



كلية الحقوق والإدارة العامة

"برنامج الماجستير في القانون"

رسالة ماجستير بعنوان:

سلطة القاضي في إدارة الخصومة المدنية في قانون أصول

المحاكمات المدنية والتجارية الفلسطينية

"دراسة مقارنة"

**"The Judge's Authority In Managing
The Civil litigation in palestinian
law"**

إعداد: رائد زيدات

الرقم الجامعي

(1085197)

إشراف: د. خالد تلاحمة

كانون ثاني 2012

سلطة القاضي في إدارة الخصومة المدنية
في قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية الفلسطينية
"دراسة مقارنة"

**"The Judge's Authority In Managing
The Civil litigation in palestinian
law"**

الطالب

رائد زيدات

تاريخ المناقشة: 2013/1/21

المشرف وأعضاء لجنة النقاش

الدكتور خالد تلاحمة.....رئيساً

الاستاذ الدكتور عثمان التكروري.....عضوا

الدكتور يوسف شندي.....عضوا

قدمت هذه الرسالة استكمالاً لمتطلبات درجة الماجستير في القانون – كلية الدراسات
العليا في جامعة بيرزيت – فلسطين 2013.

المحتويات

6	ملخص الدراسة
8	مقدمة
16	اشكالية الدراسة، وتساولاتها:
17	منهجية الدراسة
19	الفصل التمهيدي: سلطة القاضي في النزاع المدني بشكل عام
19	المبحث الأول: ماهية سلطة القاضي في الخصومة المدنية
19	المطلب الأول: مفهوم سلطة القاضي المدني
22	المطلب الثاني: حياد القاضي ومدى ارتباط سلطاته بالنظام العام
22	الفرع الأول: الحياد وسلطة القاضي
23	الفرع الثاني: مدى ارتباط سلطة القاضي بالنظام العام
26	المطلب الثالث: ضوابط على سلطة القاضي في إدارة الخصومة المدنية
27	الفرع الأول: قيود (ضوابط) تفرضها القواعد العامة
29	الفرع الثاني: قيود بحكم القانون (ضوابط قانونية)
37	المبحث الثاني: مظاهر سلطة القاضي في الخصومة المدنية
37	المطلب الأول: مظاهر الدور الايجابي لسلطة القاضي
43	المطلب الثاني: مظاهر سلطة القاضي في تقدير البطلان
46	الفرع الأول: سلطة القاضي في الحكم بالبطلان بحسب حالاته
50	الفرع الثاني: سلطة القاضي في تقدير صحة العمل الاجرائي
51	الفرع الثالث: سلطة القاضي في تصحيح البطلان
54	الفصل الأول: سلطة القاضي في الطلبات
54	المبحث الأول: سلطة القاضي في الطلبات الأصلية
54	المطلب الأول: سلطة القاضي في تقدير مدى اختصاصه بنظر الطلب الأصلي
55	الفرع الأول: سلطة القاضي في مجال الاختصاص الوظيفي (الولائي)
55	الفرع الثاني: سلطة القاضي في مجال الاختصاص النوعي
56	الفرع الثالث: سلطة القاضي في مجال الاختصاص القيمي
62	الفرع الرابع: سلطة القاضي في مجال الاختصاص المكاني (المحلي)
63	الفرع الخامس: سلطة القاضي في الإحالة لعدم الاختصاص
69	الفرع السادس: سلطة القاضي في مجال الاختصاص الدولي
74	المطلب الثاني: سلطة القاضي في تقدير نطاق الطلب الأصلي
75	الفرع الأول: سلطة القاضي في تقدير نطاق الطلب الأصلي من حيث أطرافه

76	الفرع الثاني: سلطة القاضي في تقدير نطاق الطلب الأصلي من حيث موضوعه (محل الادعاء)
85	الفرع الثالث: سلطة القاضي في تقدير نطاق الطلب الأصلي من حيث السبب
89	المطلب الثالث: سلطة القاضي في تقدير شروط قبول الإيداع
90	الفرع الأول: تقدير القاضي لقانونية المصلحة
93	الفرع الثاني: تقدير القاضي للمصلحة الشخصية المباشرة
95	الفرع الثالث: تقدير القاضي للمصلحة القائمة والحالة
97	المبحث الثاني: سلطة القاضي في الطلبات العارضة
99	المطلب الأول: سلطة القاضي في تقدير طلبات الخصوم العارضة
99	الفرع الأول: سلطة القاضي في تقدير طلبات المدعي الإضافية الخاصة
102	الفرع الثاني: سلطة القاضي في تقدير طلبات المدعي الإضافية المرتبطة
103	الفرع الثالث: سلطة القاضي في تقدير طلبات المدعي عليه العارضة (المقابلة)
104	الفرع الرابع: سلطة القاضي في تقدير طلبات المدعي عليه المقابلة الخاصة
106	المطلب الثاني: سلطة القاضي في تقدير طلب الغير بالتدخل في الخصومة
106	الفرع الأول: تقدير القاضي لطلب التدخل الهجومي (الإختصامي)
107	الفرع الثاني: تقدير القاضي لطلب التدخل الانضمامي
108	المطلب الثالث: سلطة القاضي في تقدير طلبات الاختصاص وإدخال الغير
108	الفرع الأول: تقدير القاضي لطلب الخصوم باختصاص الغير
111	الفرع الثاني: سلطة القاضي في إدخال الغير
117	الفصل الثاني: سلطة القاضي في الدفوع
119	المبحث الأول: سلطة القاضي في تقدير الدفوع الشكلية
119	المطلب الأول: تقدير القاضي لطبيعة الدفع الشكلي
122	المطلب الثاني: تقدير القاضي للدفوع الشكلية غير المتعلقة بالنظام العام
124	المطلب الثالث: سلطة القاضي في إثارة الدفوع الشكلية من تلقاء نفسه
125	المبحث الثاني: سلطة القاضي في تقدير الدفوع المتعلقة بعدم القبول
126	المطلب الأول: تقدير القاضي لطبيعة الدفع بعدم القبول وحالاته
130	المطلب الثاني: سلطة القاضي في إثارة الدفع بعدم القبول
132	المبحث الثالث: سلطة القاضي في الدفوع الموضوعية
132	المطلب الأول: تقدير القاضي لطبيعة الدفع الموضوعي وحالاته
134	المطلب الثاني: تقدير القاضي لحق الخصم في إثارة الدفوع الموضوعية
136	المطلب الثالث: سلطة القاضي في إثارة الدفوع الموضوعية من تلقاء نفسه
138	الفصل الثالث: مظاهر سلطة القاضي من أدلة الإثبات
143	المبحث الأول: موقف القاضي من السندات في الإثبات
143	المطلب الأول: موقف القاضي من السندات المعدة للإثبات
143	الفرع الأول: موقف القاضي من السندات الرسمية في الإثبات

146	الفرع الثاني: موقف القاضي من السندات العرفية (العادية) في الإثبات
149	المطلب الثاني: موقف القاضي من السندات غير المعدة للإثبات
150	الفرع الأول: موقف القاضي من الإثبات بالرسائل والبرقيات
151	الفرع الثاني: موقف القاضي من الإثبات بالدفاتر التجارية
153	المبحث الثاني: موقف القاضي من الأدلة الأخرى في الإثبات (غير المعدة مقدما)
153	المطلب الأول: موقف القاضي من شهادة الشهود
158	المطلب الثاني: موقف القاضي من الإقرار والاستجواب
158	الفرع الأول: موقف القاضي من الإقرار
161	الفرع الثاني: سلطة القاضي في استجواب الخصوم
162	المطلب الثالث: موقف القاضي من اليمين والقرائن
162	الفرع الأول: موقف القاضي من اليمين في الإثبات
166	الفرع الثاني: موقف القاضي من القرائن في الإثبات
169	الفصل الرابع: سلطة القاضي في مجال عوارض الخصومة
169	المبحث الأول: سلطة القاضي في حالة العوارض التي تؤدي إلى ركود الخصومة
170	المطلب الأول: سلطة القاضي في شطب الدعوى
171	المطلب الثاني: سلطة القاضي في وقف الخصومة
172	الفرع الأول: تقدير القاضي للوقف الاتفاقي
174	الفرع الثاني: تقدير القاضي لوقف الخصومة للفصل في مسألة أولية
179	الفرع الثالث: تقدير القاضي للوقف بحكم القانون
180	المطلب الثاني: سلطة القاضي في حالة انقطاع الخصومة
183	الفرع الأول: تقدير القاضي لانقطاع الخصومة بوفاة أحد الخصوم
185	الفرع الثاني: تقدير القاضي لانقطاع الخصومة بفقدان الأهلية
187	الفرع الثالث: تقدير القاضي لانقطاع الخصومة بزوال الصفة
189	المبحث الثاني: سلطة القاضي في إقرار انتهاء الخصومة بغير حكم في موضوعها
189	المطلب الأول: سلطة القاضي في الحكم بسقوط الخصومة
195	المطلب الثاني: سلطة القاضي في إنهاء الخصومة بمضي المدة
200	المطلب الثالث: سلطة القاضي في حالة ترك الخصومة
205	الخاتمة
209	التوصيات
212	قائمة المصادر والمراجع

ملخص الدراسة

تناولت هذه الدراسة سلطات القاضي في إدارة الخصومة المدنية في مرحلة أساسية، وهي مرحلة الخصومة منذ انعقادها وحتى إقفال باب المرافعة - إذ تتداخل في هذه المرحلة سلطات القاضي مع دور الخصوم في سير الخصومة.

حيث تناولت هذه الدراسة أوجه استعمال الدعوى (الطلبات والدفع) وسلطات القاضي في كل منها، واثرت ذلك على سير الخصومة المدنية، وحقيقة دور القاضي في مجال الإثبات بعد أن كان التصور السائد أن القاضي ليس له أي دور في هذا المجال، وكذلك سلطة القاضي في حالة العوارض التي تؤدي إلى ركود الخصومة أو زوالها.

وتبدو أهمية هذا الموضوع في التصدي للكثير من المسائل الاجرائية المختلف عليها، حيث حاولت هذه الدراسة إجراء مقارنة بينها من خلال المقارنة بين نصوص قانون أصول المحاكمات المدنية رقم 2 لسنة 2001 وعدد من القوانين المقارنة وبشكل خاص قانون أصول المحاكمات المدنية الأردني رقم 24 لسنة 1988 وقانون المرافعات المصري رقم 38 لسنة 1968، ومن خلال تفسير النصوص ذات العلاقة في القوانين المذكورة وغيرها من القوانين مستعيناً بالتطبيقات القضائية في هذا المجال، للخروج بتصوير يؤدي إلى استقرار في الموضوعات التي تطرحها هذه الدراسة، وتبسيط الضوء على التحول الواضح في العملية القضائية في ظل ما أرساه قانون أصول المحاكمات الحقوقية الملغى رقم 42 لسنة 1952 والنهج الذي سار عليه المشرع الفلسطيني في قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية رقم 2 لسنة 2001 ومدى مساهمة هذا النهج لتوجه الفكر القانوني الحديث نحو دور أكبر للقاضي في إدارة الخصومة المدنية.

وقد هدفت هذه الدراسة إلى تجاوز الكثير من أوجه القصور في إدارة الخصومة المدنية وبعض أوجه القصور التشريعي، ومحاولة وضع آليات والبحث عن الأدوات التي تمكن القاضي من السيطرة المبكرة على الخصومة المدنية ومعالجة الأسباب التي تؤدي إلى تعطيل الخصومة أو البطء في سيرها نحو الفصل فيها.

وقد خلصت الدراسة إلى أن الاعتراف بالسلطة التقديرية للقاضي يمكنه من السيطرة المبكرة على الدعوى، وأن قانون أصول المحاكمات المدنية رقم 2 لسنة 2001 نهجاً سليماً بأن

أعطى السلطة ووضع الضوابط وكرس مبدأ الحياد الإيجابي، ومبدأ المواجهة وتركيز الخصومة واحترام حق الدفاع، وأن على القاضي أن يوائم بين سلطاته ومدى تعلق الإجراء بالنظام العام في كل حالة تعرض عليه، وذلك من خلال تصور لفكرة النظام العام، كما أقر قانون أصول المحاكمات المدنية سلطات واسعة في كل الموضوعات التي طرحتها هذه الدراسة سواء في مجال الطلبات الأصلية أو العارضة، وكذلك في الدفوع الشكلية ودفوع عدم القبول والدفوع الموضوعية وفي مجال الاثبات، وعوارض الخصومة، وخرجت بتوصيات لتعديل بعض النصوص في قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية رقم 2 لسنة 2001 وإضافة أو حذف نصوص أخرى تجسيدا وإعمالاً للتوجه بتوسيع دور القاضي وسلطاته في إدارة الخصومة المدنية.

مقدمة

يُعنى قانون أصول المحاكمات المدنية الفلسطيني رقم 2 لسنة 2001 ببيان الاجراءات التي تلزم مراعاتها عند اللجوء إلى القضاء، وذلك بما يتطلبه من أمور شكلية يجب أن تحترم، وما يترتب على عدم مراعاتها من جزاء، فاللجوء إلى القضاء لحماية الحق أمر لا بد من تنظيمه ليكون وسيلة فاعلة في اقتضاء الحق وحمايته، وفي الوقت ذاته لا يؤدي إلى إهداره نتيجة المغالاة في الشكل على حساب الموضوع.

لقد جاءت معظم قوانين الأصول والإجراءات بتنظيم الدعوى المدنية وفق مقتضيات تلتزم تحقيق العدالة بين الخصوم لينال الحكم الصادر فيها ثقة المتقاضين، ومن هنا يقال أن الحكم القضائي عنوان الحقيقة كونه يصدر بعد مراحل تمر فيها الدعوى تعطي لكل طرف فيها مكنة طرح مطالبه وإبداء دفوعه.

ولما كان الأمر كذلك- وحتى تتحقق الأهداف المرجوة من التقاضي وأن يتم ذلك في جو من العدالة والمساواة بين الخصوم- منح القاضي سلطات في تسيير إجراءات الخصومة بحيث لا يترك الأمر للخصوم وفق أهوائهم، وبالمقابل فإنه من غير المتصور أن يترك الأمر لمطلق تقدير القاضي وهو كأي إنسان قد تختلف طريقتة في التقدير والإدراك.

إن الخلل في كثير من الأحيان أو عدم الإلمام من العاملين في قطاع العدالة بشكل عام وما رتبته ذلك من تعطيل لسير العدالة وتراكم القضايا، كان أحد مسبباته عدم إعمال النصوص التي تخول القاضي سلطات في إدارة الخصومة كما يجب أو عدم الإدراك لطبيعة تلك السلطات وحدودها بشكل سليم، مما كان دافعاً لي لدراسة هذا الموضوع والبحث فيه.

وحيث إن القوانين في مختلف النظم القانونية وتحديداً قوانين الأصول والإجراءات في تطور مستمر، فقد جاء قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية رقم 2 لسنة 2001 مواكباً لهذا التطور، وأصبح دور القاضي يختلف عما كان عليه في السابق، حيث كان دوره ينحصر في مراقبة سير الخصومة، سلبياً إلى حد اعتباره حكماً يراقب النزاع، بينما أصبح له دور مؤثر في سير الخصومة، ولم يعد الأمر دوراً يؤديه بالرقابة فقط.

وقد حاول المشرع في قانون أصول المحاكمات المدنية الفلسطيني رقم 2 لسنة 2001 التوفيق بين قانون المرافعات المصري وقانون أصول المحاكمات الأردني، ولعل الموضوع الذي نحن بصدد البحث فيه من الأمور التي توسع المشرع الفلسطيني في الأخذ بها من حيث المبدأ، إذ أنه وقياساً على ما كان عليه الوضع في السابق، فقد منح القانون الفلسطيني القاضي دوراً إيجابياً أكبر في إدارة الخصومة المدنية، قاصداً بذلك إغلاق باب المماطلة الذي دأب الخصوم على طرقة كلما وجدوا إلى ذلك سبيلاً، ولكن ورغم ذلك فإن الممارسة الفعلية لهذا الدور تبدو على غير ما أراده المشرع في كثير من الأحيان، مما يستدعي الخروج بفهم متكامل لدور القاضي تجاه سلطاته التي خولت إليه بموجب القانون.

جاء عنوان هذه الدراسة "سلطة القاضي في إدارة الخصومة المدنية" من بين عناوين عدة كدور القاضي في إدارة الخصومة أو موقف القاضي من الخصومة المدنية، فالسلطة تعني الملك والقدرة¹، وتحمل معنى الأمر والإلزام، وهي من أهم أدوات القاضي في إدارة الخصومة فالقاضي يملك اتخاذ الإجراء، أو بمقدوره اتخاذه سنداً للقانون، بينما يحمل مصطلح الدور معنى التوجيه أكثر منه الإلزام، ويعني إدارة الأمر أو الإحاطة به²، أما الموقف فهو تعليق الحكم على أمر ما³، ويقصد به تحديد الوجهة أو تحديد الموقف من أمرين وهو أيضاً لا يتضمن أي إلزام أما الإدارة فهي عملية التخطيط والرقابة والتحكم، لیتسنى اتخاذ القرارات بصورة مستمرة.

لذلك نقول دور أو موقف القاضي من الإثبات، ذلك أن دور الخصوم في هذا المجال أوسع وأكبر من دور القاضي فيه، إذ غالباً ما يقف منه القاضي موقف المرّجّح، فعبء الإثبات مسؤولية أطراف الخصومة وفي الغالب ليس للقاضي فيه دور إلا أن يرجح أو يزن، علماً أن قانون البينات خوّل القاضي العديد من السلطات، كتوجيه اليمين المتممة والاستجواب واستدعاء الشهود، وبالتالي فإن حقيقة دور القاضي في مجال الإثبات تتراوح بين الموقف والسلطة.

ومن هنا يبرز ما للقاضي من سلطة تحمل معنى الأمر والإلزام، وهي مكنة خوّلتها المشرع للقاضي تحقيقاً للعدالة وتسييراً للإجراءات التي لا يمكن أن تسير بالخصومة إلى غايتها دون تلك السلطة التي تتجلى في قانون الأصول.

¹ المنجد في اللغة والأعلام، ط3، دار الشروق، 2008، ص344.

² المنجد في اللغة والأعلام، المرجع السابق، ص288.

³ المرجع نفسه، ص914.

يختلف موضوع هذه الدراسة "سلطة القاضي في إدارة الخصومة المدنية" عن نظام إدارة الدعوى المدنية الذي أخذ به قانون أصول المحاكمات الأردني المعدل رقم 14 لسنة 2001¹ وهو عبارة عن مجموعة إجراءات قانونية يقوم بها قاض متخصص، يتم من خلالها التأكد من صحة تمثيل الأطراف، وحصر البيانات وتهيئة الفرصة المناسبة لتحديد جوهر النزاع، وعرض حل له بينهم بالمصالحة أو بإحدى الطرق البديلة عن التقاضي أو إحالة الملف الى محكمة الموضوع².

وهناك نظام الوساطة المدنية، الذي طبق في العديد من الدول³، وقد أخذ به المشرع الأردني في قانون الوساطة لتسوية النزاعات المدنية رقم 12 لسنة 2006، والذي جاء في المادة الثالثة منه "لقاضي إدارة الدعوى أو قاضي الصلح وبعد الاجتماع بالخصوم أو وكلائهم القانونيين إحالة النزاع بناءً على طلب أطراف الدعوى أو بعد موافقتهم إلى قاضي الوساطة أو إلى وسيط خاص لتسوية النزاع ودياً"، وهو شبيه بنظام التسوية القضائية الذي أخذ به قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية رقم 2 لسنة 2001⁴ في الباب الرابع، مع فارق أن من يقوم بأعمال الوساطة في القانون الفلسطيني قاض وليس وسيط خاص.

وبهذا، فإن إدارة الدعوى تختلف عن إدارة الخصومة، من حيث الهدف والصلاحيات، فإدارة الدعوى تهدف في مجملها إلى تحقيق سيطرة مبكرة على ملف الدعوى منذ تسجيلها، وكذلك فإن صلاحيات قاضي إدارة الدعوى تنحصر في المصادقة على أي اتفاق أو مصالحة يتفق عليها الأطراف لحل النزاع، أو إحالة النزاع إلى وسيط، أو إحالة الدعوى إلى المحكمة المختصة⁵.

لقد سادت الأنظمة القانونية المختلفة - ومن بينها النظام القانوني الفلسطيني - فكرة أن الدعوى ملك للخصوم، مما أحاط عملية التقاضي بحالة من السلبية، بسبب إطالة أمد إجراءات التقاضي على حساب الحق الموضوعي، فالتقاضي يريد أن يصل إلى حقه بالسرعة الممكنة

¹ قانون أصول المحاكمات المعدل رقم 14 لسنة 2001 المنشور في الجريدة الرسمية الأردنية عدد رقم 4480 بتاريخ 2001/3/18، ص1252.

² محمد نصر الرواشده، إدارة الدعوى المدنية في النظام القضائي "دراسة مقارنة"، ط1، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2010، ص49.

³ -Thomas Schults and others, Online Dispute Resolution: The state of the ART and Issues, December 2001, university of Geneva, page 10.

⁴ قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية الفلسطيني رقم 2 لسنة 2001، (الوقائع الفلسطينية: العدد 38، 2001/9/5) ص5.

⁵ عباس العبودي، شرح أحكام قانون أصول المحاكمات المدنية، ط1، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2006، ص147.

والعدالة المتأخرة ظلم محض، مما يدفع المتقاضين إلى وسائل أخرى أو تسويات مجحفة، أو ترك حقوقهم في سبيل الخلاص من معاناة التقاضي التي قد تصل في بعض الأحيان إلى سنوات.

وفي سعي دائم من الفكر القانوني¹، دأبت الانظمة القانونية على تطوير نفسها لإيجاد حل لهذه المعضلة، والاهتمام بتطوير القضاء² والتشريعات المتعلقة بإجراءات التقاضي في العديد من الدول³، خروجاً على المبدأ القائل إن الدعوى ملك الخصوم، فلا يجوز أن يتخذ من القواعد القانونية التي يفترض فيها أنها وجدت لحماية الحقوق والوصول إليها، أن تكون السبب المعطل في الوصول إليها.

والقواعد القانونية إما موضوعية أو إجرائية، الموضوعية تتعلق بالحق وتختلف عن القواعد الإجرائية التي تنظم كيفية تطبيق القانون الموضوعي المتعلق بالحق⁴.

فالقاعدة الموضوعية المنظمة للحق هي التي تحدد آثاره وأسلوب حمايته قانوناً مما يوفر حماية تلقائية للحق خوفاً من أعمال الجراء الذي تتضمنه تلك القاعدة، فإذا تم الاعتداء على الحق يأتي دور القاعدة الاجرائية في تكميل دور القاعدة الموضوعية، أي أن القاعدة الموضوعية تحمي الحق بشكل تلقائي وهي في حالة سكون، ودور القاعدة الإجرائية هو تفعيل القاعدة الموضوعية وإعادة النشاط إليها إذا ما تم الاعتداء على الحق الذي تحميه من خلال فتح المجال للتقاضي، فهي إنما وجدت لخدمة القواعد الموضوعية⁵.

ومجال ذلك هو الدعوى والخصومة، فالدعوى حقيقة ترتبط بالإجراء المتخذ من المدعي قبل أن تصل إلى المدعى عليه أي المطالبة القضائية، لذلك ورد تعريفها في المادة (1613) من مجلة الأحكام العدلية على أنها "طلب أحد حقه من آخر في حضور القاضي ويقال له المدعي وللاخر المدعى عليه"⁶.

¹ محمد نصر الرواشدة، مرجع سابق، ص15.

2- Henry j Abraham, The Judicial Process, second edition, Oxford University Press, 1993, p50

3- Henry j. Brown and Arther L. Marriott Q.c, ADR Princiiples and Practice, second edition, sweet Maxwell Limited, London 1999, p9.

⁴ محمد علي الطعاني، سلطة القاضي في توجيه سير إجراءات الخصومة المدنية، ط1، دار المسيرة للنشر والتوزيع، عمان، 2009، ص14.

⁵ نبيل عمر وأحمد خليل، قانون المرافعات المدنية "دراسة مقارنة"، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2004، ص5-6.

⁶ علي حيدر، شرح مجلة الاحكام العدلية، دار الجبل، بيروت، 1991، ص173.

أما الخصومة، فهي ليست سوى مرحلة من مراحل الدعوى، أو هي الدعوى في مرحلة تحقيقها وتتكون من أعمال عدة يقوم ببعضها الخصوم أو ممثليهم ويقوم ببعضها القاضي وأعدائه، وهذه الأعمال تتابع فيما بينها زمنياً ومنطقياً بحيث يعتبر كل عمل فيها مفترضاً للعمل اللاحق¹ تبدأ من وقت تبليغ لائحة الدعوى وحتى إقفال باب المرافعة فيها .

إلا أن هذه العملية سواء الدعوى أو الخصومة محكومة بالعديد من المبادئ والقواعد فالقانون لا يعمل بشكل تلقائي، إذ لا بد من جهة تقوم على تطبيقه وإعمال نصوصه الموضوعية منها والإجرائية، ولذلك كفلت معظم الدساتير حق اللجوء إلى القضاء، ومن بينها القانون الأساسي الفلسطيني لسنة 2003² في المادة (30) منه التي نصت على أن "التقاضي حق مصون ومكفول للناس كافة، ولكل فلسطيني حق اللجوء إلى قاضيه الطبيعي وينظم القانون إجراءات التقاضي بما يضمن سرعة الفصل في القضايا".

انطلاقاً من الدعوى (المطالبة القضائية) التي تعبر عن حقيقة أن القضاء المدني مطلوب وليس تلقائي، فهو لا يتعرض لفض المنازعات بين الناس أو تحديد المراكز القانونية أو الواقعية في المجتمع من تلقاء نفسه، وإنما لا بد أن يطلب منه ذلك في كل حالة يتم فيها هذا التدخل بواسطة الدعوى المدنية³، إذ يتوقف توفير الحماية للحق من خلال المطالبة، فلا يباشر القاضي عمله إلا بناء على مبادرة من صاحب المصلحة في المطالبة⁴، فالقاضي لا يتعهد بالقضية تلقائياً".

إلا أنه في حالات معينة يخول المشرع القاضي ترتيب آثار معينة كترتيب آثار إشهار إفلاس المدين، كما فعل المشرع المصري وكذا قانون التجارة الأردني⁵، حيث يستطيع القاضي أن يستند إلى التوقف عن الدفع لترتيب بعض الآثار كتوقيف عقوبات الإفلاس بالتقصير أو التدليس

¹ أحمد هندي، قانون المرافعات المدنية والتجارية والخصومة والحكم والظعن، دار الجامعة الجديدة للنشر، ج2، 1995، ص6.

² القانون الأساسي المعدل لسنة 2003، (الوقائع الفلسطينية: العدد الممتاز 2، 2003/3/9).

³ عباس العبودي، مرجع سابق، ص181.

⁴ أحمد هندي، مرجع سابق، ص11. غالب القرالة، القضاء المدني الأردني، (د.ن)، عمان، 1994، ص61.

⁵ تنص الفقرة الثانية من المادة 320 من قانون التجارة الأردني رقم 12 لسنة 1966 على "للمحكمة عند الاقتضاء أن تشهر الإفلاس من تلقاء نفسها".

والطعن في تصرفات المدين، وهو ما يعتبر بمثابة إقرار حالة إفلاس فعلي¹، ومبرر هذا الخروج على القواعد العامة هو تعلق أحكام الإفلاس بالنظام العام².

ويرتبط هذا المبدأ بمبدأ حياد القاضي، الذي يعتبر من أهم سمات العمل القضائي فبالإضافة إلى عدم تصديه للنزاع من تلقاء نفسه، يفترض فيه التجرد حيال النزاع المعروض عليه من أي مصلحة ذاتية، ليتسنى له الفصل فيه بموضوعية، إذ يفترض في القاضي أن يكون قصياً عن التحيز لأي من أطراف الدعوى وإلا اهتز حياده وابتعد عن تحقيق العدالة³.

لهذا نصت القوانين الناظمة للأصول والمرافعات على حالات عدم صلاحية القاضي، وحالات رد القاضي، التي تعد مظهراً من مظاهر تجسيد مبدأ الحياد، وقد أفرد قانون الأصول الفلسطيني الباب التاسع منه لهذه الغاية، حيث نظمت المواد 141-152 أحكام تحمي القضاة وردهم⁴.

كذلك أحيطت العملية القضائية بضمانات أخرى، فهناك مبدأ المواجهة ومبدأ العلانية واحترام حق الدفاع، وعدم حكم القاضي بعلمه الشخصي ومبدأ تركيز الخصومة وثبات النزاع⁵، وهي مبادئ مرتبطة ببعضها، ومنها ما هو مبني على الآخر، وهي مبادئ متصلة بالنظام العام.

والمواجهة تعني أن لكل خصم الحق في أن يسمع أمام قاضيه الطبيعي، وأن يعرض ادعاءاته ووسائل دفاعه، وأن يكون على علم بما قدمه الخصم الآخر ليتسنى له مناقشة خصمه وتنفيذ ادعاءاته⁶، وهو ليس مرادفاً لحق الدفاع، وإنما من الالتزامات المفروضة على القاضي تجسيدا لحق الدفاع، ومن مقتضياته أيضا التزام القاضي بعدم تغيير العناصر الموضوعية للطلب

¹ أحمد مليجي، الموسوعة الشاملة في التعليق على قانون المرافعات، ج3، ط4، نادي القضاة، (د.م.)، 2005، ص539.

² عزيز العكيلي، احكام الافلاس والصلح الوافي "دراسة مقارنة"، دار الثقافة للنشر والتوزيع عمان، 1997، ص65.

= بينما ذهب البعض إلى أن هناك العديد من الأحكام المتعلقة بالنظام العام، ومع ذلك لم يجيز المشرع للقاضي التصدي لها.

³ عبد الحميد الشواربي، المسؤولية القضائية في ضوء الفقه والقضاء، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1997، ص61.

⁴ نصت المادة 141 على حالات عدم الصلاحية بينما نصت المادة 143 على الحالات التي يجوز فيها لأي من الخصوم تقديم طلب الرد ونظمت باقي المواد إجراءات التتحي والرد والجهة المختصة بنظر طلب الرد.

⁵ محمد الرواشدة، مرجع سابق، ص16. وقد تضمن قانون الأصول الفلسطيني بين نصوصه تجسيدا لهذا المبدأ في المواد 120، 53 حيث تلزم الأولى المدعي أن يرفق مع لائحة دعواه صورا عن المستندات تأييدا لدعواه، وتتعلق الثانية بتحديد نقاط الاتفاق والاختلاف وحصر البيئة.

⁶ عزمي عبد الفتاح، واجب القاضي في تحقيق مبدأ المواجهة باعتباره اهم تطبيق لحق الدفاع، دار النهضة العربية، القاهرة، (د.س.)، ص20، 24.

القضائي، لأنه إن فعل فإنه يكون قد تدخل في ميدان الواقع وهو مجال يترك للخصوم، ويكون أخل بحياده وأخل بحق الدفاع¹.

وليس للقاضي أن يدخل بمبادرة منه ودون طلب من الخصوم عناصر لم يطرحها الخصوم بحيث تدخل هذه العناصر تغييراً في موضوع الدعوى أو سببها، وهذا يعتبر منه قضاءً بعلمه الشخصي يخالف طبيعة مهمته²، وهو ما سنأتي على تفصيله لاحقاً.

إن سلطة القاضي في التقدير تمتد لتشمل فروع القانون كافة، وهي في القانون الموضوعي وتحديداً في القانون المدني تكاد تكون أوسع عما هي عليه في غيره من فروع القانون، وقد ورثت السلطة الوطنية الفلسطينية وضعاً قانونياً شديداً التعقيد يتمثل في ازدواجية النظام القانوني بين الضفة الغربية وقطاع غزة من جهة، وتعددية مصادر القوانين السارية في مناطق السلطة الفلسطينية من عثمانية واندائية بريطانية وأردنية ومصرية وأوامر عسكرية إسرائيلية من جهة أخرى³، ولا شك أن هذه الإزدواجية والتعددية انعكست بشكل سلبي على دور القاضي في العمل القضائي في مرحلة سابقة ولا زالت، إضافة إلى قصور بعض التشريعات عن مواكبة التطور في مجالات القانون المختلفة.

فمجلة الأحكام العدلية التي تمثل بشكل أساسي القانون المدني المطبق في المحاكم الفلسطينية، وعلى الرغم من أهمية مكانتها في التشريع ورغم أن أحكامها التي اقتصرت على طائفة من المعاملات المستمدة من المذهب الحنفي، إلا أنها ليست قانوناً مدنياً بالمعنى الكامل فلم تتضمن أحكاماً عن الالتزامات، ولا الحقوق العينية، وبالمقابل تضمنت أحكاماً لا تمت للقانون المدني بصلة، كالأحكام المتعلقة بتنظيم القضاء وأصول المحاكمات المدنية⁴، إضافة إلى أن صياغتها أقرب إلى الشروح الفقهية منها إلى النصوص القانونية لما فيها من الإطالة والإسهاب، إضافة إلى القصور في العديد من المجالات المتعلقة بالقانون المدني، مما أوجد اضطراباً قانونياً لدى كافة المشتغلين بالقانون⁵.

¹ نبيل اسماعيل عمر، إمتناع القاضي عن القضاء بعلمه الشخصي في قانون المرافعات، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1989، ص11. عزمي عبد الفتاح، مرجع سابق، ص9.

² نبيل اسماعيل عمر، إمتناع القاضي عن القضاء بعلمه الشخصي، مرجع سابق، ص13.

³ سامر الفارس وفراس ملحم، أسس التشريع في فلسطين، معهد الحقوق، جامعة بيرزيت، ص36.

⁴ أنظر شرح المجلة لعلي حيدر، المجلد الرابع، ص569-691.

⁵ محمد وحيد الدين سوار، شرح القانون المدني "النظرية العامة للإلتزام"، ج1، (د.ن)، دمشق، 1978، ص2.

ورغم مواجهة بعض أوجه القصور من خلال بعض القوانين الخاصة كتشريعات الأراضي الأردنية، وقانون المالكين والمستأجرين، والقوانين الفلسطينية، إلا أن هناك أيضاً الأوامر العسكرية والقوانين الانتدابية التي لا زال عددٌ منها مطبقاً في الضفة وغزة، الأمر الذي أوجد قصوراً تشريعياً، كان له أثرٌ سلبي على عمل المحاكم والمشتغلين بالقانون لا يمكن تجاوزه إلا بصور قانون مدني، كونه القانون الذي ينظم معاملات الناس بشكل أساسي¹.

وعلى الرغم من أن موضوع هذه الدراسة لا يتناول سلطات القاضي في القانون المدني نجد أن معظم القوانين المدنية منحت سلطات تقديرية واسعة في مجالات القانون المدني كافة لا سيما في المجال التعاقدية، ومن هذه السلطات، سلطة القاضي في تفسير العقد، وسلطته في تكميل نطاق العقد، وفي تعديله وتكييفه، وسلطته في تحول العقد وإبطاله وفسخه.

وللقاضي سلطات في غير المجال التعاقدية، كسلطته في الحكم بتعويض كامل أو عادل أو جزئي، أو أن لا يحكم بالتعويض أو أن يعين نصيب المسؤولين عن التعويض في حالة التعدد أو تأخير الحكم بالتعويض إلى حين استقرار النتيجة والحكم بتعويض مؤقت، وسلطته في تقرير علاقة السببية والموازنة بين الأسباب، وله تقدير التعسف والغلو في استعمال الحق.

وحيث إن سلطات القاضي في مجال القانون المدني بحاجة لبحث مستقل، فهي تخرج عن موضوع هذه الدراسة، وسوف نعمل على حصرها بالبحث في سلطات القاضي في الخصومة المدنية منذ بدئها وحتى إقفال باب المرافعة فيها، أي المرحلة السابقة على صدور حكم في الخصومة، كونها أهم مراحل الخصومة المدنية التي تبدو فيها سلطات القاضي في مواجهة أطراف النزاع، وهي المرحلة التي يمكن من خلالها السيطرة على الخصومة بصورة تخدم العدالة وحسن سير الخصومة، نستعرض من خلالها سلطات القاضي في الطلبات والدفع والإثبات وعوارض الخصومة، بحيث يخرج عن نطاق هذه الدراسة ما قبل بدء الخصومة، وما بعد اقفال باب المرافعة.

¹ للمزيد حول هذا الموضوع انظر وحيد الدين سوار، المرجع السابق، ص1-2. وكذلك بحث لسامر الفارس وفراس ملحم، أسس التشريع في فلسطين، مرجع سابق، ص37.

أهمية الدراسة، وأهدافها:

التعرف على حقيقة دور القاضي في الخصومة المدنية أمر في غاية الأهمية، ذلك أن تحديد طبيعة هذا الدور يساهم بشكل أساسي في عملية البحث عن الحقيقة وهي غاية الحكم القضائي.

وتكمن أهمية الدراسة في تسليط الضوء على السلطة التي منحها القانون الفلسطيني للقاضي في إدارة الخصومة المدنية، وبيان دور القاضي في الخصومة المدنية وحدود هذا الدور والتصدي للمسائل الخلافية في الموضوعات التي تطرحها هذه الدراسة، وكيفية تعرض المشرع الفلسطيني لهذه المسائل مقارنة بغيره من القوانين وبشكل أساسي المصري والأردني وبعض التشريعات المقارنة، بهدف الإحاطة بنطاق هذه السلطة وتلمس الأثر المفترض لدور القاضي في الخصومة المدنية من الناحية القانونية والعملية، وكيفية إعمال هذه السلطة واستخدامها دون الإخلال بمبدأ الحياد، بما يحقق العدالة وحسن سير إجراءات الخصومة .

اشكالية الدراسة، وتساؤلاتها:

تطرح هذه الدراسة إشكالية من مستويين:

المستوى الأول: في حين يشكل مبدأ حياد القاضي ضماناً أساسية لحسن سير الخصومة المدنية، إلى أي مدى يتعارض مبدأ حياد القاضي مع دوره في إدارة الخصومة المدنية؟ وهل يعتبر تدخل القاضي في الخصومة المدنية إخلالاً بمبدأ الحياد؟ أم أن مقتضيات تحقيق العدالة تقتضي تخويله السلطة في إدارة الخصومة المدنية دون المساس بمبدأ الحياد؟

المستوى الثاني: إن تخويل القاضي سلطات في إدارة الخصومة المدنية تحيط به بعض المحددات، وهي أن للخصوم دوراً أيضاً لا تجوز مصادرتها.

فما هو الدور الحقيقي لكل من القاضي والأطراف في النزاع المدني؟ وإلى أي مدى أقر القانون الفلسطيني دوراً إيجابياً للقاضي في الخصومة المدنية؟

وللإجابة عن هذه التساؤلات وكون الخصومة هي مجموعة من الإجراءات وأن أهم ما يتم في الإجراءات هو الطلبات والدفع والإثبات وعوارض الخصومة، كونها من أكثر الأمور التي قد تسرع الفصل في الدعوى أو تؤدي إلى إبطاء السير فيها، كان لا بد من بحثها لأهميتها العملية.

منهجية الدراسة

سنحاول في هذه الدراسة اعتماد مقارنة قانونية تعتمد المنهج التحليلي المقارن، من خلال تحليل الإطار القانوني المنظم لسلطة القاضي في الخصومة المدنية وفقاً لقانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية الفلسطيني رقم 2 لسنة 2001، ومن خلال مقارنته بتجارب أخرى في هذا المجال، كقانون المرافعات المصري رقم 38 لسنة 1968 وقانون أصول المحاكمات المدنية الأردني رقم 24 لسنة 1988 وفق آخر تعديلاتهما، كون القانون الفلسطيني تأثر إلى حد كبير بالقانونين المصري والأردني، وكذلك قانون أصول المحاكمات الحقوقية الأردني رقم 42 لسنة 1952 الملغى وقانون محاكم الصلح رقم 15 لسنة 1952 اللذين كانا مطبقين في الضفة الغربية قبل العمل بقانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية رقم 2 لسنة 2001.

كما سيتم استعراض الآراء الفقهية والتطبيقات القضائية ذات الصلة بموضوع الدراسة، إضافة إلى تحليل النصوص ذات العلاقة في قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية رقم 2 لسنة 2001 والقوانين المقارنة في محاولة متواضعة للخروج بنتائج وتوصيات تكون محل اهتمام المشرع في تعديل مرتقب لقانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية، وللوصول إلى نتائج مقبولة في الموضوعات التي تتناولها هذه الدراسة فقد اخترنا لها التقسيم الآتي:

تناولت هذه الدراسة سلطات القاضي في إدارة الخصومة المدنية منذ انعقادها وحتى اقفال باب المرافعة فيها، حيث تم تناول هذه المرحلة في فصل تمهيدي وأربعة فصول رئيسية؛ تناول الفصل التمهيدي ماهية سلطة القاضي في الخصومة المدنية للوقوف على مفهوم سلطة القاضي المدني من حيث مفهومها وضوابطها، ومدى ارتباط السلطة بالحياد والنظام العام، ومظاهر سلطة القاضي في الخصومة المدنية.

بينما تناول الفصل الأول سلطة القاضي في الطلبات الأصلية والعارضة، من خلال بحث سلطة القاضي في تقدير نطاق الطلب الأصلي من حيث أطرافه وموضوعه وسببه، وسلطته في تقدير مدى اختصاصه بنظر الطلب الأصلي، وأيضاً سلطته في تقدير الطلبات العارضة من حيث الارتباط والاختصاص.

وتعرضت الدراسة في الفصل الثاني لسلطة القاضي في الدفوع بأنواعها الشكلية والموضوعية ودفوع عدم القبول، وتقديره لحق الخصوم في اثارها وسلطته في التصدي لها من تلقاء نفسه، في

حين تناول الفصل الثالث مظاهر سلطة القاضي في مجال الاثبات - وهو موضوع بحاجة إلى بحث مستقل- إلا أنه يشكل جزءاً أساسياً من الخصومة لا بد من التعرض له، وأما الفصل الرابع فقد تناول ما يعترض الخصومة من عوامل تؤدي إلى ركودها بالشطب والوقف والانقطاع، أو عوامل تؤدي إلى نهايتها دون الحكم في موضوعها بالترك أو السقوط أو الانقضاء.

الفصل التمهيدي

سلطة القاضي في النزاع المدني بشكل عام

يحكم النزاع المدني أمام القضاء أكثر من قانون في الوقت ذاته، فالدعوى منذ إقامتها وأثناء السير فيها تنظمها قواعد مختلفة، منها ما يتعلق بالإجراءات ومنها ما يتعلق بالموضوع أو أصل الحق، وأخرى عنيت بكيفية إثبات هذا الحق، وقد تطورت الأنظمة القانونية في جميع هذه المجالات من خلال منح القاضي سلطات لم تقتصر فقط على دروه في تسيير الخصومة بإجراءاتها، وإنما امتدت لتشمل كافة القواعد التي تحكم أوجه النزاع المدني بشكل عام.

وحيث إن العملية القضائية في إطار النزاع المدني ليست مجرد إجراءات فحسب، وإنما عملية متكاملة في الموضوع أيضاً، وكيفية الوصول إلى ذلك الحق بالإثبات والبينة، ومحور ذلك كله السلطة الممنوحة للقاضي في النزاع المدني بشكل عام بما في ذلك السلطة التقديرية، لذا سنتناول هذا الفصل في مبحثين؛ الأول مفهوم سلطة القاضي المدني، والثاني مظاهر سلطة القاضي في الخصومة المدنية.

المبحث الأول: ماهية سلطة القاضي في الخصومة المدنية

تجد سلطة القاضي أساسها في النصوص القانونية، والتي تضمنت نوعين من القواعد في مجال سلطات القاضي، منها ما يلزم القاضي باتخاذ إجراء معين، باستخدام ألفاظ مثل يجب على القاضي (المحكمة)، أو على القاضي أو تلتزم المحكمة، ومنها ما يترك له تقدير الإجراء نظراً لطبيعته التي تقتضي ترك الأمر لتقدير القاضي مثل للقاضي أو يجوز للقاضي (للمحكمة) وللقاضي في ذلك كله دور تتجلى فيه سلطته التقديرية حيث يتوجب إعمالها في كثير من مراحل العمل القضائي، وحيث إن السلطة التقديرية هي مناط هذه الدراسة، فإننا سنعرض مفهومها والقيود الواردة عليها.

المطلب الأول: مفهوم سلطة القاضي المدني

لسنا بصدد دراسة متخصصه لسلطة القاضي التقديرية، تشمل تحديد مفهومها ونطاقها والنشاط الذهني المرتبط بها وعناصرها وطبيعتها والمسائل القانونية التي يستعين بها القاضي في هذا المجال، وهو موضوع يستدعي بحث جوانب فكرية ونفسية وفلسفية تخرج الدراسة عن

نطاقها، وإنما سنعرض لهذا الموضوع بالقدر اللازم لغايات هذه الدراسة فقط، بالوقوف على مفهومها، سيما وأن سلطة التقدير الممنوحة للقاضي نجدها في جميع فروع القانون الموضوعي منها والإجرائي.

يرتبط مفهوم السلطة التقديرية بالنشاط الذهني الذي يقوم به القاضي عند ممارسته لولاية القضاء أيًا كان مجال العمل القضائي أو نوعه¹، كما أنه وإن كان القاضي يتمتع بسلطة في العمل الإجرائي بصفة عامة إلا أن هذه السلطة ليست مطلقة، فهو يباشر هذه السلطة في نطاق محدود، فليس للقاضي سلطة تقديرية في تحديد مضمون القاعدة القانونية ونطاق تطبيقها، ذلك أن مضمون القاعدة القانونية واحد لا يحتمل التقدير ولا يملك القاضي حيالها أي تقدير، ومثال ذلك الاختصاص القيمي والنوعي²، بينما تكون له سلطة في تقدير مدلول بعض المصطلحات التي تشملها القاعدة القانونية، التي لم يأت المشرع بتعريف لها، أو في حالة عدم وجود نص أو غموضه³، فجوهر عمل القاضي يتمثل في نقل حكم القانون من العمومية والتجريد إلى حالة الخصوصية والواقعية وذلك بتطبيقه على الحالات الفردية⁴.

والتقدير في تحديد مدلول بعض المصطلحات، هو النشاط الذهني بإعمال الفكر والعقل والمنطق، بحيث يخضع لترجيح القاضي وملاءماته، وهذا التقدير ليس له وجود في مجال القانون وإنما يتعلق بوسائل تطبيقه استناداً للواقع، فهي مكنة منحها المشرع للقاضي لمواجهة ظروف تطبيق القانون⁵.

وبناء على ما تقدم فإنه يمكن تعريف السلطة التقديرية للقاضي بأنها النشاط الذهني الذي يقوم به القاضي، من خلال تقديره لواقع النزاع، ومن ثم إعطاء الوصف القانوني لمعطيات هذا الواقع أي فهم القانون وإعمال أثره⁶.

¹ أحمد محمود سعد، مفهوم السلطة التقديرية للقاضي المدني "ماهيتها، ضوابطها، وتطبيقاتها"، ط1، دار النهضة العربية، القاهرة، 1988، ص20.

² مصطفى عبد الحميد عياد، اصول التنظيم القضائي ونظرية الاختصاص في فلسطين، ط2، (د.ن)، غزة، (د.س)، ص12.

³ أحمد هندي، ارتباط الدعوى والطلبات في قانون المرافعات، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 1995، ص111.

=عزمي عبد الفتاح، مرجع سابق، ص60-63.

⁴ هشام خالد، مفهوم العمل القضائي في ضوء الفقه واحكام القضاء، مؤسسة شباب الجامعة، الإسكندرية، 1990، ص14.

⁵ أحمد هندي، ارتباط الدعوى والطلبات، ص111.

⁶ للمزيد أنظر أحمد سعد، مرجع السابق، ص417. نبيل اسماعيل عمر، سلطة القاضي التقديرية في المواد المدنية والتجارية، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2002، ص121 وما بعدها.

وقد تعددت الاتجاهات الفقهية في مجال السلطة التقديرية للقاضي، بين رافض للقول بوجودها ذلك أن المشرع حدّد نطاق هذه السلطة بنصوص قاطعة، ولا مجال لإعمال السلطة التقديرية إلا في حالات نقص التشريع، بينما ذهب اتجاه آخر إلى أن القاضي لا يقتصر في عمله على تطبيق القانون، وأنه ليس مجرد آلة بل أنه صاحب نشاط لا بد أن يكون له جانب من التقدير وأما الاتجاه الثالث فقد ذهب إلى أنه وإن حدد نطاق سلطات القاضي إلا أنه لا بد من الاعتراف بالسلطة التقديرية للقاضي في ممارسته للعمل القضائي، وإن تعلق الأمر بتطبيق القانون، وأن هذه السلطة ضرورية لإعمال القانون، فالقاعدة القانونية ليست هي موضوع التقدير وإنما ينصب التقدير على مفترضات تطبيقها، وعلى الأثر القانوني الذي تنظمه¹.

في تقديري أن الاتجاه الثالث الذي ذهب إلى الاعتراف بالسلطة التقديرية للقاضي، هو الأقرب إلى الصواب، ذلك أن القاضي في إعماله لسلطة التقدير لا يقوم بعمل المشرع، وإنما بعملية ذهنية تنصب على معطيات النزاع من واقع وقانون في جميع الحالات، حتى تلك التي يأتي فيها المشرع بتنظيم محكم، وليس فقط عندما توجد عبارات تفيد منحه سلطة التقدير، كما لو خير القانون القاضي بين أكثر من أثر مترتب على القاعدة القانونية، مثال ذلك سلطة القاضي في الفصل في الطلب الأصلي دون العارض إذا كان الفصل في الطلب الأصلي وحده لا يخل بسير العدالة²، أو أن يترك المشرع للقاضي حرية تحديد مركز معين وفقاً لاعتبارات العدالة، فالقاضي وفقاً للتشريعات الحديثة ملزم بالحكم حتى في الأحوال التي لا يوجد فيها نص قانوني³.

بل إن بعض التشريعات ذهبت إلى جعل القاضي مشرعاً كما هو الحال في القانون المدني السويسري لعام 1907 الذي جاء في الفقرة الثانية من مادته الأولى "في حالة عدم وجود نص قانوني يمكن تطبيقه يحكم القاضي طبقاً للعرف، وفي حالة عدم وجود عرف فيحكم القاضي وفقاً

¹ للمزيد حول هذه الإتجاهات أحمد سعد، المرجع السابق، ص22-43. نبيل اسماعيل عمر، سلطة القاضي التقديرية، ص100.
² نصت المادة (40) من قانون الأصول على 1- "لا تختص محكمة الصلح بالحكم في الطلب العارض أو الطلب المرتبط بالطلب الأصلي إذا كان بحسب قيمته ونوعه لا يدخل في اختصاصها" 2- "إذا عرض على محكمة الصلح طلب مما نص عليه في الفقرة السابقة جاز لها أن تحكم في الطلب الأصلي وحده إذا لم يترتب على ذلك ضرر بسير العدالة..."، وبالتالي وبحسب هذا النص فإن من يقدر حسن سير العدالة هو القاضي الذي ينظر الطلب الأصلي والعارض.
³ نصت المادة (164) من قانون الأصول على أنه "لا يجوز لأية محكمة أن تمتنع عن إصدار حكم في دعوى منظورة أمامها بسبب عدم وجود نص قانوني أو غموض فيه".

للقواعد التي كان يضعها لو كان عليه أن يقوم بعمل المشرع¹، وبطبيعة الحال أن هذا غير مطبق في فلسطين فالقاضي يطبق القانون ولا يقوم بعمل المشرع.

إلا أن منح القاضي سلطة تقديرية لا يعفيه من شرح أسباب هذا التقدير، وأن يبين لماذا قدر الواقع أو القانون على هذا النحو، لخضوعه في ذلك لرقابة محكمة النقض².

المطلب الثاني: حياد القاضي ومدى ارتباط سلطاته بالنظام العام

لا شك أن هناك رباط وثيق بين السلطة والحياد والسلطة والمصلحة العامة، فكثير من السلطات الممنوحة للقاضي يفرضها الصالح العام، إلا أن ذلك محكوم بالعديد من الضوابط أهمها مبدأ حياد القاضي بالوقوف على مسافة واحدة من الخصوم، واستخدام سلطاته متخذاً من الحياد منطلقاً في توجيه تلك السلطات.

الفرع الأول: الحياد وسلطة القاضي

قد يتبادر إلى الذهن أن منح القاضي سلطات في الخصومة يشكل مساساً بحياده الذي يفترض أن يكون أهم ضمانة لتجرد القاضي حيال النزاع ووقوفه على مسافة واحدة من أطرافه ولكن هل يبقى القاضي مراقباً أو حكماً دون أي تدخل، ويترك لأطراف الخصومة تسييرها؟.

من المؤكد أنه ليس هذا هو الدور المنوط بالقاضي، وهنا يجب التفرقة بين نوعين من الحياد: الحياد السلبي والحياد الايجابي³.

فالحياد السلبي هو المفهوم الآخر لمبدأ أن القضاء لا يعمل بشكل تلقائي، ذلك أن القاضي المدني ليس ملزماً من تلقاء نفسه بحماية الحقوق الخاصة، ولا يتحرك في هذا الاتجاه إلا بالمطالبة القضائية، أي أن تصدي القاضي للنزاع يتوقف على إرادة الخصوم، هذا من جهة ومن جهة أخرى فإن الخصوم هم الذين يضعون الإطار الواقعي للدعوى من حيث سببها وموضوعها ووسائل إثباتها في إطار القانون، فلا يجوز للقاضي أن يوسع من إطار المحاكمة

¹ مشار إليه في رضا المزغني وعبد المجيد عبودة، التفسير القضائي في القانون المدني، (د.ن)، (د.م)، 1983، ص 206. أحمد سعد، مرجع سابق، ص385.

² محمد الطعاني، مرجع سابق، ص26.

³ راميا الحاج، مبدأ حياد القاضي المدني بين النظرية والتطبيق، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2008، ص50 وما بعدها.

ولا أن يستند إلى وقائع خارج الإطار المحدد من الخصوم، إلا في حالات ورد النص عليها كإدخال الغير بأمر المحكمة¹.

أما الحياد الإيجابي، فهو متلازم مع سلطة القاضي التي يجب أن لا تفهم على أنها نقيض الحياد بل معززة له، فالقاضي ليس طرفاً في النزاع وإنما مكلف بحله، ولذلك وسع المشرع من تدخل القاضي لتأمين رقابة فعلية محايدة وهادئة على النزاع المدني، ويتضمن الحياد بمعناه الإيجابي أن يُفعل القاضي السلطات التي خوله إياها القانون، لأن في ذلك خدمةً للعدالة وحسن سير إجراءات الخصومة، ذلك أن المشرع عندما أولى القاضي العديد من السلطات في الخصومة المدنية، لكي لا تبقى الخصومة أسيرة لمشئته الخصوم مما يجعلها تترنح وفق أهوائهم.

هذا من جانب القاضي، ولكن هناك أيضاً الموضوع الذي تنصب عليه سلطاته وهي الدعوى وهذه لها أركان أو عناصر كسبب الدعوى، ولها وسائل وهي العناصر القانونية والواقعية التي تستند إليها طلبات الخصوم، ولذلك توجه الفكر القانوني الحديث إلى أن المحاكمة تتكون من عناصر واقعية وعناصر قانونية، الأولى تدخل ضمن مهمة الخصوم والثانية تدخل ضمن مهمة القاضي، وبالتالي لا يجوز للقاضي أن يثير العناصر الواقعية من تلقاء نفسه بخلاف العناصر القانونية التي يقع على عاتقه واجب إثارتها².

الفرع الثاني: مدى ارتباط سلطة القاضي بالنظام العام

يلجأ المشرع عادة إلى تقدير أهمية بعض أنواع الاجراءات من خلال تقدير مدى مساسها بالمصالح الأساسية للمجتمع أو المرفق القضائي وحسن سير العمل فيه أو صلتها بالصالح العام، حيث ينص المشرع صراحة في بعض الأحيان على تعلق إجراء ما بالنظام العام مخلوفاً القاضي التصدي له من تلقاء نفسه، كما هو الحال في المادة (3/3) وكذلك المادة (92)³ من قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية، أو ضمناً من خلال ترتيب البطلان على تخلف الاجراء كما هو الحال في المادة (175)⁴ من قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية.

¹ إذ تنص المادة 1/82 من قانون الأصول "للمحكمة ولو من تلقاء نفسها إخراج أي من المدعى عليهم في الدعوى إذا لم يكن هناك محل لإدخاله، ولها ولو من تلقاء نفسها أن تدخل في الدعوى من ترى إدخاله لإظهار الحقيقة أو لتحقيق العدالة".

² راميا الحاج، مرجع سابق، ص54.

³ تنص المادة (3/3) من قانون الأصول على أنه "إذا لم تتوافر المصلحة وفقاً للفقرتين السابقتين قضت المحكمة من تلقاء نفسها بعدم قبول الدعوى". وتنص المادة (92) من ذات القانون على أن "الدفع بعدم الاختصاص لانقضاء ولايتها أو بسبب نوع الدعوى أو قيمتها أو لسبق الفصل فيها تحكم به المحكمة من تلقاء نفسها، ويجوز الدفع به في أية حالة كانت عليها الدعوى".

⁴ تنص المادة (175) من قانون الأصول على أن "القصور في أسباب الحكم الواقعية، والنقص أو الخطأ الجسيم في أسماء الخصوم

لذلك يمكن القول أن سلطة القاضي في التصدي لمسألة ما أو إجراء مستمدة من طبيعة الإجراء، فكلما كان الإجراء على صلة بالنظام العام كلما وجدت سلطات تلقائية للقاضي تخوله إياها القاعدة القانونية، وفي حالات أخرى يترك فيها المشرع أمر تقدير أهمية الإجراء وصلته بالنظام العام للقاضي.

وفكرة النظام العام من الأفكار السائدة في جميع فروع القانون ولها دور مهم في كل الأنظمة القانونية، والقواعد الإجرائية إذا تعلقت بالنظام العام، فمعنى ذلك أنها تستجيب للمصالح العليا التي تصبو إليها الجماعة.

وعادةً يحدد المشرع الأحكام التي تعد من النظام العام بأن يمنع الاتفاق على مخالفة تلك الأحكام، من ذلك مثلاً عدم جواز الاتفاق على ما يخالف قواعد الاختصاص القيمي والنوعي¹ كما ورد في المادة (39) من قانون الأصول، والمادة (3) من قانون الأصول التي تنص على ضرورة توافر المصلحة في كل دعوى أو طلب أو دفع أو طعن والمادة (92) التي نصت على الدفع المتعلقة بالنظام العام كالدفع بالاختصاص القيمي والنوعي والدفع بسبق الفصل في الدعوى.

إلا أنه لا يشترط وجود نص مكتوب للقول إن القاعدة الإجرائية من النظام العام أو تتعلق بالنظام العام، بل يكفي أن يكون مضمون التكليف الوارد في هذه القواعد الإجرائية ماساً بالمصالح العليا والأساسية للجماعة، وذلك يتمثل في وجود تنظيم قضائي جيد منظم وفعال ومن ذلك القواعد المتعلقة بسير العدالة واحترام حقوق الدفاع²، وعلى القاضي هنا أن يبحث عما إذا كانت القاعدة تتصل بمصلحة من مصالح المجتمع الأساسية أم لا، فإذا عرف من النص أنه يمس كيان الجماعة أو مصلحة من مصالحها الأساسية كان الحكم الذي يتضمنه قاعدة أمره متعلقة بالنظام العام³، وهنا يبدو دور القاضي مهما في تحديد ذلك.

والنظام العام مفهوم فضفاض ولذلك لم يعرفه المشرع في أي قانون، بينما حاول الفقه والقضاء وضع تصور له، فقد عرف على أنه مجموعة من التنظيمات التي تستهدف أداء السلطة

= وصفاتهم وعدم بيان أسماء القضاة الذين أصدروا الحكم يترتب عليه البطالان".

¹ محمد وحيد الدين سوار، مرجع سابق، ص 0163.

² نبيل عمر، الدفع بعدم القبول ونطاقه القانوني، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، (د.س)، ص 201.

³ وحيد الدين سوار، مرجع سابق، ص 164.

القضائية كغيرها من تنظيمات الدولة بشكل صحيح¹، فكلما اتصل الأمر بالأحكام الأساسية للنظام القضائي أي تلك التي لا يستقيم عمل المرفق القضائي إلا بها فإنه يعتبر متعلقاً بالنظام العام، من ذلك مثلاً أنه يتعين على القاضي قبل تناول موضوع الدعوى أن يتحقق من صفات الخصوم.

وعليه من تلقاء نفسه التحقق من صحة التمثيل عن صاحب المصلحة في الدعوى، لأن صفة الخصم هي من المسائل المتعلقة بالنظام العام، ولأن الحكم الصادر في موضوع الدعوى قد يصدر على الخصم الذي لم يمثل تمثيلاً صحيحاً، ويتمسك بالتالي بعدم جواز الاحتجاج عليه بهذا الحكم أو في مواجهته على اعتباره أنه لم يكن طرفاً في الخصومة التي صدر فيها ولتقادي السير في إجراءات مهددة بالزوال أو البطلان يكون من النظام العام أن يحكم القاضي من تلقاء نفسه بعدم قبول الدعوى التي ترفع من قبل من ليس له صفة في مباشرتها، وعلى هذا استقر القضاء فعلى القاضي من تلقاء نفسه تكليف من يحضر من ممثلي الخصوم بإثبات وكالته عنهم².

وفي ذلك قضت محكمة النقض الفلسطينية "لما كانت الخصومة من النظام العام وحتى تستقيم لوجود رابطة تضامن والتزام لا تقبل التجزئة بين الباعين بسبب الشراكة على الشيوخ في قطعة الأرض موضوع الدعوى، لذا فإن الدعوى يجب أن تقام على الباعين جميعاً..."³.

كما وقضت محكمة التمييز اللبنانية "إن التثبت من صحة الوكالة يتعلق بالنظام العام وعلى محكمة الأساس، أن تقوم به (عفواً) - أي من تلقاء نفسها - وللمميز الإدلاء بعدم صحة وكالة خصمه وبعدم قيام محكمة الأساس بالتثبت منها"⁴، وقضت محكمة التمييز الأردنية "أن الخصومة من النظام العام تملك المحكمة إثارته من تلقاء نفسها"⁵.

¹ عزمي عبد الفتاح، أسس الإدعاء امام القضاء المدني، ط1، (د.ن)، القاهرة، 1987، ص194.

² احمد ابو الوفا، نظرية الدفوع في قانون المرافعات، ط8، منشأة المعارف، الاسكندرية، 1988، ص887.

= كما أنه يمكن لمحكمة النقض أن تتصدى لصحة الوكالة بالخصومة، نقض مدني رقم 2003/33 بتاريخ 2003/11/16، مجموعة المبادئ القانونية الصادرة عن محكمة النقض الفلسطينية، المكتب الفني، رام الله، 2004.

³ نقض مدني رقم 2006/33 بتاريخ 2007/5/30، عبد الله غزلان وآخرون، مجموعة الأحكام والمبادئ القانونية الصادرة عن محكمة النقض في رام الله، جمعية القضاة الفلسطينيين، رام الله، 2008، ص304. نقض رقم 2005/254 بتاريخ 2007/2/19. نقض مدني رقم 2008/3 بتاريخ 2008/10/16 المجلة القانونية، نقابة المحامين الفلسطينيين، العدد الأول، 2013، ص149.

⁴ بدوي حنا، الوكالة "اجتهادات نصوص دراسات"، ج1، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 1998، ص483.

⁵ محمد حداد، الاجتهاد القضائي "المبادئ القانونية لمحكمة التمييز الأردنية"، ج2، وكالة التوزيع الأردنية، 1993، ص838.

خلاصة القول إن مدى تعلق سلطة القاضي بالنظام العام من عدمه يمكن إسنادها أو إيعازها إلى الإجراء المطلوب إعمال هذه السلطة بخصوصه، فإذا كان الإجراء متعلقاً بالنظام العام كانت سلطة القاضي بخصوص ذلك الإجراء وثيقة الصلة به.

وفي بعض الأحيان حيث يصعب تحديد مفهوم النظام العام يمكن للقاضي أن يضع تصوراً له في كل حالة تعرض عليه، فمثلاً عندما تقدم للقاضي مذكرة بحصر البيئة من خمسة عشر شاهداً للشهادة على ذات الوقائع، ألا يعتبر ذلك إخلالاً بسير إجراءات الخصومة الهدف منه تعطيلها أو المماطلة فيها، ومؤدى ذلك أن تبقى الخصومة فترات طويلة قد تصل إلى سنوات جراء القبول أو التسليم بهذا النهج، الأمر الذي يضر بالمصلحة العامة إذا ما تكرر في كل دعوى.

وبالمقابل، من غير الجائز التعسف في استخدام هذه السلطة أو الانحراف بها عن الغاية التي وجدت من أجلها أو استخدامها في غير موضعها أو المغالاة في تطبيقها والإفراط في استخدامها، بل يكون اللجوء إليها في موضعها والأناة في فهمها والموضوعية في تقدير مواضعها والتجرد حين استخدامها.

المطلب الثالث: ضوابط على سلطة القاضي في إدارة الخصومة المدنية

رغم أن معظم الأنظمة القانونية الحديثة نهجت توجهاً واضحاً نحو التوسع في منح القاضي سلطات أوسع في إدارة الخصومة المدنية، كون القضاء وظيفة عامة أخذت الدولة على عاتقها توفير العدل بين الناس والحيلولة دون قيام الناس بأخذ حقوقهم بأيديهم، وحيث إن جوهر عمل القاضي ينصب على البحث عن الحقيقة الموضوعية لا تلك التي يبحث عنها الخصوم، فإن العمل القضائي يجب أن يبني على معطيات صحيحة ليكون الحكم القضائي صحيحاً معبراً عن الحقيقة كونه عنوانها، لذلك نلاحظ أنه وإن تم منح القاضي سلطات في إدارة الخصومة المدنية فإن القاضي يبقى بشر قد يخطيء وقد يصيب لذلك كان لا بد من إحاطة هذه السلطة ببعض الضوابط التي تستوجبها طبيعة العمل القضائي.

ويمكن تصنيف هذه الضوابط إلى نوعين الأول: قيود تفرضها طبيعة العمل القضائي والقواعد العامة والثاني: قيود بحكم القانون.

الفرع الأول: قيود (ضوابط) تفرضها القواعد العامة

تحكم العمل القضائي العديد من المبادئ التي يفترض علم القاضي بها، كما أن عليه مراعاتها في عمله، ومن بين تلك المبادئ مبدأ الحياد ومبدأ المواجهة واحترام حق الدفاع وعدم حكم القاضي بعلمه الشخصي ومبدأ تركيز الخصومة باعتبارها من أهم المبادئ التي يجب أن يضعها القاضي دائماً نصب عينيه في إدارته للنزاع المدني، وهي تتضمن مبادئ أخرى تتحقق بتجسيد المبادئ المذكورة.

أ- **مبدأ حياد القاضي:** وهو من المبادئ الأساسية في التقاضي، ورغم أن التشريع قد يتدخل أحياناً لتجسيد مبدأ الحياد إلا أن حياد القاضي أمر مفترض، وليس بالضرورة أن تكون هناك نصوص قانونية تحضه على ذلك كونه من مستلزمات حسن سير العدالة ويتصل بالنظام العام¹ والحياد لا يعني أن يقف القاضي من الخصومة موقفاً سلبياً، وإنما له أن يصحح شكل الدعوى وأن يتخذ ما يراه من إجراءات في سبيل ذلك، وأن يزن مصالح الخصوم بالعدل وأن يقف منهم على مسافة واحدة مساوياً بينهم².

ب- **مبدأ المواجهة:** أسلفنا أن المواجهة تعني حق كل خصم في أن يسمع أمام القاضي وأن يعرض ادعاءاته ووسائل دفاعه، وأن يكون على علم بما قدمه الخصم الآخر ليتسنى له مناقشة خصمه وتنفيذ ادعاءاته، كما يجب على القاضي أيضاً ألا يبني حكمه إلا على ما يستبين له من بيانات الدعوى وأوراقها، وأن يمتنع عن الاستماع إلى أي من طرفي الخصومة بعد إقفال باب المرافعة إلا في حضور الآخر³، وهو ما أكدت عليه محكمة النقض المصرية بقولها "إذا انعقدت الخصومة أمام المحكمة، واستوفى كل خصم دفاعه وحجزت المحكمة الدعوى للحكم انقطعت صلة الخصوم بها، ولم يبق لهم اتصال بها إلا بالقدر الذي تصرح به المحكمة وتصبح الخصومة في مرحلة المداولة وإصدار الحكم، ويمتنع على الخصوم إبداء أي دفاع كما يمتنع الاستماع إلى أحد منهم في غيبة الآخر، فإذا بدا للمحكمة إعادة الدعوى للمرافعة تحتم دعوة

¹ أحمد ابو الوفا، مرجع سابق، ص 61.

² محمد ابراهيم البدارين، الدعوى بين الفقه والقانون، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2010، ص 224-225.

³ أبو الوفا، مرجع سابق، ص 60.

طرفي الخصومة للاتصال بالدعوى ولا تتم هذه الدعوة إلا بإعلانها قانوناً أو ثبوت حضورهما وقت النطق بالقرار¹.

ج- يمنع على القاضي الحكم بعلمه الشخصي: فيجب على القاضي ألا يستند عند البت في النزاع إلى معلوماته الشخصية المتعلقة بالجانب الواقعي للنزاع، التي لم تكن محل نقاش بين المتقاضين، ويجب على الحاكم أن يجلس إلى منصة القضاء وهو خالي الذهن عن أية معلومات عن الدعوى المطروحة أمامه ويكون من شأنها التأثير في حكمه.

ويمتد هذا المبدأ ليشمل²:

- 1- يتمتع على القاضي أن يؤسس حكمه على واقعة تحصل عليها خارج إطار النزاع المطروح عليه.
- 2- يتمتع على القاضي أن يستخدم الواقعة التي احتصل عليها بعلمه الشخصي للاستدلال بها في تسبيب حكمه.
- 3- يتمتع عليه أن يستبدل العلم المستمد من الوقائع التي خضعت للإثبات ووقع عليها النزاع قرائن أخرى منقطعة الصلة بهذه الوقائع.

إلا أنه يفترض في القاضي العلم بالقانون، فهو ليس محلاً للإثبات من الخصوم³ كما أنه لا يكون محلاً للدعاء به من جانبهم، وقيام القاضي بتطبيق القانون من تلقاء نفسه لا يعتبر قضاء من جانبه بعلمه الشخصي، وفي ذلك تقول محكمة النقض المصرية "يتعين على المحكمة من تلقاء نفسها أن تحدد الأساس الصحيح للمسؤولية وأن تتقصى النص القانوني المنطبق على العلاقة بين طرفي الدعوى وأن تنزله على الواقعة المطروحة عليها"⁴.

¹ طعن رقم 989 لسنة 45 بتاريخ 15/11/1981، طعن رقم 50/670 ق بتاريخ 17/6/1984، قاعدة التشريعات والاجتهادات المصرية. Arablegalportal.org/egyptverdicts سيشار إليه فيما بعد بقاعدة التشريعات المصرية.

² نبيل اسماعيل عمر، إمتناع القاضي عن الحكم بعلمه الشخصي، مرجع سابق، ص16.

³ حفيظة الحداد، النظرية العامة في القانون القضائي الخاص الدولي، ط1، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2005، ص279.

⁴ نقض مدني رقم 48/253 ق بتاريخ 6/5/1982، قاعدة التشريعات والاجتهادات المصرية.

كما ويفترض علمه بالقانون الأجنبي، إلا أن القاعدة القانونية تكون أحيانا محلا للإثبات كالعادة الاتفاقية والعرف المحلي أو الخاص، ولا يدخل في نطاق قاعدة منع القاضي من القضاء بعلمه الشخصي اعتماده على عناصر مستمدة من وقائع مشهورة أو هامة¹.

د- إحترام حق الدفاع: جميع المبادئ المشار إليها تهدف إلى حماية حق الدفاع، فهو يستوجب المساواة بين الخصوم ومنحهم فرصاً متكافئة، وفي ذلك تقول محكمة النقض الفلسطينية "إن حق الخصوم في تقديم دفاعهم من القواعد الإجرائية التي نص عليها قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية لسنة 2001 وهي تهدف إلى تحقيق المساواة بين مراكز الخصوم في الدعوى وينبغي وفقا لنص المادة 2/120 الاستماع إلى البيئة التي يرغب المدعى عليه في تقديمها حول المسائل المختلف عليها وعلى المحكمة إذا طلب منها ذلك أن تحدد له مواعيد الجلسات وإلا تكون قد أخلت بحق جوهرى للدفاع ينطوي على مخالفة للنظام العام ويترتب عليه البطلان"².

الفرع الثاني: قيود بحكم القانون (ضوابط قانونية)

يقصد بالضوابط القانونية ما تضمنته النصوص القانونية وهو ما أخرج من مجال السلطة التقديرية للقاضي، وذلك عندما يتضمن النص القانوني صيغة الوجوب، ومن الأمثلة على ذلك إذا قضت المحكمة بعدم اختصاصها فعليها أن تأمر بإحالة الدعوى إلى المحكمة المختصة وتلتزم المحكمة المحال إليها بنظرها³.

ومن ذلك أيضاً ما نصت عليه المادة (175) من قانون الأصول الفلسطيني، والتي جاء فيها "القصور في أسباب الحكم الواقعية والنقص أو الخطأ الجسيم في أسماء الخصوم وصفاتهم وعدم بيان أسماء القضاة الذين أصدروا الحكم يترتب عليه البطلان"، وهو ما يجعل القاضي حريصاً على ألا يلحق البطلان بالإجراء الذي يتخذه.

وهناك أيضاً الرقابة المفروضة على أعمال القاضي لسلطته التقديرية، التي تتمثل في شقين الأول مبدأ التقاضي على درجتين، والثاني رقابة محكمة النقض على سلطة القاضي التقديرية.

¹ نبيل اسماعيل عمر، مرجع سابق، ص 49-51.

² نقض مدني رقم 2004/304 بتاريخ 2004/12/11، نقض مدني رقم 2003/368، بتاريخ 2004/10/31 مجموعة المبادئ القانونية الصادرة عن محكمة النقض الفلسطينية في القضايا الحقوقية لسنة 2004، اصدار المكتب الفني، الجزء الثاني 2009، ص 878-949.

³ المادة 60 من قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية رقم 2 لسنة 2001، وهو أيضاً ما تضمنته المادة 93 من ذات القانون وهذا النص يتضمن تكراراً لا مبرر له، إذ تنص المادة 93 على المحكمة إذا قضت بعدم اختصاصها أن تأمر بإحالة الدعوى بحالتها إلى المحكمة المختصة وتلتزم المحكمة المحال إليها بنظرها.

أولاً: التقاضي على درجتين

يشكل التقاضي على درجتين ضماناً على سلطة القاضي التقديرية، إذ تكفل الأنظمة القانونية الحديثة الطعن على الأحكام بالإستئناف، فقد يخطيء القاضي في تقديره للواقع أو في تطبيق القانون وتفسيره، حيث يكون للخصم الذي لا يرتضي بالحكم أن يطلب من قاض أعلى درجة بسط رقابته على الاجراءات والحكم.

كما أن محكمة الاستئناف في القانون الفلسطيني والقوانين المقارنة هي محكمة موضوع تنظر الدعوى من جديد، وحفاظاً على هذا المبدأ فإنه من غير الجائز تقديم أو قبول طلبات جديدة أمام محكمة الاستئناف أو المساس بجوهر الطلب الأصلي، ولا يجوز لمحكمة الاستئناف أن تتصدى للموضوع إذا لم تفصل فيه محكمة الدرجة الأولى لأن في ذلك إخلالاً بمبدأ التقاضي على درجتين، الذي يقتضي ألا ينقل الاستئناف لمحكمة الدرجة الثانية إلا ما قضى به حكم محكمة أول درجة¹، وهو ما نصت عليه المادة (219) من قانون الأصول الفلسطيني "الإستئناف ينقل الدعوى بحالتها التي كانت عليها قبل صدور الحكم المستأنف بالنسبة لما رفع عنه الاستئناف" وهو ما يسمى بالأثر الناقل للإستئناف.

ومقتضى ذلك أن على محكمة الاستئناف أن تتصدى للموضوع إذا استنفذت محكمة الدرجة الأولى ولايتها فيه، وعليها أيضاً أن تتصدى للمسائل التي عرضت على محكمة الدرجة الأولى ولم تفصل فيه هذه المحكمة باعتبار أنها ليست طلبات جديدة، وهي بذلك تفرض رقابتها على ما انتهى إليه قاضي الموضوع، وفي ذلك قضت محكمة النقض المصرية "متى استنفذت محكمة أول درجة ولايتها بالحكم في الدعوى، وكان من حق محكمة الاستئناف وهي تعرض للموضوع من جديد سلطة بحث الوقائع وإنزال الحكم الصحيح للقانون عليها، فإنه لا يجوز لها أن تعيد الدعوى لمحكمة أول درجة بل يتعين عليها أن تمضي في نظرها متصدية للنزاع مطبقة القاعدة القانونية التي تراها صحيحة على واقعة الدعوى دون أن يعد ذلك منها تقويتاً لدرجة من درجات التقاضي"².

¹ محمد عبد الخالق عمر، النظام القضائي المدني، ط1، دار النهضة العربية، القاهرة، 1976، ص47-55.
² طعن رقم 1137 لسنة 48 ق، بتاريخ 1982/2/7، قاعدة التشريعات والاجتهادات المصرية.

كذلك قضت محكمة النقض الفلسطينية "لما كانت محكمة أول درجة قد قالت حكمها في موضوع الدعوى وعلى نحو استنفذت معه ولايتها، وحيث جرى الطعن في هذا الحكم استئنافاً وعمدت محكمة الاستئناف إلى إلغاء الحكم المذكور وإعادة الأوراق إلى محكمة أول درجة لسماع بيانات المدعى عليها كما هو في الحكم الاستئنافي، وحيث أن الحكم الاستئنافي المذكور جاء مخالفاً لأحكام المادة (3/223) من قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية كون الحكم الاستئنافي في إعادة الدعوى لمحكمة أول درجة لا يندرج تحت أي ضابط من الضوابط الواردة حصراً في المادة المشار إليها، ولما كان من المتوقع على محكمة الاستئناف أن تنظر الدعوى على أساس ما يقدم لها من بيانات ودفع وأوجه دفاع جديدة وما كان قد قدم إلى محكمة أول درجة طبقاً لأحكام المادة (220)¹.

كذلك فإن محكمة البداية بصفتها الاستئنافية تراقب محكمة الصلح في كافة الأحكام التي تستأنف وفي أحكامها النهائية غير القابلة للاستئناف، إذ تنص الفقرة الأولى من المادة (39) من قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية "... ويكون حكمها نهائياً - الذي أصبح قطعياً حسب التعديل الصادر عام 2005 بموجب قرار بقانون - إذا كانت قيمة الدعوى لا تتجاوز ألف دينار أردني أو ما يعادلها بالعملة المتداولة قانوناً" وهي تراقب هذه الأحكام إذا شابها مخالفة لقواعد الاختصاص المتعلقة بالنظام العام أو بطلان في الحكم أو الإجراءات أثر في الحكم، وهو ما نصت عليه المادة 203 من قانون الأصول "يجوز استئناف الأحكام والقرارات الصادرة بصفة نهائية عن محاكم الصلح بسبب مخالفة قواعد الاختصاص المتعلقة بالنظام العام أو وقوع بطلان في الحكم أو بطلان في الإجراءات أثر في الحكم".

وهو ما أقرته محكمة النقض الفلسطينية إذ قضت "بما أن الحكم المطعون فيه صادر بصفته النهائية عن محكمة الصلح فإنه لا يكون قابلاً للطعن فيه بالنقض وطريق الطعن فيه يكون أمام محكمة البداية بصفتها الاستئنافية إذا كان الطعن بسبب مخالفة قواعد الاختصاص المتعلقة بالنظام العام ووقوع بطلان في الحكم أو بطلان في الإجراءات أثر في الحكم عملاً بأحكام المادتين (1/201) و (203) من قانون الأصول المدنية والتجارية"².

¹ نقض مدني رقم 2011/387 بتاريخ 2012/7/4. نقض مدني رقم 2011/441 بتاريخ 2012/6/21(المقتفي)=
Muqtafi.birzeit.edu/courtjudgment/CJFULLText.aspx منظومة القضاء والتشريع في فلسطين.

² نقض مدني رقم 2007/14 بتاريخ 2007/4/9، عبد الله غزلان، مجموعة الاحكام والمباديء، مرجع سابق، 2008، ص389.

ثانيا: رقابة محكمة النقض

خول المشرع القاضي السلطة لدى مباشرة وظيفته، إلا أن هذه السلطة ليست مطلقة وعليه مباشرتها على نحو صحيح، ولذلك مطلوب من القاضي أن يسبب حكمه الذي يشكل ضمانته إضافية على أن القاضي قد باشر سلطته بالشكل الصحيح، لذلك فإن رقابة النقض ليست على النتيجة التي توصل إليها القاضي وإنما هي رقابة على طريقة تكوين الرأي أو الأساس الذي أوصله إلى تلك النتيجة¹.

ومن المستقر عليه أن محكمة النقض محكمة قانون وليست محكمة موضوع من حيث الأصل، أي أنها تراقب الحكم القضائي للتأكد من صحة أعمال حكم القانون على الواقع²، وفي ذلك تقول محكمة النقض المصرية "تحصيل فهم الواقع في الدعوى من سلطة محكمة الموضوع أما تكييف هذا الفهم وتطبيق القانون عليه فإنه يخضع لرقابة محكمة النقض"³.

أما محكمة النقض الفلسطينية فقد ذهبت إلى أن "محكمة النقض هي محكمة قانون وليست محكمة موضوع"⁴، إلا أن محكمة النقض لا تراقب محكمة الاستئناف فيما توصلت إليه نتيجة نظر موضوع الدعوى ما دام أنها أقامت قضاءها على أسباب سائغة، وفي ذلك قضت محكمة النقض الفلسطينية "النعي على محكمة الاستئناف بأنها أخطأت بالنتيجة التي توصلت إليها على ضوء البيانات المقدمة هو سبب موضوعي ويقوم على إعادة الجدل فيما قضت فيه محكمة الموضوع يدخل في سلطتها الموضوعية من فهم الواقع وتقدير الأدلة، ولا رقابة عليها من محكمة النقض، ما دام أنها أقامت قضاءها على أسباب سائغة تكفي لحمله، وما دام أن النتيجة التي توصلت إليها في قضائها تتفق مع البيانات المقدمة"⁵.

وبالتالي؛ فإن محكمة النقض ليست درجة من درجات التقاضي، ثم أن النقض ينصرف للأحكام النهائية الصادرة عن محاكم الاستئناف ومحاكم البداية بصفتها الاستئنافية، إذ قضت محكمة النقض الفلسطينية "إن ما نصت عليه المادة (225) من قانون الأصول بأن من حق

¹ نبيل عمر، سلطة القاضي التقديرية، مرجع سابق، ص512.

² نبيل عمر، سلطة القاضي التقديرية، المرجع السابق، ص501.

³ طعن رقم 1528 لسنة 53ق، بتاريخ 1984/2/21، قاعدة التشريعات والاجتهادات المصرية.

⁴ نقض مدني رقم 2006/147 بتاريخ 2007/11/22 غزلان، مجموعة المبادئ، 2008، ص478.

⁵ نقض مدني رقم 2006/64 بتاريخ 2007/6/20، عبد الله غزلان وآخرون، مجموعة الأحكام القضائية والمبادئ القانونية الصادرة عن محكمة النقض، مرجع سابق، ص427.

الخصوم الطعن بطريق النقض في الأحكام النهائية الصادرة من محاكم الاستئناف إذا كان الطعن مبنياً على مخالفة القانون أو خطأ في تطبيقه أو في تأويله ينصرف للأحكام النهائية الصادرة عن محاكم الاستئناف ومحاكم البداية بصفتها الاستئنافية¹.

وقد استندت محكمة النقض في قرارها إلى عدد من النصوص، منها نص المادة (30) من قانون تشكيل المحاكم النظامية رقم 5 لسنة 2001 التي نصت على أنه "تختص محكمة النقض بالنظر في: 1- الطعون المرفوعة إليها عن محاكم الاستئناف في القضايا الجزائية والمدنية ومسائل الأحوال الشخصية لغير المسلمين 2- الطعون المرفوعة إليها عن محاكم البداية بصفتها الاستئنافية...".

وكذلك نص المادة (201) من قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية والتي نصت على أنه 1- تستأنف الأحكام والقرارات الصادرة من محاكم الصلح إلى محكمة البداية الواقعة في دائرتها بصفتها الاستئنافية 2- تستأنف الأحكام والقرارات الصادرة من محاكم البداية بصفتها محكمة أول درجة أمام محاكم الاستئناف.

في تفسير هذه النصوص تقول محكمة النقض أن محكمة البداية لها صفتان، الأولى أنها محكمة أول درجة والثانية أنها محكمة ثاني درجة أي محكمة استئناف بالنسبة للأحكام والقرارات الصادرة عن محاكم الصلح، وبذلك فإن عبارة بصفتها الاستئنافية الواردة في نص المادتين (30)، (201) المذكورتين جاءت صريحة بإكساب محكمة البداية صفة محكمة الاستئناف.

أما بالنسبة لما يجوز الطعن فيه بالنقض من الأحكام الصادرة عن محاكم الاستئناف كدرجة ثانية من درجات التقاضي فقد بينته المواد (192، 225، 226) من قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية، والتطبيق السليم والصحيح لهذه النصوص يقتضي بان المادة (225) تتعلق بالأحكام النهائية الصادرة عن محاكم الاستئناف بما في ذلك محاكم البداية بصفتها الاستئنافية والتي تنتهي بها الخصومة والدعوى كلها، أما الأحكام النهائية الصادرة عن محاكم الاستئناف في الحالات التي نص المشرع في المادة (192) على جواز الطعن فيها استثناءً، والأحكام الصادرة بإعادة الدعوى إلى محكمة أول درجة للنظر في موضوعها عملاً بالمادة (3/223)، فإنها لا

¹ نقض مدني رقم 2010/290، عبد الله غزلان، مجموعة الأحكام القضائية الصادرة عن الهيئة العامة، ط1، 2012، ص100.

تقبل الطعن بالنقض وفق المادة (225) لأنها لم تفصل في الدعوى كلها، ولكن المشرع أجاز الطعن في هذه الأحكام إذا توافرت فيها حالة من الحالات المشار إليها في المادة (226) على سبيل الحصر.

بينما ذهب الرأي المخالف¹ في تفسير نص المادة (225) إلى القول بأن الأحكام القابلة للطعن بالنقض بموجب هذا النص تنحصر في الأحكام النهائية الصادرة عن محاكم الاستئناف دون تلك الصادرة عن محكمة البداية بصفتها الاستئنافية، وهو ما قصده المشرع صراحة ودلالة وأن الطعن بالنقض على الأحكام النهائية الصادرة عن محكمة البداية بصفتها الاستئنافية يجب أن لا يخرج عن حدود ما نصت عليه المادة (226) من قانون الأصول.

وانني إذ أتفق مع ما ذهب إليه الرأي المخالف وما ساقه من أسباب وتفسيرات، فانني أتفق أيضاً مع القول بأن وجود عيب في النص يجعل محكمة النقض تعين العيب ولا تملك إصلاحه وإن كان ذلك لا يبرر الخروج عما جاء به النص صراحة ودلالة.

ما جاء في قرار محكمة النقض، وما ذهب إليه الرأي المخالف، يطرح التساؤل الآتي، هل حقيقة أن نص المادة (225) يعتريه غموض أو خلل وهو بحاجة إلى تعديل؟

نصت المادة (225) من قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية رقم 2 لسنة 2001 على "للخصوم حق الطعن بطريق النقض في الأحكام النهائية الصادرة من محاكم الاستئناف إذا كان الطعن مبنياً على مخالفة للقانون أو خطأ في تطبيقه أو في تأويله"، وكذلك نصت المادة (226) على أنه "يجوز للخصوم أن يطعنوا بطريق النقض في أي حكم نهائي في الأحوال الآتية:

- 1- إذا وقع بطلان في الحكم أو بطلان في الإجراءات أثر في الحكم.
- 2- إذا تناقض الحكم المطعون فيه مع حكم سابق حاز قوة الأمر المقضي فيه وصدر بين الخصوم أنفسهم وبذات النزاع".

جاء نص المادة (225) بحكم واضح وهو قصر الطعن المبني على مخالفة للقانون أو الخطأ في تطبيقه أو تأويله على الأحكام النهائية الصادرة عن محكمة الاستئناف أي خروج

¹ للمزيد حول الرأي المخالف أنظر عبد الله غزلان، المرجع السابق، ص108.

الطعن في الأحكام الصادرة عن محكمة البداية بصفتها الاستئنافية المبني على السبب المذكور من دائرة الطعون المقبولة أمام محكمة النقض.

في تقديري أن النص بحاجة إلى تعديل بدمج النصين بحيث يصبح حكم المادة (225) جزءاً من أحكام المادة (226) وتصيح المادة المذكورة من ثلاث فقرات، ذلك أن الأحكام الصادرة عن محكمة البداية بصفتها الاستئنافية هي أحكام نهائية وأن العلة التي بني عليها حكم المادة (225) فيما يتعلق بالأحكام النهائية الصادرة عن محكمة الاستئناف متوافرة في الأحكام النهائية الصادرة عن محكمة البداية بصفتها الاستئنافية، فإذا كان الحكم مبنياً على خطأ في تفسير القانون أو تطبيقه أو تفسيره، فإنه يصبح جديراً بالطعن بالنقض سواء صدر عن محكمة الاستئناف أم عن محكمة البداية بصفتها الاستئنافية، وإن كان في ذلك توسيع لاختصاص محكمة النقض وهي ليست درجة من درجات التقاضي، سيما أن أولى مهام واختصاصات محكمة النقض هو الوقوف على التطبيق والتفسير الصحيح للقانون فهي محكمة قانون.

وغني عن البيان؛ أن الأحكام الصادرة عن محاكم الصلح لا تكون قابلة للطعن بالنقض مباشرة، وإن تعلق الطعن ببطلان في الحكم أو بطلان في الإجراءات أثر في الحكم، وإنما يكون بطريق الطعن أمام محكمة البداية بصفتها الاستئنافية، وحكم هذه الأخيرة هو الذي يكون قابلاً للطعن بالنقض، وهذا وفق ما استقر عليه حكم الأكثرية في محكمة النقض الفلسطينية من قبل أيضاً إذ تقول محكمة النقض الفلسطينية "الطعن بطريق النقض يتم على الأحكام التي تقبل الطعن بالنقض وهي الأحكام الصادرة عن محكمة الاستئناف ومحكمة البداية بصفتها الاستئنافية، إذا كان الطعن مبنياً على مخالفة القانون، أو خطأ في تطبيقه أو تأويله".¹

فالوظيفة الأساسية لمحكمة النقض هي بحث القاعدة القانونية المختلف عليها من حيث تفسيرها وتطبيقها، وما إذا كان الحكم قد أخفق في فهمها أو تطبيقها على الوقائع المطروحة وسلطة محكمة النقض في الرقابة تقوم على استيفاء التطبيق الصحيح للإجراءات واستيفاء الحكم شرائطه الشكلية التي تطلبها القانون من جهة، والقيام على مقتضيات الفهم والتفسير والتطبيق السليم لنصوص القانون من جهة أخرى، وفي ذلك قضت محكمة النقض الفلسطينية بهيئتها

¹ نقض مدني رقم 2006/130 بتاريخ 2007/7/2، غزلان، مجموعة المبادئ، 2008، ص 457.

العامّة "من مقتضيات فهم أي نص الوقوف على السياق الذي ورد به ومراجعة التطور التاريخي له وما عاصره أو سبقه من ظروف اقترنت به ساعة صدوره"¹.

إلا أنه ليس لمحكمة النقض التدخل في الواقع أو الرقابة على محكمة الموضوع في تقديرها للواقع ما دام مستنداً إلى أسباب سائغة، وفي ذلك قضت محكمة النقض الفلسطينية بالقول "إن مسألة وزن البينة هي مسألة واقع تستقل به المحكمة على أن يكون حكمها مستخلصاً مما هو ثابت في ملف الدعوى استخلاصاً سائغاً، ولما كانت محكمة الاستئناف قد بنت حكمها وفق ما قنعت به من بينة وعللت ذلك تعليلاً سائغاً لا رقابة لمحكمة النقض عليها فيه، فإن هذا السبب يغدو غير وارد وحرماً بالرد"².

كما أن محكمة النقض قد تحكم في الموضوع في حالتين على سبيل الحصر ورد النص عليها في المادة (2/237) من قانون الأصول، إذ قضت محكمة النقض الفلسطينية "إن دور محكمة النقض كأصل عام منوط بمراقبة سلامة تطبيق القانون إلا أنه واستثناءً من الأصل إذا حكمت المحكمة بنقض الحكم المطعون فيه وجب عليها أن تحكم في الموضوع في حالتين: أ- إذا كان موضوع الدعوى صالحاً للفصل فيه ب- إذا كان الطعن للمرة الثانية"³.

ويشترط لقبول الطعن بالنقض أن يكون الحكم نهائياً، فالأحكام الصادرة قبل الفصل في الموضوع كالحكم الصادر في مسألة عارضة أو تمهيدية كإعادة الدعوى إلى محكمة الدرجة الأولى للسير فيها حسب الأصول، لا يجوز الطعن فيها بالنقض على استقلال.

¹ طلب تعيين مرجع رقم 2011/139 بتاريخ 2011/12/6 عبد الله غزلان، مجموعة الأحكام القضائية والمبادئ القانونية الصادرة عن الهيئة العامة، 2012، ص22.

² نقض مدني رقم 2010/70 بتاريخ 2011/4/11 عن منظومة القضاء والتشريع (المقتفي)، مرجع سابق =

= نقض مدني رقم 2008/3 بتاريخ 2008/10/16 المجلة القانونية، نقابة المحامين الفلسطينيين، مرجع سابق، ص149.

³ نقض مدني رقم 2005/168 بتاريخ 2007/6/20، عبد الله غزلان وآخرون، مجموعة الأحكام القضائية، ط1، 2008، ص162.

المبحث الثاني: مظاهر سلطة القاضي في الخصومة المدنية.

طراً تحول على معظم الأنظمة القانونية في جميع مجالاتها، لا سيما ما يتعلق منها بما للقاضي من دور وصلاحيات اختلفت عما كان عليه الحال من قبل، وتجلّى هذا التحول في العديد من المظاهر، نجلها في المطالب الآتية:

المطلب الاول: مظاهر الدور الايجابي لسلطة القاضي

كرست بعض الممارسات والمفاهيم التي كانت سائدة في ظل القانون القديم دوراً سلبياً للقاضي كمقولة الدعوى ملك للخصوم أو البيئات من حق الخصوم، مما جعل القاضي يقف من الخصومة المدنية موقف المراقب، إلى أن تنبه الفكر القانوني الحديث والمشروع الفلسطيني ومن قبله القوانين المقارنة إلى ضرورة تحويل القاضي دوراً وسلطات أوسع.

فلم تعد الدعوى ملكاً للخصوم، وإنما أصبح للقاضي دوراً إيجابياً في مراقبة الخصومة وتصحيح الأخطاء والأوضاع المخالفة للنظام العام، ومن المفترض أن منح القاضي هذا الدور الإيجابي يساعد كثيراً في انتظام سير الدعوى وحسمها بسرعة وعدالة، ذلك أن معاملات الناس من التنوع والاختلاف إلى درجة يستحيل معها وضع قاعدة عامة ثابتة بصدها، وهذا الدور الإيجابي للقاضي لا يقتصر على حسم ما يعرض عليه من دعاوى بل يعد وسيلة فاعلة في تطوير القانون¹.

فالقاضي يستمد نفوذه من القانون ويقوم بوظيفته بتفويض من الدولة، وبالتالي؛ فإن حكمه يجب أن يكون مطابقاً للحقيقة الموضوعية، ولبلوغ هذه الحقيقة أعطي القاضي نفوذاً وصلاحيات تساعد في الكشف عنها، وعلى الرغم من أن الخصومة لا تهم سوى طرفيها إلا أن لها أثراً أيضاً على المجتمع بشكل عام بسبب التداخل والترابط بين المصالح الخاصة والمصلحة العامة لذا كان توجه التشريعات الحديثة يميل نحو الحرص على أن يكون بإمكان القاضي الكشف عن الحقيقة وتحقيق العدالة من تلقاء نفسه في كثير من الأحيان.

¹ العبودي، مرجع سابق، ص148.

لقد تطور دور القاضي في إدارة الخصومة المدنية، وتجاذب ذلك الدور نظامان مختلفان¹:

- 1- النظام الادعائي: وفيه يكون القاضي بمثابة الحكم، لا يبحث بنفسه عن الحقيقة، مرتكزاً للمفهوم السلبي لمبدأ الحياد، بحيث لا يتدخل في الخصومة وإنما يراقب المتقاضين الذين يسرون الإجراءات، ورغم إندثار هذا النظام في القضاء الجزائي بقي معمولاً به في النزاعات المدنية على اعتبار أنها تتعلق بالمصالح الخاصة بالدعوى في هذا النظام ما هي إلا شكل من المبارزة بين أطرافها، إذ يقف القاضي متفجعاً مراقباً، وبذلك يكون دور القاضي سلبياً في النزاع إلى حد تشبيهه بالآلة التي تزود بمواد القضية ليخرج حكماً.
- 2- النظام الاستقرائي: بدأ بالظهور في أواخر القرن التاسع عشر، والقاضي في هذا النظام يخرج عن دور المراقب ليلعب دوراً في البحث عن الحقيقة بنفسه، فالقضاء مرفق عام يسعى إلى إعادة الحقوق لأصحابها وإقرار المشروعية الموضوعية، لذا فمن الطبيعي بموجب هذا النظام أن يتدخل القاضي في تسيير الخصومة.

سارت العديد من الأنظمة القانونية على نهج التحول من النظام الأدعائي إلى النظام الاستقرائي²، حيث حرصت التشريعات المقارنة ومن بينها المشرع في قانون المرافعات المصري رقم 38 لسنة 1968 الذي يعتبر من القوانين المبادرة من بين القوانين المقارنة إلى الأخذ بهذا التوجه حيث منح القاضي سلطات أوسع في مجال إدارة الخصومة المدنية في كافة مراحلها وحيث إن القانون الفلسطيني قد تأثر كثيراً بالقانون المصري فقد أصبحت إدارة الدعوى وتسيير الخصومة حتى الفصل فيها من واجب القاضي، وأن وظيفة القاضي لا تقتصر على الحكم في النزاع وإنما تمتد إلى تطبيق القانون³، الأمر الذي كان له الأثر الكبير في قطع دابر المماطلة والتسويف، وإن كان المراقب لقرارات المحاكم يلاحظ أن أغلب القضاة لم يمارسوا هذا الدور بالشكل المطلوب، مما جعل من نصوص هذا القانون مجرد أدوات جامدة لا حياة فيها⁴، ولعل

¹ <http://ar.gurispedia.org/index>.

² يعتبر قانون المرافعات التونسي لسنة 1910 من أوائل التشريعات المتأثرة بهذا الإتجاه، وأعاد قانون المرافعات التونسي لسنة 1986 تجسيد النظام الاستقرائي.

³ أحمد أبو الوفاء، المرافعات المدنية والتجارية، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2007، ص58.

⁴ عثمان التكروري، الكافي في شرح قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية، ط2، (د.ن)، (د.م)، 2009، ص355.

السبب في ذلك هو ما أرساه القانون القديم من قواعد سلبية لا زالت راسخة لدى معظم المشتغلين في قطاع العدالة¹.

وكذلك المشرع في قانون أصول المحاكمات المدنية الأردني رقم 24 لسنة 1988² وتعديلاته الذي منح القاضي دوراً إيجابياً بهدف تحقيق العدالة بين الخصوم، لأن دور القاضي وإن كان حيادياً إلا أنه دور إيجابي، أي أنه يتدخل لتحقيق حسن سير العدالة بتصحيح شكل الدعوى ويحول دون غش الخصوم أو إهمالهم، والقاضي يوجه الدعوى ولا يوجه الخصوم وهذا مقتضى دوره الإيجابي، الذي يهدف إلى الكشف عن الحقيقة³.

من هنا، كان التحول واضحاً نظرياً وعملياً، ذلك أن قانون أصول المحاكمات لسنة 2001 جاء بالعديد من الأحكام التي تعطي القاضي سلطات أوسع في تسيير إجراءات الخصومة المدنية، إلا أن هذا التطور في الأحكام جاء أيضاً بضوابط، على خلاف ما كان عليه الحال في ظل قانون أصول المحاكمات الحقوقية رقم 42 لسنة 1952⁴، الذي لم تعد أحكامه قادرة على القيام بالدور المنوط بها في ظل تحول العملية القضائية في مختلف الأنظمة القانونية⁵.

فقد كان دور القاضي سلبياً لا يتدخل في سير إجراءات الدعوى، أو مطلقاً في بعض الأحيان دون ضوابط، وكان دوره مجرد مراقب للخصوم منتظراً أن يتقدم كل منهم بطلباته ودفعه وبيناته ومن ثم يصدر الحكم مما أدى إلى تراكم القضايا، حيث كان الخصوم يشغلون القاضي بالعديد

¹ إذ كان لمحكمة النقض الفلسطينية الدور الأكبر في إرساء العديد من المبادئ التي ساهمت في تفسير العديد من نصوص قانون أصول المحاكمات المدنية رقم (2) لسنة 2001، فقد حسمت محكمة النقض ببهيتها العامة مسألة كانت محل جدل وخلاف تتعلق بتفسير غاية المشرع وفلسفة التشريع من أن يقوم المحامي الموكل بنفسه بإقامة الدعوى وتسجيلها، لا أن ينيب غيره في هذه المرحلة، إذ قضت "بتدقيق نص الفقرة الرابعة من المادة (20) من قانون المحامين النظاميين وربط هذا بما نصت عليه المادة (55) من قانون الأصول، فإن غاية المشرع وفلسفة التشريع أن يقوم المحامي بشخصه باعباء ما وكل به، وهو الأصل، وإن الاستثناء أن ينيب عنه محامياً آخر، وحتى يصر إلى استخدام الاستثناء يجب أن تكون الانابة في قضية معينة، أي في مطالبة قضائية أخذت طور الفعل والتنفيذ، ولما كانت الانابة المعطاة من المحامي الوكيل سبقت عملية الفعل والتنفيذ، فإن صلاحية منح الانابة تغدو غير قائمة بما لا يمكن معه القول بوجود قضية معينة، تصلح أساساً لإعطاء إنابة كاستثناء اجازته المشرع خروجاً على الأصل، مما يجعل الدعوى مقدمة ممن لا يملك الحق في تقديمها". نقض مدني رقم 2010/96 بتاريخ 2011/6/1 عبد الله غزلان، **مجموعة الأحكام القضائية والمبادئ القانونية الصادرة عن الهيئة العامة لمحكمة النقض في رام الله، جمعية القضاة الفلسطينيين**، ط1، 2012، ص85.

² = ومن ذلك أيضاً ما جاء في قرارها رقم 2006/14 بتاريخ 2007/7/8 "أن تحديد الأساس القانوني للدعوى وتكييفها يعود لمحكمة الموضوع على ضوء الوقائع المطروحة وهي غير مقيدة بوصف الخصوم لهذه الوقائع". عبد الله غزلان وآخرون، **مجموعة الأحكام القضائية والمبادئ القانونية الصادرة عن محكمة النقض، جمعية القضاة الفلسطينيين**، 2008، ص314.

³ المنشور في الجريدة الرسمية عدد 3545 بتاريخ 1988/4/2 ص735.

⁴ الرواشدة، مرجع سابق، ص20، مفلح عواد القضاة، **أصول المحاكمات المدنية والتنظيم القضائي في الأردن**، ط1، دار الكرمل للنشر والتوزيع، عمان، 1988، ص11.

⁵ المنشور في الجريدة الرسمية الأردنية عدد 1113 بتاريخ 1952/6/16، ص288.

⁵ الرواشدة، مرجع سابق، ص19.

من الدفوع والطلبات الفرعية والشكلية ليصبح منشغلا في البت فيها، دون سواها وأصبحت عملية التقاضي تستغرق وقتا طويلا يجد فيها المماطل ضالته¹.

ويمكن ملاحظة الكثير من مظاهر الدور السلبي للقاضي في قانون أصول المحاكمات الحقوقية رقم 42 لسنة 1952، فهذا القانون وإن كان يعطي القاضي بعض السلطات في تسيير الخصومة إلا أن تلك السلطات لم تكن تحكمها ضوابط أو معايير، والمثال الواضح على ذلك منح القاضي بموجب ذلك القانون رد القضية استناداً إلى أي سبب قد يترأى له حسبما ورد في نص المادة (16) منه²، فعبارة أي سبب يترأى له توهي بأن لديه سلطة مطلقة لا قيد عليها ولا رقيب، بينما جاء قانون أصول المحاكمات رقم 2 لسنة 2001 بمعيار واضح في هذه الحالة بإعطاء القاضي سلطة في إثارة الدفوع المتعلقة بالنظام العام من تلقاء نفسه³، وأن هذا المعيار لم يتأت من خلال نص بعينه وإنما يمكن استنتاجه من خلال مجمل أحكام هذا القانون.

وكذلك الفقرة الثانية من المادة (61) من قانون أصول المحاكمات الملغى التي تجيز للمحكمة السماح بتقديم لوائح جديدة على أساس الشروط التي تستصوبها، والمادة (67) منه التي تجيز للمحكمة أن تقرر وجوب تقديم لائحة أخرى أوفى فيما يتعلق ببسط الادعاء، والمادة (73) من ذات القانون التي تجيز للمحكمة في كل دور من أدوار الإجراءات السماح للخصم بتعديل لائحته، بينما أجمل قانون أصول المحاكمات المدنية الساري مضمون هذه النصوص جميعها في نصوص المادتين (97، 98) اللتين تجيزان للمحكمة أن تأذن بتقديم طلبات إضافية أو عارضة مما يكون مرتبطاً بلائحة الدعوى حيث وضعت ضابطاً وهو الارتباط، والمشرع من خلال هذا النص ترك مساحة التقدير للقاضي وذلك بتقدير الارتباط، من حيث توافره وتفسيره وكذلك الفقرة الأولى المادة (56) من قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية لسنة 2001 التي تنص على أنه "تكون الدعوى شاملة لجميع ما يحق للمدعي المطالبة به وقت إقامتها"، مما يعني أن تقديم الطلبات الإضافية أو تعديل اللوائح أو السماح بذلك من قبل القاضي، إنما يكون في أضيق الحدود وضمن ضوابط محددة ورد النص عليها.

¹ عثمان التكروري، الكافي في شرح قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية، مرجع سابق، ص354.
² إذ تنص المادة 16 من قانون أصول الحقوقية القديم على "يجوز للمدعي عليه أن يقدم طلباً لرد القضية المرفوعة عليه بناء على أحد الأسباب التالية، 1- كون القضية مقضية 2- عدم الإختصاص 3- مرور الزمن أو بالإستناد الى أي سبب آخر قد يترأى للمحكمة أنه يستوجب رد الدعوى قبل الدخول في الأساس...الخ.
³ تكرروري، مرجع سابق، ص359.

لقد تضمن قانون أصول المحاكمات المدنية رقم 2 لسنة 2001 العديد من مظاهر الدور الإيجابي للقاضي تكاد تكون في جميع إجراءات الخصومة دون استثناء، لذلك سنعرض بشكل عام لمظاهر هذا الدور، وذلك في مواقع عدة:

1- سلطة القاضي في عدم قبول الدعوى، في حالة عدم توافر المصلحة إذ تنص الفقرة الثالثة من المادة (3) "إذا لم تتوافر المصلحة وفقاً للفقرتين السابقتين، قضت المحكمة من تلقاء نفسها بعدم قبول الدعوى"¹.

2- سلطة القاضي في إثارة الدفوع المتعلقة بالنظام العام كالدفوع الواردة في المادة (92)².

3- سلطة القاضي في شطب الدعوى في حالة عدم حضور المدعي عملاً بحكم الفقرة الثالثة من المادة (85) من قانون الأصول³.

4- سلطة القاضي في التبليغ:

- سلطة القاضي في إجراء التبليغ بأي طريقة بما يتفق وحكم القانون، المادة (7/ج).

- سلطة القاضي في اعتبار التبليغ صحيحاً في حال تعذر تبليغ الشخص المراد تبليغه بالذات وصحة تبليغ من يقيم معه المادة (2/13)⁴.

- سلطة القاضي في تقدير حالة تعذر التبليغ وفق الأصول المقررة في القانون، وإجراء التبليغ وفق نص المادة (20)⁵.

- سلطة القاضي في تبليغ من له موطن في الخارج بطريق البريد المسجل مع علم الوصول أو بأي طريقة أخرى، المادة (1/18).

5- سلطة القاضي في تجزئة أسباب الدعوى، إذ تنص المادة (58) من قانون الأصول على "إذا إشتملت الدعوى على عدة أسباب وتبين للمحكمة أنه لا يسعها الفصل فيها مجتمعة

¹ وتنص الفقرة الأولى "لا تقبل دعوى أو طلب أو دفع أو طعن لا يكون لصاحبه مصلحة قائمة فيه يقرها القانون" وتنص الفقرة الثانية على المصلحة المحتملة.

² تنص المادة (92) من قانون اصول المحاكمات المدنية على "الدفع بعدم الإختصاص لإنتفاء ولايتها أو بسبب نوع الدعوى أو قيمتها أو لسبق الفصل فيها تحكم به المحكمة من تلقاء نفسها، ويجوز الدفع به في أية حالة كانت عليها الدعوى".

³ علماً بأن الفقرة الأولى من المادة ذاتها تنص على أنه إذا لم يحضر المدعي ولا المدعى عليه تقرر المحكمة شطبها وهنا الأمر ليس جوازيًا، وإنما هو أقرب الى التقرير بأن على المحكمة أن تقرر الشطب وبالتالي ليس للقاضي بحسب هذه الفقرة من حيث الأصل إلا أن يقرر الشطب.

⁴ وقد كانت المادة (27) من قانون أصول الحقوقية القديم تنص على إذا إقتنعت المحكمة أن المدعى عليه قد تمنع عن التوقيع يجوز لها أن تقرر أن التبليغ قد تم وفق الأصول.

⁵ وقد كانت المادة (29) من القانون القديم تعطي القاضي الصلاحية ذاتها بإجراء التبليغ بالتعليق على آخر مكان إقامة وعلى لوحة إعلانات المحكمة وفي إحدى الصحف المحلية.

على وجه مناسب، يجوز لها النظر في كل سبب على حده، أو أن تصدر القرار الذي تستصوبه¹.

6- تفريق الدعوى، تنص المادة (81) من قانون الأصول على أنه "إذا تعدد المدعون في لائحة واحدة يجوز للمحكمة تفريق الدعوى بإجراء محاكمات مستقلة، إذا اقتضى حسن سير العدالة ذلك".

7- صلاحية المحكمة في اتخاذ الإجراء المناسب لتبليغ ورثة الخصم المتوفى أو من يقوم مقامه قانوناً، المادة (84) من قانون الأصول.

8- لقاضي الصلح الفصل في الطلب الأصلي في حالة وجود طلب عارض إذا لم يترتب على ذلك إخلال بسير العدالة، وإلا فعليه إحالة الطلب الأصلي والعارض إلى المحكمة المختصة عملاً بأحكام المادة (40) من قانون الأصول.

9- تجيز المادة (64) من قانون الأصول للقاضي أن يسمح للمدعى عليه بتقديم لائحته الجوابية بعد انتهاء المدة المنصوص عليها في المادة (62) إذا حضر في أول جلسة تعقدها لنظر الدعوى.

10- سلطة القاضي في إدارة الجلسات ونظام نظر الدعوى:

- سلطته في إجراء المحاكمة سراً كاستثناء على مبدأ العلانية حفاظاً على النظام العام أو الآداب العامة، المادة (115).

- سلطته في شطب العبارات الجارحة أو المخالفة للنظام العام أو الآداب من محضر الجلسة، المادة (3/117)

- سلطته في رفض تأجيل الجلسات لنفس السبب أكثر من مرة، المادة (121) وسلطته في تحديد مواعيد الجلسات للاستماع إلى البيانات المادة (2/120).

- سلطته في ضبط الجلسة وإدارتها وإخراج من يخل بنظامها أو تغريمه المادة (117)، وسلطته في القبض على من يرتكب جرمًا في الجلسة وإحالاته للنيابة أو الحكم عليه بالعقوبة المقررة إذا ارتكب جنحة تشكل تعدياً على هيئة المحكمة أو أحد العاملين فيها، المادة (5،4/117).

¹ وقد جاءت بالحكم ذاته المادة 40 من قانون أصول المحاكمات الحقوقية الملغى.

11- سلطته في تكليف الخصوم بتحديد نقاط الاتفاق والاختلاف، وحصر البيئات حول المسائل المختلف عليها، المادة (1/120، 2).

12- سلطته في إحالة الدعوى إلى المحكمة التي اتفق عليها الخصوم ما لم ينص القانون على خلاف ذلك، المادة (94).

13- سلطته في فتح باب المرافعة إذا وجدت أسباب جدية أو ضرورة للفصل في الدعوى المادة (166)¹.

14- سلطته في تصحيح الأخطاء المادية أو الحسابية الواردة في حكمه المادة (1/183).

تلك بعض الأمثلة على الدور الإيجابي في تسيير الخصومة المدنية، إلا أن مظاهر سلطة القاضي تبدو جلية في مجال البطلان، ذلك أن البطلان هو صفة قد تلحق كافة الاجراءات في الخصومة وفي كافة مراحلها، لذا كان لا بد من التطرق له بصورة مستقلة باعتباره المجال الذي تظهر فيه سلطات القاضي بشكل جلي، سيما وأن المشرع الفلسطيني أخذ بنظرية البطلان التي تقوم على تحقق الغاية والنص على البطلان في بعض الحالات، وهو ما نتناوله في المطلب التالي.

المطلب الثاني: مظاهر سلطة القاضي في تقدير البطلان

حيث إن العمل الاجرائي يتراوح ما بين الصحة والبطلان، وحيث إن للبطلان نظرية أخذت بها معظم الأنظمة القانونية، سيما وأن معظم الأعمال الإجرائية إما أن تكون صحيحة أو باطلة إعمالاً لنظرية البطلان، لذا لا بد من منح القاضي سلطات في هذا المجال تختلف ضيقاً واتساعاً بحسب موقف النظام القانوني من تلك النظرية.

والبطلان هو الجزاء الذي يترتب القانون على الإجراءات القضائية المخالفة للقانون يؤدي إلى عدم ترتيب الآثار التي يترتبها القانون على الإجراء الصحيح، وهو وصف يلحق العمل الإجرائي لوجود عيب فيه يحول دون تحقق آثاره²، والبطلان يكون موضوعياً إذا تعلق بمسألة ينظمها القانون المدني، ويكون إجرائياً إذا تعلق بمسألة ينظمها قانون أصول المحاكمات (المرافعات)³.

¹ نقض رقم 187 لسنة 46 ق، بتاريخ 1979/6/7، قاعدة التشريعات والاجتهادات المصرية..

² تكرر، مرجع سابق، ص513.

³ العبودي، شرح أحكام قانون أصول المحاكمات المدنية، ص153.

والأصل أن الجزاء الإجرائي لا يتعلق بالنظام العام ولا يستطيع القاضي الحكم به من تلقاء نفسه ولا بد من التمسك به من صاحب المصلحة فيه، إلا أن البطلان قد يتعلق بالنظام العام إذا تعلق بإجراءات تمس هذا النظام، كبطلان تشكيل المحكمة وبطلان رفع الدعوى وفق الإجراءات المحددة في القانون¹.

وقد تعددت النظريات والمذاهب التي تنظم البطلان، واختلفت التشريعات في الأخذ به، وفي تقديري أن إتماد المشرع لنظرية من هذه النظريات له دور كبير على سلطة القاضي في تقدير البطلان، لهذا كان لا بد من إشارة إلى تلك النظريات.

النظرية الأولى؛ نظرية البطلان القانوني التي ترتب البطلان على كل عيب يشوب العمل الإجرائي ولو كان بسيطاً، والنظرية الثانية (البطلان التهديدي) التي تجعل البطلان مجرد وسيلة تهديدية حتى يتم احترام الإجراءات والأوضاع الشكلية، فالبطلان هنا مجرد تهديد للخصم الذي يخالف الشكل القانوني، وأما النظرية الثالثة لا بطلان إلا بنص، وهي تجعل للمشرع وحده تحديد الحالات التي يكون فيها الإجراء باطلاً دون أن تكون للقاضي سلطة في تحديد هذه الحالات والنظرية الرابعة أساسها تحقق الضرر أي أنها تعلق الحكم بالبطلان على حصول الضرر للتمسك به، وأخيراً نظرية تعلق الحكم بالبطلان على تحقق الغاية، أي أن تحقق الغاية من الإجراء أو عدم تحققها هو المعيار في الحكم بالبطلان من عدمه².

ومما لا شك فيه أن تبني المشرع لنظرية من تلك النظريات دون الأخرى يؤدي بالضرورة إلى تقييد سلطة القاضي أو توسيعها، فالأخذ بنظرية لا بطلان إلا بنص تعطي صلاحية تقرير البطلان في كل حالة للمشرع دون أن تكون للقاضي أي سلطة، وهو ما يسلب القاضي سلطة تقدير ما إذا كانت المخالفة تستدعي الحكم بالبطلان من عدمه، ويجبره على تقرير البطلان في حالات لم يكن من المناسب تقريره فيها أو عدم تقريره في حالة كان يجب فيها ذلك³، وهو نهج أرساه قانون أصول المحاكمات الحقوقية الملغى، فلم يكن بمقدور القاضي أن يحكم بالبطلان ما لم يكن هناك نص يوجب صراحة الحكم بالبطلان.

¹ نبيل إسماعيل عمر وأحمد خليل، مرجع سابق، ص 446.

² أحمد أبو الوفا، المرافعات المدنية والتجارية، مرجع سابق، ص 493. عباس العبودي، مرجع سابق، ص 155.

³ تكرر، مرجع سابق، ص 514.

ولا شك أن النهج السليم هو أن يشتمل أي قانون أصول على نظرية للبطلان، لا أن ينص على البطلان في كل حالة على حده، وهي حالة سلبية لا تقرها معظم الأنظمة القانونية الحديثة سيما وأنها تغفل تحديد مضمون واضح للبطلان¹.

انفراد المشرع بتقرير البطلان بهذه الصورة أوجد حالة من السلبية من حيث إلزام القاضي بتقرير البطلان في كل حالة نص عليها وضييق من نطاق سلطاته في هذا المجال وكل ما عليه هو الحكم بالبطلان بتطبيق النص لمجرد التمسك به من أحد الخصوم، ومن جهة أخرى فإن الوقائع المادية والأعمال الإجرائية من الاتساع بحيث يصعب بل يستحيل حصرها ومن ثم وضع نصوص لمواجهة إشكالياتها وتشعبها.

تنبهت الأنظمة القانونية الحديثة إلى هذه المسألة، وبدأت بالتحول عن الأخذ بنظرية لا بطلان إلا بنص إلى نظريات أخرى تتسجم مع الفكر القانوني الحديث الذي يدعو إلى حصر حالات البطلان في أضيق الحالات، وتوسيع حالات البطلان الجوازي، وتصحيح الإجراء الباطل، وترك مجال من التقدير للقاضي في كل حالة على حدة.

وقد أخذت النظم القانونية المقارنة بهذا التوجه، وكذلك المشرع في قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية رقم (2) لسنة 2001 الذي أخذ بنظرية عامة تحدد مضمون البطلان، وهي نظرية تعلق الحكم بالبطلان على تحقق الغاية من الإجراء ورد النص عليها في المواد (23) و (24) من قانون الأصول²، وقد أخذ بذلك المشرع في قانون المرافعات المصري في المادة 20³.

فإذا تحققت الغاية فلا يجوز الحكم بالبطلان، ذلك أن الأخذ بمعيار الغاية يعبر عن توجه المشرع إلى الإقلال من دواعي البطلان بتغليب موجبات صحة الإجراء على أسباب بطلانه أو قصوره باعتبار أن الغاية من الإجراء هي وضعه في خدمة الحق.

¹ آدم وهيب الندوي، مدى سلطة المحكمة المدنية في تعديل نطاق الدعوى، ط1، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 1997، ص103. المشرع في القانون العراقي لم يأخذ بنظرية عامة للبطلان وإنما عالج أحكام البطلان بصورة هامشية ترددت في عدة نصوص، أنظر عباس العبودي، شرح أحكام قانون أصول المحاكمات المدنية، مرجع سابق، ص159.

² فيما لم يأخذ قانون أصول المحاكمات الحقوقية رقم 42 لسنة 1952 بنظرية عامة للبطلان، إذ كانت القاعدة أن (لا بطلان بدون نص)، وكان القاضي وفقاً لهذه القاعدة لا يحكم بالبطلان إلا بناء على نص، وكان يكفي تمسك الخصم بالنص الذي يقرر البطلان لكي يطبق القاضي حكم ذلك النص، وكان ذلك يؤدي غالباً إلى المغالاة في الشكل على حساب المضمون، ويؤدي إلى ضياع الحقوق نتيجة خطأ بسيط في الإجراءات. عثمان التكروري، مرجع سابق، ص513.

³ تنص المادة 23 من قانون الأصول الفلسطيني على 1- يكون الإجراء باطلاً إذا نص القانون صراحة على بطلانه، أو إذا شابه عيب لم تتحقق بسببه الغاية من الإجراء. 2- لا يحكم بالبطلان رغم النص عليه إذا ثبت تحقق الغاية من الإجراء. =أنظر عثمان التكروري، مرجع سابق، ص515. أحمد أبو الوفاء، المرافعات المدنية والتجارية، ص497.

أما قانون أصول المحاكمات المدنية الأردني رقم 24 لسنة 1988، فاستوجب للحكم بالبطلان تحقق الضرر للخصم المتمسك به، سواء أكان البطلان منصوص عليه في القانون صراحةً أو ضمناً¹.

الفرع الأول: سلطة القاضي في الحكم بالبطلان بحسب حالاته

تبنت التشريعات الحديثة في معظمها نظرية من شقين²:

- 1- أن يحدد المشرع الإجراءات والأوضاع الجوهرية التي يترتب على مخالفتها البطلان، ولا يكون الحكم بالبطلان في هذه الحالة معلقاً على تحقق الضرر أو الغاية، ما دام أن المخالفة قد تحققت، وذلك لأهمية الشكل الذي تطلبه المشرع.
- 2- أن يترك للقاضي فيما عدا ذلك من حالات سلطة تقديرية في الحكم بالبطلان من عدمه إذا شاب الإجراء عيب قد يتسبب بضرر للخصم أو لم تتحقق الغاية منه³.

لقد كان توجه التشريعات الحديثة في معظمها أن تضع مفهوماً لنظرية البطلان، يأخذ بالاعتبار حالات ينص القانون فيها صراحة على البطلان، وترك حالات أخرى لتحقيق الضرر أو الغاية أي الجمع بين أكثر من معيار للبطلان⁴، وهو ما نهجه المشرع المصري ونقل عنه الفلسطيني في قانون الأصول، ناصاً على البطلان صراحة في بعض الحالات وترك في المادة (23)⁵ منه مجالاً لتقدير القاضي في جانبين الأول تقدير العيب المبطل للإجراء والثاني تقدير تحقق الغاية من الإجراء.

لكن تقدير القاضي هنا مرهون بالبحث عن الغاية من الإجراء، أي البحث عن المصلحة التي قصد المشرع حمايتها من خلال الشكل المعين وما إذا كان الشكل يحقق هذه الحماية أم لا وكذلك فإن تقدير ما هي الغاية من الشكل الذي تطلبه القانون تعتبر مسألة قانون، فلا يستطيع القاضي تحديد غاية من الشكل تختلف عن الغاية التي قصدها المشرع، لكن تحقق الغاية في

¹ مفلح القضاة، أصول المحاكمات المدنية والتنظيم القضائي، ص289. تنص المادة 24 من قانون أصول المحاكمات الأردني على ما يلي "يكون الإجراء باطلاً إذا نص القانون على بطلانه، أو إذا شابه عيب جوهري ترتب عليه ضرر للخصم". وهو ما أخذ به القانون الفرنسي، أنظر احمد ابو الوفاء، المرافعات المدنية والتجارية، مرجع سابق، ص494.

² نبيل إسماعيل عمر وأحمد خليل، قانون المرافعات المدنية، ص447.

³ أحمد أبو الوفاء، المرافعات المدنية والتجارية، ص493.

⁴ نبيل إسماعيل عمر وأحمد خليل، قانون المرافعات المدنية، مرجع سابق، ص449.

⁵ تنص المادة 23 "1- يكون الإجراء باطلاً إذا نص القانون صراحة على بطلانه، أو إذا شابه عيب لم تتحقق بسببه الغاية من الإجراء 2- لا يحكم بالبطلان رغم النص عليه إذا ثبت تحقق الغاية من الإجراء".

حالة معينة أو عدم تحققها مسألة تخضع لتقدير القاضي، على أن يسبب حكمه ولا يكفي أن يقرر تحقق الغاية أو عدم تحققها بل عليه أن يبين لماذا يرى أن الغاية تحققت أو لم تتحقق فهو يبحث ما إذا كانت الغاية قد تحققت وهي مسألة قانون، وذلك من خلال الوقائع المعروضة عليه وهي مسألة واقع¹.

تبنى المشرع الأردني في قانون أصول المحاكمات المدنية لسنة 1988 النهج ذاته، إلا أنه اعتمد معيار الضرر لا الغاية، فقرر أن الإجراء يكون باطلاً في حالتين، أن ينص القانون على البطلان صراحةً أو دلالةً، أو أن يشوب الإجراء عيب جوهري يترتب عليه ضرر للخصم².

وتختلف سلطة القاضي بحسب نوع البطلان وحالته، فإذا تعلق بالمصلحة العامة أو النظام العام كان على القاضي أن يثيره من تلقاء نفسه وأن يسمح للخصم بإثارته في أية حالة كانت عليها الدعوى، وذلك بخلاف البطلان المتعلق بالمصلحة الخاصة أو البطلان النسبي المقرر لمصلحة الخصوم والذي يجب للحكم به أن يتمسك به صاحب المصلحة فيه³.

وقد أحسن المشرع حين اعتمد مفهوماً للبطلان، يعتمد الغاية معياراً للحكم به في الحالات التي ترك فيها أمر تقديره لسلطة القاضي، ذلك أن معيار الغاية يتيح مجالاً للتقدير أوسع من معيار الضرر، وبذات الوقت فإن اعتماد مفهوم للبطلان يعتمد حالتي النص الصريح على البطلان وترك مجالاً للتقدير في حالات أخرى يشكل حلاً وسطاً، إذ يجمع هذا الحل بين نظرة واضعي القانون مع نظرة من يطبقه عند تقرير البطلان، لأن اختلاف النظريتين هو الذي يخلق تصوراً سلبياً عن البطلان⁴.

ثم إن معيار الغاية أكثر مرونة ويعطي سلطة تقديرية واسعة للقاضي، ولا يحتاج إلى إثبات كما هو الحال في معيار الضرر، فالغاية يقدر القاضي تحققها من عدمه دون حاجة إلى إثبات شريطة أن يبنى ذلك على أسباب سائغة، وبالتالي تظهر سلطة القاضي فيه أكثر بخلاف معيار الضرر الذي يتطلب إثباتاً من صاحب المصلحة الذي يتمسك به، ومثال ذلك تخلف أحد بيانات التبليغ غير الجوهرية أو إجراء التبليغ في غير المواعيد المقررة قانوناً، أو تبليغه إلى شخص

¹ عثمان التكروري، مرجع سابق، ص521.

² مفلح القضاة، أصول التنظيم القضائي، مرجع سابق، ص289.

³ مفلح القضاة، المرجع السابق، ص289. عثمان التكروري، مرجع سابق، ص518.

⁴ احمد ابو الوفاء، المرافعات المدنية والتجارية، مرجع سابق، ص497.

ليس له صفة، فإن حضور الخصم المراد تبليغه يؤدي إلى تحقق الغاية من التبليغ والقاضي هو الذي يقدر ما إذا كان تخلف أحد عناصر التبليغ مع تحقق الغاية يرتب البطلان أم لا.

كما أن الغاية هي مسألة قانون أما الضرر فمسألة واقع، ثم أن الضرر دائماً مقرر لمصلحة الخصوم بينما معيار الغاية مقرر للمصلحة العامة والخاصة، وفي تقديري أن تحقق الغاية من عدمه يكون بحاجة إلى إثبات في حالة واحدة وهي حالة تحقق الغاية رغم النص الصريح على البطلان، وأساس هذا التفسير يمكن أن نجده في المادة (23) من قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية بفقرتها، إذ نصت المادة المذكورة على أنه "1- يكون الاجراء باطلاً إذا نص القانون صراحة على بطلانه، أو إذا شابه عيب لم تتحقق بسببه الغاية من الاجراء 2- لا يحكم بالبطلان رغم النص عليه إذا ثبت تحقق الغاية من الاجراء.

الملاحظ على هذا النص أنه أورد في الفقرة الثانية عبارة "إذا ثبت تحقق الغاية من الاجراء" أي أنه في حالة النص الصريح على البطلان لا بد لكي لا يحكم بالبطلان أن يثبت تحقق الغاية من الاجراء، أي أن ثبوت تحقق الغاية هنا شرط أساسي، وما يؤكد ذلك أن الفقرة الأولى اكتفت بالنص على "إذا شابه عيب لم تتحقق بسببه الغاية من الاجراء"، وهو ما يعني ترك مسألة تقدير تحقق الغاية من عدمها في هذه الحالة للقاضي.

من خلال ما ورد في المادة (20) من القانون المصري والمادة (24) من الأردني والمادة (23) من الفلسطيني يتضح أن للبطلان حالتين:

الحالة الأولى: البطلان المتعلق بالنظام العام، وذلك في حالة النص صراحة على البطلان وتخلف الغاية من الإجراء ومثال ذلك المادة (22) والمادة (175) من قانون الأصول الفلسطيني وهنا يتعين على القاضي أن يحكم به باعتبار أن المشرع قدر أهمية الإجراء وافترض ترتب الضرر على تخلفه، وفي هذه الحالة على القاضي أن يحكم بالبطلان، لأن العبرة هنا أن يحقق الإجراء الغرض المقصود منه وفق الشكل الذي قرره القانون، ذلك أن كل عنصر في الإجراء هنا مطلوب لذاته، فمثلاً خلو التبليغ من توقيع المحضر واسمه رغم حضور المبلغ إليه فالتوقيع هنا

أمر مطلوب لذاته، كونه إجراء رسمي يحدد ما إذا كان من قام بالتبليغ موظف رسمي أم لا
ويبين ما إذا كان مختصاً أم لا¹.

ويكون البطلان وجوبياً أيضاً في حالة عدم وجود نص صريح على البطلان، إلا أن القاضي
يكون ملزماً بالحكم به إذا شاب الإجراء عيب جوهري لم تتحقق بسببه المصلحة التي قصد
القانون صيانتها وحمايتها بما أوجبه وحصلت المخالفة فيه.

الحالة الثانية: البطلان المتعلق بمصلحة الخصوم، فإذا تمسك به الخصم يجب الحكم بالبطلان
وهنا على القاضي أن يقدر البطلان من ظروف كل حالة ومن جسامته المخالفة، ومتى تحققت
شروطه وموجباته وجب عليه أن يحكم به²، ومثال ذلك ما يجيزه قانون البيئات للقاضي من أن
يحكم برد أي سند أو بطلانه إذا ظهر أنه مزور³.

وعلى جميع الأحوال فإن بطلان الإجراء غير المتعلق بالنظام العام يعتبر صحيحاً طالما لم
يتمسك به صاحب المصلحة فيه، فرغم أن الإجراء قد يكون مشتملاً على البطلان، إلا أنه ينقلب
صحيحاً إذا لم يتمسك بهذا البطلان من شرع لمصلحته في الوقت المناسب، وفي ذلك قضت
محكمة النقض المصرية "إن الإجراء يعتبر صحيحاً رغم ما يعتريه من أوجه البطلان غير
المتعلقة بالنظام العام طالما أن الدفع بهذا البطلان لم يتمسك به صاحب المصلحة فيه في الوقت
الذي حدده القانون"⁴.

¹ أحمد أبو الوفاء، مرجع سابق، ص501. وفي ذلك أيضاً تقول محكمة النقض المصرية في قرارها رقم 23 لسنة 50 ق بتاريخ 83/6/5 "إذا كان البيان الذي لم يحترم لازماً لرسمية الورقة فإنه لا يجدي نفي البطلان، كإغفال توقيع الموظف الرسمي، وكذلك تقول في قرار آخر رقم 728 لسنة 49 ق بتاريخ 83/4/10 مشار إليها في أبو الوفاء، المرافعات المدنية، ص501 "أن الغاية من الشكل أو البيان أو التعرف عليها وتحديدها مسألة قانونية، وبالتالي جنوح محكمة الموضوع الى غاية أخرى ورفضها الحكم بالبطلان رغم تخلف البيان لتحقيق الغاية من الشكل هو خطأ في القانون.

² أحمد أبو الوفاء، المرافعات المدنية والتجارية، مرجع سابق، ص505.

³ تنص المادة 67 من قانون البيئات رقم 4 لسنة 2001 "يجوز للمحكمة ولو لم يدع أمامها بالتزوير أن تحكم برد أي سند وبطلانه إذا ظهر لها بجلاء من حالته أو من ظروف الدعوى أنه مزور.

⁴ طعن رقم 763 لسنة 57 ق بتاريخ 1993/2/25، قاعدة التشريعات والإجتهادات المصرية.

الفرع الثاني: سلطة القاضي في تقدير صحة العمل الاجرائي

لقاضي الموضوع سلطة في تقدير صحة العمل الإجرائي وإنتاجه لآثاره القانونية وذلك منذ تسجيل الدعوى وحتى الحكم فيها، فهو لا يسير في الدعوى إلا بعد التثبت من دفع الرسوم المقررة عنها ومن ثم التثبت من انعقاد الخصومة فيها بشكل صحيح وذلك بأن يتبلغ المدعى عليه لائحة الدعوى¹.

وقاضي الموضوع هو الذي يقدر صحة العمل الاجرائي، بالتحقق من توافر الشروط الشكلية والموضوعية الواجب توافرها فيه، وأن تلك الأعمال سيما المتولدة عن بعضها البعض جاءت سليمة وتحقق الغرض منها²، فللقاضي تكليف الخصم بدفع فرق الرسم وله إعادة تبليغ المدعى عليه في حالة أن تبليغه لا يتفق مع القانون، كما هو الحال في حالة تبليغ المدعى عليه بواسطة أحد أفراد عائلته الساكنين معه لائحة الدعوى للمرة الأولى، فهنا لا بد من تبليغه مرة أخرى موعد الجلسة القادمة³.

إلا أن القاضي يتقيد في تقديره لصحة العمل الإجرائي بتحقق الغاية من الإجراء أو عدم تحققها، فالتبليغ للمدعى عليه إذا لم يكن حسب الأصول التي أوجبهها القانون ولكنه حضر في الموعد المحدد فإن حضوره يعني تحقق الغاية وهي دعوته للحضور لتتم الإجراءات في مواجهته إلا أن المشرع في بعض الأحيان يتطلب شكلاً في الإجراء لا بد من تحققه رغم تحقق الغاية كما هو الحال في توقيع المحضر، فالمشرع هنا حدد غاية من هذا الإجراء لا يجوز للقاضي أن يغير من مضمونها بالقول أن الغاية من التبليغ ألا وهي حضور المدعى عليه قد تحققت وبالتالي اعتبار الإجراء صحيحاً، ذلك أن توقيع المحضر أراد منه المشرع التثبت من أن الذي يقوم بالتبليغ موظف رسمي وضمن حدود اختصاصه، وهو أمر يتعلق بسير العمل في مرفق القضاء على القاضي التقيد به.

وفي هذا السياق قضت محكمة النقض المصرية "المقرر في قضاء هذه المحكمة أن توقيع المحضر على صورة الإعلان هذا البيان متعلق بالنظام العام، لأن توقيع المحضر هو الذي يكسب الورقة صفتها الرسمية، ولما كانت هذه الغاية لا تتحقق إلا باشتمال صورة الإعلان على

¹ تنص المادة 55 من قانون الأصول على 1- تعتبر الدعوى مقامة من تاريخ قيدها بعد دفع الرسوم أو من تاريخ طلب تأجيل دفع الرسوم. 2- تعتبر الخصومة منعقدة من تاريخ تبليغ لائحة الدعوى للمدعى عليه.

² محمد الطعاني، مرجع سابق، ص20.

³ انظر المواد 13، 63 من قانون الأصول.

التوقيع، فإن للمعلن إليه أن يتمسك ببطلان الصورة المعلنة إليه ولو خلا أصلها من أسباب البطلان باعتبار أن الصورة بالنسبة له تقوم مقام الأصل، ولا يصحح هذا البطلان حضور المعلن إليه الجلسة أو إيداعه مذكرة بدفاعه، إذ أن إغفال توقيع المحضر على صورة الإعلان يعد ذاتيتها كورقة رسمية ولا يسقط البطلان الناشيء عنها بالحضور أو النزول عنه¹.

الفرع الثالث: سلطة القاضي في تصحيح البطلان

نصت المادة (25) من قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية على أنه "يجوز تصحيح الإجراء الباطل ولو بعد التمسك بالبطلان، على أن يتم ذلك في الميعاد المقرر قانوناً لاتخاذ الإجراء فإذا لم يكن للإجراء ميعاد مقرر في القانون حددت المحكمة ميعاداً مناسباً لتصحيحه ولا يعتد بالإجراء إلا من تاريخ تصحيحه".

ويقصد بالتصحيح هنا، أن يضاف للإجراء الباطل ما ينقصه فعلاً أو حكماً²، شريطة أن يتم ذلك خلال الميعاد المقرر قانوناً لاتخاذ الإجراء، فإذا لم يكن للإجراء ميعاد مقرر في القانون حدد القاضي ميعاداً مناسباً لتصحيحه، سنداً لأحكام المادة (25) من قانون الأصول.

إلا أن التصحيح يرد على الإجراء الباطل دون المنعدم، فالإجراء المنعدم لا تلحقه الإجازة ولا يرد عليه التصحيح، فالخصومة مثلاً لا تتعد إلا بين الأحياء، وإذا أقيمت الدعوى على شخص متوفى فلا يصححها تبليغ الورثة أو حضورهم وكذلك الأمر في الطعن، وفي ذلك قضت محكمة النقض المصرية "المقرر في قضاء هذه المحكمة أن الخصومة في الطعن عموماً ومنها خصومة الطعن بالنقض لا تتعد إلا بين أشخاص موجودين على قيد الحياة ومن ثم فإنها في مواجهة الخصم المتوفى تكون معدومة ولا ترتب أثراً ولا يصححها إجراء لاحق إلا إذا حصل في المواعيد المقررة، وعلى من يريد عقد الخصومة أن يراقب ما يطرأ على خصومه من وفاة أو تغير في الصفة قبل اختتامهم"³.

والتصحيح يتم بإحدى وسيلتين التصحيح الفعلي بتكملة الإجراء، كما إذا أقيمت دعوى دون دفع الرسم الكامل عنها فيكلف الخصم بدفع باقي الرسم، أو التصحيح بتحول الاجراء إذا توافرت

¹ طعن رقم 102 لسنة 53 ق بتاريخ 1991/3/7، قاعدة التشريعات والإجتهادات المصرية.

² أبو الوفاء، قانون المرافعات المدنية، مرجع سابق، ص516.

³ طعن رقم 2045 لسنة 64 ق بتاريخ 1995/6/14، قاعدة التشريعات والإجتهادات المصرية.

فيه عناصر اجراء آخر¹، كبطلان الطلب الأصلي مع وجود طلب عارض مقدم وفق الإجراءات المعتادة لإقامة الدعوى، وقد يكون التصحيح بانتقاص الإجراء، وهو ما ورد النص عليه في الفقرة الثانية من المادة (26) من قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية، والتي جاء فيها "إذا كان الإجراء باطلاً في شق منه فيعتبر هذا الشق وحده باطلاً ما لم يكن الإجراء غير قابل للتجزئة" كالحكم الذي يتضمن فسخ العقد والتعويض مثلاً حيث تم تسبيب الأول ولم يتم تسبيب الثاني والوسيلة الأخرى التصحيح الحكمي بصدور حكم بصحة الإجراء².

وقد تكون تكملة الإجراء أو تصحيحه متوقفة على عمل يقوم به الخصم، كأن تكون المطالبة باطلة لصدورها عن شخص ناقص الأهلية فيجوز تصحيحها بحضور وليه أو وصيه لتمثيله³ أو تنازل صاحب المصلحة عن التمسك بالبطلان، فتوجه المشرع كان واضحاً بالحد من الحكم بالبطلان وتصحيحه، لذلك ورد النص في الفقرة الثانية من المادة (24) من قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية على أنه "يزول البطلان إذا نزل عنه صراحة أو ضمناً من شرع لمصلحته".

ينحصر دور القاضي هنا- كما يشير النص- بالتحقق من توافر الشروط اللازمة للتصحيح أو مراقبة العمل اللازم للتصحيح ومدى إمكانه، ذلك أن التصحيح قد يكون مطلوباً من خصم في الدعوى، وهذه الشروط هي:

- 1- أن يضاف للعمل ما ينقصه 2- أن يتم التصحيح في الميعاد الذي حدده القانون أو الذي تحدده المحكمة 3- أن يكون التصحيح ممكناً، بأن لا يكون مستحيلًا استحالة مادية، كان تهلك الأشياء محل عمل الخبير بعد بطلان تقريره أو قانونية كإنقضاء الميعاد المحدد لمباشرة الاجراء.

ولكن كان على المشرع أن يضع نصوصاً ترتب جزاءات مالية على الخصم في حالة تخلفه عن القيام بتكليف أمر به القاضي، وليس الاكتفاء بمعيار البطلان بتحقيق الغاية من عدمه، ذلك أن هذا الجزاء في بعض الحالات يكون أكثر جدوى، كما لو أمر القاضي بتكليف المدعي

¹ نصت المادة (1/26) من قانون الاصول "إذا كان الاجراء باطلاً وتوفرت فيه عناصر اجراء آخر فيعتبر صحيحاً باعتبار الاجراء الذي توفرت عناصره".

² أبو الوفاء، مرجع سابق، ص516.

³ تكرر، مرجع سابق، ص534.

بتعديل دعواه وتخلف عن القيام بذلك، صحيح أن بإمكان القاضي أن يرد الدعوى في هذه الحالة، إلا أنه كان من الأفضل التدرج في الجزاء، عله يكون أجدى لتحقيق الغاية وهي تجاوز البطلان أو تصحيحه.

إلا أن هناك حالات لا يجوز فيها التصحيح كما هو الحال في دعوى الشفعة التي يجب أن يختصم فيها البائعون والمشترون والشفعاء جميعاً، وفي ذلك قضت محكمة النقض المصرية "القانون يوجب في دعوى الشفعة وجوب إختصام البائعين والمشتريين والشفعاء جميعاً في كافة مراحل التقاضي بما فيها الطعن بالنقض، وأن بطلان الطعن بالنسبة لبعضهم يترتب عليه عدم قبوله بالنسبة للباقيين"¹.

وعلى القاضي أن يراقب كل إجراء وما إذا كان يتوافر فيه عناصر إجراء آخر توافرت عناصره، أي أن يتحقق من أن العناصر الباقية قد تشكل إجراءً آخر صحيح، وهو ما يسمى تحول الإجراء، وفي ذلك قضت محكمة النقض المصرية "من الجائز أن يتحول الإجراء الباطل إلى إجراء صحيح، إذا كانت العناصر الباقية غير المعيبة يتوافر بموجبها إجراء آخر صحيح"².

¹ طعن رقم 2045 لسنة 64 ق بتاريخ 14/6/1995، قاعدة التشريعات والإجتهادات المصرية.
² طعن رقم 422 لسنة 35 ق بتاريخ 2/12/1969، قاعدة التشريعات والإجتهادات المصرية.

الفصل الأول سلطة القاضي في الطلبات

أسلفنا أن القضاء لا يتولى مهمة الفصل في النزاعات إلا بناء على طلب، فهو لا يعمل بشكل تلقائي، حيث يتوقف توفير الحماية من خلال المطالبة، ووسيلة حماية هذا الحق هي الدعوى التي تستعمل وفق طريقتين، الطلب والدفع.

والطلب هو الإجراء الذي يتقدم به الشخص إلى القضاء طالبا الحكم له بما يدعيه والطلبات تنقسم إلى نوعين طلبات أصلية وطلبات عارضة أو طارئة.

وسنبحث سلطة القاضي في الطلبات من خلال مبحثين طلبات أصلية وطلبات عارضة.

المبحث الأول: سلطة القاضي في الطلبات الأصلية

الطلب الأصلي هو الذي تفتح بموجبه الدعوى، أي تنشأ به خصومة لم تكن موجودة فهو الدعوى، وقد عرفت مجلة الأحكام العدلية الدعوى في المادة (1613) بأنها طلب أحد حقه من آخر في حضور القاضي، ولدى الحديث عن الطلب الأصلي فإن من أهم المسائل المرتبطة به هي مسألة الاختصاص، فعلى القاضي أن يحدد ما إذا كان مختصا بداية بنظر الدعوى.

المطلب الأول: سلطة القاضي في تقدير مدى اختصاصه بنظر الطلب الأصلي

على القاضي بحث مسألة اختصاصه بنظر الطلب الأصلي قبل أي شيء آخر، فإذا وجد أنه غير مختص فإن ذلك يغنيه عن نظر موضوع الدعوى، أو بحث أي أمر آخر فيها ما دام غير مختص من حيث الأصل بنظرها.

وقد نظم قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية اختصاص المحاكم في الفصلين الأول والثاني من الباب الثاني، ويتوزع الاختصاص بين محاكم الدولة الواحدة ما بين الاختصاص الولائي (الوظيفي) والاختصاص القيمي والنوعي والاختصاص المحلي، وهناك الاختصاص الدولي الذي يقوم على ضوابط تحدده.

الفرع الأول: سلطة القاضي في مجال الاختصاص الوظيفي (الولائي)

الاختصاص الوظيفي هو نصيب جهة من جهات القضاء في الفصل في انواع بعينها من النزاعات، وقد حدد قانون تشكيل المحاكم الفلسطينية¹، وقانون أصول المحاكمات المدنية اختصاص المحاكم النظامية (القضاء العادي).

على القاضي أن ينظر في مسألة اختصاصه وظيفياً من تلقاء نفسه لتعلق الإختصاص الوظيفي بالنظام العام، وذلك من خلال تكييفه للوقائع المعروضة عليه، وهو أمر لا يثير أية إشكاليات وذلك لوضوح اختصاصات جهات القضاء الأخرى عن القضاء العادي، فإذا كانت المسألة تتعلق بالأحوال الشخصية فلن يجد القاضي صعوبة في تبين ذلك، وكذلك الأمر في المنازعات ذات الطابع الإداري، إلا أن المسألة قد تدق أحياناً ومثال ذلك أن تكون المطالبة بقيمة مصاغ ذهبي استولى عليه الزوج أو تصرف فيه بعد أن تم قبضه من الزوجة، فعلى القاضي أن يقرر اختصاصه من عدمه ابتداءً، إذ قضت محكمة النقض الفلسطينية بهذا الخصوص "المطالبة بالمصاغ الذي أودعته المدعية لدى المدعى عليها - والدة زوجها - التي رفضت إعادته، هي دعوى استرداد أعيان تدخل في اختصاص المحكمة المدنية لا الشرعية"².

الفرع الثاني: سلطة القاضي في مجال الاختصاص النوعي

الاختصاص النوعي، أي توزيع القضايا بأنواعها المختلفة بين محاكم الجهة القضائية الواحدة طبقاً لطبيعة الدعوى وأهميتها، فيحدد نصيب الطبقة الواحدة في جهة قضائية معينة كاختصاص محاكم الصلح والبداية والاستئناف.

يقتصر دور القاضي في تحديد اختصاصه نوعياً بالدعوى على البحث عن النص القانوني الذي يخوله الاختصاص ببعض أنواع القضايا، فإذا لم يوجد النص عليه أن يقرر عدم اختصاصه وهذا ما ينطبق على محاكم الصلح تحديداً، حيث حدد القانون اختصاصها النوعي على سبيل الحصر، فالقاعدة أن محاكم الصلح لا تختص نوعياً إلا بالدعاوى التي يخولها القانون الفصل فيها، وأن ما لم يرد عليه نص فهو من اختصاص محكمة البداية، باعتبارها صاحبة الولاية العامة، إلا في حالات معينة وفي بعض أنواع القضايا التي أراد المشرع النص

¹ قانون تشكيل المحاكم النظامية رقم 5 لسنة 2001، (الوقائع الفلسطينية: العدد 40. 2001/9/5) ص279.

² نقض مدني رقم 2003/26، 2003/10/30، عبد الله غزلان وآخرون، مجموعة الأحكام القضائية والمبادئ القانونية الصادرة عن محكمة النقض، 2007، ص163.

عليها لما لها من أهمية خاصة بالنظر لنوعها من ذلك دعاوى الإفلاس والصلح الواقعي في المواد (290، 317) من قانون التجارة رقم 12 لسنة 1960.

لقد ورد النص على اختصاص محاكم الصلح النوعي في المادة (39) من قانون الأصول الفلسطيني على سبيل الحصر ومهما بلغت قيمتها، نظراً لطبيعتها أو لكونها أقل أهمية، إلا أن نص المادة (39/هـ) على اختصاص محكمة الصلح بالمنازعات المتعلقة بالانتفاع في العقار لا يستقيم مع الواقع الفلسطيني، ذلك أن جعل هذا النوع من المنازعات من اختصاص محكمة الصلح في الأردن أو مصر له ما يبرره، فالاختصاص النوعي لمحاكم الصلح يقوم على اعتبار أن هذه المنازعات أقل أهمية، إلا أن واقع هذه المنازعات لدينا يختلف، ذلك أن معظم المنازعات المتعلقة بالعقارات في الأراضي الفلسطينية تتعلق بالانتفاع بالعقار، فمعظم الدعاوى المقامة لدى المحاكم هي من هذا النوع - منع معارضته في حق منفعه في عقار - سيما وأن قسماً كبيراً من الأراضي الفلسطينية غير مشمول بأعمال التسوية، كما أن قيمة هذا النوع من المنازعات من الناحية الفعلية يتجاوز الاختصاص القيمي لمحاكم الصلح.

ويبدو الخلط واضحاً بين الدعاوى المتعلقة بوضع اليد (دعاوى الحيابة) أو منع المعارضة من جهة ودعاوى الملكية، حيث جرى العمل على أن يكون موضوع الدعوى اثبات ملكية ومنع معارضة وهذا غير صحيح، فدعوى الملكية تتناول الحق ذاته بينما تتناول دعوى منع المعارضة (منع التعرض) الحيابة في ذاتها، فلا يعني الحكم بالحيابة الفصل في أصل الحق وإنما رغم الحكم بالحيابة فإن للمالك الحقيقي أن يقيم دعوى بالملكية، كما أن وسائل اثبات كل منها تختلف عن الأخرى، لذلك ورد النص في المادة (44) من قانون المرافعات المصري على أنه "لا يجوز أن يجمع المدعي في دعوى الحيابة بينها وبين المطالبة بالحق وإلا سقط ادعاؤه بالحيابة، كذلك لا يجوز الحكم في دعوى الحيابة بثبوت الحق أو نفيه".

الفرع الثالث: سلطة القاضي في مجال الاختصاص القيمي

يعتبر الإختصاص القيمي الأصل في توزيع الإختصاص بين محاكم الدرجة الأولى حيث يتخذ المشرع من قيمة الدعوى ضابطاً لتوزيع الاختصاص بين تلك المحاكم لما لذلك من أهمية في تحديد المحكمة المختصة، وتحديد وصف الحكم إن كان ابتدائياً قابلاً للطعن أو نهائياً غير

قابل للطعن¹، والاختصاص القيمي يعني توزيع الاختصاص بأنواع القضايا المختلفة بين محاكم الجهة القضائية الواحدة، تبعاً لقيمة الدعوى.

لقد ورد النص على الاختصاص القيمي في المادة (39) من قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية، المعدلة بموجب القرار بقانون رقم 5 لسنة 2005، حيث عدلت المادة بالنص التالي: "تختص محاكم الصلح بالنظر في الدعاوى التي لا تتجاوز قيمتها (10000) دينار أردني أو ما يعادلها بالعملة المتداولة قانوناً، ويكون حكمها قطعياً في الدعاوى المتعلقة بمبلغ نقدي، أو مال منقول إذا كانت قيمة المدعى به لا تتجاوز الف دينار أردني أو ما يعادلها بالعملة المتداولة قانوناً".

من أولى مهام القاضي عند طرح النزاع عليه أن ينظر في مسألة اختصاصه، وفيما إذا كان مختصاً بنظر الدعوى من حيث قيمتها، فعليه التحقق من أن تقدير الخصوم لقيمة الدعوى متفق والقواعد التي أرساها المشرع بهذا الصدد، من خلال فحص الدعوى ووقائعها².

ويستعين القاضي في تقدير اختصاصه القيمي بعدد من القواعد التي رسمها قانون الأصول إذ تقدر قيمة الدعوى بالنظر إلى قيمة المطالبة القضائية، فالمطالبة القضائية هي التي تحدد نطاق الدعوى التي تنظرها المحكمة، وهذه القواعد هي:

1- تقدر قيمة الدعوى باعتبارها يوم إقامتها³، فالعبرة بما يطلبه الخصوم لا بما تحكم به المحكمة، ولا يتأثر اختصاص المحكمة بأي تغيير في قيمة الطلب بعد رفع الدعوى ومع ذلك فإن للقاضي أن يرد الأمر إلى نصابه ويفصل في مسألة إختصاصه حسب القيمة الحقيقية لموضوع الدعوى، إذا تبين له تحايل المدعي على قواعد الإختصاص بأن بالغ في تقدير قيمة دعواه لكي يعقد الاختصاص لمحكمة معينة أو ليكون الحكم قابلاً للاستئناف.

2- العبرة في تقدير قيمة الدعوى بالطلبات الأخيرة للخصوم، ذلك أن للمدعي الحق في تعديل طلباته حسب الأصول حتى إقفال باب المرافعة، وعلى القاضي القيام بتقدير قيمة

¹ عوض أحمد الزعبي، أصول المحاكمات المدنية "دراسة مقارنة"، ج1، دار وائل، عمان، 2002، ص238.

² الزعبي، المرجع السابق، ص243.

³ نصت المادة 31 من قانون الأصول على أنه "تقدر قيمة الدعوى باعتبارها يوم إقامتها، ويكون التقدير على أساس آخر طلبات الخصوم".

الدعوى بناء على هذا التعديل لمعرفة ما إذا بقي مختصاً أم لا فيحيلها إلى المحكمة المختصة¹، وهنا أيضاً للقاضي أن يرد الأمر إلى نصابه إذا تبين له سوء النية من التعديل.

3- العبرة بالقيمة الحقيقية للدعوى، فالعبرة في تقدير قيمة الدعوى بما تضمنه قانون الأصول من حيث الأصل ولا يعتد بقانون الرسوم أو قانون الإثبات²، فالاختصاص القيمي من النظام العام، وهذه قاعدة أمر لا يجوز للأطراف الاتفاق على خلافها، وكان الحكم وفق نص المادة (33) من قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية إذا ارتاب القاضي في صحة التقدير أن تقدر في هذه الحالة من رئيس المحكمة وله الاستعانة بخبير³، ويؤخذ على نص المادة المذكورة أنه حجب عن القاضي الذي ينظر الدعوى إمكانية تقدير قيمتها وحصر الأمر برئيس المحكمة، وكان المتبع عملياً أن على القاضي الذي ينظر الدعوى إذا ارتاب في صحة تقدير قيمتها أن يرفع الأمر لرئيس محكمة البداية وهو إجراء غير سليم، إذ يفترض أن يترك للقاضي الذي ينظر الدعوى إمكانية تقديرها وله الاستعانة بالخبراء، إلى أن صدر قانون رسوم المحاكم النظامية رقم 1 لسنة 2003 حيث نصت المادة السادسة منه على أنه "تذكر قيمة الدعوى أو الاستئناف نقداً حيث أمكن ذلك فإذا لم تذكر القيمة بالنقد وكان في الإمكان تقديرها أو إذا ارتابت المحكمة أو أحد قضاتها في أي دور من أدوار المحاكمة في صحة قيمة الدعوى أو قيمة الاستئناف التي ذكرها المدعي أو المستأنف فتقدر القيمة عندئذ من قبل المحكمة أو أحد قضاتها ويدفع المدعي أو المستأنف الفرق بين الرسم الذي كان قد دفعه للرسم المستحق على أساس القيمة المقدرة بهذه الصورة".

يتضح من النص المذكور أن بإمكان القاضي الذي ينظر الدعوى أن يقدر قيمتها، إلا أن محكمة النقض الفلسطينية ترى أنه يجب على القاضي إذا ارتاب في صحة تقدير قيمة الدعوى أن يقوم بتقدير قيمتها والاستعانة في ذلك بخبير، وفي ذلك تقول "تجد أن قاضي الصلح حينما قرر بتاريخ 2009/2/26 بأن الدعوى تزيد في قيمتها عن الحد

¹ ابو الوفاء، المرافعات المدنية والتجارية، مرجع سابق، ص365.

² ابو الوفاء، المرجع السابق، ص363.

³ تنص المادة 33 من قانون الأصول "إذا لم تحدد القيمة بالنقد وكان بالإمكان تقديرها، أو ارتابت المحكمة في صحة القيمة فتقدر من قبل رئيس المحكمة وله الاستعانة بالخبراء".

الصلحي وأحالتها بناء على ذلك لتتنظر فيها محكمة البداية قد خالف المادة (33) من قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية، وكان عليه وقد ارتاب في صحة تقدير قيمة الدعوى أن يقوم بتقدير قيمتها والاستعانة في ذلك بخبير أو أكثر ويصار بعد ذلك إلى تحديد المحكمة المختصة على ضوء التقدير المستند إلى رأي الخبير"¹.

في تقديري أن ما توصلت إليه محكمة النقض لا يستقيم ونص المادة (6) من قانون الرسوم، إذ لم يرد في هذا النص ما يلزم القاضي بالاستعانة بالخبراء لتقدير قيمة الدعوى سيما وأن قانون الرسوم لاحق لقانون الأصول، كما وأن نص المادة (33) من قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية لم يلزم القاضي بالاستعانة بالخبراء إذ جاء فيه "وله الاستعانة بالخبراء" هذا من جهة ومن جهة أخرى فإن القاضي من حيث الأصل ليس ملزماً بالنتيجة التي يتوصل إليها الخبير، وأنه يمكن للقاضي أن لا يأخذ بالنتيجة التي توصل إليها الخبير"².

ولكن يؤخذ على المادة (6) من قانون الرسوم أنه ورد في قانون الرسوم وكان يجب أن يرد في قانون الأصول، ذلك أنه وكما أسلفنا أن الأصل في تقدير قيمة الدعوى هي للقواعد الواردة في قانون الأصول الذي تضمن قواعد يعمل بها عند تقدير قيمة الدعوى لمعرفة المحكمة المختصة بنظرها ولمعرفة قابلية الحكم الصادر فيها للاستئناف، بينما يعتبر ما ورد في قانون الرسوم من قواعد للتقدير يفترض أنها لتمكين قلم المحكمة من تحديد الرسوم الواجب تحصيلها لا أن يتضمن نصوصاً تتعلق بتقدير قيمة الدعوى حيث تختلف في كثير من الأحيان الأسس التي بنيت عليها قواعد التقدير في قانون المرافعات عن تلك الواردة في قانون الرسوم، وكان من المنطقي أن تجمع القواعد المتعلقة بتقدير قيمة الدعوى في قانون واحد، إذ لا يتصور أن تكون للدعوى قيمتان أحدها يعتد به عند تحديد الاختصاص والأخرى عند تقدير الرسوم.

4- لا يعتد باتفاق الخصوم على تقدير دعواهم تقديراً مخالفاً للأسس التي نص عليها القانون سواء بالنسبة للاختصاص القيمي أو بالنسبة لنصاب الاستئناف لأن هذا وذاك من النظام العام، إذ يملك القاضي من تلقاء نفسه تقدير قيمة الدعوى تقديراً مخالفاً لما

¹ نقض مدني رقم 2009/11 بتاريخ 2009/4/14 منظومة القضاء والتشريع في فلسطين (المقتفي)، مرجع سابق.
² وقد جاء في نص المادة (185) من قانون البيئات رقم 4 لسنة 2001 "رأي الخبير لا يقيد المحكمة ولكنها تستأنس به...".

- إرتآه الخصوم، إذا كانوا قد خالفوا الأسس التي قررها القانون كما يجوز لمحكمة الاستئناف عدم قبول الاستئناف في أية حالة كانت عليها إجراءات الاستئناف¹.
- 5- يضاف إلى الطلب الأصلي ملحقاته وتوابعه المستحقة عند رفع الدعوى².
- 6- العبرة بقيمة الحق كله عند النزاع فيه، أما إذا تعلقت بجزء من الحق قدرت قيمتها بقيمة هذا الجزء³.
- 7- إذا تعددت الطلبات الأصلية فالعبرة بوحدة السبب أو تعدده⁴.
- 8- إذا تعدد الخصوم فالعبرة في تقدير قيمة الدعوى باعتبار قيمة المدعى به دون التفات لنصيب كل منهم⁵.

وهناك قواعد أخرى نظمها قانون الأصول كالدعوى المتعلقة بصحة العقد أو بطلانه أو فسخه والدعوى العقارية ودعوى المنقول⁶، فإذا كان العقار غير مربوط بضريبة قدر القاضي قيمته وله الاستعانة بالخبراء، إلا أنه لا يجوز أن يناط بهم تقدير قيمة الدعوى في مطلق الأحوال وأن تقدير الخبراء لقيمة الدعوى يخضع للسلطة التقديرية للقاضي الذي له أن يأخذ بتقدير الخبراء أو لا يأخذ به وله أيضاً أن يعتد بالمستندات التي يقدمها الخصوم، وكذلك الحال بالنسبة للمنقول إذ يملك القاضي أن يقدر قيمته بالاستعانة بالخبراء أو بحسب ما يقدم له من مستندات من قبل الخصوم⁷.

وعلى ارتباط بهذا الموضوع الدعوى غير القابلة للتقدير، وهي تلك التي يتعذر تقديرها وفقاً للقواعد المقررة قانوناً للتقدير في قانون الأصول، فهي ليست فقط الدعوى التي تتنافى بطبيعتها

¹ بينما يتجه جانب من الفقه في فرنسا إلى أنه ليس للقاضي أن يحكم بتعديل قيمة الدعوى سواء من تلقاء نفسه أو في حالة حصول نزاع بين الخصوم حول قيمتها، ويذهب إتجاه آخر إلى أن اتفاق الخصوم على تقدير قيمة الدعوى يقيد القاضي ولو كان مخالفاً للأسس التي وضعها المشرع للمزيد أبو الوفاء، المرافعات المدنية والتجارية، مرجع سابق، ص377.

² تنص المادة 32 من قانون الأصول على "يدخل في تقدير قيمة الدعوى ما يكون مستحقاً يوم إقامتها من التضمينات والريع والمصروفات وغير ذلك من الملحقات غير المقدرة القيمة".

³ المادة 35 من قانون الأصول "إذا كانت الدعوى متعلقة بجزء من الحق قدرت قيمتها بقيمة هذا الجزء ما لم يكن الحق كله متنازع فيه".

⁴ المادة 1/37 من قانون الأصول "إذا تضمنت الدعوى طلبات ناشئة عن سبب قانوني واحد كان التقدير باعتبار قيمتها جملة فإذا كانت ناشئة عن أسباب قانونية مختلفة كان التقدير باعتبار قيمة كل منها على حدة".

⁵ المادة 2/37 من قانون الأصول "إذا كانت الدعوى مقامة من واحد أو أكثر على واحد أو أكثر بمقتضى سبب قانوني واحد كان التقدير باعتبار قيمة المدعى به دون التفات إلى نصيب كل منهم".

⁶ انظر المواد 34-35 من قانون الأصول.

⁷ أبو الوفاء، المرافعات المدنية والتجارية، مرجع سابق، ص384-386.

مع امكان تقديرها بالنقود بل أيضا تلك التي وإن قبلت بطبيعتها للتقدير إلا أن القانون لم يضع قاعدة معينة لتقديرها¹، كدعوى إجراء المحاسبة.

وقد ورد النص على هذا النوع من الدعاوى في المادة (38) من قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية التي نصت على أنه "إذا كانت قيمة الدعوى غير قابلة للتقدير وفقاً للقواعد المتقدمة اعتبرت قيمتها زائدة على عشرون ألف دينار أردني أو ما يعادلها بالعمل المتداولة قانوناً"²، وقد غفل المشرع تعديل هذا النص من حيث اختصاص محكمة الصلح بعد أن عدل الاختصاص القيمي لمحاكم الصلح لعشرة آلاف دينار.

من خلال النص المذكور أعلاه فإن المشرع أراد عقد الاختصاص بهذا النوع من الدعاوى لمحكمة البداية، بأن اعتبر قيمتها تزيد عن الحد الأعلى لاختصاص محاكم الصلح، كما أن المشرع لم يضع قواعد معينة لتقديرها، ويفهم من ذلك أن الأمر متروك للمحكمة أو أحد قضاتها في تقدير قيمتها.

والعبرة في هذا النوع من الدعاوى بتقدير قيمتها وليس بجهالتها، كطلب ما يستجد من أجرة العقار فهذا طلب مجهول القيمة وقت رفع الدعوى، فالعبرة بالقيمة الحقيقية للدعوى، وفي ذلك تقول محكمة النقض الفلسطينية "أن دعوى إجراء المحاسبة هي دعوى غير مقدرة القيمة وإن كان المدعي قدرها لغايات الرسوم بخمسة آلاف دينار أردني ويعقد الاختصاص بنظرها لمحكمة البداية، ولو أن المدعي قدرها بغير قيمتها الحقيقية"³.

ولكن قد يختلط الأمر في هذا النوع من الدعاوى أحياناً من حيث تطبيق المعيار القيمي أو النوعي وفي ذلك تقول محكمة النقض الفلسطينية "إن دعوى إبطال وكالة دورية قيمتها خمسة آلاف دينار أردني، يتحدد على أساس المعيار القيمي للدعوى وليس على أساس المعيار النوعي الوارد في المادة (39) من قانون الأصول"⁴.

إلا أنني أرى أن دعوى إلغاء أو إبطال أو نفاذ وكالة دورية لا تخضع في تقدير قيمتها للمعيار القيمي، فهي ليست دعوى عينية عقارية، ذلك أن الحق العيني سلطة مباشرة من شخص

¹ الزعبي، مرجع سابق، ص291.

² هذه القاعدة لم تكن موجودة في قانون أصول المحاكمات الحوقية الملغى.

³ نقض مدني 2007/8 بتاريخ 2007/4/28 عبد الله غزلان وآخرون، مجموعة الأحكام 2008، ص263-264.

⁴ نقض مدني رقم 2004/73 بتاريخ 2005/6/30، عبد الله غزلان، مجموعة الأحكام، ج1، ط1، 2007، ص159.

على مال تخوله التصرف والاستعمال والاستغلال، أما الحق الشخصي فهو علاقة بين شخصين أحدهما دائن والآخر مدين يلتزم بموجبها المدين إما بنقل حق عيني أو القيام بعمل أو الامتناع عن القيام بعمل.

ويتطبيق ذلك على الوكالة الدورية من خلال العلاقة بين الموكل والوكيل الدوري، نجد أنها لا ترتب في ذاتها حقاً عينياً على عقار، فالأمر المتعاقد عليه هنا التزام الوكيل الدوري بالقيام بعمل مادي وهو التنازل للمشتري نيابة عن الموكل عن العقار لدى الدائرة المختصة، فوجه الالتزام هنا هو تنفيذ التزام شخصي وهو القيام بعمل، وهذا العمل غير قابل لتقدير قيمته، كما أن الوكالة الدورية ما هي إلا إجراء تمهيدي لنقل الملكية وليست عقداً ناقلاً للملكية.

الفرع الرابع: سلطة القاضي في مجال الاختصاص المكاني (المحلي)

يقصد بالاختصاص المحلي، توزيع الاختصاص بالقضايا توزيعاً جغرافياً بين المحاكم المختلفة من حيث الموقع أو المكان.

إن دور القاضي في تقدير اختصاصه بشكل عام سواء أكان اختصاصاً قيمياً أو نوعياً أو محلياً يتوقف على مسألتين؛ الأولى هي مدى تعلق هذا الاختصاص بالنظام العام، وهنا للقاضي التعرض له من تلقاء نفسه ودون التمسك به من قبل الخصوم، وثانياً التحقق من الشروط الواجب توافرها لانعقاد الاختصاص من عدمه.

والاختصاص المحلي أو المكاني، ليس من النظام العام بدليل نص المادة (43) من قانون الأصول حيث أجاز للأطراف الاتفاق على عقد الاختصاص لمحكمة غير مختصة محلياً، حيث جاء فيها "يجوز للأطراف الاتفاق على اختصاص محكمة معينة على خلاف القواعد المنصوص عليها في المادة (42) من هذا القانون وفي هذه الحالة يكون الاختصاص لهذه المحكمة"¹.

وقد قضت محكمة النقض الفلسطينية أن "الاختصاص المحلي لا يتعلق بالنظام العام ويجب التمسك به وإثارته في مرحلة معينة وفق إجراءات ترتيب الخصومة"².

¹ نصت المادة 1/42 على "يكون الاختصاص للمحكمة التي يقع في دائرتها موطن المدعى عليه، أو محل عمله، أو المكان الذي نشأ فيه الالتزام.

² نقض رقم 2007/23، بتاريخ 2007/12/9 عبد الله غزلان وآخرون، مجموعة الأحكام 2008، ص 271. = نصت المادة 1/91 من قانون الأصول الدفع بعدم الاختصاص المحلي والدفع بإحالة الدعوى إلى محكمة أخرى لقيام ذات النزاع أمامها أو للإرتباط، والدفع بالبطالان، وسائر الدفوع المتعلقة بالإجراءات يجب ابدؤها معاً وقيل أي طلب أو دفاع في الدعوى أو دفع بعدم القبول وإلا سقط الحق فيما لم يبد منها.

إلا أن المشرع بعد أن حدد في المادة (42) حالات الاختصاص المحلي من حيث الأصل بثلاث حالات وهي موطن المدعى عليه أو محل عمله أو المكان الذي نشأ فيه الالتزام أورد استثناءات على هذه القاعدة في المواد (43-50) وهي حالة اتفاق الأطراف على اختصاص محكمة معينة، وإذا تعلق الدعوى بحق عيني على عقار، والدعاوى المتعلقة بالأشخاص الاعتبارية، دعاوى إفلاس التاجر أو الشركة، والدعاوى الناشئة عن الفعل الضار، والدعاوى المتضمنة طلباً وقتياً أو مستعجلاً.

وفي سياق تلك الاستثناءات هناك من يرى أن الاختصاص المحلي إذا تعلق بعقار فهو من النظام العام وهو أمر حسمته محكمة النقض الفلسطينية بالقول "إن الاختصاص المكاني وإن تعلق بعقار لا يعد من النظام العام وفق نصوص قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية ولا تملك المحكمة إثارته من تلقاء ذاتها، على المدعى عليهما التمسك بالدفع بعدم الاختصاص المكاني في أول فرصة أتاحت لهما"¹، كما أنه لا يجوز الاتفاق مسبقاً على مخالفة قواعد الاختصاص المتعلقة بالنظام العام، إذ نصت المادة (2/43) "إذا نص القانون على اختصاص محكمة خلاف المشار إليه في المادة (42) من هذا القانون فلا يجوز الاتفاق مقدماً على ما يخالف هذا الاختصاص".

الفرع الخامس: سلطة القاضي في الإحالة لعدم الاختصاص

تعني الإحالة نقل الدعوى من المحكمة المرفوعة إليها ابتداءً إلى محكمة أخرى²، ولكن أجد أن هذا التعريف يقتصر على الإحالة للارتباط فقط أما في حالة الإحالة لقيام ذات النزاع فإن على المحكمة التي رفعت أمامها الدعوى الأخيرة هي التي تقوم بالإحالة إلى المحكمة المرفوعة أمامها الدعوى الأولى، لذلك يمكن تعريف الإحالة على أنها نقل الدعوى من المحكمة المنظورة أمامها الدعوى إلى محكمة أخرى.

¹ نقض مدني 2005/287، بتاريخ 2007/6/6 عبد الله غزلان، مجموعة الأحكام القضائية والمبادئ القانونية، 2008، ص 37.
² تكروري، مرجع سابق، ص 427.

فإذا وجد القاضي نفسه غير مختص بنظر الدعوى، فهل يردها لعدم الاختصاص كما كان عليه الحال في ظل قانون أصول المحاكمات الملغى¹؟ أم يحيلها إلى المحكمة المختصة لاختصار الوقت والإجراءات؟

نصت المادة (60) من قانون الأصول الفلسطيني على أنه "إذا قضت المحكمة بعدم اختصاصها، فعليها أن تأمر بإحالة الدعوى إلى المحكمة المختصة، وتلتزم المحكمة المحال إليها بنظرها"، ونصت المادة (93) من ذات القانون أن "على المحكمة إذا قضت بعدم اختصاصها أن تأمر بإحالة الدعوى بحالتها إلى المحكمة المختصة، وتلتزم المحكمة المحال إليها بنظرها".

وهو تكرر لا مبرر له، فإذا كانت المادة (93) في موضعها، إذ جاءت في سياق النص على الدفوع ومنها الدفوع المتعلقة بالنظام العام، فإن المادة (60) تعتبر من قبيل التزيد غير المبرر، كما وأن حكم المادتين جاء بالنص على إحدى حالات الإحالة وهي الإحالة بعد الحكم بعدم الاختصاص.

إن النهج الذي سار عليه القانون الفلسطيني يتفق ونهج المشرع المصري بخصوص الإحالة فالإحالة واجبة على القاضي يقضي بها من تلقاء نفسه سواء قضى بعدم اختصاصه محلياً أو قيمياً أو نوعياً، باستثناء الاختصاص الولائي أو الوظيفي فالقانون لدينا لم ينص على جواز الإحالة من جهة قضائية لجهة قضائية أخرى، على خلاف ما هو الحال عليه في القانون المصري من هذه الناحية، فالإحالة واجبة حتى في حال عدم الاختصاص الولائي وذلك لوحدة النظام القضائي المصري².

واستناداً للنصوص المشار إليها فإن الدعوى تحال بحالتها، أي بما اشتملت عليه من أوراق وبما تم فيها من إجراءات أو أحكام فرعية، كما وأن المحكمة المحال إليها تلتزم بنظرها، أيأ كان النص الذي يقرر الإحالة وأياً كان نوع الإحالة، ولا يجوز للمحكمة المحال إليها أن تقضي

¹ نصت المادة 16 من قانون أصول المحاكمات الحوقية الملغى على أنه "يجوز للمدعى عليه في أية دعوى وفي أي وقت من الأوقات بعد تبليغه مذكرة الحضور أن يقدم طلباً خطياً لرد القضية المرفوعة عليه بناء على أحد الأسباب التالية: 1- كون القضية مقضية.

2- عدم الإختصاص 3- مرور الزمن أو بالإستناد الى أي سبب آخر قد يترأى للمحكمة أنه يستوجب رد الدعوى قبل الدخول في الأساس...".

² نصت المادة 110 من قانون المرافعات المصري "على المحكمة إذا قضت بعدم إختصاصها أن تأمر بإحالة الدعوى بحالتها الى المحكمة المختصة، ولو كان عدم الإختصاص متعلقاً بالولاية، ويجوز لها أن تحكم بالغرامة، وتلتزم المحكمة المحال إليها الدعوى بنظرها".

بالإحالة مرة أخرى، سواء أكانت المحكمة المحال إليها من نفس درجة المحكمة المحيلة، أو كانت الإحالة من محكمة الصلح إلى البداية أو العكس، فهي ملزمة بنظرها بصرف النظر عن صحة أو خطأ القاعدة القانونية التي تمت بموجبها الإحالة حتى لو تبين للمحكمة المحال إليها الدعوى خطأ تلك القاعدة¹.

إلا أن المحكمة المحال إليها لا تلتزم بالإحالة إلا في حدود الأسباب التي بني عليها حكم عدم الاختصاص والإحالة²، أي أنها إذا رأت على الرغم من الإحالة أنها غير مختصة بنظر الدعوى لسبب آخر، وجب عليها أن تحكم بعدم اختصاصها وإحالة الدعوى من جديد إلى المحكمة المختصة، كأن تحيل محكمة صلح الدعوى لعدم الاختصاص المحلي إلى محكمة صلح أخرى فتجد المحكمة المحال إليها أنها غير مختصة نوعياً أو قيمياً، فلها أن تحيلها إلى محكمة البداية لتعلق هذا الاختصاص بالنظام العام، وهو ما يجب على القاضي التصدي له من تلقاء نفسه وإن تضمن نص المادة (93) من قانون الأصول إلزام المحكمة بنظر الدعوى المحالة، فإن هذا الإلزام لا يطال ما يتعلق من الاختصاص بالنظام العام، كأن تكون الإحالة من محكمة البداية إلى محكمة الصلح بعد أن وجدت أن الدعوى تدخل ضمن الاختصاص النوعي لمحكمة الصلح فإذا وجدت محكمة الصلح أنها غير مختصة قيمياً عليها أن تحكم بعدم اختصاصها، وهنا يكون للأطراف أو من له مصلحة منهم أن يطلب من محكمة النقض تعيين المحكمة المختصة (تعيين مرجع) سناً لأحكام المادة (51) من قانون الأصول، وكذلك في حالة فسخ محكمة الاستئناف الحكم المستأنف الفاصل في موضوع الدعوى وإعادة الأوراق لمحكمة الدرجة الأولى خلافاً للمادة (220) من قانون الأصول، لمحكمة الدرجة الأولى في هذه الحالة الحكم بعدم اختصاصها لأنها استنفدت ولايتها في الموضوع بالفصل فيه، ففي هذه الحالة أيضاً يلزم الطلب من محكمة النقض تعيين المرجع.

وإذا كان الأمر لا يثير أية إشكالات لدينا في ظل وحدة الإجراءات بين محاكم البداية والصلح كون الإجراءات التي ينظمها قانون الأصول هي ذاتها في كلا درجتي التقاضي، وكذلك الحال في قانون المرافعات المصري، إلا أن الأمر ليس كذلك في ظل النظام القانوني الأردني

¹ نقض مدني رقم 2007/23 بتاريخ 2007/12/9 عبد الله غزلان وآخرون، مجموعة الأحكام، مرجع سابق، ص271. نقض مدني رقم 2009/11 بتاريخ 2009/4/14 منظومة القضاء والتشريع (المقتفي)، مرجع سابق.
² تكرر، مرجع سابق، ص430.

إذ أن الإجراءات الناظمة لعمل محاكم الصلح ينظمها قانون محاكم الصلح رقم 15 لسنة 1952، بينما ينظم قانون أصول المحاكمات المدنية الإجراءات لدى محاكم البداية والإجراءات مختلفة بين المحكمتين، إذ أن الإجراءات أمام محاكم البداية تخضع لتبادل اللوائح بين المدعي والمدعى عليه قبل الحضور أمام القاضي، وتقديم لائحة الدعوى مرفقا بها قائمة بالبيانات الخطية والشخصية وحافظة المستندات، بينما يختلف الأمر لدى محاكم الصلح التي يحكم الإجراءات لديها قانون محاكم الصلح الذي لم يتطلب تبادل اللوائح، حيث يتم قيد الدعوى مباشرة لدى قاضي الصلح الذي يفتح الجلسة ويأمر بتبليغ لائحة الدعوى للمدعى عليه ويتم أثناء الجلسات إبراز البيانات وتسمية الشهود، وكذلك فإن الرسوم الواجب استيفاؤها على الدعاوى البدائية تختلف عن الدعاوى الصلحية، مما ينتج عنه إمكانية تحايل المدعي بإقامة الدعوى لدى محكمة الصلح وهي من اختصاص البداية للتهرب من تبادل اللوائح أو الرسوم أو العكس، ذلك أن المحكمة غير المختصة ملزمة بالإحالة في ظل التعديل على قانون أصول المحاكمات المدنية لعام 2001 إذ نصت المادة (112) على أنه "إذا قضت المحكمة بعدم اختصاصها وجب عليها إحالة الدعوى إلى المحكمة المختصة".

كما أن القانون الأردني يخلو من نص مماثل للمواد (60، 93) بإلزام المحكمة المحال إليها بنظر الدعوى، فالمادة (112) من قانون الأصول الأردني أوجبت الإحالة إلا أنها لم تلزم المحكمة المحال إليها بنظر الدعوى كما هو الحال في القانون المصري والفلسطيني، مما يثير مسألة التنازع السلبي للاختصاص بين محكمتين¹.

في تقديري أن هذه الفقرة المتمثلة بإلزام المحكمة المحال إليها بنظر الدعوى، إنما قصد بها في حالة الإحالة لعدم الاختصاص المحلي دون الاختصاص النوعي أو القيمي، ذلك أن القول بخلاف ذلك فيه مخالفة لقواعد الاختصاص المتعلقة بالنظام العام، فكيف يمكن أن تلتزم محكمة بنظر دعوى ليست من اختصاصها القيمي أو النوعي، ففي ذلك بطلان للإجراءات وبطلان للحكم الذي قد يصدر عنها، ولذلك جعل المشرع القرار الصادر بالإحالة خاضع للطعن المباشر سندا لأحكام المادة (4/192) من قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية².

¹ عادل اللوزي، سلطة القاضي الأردني في الحكم بالإحالة لعدم الاختصاص، بحث منشور، تاريخ النشر 2007/2/19. Web2.aabu.edu.jo/nara/manar/suportfile/1389.doc.

² نصت المادة (4/192) من قانون أصول المحاكمات المدنية رقم 2 لسنة 2001 على أنه "لا يجوز الطعن في القرارات التمهيدية التي

وغني عن البيان أن الإحالة جائزة بين المحاكم في درجة التقاضي الواحدة، كالإحالة بين محاكم الصلح أو الإحالة بين محكمة الصلح ومحكمة البداية أو العكس، إلا أن الإحالة غير جائزة بين محاكم الدرجة الأولى ومحاكم الدرجة الثانية، كالإحالة من محكمة الصلح إلى محكمة الاستئناف أو إلى محكمة البداية بصفتها الاستئنافية أو العكس، كما يجوز وقف السير في الدعوى وإحالتها إلى التحكيم بدليل ما جاء في نص المادة (2/7) من قانون التحكيم¹ التي تنص على أنه "لا يحول رفع الدعوى المشار إليها في الفقرة السابقة دون البدء في إجراءات التحكيم والاستمرار فيه أو إصدار قرار التحكيم".

وفي تقديري أن قرار المحكمة هنا ليس إحالة بالمعنى القانوني، فالوقف والإحالة يتم بناء على إتفاق الأطراف على إحالة النزاع للتحكيم وقرار المحكمة إنما هو مجرد إقرار لاتفاقهم، أي بمثابة صك تحكيم يغل يد المحكمة عن نظر الدعوى مجدداً، وعلى من يريد التمسك بقرار التحكيم بعد صدوره أو فسخه أن يتقدم بدعوى مستقلة لتصديق قرار التحكيم أو فسخه، وليس بطلب متفرع عن الدعوى لاختلاف موضوع الدعوى عن موضوع الطلب.

كما أن الإحالة جائزة إلى محكمة التسوية في القضايا المتعلقة بعقار يقع ضمن حوض أعلنت فيه التسوية، إذ نصت المادة (5/13) من قانون تسوية الأراضي والمياه² على أن "كل قضية أرض أو ماء مقامة في أية محكمة نظامية عند بدء التسوية وكل من القضايا المذكورة تقام أثناء التسوية في أية منطقة تسوية معينة يجب أن تحال على محكمة التسوية، وعلى محكمة التسوية أن تنتظر في هذه القضايا إذا تقدم أحد الفرقاء بالاعتراض على جدول الحقوق ضمن المدة القانونية".

وهناك حالات أخرى للإحالة كالإحالة لقيام ذات النزاع أمام محكمتين³، ومثال ذلك إذا تعدد موطن المدعى عليهم وأقام المدعي دعواه على كل منهم في موطنه، ويشترط لقبول الدفع بالإحالة هنا اتحاد السبب والموضوع، وأن تكون كلا الدعويين قائمة، وأن تتبع كلتا المحكمتين

تصدر أثناء سير الدعوى ولا تنتهي بتا الخصومة إلا مع الحكم الفاصل في موضوع الدعوى كلها عدا: 4. الأحكام الصادرة بعدم الاختصاص والإحالة إلى المحكمة المختصة، وفي هذه الحالة يجب على المحكمة المحالة إليها الدعوى أن توقفها حتى يفصل في الطعن.

¹ قانون التحكيم رقم (3) لسنة 2000 (الوقائع الفلسطينية: العدد 33. بتاريخ 2000/6).

² قانون تسوية الأراضي والمياه رقم 40 لسنة 1952 (الجريدة الرسمية الأردنية: عدد 1113 بتاريخ 1952/6/16، ص279).

³ نصت المادة 1/91 من قانون الأصول "الدفع بعدم الإختصاص المحلي، والدفع بإحالة الدعوى الى محكمة أخرى لقيام ذات النزاع أمامها أو للإرتباط...".

جهة القضاء العادي، وأن تكون كلتا المحكمتين مختصة، وأن يتم إيداء الدفع قبل أي دفع آخر أمام المحكمة التي رفعت إليها الدعوى المتأخرة، فإذا توافرت شروط الإحالة المذكورة تعين على القاضي أن يقضي بالإحالة دون أية سلطة تقديرية¹.

أما الإحالة للارتباط، تكون في حالة قيام صلة وثيقة بين دعويين تجعل من المناسب ومن حسن سير العدالة جمعهما أمام محكمة واحدة، ويشترط للحكم بالإحالة هنا أن تكون المحكمة المطلوب الإحالة إليها مختصة بنظر الدعوى المنظورة أمامها والدعوى المطلوب إحالتها، وأن تكون كلتا المحكمتين تابعة لجهة القضاء العادي ومن درجة واحدة، وأن تكون الدعوى ما زالت قائمة أمام المحكمة المطلوب الإحالة إليها.

وتقدير الارتباط مسألة موضوعية تتعلق بظروف كل دعوى، وللقاضي السلطة التقديرية في استنباطه دون رقابة من محكمة النقض متى بنى ذلك على أسباب سائغة.

إلا أنه وعلى خلاف الحالة السابقة - الإحالة لقيام ذات النزاع - للقاضي أن يرفض الإحالة ولو تحققت شروطها، إذا وجد أن هناك اعتبارات أخرى تعلق على الارتباط، كما لو كانت الدعوى المرفوعة أمامها مهياًة للحكم في موضوعها²، علماً بأن الدفع بالإحالة للارتباط يمكن أن يبدى أمام أي من المحكمتين.

الحالة الأخيرة من حالات الإحالة هي الإحالة من محكمة الصلح إلى محكمة البداية سندا للمادة (40) من قانون الأصول، فإذا عرض على قاضي الصلح طلب عارض أو مرتبط بالطلب الأصلي المنظور أمامه، كأن يكون الطلب الأصلي المطالبة بالتخلية والطلب العارض المطالبة بدفع المستحق من الأجرة بما تزيد قيمته على عشرة آلاف دينار، وهذا الطلب لا يدخل في اختصاصه القيمي، فله أن يحيل الطلب الأصلي والعارض لمحكمة البداية، وله أن يحكم في الطلب الأصلي وحده ويحيل الطلب العارض إذا لم يترتب على ذلك ضرر بسير العدالة والقاضي هو الذي يقدر مدى الارتباط بين الطلبين، وهو الذي يقدر إذا ما كان يترتب ضرر بسير العدالة نتيجة الفصل بين الطلبين.

¹ تكرر، الكافي في شرح قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية، مرجع سابق، ص434.
² تكرر، المرجع السابق، ص436.

الفرع السادس: سلطة القاضي في مجال الاختصاص الدولي

الاختصاص القضائي الدولي هو الاختصاص الذي ينعقد لمحاكم دولة ما في المنازعات الدولية الخاصة أي التي يعترتها عنصر أجنبي، تميزها له عن الاختصاص الداخلي الذي يحدد اختصاص المحاكم للنظر في المنازعات الداخلية البحتة.

تستند معايير تحديد الاختصاص الدولي لمحاكم دولة ما إلى ضوابط استقرت على الأخذ بها القوانين الداخلية النازمة للإجراءات، وإلى قواعد في مجال الاختصاص القضائي الدولي تكاد تأخذ بها معظم الدول تعتمد على أسس أو معايير متقاربة إلى حد كبير وهي ما يسمى المبادئ العامة في تحديد الاختصاص القضائي الدولي، والتي أصبحت مبادئ يسترشد بها المشرع الوطني في كل دولة، وهذه الضوابط إما إقليمية أو شخصية والاختصاص فيها قد يكون أصلياً أو طارئاً، والاختصاص الأصلي يمكن أن يكون إقليمياً أي انعقاد الاختصاص للمحكمة بناء على الارتباط الإقليمي بسبب موطن المدعى عليه مثلاً أو موقع المال موضوع النزاع، وقد ينعقد الاختصاص لمحاكم دولة ما بناء على ضوابط شخصية كجنسية المدعى عليه المؤسس على امتداد سلطان الدولة واختصاص محاكمها بنظر الدعاوى التي تقام على رعاياها أينما وجدوا. أما الاختصاص الطارئ أي انعقاد الاختصاص لمحاكم دولة ما رغم عدم وجود ارتباط إقليمي أو شخصي إذا وجد ظرف طارئ عقد لها الاختصاص كما هو الحال في الخضوع الاختياري لاختصاص محكمة ما بناء على اتفاق صريح، أو ضمناً بقبول ولاية المحكمة بالمثل أمامها دون الدفع بعدم اختصاصها وفي حالة الارتباط الذي يكون على صورة المسائل الأولية أو الطلبات العارضة، وكذلك بعض أنواع الإجراءات التي تتطلب طبيعتها أو مكان تنفيذها أن تنتظر من قبل محاكم الدولة التي تتخذ فيها تلك الإجراءات كالتدابير الوقائية والإجراءات التحفظية.

المشرع الفلسطيني في قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية رقم 2 لسنة 2001 لم يخرج عن المبادئ والأسس العامة في تحديد الاختصاص القضائي الدولي للمحاكم الفلسطينية حيث نظم قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية رقم 2 لسنة 2001 في الفصل الأول من الباب الثاني الاختصاص الدولي للمحاكم الفلسطينية في الدعاوى المدنية والتجارية في المواد (27-30).

وتحكم عملية الاختصاص الدولي للمحاكم ضوابط، تنقسم إلى نوعين من الضوابط أصلية وعارضة، وضوابط الاختصاص الأصلية هي:

1- الجنسية التي ورد النص عليها في المادة (27) من قانون الأصول، وبمقتضى هذا النص يجوز مقاضاة الشخص أمام المحاكم الفلسطينية في الدعاوى المدنية والتجارية لمجرد كونه يحمل الجنسية الفلسطينية ودون حاجة لتوافر أي شرط آخر¹.

2- الأجنبي المتوطن أو المقيم في فلسطين، وهو ما نصت عليه المادة (27) أيضا وبموجب هذا النص تختص المحاكم الفلسطينية بنظر الدعاوى المدنية والتجارية التي تقام على الأجنبي على أساس أن لهذا الأجنبي موطن أو محل إقامة في فلسطين، ولا يرد بخصوص هذه الحالة من حالات الاختصاص سوى استثناء يتعلق بالدعاوى العقارية المتعلقة بعقار في الخارج.

3- حالة الأجنبي غير المتوطن وغير المقيم في فلسطين، وهو ما نصت عليه المادة (28) من قانون الأصول الفلسطيني، التي تضمنت الحالات التي ينعقد فيها الاختصاص للمحاكم الفلسطينية بنظر الدعاوى التي ترفع على الأجنبي الذي ليس له موطن أو محل إقامة في فلسطين وهذه الحالات هي؛ حالة تعدد المدعى عليهم وكان لأحدهم موطن أو محل إقامة في فلسطين ووجود المال في فلسطين وإذا كان محل الالتزام في فلسطين وإفلاس أشهر في فلسطين وحالة الموطن المختار.

الحالة الأولى: إذا تعدد المدعى عليهم وكان لأحدهم موطن أو محل إقامة في فلسطين، ويشترط لانعقاد الاختصاص للمحاكم الفلسطينية في هذه الحالة:

1- أن يكون لأحد المدعى عليهم مع الأجنبي موطن أو محل إقامة في فلسطين.
2- أن يتصل النزاع بالمدعى عليه الذي له موطن أو محل إقامة حقيقة أي أن يتسم بالجدية حتى لا يكون القصد من رفع الدعوى عليه مجرد جلب الأجنبي أمام المحاكم الفلسطينية أو حرمان باقي المدعى عليهم من قاضيهم الطبيعي².

الحالة الثانية: وجود المال في فلسطين، لقد جاءت النصوص بخصوص هذا الضابط سواء في القانون الفلسطيني أو غيره من القوانين بقاعدة تتمثل في اختصاص المحاكم الوطنية بنظر

¹ جمال الكردي، محاضرات في القانون الدولي الخاص، ط1، (د.ن)، القاهرة، 1996، ص440.

² حفيفة السيد، مرجع سابق، ص102.

الدعاوى المتعلقة بمال موجود في إقليمها سواء كان عقاراً أم منقولاً، فيكفي وجود المال في فلسطين لكي ينعقد إختصاص محاكمها بنظر الدعاوى المتعلقة به¹.

الحالة الثالثة: محل الالتزام في فلسطين، إذ تنص المادة (28) من قانون الأصول على "تختص المحاكم بنظر الدعاوى المدنية والتجارية التي ترفع على الأجنبي الذي ليس له موطن أو محل إقامة في فلسطين إذا كانت الدعوى تتعلق بالالتزام نشأ أو نفذ أو كان واجباً تنفيذه في فلسطين".

الحالة الرابعة: تعلق الدعوى بإفلاس أشهر في فلسطين، تنص المادة (2/28) من قانون الأصول على اختصاص المحاكم الفلسطينية بنظر الدعاوى التي تقام على أجنبي ولو لم يكن له موطن أو محل إقامة في فلسطين إذا كانت متعلقة بإفلاس أشهر في فلسطين.

الحالة الخامسة: الموطن المختار، تنص المادة (6) من قانون أصول المحاكمات الفلسطينية على أنه "يجوز اتخاذ موطن مختار لتنفيذ عمل قانوني معين يكون هو الموطن بالنسبة لكل ما يتعلق بهذا العمل إلا إذا اشترط صراحة قصره على عمل دون آخر، ولا يجوز إثبات وجود الموطن المختار إلا بالكتابة".

وترتبط هذه الحالة بقاعدة الخضوع الاختياري، والأمر المهم في هذه الحالة هو الاختلاف حول اعتبار اختيار الأطراف لموطن مختار في دولة معينة خضوعاً ضمناً لمحاكم هذه الدولة؟ ذهب اتجاه إلى أن اختيار الموطن يعني الرغبة في الخضوع إلى محاكم دولة هذا الموطن بينما ذهب اتجاه آخر إلى خلاف ذلك وتطلب ظهور نية الأطراف في الخضوع إلى محكمة الموطن المختار من خلال قرائن وظروف الحال ووجود الصلة بين النزاع وإقليم الدولة، وأن على القاضي أن لا يعتبره قبولاً للخضوع لمحاكم هذا الموطن، فالموطن المختار عادة يتم إختياره أو تحديده لتبلغ الأوراق القضائية، ولا يمكن أن يستخلص من ذلك الخضوع الضمني لمحاكم الدولة التي بها هذا الموطن المختار.

أما ضوابط الاختصاص الطارئة، فهي مستمدة من إرادة أطراف الدعوى أو طبيعة النزاع وهذه الضوابط هي المسائل الأولية والطلبات العارضة الخضوع الاختياري والإجراءات الوقتية والتحفظية.

¹ بدر الدين شوقي، دراسات في القانون الدولي الخاص، (د.ن)، القاهرة، 1990، ص102.

1- المسائل الأولية والطلبات العارضة، ونصت عليها المادة (2/29) من قانون الأصول "إذا اختصت المحاكم بدعوى ما فإنها تختص أيضا بالمسائل والطلبات العارضة والأصلية المرتبطة بها".

2- الخضوع الاختياري، وهو ما نصت عليه المادة (1/29) من قانون الأصول على أن "تختص المحاكم بالفصل في الدعاوى المدنية والتجارية ولو لم تكن داخلة في اختصاصها إذا قبل الخصوم ولايتها صراحة أو ضمنا، طبقا لقواعد الاختصاص المنصوص عليها في هذا القانون".

ومفاد هذه الحالة أنه يجوز للأطراف الاتفاق على اختيار محكمة معينة للفصل في النزاع القائم بينهما أو الذي سينشأ بينهما في المستقبل بصدد علاقة قانونية محددة، أو التسليم باختصاص هذه المحكمة وإن لم تكن داخلة في اختصاصها أصلاً، فإرادة الأطراف بالخضوع لولاية قضاء دولة ما وإن لم تكن محاكمها مختصة أصلاً هي أساس هذا الضابط¹، ويشترط في هذه الحالة أن لا يكون الهدف من جلب الاختصاص لمحاكم دولة معينة هو التحايل على القانون وقواعد الاختصاص لأنه بذلك تنتفي المشروعية، وأن يكون الاتفاق جالبا للاختصاص لا سالباً له².

3- إختصاص المحاكم الفلسطينية بالإجراءات الوقتية والتحفظية، وقد ورد النص على هذه الحالة في المادة (3/29) من قانون الأصول وجاء فيها "تختص المحاكم بالإجراءات الوقتية والتحفظية التي ستنفذ في فلسطين رغم عدم اختصاصها بالدعوى الأصلية"

لكن التساؤل المطروح هنا، هل تعتبر قواعد الاختصاص الدولي للمحاكم الفلسطينية من النظام العام؟

يرى جانب من الفقه الأردني يؤيده في ذلك بعض الفقه المصري، والذي يشترط ليكون الإتفاق صحيحا وغير مخالف للنظام العام، أن يكون جالبا للإختصاص لا سالباً له، منتقداً بذلك الرأي الذي يقول بضرورة الإعتراف بالإتفاق سواء أكان جالبا للإختصاص أم سالباً له³، وذهب الفقه

¹ بدر الدين شوقي، مرجع سابق، ص129.

² محمد المصري، الوجيز في شرح القانون الدولي الخاص "دراسة مقارنة"، الحامد للنشر والتوزيع، عمان، 2002، ص344.

³ حسن الهداوي، تنازع القوانين، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2002، ص253.

المصري في ذلك مذهبين أحدهما ينكر تماماً إمكانية أن يسلب الأتفاق إختصاص المحاكم المصرية، ذلك أن قواعد الاختصاص الدولي جميعها من النظام العام ولا يجوز للأطراف الإتفاق على خلافها فهي ترتبط بوظيفة أساسية في الدولة، واتجاه آخر من الفقه المصري ذهب إلى إنه ما دامت قواعد الاختصاص الدولي جميعها من النظام العام فإنه يجب استبعاد أي دور للإرادة بخصوصها¹، أي أن الاتجاهين ذهبا إلى اعتبار قواعد الاختصاص الدولي من النظام العام.

وفي تقديري أن في ذلك مغالاة غير مبررة ولا تستند إلى أساس سليم ذلك أنه في حالة ضابط الجنسية مثلا، فالفلسطيني يجوز له أن يخضع لولاية محكمة أجنبية، فما دام أن القانون منح الأطراف الإتفاق على عقد الإختصاص لمحكمة معينة فإنه بالضرورة يعني حرية هذا الإختيار في حدود معينة سواء كان هذا الإتفاق جالبا للإختصاص أم سالبا له، وإلا ما الفائدة من إقرار هذا المبدأ في معظم التشريعات والاتفاقيات، خصوصا وأن العلاقات الدولية في تطور مستمر سيما ما يتعلق منها بالتجارة الدولية.

في القانون الفلسطيني نصت المادة (30) من قانون الأصول على أنه "إذا لم يحضر المدعى عليه الأجنبي ولم تكن المحكمة مختصة بنظر الدعوى طبقا للمواد السابقة تحكم المحكمة بعدم اختصاصها بنظر الدعوى من تلقاء نفسها"، فإذا لم تتوافر حالة من حالات الاختصاص الواردة في المواد (27،28،29) من قانون الأصول ولم يحضر المدعى عليه الأجنبي في دعوى مقامة أمام محكمة فلسطينية، وهو ما يعني تعبيراً ضمناً عن عدم رغبته في عقد الاختصاص للمحاكم الفلسطينية فإن على المحكمة أن تقضي بعدم اختصاصها من تلقاء نفسها.

وهذا يعني أنه عندما لا تمنح المواد المتعلقة بالاختصاص الدولي اختصاصا، على المحكمة أن تحكم بعدم اختصاصها من تلقاء نفسها، كون الدفع بعدم الاختصاص الدولي من النظام العام أي أن المحكمة تتعرض لهذه المسألة من تلقاء نفسها، وهي من جهة أخرى تعطي الأطراف إمكانية الإتفاق على منح الاختصاص لمحكمة أجنبية، كما أن اختصاص المحاكم الفلسطينية على نوعين حصري وجوازي، وكما أشرنا إلى مذهب الفقه في ذلك مذهبين منهم من اعتبره مطلقاً ومن النظام العام ومنهم من ذهب إلى عدم اعتباره كذلك.

¹ هشام صادق، تنازع الاختصاص القضائي الدولي، دراسة مقارنة، (د.ن)، القاهرة، 1972، ص143.

وأياً كان الأمر، فإن الرأي الذي يذهب إلى أن هناك حالات اختصاص تتعلق بالنظام العام ولا يجوز للأطراف الاتفاق على خلافها كالدعاوى المتعلقة بالعقار فلا يعقل أن يمنح الأفراد الحق في الاتفاق على خلافها، أو الحالات التي نصت قوانين خاصة على خروجها من نطاق أي اتفاق.

وهناك حالات يمكن للأطراف الاتفاق على خلافها كأن يبرم عقد في فلسطين يتم الاتفاق فيه على أن يتم تسليم المبيع في الأردن إلا أن التسليم يتم في مصر، فمحل الإبرام هنا فلسطين ومحل التنفيذ مصر بينما كانت الأردن هي المحل الذي كان يجب فيه التنفيذ فاختصاص المحاكم الفلسطينية هنا ليس أكثر من جوازي هذا من جهة، ومن جهة أخرى إذا كانت جميع قواعد الاختصاص من النظام العام فما الفائدة من نص المادة (29) التي تعطي للأطراف الخضوع للقضاء الفلسطيني صراحة أو ضمناً¹؟.

والحقيقة أن النص المتعلق باتفاق الأطراف أو خضوعهم يعني في حالة جلب الاختصاص لا سلبه، ولكن ليس قاطعاً في أنه لا يقر الاتفاق على سلب الاختصاص، وأنه ترك ذلك تبعاً لكل حالة على حدة فمنها ما هو قابل لأن يتفق على خلافه ومنها ما هو غير قابل، وإن كانت مسألة الاتفاق على سلب الاختصاص مسألة نظرية لأن عدم عرض النزاع على محاكم الدولة لا يثير أمامها مسألة الاختصاص أو عدم الاختصاص.

المطلب الثاني: سلطة القاضي في تقدير نطاق الطلب الأصلي

الطلب الأصلي الوارد في لائحة الدعوى هو الذي يحدد نطاق الخصومة من حيث أطرافها وموضوعها وسببها، وفي ذلك تقول محكمة النقض الفلسطينية "أن الطلب الوارد في لائحة الدعوى هو الذي يحدد نطاق الخصومة من جهة موضوعها وسببها وأطرافها..."²

مما يعني من حيث الأصل أن الطلب الأصلي هو الذي يحدد المعالم الرئيسية للدعوى، التي يجب التقيد بها إلا في الحدود التي سمح القانون بالخروج عليها.

¹ هناك من يرى أن الاختصاص التشريعي هنا يجلب الاختصاص القضائي أي أنه عندما يستبعد القاضي تطبيق القانون الأجنبي فإن ذلك يعني أنه يقر اختصاصه، وهذا أمر على خلاف الواقع، إذ أن القاضي يفصل في اختصاصه قبل أن ينظر في القانون الواجب التطبيق.

² نقض مدني رقم 2006/28 بتاريخ 2007/6/20، عبد الله غزلان، مرجع سابق 2008، ص307.

الفرع الأول: سلطة القاضي في تقدير نطاق الطلب الأصلي من حيث أطرافه

على القاضي بحث عدة أمور قبل التطرق إلى موضوع الدعوى، فعليه التثبت من صفة الخصوم في الدعوى، وفي سبيل ذلك عليه أن يقوم بفحص وقائع النزاع ومطابقتها مع النص القانوني الذي يحكم موضوع هذه الوقائع وينطبق عليها ليصل إلى صفة الخصم بالنسبة لهذه الوقائع، والتأكد من وجود رابطة قانونية تخول هذا الخصم طرح تلك الوقائع، ومن ثم يبحث عن الرابطة القانونية بين الخصم الذي يطرح تلك الوقائع وما يربطها بخصمه الآخر، أي التأكد من صحة مركز المدعي والمدعى عليه الموضوعي والإجرائي، وذلك للتأكد من أن من يطرح تلك الوقائع هو صاحب الصفة الحقيقية وأن هناك علاقة مباشرة وشخصية بين المدعي وخصمه وبين تلك الرابطة، بحيث يتأكد من قيام صفة لهذا الشخص في طرح الوقائع أمامه وبالتالي صحة المركز القانوني الذي يشغله¹.

والصفة وصف من أوصاف المصلحة، فمن أوصاف المصلحة إضافة إلى كونها قانونية وقائمة وحالة، أنها شخصية ومباشرة وهو ما يعبر عنه بالصفة، أي أن يكون رافع الدعوى هو صاحب الحق المراد حمايته أو من ينوب عنه كالوكيل والولي والوصي².

إن يجب أن ترفع الدعوى من ذي صفة على ذي صفة، وحيث ينبغي توافر الصفة بالنسبة للمدعي كذلك يجب أن تتوافر بالنسبة للمدعى عليه بأن يكون له شأن بالنزاع وإلا لا تقبل الدعوى كما إذا رفعت على ولي أو وصي بعد أن زالت صفته³، وهو ما يقوم القاضي بتحديدته من خلال الوقائع المعروضة عليه.

والادعاء يصدر من المدعي ويوجه إلى المدعى عليه ومركز كل منهما يشكل مركزاً إجرائياً أمام القضاء في الدعوى، والمركز الاجرائي يعكس المركز الموضوعي أو الحق المدعى به أو المتنازع عليه⁴.

¹ محمد الطعاني، مرجع سابق، ص35.

² عثمان التكروري، مرجع سابق، ص261.

³ أحمد أبو الوفاء، المرافعات المدنية والتجارية، مرجع سابق، ص133.

⁴ نبيل عمر وأحمد خليل، قانون المرافعات المدنية، مرجع سابق، ص279.

وعليه فإن تخلف المركز الموضوعي للخصم في كونه هو صاحب الحق يؤدي الى تخلف المركز الإجرائي في إقامة الدعوى أو طرح الوقائع، إلا أن الصفة أو المركز الإجرائي قد يوجد على الرغم من تخلف الصفة أو المركز الموضوعي وذلك في حالات التمثيل القانوني.

وفي حالة الخلافة في الخصومة يشترط في الخلف العام أن يكون على صلة وثيقة بالمركز الموضوعي للسلف لكي تكون له صفة إجرائية في خلافته، فإذا كان المركز الموضوعي هو مما يزول وينقضي بوفاة السلف لارتباطه بشخصه، فإن الخلافة في المركز الإجرائي تنتفي لإنعدام إمكانية الخلافة في المركز الموضوعي¹، كأن يكون موضوع الدعوى المطالبة بأضرار معنوية.

ومركز المدعي ليس ثابتاً في كل الحالات، فقد يكون الشخص مدعياً، ومدعى عليه في الوقت ذاته بحسب ما يصدر من أي منهما من ادعاءات في مواجهة الآخر، وتحديد مراكز الخصوم له أثر في حيازة الحكم عند صدوره الحجية في مواجهة أطرافه، فالحجية أثرها نسبي يقتصر على أطراف الخصومة التي صدر فيها الحكم، كما أن اختلاف مركز الخصم له أثر في ترتيب بعض الجزاءات، فالمدعي معرض لأحكام السقوط والانقضاء بخلاف المدعى عليه².

الفرع الثاني: سلطة القاضي في تقدير نطاق الطلب الأصلي من حيث موضوعه (محل الادعاء)
موضوع الدعوى هو عنصر المحل فيها، فهو ما يطلبه المدعي في دعواه³، وهو عبارة عن تقرير وجود الحق أو المركز القانوني أو عدم وجوده، أو إلزام الخصم بأداء معين، أو تغيير المركز القانوني للخصم⁴، وبالتالي فإن موضوع الدعوى يتكون من ثلاثة عناصر هي⁵:

- 1- الحق أو المركز القانوني المطلوب حمايته، فالدعوى التي موضوعها ملكية عقار تختلف عن تلك التي موضوعها تقرير حق ارتفاق على ذات العقار.
- 2- محل الحق أو المركز القانوني (ذاتية الشيء محل الحق المقصود حمايته) فدعوى ملكية عقار معين تختلف عن دعوى ملكية عقار آخر أو منقول.

¹ محمد الطعاني، مرجع سابق، ص36.

² نبيل إسماعيل عمر وأحمد خليل، قانون المرافعات المدنية، مرجع سابق، ص279.

³ تكرر، مرجع سابق، ص287.

⁴ عزمي عبد الفتاح، أسس الإدعاء أمام القضاء المدني، مرجع سابق، ص27.

⁵ عزمي عبد الفتاح، المرجع السابق، ص27. تكرر، مرجع سابق، ص287. نداوي، مرجع سابق، ص188. محمد علي طعاني،

مرجع سابق، ص37.

3- القرار الذي يطلب من القاضي إصداره (نوع الحماية المطلوبة للحق) هل هي تقرير أو إنشاء أو إلزام أو قرار وقتي، فدعوى صحة عقد تختلف عن المطالبة بتنفيذ التزام ناشيء عن ذات العقد.

ولتحديد موضوع الدعوى أهمية بالغة في تعيين المحكمة المختصة نوعياً وقيماً¹، وتبرز أهمية هذا التحديد لتطبيق قاعدة حجية الشيء المحكوم به لسبق الفصل في الدعوى، والتي من بين شروط أعمالها وحدة الموضوع، وكذلك في حالة الإحالة إذ لا يقبل الدفع بالإحالة لقيام ذات النزاع أمام محكمتين إلا بوحدة موضوع الدعيين، وهو أيضاً يفيد بتحديد سلطة محكمة الاستئناف في قبول الطلبات الجديدة² وفي تحديد الاختصاص النوعي.

إلا أن ما يهمننا لغايات هذه الدراسة أهمية تحديد موضوع الدعوى لإلزام القاضي بحدود طلبات الخصوم، التي لا يسوغ له تغييرها أو الزيادة عليها أو التوسع فيها³، وبالتالي فإن دور القاضي هنا يقتصر على تحديد محل الادعاء بفحص المراكز الموضوعية للخصوم وذلك بتدقيق مجموع الوقائع المعروضة عليه، وتقدير هذه الوقائع بما له من سلطة بحيث ينتهي إلى حكم صحيح، دون المساس بحق طرفي الدعوى في تقديم ما يستجد من وقائع⁴.

وإذا كان يمتنع على القاضي تغيير موضوع الدعوى أو تعديله إلا أن له إعادة تكييفه، إذ أن القيام بذلك فيه خروج على مبدأ حياده، فليس للقاضي من باب أولى أن يبدل موضوع الدعوى الأصلي بموضوع آخر، فليس له مثلاً أن يستبدل موضوع الدعوى بالتعويض عن الفصل التعسفي إلى طلب الإعادة إلى العمل.

والتساؤل المطروح هنا أليس في ذلك غل لسلطة القاضي في إحقاق الحق، وتعطيل لوظيفة القضاء كمرفق عام ودوره في خدمة الصالح العام⁵، سيما وأن القانون أعطى القاضي من تلقاء

¹ مفلح القضاة، مرجع سابق، ص192.

² نداوي، مرجع سابق، ص190-193.

³ نداوي، مرجع سابق، ص193.

⁴ محمد الطعاني، مرجع سابق، ص38. أنظر المادة 67 من قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية التي نصت على "إذا ظهرت وقائع جديدة تتعلق بالدعوى بعد إقامتها أو بعد تقديم اللائحة الجوابية المتضمنة إدعاء" متقابلاً يجوز لكل من المدعي والمدعى عليه أن يتقدم بها أثناء المحاكمة".

⁵ نداوي، مرجع سابق، ص197.

نفسه سلطة تغيير نطاق الدعوى من حيث أطرافها، بإدخال أو إخراج من يرى ضرورة لإدخاله أو إخرجه من الدعوى تحقيقاً للعدالة أو إظهاراً للحقيقة¹.

من المسلم به أن ليس للقاضي الوصاية على حقوق الأطراف، فهم الأقدر على تحديد طلباتهم، كما أنه ليس للقاضي أن يحكم بما لم يطلبه الخصوم أو بأكثر مما طلبوه لعدم وجود طلب يستند إليه في تبرير هذا الحكم²، إذ يفترض أنهم تنازلوا عما لم يطالبوا به، فالسكوت عن المطالبة بالحق بمثابة التنازل عنه³.

ومن جهة أخرى فإن للخصوم أن يتقدموا بطلبات إضافية أو عارضة ومتقابلة توسع من نطاق الدعوى، وهو ما تناولته المواد (97،98) من قانون الأصول الفلسطيني⁴، إذ أن المشرع منح أطراف الدعوى مكنة تقديم طلبات عارضة لم تمنح للقاضي، وهو أمر تقتضيه طبيعة العمل القضائي، فالخصوم أقدر على تحديد طلباتهم وما يستجد منها، ومن الطبيعي أن يكون بإمكانهم التقدم بمثل هذه الطلبات دون أن يكون للقاضي الحق بإضافة طلبات وإلا خرج عن مبدأ حياده.

وعلى ذلك فإن للمدعي أن يعدل مطالبته من الأكثر إلى الأقل دون أن يعتبر ذلك تغييراً لموضوع الدعوى، وفي ذلك تقول محكمة التمييز العراقية "لا يعد تغييراً في موضوع الدعوى عندما يعدل المدعي موضوع دعواه من المطالبة بالفسخ إلى المطالبة بإخراج شريك المدعي عليه وإبقاء المحل بيد المدعي لأن للطرفين تعديل دعواتهما أو انقاصها بشرط أن لا يغير ذلك من موضوع الدعوى إذ أن الدعوى تتحدد بطلبات المدعي⁵، ولذلك فإن للقاضي أن يحكم بأقل مما يطلبه الخصوم لأن الأقل مشتمل في الأكثر المطلوب في الطلب القضائي⁶.

¹ نصت المادة 82 من قانون الأصول "للمحكمة ولو من تلقاء نفسها إخراج أي من المدعى عليهم في الدعوى إذا لم يكن هناك محل لإدخاله، ولها ولو من تلقاء نفسها أن تدخل في الدعوى من ترى إدخاله لإظهار الحقيقة أو لمصلحة العدالة".

² نبيل إسماعيل عمر وأحمد خليل، قانون المرافعات المدنية "دراسة مقارنة"، مرجع سابق، ص 297.

³ نداوي، مرجع سابق، ص 195-198.

⁴ نصت المادة 97 على "المدعي أن يقدم من الطلبات العارضة: 1- ما يتضمن تصحيح لائحة الدعوى أو تعديل موضوعها لمواجهة ظروف طرأت أو تبينت بعد إقامتها 2- ما يكون مكملاً للائحة الدعوى أو مترتباً عليها أو متصلاً بها اتصالاً لا يقبل التجزئة 3- طلب الأمر بإجراء تحفظي أو وقفي 4- ما تآذن المحكمة بتقديمه مما يكون مرتبطاً بالطلبات الواردة في لائحة الدعوى. كما نصت المادة 98 من قانون الأصول على " للمدعي عليه أن يقدم من الطلبات العارضة: 1- طلب المقاصة وطلب الحكم له بالتعويضات عن الضرر الذي لحقه من جراء إجراءات التقاضي 2- أي طلب يكون متصلاً بلائحة الدعوى اتصالاً لا يقبل التجزئة 3- ما تآذن المحكمة بتقديمه مما يكون مرتبطاً بالطلبات الواردة في لائحة الدعوى.

⁵ نداوي، مرجع سابق، ص 205.

⁶ نبيل عمر وأحمد خليل، قانون المرافعات المدنية "دراسة مقارنة"، مرجع سابق، ص 298.

والأصل أن تصاغ الدعوى بالوضوح المطلوب بحيث تقرأ نفسها بنفسها، وتعتبر وقائعها عن حقيقة موضوعها، لذا يشترط في محل الدعوى أن يكون ممكناً ومعيناً أو قابلاً للتعيين وموجوداً وأن يكون قابلاً للتعامل فيه¹، وهو ما أشارت إليه مجلة الأحكام العدلية في المادة (1619) والتي نصت على أنه "يشترط أن يكون المدعى به معلوماً ولا تصح الدعوى إذا كان مجهولاً"².

ومما يساهم في تحديد محل الادعاء ويزيد من وضوحه تركيز الخصومة بتحديد نقاط الاتفاق والاختلاف، إذ نصت المادة (120) من قانون الأصول الفلسطيني على أنه "تكلف المحكمة الخصوم في الجلسة الأولى لنظر الدعوى وبعد تكرار اللوائح تحديد نقاط الاتفاق والاختلاف في المسائل المتعلقة بالدعوى ويدون ذلك في محضر الجلسة"، من خلال النص فإن تحديد نقاط الاتفاق والاختلاف واجب على الخصوم بتكليف من القاضي، وأن تكليف الأطراف تحديد نقاط النزاع هو الواجب الأول للقاضي يقوم به من تلقاء نفسه³، وعلى الرغم من أن نطاق الدعوى من حيث موضوعها يحدده المدعي فيها، فإن للقاضي دوراً في ذلك أيضاً، فعليه فهم وقائع الدعوى وذلك من خلال الإستحضار الذهني وبذل الجهد في فهم الوقائع، وأن تكليف الأطراف بتحديد نقاط الاتفاق والاختلاف ما هو إلا وسيلة مساندة لهذا الاستحضار والفهم.

وللقاضي في هذه المرحلة أن يستجوب الخصوم ليتمكن من تحديد نقاط الاختلاف بينهم ليصار إلى إثباتها، وتحديد وسيلة الإثبات والطرف المكلف بذلك، وقد تكون نقطة الخلاف بينهم مسألة قانونية لا تحتاج إلى إثبات، ولذلك فإن للقاضي أن يمارس صلاحياته وفق القانون، فله أن يلزم الخصوم بما يراه في هذا المجال، ودور القاضي هنا يتجاوز تحديد نقاط الاتفاق والاختلاف إلى تحديد النقاط التي تحتاج إلى إثبات ووسيلة إثباتها والملكف بالإثبات من خلال ما ورد في اللوائح المقدمة من قبلهم⁴، كما لو تمسك كل من الخصوم بلائحته.

وعلى صلة بمحل الادعاء، ورد النص على حصر البينة في المادة (120) من قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية، وهو أمر يقتضيه حسن سير إجراءات الخصومة منذ بدايتها وفي

¹ محمد الطعاني، مرجع سابق، ص38. تنص المادة 1/56 من قانون الأصول على "تكون لائحة الدعوى شاملة لجميع ما يحق للمدعي المطالبة به وقت إقامتها". وكانت المادة 37 من قانون أصول المحاكمات الحقوقية تنص على أنه "يجب أن تكون كل دعوى شاملة لجميع ما يحق للمدعي المطالبة به بالنسبة لأسباب الدعوى".

² علي حيدر، شرح مجلة الأحكام العدلية، المجلد الرابع، ص183. كما تنص المادة 1620 من المجلة على "معلومية المدعى به تكون بالإشارة أو الوصف أو التعريف وهو إذا كان عيناً منقولاً وكان حاضراً في مجلس المحاكمة فالإشارة إليه كافية وإذا لم يكن حاضراً يكون معلوماً بوصفه وتعريفه وبيان قيمته وإذا كان عقاراً يعين ببيان حدوده وإذا كان ديناً يلزم ببيان جنسه ونوعه ووصفه ومقداره".

³ ندوي، مرجع سابق، ص216.
⁴ تكرر، مرجع سابق، ص377.

كافة مراحلها، إذ يتصدى القاضي لذلك من تلقاء نفسه بإلزام الخصوم بحصر بيناتهم وإن لم يطلب منه ذلك، لما لذلك من أثر على السير في الخصومة وسرعة الفصل فيها، كما وأن في ذلك تجسيد لمبدأ المواجهة وتركيز الخصومة، مما يجعل كلا الخصمين على علم بما يقدمه الطرف الآخر، مما يمنحه الوقت الكافي لتحضير دفاعه ودفعه.

وحصر البيئة يمر بثلاثة مراحل حددتها المواد (53، 62، 120) من قانون الأصول الفلسطيني، حيث تلزم المادة (53) المدعي أن يرفق مع لائحة الدعوى صوراً عن المستندات التي تؤيد دعواه، بينما تلزم المادة (62) من قانون الأصول المدعى عليه أن يرفق مع اللائحة الجوابية صوراً عن المستندات التي تؤيد دفاعه، وبعد انعقاد الخصومة تكلف المحكمة الخصوم بتحديد نقاط الاتفاق والاختلاف، وذلك لحصر البيانات على الوقائع المتنازع عليها اقتصاداً في الوقت والإجراءات.

بالبناء على ما تقدم من أن القاضي ممنوع من تغيير موضوع الدعوى أو استبداله أو الإضافة إليه، أو الحكم بما لم يطلبه الخصوم أو بأكثر مما طلبوا، إلا أنه كثيراً ما تواجه القاضي إشكالات عملية ترتبط بموضوع الدعوى من حيث التكييف، فقد يعطي الخصوم طلباتهم تكييفاً مختلفاً عما تنبئ به الوقائع الواردة في الدعوى، كأن يكون موضوع الدعوى تخلية مأجور مع أنه في الحقيقة فسخ عقد إيجار.

كما يرتبط بهذا الموضوع حالة أخرى، فقد يكون الطلب تمت صياغته بصورة مختصرة أو موجزة أو أنه صيغ بشكل غير واضح، ألا يجوز للقاضي أن يحكم بمضمون ما رمى إليه الطلب القضائي، سيما إذا كان الطلب يرمي إلى الحكم بأمر لم يذكرها المدعي صراحة، وأن الطلب لا يمكن أن يحقق الهدف منه إلا إذا تناول الحكم تلك الأمور كما هو الحال في طلب التخلية دون أن يذكر طالبها وجوب تسليمه العقار المطلوب تخليته.

وعليه، فإننا سنبحث ذلك في مسألتين الأولى: سلطة القاضي في تكييف موضوع الدعوى أو بتعبير أدق إعادة تكييف موضوع الدعوى وثانياً: سلطة القاضي في الحكم بالطلب الضمني أو المتضمن في الطلب الأصلي.

أولاً: سلطة القاضي في التكييف

تسود النظام الإجرائي قاعدة أساسية "أعطني الواقع، أعطك القانون"، وهذا يعني أن الواقع من عمل الخصوم وتطبيق القانون على الواقع من عمل القاضي، فالخصومة المدنية تتكون من مجموعة من الوقائع ولكي تصل إلى نهايتها لا بد من تطبيق القاعدة القانونية من خلال الحكم القضائي والذي يشكل القياس المنطقي مقدمته الصغرى الواقع ومقدمته الكبرى القانون والخصم ليس ملزماً بذكر النص القانوني الذي يستند إليه في ادعائه، إذ أن القاضي هو الملزم بمعرفة النص وهو الملزم بتطبيقه¹.

إن العملية التي يقوم بها القاضي في الموازنة بين الواقع والقانون تسمى التكييف ويقصد به ترجمة الأحداث الواقعية لأفكار قانونية، أي إعطاء النزاع المطروح على القاضي وصفا قانونيا يسمح بإعمال قاعدة قانونية معينة².

فلا يمكن إعمال القانون بشكل صحيح إلا إذا سبقه تكييف صحيح، والقاضي هنا يقوم بعملية مركبة تعتمد على النشاط الذهني بفهم الوقائع المطروحة عليه واختيار القاعدة القانونية التي تنطبق على تلك الوقائع، ومن ثم يرد تلك الوقائع إلى تكييفها الصحيح وفق القانون، دون الالتفات إلى المسميات التي يطلقها الخصوم على تلك الوقائع، إنما يتقيد في استعماله لسلطته هذه بقيد أساسي ألا وهو عدم المساس بالبنيان الواقعي للخصومة كما حدده الخصوم³، أي أن لا يغير في الوقائع التي أوردها الخصوم أو يضيف إليها، وفي ذلك قضت محكمة النقض المصرية "لا تتقيد محكمة الموضوع بتكييف الخصوم إلا أنها ملزمة بعدم الخروج على الوقائع المطروحة عليها فلا تضيف إليها جديدا"⁴، وفي قرار آخر لها تقول: "محكمة الموضوع لا تتقيد في تحديد طبيعة المسؤولية التي استند إليها المضرور في طلب التعويض والنص القانوني الذي اعتمد عليه في ذلك، بل يتعين على المحكمة من تلقاء نفسها أن تحدد الأساس الصحيح للمسؤولية

¹ عزمي عبد الفتاح، أسس الإدعاء أمام القضاء المدني، مرجع سابق، ص 54.

² محمد الطعاني، مرجع سابق، ص 64.

³ عزمي عبد الفتاح، واجب القاضي في تحقيق مبدأ المواجهة، مرجع سابق، ص 57-61.

⁴ نقض رقم 772 لسنة 43 ق بتاريخ 1977/6/22 قاعدة التشريعات المصرية.

وتنصي النص القانوني المنطبق على العلاقة بين طرفي الدعوى وتنزله على الواقعة المطروحة أمامها"¹.

وقضت محكمة النقض الفلسطينية "إن تحديد الأساس القانوني للدعوى وتكييفها يعود لمحكمة الموضوع على ضوء الوقائع المطروحة وهي غير مقيدة بوصف الخصوم لهذه الوقائع"².

وهو ما استقر عليه اجتهاد محكمة التمييز الأردنية إذ قضت "أن العبرة في تكييف الدعوى هو للوقائع الواردة فيها والقواعد القانونية المنطبقة عليها وليس للتسمية التي يطلقها الخصوم عليها، وتكييف الخصوم للدعوى لا يقيد المحكمة ولا يمنعها من فهم الدعوى على حقيقتها وإعطاءها التكييف الصحيح، إذ العبرة في ذلك هو لحقيقة المقصود من اللوائح والطلبات المقدمة فيها، وهي مسألة قانونية يتعين على المحكمة الناظرة للدعوى إعطاء الواقعة تكييفها الصحيح من تلقاء نفسها"³.

وإذا كانت معظم قوانين الإجراءات قد خلت من قواعد قانونية تبين أصول التكييف أو أحكامه سواء قانون المرافعات المصري أو الأردني أو الفلسطيني، وإذا كان الراجح أن التكييف من صميم عمل القاضي، فما حدود هذا التكييف؟ هل يمكن للقاضي تغيير موضوع الدعوى؟ أم يبقى عند حدود التعديل وإعطاء الوقائع وصفها القانوني الصحيح فقط؟

تعديل موضوع الدعوى جائز شريطة ألا يخرج هذا التعديل عن نطاق النزاع والوقائع التي حددها الخصوم ودون المساس بالبنیان الواقعي للخصومة، ويقصد بالتعديل ما لا يترتب عليه تغيير في أسباب الدعوى يؤدي إلى تناقض في الأسباب، أو ما اقتصر على مقدار الدعوى نقصاً دون الزيادة ودون ما يترتب عليه من تغيير في طبيعة الدعوى ووصفها لأن طبيعة الدعوى ووصفها يتوقفان على الأسباب والوقائع وذكر أسباب أو وقائع جديدة غير جائز⁴.

والتكييف لا يترتب عليه تغيير أو تعديل موضوع الدعوى، لأنه فقط يعطي الوقائع الواردة في لائحة الدعوى وصفها القانوني الصحيح، فإذا كان موضوع الدعوى إثبات ملكية ومنع معارضة

¹ نقض مدني رقم 253 لسنة 48 ق بتاريخ 1982 /5/6 قاعدة التشريعات المصرية.

² نقض مدني رقم 2006/14 بتاريخ 2007/7/8، عبد الله غزلان وآخرون، مرجع سابق 2008، ص314.

³ تمييز حقوق رقم 2004/3314 بتاريخ 2005/2/6، تمييز رقم 2006/29 بتاريخ 2006/6/29، تمييز 2006/947، بتاريخ 2006/6/13 منشورات مركز عدالة.

⁴ صلاح الدين الناهي، مبادئ التنظيم القضائي والتقاضي والمرافعات، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 1996، ص93.

في عقار، وأقر المدعى عليه في لائحته الجوابية بالملكية للمدعي وادعى أنه مستأجر للعقار أصبحت المسألة المختلف عليها الحق في منفعة العقار.

وتكييف الوقائع تكييفاً صحيحاً، يختلف عن تغيير الوقائع أو التغيير في الأسباب، وعلى القاضي أن يقوم بعملية تكييف الوقائع أولاً ليوقف على مدى صحة تكييفها من قبل الخصوم، لما لذلك من أثر على سير الخصومة وصحة الإجراءات من حيث الاختصاص والاثبات، فقد يكون موضوع الدعوى كما أورده المدعي في لائحة الدعوى منع معارضة في منفعة عقار وكانت الوقائع تؤكد أن ما يطلبه المدعي حقيقة هو إثبات ملكية العقار، فما من شك أن لذلك أثر على تحديد المحكمة المختصة وأثر على تحديد وسيلة الإثبات، وكل ذلك يسهل اجراءات الخصومة ويقتصد من إجراءاتها.

ثانياً: سلطة القاضي في الحكم بالطلب الضمني أو المفترض

من صميم عمل القاضي تطبيق القانون، وبث الروح في النص القانوني من خلال تطبيقه فإذا وجد نقص في التشريع، فإنه يسدُّ هذا النقص حسبما تمليه عليه مقتضيات العمل القضائي فالقاضي وإن كان يرتكز في عمله إلى الوضعية القانونية - أي الإلتزام بالنصوص القانونية- إلا أن عليه ألا يتردد في الخروج على هذه الوضعية، لتكملة النقص أو الخطأ أو الغموض الذي قد يكتنف هذه النصوص، وعليه ألا يغالي في الإلتزام بالشكلية التي تفرضها النصوص في بعض الأمور الإجرائية على حساب المضمون، فتطبيق القانون يجب أن يكون في نطاق المبادئ القانونية العامة وعلى رأسها إقامة العدل، ذلك أن فكرة العدل تتجاوز مفهوم القانون¹.

أشرنا سابقاً إلى أن الطلب القضائي قد يعتره الغموض أو النقص أو أن الصيغة التي يستخدمها المدعي غير معبرة عن حقيقة طلبه، بحيث تترك لدى القاضي شكاً حول المضمون الدقيق لما يطلبه، ومثال ذلك أن يطلب المدعي فسخ العقد دون أن يتضمن طلبه إزالة كل ما يترتب على هذا العقد من نتائج أو آثار، فإزالة آثار العقد ونتائجه من مفترضات فسخه سيما أن القضاة في كثير من الأحيان يضمنون منطوق الحكم ما تضمنه الطلب وبذات الصيغة فما هو

¹ عزمي عبد الفتاح، واجب القاضي في تحقيق المواجبة، مرجع سابق، ص13-14.

دور القاضي حيال ذلك؟ وهل له أن يحكم بالطلب الضمني أو المفترض علماً أنه ليس للقاضي أن يحكم بما لم يطلبه الخصوم أو بأكثر مما طلبوه؟

للإجابة على هذا التساؤل لا بد من الإشارة لبعض النصوص الواردة في قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية، التي يمكن من خلالها الإجابة على هذا التساؤل، إذ نصت المادة (164) من قانون الأصول على أنه "لا يجوز لأية محكمة أن تمتنع عن إصدار حكم في دعوى منظورة أمامها بسبب عدم وجود نص قانوني أو غموض فيه".

ومن ذلك يتضح أن على القاضي الحكم في الدعوى وإن لم يجد نصاً ينطبق على الوقائع أو أن النص كان غامضاً وذلك بتكملة النقص باللجوء إلى قواعد التفسير أو قوانين ذات علاقة والعلّة من ذلك أنه ما دام تم اللجوء لحل النزاع إلى القضاء فعليه أن ينهيه إما بالصلح أو الحكم فيه، فإذا كان القانون منح القاضي وفق النص المذكور سلطة الحكم حتى في حالة عدم وجود النص، فمن باب أولى وعلى الرغم من الفرق بين الحالتين أن يكون له أن يحكم في حالة النقص في صياغة الطلب أو بعض الغموض فيه، وذلك للأسباب الآتية:

- 1- أن العلة واحدة في الحالتين ألا وهي تحقيق العدالة.
- 2- أن الحكم القضائي يفترض فيه أنه عنوان الحقيقة وأن الحقيقة يجب أن تكون شاملة ومنهية لكافة جوانب النزاع وإلا كان الحكم ناقصاً يعتريه القصور.
- 3- أن العبرة للمقاصد والمعاني لا للألفاظ والمباني، وأن على القاضي أن يبحث عن المقصد الحقيقي من العبارات المستخدمة في الطلب وتفسيرها بما يتفق والقصد الحقيقي من الألفاظ الواردة فيه¹.

أما إذا كان الغموض يؤدي إلى التجهيل بالمقصود من الطلب أو الغموض في وقائع الدعوى فيجب على القاضي أن يكلفه بتوضيح دعواه وإلا ردها للجهالة، وفي ذلك قضت محكمة النقض الفلسطينية "للمحكمة أن تكلف الخصم المعني أي المدعي بالنسبة للاتحة الدعوى والمدعى عليه بالنسبة للاتحة الجوابية توضيح لاثحته وإزالة الغموض فيها قبل الشروع في نظر الدعوى"².

¹ وهذا ما ذهب إليه القضاء الفرنسي، ويبدو أن محكمة النقض المصرية تأخذ به أيضاً للمزيد أنظر آدم النداوي، مرجع سابق، ص222-225.
² نقض مدني رقم 2011/263 بتاريخ 2012/5/21 منظومة القضاء والتشريع (المقتفي).

الفرع الثالث: سلطة القاضي في تقدير نطاق الطلب الأصلي من حيث السبب

تعتبر فكرة السبب من أهم الأفكار في قانون الأصول، لما تثيره من جدل بسبب ما يعترتها من غموض في كونها فكرة قانونية أم واقعية، ولذلك آثار تتعلق بمدى سلطة القاضي في تعديل سبب الدعوى.

وتعددت الاتجاهات الفقهية حول تحديد الأساس القانوني لفكرة السبب¹:

فالاتجاه الأول: يرى أن السبب هو فكرة قانونية أو هو القاعدة القانونية أو النص القانوني الذي يستند إليه الخصم تأييداً لطلبه².

وينضوي تحت هذا الاتجاه من يرى أن السبب هو المبدأ القانوني الذي قد يوجد في أكثر من نص، فقد يستند الحكم إلى نص يختلف عن ذلك الذي استند إليه الخصوم، وأيضاً أن سبب الدعوى هو التكييف القانوني الذي يسبغه الخصوم على الواقعة أو التصرف الذي يكون أساس ادعائهم أي أن تكييف الخصوم للواقعة أو التصرف جزء من مكونات السبب.

أما الاتجاه الثاني: فيذهب إلى أن السبب هو مجموع الوقائع التي يستند إليها المدعي دون النظر إلى تكييفه لهذه الوقائع باعتبار مسألة التكييف من اختصاص القاضي، ودون النظر إلى النص القانوني الذي استند إليه.

وقد جاءت الإشارة إلى هذه الاتجاهات لما للترقية بينها من أهمية في تحديد مدى سلطة القاضي من فكرة السبب، فالإتجاه الأول يذهب إلى تقييد سلطة القاضي، وتجريده من القدرة على الخروج عن النطاق القانوني الذي حدده الخصوم لدعواهم، لأن القاضي بحسب هذا الإتجاه لا يجوز له تطبيق نص من نصوص القانون يختلف عن النص الذي تمسك به الخصوم تأييداً لطلباتهم، لأن في ذلك تغيير لسبب الدعوى وهو ما لا يجوز بحسب هذا الإتجاه، مما يؤدي إلى هدر دور القاضي، ويجسد الفكرة التي كانت سائدة من أن الدعوى ملك لأطرافها يسيرونها بالطريقة التي تخدم مصالحهم، وأن القاضي ما هو إلا حكم يراقب النزاع ويسجل الأهداف.

¹ للمزيد حول فكرة السبب، آدم وهيب النداوي، سلطة المحكمة المدنية في تعديل نطاق الدعوى، مرجع سابق، ص 244-334.
² وهو الإتجاه الذي سار عليه المشرع الفرنسي.

أما الاتجاه الذي يرى أن السبب فكرة واقعية فهو يمنح القاضي دوراً أكثر إيجابية، وهذا الاتجاه يعتبر تجسيداً لفكرة أساسية ألا وهي أعطني الواقع أعطك القانون، فالخصوم يقدمون الوقائع تأييداً لدعواتهم وطلباتهم والقاضي يلتزم بعدم الخروج عليها أو الإضافة إليها، إلا أن تطبيق القاعدة القانونية المناسبة للوقائع المعروضة أمر متروك للقاضي دون التقيد في ذلك بإرادة الخصوم، فالسبب الممتنع على القاضي تغييره هو مجموع الوقائع التي عرضها الخصوم دون النصوص أو التكييفات التي عرضها الخصوم، ذلك أن للقاضي تطبيق النص الذي يراه مناسباً، وأن يعيد التكييف حسبما يراه دون النظر إلى تكييف الخصوم¹.

في تقديري أن الاتجاه الثاني الذي يذهب إلى اعتبار السبب فكرة واقعية، هو الأجدر بالاتباع كونه يمنح القاضي دوراً أكبر في الخصومة المدنية، وهو أكثر واقعية ذلك أن الواقع يدخل ضمن عمل الخصوم والقانون يدخل في مهمة القاضي.

لكن التساؤل أين يقف المشرع والقضاء الفلسطيني من فكرة السبب؟ هل أخذ بها على أساس أنها فكرة قانونية أم واقعية؟

هناك من يعرف السبب على أنه الأساس القانوني الذي تبنى عليه الدعوى أي منشأ الالتزام سواء أكان عقداً أم إرادة منفردة أم عملاً غير مشروع أم إثراء بلا سبب أم نص القانون²، ويؤخذ على هذا التعريف أنه لم يحدد فكرة السبب بتمييز القانون عن الواقع، وإنما جاء بتعريف عام فنص القانون يمكن أن يكون سبباً حسب هذا التعريف، بينما جاء موقف القضاء المصري أكثر وضوحاً إذ تقول محكمة النقض المصرية "إن سبب الدعوى هو الواقعة التي يستمد منها المدعي الحق في الطلب، وهو لا يتغير بتغير الأدلة الواقعية أو الحجج القانونية"³.

وقضت محكمة التمييز الأردنية "أن السبب القانوني للدعوى هو الفعل الذي تولد منه الحق المدعى به أي الفعل المعتبر في القانون أساساً لاكتساب الحق في المطالبة بالشيء المراد الحصول عليه"⁴.

¹ آدم النداوي، مرجع سابق، ص 266.

² أحمد أبو الوفاء، المرافعات المدنية والتجارية، مرجع سابق، ص 380.

³ طعن رقم 676 لسنة 43 ق، بتاريخ 1982/1/26 قاعدة التشريعات المصرية.

⁴ تمييز حقوق رقم 87/246 بتاريخ 1987/3/23. تمييز حقوق رقم 2004/130 بتاريخ 2004/4/29 منشورات مركز عدالة.

وتبنت محكمة النقض الفلسطينية هذا التحديد لفكرة السبب، إذ قضت "بأن السبب القانوني للدعوى هو الفعل الذي يولد عنه الحق المدعى به أي الفعل المعتبر في نظر القانون أساساً لاكتساب الحق في المطالبة بالشيء المراد الحصول عليه في الدعوى"¹.

يتضح من ذلك أن الفعل المقصود هو الواقعة التي نشأ عنها سبب الدعوى، وهو بذلك أخذ بالرأي الراجح من أن سبب الدعوى هو مجموع الوقائع القانونية التي تؤدي إلى منح الحماية القضائية وليس القاعدة القانونية المجردة، وهذا يتفق مع موقف الفقه الأردني الذي ذهب إلى أن المقصود بوقائع الدعوى الأمور الواقعية التي نشأت عنها أسبابها².

وفي سياق متصل، ورد في نص المادة (124)³ من قانون المرافعات المصري الذي اقتبس عنه نص المادة (97) من قانون الأصول الفلسطيني فقرة لم يتناولها القانون الفلسطيني، وهي أن للمدعي أن يقدم من الطلبات العارضة ما يتضمن إضافة أو تغييراً في سبب الدعوى مع بقاء موضوع الدعوى الأصلي على حاله، والفرض هنا أن موضوع الطلب لم يتغير وأن التغيير منصب على السبب، كأن يطالب شخص بملكية عقار على أنه اشتراه، ثم يطالب بملكية العقار ذاته بناء على سبب آخر كالميراث.

وهنا لا بد من التساؤل: ما دام المشرع قد سمح بتعديل موضوع الدعوى إذا استجدت وقائع جديدة وسمح أيضاً بتعديل نطاق الدعوى من حيث أشخاصها بالتدخل والاختصاص، فلماذا لم يأخذ بما أخذ به القانون المصري في الفقرة المشار إليها، بمنح المدعي إمكانية إضافة أو تغيير سبب دعواه، وللإجابة على ذلك لا بد من مناقشة حالتين والترجيح بينهما:

¹ نقض مدني رقم 2006/98، عبد الله غزلان مجموعة الأحكام القضائية والمبادئ القانونية الصادرة عن محكمة النقض الفلسطينية، ج3، رام الله، 2007، ص310. وقد كان المشرع الفرنسي يأخذ بالسبب على أنه فكرة قانونية ومن ثم عاد ورفض كل نظرية تضع السبب في قالب قانوني، وهذا يفهم من خلال بعض نصوص القانون الفرنسي وهو أيضاً ما سار عليه المشرع العراقي، للمزيد أنظر نداوي، مرجع سابق، ص246.

² مفلح القضاة، مرجع سابق، ص194.

³ تنص المادة 124 من قانون المرافعات المصري للمدعي أن يقدم من الطلبات العارضة:

- 1- ما يتضمن تصحيح الطلب الأصلي أو تعديل موضوعه لمواجهة ظروف طرأت أو تبينت بعد رفع الدعوى.
- 2- ما يكون مكملاً للطلب الأصلي أو مترتباً عليه أو متصلاً به إتصلاً لا يقبل التجزئة.
- 3- ما يتضمن إضافة أو تغييراً في سبب الدعوى مع بقاء موضوع الدعوى الأصلي على حاله.
- 4- الأمر بإجراء تحفظي أو وقتي.
- 5- ما تأذن المحكمة بتقديمه مما يكون مرتبطاً بالطلب الأصلي.

= كذلك ورد النص على هذه الحالة في المادة 115 من قانون أصول المحاكمات الأردني. وهو ما جاء في النص الفلسطيني م (97) باستثناء الفقرة الثالثة من المادة 124 من القانون المصري.

الحالة الأولى: النص الصريح على حق المدعي في طلب تغيير سبب الدعوى أو إضافة أسباب جديدة، وإن كان في ذلك اختصار للإجراءات ويحول دون صدور أحكام متناقضة وعدم تكرار رفع الدعوى بنفس الموضوع وبين نفس الخصوم¹، إلا أن منح المدعي مثل هذا الحق يعني أن يبقى المدعى عليه مهدداً طيلة فترة الخصومة بإمكانية إثارة أسباب جديدة لم تكن في حسبانته سيما وأنه يكون قد أعد دفاعه ودفوعه بناءً على ما أبداه المدعي من أسباب في طلبه الأصلي هذا من جهة، ومن جهة أخرى لا يجوز أن يكافأ المدعي على إهماله سيما وأن عليه أن يقيم دعواه متوخياً الوضوح والدقة قدر الإمكان، وليس للقاضي أو الأطراف أن يغيرا موضوع الدعوى فمن غير الجائز استبدال موضوعها أو سببها، وبالتالي وحيث إن منح المدعي إضافة أسباب جديدة، إنما يتضمن إ دعاءً جديداً جديراً بأن يتقدم به بالإجراءات المعتادة لإقامة الدعوى لا أن تضاف أسباب إلى أسباب تؤدي إلى إرباك الخصومة وتخبط الخصوم.

الحالة الثانية: عدم النص الصريح على حق المدعي في ذلك، وهو ما أخذ به القانون الفلسطيني حيث لم يتضمن النص على هذه الحالة، وما دنا قد خلصنا إلى نتيجة مفادها أن الحالات التي أوردها المشرع في المواد (97، 98) لم تكن على سبيل الحصر وإنما على سبيل المثال، وما دام أن القاضي هو الذي يقدر الارتباط في غير الحالات التي حددها المشرع ومجموعة الأفكار المشار إليها كالتصحيح والتعديل والتكملة وغيرها، فإنه لا يوجد ما يمنع وبحسب القانون الفلسطيني من التقدم بمثل هذا الطلب، سيما وأن النص جاء في الفقرة الرابعة من المادة (97) بالسماح بتقديم ما تأذن المحكمة بتقديمه من الطلبات، ثم أن الحكمة من الطلب العارض أياً كان مبرره سواء كان بخصوص الموضوع أو الأطراف أو السبب إنما هو لإختصار الإجراءات ولكي لا يضطر الخصم لإقامة أكثر من دعوى.

وفي الترجيح بين الحالتين، أرى أن الأسباب التي تدعو إلى السماح للمدعي بتغيير سبب الدعوى أو إضافة سبب جديد أجدراً بالإعتبار شريطة عدم التناقض بين الأسباب وذلك استناداً لنص المادة (4/97) من قانون الأصول الفلسطيني والتي جاء فيها "ما تأذن المحكمة بتقديمه مما يكون مرتبطاً بالطلبات الواردة في لائحة الدعوى" ذلك أن المشرع الفلسطيني وجد في هذا النص ما يغني عن النص صراحة على السماح للمدعي بالاضافة أو التغيير، ومثال ذلك أن

¹ نداوي، مرجع سابق، ص148.

يكون موضوع الدعوى اخلاء مأجور لعدم دفع الأجرة، يمكن إضافة سبب جديد كالإضرار بالمأجور طالما أن موضوع الطلب الأصلي هو اخلاء المأجور، وهو ما لم يكن متاحاً حسب القانون القديم.

المطلب الثالث: سلطة القاضي في تقدير شروط قبول الإدعاء

الطلب الأصلي هو (الإدعاء الوارد في صحيفة الدعوى) وتتعد به الخصومة، وما يهمننا هو الادعاء ذاته وليس الورقة التي تحمله من حيث شكلها أو الشروط الشكلية أو البيانات الواجب توافرها، وإنما المقصود هو تقدير القاضي لشروط قبول الإدعاء من حيث المصلحة والشروط الواجب توافرها في المصلحة من حيث كونها قانونية شخصية ومباشرة قائمة وحالة، وهناك من يضيف بأن تكون المصلحة معلومة وممكنة¹، فالقاعدة أن لا دعوى بلا مصلحة فهي مناط الدعوى² كما تقول محكمة النقض المصرية في العديد من أحكامها.

ويقصد بالمصلحة الفائدة أو المنفعة التي يجنيها المدعي من التجائه للقضاء³، وأن القاضي عندما يبحث ويتحقق من شرط المصلحة إنما يبحث مسألة قانونية بحتة، ذلك أنه يبحث عن وجود أو عدم وجود قاعدة قانونية توجب حماية الحق المدعى به، وأن التحقق من توافرها يكون بإعمال القاعدة القانونية دون الفصل في موضوع الدعوى، فإذا وجد أن نوع المصلحة المبحوث عنها تحميه القاعدة القانونية فإن الدعوى تكون مقبولة، وبخلاف ذلك فإنها لا تقبل⁴.

نصت المادة (3/3) من قانون الأصول الفلسطيني على أنه "إذا لم تتوافر المصلحة وفقاً للفترتين السابقتين قضت المحكمة من تلقاء نفسها بعدم قبول الدعوى"، أي أن توافر المصلحة مسألة متعلقة بالنظام العام للقاضي التعرض لها من تلقاء نفسه وفي أية حالة تكون عليها الدعوى بل وفي أية درجة من درجات التقاضي، بينما نصت المادة (90) من قانون الأصول الفلسطيني على أنه "يجوز للمدعى عليه أن يدفع بعدم قبول الدعوى إستناداً إلى أي سبب يؤدي لعدم قبولها قبل الدخول في الأساس، ويكون القرار الصادر برد الطلب أو قبوله قابلاً للإستئناف"، فالمصلحة وكما هو مستقر هي دفع بعدم القبول.

¹ عباس العبودي، شرح قانون أصول المحاكمات المدنية، مرجع سابق، ص 192.

² رمضان كامل، بطلان صحيفة الدعوى، ط3، مكتبة الألفي القانونية، (د.م)، 1997، ص 30.

³ تكرر، مرجع سابق، ص 259.

⁴ محمد خليل أبو بكر، دفع عدم القبول "ونظامها الإجرائي"، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 1996، ص 75.

والفرق بين إثارة هذا الدفع قبل الدخول في أساس الدعوى والتمسك به بعد ذلك، أنه في الحالة الأولى يكون القرار قابلاً للاستئناف مباشرة وفي الحالة الثانية لا يجوز الطعن فيه بالاستئناف إلا مع الحكم الفاصل في الدعوى.

ويبدو أن هناك تناقضاً بين نص المادة (90) ونص المادة (89) من قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية، إذ نصت المادة (89) على أنه "يجب على الخصوم تقديم طلباتهم ودفعهم مرة واحدة قبل الدخول في أساس الدعوى"، وهذا النص حسبما يرى البعض¹، جاء مطلقاً ولم يرد في النصوص اللاحقة ما يقيدده، فكيف إذن يمكن القول بجواز التمسك بالدفع بعدم القبول استناداً للمادة (90) من قانون الأصول بعد الدخول في الأساس وبذات الوقت يطلب من الخصوم ابداء دفعهم مرة واحدة قبل الدخول في الأساس سنداً لأحكام المادة (89) من قانون الأصول.

ونستعرض سلطة القاضي في تقدير المصلحة من خلال ثلاثة فروع:

الفرع الأول: تقدير القاضي لقانونية المصلحة

ورد النص على المصلحة وأوصافها في المادة الثالثة من قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية الفلسطيني "1- لا تقبل دعوى أو طلب أو دفع أو طعن لا يكون لصاحبه مصلحة قائمة فيه يقرها القانون 2- تكفي المصلحة المحتملة إذا كان الغرض من الطلب الاحتياط لدفع ضرر محقق أو الاستيثاق لحق يخشى زوال دليله عند النزاع فيه"².

وبحسب النص لا بد من توافر المصلحة في أي ادعاء يطرح على القاضي، وهو الذي يقوم بتقدير توافر تلك المصلحة من عدمه، وأوجب النص أن تكون المصلحة قانونية من خلال ما جاء في النص بالقول يقرها القانون، ولتكون المصلحة قانونية لا بد من وجود نص قانوني يحميها ويقر بوجودها، فإذا كانت المصلحة لا تستند إلى نص قانوني فإنها لا تصلح لإقامة الدعوى³.

¹ تكرر، مرجع سابق، ص439.

² وقد ورد النص عليها في المادة 3 من قانون المرافعات المصري والمادة 3 من قانون أصول المحاكمات المدنية الأردني.

= بينما لم يرد في قانون أصول المحاكمات الحقوقية الملغى نص مماثل.

³ محمد عبد الله الظاهر، شرح قانون أصول المحاكمات المدنية، ط1، (د.ن)، (د.م)، 1997، ص29.

وكما يجب أن تتوافر المصلحة في الإدعاء؛ يجب أن تتوافر أيضا في الطلب والدفع والطعن¹، ويجب توافر المصلحة في الدعوى منذ إقامتها لحين صدور حكم فيها فإذا زالت المصلحة خلال مباشرتها يحكم بعدم قبولها².

ويتحقق القاضي من توافر قانونية المصلحة من خلال أدوات ثلاث هي: القاعدة الموضوعية التي تحمي الحق، والقاعدة الإجرائية التي تحدد شروط الإدعاء، والنشاط الذهني الذي يقوم به القاضي³، بفحص الوقائع وتكييفها والبحث عن القاعدة القانونية التي توفر الحماية لنوع المصلحة المستخلصة من تلك الوقائع.

وبحسب الترتيب الذي يسوقه أحد الفقهاء⁴، فإن القاضي يتحقق من وجود الحق الموضوعي أو المركز القانوني الذي يحميه القانون من خلال فحص الوقائع، وأنه يشترط لوجود الحق وجود قاعدة قانونية تحمي مصلحة من النوع الذي يتمسك به المدعي، وهي مسألة قانونية موضوعية يبحثها القاضي بصورة مجردة، فإذا لم توجد القاعدة القانونية فلا ينشأ الحق في الدعوى ويضيف يشترط لقيام الحق في الدعوى ثبوت وقائع معينة تنطبق عليها القاعدة القانونية المجردة وهي مسألة واقعية تبحث في الحالة المحددة التي يطرحها المدعي على القاضي، وأن المسألة القانونية المجردة تعرض قبل المسألة الواقعية، لأنه إذا لم توجد القاعدة المدعاة، فلا معنى لإثبات الوقائع التي تنطبق عليها هذه القاعدة⁵.

وفي تقديري صحيح أن توافر المصلحة مرهون بوجود القاعدة القانونية التي تحمي نوع المصلحة المطروحة في الادعاء، إلا أنني لا أقر بهذا الترتيب لعملية التقدير التي يقوم بها القاضي، فالقاضي عندما يقوم بعملية التقدير هذه عليه أولاً: القيام بالنشاط الذهني وذلك من خلال تشخيص الوقائع المعروضة عليه وما إذا كانت من النوع الذي يوفر له القانون الحماية أي تكييف الوقائع المطروحة دون بحثها من خلال صياغة الادعاء المطروح وثانياً: التحقق من صحة هذه الوقائع وثالثاً: البحث عن توافر المصلحة في هذه الوقائع من عدمه من خلال البحث عن القاعدة الموضوعية التي توفر الحماية لهذه المصلحة، ذلك أن العمل القضائي

¹ رمضان كامل، مرجع سابق، ص31.

² محمد خليل أبو بكر، مرجع سابق، ص38.

³ نبيل إسماعيل عمر، سلطة القاضي التقديرية في المواد المدنية والتجارية، مرجع سابق، ص363.

⁴ نبيل إسماعيل عمر، المرجع السابق، ص364.

⁵ نبيل إسماعيل عمر، المرجع السابق، ص364.

بتكليف الواقع وتطبيق القانون يمر بثلاث مراحل، مرحلة تقدير وقائع الدعوى والتحقق منها على فرض ثبوتها ومرحلة التكليف القانوني لهذه الوقائع، ثم تطبيق النتائج المستخلصة من القاعدة القانونية على وقائع الدعوى¹.

فإذا تبين له أن الادعاء يتضمن المطالبة بدين قمار مثلاً، فإن الادعاء يكون غير مقبول كون المصلحة هنا ليست قانونية ولا يوجد نص قانوني يحميها، وكذلك الأمر بالنسبة للمصلحة الاقتصادية كالمنافسة التجارية وإن توافرت المصلحة إلا أنها اقتصادية وليست قانونية.

إذن، يمكن القول ببساطة أن عملية التقدير التي يقوم بها القاضي للتحقق من توافر قانونية المصلحة تتمثل في فحص وقائع الادعاء بصورة سطحية ليتعرف نوع المراكز القانونية المتنازع عليها، ثم يقوم بتكليف النزاع أي تصنيفه من بين المراكز المادية، ومن ثم إدخاله ضمن إحدى طوائف المعرفة القانونية المتعارف عليها، هل النزاع عقدي أم تقصيري أم إثراء بلا سبب...الخ².

فإذا وجد أن القاعدة المحتمل إنطباقها على النزاع تحمي نوع المصلحة التي خلص إلى أنها متوافرة في الوقائع المعروضة قبل الإدعاء وإلا رده، إلا أن النشاط الذي يقوم به القاضي بصدد الواقع أو القانون في هذه المراحل جميعها لا يتضمن فصلاً في مسائل الواقع أو في أصل الحق فهو في هذه المرحلة لم يصل إلى الكشف عن المراكز القانونية ولم يزيل تجهيل المراكز القانونية بصدد الواقع المعروض عليه، فهو لم يبحث الواقع ولم يحقق فيه ولم يحسم المسائل المتعلقة به ومن جهة أخرى فإن بحثه في مجال القانون هنا لا يتضمن تطبيقاً لحكم القاعدة القانونية على الوقائع، وإنما يبحث في هذه المرحلة فقط في قبول هذه الوقائع، ولا يحسم مسائل القانون في الكشف عن المراكز القانونية الموضوعية المتعلقة بأصل الحق³.

يمكن القول أن مهمة القاضي في هذه المرحلة تشبه إلى حد كبير مهمة قاضي الأمور المستعجلة في تبين احتمالية وجود الحق بتلمس ظاهر البيئة دون المساس بأصل الحق، أو الفصل في موضوع الدعوى.

¹ هادي الكعبي، الأثر الإجرائي للواقع والقانون في تحديد وصف محكمة التمييز "دراسة مقارنة"، كلية القانون، جامعة بابل، بحث غير منشور.

² نبيل إسماعيل عمر، سلطة القاضي التقديرية في المواد المدنية والتجارية، مرجع سابق، ص367.

³ نبيل إسماعيل عمر، المرجع السابق، ص369.

ومن ثم؛ فإن القاضي بعد أن ينتهي من بحث الوقائع المعروضة عليه والبحث عن القاعدة القانونية، يخلص إلى قبول الادعاء أو عدم قبوله، وهو هنا يستند إلى القاعدة الإجرائية التي تقول لا تقبل دعوى أو طلب أو دفع أو طعن لا يكون لصاحبه مصلحة قائمة يقرها القانون.

الفرع الثاني: تقدير القاضي للمصلحة الشخصية المباشرة

وهي ما يعبر عنه بالصفة في الدعوى¹، ففي حين يرى البعض أنه لا بد لقبول الادعاء من توافر شرطي المصلحة والصفة في الدعوى²، أي أن المصلحة والصفة في كفتي ميزان علماً بأن الصفة هي وصف من أوصاف المصلحة في كونها شخصية ومباشرة، أي أن يكون رافع الدعوى هو صاحب الحق المزعوم أو المركز القانوني المراد حمايته³، فإن هناك من يرى فيها الشرط الوحيد لقبول الدعوى⁴، والمقصود بالصفة المصلحة الموضوعية أن ترفع الدعوى من ذي صفة على ذي صفة، أي من يدعي استحقاقه للحماية في مواجهة من يراد الاحتجاج عليه بها⁵.

إلا أن القانون قد يعترف بالصفة في الدعوى لشخص آخر كالولي أو الوصي، وكذلك يسمح بالصفة الإجرائية لأي شخص يمثل شخصاً آخر في الدعوى كالوكيل، وعلى القاضي أن يميز ما بين الصفة كشرط لنشأة الحق في الدعوى والصفة الإجرائية⁶، فالصفة في الدعوى تتعلق بالحق في الدعوى أما الصفة الإجرائية فتتعلق بالإجراءات في الخصومة⁷، وقد يعترف لهيئات بالصفة في الدعوى دفاعاً عن مصلحة جماعية⁸.

وعلى القاضي أيضاً التحقق من صفة الممثل القانوني، وفي ذلك تقول محكمة التمييز الأردنية "إن الخصومة من النظام العام وعلى المحكمة التثبت من صحتها وصحة تمثيل المدعى عليه"⁹.

إذن يشترط لقبول الدعوى أن تكون للمدعي والمدعى عليه صفة في الدعوى أي أن تنسب الدعوى إيجاباً لصاحب الحق وهو المدعي وسلباً لمن يوجد الحق في مواجهته وهو المدعى

¹ نبيل عمر، سلطة القاضي التقديرية في المواد المدنية والتجارية، مرجع سابق، ص372. تكرر، مرجع سابق، ص261.

² رمضان كامل، مرجع سابق، ص25. احمد ابو الوفاء، المرافعات المدنية والتجارية، مرجع سابق، ص124.

³ عوض الزعبي، مرجع سابق، ص451. محمد الطعاني، مرجع سابق، ص47.

⁴ نبيل إسماعيل عمر، مرجع سابق، ص375.

⁵ محمد إبراهيم الشريدة، حق الدفاع أمام القضاء المدني، دار الكتاب الحديث، القاهرة، 2009، ص23.

⁶ فتحي والي، الوسيط في قانون القضاء المدني "قانون المرافعات المدنية والتجارية"، مطبعة جامعة القاهرة، ص79.

⁷ نبيل عمر، مرجع سابق، ص374.

⁸ رمضان كامل، مرجع سابق، ص57. وجدي راغب، مبادئ الخصومة المدنية، ط1، دار الفكر العربي، القاهرة، (د.س)، ص148.

⁹ تمييز 93/864. محمد خالد ويوسف خالد، الإجتهد القضائي "المبادئ القانونية لمحكمة التمييز الأردنية في المواد المدنية والتجارية"، ج6، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2000، ص1599.

عليه¹، وهو ما نصت عليه المادة الثالثة من قانون الأصول " .. لصاحبه مصلحة فيه يقرها القانون"، بمعنى أنه يلزم توافر الصفة الموضوعية لطرفي الدعوى²، وقد قضت محكمة النقض المصرية بأن "استخلاص الصفة الموضوعية هو من قبيل فهم الواقع فيها وهو مما يستقل به قاضي الموضوع وحسبه أن يبين الحقيقة التي اقتنع بها وأن يقيم قضاءه على أسباب سائغة تكفي لحمله"³.

وقد تبرز مشكلة تحديد من هو صاحب الصفة في الدعوى في حالة تعدد أطراف الدعوى⁴ بأن كان هناك أكثر من مدع ومدعى عليه، فهل يشترط أن يكون جميعهم أصحاب صفة في الدعوى أم يكفي واحد منهم للقول بتوافر الصفة، كما هو الحال في تعدد الورثة سواء كانوا مدعين أم مدعى عليهم، وعادة ما يتولى المشرع هذه المهمة بأن يحدد من له صفة في رفع الدعوى، كما هو الحال في الدائنين بالتضامن أو المدينين بالتكافل والتضامن.

أما إذا سكت المشرع فعلى القاضي أن يحدد طبيعة الدعوى ومن توافرت له الصفة منهم مما يستدعي منه بحث مسائل لها علاقة بأصل الحق، ومن ثم تحديد ما إذا كانت الدعوى دعوى إلزام، كما هو الحال في الدعوى التي ترفع من الدائن على مدينه والكفيل لإلزامهما بأداء مبلغ الدين المطالب به، فعلى القاضي هنا أن يبحث في أصل الحق ليرى وجه إلزام الكفيل بالأداء من خلال بحث الرابطة القانونية الموضوعية المولدة لهذا الإلزام⁵، والتي قد تكون سند دين أو عقد قرض، أو دعوى مقررة أو منشئة تتعلق برابطة قانونية واحدة، فنشأة الحق في الدعوى يجب أن تكون من جميع أطراف الرابطة القانونية وعلى جميع أطرافها.

إن القاضي وهو يبحث عن الصفة لا يفصل في ادعاء وإنما يفصل في وجود أو عدم وجود المصلحة الشخصية في مباشرة هذا الإدعاء أي الصفة، بحيث يكون المركز القانوني لرافع الدعوى متطابقاً مع المركز القانوني للمدعى صاحب الحق، وأيضا تطابق بين المركز القانوني

¹ رمضان كامل، مرجع سابق، ص57. نبيل اسماعيل عمر، السلطة التقديرية للقاضي المدني، ص372. محمد الطعاني، مرجع سابق، ص47.

² محمد ابراهيم الشريدة، مرجع سابق، ص23. ابراهيم الشريعي، الصفة في الدفاع أمام القضاء المدني، (د.ن)، القاهرة، 2008، ص22 وما بعدها.

³ نقض مدني، طعن رقم 1069 لسنة 56 بتاريخ 87/6/20 مشار إليه لدى محمد شريدة، المرجع السابق، ص23.

= ابراهيم الشريعي، الصفة في الدفاع أمام القضاء، مرجع سابق، ص23.

⁴ نبيل اسماعيل عمر، مرجع سابق، ص372.

⁵ نبيل اسماعيل عمر، المرجع السابق، ص273.

للمعتدي على هذا الحق والمركز القانوني للمدعى عليه¹، أي أن تكون هناك صفة للمدعي والمدعى عليه في الدعوى².

إن تقدير القاضي لقيام الصفة في الدعوى يتم من خلال عدة أبحاث³:

1- بحث المراكز القانونية الموضوعية للأطراف.

2- بحث الحقوق التي جهلت أو تعرضت للاعتداء.

3- بحث القواعد القانونية التي تحمي هذه الحقوق.

4- بحث مدى الاعتداء على تلك الحقوق.

5- بحث المعتدي لتحديد.

ثم بعد عملية البحث هذه يقوم بنسبة الاعتداء للمدعى عليه أو عدم نسبته له، وما إذا كان هناك تطابق بين مركز المدعي والمركز القانوني الموضوعي والإجرائي لرافع الدعوى، وكذلك الأمر بالنسبة للمدعى عليه، فالقاضي في تقديره لتوافر الصفة في الادعاء إنما يبحث القواعد الموضوعية قبل الإجرائية ومن ثم يقوم بتحديد وترتيب الأثر الإجرائي اللازم لقبول الادعاء من عدمه.

وينتقل المركز القانوني للخصم في الخصومة بالخلافة شأنه شأن أي مركز آخر، وينتقل هذا المركز تبعاً لانتقال الحق أو المركز الموضوعي، على اعتبار أن الخصومة وإجراءاتها لا تعدو أن تكون وسيلة لحماية هذا الحق أو المركز الموضوعي، والخلافة فيها ترجع إلى الخلافة في الحق أو المركز الموضوعي⁴.

الفرع الثالث: تقدير القاضي للمصلحة القائمة والحالة

أي أن يكون قد تم الاعتداء على حق رافع الدعوى بالفعل، فيتحقق الضرر الذي يبرر الالتجاء إلى القضاء، أما إذا كانت المصلحة محتملة أي أن الضرر محتمل الوقوع، فالأصل أن

¹ نبيل اسماعيل عمر، مرجع سابق، ص375. محمد الطعاني، مرجع سابق، ص49.

² وجدي راغب، مرجع سابق، ص147.

³ نبيل اسماعيل عمر، مرجع سابق، ص375.

⁴ الشريدة، مرجع سابق، ص27.

الدعوى لا تقبل، إلا أن قانون الأصول الفلسطيني والقوانين المقارنة نصت على استثناء بالرغم من أن المصلحة فيها محتملة¹.

إذ نصت المادة (2/3) من قانون الأصول على أنه "تكفي المصلحة المحتملة إذا كان الغرض من الطلب الاحتياط لدفع ضرر محقق أو الاستيثاق لحق يخشى زوال دليله عند النزاع فيه" وخير مثال على ذلك دعوى إثبات التوقيع والطلبات المستعجلة²، ففي الحالتين هناك مصلحة محتملة، فالحالة الأولى تتحدث عن الاستيثاق لحق يخشى زوال دليله عند النزاع فيه بينما في الحالة الثانية فإن الغرض دفع ضرر محقق.

والحقيقة أن تسمية المصلحة بالمحتملة هنا تسمية مجازية، بمعنى أن الحق في حال الخشية عليه من الاعتداء أو تعرضه لخطر محقق، إنما تتوافر لصاحبه مصلحة في الحماية وهذه المصلحة قائمة وحالة³، وهنا لا بد من التمييز بين حالتين⁴:

- 1- إذا وقع الاعتداء بالفعل، فيكون الضرر قد تحقق بالفعل، وهنا يكون لصاحب الحق الذي لحقه الضرر اللجوء إلى القضاء.
- 2- إذا لم يقع اعتداء فعلي على حق المدعي، بل أن هناك خطراً حالاً ومحدقاً يتهدد هذا الحق، وهنا أيضاً تنشأ لصاحب الحق مصلحة قائمة وحالة في الوقاية من هذا الخطر المحقق الذي يتهدد الحق بضرر محتمل.

إن القاضي في تقديره لقيام المصلحة إنما يقوم ببحث عناصر الحق الموضوعي واحتمال تعرضه للضرر أو الخطر، ثم يبحث وبصورة مجردة عن القاعدة القانونية التي تحمي مثل هذا النوع من الحقوق، ثم يقارن بين الوقائع المطروحة وبين فرض القاعدة القانونية الموضوعية ليرى ما إذا كان حق المدعي معرضاً بصفة احتمالية للاعتداء عليه، وهنا عليه التأكد من أمرين: أ- قيام المصلحة اللازمة لنشأة الحق في الدعوى ب- احتمال وقوع ضرر في جانب المدعي

¹ أحمد ابو الوفا، المرافعات المدنية والتجارية، مرجع سابق، ص128.

² إذ تنص المادة 54 من قانون البيئات الفلسطيني رقم 4 لسنة 2001 على أنه "يجوز لمن بيده سند عرفي أن يختصم المنسوب إليه السند ليقر بأنه بخطه أو بإمضائه أو بختمه أو ببصمته، ولو كان الإلتزام الوارد به غير مستحق الأداء، ويكون ذلك بدعوى أصلية بالإجراءات المعتادة".

= كما وتنص المادة 102 من قانون الأصول على أنه "يجوز لمن يخشى حدوث ضرر محتمل من فوات الوقت أن يقدم طلباً إلى قاضي الأمور المستعجلة يطلب فيه إتخاذ إجراءات وقائية وفقاً لمقتضى الحال بما لا يمنع قاضي الموضوع من نظر الطلب تبعاً للدعوى الأصلية".

³ نبيل اسماعيل عمر، مرجع سابق، ص377.

⁴ وجدي راغب، مرجع سابق، ص125. عثمان التكروري، مرجع سابق، ص263. محمد الطعاني، مرجع سابق، ص50.

كل ذلك يتم دون أن يفصل في موضوع الدعوى، فإذا تبين له قيام المصلحة قبل الطلب أو الدعوى وإلا رفضه لتخلف شرط من شروط نشأته¹.

المبحث الثاني: سلطة القاضي في الطلبات العارضة

يمكن تعريف الطلب العارض بأنه ادعاء طارئ يرد على خصومة قائمة يكون من شأنها التأثير في نطاق هذه الخصومة موضوعاً أو سبباً أو أطرافاً²، والطلبات العارضة تقدم أثناء سير الخصومة، وقد ورد النص عليها في قانون الأصول الفلسطيني في المواد (96 - 100) في الفصل الأول من الباب السادس، والمتمثلة في طلبات الإدخال والتدخل وما يقدم من المدعي والمدعى عليه من طلبات أثناء سير الخصومة.

وسبق أن أشرنا إلى أن المدعي هو الذي يحدد نطاق الدعوى من حيث موضوعها وأطرافها وسببها³ بناء على ما يسرده من وقائع في لائحة الدعوى، وعلى القاضي من حيث الأصل أن يتقيد بالنطاق الذي رسمه الخصوم للطلب الأصلي، إلا أن مقتضيات العدالة أحياناً وحسن سير الخصومة تقتضي الخروج على هذا الأصل.

وبقراءة النصوص ذات العلاقة في قانون الأصول الفلسطيني والقوانين المقارنة لا سيما قانون الأصول المدنية الأردني نجد أن المادة (1/56) من القانون الفلسطيني تنص على "تكون لائحة الدعوى شاملة لجميع ما يحق للمدعي المطالبة به وقت إقامتها" كما ونصت المادة (97) على "للمدعي أن يقدم من الطلبات العارضة ما يتضمن تصحيح لائحة الدعوى أو تعديل موضوعها لمواجهة ظروف طرأت أو تبينت بعد إقامتها"⁴، وفي السياق ذاته نصت المادة (69) من قانون أصول المحاكمات الحقوقية الأردني لسنة 52 الملغى على أنه "لا يجوز أن تتضمن اللوائح الإضافية أية أسباب جديدة للدعوى أو أي إدعاء بأمر واقعية غير متفقة مع ما أوردته الفريق الذي قدمها في لائحته السابقة، إلا ما كان منها من قبيل التعديل شريطة أن لا يخرج هذا التعديل عن أسباب النزاع".

¹ نبيل عمر، مرجع سابق، ص378-397. طعاني، مرجع سابق، ص51.

² نبيل اسماعيل عمر، مرجع سابق، ص 395. عوض أحمد الزعبي، مرجع سابق، ص672. محمد الطعاني، مرجع سابق، ص73.

³ فتحي والي، الوسيط في قانون القضاء المدني، مطبعة جامعة القاهرة، القاهرة، 2002، ص457.

⁴ كما تنص المادة 67 من قانون الأصول الفلسطيني على أنه "إذا ظهرت وقائع جديدة تتعلق بالدعوى بعد إقامتها أو بعد تقديم اللائحة الجوابية المتضمنة إدعاءً متقابلاً يجوز لكل من المدعي والمدعى عليه أن يتقدم بها أثناء المحاكمة". وأما النص في القانون المصري فهو ذاته في القانون الفلسطيني.

ومن ذلك يتضح أن تعديل نطاق الدعوى جائز في القانون الفلسطيني والمقارن دون إضافة أسباب جديدة أو مخالفة الأسباب التي تضمنتها اللوائح الأصلية تؤدي إلى تناقض في الأسباب لكن ما هو المقصود بالتعديل؟

هناك من يرى¹ أن المقصود بالتعديل ما لا يترتب عليه تغيير في تكييف الدعوى وأسبابها وقد يكون ما اقتصر على مقدار الدعوى نقصاً دون الزيادة ودون ما يترتب عليه تغيير في طبيعة الدعوى ووصفها لأن طبيعة الدعوى ووصفها يتوقفان على الأسباب والوقائع وذكر أسباب ووقائع جديدة غير جائز، نظراً لصراحة نص المادة (69) من قانون أصول المحاكمات المدنية الأردني لسنة 1988 مستنداً في ذلك أيضاً إلى نص المادة (73) من ذات القانون التي قيدت الحق في تعديل الدعوى في الأحوال التي تقتضي ذلك التعديل، فأوجب أن يقتصر التعديل على تقرير الحقيقة المتنازع عليها دون أن يشمل هذا التعديل موضوع الدعوى بالزيادة عليه أو النقص فيه فيدخل في إطار تقرير المسائل الحقيقية محل النزاع².

بينما يذهب جانب آخر من الفقه واجتهاد القضاء إلى عدم جواز تعديل موضوع الدعوى سواء أكان ذلك من الأطراف أو من قبل القاضي بإستثناء الدعوى الحادثة³ (الطلبات العارضة) وهذا توجه محكمة التمييز العراقية في العديد من أحكامها التي قضت بأنه لا يجوز تغيير موضوع الدعوى من المطالبة بمبلغ إلى المطالبة بفسخ عقد، أو من المطالبة بمنع المعارضة إلى طلب الحكم بأجر المثل أو من طلب إثبات ملكية مغروسات إلى منع المعارضة فيها⁴، ففي الأمثلة المذكورة التغيير جوهري.

يمكن القول أن قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية رقم 2 لسنة 2001 يجيز تعديل موضوع الدعوى بخلاف قانون أصول المحاكمات الحقوقية الملغى، ومثال ذلك إذا كان موضوع الدعوى إثبات ملكية في عقار وأقر المدعى عليه في لائحته الجوابية بملكية المدعي للعقار ولكنه ادعى بأنه مستأجر، هنا يمكن أن تقدم لائحة دعوى معدلة يصبح فيها موضوع الدعوى منع معارضة في منفعة عقار، ولكن هذا لم يكن ممكناً في ظل القانون الملغى.

¹ صلاح الدين الناهي، مرجع سابق، ص93.

² صلاح الدين الناهي، المرجع السابق، ص93.

³ المادة 59 من قانون المرافعات العراقي التي نصت في فقرتها الثالثة على أن ليس للطرفين أن يزيدا على الدعوى بإستثناء الدعوى الحادثة، وفي فقرتها الثانية نصت على أن للطرفين تنقيص أو تعديل دعواهما.

⁴ آدم النداوي، مرجع سابق، ص200.

المطلب الاول: سلطة القاضي في تقدير طلبات الخصوم العارضة

نصت المادة (67) من قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية على أنه "إذا ظهرت وقائع جديدة تتعلق بالدعوى بعد اقامتها أو بعد تقديم اللائحة الجوابية المتضمنة ادعاءً متقابلاً يجوز لكل من المدعي والمدعى عليه أن يتقدم بها أثناء المحاكمة"، والملاحظ أن الهدف الذي يرمي إليه هذا النوع من الطلبات، هو الحد من تشعب النزاع بين أكثر من دعوى ولدى أكثر من قاض، مما يؤدي إلى زحم المحاكم بقضايا يمكن نظرها والحكم فيها بعدد أقل من الدعاوى يضاف إلى ذلك منع صدور أحكام متعارضة، وأيضاً حتى تكون حجية الأحكام أكثر شمولاً لكافة جوانب النزاع.

الفرع الأول: سلطة القاضي في تقدير طلبات المدعي الإضافية الخاصة

ورد النص على هذا النوع من الطلبات في المادة (97) بفقراتها الثلاثة الأولى¹ إذ تنص على أن للمدعي أن يقدم من الطلبات العارضة:

- 1- ما يتضمن تصحيح لائحة الدعوى أو تعديل موضوعها لمواجهة ظروف طرأت أو تبينت بعد إقامتها، كأن يتقدم المدعي بدعوى يطالب فيها بملكية عقار، ثم يتبين له أنه قد هلك أثناء نظر الدعوى، فله أن يصحح طلبه ويعدله إلى طلب الحكم بقيمة العقار.
- 2- ما يكون مكملاً للائحة الدعوى أو مترتباً عليها أو متصلاً بها إتصلاً لا يقبل التجزئة كأن يغفل المدعي المطالبة بالفائدة في دعوى مطالبة بدين، فله أن يتقدم بطلب عارض للحكم بها.
- 3- طلب الأمر بإجراء تحفظي أو وقتي، كالحجز الإحتياطي أو تعيين قيم، إذا قدم بالتبعية للدعوى الأساسية.

أورد المشرع ذكراً لحالات محددة يحق للمدعي تقديم الطلب العارض بخصوصها كي لا يترك الأمر لمطلق حريته في تقديم ما يشاء، مما يجعل الخصومة المدنية في حالة من الفوضى يصعب السيطرة عليها، هذا من جهة ومن جهة أخرى فإن تحديدها على النحو المذكور لا يعني أنها واردة على سبيل الحصر ولا مجال لتقديم غيرها، بل أنها قد وردت على سبيل المثال²

¹ ورد في قانون المرافعات المصري والأصول الأردني النص على حالة إضافة للحالات المذكورة لم يرد في قانون الأصول الفلسطيني، وتعلق بالإضافة أو التغيير على سبب الدعوى.
² نبيل اسماعيل عمر، سلطة القاضي التقديرية، مرجع سابق، ص397.

بدليل ما جاء في الفقرة الرابعة ما تأذن المحكمة بتقديمه، وهنا تم تحديد حالات، دون المساس بحق المدعي بإمكانية تقديم طلبات عارضه في غيرها من الحالات إلا أن المشرع رهن ذلك بأن تأذن المحكمة بتقديمها.

وتقع مهمة تقدير ما إذا كان الطلب العارض يتضمن تصحيحاً أو تعديلاً لموضوع الدعوى أو مكملاً أو متصلاً بالطلب الأصلي على عاتق القاضي الذي يقوم بذلك من خلال تقديره لمجموع الوقائع المعروضة عليه من خلال الطلب العارض، ومدى صلتها بالوقائع الواردة في الطلب الأصلي، ومن ثم البحث عن القاعدة الموضوعية والإجرائية المحتملة للتطبيق على مثل هذا الطلب¹.

وفي حالة التصحيح حيث يطالب المدعي في الطلب العارض بمبلغ أكبر من المبلغ المطلوب في الطلب الأصلي، حين يتبين له أثناء السير في الدعوى أن المبلغ المطلوب أكبر من المبلغ المطالب به في الطلب الأصلي، وهنا يبقى موضوع الدعوى كما هو ولكن يجب أن لا يطال التغيير سبب الدعوى بشكل يؤدي إلى التناقض في أسباب الدعوى، وإلا كنا أمام طلب جديد يجب أن يقدم وفق الإجراءات المعتادة لإقامة الدعوى، وهو ما يبرر إستثناء هذه الحالة من نص المادة (97) من قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية.

وكذلك الأمر في حالة طلب تعديل موضوع الدعوى، من المطالبة بفسخ عقد إيجار مثلاً إلى المطالبة بالتخلية، فالقاضي هو الذي يقدر ما إذا كان الطلب العارض بالتعديل يتضمن طلباً جديداً لا يمت للطلب الأصلي بصلة، أم أن المطلوب هو فقط تعديل موضوع الطلب الأصلي بمقدار ما تتطلبه الضرورة لتقرير المسائل المتنازع عليها، والوقوف على حقيقة وكافة أوجه النزاع².

ففي الحالة السالفة الذكر التعديل من الفسخ إلى التخلية، على القاضي أن يدقق الوقائع في كلا الطلبين ثم يخلص إلى الأثر المترتب على الحكم في كليهما وهو في هذه الحالة إخلاء المأجور، الأمر الذي يؤدي إلى قبول طلب المدعي بتعديل موضوع الطلب الأصلي كما أن للقاضي سلطة القيام بالتعديل ذلك أن تكييف الموضوع من ضمن سلطاته.

¹ نبيل اسماعيل عمر، المرجع السابق، ص398.

² عباس العبودي، شرح أحكام قانون أصول المحاكمات المدنية، مرجع سابق، ص245.

وتقتضي عملية التقدير هذه من القاضي بحث المراكز الموضوعية، من خلال بحث الوقائع والقاعدة القانونية المحتملة التطبيق، لكي يصل القاضي إلى تطبيق القاعدة الإجرائية المولدة للآثار الإجرائية في كون الطلب هو طلب عارض أم يجب أن يقام بدعوى مبتدأه ومن ثم قبوله أو عدم قبوله، وهي العملية ذاتها التي يقوم بها القاضي، فيما يتعلق بالطلب العارض المكمل أو المترتب على الطلب الأصلي، كأن يتدارك المدعي المطالبة بالفائدة بعد أن غفل عنها في الطلب الأصلي.

في الوقت ذاته يقوم القاضي بالتحقق من توافر الارتباط الذي افترضه المشرع في الحالات المذكورة¹ بين الطلب العارض والطلب الأصلي والارتباط شرط أساسي لقبول الطلب العارض² وفي ذلك قضت محكمة النقض المصرية "تقدير وجود الارتباط بين الطلب الأصلي والطلب العارض من سلطة محكمة الموضوع شريطة أن يكون ما خلصت إليه في خصوصه سائغاً"³ وللقاضي أن يرفض الطلب إذا تحقق من عدم توافر الارتباط بين الطلب الأصلي والعارض، أو استبان له عدم الجد فيه.

ورغم أن أياً من القوانين المقارنة لم تتضمن تعريفاً للارتباط، إلا أن الفقه عرفه على أنه صلة وثيقة بين دعويين أو طلبين تجعل من المناسب ومن المصلحة ومن حسن سير الخصومة جمعهما أمام محكمة واحدة لتفصل فيهما معاً⁴.

ويرى البعض أن المشرع في الحالات المذكورة قدر الارتباط فيها ولم يترك للقاضي أي مجال للتقدير بخصوص الارتباط حيث نص على حق المدعي في تقديمها، بينما يرى البعض الآخر أنه رغم التحديد الذي أورده المشرع إلا أن القاضي يقوم في جميع الحالات بتقدير جميع المسائل التي تعرض عليه لإعطائها الوصف القانوني، ومن ثم تطبيق القانون بشأنها⁵.

¹ نبيل اسماعيل عمر، سلطة القاضي التقديرية، مرجع سابق، ص400.

² محمد وليد المصري، مرجع سابق، ص226. محمد الظاهر، مرجع سابق، ص423.

³ طعن رقم 686 لسنة 50 ق بتاريخ 1984/4/30 قاعدة التشريعات المصرية.

⁴ أحمد هندي، ارتباط الدعوى والطلبات، مرجع سابق، ص17.

⁵ نبيل اسماعيل عمر، مرجع سابق، ص400.

في تقديري أن الرأي الأول أقرب إلى الصواب؛ ذلك أن المشرع قدر توافر الارتباط في الحالات التي نص عليها صراحة في الفقرات الثلاث الأولى، ولم يترك للقاضي مجالاً للتقدير هنا سوى التحقق من توافره.

الفرع الثاني: سلطة القاضي في تقدير طلبات المدعي الإضافية المرتبطة

المقصود بالطلبات المرتبطة الإضافية تلك التي جاءت على ذكرها الفقرة الرابعة من المادة (97) "ما تآذن المحكمة بتقديمه مما يكون مرتبطاً بالطلبات الواردة في لائحة الدعوى"، حيث أعطى المشرع للقاضي سلطة تقديرية في السماح للمدعي بتقديم أي طلب يراه متفقاً مع مصلحته، شريطة موافقة المحكمة على تقديم هكذا طلبات¹.

لقد تضمن النص وهو أيضاً ما تطلبته معظم التشريعات المقارنة شروطاً لقبول هذا النوع من الطلبات العارضة وهذه الشروط² هي الارتباط والاختصاص، يضاف إليها أن تآذن المحكمة بتقديمه منها³، وكما أسلفنا في الفرع الأول فإن الصلة الوثيقة بين الطلبين الأصلي والعارض هي مناط قبول الطلب العارض في هذه الحالة، وهو ما يتفق الفقه اللاتيني والأنجلوسكسوني على ضرورة توافره⁴.

وهنا فإن مسألة الارتباط هي من المسائل الواقعية التي يستقل القاضي بتقديرها دون رقابة عليه من محكمة النقض، شريطة أن يبني هذا التقدير على أسباب سائغة⁵، وعلى خلاف الحالات المذكورة في الفرع الأول فإن القاضي هو الذي يقدر الارتباط هنا بين الطلب الأصلي والعارض.

أما الاختصاص⁶ - كما يفهم أيضاً من نص المادة (40) من قانون الأصول الفلسطيني - فكثر ما تثار الحالة التي يكون فيها الطلب الأصلي منظوراً أمام قاضي الصلح، فيقدم طلب عارض يخرج من حيث القيمة أو النوع عن اختصاصه⁷، فقاضي الصلح لا يختص بنظر الطلب

¹ عباس العبودي، شرح احكام قانون الاصول، مرجع سابق، ص245.

² آدم النداوي، مدى سلطة المحكمة، مرجع سابق، ص133-140. محمد الطعاني، مرجع سابق، ص90.

³ محمد وليد المصري، مرجع سابق، ص226.

⁴ الطعاني، مرجع سابق، ص91.

⁵ محمد الظاهر، مرجع سابق، ص423. آدم النداوي، مدى سلطة المحكمة، مرجع سابق، ص140.

⁶ نداوي، مرجع سابق، ص140.

⁷ "1- لا تختص محكمة الصلح بالحكم في الطلب العارض أو الطلب المرتبط بالطلب الأصلي إذا كان بحسب قيمته ونوعه لا يدخل في اختصاصها. 2- إذا عرض على محكمة الصلح طلب مما نص عليه في الفقرة (1) أعلاه جاز لها أن تحكم في الطلب الأصلي

العارض إذا خرج عن اختصاصه النوعي أو القيمي، إلا أنه منح قاضي الصلح صلاحية الفصل في الطلب الأصلي دون العارض، إذا لم يترتب على ذلك ضرر بسير العدالة.

ولقد ورد النص على هذه الحالة ليبقى المجال أمام المدعي لتقديم طلبات قد لا تقع تحت حصر وإنما بناء على ضوابط، أهمها أن تأذن المحكمة له بتقديمها، وللقاضي السلطة التقديرية الواسعة في قبول هذه الطلبات أو رفضها، الذي يقيمها بناء على اعتبارات لا تعيق سير الدعوى ولا تمس بحق المدعى عليه في الدفاع ولا تسلب القاضي سلطته¹.

الفرع الثالث: سلطة القاضي في تقدير طلبات المدعى عليه العارضة (المقابلة)

الطلبات العارضة هنا، هي التي يتقدم بها المدعى عليه ضد دعوى المدعي، بهدف تجنب الحكم للمدعي بطلبه الأصلي إضافة للحصول على حكم ضده، فهي وسيلة للدفاع والهجوم في آن معا²، وقد ورد النص عليها في الفقرة الثالثة من المادة (98) من قانون الأصول الفلسطيني³ وحيث إن هذه الدراسة لا تنصب على بحث الطلب العارض في ذاته، ولكنها تنصب على سلطة القاضي في قبوله من عدمه وكيفية إعمال تقديره، إلا أنه لا شك في أن للطلبات العارضة عموماً وما يقدمه المدعى عليه منها مزايا عديدة منها تقادي تعارض الأحكام، وإعطاء القاضي نظرة شاملة لجميع جوانب النزاع والاقتصاد في الدعاوى، حيث ينظر النزاع في دعوى واحدة مع الاعتبار أن المدعى عليه لم يحدد وقت الخصومة وإنما أجبر عليها، لذلك أعطي مجالاً أوسع من المدعي في تقديم الطلبات العارضة.

هناك شروط عامة يجب توافرها في كل طلب عارض، إذ يشترط في الطلب العارض المقدم من المدعى عليه ما يشترط لقبول الطلب العارض الذي يقدم من المدعي، وهذه الشروط هي الإرتباط والإختصاص⁴.

وحده اذا لم يترتب على ذلك ضرر بسير العدالة، وإلا وجب عليها أن تحكم من تلقاء نفسها بإحالة الدعوى الأصلية والطلب العارض أو المرتبط الى محكمة البداية المختصة ويكون حكم الإحالة غير قابل للطعن.

¹ محمد الطعاني، مرجع سابق، ص92.

² آدم النداوي، مرجع سابق، ص161. وجدي راغب، مرجع سابق، ص205. أحمد هندي، إرتباط الدعوى والطلبات، ص200. ³ التي جاء فيها "للمدعى عليه أن يقدم من الطلبات العارضة: 1- طلب المقاصة وطلب الحكم له بالتعويضات عن الضرر الذي لحقه من جراء إجراءات التقاضي 2- أي طلب يكون متصلاً بلائحة الدعوى إتصالاً لا يقبل التجزئة. 3- ما تأذن المحكمة بتقديمه مما يكون مرتبطاً بالطلبات الواردة في لائحة الدعوى". تقابلها المادة 116 من قانون الأصول الأردني والذي تضمن في فقرته الثانية النص على "بأي طلب يترتب على إجابته ألا يحكم للمدعي بطلباته كلها أو بعضها أو أن يحكم له بها مقيدة بقيد لمصلحة المدعى عليه

= وإيضاً المادة 125 من قانون المرافعات المصري والتي تضمنت النص على الحالة المذكورة. ورغم عدم النص عليها صراحة في قانون الأصول الفلسطيني، فإنني لا أجد مانعاً من تقديمها، وهي تكاد تكون مشمولة بما جاء في الفقرة الأخيرة من المادة 98 المذكورة "ما تأذن المحكمة بتقديمه..."

⁴ آدم النداوي، مدى سلطة المحكمة المدنية، مرجع سابق، ص163.

أما الارتباط فهو شرط جوهري في هذا النوع من الطلبات، فلا بد من وجود رابطة أو صلة بين الطلب الأصلي والعارض، وكما هو الحال في طلبات المدعي المرتبطة فإن أمر تقدير الارتباط هنا، يخضع لمطلق تقدير القاضي الذي يقوم بالبحث عنه من خلال المراكز الموضوعية من واقع وقانون، إذ جاء النص بعبارة ما تأذن المحكمة بتقديمه مما يكون مرتبطاً بالطلب الأصلي، الأمر الذي يعني أن هذه الطلبات لا تقع تحت حصر إلا أن تقديمها وقبولها يخضع لضوابط يقوم بتقديرها القاضي.

وفيما يتعلق بالإختصاص، فإن القاضي المختص بنظر الطلب الأصلي لا يختص بنظر الطلبات العارضة فحسب، بل يختص أيضاً بكل مسألة تثار بمناسبة الطلب الأصلي أو أثناء نظره إنطلاقاً من قاعدة "قاضي الدعوى هو قاضي المسائل العارضة"¹.

الفرع الرابع: سلطة القاضي في تقدير طلبات المدعى عليه المقابلة الخاصة

تتمثل هذه الطلبات في طلب المقاصة القضائية، كأن يطالب المدعي بدين له في ذمة المدعى عليه فيتقدم الأخير بطلب الحكم له بدين في ذمة المدعي، وطلب الحكم بالتعويض عن إجراءات التقاضي كأن يكون طلب المدعي متعسفاً القصد منه إلحاق الضرر بالمدعى عليه كالطلب بمنعه من السفر عن دين غير مستحق الأداء مثلاً، فيحق للمدعى عليه أن يطالب بالتعويض، وكذلك أي طلب متصل بالطلب الأصلي على نحو لا يقبل التجزئة كأن يطالب المدعي بفسخ عقد البيع والتعويض فإن للمدعى عليه أن يتقدم بطلب عارض بتخفيض ثمن المبيع بسبب الغبن.

وإذا ما أردنا التعرف على كيفية قيام القاضي بتقدير طلب المدعى عليه المقاصة مثلاً بقوله ومن ثم الحكم بها أو رفض طلب المدعى عليه بها، نجد أن القانون يشترط للحكم بها أن يكون كلا الدينين مستحق الأداء، وخالياً من النزاع...الخ، وهنا على القاضي أن يتأكد من توافر شروط المقاصة القانونية التي تؤدي إلى إنقضاء الدين بقوة القانون متى توافرت شروطها، وإلا فإننا نكون أمام مقاصة قضائية بين الدينين ولو لم يكن هناك ارتباط من حيث السبب أو الموضوع بينهما²، وذلك لا يتم إلا ببحث المراكز الموضوعية من خلال الوقائع المعروضة عليه، وما إذا

¹ أحمد هندي، ارتباط الدعوى والطلبات، مرجع سابق، ص234.
² عوض أحمد الزعبي، مرجع سابق، ص679.

كانت شروطها متوافرة أم تخلف بعضها، ومن ثم عليه أن يحسم كافة أوجه النزاع حولها من حيث استحقاق الدين ومقداره.

وقد وجد أكثر من اتجاه حول دور القاضي في تقدير الارتباط، فبينما ذهب اتجاه إلى أنه ليس للقاضي هنا سلطة في تقدير الارتباط، ذهب آخرون¹ إلى أن المشرع وإن افترض قيام الارتباط بين الطلب العارض والأصلي في حالة المقاصة مثلاً، فإن المقصود هنا الارتباط بين المراكز الموضوعية لأن المقاصة تجري في واقع الأمر بين هذه المراكز، كما وأن القاضي يملك هذه السلطة في جميع الأحوال، ذلك أن عليه أعمال التقدير الموضوعي عن طريق المقارنة بين المراكز القانونية الموضوعية والواقعية، وعلى ضوء هذه المقارنة يخلص إلى قيام رابطة بين هذه المراكز.

في تقديري أن الرأي الثاني أقرب إلى الصواب، بدليل ما جاء به النص من الجواز للمدعى عليه بطلب التعويض عن إجراءات التقاضي، فهذا الطلب يختلف كلياً من حيث موضوعه وسببه عن الطلب الأصلي ورغم ذلك ولدواعي الارتباط تختص بنظره المحكمة التي تنتظر الطلب الأصلي²، وعلى القاضي أن يقدر مدى توافر الارتباط الذي افترضه المشرع بين طلب التعويض والطلب الأصلي من خلال بحث عناصر المسؤولية التقصيرية من خطأ وضرر وعلاقة سببية واقعاً وقانوناً، ومن ثم ترتيب الآثار الإجرائية بقبول الطلب والحكم بالتعويض من عدمه.

وتقدم الطلبات المشار إليها وفقاً للإجراءات المعتادة لإقامة الدعوى، وللقاضي أن يفصل فيها مع الدعوى الأصلية كلما أمكن ذلك، إذ تنص المادة (2/100) أنه "تفصل المحكمة فيما يقدم إليها من طلبات مع الدعوى الأصلية كلما أمكن ذلك"، الأمر الذي يعني أنه يجوز استئثار الفصل في هذه الطلبات إذا كان الفصل فيها يؤدي إلى تعطيل العدالة، أو تأخير الفصل في الدعوى الأصلية وهو أمر يعود لتقدير القاضي.

¹ نبيل اسماعيل عمر، سلطة القاضي التقديرية، مرجع سابق، ص 404.
² نبيل اسماعيل عمر، المرجع السابق، ص 405.

المطلب الثاني: سلطة القاضي في تقدير طلب الغير بالتدخل في الخصومة

هو نوع من الطلبات العارضة ويطلق عليه التدخل الاختياري، يطلب فيه شخص غريب عن الخصومة أن يتدخل فيها للدفاع عن مصالحه¹، التي يمكن أن تتأثر بالحكم فيها.

والتدخل الاختياري نوعان، هجومي ويسمى بالتدخل الأصلي² ليصبح خصماً لطرفي الدعوى معاً، أي في مركز المدعي لكليهما مطالباً بحق له في مواجهتهما، وانضمامي (تبعي) أي منضماً لأحد طرفي الدعوى لجانب المدعي أو المدعى عليه، هادفاً الى دعم موقف أحد الخصوم.

وقد ورد النص على حالتي التدخل في الفقرة الثانية من المادة (96) من قانون الأصول الفلسطيني "يجوز لمن له مصلحة في دعوى قائمة بين طرفين أن يطلب تدخله فيها بوصفه شخصاً ثالثاً منضماً أو مخاصماً فإذا اقتضت المحكمة بصحة طلبه تقرر قبوله"³.

وستتناول هذا المطلب من خلال فرعين، الأول: سلطة القاضي في تقدير طلب التدخل الهجومي والثاني: سلطته في تقدير التدخل الإنضمامي.

الفرع الأول: تقدير القاضي لطلب التدخل الهجومي (الإختصامي)

تظهر سلطة القاضي في قبول طلب التدخل الهجومي من خلال التحقق من مدى توافر الشروط التي تطلبها المشرع لقبول طلب التدخل وهما شرطا المصلحة والارتباط، فهو الذي يقدر مدى الارتباط بين الطلب المقدم من قبل طالب التدخل والطلب الأصلي ومدى المصلحة في ذلك وهل هناك ما يجمع بينهما على نحو يبرر قبول الطلب، كأن يطلب شخص ليس طرفاً في دعوى نزاع على ملكية عقار بين طرفيها الحكم له بملكية ذلك العقار.

وفي تقديري أن المصلحة المحتملة أو الوقائية - ومن تطبيقاتها الاحتياط لدفع ضرر محقق والاستيثاق لحق يخشى زوال دليله عند النزاع فيه - تكفي لغايات الإيفاء بالمصلحة المقصودة لقبول طلب التدخل، وهو ما يمكن أن نلاحظه في نص المادة الثالثة من قانون الأصول فالنص جاء مطلقاً بالقول لا تقبل دعوى أو طلب... فهو لم يحدد الطلب الأصلي دون الطلب العارض

¹ مليجي، مرجع سابق، ص167. بينما يعتبره البعض تدخلاً للدفاع عن حقه وهو وفق هذا المفهوم لا يشمل التدخل الإنضمامي أنظر نداوي، مدى سلطة المحكمة في تعديل نطاق الدعوى، مرجع سابق، ص273.

² محمد وليد المصري، مرجع سابق، ص229.

³ بينما ورد النص على هذه الحالة في المادة 126 من قانون المرافعات المصري، وقد ورد النص عليها في قانون أصول المحاكمات الاردني في المادة 2/1/114، ولم يكن قانون أصول المحاكمات الحوقية الملغى يتضمن نصاً على هذه الحالة.

ومن جهة أخرى ما جاء في الفقرة الثانية منها بالقول "تكفي المصلحة المحتملة..."، وهو ما يستبعد بشكل قطعي ما يراه جانب من الفقه أو القوانين القديمة بإعتماد معيار الضرر وليس المصلحة لقبول طلب التدخل، وعليه فإن توافر المصلحة يعتبر مبرراً كافياً لقبول التدخل¹.

أما الإرتباط فلم يرد له تعريف بنص القانون، تاركاً الأمر للفقه والقضاء لتحديده إدراكاً لكونها فكرة عسوية على التحديد أو التعريف، والقاضي يقوم بتقدير مدى الإرتباط بين المراكز القانونية في هذه الحالة لكي يتحقق من توافر المصلحة².

بينما يرى جانب من الفقه³ أن سلطة القاضي في ذلك لا تتوقف عند التحقق من توافر الشروط، وإنما هي سلطة تقديرية محضة من خلال بحثه فكرة الغير ومصلحته التي تجيز تدخله حفاظاً على حقه، حيث يتولى تقدير صفة الغير ومصلحته في التدخل بعد دراسة المركز القانوني المتعلق بأصل الحق الذي يطالب به طالب التدخل في مواجهة المدعي والمدعى عليه ومدى الإرتباط بين هذه المراكز، أي أن سلطته أكثر عمقا وتمتد إلى أبعد من مجرد الرقابة ومن هنا فإن الأنظمة القانونية الحديثة تعطي القاضي مجالاً أوسع في إسناد تقديره لمبررات التدخل.

وفي تقديري وحيث أن طالب التدخل في هذه الحالة إنما يطلب الحكم له في مواجهة طرفي الخصومة، فلا شك أن للقاضي سلطة أكبر من مجرد التحقق من توافر الشروط، وإنما عليه أن يبحث كافة الجوانب بما في ذلك صفة الغير والمراكز الموضوعية وله أن يرفض أو يقبل طلب التدخل شريطة أن يبني قراره على أسباب سائغة.

الفرع الثاني: تقدير القاضي لطلب التدخل الانضمامي⁴

هو الطلب الذي يتقدم به شخص من الغير طالباً انضمامه لأحد الخصوم في الدعوى القائمة، وذلك لدعم موقف ذلك الطرف ومساعدته في دفاعه، لما في ذلك من مصلحة تعود عليه، فهو لا يطلب لنفسه حقاً أو مركزاً قانونياً¹.

¹ أحمد أبو الوفا، المرافعات المدنية والتجارية، مرجع سابق، ص204.

² أحمد هندي، إرتباط الدعوى والطلبات في قانون المرافعات، مرجع سابق، ص17.

= نبيل اسماعيل عمر، سلطة القاضي التقديرية، مرجع سابق، ص409.

³ محمد الطعاني، مرجع سابق، ص83.

⁴ في حين ورد النص على هذه الحالة من حالات التدخل في القوانين المقارنة، لم يتعرض المشرع العراقي لهذا النوع من التدخل. أنظر آدم النداوي، مرجع سابق، ص310.

ومن أمثلته تدخل البائع في الدعوى المقامة على المشتري حتى لا يخسر المشتري دعواه فيعود على البائع (المتدخل)، والعبرة في تكليفه وتمييزه عن التدخل الهجومي هي بحقيقة مرماه لا بما يصفه به طالب التدخل، ولا شك أن القاضي هو الذي يتولى ذلك.

وكما هو الحال في التدخل الإختصامي، فإنه يكفي توافر شرط المصلحة لقبول هذا الطلب بل أن المصلحة المحتملة تكفي، وليس الأمر كما يتطلب البعض ضرورة تحقق الضرر²، وعلى القاضي بحث المراكز الموضوعية لطالب التدخل والمدعي والمدعى عليه، للتحقق من توافر الصلة بين هذه المراكز³.

المطلب الثالث: سلطة القاضي في تقدير طلبات الاختصاص وإدخال الغير

اختصاص الغير بناء على طلب أحد الخصوم، أو إدخاله في الخصومة بأمر من المحكمة يعني إقحام شخص غريب عن الخصومة فيها رغماً عن إرادته، ويسمى بالإدخال الجبري في الخصومة تمييزاً له عن التدخل الإختياري، الذي يكون بناء على طلب من الغير دون أن يكلفه أحد بالدخول في الخصومة⁴.

واختصاص الغير أو إدخاله في المحاكمة، إما أن يتم بناء على طلب من أحد الخصوم أو بناء على أمر المحكمة ولذلك سنتناول هذا المطلب في فرعين.

الفرع الأول: تقدير القاضي لطلب الخصوم باختصاص الغير

ورد النص على هذه الحالة في المادة (1/96) من قانون أصول المحاكمات المدنية الفلسطينية "يجوز للخصم أن يدخل في الدعوى من كان يصح اختصاصه فيها عند إقامتها"⁵.

¹ أحمد مليجي، مرجع سابق، ص173.

² نداوي، مرجع سابق، ص314-318.

³ نبيل اسماعيل عمر، مرجع سابق، ص409.

⁴ أحمد مليجي، مرجع سابق، ص8.

⁵ يقابله نص المادة 117 من قانون المرافعات المصري "للخصم أن يدخل في الدعوى من كان يصح اختصاصه فيها عند رفعها ويكون ذلك بالإجراءات المعتادة لرفع الدعوى.

بينما جاء النص في القانون الأردني "1- للخصم أن يدخل في الدعوى من كان يصح اختصاصه فيها عند رفعها" 2- وللمدعى عليه إذا ادعى أن له حقاً في الرجوع في الحق المدعى به على شخص ليس طرفاً في الدعوى أن يقدم طلباً خطياً إلى المحكمة يبين فيه طبيعة الإدعاء وأسبابه ويطلب إدخال ذلك الشخص طرفاً في الدعوى، وفي حالة إجابة طلبه يكلف بتقديم لائحة بإدعائه وفق الإجراءات المعتادة لرفع الدعوى". ويشترط لذلك أن يتقدم بطلب لإدخال المدعى عليه حصراً، وأن يكون المطلوب اختصاصه من الغير، وأن يقدم طلباً يبين فيه طبيعة الإدعاء وأسبابه، وأن يتقدم المدعى عليه بدعوى وفق الإجراءات المعتادة، ويلاحظ أن المشرع لم يشترط هنا أن يكون الشخص المطلوب إدخاله ممن يجوز اختصاصه ابتداءً، وهذا يعني أن موضوع الطلب المقدم من المدعى عليه يمكن أن يختلف عن موضوع الدعوى الأصلية، بحيث تكون الدعوى الأصلية بين المدعي والمدعى عليه، بينما تكون دعوى الشخص الثالث قائمة بينه وبين المدعى عليه، مما يعني أن الحكم الصادر في الدعوى الأصلية لا يصدر في مواجهة الشخص الذي تم إدخاله، كونه ليس خصماً للمدعي في الدعوى الأصلية.

ويقصد بالغير الشخص الذي كان يجوز اختصاصه عند بدء الخصومة إلى جانب أطرافها ومثال ذلك أن يختصم الدائن المدين الأصيل دون الكفيل، فللدائن أن يطلب إدخال الكفيل بعد بدء الخصومة.

وفي حين جاء النص في القانون الأردني مطابقاً للنص في القانون الفلسطيني على إدخال من كان يصح اختصاصه في الدعوى عند اقامتها، أضاف المشرع الأردني في المادة (1/113) من قانون أصول المحاكمات المدنية حكماً خاصاً بالمدعى عليه، بأن أجاز له إذا ادعى أن له حقاً في الرجوع بمبلغ من المال على شخص ليس طرفاً في الدعوى أن يقدم طلباً بإدخال ذلك الشخص يبين فيه ماهية الادعاء وأسبابه ويطلب إدخال ذلك الشخص فريقاً في الدعوى وفي حالة إجابة طلبه يكلف بدفع الرسم، وفي ذلك خروج على القاعدة العامة في إدخال الغير التي تقوم على أساس المصلحة والارتباط، وهو حق مقتصر على المدعى عليه دون المدعي، يضاف إلى ذلك أن الشخص الثالث في هذه الحالة ينتصب خصماً للمدعى عليه دون المدعي، ذلك أنه لا يملك تقديم طلبات أو دفع سوى تلك التي من شأنها أن ترفع المسؤولية عنه في مواجهة المدعى عليه الذي طلب إدخاله في الدعوى كشخص ثالث¹.

ويشترط لقبول الطلب باختصاص الغير ما يأتي²:

- 1- أن يكون الشخص المطلوب إدخاله من الغير، أي ليس ممثلاً في الخصومة.
- 2- أن يكون ممن يصح اختصاصه فيها عند إقامة الدعوى.
- 3- أن يكون للطرف الذي يطلب اختصاص الغير مصلحة في ذلك.
- 4- الارتباط بين الدعوى القائمة وطلب الاختصاص.

وبينما يخضع هذا الطلب لمطلق تقدير القاضي في قبوله أو رفضه، فإن القاضي هو الذي يتولى تقدير صفة الغير، ذلك أن صفة الغير هي فكرة ذات مفهوم وظيفي متعدد أي لا توجد

= بينما كان قانون أصول المحاكمات الحوقية الملغى يعطي هذا الحق للمدعي فقط إذ تنص المادة 46 منه "يجوز للمدعي أن يدخل في الدعوى أي شخص أو أشخاص...".

¹ مفلح القضاة، مرجع سابق، ص254.

² محمد وليد المصري، شرح قانون أصول المحاكمات المدنية، ط1، دار قنديل للنشر والتوزيع، عمان، 2003، ص232.

= أحمد ملبجي، مرجع سابق، ص9. آدم وهيب النداوي، مدى سلطة المحكمة في تعديل نطاق الدعوى، مرجع سابق، ص243.

فكرة موحدة للمركز القانوني لمن يعتبر غيراً، وهو الذي يقدر صلته بموضوع الخصومة المعروضة وأيضا مصلحة طالب الإدخال، فتحديد مركز الغير وتقدير قبول الطلب بإدخاله من عدمه مسألة في غاية الأهمية، وذلك لأهمية الآثار المترتبة على قبول هذا الطلب أو رفضه.

ومثال ذلك مركز الغير بالنسبة لحجية الشيء المقضي به، فهناك غير لا تمتد إليه هذه الحجية، وهناك غير تمتد إليه هذه الحجية كأن تكون الرابطة القانونية أو المركز القانوني متعدد الأطراف، كما هو الحال في الرابطة القانونية بين الدائنين أو المدينين بالتضامن، فإذا فصل في الدعوى التي مثل فيها أحدهم لا يجوز لغيره أن يرفعها أو أن ترفع عليه مرة أخرى وكذلك الحال بالنسبة للكفيل، وهناك غير لا تمتد إليه هذه الحجية ومع ذلك فهو يتأثر بها كما هو الحال في دائني المحكوم عليه¹.

ويستعين القاضي أثناء عملية التقدير هذه بعدد من الأفكار متمثلة في المصلحة، والمصلحة المقصودة هنا هي مصلحة من يطلب إختصام الغير، ومن كان يصح إختصامه في الدعوى عند إقامتها وتحقيق العدالة وإظهار الحقيقة يضاف إليها الإرتباط، وتبرز سلطة القاضي في هذا الصدد في جانبين²:

الأول: يقتصر دور القاضي فيه على التحقق من توافر الشروط التي يتطلبها القانون لقبول طلب إختصام الغير، كشرط المصلحة والارتباط... الخ، ذلك أن أكثر الأمور أهمية في هذا السياق هي تحقق القاضي من أن المطلوب إختصامه على صلة بالمركز الموضوعي لأحد الخصوم سواء كان المدعي أو المدعى عليه، ومتى تحقق من هذه النقطة وأن المطلوب إدخاله تتوافر فيه هذه الصلة³، كان إدخال الغير صحيحا وفي ذلك تقول محكمة النقض المصرية "يدل نص المادة (117) من قانون المرافعات المصري على أن المشرع وضع قاعدة عامة لا تجيز لأحد أطراف الخصومة أن يدخل فيها إلا من كان يمكن إختصامه فيها عند بدئها، وإذا كان الإدخال يفترض وجود إرتباط بين القضية المعروضة وبين شخص من الغير، فإن مؤدى ذلك أنه يشترط لصحة

¹ نبيل اسماعيل عمر، سلطة القاضي التقديرية، مرجع سابق، ص408.

² آدم الندوي، مدى سلطة المحكمة في تعديل نطاق الدعوى، مرجع سابق، ص356.

³ نبيل اسماعيل عمر، سلطة القاضي التقديرية، مرجع سابق، ص409. الطعاني، مرجع سابق، ص76.

إدخال هذا الغير أن يكون هناك ارتباط بين الطلب الذي يوجه إليه وبين الطلب الأصلي المرفوعة به الدعوى¹.

الثاني: التحقق من جدية اعتراض الطرف الآخر على طلب الاختصاص، وللقاضي أن يقرر قبول الطلب إذا توافرت شروطه وله أن يرفضه إذا استبان له عدم الجد فيه².

الفرع الثاني: سلطة القاضي في إدخال الغير

اللافت أثناء الحديث عن إدخال الغير في المحاكمة بناء على أمر القاضي، هو استخدام تعبير اختصاص الغير من قبل المحكمة أو بأمر القاضي³، والحقيقة أن القاضي لا يُنصب نفسه خصماً ولا يجوز أن يستخدم هذا التعبير للدلالة على صلاحيته في إدخال الغير، ذلك أن القاضي إذا أمر بإدخال الغير في الخصومة إنما يكون ذلك تحقيقاً للعدالة أو إظهاراً للحقيقة⁴ فالنص القانوني استخدم تعبير للمحكمة أن تدخل في الدعوى... ولم يستخدم تعبير تختصم في الدعوى.

نصت المادة (1/82) من قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية "للمحكمة ولو من تلقاء نفسها إخراج أي من المدعى عليهم في الدعوى إذا لم يكن هناك محل لإدخاله، ولها ولو من تلقاء نفسها أن تدخل في الدعوى من ترى إدخاله لإظهار الحقيقة أو لمصلحة العدالة".

يفهم من النص أن الأمر جوازي للقاضي بإدخال من يرى إدخاله في الخصومة وإخراج أي من الخصوم، ذلك أن النص جاء بصيغة الجواز وليس الوجوب "للمحكمة ولو من تلقاء نفسها.. إلا أن على القاضي أن يسبب قراره بإدخال الغير أو إخراج أحد الخصوم ولمحكمة الاستئناف والنقض الرقابة عليه في ذلك، وتطبيقاً لذلك قضت محكمة البداية بصفقتها الاستئنافية "أن الاتجاه الحديث فقهاً وقضاً هو الاقتصاد في إجراءات الخصومة، وأن المدعي كان قد اختصم شركة التأمين دون المتسبب بالضرر أي أن دعواه أقيمت ابتداءً صحيحة في جزء منها، وأن المبدأ هو تصحيح إجراءات الخصومة واستكمالها كلما أمكن ذلك ما دام قانون الأصول النافذ في المادة

¹ مليجي، مرجع سابق، ص32.

² وقد عالج القانون اللبناني هذه المسألة بصورة مختلفة عن باقي التشريعات في المادة 66 من قانون أصول المحاكمات المدنية اللبنانية، فاعطى للقاضي صلاحية فرض جزاء، إذا تبين له أن الهدف منه التأخير، وذلك بالحكم على طالب الإدخال بالعتل والضرر الذي لحق بالشخص المطلوب إدخاله، وهو ما لم يرد عليه نص في التشريعات المقارنة.

³ آدم الندوي، مدى سلطة المحكمة في تعديل نطاق الدعوى، مرجع سابق، ص276. محمد علي الطعاني، مرجع سابق، ص77.

= أحمد مليجي، مرجع سابق، ص34. أحمد أبو الوفا، مرجع سابق، ص217.

⁴ محمد الظاهر، مرجع سابق، ص418.

(82) منه قد أجاز للمحكمة ولو من تلقاء نفسها أن تدخل في الدعوى من ترى إدخاله لإظهار الحقيقة أو لمصلحة العدالة، وأنه كان على محكمة الدرجة الأولى تكليف المدعي بتعديل لائحة دعواه واستكمال الخصومة¹.

كما أن إدخال الغير في المحاكمة لا يحول دون رد الدعوى عنه إذا تبين بالنتيجة عدم توفر الخصومة في مواجهته، ومحكمة النقض تفرض رقابتها على القاضي في ذلك إذ قضت محكمة النقض الفلسطينية "لما كان قرار المحكمة إدخال خصم في الدعوى لا يحول دون الحكم برد الدعوى عن هذا الخصم إذا تبين للمحكمة بنتيجة الدعوى عدم توفر الخصومة بينه وبين المدعي ولا يعد ذلك تناقضاً في أحكامها"².

ويقصد بإدخال الغير بأمر المحكمة أن يقوم القاضي بإدخال شخص من الغير في الدعوى لإستجلاء وجه الحق فيها كيما يتوصل فيها إلى حكم عادل³، وأن ذلك يكون من خلال استجلاء المراكز الموضوعية للخصوم، أي صلة الشخص المراد إدخاله بمركز أحد الخصوم الموضوعي⁴.

وهذا الفهم هو ما اعتمده المشرعان المصري والفرنسي والقانون الفلسطيني بمنح القاضي سلطة إدخال الغير ذي المصلحة والذي يكون وجوده ضرورياً لحل النزاع، فله أن يدخل في الدعوى من تتأثر حقوقه أو التزاماته بالحكم الذي سوف يصدر فيها، فحالات الإدخال بموجب هذه القوانين تخضع لتقدير القاضي⁵، فلم يعد دور القاضي مقتصرًا على تلقي الوقائع من الخصوم وتطبيق القانون عليها دون أي دور إيجابي، بل أصبح له دور في الخصومة بتصحيح شكلها وتوسيع نطاقها.

ومن مظاهر هذا الدور أن للقاضي أن يدخل في الخصومة من يراه من الغير إظهاراً للحقيقة أو تحقيقاً للعدالة، ففي الفرض الأول ليصل إلى الحقيقة في القضية المعروضة عليه كإدخال الغير لإلزامه بتقديم مستند تحت يده أو لمساعدة أحد الأطراف في الدعوى، إذا وجد أنه في

¹ انظر نقض مدني رقم 2010/80 بتاريخ 2010/9/26 منظومة القضاء والتشريع (المقتفي).

² نقض مدني رقم 2011/263 بتاريخ 2012/5/21 (المقتفي).

³ آدم الندوي، مرجع سابق، ص376.

⁴ محمد الطعاني، مرجع سابق، ص77.

⁵ مليجي، مرجع سابق، ص35.

حاجة إليها إظهاراً للحقيقة، ولا يقصد به الإدخال للاستماع لشهادته وهي مسألة نظمها قانون البيئات وإنما الإدخال يتضمن طابع الإلزام¹، وهنا لا يمكن اعتبار من تقرر إدخاله خصماً بالمعنى الفني للكلمة وهو ليس طلباً عارضاً لافتقاده لجوهر الطلب العارض، وبالتالي لا يشكل توسيعاً لنطاق الخصومة².

وفي الفرض الثاني تحقيق العدالة، أي مصلحة العدالة التي تمثل ضابطاً لإدخال الغير بأمر المحكمة، وليس لمجرد مصلحة المدعي أو المدعى عليه أو الغير وإن كان ينتهي بتحقيق مصلحة لأحد الأطراف، ليصبح الحكم الصادر في الدعوى حجة له أو عليه كأن يكون هناك أشخاص لا بد من وجودهم في الخصومة، كاختصام باقي الورثة في الدعوى المرفوعة على أحدهم لتفادي تعارض الأحكام، أو حماية الغير من الغش والتواطؤ أو لاستكمال عناصر الدعوى، والقاضي لا يأخذ رأي الخصوم في هذه الحالة³.

وقد قضت محكمة النقض المصرية بأنه "إذا تبين أن الفصل في الدعوى لا يحتمل إلا حلاً واحداً بوجوب إدخال آخرين في الدعوى يربطهم بأحد الخصوم حق أو التزام لا يقبل التجزئة وجب على المحكمة إستعمال سلطتها المبينة في المادة (118) مرافعات بأن تأمر الطرف الذي تقرر أن الإدخال في صالحه القيام بإجراءات الإدخال"⁴.

وبينما جاء النص المصري والفلسطيني مستخدماً معياراً فضفاضاً لسبب الإدخال بأمر القاضي وهو إظهار الحقيقة وتحقيق العدالة، جاء النص في قانون الأصول الأردني محدداً الحالات التي يجوز فيها للقاضي أن يأمر بإدخال الغير في المادة (114) أ- بمن كان مختصماً في الدعوى في مرحلة سابقة ب- ومن كان تربطه بأحد الخصوم رابطة تضامن أو التزام لا يقبل التجزئة ج- من كان وارثاً للمدعي أو المدعى عليه أو شريكاً على الشروع إذا كانت الدعوى متعلقة بالتركة قبل قسمتها أو بعدها أو بالشروع د- من قد يضار من قيام الدعوى أو الحكم فيها إذا بدت للمحكمة دلائل جديّة على التواطؤ أو الغش أو التقصير من جانب الخصوم.

¹ مليجي، المرجع السابق، ص42.

² أحمد هندي، سلطة الخصوم والمحكمة في إختصام الغير، الاسكندرية، دار الجامعة الجديدة للنشر، 1997.

³ مصطفى هرجه، الدفوع والطلبات العارضة في قانون المرافعات المدنية والتجارية، دار محمود للنشر والتوزيع، (د.م)، 1995، ص121. نبيل اسماعيل عمر واحمد خليل، قانون المرافعات المدنية، ص317. احمد ابو الوفاء، المرافعات المدنية والتجارية، مرجع سابق، ص218-221.

⁴ طعن رقم 1685 لسنة 60 ق بتاريخ 96/6/11 مليجي، مرجع سابق، ص50.

ولا شك أن النصين في القانون الفلسطيني والقانون المصري¹ منحا القاضي سلطة أوسع في هذا المجال حتى يتمكن القاضي من ممارسة سلطته كاملة حسب ظروف كل حالة²، وإن كانت الحالات الواردة في النص الأردني تتعلق بحالة تحقيق العدالة، فإن هذا التعبير في صياغة النص أفضل من النص على كل الحالات بالتفصيل.

إن المعيار الذي أخذ به القانون الفلسطيني - إظهار الحقيقة وتحقيق العدالة - يعطي القاضي صلاحيات واسعة في هذا المجال، الأمر الذي يعني أن القانون لا يلزم القاضي بأن يكون الغير ممن كان يصح إدخاله في الدعوى عند إقامتها، كما قيد بذلك الخصوم في الدعوى فالقاضي يملك إدخال من لم تتوفر بصدده شروط قبول الدعوى عند إقامتها وإنما توافرت هذه الشروط بعد ذلك، إلا أنه من الجدير ذكره أن مناط الإدخال لمصلحة العدالة ينتهي بتحقيق مصلحة لأحد أطراف الخصومة أو لمن تم إدخاله، وبالتالي فإنه في هذه الحالة يجب أن يكون هناك ارتباط ويجب على القاضي التحقق من توافره، بينما في حالة إدخال الغير لإظهار الحقيقة كونه إجراءً تحقيقياً أكثر منه تحقيق مصلحة لأحد الأطراف كإدخال الغير لوجود مستند تحت يده، فدور الارتباط هنا أضعف من حالة الإدخال لمصلحة العدالة³، ولا يغني عن إدخال الغير في هذه الحالة تكليفه بتقديم المستند وإن ورد النص على ذلك في المادة (34) من قانون البينات، فقد يرفض الغير تقديمه أو ينكر وجوده وهنا لا بد من اتباع الإجراءات التي وردت في المواد (28 - 32) من قانون البينات، وهذه لا يصار إليها إلا إذا أدخل الخصم في الدعوى فكيف يمكن أن يحلف الغير اليمين الواردة في المادة (31) من قانون البينات في حالة الإنكار وما الإجراء الذي يمكن اتخاذه إذا رفض حلف اليمين.

كما يملك القاضي أيضاً وبموجب صريح نص المادة (82) من قانون الأصول أن يخرج من الدعوى أي من المدعى عليهم إذا لم يكن هناك محل لإدخاله، فالأصل أنه لا يجوز إقحام أحد في خصومة لم يكن هناك وجه لإقحامه فيها، وهو ما لم يرد في نص المادة (118) من قانون

¹ بينما اشترط القانون الكويتي في المادة 50 مرافعات، أن تكون هناك رابطة تضامن بينه وبين أحد الخصوم، في حين استخدم القانون اللبناني كلمة إظهاراً للحقيقة ويسهل الحكم في الدعوى م45. بينما نص القانون العراقي على ذلك في المادة 14 منه مستخدمة عبارة صيانة حقوق الخصوم، وهي في مجملها نصوص عامة لا تقيد سلطة القاضي في إدخال الغير.

² احمد هندي، ارتباط الدعوى والطلبات في قانون المرافعات، مرجع سابق، ص447. محمد الطعاني، مرجع سابق، ص79.

³ احمد هندي، مرجع سابق، ص458-459.

المرافعات المصري، مما يثير التساؤل لدى الفقه المصري حول جواز ذلك للقاضي، وإن كان المستقر أنه لا يوجد ما يمنع القاضي من ذلك¹.

وإذا كان للقاضي بحسب الفقه المصري في حالة تكليف أحد الخصوم بإدخال خصوم جدد في الدعوى، وتخلف عن القيام بذلك فله أن يحكم بعدم قبول الدعوى، أو أن يحكم عليه بغرامة وفقا للمادة (99) من قانون المرافعات للحفاظ على استقرار المعاملات ومنع تعارض الأحكام².

لكن ماذا عن الأمر لدينا؟ هل يجوز للقاضي أن يحكم بعدم قبول الدعوى في هذه الحالة؟

لم يرد في القانون الفلسطيني نص يمنح القاضي سلطة الحكم بالغرامة في مثل هذه الحالة ولم يرد نص صريح على الجزاء الذي يمكن اللجوء إليه، إلا أنه وفي تقديري رغم القصور في هذا الجانب، وبقراءة بعض النصوص ذات الصلة أرى أنه يجب التفريق في هذه الحالة بين ما إذا كان المكلف هو المدعي أو المدعى عليه، ففي الحالة الأولى نصت المادة (1/99) على أنه يجوز للمحكمة في حالتها الإدخال والتدخل تكليف المدعي أن يعدل لائحة دعواه بمقدار ما تتطلبه العدالة، ونصت المادة (1/100) على أن تقدم الطلبات المشار إليها في المواد السابقة إلى المحكمة المختصة وفقا للإجراءات المعتادة لإقامة الدعوى.

يبدو من خلال نص المادة (99) أن المشرع أراد تحديد المكلف بالتعديل في هذه الحالة وهو المدعي، لكن وعلى فرض التسليم بذلك ما هو الجزاء في حالة تخلفه عن القيام بهذا التعديل؟

في تقديري أنه كان يجب النص على جزاء خاص بهذه الحالة، ولكن بالعودة إلى نظرية البطلان التي قررها المشرع في المواد (23، 24) من قانون الأصول وينطبق هذه النصوص على الحالة الماثلة، نجد أن القاضي عندما يقرر الإدخال ويكلف المدعي بتعديل لائحة دعواه بما يتفق مع ذلك إنما قدر أن الغاية من الدعوى لا تتحقق إلا به، وبالتالي فإن التخلف عن اتخاذ الإجراء اللازم لهذا التكليف يترتب عليه تخلف الغاية ومن ثم يكون للقاضي أن يحكم بعدم قبول الدعوى جزاء للمدعي الذي قصر.

¹ أبو الوفاء، المرافعات المدنية والتجارية، مرجع سابق، ص220. وقد تضمن قانون أصول المحاكمات الحقوقية الملغى النص على هذه الحالة في المادة 50.

² مليجي، مرجع سابق، ص40-44. أحمد هندي قانون المرافعات المدنية، مرجع سابق، ص368.

أما الحالة الثانية وهي طلب المدعى عليه إدخال الغير وهو أمر وارد، كما في حالة إقامة الدعوى من قبل بعض الورثة دون غيرهم، وهنا قد يكون للمدعى عليه مصلحة في إدخالهم لكي لا يبقى مهدداً بإقامة دعاوى جديدة من قبلهم ولكي يكون الحكم حجة عليهم، والدليل على ذلك أن المشرع المصري أورد عبارة "ويكون ذلك بالإجراءات المعتادة لرفع الدعوى"، أي بطلب متفرع مستقل، وهنا للقاضي أن يجيبه إلى طلبه ويدخل الغير في الدعوى، وهو ما أرى أن المادة (100) من قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية تداركته، إلا أنه قد يقال كيف يجبر شخص على المطالبة بحق له؟

في تقديري أنه كان على المشرع الفلسطيني أن يتعرض لمعالجة هذه المسألة بتفصيل أكثر إلا أنني أرى أن الاجراء الأسلم في هذه الحالة هو تبليغ المراد إدخاله كمدع للحضور وإبداء موقفه، فلا يجوز إجبار أحد على المطالبة بحقه إنسجاماً مع مبدأ أن القضاء مطلوب وليس تلقائي.

الفصل الثاني سلطة القاضي في الدفوع

الدفع هو الوسيلة القانونية التي يستعين بها الخصم ليجيب بها على دعوى خصمه، بقصد تفادي الحكم له بما يدعيه¹ نهائياً أو مؤقتاً.

وقد عرّفه البعض بأنه طريق لاستعمال الدعوى ومباشرتها أمام المحاكم، بقصد الدفاع في خصومة قائمة²، وهناك من عرفه على أنه جواب الخصم على ادعاء خصمه³، وهناك من يرى أنه وسيلة دفاع سلبية محضه، ويبدو من الأفضل استخدام تعبير وسيلة لممارسة أو استعمال الدعوى، فبينما يكون الطلب القضائي وسيلة استعمال الدعوى، فإن الدفع وسيلة لدحض الطلب ومنع صدور حكم فيه فالطلب والدفع وسيلتان لاستعمال الدعوى، وهما وجهان أحدهما إيجابي والآخر سلبي⁴.

بينما جاء تعريف الدفع في المادة (1631) من مجلة الأحكام العدلية "الدفع هو أن يأتي المدعى عليه بدعوى تدفع دعوى المدعي"⁵، والدفوع (وسائل الدفاع) في قانون الأصول ثلاثة أنواع⁶، فهي إما أن توجه إلى الإجراءات فتكون شكلية، أو توجه إلى أصل الحق فتكون موضوعية، وقد توجه إلى الدعوى وهي الدفوع بعدم القبول.

وفي تصوير ذلك يقول أحد فقهاء قانون الأصول "عندما يلجأ المدعي إلى القضاء يتعين عليه أن يتخذ الإجراءات الشكلية الصحيحة التي نص عليها قانون المرافعات، وذلك حتى تتعقد الخصومة، ويتعين عليه أن يستند إلى حق وأن تكون له دعوى، أي أن يكون المشرع قد أجاز له الإلتجاء إلى القضاء لحماية الحق الذي يدعيه، فإذا لم تستكمل هذه الشروط فللمدعى عليه أن

¹ العبودي، شرح أحكام قانون أصول المحاكمات المدنية، مرجع سابق، ص274.

² باسم الزغول، الدفوع المدنية بين النظرية والتطبيق، ط1، مكتبة البيضة، عمان، 2000، ص42. محمد أبو بكر، مرجع سابق، ص16. والملاحظ أن معظم التعريفات وردت متضمنة عبارة إستعمال الدعوى ومباشرتها، وهو أمر يتنافى مع طبيعة الدفع فالدفع لا يستخدم لمباشرة الدعوى وإنما لدفعها، بينما المباشرة تكون عند الحديث عن الطلبات.

³ مفلح القضاة، أصول المحاكمات المدنية والتنظيم القضائي، مرجع سابق، ص257.

⁴ أحمد هندي، أصول المحاكمات المدنية والتجارية، الدار الجامعية، بيروت، 1989، ص212.

⁵ علي حيدر، شرح مجلة الأحكام العدلية، المجلد الرابع، مرجع سابق، ص652.

⁶ عوض الزعبي، أصول المحاكمات المدنية، مرجع سابق، ص692.

يجيب على ما يدعيه خصمه بدفع لا يتصور أن يوجه إلا للخصومة فيكون شكلياً، أو لأصل الحق الذي يدعيه خصمه فيكون موضوعياً، أو للدعوى فيكون دفعاً بعدم القبول"¹.

ويشترط في الدفع ما يشترط في الطلب من توافر المصلحة، فلا يجوز التمسك به إلا من صاحب المصلحة فيه، إضافة لخضوعه لقواعد تنظيمية شكلية باعتباره عملاً إجرائياً²، وهو ما ورد النص عليه صراحة في المادة (3) من قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية التي جاء فيها "لا تقبل دعوى أو طلب أو طعن لا يكون لصاحبه مصلحة قائمة بقرها القانون".

إن القاضي الذي يختص بنظر طلب ما يختص أيضاً بنظر الدفع المتعلق به أيضاً، تطبيقاً لقاعدة أن قاضي الدعوى هو قاضي الدفع، أي أن قاضي الطلب الأصلي يختص بكافة الدفوع وأوجه الدفاع التي يمكن أن تثار بمناسبة هذا الطلب³، وحيث إن الدفوع تنصب على طلبات المدعي وبما أن القاضي هو الذي يدير الخصومة بتطبيق القواعد القانونية الموضوعية منها والإجرائية، فلا شك أن له السلطة في تقدير هذه الوسيلة من وسائل الدفاع من حيث نوعها وطبيعتها وحالاتها وأوقاتها ومن له الحق في إثارتها، وعليه فإننا سنتناول هذا الفصل من خلال ثلاثة مباحث على النحو الآتي: الأول: سلطة القاضي في تقدير الدفوع الشكلية والثاني: سلطة القاضي في تقدير الدفوع بعد القبول والثالث: سلطة القاضي في تقدير الدفوع الموضوعية.

¹ أحمد أبو الوفا، نظرية الدفوع في قانون المرافعات، ط8، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1987، ص12. عوض الزعبي، مرجع سابق، ص689.

² باسم الزغول، مرجع سابق، ص44.

³ أحمد هندي، ارتباط الدعوى والطلبات في قانون المرافعات، مرجع سابق، ص250.

المبحث الأول: سلطة القاضي في تقدير الدفوع الشكلية

الدفع الشكلي وسيلة دفاع يدفع به الخصم دعوى خصمه لتفادي الحكم عليه مؤقتاً، وهو ينصب على الإجراءات دون المساس بأصل الحق¹.

وهذا الدفع يُوجه إلى الخصومة أو بعض إجراءاتها، فكلما وجد عيب في إجراءات الخصومة من شأنه التأثير في صحة الخصومة أو انعقادها أو سيرها نحو الفصل في موضوعها وجد دفع شكلي²، ولبين نطاق سلطة القاضي في قبول الدفوع الشكلية وإثارتها، وكيف يتم ذلك، قسمنا هذا المبحث إلى ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: تقدير القاضي لطبيعة الدفع الشكلي

حددت المادة (91) من قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية، بعض أنواع الدفوع الشكلية كالدفع بعدم الإختصاص المحلي، والدفع بالإحالة إلى محكمة أخرى لقيام ذات النزاع أمامها أو للإرتباط والدفع بالبطلان وسائر الدفوع المتعلقة بالإجراءات، فهي بعد أن ذكرت أمثلة على الدفوع الشكلية، أطلقت الصياغة بحيث تشمل كافة الدفوع المتعلقة بالإجراءات والتي لا تقع تحت حصر، تقابلها المادة (110) من قانون الأصول الأردني، بينما نصت المادة (109) من قانون الأصول الأردني على أنواع محددة من الدفوع، كالدفع بوجود شرط التحكيم، ومرور الزمن³ مشترطة التمسك بها دفعة واحدة وفي طلب مستقل⁴، ومن أهم سمات الدفع الشكلي التي يمكن من خلالها تحديد طبيعته⁵:

1- وجوب إبداء الدفوع الشكلية معاً وقبل إبداء أي طلب أو دفاع في الدعوى، وإلا سقط

الحق في الإدلاء به مما يعد تنازلاً عنه⁶.

¹ أحمد ابو الوفا، نظرية الدفوع في قانون المرافعات، مرجع سابق، ص12. باسم الزغول، مرجع سابق، ص69. مصطفى هرجه، الدفوع والطلبات العارضة في قانون المرافعات، مرجع سابق، ص14.

² أحمد خليل، قانون المرافعات المدنية والتجارية، دار الجامعة الجديدة، بيروت، 1996، ص313.

³ محمد وليد المصري، مرجع سابق، ص236. باسم الزغول، مرجع سابق، ص102.

⁴ نصت المادة 109 من قانون الأصول الأردني على أنه 1- للخصم قبل التعرض للموضوع أن يطلب من المحكمة إصدار الحكم بالدفوع التالية بشرط تقديمها دفعة واحدة وفي طلب مستقل: أ- عدم الإختصاص المكاني ب- وجود شرط تحكيم ج- كون القضية مقضية د- مرور الزمن ه- بطلان أوراق التبليغ... علماً بأن الفقرة أ، ه من هذه المادة مشمولة بنص المادة 110 من ذات القانون والتي تنص على أن "الدفع بالبطلان غير المتصل بالنظام العام وسائر الدفوع المتعلقة بالإجراءات والدفع بعدم الإختصاص المكاني، يجب إبدائها معاً وقبل أي دفع إجرائي آخر...".

⁵ احمد ابو الوفا، نظرية الدفوع في قانون المرافعات، مرجع سابق، ص15.

= عبد الكريم الطالب، الشرح العملي لقانون المسطرة المدنية، ط1، مطبوعات المعرفة، مراكش، 2001، ص199.

⁶ إذ نصت المادة 91 من قانون الأصول على أن "الدفع بعدم الإختصاص المحلي والدفع بإحالة الدعوى إلى محكمة أخرى لقيام ذات النزاع أمامها أو للإرتباط، والدفع بالبطلان، وسائر الدفوع المتعلقة بالإجراءات، يجب إبدائها معاً قبل إبداء أي طلب أو دفاع في الدعوى أو دفع بعدم القبول وإلا سقط الحق فيما لم يبد منها".

- 2- فصل القاضي في الدفع الشكلي قبل البحث في الموضوع، لأن الفصل في الدفع الشكلي قد يغنيه عن التكلم في الموضوع¹.
- 3- الفصل في الدفع الشكلي لا يترتب عليه إنهاء النزاع، بل يمكن تجديد الخصومة.
- 4- إستئناف الحكم الصادر في الدفع الشكلي، لا يطرح أمام محكمة الإستئناف إلا الخصومة في الدفع، ولا يجوز لها أن تفصل في الموضوع.
- 5- اعتبار الحكم الصادر في الدفع الشكلي حكماً فرعياً.

والأصل أن القاضي هو الذي يعطي التكييف القانوني للدفع، كما يعطي التكييف للطلبات والوقائع دون النظر للتكييف الذي يطلقه الخصوم، وما إذا كانت شكلية أو موضوعية أم عدم قبول²، وعلى القاضي قبل ذلك أن يقوم على تكييف وتدقيق الطلبات التي يبديها الخصم قبل التمسك بالدفع الشكلي، للوقوف على ما إذا كانت تعد تعرضاً لموضوع الدعوى من شأنه أن يسقط حقه في التمسك بهذا الدفع³.

يقوم القاضي بتحديد طبيعة الدفع الشكلي لتطبيق نطاقه الإجرائي الذي ينطبق عليه فالقواعد التي تحكم الدفوع الشكلية تختلف عن تلك التي تحكم أنواع الدفوع الأخرى، فالدفع الشكلي عادة ما ينصب على قواعد الاختصاص أو يتعلق بإجراءات الخصومة.

والقاضي في تقديره هذا يخضع لرقابة محكمة النقض وفي ذلك قضت محكمة النقض الفلسطينية "بانزال حكم القانون على واقعة الدعوى ولما كان الدفع المثار في الدعوى الماثلة يتصل بعدم الاختصاص النوعي وهو دفع شكلي يترتب على ثبوته رد الدعوى وليس عدم قبولها طبقاً لما هو مستقر عليه فقهاً واجتهاداً، وحيث أن الدفع الشكلي لا يندرج تحت مفهوم الدفع بعدم قبول الدعوى وبالتالي فإنه لا مجال لاعتبار القرار الصادر من محكمة أول درجة لرد الدفع بعدم الاختصاص النوعي قابلاً للاستئناف طبقاً لأحكام المادة (90) ولا يعدو أن يكون قراراً تمهيدياً لا ينهي الخصومة"⁴.

¹ محمد الظاهر، مرجع سابق، ص395. نبيل إسماعيل عمر وأحمد خليل، قانون المرافعات المدنية، مرجع سابق، ص339.

² نبيل إسماعيل عمر وأحمد خليل، قانون المرافعات المدنية، مرجع سابق، ص334.

³ مصطفى هرجه، الدفوع والطلبات العارضة في قانون المرافعات، مرجع سابق، ص17.

⁴ نقض مدني رقم 2009/247 بتاريخ 2010/5/12 منظومة القضاء والتشريع (المقتفي).

كما وأن مهمة التفرقة بين أنواع الدفوع تقع على عاتق القاضي، وهذه المهمة تدق لدى التفرقة بين بعض أنواع الدفوع التي تعتبر محل خلاف في اعتبارها من الدفوع الشكلية أو دافعاً بعدم القبول كالدفع بالتحكيم، وما يزيد من صعوبة هذه المهمة أن الدفوع الشكلية لا تقع تحت حصر، ولا يوجد نصوص قانونية تضع معياراً أو قاعدة عامة يستطيع القاضي من خلالها تحديد طبيعة بعض أنواع الدفوع عندما تدق التفرقة بينها¹.

ويمكن للقاضي وفق قانون الأصول الفلسطيني الفصل في هذه الدفوع على استقلال أو أن يأمر بضمها للموضوع، على أن يبين ما حكم به في كل منها، سناً لأحكام المادة (2/91).

وهنا تجدر الإشارة إلى أن الفقرة الثانية من المادة (91) جاءت في غير موقعها، فمن جهة نجد أن حكم هذه الفقرة ينسحب على الدفوع الشكلية وحدها علماً بأن ضم الدفوع للموضوع ينطبق على الدفوع الموضوعية أكثر من انطباقه على غيرها من الدفوع الأخرى، ومن جهة أخرى فإن الأصل أن تفصل المحكمة في الدفوع الشكلية على استقلال قبل بحث الموضوع كون الفصل في هذه الدفوع قد يغنيها عن الفصل في الموضوع، وبالتالي كان من الأفضل أن يأتي حكم هذه الفقرة في نص مستقل أو أن يشار فيه إلى الدفوع الموضوعية تحديداً، علماً بأن القانون الأردني تطلب أن يحكم القاضي بهذه الدفوع على استقلال ولا يجوز أن يؤجل الفصل فيها أو أن يضمها إلى الموضوع، وهو ما كانت تنص عليه المادة (109) من قانون الأصول الأردني قبل التعديل، ولا شك أنه من الأفضل أن يفصل القاضي في الدفع الشكلي لا أن يضمه للموضوع مما يقتضي تعديل الفقرة الثانية من المادة (2/91) من قانون الأصول الفلسطيني.

¹ محمد الطعاني، مرجع سابق، ص 113.

المطلب الثاني: تقدير القاضي للدفع الشكلية غير المتعلقة بالنظام العام

ورد النص على الدفع الشكلية التي لا تتعلق بالنظام العام في المادة (91) من قانون الأصول الفلسطيني رقم 2 لسنة 2001، وهذا النوع من الدفع يجب التمسك بها من صاحب المصلحة فيها قبل أي دفع آخر، كالدفع بعدم الاختصاص المحلي.

الراجح فقهاً وقانوناً أن الدفع الشكلية لا تقع تحت حصر، فكل دفع يتعلق بالإجراءات يعتبر في واقع الأمر دفعاً شكلياً وهو ما تبناه المشرع الفرنسي والمصري¹، وهو ما أخذ به القانون الفلسطيني في المادة (91) والتي جاءت بالقول "و.. وسائر الدفع المتعلقة بالإجراءات.."².

وفي ظل غياب النص القانوني الذي يحدد بالضبط ما يسقط الحق في إبداء الدفع الشكلي فإن سلطة القاضي وإن كانت تظهر بشكل واضح، إلا أنها خاضعة لرقابة محكمة النقض باعتبارها مسألة قانون³.

فأول دفع يجب على القاضي التعرض له هو الدفع الشكلي المتعلقة بالنظام العام، كالدفع بعدم الاختصاص القيمي أو النوعي، وأول دفع يجب على الخصم التمسك به وقبل التكلم في الموضوع، هو الدفع الشكلي غير المتعلقة بالنظام العام⁴، وعلى الخصم أن يبدي دفعه الشكلية التي عليه أن يتمسك بها معاً، دون اشتراط تقديم بعضها على الآخر، لكي يفصل في المسائل المتعلقة بها مرة واحدة، ولكي لا تطول الإجراءات.

وأساس عمل القاضي هنا هو تقدير معنى الكلام في الموضوع، فهل أي كلام من المدعى عليه يعتبر كلاماً في الموضوع - دخولاً في الأساس - يترتب عليه سقوط الحق في إثارة الدفع الشكلي غير المتعلقة بالنظام العام؟

يتم تقدير ذلك من خلال تدقيق الطلبات والدفع الموضوعية التي يبديها المدعى عليه، فأى طلب أو دفاع مما يتعلق بالموضوع يعتبر مسقطاً للحق في التمسك بالدفع الشكلي، كأن يتمسك المدعى عليه بالوفاء أو التقادم أو أن ينكر المدعى عليه الحق المدعى به، فإذا ما تم الكلام في

¹ العبودي، شرح أحكام قانون أصول المحاكمات المدنية، مرجع سابق، ص 279.

² إذ تنص المادة 73 من قانون المرافعات الفرنسي على أنه "يعد دعواً متعلقاً بالإجراءات كل دفع يتصل ببطانها أو باعتبارها كأن لم تكن أو يتصل بوقف السير في الدعوى".

³ محمد الطعاني، مرجع سابق، ص 116.

⁴ المادة (91) من قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية.

الموضوع على هذا النحو فإن الواقعة القانونية المسقطة للحق في التمسك بالدفع الشكلي تكون قد تحققت ورتبت آثارها، سواء أبدى المدعى عليه ذلك شفاهة أو في مذكرة مكتوبة.

وهنا لا بد من الإشارة إلى ما جرى عليه العمل بسرد الدفوع في اللائحة الجوابية دون ترتيب، ولذلك جرى العمل أيضاً على اعتبار أن تكرار اللائحة الجوابية هو دخول في أساس الدعوى يمنع التمسك بالدفوع الشكلية غير المتعلقة بالنظام العام، والصحيح الذي يتفق مع أحكام قانون الأصول، أنه يجب أن يتمسك المدعى عليه بدفوعه سارداً إياها بالترتيب الذي يتفق مع طبيعتها، فعليه ذكر الدفوع الشكلية غير المتعلقة بالنظام العام قبل أي دفع آخر، كون الدفع الشكلي غير المتعلق بالنظام العام هو أول دفع عليه التمسك به، ثم الدفوع بعدم القبول والدفوع الموضوعية، وبالتالي إذا ما تقيد المدعى عليه بهذا الترتيب فإن تكرار اللائحة الجوابية يعد تكراراً لهذه الدفوع وتمسكاً بالدفع الشكلي غير المتعلق بالنظام العام أولاً، ولا يعد دخولاً في أساس الدعوى.

إن تقدير الكلام في الموضوع الذي يعتبر مسقطاً للحق في الدفع الشكلي، وإن كان يخضع لمطلق السلطة التقديرية للقاضي، إلا أن عليه أن يحدد نطاق هذه الصلة بالموضوع حيث يبني النتيجة التي توصل إليها بهذا الصدد على أسباب سائغة، بأن يكون الكلام في الموضوع المسقط للحق في الدفع الشكلي يعتبر دخولاً في موضوع الدعوى بالمعنى الصحيح سواء إنصرفت إرادته إلى ذلك الإجراء أو الكلام أم لم تتصرف¹.

وبالتالي، فإن النزول الضمني عن التمسك بالدفع الشكلي، لا يتم إلا إذا أتى المدعى عليه بعمل أو أبدى كلاماً يستفاد منه أنه تخلى عن حقه في التمسك به²، فلا يعتبر كلاماً في الموضوع يسقط الحق في التمسك بالدفع الشكلي التعرض للموضوع بصفة عامة، أو استخدام عبارات ذات طابع شكلي محض، كالقول بأن الادعاء لا أساس له فهذا القول لا يعتبر طلباً أو دفعا في الموضوع بالمعنى الدقيق، وكذلك طلب تأجيل الجلسات بصفة عامة أو طلب التأجيل للاطلاع على الأوراق والبيانات لغايات الاستعداد لإبداء الدفع الشكلي لا يعتبر كلاماً في

¹ نبيل اسماعيل عمر، سلطة القاضي التقديرية، مرجع سابق، ص427.

² محمد الطعاني، مرجع سابق، ص116.

الموضوع، بينما يعتبر كذلك طلب التأجيل لإدخال شخص في الخصومة أو تقديم إيداع متقابل فهو يعتبر كلاً في الموضوع مسقطاً للحق في إيداع الدفع الشكلي¹.

المطلب الثالث: سلطة القاضي في إثارة الدفوع الشكلية من تلقاء نفسه

الأصل في الدفوع أنها حقوق إجرائية يملك صاحبها إثارتها أو التنازل عنها، إلا أن ترك الأمر لرغبات الخصوم قد يضر بسير الخصومة والنظام العام، لذلك منح المشرع القاضي سلطة إثارة الدفوع الشكلية المتعلقة بالنظام العام من تلقاء نفسه دون أن يمس ذلك بحياده²، مثال ذلك أن مدد الطعن من النظام العام وهي مواعيد سقوط، فقبول الإستئناف شكلاً مرهون بتقديمه خلال المدة وهو أمر يتصدى له القاضي من تلقاء نفسه وقبل أي شيء³.

المعيار في منح القاضي صلاحية إثارة هذا النوع من الدفوع من تلقاء نفسه هو تعلقها بالنظام العام، فمتى كان الدفع منصبا على إجراء متصل بالنظام العام، انعقدت السلطة للقاضي في إثارته في أية حالة تكون عليها الدعوى من تلقاء نفسه دون أن يتمسك به الخصوم، أما إذا لم يكن الدفع متعلقاً بالنظام العام ولم يتمسك به الخصوم، فإن ذلك يعد تنازلاً منهم عن التمسك به وبالتالي لا يملك القاضي إثارته من تلقاء نفسه⁴، وعلى القاضي أيضاً في حالة وجود نص على تعلق مسألة أو دفع ما بالنظام العام، تقدير تعلق تلك المسألة بالنظام العام من عدمه، وبالتالي إثارة تلك المسألة من تلقاء نفسه إذا لم يتمسك بها الخصوم⁵.

ويقوم القاضي بهذا التقدير من خلال بحثه للوقائع ومدى تعلقها بالنظام العام، ومن ثم بحث القاعدة القانونية المحتملة التطبيق على هذه الوقائع وما إذا كانت قاعدة آمرة تتصل بالنظام العام كالاختصاص القيمي والنوعي أم قاعدة تنظيمية، مثل مبدأ المواجهة بين الخصوم والمساواة أمام القضاء⁶.

فالدفع بالإحالة لقيام ذات النزاع أو للارتباط دفع شكلي، وعلى الرغم من الخلاف الفقهي حول تعلق هذا الدفع بالنظام العام إلا أن الرأي الراجح أن ليس للقاضي أن يقضي به من تلقاء

¹ نبيل اسماعيل عمر، سلطة القاضي التقديرية، مرجع سابق، ص426.

² العبودي، شرح أحكام قانون أصول المحاكمات المدنية، مرجع سابق، ص285.

³ نبيل اسماعيل عمر واحمد خليل، قانون المرافعات المدنية، مرجع سابق، ص7.

⁴ محمد عبد الله الظاهر، مرجع سابق، ص394.

⁵ نبيل اسماعيل عمر، سلطة القاضي التقديرية، مرجع سابق، ص427.

⁶ محمد الطعاني، مرجع سابق، ص118.

نفسه، وهو ما أخذ به التشريع المغربي¹، إلا أن القاضي يتمتع بسلطة كبيرة في حال دفع أحد الخصوم بالإحالة وهو ليس ملزماً بأن يقضي بالإحالة وله أن يرفض، فالأمر يدخل في مطلق سلطانه².

وللقاضي أن يقرر ضم الدفوع للموضوع، إذا رأى أن الفصل فيها يستلزم بحث الموضوع وهنا يفصل فيها بحكم واحد وعليه أن يبين ما حكم به في كل منها³، ورغم أن على القاضي أن يفصل في الدفع الشكلي على استقلال فقد يرى ضمه للموضوع، وهنا عليه أن ينبه الخصم إلى ذلك أي يعلمه أنه لن يفصل في الدفع الشكلي على استقلال حتى يستطيع تقديم ما لديه من أوجه دفاع في الموضوع (دفع موضوعية)، إذ أنه قد يحجم عن تقديمها إنتظاراً للقضاء في الدفع الشكلي⁴.

المبحث الثاني: سلطة القاضي في تقدير الدفوع المتعلقة بعدم القبول

الدفع بعدم القبول وسيلة دفاع ترمي إلى إنكار الحق في إقامة الدعوى، فهو يوجه إلى الوسيلة التي يلجأ إليها صاحب الحق لحماية حقه ألا وهي الدعوى، وما إذا كان من الجائز استعمالها، أم أنه لا يجوز استعمالها لعدم توافر شرط من شروطها العامة أو الخاصة⁵، فالدفع بعدم القبول كل سبب يرمي به الخصم إلى إعلان عدم قبول طلب خصمه دون البحث في موضوعه لإنتفاء حقه في الدعوى⁶.

ورد النص على الدفع بعدم القبول في المادة (115) من قانون المرافعات المصري والتي نصت على أن "الدفع بعدم قبول الدعوى يجوز إبدائه في أية حالة تكون عليها الدعوى"، وكذلك المادة (64) من القانون اللبناني "للمحكمة أن تثير تلقائياً دفع عدم القبول الناتج عن انتفاء المصلحة".

¹ عبد الكريم الطالب، شرح قانون المسطرة المغربي، مرجع سابق، ص204.

² أحمد هندي، إرتباط الدعوى والطلبات، مرجع سابق، ص188.

³ مصطفى هرجه، مرجع سابق، ص14. وهو ما نصت عليه المادة 2/91 من قانون الأصول الفلسطيني، التي سبق الإشارة إلى أنها بحاجة إلى تعديل وتغيير موقعها.

⁴ عزمي عبد الفتاح، واجب القاضي في تحقيق مبدأ المواجهة، مرجع سابق، ص49.

⁵ احمد ابو الوفا، نظرية الدفوع في قانون المرافعات، مرجع سابق، ص835. باسم الزغول، مرجع سابق، ص104.

⁶ نبيل شديد رعد، الدفوع الشكلية في قانون أصول المحاكمات الجزائية، ج1، ط1، بيروت، 2005، ص8.

بينما لم يرد في قانون الأصول الأردني نص صريح على هذا النوع من الدفع، وإن وردت إشارات في المادة (112) التي تحدثت عن الدفع بعدم جواز نظر الدعوى لسبق الفصل فيها¹ وكذلك المادة (2/121) التي تضمنت عدم قبول الطلبات العارضة بعد ختام المرافعة، والمادة (2/218) التي تحدثت عن عدم قبول طلب إعادة المحاكمة، إلا أن القضاء الأردني يعترف بهذا الدفع.²

ورد النص على حالات من الدفع بعدم القبول في قانون الأصول الفلسطيني في المادة (3/3) التي نصت على أنه "إذا لم تتوفر المصلحة وفقاً للفقرتين السابقتين قضت المحكمة من تلقاء نفسها بعدم قبول الدعوى"، بينما نصت المادة (90) على هذا النوع من الدفع صراحة إذ جاء فيها أنه "يجوز للمدعى عليه أن يدفع الدعوى إستناداً إلى أي سبب يؤدي لعدم قبولها قبل الدخول في الأساس، ويكون القرار الصادر برد الطلب أو قبوله قابلاً للاستئناف" وحيث إن الدفع بعدم القبول ينصب على قبول الدعوى من عدمها أي على شروط الادعاء التي سبق الحديث عنها في المطلب الثالث من الفصل الثاني، وعليه فإننا سنتناول هذا المبحث في مطلبين:

المطلب الأول: تقدير القاضي لطبيعة الدفع بعدم القبول وحالاته

اختلف الفقه حول طبيعة الدفع بعدم القبول، وما إذا كان من الجائز إثارته في أية مرحلة من مراحل الدعوى، إضافة إلى الخلاف حول طبيعته في كونه يتعلق بالموضوع أحياناً وتسري عليه قواعد الدفوع الموضوعية وبالشكل أحياناً أخرى فتسري عليه قواعد الدفوع الشكلية³، بينما يعتبره البعض ذو طبيعة مختلطة ويغلب عليه وصف الدفع الموضوعي⁴، ويظهر هذا الخلاف بشكل جدي في ظل القانون الأردني لخلوه من النص عليه، إذ كثيراً ما يحدث الخلط بينه وبين الدفوع الإجرائية⁵.

فمثلاً هناك خلاف حول الدفع بانعدام الصفة أو انتفاء المصلحة، إذ يرى البعض أنه يوجه إلى أصل الحق المدعى به وبالتالي فهو دفع موضوعي ومن الخطأ أن يقال إن هذا الدفع هو

¹ محمد خليل ابو بكر، مرجع سابق، ص19. حسب المادة 92 من قانون الأصول الفلسطيني.

² الزغول، مرجع سابق، ص105.

³ نبيل اسماعيل عمر وأحمد خليل، قانون المرافعات المدنية، مرجع سابق، ص345.

⁴ العبودي، شرح أحكام قانون أصول المحاكمات المدنية، مرجع سابق، ص281.

⁵ محمد خليل ابو بكر، مرجع سابق، ص20

دفع بعدم القبول¹، بينما يرى اتجاه آخر أن الدفع الذي يوجه في حالة عدم توافر الصفة هو دفع بعدم القبول وليس صحيحاً ما قيل إن الفصل في دفع عدم القبول هو فصل في أساس الدعوى، ذلك أن بحث القاضي في هذه المرحلة لا يتضمن فصلاً في مسألة تتعلق بأصل الحق فبحث القاضي هنا سابق على بحثه لموضوع الدعوى، وإن كان القاضي في هذه المرحلة يبحث الوقائع للتحقق من الدفع بعدم القبول، فإن بحثه لها بحث سطحي لغايات محددة بصفة مجردة².

وكما أسلفنا فالدفع الشكلي يوجه إلى الخصومة، ذلك أن الخصومة تقوم بمجرد اتخاذ الإجراءات الشكلية التي تطلبها قانون الأصول دون التفات إلى توافر الحق في رفعها، وأما الدفع الموضوعي فيوجه إلى الحق المدعى به أما الدفع بعدم القبول فيوجه إلى الدعوى باعتبارها عنصراً من عناصر الحق³.

والراجع أن الدفع بعدم القبول دفع مستقل ذو طبيعة خاصة⁴، لا يُوجه إلى الخصومة ولا يوجه إلى أصل الحق، وإنما يوجه إلى الدعوى باعتبارها الوسيلة المقررة لحماية الحق⁵، وفي تقديري أن استقلالية هذا النوع من الدفعات تتبع من فكرة الحماية التي توفرها القاعدة القانونية بتمكين المدعي من استعمال الدعوى كوسيلة لحماية هذا الحق، مما يولد للمدعي عليه الحق في إنكار حق الخصم في الحصول على الحماية.

وتقدير ما إذا كان الدفع موجهاً إلى الدعوى وبشكل دفعاً بعدم القبول أم لا من سلطة القاضي ويخضع في ذلك لرقابة محكمة النقض التي قضت في ذلك بالقول "لما كان الطلب المقدم من الطاعن برد الدعوى قبل الدخول في أساسها هو في حقيقته دفع بعدم مسؤولية الشركة المدعى عليها عن تعويض الجهة المدعية عن الأضرار التي لحقت بها والناجمة عن حادث الطرق موضوع الدعوى، وحيث أن مثل هذا الدفع يندرج تحت مفهوم المصلحة بمعنى أن ليس للجهة المدعية مصلحة أو صفة في إقامة الدعوى ضد المدعى عليها ولأن الدفع بعدم توافر المصلحة أو الصفة من الدفعات الأساسية لعدم قبول الدعوى قبل الدخول في الأساس، فإن القرار الصادر

¹ أحمد ابو الوفا، نظرية الدفع في قانون المرافعات، مرجع سابق، ص 853.

² محمد ابو بكر، مرجع سابق، ص 75، 39.

³ أحمد ابو الوفا، نظرية الدفع في قانون المرافعات، مرجع سابق، ص 844.

⁴ لؤي الحسيني، النظام القانوني للدفع بعدم القبول، مجلة العدالة والقانون، العدد 13، ص 46.

⁵ الزغول، مرجع سابق، ص 108. الطعاني، مرجع سابق، ص 131.

في الطلب سواء بالقبول أو الرد يكون قابلاً للاستئناف سناً للمادة (90) من قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية¹.

وبحسب قانون أصول المحاكمات الفلسطينية، فإن الدفع بعدم القبول يجوز إيدأؤه قبل الدخول في الأساس، أما الدفع بعدم القبول المتعلق بالنظام العام فتجوز إثارته في أي مرحلة من مراحل الدعوى²، فليس للقاضي إثارة الدفع بعدم القبول من تلقاء نفسه ما لم يكن متصلاً بالنظام العام³.

نصت المادة (90) من قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية على أنه "يجوز للمدعي عليه أن يدفع بعدم قبول الدعوى لأي سبب يؤدي إلى عدم قبولها قبل الدخول في الأساس ويكون القرار الصادر برد الطلب أو قبوله قابلاً للاستئناف"، فالدفع بعدم القبول إما أن يكون متعلقاً بالنظام العام وهنا يمكن إثارته في أية مرحلة، وإما غير متعلق بالنظام العام وهنا لا بد من إثارته قبل الدخول في الأساس، بينما أجازت المادة (115) من قانون المرافعات المصري والمادة (123) من القانون الفرنسي التمسك بهذا الدفع في أية حالة تكون عليها الدعوى، كونه يوجه إلى شروط الحماية القضائية⁴، ثم أن معظم الدفوع بعدم القبول متعلقة بالنظام العام، ولذلك يجوز إيدأؤها في أية حالة تكون عليها الدعوى⁵.

إن الفصل في هذا الدفع يكون ببحث شروط قبول الإدعاء والتحقق من توافرها، وأن بحث هذه الشروط لا يحسم النزاع حول أصل الحق، ومن الأمثلة على هذا الدفع، الدفع بإنعدام الصفة، والدفع بالجهالة والتناقض، والدفع بإنعدام المصلحة، والدفع بأن الدعوى سابقة لأوانها والدفع بالتحكيم.

ففي حالة الدفع بالتحكيم، نجد أن هناك خلافاً فقهيّاً حول طبيعته في كونه دفعاً بعدم الاختصاص أم دفعاً بعدم القبول، ذلك وإن كان الهدف من الدفع في الحالتين منع المحكمة من الفصل في الدعوى، إلا أنه في حالة الدفع بعدم الاختصاص فإن الخصم ينكر على المحكمة اختصاصها بنظر الدعوى، بينما في حالة الدفع بعدم القبول فإن الخصم ينكر حق خصمه في

¹ نقض مدني رقم 2010/11 بتاريخ 2010/5/27 منظومة القضاء والتشريع (المقتفي).

² وقد كان قانون أصول المحاكمات الحقوقية الملغى يجيز إيدأء الدفع بعدم القبول في أية مرحلة من مراحل الدعوى سواء تعلق بالنظام العام أم لا. للمزيد أنظر عثمان التكروري، مرجع سابق، ص441.

³ لؤي الحسيني، مرجع سابق، ص58.

⁴ نبيل اسماعيل واحمد خليل، قانون المرافعات المدنية، مرجع سابق، ص347.

⁵ محمد الطعاني، مرجع سابق، ص131.

استعمال الدعوى، كما أن أساس الدفع بعدم الاختصاص أن المحكمة غير مختصة، بينما الدفع بعدم القبول أساسه منع المحكمة من نظر الدعوى مع التسليم باختصاصها¹.

نصت المادة (1/7) من قانون التحكيم رقم (3) لسنة 2000² على أنه "إذا شرع أحد أطراف التحكيم في إتخاذ أي إجراء قانوني أمام أية محكمة ضد الطرف الآخر بشأن أمر تم الاتفاق على إحالته للتحكيم، فيجوز للطرف الآخر قبل الدخول في أساس الدعوى أن يطلب من المحكمة وقف ذلك الإجراء وعلى المحكمة أن تصدر قراراً بذلك إذا اقتنعت بصحة اتفاق التحكيم".

في تقديري يجب أن نفرق بين اتفاق الخصوم على إحالة النزاع إلى التحكيم أثناء نظر الدعوى، وهذه مسألة سبقت الإشارة إليها في سلطة القاضي في الإحالة، وبين الدفع بوجود اتفاق على التحكيم ابتداءً، وإنني أرى أن الدفع بالتحكيم في هذه الحالة دفع بعدم القبول، أما القول بأنه دفع بعدم الاختصاص فهو أمر غير وارد وذلك لصعوبة تحديد نوع الاختصاص المقصود، ثم أن القانون نظم مسألة الاختصاص بموجب نصوص تضمنت الاختصاص المحلي والوظيفي والنوعي والقيمي، وجميعها من النظام العام بإستثناء الاختصاص المحلي والدفع بالتحكيم إذا ما اعتبرناه دفعاً بعدم الاختصاص، فهو أقرب ما يكون إلى الاختصاص الوظيفي - كونه يعني أنه إذا لم تكن المحكمة مختصة فإن جهة أخرى هي المختصة - ولا يعقل أن ينصب الدفع بالتحكيم على الاختصاص المحلي أو القيمي أو النوعي، فهو لا يتناول اختصاص المحكمة المكاني، أو اختصاصها القيمي أو النوعي.

وأما الاختصاص الوظيفي أو الولائي، فهو من النظام العام ولا يجوز الاتفاق على خلافه وما الدفع بالتحكيم إلا نتاج اتفاق سابق بين الأطراف، لا يجوز أن يمس أو يتناول مسألة ذات صلة بالنظام العام، ولذلك فإن الدفع بالتحكيم ينصب على حق الخصم في استعمال الدعوى مما يجعله دفعاً بعدم القبول.

¹ محمد ابو بكر، ص31. الزغول، ص109. وهناك من يرى أنه دفع بعدم الإختصاص، وهو قول محل نظر ذلك أن الدفع باتفاق التحكيم يتفق مع الدفع بعدم القبول من حيث أن إتفاق التحكيم هو إتفاق إرادي، ويتعلق بإنتفاء الحق في رفع الدعوى أمام القضاء العادي، فإن كان يحجب المحكمة عن نظر النزاع إلا أنه يصعب تحديد نوع الإختصاص المقصود، ثم أن المحكمة تبقى مختصة بنظره في حال الرجوع عن الإتفاق، أو إبطاله أو عند تنفيذ حكم التحكيم نفسه فهي كما يلاحظ مختصة في جوانب أخرى من ذات النزاع وأحياناً بالنزاع كله، مما يصعب معه التسليم بأن هذا الدفع هو دفع بعدم الإختصاص.

= إبراهيم جوهر إبراهيم، **الدفع باتفاق التحكيم في الدعوى المدنية**، دار الكتب القانونية، القاهرة، 2009، ص154.

= للمزيد حول الدفع بالتحكيم، خالد تلاحمة، مرجع سابق، ص93.

² قانون التحكيم رقم (3) لسنة 2000 (الوقائع الفلسطينية: عدد33، بتاريخ 2000/6).

وقد استقر إجتهد محكمة التمييز الأردنية على اعتبار الدفع بالتحكيم دفعاً بعدم القبول غير متعلق بالنظام العام، إذ قضت "إن الدفع بالتحكيم هو دفع بعدم القبول لا يتعلق بالنظام العام..."¹، وقضت محكمة النقض المصرية "شروط التحكيم وعلى ما جرى به قضاء المحكمة لا يتعلق بالنظام العام فلا يجوز للمحكمة أن تقضي بأعماله من تلقاء نفسها، وإنما يتعين التمسك به أمامها ويجوز النزول عنه صراحة أو ضمناً، ويسقط الحق فيه فيما لو أثير متأخراً بعد الكلام في الموضوع، كما أن قاضي الموضوع يخضع لرقابة محكمة النقض في تكيفه للطلبات التي يبدئها الخصم قبل التمسك بشروط التحكيم للوقوف على ما إذا كانت تعد تعرضاً لموضوع الدعوى من شأنه أن يسقط الحق في التمسك بهذا الشرط..."².

أما الدفع بانتفاء الصفة كدفع بعدم القبول، فهو من الدفوع التي تتصل بالنظام العام، ذلك أن على القاضي قبل أن يتناول النزاع موضوعاً أن يتحقق من صفات الخصوم حتى لا ينشغل بقضايا غير جدية أو كيدية، إلا أن هناك من يرى أن الدفع بانتفاء المصلحة القانونية أو الحالة من الدفوع الموضوعية البحتة التي تتصل بأصل الحق³.

وفي تقديري أن الدفع بانتفاء الصفة وإن كان يستدعي بحث المراكز الموضوعية والقانونية للخصوم، إلا أنه ينصب بالنتيجة على الحق في استعمال الدعوى، وليس على أصل الحق أو موضوع الدعوى، كما أن القاضي وإن كان يبحث المراكز الموضوعية عند تصديه لهذا الدفع إلا أنه بالنتيجة يحكم بعدم قبول الدعوى في حالة عدم توافر الصفة، وبالتالي فإن السبب المباشر هو عدم توافر شرط من شروط قبول الدعوى، ولذلك فهو دفع بعدم قبول الدعوى وليس دفعاً موضوعياً.

المطلب الثاني: سلطة القاضي في إثارة الدفع بعدم القبول

بما أن الراجح أن هذا الدفع ذو طبيعة مستقلة، فإنه قد يتعلق بالنظام العام في الحالات التي يتم النص فيها صراحة على ذلك أو وفقاً لتقدير القاضي، حيث يحدد الاجتهاد القضائي بعض أنواع الدفوع في حالة الاختلاف وعدم وجود نص كما في الدفع باتفاق التحكيم، وهنا يجوز

¹ تمييز حقوق رقم 93/23 مشار إليه في خالد تلاحمة، مرجع سابق، ص98.

² نقض رقم 714 لسنة 47 ق بتاريخ 1982/4/26، مشار إليه في محمد خليل أبو بكر، مرجع سابق، ص160.

³ أبو الوفاء، المرافعات المدنية، مرجع سابق، ص333،334.

للقاضي التعرض لهذا الدفع من تلقاء نفسه، كعدم القبول لانعدام الصفة أو انتفاء المصلحة أو لرفع الطعن بعد الميعاد¹.

وإن كان البعض يرى أن الدفع بعدم القبول المتصل بالنظام العام يتفق مع الدفوع الشكلية المتعلقة بالنظام العام لأن الدفع بعدم القبول يتصل بقاعدة قانونية تتعلق بالنظام العام ولذا يجب على القاضي إثارته من تلقاء نفسه²، إلا أن هناك من يرى أنه وبسبب عدم وجود حكم عام يسري على الدفوع بعدم القبول بخصوص سلطة القاضي في إثارته، فإن الدفع بعدم القبول من حيث الأصل لا يتعلق بالنظام العام إلا بنص القانون³.

ثمة حالات تتعلق بعدم قبول الدعوى، يتعين فيها على القاضي أن يتصدى لها من تلقاء نفسه وعليه أن يبحث في موضوع كل دفع على حدة لمعرفة طبيعة البواعث التي دعت إلى تقريره، هل هي مصلحة المدعى عليه بإعتباره من يفترض الدفع لصالحه، أم صالح المدعى عليه والصالح العام⁴، كالدفع بعدم قبول الدعوى لسبق الفصل فيها، وهناك نوع آخر من الدفوع بعدم القبول الغاية منها تقرير مصلحة أحد الخصوم الذي عليه التمسك بها، وليس للقاضي أن يثيرها من تلقاء نفسه، ومثال ذلك الدفع بالتحكيم⁵ ومرور الزمن عندنا.

وعلى القاضي بحث جوانب هذا الدفع وتحريها، وخيارات القاضي هنا تنحصر في رد الدعوى أو ضم الدفع إلى الدعوى أو رد الدفع، وقد ورد النص على هذه الحالة في المادة (67) من قانون أصول المحاكمات المدنية اللبناني "للمحكمة أن تفصل في الدفوع على حدة أو أن تضمها إلى الموضوع"، ولم يرد نص مماثل في القانون المصري أو الأردني أو الفلسطيني أو الفرنسي بينما ورد النص في المادة (2/91) من القانون الفلسطيني، بجواز ذلك في حالة الدفوع الشكلية.

في تقديري ورغم عدم النص الصريح على ذلك في حالة الدفوع بعدم القبول، فإن الأمر في ظل القانون الفلسطيني لا يخرج عن الحالات المذكورة برد الدعوى أو رد الدفع أو ضم الدفع إلى موضوع الدعوى إذا تبين للقاضي أن الفصل في الدفع يستوجب بحث موضوع الدعوى، فذلك

¹ نبيل إسماعيل عمر وأحمد خليل، قانون المرافعات المدنية، مرجع سابق، ص347.

² العبودي، مرجع سابق، ص285.

³ محمد أبو بكر، مرجع سابق، ص102.

⁴ أبو الوفاء المرافعات المدنية، مرجع سابق، ص233.

⁵ الزغول، مرجع سابق، ص110.

يعود لتقدير القاضي حسب أهمية الدفع وحالته، وإن كنا نؤيد من يرى ضرورة أن يفصل القاضي في هذا الدفع قبل بحث الموضوع، لأن ذلك قد يغنيه عن بحث الموضوع¹.

وعلى القاضي أثناء بحثه للدفع بعدم القبول المتعلق بالنظام العام أن يتأكد من مسألتين²:

1- وجود مجموعة من الوقائع تنشئ دفعاً بعدم القبول، والمقصود هنا ورودها بشكل تلقائي وليس المقصود تمسك الخصوم بهذا الدفع.

2- البحث عن حاجة أساسية تمس مصالح المجتمع المعتبرة من النظام العام، أو أن تكون الحاجة تبرر إثارة الدفع بعدم القبول من تلقاء نفسه.

وبالتالي فإن سلطة القاضي هنا تمتد لبحث الوقائع للتحقق من إمكانية توافر الدفع، ومن ثم مدى صلته بالنظام العام، والذي يقوم القاضي على تفسيره في الحالة المعروضة أمامه، تمهيداً لإعمال الأثر القانوني للقاعدة القانونية التي تنطبق على تلك الحالة.

المبحث الثالث: سلطة القاضي في الدفوع الموضوعية

الدفوع الموضوعية وسائل دفاع يرمي بها المدعى عليه إلى تفادي الحكم للمدعي بمطلوبه دون أن يقصد الحصول على مزية خاصة، وهي توجه إلى ذات الحق بإنكاره أو انقضائه³ وهذا النوع من الدفوع ينصب على أصل الحق، وتبدى بصورة سلبية بمجرد إنكار الوقائع المدعاة أو بصورة إيجابية بتأكيد الواقعة المنهية للحق المدعى به أو المانعة لنشوئه⁴، وسنتناول هذا المبحث في مطلبين:

المطلب الأول: تقدير القاضي لطبيعة الدفع الموضوعي وحالاته

يتميز الدفع الموضوعي عن غيره من أنواع الدفوع بأنه ينصب على الحق المدعى به، وأن الحكم الصادر بقبوله يترتب عليه إنهاء النزاع على أصل الحق المدعى به، ويحوز حجية الأمر المحكوم به فلا يجوز تجديد النزاع بخصوصه، كما وأن الدفوع الموضوعية يجوز إيدؤها في أية

¹ محمد خليل أبو بكر، مرجع سابق، ص109.

² المرجع نفسه، ص102.

³ احمد ابو الوفا، نظرية الدفوع في قانون المرافعات، مرجع سابق، ص17-18.

⁴ محمد الطعاني، مرجع سابق، ص121. باسم الزغول، مرجع سابق، ص60.

حالة تكون عليها الدعوى، ولا يعتبر تنازلاً عن الدفع الموضوعي تقديم دفع آخر عليه، كما يرى جانب من الفقه¹.

والدفع الموضوعية لا تقع تحت حصر حيث أنها ترتبط بالحق، والقواعد الموضوعية المنظمة للحقوق لم ترد على سبيل الحصر، وهي تستمد من كافة القوانين الموضوعية كالقانون المدني وقانون المسؤولية المدنية وغيرها من القوانين².

وعلى القاضي عبء تكييف الدفع في كونه دعواً موضوعياً أم لا، وأن يحدد طبيعة الدفع وخلق الوصف القانوني الصحيح الذي ينطبق عليه، ويكون ذلك من خلال فهم مجموع الوقائع المقدمة إليه من الخصوم وتكييفها، ثم إسنادها إلى القاعدة القانونية المحتملة التطبيق عليها³ ولذلك فإن على القاضي لدى إعمال تقديره للدفع الموضوعي، أن يبحث المراكز الموضوعية للخصوم من خلال الواقع المطروح عليه ومن خلال القانون.

أما الوقائع فإن رد المدعى عليه عادة ينحصر في ثلاث حالات أي أن تمسك المدعى عليه بالدفع الموضوعي يكون على ثلاثة أوجه، وهي⁴:

1- إنكار الوقائع المنشئة للحق المدعى به، أو إنكار الآثار القانونية التي ينسبها المدعي لهذه الوقائع وهي الصورة السلبية لإبداء الدفع، كإنكار التوقيع على العقد أو السند، إذ يقع على المدعي إثبات ما يدعيه من وقائع، ذلك أن البيئة على من ادعى وما إنكار المدعى عليه للوقائع المطروحة من المدعي إلا تنبيه للقاضي بواجبه بأن لا يحكم بمقتضى هذه الوقائع إلا إذا تم إثباتها من قبل المدعي، كما لو أنكر المدعى عليه مصدر الإلتزام كأن ينكر وجود العقد أو الفعل الضار... إلخ فعلى القاضي أن يثبت من وجود الإلتزام فعلاً، فإذا وجد الإنكار وجب الإثبات⁵، ولذلك فإن جانباً من الفقه يعتبر أن مجرد إنكار الوقائع المنشئة للحق أو إنكار آثارها يعد دفاعاً موضوعياً، ولا يعتبر دفاعاً موضوعياً بالمعنى الصحيح⁶.

¹ أحمد أبو الوفا، نظرية الدفع في قانون المرافعات، مرجع سابق، ص18. باسم الزغول، مرجع سابق، ص62-63.

² باسم الزغول، مرجع سابق، ص61.

³ الطعاني، مرجع سابق، ص123.

⁴ نبيل اسماعيل عمر، سلطة القاضي التقديرية، مرجع سابق، ص422.

⁵ نبيل اسماعيل عمر، مرجع سابق، ص423. محمد الطعاني، مرجع سابق، ص123.

⁶ الزغول، مرجع سابق، ص59.

وقيام المدعى عليه بإنكار الوقائع المنشئة يقتضي منه التقدم بمجموع واقعي جديد بهدف تعزيز إنكاره لهذه الوقائع أو آثارها، ويقع عبء تقدير ذلك على القاضي، ذلك أننا أمام دفع موضوعي يترتب على بحثه ضرورة التصدي للمراكز الموضوعية للخصوم، ويترتب على الفصل فيه إيجاباً أو سلباً التأثير في الحق المدعى به¹.

- 2- أن يتمسك المدعى عليه بواقعة معاصرة لنشأة الواقعة التي يتمسك بها المدعي، كأن يتمسك المدعى عليه بصورية العقد الذي يركز إليه المدعي في دعواه، أو أن يتمسك المدعى عليه بواقعة لاحقة للواقعة التي نشأ عنها الحق المدعى به، من شأنها أن تمنع الواقعة المدعاة من إنتاج آثارها، كالتمسك بالوفاء أو الإبراء أو المقاصة².
- 3- قد يتمسك المدعى عليه بواقعة منهيّة من شأنها إنهاء آثار الواقعة المنشئة التي تمسك بها المدعي، كما لو تمسك ببطلان العقد³.

وهنا يقوم القاضي ببحث المراكز القانونية ويتحقق بصفة مجردة من القواعد الموضوعية التي تنطبق على الوقائع المعروضة عليه، للثبوت من أن الواقعة المعاصرة أو اللاحقة أو المنهيّة التي يتمسك بها المدعى عليه لها تأثير على الواقعة المدعاة أم لا، وبعد أن يرصد إحدى الحالات المذكورة يقوم بإعمال التقدير استناداً إلى القاعدة القانونية التي تنطبق على الواقعة التي تمسك بها المدعى عليه من خلال القانون الموضوعي فإن لم يجد يرجع إلى القواعد العامة التي تنظم الدفع الموضوعية في القانون المدني، وعلى ضوء تلك القاعدة ينتهي إلى قبول الدفع أو عدم قبوله.

المطلب الثاني: تقدير القاضي لحق الخصم في إثارة الدفع الموضوعية

كما أن الطلب الأصلي يعتبر جوهر الإدعاء، فإن الدفع الموضوعي يعتبر جوهر الدفاع وهناك من يرى أنه يجوز للخصم أن يتمسك بالدفع الموضوعي في أية حالة تكون عليها الدعوى حتى إقفال باب المرافعة، ولو كان ذلك لأول مرة أمام محكمة الاستئناف⁴، ولا يسقط الحق في التمسك بالدفع الموضوعي تقديم دفع آخر عليه وإن كان دفعاً موضوعياً آخر، ومبرر ذلك أن حق الدفاع ومقتضيات تحقيق العدالة تقتضي السماح لصاحب الحق فيه أن يبدي أي وسيلة

¹ نبيل إسماعيل عمر، مرجع سابق، ص423.

² نبيل عمر، المرجع السابق، ص424.

³ محمد وليد المصري، مرجع سابق، ص246. وهناك من يعتبره دفعاً بعدم القبول، تكروري، مرجع سابق، ص440.

⁴ باسم الزغول، مرجع سابق، ص62. احمد ابو الوفا، نظرية الدفع في قانون المرافعات، ص18. الظاهر، مرجع سابق، ص397.

دفاع من شأنها تقاضي الحكم لخصمه في أية مرحلة¹، وأن السماح بإيداء هذا النوع من الدفوع في أية مرحلة لا يعني أنها متعلقة بالنظام العام بل هي متعلقة بمصالح الخصوم، فلا تجوز إثارتها لأول مرة أمام محكمة النقض، ولا تكون متعلقة بالنظام العام إلا إذا كانت مستندة إلى اعتبارات تمس الصالح العام كالدفوع بعدم مشروعية السبب فلا يجوز المطالبة بدين قمار مثلاً².

من الواضح أن هناك خلافاً فقهيّاً حول إيداء الدفوع الموضوعية في أية مرحلة تكون عليها الدعوى، فبينما يرى جانب من الفقه أنه يجوز التمسك بها في أية مرحلة حتى إقفال باب المرافعة، وهذا ما كان يأخذ به قانون أصول المحاكمات الحقوقية القديم الملغى، فإن اتجاهاً آخر يرى أنه إذا لم يتمسك الخصم بها في الوقت والشكل المناسب، فإنه يعد اسقط حقه في هذا الدفع³، وبين هذا وذاك نجد أن قانون الأصول الفلسطيني جاء في المادة (89) منه بالقول "يجب على الخصوم تقديم طلباتهم ودفوعهم مرة واحدة قبل الدخول في أساس الدعوى"، فهل يشمل حكم هذا النص الدفوع الموضوعية، أم أنه يقتصر على الدفوع الشكلية والدفوع بعدم القبول؟

هناك من يرى أن نص المادة (89) قد جاء مطلقاً ولم يرد في المواد اللاحقة ما يقيد به وبالتالي فإن المشرع قد تطلب أن يبدي المدعى عليه دفوعه مرة واحدة قبل الدخول في أساس الدعوى⁴، لكن لماذا أورد المشرع في قانون الأصول رقم 2 لسنة 2001 نصاً خاصاً بالدفوع الشكلية والدفوع بعدم القبول دون الدفوع الموضوعية في المواد (90، 91) من قانون الأصول سيما وأنه ورد النص في المادة (109) من قانون أصول المحاكمات المدنية الأردني على أنه "على الخصوم أن يبينوا جميع طلباتهم ودفوعهم دفعة واحدة، وأن يبدوا جميع الوجوه التي تبني عليها الدفوع المتعلقة بالاجراءات غير المتصلة بالنظام العام معاً وإلا سقط الحق فيما لم يبد منها"، كما أن معظم من تعرض لهذه المسألة من الفقهاء أكد على حق الخصم في التمسك بالدفوع الموضوعية في أية حالة كانت عليها الدعوى، بل أن منهم من ذهب إلى أبعد من ذلك

¹ عبد الباسط جمبي، مبادئ المرافعات، دار الفكر العربي، القاهرة، 1980، ص466.

= باسم الزغول، مرجع سابق، ص63.

² الزغول، مرجع سابق، ص65.

³ نبيل اسماعيل عمر واحمد خليل، قانون المرافعات المدنية، مرجع سابق، ص428.

⁴ تكرر، مرجع سابق، ص439.

بالقول أنه يجوز للخصم أن يتمسك بالدفع الموضوعي في أية حالة تكون عليها الدعوى وله في كل جلسة أن يتمسك بدفع موضوعي جديد¹.

وقد يتساءل البعض، أن اشتراط إبداء الدفوع جميعها قبل الدخول في الأساس ودفعة واحدة وإن كان مقبولاً فيما يتعلق بالدفوع الشكلية والدفوع بعدم القبول فإنه غير مقبول فيما يتعلق بالدفوع الموضوعية ذلك أنها تنصب على أصل الحق، وأن العدالة تقتضي استثنائها من تلك القاعدة؟

وللتوفيق بين وجهات النظر المختلفة أرى أن القول بجواز التمسك بالدفع الموضوعي في أية حالة كانت عليها الدعوى يتعارض مع سياسة المشرع الهادفة إلى سرعة الفصل في الدعاوى ويتيح المجال للمماطلة والتسويف، إذ يبقى المدعي مهتماً طوال فترة الخصومة بدفوع يثيرها خصمه دون ضوابط، هذا من جهة ومن جهة أخرى فإن قانون أصول المحاكمات الفلسطينية قد نص في المادة (1/120) على أن "تكلف المحكمة الخصوم في الجلسة الأولى لنظر الدعوى وبعد تكرار اللوائح تحديد نقاط الاتفاق والاختلاف في المسائل المتعلقة بالدعوى ويدون ذلك في محضر الجلسة"، وهو ما يقطع في ضرورة إبداء الدفع الموضوعي قبل الدخول في الأساس، كما أن الدفوع الموضوعية بطبيعتها تنقل عبء الإثبات وتعتبر جزءاً من بحث الموضوع، ومثال ذلك إنكار وجود الحق أصلاً وإنكار التوقيع على العقد والدفع بانتفاء الضرر والتمسك ببطلان العقد والدفع ببراءة الذمة والدفع بعدم مشروعية العقد، يضاف إلى ذلك أنه يفترض بالخصم أنه ملم بموضوع النزاع مما يرتب عليه إبداء ما يتعلق به بداية.

المطلب الثالث: سلطة القاضي في إثارة الدفوع الموضوعية من تلقاء نفسه

الأصل أن الدفوع الموضوعية لا تتعلق بالنظام العام كونها تتعلق بمصالح الأفراد، إلا أن المشرع في بعض الحالات يرى أن هناك اعتبارات معينة تجعل الدفع متعلقاً بمصلحة اجتماعية مما يجعله متعلقاً بالنظام العام، وذلك من خلال النص على تعلقه بالنظام العام، بأن يتضمن النص الجواز للقاضي بالحكم على مقتضاه من تلقاء نفسه، أو النص على أنه يجوز التمسك به في أية حالة كانت عليها الدعوى، أو جواز التمسك به أمام محكمة النقض لأول مرة².

¹ مفلح القضاة، مرجع سابق، ص 273.

² نبيل اسماعيل عمر وأحمد خليل، قانون المرافعات المدنية، مرجع سابق، ص 351.

فإذا تعلق الدفع بالنظام العام، فإن للقاضي صلاحية إثارته من تلقاء نفسه، دون أن يكون بذلك قد خالف واجب حياده، وإذا لم يكن الدفع على صلة بالنظام العام فليس له أن يثيره من تلقاء نفسه¹، إلا أن هناك من يرى أن مسألة إثارة القاضي للدفع الموضوعي من تلقاء نفسه جائزة، ولو لم يتعلق بالنظام العام، والمبرر الذي يسوقه أصحاب هذا الرأي أن الأمر يتعلق بالسلطة التقديرية للقاضي وسلطته في الخصومة، وبما أن الدفع الموضوعي يعبر عن الوجه السلبي للنزاع وحيث إن قواعد العدالة تقتضي أن يتعرض القاضي للنزاع بأكمله سواء في وجهه الإيجابي أو السلبي، فيكون له أن يحكم من تلقاء نفسه بالدفع الموضوعي، ويستثنى من ذلك الحالات التي ينص فيها القانون صراحة على ضرورة تمسك الخصم بالدفع الموضوعي².

وفي تقديري أن مسألة الفصل بين وجهتي النظر تكمن في تصنيف الموضوع الذي تنصب عليه الدفوع الموضوعية، بمعنى هل ينصب هذا النوع من الدفوع أو يتصل بمسائل تمس الصالح العام أم أنها تنصب على مسائل ذات صلة بالحق موضوع الدعوى وبالتالي تغلب فيه المصلحة الخاصة، ومما لا شك فيه أن هذا النوع من الدفوع يمس مصلحة الخصوم الخاصة، كونه ينصب على جوهر النزاع الذي يفترض إمام الخصوم به أكثر من غيرهم، ومن ثم فهم الأقدر على الإحاطة بجذوى إثارته من عدمها، ثم أن الدفوع بشكل عام ومن حيث الأصل من حق الخصوم وأن الإستثناء أن يكون للقاضي الحق في إثارته إذا تعلق بالنظام العام³، وعليه وبالبناء على هذا الفهم، فإن الدفع الموضوعي من حق الخصوم وليس للقاضي التصدي له من تلقاء نفسه، إلا إذا تعلق بالنظام العام كالدفع بعدم مشروعية السبب أو المحل كالمطالبة بدين قمار مثلاً.

¹ محمد الظاهر، مرجع سابق، ص397.

² نبيل إسماعيل عمر، سلطة القاضي التقديرية، مرجع سابق، ص425.

³ خالد تلاحمة، إنقضاء الخصومة دون حكم في الموضوع، أطروحة دكتوراة، الجامعة الأردنية، 2006، ص104.

الفصل الثالث

مظاهر سلطة القاضي من أدلة الإثبات

يعتبر الإثبات من أهم المسائل في كافة مراحل المحاكمة بل أنه جوهرها، ذلك أن الحق موضوع التقاضي يتجرد من قيمته إذا لم يقم الدليل عليه، فالحق مجرد من دليله يصبح عند المنازعة فيه والعدم سواء.

وتطور هذا الدور مع تطور نظم الإثبات المختلفة، فهناك نظام الإثبات الحر؛ ومن أهم سماته عدم تحديد طرق الإثبات، وللقاضي بموجب هذا النظام أن يبحث عن الحقيقة بنفسه، وله أن يحكم بعلمه الشخصي، وعلى خلاف نظام الإثبات المقيد فدور القاضي هنا سلبي للغاية وطرق الإثبات وقيمتها محددة، ولا يجوز للقاضي بحسب هذا النظام أن يكمل الدليل بنفسه وهناك نظام الإثبات المختلط، وأحكام هذا النظام تتراوح بين إطلاق الإثبات وتقييده، فهو أقرب إلى إطلاق الإثبات في المسائل التجارية وتقييده في المسائل المدنية، إلا أن القاضي بموجب هذا النظام أعطي سلطات أوسع في تقدير الأدلة التي لم يحدد لها المشرع حجية معينة كالشهادة والقرائن القضائية والمعينة والخبرة، وله استكمال نقص الأدلة واستيضاح الغموض فيها باستماع من يرى من الشهود والاستجواب واليمين المتممة.

لقد سار المشرع الفلسطيني على هذا النهج في ظل قانون البينات رقم 4 لسنة 2001¹ وأصبح دور القاضي مختلفا عما كان عليه في ظل قانون البينات رقم 30 لسنة 1952 الملغى الأمر الذي كان له عظيم الأثر في قطع دابر المماثلة من الخصوم، والذي كان سائدا في ظل الدور السلبي في القانون الملغى، وإن كان هذا الدور لم يكن يتم تفعيله كما يجب في بدايات صدور قانون البينات الفلسطيني رقم 4 لسنة 2001 وذلك بسبب تأثر القضاة والمشتغلين بالقانون بما أرساه القانون القديم لمدة تزيد على ثلاثين عاما.

وحدد القانون الفلسطيني كغيره من القوانين طرق الإثبات ووسائله، فلا بد من التقيد بتلك الوسائل ولا يجوز اللجوء إلى غير الوسائل التي حددها المشرع كالاتفاق على الإثبات بدليل آخر، وحصر قانون البينات وسائل الإثبات في الأدلة الكتابية، كالسندات الرسمية والعرفية والشهادة والإقرار والقرائن واليمين والمعينة والخبرة، من هنا نجد أن وسائل وأدلة الإثبات تنقسم

¹ قانون البينات رقم 4 لسنة 2001، (الوقائع الفلسطينية: العدد40، 2001/9/5)

من حيث حجيتها إلى نوعين أدلة إثبات ملزمة ذات قوة مطلقة وهي التي تصلح لإثبات جميع الوقائع سواء كانت وقائع مادية أو تصرفات قانونية وأياً كانت قيمة الحق المراد إثباته، وهذا النوع من الأدلة غالباً ما يكون قد تم إعداده سلفاً، وهناك الأدلة الملزمة المعفية من الإثبات وهي الإقرار واليمين والقرائن وهي تصلح للإعفاء من أية واقعة قانونية أو تصرف قانوني مهما بلغت قيمته، وهي غالباً يمكن اللجوء إليها بعد بدء الخصومة ولا تكون معدة سلفاً.

ويمكن تعريف الإثبات على أنه العملية القانونية التي يقوم بها المدعي لإظهار حقه عن طريق تقديم الأدلة المطلوبة، ويهدف إلى الفصل في نزاع بين فرقاء على حق يدعيه أحدهم وينكره الآخر¹، فالإثبات هو إقامة الدليل أمام القضاء بالطرق التي حددها القانون على وجود واقعة قانونية ترتبت آثارها².

ويختلف دور القاضي في الإثبات عنه في تسيير إجراءات الخصومة المدنية، فالتشريعات الحديثة وعلى الرغم من التوجه نحو منح القاضي دوراً أكبر وأوسع في مجال الإثبات إلا أن دوره هذا يبقى أكثر تقييداً من سلطته في إدارة الخصومة، فدوره هنا يبقى ضمن نطاق يرسم حدوداً لتقديره ليبقى للخصوم دوراً أكبر، وبالتالي فإن للقاضي سلطة تقديرية تمتد إلى مجموع النشاط الذهني الذي يقوم به عند ممارسته لولاية القضاء أياً كان مجال العمل القضائي أو نوعه³، سواء في مجال الإثبات أو في مجال القانون المدني، فله تكييف العقود وتحديد نطاقها⁴ وأيضاً في تعديلها وتفسيرها.

ودور القاضي أو موقفه من أدلة الإثبات هو أحد أوجه السلطة التقديرية للقاضي المدني ذلك أن النصوص القانونية لا يمكن أن تعطي كل الحلول المناسبة للمنازعات والوقائع المعروضة، إلا أن القاضي ورغم ذلك مقيد بما يطرحه الخصوم، فهو لا يستطيع أن يستند إلى وقائع خارج نطاق ما يطلبه الخصوم أو يطرحه أمامه.

¹ آدم الندوي، شرح قانون البنات والإجراء، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 1998، ص16.

² داود الدرعاوي، موقف القاضي من الأدلة الملزمة في الإثبات "دراسة مقارنة" جامعة القدس، 2005، ص22. يشار إليه فيما بعد درعاوي.

³ أحمد سعد، مرجع سابق، ص20.

⁴ سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني، المنشورات الحقوقية صادر، بيروت، 1988، ص497.

وللقاضي في مجال الإثبات حرية تقدير الوقائع في حدود ما عرض عليه، من حيث تقديره للدليل المقدم له، فله أن يأخذ به وله أن يطرحه إذا تطرق فيه الشك إلى وجدانه، فعبء إثبات الوقائع يقع على الخصوم إلا أن القاضي مع ذلك يتحقق من أمرين في هذا الصدد:

- 1- مراقبة الخصوم من حيث توافر شروط الإثبات والتزام أدلة الإثبات التي حددها المشرع.
- 2- تقدير الوقائع والأدلة المقدمة إليه دون رقابة محكمة النقض طالما كان استخلاصه وتقديره سائغاً.

ولهذا فإن محكمة النقض لا تختص من حيث المبدأ بإعادة فحص أدلة الإثبات التي كانت خاضعة لتقدير قاضي الموضوع¹، فقاضي الموضوع هو الذي يقدر قيمة البينة ما دام تقديره قائماً على أسباب سائغة وهو ما أقرته محكمة النقض الفلسطينية، إذ قضت "إن فهم الواقع والتقرير بشأنه وتقدير قيمة البينة ووزنها يدخل في سلطة وصلاحيات محكمة الموضوع متى كان حكمها قد أقيم على أسباب سائغة تكفي لحمله وله أصل في الأوراق"²، إلا أن محكمة النقض تراقب النتائج التي توصلت إليها محكمة الموضوع على ضوء البيانات في الدعوى، إذا تعلق الأمر بتفسير القانون وتطبيقه على الوقائع والبيانات المقدمة، وفي ذلك قضت محكمة النقض الفلسطينية "إن ما تستخلصه محكمة الموضوع من نتائج في ضوء البيانات المقدمة يخضع لرقابة محكمة النقض كون ذلك يعد عملاً قانونياً ليس إلا"³.

ومن أوجه هذه السلطة التقديرية ما نصت عليه المادة (6) من قانون البيئات الفلسطيني من أنه: 1- يجوز للمحكمة:

- أ. أن تعدل عما أمرت به من إجراءات الإثبات إذا طرأت ظروف تبرر هذا العدول.
- ب. ألا تأخذ بنتيجة الإجراء الذي أمرت به.
- 2- في الحالتين السابقتين عليها أن تبين أسباب ذلك في قرارها.

¹ أحمد سعد، مرجع سابق، ص 243.

² نقض مدني رقم 2008/3 بتاريخ 2008/10/16 المجلة القانونية لنقابة المحامين، مرجع سابق، ص 149. نقض رقم 2008/52 بتاريخ 2008/12/16، المرجع نفسه، ص 181.

³ نقض مدني رقم 2009/165 بتاريخ 2009/12/10 المجلة القانونية لنقابة المحامين، مرجع سابق، ص 214.

بينما تضمن نص المادة (9) من قانون الإثبات في المواد المدنية والتجارية المصري رقم 25 لسنة 1968 المعدل بالقانون رقم 23 لسنة 1992 الحكم ذاته وإن اختلفت الصيغة، إذ نصت المادة المذكورة على أنه "للمحكمة أن تعدل عما أمرت به من إجراءات الإثبات بشرط أن تبين أسباب العدول بالمحضر ويجوز لها ألا تأخذ بنتيجة الإجراء بشرط أن تبين أسباب ذلك في حكمها".

وقد قيل في شرح ما ورد في النص من أن "المحكمة ملزمة بتبيان أسباب العدول"¹، وعلى ما سار عليه قضاء محكمة النقض المصرية، أن المحكمة لا تلتزم ببيان أسباب العدول إذا كانت قد أمرت باتخاذ الإجراء من تلقاء نفسها، أما إذا كانت قد أمرت بالإجراء بناء على طلب الخصوم فيتعين عليها أن تبين سبب العدول، ذلك أنه لا يتصور في الحالة الأولى أن يمس العدول أي حق للخصوم مما لا يلزم معه ذكر سبب له²، وفي ذلك قضت محكمة النقض المصرية "مفاد نص المادة التاسعة من قانون الإثبات أن لمحكمة الموضوع أن تعدل عما أمرت به من إجراءات الإثبات على أن تبين أسباب هذا العدول، إلا أنه إذا كانت المحكمة هي التي أمرت باتخاذ الإجراء من نفسها فهي تملك العدول عنه دون ذكر أسباب العدول، إذ لا يتصور - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - أن يمس العدول في هذه الحالة أي حق للخصوم مما لا يلزم ذكر أي تبرير له"³.

وقد اعتبرت محكمة النقض المصرية هذا النص تنظيمياً، إذ قضت بأن "النص في المادة التاسعة من قانون الإثبات على أن "للمحكمة أن تعدل عما أمرت به من إجراءات الإثبات بشرط أن تبين أسباب ذلك في حكمها" يدل على أنه يجوز للمحكمة أن تعدل عما أمرت به من إجراءات الإثبات إذا ما وجدت في أوراق الدعوى ما يكفي لتكوين عقيدتها للفصل في موضوع النزاع، كما أن لها ألا تأخذ بنتيجة الإجراء بعد تنفيذه، والمشرع وإن تطلب في النص المشار إليه بيان أسباب العدول عن إجراء الإثبات في محضر الجلسة، وبيان أسباب عدم الأخذ بنتيجة

¹ للمزيد حول ذلك أنظر عز الدين الديناصوري وحامد عكاز، التعليق على قانون الإثبات، (د.ن)، (د.م)، القاهرة، 1996، ص52 ويشار إليه فيما بعد ديناصوري.

² ديناصوري، المرجع السابق، ص52.

³ طعن رقم 1437 لسنة 47 قبتاريخ 1981/2/14، طعن رقم 58 لسنة 48 ق، بتاريخ 1981/4/23، قاعدة التشريعات المصرية، مشار إليه في ديناصوري، مرجع سابق، ص54.

إجراء الإثبات، إلا أنه لم يرتب جزاءً معيناً على مخالفة ذلك، فجاء النص في هذا الشأن تنظيمياً¹.

وبمقارنة حكم نص المادة (6) من قانون البيئات الفلسطيني بما ورد في المادة (9) من قانون الإثبات المصري، وحيث أنهما تضمنتا ذات الحكم، وحيث أن محكمة النقض المصرية ذهبت في تفسير هذا النص إلى التفريق بين أن يكون العدول عن إجراء أمرت به المحكمة من تلقاء نفسها وبين العدول عن إجراء بناء على طلب الخصوم، فالزمتهَا بذكر أسباب العدول في الحالة الثانية دون الحالة الأولى، فإنني لا أجد ما يمنع من الأخذ بهذا التفسير الذي ذهبت إليه محكمة النقض المصرية لتفسير نص المادة (6) من قانون البيئات الفلسطيني، حيث تضمن النصاب ذات الحكم.

وعليه فإن القاضي ليس ملزماً بتنفيذ إجراء لم يعد يرى ضرورة له، وهو غير مقيد بحكمه في الموضوع بما يسفر عنه هذا الإجراء، فليس أبغض على نفس القاضي من حمله على تنفيذ إجراء لم يعد يرى ضرورة له، إلا أن الحكم الصادر في الموضوع يجب أن يتضمن أسباب العدول، وإغفال ذلك يرتب البطلان إذا كان الإجراء الذي عدلت عنه المحكمة بناء على طلب الخصوم، أما إذا أمرت بالإجراء من تلقاء نفسها فإنها غير ملزمة ببيان أسباب العدول.

ولكن ليس للقاضي أن يحكم في الدعوى إلا بمقتضى الأدلة التي حددها المشرع، وبعد إستيفاء الإجراءات التي حددها القانون فالكتابة كدليل إثبات تختلف قيمتها باختلاف الغاية التي أرادها المشرع منها فإذا تطلبها كشكل في بعض التصرفات مثل رسمية أو توثيق تصرف معين إعتبرت الكتابة هنا ركناً في هذا التصرف لا يتم إلا بها، وإن تطلبها المشرع لشهر بعض التصرفات فإن تخلفها لا يؤثر على التصرف، وإنما يمنع من تحقق أثره، أما إذا كانت الكتابة للإثبات، فإن تخلفها لا يؤثر على وجود التصرف أو آثاره وإنما لا يمكن إثبات هذا التصرف عند النزاع فيه إلا بما يقوم مقامها كالإقرار أو اليمين².

وعليه، فإننا سنتناول هذا المبحث في قسمين موقف القاضي من السندات وموقفه من الأدلة الأخرى في الإثبات.

¹ نقض رقم 75 لسنة 46 ق، بتاريخ 79/10/29، قاعدة التشريعات المصرية، مشار إليه في ديناصورى، مرجع سابق، ص53.
² محمود هاشم، القضاء ونظام الإثبات، جامعة الملك سعود، الرياض، 1988، ص196.

المبحث الأول: موقف القاضي من السندات في الإثبات

تكون السندات عادة معدة للإثبات مقدما، والدليل المعد مقدما هو في العادة محرر (سند عرفي أو سند رسمي)، فالكتابة كقاعدة عامة مطلوبة إذا زادت قيمة الإلتزام عن حد معين يختلف من تشريع لآخر، وتعتبر التصرفات القانونية المجال الطبيعي لهذا النوع من أدلة الإثبات، أما الوقائع فهي غالبا ما تحدث فجأة وبالتالي فإن إثباتها يكون بجميع طرق الإثبات¹.

المطلب الأول: موقف القاضي من السندات المعدة للإثبات

الأدلة الكتابية المعدة مقدما للإثبات عادة ما تكون محررات سواء أكانت رسمية أو عرفية وبذلك سنعرض لموقف القاضي ودوره في كل منها.

الفرع الأول: موقف القاضي من السندات الرسمية في الإثبات

جاء النص على السندات الرسمية في المادة (9) من قانون البينات الفلسطيني رقم 4 لسنة 2001 "السندات الرسمية هي التي ينظمها الموظفون العموميون ومن في حكمهم الذين من اختصاصهم تنظيمها طبقاً للأوضاع القانونية، أما السندات التي ينظمها أصحابها ويصدقها الموظفون العموميون ومن في حكمهم الذين من اختصاصهم تصديقها طبقاً للقانون فتعتبر رسمية من حيث التاريخ والتوقيع فقط" يقابله نص المادة (10) من قانون الإثبات المصري، وإن استخدم المشرع المصري مصطلح المحررات كونها أعم وأدق².

يتضح من النص المذكور أن هناك شروطاً ثلاثة³، يجب توافرها في السند ليكون رسمياً:

- 1- أن يقوم بكتابة السند أو توثيقه موظف عام.
- 2- أن يكون الموظف مختصاً، ومقتضى ذلك أن لا يكون قد عزل أو نقل أو أوقف عن العمل.
- 3- أن يراعى في توثيقها الأوضاع التي قررها القانون، وهذه الأوضاع تختلف من سند لآخر، وتتعلق هذه الأوضاع عادة بالتثبت من شخصية أطرافها⁴، ومراعاة الإجراءات المنصوص عليها في قوانين التوثيق كقانون الكاتب العدل⁵.

¹ محمد وحيد الدين سوار، مرجع سابق، ص 206.

² عباس العبودي، شرح قانون الإثبات المدني، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 1998، ص 123.

³ ديناصورى وعكاز، مرجع سابق، ص 58.

⁴ عباس العبودي، مرجع سابق، ص 126.

⁵ محمود هاشم، مرجع سابق، ص 219.

إذا توافرت الشروط المتقدمة في سند ما اكتسب الصفة الرسمية وأصبح حجة بذاته دون حاجة إلى الإقرار بها، فإن نازع الخصم في صحتها يقع عليه عبء نقضها بالطعن بالتزوير، فإذا لم يستوف السند الشروط المذكورة، فلا تكون له إلا قيمة السندات العرفية.

أما البيانات التي يتضمنها السند الرسمي فهي على نوعين، بيانات يقوم الموظف العام بتدوينها في حدود مهمته واختصاصه، وتشمل أيضا ما يصدر من أصحاب العلاقة من إقرارات في حضوره وتحري صحتها، وهذا النوع من البيانات لا يمكن الطعن فيه إلا بالتزوير، حتى من الغير وأما النوع الثاني من البيانات فهي تلك التي تصدر من أصحاب العلاقة دون أن يكون قد شاهدها أو تحرى عن صحتها، فهذه لا تثبت لها صفة الرسمية إلا من حيث التاريخ والتوقيع فقط، ويجوز إثبات عكسها بكافة طرق الإثبات¹ وكذلك الأمر بالنسبة للغير².

وبالتالي، فإن ما يكون للقاضي فيه دور ومنه موقف هو النوع الثاني من البيانات، فهي تخضع في حجيتها لتقدير قاضي الموضوع، وفي ذلك تقول محكمة النقض المصرية "الأوراق الرسمية اقتصار حجيتها على البيانات التي قام بها الموظف العام في حدود مهمته أو وقعت من ذوي الشأن في حضوره مجال إنكارها هو الطعن بالتزوير، البيانات الأخرى الخارجة عن هذا الخصوص أو ما تعلق بمدى صحة ما ورد على لسان ذوي الشأن من بيانات أو إقرارات المرجع في إثبات حقيقتها إلى القواعد العامة في الإثبات"³.

إلى جانب الشروط المذكورة، لا بد أيضا أن تتوفر في السند الرسمي شروط السلامة المادية بأن يكون مظهره الخارجي لا يبعث على الشك فيه بأن يكون خالياً من الإضافة أو الكشط أو المحو أو التحشير، وإلا كان للمحكمة أن تقدر ما يترتب على ذلك وعدم الأخذ به كله أو بعضه، وهو ما نصت عليه المادة (38) من قانون البيانات.

إلا أن القاضي لا يستطيع استبعاد السند الرسمي الذي فقد أحد شروطه من تلقاء نفسه، وإنما يجب على الخصم الذي له مصلحة التمسك بذلك، بينما أعطت المادة (67) من قانون البيانات

¹ العبودي، مرجع سابق، ص130.

² ديناصورى، مرجع سابق، ص65.

³ طعن رقم 1618 لسنة 54 ق بتاريخ 1993/2/4 قاعدة التشريعات والاجتهادات المصرية.

للمحكمة ولو لم يدعى أمامها بالتزوير أن تحكم برد أي سند وبطلانه إذا ظهر لها بجلاء من حالته أو من ظروف الدعوى أنه مزور.

موقف القاضي من صور السند الرسمي

الأصل أن الحجية إنما تكون للنسخ الأصلية، وفي حالة صور تلك السندات يجب التفريق بين حالتين:

أولاً: وجود أصل السند الرسمي، وهنا فإن صورته خطية كانت أم فوتوستاتية أو غيرها تكون لها قوة السند الرسمي الأصلي، وتعتبر مطابقة للأصل ما لم ينازع في ذلك أحد الطرفين، وهنا يجب مراجعة الصورة على الأصل¹، ولا يجوز للقاضي طلب مطابقة الصورة على الأصل إذا لم يتمسك من له مصلحة في ذلك، ومتى طلب الخصم ذلك لا يجوز رفض طلبه إلا إذا قدر القاضي أن السند المطلوب مطابقته غير منتج في الدعوى أو كان هناك من الأدلة ما يكفي لتكوين القناعة حول الواقعة المراد إثباتها بصورة السند الرسمي².

ثانياً: عدم وجود أصل السند الرسمي، كانت الصورة حجة على النحو التالي³:

1- يكون للصورة الرسمية الأصلية حجية الأصل متى كان مظهرها الخارجي لا يسمح بالشك في صحتها، والمقصود بالصورة الرسمية الأصلية، أي المنقولة عن الأصل مباشرة بواسطة موظف عام، فإذا اعتراها كشط أو محو أو ما إلى ذلك فما ينسحب على السند الرسمي الأصلي ينسحب على الصورة وفقاً لما ورد في المادة (38) من قانون البيئات السالفة الذكر.

2- أما الصورة الرسمية المأخوذة عن الصورة الرسمية الأصلية فتكون لها ذات الحجية ما لم يطلب أحد الطرفين مراجعتها على الصورة الأصلية التي أخذت عنها، وهذا يفترض وجود الصورة الأصلية، فإذا لم توجد فلا تكون للصورة المأخوذة عنها أية قوة أو حجية وإن أمكن اعتبارها مبدأً ثبوت بالكتابة⁴.

¹ م (12) من قانون البيئات رقم 4 لسنة 2001.

² الدرعاوي، المرجع السابق، ص 59.

³ م (13) من قانون البيئات.

⁴ محمود هاشم، مرجع سابق، ص 226.

3- إذا فقدت الصور الرسمية فيجوز الرجوع إلى السجلات الرسمية بعد التحقق من فقدان السند الأصلي وصوره، ويجوز الاستماع إلى الشهود إن وجدوا¹.

الفرع الثاني: موقف القاضي من السندات العرفية (العادية) في الإثبات

عرفت المادة (15) من قانون البيئات السند العرفي بأنه "السند الذي يشتمل على توقيع من صدر عنه أو على خاتمه أو بصمته ولا تتوافر فيه الشروط المنصوص عليها في المادة (9) من هذا القانون" أي لا يتدخل في صياغتها أو توثيقها موظف عام وفق الأوضاع المقررة في القانون.

والقيود التي ترد على السند العرفي هي أقل من تلك التي ترد على السند الرسمي، ذلك أن آثار السند العرفي هي أقل قوة من آثار السند الرسمي².

وهناك من يرى أنه لا يشترط في السند العرفي إلا شرط واحد وهو توقيعه³، إلا أنه وإن كان التوقيع أحد العناصر المكونة للسند العرفي وهو الشرط المهم والجوهري، إلا أن هناك شرطا وعنصراً أساسياً آخر وهو الكتابة⁴، بل أن هناك بعض القوانين تتطلب تعدد النسخ في العقود الملزمة للجانبين، كاللبناني والفرنسي⁵.

إن قوة السند العرفي هي دون قوة السند الرسمي من حيث الإثبات، وفي ذلك تقول محكمة النقض الفلسطينية "تفضيل السندات الرسمية على السندات العرفية لا يدق إلا حيث تكون الواقعة التي تم الاتفاق عليها في السند منكراً أو كان هناك خلاف حول صحة السند"⁶، فهو ليس حجة بذاته كالسند الرسمي من حيث صدوره من موقعه وسلامته المادية، ذلك أن من يحتج عليه بسند عرفي يستطيع أن ينكر توقيعه عليه⁷.

والسند العرفي يعتبر حجة على من وقعها ما لم ينكر ما هو منسوب إليه من خط أو إمضاء أو ختم أو بصمة عند اطلاعه عليه، ويعتبر سكوته إقراراً بصحة ما نسب إليه⁸، وهذا النص

¹ أنظر الفقرة الثالثة من قانون البيئات وهذه الفقرة لم تكن موجودة في قانون البيئات الملغى.

² سوار، مرجع سابق، ص214.

³ درعاوي، مرجع سابق، ص61.

⁴ أنظر في ذلك سوار، مرجع سابق، ص214، العبودي مرجع سابق، ص136، وإيضاً محمود هاشم، مرجع سابق، ص227.

⁵ سوار، مرجع سابق، ص215. عباس العبودي، ص136.

⁶ طعن رقم 2003/161، بتاريخ 2004/10/16 مجموعة المبادئ القانونية الصادرة عن محكمة النقض، المكتب الفني، لسنة 2004، ص881.

⁷ سوار، مرجع سابق، ص216.

⁸ م (1/16) من قانون البيئات، تقابلها المادة 14 من قانون الإثبات المصري.

الصريح على اعتبار السكوت إقراراً، فيه خروج على الأصل لا ينسب لساكت قول، وهو ما ذهبت إليه محكمة التمييز الأردنية في قرارها رقم 84/121 حيث جاء فيه "إذا لم ينكر المدعى عليه توقيعه على السند المبرز عند إبرازه فإنه يعتبر مسلماً بأن التوقيع هو توقيعه".

واختلف الفقه حول موقف القاضي من السكوت فذهب اتجاه إلى القول بأن السكوت يعادل الإقرار بصحة السند، بينما ذهب اتجاه آخر إلى اعتباره قرينة على صدور السند ممن وقعه والأمر متروك لسلطة القاضي، وهناك من يذهب إلى تأييد هذه الوجهة في تفسير المادة (16) من قانون البينات الفلسطيني في اعتبار السكوت قرينة قانونية لا قضائية وهي قرينة قانونية بسيطة يمكن إثبات عكسها¹.

لقد تضمن نص المادة (16) من قانون البينات الفلسطيني حكماً صريحاً في اعتبار السكوت إقراراً بصحة ما نسب إليه من توقيع أو ... على خلاف نص المادة (14) من قانون الإثبات المصري والذي جاء فيه "يعتبر المحرر العرفي صادراً ممن وقعه ما لم ينكر صراحة ما هو منسوب إليه من خط أو إمضاء أو ختم أو بصمة"، وفي تقديري أن ما ورد في النص الفلسطيني بإعتبار السكوت إقراراً بصحة ما نسب إليه، لا تجعل الحكم مختلفاً عما تضمنه النص المصري وإن كان يقصد منها جعل من يحتج عليه بسند عرفي أن ينكر صراحة ما هو منسوب إليه بشكل قاطع لا لبس فيه ومع صراحة النص لا مجال للتقدير أو القياس، وفي تقديري وأمام صراحة النص من أن السكوت يعتبر إقراراً لا يمكن القول أن السكوت يعتبر قرينة قانونية أو قضائية سيما وأن هناك فارق كبير ما بين الإقرار والقرينة.

نصت المادة (17) من قانون البينات على أنه "من احتج عليه بسند عرفي وناقش موضوعه لا يقبل منه بعد ذلك إنكار الخط أو الإمضاء أو الختم أو البصمة"، كأن يجادل من احتج عليه بسند دين عادي في قيمته أو سداه فلا يقبل منه أن ينكر بعد ذلك إمضاءه أو بصمته أو توقيعه على السند وذلك سداً لباب المماثلة والكيد، إلا أن مناقشة موضوع السند وإن كانت تسقط حق الخصم في إنكار الخط أو الإمضاء أو البصمة فإن ذلك لا يسقط حقه في الطعن على السند بالتزوير، وإذا احتج بالسند العرفي بحضور الوكيل بالخصومة وغياب الموكل فله أن يطلب مراجعة موكله بخصوص التوقيع الوارد على السند قبل أي شيء، أما إن كان حاضراً فعليه أن

¹ للمزيد حول هذه الإتجاهات أنظر درعاوي، مرجع سابق، ص64.

ينتصل فوراً وإلا حرم من إنكار توقيعه فيما بعد¹، وتقع على القاضي مهمة تقدير ما يعد مناقشة من الخصم في موضوع السند، كأن يدعي من احتج عليه بالسند الوفاء أو الإنقضاء.

ومتى تم إنكار التوقيع أو الخط على النحو المتقدم، فإن الورقة العرفية تفقد حجبتها مؤقتاً ويكون على المتمسك بها أن يقيم الدليل على صحتها باتباع الطريق الذي رسمه القانون، إلا إذا وجد القاضي من وقائع الدعوى ومستنداتها ما يكفي لتكوين قناعته في شأن صحة الخط أو الإمضاء أو التوقيع فله أن لا يعتد بهذا الإنكار، أما إذا لم يتوافر ذلك كان له أن يأمر بإجراء التحقيق بالمضاهاة والإستكتاب².

وبخصوص شكل السند، فإن موقف القاضي لا يختلف كثيراً عما هو الحال بالنسبة للسندات الرسمية، إلا أن السلطة التقديرية للقاضي في حالة السند العرفي تتسع أكثر، كونه لا يوجد نص يمنع إجراء الإضافة أو التحشية أو الشطب، وتقدير ذلك متروك للقاضي فله أن يأخذ بها إذا كان السند لا يستقيم إلا بها.

فالكاتب - وإن كانت مطلوبة - إلا أنها قد تكون بخط الموقع أو بخط غيره، فقد تكون الكتابة طباعة أو بخط غيره ما دام قد وقع عليها بما يدل على إيمانه وإرادته الإلتزام بمضمونها، والكتابة وإن كانت شرطاً إلا أنها ليست مطلوبة بخط يد موقع السند، أما الكتابة دون التوقيع إن كانت بخط المنكر فهي لا تعدو أن تكون مبدأً ثبوت بالكتابة يمكن تكملتها بالبيئة الشفوية³.

الموقف من حجية السند العرفي بالنسبة للغير

إذا اعترف من احتج عليه بسند عرفي بصحة التوقيع المنسوب إليه فيكون له قوة السند الرسمي من حيث صدوره ممن وقعه، وهذه الحجية تمتد إلى الكافة ما عدا التاريخ فلا يكون حجة على الغير إلا إذا كان ثابتاً⁴، والمقصود بالغير هنا الخلف الخاص والدائنون العاديون⁵.

¹ ديناصورى، مرجع سابق، ص 85.

² محمود هاشم، مرجع سابق، ص 231.

³ ديناصورى وعكاز، مرجع سابق، ص 86-87.

⁴ م (18) من قانون البيئات ويكون للسند العرفي تاريخ ثابت من يوم أن يصادق عليه كاتب عدل أو يؤشر عليه قاضي أو موظف عام أو أن يثبت تاريخه في ورقة رسمية ثابتة التاريخ أو وفاة أحد ممن لهم على السند أثر معترف به أو وقوع حادث يقطع أن السند صدر قبل وقوعه.

⁵ محمود هاشم، مرجع سابق، ص 236.

وقد أجازت الفقرة الثالثة من المادة (18) للقاضي أن لا يطبق حكم هذه المادة أي ثبوت التاريخ على الأوراق والمخالصات والسندات التجارية، ذلك أن المسائل التجارية جائر إثباتها من حيث الأصل بكافة طرق الإثبات، ويختلف حكم هذه الفقرة عما نص عليه قانون البيئات الملغى فبينما جعلت المادة (3/18) من قانون البيئات الحالي الأمر جوازي بالنسبة للقاضي فقد استثنت المادة (3/12) من القانون الملغى الأوراق والسندات التجارية من تطبيق حكم ثبوت التاريخ علماً أن هناك من يرى في نص المادة (3/12) من قانون البيئات الملغى إلزام للقاضي بعدم تطبيق هذا النص على السندات والأوراق التجارية بشكل وجوبي¹.

الموقف من حجية صور السندات العرفية

لم يرد نص في قانون البيئات على قيمة صور السند العرفي كما فعل بالنسبة لصور السند الرسمي، والأصل أن لا حجية لصور السند العرفي إلا بمقدار ما تهدي إلى الأصل إذا كان موجوداً فيرجع إليه أما إذا لم يكن موجوداً فلا قيمة للصورة، إلا أنه إذا لم ينازع الخصم حين إبراز الصورة في صحتها ولم يطلب تقديم أصلها للمراجعة عليه، فإن ذلك يعد تسليماً منه بمطابقتها لأصلها وجاز للقاضي أن يعتمد عليها في الحكم، وفي ذلك تقول محكمة النقض المصرية "صورة الأوراق العرفية، لا حجية لها في الإثبات إلا بمقدار ما تهدي إلى الأصل، عدم إنكار المحجوج بالورقة مطابقة الصورة لأصلها، أثره إعتبارها حجة عليه في الإثبات"².

ولا يملك القاضي ازاء معارضة الخصم في الصورة إلا أن يرفض ابرازها، ولا يجوز اعتبارها عند وزن البينة، طالما لم تتم مطابقتها مع الأصل.

المطلب الثاني: موقف القاضي من السندات غير المعدة للإثبات

الأوراق غير المعدة للإثبات هي تلك التي لا تعد مقدماً لإثبات تصرفات قانونية معينة وتكون لها رغم ذلك قيمة في الإثبات، قد تصل إلى حد اعتبارها دليلاً كاملاً وقد يؤخذ بها على سبيل الاستئناس، وهي يمكن أن تكون موقعة ولكنها في الغالب ليست كذلك³.

وهذه الأوراق يمكن إجمالها في الرسائل والبرقيات ودفاتر التجار والدفاتر والأوراق المنزلية.

¹ درعاوي، مرجع سابق، ص73.

² طعن رقم 43/678 بتاريخ 1978/1/24 قاعدة التشريعات والاجتهادات المصرية.

³ محمود هاشم، مرجع سابق، ص239.

الفرع الأول: موقف القاضي من الإثبات بالرسائل والبرقيات

نصت المادة (19) من قانون البيانات رقم 4 لسنة 2001 على أنه:

- 1- تكون للرسائل الموقع عليها قيمة السند العرفي من حيث الإثبات ما لم يثبت موقعها أنه لم يرسلها ولم يكلف أحداً بإرسالها.
 - 2- تكون للبرقيات ومكاتبات التلكس والفاكس والبريد الإلكتروني هذه القوة أيضاً إذا كان أصلها المودع في مكتب التصدير موقفاً عليه من مرسلها، وتعتبر البرقيات مطابقة لأصلها حتى يقوم الدليل على عكس ذلك¹.
- وأعطى القانون للرسالة قوة السند العرفي، فهي دليل إثبات كامل متى كانت موقعة من مرسلها إلى أن ينكر توقيعه عليها أو أن يطعن عليه بالتزوير، ويصح اعتبار الرسالة مبدأ ثبوت بالكتابة إذا كان من شأنها أن تجعل المدعى به قريب الاحتمال، كأن تكون مكتوبة بخط يد المرسل²، ولذلك كان على المشرع أن يستعيض عن كلمة موقعها الواردة في الفقرة الأولى بكلمة مرسلها، لأن الرسالة قد ترسل دون توقيع وتكون مبدأ ثبوت يمكن إكماله بالبينة.

ويختلف موقف القاضي من حجية الرسائل في الإثبات عنه في السندات العرفية من حيث ان طبيعة الرسالة تتيح لمن يحتج بها عليه أن ينكر أنه أرسلها أو كلف أحداً بإرسالها، وله إثبات ذلك بكافة طرق الإثبات، كونها واقعة مادية يمكن إثباتها بكافة طرق الإثبات، وإلا كان ما دون فيها حجة عليه فهي ذات حجية مؤقتة، وله طلب سحبها إذا تضمنت سراً له، والأمر يعود للقاضي في تقدير هذه السرية.

أما إذا ناقش من نسبت إليه الرسالة موضوعها ليس له بعد ذلك أن ينكر أنه أرسلها، وهناك من يرى أن الإنكار يجب أن يكون صريحاً³، وأضيف إلى ذلك أنه في حالة السكوت يعتبر إقراراً بإرسالها، ذلك أن المشرع أعطى الرسالة قوة السند العرفي، ومن باب أولى أن يطبق على الرسالة في حالة السكوت ما رتبته على السكوت في حالة السند العرفي، سيما وأن المادة (1/16) اعتبرت السكوت قرينة على صحة ما هو منسوب له، ويستثنى من ذلك كما أسلفنا ما يتعلق بطبيعة الرسالة.

¹ تقابلها المادة 16 من قانون الإثبات المصري، وفي الفقرة الأولى تضمن النص الفلسطيني إضافة عبارة "ما لم يثبت موقعها أنه لم يرسلها ولم يكلف أحداً بإرسالها".

² ديناصورى وعكاز، مرجع سابق، ص 131.

³ درعاوي، مرجع سابق، ص 80.

والفقرة الثانية من المادة (19) لم يتضمنها قانون البيئات الملغى بينما جاء في المادة 2/13 منه "تعتبر البرقيات مطابقة لأصلها حتى يقوم الدليل على عكس ذلك"، وقد أعطى هذا النص للبرقيات قوة السند العرفي ويشترط في البرقية لتكون لها هذه القوة 1- أن يكون أصلها المودع في مكتب التصدير موقعاً عليه من مرسلها وهذا يتطلب 2- أن يكون الأصل موجوداً ولم يتلف، فإذا توافر الشرطان كان موقف القاضي منها ما ينطبق على موقفه من السند العرفي، وأما إذا تخلف أحد الشرطين المذكورين فلا يكون لها حجية في الإثبات إلا لمجرد الاستثناس¹.

مكاتب التلكس والفاكس والبريد الإلكتروني

أضيف إلى الفقرة الثانية من المادة (19) وتقابلها الفقرة الثانية من المادة (16) من قانون الإثبات المصري مكاتب التلكس والفاكس والبريد الإلكتروني، وهو بذلك يواكب التطور الحاصل ويوسع دائرة الأدلة التي يمكن أن تعتبر في معرض الإثبات.

التللكس يعني التبادل البرقي، وهو يختلف عن السند العرفي أو الرسالة من حيث الشروط الواجب توافرها في كل منهما وهي الكتابة والتوقيع، فالتوقيع لا يظهر على السندات المستخرجة من هذا الجهاز وكذلك فإن الكتابة تتم فيه بطريقة إلكترونية، وهو يختلف عن الأحكام المطبقة على البرقية لأن النسخة الثانية لدى مكتب التصدير لا تتضمن توقيع المرسل، وأن حجية التلكس غير الموقع عليه لا تتجاوز كونها قرينة قضائية خاضعة لتقدير القاضي، ويشترط في الفاكس لكي تكون له حجية السند العرفي أن يكون الأصل المودع لدى مكتب التصدير موقعاً عليه وأن يكون موجوداً ولم يتلف، وأن يتم إرساله عن طريق مكتب البريد وأن لا ينكره الخصم أما البريد الإلكتروني عادة يتم إرساله عبر جهاز كمبيوتر خاص، يمكن أن تكون له قيمة في الإثبات بإلزام الخصم بتقديم السند الأصلي وفقاً لقواعد الإلزام المنصوص عليها في قانون البيئات.

الفرع الثاني: موقف القاضي من الإثبات بالدفاتر التجارية

الأصل أنه لا يجوز للخصم أن يصنع دليلاً لنفسه ويحتج به على خصمه، إلا أن هذا الأصل يمكن الخروج عليه في حالات معينة من بينها الدفاتر التجارية²، ذلك أن طبيعة الأعمال

¹ درعاوي، المرجع السابق، ص 82.

² محمود هاشم، مرجع سابق، ص 145.

التجارية وما تقتضيه من سرعة وائتمان وما تتطلبه طبيعتها من يسر وسهولة في التعامل أوجب على مختلف الأنظمة القانونية أن تجعل للدفاتر التجارية حجية في الإثبات، مع فرضها قيوداً تنظم مسك الدفاتر من قبل التجار وأن تكون خالية من الفراغات أو الكشط أو التحشية، وأن تكون مرقمة وموقعة لدى الجهة التجارية الرسمية¹، وهي أمور نظمها قانون التجارة رقم 12 لسنة 1966²، وتختلف حجية الدفاتر التجارية بين التجار في كونها حجة لهم أو عليهم وحجيتها بين التجار وغير التجار.

1- حجيتها للتاجر: نصت المادة (23) من قانون البيئات على أنه يجوز أن تكون دفاتر التجار حجة لصاحبها في المعاملات المختصة بتجارته إذا كانت منتظمة وكان الخلاف بينه وبين تاجر، وهذا يعد خروجاً على الأصل من أنه لا يجوز للشخص أن يصطنع الدليل لنفسه.

2- حجيتها ضده: فقد نصت المادة (1/22) من قانون البيئات الفلسطيني على أنه "تكون دفاتر التجار حجة عليهم منتظمة كانت أو غير منتظمة".

تعتبر دفاتر التاجر المنتظمة حجة عليه، أي أنها لا تخضع لتقدير القاضي، وهنا يجب التفرقة بين ما إذا كان النزاع بين تاجر وتاجر في معاملة تجارية، وبين ما إذا كان بين تاجر وغير تاجر، فإذا كان النزاع بين تاجر وتاجر تعتبر دفاتر التاجر المنتظمة حجة عليه، وهي تصلح لأن تكون دليلاً كاملاً كافياً ليقوم عليه القاضي حكمه، أما في مواجهة خصمه التاجر فلا تكون لها حجية إلا إذا كانت متطابقة مع دفاتره المنتظمة، أو إذا كانت دفاتر هذا الأخير غير منتظمة، أما إذا كانت دفاتر الطرفين منتظمة ولكنها غير متطابقة تهاترت الحجتان، وهنا يكون للقاضي سلطة تقديرية في أن يرجح دفاتر أحدهما دون الآخر شريطة أن يبنى ذلك على أسباب سائغة على ضوء نص المادة (24) من قانون البيئات، أما دفاتر التاجر غير المنتظمة فإنها تصلح لأن تكون حجة عليه، وإن كانت تصلح لأن تكون قرينة قضائية.

أما إذا كان النزاع بين تاجر وغير تاجر، يجوز للقاضي اعتبار دفاتر التاجر حجة عليه سواء كانت منتظمة أو غير منتظمة، ولا يجوز تجزئة ما ورد فيها إن كانت منتظمة، وأما

¹ المرجع السابق، ص 242.

² حيث نظمت المواد (16) (17) (18) (19) من قانون التجارة الدفاتر التي يجب على التاجر أن يحتفظ بها وترقيمها وخلوها من العيوب وتوقيعها من مراقب السجل التجاري وحفظها مدة عشر سنوات.

البيانات المثبتة فيها لما ورده التاجر تصلح أساساً يجيز للقاضي أن يوجه اليمين المتممة إلى أي من الطرفين¹.

نصت المادة (1/22) من قانون البيئات على "تكون دفاتر التجار حجة عليهم منتظمة أو غير منتظمة"، يفهم من هذا النص أن الأصل هو حجية هذه الدفاتر على التاجر سواء كان خصمه تاجراً أم غير تاجر وسواء أكانت منتظمة أم غير منتظمة، وحيث إن غير التاجر هو الطرف الأضعف في العلاقة، فما من شك في حجية هذه الدفاتر في مواجهة التاجر عليه إذا كان خصمه غير تاجر ولو لم تكن منتظمة، إلا أن الحجية لما ورد في دفاتر التجار سواء لهم أو عليهم، حجية قابلة لإثبات العكس بكافة طرق الإثبات.

المبحث الثاني: موقف القاضي من الأدلة الأخرى في الإثبات (غير المعدة مقدماً)

المقصود بالأدلة الأخرى هي تلك التي لم يعدها الخصوم مسبقاً والتي تطرأ أثناء سير الدعوى وهي تشمل شهادة الشهود والإقرار والإستجواب واليمين والقرائن.

المطلب الأول: موقف القاضي من شهادة الشهود

عرفت مجلة الأحكام العدلية الشهادة في المادة (1684) بأنها "الإخبار بلفظ الشهادة² والإخبار أي القول الصادر عن علم حاصل بالمشاهدة³، وهو ما يفيد العلم والاطلاع على الموضوع الذي تنصب عليه.

ويشترط في الشهادة: 1- أن يكون الشاهد من الغير 2- أن يكون أهلاً للشهادة 3- ألا يكون الشاهد ممنوعاً من الشهادة كأن يكون المطلوب الاستماع لشهادته هو المدعي، وهو ما توجهت إليه الأنظمة القانونية الحديثة⁴ وما كان مستقراً بموجب مجلة الأحكام العدلية 4- أن يكون الشاهد قد حصل على المعلومات التي يخبر عنها بحواسه، وبالتالي لا تجوز الشهادة على السماع أو شيوخ الخبر⁵، أما الوقائع المراد إثباتها بالشهادة فيجب أن تكون متعلقة بالدعوى وأن

¹ ديناصورى وعكاز، مرجع سابق، ص 137-138 مع ملاحظة أن النص الفلسطيني لم يشتمل على ما أورده النص المصري من أنه يجوز للقاضي أن يوجه اليمين المتممة وذلك فيما يجوز إثباته بالبينة أي شهادة الشهود فيما لا يجاوز الحد المسموح إثباته بالشهادة وهو مائة جنيه في المصري ومائتي دينار في الفلسطيني، وما دام النص الفلسطيني لم يحدد فإن المطلق يجري على إطلاقه أي أنه يجوز توجيه اليمين المتممة مهما كانت القيمة، وإن زادت عن مائتي دينار.

² علي حيدر، شرح مجلة الأحكام العدلية، مرجع سابق، ص346.

³ محمود هاشم، مرجع سابق، ص274.

⁴ حيث ورد النص على الإستجواب في قانون البيئات الحالي، بينما قانون البيئات الملغى لم يرد فيه ما يمنع إستماع المدعي كشاهد، وهو ما جرى عليه العمل في المحاكم الفلسطينية في ظل القانون الملغى.

⁵ م (78) بيئات أنظر في ذلك عباس العبودي، ص239.

تكون منتجة فيها وأن يكون القانون يجيز إثبات هذه الوقائع بشهادة الشهود وإلا كان للقاضي أن يرفض الإثبات بشهادة الشهود¹.

وعلى القاضي ألا يقبل الإثبات بشهادة الشهود فيما كان يجب إثباته بالكتابة إذا اعترض الخصم، إذ لا يجوز الإثبات بشهادة الشهود فيما تجاوز قيمته مائتي دينار في غير المواد التجارية²، كما لا يجوز الإثبات بشهادة الشهود فيما يخالف أو يجاوز ما اشتمل عليه دليل كتابي، أو إذا كان المطلوب هو جزء من حق لا يجوز إثباته إلا بالكتابة أو إذا طالب الخصوم بما تزيد قيمته عن مائتي دينار ثم عدلوا إلى ما لا تزيد قيمته عن ذلك.

ثم إن إعمال نص المادة (68) من قانون البينات ليس على إطلاقه، إذ أن إعمال حكم هذه المادة يجري في حالة الديون والمسؤولية التعاقدية الشفوية والكتابية، أما المصاريف الناشئة عن مخالفة مدنية مثلا فلا يشملها حكم هذه المادة، وفي ذلك تقول محكمة النقض الفلسطينية "لا مجال لإعمال نص المادة (68) من قانون البينات رقم 4 لسنة 2001 في إثبات المبلغ المقدر مصاريف للجنائز والقبر والعزاء، لأن إعمال هذه المادة يجري في حالة الديون والمسؤولية العقدية الشفوية والكتابية، أما هذه المصاريف فهي ناتجة عن مخالفة مدنية لا يمكن أن تنظم بشأنها سندات طبقا لما استقر عليه العرف والعادة³."

وقد نص قانون البينات في المادة (71) منه على استثناءات تجيز الإثبات بشهادة الشهود فيما كان يجب إثباته بالكتابة وهي:

1- إذا وجد مبدأ ثبوت بالكتابة كالكتابة الصادرة من الخصم دون توقيعه أو الإيصالات الموقعة بقبض الأجرة كمبدأ ثبوت بالكتابة تسمح إثبات بالإجارة بالبينة 2- إذا وجد مانع أدبي أو مادي كالأزواج أو بين الوالد وابنه 3- إذا فقد الدائن سنده لسبب لا يد له فيه 4- إذا طعن في العقد أنه ممنوع بالقانون أو مخالف للنظام العام 5- إذا طعن في العقد أن الظروف التي أحاطت بتنظيمه قد شابها غش أو تدليس أو إكراه...الخ.

¹ ديناصورى وعكاز، مرجع سابق، ص491.

² م(68) من قانون البينات رقم 4 لسنة 2001.

³ طعن رقم 169/2002، بتاريخ 2003/9/7.

إلا أن المشرع منح القاضي سلطة تقديرية تجاه الإثبات بالشهود، حيث نص بما يوحي بالإلزام في المادة (73) على أن الإذن لأحد الخصوم بالإثبات بشهادة الشهود يقتضي دائماً أن يكون للخصم الآخر الحق في نفيها بذات الطريق، وهو استثناء على الأصل الوارد في المادة (70) إلا أنه إستثناء لا يجوز التوسع فيه أو القياس عليه.

وقد أجاز القانون للقاضي أن يأمر من تلقاء نفسه الإثبات بشهادة الشهود في الأحوال التي يجوز فيها الإثبات بالشهود متى وجد في ذلك فائدة للحقيقة، واستدعاء من يرى لزوماً لسماع شهادته حسب المادة (80) من قانون البيئات رقم 4 لسنة 2001، ومنحه القانون سلطة تغريم الشاهد إذا امتنع عن الحضور أو امتنع عن الإجابة عن الأسئلة الموجهة إليه، وإصدار مذكرة إحضار بحق الشاهد إذا كان قد تبلغ أكثر من مرة ولم يحضر لأداء الشهادة، وفي تقديري إن حكم المادة (80) لا يؤخذ على إطلاقه، فلا يتصور أن يأمر القاضي بالاستماع إلى شهادة الشهود دون أن يكون هناك أدلة أخرى تقدم بها الخصم، بمعنى أنه لا يجوز للقاضي أن يأمر بدعوة الشهود إذا لم يكن الخصم قد تقدم ببيانات أخرى وإن كان من بينها شهادة الشهود.

وللقاضي سلطة واسعة في السماح بالإثبات بشهادة الشهود، فقد يكون في وقائع الدعوى ما يغني عن الشهادة في تكوين قناعته، وقد تكون الوقائع المراد إثباتها بالشهادة بعيدة الاحتمال ولا مجال لاقتناع القاضي بالشهادة في إثباتها، وبالتالي فإن طلب الإثبات بالشهادة ليس طلباً ملزماً للمحكمة، وإنما يخضع لتقدير القاضي وتراقبه محكمة النقض في ذلك، كما وأن له سلطة في تقدير قيمة الشهادة وكفايتها فله تقدير أقوال الشهود واستخلاص الواقع منها دون تقيد بعدد الشهود فقد يقتنع القاضي بشهادة شاهد واحد في مواجهة شاهدين أو أكثر¹.

إلا أن قاعدة عدم جواز الإثبات بشهادة الشهود في الأحوال التي يجب الإثبات فيها بالكتابة ليست من النظام العام، وليس للمحكمة التعرض لها من تلقاء نفسها وإنما يجب على الخصم الذي له مصلحة أن يتمسك بها قبل البدء فيها، حتى يصار إلى إعمالها².

والتساؤل المطروح حول مسألة خلافية، وهي هل يجوز الإستماع للخصم كشاهد في الدعوى؟ وهل يجوز للقاضي أن يتصدى لذلك من تلقاء نفسه؟

¹ محمود هاشم، مرجع سابق، ص 309.

² نقض مدني رقم 76/537، بتاريخ 19/2/1976 قاعدة التشريعات والاجتهادات المصرية.

هناك من يرى¹ جواز ذلك استناداً إلى أن الأصل في الأمور الإباحة، وأن قانون البيئات لم يتضمن نصاً يمنع ذلك، وقد وردت استثناءات صريحة في قانون البيئات على عدم جواز ذلك منها المواد (75،76،77) من قانون البيئات، والمتعلقة بأمن الدولة وأسرار الزوجية وأسرار المهنة، يضاف إلى ذلك أنه قد ورد النص صراحة في المادة (228) من قانون الإجراءات الجزائية على جواز الاستماع للمدعي بالحق المدني كشاهد في الإدعاء بالحق المدني، وأنه يمكن القياس على ذلك في الدعوى المدنية، وكذلك فإن من يقولون بعدم جواز الاستماع لشهادة الشخص لنفسه لأن قانون البيئات قد أورد فصلاً للاستجواب وهو أحد وسائل الإثبات البديلة لشهادة الشخص لنفسه وأن الإستجواب لا يقوم مقام شهادة الشخص لنفسه.

وفي الرد على ذلك يمكن القول؛ صحيح أن الأصل في الأمور الإباحة إلا أنه لا يجوز أن يحمل قصد المشرع في كل حالة على هذه القاعدة لا سيما في حالة كالتي نحن بصددنا، إذ أن هناك مؤشرات قوية يمكن استنباطها من القانون تذهب إلى عدم جواز الاستماع للخصم كشاهد.

وأما الاستثناءات الواردة في المواد (75، 76، 77) فإنما وردت بالنص على حالات استثنائية بسبب طبيعة هذه المسائل وما تقتضيه من الخصوصية والسرية ولا يجوز التوسع في القياس عليها، وأما بخصوص نص المادة (228) من قانون الإجراءات الجزائية، فهو أدعى للقول لو أن المشرع أراد السماح بشهادة الخصم لنفسه لنص على ذلك صراحة في قانون البيئات كما فعل في قانون الإجراءات الجزائية.

وأما الاستجواب، فقد أورده المشرع كوسيلة للخصم للحصول على إقرار من خصمه بما يدعيه، وبالتالي فإنه لا يجوز استخلاص دليل لمصلحة المستجوب، يضاف إلى ذلك أن هناك عدداً من وسائل الإثبات الأخرى التي يمكن أن يلجأ إليها الخصم كاليمين الحاسمة وغيرها من وسائل الإثبات.

ثم أن قضاء محكمة النقض المصرية جاء صريحاً في عدم جواز شهادة الخصم لنفسه، إذ قضت "إذا كانت المحكمة قد اعتمدت على شهادة شاهدين من مستخدمي أحد الخصوم كان أحدهما هو ممثل هذا الخصم في الاتفاق موضوع النزاع في الدعوى، فإن المحكمة لا تكون قد

¹ أحمد سليمان، "هل يجوز الاستماع لشهادة الشخص لنفسه"، مجلة العدالة والقانون، العدد 4، حزيران 2006.

خالفت القانون لأن صلة هذين الشاهدين بذلك الخصم لا تمنعها قانوناً من أداء الشهادة ما دام أن أحد منهما ليس خصماً في الدعوى"¹.

وعلى الرغم من أن محكمة النقض الفلسطينية حسمت الخلاف حول ذلك إذ قضت "لما كانت محكمة أول درجة لدى تدقيق البيانات المقدمة ووزنها استبعدت منها شهادة كل من المدعي والمدعى عليه، في حين أن سماع شهادة كل منهما لم يسبقها أو يصاحبها اعتراض من الخصم الذي يملك حق الاعتراض على جواز سماع الخصوم شهوداً، فإن استبعاد الشهادة من قبل المحكمة من تلقاء ذاتها يغدو في غير محله، ذلك أنه وإن كان الخصم لا يعد شاهداً ولا يجوز سماع شهادته سنداً للمادة (1700) من مجلة الأحكام العدلية، إلا أن ذلك ليس من النظام العام ولا تملك المحكمة أن تتصدى له من تلقاء ذاتها، بل يجب أن يكون محل اعتراض من الخصم وأن يسبق الإعتراض سماع الشهادة حتى يتم الفصل في هذه المسألة من قبل المحكمة"².

في تقديري أن مراد المشرع يمكن استخلاصه من خلال نصوص قانون البيئات الفلسطيني من خلال المواد (89، 193) إذ نصت المادة (193) "يلغى قانون البيئات رقم 11 لسنة 1922 المعمول به في محافظات غزة، ويلغى العمل بقانون البيئات رقم 30 لسنة 1952 المعمول به في محافظات الضفة، وكل حكم يخالف أحكام هذا القانون"، فهذا النص جاء صريحاً بإلغاء قانون البيئات رقم (30) لسنة 1952³، وكل حكم يتعارض مع أحكام هذا القانون، يفهم من هذا النص أن أحكام مجلة الأحكام العدلية لا زالت جزءاً من التشريع فيما لا يتعارض مع أحكام قانون البيئات، وحيث أنه لم يرد نص صريح في قانون البيئات بجواز أو عدم جواز شهادة الخصم لنفسه فإن أحكام المجلة هي الفيصل، والتي جاء النص فيها صريحاً على هذه الحالة في المواد (1700-1703) إذ تنص المادة (1700) من مجلة الأحكام العدلية على أنه "يشترط ألا يكون في الشهادة دفع مغرم أو جر مغنم، بناء عليه لا تقبل شهادة الأصل للفرع والفرع للأصل، وهكذا شهادة أحد الزوجين للآخر...". كما ونصت المادة (1701) على أن "شهادة الصديق لصديقه مقبولة ولكن إذا وصلت صداقتهما إلى مرتبة تصرف أحدهما في مال الآخر لا تقبل شهادة أحدهما للآخر" ونصت المادة (1702) على أنه "يشترط أن لا يكون بين الشاهد والمشهود عليه

¹ نقض رقم 231 لسنة 23 ق بتاريخ 57/5/16 قاعدة التشريعات المصرية مشار إليه في ديناصورى وعكاز، مرجع سابق، ص523.

² نقض مدني رقم 2010/164 بتاريخ 2010/10/5 منظومة القضاء والتشريع (المقتفي).

³ قانون البيئات رقم 30 لسنة 1952 (الجريدة الرسمية: عدد رقم 1108. ص200. 1952/5/17).

عداوة دنيوية...". وكذلك ورد النص في المادة (1703) من مجلة الأحكام العدلية على أنه "ليس لأحد أن يكون شاهداً ومدعياً فلذلك لا تصح شهادة الوصي لليتيم والوكيل للموكل".

يفهم من النصوص المذكورة أنها نصوص أمره لا تجوز مخالفتها، وبحسب تلك النصوص فإن شهادة الصديق لصديقه غير مقبولة، وكذا شهادة من بينهم عداوة فكيف يكون للخصم أن يشهد لنفسه، بل أن المادة (1703) نصت صراحة على عدم جواز شهادة المدعي لنفسه.

هذا من جهة، ومن جهة أخرى فإن نص المادة (89) ترك للقاضي رد الشهود إلى أي سبب آخر يقدره، وهذا النص لا يمكن تفسيره إلا في سياق محدد، وهو أن المشرع بعد أن نص على عدم جواز رد الشهود للقرابة أو المصاهرة، كان من الأولى أن يضمن هذا النص بالتحديد عدم جواز رد الشاهد ولو كان خصماً، ثم كيف يترك المشرع للقاضي أن يقدر أسباباً أخرى لرد الشهود بعد أن وضع الاستثناءات صراحة في المواد (75، 76، 77) وحدد شروط الشهادة في المادة (74)، وهنا لا يمكن أن يحمل قصد المشرع إلا على ما ورد في المجلة من أحكام بهذا الخصوص، فالمقصود بعبارة لأي سبب تقدره المحكمة، هو تنبيه القاضي إلى أحكام المواد (1700-1703) من مجلة الأحكام العدلية، وبذلك فإن للقاضي أن يتصدى لهذه المسألة من تلقاء نفسه، ولا يتوقف ذلك على اعتراض الخصوم.

المطلب الثاني: موقف القاضي من الإقرار والاستجواب

وهي من طرق الإثبات التي تطرأ بعد بدء الخصومة ولا تكون معدة مقدماً، والارتباط القائم بين الإثنتين يكمن في أن الاستجواب يكون للحصول على إقرار لذا إرتأيت دمجهما في مطلب واحد.

الفرع الأول: موقف القاضي من الإقرار

عرفت مجلة الأحكام العدلية الإقرار في المادة (1572) بأنه "إخبار الإنسان عن حق عليه لآخر ويقال لذلك مقر ولهذا مقر له وللحق مقر به" وقد جاء في المادة (115) من قانون البيئات أن الإقرار هو إقرار الخصم بواقعة أو عمل قانوني مدعى بأي منهما عليه، وبحسب المادة (116) من قانون البيئات فإن الإقرار إما أن يكون قضائياً أو غير قضائي.

أ- موقف القاضي من الإقرار القضائي

جاء في الفقرة الأولى من المادة (116) "أن الإقرار يكون قضائياً إذا تم الاعتراف بالواقعة أو العمل المدعى به أمام القضاء أثناء السير في الدعوى المتعلقة بهذه الواقعة أو العمل"، ومن هذا النص يتبين أنه لا بد من توافر شروط في الإقرار حتى يعتبر إقراراً قضائياً، وهذه الشروط هي:

- 1- يكون أمام القاضي، ذلك أن الإقرار خارج مجلس القضاء لا يعد إقراراً قضائياً.
 - 2- يصدر من خصم في الدعوى، فإذا صدر من غير خصم فهو شهادة، ويشترط في الإقرار لكي يصدر عن وكيل أن يتم النص عليه على وجه الخصوص ولا يكفي في ذلك التوكيل العام.
 - 3- ينصب على واقعة أو عمل قانوني معين مدعى بأي منهما، فكل واقعة يمكن أن تكون محلاً للإثبات يمكن أن تكون محلاً للإقرار سواء أكانت تصرفاً قانونياً أو واقعة مادية.
 - 4- يصدر أثناء السير في الدعوى حتى وقت النطق بالحكم، أما الإقرار الصادر في دعوى أخرى فلا يعتد به إلا بإعتبره إقراراً غير قضائي.
 - 5- يجب أن يكون المقر مميزاً أهلاً للإقرار لأن الإقرار تصرف قانوني، ويجب أن يكون تعبير المقر تعبيراً عن إرادة جدية لا يشوبها عيب من عيوب الرضا¹.
- جاء في نص المادة (104) من قانون الإثبات المصري أن الإقرار حجة قاطعة على المقر بينما جاء النص في قانون البيئات الفلسطيني في المادة (117) الإقرار القضائي حجة على المقر ما لم يكذبه ظاهر الحال، فهو حجة قاصرة على المقر، إلا أنه يلاحظ أن القانون المصري اعتبر الإقرار بشكل عام حجة قاطعة بينما النص الفلسطيني اكتفى باعتباره حجة، ومرجع ذلك أن القانون المصري لم يفصل بنصوص تشريعية الإقرار القضائي والإقرار غير القضائي وإنما أجمل أحكامهما في نصوص عامة.

في تقديري أن القانون الفلسطيني عندما اعتبر الإقرار حجة دون أن يعتبره حجة قاطعة ترك للقاضي مجالاً أوسع من التقدير بدليل إكمال النص بالقول ما لم يكذبه ظاهر الحال، ولا يصح القول إن الإقرار حجة قاطعة على المقر² في ظل هذا النص دون تبيان الفارق بين نص يرد فيه بصراحة أنه حجة قاطعة كالنص المصري ونص لا ترد فيه هذه الكلمة كالنص الفلسطيني، سيما وأن للقاضي أن يطرح الإقرار إذا كان ظاهر الحال يكذبه كأن يقر شخص بالبنوة لشخص أكبر

¹ دينا صوري وعكاز، مرجع سابق، ص 825.
² درعاوي، مرجع سابق، ص 116.

منه سناً، وللقاضي إهمال الإقرار إذا كانت الواقعة التي انصب عليها غير منتجة في الدعوى أو كان المقر به غير مشروع أو حقا لا يجوز النزول عنه أو يمنع الإقرار به.

ب- موقف القاضي من الإقرار غير القضائي

الإقرار غير القضائي كما عرفته المادة (2/116) من قانون البينات هو الإقرار الواقع في غير مجلس القضاء أو بصدد نزاع أثير في دعوى أخرى، ولا يجوز إثباته بشهادة الشهود ما لم تسبقه قرائن قوية تدل على وقوعه.

واضح أن القانون الفلسطيني وعلى غير المعتاد في النصوص التشريعية أورد تعريفاً للإقرار بنوعيه، ويعتبر الإقرار غير القضائي بمثابة التصرف القانوني فتتبع في شأن إثباته القواعد العامة في الإثبات التي نصت عليها المواد (68-71) من قانون البينات، مع ملاحظة ما جاء في النص بالقول ولا يجوز إثباته بشهادة الشهود ما لم تسبقه قرائن قوية تدل عليه دون أن يبين ما المقصود بالقرائن القوية، وقد يكون المقصود بها وفق ما ذهبت إليه محكمة التمييز الأردنية بأنها القرائن القضائية¹.

وقد ظهر خلاف فقهي حول مدى حجية الإقرار غير القضائي، حيث يرى اتجاه أنه ليست له حجية ملزمة للقاضي، وله سلطة مطلقة في الأخذ به أو طرحه، بينما ذهب اتجاه آخر إلى أنه ليس للقاضي سوى أن يتحقق من أن الإقرار غير القضائي جدياً وحقيقياً ومقصوداً، فإذا تبين له ذلك كان له ذات حجية الإقرار القضائي².

وعن موقف القضاء من ذلك تقول محكمة النقض المصرية "الإقرار غير القضائي خضوعه لتقدير قاضي الموضوع، جواز تجزئته أو اعتباره دليلاً كاملاً أو مبدأً ثبوت بالكتابة أو مجرد قرينة، جواز عدم الأخذ به"³.

ونصت المادة (117) من قانون البينات الفلسطيني صراحة على حجية الإقرار القضائي ولكنها لم تنص على مدى حجية الإقرار غير القضائي، وكما أسلفنا فإنه إن كان للقاضي أن يطرح الإقرار القضائي إذا كان يخالف ظاهر الحال أو انصب على واقعة غير منتجة في النزاع

¹ درعاوي، مرجع سابق، ص123.

² للمزيد حول هذه الاتجاهات، درعاوي، مرجع سابق، ص125.

³ طعن رقم 58/168 بتاريخ 1990/5/8 قاعدة التشريعات المصرية، مشار إليه في ديناصورى وعكاز، مرجع سابق، ص860.

فإن له من باب أولى هذه السلطة في الإقرار غير القضائي، وله في مجال الإقرار غير القضائي سلطة أوسع في الأخذ به أو عدم الأخذ به دون رقابة محكمة النقض.

الفرع الثاني: سلطة القاضي في استجواب الخصوم

عرفت محكمة النقض المصرية الاستجواب بأنه "طريقة من طرق تحقيق الدعوى تستهدف به المحكمة تمكينها من تلمس الحقيقة الموصلة لإثبات الحق في الدعوى"¹.

والاستجواب يمكن توجيهه من المحكمة من تلقاء نفسها لأحد الخصوم أو بطلب أحد الخصوم استجواب خصمه الآخر، إذ نصت المادة (122) من قانون البينات على أن "للمحكمة أن تستجوب من يكون حاضراً من الخصوم إظهاراً للحقيقة في الدعوى، ولكل منهم أن يطلب إستجواب خصمه الحاضر" ولم يتضمن قانون البينات الملغى نصاً مماثلاً.

يتبين من النص المذكور أنه يشترط في الاستجواب شروطاً هي:

1- أن يوجه أو يطلب أثناء السير في الدعوى، وبالتالي فهو غير جائز بعد إقفال باب المرافعة.

2- أن يوجه من المحكمة لأحد الخصوم أو من أحد الخصوم إلى خصمه الآخر، فلا يجوز أن يوجه الاستجواب من مدعي إلى مدع آخر أو من مدعى عليه إلى مدعى عليه آخر أو موجهاً للغير من خارج الخصومة²، وفي هذه الحالة يكون الاستجواب بهدف الحصول على إقرار من خصمه، فالاستجواب ما هو إلا وسيلة للحصول على إقرار من الخصم³.

3- يشترط في الوقائع التي ينصب عليها الاستجواب أن تكون شخصية بالنسبة للخصم المطلوب استجوابه، وأن تكون الواقعة التي يتناولها متعلقة بالدعوى ومنتجة فيها. إلا أنه من غير الجائز الأمر بالاستجواب لنفي حجية حكم أو المنازعة في وقائع تناولتها اليمين الحاسمة، أو ورقة رسمية⁴.

وللقاضي الرجوع عن الأمر بالاستجواب إذا أمر به من تلقاء نفسه، وفي ذلك تقول محكمة النقض المصرية "استجواب الخصوم من إطلاقات محكمة الموضوع لها أن تعدل عن هذا

¹ عباس العبودي، مرجع سابق، ص223.

² محمود هاشم، مرجع سابق، ص361.

³ ديناصورى وعكاز، مرجع سابق، ص881.

⁴ ديناصورى وعكاز، مرجع سابق، ص875.

الإجراء دون بيان أسباب العدول"¹، إلا أنه وفي ظل المادة السادسة من قانون البيئات الفلسطيني على القاضي أن يبين أسباب العدول، ومن باب أولى إذا كان بناء على طلب أحد الخصوم.

المطلب الثالث: موقف القاضي من اليمين والقرائن

اليمين والقرائن من طرق الإثبات غير العادية، وهي أيضا من أدلة الإثبات غير المعدة مقدماً.

الفرع الأول: موقف القاضي من اليمين في الإثبات

اليمين هي إسهاد الله سبحانه على صدق ما يقوله الحالف أو على صدق ما يقوله الخصم².

وقد نظم المشرع اليمين التي تحلف أمام القضاء وهي نوعين يمين حاسمة ويمين متممة، وتلحق بالأولى يمين الإستيثاق ويمين عدم العلم وتلحق بالتأنيبة يمين التقويم³، وهناك أنواع أخرى من اليمين المتممة كيمين الاستحقاق ويمين الاستظهار ويمين رد المبيع للعيب ويمين الشفعة وأخرى أقرب إلى اليمين الحاسمة.

أ- موقف القاضي من اليمين الحاسمة

اليمين الحاسمة هي التي يوجهها أحد الخصمين إلى الآخر في المسائل المتنازع عليها أو في أية مسألة منها ليحسم بها نزاعاً قائماً.

ويشترط في الواقعة التي تنصب عليها اليمين ألا تكون مخالفة للنظام العام أو الآداب وأن لا تنصب على واقعة قانونية، وأن تكون الواقعة متعلقة بشخص من وجهت إليه، فإذا كانت غير شخصية انصبت على مجرد علمه بها⁴، ويجب أن تكون الواقعة التي تنصب عليها اليمين متعلقة ومنتجة في الدعوى، ويشترط فيمن يحلف اليمين توافر أهلية التصرف في الحق الذي توجه بشأنه اليمين، فلا يجوز للوكيل توجيهها إلا بنص خاص في التوكيل.

وللقاضي رقابة على الخصم في توجيه اليمين على الرغم من أنها حق للخصم فله سلطة التحقق من توافر شروطها، وله سلطة منعه من إساءة استعمالها أو التعسف في توجيهها⁵، كأن

¹ نقض رقم 56/2005 ق، بتاريخ 1993/12/8 قاعدة التشريعات المصرية، مشار إليه في ديناصورى، مرجع سابق، ص879.

² العبودى، مرجع سابق، ص297.

³ ديناصورى، مرجع سابق، ص889.

⁴ المادة 133 من قانون البيئات التي نصت على "لا يجوز توجيه اليمين الحاسمة في واقعة مخالفة للنظام العام أو الآداب، ويجب أن تكون الواقعة التي تنصب عليها اليمين متعلقة بشخص من وجهت إليه، فإذا كانت غير شخصية له انصبت على مجرد علمه بها".

⁵ م 2/132 بينات التي نصت على أنه "يجوز للمحكمة أن تمنع توجيه اليمين إذا كان الخصم متعسفاً في توجيهها".

يتضح أن القصد من توجيهها مجرد الكيد أو تأخير الفصل في الدعوى، وهو ما لم يرد عليه نص في قانون أصول المحاكمات الحقوقية الملغى، وللقاضي أن يمنع توجيهها إذا لم تكن متعلقة بشخص من وجهت إليه أو أنها ليست منتجة في الدعوى، ويجوز توجيه اليمين في جميع المواد المدنية سواء كانت مما يقبل الإثبات بشهادة الشهود أو مما يجب إثباته بالكتابة، بل يجوز أن يكون موضوع اليمين أمراً يخالف ما هو ثابت بدليل كتابي أو يجاوز ما اشتمل عليه دليل كتابي، فيما عدا ما لا يجوز الطعن فيه إلا بالتزوير¹.

وفي ذلك تقول محكمة النقض المصرية "اليمين الحاسمة ملك الخصم له أن يوجهها متى توافرت شروطها مهما كانت قيمة النزاع ولو كان الغرض منها إثبات ما يخالف عقداً مكتوباً ولو رسمياً، إلا فيما لا يجوز الطعن فيه من السند إلا بالتزوير، ومن ثم يكون متعيناً على القاضي أن يجيب طلب توجيهها إلا إذا بان له أن طالبها متعسف في طلبه"².

وللقاضي بعد أن يقترح طالب اليمين صيغتها أن يعدلها³، وذلك لإزالة ما يعتريها من غموض وزيادة وضوحها دون أن يتناول مضمونها بالتعديل، وله السلطة في رفض طلب الرد كما هو الحال في حالة توجيه اليمين، كأن تكون الواقعة المطلوب الرد بشأنها غير مشتركة بين الخصوم أو في حالة تعديل الخصم لصيغة اليمين، والنكول يعد بمثابة اقرار قضائي فإذا نكل من وجهت إليه اليمين كسب من وجهها الدعوى⁴.

وهناك أيضاً اليمين التي ورد النص عليها في المادة (1632) من المجلة والتي جاء فيها "إذا أثبت من دفع الدعوى تندفع دعوى المدعي وإن لم يقدر على الإثبات يحلف المدعي الأصلي بطلبه فإن نكل المدعي عن اليمين يثبت دفع المدعي عليه وإن حلف المدعي تعود دعواه الأصلية"⁵، وهي من أنواع اليمين الحاسمة، فإذا تبين للقاضي أن المدعي عليه عاجز عن إثبات دفعه يتوجب عليه أن يفهمه أن من حقه أن يوجه إلى خصمه اليمين على الواقعة المتنازع عليها.

¹ ديناصورى وعكاز، مرجع سابق، ص895.

² طعن رقم47/703ق بتاريخ 1980/4/3 قاعدة التشريعات المصرية، مشار إليه في ديناصورى وعكاز، مرجع سابق، ص892.

³ م1/137 بينات نصت على أن "للمحكمة أن تعدل صيغة اليمين التي يعرضها الخصم بحيث توجه بوضوح ودقة على الواقعة المطلوب الحلف عليها".

⁴ درعاوى، مرجع سابق، ص150.

⁵ علي حيدر، شرح المجلة، ص223.

ب- سلطة القاضي في توجيه اليمين المتممة

نصت المادة (1/146) من قانون البينات على أن "اليمين المتممة هي التي توجهها المحكمة من تلقاء نفسها لأي من الخصمين لتبني على ذلك حكمها في موضوع الدعوى أو قيمة ما تحكم به، ونصت الفقرة الثانية منها على أنه يشترط لتوجيه هذه اليمين ألا يكون في الدعوى دليل كامل وألا تكون الدعوى خالية من أي دليل".

إن تحويل القاضي سلطة توجيه هذه اليمين لا يعد خروجاً على حياده، فاليمين المتممة هي وسيلة لتكوين قناعة القاضي عن حقيقة الأمر في الدعوى وهي إحدى الوسائل التي يمكن أن يطمئن إليها في إصدار حكمه في موضوعها، ثم أنه لا يلجأ إليها إلا بعد تقدير جدواها، سيما في ظل الضمانات التي أحاطها القانون بتوجيهها¹.

يتبين من النص المذكور أن اليمين المتممة هي التي يوجهها القاضي من تلقاء نفسه ويشترط لتوجيهها:

1- ألا يكون في الدعوى دليل كامل، أي أن لا تكون الدعوى ثابتة بدليل كامل كسند رسمي أو عادي معد للإثبات، بينما يمكن توجيهها في حالة مبدأ الثبوت بالكتابة، أي في حالة الدليل الناقص الذي يمكن أن يصبح كاملاً باليمين المتممة.

2- ألا تكون الدعوى خالية تماماً من أي دليل، فاليمين المتممة لا تقوم مقام الدليل وإنما هي مكملة له، وبالتالي لا يجوز توجيهها إذا كانت هي الدليل الوحيد في الدعوى وفي ذلك تقول محكمة النقض المصرية "اليمين المتممة إجراء يتخذه القاضي من تلقاء نفسه رغبة منه في تحري الحقيقة ليستكمل دليلاً ناقصاً في الدعوى².

وحيث أن اليمين المتممة من حق القاضي وحده، فهي وسيلة من وسائل الإثبات المكملة وبالتالي؛ ليس لمن وجهت إليه أن يطلب ردها³، كما أن تقدير حجيتها أمر متروك للقاضي فقد يأخذ بها وقد يطرحها، وإذا نكل الخصم عن حلفها فليس بالضرورة أن يحكم عليه بهذا النكول

¹ العبودي، مرجع سابق، ص313.

² ديناصورى وعكاز، مرجع سابق، ص913.

³ م 147 بينات التي نصت على أنه "لا يجوز للخصم الذي وجهت إليه اليمين المتممة أن يردّها على الخصم الآخر".

كما هو الحال في اليمين الحاسمة، وهي ليست حجة قاطعة في الدعوى، وبالتالي نقض دلالتها بإثبات العكس جائز، شأنها شأن أي دليل آخر في الدعوى¹.

وهناك أنواع من اليمين المتممة ورد النص عليها في المادة (1746) من مجلة الأحكام العدلية كيمين الإستهظهار والإستحقاق ويمين الشفعة ويمين رد المبيع لعيب فيه، وهي أنواع من اليمين المتممة وظيفتها تكميلية، ولا زالت جزءاً من التشريع² وهي جديرة بالجوء إليها كغيرها من أنواع اليمين المتممة التي ورد النص عليها في قانون البيئات ذاته، كما هو الحال في اليمين المتممة الواردة في المادة (21) من قانون البيئات المتعلقة بالدفاتر التجارية عما ورده التجار واليمين الواردة في المادة (32) من ذات القانون في حال تخلف المنكر عن حلف اليمين أن السند ليس بحوزته، وكذلك يمين التقويم الواردة في المادة (148) التي توجه إلى المدعي إذا استحال تقدير قيمة الدعوى.

يبقى التساؤل هل يجوز للقاضي أن يوجهها من تلقاء نفسه؟

الاجابة على هذا التساؤل ترتبط بالنتيجة التي توصلنا اليها، وهي أن أحكام المجلة فيما لا يتعارض مع أحكام قانون البيئات تعتبر جزءاً من التشريع، وحيث إن نص المادة (1746) من مجلة الأحكام العدلية جاء بصيغة تلزم القاضي أن يوجه هذه الأيمان، فنصت على يمين الاستظهار "إذا ادعى أحد على التركة حقاً وأثبتته، فيحلفه القاضي بأنه لم يستوف هذا الحق بنفسه، ولا بغيره من الميت بوجه من الوجوه، ولا أبرأه منه ولا أحال به على غيره ولا أوفاه أحد".

كما نصت على يمين الاستحقاق حيث جاء فيها "إذا استحق رجل مالاً وأثبت دعواه حلفه الحاكم بأنه لم يبيع هذا المال ولم يهبه ولم يخرجه عن ملكه بوجه من الوجوه"، وهي يمين استنبات يُحلفها القاضي للخصم الذي استحق مالاً على واقعة شخصية، ليعزز بها الدليل الذي استخلصه وهي ملزمة للقاضي يوجهها دون طلب.

¹ محمود هاشم، مرجع سابق، ص374.

² ذلك أن المادة 193 من قانون البيئات ألغت قانون البيئات الساري في غزة رقم 11 لسنة 1922 وفي الضفة قانون البيئات رقم 30 لسنة 1952 وكل حكم يخالف أحكام قانون البيئات، في إشارة واضحة إلى سريان أحكام المجلة فيما لا يتعارض مع أحكام هذا القانون، وبالتالي فإن أحكام المجلة فيما لا يتعارض مع أحكام هذا القانون هي جزء من التشريع.

وكذلك يمين رد المبيع لعيب فيه، إذ نصت المادة (1746) من المجلة على أنه "إذا أراد المشتري رد المبيع لعيب فيه حلفه الحاكم أنه بعد اطلاعه على العيب لم يرض به قولاً أو دلالة..." كما هو واضح من خلال النص أن القاضي يوجهها دون طلب من الخصم.

أما يمين الشفعة، فيوجهها القاضي للشفيع عند الحكم بالشفعة بأنه لم يبطل شفاعته بوجه من الوجوه، أي أنه لم يسقط حق شفيعته، وهي واجبة على القاضي ولم لم يطلب منه توجيهها.

من خلال نص المادة المذكور الذي أفصح حكمه بوضوح على أن القاضي يوجه هذه الأيمان بل أن عليه أن يوجهها فلا اجتهاد في مورد النص، إلا أنها تختلف عن اليمين المتممة في حجيتها فهي ملزمة للقاضي متى حلفها من وجهت إليه¹.

الفرع الثاني: موقف القاضي من القرائن في الإثبات

نصت المادة (106) من قانون البيئات رقم 4 لسنة 2001 على أن "القرائن هي نتائج تستخلص بحكم القانون أو تقدير القاضي، من واقعة ثابتة ومعروفة للإستدلال على واقعة غير معروفة وهي نوعان قرائن قانونية وقرائن قضائية".

كما نصت المادة (107) على أن "القرينة القانونية هي التي ينص عليها القانون وهي تعفي من تقررت لمصلحته من أية طريقة من طرق الإثبات، على أنه يجوز نقض هذه القرينة بالدليل العكسي، ما لم يوجد نص يقضي بغير ذلك"، فيما نصت المادة (108) على القرينة القضائية بأنها التي لم ينص عليها القانون ويستتبطها القاضي من ظروف ووقائع الدعوى ومستنداتها بما له من سلطة تقديرية.

أ- موقف القاضي من القرائن القانونية

القرائن القانونية هي استنباط المشرع أمراً غير ثابت من أمر ثابت²، فهي من عمل المشرع وقد جاء في نص المادة (107) على أنه يجوز نقض هذه القرينة بالدليل العكسي ما لم يوجد نص يقضي بغير ذلك، وهذا يعني أن القرائن نوعين قاطعة وبسيطة.

¹ للمزيد علي حيدر، مرجع سابق، ص498 وما بعدها.

² العبودي، مرجع سابق، ص276.

القرينة القانونية القاطعة، القرائن القانونية من حيث الأصل تقبل إثبات العكس، إلا أن المشرع في حالات خاصة يقرر وجود قرائن لا تقبل إثبات العكس، كحجية الأمر المقضي به¹، وهنا لا يجوز إثبات عكس هذا النوع من القرائن إلا في حالة محددة بذاتها أو وسيلة معينة بالذات.

والقرائن القانونية القاطعة نوعين أ- قرائن مقررة للمصلحة العامة، وهذه لا يجوز نقض حجيتها مطلقاً ب- قرائن مقررة لمصلحة خاصة، وهذه يجوز اثبات عكسها بطرق محددة هي اليمين والإقرار.

إلا أنه لا يجوز أن تخرج القرائن عن طبيعتها باعتبارها من أدلة الإثبات، وبالتالي فإنه يجوز إثبات عكس القرينة القانونية القاطعة بالإقرار واليمين فقط، عندما لا تكون وثيقة الصلة بالنظام العام كحيازة المنقول قرينة على الملكية، إلا أن القرينة القاطعة اذا تعلقت بالنظام العام فإنه لا يجوز دحضها بأي طريق كحجية الأمر المقضي به².

أما القرينة القانونية البسيطة وهي التي قررها المشرع قاصداً بها إعفاء من تقررت لمصلحته من إثبات الواقعة المدعى بها إن هو استطاع إثبات الواقعة الأخرى البديلة التي قامت بقيامها القرينة، والأصل جواز إثبات عكس هذا النوع من القرائن بكافة طرق الإثبات، إلا أن هناك رأياً يذهب إلى أن إثبات عكس القرينة القانونية البسيطة يجب التقيد فيه بقواعد الإثبات فإذا كانت القرينة قد استخدمت في إثبات تصرف قانوني تزيد قيمته عن الحد المسموح بالإثبات فيه بالبينه فلا يجوز إثبات عكسها إلا بالكتابة أو الإقرار أو اليمين، وبالتالي يجوز نقضها بالدليل العكسي، ومن أمثلتها ما جاء في المادة (26) من قانون البينات الفلسطيني "التأشير على سند بما يستفاد منه براءة ذمة المدين حجة على الدائن إلى أن يثبت العكس"، وكذلك المادة (113) بينات "حيازة المنقول بحسن نية وبصورة علنية وهادئة وخالية من الالتباس حجة على ملكيته"، فهي مجرد قرينة بسيطة يجوز إثبات عكسها³.

ومتى اكتملت شروط القرينة القانونية قاطعة كانت أو غير قاطعة وتم إثبات الواقعة البديلة ولم يفلح من قامت القرينة في مواجهته من إثبات عكسها، كان للقرينة حجيتها الملزمة للقاضي

¹ ديناصورى وعكاز، مرجع سابق، ص562.

² محمود هاشم، مرجع سابق، ص377.

³ نقض رقم 44/653 بتاريخ 78/4/11 قاعدة التشريعات المصرية مشار إليه في ديناصورى، المرجع السابق، ص570.

والخصوم، وليس للقاضي سلطة تقديرية في مدى مطابقتها للحقيقة متى تمسك بها من تقررت لمصلحته¹.

ب- سلطة القاضي في استنباط القرينة القضائية

وتسمى القرائن الموضوعية، كونها تلك التي يستنبطها القاضي من موضوع الدعوى وظروفها وسميت بالقضائية لأنها من استنباط القاضي، والقرائن القضائية تقوم على عنصرين أحدهما مادي مستمد من وقائع الدعوى، فله أن يستخلصها من مناقشات الخصوم أو من أقوال الشهود أو من تقرير الخبير، أو امتناع الخصم عن الحضور للاستجواب أو اليمين أو امتناعه عن تنفيذ ما أمرت به المحكمة من إجراءات الإثبات²، وأما العنصر الثاني وهو استنباط الواقعة المراد إثباتها من الواقعة الثابتة، فيتخذ من الواقعة المعلومة قرينة على الواقعة المجهولة.

وللقاضي سلطة واسعة في استنباطها، ولا رقابة لمحكمة النقض عليه في ذلك ما دام أن القرينة التي اعتبرها دليلاً على ثبوت الواقعة تؤدي عقلاً إلى ثبوتها، وفي ذلك قضت محكمة النقض المصرية "تقدير القرائن القضائية مما يستقل به قاضي الموضوع ولا رقابة لمحكمة النقض عليه في ذلك متى كان الإستخلاص سائغاً"³.

وللقرائن القضائية خصائص ثلاث 1- أن دلالتها غير قاطعة فما يستنبط عن طريقها يسمح للخصم دائماً دحضه بكافة وسائل الإثبات 2- أن ما يثبت بها يعتبر له حجية متعدية، أي أنه يعتبر ثابتاً بالنسبة للكافة، لأن أساسها وقائع مادية ثابتة يتحقق منها القاضي ويبني عليها استنباطه 3- أن المشرع اعتبرها من الأدلة المقيدة أي التي لا يجوز الإثبات بها في جميع الأحوال، حيث قدر احتمال وقوع القاضي في الخطأ، فحد من احتمال ذلك بقصر الإثبات بالقرائن على الأحوال التي يجوز فيها الإثبات بشهادة الشهود⁴.

¹ محمود هاشم، مرجع السابق، ص 379.

² ديناصورى، مرجع سابق، ص 576.

³ طعن رقم 47/269 ق بتاريخ 83/1/30 قاعدة التشريعات المصرية، مشار إليه في ديناصورى وعكاز، مرجع سابق، ص 582.

⁴ ديناصورى، مرجع سابق، ص 580.

الفصل الرابع سلطة القاضي في مجال عوارض الخصومة

تمر الخصومة بثلاث مراحل، مرحلة المطالبة القضائية تليها مرحلة تحقيقها أو المرافعة وتنتهي بمرحلة الحكم، حيث تتوالى إجراءاتها زمنياً وصولاً إلى الحكم في موضوعها، إلا أنه قد يعترض سير الخصومة وقائع أو أحداث تعيق أو تمنع سيرها، وهو ما يطلق عليه عوارض الخصومة المدنية.

ويمكن تقسيم عوارض الخصومة إلى قسمين¹، أحدها يؤدي إلى ركودها مع بقائها قائمة ويتمثل هذا النوع من العوارض في الشطب والوقف والانقطاع وعوارض تؤدي إلى زوال الخصومة أو انقضائها دون حكم في موضوعها، وتتمثل في الترك والسقوط والانقضاء.

وليس من شك أن المتقاضي دائماً يصبو إلى الفصل في منازعته في أسرع وقت ممكن ومما يعترض هذا الهدف هو ما يعترض الخصومة من عوارض قد تؤدي إلى تعطيلها أو زوالها ولا شك أيضاً أن للقاضي في كل ذلك سلطة ومنه موقف.

وحيث إننا في هذه الدراسة لسنا بصدد دراسة هذه العوارض في ذاتها والتي مكانها المراجع العامة، وإنما سلطة القاضي في حال وقوعها أو تحققها، فإننا سنقسم هذا الفصل إلى مبحثين:

المبحث الأول: سلطة القاضي في حالة العوارض التي تؤدي إلى ركود الخصومة.

المبحث الثاني: سلطة القاضي في حالة العوارض التي تؤدي إلى انقضائها دون حكم في موضوعها.

المبحث الأول: سلطة القاضي في حالة العوارض التي تؤدي إلى ركود الخصومة

يمكن تقسيم العوارض التي تؤدي إلى ركود الخصومة إلى قسمين إرادية ولا إرادية والعوارض الإرادية تتمثل في حالات شطب الدعوى ووقف الخصومة، كالوقف الاتفاقي والوقف بحكم القانون، ويرجع بعضها إلى تقدير القاضي كالوقف للفصل في مسألة أولية، وقسم آخر

¹ أحمد هندي، قانون المرافعات، مرجع سابق، ص203.
= أجياد الدليمي، عوارض الدعوى المدنية، ط1، دار الحامد للنشر والتوزيع، عمان، 2008، ص12 وما بعدها.

يرجع إلى أسباب لا إرادية وتتمثل في حالات انقطاع الخصومة بسبب الوفاة أو فقدان الأهلية أو زوال الصفة، وجميع هذه العوارض ترتبط بقاسم مشترك في كونها تؤدي إلى وقف السير في الخصومة مؤقتاً أي إلى ركودها مع بقائها قائمة منتجة لآثارها¹، وبذلك سنتناول هذا المبحث في ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: سلطة القاضي في شطب الدعوى

يعتبر شطب الدعوى من جدول القضايا المنظورة أحد عوارض الخصومة وهو ما قرره محكمة النقض الفلسطينية إذ جاء في حكم لها "لما كان الشطب واحداً من عوارض الخصومة فيما استقر الفقه على أن عدم تسلسل جلسات المحاكمة يلحق بالوقف، ولما كان الطاعنان تخلفا عن الحضور بعد أن انقطع تسلسل الجلسات واستمر كذلك بعد قرار الشطب والتجديد إلى أن صدر حكم محكمة الصلح ولم يتقدما بمذكرة إلى المحكمة في جميع الجلسات التالية لتعجيل الدعوى، فإن ميعاد الطعن يبدأ بحقهما من تاريخ تبليغهما الحكم الصلحي"².

نصت المادة (88) من قانون الأصول الفلسطيني 1- إذا شطبت الدعوى ولم يقدم طلب لتجديدها خلال ستين يوماً من تاريخ قرار الشطب اعتبرت الدعوى كأن لم تكن 2- فإذا جددت الدعوى وتغيب المدعي عن الحضور في الجلسة الأولى بعد التجديد قررت المحكمة تأجيل الدعوى أو اعتبارها كأن لم تكن.

يقصد بشطب الدعوى استبعادها من جدول القضايا المتداولة في الجلسات أمام المحكمة مع بقاء الخصومة قائمة أمام القضاء منتجة لآثارها رغم الشطب، ويختلف نظام شطب الدعوى عن نظام الإسقاط المؤقت للدعوى في القانون الأردني، فشطب الدعوى معناه استبعادها من جدول القضايا مع بقائها قائمة منتجة لآثارها، بينما في حالة الإسقاط المؤقت تلغى الدعوى وتزول الآثار القانونية المترتبة عليها، كما أن طلب تجديد الدعوى في حالة الشطب يمكن أن يقدم من قبل أي من الطرفين، بينما طلب التجديد في حالة الإسقاط المؤقت حق للمدعي فقط³.

وشطب الدعوى من المسائل التي ترك المشرع تقديرها لمحكمة الموضوع، ويجوز لها رغم توافر شروط الشطب أن تقرر تأجيل الدعوى أو رفض الطلب بالشطب، وللقاضي صلاحية

¹ أحياد الدليمي، عوارض الدعوى المدنية، مرجع سابق، ص 15.

² نقض مدني رقم 2008/34 بتاريخ 2009/1/18 منظومة القضاء والتشريع (المقتفي).

³ عبد الله غزلان، أحكام شطب الدعوى في قانون الأصول، مجلة العدالة والقانون، بدون عدد، رام الله، 2005، ص 11.

شطب الدعوى سواء كان ذلك في الجلسة الأولى أو في أي جلسة تالية شريطة أن يكون المدعي متبلاً أو متفهماً موعد الجلسة، ويسري على المستأنف ما يسري على المدعي بهذا الخصوص.

وقرار شطب الدعوى ليس حكماً وإنما قرار تنظيمي باستبعاد الدعوى من جدول القضايا كعقوبة على من تخلف عن متابعة دعواه، ولذلك لا يقبل الطعن فيه بطرق الطعن المقررة للأحكام، ويكون للقاضي الرجوع عنه في ذات الجلسة¹ أو أثناء ساعات الدوام.

ويشترط لشطب الدعوى 1- غياب المدعي وفي حالة التعدد ينظر ما إذا كان موضوع الدعوى قابلاً للتجزئة أم لا، فإذا كان موضوع الدعوى قابلاً للتجزئة جاز للقاضي شطب الدعوى بالنسبة لمن تغيب من المدعين وإلا فعليه إعادة تبليغ من تغيب منهم 2- أن يكون المدعي على علم بموعد الجلسة بتفهمه موعدها أو تبليغه إياه 3- أن لا تكون الدعوى مهياًة للحكم في موضوعها، وتقدير ما إذا كانت الدعوى صالحة للحكم فيها أم لا، يعود لقاضي الموضوع².

أما طلب التجديد فيقدم خلال ستين يوماً من تاريخ قرار الشطب، وإذا قدم بعد الميعاد اعتبرت الدعوى كأن لم تكن، إلا أن القاضي لا يملك اعتبارها كذلك من تلقاء نفسه، ولا بد من التمسك بهذا الجزاء من الخصم الآخر، كونه جزء لا يتعلق بالنظام العام وإنما مقرر لمصلحة الطرف الآخر، فإذا تمسك به دون أن يسقط حقه بالتعرض للموضوع، أصبح القاضي ملزماً بالقضاء باعتبار الدعوى كأن لم تكن، إذ لا يملك إزاء ذلك أية سلطة تقديرية³.

المطلب الثاني: سلطة القاضي في وقف الخصومة

يقصد بوقف الخصومة عدم السير فيها خلال مدة معينة بناء على اتفاق الأطراف أو حكم المحكمة أو نص القانون، مع بقائها قائمة منتجة لآثارها⁴.

وقد اعتبرت محكمة النقض الفلسطينية انقطاع الجلسات يلحق بوقف السير في الدعوى وفي ذلك تقول "حيث أن الطاعن لم يحضر بعد انقطاع تسلسل الجلسات، ولما كان هذا الانقطاع وفق ما استقر عليه الفقه والقضاء يلحق بوقف السير في الدعوى بل هو وقف لسير الدعوى

¹ تكرر، مرجع سابق، ص 339.

² تكرر، الكافي في شرح قانون الأصول، مرجع سابق، ص 340.

³ غزلان، أحكام شطب الدعوى، مرجع سابق، ص 14.

⁴ أحمد مليجي، مرجع سابق، ص 205. أجياد الدليمي، عوارض الدعوى المدنية، مرجع سابق، ص 17.

بعدم عرضها على قاضيها، فإن ميعاد الطعن بحقه يبدأ من تاريخ تبليغه الحكم لا من اليوم التالي لتاريخ صدوره الأمر الذي يغدو معه الحكم الطعين مستوجباً للنقض"¹.

لقد ورد النص على حالات وقف الدعوى في المادتين (126، 127) من قانون الأصول الفلسطيني وتقابلها المادتين (128، 129) من قانون المرافعات المصري، وكذلك المادتين (122، 123) من قانون الأصول الأردني².

وفي حالة الوقف تبقى الخصومة قائمة رغم وقفها أي منتجة لآثارها الإجرائية والموضوعية فتعتبر جميع الإجراءات التي اتخذت فيها صحيحة، إلا أن الخصومة تعتبر راکدة رغم وقفها أي يستبعد فيها أي نشاط أو إجراء تحت طائلة البطلان³.

الفرع الأول: تقدير القاضي للوقف الاتفاقي

نصت المادة (127) من قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية على أنه "يجوز للمحكمة تأجيل الدعوى تأجيلاً عاماً بناءً على اتفاق الخصوم مدة لا تزيد على ستة أشهر من تاريخ قرار المحكمة بذلك"⁴، من خلال النص المذكور يشترط لإعمال الوقف على هذه الصورة شرطان: 1- اتفاق الخصوم على الوقف لمدة محددة لا تتجاوز الستة أشهر، مع جواز أن تكون المدة أقل من ذلك 2- إقرار المحكمة للاتفاق.

وهنا يقوم القاضي بفحص اتفاق الخصوم من حيث مشروعية الباعث على الاتفاق ذلك أن المشرع اعتد هنا بإرادة الخصوم، إلا أن الاتفاق تترتب عليه آثار إجرائية تتمثل في وقف الخصومة، وبالتالي فإن على القاضي التثبت من سلامة الاتفاق ومشروعية أسبابه⁵.

ثم يقوم القاضي بتقدير نطاق الاتفاق من حيث أطرافه، ولا تثار مشكلة في حالة أن كان أطراف الخصومة مدع ومدعى عليه بينما تثار في حالة التعدد، وهنا لا بد من اتفاقهم جميعاً إذا

¹ نقض مدني رقم 2006/203 بتاريخ 2008/2/10 منظومة القضاء والتشريع (المقتفي).

² الذي إنفرد باعتبار حالات الانقطاع للخصومة وهي الوفاة وفقدان الأهلية وزوال الصفة صورة من صور الوقف في المادة 123 للمزيد مفلح القضاة، مرجع سابق، ص275. أجياد الدليمي، مرجع سابق، ص68.

³ مليجي، مرجع سابق، ص211.

⁴ استكمالاً لفقرات المادة المذكورة تنص الفقرة 3- لا يجوز لأي من الخصوم تعجيل الدعوى خلال المدة المذكورة إلا باتفاقهم

4- إذا لم يتقدم أحد الخصوم بطلب إعادة السير في الدعوى خلال اسبوعين من تاريخ إنتهاء مدة الستة أشهر اعتبر المدعي تاركاً لدعواه والمستأنف تاركاً لاستئنافه".

⁵ نبيل إسماعيل عمر، سلطة القاضي التقديرية، مرجع سابق، ص447.

كان موضوع الدعوى لا يقبل التجزئة كدعوى الشفعة مثلاً، أما إذا كان موضوع الدعوى يقبل التجزئة فلا يوجد ما يمنع من اتفاق البعض منهم دون البعض الآخر¹.

وللقاضي السلطة التقديرية الكاملة في إقرار الوقف من عدمه، فإذا تبين أن المقصود من الوقف هو إطالة أمد الخصومة فإن له أن يرفض اتفاق الخصوم على الوقف²، إلا أن هناك اتجاهاً آخر³ يرى أن القاضي لا يملك رفض الاتفاق على وقف الخصومة باعتباره تصرفاً إجرائياً ملزماً لأطرافه، وأن إقرار القاضي للاتفاق ما هو إلا للتحقق من توافر شروط هذا الوقف⁴، وأن الدعوى لا تزال ملكاً لأطرافها، وليس للقاضي أن يتجاوز ذلك برفض الاتفاق ويكفي أن المشرع حدد المدة بستة أشهر⁵.

في تقديري أن المشرع عندما أعطى الخصوم الحق بالاتفاق على الوقف إنما أراد أن يترك لهم مساحة من الحرية، ولا يجوز بالتالي التعدي على هذه المساحة هذا من جهة ومن جهة أخرى فإن الخصوم ذوي مصالح متناقضة ولذلك اشترط المشرع أن يكون باتفاقهم فهم الأقدر على تقدير مصلحتهم في الوقف من عدمه، وحيث أن القانون قد منح الخصوم هذه المكنة فإن تدخل القاضي يجب أن يكون في أضيق الحدود.

ويتفرع عن ذلك سلطة القاضي في العدول عن الوقف الاتفاقي، وسلطته في اعتبار الدعوى كأن لم تكن بعد انتهاء مدة الأسبوعين.

إن سلطة القاضي في العدول عن الوقف مقيدة بقيام مبرر لذلك وهو تغير الظروف التي أدت للوقف شريطة أن يكون ذلك قبل انتهاء مدة الوقف، ومتى انتهت مدة الوقف زالت سلطة القاضي في العدول عنه بسبب تعلق حق الخصوم به⁶، ولا يجوز للقاضي من تلقاء نفسه أن يحكم باعتبار المدعي تاركاً لدعواه، ذلك أن مدة الأسبوعين الواردة في المادة

¹ نبيل اسماعيل، المرجع السابق، ص447.

² محمد نصر الدين كامل، عوارض الخصومة، منشأة المعارف، الاسكندرية، 1990 ص132. مفلح القضاة، ص278.

³ وجدي راغب، مبادئ القضاء المدني، ط3، دار النهضة العربي، القاهرة، 2001، ص646. عبد الباسط جميعي، مشار إليه في وجدي راغب المرجع السابق، ص646.

⁴ نبيل اسماعيل عمر واحمد خليل، قانون المرافعات المدنية، مرجع سابق، ص430.

⁵ احمد مليجي، مرجع سابق، ص209.

⁶ محمد نصر الدين كامل، مرجع سابق، ص133.

(127) لا تتعلق بالنظام العام¹، وإنما المقصود مراعاة مصلحة المدعى عليه حتى لا يترك مهدداً بدعوى خصمه².

وهناك من يرى خلاف ذلك³، وأن مدة الأسبوعين متعلقة بالنظام العام، ذلك أن اعتبار هذه المدة غير متعلقة بالنظام العام، فمعنى ذلك أنه يصح الاتفاق على خلافها، مما يعني جواز الاتفاق على إبقاء الخصومة موقوفة بعد إنتهاء المدة، وأن الميعاد المذكور إنما ورد النص عليه للحد من إرادة الخصوم، بدليل أنه لا يجوز أن يكون الاتفاق لمدة تزيد على ستة أشهر وللقاضي أن ينقص المدة إذا زادت عن ذلك من تلقاء نفسه.

الفرع الثاني: تقدير القاضي لوقف الخصومة للفصل في مسألة أولية

ورد النص على هذه الحالة من حالات الوقف في المادة (126) من قانون الأصول الفلسطيني، وهو ما يطلق عليه الوقف التعليقي حسبما وصفته المادة (122) من قانون الأصول الأردني والمادة (129) من قانون المرافعات المصري⁴.

وقد ورد في قانون الأصول الأردني وقانون المرافعات المصري النص على حالة أخرى من حالات الوقف لم يرد النص عليها في القانون الفلسطيني وهي حالة الوقف الجزائي، وإن اختلف المشرعان الأردني والمصري من حيث طريقة تنفيذ الجزاء الإجرائي، فالقانون المصري خول القاضي سلطة وقف السير في الخصومة لمدة لا تتجاوز الشهر، إذا مضت تلك المدة ولم يطلب المدعي السير في الدعوى خلال ثلاثين يوماً التالية لانتهائها، أو أن يأمر باعتبار الدعوى كأن لم تكن إذا لم ينفذ المدعي ما أمرت به المحكمة، وله أن يحكم بالغرامة أو اعتبار الدعوى كأن لم تكن⁵، بينما خول قانون الأصول الأردني القاضي سلطة

¹ نصت المادة 4/127 من قانون الأصول "إذا لم يتقدم أحد الخصوم بطلب إعادة السير في الدعوى خلال أسبوعين من تاريخ إنتهاء مدة الستة أشهر اعتبر المدعي تاركاً لدعواه...".

² أحمد ابو الوفا، المرافعات المدنية والتجارية، مرجع سابق، ص599.

³ وجدي راغب، مبادئ القضاء المدني، مرجع سابق، ص653. أحمد سعد، مشار إليه في وجدي راغب.

⁴ والتي جاء في فقرتها الأولى للمحكمة أن تقرر من تلقاء نفسها أو بناء على طلب الخصوم وقف السير في الدعوى إذا رأت أن الحكم في موضوعها يتوقف على الفصل في مسألة أخرى. وتنص المادة 122 من قانون الأصول الأردني "تأمر المحكمة بوقف الدعوى إذا رأت تعليق الحكم في موضوعها على الفصل في مسألة أخرى يتوقف عليها الحكم... وتنص المادة 129 من قانون المرافعات المصري على "في غير الأحوال التي نص فيها القانون على وقف الدعوى وجوباً أو جوازاً يكون للمحكمة أن تأمر بوقفها كلما رأت تعليق حكمها في موضوعها على الفصل في مسألة أخرى يتوقف عليها الحكم.

⁵ أجياد الدليمي، عوارض الدعوى المدنية، مرجع سابق، ص48.

تقديرية في إسقاط الدعوى إذا تخلف المدعي عن الإمتثال للقرار الصادر بضرورة إبراز مستند أو إطلاع المحكمة عليه، وإذا كان مدعى عليه تعرض دفاعه للشطب¹.

لكن لماذا لم يأخذ القانون الفلسطيني بهذه الحالة من حالات الوقف؟

يبدو التساؤل أكثر جدية إذا ما علمنا أن هذا الوقف مقرر في القوانين المقارنة التي أخذت به للمصلحة العامة، فهو جوازي وللقاضي سلطة تقديرية في الحكم أو عدم الحكم به مراعيًا في ذلك مقتضيات المصلحة العامة التي تقضي أحكامها بضرورة مولاة الخصوم السير في الدعوى حتى لا يتعطل السير فيها وتتراكم الدعاوى أمام المحاكم².

ويبدو أن عدم الأخذ بهذه الحالة في القانون الفلسطيني، كان بسبب وجود نظام سقوط الخصومة بناء على طلب المدعى عليه عملاً بأحكام المادة (132) من قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية، ولكن المشرع المصري أيضاً أخذ بسقوط الخصومة وأورده في نص المادة (134) وما بعدها.

في تقديري أن القانون الفلسطيني لم يكن موفقاً في تجاوز هذه الحالة من حالات الوقف ذلك أنها تشكل مظهراً من مظاهر الدور الإيجابي للقاضي في إدارة الخصومة المدنية، وهو ما نهجته الأنظمة القانونية الحديثة، سيما وأن ذلك يساهم في حل مشكلة تراكم الدعاوى في المحاكم.

عوداً على بدء فإن الوقف التعليقي أو وقف الخصومة للفصل في مسألة أولية يعتبر من حالات الوقف بالتبعية، أي وقف الخصومة لقيام سبب أجنبي عن الخصومة، وعن المراكز القانونية للخصوم، ومن حالات الوقف بالتبعية أيضاً الوقف بحكم القانون³، كالوقف لتقديم طلب الرد.

والوقف التعليقي أو الوقف للفصل في مسألة أولية، يعني أن الفصل في موضوع الدعوى معلقاً على الفصل في المسألة الأولية، والمسألة الأولية هي مسألة يجب عرضها مقدماً على

¹ محمد الطعاني، مرجع سابق، ص203.

² أجياد الدليمي، مرجع سابق، ص48.

³ نبيل اسماعيل عمر، سلطة القاضي التقديرية، مرجع سابق، ص448.

محكمة مختصة لتفصل فيها، فتقرر المحكمة وقف الدعوى المطروحة عليها إلى أن يفصل في تلك المسألة التي يجب أن يفصل فيها أولاً¹.

ومن صور الوقف للفصل في مسألة أولية أن يدعي أحد الخصوم ملكية العين في دعوى القسمة، أو أن يقدر القاضي أن الفصل في موضوع الدعوى يتوقف على ضرورة الفصل في مسألة أخرى².

والمسألة الأولية قد تكون مسألة عامة تخرج عن ولاية القضاء المدني لتدخل في ولاية القضاء الجنائي أو الإداري أو الشرعي، وهنا يتوجب على القاضي أن يوقف السير في الدعوى إذا قدر أن الفصل في تلك المسألة لازم للفصل في الدعوى المطروحة أمامه، أما إذا كانت المسألة الأولية مسألة خاصة أي من عناصر الدعوى نفسها، فإنه يتوجب على القاضي أن يفصل في تلك المسألة إذا كان مختصاً بالفصل فيها، ذلك أن على قاضي الدعوى تصفية كل المسائل التي قد تعترض سير الخصومة المنظورة من قبله³، كأن ينكر الخصم الذي احتج عليه بسند عرفي خطه أو إمضاءه أو بصمته، فإن على القاضي الفصل في تلك المسألة بإجراء التحقيق أو المضاهاة أو الاثنتين معا.

ويشترط لوقف الدعوى للفصل في مسألة أولية الشروط الآتية⁴:

- 1- أن يكون الفصل في المسألة الأولية لازماً للفصل في الدعوى.
- 2- أن يكون الفصل في المسألة الأولية، يخرج عن الاختصاص الوظيفي أو النوعي لقاضي الدعوى الأصلية ويدخل في اختصاص جهة أخرى⁵.
- 3- أن تقرر المحكمة وقف الدعوى لحين الفصل في المسألة الأولية من المحكمة المختصة وللقاضي سلطة تقديرية في ذلك⁶.

¹ أحمد هندي، قانون المرافعات المدنية والتجارية، مرجع سابق، ص224. احمد ابو الوفاء، المرافعات المدنية والتجارية، مرجع سابق ص599. أجياد الدليمي، عوارض الدعوى المدنية، مرجع سابق، ص38.

² نبيل اسماعيل عمر، سلطة القاضي التقديرية، مرجع سابق، ص449.

³ أحمد هندي، قانون المرافعات المدنية، مرجع سابق، ص224. محمد الطعاني، مرجع سابق، ص200، نبيل إسماعيل عمر، سلطة القاضي التقديرية، مرجع سابق، ص450.

⁴ أجياد الدليمي، عوارض الدعوى المدنية، مرجع سابق، ص39. أحمد هندي، مرجع السابق، ص225.

⁵ أجياد الدليمي، مرجع سابق، ص40، احمد ابو الوفاء، المرافعات المدنية والتجارية، مرجع سابق، ص600.

⁶ وجدي راغب، مبادئ القضاء المدني، مرجع سابق، ص648. إلا أن هذه السلطة ليست في جميع الحالات، إذ يستثنى من ذلك الحالات التي نص القانون على وجوب الوقف فيها صراحة كما هو الحال عند رفع الدعوى الجنائية. وقد ورد النص على هذه الحالة في قانون الإجراءات الجزائية م 1/195 "يجوز إقامة دعوى الحق المدني تبعا للدعوى الجزائية أمام المحكمة المختصة، كما تجوز

إذا تبين للقاضي أن الفصل في موضوع الدعوى يتوقف على الفصل في مسألة تخرج عن اختصاصه عليه أن يحكم بالوقف من تلقاء نفسه، والقاضي هو الذي يقدر مدى جدية المنازعة في المسألة الأولية، فله ألا يأمر بوقف الخصومة إذا قدر عدم جديتها، كما أن تقدير لزوم الفصل في المسألة الأولية للفصل في الدعوى الأصلية من إطلاقات السلطة التقديرية لقاضي الموضوع، ولا يخضع في ذلك لرقابة محكمة النقض ما دام قد استند إلى أسباب سائغة¹، وفي ذلك قضت محكمة النقض المصرية "...الحكم بالوقف جوازي للمحكمة ومترك لمطلق تقديرها حسبما تستبينه من جدية المنازعة في المسألة الأولية أو عدم جديتها، وكذلك مدى لزوم الفصل في هذه المسألة قبل الفصل في الدعوى ولا معقب عليها ما دام تقديرها مبنيا على أسباب سائغة"².

إلا أن سلطة القاضي التقديرية في الحكم بوقف الدعوى مقيدة بوجود ارتباط بين المسألة الأولية والدعوى الأصلية، فليس له أن يأمر بالوقف إلا إذا قدر وجود الارتباط على نحو يجعل الفصل في المسألة الأولية ضروريا للفصل في الدعوى³، الأمر الذي يقتضي منه أن يبحث المراكز القانونية المتعلقة بأصل الحق على ضوء ما يراه محتمل التطبيق من القواعد القانونية على موضوع النزاع⁴.

ومن تطبيقات ذلك قضت محكمة النقض الفلسطينية "حيث أن دعوى منع المعارضة يجب أن تقدم من ذي صفة ولأن المدعى عليه ينازع في ملكية الجهة المدعية للعقار موضوع الدعوى وأن هناك دعوى تحمل الرقم 93/296 مقامة من المدعي ضد عدد من المدعى عليهم موضوعها تثبيت ملكية العقار موضوع الدعوى وأن الدعوى لا زالت منظورة ولم يبت بها القضاء، وحيث أن الفصل في الدعوى الماثلة يتوقف على الفصل في الدعوى رقم 93/296 فقد كان يتوجب على المحكمة إعمال المادة (1/126) من قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية، ولما أن محكمة الاستئناف لم تفعل فإن حكمها من هذه الناحية واجب النقض"⁵.

إقامتها على حده لدى القضاء المدني وفي هذه الحالة يوقف النظر في الدعوى المدنية الى أن يفصل في الدعوى الجزائية بحكم بات...".

¹ مفلح القضاء، مرجع سابق، ص 276. محمد نصر الدين كامل، مرجع سابق، ص 114.

² طعن رقم 284 لسنة 48 ق بتاريخ 1981/6/15 قاعدة التشريعات المصرية.

³ مفلح القضاء، المرجع السابق، ص 276. أجياد الدليمي، عوارض الدعوى المدنية، ص 43. محمد الظاهر، مرجع سابق، ص 452.

⁴ نبيل إسماعيل عمر، مرجع سابق، ص 451.

⁵ نقض رقم 2009/64 بتاريخ 2009/7/13. منظومة القضاء والتشريع (المقتفي).

من الواضح أن محكمة النقض الفلسطينية بهذا الحكم تفرض رقابتها وتلزم القاضي بالوقف في هذه الحالة، على خلاف ما ذهبت إليه محكمة النقض المصرية، وفي تقديري أن وجه الالتزام الذي ذهبت إليه محكمة النقض الفلسطينية في حكمها إنما يقصد به أنه إذا توافرت الحالة كان واجباً على القاضي أن يبحث الحالة من خلال تدقيق المسألة الأولية وموضوع الدعوى، فإذا وجد أن الفصل في تلك المسألة لازم للفصل في الدعوى وجب عليه أن يوقف السير في الدعوى.

وتدق الحالة إذا تضمنت الدعوى عدة طلبات وكان البعض منها يتوقف الحكم فيه على الفصل في مسألة أولية، فإنه من الممكن لقاضي الموضوع أن يوقف السير في تلك الطلبات، إذا كان الفصل في المسألة الأولية المتعلقة بها يخرج عن اختصاصه وأن يستمر في نظر الطلبات الأخرى، إلا إذا كان هناك ارتباط وثيق بين مختلف الطلبات يجعل من الصعب الفصل في بعضها دون البعض الآخر، فله أن يوقف السير بجميع الطلبات، كأن يكون الفصل في بعض الطلبات فيه إخلال أو ضرر بسير العدالة¹.

والقرار الصادر بالوقف للفصل في مسألة أولية يتضمن قراراً قطعياً بعدم جواز الفصل في موضوع الدعوى قبل الفصل في المسألة الأولية ما لم يحكم بإلغائه، حيث يتمتع على القاضي إستئناف السير في الدعوى دون أن يقدم له الدليل على الفصل في تلك المسألة².

وفي هذا الجانب هناك قصور في القانون الفلسطيني، كما هو الحال في القانون الأردني³ فلم يعالج القانون الفلسطيني آلية تكليف الخصم بمراجعة المحكمة المختصة للفصل في المسألة الأولية في بعض الحالات، وحالة تقصير الخصم في ذلك أو تخلفه عن القيام بالإجراء اللازم للفصل في تلك المسألة، بينما جاء المشرع المصري بنص على هذه الحالة، ففي المادة (16) من قانون السلطة القضائية المصري قرر جزاءً على تقصير الخصم بأن منح القاضي سلطة الفصل في الدعوى بحالتها، ونقترح أن يأخذ المشرع الفلسطيني بذلك كونه حاجة قانونية وعملية ملحة.

¹ نبيل إسماعيل عمر، المرجع نفسه، ص451.

² أجياد الدليمي، عوارض الدعوى، مرجع سابق، ص43.

³ مفلح القضاة، مرجع سابق، ص277.

الفرع الثالث: تقدير القاضي للوقف بحكم القانون

الوقف القانوني هو ذلك الوقف الذي يتم بحكم القانون في الحالات التي ينص عليها، وفي هذه الحالة يتحقق الوقف بمجرد تحقق سببه، وان حكم القاضي بالوقف في هذه الحالة لا يعدو أن يكون كاشفاً لحالة الوقف¹، كما هو الحال في الوقف لتقديم طلب رد القاضي²، ووقف الدعوى المدنية إلى أن يفصل في الدعوى الجزائية بحكم بات³.

والأمر محل البحث هنا، هو مدى السلطة التقديرية في أحوال الوقف القانوني، فهل للقاضي سلطة في وقف الدعوى من عدمه إذا توافرت حالة من حالات الوقف التي نص عليها القانون؟ اختلف الفقه في ذلك، إذ يرى البعض أن سلطة القاضي في تقدير الوقف تظل قائمة، بينما يرى آخرون أنه بمجرد توافر الحالة التي نص عليها القانون نكون أمام حالة من حالات الوقف التي لا يملك القاضي إزائها أي سلطة⁴.

وفي تقديري أن الأمر لا يحتمل أن يكون للقاضي فيه أية سلطة، وهو ما يتفق مع مقصد المشرع، ذلك أن من اتجهوا إلى القول أن سلطة القاضي تظل قائمة وضربوا مثلاً على ذلك حالة الوقف لتقديم طلب الرد، إذ لا أجد أي مجال لإعمال القاضي سلطته التقديرية في هذه الحالة، فالقاضي الذي ينظر الدعوى المطلوب رده عنها لا يملك نظر الطلب برده وأن ذلك من اختصاص رئيس المحكمة المختص⁵، وبالتالي فإن قاضي الموضوع الذي ينظر الدعوى لا يملك إزاء هذا الطلب أي سلطة، فهو لا يفحص مدى جدية الطلب ولا ينظره أو يقرر فيه.

يضاف إلى ذلك أن القانون فرض غرامة على طالب الرد عند رفض الطلب بموجب المادة (151) من قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية، وذلك لضمان جدية في تقديم هذا الطلب، كما وأن الحالات التي يجوز فيها تقديم طلب الرد وردت على سبيل الحصر حسب المادة (143) من قانون الأصول وهي ثلاث حالات، مما يعني أن المشرع قد أحاط هذه العملية

¹ أحمد هندي، قانون المرافعات المدنية، مرجع سابق، ص212. أجياد الدليمي، مرجع سابق، ص28.

² تنص المادة 150 من قانون الأصول "يترتب على تقديم طلب الرد إلى رئيس المحكمة المختص وقف السير في الدعوى إلى أن يحكم فيه نهائياً...".

³ تنص المادة 1/195 من قانون الإجراءات الجزائية على "يجوز إقامة دعوى الحق تبعاً للدعوى الجزائية أمام المحكمة المختصة = كما تجوز إقامتها على حدة لدى القضاء المدني، وفي هذه الحالة يوقف النظر في الدعوى المدنية إلى أن يفصل في الدعوى الجزائية بحكم بات، ما لم يكن الفصل في الدعوى الجزائية قد أوقف لجنون المتهم".

⁴ محمد الطعاني، مرجع سابق، ص198. نبيل اسماعيل عمر، سلطة القاضي التقديرية، ص448. وجدي راغب، سابق، ص650.

⁵ رئيس محكمة البداية أو الاستئناف أو النقض حسب نص المادة 148 من قانون الأصول، كما نصت المادة 149 "ينظر رئيس المحكمة المختص في طلب الرد بحضور طالب الرد ويصدر قراره بقبول الطلب أو رفضه خلال سبعة أيام من تاريخ تقديم الطلب

بالعديد من الضمانات، لكي لا يقدم هذا الطلب إلا إذا كان ينطوي على قدر كبير من الجدية ثم أن المشرع جاء بنص صريح في المادة (151) أصول المشار إليها ورتب وقف السير في الدعوى بتقديم طلب الرد، وهذا يعني أن المشرع فرض رقابة مشددة على هذه الحالة قاصداً بذلك ضمان جديتها.

كما أن المشرع أراد بذلك قطع كل إمكانية للسير في دعوى قد تكون إجراءاتها مهددة بالبطلان، وهو ما لا يحتمل تفسيراً مخالفاً بالقول إن للقاضي سلطة تقديرية في هذه الحالة، ولا شك أن الأولى بالاعتبار هنا هو أن لا تبقى الدعوى تسير في إجراءات مهددة بأن ينال البطلان كافة ما تم فيها من إجراءات من البداية، وكذلك منح القانون لرئيس المحكمة صلاحية ندب قاض آخر لنظر الدعوى، إلا أن ذلك لا يعني منح القاضي سلطة تقديرية في ذلك¹.

وكذلك الحال في نص القانون على وقف الدعوى المدنية لحين الفصل في الدعوى الجزائية فالأصل أن يتم الفصل في الدعوى الجزائية بالإدانة أو البراءة، ثم يصار إلى نظر الدعوى المدنية فإذا منح القاضي في مثل هذه الحالات سلطة في وقف الدعوى من عدمه، فإن الحكمة التي توخاها المشرع تكون قد أهدرت، فالوقف هنا مسألة تتعلق بالنظام العام وليس أمام القاضي إلا أن يحكم بالوقف إذا توافرت شروطه.

المطلب الثاني: سلطة القاضي في حالة انقطاع الخصومة

الواقع أن انقطاع السير في الدعوى ليس إلا صورة من صور وقفها، أو بعبارة أخرى وقفها لأسباب معينة تمييزاً عن وقفها لأسباب أخرى، فهو صورة من صور وقف الدعوى يحدث لأسباب تتعلق بالمركز القانوني لأحد أطرافها، فأسباب الانقطاع تتعلق بالعنصر الشخصي في الدعوى بينما حالات الوقف ترتبط بالعناصر الموضوعية فيها².

فانقطاع الخصومة هو وقف السير فيها بقوة القانون لقيام سبب من أسباب الانقطاع³، أو وقف السير فيها بقوة القانون لتصدع ركنها الشخصي⁴، لعارض أصاب أحد أطرافها سواء أكان المدعي أو المدعى عليه.

¹ محمد الطعاني، مرجع سابق، ص199.

² أجياد الدليمي، مرجع سابق، ص68.

³ أحمد أبو الوفاء، المرافعات المدنية والتجارية، مرجع سابق، ص602.

⁴ أحمد مليجي، مرجع سابق، ص286. وجدي راغب، مبادئ القضاء المدني، مرجع سابق، ص339.

وحالات الوقف تحدث نتيجة وقائع يثيرها الخصم بإرادته أو بحكم القانون وتنصب على الموضوع، بينما أسباب الانقطاع تقع دون أن يكون للخصم يد في وقوعها أو دفعها، ومع ذلك فإن الآثار المترتبة في حالة الوقف هي ذات الآثار المترتبة في حالة الانقطاع، وهي وقف السير في الدعوى، ولهذا فقد أخذ المشرع الأردني منفرداً من بين القوانين المقارنة في المادة (123) من قانون الأصول بتسمية حالات الانقطاع بالوقف¹، ولتحقق انقطاع الخصومة يجب توافر الشروط الآتية²:

- 1- أن يتحقق سبب من أسباب انقطاع الخصومة، وقد حصر المشرع أسباب الانقطاع في ثلاثة أسباب هي، وفاة أحد الخصوم، فقد أحد الخصوم أهلية التقاضي، زوال صفة ممثل أحد الخصوم.
- 2- أن يتحقق سبب الانقطاع بعد بدء الخصومة وقبل أن تصبح الدعوى مهياً للحكم في موضوعها.

وقد وردت أحكام انقطاع الخصومة في المواد (128، 131) من قانون الأصول الفلسطيني ومن الثابت بحسب تلك الأحكام أن الخصومة تنقطع في حالة تحقق أحد أسبابها بحكم القانون وبالتالي فإن على القاضي أن يحكم بالانقطاع متى وصل إلى علمه تحقق أحد أسباب الانقطاع وليس له سلطة تقديرية في الحكم بالانقطاع متى قام سببه³، والمقصود بالعلم هنا المعرفة اليقينية وذلك بالثبوت من تحقق سبب الانقطاع، ولكن إذا طلب أحد الخصوم أجلاً لتبليغ من يقوم مقام من تحقق في شأنه سبب الانقطاع عليه أن يجيبه إلى ذلك، وهو ما ورد بصريح نص المادة (2/128) من قانون الأصول⁴، الأمر الذي يؤكد أنه في حالة قيام سبب الانقطاع بالنسبة لأحد الخصوم يجب على القاضي أن يوقف السير في الدعوى لحمايته أو من يقوم مقامه، ولتفادي إجراءات مهددة بالبطلان، وهذه القاعدة من النظام العام⁵.

¹ تنص المادة 123 من قانون الأصول الأردني "يوقف السير بالدعوى بحكم القانون بوفاة أحد الخصوم" ويقاس على حالة الوفاة زوال صفة ممثل أحد الخصوم، وكذلك يؤدي فقدان الأهلية إلى وقف الدعوى وليس انقطاعها.

² أحمد مليجي، مرجع سابق، ص288.

³ أحمد هندي، قانون المرافعات المدنية، مرجع سابق، ص277.

⁴ المادة 2/128 إذا طلب أحد الخصوم أجلاً لتبليغ من يقوم مقام الخصم الذي تحقق في شأنه سبب الانقطاع، وجب على المحكمة قبل أن تقضي بانقطاع سير الخصومة أن تكلفه بالتبليغ خلال أجل تحدده له، فإذا لم يتم بالتبليغ خلال الأجل دون عذر قضت المحكمة بالانقطاع منذ تحقق سببه.

⁵ أحمد أبو الوفاء، المرافعات المدنية والتجارية، مرجع سابق، ص604.

وتعلق حالة الانقطاع بالنظام العام مرده أنه يقع بقوة القانون وأنه يمس مصالح أشخاص في حالة تتكرر كثيراً، وأن على القاضي الحكم بالانقطاع متى تأكد من تحقق سببه ما لم يطلب الطرف الآخر أجلاً للتبليغ كما أسلفنا، إلا أن الحكم بالانقطاع إنما هو كاشف لحالة موجودة أصلاً لا منشأً لها¹، وبالتالي سواء صدر الحكم بتقرير الانقطاع أم لا فإن حالة الانقطاع واقعة بمجرد تحقق السبب، إلا أن الحكم ضروري لإعمال آثار الانقطاع، ومع ذلك فإن آثار الانقطاع لا يتم إعمالها إلا إذا تمسك بها من شرع الانقطاع لمصلحته، وليس للقاضي أن يرتب آثار الانقطاع من تلقاء نفسه².

فلا سلطة تقديرية للقاضي في الحكم بالانقطاع متى تحقق سببه دون أن يطلب الخصم الآخر أجلاً للتبليغ، إلا أن على القاضي أن يتثبت من تحقق سبب الانقطاع، فإذا كان السبب هو وفاة أحد الخصوم فعليه التثبت من وفاته وله السلطة في تقدير أن السبب المزعوم يشكل عارضاً من عوارض الخصومة يترتب عليه الانقطاع أم لا، وهو الذي يبحث فقدان أحد الخصوم أهليته بالتحقق مما يكون قد أصابه من جنون أو عته، فلا يكفي الادعاء بذلك ولا بد من إثباته وعلى القاضي أيضاً أن يراقب صحة صفة الخصوم في الدعوى، وعليه قبل كل ذلك أن يبحث مسألة قيام الخصومة لأن الانقطاع لا يرد على خصومة غير قائمة.

لكن إذا لم يحكم القاضي بالانقطاع رغم تحقق سببه، فإن كافة الإجراءات التي تحصل بعد تحقق سبب الانقطاع تعتبر باطلة، وهو ما قرره المادة (130) من قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية والتي نصت على "يترتب على انقطاع السير في الدعوى وقف جميع المواعيد التي كانت جارية في حق الخصوم وبطلان جميع الإجراءات التي تحصل أثناء الانقطاع"، إلا أنه يشترط للحكم بالبطلان في هذه الحالة تمسك من قام مقام من تحقق في شأنه سبب الانقطاع بهذا البطلان ذلك أن البطلان مقرر هنا لمصلحته.

¹ وجدي راغب، مبادئ القضاء المدني، ص 655. الذي يرى أن الحكم بالانقطاع إنما يصدره القاضي بما له من سلطة ولائحة في مراقبة إجراءات التقاضي.

² نبيل اسماعيل عمر، سلطة القاضي التقديرية، مرجع سابق، ص 452.
= إبراهيم الشريعي، مرجع سابق، ص 251.

وعليه، فإننا سنبحث هذا المطلب من خلال فروع ثلاثة: تقدير القاضي لانقطاع الخصومة بوفاة أحد الخصوم، وتقدير القاضي لانقطاع الخصومة بفقدان الأهلية، وتقدير القاضي لانقطاع الخصومة بزوال الصفة.

الفرع الأول: تقدير القاضي لانقطاع الخصومة بوفاة أحد الخصوم

إذا كان القاضي لا يملك من تلقاء نفسه الحكم بآثار الانقطاع، إلا أنه تقع على عاتقه مسؤولية تقدير قيام سبب الانقطاع من خلال بحث المراكز القانونية الشخصية للخصوم، فإذا كان السبب المؤدي إلى الانقطاع هو الموت فيجب على القاضي أن يتحقق من وقوعه، وإذا تعلق الأمر بشخص اعتباري فعليه التحقق من انقضائه وفقاً لأسباب الانقضاء الواردة في قانون الشركات.

وقد تدق الحالة في بعض صورها فوفاة الشخص الطبيعي لا تثير صعوبة في التثبت من وفاته، بينما انقضاء الشخص المعنوي أمر تدق بخصوصه المسألة في بعض الأحيان فالشركة تنتهي وتزول شخصيتها المعنوية باندماجها في شركة أخرى، وبالتالي فإن صفة الشركة تكون قد تغيرت مما يقتضي اتخاذ إجراءات جديدة لمثل الشركة الدامجة، حيث تنتهي الشخصية المعنوية للشركة المندمجة في الشركة الدامجة ويتكون شخص معنوي جديد بعد الاندماج، إلا أن الشركة إذا باعت أموالها وبقيت تمارس العمل التجاري محتفظة بشخصيتها المعنوية، فإن ذلك لا يشكل تغييراً على حالة الشخص المعنوي يرتب انقطاعاً في سير الخصومة، أو تأمين الشركة مثلاً ما دامت لها شخصيتها المستقلة، والقاضي هو الذي يمحس ذلك ويتحقق منه ويقدره بما له من سلطة¹، فالشخصية المعنوية للشخص الاعتباري تبقى قائمة ويمكن أن تستمر في مباشرة نشاطها ولا تنقطع الخصومة².

وكما أشرنا فإن على القاضي التثبت من تحقق سبب الانقطاع، وقد خولت المادة (3/123) من قانون أصول المحاكمات الأردني القاضي سلطة تبليغ أحد ورثة الخصم المتوفى من خلال سجل الأحوال المدنية، حيث يستطيع القاضي بعد التحقق من واقعة الوفاة أن يخاطب دائرة الأحوال المدنية للحصول على اسم أحد الورثة، وتستمر الدعوى في إجراءاتها دون انتظار حجة

¹ محمد كامل، المرجع السابق، 187 - 190.

² نبيل اسماعيل عمر، مرجع سابق، ص454. احمد هندي، مرجع سابق، ص267.

الورثة¹، بينما ورد النص في قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية على هذه الحالة في مادتين (84،128)²، حيث تعطي المادة (84) للقاضي صلاحية اتخاذ الاجراء المناسب لتبليغ الورثة أو من يقوم مقام من تحقق في شأنه سبب الانقطاع.

صحيح في تفسير نص المادة (1/84) أن للمحكمة من تلقاء نفسها... أن تقرر تبليغ الورثة أو من يقوم مقام من تحقق في شأنه سبب الانقطاع³، إلا أنه لا بد من الإشارة أن الأمر لا يتوقف على علم المحكمة فقط، أي ليس بمجرد العلم يصار إلى التبليغ بل لا بد من التحقق من الوفاة أو فقد الأهلية.. ومن جهة أخرى فإنه يبدو للوهلة الأولى أن هناك تعارضاً أو تكراراً بين النصين (84، 128) والحقيقة أنه لا تعارض بين النصين، فالمادة (84) تضمنت إجازة للقاضي من تلقاء نفسه أن يتخذ الإجراء المناسب لتبليغ الورثة أو من يقوم مقام من تحقق في شأنه سبب الانقطاع، بينما تضمنت المادة (128) تحديداً يتمثل في حالة طلب الخصم أجلاً للتبليغ إستكمالاً لإحدى مقتضيات المادة (84)، والأمر لا يعدو أن يكون موقع المادة (84) غير مناسب وفي غير مكانه، بحيث يكون موقعها في الفصل الثاني الذي يتضمن أحكام الانقطاع.

والتبليغ يتم بناء على طلب الخصم الصحيح - أي الخصم الآخر الذي بقيت الخصومة في مواجهته قائمة - على أساس حقه في تعجيل سير الخصومة، والقاضي ملزم في هذه الحالة بإجابة الطلب ولا يملك رفضه، وللقاضي سلطة تقديرية في تكرار التأجيل إذا وجد عذراً في عدم التبليغ في الأجل المحدد⁴.

ويمكن للقاضي بمقتضى أحكام قانون الأصول الفلسطيني التحقق من واقعة الوفاة بكل الطرق التي يراها مناسبة سنداً للمادة (84)⁵، فله مخاطبة دائرة الأحوال المدنية لتبليغ أحد الورثة

¹ محمد الطعاني، مرجع سابق، ص208.

² المادة (1/84) "إذا توفي أحد الخصوم في الدعوى أو تقرر إعلان إفلاسه أو طرأ عليه ما يفقده أهليته للخصومة في الدعوى فللمحكمة من تلقاء نفسها أو بناء على طلب الخصم الآخر إتخاذ الإجراء المناسب لتبليغ ورثته أو من يقوم مقامه قانوناً للحضور إلى المحكمة في وقت تعيينه للسير في الدعوى من النقطة التي وصلت عندها". وهو نص مماثل لنص المادة 81 من قانون أصول المحاكمات الحقوقية الملغى والتي كانت تنص على أنه "إذا توفي أحد الفرقاء أو تقرر إعلان إفلاسه أو طرأ عليه ما يفقده أهليته للخصومة والدعوى قائمة تبلغ المحكمة ورثته أو من قام مقامه قانوناً بناء على طلب الفريق الآخر أو من تلقاء نفسها لزوم الحضور الى المحكمة في وقت تعيينه للسير في الدعوى قبل الوفاة من النقطة التي وقفت عندها".

= بينما نصت المادة (2/128) "إذا طلب أحد الخصوم أجلاً لتبليغ من يقوم مقام الخصم الذي تحقق في شأنه سبب الانقطاع وجب على المحكمة قبل أن تقضي بانقطاع سير الخصومة أن تكلفه بالتبليغ خلال أجل تحدده له، فإذا لم يقم بالتبليغ خلال الأجل دون عذر قضت المحكمة بانقطاع سير الخصومة منذ تحقق سببه".

³ عثمان التكروري، مرجع سابق، ص471.

⁴ إبراهيم الشريعي، مرجع سابق، ص249. وجدي راغب، ص659.

⁵ أحمد هندي، قانون المرافعات المدنية، مرجع سابق، ص265.

وتستمر الدعوى بدلالة نص المادة (131) من قانون الأصول بحضور أحد الورثة¹، وله أن يكتفي بتقديم شهادة وفاة أو حجة وراثية أو إقرار الخصم الآخر²، وإذا تعذر ذلك فله أن يخاطب دائرة الأحوال المدنية كما أسلفنا لموالاته سير الدعوى بحضور أحد الورثة، وفي ذلك قضت محكمة النقض الفلسطينية "أن ما توصلت إليه المحكمة مصدره الحكم الطعين يستند إلى صحيح القانون ذلك أن ما توصلت إليه بان صدور الحكم باسم المدعي لا يعيب الحكم المستأنف طالما أن المحكمة الصلحية ولدى وفاة المدعي قد اتبعت الاجراءات التي قررتها احكام المادتين (128، 131) من قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية، إذ أن الدعوى تستأنف سيرها إذا حضر الجلسة أحد ورثة الخصم المتوفى، وبالتالي فإن ذكر اسم المدعي في الحكم الصلحي لا ينهض سبباً جوهرياً ولا يعيب الحكم طالما أن المحكمة قد اتبعت الاجراءات القانونية السليمة وطالما أن من حضر المحاكمة هم ورثة المدعي وتابعوا السير فيها لحين صدور الحكم"³.

وغني عن البيان أن وفاة الوكيل لا يعتبر سبباً يؤدي إلى انقطاع السير في الدعوى، وقد نصت المادة (3/128) على ذلك صراحة، ذلك أن الوكيل بالخصومة ليس طرفاً فيها، فالصفة في التقاضي غير الصفة في التمثيل الإجرائي، وأن ما يترتب على وفاة الوكيل هو انقضاء وكالته وتخويل القاضي سلطة منح الخصم أجلاً مناسباً لتوكيل غيره، وللقاضي أيضاً التأجيل في حالة تنحي الوكيل⁴.

الفرع الثاني: تقدير القاضي لانقطاع الخصومة بفقدان الأهلية

نصت المادة (79) من قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية على "يجب أن يكون كل من طرفي الدعوى متمتعاً بالأهلية القانونية التي تتعلق بها الدعوى وإلا وجب أن ينوب عنه من يمثله قانوناً، فإن لم يكن له ممثل قانوني تعين المحكمة المختصة من يمثله".

وأني أرى ومن خلال نص المادة (79) المشار إليها أن الأهلية مطلوب توافرها لصحة الخصومة وليست شرطاً لقبول الدعوى فيجب أن يكون كل من طرفي الخصومة متمتعاً بالأهلية اللازمة لاستعمال الحقوق المتعلقة بها الدعوى وإلا وجب أن ينوب عنه من يقوم مقامه، أي أنه

¹ نصت المادة (131) تستأنف الدعوى سيرها إذا حضر الجلسة أحد ورثة الخصم المتوفى أو من يقوم مقامه فاقده الأهلية أو من زالت عنه الصفة وياشر السير فيها".

² تكرر، مرجع سابق، ص473.

³ نقض مدني رقم 2010/241 بتاريخ 2010/11/21 منظومة القضاء والتشريع (المقتفي).

⁴ وجدي راغب، مبادئ القضاء المدني، مرجع سابق، ص657.

إذا وجد من ينوب عنه استكملت الخصومة سيرها، والأهلية المقصودة هنا هي صلاحية الخصم للقيام بإجراءات التقاضي على وجه يعتد به قانوناً¹، فهي تعبير عن أهلية الأداء في المجال الإجرائي، أي أهلية التقاضي وهي صلاحية الخصم للقيام بنوع معين من الأعمال وهي الإجراءات القضائية.

ولما كانت الأهلية للتقاضي شرط لصحة الخصومة، فإنها يجب أن تبقى قائمة أثناء سير الخصومة، إلى أن تصبح الدعوى مهياً للحكم في موضوعها، فعندما يثور نزاع بين طرفي الخصومة حول فقد أحد الخصوم أهلية التقاضي كأن يلحق بأحد الخصوم مانع كالجنون أو السفه أو العته أو يتم إيقاع الحجز على أموال أحد الخصوم أو إشهار إفلاسه أو فرض القوامة على أمواله أو تقييد حريته في إدارة أمواله، فإنه يتعين على القاضي أن يدقق الأمر للتوصل إلى معرفة ما إذا كان ذلك يفقد الخصم أهليته للتقاضي أم لا²، ولا يكفي الادعاء بأن أحد الخصوم قد فقد أهليته بل لا بد من إثبات ذلك من قبل من يدعي قيام هذا العارض³.

كما يجب على القاضي تقدير فقدان الأهلية بالنسبة للشخص الاعتباري، ففي حالة وضع الشخص الاعتباري تحت التصفية مثلاً تبقى شخصيته المعنوية قائمة، ويمثله أثناء مرحلة التصفية المصفي، ويختلف الأمر في حالة الانتهاء من أعمال التصفية حيث تنتهي الشخصية المعنوية، بخلاف الاندماج الذي يعني انتهاء الشخصية المعنوية للشركة المندمجة في شخصية الشركة الدامجة بمجرد حصول الاندماج.

ففي المثالين السابقين على القاضي التحقق من قيام التصفية أو انتهائها، وهو ما يقتضي بحث المراكز القانونية الشخصية للخصوم، التي من داخلها قام العارض الذي أدى إلى الانقطاع وفي الحالة الثانية على القاضي أن يتثبت من أن الاندماج الذي تم هو اندماج بالمعنى القانوني الذي يترتب عليه انقضاء الشركة المندمجة فعلاً أم أنه مجرد إجراء يبيع أمواله مثلاً مع بقاء الشخصية المعنوية.

¹ اجياد الدليمي، مرجع سابق، ص75.

² محمد نصر الدين كامل، مرجع سابق، ص191. أحمد هندي، قانون المرافعات المدنية، مرجع سابق، ص269.

³ نبيل اسماعيل عمر، سلطة القاضي التقديرية، مرجع سابق، ص454.

ولذلك فإن تغيير ممثل الشخص الاعتباري لا يؤثر في سير الخصومة، ذلك أن الشخص الاعتباري يمثل في الخصومة من خلال ممثله، ولا يرد القول هنا أن الشخص الاعتباري فقد أهليته، لأن طبيعته تستبعد مسألة أهلية الأداء وبالتالي أهلية التقاضي، ولذلك فهو يحتاج دائماً إلى شخص طبيعي يمثله¹.

الفرع الثالث: تقدير القاضي لانقطاع الخصومة بزوال الصفة

المقصود بالصفة هنا لمن يمثل الخصم، إذ يعترف القانون بالصفة لشخص آخر في الدعوى، والصفة هنا إما أن ترجع إلى القانون كما في حالة الولي، أو إلى حكم القضاء كما في حالة الوصي أو القيم، أو إلى الاتفاق كما في حالة الوكالة.

وهنا يجب التمييز بين الصفة في الدعوى وصفة الممثل في التقاضي، فتخلف الصفة في الدعوى ابتداءً لا يؤدي إلى انقطاع الخصومة وإنما إلى عدم قبولها، والمقصود هنا النائب كالولي أو الوصي، أما زوال صفة الوكيل بالخصومة لا يؤدي إلى انقطاع السير في الدعوى، وهو ما تعرضت له القوانين المقارنة باستثناء القانون الأردني².

وإذا قام نزاع حول الصفة بزوالها أو بقائها فإن القاضي هو الذي يقدر تحقق العارض من عدمه بالتحقق من الصفة وأنها لا زالت قائمة، وعليه مراقبة صحة صفة ممثلي الخصوم فيبحث مثلاً في أسباب زوال صفة الولي أو الوصي أو القيم أو ناظر الوقف، كما يبحث مسألة تحول النيابة القانونية إلى نيابة اتفاقية، كما هو الحال في القاصر إذا بلغ سن الرشد واستمر الولي في تمثيله في الخصومة³.

ولكن هل يجوز للقاضي أن يفتح باب المرافعة، في حالة الوفاة إذا حضر من يقوم مقام المتوفى وطلب ذلك؟ سيما أن القانون الأردني أوجب على القاضي إذا كانت الوفاة والدعوى جاهزة للحكم فيها على القاضي أن ينطق بالحكم رغم الوفاة⁴، فالنص أوجب على المحكمة النطق بالحكم في حالة الوفاة فقط، ولا يجوز في غيرها من الحالات كفقدان الأهلية أو زوال

¹ مليجي، مرجع سابق، ص292.

² أجياد الدليمي، مرجع سابق، ص84.

³ نبيل اسماعيل عمر، سلطة القاضي التقديرية، مرجع سابق، ص455.

⁴ نصت المادة (2/70) من قانون الأصول الأردني "1- إذا توفي أحد الفقراء أو تقرر إعلان إفلاسه أو طرأ عليه ما يفقده أهليته للخصومة والدعوى قائمة تبلغ المحكمة وراثته أو من يقوم مقامه قانوناً بناء على طلب الفريق الآخر أو من تلقاء نفسها لزوم الحضور إلى المحكمة في وقت تعيينه للسير في الدعوى من النقطة التي وقفت عندها 2- إذا كانت الوفاة والدعوى جاهزة للحكم وجب على المحكمة النطق بالحكم رغم الوفاة".

الصفة وإنما على المحكمة في هذه الحالات أن تقوم بتبليغ من يقوم مقام من فقد أهليته أو زالت صفته.

قررت المادة (1/128) من قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية حكماً قررته المادتان (3/123) من القانون الأردني والمادة (130) من قانون المرافعات المصري، فإذا كانت الدعوى مهياًة للحكم في موضوعها فلا ينقطع السير في الدعوى¹، وفي ذلك قضت محكمة النقض المصرية "من المقرر في قضاء هذه المحكمة أن مؤدى نص الفقرة الأولى من المادة (130) من قانون المرافعات أنه يترتب على وفاة أحد الخصوم قبل أن تنهياً الدعوى للحكم في موضوعها انقطاع سير الخصومة بقوة القانون وبغير حاجة لصدور حكم به ودون توقف على علم الخصم الآخر بالوفاة"²، وكذلك قضت محكمة النقض الفلسطينية "حيث أن المستأنف توفي بتاريخ 2004/11/25 بينما قدم وكيله مرافعته امام محكمة الاستئناف بتاريخ 2001/4/23 أي قبل وفاته وبعد أن كانت القضية صالحة للحكم فيها وبالتالي لا يتحقق انقطاع الخصومة في هذه المرحلة".

وهناك من يرى أن الأمر جوازي للقاضي في هذه الحالة، بين أن يحكم بالانقطاع أو يحكم في الموضوع إذا كان الخصوم قد أبدوا أقوالهم وطلباتهم الختامية³، إلا أنه لا يجوز للقاضي في الحالة الأخيرة أن يقضي في الدعوى إلا بناء على المرافعات والطلبات الختامية، ومع ذلك إذا طلب من قام مقام من تحقق في شأنه سبب الانقطاع تأجيل الدعوى أو فتح باب المرافعة لإبداء طلبات جديدة للقاضي أن يجيب طلبه⁴.

إن الحكم الذي قررته المادة (128) من قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية جاء صريحاً، فمن حيث الأصل لا ينقطع السير في الدعوى إذا كانت مهياًة للحكم في موضوعها، إلا أن للقاضي أيضاً سلطة واسعة في فتح باب المرافعة وليس هناك ما يحول دون ذلك، كما أن فتح باب المرافعة يخضع لمطلق سلطة القاضي التقديرية من تلقاء نفسه أو بناء على طلب

¹ إذ نصت المادة (1/128) "ينقطع السير في الدعوى بحكم القانون بوفاة أحد الخصوم أو فقدان أهليته أو بزوال صفة من كان يمثله إلا إذا كانت الدعوى مهياًة للحكم في موضوعها".

² نقض رقم 1074 لسنة 57 ق بتاريخ 1992/5/21 قاعدة التشريعات المصرية، مشار إليه في ملبجي، مرجع سابق، ص 299.

³ أحمد أبو الوفاء، المرافعات المدنية والتجارية، مرجع سابق، ص 609.

⁴ أبو الوفاء، المرافعات المدنية والتجارية، مرجع سابق، ص 610.

الخصوم، إذا كانت هناك أسباب جدية وضرورية تستدعي ذلك¹، وأن القاضي هو الذي يقدر جدية تلك الأسباب وضرورتها، وفي ذلك قضت محكمة النقض المصرية "إجابة طلب فتح باب المرافعة من إطلاقات محكمة الموضوع، إغفال الإشارة إلى هذا الطلب رفض ضمني له"².

كما أن قانون الأصول الفلسطيني وقانون المرافعات المصري لم يستخدم صيغة الوجوب بضرورة الحكم في الدعوى إذا كانت مهياًة للحكم في موضوعها، وحصل أحد أسباب الانقطاع ونص المادة (130) من القانون المصري والمادة (128) من القانون الفلسطيني واضحتين في هذا، وبقراءة تلك النصوص مع نص المادة (166) يمكن الوصول إلى نتيجة مفادها أنه يمكن فتح باب المرافعة أياً كان سبب الانقطاع، وأن ذلك من مطلق سلطات القاضي التقديرية، سيما وأن العدالة تقتضي ذلك.

المبحث الثاني: سلطة القاضي في إقرار انتهاء الخصومة بغير حكم في موضوعها

كما يمكن للخصومة أن تنتهي بالحكم في موضوعها، فمن الممكن أن تنتهي دون أن تصل إلى حكم فيها باسقاطها أو الحكم انقضائها أو تركها بالتنازل عنها، وعليه فإننا سنتناول في هذا المبحث انتهاء الخصومة دون الحكم في موضوعها من خلال مطالب ثلاثة:

المطلب الأول: سلطة القاضي في الحكم بسقوط الخصومة

نصت المادة (132) من قانون الأصول الفلسطيني على "لكل ذي مصلحة من الخصوم في حالة عدم السير في الدعوى بفعل المدعي أو امتناعه أن يطلب الحكم بسقوط الخصومة إذا انقضت ستة أشهر اعتباراً من آخر إجراء اتخذ فيها".

يؤخذ على هذا النص أنه أغفل ذكر كلمة صحيح، ذلك أن احتساب مدة سقوط الخصومة يبدأ من آخر إجراء صحيح، وأن النص يجب أن يتضمن ذلك على النحو التالي "...اعتباراً من آخر إجراء صحيح اتخذ فيها".

وسقوط الخصومة هو زوالها وزوال جميع إجراءاتها بسبب عدم السير فيها لمدة ستة أشهر من آخر إجراء صحيح تم فيها بفعل المدعي أو امتناعه¹، ويمكن تعريف سقوط الخصومة بأنه

¹ إذ نصت المادة (166) من قانون الأصول "يجوز للمحكمة من تلقاء نفسها أو بناء على طلب أحد الخصوم أن تقرر فتح باب المرافعة لأسباب جدية وضرورية للفصل في الدعوى".
² طعن رقم 878 لسنة 54 ق بتاريخ 1987/1/1 قاعدة التشريعات والاجتهادات المصرية.

محو إجراءات الخصومة واعتبارها كأن لم تكن بسبب عدم السير فيها مدة معينة²، عدا ما يبقى منها معتبراً وفقاً للقانون.

لقد تناول القانون الفلسطيني مسألة سقوط الخصومة وأقامها على ذات الأسباب التي أقام المشرع المصري سقوط الخصومة عليها، إذ يجب توافر الشروط الآتية لسقوط الخصومة³:

- 1- عدم السير في الدعوى بفعل المدعي أو امتناعه.
- 2- استمرار عدم السير في الدعوى المدة المحددة لسقوطها.
- 3- عدم اتخاذ أي إجراء صحيح بقصد السير في الدعوى خلال مدة السقوط.
- 4- طلب الحكم بالسقوط من صاحب المصلحة وهو هنا المدعي عليه ومن في حكمه.

ويفهم من ذلك أن علة تقرير نظام السقوط يتمثل في معاقبة المدعي على تقصيره أو إهماله⁴، فالسقوط جزاء للمدعي على إهماله والمدعي عليه ومن في حكمه هو من يطلبه، ولا بد للحكم بسقوط الخصومة من توافر الشروط الأربعة مجتمعة وفي ذلك قضت محكمة النقض الفلسطينية "بالرجوع لتطبيق أحكام المادة (132) من قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية رقم 2 لسنة 2001 والتي تشترط لكل ذي مصلحة من الخصوم في حالة عدم السير في الدعوى بفعل المدعي أو امتناعه إذا انقضت مدة ستة أشهر من آخر إجراء اتخذ فيها تتطلب توافر الشروط الأربعة مجتمعة"⁵.

ويبدأ احتساب مدة السقوط في حالات الانقطاع من اليوم الذي قام فيه من يطلب الحكم بالسقوط - والمقصود هنا المدعي عليه ومن في حكمه كالمستأنف عليه - بتبليغ من قام مقام من تحقق في شأنه سبب الانقطاع سناً لأحكام المادة (133) من قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية والتي تنص على أنه "تبدأ مدة سقوط الخصومة في حالات الانقطاع من اليوم الذي قام فيه من يطلب الحكم بسقوط الخصومة بتبليغ ورثة خصمه الذي توفي أو من قام مقام من فقد أهليته للخصومة أو مقام من زالت صفته"، وفي ذلك قضت محكمة النقض الفلسطينية

¹ نبيل اسماعيل عمر، مرجع سابق، ص455.

² مليجي، مرجع سابق، ص439. مفلح القضاة، مرجع سابق، ص280.

³ أجياد الدليمي، مرجع سابق، ص167. تكرر، مرجع سابق، ص480. احمد هندي، قانون المرافعات المدنية، ص294.

⁴ مليجي، مرجع سابق، ص349.

⁵ نقض مدني رقم 2005/173 بتاريخ 2007/4/17 منظومة القضاء والتشريع (المقتفي)

"لما كانت المادة (133) من قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية رقم 2 لسنة 2001 تقضي بأن مدة سقوط الخصومة في حالة الانقطاع تبدأ من اليوم الذي قام فيه من يطلب الحكم بسقوط الخصومة بتبليغ ورثة خصمه الذي توفي، وحيث أن المطعون ضده لم يرفق بطلبه ما يثبت أنه قام بتبليغ ورثة خصمه المستأنف قبل تقديم طلبه للمحكمة للحكم بسقوط الخصومة ولا يوجد في ملف الدعوى ما يفيد ذلك، فإن هذا الطلب يكون سابقاً لأوانه ويكون قرار المحكمة بسقوط الخصومة مخالفاً للقانون وحرماً بالنقض"¹.

والسقوط هو المصطلح الذي أطلقه المشرع المصري وتبعه في ذلك القانون الفلسطيني، أما قانون أصول المحاكمات المدنية الأردني فقد استخدم مصطلح إسقاط الدعوى، حيث أقام نظام الإسقاط على أسباب تختلف عن تلك التي أخذ بها المشرع المصري² والقانون الفلسطيني، إذ نصت المادة (124) من قانون أصول المحاكمات المدنية الأردني على أنه "يجوز للمحكمة أن تقرر إسقاط الدعوى في الحالات الآتية"³:

- 1- إذا كانت اللائحة لا تتطوي على سبب الدعوى، إذ يمكن أن يبادر القاضي إلى إسقاط الدعوى من تلقاء نفسه بعد إشعار الخصوم بإيداء الأسباب التي تحول دون سقوط الخصومة⁴.
- 2- إذا كانت الحقوق المطلوبة مقدرة بأدنى من قيمتها فكلفت المحكمة المدعي بأن يصح القيمة خلال مدة عينتها مع دفع فرق الرسم وتختلف عن القيام بذلك.
- 3- إذا كانت الحقوق المطلوبة مقدرة تقديراً مقبولاً ولكن الرسوم التي دفعت كانت ناقصة فكلفت المحكمة المدعي بأن يدفع الرسم المطلوب خلال مدة عينتها فتختلف عن القيام بذلك.

¹ نقض مدني رقم 2010/308 بتاريخ 2010/7/5 (المقتفي).

² نصت المادة 134 من قانون المرافعات المصري على "لكل ذي مصلحة من الخصوم في حالة عدم السير في الدعوى بفعل المدعي أو امتناعه أن يطلب الحكم بسقوط الخصومة متى إنقضت ستة أشهر من آخر إجراء صحيح من إجراءات التقاضي".

³ أنظر خالد تلاحمة، مرجع سابق، ص149 وما بعدها.

الظاهر، مرجع سابق، ص460 وهذه الحالات وردت في المادة 1،2،3/13 من قانون أصول المحاكمات الحقوقية الملغى، الذي لم يتضمن نظرية للبطان.

⁴ صلاح الدين الناهي، مبادئ التنظيم القضائي، مرجع سابق، ص119.

4- أوردت المادة (6,5/67) حالة أخرى، وهي حالة غياب المدعي والمدعى عليه¹، أو الإسقاط المؤقت الذي أخذ به قانون أصول المحاكمات الحقوقية الملغى رقم 42 لسنة 1952.

بينما نجد أن القانون الفلسطيني في المادة (132) والقانون المصري في المادة (134) جاء متفقاً مع نظرية البطلان القائمة على تحقق الغاية التي أخذ بها كل من القانونين المذكورين، والتي أقامها المشرع الأردني على تحقق الضرر².

أي أن بعض الحالات التي أوردها المشرع الأردني في نظام سقوط الخصومة، نجدها تتدرج في ظل القانون الفلسطيني والمصري ضمن نظرية البطلان، فإذا خلت الدعوى من سببها نطبق عليها معيار نظرية البطلان، وهو معيار الغاية في القانون الفلسطيني والمصري، بينما أفردت تلك القوانين نصوصاً خاصة بالحالات الأخرى، كما في حالة الشطب وتقدير قيمة الدعوى.

وقد اختلف موقف الفقه الأردني من المادة (124) ففي حين يرى البعض ضرورة الإبقاء على النص المذكور رغم نظرية البطلان³، يرى آخرون أن النص المذكور أصبح لا مبرر لبقائه، سيما وأن الحالات التي أوردها تلك المادة يمكن ردها بتطبيق النصوص المتعلقة بالبطلان، ذلك أن خلو الدعوى من تبيان سببها يعد عيباً جوهرياً يكفي بذاته لبطلانها وبالتالي ردها⁴، ويمكن للقاضي من خلال تلك النصوص أن يتصدى من تلقاء نفسه للحكم برد الدعوى.

وهو ما أخذ به القانون الفلسطيني، استناداً لنظرية البطلان في المواد (23-26) من قانون الأصول، فإذا أغفل المدعي ذكر بيان جوهري في لائحة الدعوى، مما يفقد الدعوى شرطاً من شروط صحتها كإغفاله سبب الدعوى، فعلى القاضي ردها دون سؤال المدعى عليه عنها لتعلق ذلك بالنظام العام⁵.

¹ شطب الدعوى في القانون الفلسطيني الذي ورد النص عليه في المواد (85، 88).

² نصت المادة 1/24 من قانون الأصول الأردني على أن البطلان يتقرر إذا نص القانون على بطلانه أو إذا شابه عيب جوهري ترتب عليه ضرر للخصم.

³ الطعاني، مرجع سابق، ص216.

⁴ القضاة، مرجع سابق، ص281. تلاحمة، مرجع سابق، ص150.

⁵ تكرر، مرجع سابق، ص294.

وقد عالجت المادة (33) من قانون الأصول الفلسطيني والمادة السادسة من قانون رسوم المحاكم النظامية رقم (1) لسنة 2003 المسألة المتعلقة بتقدير قيمة الحقوق المطالب بها وقد سبقت الإشارة إلى ذلك¹.

أما حالة ما إذا كانت الحقوق المطلوبة مقدرة تقديراً مقبولاً ولكن الرسوم لم تدفع كاملة فإن للقاضي أن يكلف المدعي بدفع فرق الرسم خلال مدة يحددها، فإن لم يفعل كان للقاضي في تقديره أن يحكم بعدم قبول الدعوى، رغم عدم وجود نص صريح بهذا الخصوص في قانون رسوم المحاكم النظامية أو قانون الأصول.

أما حالة الإسقاط المؤقت التي ورد النص عليها في المادة (67) من قانون الأصول الأردني وهي حالة غياب المدعي والمدعى عليه، وتقابلها المواد (85، 88) من قانون الأصول اللتين تضمنتا صلاحية شطب الدعوى في هذه الحالة.

بناء على ما تقدم؛ نجد أن مفهوم سقوط الخصومة في القانون الفلسطيني والقانون المصري يختلف عنه في القانون الأردني، ففي حين أقامها القانون الأردني على الأسباب الأربعة المذكورة أقامها الفلسطيني والمصري على إهمال المدعي أو تقصيره، كما أن القانونين الفلسطيني والمصري لم يجيزا للقاضي الحكم بسقوط الخصومة من تلقاء نفسه في حالة تقاعس المدعي عن مولاة السير في الدعوى، فهو الطرف الذي تقدم بها ويفترض فيه أنه الطرف الأكثر حرصاً على السير فيها، وهو أمر ترك القانونين المذكورين الحكم به متوقفاً على طلب صاحب المصلحة من الخصوم، وصاحب المصلحة هنا في تقديره لا تتسحب على المدعي وإنما فقط قصد منها المدعى عليه ومن في حكمه كالمستأنف عليه والمدخل أو المتدخل في الدعوى إلى جانب المدعى عليه، وهو أمر يتفق مع القواعد العامة ويتفق مع الحكمة التي أرادها المشرع من إقرار نظام السقوط، بأن جعل الحكم به موقوفاً على طلب ذي المصلحة فمن مصلحة المدعى عليه أن يتخلص من الخصومة، إضافة إلى دفع المدعي للمثابرة على مولاة السير في دعواه دون إهمال أو تقصير، وبالتالي فإن القول بأن للقاضي من تلقاء نفسه أن يقضي بسقوط

¹ نصت المادة الثالثة من قانون رسوم المحاكم النظامية رقم 1 لسنة 2003 "لا تقبل أية دعوى أو طلب أو لائحة جوابية أو لائحة إستئناف أو طعن في أية دعوى أو إستئناف أو نقض أو أية إجراءات خاضعة للرسم ما لم يكن الرسم المقرر قد إستوفي عنها مقدماً أو قد تم تأجيله بموجب أحكام هذا القانون".

الخصومة أو ليس له ذلك يتوقف على الاعتبار الذي أسس عليه نظام السقوط، هل هو المصلحة العامة أم مصلحة الخصوم.

لم يرد في القانون الفلسطيني أو المصري نص صريح على ذلك وإن كان نص المادة (132) من قانون الأصول الفلسطيني جاء صريحاً بالنص على أن "لكل ذي مصلحة من الخصوم.."، كما أن الفقه استقر على أنه جزاء مقرر لمصلحة المدعى عليه ومن في حكمه وهو جزاء وإن وقع بقوة القانون باعتبار كل إجراء يقوم به المدعى بعد انقضاء مدة السقوط إذا تمسك المدعى عليه به ولو كان سابقاً على الحكم بالسقوط يعتبر باطلاً، إلا أنه لا يتعلق بالنظام العام ولا يجوز بالتالي للقاضي أن يحكم به من تلقاء نفسه، وهو ما أقرته محكمة النقض المصرية في العديد من أحكامها، إذ قضت بأن "حق التمسك بسقوط الدعوى لا يتعلق بالنظام العام ولصاحب المصلحة فيه أن يتنازل عنه صراحة أو ضمناً"¹.

وهو ما أخذ به القانون اللبناني في المادة (512) من قانون أصول المحاكمات المدنية اللبناني فالحكم بالسقوط لا يتعلق بالنظام العام، وإن كان القانون اللبناني أخذ بالسقوط على نحو مختلف من حيث المدد، فهناك السقوط بمضي سنتين والسقوط بمضي خمس سنوات والسقوط بمضي عشر سنوات، والسقوط بمضي سنتين لا يتعلق بالنظام العام، لذا لا يجوز للقاضي أن يحكم به من تلقاء نفسه، وإنما يجب أن يتمسك به صاحب المصلحة فيه، وهو ما أكدته المادة (511) من القانون اللبناني التي نصت على ضرورة تقديم استدعاء للتمسك بالسقوط، إلا أن الفقرة الثانية من المادة (512) أجازت للقاضي أن يثير مسألة سقوط الدعوى من تلقاء نفسه إذا فانت مدة خمس سنوات على آخر إجراء صحيح شريطة أن يتم ذلك بعد تبليغ الخصوم، أما إذا انقضت عشر سنوات فإن للقاضي أن يحكم بسقوط الخصومة من تلقاء نفسه دون حاجة لتبليغ الخصوم.²

على ضوء ذلك، وحيث إن السقوط وفق معظم القوانين بمضي المدد القصيرة كما هو الحال في القانون الفلسطيني لا يتعلق بالنظام العام، ولا يجوز للقاضي الحكم به من تلقاء نفسه³، وهو

¹ طعن رقم 348 لسنة 50 ق، بتاريخ 1987/3/26 قاعدة التشريعات المصرية. مشار إليه في أجياد الدليمي، مرجع سابق، ص191.

² حلمي الحجار، الوجيز في أصول المحاكمات المدنية، ط1، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2007، ص470= أجياد الدليمي، مرجع سابق، ص191. نبيل عمر وأحمد خليل، مرجع سابق، ص439=

³ في التشريع الفرنسي فإن سقوط الخصومة لا يتعلق بالنظام العام، ولا يجوز للقاضي أن يتصدى له من تلقاء نفسه. محمد نصر الدين كامل، مرجع سابق، ص256.

في حال طلبه من أحد الخصوم وتحققت شروطه يكون ملزماً بالحكم به إذا توافرت شروطه والقاضي لا يتمتع بأي سلطة تقديرية في تقريره، إذ أن سلطته تنحصر فقط بالتحقق من توافر شروطه، فإذا تبين له أن شروطه غير متوافره عليه أن يحكم برفض طلب الحكم بالسقوط¹، إلا أنه من الناحية العملية نادراً ما يتم العمل بذلك.

فالقاضي هو الذي يقدر معنى عدم السير في الخصومة، والإجراء الصحيح الذي تبدأ منه مدة السقوط، وهو الذي يقدر أن مدة السقوط لم يقطعها أي عمل إجرائي صحيح، وهو الذي يميز بين الإجراء الصحيح من الباطل، وهو الذي يقدر ما إذا كان عدم السير في الدعوى عائداً إلى فعل المدعي أو امتناعه، وما إذا كان هناك أسباب أدت إلى تعطيل سير الخصومة تخرج عن إرادته، وبما أن السقوط لا يتعلق بالنظام العام ولا بد من التمسك به من صاحب المصلحة فيه قبل الكلام في الموضوع، فإن القاضي هو الذي يقدر ما يعد كلاماً في الموضوع على ضوء الوقائع المطروحة عليه وقرائن الأحوال لمعرفة ما إذا كان ما بدر من صاحب المصلحة يعتبر تنازلاً عن التمسك بالسقوط أم لا، ثم يعمل القاضي سلطته حسبما تسفر عنه نتيجة البحث².

لكن هل للقاضي سلطة في تقدير بعض الإجراءات التي تمت في الخصومة بعد سقوطها إذا ما تم التمسك بهذه الإجراءات في خصومة جديدة؟

لقد جاء نص المادة (135) من قانون الأصول واضحاً فيما يتعلق بالقرارات التمهيدية، إذ تسقط بسقوط الخصومة، إنما يكون للقاضي سلطة في تقدير إجراءات التحقيق وأعمال الخبرة التي تمت في الخصومة الساقطة إذا تم التمسك بها أمامه³، وهذا يعني أن القاضي ليس ملزماً بتلك الإجراءات، وإنما تخضع لتقديره كباقي البيانات في الدعوى التي أمامه.

المطلب الثاني: سلطة القاضي في إنهاء الخصومة بمضي المدة

نصت المادة (1/137) "في جميع الأحوال تنقضي الخصومة بمضي سنتين على آخر إجراء صحيح تم فيها"⁴.

¹ الحجار، مرجع سابق، ص472.

² محمد نصر الدين كامل، مرجع سابق، ص255.

³ وجدي راغب، مرجع سابق، ص673.

⁴ نصت المادة 140 من قانون المرافعات المصري على أنه "في جميع الأحوال تنقضي الخصومة بمضي ثلاث سنوات على آخر إجراء صحيح فيها". إذ يختلف حكم المادة عما جاء في نص المادة 137 من القانون الفلسطيني من حيث المدة.

بينما لم يرد نص على تقادم أو انقضاء الخصومة في القانون الأردني، ويرى البعض أن التقادم لا يرد على الخصومة لأن التقادم يخص الحقوق ولا تعلق له بالخصومة، فيما يذهب اتجاه آخر إلى أنه لا بد من النص على ذلك كما هو الحال في القوانين المقارنة¹.

وانقضاء الخصومة هو تقادمها وزوالها، وإلغاء جميع إجراءاتها في جميع الأحوال بسبب عدم موالاتها سنتين من تاريخ آخر إجراء صحيح تم فيها.

والحكمة من الانقضاء هي وضع حد لتراكم القضايا، سيما وأن السقوط قد لا يفي بهذه الغاية وهو ما أكدته المذكرة الايضاحية لقانون المرافعات المصري الملغى بقولها "أريد بهذا الحكم وضع حد لتراكم القضايا، وتعليقها بالمحاكم، وأن أحكام سقوط الحقوق لا تغني عن هذا الحكم، ولا تحقق الغاية المرجوة منه بالسعة والشمول الملحوظتين فيه..."².

ومن هنا فإن الحكمة والغاية من نظام انقضاء الدعوى، إنما هو المصلحة العامة حتى لا تتراكم القضايا أمام المحاكم، مما يعيق عملها ويؤثر سلباً على أداء السلطة القضائية، وهو أمر لا شك في تعلقه واتصاله بالنظام العام، وهي تختلف عن الغاية من السقوط، ألا وهي جزاء للمدعي على إهماله، إلا أن الفقه اختلف حول تعلق واتصال نظام الانقضاء بالنظام العام وبالتالي سلطة القاضي في التعرض له أو الحكم به من تلقاء نفسه، وقد ذهب الغالبية³ إلى أن القاضي لا يملك الحكم بانقضاء الدعوى بمضي المدة من تلقاء نفسه دون أن يتمسك به صاحب المصلحة من الخصوم.

ووفق هذا الاتجاه لا بد من التمسك بالانقضاء عن طريق الدفع أو الطلب قبل التكلم في الموضوع وإلا سقط الحق في التمسك به⁴، مستنديين في ذلك إلى أن الاعتبارات التي يقوم عليها نظام انقضاء الخصومة هي ذاتها التي يقوم عليها نظام السقوط، وأن السقوط والانقضاء وإن

¹ الناهي، مرجع سابق، ص 120.

² مليجي، مرجع سابق، ص 448. الدليمي، مرجع سابق، ص 213.

³ أحمد هندي، المرافعات المدنية، مرجع سابق، ص 333. نبيل اسماعيل عمر، أصول المرافعات المدنية، مرجع سابق، ص 516.
= أحمد أبو الوفاء، نظرية الدفع، مرجع سابق، ص 683. عز الدين الديناصورى وحامد عكاز، التعليق على قانون المرافعات، مطابع روز اليوسف، (د.م)، 1988، ص 404. محمد كمال أبو الخير، قانون المرافعات، مطابع شركة الإعلانات الشرقية، القاهرة 1963، ص 465. محمد نصر الدين كامل، مرجع سابق، ص 239.

⁴ الدليمي، مرجع سابق، ص 212.

وقعا بقوة القانون إلا أنها لا تتصل بالنظام العام¹، ولعدم وجود نص يعطي القاضي صلاحية الحكم بالانقضاء تلقائياً، سيما وأنه دفع إجرائي لا بد من نص صريح².

بينما ذهب اتجاه آخر إلى منح القاضي سلطة الحكم بالانقضاء من تلقاء نفسه³ ويؤسس هذا الاتجاه ما ذهب إليه على الاعتبارات الآتية⁴:

1- إن نظام انقضاء الخصومة وجد لمسألة تتعلق بالمصلحة العامة، ومن المستقر عليه أن هذا النوع من القواعد يتصل بالنظام العام، وأن نظام انقضاء الخصومة يختلف عن السقوط في أنه لم يشرع لمصلحة أحد الخصوم ومعاقبة الآخر وإنما لحسن سير مرفق القضاء بعدم تراكم القضايا وهي مصلحة عامة أولى بالرعاية من مصلحة الخصوم وبالتالي لا يصح قياس نظام الانقضاء على نظام السقوط، ذلك أن المشرع اختص السقوط ببعض الأحكام التي لا تنطبق على الانقضاء، فالسقوط لا يكون إلا حيث يكون عدم السير في الدعوى بفعل المدعي أو امتناعه، أما الانقضاء فيكون في جميع الأحوال، كذلك فإن مدة السقوط وهي ستة أشهر تختلف عن مدة الانقضاء وهي سنتين⁵.

2- لا يصح قياس نظام انقضاء الدعوى على نظام تقادم الحقوق الموضوعية لاختلاف الغاية من كلا النظامين، فالأول يهدف إلى حماية المصلحة العامة، بينما يهدف الثاني إلى حماية مصلحة الخصوم.

3- أن المذكرة الإيضاحية لقانون المرافعات المصري الملغى رقم 77 لسنة 1949 قد أشارت بصراحة إلى أن الأساس الذي يقوم عليه نظام انقضاء الدعوى بمضي المدة هو المصلحة العامة حتى لا تتراكم الدعاوى أمام المحاكم.

إلا أن محكمة النقض المصرية وإن استقرت في غالبية أحكامها على أن ليس للقاضي أن يحكم بانقضاء الخصومة من تلقاء نفسه إذ قضت "في جميع الأحوال تنقضي الخصومة بمضي

¹ أبو الوفاء، المرافعات المدنية، مرجع سابق، ص 639.

² أحمد هندي، قانون المرافعات المدنية والتجارية، مرجع سابق، ص 333.

³ إبراهيم نجيب سعد، القانون القضائي الخاص، ج 2، منشأة المعارف، الاسكندرية، 1980، ص 170. وجدي راغب، سابق، ص 573.

⁴ أحمد أبو الوفاء، المرافعات المدنية والتجارية، مرجع سابق، ص 639.

⁵ أحمد هندي، قانون المرافعات، مرجع سابق، ص 333. الدليمي، مرجع سابق، ص 213.

⁵ مليجي، مرجع سابق، ص 449.

ثلاث سنوات على آخر إجراء صحيح فيها، يدل على أن انقضاء الخصومة يكون بسبب عدم موالاة إجراءاتها مدة ثلاث سنوات وأن هذه المدة تعتبر مدة تقادم مسقط ... وهذا التقادم لا يتصل بالنظام العام بل يجب التمسك به من الخصم ذي المصلحة"¹.

ومع ذلك قضت أيضا بوجود أن تقضي المحكمة بانقضاء الخصومة من تلقاء نفسها وفي ذلك تقول "الانقضاء يقع بقوة القانون مما يوجب على المحكمة أن تقضي به من تلقاء نفسها"².

في تقديري أن الاتجاه الثاني هو الأجدر بالاتباع³، ذلك أن النص على السقوط في المادة (132) فلسطيني والمادة (134) مصري جاء بلفظ "لكل ذي مصلحة من الخصوم ... " بينما في النص المتعلق بالانقضاء ابتداءً بلفظ في جميع الأحوال، وبغض النظر عن المقصود بلفظ جميع الأحوال سواء أكان في جميع مراحل التقاضي أو في جميع أحوال الوقف والانقطاع، فإن القول لكل ذي مصلحة من الخصوم إنما جاء تأكيداً على أن السقوط لا يتم إلا بناء على طلب أو دفع من أحد الخصوم، وهو بذلك يقطع في أن السقوط لا يحكم به إلا بناء على طلب من صاحب المصلحة، ولا يجوز التعرض له بالحكم به من قبل القاضي من تلقاء نفسه، وهو ما لم يرد في النصوص المتعلقة بالانقضاء، هذا من جهة ومن جهة أخرى لو أن المشرع أراد من الانقضاء ما أراده من السقوط لأكتفى بالأخذ بنظام السقوط فقط مع تغيير في المدة، أي الأخذ بمدد مختلفة كما فعل المشرع الأردني سيما وأن الآثار المترتبة هي ذاتها ولم يكن هناك داع للأخذ بنظام الانقضاء، فإذا كان الانقضاء لا يتصل بالنظام العام وأنه يقوم على ذات الاعتبارات التي يقوم عليها نظام السقوط، كما يقول من ذهبوا إلى أن الانقضاء لا يتصل بالنظام العام، فلماذا أفرده المشرع نصاً خاصاً سيما أن مدة الانقضاء أطول من مدة السقوط.

وبالبناء على ما تقدم وحيث إن نظام انقضاء الخصومة جزاء مطلق يتصل بالنظام العام⁴ فإن للقاضي أن يتصدى له من تلقاء نفسه ويحكم به، وهو الذي يقدر الإجراء الصحيح لاحتساب بدء مدة الانقضاء.

¹ نقض رقم 56/960 ق بتاريخ 88/3/2. نقض رقم 53/3076 بتاريخ 52//2/3. ملجى، مرجع سابق، ص452 وما بعدها.
² نقض رقم 40/494 ق بتاريخ 79/5/16 قاعدة التشريعات المصرية، مشار إليها في أحمد أبو الوفاء، مرجع سابق، ص639. الدليمي، مرجع سابق، ص214.
³ للمزيد أنظر أجياد الدليمي، سقوط الدعوى المدنية وانقضائها بمضي المدة، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2007، ص103.
⁴ وجدي راغب، مرجع سابق، ص675.

فالانقضاء يتم في جميع الأحوال، أي جميع أحوال الوقف والانقطاع¹، أو أي سبب آخر فعلى القاضي أيضا أن يتحقق من أن آخر إجراء صحيح في الخصومة قد مضى عليه أكثر من سنتين، فإذا قضي بانقطاع الخصومة بسبب وفاة أحد الخصوم وظل سيرها مقطوعا مدة سنتين من آخر إجراء صحيح، ولم يقم الخصم الآخر بتبليغ من يقوم مقام من تحقق في شأنه سبب الانقطاع فعليه أن يحكم بالانقضاء.

وهنا لا بد من التساؤل كيف يتم احتساب بدء ميعاد الانقضاء، هل يحتسب من تاريخ تحقق سبب الانقطاع، أو من آخر إجراء صحيح، أو من تاريخ الحكم بالانقطاع؟

إن انقطاع الخصومة وإن كان يتم بحكم القانون إلا أنه لا يستتبع احتساب مواعيد الانقضاء وفي ذلك قضت محكمة النقض المصرية "لئن كان انقطاع الخصومة يتم بحكم القانون إلا أن ذلك بمجرد لا يستتبع بدء احتساب مواعيد سقوط الخصومة أو انقضائها من تاريخ تحقق سببه ما لم يصدر حكم من المحكمة، فيبدأ منه احتساب تلك المواعيد، ذلك أن استمرار نظر الدعوى دون الحكم بانقطاع سير الخصومة فيها يعد مانعاً من سريان مدة سقوطها أو انقضائها"².

والقاضي هو الذي يقدر ما إذا كان هناك مانع مادي يستحيل معه على الخصم موالاة السير في الخصومة أو مانع قانوني يحول دون ذلك، كما في الوقف للفصل في مسألة أولية خارجة عن اختصاص المحكمة بقيت دون صدور حكم فيها من المحكمة المختصة أو لوجود دعوى جنائية يتوقف الفصل في الدعوى على الفصل فيها.

وقد قضت محكمة النقض المصرية "إن الإجراء القاطع لمدة تقادم الخصومة هو الإجراء الذي يتخذ في الخصومة ذاتها وفي مواجهة الخصم الآخر بقصد استئناف السير فيها أما وقف مدة هذا التقادم فيتحقق بقيام مانع مادي يتمثل في وقوع حادث يعد من قبيل القوة القاهرة ويستحيل معه على الخصم موالاة السير في الخصومة، أو مانع قانوني يحول دون مباشرة إجراءات الخصومة ومواصلة السير فيها"³.

¹ مليجي، مرجع سابق، ص450.

² طعن رقم 1873 لسنة 57 ق بتاريخ 1992/7/20 قاعدة التشريعات المصرية مشار إليه في مليجي، مرجع سابق، ص456.

³ طعن رقم 960 لسنة 56 ق بتاريخ 1988/3/2 قاعدة التشريعات المصرية، مشار إليه في مليجي، مرجع سابق، ص459.

المطلب الثالث: سلطة القاضي في حالة ترك الخصومة

ترك القانون لإرادة الخصوم مساحة في الخصومة ومآلها، ومن مظاهر ذلك الاعتراف للمدعي بجواز ترك الخصومة، وترك الخصومة أو الدعوى هو التنازل عنها والتخلي عن الإجراءات التي تمت فيها، دون الحق المدعى به إلا إذا كان تركاً مبرئاً للذمة، ويكون للتارك إقامة دعوى جديدة في الحالة الأولى وليس له ذلك في الحالة الثانية.

نصت المادة (138) من قانون الأصول على أنه "يحق للمدعي في غياب المدعى عليه أن يطلب ترك دعواه في أي حالة كانت عليها الدعوى، فإذا كان المدعى عليه حاضراً فلا يجوز للمدعى طلب ترك دعواه إلا بموافقة المدعى عليه، ومع ذلك لا يلتفت لاعتراضه إذا كان قد تقدم بطلب أو دفع مما يكون الغرض منه منع المحكمة من نظر الدعوى".

ونصت المادة (2/139) من قانون الأصول الفلسطيني على أن "ترك الدعوى لا يمنع من إقامة دعوى جديدة ما لم يكن الترك مبرئاً من الحق المدعى به"، هذا وفقاً للقانون الفلسطيني أما في القانون المصري فإن ترك الخصومة يعني نزول المدعي عنها وعن كافة إجراءاتها، بما في ذلك صحيفة افتتاحها مع احتفاظه بأصل الحق الذي يدعيه¹.

وأساس الاختلاف في القانون الفلسطيني عنه في القانون المصري هو نص الفقرة الثانية من المادة (139) التي أجازت الترك المبريء للذمة أي التنازل بالترك عن الحق المدعى به وهو ما لم يرد له نص مماثل في القانون المصري.

وقد ورد النص في قانون المرافعات المصري على طرق محددة على سبيل الحصر لحصول الترك²، بينما لم يرد في القانون الفلسطيني نص مماثل يحدد طرقاً لإبداء الترك، على الرغم أنه لم يرد في القانون المصري نص على الترك المبريء للذمة، ومع ذلك لا يوجد ما يمنع من إبدائه شفاهة في محضر الجلسة أو بموجب مذكرة أو طلب، وإن كان تحديد هذه الطرق أفضل كي لا

¹ أحمد أبو الوفا، المرافعات المدنية والتجارية، مرجع سابق، ص 643.

² أبو الوفا المرجع السابق، ص 646. وقد وردت حالات ثلاث على سبيل الحصر بنص المادة 141 من قانون المرافعات المصري وهي 1- بإعلان على يد محضر 2- بيان صريح في مذكرة موقع عليها منه أو من وكيله 3- إبدائه شفويًا في الجلسة. إلا أن إبداء الترك بالطرق المحددة لا يتعلق بالنظام العام ويقتصر التمسك به على صاحب المصلحة، أنظر هندي، ص 340.

يكون حصول الترك من عدمه محل نزاع، ذلك أن إطلاق وسائل الترك يعد مجلبة لمشاكل يثيرها إثبات حصول الترك من عدمه¹.

ويجب على القاضي قبل أن يصدر حكمه بتقرير الترك أن يتحقق من توافر شروطه² التي لا بد من توافرها لكي يكون ترك الخصومة منتجاً لآثاره وهذه الشروط هي:

1- تعبير المدعي عن إرادته بالترك صراحة، فلا يجوز للقاضي أن يستشفه من بعض أقوال أو تصرفات المدعي³، وأن يكون صادراً ممن يملك الأهلية الإجرائية، فإذا كان صادراً عن وكيل فيجب أن يكون لديه توكيل خاص به⁴.

وللمدعي أن يعبر عن إرادته بالترك في أية حالة كانت عليها الدعوى، أما إذا قدم طلب الترك بعد إقفال باب المرافعة فللقاضي مطلق السلطة أن يرفض الطلب⁵.

2- قبول المدعى عليه للترك وهو ما أشارت إليه المادة (138) من قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية، بينما يرى البعض أن إرادة المدعي وحدها تكفي لترتيب آثار الترك⁶.

فالترك لا يتصور إلا من المدعي، الذي لا يلزم بالسير في دعوى أقامها، ولا يملك القاضي إلزامه بذلك مهما كانت مصلحة العدالة، وهذا أحد مظاهر سلطان الإرادة للخصوم في مجال الخصومة التي تبدأ بإرادة المدعي، والذي يجوز له أن ينهيها بإرادته وإن كان يجب موافقة المدعى عليه في بعض الحالات كونه أحد أطراف الخصومة⁷، إلا أن ذلك وفقاً لشروط أوردها القانون، يقدر القاضي توافرها أو تحققها.

والقاضي هو الذي يقدر ما يعد طلباً أو دفعاً من المدعى عليه يجعل من اعتراضه غير ذي جدوى، كأن يكون المدعى عليه قد أبدى دفعاً بعدم اختصاص المحكمة أو بإحالة الدعوى إلى محكمة أخرى أو ببطلان لائحة الدعوى، لأن اعتراضه في هذه الحالة يكون ضرباً من التعسف،

¹ تلاحمة، مرجع سابق، ص 177. هندي، قانون المرافعات المدنية، مرجع سابق، ص 339.

² وجدي راغب، مرجع سابق، ص 680.

³ أحمد أبو الوفا، مرجع سابق، ص 646. الطعاني، مرجع سابق، ص 220.

⁴ تکروري، مرجع سابق، ص 498. أحمد هندي، مرجع سابق، ص 340. أبو الوفا، مرجع سابق، ص 646.

⁵ أحمد هندي، قانون المرافعات المدنية، مرجع سابق، ص 342.

⁶ للمزيد حول ذلك أنظر أحمد هندي، قانون المرافعات المدنية، مرجع سابق، ص 337.

⁷ أحمد هندي، قانون المرافعات المدنية، مرجع سابق، ص 336.

فالقاضي هو الذي يقدر مدى مشروعية رفض المدعى عليه للترك، فإذا تبين له أن المدعى عليه متعسف في استعمال حقه جاز له أن يرفض اعتراضه ويفرض عليه الترك¹.

كما أن محكمة النقض لها الرقابة على القاضي في هذا التقدير، وفي ذلك قضت محكمة النقض الفلسطينية "حيث أن المدعى عليه تقدم بطلب لرد الدعوى قبل الدخول في الأساس والذي تضمن: 1- دعوى المدعي مخالفة للقانون والأصول 2- دعوى المدعي واجبة الرد شكلاً 3- دعوى المدعي واجبة الرد لعدم صحة الخصومة 4- الدعوى واجبة الرد لمخالفتها نص المادة (3) من قانون العمل الفلسطيني.

كما أن لائحة المدعى عليه الجوابية تضمنت ذات الدفوع، وبتفحص هذه الدفوع والطلبات نجدها كلها ترمي إلى منع المحكمة من نظر الدعوى، إذ أن استجابتها لأي من تلك الدفوع أو الطلبات يؤدي إلى عدم نظر الدعوى، وطلب المدعى عليه هذا لا يتعارض ولا يتناقض مع طلب المدعي ترك الدعوى بل يتحد معه في الغاية وهذا ما أشير إليه في المادة (138) من قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية، وحيث أن محكمة البداية بصفتها الاستئنافية قد بنت حكمها على صحيح القانون تطبيقاً وتفسيراً وبما يتفق ونص المادة المذكورة أعلاه فإن سبب الطعن يكون غير وارد"².

كما أن القاضي هو الذي يقدر مدى قابلية موضوع الدعوى للتجزئة من عدمه في حالة تعدد المدعين أو المدعى عليهم، فإذا كان موضوع الدعوى قابلاً للتجزئة كان الترك ممكناً أما إذا كان موضوع الدعوى غير قابل للتجزئة فإن ترك الخصومة من أحد المدعين أو أحد المدعى عليهم أو بعضهم، يرتب تركها عن الباقيين كما هو الحال في دعوى الشفعة.

وللقاضي أن يرفض طلب الترك بعد إقفال باب المرافعة استناداً لسلطته التقديرية في الاستجابة لطلب فتح باب المرافعة³، وإذا تعلق موضوع الدعوى بالنظام العام من تلقاء نفسه كما

¹ هندي، المرجع السابق، ص344.

² نقض مدني رقم 2011/10 بتاريخ 2012/6/20 منظومة القضاء والتشريع (المقتني).

³ هندي، قانون المرافعات المدنية، مرجع سابق، ص342.

هو الحال في دعوى شهر الإفلاس أو طلب رد القضاة، فطلب الخصم ترك الطلب لا يحول دون أن يستمر القاضي في نظره¹.

إلا أن هناك من يرى أن الترك جائز بالنسبة لكافة الدعاوى، لأن النص الذي قرر الترك جاء بصيغة عامة غير مقيدة، فللمدعي الذي أقام الدعوى أن ينزل عن إجراءاتها قبل الحكم فيها طالما لم يتعلق بها حق للغير، بل يجوز ترك الخصومة ولو تعلقت الدعوى بأمر من النظام العام².

في المثالين السابقين، طلب رد القضاة وشهر الإفلاس، ففي طلب الرد لا يوجد ما يمنع من التنازل عنه، بل أن القانون أجاز لأي من الخصوم أن يتقدم بهذا الطلب وهو ما ورد بصريح نص المادة (143) من قانون الأصول "يجوز لأي من الخصوم طلب رد القاضي..." وبالتالي فإن من يملك تقديم الطلب يملك التنازل عنه، هذا من جهة ومن جهة أخرى فقد أجاز القانون التنازل عن طلب الرد بصريح نص المادة (151) من قانون الأصول والتي جاء فيها "عند رفض طلب الرد أو سقوط الحق فيه أو عدم قبوله أو إثبات التنازل عنه جاز للمحكمة أن تحكم على طالب الرد بغرامة لا تقل عن مائة دينار..."

أما في المثال الثاني وهو دعوى شهر الإفلاس، فقد خرج المشرع عن الأصل وأعطى للقاضي أن يشهر الإفلاس ولو لم يقدم إليه طلب بشهر الإفلاس، باعتبار أن أحكام الإفلاس من النظام العام، فللقاضي إذا قدر أن شروط الإفلاس متوافرة أن يأمر بشهر إفلاسه كما إذا أقام دائن دعوى على تاجر فظهر للقاضي أنه قد هرب بسبب توقفه عن الدفع أو تبين أنه أخفى أمواله³، فالمصلحة العامة تقتضي في هذه الحالة الإشهار حتى يعلم به كل من يتعامل معه مما يقتضي السير في الدعوى وإن تنازل المدعي عنها⁴.

في تقديري على القاضي أن يزن كل حالة على حده، وعليه أن يتحقق بتقصي أحكام كل طلب أو دعوى بحسب موضوعه، موثماً ذلك مع النصوص القانونية ذات الصلة كي يتمكن من الوقوف على حقيقة طلب المدعي في جواز طلبه من عدمه.

¹ تكرر، مرجع سابق، ص 499.

² أحمد هندي، قانون المرافعات المدنية، مرجع سابق، ص 337. أبو الوفاء، المرافعات المدنية والتجارية، مرجع سابق، ص 644.

³ محمد المنجي، دعوى صحة التعاقد، ط1، (د.ن)، الإسكندرية، 1991، ص 337.

⁴ أبو الوفاء، المرافعات المدنية والتجارية، مرجع سابق، ص 644.

وفي إطار الحديث عن الترك لا بد من الإشارة إلى سلطة القاضي في حالة النزول عن الحكم، إذ نصت المادة (140) من قانون الأصول على أن "النزول عن الحكم يستتبع النزول عن الحق الثابت به".

لقد جاء هذا المبدأ إعمالاً لمبدأ سلطان الإرادة، فمن يملك حق المطالبة يملك حق التنازل إلا أنه وإن كان يجوز النزول عن الحق الذي رتبته الحكم، إلا أن هذا التنازل لا ينال الحكم ذاته ذلك أن للحكم حجية متصلة بالنظام العام لا يجوز التنازل عنها، حجية لا يجوز معها تجديد الخصومة انسجاماً مع نص المادة (92) من قانون الأصول، فسبق الفصل في الدعوى أمر يتصدى له القاضي من تلقاء نفسه، ويجوز الدفع به في أية حالة كانت عليها الدعوى.

إلا أن هناك حالات لا يؤثر فيها النزول عن الحكم على إعمال آثار ذلك الحكم، كأن يتنازل الدائن عن حكم شهر الإفلاس الذي يصدر بناء على طلبه، لأنه في حقيقة الأمر لم يصدر لمصلحته فحسب، وإنما لمصلحة جميع الدائنين¹.

أما النزول الضمني عن الحق فهو أمر يخضع لتقدير قاضي الموضوع وفي ذلك قضت محكمة النقض المصرية "التنازل الضمني عن الحق، تقدير أدلته من سلطة محكمة الموضوع حسبها إقامة قضائها على ما يكفي لحمله، دون أن تكون ملزمة بتتبع حجج الخصوم ومستنداتهم والرد عليها استقلالاً²".

¹ مليجي، مرجع سابق، ص539.

² طعن رقم 2074 لسنة 58 ق بتاريخ 1994/1/5، قاعدة التشريعات والاجتهادات المصرية.

الخاتمة

جاء قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية رقم 2 لسنة 2001 ناسخاً لكثير من السلبيات التي كانت تعتري ما اعتاد عليه المشتغلون بالقانون في فلسطين، ما أثار الإرتباك والتخبط في بدايات تطبيقه وصدوره، وكان من الصعب على المشتغلين بالقانون تجاوز ما اعتادوا عليه من ممارسات في ظل قانون أصول المحاكمات الحقوقية الملغى رقم 42 لسنة 1952 الذي كان في جل أحكامه يلعب دوراً في سلبية القاضي ووقوفه من الخصومة موقف المتفرج.

لقد كان قانون أصول المحاكمات الحقوقية الملغى يعطي القاضي بعض السلطات، ولكنها سلطات دون ضوابط، إذ كان للقاضي مثلاً أن يرد الدعوى لأي سبب يتراءى له، وكان ينص على - لا بطلان إلا بنص - التي تعطي صلاحية تقرير البطلان في كل حالة للمشرع دون أن تكون للقاضي أي سلطة، وهو ما يسلب القاضي سلطة تقدير ما إذا كانت المخالفة تستدعي الحكم بالبطلان من عدمه، فلم يكن بمقدور القاضي أن يحكم بالبطلان ما لم يكن هناك نص يوجب صراحة الحكم بالبطلان، ويجبره على تقرير البطلان في حالات لم يكن من المناسب تقريره فيها، أو عدم تقريره في حالة كان يجب فيها ذلك، كما أنه يفسح المجال للخصوم للتمسك بالبطلان بشكل تعسفي، بقصد عرقلة إجراءات الخصومة وسير العدالة.

أدى ذلك إلى رسوخ العديد من الأفكار (المقولات) السلبية مثل الدعوى ملك الخصوم والبيانات من حق الخصوم، إلى أن جاء قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية رقم 2 لسنة 2001 وألغى معظم السلبيات في نصوص قانون أصول المحاكمات الحقوقية رقم 42 لسنة 1952 وإن استغرقت وقتاً لتفعيلها إلا أنها بدأت تجد طريقها في الممارسة والواقع العملي.

المتتبع لواقع المحاكم الفلسطينية يجد أن هناك تحولاً ملحوظاً في السنوات الأخيرة، وإن كان محدوداً في تفهم السلطة الممنوحة للقاضي والدور الإيجابي الذي أولاه إياه المشرع في إدارة الخصومة المدنية، وأن الأمر لا زال بحاجة إلى مزيد من التفهم لهذا الدور من قبل القضاة أنفسهم، ومن كافة المشتغلين بالقانون.

إن الاعتراف للقاضي بالسلطة التقديرية في إدارة الخصومة المدنية، يمكنه من السيطرة المبكرة على الدعوى وإدارتها بصورة تخدم سير الخصومة على نحو سليم، ومن خلال تتبعنا لموقف

المشرع الفلسطيني في قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية، نجد أنه قد ساير الفكر القانوني الحديث والأنظمة القانونية الحديثة وأقر نهجاً سليماً في منح القاضي دوراً إيجابياً ملحوظاً في كافة مراحل الدعوى، فأعطى السلطة ووضع الضوابط ولم يطلق يد القاضي في إدارة الخصومة، بل وضع قيوداً عليها وعلقها في كثير من الأحيان على ارتباطها بالمصلحة العامة وتخلي عن تفرد المشرع بالمشهد الاجرائي، بل أن المشرع ذهب إلى أبعد من ذلك وأعطى القاضي سلطات في مجال الإثبات في قانون البيئات رقم 4 لسنة 2001، ومن ذلك توجيه اليمين المتممة والاستجواب ودعوة من يرى من الشهود لاستماع شهادته، فلم تعد البيئات من حق الخصوم وحدهم بل أصبح القاضي ملزماً بالبحث عن الحقيقة.

إن الواجب على القضاة في ظل أحكام قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية الاضطلاع بالسلطات الممنوحة لهم في كل إجراء يطرح أمامهم أو خولهم المشرع اتخاذه من تلقاء أنفسهم على نحو يراعي المبادئ العامة في العمل القضائي وحسن سير الخصومة، وعليه أيضاً الموازنة بين سلطاته ومدى تعلق الاجراء بالنظام العام في كل حالة تعرض عليه من خلال تصور لفكرة النظام العام في كل اجراء يتصل أو يعتقد أنه على صلة به.

النتائج

من خلال تتبعنا لموقف المشرع الفلسطيني في قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية نجد أنه قد تماشى مع الفكر القانوني الحديث في تخويل القاضي سلطات واسعة ودوراً إيجابياً ملحوظاً في كافة مراحل الخصومة، ويمكن أن نلاحظ هذه النتائج في كافة المواضيع التي تناولتها هذه الدراسة، إذ منح المشرع القاضي سلطات واسعة في مجال الطلبات الأصلية والعارضة وكذلك في مجال الدفع وعوارض الخصومة وخوله أيضاً سلطات في مجال الإثبات.

من خلال وقوفنا على النهج الذي اتبعه المشرع الفلسطيني يمكن إبداء الملاحظات التالية:

أولاً: إن سلطة القاضي تمتد إلى نقل حكم القانون من حالة العمومية والتجريد إلى حالة الخصوصية بتطبيقه على الحالات الفردية، فالتقدير يتعلق بوسائل تطبيق القانون وليس للقاضي تقدير مضمون القاعدة القانونية، ذلك أن مضمون القاعدة القانونية واحد لا يحتمل التقدير، بينما تظهر سلطته في تقدير مضمون بعض المصطلحات التي تشملها القاعدة القانونية كمصطلح

الارتباط، أي في حالة الغموض في النص أو النقص في التشريع، فلا يجوز للقاضي أن يأتي بغاية أو مضمون أو مفترض للقاعدة القانونية غير ذلك الذي قصده المشرع.

ثانياً: إن سلطات القاضي في إدارة الخصومة المدنية ليست مطلقة، وإنما أحاطها المشرع بضوابط أساسها القواعد العامة كالمبادئ العامة في التقاضي، أو قيود مستمدة من القانون كالتقاضي على درجتين ورقابة النقض والبطلان، حيث أخذ المشرع بنظرية من شقين؛ يعتمد أحدها معيار الغاية والآخر النص الصريح على البطلان، وهذا النهج يجمع بين نظرة واضعي القانون ونظرة من يطبقه عند تقرير البطلان، وأن ذلك يترك للقاضي مجالاً واسعاً في تقدير البطلان وتضييق نطاق الحكم به.

ثالثاً: على ضوء التطور في موقف الأنظمة القانونية الحديثة والمقارنة وتأثر المشرع الفلسطيني بالقوانين المقارنة نجد أن القانون الفلسطيني خول القاضي سلطات واسعة في مجال الطلبات فالطلب القضائي الأصلي والعارض وإن كان الخصوم هم من يحدد نطاقه، إلا أن للقاضي سلطات واسعة فيها، ففي الطلب الأصلي تمتد سلطات القاضي إلى تقدير اختصاصه بنظره محلياً ووظيفياً وقيماً ونوعياً وله تقدير قيمته رغم تقدير الخصوم، وكذلك تقدير اختصاصه بنظر الطلب العارض، والارتباط بينه وبين الطلب الأصلي، وسلطته في تقدير طلبات الخصوم العارضة والاذن بتقديم طلبات غير تلك التي حددها المشرع، وللقاضي سلطات واسعة في ادخال الغير وتقدير طلبات التدخل والادخال بناء على طلب الخصوم، وتقدير المصلحة والارتباط في هذا النوع من الطلبات، وتقدير طبيعة طلب التدخل من حيث كونه اختصاصي أو انضمامي وسلطته في إعادة تكييف موضوع الدعوى استناداً للوقائع الواردة فيها.

رابعاً: لقد تبنى المشرع الفلسطيني دوراً للقاضي في مجال الدفع، فحوله سلطة تكييفها وتحديد طبيعتها ومدى تعلقها بالنظام العام وإثارته من تلقاء نفسه، وله الفصل فيها على استقلال أو ضمها للموضوع، وتقديرها يعد كلاً في الموضوع يسقط الحق في التمسك بالدفع غير المتصل بالنظام العام.

خامساً: الملاحظ أن هناك تحولاً في موقف المشرع تجاه دور القاضي في مجال الإثبات فدور القاضي لم يعد دوراً يؤديه بالرقابة أو اتخاذ موقف منه فقط، وإنما أولاه المشرع سلطات عديدة

في مجال الإثبات فله توجيه اليمين المتممة وهو يفرض رقابته على توجيه اليمين الحاسمة من حيث التحقق من توافر شروطها والرقابة على صيغتها ومنع توجيهها إذا كان الخصم متعسفاً في توجيهها، وتحديد معنى التعسف في توجيه اليمين، وسلطته في الاستجواب ودعوة الشهود من تلقاء نفسه، وله تقدير مدى حجية بعض الأدلة وطرح ما يرى أنه غير منتج منها وله وزن البينة والترجيح بينها.

سادساً: إلى جانب ذلك وفي مجال عوارض الخصومة، نجد أن المشرع خول القاضي سلطة التحقق من قيام العارض وتوافر شروطه، ففي الوقف للفصل في مسألة أولية عليه أن يتحقق من وجود مسألة تخرج عن اختصاصه، وأن الفصل في تلك المسألة لازم للفصل في الدعوى وتقدير مدى الارتباط بين المسألة الأولية وموضوع الدعوى وتقدير مدى جدية المنازعة في المسألة الأولية، وفي الوقف الاتفاقي عليه التحقق من سلامة الاتفاق على الوقف ومشروعية أسبابه وله اقرار الوقف أو رفضه، وللقاضي في حالة الانقطاع تبليغ من يقوم مقام من تحقق في شأنه سبب الانقطاع بالطريقة التي يراها مناسبة، وله التحقق من توافر شروط سقوط الخصومة وانقضائها وتقدير اهمال المدعي أو تقصيره ومعنى عدم السير في الدعوى في حالة طلب الحكم بسقوط الخصومة، وكذلك تقدير الاجراء الصحيح لاحتماب مدة السقوط أو الانقضاء وتقدير معنى الكلام في الموضوع المانع من التمسك بسقوط الخصومة، وللقاضي سلطة التصدي بالحكم بانقضاء الخصومة من تلقاء نفسه، وله التحقق من توافر شروط الترك ورفضه بعد اقفال باب المرافعة وله تقدير ما يعد طلباً أو دفعاً من المدعى عليه يحول دون تمسكه برفض الترك، وله تقدير مدى مشروعية رفض المدعى عليه وتقدير مدى قابلية الدعوى للترك والتجزئة.

إلا أنه لا بد من الاقرار أن قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية تضمن نصوصاً تعتبر سبباً معطلاً لسير الخصومة، وهي بحاجة إلى تعديل ومن ذلك مثلاً ما ورد في المادة (63) إعادة تبليغ من لم يبلغ لشخصه لائحة الدعوى، مما يستدعي إعادة تبليغه والمادة (64) التي تجيز للمحكمة أن تسمح للمدعى عليه بتقديم لائحة جوابيه إذا حضر في أول جلسة، إذ كان يجب أن تتضمن تحديد مدة لتقديمها، وهو ما يعتبر قصوراً في مواجهة بعض الحالات التي تستدعي تدخلاً من المشرع كما في حالة تكليف أحد الخصوم باتخاذ إجراء معين ويتخلف عن القيام بذلك.

التوصيات

أولاً: تعديل نص المادة (90) من قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية، والتي نصت على أنه "يجوز للمدعى عليه أن يدفع بعدم قبول الدعوى لأي سبب يؤدي إلى عدم قبولها قبل الدخول في الأساس...".

الأسباب الموجبة: أن هذا النص يحمل تناقضاً مع نص المادة (89) من قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية، التي ألزمت الخصوم بتقديم طلباتهم ودفعهم مرة واحدة قبل الدخول في الأساس، بينما يجيز نص المادة (90) للمدعى عليه أن يدفع بعدم قبول الدعوى قبل الدخول في الأساس، أي أن له أن يدفع بذلك بعد الدخول في الأساس، فلا يستقيم أن يجيز النص للمدعى عليه أن يدفع الدعوى بعدم القبول قبل الدخول في الأساس، وإنما يجب على المدعى عليه أن يدفع بعدم قبول الدعوى قبل الدخول في الأساس.

ثانياً: حذف المادة (60) من قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية والتي نصت على أنه "إذا قضت المحكمة بعدم اختصاصها، فعليها أن تأمر بإحالة الدعوى إلى المحكمة المختصة وتلتزم المحكمة المحال إليها بنظر الدعوى.

الأسباب الموجبة: لقد ورد النص على ذلك في المادة (93) من قانون الأصول ولا داعي للتكرار غير المبرر.

ثالثاً: إعادة صياغة الفقرة الثانية من المادة (91) من قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية في نص مستقل، والتي نصت على "تحكم المحكمة في هذه الدفوع على استقلال ما لم تأمر بضمها إلى الموضوع وعليها أن تبين ما حكمت به في كل منها على حده"، وأن يشار فيها إلى الدفوع الموضوعية فقط.

الأسباب الموجبة: أن موقع هذه الفقرة جاء مكملاً لنص المادة (91) التي تضمنت النص على الدفوع الشكلية، مما قد يفهم منه قصر حكم هذه الفقرة على الدفوع الشكلية، مع أن حكم هذه الفقرة ينطبق على الدفوع الموضوعية أكثر من الدفوع الشكلية أو دفوع عدم القبول، حيث أن الفصل في الدفوع الشكلية أو الدفوع بعدم القبول قد يغني عن بحث الموضوع.

رابعاً: الأخذ بنظام الوقف الجزائري الذي أخذت به القوانين المقارنة كونه يحقق مصلحة عامة إذا لم يتقيد المدعي بما أمرت به المحكمة.

خامساً: دمج نص المادة (123) من قانون أصول المحاكمات المدنية والتي نصت على أنه "إذا قررت المحكمة تأجيل الدعوى تأجيلاً عاماً وفقاً لأحكام المادة (127) من هذا القانون تحذف مؤقتاً من جدول القضايا" في نص المادة (127)، ذلك أن الحكم الذي جاء في هذا النص يتعلق بالوقف الاتفاقي الذي ورد النص على أحكامه في المادة (127)، وكذلك نقل نص المادة (84) إلى الفصل الثاني ضمن أحكام المواد (128-131) والتي تضمنت النص على أحكام الانقطاع.

سادساً: إضافة نصوص ترتب جزاءات مالية على الخصم في حال تخلفه عن أمر أو تكليف أمرت به المحكمة، كتخلف المدعي عن تكليف أمر به القاضي، أو تخول القاضي إتخاذ إجراء معين كما في حالة تكليف أحد الخصوم مراجعة المحكمة المختصة للفصل في مسألة أولية وقصر في ذلك، حيث يمكن للقاضي السير في الدعوى بحالتها.

سابعاً: كان على المشرع أن يعدل نص المادة (33) من قانون أصول المحاكمات المدنية لا أن يورد نصاً خاصاً بتقدير قيمة الدعوى في المادة (6) من قانون رسوم المحاكم النظامية رقم (1) لسنة 2003.

الاسباب الموجبة: إن قواعد تقدير قيمة الدعوى يجب أن تجمع في قانون واحد وهو قانون الأصول، حيث أن الأصل في تقدير قيمة الدعوى هي للقواعد الواردة في قانون الأصول الذي تحدد قواعده المحكمة المختصة وقابلية الأحكام للطعن، فلا يعقل أن يتم تقدير قيمة الدعوى مرتين، أحدها لتحديد المحكمة المختصة والأخرى لتقدير الرسوم، كما أن بقاء النصين كما هما يحمل تناقضاً لا يجوز أن يتضمنه التشريع.

ثامناً: النص على طرق محددة للترك، كما فعل المشرع المصري، سيما وأن النص لدينا تضمن الترك المبريء للذمة، وهي حالة تستوجب أن تكون الطريقة التي يتم فيها الترك واضحة ومحددة.

الأسباب الموجبة: ما يسببه الترك من مشاكل في إثبات حصوله من عدمه.

تاسعاً: تعديل نص المادة (132) من قانون الأصول بإضافة كلمة (صحيح) بحيث يصبح النص على النحو التالي "لكل ذي مصلحة من الخصوم في حالة عدم السير في الدعوى بفعل المدعي أو امتناعه أن يطلب الحكم بسقوط الخصومة إذا انقضت ستة أشهر اعتباراً من آخر إجراء صحيح اتخذ فيها".

عاشراً: إضافة نص يجيز للقاضي توجيه اليمين المتممة التي ورد النص عليها في المادة (1746) وكذلك في المادة (1632) من المجلة، كون هذه الأنواع من اليمين لا زالت جزءاً من التشريع، حيث أن القاضي ملزم بتوجيهها سنداً لأحكام مجلة الأحكام العدلية.

حادي عشر: إضافة نص يعالج مسألة شهادة الخصم لنفسه، لتعارض ذلك مع أحكام المواد (1700-1703) من مجلة الأحكام العدلية التي لا زالت أحكامها جزءاً من التشريع فيما لا يتعارض مع أحكام قانون البيّنات، يأخذ بما استقر عليه قضاء محكمة النقض الفلسطينية في هذا المجال، يتضمن عدم جواز شهادة الخصم لنفسه شريطة تمسك الخصم بذلك.

قائمة المصادر والمراجع

المصادر الأولية

- قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية رقم 2 لسنة 2001، (الوقائع الفلسطينية: عدد 40، 2001/9/5).
- قانون تشكيل المحاكم النظامية رقم 5 لسنة 2001، (الوقائع الفلسطينية: عدد 40، 2001/9/5).
- قانون البيئات في المواد المدنية والتجارية رقم 4 لسنة 2001، (الوقائع الفلسطينية: عدد 40، 2001/9/5).
- قانون التحكيم رقم (3) لسنة 2000 (الوقائع الفلسطينية: عدد 33، 2000/6/30).
- قانون أصول المحاكمات المدنية الأردني رقم 24 لسنة 1988، (الجريدة الرسمية: عدد 3545، 1988/4/2).
- قانون أصول المحاكمات الأردني المعدل رقم 14 لسنة 2001، (الجريدة الرسمية: عدد 4480، 2001/3/8).
- قانون أصول المحاكمات الحقوقية الملغى رقم 42 لسنة 1952، (الجريدة الرسمية: عدد 1113، 1952/6/16).
- قانون البيئات الملغى رقم 30 لسنة 1952، (الجريدة الرسمية: عدد 1108، ص 200، 1952/5/17).
- القانون الأساسي المعدل لسنة 2003، (الوقائع الفلسطينية: العدد الممتاز، 2003/3/9).
- قانون المرافعات المصري رقم 38 لسنة 1968.
- قانون أصول المحاكمات اللبناني بموجب المرسوم الإشتراعي رقم 83/90 بتاريخ 83/9/16.
- قانون تسوية الأراضي والمياه رقم 40 لسنة 1952 (الجريدة الرسمية الأردنية: عدد 1113 بتاريخ 1952/6/16).

المراجع

- إبراهيم جوهر إبراهيم، الدفع بإتفاق التحكيم في الدعوى المدنية، دار الكتب القانونية، القاهرة، 2009.
- إبراهيم الشريعي، الصفة في الدفاع أمام القضاء المدني، (د.ن)، القاهرة، 2008.
- إبراهيم نجيب سعد، القانون القضائي الخاص، ج2، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1980.
- أجياد الدليمي، عوارض الدعوى المدنية، ط1، دار الحامد للنشر والتوزيع، عمان، 2008.
- أجياد الدليمي، سقوط الدعوى المدنية وإنقضائها بمضي المدة، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2007.
- أحمد أبو الوفا، المرافعات المدنية والتجارية، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2007.
- أحمد أبو الوفا، نظرية الدفع في قانون المرافعات، ط8، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1988.
- أحمد خليل، قانون المرافعات المدنية والتجارية، دار الجامعة الجديدة، بيروت، 1996.
- أحمد محمود سعد، مفهوم السلطة التقديرية للقاضي المدني، ط1، دار النهضة العربية، القاهرة، 1988.
- أحمد مليجي، الموسوعة الشاملة في التعليق على قانون المرافعات، ج3، ط4، نادي القضاة، (د.م)، 2005.
- أحمد هندي، إرتباط الدعوى والطلبات في قانون المرافعات، دار الجامعة الجديدة ، الإسكندرية، 1995.
- أحمد هندي، قانون المرافعات المدنية والتجارية الخصومة والحكم والطعن، دار الجامعة الجديدة للنشر، ج2، 1995.
- أحمد هندي، سلطة الخصوم والمحكمة في إختصاص الغير، الاسكندرية، دار الجامعة الجديدة للنشر، 1997.
- آدم وهيب النداوي، شرح قانون البيئات والإجراء، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 1998.
- آدم وهيب النداوي، مدى سلطة المحكمة المدنية في تعديل نطاق الدعوى، ط1، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 1997.
- باسم الزغول، الدفع المدنية بين النظرية والتطبيق، ط1، مكتبة اليقظة، عمان، 2000.
- بدر الدين شوقي، دراسات في القانون الدولي الخاص، (د.ن)، القاهرة، 1990.
- بدوي حنا، الوكالة "إجتهاادات، نصوص، دراسات"، ج1، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 1998.

- جمال الكردي، محاضرات في القانون الدولي الخاص، ط1، (د.ن)، القاهرة، 1996.
- حسن الهداوي، تنازع القوانين، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2002.
- حفیظة الحداد، النظرية العامة في القانون القضائي الخاص الدولي، ط1، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2005.
- حلمي الحجار، الوجيز في أصول المحاكمات المدنية، ط1، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2007.
- راميا الحاج، مبدأ حياد القاضي المدني بين النظرية والتطبيق، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2008.
- رضا المرغني وعبد المجيد عبودة، التفسير القضائي في القانون المدني، (د.ن)، (د.م)، 1983.
- رمضان كامل، بطلان صحيفة الدعوى، ط3، مكتبة الألفي القانونية، (د.م)، 1997.
- سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني، منشورات الحلبي الحقوقية صادر، بيروت، 1988.
- صلاح الدين الناهي، مبادئ التنظيم القضائي والتقاضى والمرافعات، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 1996.
- عباس العبودي، شرح أحكام قانون أصول المحاكمات المدنية، ط1، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2006.
- عباس العبودي، شرح قانون الإثبات المدني، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 1998.
- عبد الباسط جمیعی، مبادئ المرافعات، دار الفكر العربي، القاهرة، 1980.
- عبد الحمید الشواربي، المسؤولية القضائية في ضوء الفقه والقضاء، منشأة المعارف، الاسكندرية، 1997.
- عبد الكريم الطالب، الشرح العملي لقانون المسطرة المدنية، ط1، مطبوعات المعرفة، مراكش، 2001.
- عثمان التكروري، الكافي في شرح قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية، ط2، (د.ن)، (د.م)، 2009.
- عز الدين الديناصورى وحامد عكاز، التعليق على قانون المرافعات، مطابع روز اليوسف، (د.م)، 1988.
- عز الدين الديناصورى وحامد عكاز، التعليق على قانون الإثبات، (د.ن)، القاهرة، 1996.
- عزيز العكيلي، أحكام الإفلاس والصلح الواقي "دراسة مقارنة"، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 1997.
- عزمي عبد الفتاح، أسس الإدعاء أمام القضاء المدني، ط1، (د.ن)، القاهرة، 1987.
- عزمي عبد الفتاح، واجب القاضي في تحقيق مبدأ المواجهة باعتباره أهم تطبيق لحق الدفاع، دار النهضة العربية، القاهرة، (د.س).

- علي حيدر، شرح مجلة الاحكام العدلية، دار الجبل، بيروت، 1991.
- عوض أحمد الزعبي، أصول المحاكمات المدنية "دراسة مقارنة"، ج1، دار وائل، عمان، 2002.
- غالب القرالة، القضاء المدني الاردني، (د.ن)، عمان، 1994.
- فتحي والي، الوسيط في قانون القضاء المدني، مطبعة جامعة القاهرة، القاهرة، 2002.
- محمد إبراهيم البدارين، الدعوى بين الفقه والقانون، دار الثقافة، عمان، 2010.
- محمد إبراهيم الشريدة، حق الدفاع أمام القضاء المدني، دار الكتاب الحديث، القاهرة، 2009.
- محمد المصري، الوجيز في شرح القانون الدولي الخاص "دراسة مقارنة"، الحامد للنشر والتوزيع، عمان، 2002.
- محمد عبد الخالق عمر، النظام القضائي المدني، ط1، دار النهضة العربية، القاهرة، 1976.
- محمد علي الطعاني، سلطة القاضي في توجيه سير إجراءات الخصومة المدنية، دار المسيرة للنشر والتوزيع، عمان، 2009.
- مصطفى عبد الحميد عياد، اصول التنظيم القضائي ونظرية الاختصاص في فلسطين، ط2، (د.ن)، غزة، (د.س).
- مصطفى هرجه، الدفع والطلبات العارضة في قانون المرافعات المدنية والتجارية، دار محمود للنشر والتوزيع، (د.م)، 1995.
- محمد خليل أبو بكر، دفع عدم القبول "ونظامها الإجرائي"، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 1996.
- محمد عبد الله الظاهر، شرح قانون أصول المحاكمات المدنية، ط1، (د.ن)، (د.م)، 1997.
- محمد كمال أبو الخير، قانون المرافعات، مطابع شركة الإعلانات الشرقية، القاهرة، 1963.
- محمد المنجي، دعوى صحة التعاقد، ط1، (د.ن)، الإسكندرية، 1991.
- محمد نصر الدين كامل، عوارض الخصومة، منشأة المعارف، الاسكندرية، 1990.
- محمد نصر الرواشده، إدارة الدعوى المدنية في النظام القضائي "دراسة مقارنة"، ط1، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2010.
- محمد وحيد الدين سوار، شرح القانون المدني "النظرية العامة للالتزام"، ج1، (د.ن)، دمشق، 1978.
- محمد وليد المصري، شرح قانون أصول المحاكمات المدنية، ط1، دار قنديل للنشر والتوزيع، عمان، 2003.
- محمود هاشم، القضاء ونظام الاثبات، جامعة الملك سعود، الرياض، 1988.
- مفلح عواد القضاة، اصول المحاكمات المدنية والتنظيم القضائي في الاردن، ط1، دار الكرمل للنشر والتوزيع، عمان، 1988.
- نبيل إسماعيل عمر واحمد خليل، قانون المرافعات المدنية "دراسة مقارنة"، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2004.
- نبيل إسماعيل عمر، إمتناع القاضي عن القضاء بعلمه الشخصي في قانون المرافعات، منشأة المعارف، الاسكندرية، 1989.

- نبيل إسماعيل عمر، سلطة القاضي التقديرية في المواد المدنية والتجارية، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2002.
- نبيل إسماعيل عمر، الدفع بعدم القبول ونطاقه القانوني، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، (د.س).
- نبيل شديد رعد، الدفوع الشكلية في قانون أصول المحاكمات الجزائية، ج1، ط1، بيروت، 2005.
- هشام خالد، مفهوم العمل القضائي في ضوء الفقه واحكام القضاء، مؤسسة شباب الجامعة، الإسكندرية، 1990.
- هشام صادق، تنازع الاختصاص القضائي الدولي، دراسة مقارنة، (د.ن)، القاهرة، 1972.
- وجدي راغب، مبادئ الخصومة المدنية، ط1، دار الفكر العربي، القاهرة، (د.س).
- وجدي راغب، مبادئ القضاء المدني، ط3، دار النهضة العربي، القاهرة، 2001.

المراجع الأجنبية

Thomas Schults and others, Online Dispute Resolution: The state of the ART and Issues, University of Geneva, 2001.

Henry g Abraham, The Judicial Process, second edition, Oxford University Press, 1993.

Henry g. Brown and Arther L. Marriott Q.c, ADR Principles and Practice, second edition, sweet Maxwell Limited, London, 1999.

الرسائل العلمية

- خالد تلاحمة، إنقضاء الخصومة دون حكم في الموضوع، أطروحة لنيل درجة الدكتوراه، جامعة عمان للدراسات العليا، الأردن، 2006.
- داود الدرعاوي، موقف القاضي من الأدلة الملزمة في الإثبات "دراسة مقارنة"، رسالة لنيل درجة الماجستير، جامعة القدس، 2005.

الإجتهادات القضائية

- عبد الله غزلان، مجموعة الأحكام القضائية والمبادئ القانونية الصادرة عن الهيئة العامة لمحكمة النقض في رام الله، ط1، جمعية القضاة الفلسطينيين، 2012.
- عبد الله غزلان وآخرون، مجموعة الأحكام القضائية والمبادئ القانونية الصادرة عن محكمة النقض في رام الله، ط1، جمعية القضاة الفلسطينيين، 2008.
- عبد الله غزلان وآخرون، مجموعة الأحكام القضائية والمبادئ القانونية الصادرة عن محكمة النقض، 2007.
- مجموعة المبادئ القانونية الصادرة عن محكمة النقض الفلسطينية في القضايا الحقوقية لسنة 2004، اصدار المكتب الفني، الجزء الثاني 2009.
- قاعدة التشريعات والإجتهادات المصرية. Arablegalportal.org/egyptverdicts
- محمد حداد، الاجتهاد القضائي والمبادئ القانونية لمحكمة التمييز الاردنية، ج2، وكالة التوزيع الاردنية، 1993.

- محمد خالد ويوسف خالد، **الإجتهاد القضائي "المباديء القانونية لمحكمة التمييز الأردنية في المواد المدنية والتجارية"**، ج6، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2000.
- ناظم عويضة، **أحكام محكمة النقض "عزة، رام الله، القاهرة"**، دار المنارة، غزة، 2005.
- منشورات مركز عدالة.
- المجلة القانونية، نقابة المحامين النظاميين الفلسطينيين، العدد الأول، 2013.

الأبحاث

- سامر الفارس وفراس ملحم، **أسس التشريع في فلسطين**، معهد الحقوق، جامعة بير زيت، بحث غير منشور.
- عادل اللوزي، **سلطة القاضي الأردني في الحكم بالإحالة لعدم الإختصاص**، بحث منشور، تاريخ النشر 2007/2/19.
- هادي الكعبي، **الأثر الإجرائي، للواقع والقانون في تحديد وصف محكمة التمييز "دراسة مقارنة"**، كلية القانون، جامعة بابل، بحث غير منشور.

المقالات

- أحمد سليمان، **"هل يجوز الإستماع لشهادة الشخص لنفسه"**، مجلة العدالة والقانون، العدد 4، حزيران 2006.
- عبد الله غزلان، **أحكام شطب الدعوى في قانون الأصول**، مجلة العدالة والقانون، (د.ع)، رام الله، 2005.
- لؤي الحسيني، **النظام القانوني للدفع بعدم القبول**، مجلة العدالة والقانون، العدد 13، (د.س).

المعاجم

- المنجد في اللغة والأعلام، ط43، دار الشروق، بيروت، 2008.