاضي من إثارة هذا الدفع من تلقاء نفسه³.

ولاشك أن الحكم السابق الذي جاء به المشرع الفرنسي لا ينطبق على قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري، فالمصلحة، بمفهوم المخالفة للمادة 13 ق إ م إ في فقرتها الثانية والثالثة، ليست من النظام العام⁴، ومن ثم يمتنع على القاضي إثارة تخلفها من تلقاء نفسه، أما الصفة فهي بصريح نص المادة 2/13 ق إ م إ من النظام العام ويتعين على القاضي إثارة تخلفها من تلقاء نفسه، أما حجية الشيء المقضي فيه، فهي بصريح نص المادة 338 ق م ليست من النظام العام ويمتنع على القاضي إثارة ذلك من تلقاء نفسه.

4- من حيث حجية الحكم الصادر فيها: إن الحكم الذي يصدر في الدفع بعدم القبول يصدر بصريح نص المادة 67 ق إ م إ دون النظر في موضوع النزاع، ومن ثم فهو لا يعد حكماً موضوعياً، ومع ذلك يرى الفقه التقليدي بأن له حجية نسبية⁵، في حين يرى الفقه الحديث أنه ليس له حجية لأن الأحكام الموضوعية هي وحدها التي تحوز هذه الحجية، وهكذا يجوز بعد الحكم بعدم قبول الدعوى لانتفاء المصلحة مثلاً أن تقبل ذات الدعوى من جديد متى توافرت المصلحة⁶.

ومع ذلك يميز الفقه بين ما إذا كان مبنى الدفع بعدم القبول مانعاً مؤقتاً أو مانعاً دائماً، ففي الحالة الأولى يجوز تجديد الدعوى بمجرد زوال المانع وهو ما يصدق على المثال المذكور أعلاه (انتفاء المصلحة)، أم في الحالة الثانية فلا يجوز تجديد الدعوى لأن المانع أبدي لا يزول، مثال ذلك الدفع بعدم قبول دعوى الحيازة لرفعها بعد سنة من التعرض والدفع بعد قبول الطعن لرفعه بعد الميعاد، ومن الواضح أن عدم جواز تجديد الدعوى في هذين المثالين لا يعود لحجية الحكم الصادر بعدم القبول وإنما مرجعه إلى أن السبب الذي استند إليه الدفع⁷.

¹ Art 125/2: « Le juge peut relever d'office la fin de non-recevoir tirée du défaut d'intérêt, du défaut de qualité ou de la chose jugée ».

² تنص المادة 2/64 ق أ م م لبناني على ما يلي: "للمحكمة أن تثير تلقائياً دفع عدم القبول الناتج عن انتفاء الصفة أو المصلحة".

³ S. Guinchard, C. Chainais et F. Ferrand, op. cit. p296.

⁴ قارن: يوسف دلاندة حيث كتب يقول: "كما يمكنه، أي القاضي، أن يؤثر الدفع بعدم القابلية لانعدام المصلحة". الوجيز في شرح الأحكام المشتركة لجميع الجهات القضائية وفق قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد، دار هومة، 2009، ص56.

⁵ بوبشير محند أمقران، المرجع السابق، ص156.

⁶ وجدي راغب فهمي، المرجع السابق، ص425.

⁷ أحمد خليل، أحمد هندي ونبيل إسماعيل عمر، المرجع السابق، ص331-332.

5- من حيث استنفاد المحكمة لولايتها: يجب أن نميز، في هذا المقام، بين أثر الحكم الصادر في الدفع بعدم القبول على ولاية المحكمة بالنسبة لمسألة الدفع التي فصل فيها وبين أثره على ولايتها بالنسبة للموضوع.

ففي **الفرض الأول** يعد الحكم الصادر في الدفع بعدم القبول حكماً قطعياً، وبالتالي تكون المحكمة قد استنفدت ولايتها ويمتنع عليها أن تعود في حكمها داخل الخصومة، فمثلاً إذا رفضت المحكمة الدفع بعدم القبول ومن ثم بقيت الخصومة قائمة، فإنه لا يجوز للمحكمة أن تعيد بحث مسألة القبول مرة ثانية أثناء نظر هذه الخصومة¹.

أما في **الفرض الثاني** فإن الحكم في الدفع بعدم القبول لا يؤدي – في القول الراجح² – إلى استنفاد ولايتها بالنسبة للموضوع لأنها أصلاً لم تفصل فيه، وعلى ذلك إذا قضت المحكمة بعدم قبول الدعوى فتم استئناف هذا الحكم أمام المجلس القضائي فقام هذا الأخير بإلغاءه، فإنه يتعين عليه إعادة القضية للمحكمة للفصل في الموضوع لأنه لم يسبق لها وأن فصلت فيه³.

تم بحمد الله تعالى وتوفيقه

¹ أحمد خليل، أحمد هندي ونبيل إسماعيل عمر، المرجع السابق، ص332.

² أحمد أبو الوفا، نظرية الدفوع في قانون المرافعات، المرجع السابق، ص899. وجدي راغب فهمي، المرجع السابق، ص426-427. أحمد هندي، المرجع السابق، ص486.

³ قارن زينب شويحة حيث كتبت تقول: "1- إذا كان الدفع بعدم القبول متعلقاً بالموضوع يكون على المجلس أن يفصل في الموضوع بدون إحالة الملف إلى المحكمة الابتدائية. 2- إذا كان الدفع بعدم القبول متعلقاً بإجراءات الخصومة يكون على المجلس أن ينظر في الإجراءات فقط". المرجع السابق، ص98.

المحتويات

02	مقدمة.....
4	المبحث الأول: المفهوم القانوني للدعوى.....
4	المطلب الأول: التعريف بالدعوى.....
4	الفرع الأول: تعريف الدعوى.....
7	الفرع الثاني: عناصر الدعوى.....
9	الفرع الثالث: تمييز الدعوى عن المصطلحات القانونية الأخرى.....
11	المطلب الثاني: بيان المقصود بحق الدعوى.....
11	الفرع الأول: النظرية الكلاسيكية (نظرية الوحدة).....
13	الفرع الثاني: النظرية الحديثة (نظرية الازدواجية).....
15	المبحث الثاني: تقسيمات الدعوى.....
15	المطلب الأول: التقسيم التقليدي للدعوى.....
16	الفرع الأول: تقسيم الدعاوى طبقا لطبيعة الحق وموضوعه.....
23	الفرع الثاني: تقسيم الدعاوى العينية العقارية طبقا للحماية المطلوبة (دعاوى الحق ودعاوى الحيابة).....
46	المطلب الثاني: التقسيم الحديث للدعوى.....
47	الفرع الأول: الدعاوى الموضوعية.....
49	الفرع الثاني: الدعاوى الوقتية.....
51	المبحث الثالث: شروط قبول الدعوى.....
52	المطلب الأول: المصلحة.....
53	الفرع الأول: تعريف المصلحة.....
54	الفرع الثاني: نطاق اشتراط المصلحة.....
55	الفرع الثالث: أوصاف المصلحة.....
68	الفرع الرابع: مدى تعلق المصلحة بالنظام العام.....
69	المطلب الثاني: الصفة.....
69	الفرع الأول: تحديد المقصود بالصفة في الدعوى (الصفة العادية).....

71	الفرع الثاني: أحكام الصفة.....
82	الفرع الثالث: مدى تعلق الصفة بالنظام العام.....
83	المطلب الثالث: استبعاد الأهلية كشرط من شروط قبول الدعوى.....
85	المبحث الرابع: وسائل مباشرة الدعوى
85	المطلب الأول: الطلبات
86	الفرع الأول: مظاهر الطلب القضائي
107	الفرع الثاني: آثار الطلب القضائي
110	المطلب الثاني: الدفوع
111	الفرع الأول: الدفوع الموضوعية
114	الفرع الثاني: الدفوع الشكلية.....
121	الفرع الثالث: الدفوع بعدم القبول