

الدفع بعدم الخصومة القضائية في الشريعة الإسلامية والقانون

إعداد

محمد فهد محمد غرايبة

المشرف

الأستاذ الدكتور محمد القضاة

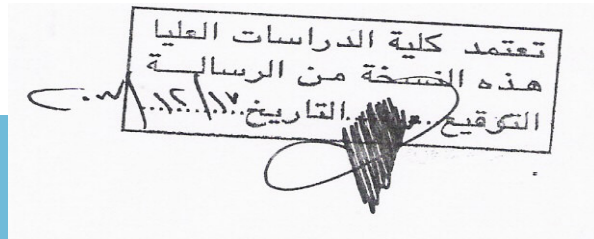
قدّمت هذه الأطروحة استكمالاً لمتطلبات الحصول على درجة الدكتوراه في

القضاء الشرعي.

كلية الدراسات العليا

الجامعة الأردنية

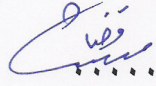
كانون أول، ٢٠٠٧م



نوقشت هذه الأطروحة : الدفع بعدم الخصومة القضائية في الشريعة
الإسلامية والقانون وأجيزت بتاريخ ٢٩/١١/٢٠٠٧ م .

أعضاء لجنة المناقشة

التوقيع



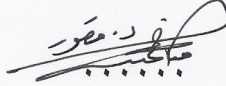
الأستاذ الدكتور محمد أحمد القضاة - مشرفا
أستاذ/ الفقه المقارن



الأستاذ الدكتور محمود علي السرطاوي - عضوا
أستاذ/ الفقه المقارن



الدكتور عباس أحمد الباز - عضوا
أستاذ مشارك / الفقه وأصوله



الدكتور منصور الطوالة - عضوا
دائرة قاضي القضاة

تعتمد كلية الدراسات العليا
هذه النسخة من الرسالة
التوقيع... التاريخ... ٢٠٠٧

الإهداء

❖ إلى من تمسك بالعدل والفضيلة، وابتعد عن كل ظلم وورذيلة في كل
الميادين، وشعر بلذة الحق والإنصاف في كل حين.

إمضاء

محمد فهد محمد الغرايبة

شكر وتقدير

أشكر كل من ساعدني ومدّ لي يد العون والنصيحة من أجل إنجاز هذه الأطروحة، وأخص بالذكر مشرفي الفاضل الأستاذ الدكتور محمد القضاة، الذي ساعدني من أجل إخراج هذه الدراسة على أحسن وجه.

وأشكر لجنة المناقشة على إتاحة الفرصة لي لمناقشة هذه الدراسة.

وأتوجه بالشكر إلى السيد محمد عبدالقادر إسماعيل عبدالقادر -مدير مركز البردويل للكمبيوتر- على جهوده الكبيرة من أجل طباعة هذه الأطروحة، وأتوجه بالشكر إلى زوجتي (أم فهد) التي قامت بمساعدتي في تدقيق هذه الأطروحة، والشكر موصول لكل من أسدى إلي نصيحة، ومد يد العون ولو بكلمة من أجل إنجاز هذه الأطروحة.

والله من وراء القصد،،،

محمد فهد محمد غرايبة

فهرس المحتويات

الصفحة	الموضوع
ب	قرار لجنة المناقشة
ج	الإهداء
د	شكر وتقدير
هـ	فهرس المحتويات
ن	الملخص باللغة العربية
١	المقدمة
١٠	الفصل الاول:
	الدفع، حقيقته، مشروعيته، وجوهه، شروطه، وأنواعه
١٢	المبحث الأول: حقيقة الدفع
١٢	المطلب الأول: الدفع لغة
١٣	المطلب الثاني: الدفع اصطلاحا
١٣	المسألة الأولى: الدفع في اصطلاح الفقهاء
١٤	المسألة الثانية: الدفع في اصطلاح القانونيين
١٩	المبحث الثاني: مشروعية الدفع.
١٩	المطلب الأول: مشروعية الدفع في الشريعة الإسلامية
١٩	المسألة الأولى: مشروعية الدفع في كتاب الله سبحانه وتعالى
٢١	المسألة الثانية: مشروعية الدفع في السنة النبوية
٢٣	المطلب الثاني: مشروعية الدفع في القانون

٢٤	المطلب الثالث: الأدلة العقلية على مشروعية الدفع
٢٦	المبحث الثالث: شروط الدفع ووجوهه وكيفية الفصل به
٢٦	المطلب الأول: شروط الدفع
٢٦	الفرع الأول: شروط الدفع عند الفقهاء المسلمين
٢٦	الفرع الثاني: شروط الدفع في القانون
٢٧	المطلب الثاني: وجوه دفع الدعوى
٣٠	المطلب الثالث: المحكمة المختصة بنظر الدفع
٣١	المطلب الرابع: الحكم الصادر بالدفع في القانون
٣٢	المطلب الخامس: المشاكل التي تثيرها نظرية الدفع في القانون
٣٦	المبحث الرابع: أنواع الدفع
٣٦	المطلب الأول: أنواع الدفع في الفقه والقانون
٣٩	المطلب الثاني: الدفع الموضوعي في الفقه والقانون
٤٣	المطلب الثالث: الدفع الشكلي في الفقه والقانون
٤٨	المطلب الرابع: الدفع المتعلق بالنظام العام في الفقه والقانون
٥٢	المطلب الخامس: الفرق بين أنواع الدفع
٥٧	الفصل الثاني:
	الدفع بعدم الخصومة القضائية
٥٩	المبحث الأول: حقيقة الدفع بعدم الخصومة والتكييف الفقهي والقانوني له.
٥٩	المطلب الأول: تعريف الخصومة
٥٩	الفرع الأول: الخصومة في اللغة
٦٠	الفرع الثاني: الخصومة في الإصطلاح

- ٦٠ المسألة الأولى: تعريف الخصومة عند الفقهاء
- ٦١ المسألة الثانية: تعريف الخصومة في القانون
- ٦٣ المطلب الثاني: من يكون خصما؟
- ٦٦ المطلب الثالث: الدفع بعدم الخصومة في الفقه الإسلامي والقانون
- ٦٦ ١- الدفع بعدم الخصومة في الفقه الإسلامي
- ٦٧ ٢- الدفع بعدم القبول في القانون
- ٦٩ المطلب الرابع: التكييف الفقهي والقانوني للدفع بعدم الخصومة
- ٦٩ ١- التكييف الفقهي للدفع بعدم الخصومة
- ٧٤ ٢- التكييف القانوني للدفع بعدم القبول
- ٧٦ المبحث الثاني: صورة الدفع بعدم الخصومة في المسائل الخمسة في الفقه والقانون
- ٧٦ المطلب الأول: الدفع بعدم الخصومة في المسائل الخمسة
- ٨٠ المطلب الثاني: آراء الفقهاء في المسائل الخمسة
- ٨٢ المطلب الثالث: شروط المسائل الخمسة
- ٨٤ المطلب الرابع: رأي القانون في المسائل الخمسة
- ٨٧ المطلب الخامس: المسائل التي احترز منها بذكر المسائل الخمسة
- ٩٠ **الفصل الثالث:**
- الدفع بعدم الخصومة لانتفاء المصلحة في الدعوى**
- ٩٠ المبحث الأول: تعريف الشرط والمصلحة والعلاقة بينهما
- ٩٠ المطلب الأول: تعريف الشرط
- ٩١ المطلب الثاني: تعريف المصلحة
- ٩٤ المطلب الثالث: العلاقة بين الحق والمصلحة

- ٩٤ أولاً: العلاقة بين الحق والمصلحة في الفقه الإسلامي
- ٩٥ ثانياً: العلاقة بين الحق والمصلحة في القانون
- ٩٧ المطلب الرابع: تفاوت المصالح في الأهمية
- ٩٩ المطلب الخامس: المصلحة المشروعة في الفقه الإسلامي
- ١٠٠ المطلب السادس: مدى اشتراط المصلحة حتى الفصل في الدعوى
- ١٠٢ المطلب السابع: الفصل في الدفع بعدم الخصومة لانتفاء المصلحة
- ١٠٧ المبحث الثاني: كون المصلحة لا بد أن تكون قانونية ومشروعة في الدعوى
- ١٠٧ المطلب الأول: معنى أن تكون المصلحة قانونية في الدعوى
- ١٠٨ المطلب الثاني: المصلحة في القانون
- ١١٠ المطلب الثالث: الدعوى غير المشروعة في الفقه الإسلامي
- ١١٢ المطلب الرابع: تطبيقات الدعوى غير القانونية
- ١١٢ أولاً: الدعوى الاقتصادية
- ١١٣ ثانياً: الدعوى الاستفهامية
- ١١٤ ثالثاً: الدعوى الملوثة
- ١١٦ المطلب الخامس: كيفية الفصل في الدعوى لانتفاء المصلحة القانونية
- ١١٩ المبحث الثالث: كون المصلحة لا بد أن تكون قائمة في الدعوى وليست محتملة
- ١١٩ المطلب الأول: معنى شرط أن تكون المصلحة قائمة وليست محتملة في الدعوى
- ١٢٠ المطلب الثاني: الاستثناء من هذه القاعدة
- ١٢١ أولاً: الدعوى التي يقصد منها الاحتياط لدفع ضرر محقق
- ١٢٧ ثانياً: الحالة التي يراد منها الاستيثاق لحق يخشى زوال دليبه

والحالة التي يبتغي فيها صاحب الحق من تأكيد واقعة خشية زوال الدليل.

- المبحث الرابع: كون المصلحة لا بد أن تكون شخصية ومباشرة في الدعوى. ١٣٢
- المطلب الأول: معنى شرط أن تكون المصلحة شخصية ومباشرة في الدعوى ١٣٢
- المطلب الثاني: بعض حالات الدعاوى ذات المصلحة المباشرة ١٣٣
١. المؤجر مع المستأجر ١٣٣
٢. دعوى المسؤولية ١٣٤
٣. الموكل مع نائب الوكيل ١٣٦
٤. المقاول والعمال مع رب العمل ١٣٨
٥. المتضرر من شركة التأمين ١٣٩
- المطلب الثالث: الدعوى غير المباشرة ١٣٩
١. الدعوى التي يرفعها الدائن على مدين المدين ١٤٠
٢. دعاوى النقابات والجمعيات ١٤١
٣. دعوى النيابة العامة ١٤٢
- المطلب الرابع: تطبيقات عملية بشرط المصلحة في الدعوى ١٤٣
- الفصل الرابع: ١٤٦
- الدفع بعدم الخصومة لانتفاء شرط الصفة في الدعوى
- المبحث الأول: الصفة في الدعوى ١٤٦
- المطلب الأول: تعريف الصفة عند الفقهاء ١٤٦
- المطلب الثاني: التمييز بين الصفة في الدعوى والتمثيل القانوني ١٤٧

- ١٤٨ المطلب الثالث: دعوى المطالبة بالحق للغير
- ١٤٩ المطلب الرابع: دعوى صاحب الحق لنفسه
- ١٥٢ أولاً: الخصم في دعوى الدين
- ١٥٤ ثانياً: الخصم في دعوى العين
- ١٥٦ ثالثاً: الخصم في دعوى الإرث وتصحيحه
- ١٥٨ رابعاً: الخصم في دعوى القول
- ١٥٩ خامساً: الخصم في دعوى الفعل
- ١٦٠ سادساً: الخصم في دعوى التعويض
- ١٦١ سابعاً: الخصم في دعوى الحجر وفكّه
- ١٦٣ ثامناً: الخصم في دعوى العقد
- ١٦٥ تاسعاً: دعاوى المتعلقة بحق الانتفاع نفسه
- ١٦٦ المطلب الخامس: دعاوى الحقوق المشتركة
- ١٦٦ أولاً: دعوى الحسبة
- ١٦٨ ثانياً: دعوى الحقوق المشتركة
- ١٦٩ ثالثاً: دعوى الجمعيات والنقابات
- ١٧٢ المبحث الثاني: الدفع بعدم الخصومة لانتفاء الأهلية
- ١٧٢ المطلب الأول: تعريف الأهلية عند الفقهاء المسلمين
- ١٧٤ المطلب الثاني: تعريف الأهلية في القانون
- ١٧٦ المطلب الثالث: أهلية الوجوب في الذمة المالية
- ١٧٧ المطلب الرابع: الولاية والوصاية
- ١٧٧ أولاً: الولاية

- ١٨٠ ثانيا: الوصاية
- ١٨٣ المطلب الخامس: المراحل التي يمر بها الإنسان لحين بلوغه
- ١٨٧ المطلب السادس: عوارض الأهلية
- ١٨٨ القسم الأول: عوارض الأهلية السماوية
- ١٩١ القسم الثاني: عوارض الأهلية المكتسبة
- ١٩٣ المطلب السابع: من يصح له أن يكون خصما عند الفقهاء المسلمين
- ١٩٧ الفصل الخامس:
- الدفع بعدم الخصومة؛ لانتفاء شرط المعلوماتية في الدعوى، ولتناقض المدعي في دعواه، ولكون القضية مقضية.
- ١٩٧ المبحث الأول: الدفع بعدم الخصومة لانتفاء شرط المعلوماتية في الدعوى
- ١٩٧ المطلب الأول: الدفع بعدم الخصومة لعدم معلوماتية المدعى به
- ١٩٩ المطلب الثاني: مدى لزوم معلوماتية المدعى به لصحة الدعوى
- ٢٠٠ المطلب الثالث: شرط معلوماتية المدعى عليه
- ٢٠٢ المطلب الرابع: شرط المعلوماتية في الدعوى عند تقديم اللائحة
- ٢٠٤ المطلب الخامس: محتويات الدعوى في القانون
- ٢٠٦ المطلب السادس: الاستثناءات الواردة على شرط معلوماتية المدعى به
- ٢٠٨ المطلب السابع: بعض التطبيقات العملية على شرط المعلوماتية في الدعوى
- ٢١٠ المطلب الثامن: مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي في شرط معلوماتية المدعى به
- ٢١٣ المبحث الثاني: الدفع بعدم الخصومة لتناقض المدعي في دعواه وعدم قبولها
- ٢١٣ المطلب الأول: الدفع بعدم الخصومة لتناقض المدعي في دعواه

- ٢١٤ المطلب الثاني: شروط التناقض
- ٢١٦ المطلب الثالث: أنواع التناقض
- ٢١٦ أولاً: التناقض الذي لا يمنع سماع الدعوى
- ٢١٨ ثانياً: التناقض الذي يمنع سماع الدعوى
- ٢١٩ المطلب الرابع: أمثلة على التناقض الذي لا تسمع الدعوى فيه إلا إذا وُقِّق المدعي في دعواه
- ٢٢٠ المطلب الخامس: إرتفاع التناقض
- ٢٢٥ المطلب السادس: شرط عدم تناقض المدعي في دعواه في القانون
- ٢٢٧ المبحث الثالث: الدفع بانتهاء الخصومة كون القضية مقضية
- ٢٢٧ المطلب الأول: مدى إلزامية الحكم القضائي وحجية في الفقه الإسلامي
- ٢٢٩ المطلب الثاني: حجية الأمر المقضي في القانون
- ٢٣٠ المطلب الثالث: شروط الحجية في الأمر المقضي به في القانون
- ٢٣٢ المطلب الرابع: أهمية الفصل في الدعوى القضائية في الفقه الإسلامي
- ٢٣٣ المطلب الخامس: أسباب نقض الحكم في الفقه الإسلامي
- ٢٣٨ المطلب السادس: لزوم الحكم في المجتهديات
- ٢٤٠ المطلب السابع: الدفع بعدم الخصومة كون القضية مقضية في القانون
- ٢٤٢ المطلب الثامن: مدى قوة القضية المقضية في حالة اكتشاف أدلة إثبات جديدة في القانون
- ٢٤٣ المطلب التاسع: مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي في شروط الدعوى

٢٤٧

الفصل السادس:

الدفع بعدم الخصومة لسبق الصلح بالدعوى والدفع المتعلقة بعوارض الخصومة

٢٤٧

المبحث الأول: الدفع بعدم الخصومة لسبق الصلح بالدعوى

٢٤٧

المطلب الأول: الصلح تعريفه أركانه وشروطه

٢٥٠

المطلب الثاني: أنواع الصلح في الفقه الإسلامي

٢٥٢

المطلب الثالث: الصلح في القانون

٢٥٤

المطلب الرابع: الدفع بعدم الخصومة لسبق الصلح بالدعوى في الفقه الإسلامي

٢٥٦

المطلب الخامس: الصلح على مجهول بمعلوم

٢٥٨

المطلب السادس: الدفع بعدم القبول لسبق الصلح بالدعوى في القانون

٢٦١

المبحث الثاني: الدفع المتعلقة بعوارض الخصومة

٢٧٦

المبحث الثالث: الوكالة في الخصومة

٢٧٦

المطلب الأول: الوكالة

٢٧٨

المطلب الثاني: الوكالة في الخصومة في الفقه الإسلامي

٢٨١

المطلب الثالث: الوكالة في الخصومة في القانون

٢٨٤

المطلب الرابع: شروط الوكالة بالخصومة

٢٨٥

المبحث الرابع: وقت إثارة الدفع بعدم الخصومة

٢٨٥

المطلب الأول: وقت إثارة الدفع بعدم الخصومة في الفقه

٢٨٧

المطلب الثاني: وقت إثارة الدفع بعدم القبول في القانون

٢٩٠

الخاتمة

٢٩٣

المراجع

٣١١

الملخص باللغة الانجليزية

الدفع بعدم الخصومة القضائية في الشريعة الإسلامية والقانون

إعداد

محمد فهد محمد غرايبة

المشرف

الأستاذ الدكتور محمد القضاة

ملخص

تناولت هذه الدراسة موضوع الدفع بعدم الخصومة القضائية في الشريعة الإسلامية والقانون، وتهدف إلى تأصيل هذا النوع من أنواع الدفوع في الفقه الإسلامي، ومقارنة هذا الدفع بين الفقه والقانون، وبيان أحكام هذا الدفع ودراسة عملية لهذا الدفع.

واشتملت هذه الدراسة على ستة فصول:

فالفصل الأول: جاء كدراسة تمهيدية للدفع بشكل عام من أجل تمييز الدفوع بأنواعها المختلفة عن بعضها بعضاً.

أما الفصل الثاني: فقد جاء ليبين حقيقة الدفع بعدم الخصومة في الفقه، والذي يطلق عليه الدفع بعدم القبول في القانون والتكييف الفقهي والقانوني له، وجاء أيضاً ليبين صورة هذا الدفع في المسائل الخمسة في الفقه والقانون.

وأما الفصل الثالث فقد جاء ليبين الدفع بعدم الخصومة لانتفاء شرط المصلحة في الدعوى في الفقه والقانون، والتكييف الفقهي والقانوني له .

وأما الفصل الرابع: فقد جاء ليبين الدفع بعد الخصومة لانتفاء الصفة في الدعوى في الفقه والقانون والتكييف الفقهي والقانوني له.

وأما الفصل الخامس: فقد جاء ليبين الدفع بعدم الخصومة لانتهاء شرط المعلوماتية في الدعوى، والدفع بعدم الخصومة لتناقض المدعي في دعواه، والدفع بانتهاء الخصومة كون القضية مقضية وقد أصلت ذلك في الفقه والقانون.

وأما الفصل السادس فقد جاء ليبين الدفع بانتهاء الخصومة للصلح في الدعوى، كما بينت فيه الدفوع المتعلقة بعوارض الخصومة في الفقه والقانون، وبينت فيه أيضاً رأي الفقه والقانون في الوكالة بالخصومة، ووقت إثارة الدفع بعدم الخصومة في الفقه والقانون.

وختمت هذه الدراسة بأهم النتائج التي توصلت إليها.

المقدمة

الحمد لله رافع القسط خافض الذل، المحرّم الظلم على نفسه، أنزل العدل وخلق الإنسان، العادل الذي لا ينام، والصلاة والسلام على خير الورى محمد بن عبدالله المجتبى، صلى عليه ربنا ومجداً الأل والصحب دوماً سرمداً. أما بعد:-

فقد عنيت الشريعة الإسلامية الغراء، بـتنظيم طرق الخصومات في القضاء، فلم تدعها بلا ضابط وفق هوى الخصوم، فالدفوع وطرق الإثبات والبيينات التي تقام عليها، شأنها شأن باقي الأحكام، أحكام شريعتنا الغراء التي يجب التقيد بها، وتطبيقها وفق الأحكام المستتبطة من الأدلة التفصيلية، وكل ذلك من أجل تحقيق مقصد وهدف نبيل، ألا وهو تحقيق العدل والمساواة بين الناس،

فقال تعالى: ﴿...﴾
...
وقال: ﴿...﴾^(١).
...
...
...^(٢)، ولا أدل على ذلك أيضاً من قوله
تعالى: ﴿...﴾
...
...
...^(٣)

(١) سورة الشورى، الآية (١٧).
(٢) سورة الحديد، الآية (٢٥).

All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

المختلفة، وصور التقاضي التي تقوم عليها، وتقنين أحكامها ضرورة ملحة، من أجل أن لا يظلم أحد، وحتى تقطع الخصومات بين الناس بشكل صحيح، وتحقيقاً للعدل من أجل إرضاء رب الأرض والسموات.

ومع فساد الذمم وتطور الحوادث وكثرة النزاعات، نظمت الطرق القضائية الفقهية بطرق تجعلنا نتحرى الحق والصواب في دفوع الدعوى، فكان عنوان البحث "الدفع بعدم الخصومة القضائية في الشريعة الإسلامية والقانون" والذي أُبين فيه كيفية دفع الخصومة عن المدعى عليه، ومع بحث هذا الموضوع قمت بدراسة الدفع وبينت الفرق بينه وبين أنواع الدفوع الأخرى، وأما صور هذا الدفع فهي كما يأتي:

أولاً: أن يقول المدعي: إن يدي على هذه العين هي يد حفظ وليست يد خصومة، وهذه الصورة تعود إلى المسائل الخمسة، والتي سيتم تفصيلها.

ثانياً: الدفع بعدم الخصومة لانتفاء شرط من شروط الدعوى، كانتفاء شرط المصلحة في الدعوى.

ثالثاً: دفع المدعى عليه بعدم الخصومة في الدعوى، لسبق الصلح بينه وبين المدعى على موضع الحق المتنازع فيه.

رابعاً: دفع المدعى عليه بعدم الخصومة في الدعوى، كون القضية مقضية وسبق الفصل بها من القضاء.

وقد قمت بتأصيل أحكام هذا الدفع في الفقه والقانون؛ إذ إن القانون يطلق على هذا النوع من أنواع الدفوع الدفع بعدم القبول، والذي يقصد منه المدعى عليه. بالإضافة إلى دفع الخصومة عن نفسه منع المحكمة من النظر في الدعوى؛ لأن حق المدعي في طلب الحماية القضائية يتعين عدم قبوله لتخلف شرط من شروط قبول دعواه، على أن بعض صور هذا الدفع قد تنهي الخصومة في الدعوى بشكل دائم، وبعضها قد تنتهي بشكل مؤقت.

وأخيراً رحم الله امرءاً أهدى إليّ عيوبي، وكل ابن آدم خطاء وما كان من صواب فمن الله، وما كان من خطأ فمن نفسي، والله المستعان . نسأل الله أن يجعل جميع أعمالنا خالصة لوجهه الكريم هو ولي ذلك والقادر عليه.

(١) سورة النساء، الآية (٥٨)،

سبحانك اللهم وبحمدك ، أشهد أن لا إله إلا أنت أستغفرك وأتوب إليك.

مشكلة الدراسة:

تحاول هذه الدراسة الإجابة عن التساؤلات التالية:

- أ- ما مفهوم الدفع بعدم الخصومة في الفقه الإسلامي؟
- ب- ما مفهوم الدفع بعدم القبول في القانون؟
- ج- ما الفرق بين الدفع بعدم الخصومة وأنواع الدفوع الأخرى؟
- د- ما صور الدفع بعدم الخصومة في الفقه الإسلامي والقانون؟
- هـ- ما الخصومة في الفقه الإسلامي والقانون؟ وهل تجوز الوكالة فيها؟
- و- ما التطبيقات العملية للدفع بعدم الخصومة؟
- ز- ما وقت إثارة الدفع بعدم الخصومة في الفقه والقانون؟

خطة الدراسة ومحتواها:

رتبت هذه الدراسة في ستة فصول وخاتمة وهي كما يأتي:

الفصل الأول: الدفع: حقيقته، مشروعيته، وجوهه، شروطه وأنواعه. وفيه أربعة مباحث:

المبحث الأول: حقيقة الدفع:

المطلب الأول: الدفع لغة.

المطلب الثاني: الدفع اصطلاحاً.

المبحث الثاني: مشروعية الدفع:

المطلب الأول: مشروعية الدفع في الشريعة الإسلامية.

المطلب الثاني: مشروعية الدفع في القانون.

المطلب الثالث: الأدلة العقلية على مشروعية الدفع.

المبحث الثالث: شروط الدفع ووجوهه وكيفية الفصل به:

المطلب الأول: شروط الدفع.

المطلب الثاني: وجوه دفع الدعوى.

المطلب الثالث: المحكمة المختصة بنظر الدفع.

المطلب الرابع: الحكم الصادر بالدفع في القانون.

المطلب الخامس: المشاكل التي تثيرها نظرية الدفع في القانون.

المبحث الرابع: أنواع الدفع:

المطلب الأول: أنواع الدفع في الفقه والقانون.

المطلب الثاني: الدفع الموضوعي في الفقه والقانون.

المطلب الثالث: الدفع الشكلي في الفقه والقانون.

المطلب الرابع: الدفع المتعلقة بالنظام العام في الفقه والقانون.

المطلب الخامس: الفرق بين أنواع الدفع.

الفصل الثاني: الدفع بعدم الخصومة القضائية، وفيه مبحثان:

المبحث الأول: حقيقة الدفع بعدم الخصومة والتكييف الفقهي والقانوني له:

المطلب الأول: تعريف الخصومة.

المطلب الثاني: من يكون خصماً؟

المطلب الثالث: الدفع بعدم الخصومة في الفقه الإسلامي والقانون.

المطلب الرابع: التكييف الفقهي والقانوني للدفع بعدم الخصومة.

المبحث الثاني: صور الدفع بعدم الخصومة في المسائل الخمسة في الفقه والقانون:

المطلب الأول: الدفع بعدم الخصومة في المسائل الخمسة.

المطلب الثاني: آراء الفقهاء في المسائل الخمسة.

المطلب الثالث: شروط المسائل الخمسة.

المطلب الرابع: رأي القانون في المسائل الخمسة.

المطلب الخامس: المسائل التي احترز منها بذكر المسائل الخمسة.

الفصل الثالث: الدفع بعدم الخصومة لانتفاء المصلحة في الدعوى، وفيه أربعة مباحث:

المبحث الأول: تعريف الشرط والمصلحة والعلاقة بينهما:

المطلب الأول: تعريف الشرط.

المطلب الثاني: تعريف المصلحة.

المطلب الثالث: العلاقة بين الحق والمصلحة.

المطلب الرابع: تفاوت المصالح في الأهمية.

المطلب الخامس: المصلحة المشروعة في الفقه الإسلامي.

- المطلب السادس: مدى اشتراط المصلحة إلى حين الفصل في الدعوى.
- المطلب السابع: الفصل في الدفع بعدم الخصومة لانتفاء المصلحة.
- المبحث الثاني: كون المصلحة لا بد أن تكون قانونية ومشروعة في الدعوى:
- المطلب الأول: معنى أن تكون المصلحة قانونية في الدعوى.
- المطلب الثاني: المصلحة في القانون.
- المطلب الثالث: الدعوى غير المشروعة في الفقه الإسلامي.
- المطلب الرابع: تطبيقات الدعاوى غير القانونية.
- المطلب الخامس: كيفية الفصل في الدعوى لانتفاء المصلحة القانونية.
- المبحث الثالث: كون المصلحة لا بد أن تكون قائمة في الدعوى وليست محتملة:
- المطلب الأول: معنى شرط أن تكون المصلحة قائمة وليست محتملة في الدعوى.
- المطلب الثاني: الاستثناء من هذه القاعدة.
- المبحث الرابع: كون المصلحة لا بد أن تكون شخصية ومباشرة في الدعوى:
- المطلب الأول: معنى شرط أن تكون المصلحة شخصية ومباشرة في الدعوى.
- المطلب الثاني: بعض حالات الدعاوى ذات المصلحة المباشرة.
- المطلب الثالث: الدعوى غير المباشرة.
- المطلب الرابع: تطبيقات عملية بشرط المصلحة في الدعوى.
- الفصل الرابع: الدفع بعدم الخصومة لانتفاء شرط الصفة في الدعوى ، وفيه مبحثان:**
- المبحث الأول: الصفة في الدعوى:
- المطلب الأول: تعريف الصفة عند الفقهاء.
- المطلب الثاني: التمييز بين الصفة في الدعوى والتمثيل القانوني.
- المطلب الثالث: دعوى المطالبة بالحق للغير.
- المطلب الرابع: دعوى صاحب الحق لنفسه.
- المطلب الخامس: دعاوى الحقوق المشتركة.
- المبحث الثاني: الدفع بعدم الخصومة لانتفاء الأهلية:
- المطلب الأول: تعريف الأهلية عند الفقهاء المسلمين.
- المطلب الثاني: تعريف الأهلية في القانون.

المطلب الثالث: أهلية الوجوب في الذمة المالية.

المطلب الرابع: الولاية والوصاية.

المطلب الخامس: المراحل التي يمر بها الإنسان لحين بلوغه.

المطلب السادس: عوارض الأهلية.

المطلب السابع: من يصح أن يكون خصماً عند الفقهاء المسلمين.

الفصل الخامس: الدفع بعدم الخصومة لانتفاء شرط المعلوماتية في الدعوى ولتناقض المدعي في

دعواه، ولكون القضية مقضية. وفيه ثلاثة مباحث:

المبحث الأول: الدفع بعدم الخصومة لانتفاء شرط المعلوماتية في الدعوى:

المطلب الأول: الدفع بعدم الخصومة لعدم معلوماتية المدعى به.

المطلب الثاني: مدى لزوم معلوماتية المدعى به لصحة الدعوى.

المطلب الثالث: شرط معلوماتية المدعى عليه.

المطلب الرابع: شرط المعلوماتية في الدعوى عند تقديم الالتماس.

المطلب الخامس: محتويات الدعوى في القانون.

المطلب السادس: الاستثناءات الواردة على شرط معلوماتية المدعى به.

المطلب السابع: بعض التطبيقات العملية على شرط المعلوماتية في الدعوى.

المطلب الثامن: مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي في شرط معلوماتية المدعى

به.

المبحث الثاني: الدفع بعدم الخصومة لتناقض المدعي في دعواه وعدم قبولها:

المطلب الأول: الدفع بعدم الخصومة لتناقض المدعي في دعواه.

المطلب الثاني: شروط التناقض.

المطلب الثالث: أنواع التناقض.

المطلب الرابع: أمثلة على التناقض الذي لا تسمع الدعوى فيه إلا إذا وفق المدعي في

دعواه.

المطلب الخامس: إرتفاع التناقض

المطلب السادس: شرط عدم تناقض المدعي في دعواه في القانون.

المبحث الثالث: الدفع بانتهاء الخصومة كون القضية مقضية:

- المطلب الأول: مدى إلزامية الحكم القضائي وحجبيته في الفقه الإسلامي.
- المطلب الثاني: حجبية الأمر المقضي في القانون.
- المطلب الثالث: شروط الحجبية في الأمر المقضي به في القانون.
- المطلب الرابع: أهمية الفصل في الدعوى القضائية في الفقه الإسلامي.
- المطلب الخامس: أسباب نقض الحكم في الفقه الإسلامي.
- المطلب السادس: لزوم الحكم في المجتهدين.
- المطلب السابع: الدفع بعدم الخصومة كون القضية مقضية في القانون.
- المطلب الثامن: مدى قوة القضية المقضية في حالة اكتشاف أدلة إثبات جديدة في القانون.
- المطلب التاسع: مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي في شروط الدعوى.
- الفصل السادس: الدفع بعدم الخصومة لسبق الصلح بالدعوى والدفع المتعلقة بعوارض الخصومة، وفيه أربعة مباحث:**
- المبحث الأول: الدفع بعدم الخصومة لسبق الصلح بالدعوى:
- المطلب الأول: الصلح؛ تعريفه وأركانه وشروطه.
- المطلب الثاني: أنواع الصلح في الفقه الإسلامي.
- المطلب الثالث: الصلح في القانون.
- المطلب الرابع: الدفع بعدم الخصومة لسبق الصلح بالدعوى في الفقه الإسلامي.
- المطلب الخامس: الصلح على مجهول بمعلوم.
- المطلب السادس: الدفع بعدم القبول لسبق الصلح بالدعوى في القانون.
- المبحث الثاني: الدفع المتعلقة بعوارض الخصومة:
- (١) ترك الخصومة في الفقه والقانون.
- (٢) انقطاع الخصومة في الفقه والقانون.
- (٣) وقف الخصومة في الفقه والقانون.
- (٤) سقوط الخصومة في الفقه والقانون.
- المبحث الثالث: الوكالة في الخصومة:
- المطلب الأول: الوكالة.

المطلب الثاني: الوكالة في الخصومة في الفقه الإسلامي.

المطلب الثالث: الوكالة في الخصومة في القانون.

المطلب الرابع: شروط الوكالة في الخصومة.

المبحث الرابع: وقت إثارة الدفع بعدم الخصومة:

المطلب الأول: وقت إثارة الدفع بعدم الخصومة في الفقه الإسلامي.

المطلب الثاني: وقت إثارة الدفع بعدم القبول في القانون.

ثم أنهيت دراستي بخاتمة تضمنت أهم النتائج التي توصلت إليها.

أهمية الدراسة وأهدافها:

تبدو أهمية الدراسة من الأهداف التي تسعى إلى تحقيقها والمتمثلة فيما يأتي:-

- (١) جاءت هذه الدراسة لتعطي تصوراً واضحاً عن الدفع بعدم الخصومة، دراسة فقهية مقارنة ورأي القانون في هذا الدفع.
- (٢) مع تطور الدولة والقانون، فقد تطورت أحكام هذا الدفع وتعددت صورته؛ فلا بد من دراسة أحكام هذا الدفع، وتوضيح صورته، وبيان الفرق فيه بين الفقه والقانون.
- (٣) حصول التناقض العملي عند السير به عملياً؛ فلا من تأصيل أحكامه في الفقه والقانون، حتى لا يكون في أحكامه تناقض.
- (٤) اختلاف أثر هذا الدفع عند إثارته من المدعى عليه، إذ أن أثر هذا الدفع قد ينهي الخصومة بشكل مؤقت أو دائم، مما يوجب توضيح صور هذا الدفع.
- (٥) الاختلاف في وقت إثارة هذا الدفع عند الفقهاء والقانونيين من المدعى عليه، لذلك توجب تأصيل أحكامه، وبيان الراجح منها.

منهجية البحث:

اعتمدت في دراستي على المنهج الاستقرائي التحليلي المقارن والذي يقوم على استقراء آراء الفقهاء في الدفع بعدم الخصومة، ورأي القانون في الدفع بعدم القبول، ثم تحليل هذه الآراء وتدقيقها وتدعيمها بالأدلة النقلية والعقلية، ثم المقارنة بين هذه الآراء وبيان قوتها وضعفها. وقد استخدمتُ

القواعد العملية الصحيحة والدقيقة التي توصل إلى الرأي الأقوى، والذي تقويه وتدعمه الأدلة النقلية والعقلية الأقوى.

وفي الختام، هذا هو منهجي في هذه الدراسة التي أتمنى أن أكون قد وفقت فيها، فإن أصبت فهو من الله وإن أخطأت فهو من نفسي. اللهم إني أسألك التوفيق والسداد وأن تجعل هذا العمل ابتغاء وجهك العظيم.

الفصل الأول

الدفع

حقيقته، مشروعيته، وجوهه، شروطه، وأنواعه.

المبحث الأول: حقيقة الدفع.

المطلب الأول: الدفع لغة.

المطلب الثاني: الدفع اصطلاحا.

المسألة الأولى: الدفع في اصطلاح الفقهاء.

المسألة الثانية: الدفع في الإصطلاح القانوني.

المبحث الأول: حقيقة الدفع.

المطلب الأول: الدفع لغة.

الدفع مصدر للفعل (دَفَعَ) فنقول: دفع يدفع دفعاً. والدفع في اللغة يأتي على عدة معان نذكر منها:

١. التحتية والإزالة فنقول: دفع يدفع دفعاً الشيء: نجاه وأزاله بقوة، ودفع إليه الشيء بمعنى: رده. ودفع عنه الشيء بمعنى: أزال عنه الأذى.^(١)

٢. الإنتهاء والإنصراف فنقول: هذا الطريق يدفع إلى المكان كذا؛ أي ينتهي إليه ، ونقول: غشينا سحابة فدفعناها إلى غيرنا: أي انصرفت عنا إليهم، ونقول اندفع الفرس: أي أسرع في سيره.^(٢)

٣. المماطلة فالمدافعة تأتي بمعنى المماطلة، فنقول: سيد غير مدافع؛ بمعنى أنه غير مزاحم.^(٣)

٤. الإبعاد فنقول: تدافعوا الشيء؛ أي دفعه كل واحد منهم عن نفسه. ودفع عنه الشر: بمعنى أبعده عن الشر، ومنه قولهم: "ادفع الشر ولو إصبعا".^(٤)

٥. الحماية فإذا عدي بعن اقتضى: معنى الحماية ومنه قوله تعالى: ﴿لِيُحِثُّوا عَلَيْهِمْ حَبْرَةً﴾^(٥) ويعني بذلك: أن الله - سبحانه وتعالى - دفع كفار قريش عنم كان بين أظهرهم من المؤمنين قبل هجرتهم.^(٦) وإذا عدي بالي اقتضى معنى: الإنالة والإصلاح. ومنه قوله تعالى: ﴿لِيُحِثُّوا عَلَيْهِمْ حَبْرَةً﴾^(٧) ويعني بذلك: أن الله - سبحانه وتعالى - دفع كفار قريش عنم كان بين أظهرهم من المؤمنين قبل هجرتهم.^(٨) وإذا عدي بالي اقتضى معنى: الإنالة والإصلاح. ومنه قوله تعالى: ﴿لِيُحِثُّوا عَلَيْهِمْ حَبْرَةً﴾^(٩) ويعني بذلك: أن الله - سبحانه وتعالى - دفع كفار قريش عنم كان بين أظهرهم من المؤمنين قبل هجرتهم.^(١٠)

(١) ابن هداية، علي وآخرون ، القاموس الجديد، ط١، ١، ام، الشركة التونسية للتوزيع، تونس، ص ٣٤٢.

(٢) ابن منظور، أبو الفضل، محمد بن مكرم، (ت ٧١١هـ)، لسان العرب، ط١، ١٥، ام، دار صادر، بيروت، ٨/٨٩.

(٣) الفيروز أبادي، مجد الدين محمد بن يعقوب، (ت ٨١٧هـ)، القاموس المحيط، ط١، ٣، ام، دار الفكر، بيروت، ٢١/٣.

(٤) ابن سيده، أبو الحسن، علي بن اسماعيل، (ت ٤٥٨هـ)، المحكم والمحيط الأعظم، ط١، ١١، ام، (تحقيق د. عبدالوهاب الهنداوي)، دار الكتب العلمية، بيروت، ١/٢٣.

(٥) سورة الحج، الآية (٣٨).

(٦) الطبري، أبو جعفر ، محمد بن جرير بن يزيد بن خالد، (ت ٣١٠هـ)، تفسير الطبري، ط١، ٣٠، ام، دار الفكر، بيروت، ١٢١/١٧.

﴿ ١٠٠٠ ١٠٠٠ ١٠٠٠ ١٠٠٠ ١٠٠٠ ١٠٠٠ ١٠٠٠ ١٠٠٠ ١٠٠٠ ١٠٠٠ ﴾ (١) فالمراد، اختبروا عقول اليتامى القاصرين في إفهامهم وصلاتهم في أديانهم وإصلاحهم أموالهم. حتى إذا أصبحت عقولهم رشيدة فادفعوا إليهم أموالهم. (٢)

ونستخلص مما تقدم، أن الدفع بمعناه اللغوي يأتي على معانٍ متعددة، فقد يأتي بمعنى إمالة الأذى، وقد يأتي بمعنى الحماية، وقد يأتي بمعنى الإنالة، إلى غير ذلك من المعاني.

المطلب الثاني: الدفع اصطلاحاً.

المسألة الأولى: الدفع في اصطلاح الفقهاء. (٣)

ضمنت الشريعة الإسلامية لأي شخص يوجد في دار الإسلام حق التقاضي، وأن يتداعى أمام القضاء الإسلامي؛ وذلك دفعاً لأي ظلم يقع عليه، وجميع الأفراد متساوون في ذلك متساوون في التقاضي والدفاع وإقامة الحجج؛ لا فرق بينهم بسبب الأصل أو الجنس أو اللون، ولا فرق بين غنيهم وفقيرهم ولا عالمهم أو جاهلهم ولا كبيرهم وصغيرهم، فلا عوائق أمام الفرد حتى يتقاضى أمام القضاء. (٤)

والقارىء للنصوص الفقهية، يلاحظ كم كان مضمون الدفع واضحاً في أذهان الفقهاء القدامى مع أنهم لم يعرفوا الدفع وبخاصة دفع الخصومة، فقد جعلوا الرشد والأهلية شرطين من شروط الخصومة، فقالوا: (ومن لم يؤنس منه رشد لم يدفع إليه ماله، ولم ينفك الحجر عنه وإن صار شيخاً؛ لأنه غير مصلح لما له، فلم يدفع إليه كالمجنون، وإن فك الحجر عليه فعاد السفه أعيد الحجر عليه). (٥)

والفقهاء المعاصرون: هم الذين عرفوا الدفع، فقد عرّفته مجلة الأحكام العدلية بأنه: (أن يأتي المدعى عليه بدعوى تدفع دعوى المدعي) (٦)، وأهم ما يؤخذ على هذا التعريف؛ أن الدفع يكون من

(١) سورة النساء، الآية (٦).

(٢) الطبري، تفسير الطبري، ٢٥١/٤.

(٣) يجدر التنبيه أن الكتب الفقهية القديمة فيما بحث لم تورد تعريفاً صريحاً للدفع مما اضطر الرجوع إلى الكتب الفقهية الحديثة، والله أعلم.

(٤) ابن أبي الدم، القاضي شهاب الدين بن عبد الله، (ت ٦٤٢هـ)، أدب القضاء، ط ١، ام، (تحقيق محمد عبد القادر أحمد عطا)، دار الكتب العلمية، بيروت، ص. ٢٠.

(٥) المقديسي، أبو محمد عبد الله بن قدامة، (ت ٦٢٠هـ)، ط ١، ٤م، الكافي في فقه ابن حنبل، دار الكتب العلمية، بيروت، ١٩٦/٢.

(٦) المادة (١٦٣١) من مجلة الأحكام العدلية.

المدعى عليه بالرغم من أنه يمكن أن يكون من المدعى، كما أن هذا التعريف لم يبين وقت الدفع، ولم يشمل جميع الدفع، كما أنه لم يبين: هل يكون الدفع قبل الحكم أم بعده؟ خاصة وأن التعريف قد وضع كلمة تدفع؛ إذ إن هذه الكلمة تأخذ دوراً في هذا التعريف. (١)

وعدم تعريف الفقهاء للدفع لا يعني أنه ليس موجوداً في الفقه الإسلامي، إنما مضمونه موجود. في الفقه الإسلامي فالمضمون معروف، وجميع الفقهاء قد بحثوا فيه؛ فعلى سبيل المثال: جميع الفقهاء قد بحثوا المسائل الخمسة، لكنهم لم يصرحوا بتعريف الدفع والسبب في ذلك: أنهم عدوا الدفع نوعاً من أنواع الدعوى. (٢)

وعرفه معوض عبدالنواب بقوله: (هي الوسائل التي يضعها الشارع تحت تصرف الخصم الذي يشغل مركز المدعى عليه، سواء كانت إجرائية بحتة أو إجرائية ذات محتوى موضوعي). وعرف الدفع -بوجه عام- بأنه: (يطلق على جميع وسائل الدفاع التي يجوز للخصم أن يستعين بها للإجابة على دعوى خصمه، بقصد تفادي الحكم لخصمه بما يدعيه). (٣) وأهم ما يؤخذ على هذا التعريف أنه: أخرج منه كلمة دعوى، كما أنه لم يبين وقت الدفع، ولم يبين أنواع الدفع بشكل تفصيلي ودقيق.

وعرفه السبكي بقوله: (أن يأتي أحد الخصمين بدعوى تناقض دعوى الآخر، فتمتى ثبتت إحداها بطلت الأخرى)، وقال في التعريفات المعارضة إصطلاحاً: هي إقامة الدليل على خلاف ما أقام الخصم الدليل عليه. (٤)

وأهم ما يؤخذ على هذا التعريف أنه لم يبين وقت الدفع وأنواعها بدقة، إلا أنه يبين أن الدفع قد يكون من المدعى أو المدعى عليه، يقول: (إنَّ الدفعَ يكون من الخصمين) ولفظ الخصمين يدل على المدعى والمدعى عليه وليس على إحداهما، وفي دفع الدعوى لا بد أن يكون الدافع خصماً، فلو

(٢) باز، سليم رستم، ط٣، ١م، شرح المجلة، المطبعة الأدبية، بيروت، ص ٩٢٧.

(٣) السبكي، عبدالحكيم، ط١، ١م، المرافعات الشرعية، المطبعة الجمالية، مصر، ص ٤٨.

(٤) عبدالنواب، معوض، ط١، ١م، الدفعات الشرعية في دعاوى الأحوال الشخصية، دار الفكر الجامعي، بيروت، ص ١١.

(٥) السبكي، المرافعات الشرعية، ص ٤٨.

قال: ذو اليد في دعوى العين أو دعيه أجرنيه أو رهنية أو غصبته منه، وبرهن عليه جاز ذلك؛ لأن الخصم في دعوى العين: هو ذو اليد فدفعه يكون مقبولاً.^(١)

المسألة الثانية: الدفع في إصطلاح القانونيين.

عُرف الدفع بجملة من التعريفات التي لا حصر لها فقد عرفه الدكتور (أحمد أبو الوفا) بقوله: (يطلق اصطلاح الدفع بمعناه العام على جميع وسائل الدفاع التي يجوز للخصم أن يستعين بها؛ ليجيب على دعوى خصمه، بقصد تقادي الحكم لخصمه بما يدعيه، سواءً أكانت هذه الوسائل موجهة إلى أصل الحق المدعى به، أو إلى سلطة خصمه في استعمال دعواه منكرًا إياه).^(٢) وأهم ما يؤخذ على هذا التعريف أنه عدّ إنكار الدعوى نوعاً من أنواع الدفوع، والحقيقة أنّ هناك فرقاً كبيراً بين إنكار الدعوى ودفع الدعوى.

أما زياد صبحي ذياب، فقد عرفه بأنه: (وسيلة دفاع يمكن إثباتها يثيرها الخصم أو المحكمة؛ بهدف ردها أو تأخير الحكم فيها)^(٣) وأهم ما يؤخذ على هذا التعريف؛ أنه تأثر بالقانون بشكل كبير، عندما جعل الدفع: وسيلة دفاع، والحقيقة أن الدفع هو: دعوى، والوسيلة يمكن أن تكون دفاعاً، ويمكن أن لا تكون.

وعرفه رزق الله أنطاكي: بأنه: (جميع الوسائل التي يستعملها المدعى عليه، والتي يقصد منها تقادي الحكم عليه بالدعوى)، فالدفوع إذن: وسيلة دفاع ويشترط فيها جميع الشروط المطلوب توفرها في الدعوى، وأهمها المصلحة، وتكون الدفوع على أشكال متعددة، وتهدف إلى نتائج مختلفة؛ فقد يدفع المدعى عليه دعوى المدعي بإنكاره الواقعة، أو القاعدة القانونية التي يستند إليها في دعواه، فقد يزعم المدعى عليه دون أن يعترض على وجود الحق الذي يدعيه خصمه، أنّ هذا الحق قد سقط لسبب من أسباب السقوط؛ كالأداء أو المقاصة أو التقادم أو بسبب صدور حكم سابق به.^(٤)

(١) بدر الدين العيني الحنفي، محمود بن أحمد بن موسى بن أحمد بن الحسين، (ت ٨٥٥هـ)، البناية شرح الهداية، ط ١، ١٢م، (تحقيق أيمن صالح شعبان)، دار الكتب العلمية، بيروت، ٩/٤٦١..

(٢) أبو الوفا، أحمد، نظرية الدفوع في قانون المرافعات، ط ٥، ١م، مطبعة منشأة المعارف، الاسكندرية، ص ١١.

(٣) ذياب، زياد صبحي، الدفوع الشكلية في الفقه الإسلامي والقانون، ط ١، ١م، تمت فهرسته من قبل المكتبة الوطنية، عمان، ص ٥.

(٤) أنطاكي، رزق الله، أصول المحاكمات في المواد المدنية والتجارية، ط ٥، ١م، مطبعة جامعة دمشق، دمشق، ص ١٩٦.

وعرفه أحمد هندي بأنه: (ما يجيب الخصم عن طلب خصمه بقصد تفادي الحكم له، فهو وسيلة دفاع سلبية محضة، حيث يتقدم الخصم عادة المدعى عليه بتلك الوسيلة رداً على طلب خصمه، بقصد تفادي الحكم عليه بما يدعيه الخصم الآخر المدعي، فالأصل أن القانون ينظم الدفوع باعتبارها وسيلة لرد المدعى عليه على الدعوى، وتمكينه من الاعتراض عليها أو إجراءاتها، فهي الأداة المقابلة للدعوى في يد المدعي)^(١) وأهم ما يؤخذ على هذا التعريف: أنه قد أجاز الدفع فقط من المدعى عليه، مع أن دفع الدفع قد يأتي من المدعي.

أما محمد العشماوي فقد عرف الدفوع بأوسع معانيها فقال: (هي الوسائل التي يلجأ إليها المدعى عليه، للرد على مزاعم خصمه، سواءً أكانت هذه الوسائل موجهة لموضوع الحق المطالب به، أم متعلق بعيب في شكل الطلب، يؤدي للحكم بعدم قبوله، وسواء أكان المدعى عليه يرفض السير في الخصومة حتى ينقضي أجل معين، أو تتخذ إجراءات خاصة، أم يعتمد من جهته لمهاجمة المدعي، بمزاعم تؤدي إذا نجحت للتخلص من طلبات ذلك المدعي، أو للحكم عليه بطلبات المدعى عليه)^(٢).

وهناك تعريفات كثيرة عرفها القانونيون للدفع لا يمكن حصرها. وأهم الانتقادات الموجهة لهذه التعريفات: أن الإنكار عندهم نوع من أنواع الدفوع،^(٣) والحقيقة أن هناك فرقاً كبيراً بين دفع الدعوى، وبين إنكار الدعوى خاصة أنه لا يقوم على الإنكار إثبات، بينما يقوم على الدفع إثبات؛ لأن الدفع دعوى ويشترط فيه ما يشترط في الدعوى عند الفقهاء المسلمين.

وبعد استعراض تعريفات الفقهاء والقانونيين للدفع، نحاول أن نخرج بتعريف فنقول: إن الدفع (دعوى يأتي بها الخصم قبل الحكم، أو بعده؛ لمنع ملاحقة خصمه له قضائياً، بكل ما يطلبه أو ببعضه أديماً أو مؤقتاً).

والقيود الموجودة في هذا التعريف، تتطابق مع المعنى الشامل للدفع في القانون والفقهاء، وأهم هذه القيود:

(١) هندي، أحمد، قانون المرافعات المدنية والتجارية، ط١، ام، دار الجامعة الجديدة، ص ٦٣٩.
 (٢) العشماوي، محمد، قواعد المرافعات في التشريع المصري المقارن، ط١، م٢، المطبعة النموذجية، القاهرة، ٢١٠/٢.
 (٣) نياض، الدفوع الشكلية في الفقه الإسلامي، ص ٦.

١. أن الدفع دعوى؛ فيشترط فيه ما يشترط في الدعوى.^(١)
٢. كونه يقبل من الخصم في الدعوى بصفة حقيقية أو حكمية، أما الصفة الحقيقية كون المدعي أصيلاً وأما الحكمية كونه وكيلًا أو وصياً أو ولياً في هذه الدعوى.^(٢)
٣. كونه يقبل قبل الحكم أو بعده. أما قبل الحكم عند إمهاله أثناء السير في الدعوى، وأما بعد الحكم فيقبل الدفع في الاستئناف أو عند اعتراض الغير، أو عند الاعتراض على الحكم الغيابي أو عند إعادة المحاكمة.
٤. إن هذا التعريف قد اشتمل على الهدف من الدفع، وهو منع ملاحقة خصمه له قضائياً أي قطع الخصومة.^(٣)
٥. أما القيد الموجود في هذا التعريف وهو أدياً أو مؤقتاً، فأدياً يقصد بذلك الدفع الموضوعي والذي يفصل موضوع الدعوى أدياً. أما مؤقتاً فيقصد بذلك الدفع الشكلي والذي يهدف الخصم منه -عند إثارته- تفادي الحكم عليه مؤقتاً.^(٤)

(١) حيدر، درر الحكام في شرح مجلة الأحكام العدلية، ٢١٢/٤.

(٢) المواد (١١١، ١١٢، ١٧٢) من قانون أصول المحاكمات المدنية الأردني رقم (٢٤) لسنة ١٩٨٨.

(٣) عمر، نبيل اسماعيل، أصول المرافعات المدنية والتجارية، ط١، ام، منشأة المعارف، الاسكندرية، ص ٥٩٢.

(٤) المرجع السابق، ص ٥٨٦، وأبو الوفا، أحمد، المرافعات المدنية والتجارية، ط٨، ام، دار المعارف، مصر، ص ٢٧٧.

المبحث الثاني: مشروعية الدفع.

المطلب الأول: الدفع في الشريعة الإسلامية.

المسألة الأولى: الدفع في كتاب الله سبحانه وتعالى.

المسألة الثانية: الدفع في السنة النبوية.

المطلب الثاني: الدفع في القانون.

المطلب الثالث: الأدلة العقلية على مشروعية الدفع.

المبحث الثاني: مشروعية الدفع.

المطلب الأول: الدفع في الشريعة الإسلامية.

المسألة الأولى: الدفع في كتاب الله سبحانه وتعالى.

الشريعة الإسلامية أعطت الناس حق التقاضي، ولو درسنا آيات القرآن الكريم والأحاديث النبوية، وأفعال الخلفاء الراشدين والسلف الصالح دراسة تمحيصية، لوجدنا كم سَعَتِ الشريعة الغراء لتحقيق مقصد العدل، والذي يعد مقصداً من مقاصد الشريعة الإسلامية؛ للحفاظ على الإنسان وحقوقه، خاصة إذا ما قلنا إن الشريعة الإسلامية جاءت لتحقيق العدل واستيعاب الوقائع التي لم ينص على حكمها، واستنباط الحكم الذي يحقق المصلحة للأمة. (١)

وأدلة مشروعية الدفع في الكتاب العزيز كثيرة نذكر منها:

١. ﴿...﴾

هذه الآية (٢) ﴿...﴾ الكريمة، تبين حكم اللعان إذا لاعن الزوج زوجته، فتدفع دعواه بحلفها أربعة مرات متكررة أنه كاذب فيما رماها به من الزنا. (٣)

٢. قوله تعالى : ﴿...﴾

فهذه الآية الكريمة تدل على عدم حرمان المهتدي من ثمرات هدايته، وعدم مؤاخذه النفس بجناية غيرها، حتى أن الله -سبحانه وتعالى- لا يعذب قوماً حتى يبعث إليهم رسولاً؛ حجة عليهم فالشريعة أعطت الإنسان حق الدفاع عن نفسه، إذا لم يرتكب جناية أو إذا أوصلَ حق غيره. (٤)

(١) ابن القيم، أبو عبدالله محمد بن أبي بكر الجوزية، (ت ٧٥١هـ)، الطرق الحكمية في السياسة الشرعية، ط ١، ١م، (تحقيق بشير محمد عيون)، مكتبة دار البيان، دمشق، ص ١٤. الزحيلي، وهبة، الفقه الإسلامي وأدلته، ط ٨، ١م، دار الفكر، دمشق، ٥٩٢٤/٨.

(٢) سورة النور، الآية (٨).

(٣) الصابوني، محمد علي، صفوة التفاسير، ط ١، ٣م، دار القلم العربي، حلب، ٣٢٧/٢.

(٤) سورة الإسراء، الآية (١٥).

(٤) القاسمي، محمد جمال الدين، تفسير القاسمي المسمى محاسن التأويل، ط ١، ١٧م، دار إحياء الكتب العربية، ٣٩١١/١٠.

تعالى: ﴿...﴾ (١) ، وقوله
 ﴿...﴾ (٢) ، فهذه الآيات الكريمة -في مجملها- تقييد وجوب
 إقامة العدل بين الناس، بالحجة الصادقة، والبرهان الواضح، ووجوب إعطاء الفرصة
 للمتقاضين المتخاصمين؛ من أجل أن يدافعوا عن أنفسهم؛ لأن العدل يتحقق بذلك. وإن
 هذه البراهين تدل أن كتاب الله جاء متضمناً مصالح الخلق. (٣)

المسألة الثانية: الدفع في السنة النبوية.

١. عن ابن مسعود -رضي الله عنه- عن النبي -صلى الله عليه وسلم- قال: (من حلف على
 يمين يقطع بها مال امرئ، هو عليها فاجر لقي الله وهو عليه غضبان). فأنزل الله تعالى:
 ﴿...﴾ (٤)
 في أرض ابن عم لي فقال لي: شهودك، قلت: ما لي شهود، قال: فيمينه، قلت: يا رسول
 الله، إذن يحلف، فذكر النبي -صلى الله عليه وسلم- هذا الحديث، فأنزل الله ذلك تصديقاً
 له، (٥) والمتمتع في هذا الحديث، يلاحظ أن الدعوى متقلبة، فعندما يدفع المدعى عليه
 الدعوى بدفع صحيح، يصبح هو المدعي، والمدعي الأصلي يصبح هو المدعى عليه
 وخاصة أن إطلاق المدعي والمدعى عليه على الخصوم يكون في بداية الدعوى، ثم يصبح

(١) سورة المائدة، الآية (٨).

(٢) سورة التوبة، الآية (١١٩).

(٣) ابن أبي الدم، أدب القضاء، ص ١٩.

(٤) سورة آل عمران، الآية (٧٧).

(٥) البخاري، محمد بن اسماعيل، (ت ٢٥٦هـ)، صحيح البخاري مع الفتح، ط ٣، ١٣م، (ترقيم محمد فؤاد
 عبدالباقي)، دار السلام، الرياض، كتاب الشهادات، (باب يحلف المدعى عليه حيثما وجدت عليه اليمين ولا
 يصرف من موضع إلى غيره)، حديث رقم (٢٦٧٣)، ٣٥٠/٥.



أثناء الدفاع كل واحد منهما مدعي ومدعى عليه حسب الدفع الذي يوجه، أو دفع الدفع الذي يوجه. (١)

٢. عن ابن عباس -رضي الله عنهما- أن النبي -صلى الله عليه وسلم- قال: (لو يعطى الناس بدعواهم لادعى أناس دماء رجال وأموالهم ولكن اليمين على المدعى عليه)، (٢) وفي رواية البيهقي، ولكن البيئنة على المدعى واليمين على من أنكر. (٣) فهذا الحديث يدل أيضا على أن المدعى عليه قد يصبح مدعياً بدفعه، والمدعي قد يصبح مدعى عليه بدفع المدعى عليه وعند ذلك يطلب من المدعي نفي دفع المدعى عليه، والأصل هو وجوب المساواة بين المدعي والمدعى عليه في كل شيء فيما يدعيانه وحتى في حق الدفاع لكل منهما. (٤)

٣. عن أم سلمة، أن رسول الله -صلى الله عليه وسلم- قال: (إنكم تختصمون إليّ، ولعل بعضكم أن يكون ألحن بحجته من بعض، فأقضي له على نحو ما أسمع منه، فمن قطعت له من حق أخيه شيئاً فلا يأخذه، فإنما أقطع له به قطعة من النار). (٥) ووجه الدلالة: أن القاضي يجب عليه أن يساوي بين الخصوم، وأنه يحكم بناءً على الظاهر المسموع؛ فالقاضي يحكم بناءً على ما يسمع من الخصمين، وبناءً على ما يديه كُلاً واحداً منهما من حجج، فالدعوى بين الخصوم متقلبة، فقد يأتي الخصم بدفع يدعى دعوى المدعي، ويطلب منه إثبات صحة دفعه. (٦)

(٦) ابن القيم، الطرق الحكمية، ص ١١٦.

(١) النيسابوري، أبو الحسن، مسلم بن الحجاج (ت ٢٦١هـ)، صحيح مسلم، ط ٦، ١٨م، (تحقيق خليل مأمون شبيحة)، دار المعرفة، بيروت، كتاب الأفضية، باب اليمين على المدعى عليه، حديث رقم (٤٤٤٥)، ٢٢٩/١٢.

(٢) البيهقي، أبو بكر أحمد بن الحسن بن علي بن موسى، (ت ٤٥٨هـ)، السنن الكبرى، ط ٣، ١٠م، (تحقيق عبدالقادر عطا)، مكتبة دار الكتب العلمية، بيروت، كتاب الدعوى والبيان، باب البيئنة على المدعي واليمين على المدعى عليه، حديث رقم (٢١٢٠١)، ٤٢٧/١٠. الترمذي، أبو عيسى محمد بن عيسى (ت ٢٩٧هـ)، سنن الترمذي، ط ١، ٥م، (تحقيق محمد فؤاد عبدالباقي)، دار احياء التراث العربي، بيروت، كتاب الأحكام، باب ما جاء في أن البيئنة على المدعي واليمين على المدعى عليه، حديث رقم (١٣٤١)، ٦٢٦/٣. قال الشيخ الألباني: (هذا حديث صحيح). أنظر الألباني: محمد ناصر الدين، إرواء الغليل في تخريج أحاديث منار السبيل، ط ٢، ٩م، المكتبة الإسلامية، بيروت، حديث رقم (١٩٣٨)، ٣٥٧/٦.

(٣) ابن القيم، الطرق الحكمية، ص ١١٦.

(٤) البخاري، صحيح البخاري مع الفتح، كتاب الشهادات، باب من أقام البيئنة بعد اليمين، رقم الحديث (٢٦٨٠)، ٣٥٤/٥.

(٥) البهوتي، منصور بن يوسف بن إدريس، (ت ١٠٥١هـ)، كشف القناع على متن الإقناع، ط ١، ٦م، (تحقيق هلال مصيلحي)، دار الكتب العلمية، بيروت، ٣٩٢/٦. المقدسي، ابن قدامة، عبدالله بن أحمد، (ت ٦٢٠هـ)، المغني، ط ١، ١٢م، دار الفكر، بيروت، ١٨١/٧.

٤. عن أبي هريرة - رضي الله عنه - قال: قال أبو القاسم - صلى الله عليه وسلم -: (لو أن امرءاً أطلع عليك بغير إذن فحذفته بحصاة، ففقت عينه لم يكن عليك جناح).^(١) والمطلع على هذا الحديث يأخذ منه أنه: لو ادعى أحد أن فلاناً أو جماعة من الناس قد فقؤوا لأحد عينه، فدفعوا ذلك وقالوا اطلع على بيتنا خلسة بغير إذننا، كان دفعاً صحيحاً منهم.

٥. عن عمران بن حصين قال: قاتل يعلى بن أمية، رجلاً فعض أحدهما صاحبه فانترع يده من فمه فنزع ثنيتيه وقال ابن المثنى ثنيتيه فانتهيا إلى النبي - صلى الله عليه وسلم - فقال: (أيعض أحدكم كما يعض الفحل لا دية له).^(٢)

فالرسول - صلى الله عليه وسلم - كانت إجابته موضحة أن ما فعله المعضوض من نزع يده من فم العاض، وما نتج عن هذا الفعل من إصابته بخلع ثنيتيه، هو من الأفعال التي لا تقع تحت العقوبة؛ لأن هذا الفعل من المعضوض دفاع عن النفس، وقد أبان الرسول - صلى الله عليه وسلم - أن الدفاع عن النفس والأطراف من خطر يهددها؛ هو عمل مشروع، ولذا قال للشاكي: (أفيدع يده في فيك تقضمها قضم الفحل). فسؤال الرسول - صلى الله عليه وسلم - هو استفهام إنكاري، فالرسول ينكر على الرجل شكواه بسؤاله: هل يمكن أن يترك يده في فمك؟!^(٣)

المطلب الثاني: مشروعية الدفع في القانون.

إن حق الدفاع هو حق طبيعي، وهو حق عام يجب ضمانه للخصوم في أية حالة كانت عليها الإجراءات، ولهم التمسك به في جميع مراحل التقاضي - ولو لأول مرة - أمام محكمة التمييز، كما يجب على المحكمة أن تحكم به من تلقاء نفسها، كونه يتعلق بالنظام العام، ونتيجة لكون الدفاع حقاً عاماً للخصم، وليس واجباً عليه، فإنه حرٌّ في استعماله. وإن هذه الحرية لا تتناقض مع وجوب احترام هذا الحق، ويكفي أن يكون الخصم قد وُضع في مركز يمكنه ممارسة هذا الحق، مع العلم أن

(١) البخاري، صحيح البخاري مع الفتح، كتاب الديات، باب من اطلع في بيت قوم فقؤوا عينه فلا دية له، الحديث رقم (٦٩٠٢)، ٣٠٣/١٢.

(٢) مسلم، صحيح مسلم، كتاب الحدود والقسمات والمحاربيين والقصاص والديات، باب الصائل على نفس الإنسان أو عضوه إذا دفعه الموصول عليه فأتلف نفسه أو عضوه لا ضمان عليه، الحديث رقم (٤٣٤٢)، ١٦١/١١.

(٣) الحصري، أحمد، القصاص، الديات، العصيان المسلح في الفقه الإسلامي، ط٢، ام، مطابع وزارة الأوقاف الأردنية، عمان، الأردن، ص ١٣٩.

عدم استعمال حقه في الدفاع، لا يعني حتما فشله في الدعوى، أو متنازلاً عن الحق أو مقراً فيه؛ إذ إن القاضي يحكم طبقاً للقانون. (١)

وهنا فرق لا بد من توضيحه حول مشروعية الدفع في القانون والشريعة، إذ إن دفع الإنسان عن ماله أو نفسه أو عرضه في الشريعة الإسلامية واجب عليه، خاصة أن هذا الواجب يعتبر في الشريعة الإسلامية من الضروريات التي أوجب الدفاع عنها، وهو من باب الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر، مع أن الشريعة الإسلامية راعت أن يكون ذلك مباحاً في التشريع السماوي، وأن يكون هذا الدفع في الحدود التي تتفق والطبيعة التي أباح الشارع استعمالها فيه، فلا يجوز أن يتخطى الدفع حدود الشريعة الإسلامية، ويجب أن يكون بما هو مشروع، في حين أن القانون - كما أشرت - جعل الحرية للخصم في ذلك، وفي استعمال حقه في الدفع، وليس واجباً عليه. أما الشريعة الإسلامية فقد جعلت المحافظة على الدين والنفس والمال والعرض والنسل من مقاصد الشريعة الإسلامية التي لا يمكن إهدارها، فهي من الضروريات التي أوجب الإسلام الدفاع عنها والحفاظ عليها. (٢)

المطلب الثالث: الأدلة العقلية على مشروعية الدفع.

أعطت الشريعة الإسلامية لكل شخص يعيش داخل الدولة الإسلامية حق التقاضي، والناس جميعهم متساوون في ذلك؛ لا فرق بين غنيهم وفقيرهم ولا صغيرهم وكبيرهم. (٣)

ومن حق الإنسان الطبيعي أن يدافع عن نفسه أمام القضاء، وأن يدفع التهمة عن نفسه؛ لأن في عدم إعطاء الإنسان حق الدفاع عن نفسه أمام القضاء ظلم له، وقد بعث الله - سبحانه وتعالى - الرسل لتحقيق العدل بين الناس، وعني الإسلام بذلك بشكل خاص، وحرص عليه حرصاً شديداً وجعله من مقاصده. ومن هنا فقد جعل الإسلام القضاء من أجل العلوم قدراً وأعزها مكاناً وأشرفها مركزاً، لأنه يحفظ الحقوق والأنفس ويبين الحلال والحرام. (٤)

(١) الزغول، باسم محمد، الدفوع المدنية بين النظرية التطبيقية، ط ١، ام، مكتبة اليقظة للطباعة والنشر، عمان، ص ١٢.

(٢) ابن قيم الجوزية، الطرق الحكمية، ص ٧.

(٣) ابن أبي الدم، أدب القضاء، ص ٢٠.

(٤) ابن قيم الجوزية، الطرق الحكمية، ص ١١.

والحاكم مأمور بالعدل والإنصاف بين المتحاكمين فيساوي بينهم في مجلسه ولا يفرد أحدهما به، ويعطيها حق التساوي بالمخاصمة وسماع أقوالهما ودفعهما وبياناتهما في الدعوى المنظورة بينهما، وينبغي على الحاكم أن يتحرى عن الحق، ويسأل الخصمين إن كان لهما دفع على ما ادعاه أحدهما أو لا، ويسألها إن كان لهما اعتراض على بيانات بعضهما أو لا، لأن الحرية في المخاصمة والدفاع توصل إلى الحق والعدل. (١)

والناظر إلى القضاء في الإسلام، يرى أنه يغلب على التفسير القضائي الطابع العملي، فالقاضي يراعي في تفسيره مقتضيات الحياة العملية؛ إذ يراعي مصالح الناس في أحكامه؛ وذلك لتحقيق العدل وفق مصالح الناس، بحيث لا يخالف ما شرعه الخالق - سبحانه وتعالى -، ولذلك توجه إلى تطبيق نصوص التشريع على الحالات الواقعية؛ ليكون على علم بتلك الاعتبارات العملية التي تتأثر بها المحاكم. (٢)

(١) ابن أبي الدم، أدب القضاء، ص ٩٣.

(٢) الصالح، محمد أديب، تفسير النصوص في الفقه الإسلامي، ط٤، ٢م، المكتب الإسلامي، بيروت، ١/١١٦. نقلا عن سليمان مدقس، في كتابه المدخل للعلوم القانونية، ص ٢٣٩.

المبحث الثالث: شروط الدفع ووجوهه وكيفية الفصل فيه.

المطلب الأول: شروط الدفع.

المسألة الأولى: شروط الدفع عند الفقهاء.

المسألة الثانية: شروط الدفع في القانون.

المطلب الثاني: وجوه دفع الدعوى.

المطلب الثالث: المحكمة المختصة بنظر الدفع.

المطلب الرابع: الحكم الصادر بالدفع في القانون.

المطلب الخامس: المشاكل التي تثيرها نظرية الدفع في القانون.

المبحث الثالث: شروط الدفع ووجوهه وكيفية الفصل به.

المطلب الأول: شروط الدفع.

الفرع الأول: شروط الدفع عند الفقهاء المسلمين.

قلنا إن تعريف الدفع غير موجود في كتب الفقهاء، ولكن مضمونه موجود بل إن كتبهم استفاضت بحثاً في ذلك؛ إذ إن الدفع عندهم دعوى، ولما كان الدفع عندهم دعوى فقد اشترطوا فيه ما اشترطوا في الدعوى؛ فاشترطوا أن يكون للدافع مصلحة في دفعه، وأن يكون صاحب صفة في دفعه، وأن يكون الدفع واضحاً ومعلوماً للحق المدعى به، وأن يكون الدافع عاقلاً وأن يكون الدفع محتتمل الثبوت.

واشترطوا في الدافع أن لا يكون متناقضاً في دفعه^(١) بالإضافة إلى الشروط الخاصة بالدفع وهي:

١. ينبغي مراعاة وقت الدفع عند إثارته، خاصة أن الفقهاء اختلفوا في جواز إيداء الدفع قبل البينة وبعدها، وقبل الحكم وبعده.^(٢) وسأتي إلى تفصيل ذلك.
٢. أن يوجه الدفع إلى دعوى صحيحة، وضابط الدعوى الصحيحة يجب أن تكون معلومة محققة، لا تكذبها العادة ويتعلق بها غرض صحيح. أما الدعوى الباطلة فهي الدعوى غير المجدية وغير النافعة للمدعي، أو أنها تكون مما يستحيل ثبوته عقلاً وعادة؛ كالدعوى بعشر سمسة فهذه الدعوى لا يترتب عليها نفع شرعاً، ولا يترتب عليها حكم فهي دعوى غير مجدية للمدعي.^(٣)

الفرع الثاني: شروط الدفع في القانون

١. أن يكون الدفع قانونياً؛ ويقصد بذلك؛ أن يكون موضوعه التمسك بحق أو مركز قانوني موضوعي أو إجرائي، فلا يكون قانونياً -مثلاً- الدفع ببطلان الإجراء؛ لعيب شكلي رغم تحقق الغاية منه.^(٤)

(١) القرافي، شهاب الدين أبو العباس أحمد بن إدريس بن عبدالرحمن الصنهاجي، (ت ٦٨٤هـ)، الفروق، ط ١، ٤م، دار عالم الكتب، بيروت، ٧٢/٤. حيدر، درر الحكام شرح مجلة الأحكام، ١٧٩/٤.

(٢) القرافي، الفروق، ٧٤/٤. حيدر، درر الحكام شرح مجلة الأحكام، ٢١٣/٤.

(٣) القرافي، الفروق، ٧٢/٤.

(٤) عبدالنواب، الدفوع الشرعية في دعاوى الأحوال الشخصية، ص ١٣.

٢. يجب أن يكون مؤثراً فيها: بحيث يؤدي لو صح إلى تغيير وجه الحكم فيها، مؤثراً في موضوع الدعوى، أو إجراءاتها. وأساس هذا الشرط هو: المصلحة العملية في الدفع. (١)
٣. الصفة في الدفع: ويثور هذا الشرط للدفع التي يثيرها القاضي؛ لتعلقها بالنظام العام، إذ يجوز لأي خصم في هذه الحالة إيدؤها؛ لتتبيه القاضي إليها. (٢)
٤. وقت إثارة الدفع: فالدفع الشكلي لا يجوز إيدؤها إلا قبل الإجابة عن موضوع الدعوى، أما بعد الإجابة عن موضوع الدعوى فلا يجوز إثارته. أما الدفع بعدم القبول والدفع الموضوعي فيجوز إثارته في أي مرحلة من مراحل الدعوى ولحين إقفال باب المرافعة بها. (٣)

المطلب الثاني: وجوه دفع الدعوى.

الوجه الأول: دفع الدعوى الصحيحة بدفع صحيح:

ذكرت أن الدفع دعوى، والدفع الصحيح: هو الدفع الذي تتوافر فيه شروط الدعوى الصحيحة وأركانها كافة، وشروط الدعوى الصحيحة: هي المصلحة والصفة والأهلية والمعلومية. وهذه الشروط يجب أن تتوفر في الدفع الصحيح. (٤) فعندما يدفع الخصم دعواه بدفع صحيح، استكمل أركانه وشروطه كافة، يجب على المحكمة أن تفصل فيه.

الوجه الثاني: دفع الدعوى الباطلة بدفع صحيح:

الدعوى الباطلة: هي الدعوى التي لم تستوفِ شروطها كافة، ووجودها وعدمه سواء، ولذا فالتصدي لها بدفع صحيح غير جائز؛ لأن القاضي لا يسمع الدعوى الباطلة.

(١) هندي، قانون المرافعات المدنية والتجارية، ص ٦٣٩.

(٢) عبدالنواب، الدفوع الشرعية في دعاوى الأحوال الشخصية، ص ١٣. هندي، قانون المرافعات المدنية والتجارية، ص ٦٣٩.

(٣) عشاوي، قواعد المرافعات، ٢/٢١٩.

(٤) ابن نجيم، زين الدين بن إبراهيم بن محمد، (ت ٩٧٠هـ)، البحر الرائق شرح كنز الدقائق، ط ١، ٨م، وهو شرح لکنز الدقائق لأبي البركات النسفي، دار الكتاب الإسلامي، عمان، ٦/٢٨٢. السرخسي، شمس الأئمة أبو بكر محمد بن أحمد بن سهيل، (ت ٤٨٣هـ)، المبسوط، ط ١، ٣٠م، دار الفكر للطباعة والنشر، بيروت، ٢٧/١٧.

ويشترط أن تكون الدعوى -على تقدير ثبوتها- ملزمة للمدعى عليه بشيء، ومستوجبة الحكم عليه به؛ فمثلاً لو أعار أحدٌ آخر شيئاً فقام شخصٌ آخرٌ يدعي ويقول: أنا من متعلقاته فليعزني. لا تصح دعواه. وكذلك لو وُكِّلَ أحدٌ آخرٌ بأمر، فقام شخصٌ آخرٌ يدعي، ويقول: أنا جاره بوكالته أولى فليوكلني، لا تصح دعواه؛ لأن لكل واحدٍ أن يعير ماله من شاء، وأن يوكل بأموره من أراد، وإذا قَدَّرَ ثبوت هذه الدعاوى وأمثالها، فلا يترتب على المدعى عليه حكم؛ فالدعوى الباطلة لا تصح ولا يلزم الجواب عليها، ولا تُسَمَّعُ البينة عليها؛ لأنهما مبنيان على الدعوى الصحيحة.^(١)

الوجه الثالث: دفع الدعوى الفاسدة بدفع صحيح:

الدعوى الفاسدة: هي الدعوى التي تحتاج إلى تصحيح وتوضيح. وفساد الدعوى بأحد معنيين؛ إما أن لا يكون ملزمة للخصم شيئاً، كمن ادعى على غيره أنه وكيله، أو أن يكون مجهولاً في نفسه؛ فالمجهول لا يمكن إثباته بالبينة، فإن القاضي لا يتمكن من القضاء بالمجهول، لا ببينة المدعي، ولا بنكول المدعى عليه، وليس على القاضي تحسين الظاهر بكل واحد؛ فلو جعلنا الدعوى نفسها موجبة استحقاق المدعي للمدعى به لكن فيه إساءة الظن بالآخر^(٢)؛ ولأنَّ فائدة الدعوى الإلزام بواسطة إقامة الحجة، والإلزام في المجهول لا يتحقق؛ إذ لا تصح الدعوى حتى يُذكَرَ شيءٌ ويبين جنسه وقدره.^(٣)

ويستثنى من فساد الدعوى بالمجهول دعوى الرهن والغصب، معزياً ذلك إلى رهن الأصل؛ فإذا شهدوا أنَّه رهنٌ عنده ثوباً ولم يسموا الثوب، ولم يعرفوا عييه جازت شهادتهم، والقول للمرتهن في أي ثوب كان وكذلك في الغصب.^(٤)

(١) حيدر، درر الحكام شرح مجلة الأحكام، ٢٠٩/٤. باز، شرح المجلة، ص ٩٢٦. الدغمي، محمد ركان ضيف الله، دعوى التناقض والدفع في الشريعة الإسلامية، ط١، ١، دار عمار، عمان، ص ١٩٧.

(٢) السرخسي، المبسوط، ٢٨/١٧.

(٣) الخطيب الشربيني، شمس الدين محمد بن أحمد الخطيب، (ت ٩٧٧هـ)، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، ط١، ٦، وهو شرح كتاب منهاج الطالبين للإمام النووي، (ت ٦٧٦هـ)، دار الكتب العلمية، بيروت، ٤٢٢/٦.

المادة (١٦١٩) من مجلة الأحكام العدلية والتي تنص (يشترط أن يكون المدعى به معلوماً ولا تصح إذا كان المدعى به مجهولاً) فيلزم بيان جنسه وقدره بالإجماع لأن الفرض إلزام المدعى عليه عند إقامة البينة ولا إلزام فيما لا يعرف جنسه وقدره.

(٤) السرخسي، المبسوط، ٢٨/١٧.

المادة (١٦٢١) من مجلة الأحكام العدلية والتي تنص (إذا كان المدعى به عينا منقولاً وحاضراً بالمجلس فيدعيه المدعي بقوله هذا لي مشيراً إليه بيده وهذا الرجل قد وضع يده عليه بغير حق فاطلب أخذه منه وإن لم يكن حاضراً بالمجلس ولكن يمكن جلبه وإحضاره بلا مصرف يجلب إلى مجلس الحكم ليشار إليه في اليمين والشهادة

وقد ذكر أن الدعوى على ثلاث من حيث ذكر السبب عند الإدعاء بها :

(١) دعوى تسمع مطلقاً: وهي دعوى المال؛ فإذا ادعى أن لي عند فلان كذا درهما، لا يحتاج إلى بيان السبب؛ لأنَّ الأسباب كثيرة.

(٢) دعوى لا تسمع إلا مفسرة وهي دعوى القتل كما في القسامة.

(٣) دعوى النكاح: إذا ادعى نكاح امرأة لا تسمع حتى يقول: نكحتها بولي، وشاهدي عدل، ورضاها إن كان رضاها شرطاً، وكذلك الشهود إذا شهدوا بالنكاح، فلا يقبل إلا مفسراً وهذا قول في دعوى النكاح؛ وذلك لأنَّ النكاح بُني على الاحتياط. ومنهم من قال: تسمع الدعوى مطلقاً، لأنها دعوى في ملك كدعوى المال. وهذا قول عند الشافعي - رضي الله عنه - مبني على الاستحباب، ومنهم من قال: إذا قال: إن هذه زوجته فلا يحتاج إلى التفسير؛ لأنه يدعي دوام النكاح، فلا يشترط في دوام النكاح الولي والشهود والرضا، ومنهم من قال: إن ادعى أنني نكحتها، فيحتاج إلى التفسير؛ لأنه يدعي الابتداء، والابتداء يحتاج إلى هذه الشرائط. (١)

وإذا كانت الدعوى غير صحيحة؛ لاختلال شرط من شروطها، لم يجز للقاضي إلزام المدعى عليه بالجواب عنها، بل يسكت ويقول للمدعي: صحح دعواك، أو وگل من يصحها. وإن كان الاختلال في شيء آخر ليس من شروطها، كان بغير المعنى، لكن يعلم المراد منه فلا عبرة به، ويجب عليه إلزام المدعى عليه بالجواب. (٢)

وفي بعض الدعاوى، إذا دفع المدعى عليه بدفع صحيح على دعوى فاسدة، فإن المدعى عليه يطالب بتصحيح دعوى المدعي، فإن صححها فإنه يجوز أن يطلب من المدعى عليه إثبات دفعه، والحكم له به، كمن ادعى: أن لي على شخص ديناً ولم يذكر مقدار هذا الدين، قال المدعى عليه: إنك أبرأتني من هذا الدين، فإنه يطلب من المدعى عليه مدعي الدفع، بيان مقدار هذا الدين؛ ليصح

كما ذكر وإن لم يكن إحضاره ممكناً بلا مصرف عرفه المدعي وبين قيمته ولكن لا يلزم بيان قيمته في دعوى الغصب والرهن مثلاً لو قال غصب خاتمي الزمرد تصح دعواه وإن لم يبين قيمته).

(١) القرافي، الفروق، ٧٣/٤. ابن الفراء اليعقوبي، أبو محمد، الحسين بن مسعود بن محمد، (ت ٥١٦هـ)، التهذيب في فقه الإمام الشافعي، ط ١، ٨م، (تحقيق الشيخ عادل أحمد عبدالموجود)، دار الكتب العلمية، بيروت، ٣٢٧/٨. القرافي، الفروق، ٧٣/٤.

(٢) الهيثمي، ابن حجر المكي، شهاب الدين أحمد بن أحمد بن محمد بن علي، (ت ٩٧٤هـ)، الفتاوى الفقهية الكبرى، وبهامشه فتاوى العلامة شمس الدين الرملي، ط ١، ٤م، دار الكتب العلمية، بيروت، ٣٨٥/٤.

دعوى المدعي، ثم يصار إلى تكليف المدعى عليه إثبات دفعه الإبراء، فإن اثبته حكم القاضي بدفعه الذي دفعه. (١)

وكذلك لو ادعى أن له ديناً على فلان دون ذكر مقداره، فأقر الآخر بألف، فإن المدعى عليه يحكم عليه بالألف التي أقر بها؛ لأن ما أقر به من شيء فهو مصدق فيه؛ (٢) لقوله تعالى: ﴿

﴿ ١ ٢ ٣ ٤ ٥ ٦ ٧ ٨ ٩ ١٠ ١١ ١٢ ١٣ ١٤ ١٥ ١٦ ١٧ ١٨ ١٩ ٢٠ ٢١ ٢٢ ٢٣ ٢٤ ٢٥ ٢٦ ٢٧ ٢٨ ٢٩ ٣٠ ٣١ ٣٢ ٣٣ ٣٤ ٣٥ ٣٦ ٣٧ ٣٨ ٣٩ ٤٠ ٤١ ٤٢ ٤٣ ٤٤ ٤٥ ٤٦ ٤٧ ٤٨ ٤٩ ٥٠ ٥١ ٥٢ ٥٣ ٥٤ ٥٥ ٥٦ ٥٧ ٥٨ ٥٩ ٦٠ ٦١ ٦٢ ٦٣ ٦٤ ٦٥ ٦٦ ٦٧ ٦٨ ٦٩ ٧٠ ٧١ ٧٢ ٧٣ ٧٤ ٧٥ ٧٦ ٧٧ ٧٨ ٧٩ ٨٠ ٨١ ٨٢ ٨٣ ٨٤ ٨٥ ٨٦ ٨٧ ٨٨ ٨٩ ٩٠ ٩١ ٩٢ ٩٣ ٩٤ ٩٥ ٩٦ ٩٧ ٩٨ ٩٩ ١٠٠ ﴾ (٣)

والأصل في القانون أن المدعى عليه لا يسأل عن دعوى إلا إذا كانت صحيحة؛ أي مستوفية لكل شروطها، وإذا كانت الدعوى غير واضحة، فلا يمنع ذلك من سؤال المدعى عليه عن الدعوى، حتى إذا أقر بها يؤخذ بإقراره، (٤) أو أقر بجزء منها يؤخذ بإقراره؛ وذلك لأن حكم الإقرار: هو ظهور المقر به لا حدوثه براءة؛ ويعني ظهور أن الملك المقر به كان قبل الإقرار ملكاً للمقر له. (٥)

المطلب الثالث: المحكمة المختصة بنظر الدفع.

الاختصاص: هو مقدار ما لجهة قضائية، أو محكمة من سلطة في نظر الخصومات، فهو الحدود التي تباشر الجهة القضائية أو المحكمة ولايتها القضائية فيها، والبحث في موضوع الاختصاص، يرجع إلى أن سلطة الفصل في الخصومات بين الناس وظيفية من وظائف ولي الأمر، يتولاها بنفسه إن أمكن، وإلا فيوكل القيام بها إلى من يشاء، وولي الأمر مهما أوتي من بسطة في العلم والجسم، لا يستطيع أن ينهض بسلطة الفصل في الخصومات في كل أنحاء الدولة. (٦) وولاية القضاء تتعقد بما تتعقد به الولايات، ولا تخلو من عموم أو خصوص. (٧) والمبدأ العام هو أن

(١) الهيتمي، الفتاوى الفقهية، ٣٨٥/٤.

(٢) السرخسي، الميسوط، ٦٨ / ١٨. حيدر، درر الحكام شرح مجلة الأحكام، ٨٤/٤.

(٣) سورة النساء، الآية (١٣٥).

(٤) السبكي، المرافعات الشرعية، ص ٨٤.

(٥) حيدر، درر الحكام شرح مجلة الأحكام، ٢٠٥/٤.

(٦) أبو النور، محجوب، نظرية الدفع للدعوى القضائية في الفقه الإسلامي، دراسة مقارنة، ط ١، ام، الدار السودانية للكتب، الخرطوم، ص ١١٦.

(٧) الماوردي، أبو الحسين، علي بن محمد بن حبيب البصري البغدادي، (ت ٤٠٦هـ)، الأحكام السلطانية والولايات الدينية، ط ١، ام، (تحقيق عصام فارسي الخرساني)، المكتب الإسلامي، بيروت، ص ١١٥.

المحكمة المختصة بنظر الدفع: هي المحكمة التي تنظر الدعوى. ويعبر القانون عن ذلك؛ بأن قاضي الدعوى هو قاضي الدفوع، ولعل الحكمة من تقرير هذه القاعدة تكمن في أن القاضي الذي ينظر الدعوى الأصلية هو أصلح القضاة للفصل في دفوعها، فهو أكثر إحاطة بدقائقها وخفاياها، ومن جهة أخرى ليس من المنطق أن ترفع دعوى أمام محكمة معينة، ثم تطرح الدفوع المتعلقة بها أمام محكمة أخرى. (١)

والمستثنيات لهذه القاعدة، هي المسائل المستأخرة؛ ويقصد بالمسألة المستأخرة: هي المسألة التي يتوقف الحكم بالدعوى على الفصل فيها، فقد يشترط القانون في حالات استثنائية أن ينظر في المسألة المعروضة على المحكمة، جواباً عن الدعوى بصورة مستقلة عن الدعوى، وأن يكون للحكم الذي يصدر بها قوة القضية المقضية؛ فهذه المسائل تقتضي مراجعة المحكمة المختصة بشأنها، وإرجاء البت في الدعوى حتى الحكم بها، ويشترط لوقف الدعوى أن يكون الفصل في المسألة المستأخرة لازماً للحكم في الدعوى، وأن يخرج موضوع هذه المسألة عن اختصاص المحكمة النوعي، ويطبق هذا المبدأ أمام المحاكم المدنية والجزائية والإدارية جميعها. (٢)

المطلب الرابع: الحكم الصادر بالدفع في القانون.

الحكم: هو الذي يحسم النزاع في موضوع الدعوى أو في شق منه، أو في مسألة متفرعة عنه سواءً تعلقت هذه المسألة بالقانون أو بالوقائع، خاصة وأن الخصومة قد تنتهي بحكم إجرائي؛ فالأحكام إما أن تفصل في الموضوع أو تنتهي بحكم إجرائي. (٣)

وعليه لا بد أن نفرق بين أمرين: عندما يصدر الحكم بدفع موضوعي، وعندما يصدر الحكم بدفع إجرائي شكلي. فعندما يصدر الحكم بدفع موضوعي فإن ذلك ينهي موضوع الدعوى؛ لأن الحكم بالدفع الموضوعي ينهي الخصومة وبالحق المدعى به، كأن يزعم الخصم سقوط الحق، أو

(١) الزغول، الدفوع المدنية بين النظرية والتطبيق، ص ١٩٧.

(٢) أنطاكي، أصول المحاكمات، ص ٣١٥.

(٣) أبو الوفاء، نظرية الدفوع، ص ٦٠٠. راغب، وجدي، مبادئ الخصومة المدنية، ط١، ام، دار الفكر العربي، القاهرة، ٣٦٣/٢.

قضائه كالدفع بانقضاء الدين بالوفاء، وقد يتصل الدفع الموضوعي بواقع الدعوى، أو بإرساء القاعدة القانونية الواجبة التطبيق. (١)

أما الدفوع الشكلية، توجه إلى الخصومة، أو إلى بعض إجراءاتها دون التعرض لذات الحق المدعى به، أو المنازعة فيه، ويقصد به تفادي الحكم في الموضوع بصفة مؤقتة، وإيداء سائر الدفوع الشكلية معاً، وقبل التكلم في الموضوع، وإلا سقط الحق فيها فيما لم يُبدَ منها. (٢) وتجدر الإشارة إلى أن الأحكام المتعلقة بطبيعة الحكم الصادر في الدفع، تسري على الدفوع المتصلة بالنظام العام، أيًا كان نوعها، سواءً قضت المحكمة بهذا الدفع من نفسها، أو بناءً على تنبيه الخصوم لها، وسواءً صدر هذا الحكم قبل الدخول في موضوع الدعوى، أو قبل الحكم الفاصل فيها، أو مع الحكم الفاصل فيها. (٣)

المطلب الخامس: المشاكل التي تثيرها نظرية الدفوع في القانون.

(١) مدى تعلق الدفوع بالنظام العام:

الأصل أن الدفوع لا تتعلق بالنظام العام، بل تتعلق بالمصالح الخاصة، ولصاحبها أن يتمسك بها، أو أن يسقط حقه في ذلك؛ عن طريق التمسك بها في الوقت المناسب، وبالشكل الخاص بذلك (٤) حيث إن الدفوع تتعلق بمصالح الأفراد وحقوقهم وخصوماتهم، وحقهم في الالتجاء إلى القضاء، والحق في الدعوى، وهذه المسائل كلها تتعلق بالمصالح الخاصة؛ لذا كان الأصل هو: حرية الخصوم في التمسك بها، واتخاذ مواقف تدل على رغبة الخصم في إسقاط حقه في التمسك بالدفع.

(٢) التمييز بين الدفوع والطلبات القضائية من حيث الوسط الذي تثار فيه الدفوع:

فالدفوع تثار في خصومة قضائية منعقدة بين الخصوم، صحيحة كانت أم غير صحيحة ويستخدم الدفع الشكلي لإيقاع الجزاء على عدم صحتها كلها أو بعضها، كما يستخدم الدفع بعدم القبول لنفي حق المدعى عليه في الحصول على الحماية القضائية وهي غاية الخصومة.

(١) أبو الوفا، المرافعات المدنية والتجارية، ص ٢٧٢. هندي، قانون المرافعات المدنية والتجارية، ص ٦٤٠. عشاوي، قواعد المرافعات، ص ٢١٩.

(٢) عمر، أصول المرافعات المدنية والتجارية، ص ٥٨٦. أبو الوفا، المرافعات المدنية والتجارية، ص ٢٧٣.

(٣) الزغول، الدفوع المدنية بين النظرية والتطبيق، ص ٢٢٦.

(٤) عمر، الوسيط في قانون المرافعات المدنية والتجارية، ص ٥٩٢.

(٣) الاختصاص بنظر الدفوع:

تختص المحكمة التي تنظر الدعوى بنظر الدفوع، ويقال في هذه الحالة إن قاضي الأصل: هو قاضي الدفع. وإن من يختص بالكل يختص بالجزء، وتبرير ذلك من الناحية الفنية ترجع إلى أن القاضي الذي ينظر الدفوع هو أصلح القضاة؛ للفصل في الدفوع التي توجه إلى هذه الدعوى، فهو أكثر إحاطة بدقائقها وأكثر علماً بخفاياها. (١)

(٤) أثر الدفوع على الخصومة وعلى الحق الموضوعي:

عند الفصل في الدفع بعدم القبول، فإن ذلك لا يحوز حجية الأمر المقضي، ذلك أن حجية الأمر المقضي إنما تترتب على القضاء الفاصل في موضوع الدعوى (٢) أما الدفع الشكلي فإنه لا يوجه أيضاً إلى ذات الحق المدعى به، إنما يوجه إلى الخصومة، بوصفها مجموعة إجراءات يتعين على الخصم مباشرتها. (٣) أما الدفع بعدم دستورية القانون، فهو دفع من اختصاص المحكمة الدستورية العليا، والتي تفصل في دستورية القانون، وعندما يثار هذا الدفع يتوجب على محكمة الأصل أن توقف الفصل في الدعوى الأصلية، حتى تفصل المحكمة الدستورية العليا في الدفع. (٤) أما الحكم الصادر في الدفع الموضوعي، فإنه يعدُّ حكماً صادراً في موضوع الدعوى. (٥)

(٥) المرحلة التي تثار فيها الدفوع:

الدفع الموضوعي يجوز إيدأؤه في أية حالة كانت عليها الدعوى حتى في الاستئناف، (٦) أما الدفع بعدم القبول؛ فقد ذهبت الآراء في تحديد أحكامه إلى مذاهب شتى، شاع الاضطراب فيه. (٧) أما الدفع الشكلي فإنه يثار قبل البحث في الموضوع؛ لأن فصل المحكمة في هذا الدفع قد يغنيها عن التعرض للموضوع. (٨)

(١) عمر، الوسيط في قانون المرافعات المدنية والتجارية، ص ٤٥٢.

(٢) هندي، قانون المرافعات المدنية والتجارية، ص ٦٥٦.

(٣) أبو الوفاء، نظرية الدفوع، ص ٤٤٤.

(٤) عبدالنواب، الدفوع الشرعية في دعاوى الأحوال الشخصية، ص ٢٤٩. طلبة، أنور، التعليق على قانون المرافعات المدنية والتجارية، ط ١، م ٢، مطبعة منشأة المعارف، الاسكندرية، ٢/٢٦٣.

(٥) عشاوي، قواعد المرافعات، ٢/٢١٩. أبو الوفاء، نظرية الدفوع، ص ١٥.

(٦) هندي، قانون المرافعات المدنية والتجارية، ص ٦٤٣.

(٧) أبو الوفاء، نظرية الدفوع، ص ٢٠.

(٨) المرجع السابق، ص ١٥.

(٦) حصر الدفوع:

الدفوع الموضوعية متعددة لا يمكن حصرها؛ وهي ترتبط بأصل الحق وجوداً وهدماً،^(١) والدفوع الشكلية أيضاً دفوع غير حصرية، ويتقدم بها عادة المدعى عليه بغرض استصدار حكم ينهي الخصومة دون الفصل في موضوعها، أو يؤدي إلى تأخير الفصل بها،^(٢) إذ إن هذه الدفوع غير محصورة في القانون الأردني والقانون المصري،^(٣) أما الدفع بعدم القبول فهو يختص بعدم توفر شرط من شروط الدعوى التي يتطلب القانون لقبولها، سواء كانت هذه الشروط عامة يتعين توفرها لسماع الدعوى، أو من الشروط الخاصة بالدعوى المقدم بشأنها الدفع.^(٤)

(١) عمر، الوسيط في قانون المرافعات المدنية والتجارية، ص ٤١٥.

(٢) هندي، قانون المرافعات المدنية والتجارية، ص ٦٤٤.

(٣) أبو الوفا، نظرية الدفوع، ص ٢٥.

(٤) أبو الوفا، المرافعات المدنية والتجارية، ص ٢٧٨.

المبحث الرابع: أنواع الدفوع.

المطلب الأول: أنواع الدفوع في الفقه والقانون:

(١) أنواع الدفوع في الفقه.

(٢) أنواع الدفوع في القانون.

المطلب الثاني: الدفع الموضوعي في الفقه والقانون:

(١) الدفع الموضوعي في الفقه.

(٢) الدفع الموضوعي في القانون.

(٣) قواعد الدفوع الموضوعية في القانون.

المطلب الثالث: الدفع الشكلي في الفقه والقانون:

(١) الدفع الشكلي في الفقه.

(٢) الدفوع الشكلية في القانون.

(٣) الفصل في الاختصاص المكاني في الفقه الإسلامي.

(٤) الدفع بعدم الاختصاص المكاني في القانون.

المطلب الرابع: الدفع المتعلق بالنظام العام في الفقه والقانون:

(١) الدفع المتعلق بالنظام العام في الفقه.

(٢) الدفع المتعلق بالنظام العام في القانون.

(٣) الاختصاص الوظيفي وكيفية الفصل به في القانون.

(٤) الفرق بين الوظيفة والصلاحيّة.

المطلب الخامس: الفرق بين أنواع الدفوع:

(١) الفرق بين الدفع الشكلي والموضوعي.

(٢) الفرق بين الدفع الشكلي والدفع بعدم القبول.

(٣) الفرق بين الدفع بعدم القبول والدفع الموضوعي.

(٤) وجه الاتفاق بين الدفع بعدم الخصومة والدفع الموضوعي.

(٥) أوجه الاتفاق بين الدفوع الشكلية والدفع بعدم الخصومة.

المبحث الرابع: أنواع الدفوع.

المطلب الأول: أنواع الدفوع في الفقه والقانون.

(١) أنواع الدفوع في الفقه:

تعريف الدفع ليس مبنوياً في كتب الفقه القديمة والسبب في ذلك؛ أن الفقهاء استخدموا مصطلح الدعوى بدلاً منه، إذ إنَّ الفقهاء عدّوا الدفع دعوى، فالفقهاء القدامى اشترطوا في الدفع ما اشترطوا في الدعوى، وهذا الحديث يشتمل على أحكام، بعضها يُعرَف عقلاً، وبعضها يعرف شرعاً، فقوله -صلى الله عليه وسلم-: (البينة على من ادعى)؛ يدل على أنَّه لا يستحق بمجرد الدعوى، وهذا معقول لأنه خبر متمثل بين الصدق والكذب، وكذلك قوله -صلى الله عليه وسلم-: (اليمين على المدعى عليه)؛ فيه دليل على أن القول قوله لأنه متمسك بالأصل، فمن يتمسك بالأصل يكون المدعى عليه عند الفقهاء، على أنه يجب أن يعدُّ المدعي عند الفقهاء (من يستدعي على الغير بقوله)^(١) وقد ركز الفقهاء على الدفع الموضوعي بالذات؛ وذلك بسبب أن الدفع الموضوعي هو موضوع الدعوى الذي يراد الفصل فيه؛ والسبب في ذلك يعود إلى أن الدفع الموضوعي عندهم هو أصل النزاع المتنازع فيه، وأن الغاية من أحكام الشريعة الإسلامية إرجاع الحق إلى صاحبه بالسرعة الممكنة، وقد شدّد الفقهاء على إرجاع الحق إلى صاحبه على الفور بالسرعة الممكنة، سواء أكان الحق المتنازع عليه معاملات أو عقوبات أو أحوالاً شخصية^(٢)، ومن هنا يمكن أن نتبين أن النوع الأول من أنواع الدفوع في الفقه الإسلامي هو الدفع الموضوعي، أما النوع الثاني فهو (يخضع لكيفية ولاية القضاء في الإسلام) فولاية القضاء تقع تارةً عامة بأن يقول الإمام: ولينك القضاء والحكم. فيعم الأشخاص والمواضع والأيام، وتارةً تكون خاصة، فإن عين موضع الولاية ولم يعين الناس، كان له أن يحكم في الموضع الذي ولي به.^(٣)

(١) السرخسي، المبسوط، ٢٩/١٧.

(٢) ابن فرحون، إبراهيم علي المدني، (ت ٧٩٩هـ)، تبصرة الحكام في أصول الأقضية ومناهج الأحكام، ط ١، م ٢، المكتبة الأزهرية، القاهرة، ٨٥٠/١٥.

(٣) السمناني، أبو القاسم علي بن محمد، (ت ٤٩٩هـ)، روضة القضاء وطريق النجاة، ط ٢، م ٢، (تحقيق صلاح الدين الناهي)، مؤسسة الرسالة، بيروت، ٧٢/١.

ومن هنا نستطيع أن نحدد النوع الثالث من أنواع الدفوع في الشريعة الإسلامية، وهو: الدفع الشكلي. وهذا الدفع موجود في القانون بهذا الاسم، وأما دفع الخصومة وهو الدفع بعدم صفة المدعى عليه، أو عدم وجود مصلحة للمدعي في دعواه، أو عدم أهلية المدعى عليه، إذ إن كتب الفقه مليئة بهذا النوع من أنواع الدفوع^(١)، والذي يقابله في القانون الدفع بعدم القبول^(٢).

أما النوع الرابع فهو: (الدفع المتعلق بالنظام العام) والمقصود بذلك: أن أحكام الدعوى يجب أن تكون وفق أحكام الشريعة الغراء، ووفق الكتاب والسنة والإجماع أو القواعد الشرعية العامة المعروفة^(٣)، وهذا الدفع معروفٌ بهذا الاسم في القانون، وماهيته تكمن في عدم دستورية القانون والذي سأقوم بتوضيحه^(٤).

ومن هنا يمكن تقسيم أنواع الدفوع في الفقه الإسلامي إلى أربعة أقسام:

- (١) الدفوع الموضوعية .
- (٢) الدفوع الشكلية.
- (٣) دفع الخصومة.
- (٤) الدفع المتعلق بالنظام العام.

(٢) أنواع الدفوع في القانون:

لمّا كان الدفع بشكلٍ عام يشمل وسائل الدفاع التي يجيب بها الخصم على ادعاءات خصمه، بقصد تفادي الحكم عليه بطلبات خصمه كلها أو بعضها أو تأخير مثل هذا الحكم، وأنّ الحق فيه يثبت لكل خصم في الدعوى، أيّاً كانت صفته، والحكم يكون في حالات معينة نظراً لاعتبارات تمس المصالح العامة، فإن هناك أسئلة كثيرة تنثور حول النظام القانوني لممارسة هذا الحق، من حيث

(١) الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ٦/٣٣٩.
 (٢) أبو الوفاء، المرافعات المدنية والتجارية، ص ٢٧٤، عبد التواب، الدفوع الشرعية في دعاوى الأحوال الشخصية، ص ١٢٤، هندي، قانون المرافعات المدنية والتجارية، ص ٦٣٩.
 (٣) ابن أبي الدم، أدب القضاء، ص ٢١. الماوردي، الأحكام السلطانية، ص ٢٩.
 (٤) أبو الوفاء، المرافعات المدنية والتجارية، ص ٢٧٢، عبد التواب، الدفوع الشرعية في دعاوى الأحوال الشخصية، ص ٢٤٩.

إثارته، والكيفية التي يثار فيها، وميعادها، ولمن يكون الحق في إثارة الدفع، فهل يقتصر الحق في إثارته على الخصوم أصحاب المصالح؟^(١)

إن الدّفع في القانون يشمل وسائل الدفاع كلها، والتي يجوز للخصم أن يستعين بها للرد على مزاعم خصمه وادعاءاته.^(٢) والمدعى عليه في القانون يستطيع أن يتمسك بدفوعه الموضوعية كلها مرة واحدة، أو يجزئها على مراحل وفقاً للخطة التي يرسمها، لدفاعه ووفقاً لما تتكشف عنه الأحداث.^(٣)

وعلى هذا فقد قسّم فقهاء القانون الدفوع إلى أربعة أنواع:

النوع الأول: دفوع موضوعية؛ توجه إلى أصل الحق المدعى به، كأن ينكر وجود المدعى به، أو يزعم سقوطه، أو انقضائه كالدفوع بانقضاء الدين بالوفاء، فالدفوع إذن: تشمل كل دفع يترتب على قبوله رفض المدعي؛ ولهذا لا يتصور حصرها.^(٤)

وأما النوع الثاني: الدفوع الشكلية؛ ويقصد بالدفوع الشكلية في قانون المرافعات، تلك الأدوات الإجرائية التي حددها المشرّع، وجعلها وسيلة المدعى عليه للتمسك بالجزاء الإجرائي المترتب على وقوع مخالفات إجرائية، والأصل أن القاضي هو الذي يكيف هذه الدفوع؛ حتى يبين أنها دفوع شكلية أم موضوعية؟ وذلك حتى يسير بالدعوى بطريقة صحيحة.^(٥)

وأما النوع الثالث: الدفع بعدم قبول الدعوى، والذي يقابله في الفقه الدفع بعدم الخصومة، وهي الدفوع التي يتنازع بها المدعى عليه في أنه ليس للمدعي حقّ في دعواه؛ وذلك بسبب عدم توفر

(١) الزغول، الدفوع المدنية بين النظرية والتطبيق، ص ١٦٩.

(٢) أبو الوفا، نظرية الدفوع، ص ١٦٩.

(٣) عمر، نبيل، الوسيط في قانون المرافعات المدنية والتجارية، ط١، ام، دار الجامعة الجديدة للنشر، الاسكندرية، ص ٤١٧.

(٤) الهندي، قانون المرافعات المدنية والتجارية، ص ٢٧٣. عمر، نبيل، الوسيط في قانون المرافعات المدنية والتجارية، ص ٤١٥-٤١٧.

(٥) عشاوي، قواعد المرافعات المدنية والتجارية، ٢/٢١٩.

شرط من شروط الدعوى، كانهدام المصلحة أو الصفة أو انعدام الأهلية أو لنقض أي شرط من شروط الدعوى. (١)

وأما النوع الرابع: الدفع المتعلقة بالنظام العام، ومن الأمثلة على هذا: - الدفع بعدم قبول طلبات جديدة في الاستئناف، والدفع بعدم قبول الطعن في الحكم لعدم دفعه في الميعاد، (٢) والطعن بعدم دستورية القوانين، خاصة إذا ما تذكرنا أن هناك محاكم دستورية في بعض الدول وظيفتها فقط الفصل في دستورية القوانين. (٣)

وعلى هذا يمكن أن نلخص أنواع الدفع في القانون إلى :

١. الدفع الموضوعية.
٢. الدفع الشكلية.
٣. الدفع بعدم القبول.
٤. الدفع المتعلقة بالنظام العام.

المطلب الثاني: الدفع الموضوعي في الفقه والقانون.

(١) الدفع الموضوعي في الفقه:

مرّ بنا أنّ الفقهاء المتقدمين لم يُعرّفوا الدفع في الفقه الإسلامي، إلا أن الدفع الموضوعي مضمونه موجودٌ في كتبهم، بل إنّ كتبهم استغرقت البحث فيه، فتجد أبواباً كاملة للدفع الموضوعية في كتبهم الفقهية، مثل دفع الإبراء أو دفع الإيصال أو دفع عدم الأمانة على النفس والمال وغيرها من الدفع الموضوعية، التي تُسقط أصل الحق المدعى به، سواءً أكان كله أو جزءاً منه، بل إنّ

(١) أبو الوفاء، نظرية الدفع في قانون المرافعات، ص ٦٣٠. هندي، قانون المرافعات المدنية والتجارية، ص ٦٥٧.

(٢) عشموي، قواعد المرافعات، ص ٣١٥.

(٣) عبدالنواب، الدفع الشرعية في دعاوى الأحوال الشخصية، ص ٢٤٩.

الفقهاء المتقدمين - رحمهم الله - قد أبدعوا في بيان الدفع الموضوعي وصوره، خاصة الأئمة الأربعة - رحمهم الله - ففي دعوى الدين وضعوا صورها، والدفع التي يمكن أن تثار عليها، وفي دعوى الطلاق وضعوا صورها أيضاً، والدفع التي يمكن أن تثار إلى غير ذلك من الدعاوى، وصور الدفع التي يمكن أن ترد عليها. (١)

والدفع الموضوعي في الشريعة الإسلامية، يجعل الدعوى متقلبة، فقد يصبح المدعي مدعى عليه، وقد يعود المدعى عليه، مدعى عليه بدفع الدفع الذي يبديه المدعي أثناء الدعوى على دفع المدعى عليه، وهكذا فالدعوى متقلبة وقد تقوى حجة المدعى عليه إذا أقام الحجة على دفعه، وأثبت دفعه، فيتوجه الحكم على المدعي بالإبراء مثلاً أو بغيره من وجوه الحكم. فالدفع الموضوعي يجعل الشخص مدعياً ومدعى عليه في المنازعة الواحدة. (٢)

فمثلاً إذا ادعى أحد على آخر ديناً من جهة القرض، وقال المدعى عليه: أنا أديت ذلك لك ولوكيلك بالقبض، أو أنني أرسلته لك بيد فلان وهو أداه لك، أو أنني فوضت لك بإذن صاحب الأرض التي تحت تصرفي مقابل ذلك الدين، وقد تفوضت الأرض المذكورة أو أنت أبرأتني من ذلك، أو أنت وهبتني ذلك الدين أو كنا تصالحنا على المبلغ؛ لأعطيه للشخص الفلاني وقد أعطيته له. فيكون المدعى عليه قد دفع دعوى المدعي، حيث يسأل المدعي عن ذلك الدفع، بوصفه مدعى عليه، ويجب عن الدفع، فإذا أنكره فإن المدعى عليه - وهو مدعي الدفع - يكلف بإثبات ذلك الدفع، فإن أثبته فإنه يتوجه الحكم على المدعي بالإبراء، أما إذا دفع المدعي دفع المدعى عليه بدفع آخر، فيكون المدعي قد جاء بدفع الدفع بأن يقول: إنني أبرأته من دين آخر غير هذا الدين، أو أنه أوصلني دين فلان ولم يوصلني دينه الذي لي عليه، فعند ذلك يسأل المدعى عليه الأصلي عن دفع الدفع، فإن أنكر المدعى عليه دفع الدفع الذي جاء به المدعي، فإن المدعي بدفع الدفع يكلف بالإثبات، فإن أثبته توجه الحكم للمدعى عليه بدفع الدفع الذي جاء به المدعي. (٣)

(١) البهوتي، منصور بن يونس، (ت ١٠٥١هـ)، كشف القناع على متن الإقناع، ط ١، ٦م، دار الكتب العلمية، بيروت، ٣٣٣/٦. حيدر، درر الحكام شرح مجلة الأحكام، ٢١٣/٤.
(٢) ابن فرحون، تبصرة الحكام، ١٥٩/١. النووي، أبو زكريا، يحيى بن شرف، (ت ٤٧٦هـ)، روضة الطالبين وعمدة المتقين، ط ٢، ١٢م، المكتب الإسلامي، بيروت، ١٣/١٢.
(٣) ابن فرحون، تبصرة الحكام، ١٥٩/١. باز، شرح المجلة، ص ٩٢٧.

وقد جاء في المادة (١٦٣٢) من مجلة الأحكام العدلية: (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 تعود دعواه الأصلية).^(١)

(٢) الدفع الموضوعي في القانون:

الدفع الموضوعي: هو الدفع الذي يوجه إلى الحق موضوع الدعوى، بغرض الحكم برفض الدعوى كلياً أو جزئياً، فهو ينازع في نشوء الحق أو بقائه أو مقداره؛ ويرمي بهذا إلى رفض طلبات المدعي كلها أو بعضها، والدفع الموضوعية لا حصر لها ومن أمثلتها: الدفع ببطان العقد، والدفع بانقضاء الدين بالوفاء، والدفع بعدم التنفيذ.^(٢)

والمدعي عليه يستطيع أن يتمسك بدفوعه الموضوعية كلها مرةً واحدةً أو بجزءٍ منها على مراحل، وفقاً للخطة التي يخططها لدفاعه، ووفقاً لما تنكشف عنه الأحداث. والدفع الموضوعي هو حق من الحقوق الإجرائية ذات المحتوى الموضوعي؛ فهو حق إجرائي من حيث تحديد صاحبه في الخصومة والخطة التي يتمسك بها.^(٣)

فالدفع الموضوعية إذن تشمل كل دفع يترتب على قبوله رفض طلب المدعي، ولهذا لا يمكن حصرها، هذا من ناحية، ومن ناحيةٍ أخرى فإن هذه الدفوع تتعلق بأصل الحق؛ لذا تنظمها القوانين المقررة للخصومة.^(٤)

فالدفع الموضوعية يلجأ إليها المدعي؛ ليثبت أن مزاعم خصمه غير مشروعة، أو على غير أساس أو أنها انقضت بأي سبب من أسباب انقضاء الحقوق، وهذه الدفوع تخضع لذات الشروط التي تخضع لها الدعوى، من حيث وجوب توفر المصلحة والصفة والأهلية.^(٥)

(١) المادة (١٦٣٢)، من مجلة الأحكام العدلية.

(٢) هندي، قانون المرافعات المدنية والتجارية، ص ٦٤١. عشاوي، قواعد المرافعات، ٢/٢١١. أبو الوفا، نظرية الدفوع، ص ١٨.

(٣) عمر، الوسيط في قانون المرافعات المدنية والتجارية، ص ٤١٧.

(٤) أبو الوفا، نظرية الدفوع، ص ١٨.

(٥) عشاوي، قواعد المرافعات، ٢/٢١١.

ولا يختلف مضمون الدفع الموضوعي في القانون عنه في الفقه الإسلامي؛ فالدفوع الموضوعية في القانون لا يمكن حصرها، كما هي في الفقه الإسلامي وتخضع لنفس القواعد الموجودة في الفقه الإسلامي. (١)

وأهم ما يلاحظ في شرح القانونيين للدفع الموضوعي؛ أنهم عدوا الإنكار نوعاً من الدفوع الموضوعية، مع أن هناك فرقاً كبيراً بين إنكار الدعوى، وبين دفع الدعوى بدفع موضوعي. والدفوع الموضوعية في القانون من حيث بيانها وتنظيم إبدائها ليست من خصائص قانون المرافعات، وإنما تنظمها القوانين المقررة للحقوق وتضع أحكامها. (٢)

(٣) قواعد الدفوع الموضوعية في القانون:

(١) يجوز إبداء الدفوع الموضوعية في أية حالة تكون عليها الدعوى، فإبداء دفع موضوعي لا يسقط الحق في إبداء دفع موضوعي آخر.

(٢) يُعدُّ الحكم الصادر في الدفع الموضوعي سلطة محكمة أول درجة لموضوع الدعوى. (٣)

أما الدفع الموضوعي كدفع في موضوع الدعوى فمن الجائز إبداءه في أية حالة تكون عليها الدعوى ولو في الاستئناف؛ وذلك يعود إلى أهمية هذا الدفع؛ لأنه يوجه إلى أصل الحق، فالحكم بقبوله يترتب عليه النزاع على أصل الحق. (٤)

وهذا الدفع لا بد أن تتوافر فيه الشروط نفسها المتوفرة في الدعوى، من حيث توضيح الدفع وشروطه، فلا يسأل الخصم عن دفع غير واضح، وهناك أمثلة كثيرة وقرارات استئنافية كثيرة تدل على ذلك، فقد جاء في القرارات الاستئنافية الصادرة عن محكمة الاستئناف الشرعية: أن الدفع

(١) هندي، قانون المرافعات المدنية والتجارية، ص ٦٤١.

(٢) عشموي، قواعد المرافعات، ٢/٢١٢.

(٣) هندي، قانون المرافعات المدنية والتجارية، ص ٦٤٣.

(٤) أبو الوفا، نظرية الدفوع، ص ٤٤٤.

دعوى، ويشترط فيه ما يشترط في الدعوى، فالمدعى عليه في الدعوى الأصلية هو مدعى في دعوى الدفع، والمدعى في الدعوى الأصلية هو مدعى عليه في دعوى الدفع.^(١)

المطلب الثالث: الدفع الشكلي في الفقه الإسلامي والقانون.

(١) الدفع الشكلي في الفقه الإسلامي:

إن تعريف الدفع الشكلي غير موجود في الكتب المعتمدة في الفقه الإسلامي؛ وذلك أن الفقهاء قد ركزوا على الدفع الموضوعي أكثر من الدفع الشكلي، ولكن مضمون الدفع الشكلي موجود في الفقه.^(٢) خاصة وأنَّ القضاء في الفقه الإسلامي يخضع لكتاب التولية من الحاكم الذي يولي فيه القضاء للقضاء للقاضي، فالاختصاص المكاني من الدفوع الشكلية التي تثار أمام القضاء، فعند تولي القضاء لا بد من ذكر البلد الذي يُقَدَّه القضاء فيه، فلا يجوز للقاضي بأي حال من الأحوال أن يتجاوز ممارسة القضاء مكانياً، إلا بما ولي به بموجب كتاب التولية، فإن أطلق كان على العموم في المنازعات دون العموم في الولايات.^(٣)

ولا بد من ذكر ما تضمنه التقليد من ولاية القضاء، أو إمارة البلاد أو جباية الخراج؛ لأن هذه شروط معتبرة في كل تقليد للقضاء، ليعلم على أي نظر عقدت، فإن جهل فسدت، ثم إنه لا بد أن يذكر في كتاب تولية القضاء تقليد البلد الذي عقدت الولاية عليه؛ ليعرف به العمل الذي يستحق النظر فيه ولا تصح الولاية مع الجهل به، ولا تخلو ولاية القاضي من عموم أو خصوص، فإن كانت ولايته عامة مطلقة التصرف في جميع ما تضمنه، فهي عامة تشمل جميع الأحكام في المنازعات وقطع التشاجر والخصومات بأنواعها المختلفة^(٤)، والملاحظ أن كتاب تولية القضاء لا بد أن يتضمن الاختصاص النوعي والمكاني والزمني، فإن تجاوزه القاضي فقد فسد قضاؤه.

(١) القرار رقم (٢٢٩٧٣) تاريخ ١٦/٦/١٩٨٢م الصادر عن محكمة الاستئناف الشرعية الأردنية.
(٢) ياسين، محمد نعيم، نظرية الدعوى بين الشريعة الإسلامية وقانون المرافعات المدنية والتجارية، ط٣، ام، دار النفائس، عمان، الأردن، ص ٥٨٦.
(٣) ابن أبي الدم، كتاب أدب القضاء أو الدرر المنظومات في الأقضية والحكومات، ص ٥٠.
(٤) ابن فرحون، تبصرة الحكام في أصول الأقضية ومناهج الأحكام، ص ٢٦. الماوردي، ابي الحسن علي بن محمد بن حبيب البصري البغدادي، (ت ٤٥٠هـ)، الأحكام السلطانية والولايات الدينية، ط١، ام، (تحقيق عصام فارس الخرساني)، المكتب الإسلامي، بيروت، ص ١١٥.

أما الاختصاص النوعي: فهو الاختصاص الوظيفي للقاضي، وما يجوز للقاضي النظر فيه من أنواع الخصومات. وأما الاختصاص المكاني للقاضي في الفقه الإسلامي: فهو الحدود المكانية لولاية القاضي، والتي ولي فيها بموجب كتاب التولية، ولا يجوز للقاضي أن يتعدى اختصاصه المكاني والنوعي والزماني، فإن تعدى ذلك فقد فسد قضاؤه. (١)

هذا ما يخص الاختصاص المكاني والزماني والنوعي الوظيفي لولاية القاضي في الفقه الإسلامي، أما الدفوع الشكلية الأخرى في الفقه الإسلامي مثل دفع الرسوم أو الدفع بطلب النظر في بعض مستندات الخصم في الدعوى، فهذه إجراءات معقدة لا وجود لها في النظام الإسلامي، ويهدف منها البعد عن التعقيد الشكلي في القضاء، ثم إن مخالفة الإجراءات الشكلية في الشريعة الإسلامية لا يجوز أن تكون سبباً لرد الدعوى وتأخير الفصل فيها، فقد ذكر أن الإجراء الخاطيء يطلب تصحيحه ممن قام به، والقاضي هو الذي يطلب ذلك فإن فعل ذلك أتم نظر الدعوى. (٢)

(٢) الدفوع الشكلية في القانون:

يقصد بالدفوع الشكلية في قانون المرافعات: تلك الأدوات أو الوسائل الإجرائية التي حددها المشرع وجعلها وسيلة المدعى عليه؛ للتمسك بالجزاء. والأصل أن القاضي هو الذي يكيف هذه الدفوع (٣)، وهذا الدفع يوجه إلى إجراءات الخصومة بغرض استصدار حكم ينهي هذه الخصومة دون الفصل في موضوعها، أو يؤدي إلى تأخير الفصل فيه، (٤) والدفوع الشكلية متعددة ولا حصر لها: ومثالها الدفع بعدم الاختصاص النوعي خاصة وأن القانون قد قسم اختصاص المحاكم مكانياً وبين أنواع الدعاوى التي تنظرها كل محكمة. (٥)

ويقسم بعض شراح القانون هذه الدفوع الفرعية أو الشكلية إلى قسمين:

- (١) الماوردي، الأحكام السلطانية والولايات الدينية، ص ١١٥.
- (٢) ياسين، نظرية الدعوى، ص ٦٠٤.
- (٣) عمر، أصول المرافعات المدنية والتجارية، ص ٥٨٩.
- (٤) عشاوي، قواعد المرافعات، ٢/٢١٢. هندي، قانون المرافعات المدنية والتجارية، ص ١٤٤. أبو الوفاء، نظرية الدفوع، ص ١٦٩. عبدالنواب، الدفوع الشرعية في دعاوى الأحوال الشخصية، ص ٢٩.
- (٥) عمر، أصول المرافعات المدنية والتجارية، ص ٥٨٩. أبو الوفاء، نظرية الدفوع، ص ٢٦. هندي، قانون المرافعات المدنية والتجارية، ص ٦٤٤.

(١) نوع يتضمن إنكار اختصاص المحكمة المرفوع لها النزاع، أو طلب إحالته إلى محكمة أخرى.

(٢) نوع يقصد به تأخير الفصل في النزاع، ويلاحظ أن هذا التقسيم تعوزه الدقة؛ إذ يُدخِل وأضعوه طلب الاطلاع على المستندات، مع أنه لا يقصد به تأخير الفصل في الدعوى؛ إذ لا يعدو أن يكون مجرد طلب التأجيل لنظر الدعوى حتى يتمكن الخصم إحضار مستنداته.^(١)

ويتعين في القانون إبداء سائر الدفوع الشكلية معاً وقبل الموضوع، وإلا سقط الحق فيما لم يبد منها،^(٢) والأصل أن القاضي هو الذي يكيف هذه الدفوع، وقد نصت المادة (١٤١) من قانون المرافعات المصري على أن: الدفوع الشكلية يجب إداؤها قبل الدفع بعدم قبول الدعوى، ومثل أي طلب أو دفاع فيها. كما نصت المادة (١٠٨) من قانون المرافعات المصري: على أن الدفوع الشكلية تخضع لنظام قانون خاص وهو وجوب إبداء الدفوع الشكلية جميعها معاً، وقبل إبداء أي طلب أو دفاع أو دفع بعد القبول وإلا سقط الحق فيما لم يبد منها.^(٣)

وأهم قواعد الدفوع الشكلية :

(١) يجب إبداء الدفوع الشكلية في بدء النزاع، فيجب التمسك بتلك الدفوع قبل الكلام في الموضوع.

(٢) يجب إبداء سائر الدفوع الشكلية معاً وبأسبابها قبل التكلم في الموضوع.

(٣) الحكم في الدفع الشكلي لا يُعدُّ حكماً في موضوع الدعوى ولا تستنفذ المحكمة ولايتها به.

(٤) تفصل المحكمة في الدفع الشكلي أولاً قبل نظر الموضوع.^(٤)

(١) ع شماوي، قواعد المرافعات، ص ٢١٢/٢.

(٢) أبو الوفا، المرافعات المدنية والتجارية، ص ٢٧٣.

(٣) عمر، أصول المرافعات المدنية والتجارية، ص ٤٢١.

(٤) هندي، قانون المرافعات المدنية والتجارية، ص ٦٤٨.

(٣) الفصل في الاختصاص المكاني في الفقه الإسلامي:

الاختصاص المكاني في الفقه الإسلامي: هو اختصاص القاضي بالنظر في القضايا المرفوعة في مكان معين دون أن يتعدى ذلك المكان، وذلك يربط بكتاب التولية الذي ولاه فيه الحاكم، فلا يجوز للقاضي أن يتعدى النظر في قضايا خارج اختصاص مكانه الذي وليه بموجب كتاب التولية، ويجوز للحاكم أن يولي قاضيين أو أكثر من بلد واحد؛ إذ إن ولاية القاضي من الممكن أن تكون عامة في كل مكان، ومن الممكن أن تكون خاصة بمكان معين.^(١)

والسؤال في ما إذا تعدد القضاة في البلد الواحد، واختلف الخصمان على مكان القاضي الذي سينظر الدعوى، فإن أقوال الفقهاء في هذه المسألة على رأيين:

(١) ذهب جمهور الفقهاء فيما عدا محمد بن الحسن إلى أن اختيار القاضي يرجع إلى المدعي؛ واستدلوا على ذلك بأدلة عقلية ترجع إلى تعريف المدعي عندهم حيث إن المدعي (من إذا تَرَكَ تُرِكَ) لأن اختيار الخصومة تكون باختياره؛ لأنه مهاجم، والمهاجم لا يجبر على الخصومة، والمدعى عليه هو الذي يجبر على الخصومة، وعدم تركها، فالمدعي يستطيع أن يسقط الخصومة بينما المدعى عليه لا يستطيع أن يسقطها، فإذا حضر تنظر الدعوى بحقه وجاهياً، وإذا غاب تنظر الخصومة بحقه غيابياً، بينما إذا غاب المدعي عن الخصومة فإن الدعوى التي رفعها تسقط، وإذا طلب إسقاط الدعوى فإن الدعوى تسقط بطلبه؛ إذ إنه لا يجبر على الخصومة.^(٢)

(٢) أما محمد -رحمه الله- والذي لم يقل برأيه أحد من الفقهاء فرأيه وجيه وجدير بالانتباه فقال: إن العبرة في اختيار القاضي تعود للمدعى عليه؛ لأنه ليس مهاجم كالمدعي

(١) العبدري، المواق محمد بن يوسف، (ت ٨٩٧هـ)، التاج الإكليل لمختصر خليل، ط ٢، ٨، دار الكتب العلمية، بيروت، ٧١/٨. البهوتي، كشاف القناع على متن الإقناع، ٩٣/١٠.

(٢) ابن نجيم، البحر الرائق شرح كنز الدقائق، ١٩٥/٧. العبدري، المواق، التاج الإكليل لمختصر خليل، ١٢٠/٨. النووي، روضة الطالبين، وعمدة المفتين، ٧/١٢. ابن قدامة، المغني، ١٢٤/١٠. وزارة الأوقاف والشؤون الكويتية، الكويت، ٢٠/٢٨٠، الموسوعة الفقهية، ط ١، ٣٤، مطابع وزارة الأوقاف الكويتية، ٢٠/٢٨٠.

ويجب أن يحتاط له، ولأن اختيار القاضي من المدعي المهاجم يدفع المدعى عليه إلى الريبة والشك، ثم إن المدعي مهاجم والذي يهاجم يحتاط لنفسه. (١)

والراجح هو رأي الإمام محمد؛ لأن المدعي مهاجم ومحتاط لنفسه فإذا قلنا إن العبرة في اختيار القاضي تعود له، فإن ذلك يولد عند المدعى عليه الريبة والشك والتهمة، وكل ذلك يشكل ارتباكاً في نفسه فلا يستطيع أن يدافع عن نفسه بشكل جيد؛ إذ إن المدعى عليه مدافع عن نفسه ويطلب السلامة لها، فالأولى مراعاة جانبه في اختياره؛ لأن المدعي يريد أن يحكم عليه والمدعى عليه يريد أن يدفع عن نفسه، وقد أخذ القانون في معظم الدعاوى برأي الإمام محمد، ما عدا بعض الدعاوى التي استثناها القانون، لأن النصوص القانونية نصت على استثنائها. (٢)

أما دعوى العين فلا ترفع إلا على من تحت يده تلك العين، فإذا كان منقولاً في يد المدعى عليه كلف إحضارها ليشير إليها بالدعوى؛ وذلك لأن النقل ممكن والإشارة أبلغ من التعريف.

وأما دعوى الدين فقد اتفقوا على أن هذه الدعوى تنتظر في المكان الذي يتعلق فيه الطالب بالمطلوب، والمدعي يتعلق بخصمه في دعوى الدين في أي مكان يجده. (٣)

(٤) الدفع بعدم الاختصاص المكاني في القانون:

ويقصد به منع المحكمة من الفصل في الدعوى المعروضة أمامها؛ لخروجها عن حدود ولايتها. ومحل الإقامة: هو البلد الذي يقطنه الشخص على وجه يعتبر مقيماً فيه عادة. (٤)

من هذا التعريف نلاحظ أن المراد بالصلاحية في القانون: هو أحقية المحكمة واختصاصها مكانياً للفصل في الدعوى، والقاعدة العامة تنص على: أن كل دعوى تنتظر في محكمة المدعى عليه باستثناء بعض الدعاوى؛ وذلك نظراً للمصلحة في ذلك مثل: الدعوى المتنازع فيها على عقار،

(١) ابن عابدين، محمد أمين بن عمر، (ت ٨٠٠هـ)، العقود الدرية في تنقيح الفتاوى الحامدية، ط ١، ٢، القاهرة، ٢٩/٢. وزارة الأوقاف الكويتية، الموسوعة الفقهية، ٢٠/٢٨٠.

(٢) ياسين، نظرية الدعوى بين الشريعة الإسلامية وقانون المرافعات المدنية والتجارية، ص ٢١٥.

(٣) ابن نجيم، البحر الرائق، ٧/١٤١. وزارة الأوقاف والشؤون الكويتية، الموسوعة الفقهية، ٢٠/٢٨٠.

(٤) عبدالنواب، الدفوع الشرعية في دعاوى الأحوال الشخصية، ص ٣٥.

خاصة إذا كان في الدعوى صغار، فإن المحكمة المختصة بذلك هي المحكمة التي يقع فيها العقار، وذلك لسهولة الكشف عليه لإعطاء الإذن للقاصرين ببيعه، إذا دعت مصلحة القاصرين لذلك. (١)

وكما رجحت سابقاً فإن العبرة في الاختصاص المكاني هو لاختيار المدعى عليه، إذ كانت حجة الفقهاء في ذلك أن المدعي يجب أن يسعى للمدعى عليه، كما أنه ليس من المقبول أن يطلب من المدعى عليه أن يتكلف إلى محكمة بعيدة عن موضعه أو محل إقامته،^(٢) ويستند هذا الاجتهاد إلى أن المدعى عليه يدافع عن نفسه ضد من اتهمه، والمدافع يطلب السلامة لنفسه، والأصل براءة الذمة، والظاهر يشهد له فأخذه إلى ما يأبه بريئة ثبتت عنده، وتهمة وقعت له ربما يوقعه في ارتباك يحصل له، فيؤدي ذلك إلى إثبات ما ليس في الحقيقة ثابتاً في ذمته، فالأولى مراعاة جانبه بالنظر إليه ومراعاة اختياره.^(٣) والحكم الصادر بقبول الدفع بعدم الاختصاص المكاني، لا يمس أصل الحق وبالتالي لا يترتب عليه إنهاء النزاع، وإنما يترتب عليه انقضاء الخصومة أمام المحكمة.^(٤)

المطلب الرابع: الدفع المتعلق بالنظام العام في الفقه والقانون.

(١) الدفع المتعلق بالنظام العام في الفقه:

المقصود بذلك: أن تكون أحكام الدعوى والدفع التي يثيرها الخصوم وفق أحكام الشريعة الإسلامية؛ فلا يجوز أن تخالف نصاً في الكتاب ولا في السنة النبوية المشرفة، أو أن تخالف إجماعاً معتبراً، أو قاعدة شرعية معروفة، إذ إن أحكام القضاء في الشريعة الإسلامية ملتزمة بشريعة الله - سبحانه وتعالى - القائمة على الحق وعلى ما يصلح للإنسان في دنياه وآخرته، فإذا خالف الخصوم أو القاضي ذلك فإن إجراءات التقاضي تكون غير معتبرة.^(٥)

(١) المادتان (٣، ٤) من قانون أصول المحاكمات الشرعية الأردني رقم (٣) سنة ١٩٥٩. أبو البصل، عبد الناصر، شرح قانون أصول المحاكمات الشرعية ونظام القضاء الشرعي، ط١، ١، ام، دار الثقافة للنشر، عمان، ص ١٠٠.

(٢) المرجع السابق، ص ١٠١.

(٣) ياسين، نظرية الدعوى، ص ٢١٥.

(٤) أبو الوفاء، نظرية الدفع، ص ١٥.

(٥) ابن أبي الدم، أدب القاضي، ص ٢٢. الماوردي، الأحكام السلطانية والولايات الدينية، ص ٢٩.

لذا هدد الله - سبحانه وتعالى- الذين يحكمون بغير ما أنزل وندد بهم وتوعدهم؛ لأنهم تعدوا حدود الله وحكموا بغير ما أنزل، فقال تعالى في كتابه العزيز: ﴿مَنْ حَكَمَ بِمَا آتَيْنَا مِنْ دُونِ مَا أَنْزَلْنَا مِنْ رَبِّكَ فَأُولَٰئِكَ يَتَّخِذُونَ آيَاتِ اللَّهِ كَذِبًا وَأُولَٰئِكَ لَهُمْ عَذَابٌ أَلِيمٌ﴾ (١).

" فالحكم يجب أن يكون في معرفة ما بعث الله به رسوله، وبما أنزله في كتابه فإن الله - سبحانه وتعالى- أرسل رسله، وأنزل كتبه ليقوم الناس بالقسط، وهو العدل الذي قامت به السماوات والأرض، فإذا قامت أمارات العدل وأسفر وجهه بأي طريق كان، فثم شرع الله وحكمه، والله - سبحانه- أعلم وأحكم وأعدل أن يخص طرق العدل وأماراته وأعلامه بشيء ثم ينفي ما هو أظهر منها وأقوى دلالة، أبين أمانة فلا يجعله منها ولا يحكم عن وجودها وقيامها بموجبها، بل قد بين - سبحانه- بما شرعه من الطرق أن مقصوده. إقامة العدل بين عباده، وقيام الناس بالقسط، فأبي طريق استخراج بها العدل والقسط فهي من الدين وليست مخالفة له، فلا يقال إن السياسة العادلة مخالفة لما نطق به الشرع، بل هي موافقة لما جاء به. وهي جزء من أجزائه ونحن نسميها سياسة، تبعاً لمصطلحهم وإنما هي عدل الله ورسوله). (٢)

(٢) الدفع المتعلق بالنظام العام في القانون:

يجب على الخصوم أن يتقيدوا بأحكام القانون والدفع المتعلقة بالنظام العام هي الدفوع التي أجاز القانون إثارتها بعد التعرض للموضوع وفي مراحل المحاكمة جميعها. (٣)

ومن الأمثلة على ذلك: الدفع بعدم قبول طلبات جديدة في الاستئناف، والدفع بعدم قبول الطعن في الحكم لدفعه بعد فوات الميعاد. (٤)

(١) سورة المائدة، الآية (٥٠).

(٢) ابن القيم الجوزية، الطرق الحكمية في السياسة الشرعية، ص ١٣.

(٣) أنطاكي، أصول المحاكمات في المواد المدنية والتجارية، ص ٢٠٠.

(٤) عبدالتواب، الدفوع الشرعية في دعاوى الأحوال الشخصية، ص ٤٩.

ومن الأمثلة أيضاً: الدفع بعدم الاختصاص النوعي أو القيمي أو الوظيفي،^(١) والدفع بعدم دستورية القوانين دون غيرها، ويشترط للطاعن بعدم الدستورية أن تتوفر له مصلحة شخصية ومباشرة في طعنه.^(٢)

وفي القوانين الوضعية، يختلف الأمر عما كان عليه الحال في الحياة الإسلامية، من حيث النظام التشريعي؛ فبينما كان الناس يخضعون في الحياة الإسلامية لأصول موحدة للأحكام هي الكتاب والسنة والإجماع والاجتهاد، وكانت الثلاثة الأولى منها تشمل أحكام محددة قطعية لا خلاف فيها، وليس لأحد أن يخالفها مهما كان، وأحكام أخرى يختلف فيها النظر الاجتهادي ويتباين، وليس شيء منها على التحديد واليقين ملزماً، وإنما الملزم اختيار بعضها لتطبيقه على الواقعة المطلوب القضاء فيها، بناءً على مرجعيات معترف بها، في حين نجد أن النظم الوضعية قد صاغت الأحكام في مواد قانونية محددة، يلتزم القضاة بتطبيقها على الواقع المعروف عليهم، ولكن قد يتصور في القانون حدوث ما هو قريب في طبيعته، مما كان يحدث بين الفقهاء المسلمين على نطاق أضيق، وهو الاختلاف في تغيير المادة القانونية التي يراد تطبيقها على الواقع.^(٣)

(٣) الاختصاص الوظيفي وكيفية الفصل به في القانون:

هو اختصاص المحكمة وتقيدها بذاتها بالنظر في الدعاوى التي أمرت بسماعها والحكم فيها بموجب حكم القانون،^(٤) والوظيفة بالمعنى الذي نقصده هنا: هي ولاية جهة قضائية معينة في نظر نوع من المنازعات، يكون بسبب طبيعته خارجاً عن ولاية جهة قضائية بالذات، وتصرف إلى ولاية الجهة القضائية بصفة عامة، عن تحديد هذه الولاية بالمقارنة مع ولايات الجهات الأخرى للدولة، وفقدان الوظيفة يعني: أن تكون المنازعة خارجة عن ولاية الجهة القضائية لدخولها في غيرها من الجهات.

(١) عمر، الوسيط في قانون المرافعات المدنية والتجارية، ص ٤٣٥.

(٢) عبدالتواب، الدفوع الشرعية في دعاوى الأحوال الشخصية، ص ٤٩.

(٣) ياسين، محمد نعيم، حجية الحكم القضائي بين الشريعة الإسلامية والقانون، ط١، م، دار الفرقان، عمان، ص ٧١.

(٤) خوري، فارس، أصول المحاكمات الحقوقية، ط٢، م، الدار العربية، عمان، ص ١٤٣.

وعدم اختصاص المحكمة بسبب عدم ولايتها، أو بسبب نوع الدعوى أو قيمتها تحكم بها المحكمة، ويجوز الدفع به في أية حالة كانت عليها الدعوى ولو في الاستئناف. (١)

ويجوز لكل ذي مصلحة من الخصوم سواءً أكان مدعياً أم مدعى عليه أم متدخلاً أم مدخلاً في الدعوى أن يتمسك بالدفع بعدم اختصاص المحكمة، سواءً أكان ذلك بسبب عدم ولايتها أو بسبب نوع الدعوى وقيمتها. (٢)

ويعدُّ عدم الإختصاص في هذه الحالات متعلقاً بالنظام العام، إذ إن المحكمة تثيره من تلقاء نفسها ولو لم يثره الخصوم. (٣)

والاختصاص النوعي: هو الاختصاص المتعلق بطبقات المحاكم، وهو أمر تقتضيه اعتبارات عدة، وأهمها: وجوب توفر محكمة عليا تشرف على صحة تطبيق القانون، وتعمل على توحيد القضايا كبيرة الأهمية، وفي الفصل في القضايا جميعها عندما تتنازع المحاكم في الاختصاص النوعي لما أمرت بسماعه. (٤)

(٤) الفرق بين الوظيفة والصلاحيّة:

الوظيفة: هي الاختصاص النوعي للمحاكم ، وما أمدت بسماعه بموجب القانون، والصلاحيّة هي الاختصاص المكاني للمحاكم، والذي يجب أن لا تتعداه والفرق بينهما:

١. لا عبرة في الاختصاص الوظيفي لموافقة الخصمين، وحتى إن حكمت المحكمة به فحكمها باطل بخلاف اختصاص الصلاحيّة.

٢. يثار الاعتراض على وظيفة المحكمة في أي دور من أدوار المحاكمة بخلاف الصلاحيّة التي يسقط الاعتراض عليها بعد الدخول في أساس الدعوى.

(١) أبو الخير، محمد ، قانون المرافعات ، ط٥، ١م، ص ٢٩٠.

(٢) عشاوي، قواعد المرافعات، ٢/٢٣٥. أبو الوفا، المرافعات المدنية والتجارية، ص ٢٧٤.

(٣) المصدر السابق، ص ٢٣٤.

(٤) عبدالنواب، الدفوع الشرعية في دعاوى الأحوال الشخصية، ص ٤٩.

٣. يحق للمحكمة أن تتدخل من تلقاء نفسها وحتى بدون طلب من الخصوم للوظيفة، وترد الدعوى لعدم الوظيفة بخلاف الصلاحية. (١)

المطلب الخامس: الفرق بين أنواع الدفوع.

(١) الفرق بين الدفع الشكلي والموضوعي:

١. يتعين إيداء الدفوع الشكلية قبل التكلم في موضوع الدعوى، وإلا سقط حق الإدلاء بها، أما الدفع الموضوعي: فمن الجائز إيداءه في أية حالة تكون عليها الدعوى،^(٢) والمدعى عليه يستطيع أن يتمسك بدفوعه كلها مرة واحدة أو يجزئها على مراحل، وفقاً للخطة التي يعتقد أنها لدفاعه ووفقاً لما تتكشف عنه الأحداث.
٢. إنَّ المشرِّع يوجب إيداء جميع الدفوع الشكلية معاً، وبأسبابها قبل التكلم في الموضوع وإلا سقط الحق فيما لم يبد منها ما لم يتصل بالنظام العام، وإلا يعدُّ تنازلاً عن الدفع الشكلي مجرد تقديم دفع آخر عليه، أما الدفع الموضوعي فلا يعدُّ تنازلاً عن الدفع الموضوعي مجرد تقديم دفع آخر عليه.^(٣)
٣. الحكم الصادر بالدفع الشكلي لا يمسُّ أصل الحق المدعى به، ولا يترتب عليه إنهاء النزاع بصدده، وإنَّما يترتبُ عليه انقضاء الخصومة، أما الحكم الصادر بالدفع الموضوعي فإِنَّه يمسُّ أصلَ الحق المدعى به.^(٤)
٤. إذا أثار المدعى عليه دعواً موضوعياً وقبلت المحكمة دفعه، ردت دعوى المدعي نهائياً فلا يحق له بعد ذلك رفع الدعوى نفسها من جديد أمام القضاء، ولكن إذا أثار المدعى عليه دعواً شكلياً جواباً عن الدعوى، وقبلت المحكمة دفعه، فقوة القضية المقضية لا

(١) عابنة، علي إبراهيم ، أبحاث في قانون أصول المحاكمات الشرعية بقرارات محكمة الاستئناف الشرعية الأردنية، ط١، ام، دار الثقافة، عمان، ص ٢. الداود، أحمد ، القرارات الاستئنافية في أصول المحاكمات الشرعية ومناهج الدعوى، ط١، ام، مكتبة الثقافة، عمان ، ٦٠٧/٢. أبو البصل، شرح قانون أصول المحاكمات الشرعية ونظام القضاء الشرعي، ص ٩٠. المادة رقم (٥) من أصول المحاكمات الشرعية الاردني رقم (٣١) لسنة ١٩٥٩م.

(٢) أبو الوفا، نظرية الدفوع في قانون المرافعات، ص ١٥.

(٣) عمر، الوسيط في قانون المرافعات، ص ٤١٧. عشاوي، قواعد المرافعات، ص ٢١٩.

(٤) أبو الوفا، نظرية الدفوع، ص ١٦.

تشمل سوى الدفع فقط، ولا تمس أساس الحق الذي يدعيه، فيحق لهذا الأخير رفع دعواه من جديد. (١)

٥. يجب على المحكمة مبدئياً أن تفصل في الدفوع الشكلية قبل البحث في موضوع النزاع؛ إذ قد يغنيها الفصل في تلك الدفوع من التعرض للموضوع، على أنه يجوز للمحكمة أن تقرّر ضم هذه الدفوع إلى الموضوع، فتحكم عندئذٍ بها بحكم واحد. (٢)

(٢) الفرق بين الدفع الشكلي والدفع بعدم القبول (عدم الخصومة في الفقه):

١. إنّ الدفع بعدم القبول لا يتعلق بإجراءات الخصومة، وإنما هو ينازع في موضوعها، وإذا كان الدفع بعدم القبول يوجه في الغالب إلى العيوب الإجرائية، كالدفع بسقوط الخصومة أو الدفع ببطلان الإجراءات، فهذه الدفوع يتمسك بها عن طريق الدفع بعدم القبول.

٢. الإجراءات التي تفتقدها الدعوى، تؤدي إلى نشأة الدفع بعدم القبول كإعدام الصفة أو عدم رفع الدعوى في الشكل المحدد قانوناً، أو في الترتيب المنصوص عليه في القانون، إلا أن كل ذلك لا يعني أن الدفع بعدم القبول يستخدم في مثل هذه الحالات، بوصفه أداة إجرائية لأعمال جزاءات أخرى، هذه الجزاءات قد تكون السقوط والإعدام، والبطلان، والتقدم، جعل الدعوى كأن لم تكن، والعبرة في تكيف الدفع بعدم القبول تحقيق جوهره ومرماه لا بما يكون عليه الخصوم. (٣)

٣. الدفع الشكلي لا يوجه إلى ذات الحق المدعى به، إنما يوجه إلى أصل الخصومة بوصفها مجموعة إجراءات يتعين على الخصم مباشرتها، إذا شاء الالتجاء إلى القضاء للحصول على المنفعة التي يخولها له حق معين يدعيه. أما الدفع بعدم القبول فمن الجائز الإدلاء به في أية حالة تكون عليها الدعوى، وهو الحكم الصادر بقبوله، ويترتب عليه حسم النزاع في الموضوع أو يترتب عليه إنهاء الخصومة. (٤)

(١) أبو الوفا، المرافعات المدنية والتجارية، ص ٤٧٧.

(٢) أنطاكي، أصول المحاكمات المدنية والتجارية، ص ١٩٧.

(٣) هندي، قانون المرافعات المدنية والتجارية، ص ٦٥٢.

(٤) أبو الوفا، نظرية الدفوع، ص ٤٤٤. أنطاكي، أصول المحاكمات في المواد المدنية والتجارية، ص ٤٧٧.

٤. إن الدفع بعدم القبول ليس دفعاً موضوعياً أو دفعاً شكلياً، وهو أيضاً ليس دفعاً مختلطاً تجتمع فيه خصائص الدفع الشكلي والموضوعي، إنما هو دفع له وظائف مستقلة، وهو يتوجه إلى الحماية القضائية المطلوبة، بهدف إنكار حق طالبتها، وهو يتمسك بعدم قابلية الإدعاء لأن يكون محلاً للعمل القضائي. (١)

(٣) الفرق بين الدفع بعدم القبول في القانون (عدم الخصومة في الفقه) والدفع الموضوعي:

هناك فروق عديدة بين الدفع بعدم القبول في القانون؛ وهو (الدفع بعدم الخصومة في الفقه) والدفع الموضوعي وأهم هذه الفروق :

١. الدفع بعدم القبول ليس دفعاً موضوعياً؛ إذ إن القاضي هو الذي يتحقق من توفر شروط قبول الدعوى، والمحكمة هي التي تثير هذا الدفع حتى ولو لم يثره الخصوم، أما الدفع الموضوعي فالخصم هو الذي يثيره. (٢)
٢. الدفع بعدم الخصومة يرمي إلى الطعن بعدم توافر الشروط اللازمة لسماع الدعوى والحق في رفعها، بوصفه حقاً مستقلاً عن ذات الحق الذي ترفع الدعوى لطلب حمايته، حيث ينكر به الخصم حق خصمه، في رفع الدعوى دون المساس بالموضوع. (٣)
٣. تفصل المحكمة في الدفع بعدم قبول الدعوى قبل الفصل في الموضوع؛ ذلك أن هذا الفصل قد يغنيها عن نظر الدعوى الأصلية المنظورة أمام المحكمة وموضوعها، (٤) وقد نصت المادة (١٠٩) من قانون أصول المحاكمات المدنية الأردنية على أن للخصم صاحب المصلحة أن يطلب الحكم بالقضية المعينة قبل التعرض للموضوع. (٥)

(١) عبدالنواب، معوض، المرجع في التعليق على قانون المرافعات، ط٢، ٤م، مطبعة عالم الفكر للنشر والتوزيع، طنطا، ٣٨/٣. هندي، قانون المرافعات المدنية والتجارية، ص ٦٥٣.

(٢) هندي، قانون المرافعات المدنية والتجارية، ص ٦٥١.

(٣) الزغول، الدفوع المدنية بين النظرية والتطبيق، ص ١٠٥.

(٤) المرجع السابق، ص ١١٩.

(٥) أنظر المادة (١٠٩) من قانون أصول المحاكمات المدنية الأردني رقم (١١) لسنة ١٩٨٨م.

٤. إن الدفع بعدم القبول الذي ينكر فيه الخصم سلطة خصمه في استعمال حقه، كأن يزعم مثلاً انقضاء صفة الخصم هو دفع يتعلق بحق المدعي في رفع دعواه، ولا يتعلق بالحق المدعي به بذاته. (١)

٥. لا يجوز الحكم في الدفع بعدم الخصومة حجية الأمر المقضي؛ ذلك أن حجية الأمر المقضي إنما يترتب على القضاء الفاصل في موضوع الدعوى، أما الحكم بعدم القبول فلا يعد قضاءً موضوعياً؛ لأنه لا يفصل في الموضوع، ولذا لا يترتب الحجية ويجوز أن تقبل ذات الدعوى من جديد متى توقّرت المصلحة. (٢)

(٤) أوجه الاتفاق بين الدفع بعدم القبول في القانون (عدم الخصومة في الفقه) والدفع الموضوعي:

١. يتفق الدفع بعدم القبول مع الدفع الموضوعي من جهة كونه لا يتناول إجراءات الخصومة، ويصح إيدأؤه في أية حالة كانت عليها الدعوى، ولا تسقط بمواجهة الموضوع ما لم يتبين من ظروف القضية أن المدعي عليه قد تنازل عنه صراحةً أو ضمناً، وما لم يكن متعلقاً بالنظام العام. (٣)

٢. الدفع بعدم الخصومة يبحث في شروط الدعوى، والتي قد تدخل في شروط المدعي به منها كون المدعي به معلوماً، فمثلاً: في دعوى الدين لا بد أن يكون الدين معلوماً، ويعتبر الحق معين المقدار إذا تعلق بمبلغ معلوم من النقود، أو بكمية معلومة من أشياء معينة بنوعها أو بشيء معين بعينه، ولم يكن التعيين في هذه الأحوال محل نزاع من المدين، والأمر ظاهر في اشتراط تحديد مقدار الدين؛ لأن القاعدة أن للمدين الحق في تقاضي إجراءات التنفيذ بالمبادرة بأداء ما هو مطلوب منه. (٤)

٣. يترتب على قبول الدفع الموضوعي أو الدفع بعدم القبول أن يخسر المدعي دعواه الأصلية؛ بحيث لا يستطيع العودة إليها وتستنفذ محكمة الدرجة الأولى القضاء به، بحيث

(١) أبو النور، نظرية الدفوع للدعوى القضائية في الفقه الإسلامي، ص ٨٧.

(٢) هندي، قانون المرافعات المدنية والتجارية، ص ٦٥٦.

(٣) العشماوي، قواعد المرافعات، ٢/٢٩٥.

(٤) أبو الوفاء، أحمد، إجراءات التنفيذ في المواد المدنية والتجارية، ط ٥، ام، دار منشأة المعارف، الاسكندرية، ص ٢٢٥.

لا تستطيع العودة إليها، وي طرح في الإستئناف الدفوع على هذا الحكم بما احتواه من طلبات، فإذا صدقته محكمة الاستئناف واستنفذ الحكم أوجه الاعتراض القانونية كلها، فإنه لا يجوز العودة إلى الدعوى الأصلية. (١)

(٥) أوجه الاتفاق بين الدفوع الشكلية والدفوع بعدم القبول في القانون (الدفوع بعدم الخصومة في الفقه):

١. يتفق هذا الدفع مع الدفوع الشكلية من جهة كونه لا يتناول موضوع الدعوى، وإنما يوجه لحق الدعوى ذاته، كأن يتمسك المدعى عليه بأنه ليس للمدعي حق مباشرة الدعوى لفقدان الأهلية أو الصفة أو المصلحة، أو لأن الاستئناف رفع بعد ميعاده، أو لأن الحق موضوع الدعوى غير مستحق الأداء، أو معلق على شرط لم يتحقق؛ من هنا كان الدفع بعدم القبول وسطاً بين الدفوع؛ فلا هو بالدفع الشكلي الخالص في صورته كافة، ولا هو بالدفع الموضوعي في أوضاعه كلها. (٢)

٢. الدفع الشكلي والدفوع بعدم القبول يدخلان في إجراءات الدعوى، والطلبات المقدمة في الدعوى. فمثلاً الدفع بعدم قبول دعوى الحيازة ممن بادر برفع دعوى المطالبة بالحق وعدم قبول دعوى المطالبة بالحق، وعدم قبول طلبات التدخل لانتفاء صلة الارتباط بينها وبين الدعوى الأصلية، أو عدم قبول تدخله لحصوله بعد إقفال باب المرافعة، وعدم قبول الاستئناف بعد قفل باب المرافعة في الاستئناف الأصلي، هذه كلها تتدخل فيها الإجراءات القانونية المقدّمة لدى المحكمة. (٣)

والدفع الشكلي هو أيضاً تلك الأدوات أو الوسائل الإجرائية، والتي حدّدها المشرّع وجعلها وسيلة المدعى عليه؛ للتمسك بالجزاء الإجرائي المترتب على وقوع مخالفات إجرائية، والأصل أن القاضي هو الذي يكيف هذه الدفوع سواء كانت شكلية أو دفع بعدم القبول وعدم الخصومة أو دفوع موضوعية. (٤)

(١) عبد التواب، المرجع في التعليق على قانون المرافعات، ص ٥٠٢.

(٢) عشاوي، قواعد المرافعات، ٢/٢٩٥.

(٣) أبو الوفاء، المرافعات المدنية والتجارية، ص ٢٧٩.

(٤) عمر، أصول المرافعات المدنية والتجارية، ص ٤٢١.

وستركز هذه الدراسة في الفصل القادم على دراسة الدفع بعدم الخصومة في الفقه والذي يقابله في القانون الدفع بعدم القبول، وعلى المقارنة في ذلك بين الفقه والقانون؛ وذلك لأهمية هذا الدفع في التقاضي، مبرزاً في ذلك عظمة التشريع الإسلامي، ومقدار السبق الذي وصل إليه الفقهاء المسلمون في مجال التنظيم القضائي وأصوله بدراسة نظام القضاء في الإسلام.

الفصل الثاني

الدفع بعدم الخصومة القضائية.

المبحث الأول: حقيقة الدفع بعدم الخصومة والتكييف الفقهي والقانوني له.

المبحث الثاني: صورة الدفع بعدم الخصومة في المسائل الخمسة في الفقه والقانون.

المبحث الأول: حقيقة الدفع بعدم الخصومة والتكييف الفقهي والقانوني له.

المطلب الأول: تعريف الخصومة.

١ - الخصومة في اللغة.

٢ - الخصومة في الإصطلاح.

المسألة الأولى: تعريف الخصومة عند الفقهاء.

المسألة الثانية: تعريف الخصومة في القانون.

المطلب الثاني: من يكون خصما؟

المطلب الثالث: الدفع بعدم الخصومة في الفقه الإسلامي والقانون.

١ - الدفع بعدم الخصومة في الفقه الإسلامي.

٢ - الدفع بعدم القبول في القانون.

المطلب الرابع: التكييف الفقهي والقانوني للدفع بعدم الخصومة.

١ - التكييف الفقهي للدفع بعدم الخصومة.

٢ - التكييف القانوني للدفع بعدم القبول.

الفصل الثاني

المبحث الأول: حقيقة الدفع بعدم الخصومة والتكليف الفقهي والقانوني له.

المطلب الأول: تعريف الخصومة.

الفرع الأول: الخصومة في اللغة:

الخصم معروف يستوي فيه المذكر والمؤنث والجمع؛ لأنه في الأصل مصدر، ومن العرب من يجمعه ويثنيه، فيقول خصمان وخصوم، والخصيم والجمع خصماء، وخاصمه فخصمه من باب غلبه في الخصومة، والخصومة جانب العدل وزاويته. (١)

وقد ورد في قوله تعالى: ﴿...﴾ (٢) أي: يتجادلون. والأصل يختصمون، فأدغمت التاء في الصاد فقلبت حركتها إلى الهاء، وإسكان الخاء لا يجوز؛ لأنه جمع بين ساكنين. (٣)

ونقول: خاصمه مخاصمة بمعنى غلبته في الحجة، وخصمك: هو مخاصمك. والخصومة مصدر خصمته إذا غلبته في الخصام. (٤)

وجاء في قوله تعالى: ﴿...﴾ (٥) وجاء في قوله تعالى: ﴿...﴾ (٦) وجاء في قوله تعالى: ﴿...﴾ (٧) وجاء في قوله تعالى: ﴿...﴾ (٨) وجاء في قوله تعالى: ﴿...﴾ (٩) وجاء في قوله تعالى: ﴿...﴾ (١٠)

(١) الرازي، محمد بن أبي بكر بن عبدالقادر، (ت ٧٢١هـ)، مختار الصحاح، ط ١، ام، (تحقيق سعيد محمود عقيل)، دار الجيل، بيروت، ص ١٩٦.
 (٢) سورة يس، الآية (٤٩).
 (٣) ابن النحاس، أبي جعفر، أحمد بن محمد بن اسماعيل، (ت ٣٣٨هـ)، إعراب القرآن الكريم، ط ١، م، (وضع حواشيه وعلق عليه عبدالمنعم خليل إبراهيم)، دار الكتب العلمية، بيروت، ٢٦٨/٣.
 (٤) ابن منظور، لسان العرب، ١٨٢/١٢.

هنا المنازع، وهو يقع للثنتين والجمع والمؤنث، فيقال هما خصم وهم خصم وهي خصم، لأنه مصدر في أصله.^(٢)

الفرع الثاني: الخصومة في الإصطلاح:

المسألة الأولى: تعريف الخصومة عند الفقهاء المسلمين.

الخصم عند الفقهاء المسلمين من يترتب على إقراره حكم فهو خصم في حالة إنكاره.^(٣) وقد أجمع فقهاء المسلمين: أنه لا يقبل إقرار أحد على غيره^(٤)؛ لما روي عن مالك، عن ابن شهاب عن عروة بن الزبير، عن عائشة - رضي الله عنها - زوج النبي - صلى الله عليه وسلم - أنها قالت: كان عتبة بن أبي وقاص عهد إلى أخيه سعد بن أبي وقاص، أن ابن وليدة زمعة مني فاقبضه إليك، قال فلما كان عام الفتح أخذه سعد، وقال ابن أخي: قد كان عهد إليّ فيه فقام إليه عبد بن زمعة، فقال أخي وابن وليدة أبي ولد على فراشه فتساقا إلى رسول الله - صلى الله عليه وسلم - فقال سعد: يا رسول الله، ابن أخي قد كان عهد إليّ فيه، وقال عبد بن زمعة أخي وابن وليدة أبي ولد على فراشه، فقال رسول الله - صلى الله عليه وسلم -: "الولد للفراش وللعاهر الحجر"، ثم قال لسودة بنت زمعة: "احتجبي منه" لماً رأى من شبهه بعتبة بن أبي وقاص، قالت: فما رأها حتى لقي الله عز وجل.^(٥) قال المزني: لا تصح دعوى سعد ابن أخيه، ولا دعوى عبد زمعة على أبيه، ولا أقرت سودة أنه ابن أبيها فيكون أخوها منعها من رؤيته، وأمرها بالاحتجاب منه ولو ثبت أنه أخوها ما أمرها أن تحتجب منه.^(٦)

(١) سورة ص، الآيتان (٢١، ٢٢).

(٢) الدرويش، محيي الدين، إعراب القرآن الكريم وبيانه، ط١، ١٠، ام، دار اليمامة، دمشق، ٣٤٤/٨.

(٣) ابن نجيم، البحر الرائق، ٧/١٩٥. حيدر، درر الحكام شرح مجلة الأحكام، ٤/٢٢٧.

(٤) ابن المنذر النيسابوري، أبو بكر محمد بن إبراهيم، (ت ٣١٨هـ)، الإجماع، ط٢، ام، مكتبة الفرقان، عجمان، ص ٨٦. ابن عبد البر، الإمام الحافظ أبي عمر، يوسف بن عبدالله بن محمد الأندلسي، (ت ٤٦٣هـ)،

الاستذكار، ط٤، ١٠، ام، (تحقيق حسان عبد المنان)، مؤسسة النداء، الإمارات العربية، ١١٨/٨.

(٥) أخرجه مسلم في صحيحة، كتاب النكاح، باب الولد للفراش وتوقي الشبهات، حديث رقم (٣٥٩٨)، ١٠/٢٧٩.

(٦) ابن عبد البر، الاستذكار، ١١٩/٨.

والخصومة أمر تنتجته أرادة الشخص في عمل معين، خاصةً أنّ للإرادة المنفردة في الفقه الإسلامي ميداناً فسيحاً، نراها تنتج آثاراً قانونيةً متنوعةً، فهناك تصرفاتٍ هي عقودٌ في القانون، وتتم في الفقه الإسلامي بإرادة منفردة، وهناك تصرفاتٌ تتم بإرادة منفردة، في كل من الفقه الإسلامي والقانون. وهناك أخيراً آثاراً قانونيةً كثيرةً، غير إنشاء الالتزام من حيث إنتاج الآثار القانونية المختلفة، في الفقه الإسلامي تزيد عن القانون، فهناك تصرفاتٌ لا تتم في القانون إلا بتقابل إرادتين وتتم في الفقه الإسلامي بإرادة منفردة. (١)

فالالتزام يطلق في الفقه الإسلامي على الصورة العامة للالتزام بالإرادة المنفردة، فيقال المطلوبات المترتبة على الالتزام، أي: الالتزامات الناشئة عن الإرادة المنفردة. فإذا التزم شخص بمال يعطيه لشخص آخر دون أن يتعاقد معه فهل يتقيد الملتزم بإرادته المنفردة هذه أن يعطي المال الذي التزم بإعطائه؟ (٢) ذهب الحنفية والشافعية والحنابلة إلى أن هذا يعدُّ من التبرع غير الملزم، والتبرع يجوز الرجوع فيه. (٣) أما عند الإمام مالك -رضي الله عنه- فهو ملزم لا يجوز الرجوع فيه؛ لأن المتبرع ألزم نفسه فيجب عليه أن يلتزم. (٤) فالالتزام: هو ما تقدم. أما الوعد: فهو ما يفرضه الشخص على نفسه لغيره، بالإضافة إلى المستقبل، لا على سبيل الالتزام في الحال، وقد يقع الوعد على عقد أو عمل، كأن يعد شخص آخر ببيعه أرضاً أو ببنائه جداراً، والوعد ملزم لبيان الإفضاء إلى ما وعد به الشخص الواعد. (٥)

المسألة الثانية: تعريف الخصومة في القانون.

الخصومة هي مجموعة الإجراءات التي ترمي إلى الحصول على حكم قضائي، سواءً انتهت بصور حكم بالفعل في الموضوع حاسماً له، أم انتهت بغير حكم في الموضوع، وتفترض الخصومة وجود طرفين على الأقل يقوم بينهما النزاع، هما المدعي والمدعى عليه. (١)

(١) السنهوري، عبدالرزاق، مصادر الحق في الفقه الإسلامي - دراسة مقارنة في الفقه الغربي، ط١، ٦م، المجمع العلمي العربي الإسلامي، بيروت، ٤١/١.
 (٢) المرجع السابق، ٤٥/١.
 (٣) ابن نجيم، البحر الرائق، ٢٨٦/٧. الشربيني، مغني المحتاج، ٥٥٨/٣. ابن قدامة، المغني، ٣٧٩/٥.
 (٤) ابن عبد البر، الاستذكار، ٢١٧/٨.
 (٥) السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، ٤٥/١.
 (٦) الأنصاري، حسن النيداني، مبدأ وحدة الخصومة ونطاقه في قانون المرافعات، ط١، ١م، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، ص ١.

وهكذا يتبين أن الدعوى هي موضوع الخصومة، وأن الخصومة هي الوسيلة أو الوعاء الذي يحتويها أمام القضاء، ولكلّ منهما شروطه وأحكامه الخاصة، وإن كان كل إجراء من إجراءات الخصومة، إنما يُعدُّ عملاً قانونياً قائماً بذاته، فإنّ هذا لا ينفى وحدتها، حيث يتفق الرأي على أن الخصومة تعد وحدة قانونية وفنية متكاملة. (١)

ومقتضى ذلك أن الخصومة لا توجد صحيحة إلا إذا صحت الأعمال المكونة لها، بالترتيب الذي يريده القانون، على أنه يلاحظ أن الكلام عن وجود الخصومة لا يعني مجرد بدئها، فالخصومة تبدأ بأول عمل فيها، هذا من ناحية، ومن ناحية أخرى فإن الخصومة تبدأ بأول عمل فيها، حين تعرض الأعمال المكونة لها أو بطلانها، بل يقدر القضاء صحة هذه الأعمال أولاً بأول، بالنظر إلى مركزها في الخصومة، ولهذا فإن الشروط التي يتطلبها القانون في الأعمال المكونة للخصومة وهي التي تكون دائماً محلاً للبحث، بل إنه حتى إذا انتهت الخصومة، فإنه يفرض مسألة صحيحة على القضاء في صورة بحث في صحة الحكم الصادر فيها، بالنظر إلى الأعمال السابقة عليها وبالنظر إلى ذلك؛ فإن الخصومة في القانون تقوم على أساسين:

(١) الأعمال القانونية المكونة للخصومة القضائية.

(٢) نظام تتابع هذه الأعمال، على النحو الذي فرضه القانون لتحقيق الهدف منها، أي دراسة إجراءات الخصومة. (٢)

والخصم في القانون: هو الطرف في الخصومة القضائية المدنية، وهو تعبير يفيد وضع شخص في مواجهة شخص آخر، دون اشتراط نزاع بينهما. (٣) إذ إن: الخصومة ظاهرة حية، تستغرق مدة من الزمن تتم خلالها مجموعة من الإجراءات، وإن هذه الإجراءات لا تسير بصفة ارتجالية، وفقاً لهوى الخصوم أو محض تقدير القاضي، وإنما تخضع لنظام معين، يرسمه قانون الأصول لتسلسلها، يكفل به الضمانات اللازمة لتحقيق غاية العمل القضائي، ويدفع بالخصومة نحو نهايتها الطبيعية، وهكذا فإن تلاحق إجراءات الخصومة،

(١) الزعبي، عوض أحمد، وقف الخصومة وفق قانون أصول المحاكمات المدنية الأردنية، ط١، ام، الجامعة الأردنية، عمان، ص ٣.

(٢) والي، فتحي، قانون القضاء المدني اللبناني، (أصول المحاكمات المدنية)، دراسة مقارنة، ط١، ام، دار النهضة العربية للطباعة والنشر، بيروت، ص ٣٣٦.

(٣) التحيوي، محمود السيد، إجراءات رفع الدعوى القضائية الأصل والاستثناء، ط١، ام، دار الجامعة الجديدة للنشر، الاسكندرية، ص ٣٧٩.

وتتابع سيرها على نحو يكفل المبادئ الأصولية الأساسية، التي تقوم عليها حتى تنتهي بالحكم في موضوعها، وتحقيق غاية الحكم القضائي، إنما هو الوضع الطبيعي أو العادي لها. (١)

المطلب الثاني: من يكون خصماً؟

القسم الأول: الخصم الذي يكون خصماً بحضور آخر:

(١) المسائل الخمسة: وهي المسائل التي يدعي فيها المدعى عليه بأن يده على هذه العين هي يد حفظ وليس يد ملك، كأن يدفع المدعى عليه دعوى المدعي، بأن فلاناً أعارني هذه العين، أو أودعها عندي أو رهنها عندي، أو استأجرتها من فلان أو غصبتها منه. (ويشترط فيها حضور الوديع، والمستعير والمعير والمستأجر والمؤجر، والمرتهن والراهن معاً عند دعوى الوديعة، على الوديع والمستعار على المستعير والمأجور على المستأجر والمرهون على المرتهن، ولكن إذا غصبت الوديعة أو المستعار أو المأجور أو المرهون فللوديعة والمستعير والمستأجر والمرتهن أن يدعي بأولئك على الغاصب، ولا يلزم حضور المالك، وليس للمالك أن يدعي بأولئك وحده ما لم يحضر هؤلاء).^(٢) ومثاله: أن يقول ذو اليد عن المدعى به، سواء كان منقولاً أو عقاراً أودعني أو أعارني أو أجارني أو رهنياً زيد الغائب، وبرهن عليه على ما ذكر، والعين قائمة. وقال الشهود: نعرفه باسمه ونسبه أو بوجهه. وشرط محمد - رحمه الله - معرفته بوجهه أيضاً، فلو حلف لا يعرف فلاناً وهو لا يعرفه إلا بوجهه، لا يحنث. (٣)

(٢) إذا ادعى المستحق المبيع من المشتري غير القابض، يلزم حضور البائع.

(٣) إذا لم يسلم العقار المشفوع للمشتري، فالخصم للشفيع البائع.

(١) الزعبي، وقف الخصومة وفق قانون أصول المحاكمات الأردنية، ص ٤.

(٢) المادة (١٦٣٧) من مجلة الأحكام العدلية.

(٣) ابن عابدين، محمد أمين بن عمر، (ت ٢٥٢هـ)، رد المختار على الدر المختار في شرح تنوير الأبصار، ط ١، ٦م، والكتاب حاشية على الدر المختار للحصفي، (ت ١٠٨٨هـ)، والدر المختار شرح تنوير الأبصار، للتمرتاشي، (ت ١٠٠٤هـ)، دار الكتب العلمية، بيروت، ٥/٥٦٧.

(٤) إذا ادعى المدعي قائلاً: إنَّ الدارَ التي تحت يد المدعى عليه، كانت لفلان الغائب، وإن نو اليد هذا قد اشترى تلك الدار من ذلك الغائب وقبضها، وإنني شفيحٌ وأطلبها بالشفعة فأجابه المدعى عليه قائلاً: إن هذه الدار كانت في الأصل لي، ولم أشتريها من أحدٍ، فيجب في هذه الدعوى عند الطرفين حضور ذلك الغائب. (١)

القسم الثاني: ما لم يكن خصماً مطلقاً وهم:

- (١) لا يكون خصماً في دعوى العين الشخص الذي لم يكن واضعاً اليد عليها، فدعوى العين؛ تدفع على من تحت يده هذه العين.
- (٢) الوديع للمشتري، فالبايع يدفع الدعوى على المشتري، إذا أراد أن يفسخ عقد البيع، ولا يدفعها على وديع المشتري. والمشتري يدفعها إلى البايع.
- (٣) الوديع لدائن المودع، فالدائن يرفع الدعوى على مدينه الموع؛ لأن ذمة مدينه تعلقت بهذا الدين.
- (٤) مدين المدين للدائن، فالدائن يرفع الدعوى على مدينه، وليس على مدين مدينه، وذلك لأن ذمة مدينه تعلقت بهذا الدين.
- (٥) البائع للمشتري من المشتري، فالبايع يرفع دعواه على الشخص الذي اشترى منه هذه السلعة، لأنه هو الذي وقع عقد البيع منه. والمشتري يرفعها على البايع.
- (٦) المستأجر للمتأجر، فالمؤجر يرفع دعواه على المستأجر الذي استأجر منه والذي وقع معه عقد الإجارة وليس على مستأجر المستأجر.
- (٧) المستأجر للمرتهن، فالمرتهن يرفع دعواه على الراهن.
- (٨) الوكيل بالإقراض للمستقرض، فالمستقرض يرفع دعواه على الشخص الذي أقرضه؛ لأن الوكيل فقط مناب بالقرض.
- (٩) للدائن دائن آخر، فالمدين يرفع دعواه على دائنه الأصلي؛ لأنه هو الذي وقع عقد الدين معه.

(١) حيدر، درر الحكام شرح مجلة الأحكام، ٤/٢٢٧.

(١٠) لا يكون الشريك في عين مشتركة؛ بسبب ملك غير الإرث خصماً للمدعي عن خصمه شريكه، وذلك لأن الشريك يطالب بحقه فقط في شراكته، ولا يطالب بحق غيره.

(١١) في دعوى النهر والمدعى به من الأمور المشتركة منافعها، بين أهل قريتين لا يكون بعض الأهالي خصماً، إذا كان أهل القرية قوماً محصورين؛ لأنه بحصرهم أصبحوا معروفين، فكل واحد منهم يطالب بحقه فقط. (١)

هذا وقد نصت المادة (١٦٣٤) من المجلة: (أنه إذا ادعى أحد شيئاً، وكان يترتب على إقرار المدعى عليه حكم على تقدير إقراره، يكون بإنكاره خصماً في الدعوى وإقامة البينة، وإن كان لا يترتب على إقرار المدعى عليه حكم، إذا أقر لم يكن خصماً بإنكاره). (٢)

ومثاله: إذا أتى أحد من أرباب الحرف، وادعى على رجل بقوله: إن رسولك فلاناً أخذ مني المال الفلاني، أعطني ثمنه. كان المدعى عليه خصماً إذا أنكر؛ لأنه إذا أقر يلزمه دفع ثمن المبيع وتسليمه، وفي هذا تسمع دعوى المدعي وبينته. (٣)

القسم الثالث: الخصم المنفرد:

هو الخصم الذي لا يحتاج حضور آخر، على النحو الآتي:

- (١) من يترتب على إقراره حكم؛ فهو خصم في حالة إقراره.
- (٢) الخصم في دعوى العين؛ هو واضع اليد على تلك العين.
- (٣) يكون المشتري القابض المبيع خصماً للمستحق.
- (٤) يكون أحد الورثة خصماً في الدعاوى، التي تكون للمتوفى وعليه.
- (٥) يكون أحد العامة خصماً في دعاوى المعاملات، التي يعود نفعها للعموم؛ كالطريق العام.

(١) حيدر، درر الحكام شرح مجلة الأحكام ، ٢٢٧/٤.

(٢) المادة (١٦٣٤) من مجلة الأحكام العدلية.

(٣) باز ، شرح المجلة، ص ٩٣٥.

(٦) في الدعاوى التي تتكون من أهالي القريتين، وكانوا قوماً غير محصورين، كدعوى النهر، والدعوى المشتركة منافعها، يكون بعض الطرفين خصماً؛ ولذلك فحضور بعض الطرفين كاف.

(٧) في دعوى الدين المشترك بسبب غير الإرث؛ يكون أحد الشركاء خصماً عن الآخر. (١)

هذا وقد توسع الفقهاء في الخصومة وبيان أحوالها وشروطها، ودفع الخصومة في الفقه يقابله في القانون (الدفع بعدم قبول الدعوى)، والذي يتسع نطاقه في التشريع الوضعي، والذي سنأتي إلى تفصيله؛ فهو موضوع هذه الدراسة، التي ستركز على الفرق بين ذلك في الفقه والقانون.

المطلب الثالث: الدفع بعدم الخصومة في الفقه الإسلامي والقانون.

(١) الدفع بعدم الخصومة في الفقه الإسلامي:

هو الدفع الذي يقصد به دفع الخصومة عن المدعى عليه، كأن يقول المدعى عليه: إن يدي على هذه العين ليست يد خصومة ولا ملك، إنما هي يد حفظ على المدعى به مثل: أن يدعي المدعى عليه أنه مستأجر لهذه العين، أو أنه مستعير لها وتتعدد صور هذا الدفع في الفقه الإسلامي وهي: (٢)

(أ) دفع المدعى عليه بأن يده على العين ليست يد خصومة ولا ملك، إنما يده على العين الموجودة تحت يده هي يد حفظ (٣). وهو الدفع بالمسائل الخمسة الموجودة في الفقه والمعروفة.

(ب) دفع المدعى عليه بانتفاء شرط من شروط الدعوى؛ كأن يقول: إن المدعي ليس صاحب صفة في رفع مثل هذه الدعوى، أو أنني لست صاحب صفة في أن ترفع هذه

(١) حيدر، درر الحكام شرح مجلة الأحكام العدلية، ٢٢٧/٤.

(٢) ابن نجيم، البحر الرائق، شرح كنز الرقائق، ٢٣٣/٧. ابن عابدين، رد المحتار على الدر المختار، ٥٦٧/٥. القرافي، الفروق، ٧٥/٤. ابن أبي الدم، أدب القضاء، ص ١٣٦. الهيتمي، الفتاوى الفقهية الكبرى، ٢٩٣/٤. ابن قدامة، المغني، ٢٦٦/١٠. حيدر، درر الحكام، ٢٣٦/٤.

(٣) ابن عابدين، رد المحتار على الدر المختار، ٥٦٧/٥. السرخسي، المبسوط، ٢٩/١٧. العبدري المواق، التاج الإكليل لمختصر خليل، ٢٥٣/٧. ابن أبي الدم، أدب القضاء، ص ١٣٦. الهيتمي، الفتاوى الفقهية الكبرى، ٢٩٣/٤. ابن قدامة، المغني، ٢٦٦/١٠. حيدر، درر الحكام، ٢٣٧/٤.

الدعوى عليّ، أو كأن يدفع المدعي عليه دعوى المدعي بأن المدعي لا يوجد له مصلحة في رفع هذه الدعوى عليّ، أو كأن يدفع المدعي عليه دعوى المدعي بأن المدعي ليس أهلاً لرفع هذه الدعوى، فتوقف الخصومة على المدعي عليه مؤقتاً، أو كأن يدفع المدعي عليه دعوى المدعي، بأنها ليست واضحة وأن المدعي به ليس معلوماً، إلى غير ذلك من الشروط الموجودة في الدعوى، والتي يجب أن تكون موجودة حتى يلزم المدعي عليه بها. (١) وسأتي إلى بيان ذلك وتوضيحه.

(ج) أن يدفع المدعي عليه دعوى المدعي، بأنه سبق نظرها في القضاء والفصل بها فلا خصومة للمدعي على المدعي عليه، كون هذه القضية مقضية. (٢)

(د) أن يدفع المدعي عليه دعوى المدعي؛ بأنه سبق الصلح بينه وبين المدعي في هذه الدعوى، فلا خصومة للمدعي عليه بسبب سبق الصلح، بين الطرفين المتداعيين في دعوى المدعي. (٣)

(٢) الدفع بعدم القبول في القانون:

هو ما يتقدم به الخصم في الدعوى، من دفاع يرمي به إلى الطعن بعدم توفر الشروط اللازمة لسماع الدعوى، أو الطلب العارض أو الطعن في الحكم الموجه إليه الدفع، وهي شروط المصلحة والصفة والأهلية. (٤)

كما أنه طائفة من الدفوع التي توجه إلى الحماية القضائية المطلوبة، والتي يكون الهدف منها منع المحكمة من نظر الدعوى التي تختص بها المحكمة؛ لأن حق المدعي في طلب الحماية القضائية يتعين عدم قبوله؛ لتخلف شرط من شروط القبول. (٥)

(١) ابن عابدين، العقود الدرية تنقيح الفتاوى الحامدية، ٣/٢. القرافي، الفروق، ٧٢/٤. الخطيب الشربيني، مغني المحتاج إلى معرفة الفاظ المنهاج، ٤٢٢/٦. ابن الفراء اليعقوبي، التهذيب في فقه الإمام الشافعي، ٣٢٧/٨. ابن قدامة، الكافي في فقه ابن حنبل، ١٩٦/٢. حيدر، درر الحكام، ١٧٩/٤.

(٢) ابن عابدين، العقود الدرية تنقيح الفتاوى الحامدية، ٥٣/١. ابن عابدين، رد المحتار على الدر المختار، ٥٨٩/٥.

(٣) السرخسي، المبسوط، ١١٧/٢٠. الكاساني، بدائع الصنائع، ٧٩/٦.

(٤) عشاوي، قواعد المرافعات، ص ٢٩٩.

(٥) عمر، أصول المرافعات المدنية والتجارية، ص ٥٩٢.

فشروط الدعوى القانونية يجب أن تكون بأوصافها القانونية المعتمدة، فإذا لم تتوفر هذه الأوصاف، فإنه يجب للمدعى عليه حق إجرائي في التمسك بعدم قبول الدعوى، وهذا الدفع من الدفوع المتعلقة بالنظام العام، والذي يجوز للمحكمة أن تثبته من تلقاء نفسها، حتى ولو لم يثبته الخصوم. (١) وتنص المادة (١٢٦) من قانون المرافعات المصري: (بأنه لا يحكم بعدم قبول الدعوى، إذا زال سبب عدم قبول هذه الدعوى، وذلك في الأحوال التي يجوز فيها تصحيح شكل الدعوى). (٢)

وأجاز قانون المرافعات المصري: إبداء الدفع بعدم القبول في أية حالة تكون عليها الدعوى، إذ إن هذا الدفع له طبيعة خاصة، تختلف عن طبيعة الدفوع الموضوعية والدفوع الشكلية، تجعله يحتل مركزاً وسطاً بينهما، فهو في بعض الأحوال يتفق والدفوع الموضوعية فيما يختلف فيه مع الدفوع الشكلية، وفي أحوال أخرى يتفق والدفوع الشكلية فيما يختلف فيه مع الدفوع الموضوعية. (٣)

هذا وقد نصت المادة (١٤٢) من قانون المرافعات المصري على: (أن الدفع بعدم قبول الدعوى يجوز إبداءه في أية حالة تكون عليها الدعوى، ولو في الاستئناف). (٤)

والخصومة في القانون: هي حالة قانونية، تنشأ عن مباشرة الدعوى، وهي ترتب حالة قانونية بين طرفيها، وترتب علاقة قانونية بين هؤلاء، والدولة ممثلة في هيئة المحكمة. (٥)

وصور الدفع بعدم القبول تتركز أساساً في ثلاث حالات:

(١) تخلف شرط من شروط الدعوى وينقسم إلى:

١. انتفاء المصلحة.

٢. انعدام الصفة.

٣. دفع الدعوى من غير ذي صفة. (٦)

(١) عمر، أصول المرافعات المدنية والتجارية، ص ٤٣٩.

(٢) أبو الوفاء، نظرية الدفوع، ص ١٨.

(٣) المادة (١٢٦) من قانون المرافعات المصري رقم (١٣) لسنة ١٩٦٨م.

(٤) المادة (١٤٢) من قانون المرافعات المصري رقم (١٣) لسنة ١٩٦٨م.

(٥) عبد التواب، الدفوع الشرعية في دعاوى لأحوال الشخصية، ص ٢٩.

(٦) هندي، قانون المرافعات المدنية والتجارية، ص ٦٥٧.

(٢) إنكار الخصم وجود حق لخصمه في الدعوى.

(٣) صدور حكم في موضوع الدعوى، من غير المناسبة أو الموعد الذي حدده القانون لذلك. (١)
 مثل: عدم قبول الطلب الجديد أمام المحكمة الاستئنافية، ومثل: عدم قبول التدخل؛ لانتفاء صلة الارتباط بينها وبين الدعوى الأصلية، أو عدم قبول تدخله لحصوله بعد إقفال باب المرافعة، وعدم قبول الاستئناف المقابل لدفعه بعد قفل باب المرافعة في الاستئناف الأصلي. (٢)

وكذلك فإن الدفع بعدم قبول الدعوى يكون لسبق الاتفاق على التحكيم، ويكون الدفع بعدم القبول لعدم اختصاص ما يوجب القانون اختصاصه، وكذلك يمكن أن يكون الدفع بعدم القبول من أشخاص يوجب القانون رفعها من جانب اشخاص معينين. (٣)

وللمحكمة أن تحكم في الدفع بعدم القبول على الاستقلال، كما أن لها أن تفصل فيه وفي موضوع الدعوى معاً ودون أن تقرر ضمه للموضوع، والقاضي هو الذي يكيف ذلك حسب طبيعة الدعوى. (٤)

المطلب الرابع: التكييف الفقهي والقانوني للدفع بعدم الخصومة.

(١) التكييف الفقهي للدفع بعدم الخصومة:

ذكرت أن الدفع بأنواعه المختلفة دعوى، يأتي بها المدعى عليه، لرد دعوى المدعي، أو تأخير الحكم فيها، فدفع الخصومة من المدعى عليه بأن يده على المدعى به ليست يد خصومة أو ملك، إنما هي يد حفظ، يسأل المدعي عنه، فإذا أقر المدعي نفسه بما دفعه المدعى عليه بالدفع المذكور حكم

(١) عشاوي، قواعد المرافعات، ص ٢٩٩.

(٢) أبو الوفا، المرافعات المدنية والتجارية، ص ٢٧٩.

(٣) عمر، أصول المرافعات المدنية والتجارية، ص ٤٤٢.

(٤) هندي، قانون المرافعات المدنية والتجارية، ص ٦٥٩.

القاضي برد الدعوى الأصلية؛ لعدم الخصومة، وأفهم المدعي بأن عليه أن يرفع الدعوى على خصم حقيقي، حتى تكون دعواه صحيحة. (١)

فإذا قال المدعي عليه عند إجابته على الدعوى أودعني أو أجارني أو أعارني فلان الغائب أو رهنية أو غصبته منه، وبرهن عليه دفعت خصومة المدعي؛ لأنه اثبت ببينه أن يده ليست يد خصومة. وحاصله أن المدعي لما ادعى الملك المطلق بما في يد المدعي عليه، أنكره فطلب من المدعي البرهان، فأقامه ولم يقض القاضي به حتى دفعه المدعي عليه بما ذكر وبرهن على الدفع، ومعروف أن الصور لا تنحصر في الخمس، فكذا الحكم لو قال: وكلني صاحبه بحفظه. وكذا الحكم لو قال: اسكنني فيها فلان الغائب، وكذا الحكم لو قال: سرقت منه أو أخذته منه ضل منه فوجدته. وبهذا يعرف أن الصور لا تنحصر في الخمس الأولى. ويلحق بها أيضاً دعوى كونها مزارعة، بأن ادعى عليه أرضاً فبرهن على أنها في يده بالمزارعة من فلان بن فلان الفلاني الغائب، وتلحق المزارعة بالإجارة أو الوديعة، وأطلق هذا الشيء فشمّل المنقول والعقار، وظاهر القول هذا الشيء أنه قائم؛ لأن الإشارة الحسية لا تكون إلا إلى موجود في الخارج، فمفهوم أنه لا تندفع لو كان المدعي هالكا، فلو أن عبداً هلك في يد رجل، أقام رجل البينة أنه عبده، وأقام الذي مات في يده أنه أودعه فلان أو غصبه، لم يقبل وهو خصم، فإنه يدعي إيداع الدين عليه، وإيداع الدين لا يمكن. ثم إذا حضر الغائب وصدّقه في الإيداع والإجارة والرهن رجع عليه بما ضمن للمدعي. (٢)

ولو ادّعى بعد المدعي الرهن والإجارة وكذبه المدعي، فالصحيح أنه لا يقبل منه ذلك إلا ببينة؛ لأن الأصل عدم ما ادعاه. والثاني يقبل قوله دونها؛ لأن اليد تصدقه في ذلك، على الأول أنه للمدعي.

وإذا ادّعى عليه عيناً عقاراً أو منقولاً فقال في الجواب: ليس هي لي أو هي لرجل لا أعرفه أو لا أسميه، أو هي لابني الطفل أو المجنون ملك له. فالأصح أنه لا تنصرف الخصومة عنه، ولا تنزع العين فيه؛ لأن ظاهر اليد للملك وما صدر منه ليس بمزيل، ولم يظهر بغيره استحقاق بل يحلفه المدعي أنه لا يلزمه التسليم للعين المدعاة، فيحلف المدعي وتثبت له العين في الأوليين، وفيما

(١) حيدر، درر الحكام شرح مجلة الأحكام، ٢٢٧/٤. وزارة الأوقاف الكويتية، الموسوعة الفقهية، ٣١٦/٢٠.
(٢) الطوري الحنفي، محمد بن حسين بن علي، (ت ١١٣٨هـ)، تكملة البحر الرائق شرح كنز الدقائق، ط ١، ٩م، دار الكتب العلمية، بيروت، ٣٨٨/٧.

لو أضافها لغير معين. والقول الثاني تنصرف عنه وينزع الحاكم العين من يده، فإن أقام المدعي بيينة على استحقاقها، أخذها وإلا حفظها إلى أن يظهر مالكاها. (١)

ويشترط في صحة الدعوى أن يكون المدعي والمدعى عليه عاقلين، وعليه فدعوى المجنون والصبي غير المميز أي أن يكونا مدعيين ومدعى عليهما غير صحيح، ولذلك إذا كان هؤلاء مدعيين فلا يجبر المدعى عليه على إعطاء الجواب عن دعواهم. فمثلاً لو أحضر أحد صبياً للمحكمة وادعى أن هذا الصبي قد رمى حجراً، فكسر زجاجه وطلب تضمينه كذا درهماً قيمة الزجاج المكسور، فلا تسمع دعواه، إلا أنه لوليها أو وصيها أن يكونا مدعيين أو مدعى عليهما بالنيابة عنهما. (٢)

وقد نصت المادة (١٦١٧) من المجلة: إلى (أنه يشترط أن يكون المدعى عليه معلوماً) بناءً عليه إذا قال المدعي: لي على أحد من أهل القرية الفلانية أو على أناس من أهلها، مقدار كذا دون تعيين، لا تسمع دعواه، ويلزم عليه تعيين المدعى عليه. (٣)

ويشترط في صحة الدعوى عدم التناقض؛ ولذلك لا تسمع الدعوى التي يقع فيها تناقض؛ لأن كذب المدعي يظهر في الدعوى التي يقع فيها التناقض. فمثلاً: إذا ادعى المدعي قائلاً إن هذا المال ملكي. وأثبت المدعى عليه بأن المدعي قد طلب شراء ذلك المال منه، يظهر كذب المدعي في دعواه، وعند ذلك لا تسمع دعوى المدعي. (٤)

أما المصلحة فقد وضعها الشارع غاية للحكم، إنما قصد الشارع تحقيقها عملاً عن طريق الامتثال والتنفيذ، فإذا قصد المكلف تحقيق غرض آخر، لزم عن تحصيل المصلحة المشروعة نتائج ضرورية، فقد وقعت المناقضة، ومناقضة قصد الشارع باطلة فيما يؤدي إليها من العمل والتصرف باطل بالبدهاءة، ومقتضى هذا أن تغيير النص أو تطبيق حكمه أو استعمال ما ينشأ عنه من حق، يجب أن يكون في ضوء حكمة التشريع، وإلا كان التعسف والمناقضة لقصد الشارع، فنتج عن ذلك

(١) الخطيب الشربيني، مغني المحتاج إلى معرفة معاني الفاظ المنهاج، ٤٣٠/٦.

(٢) حيدر، درر الحكام شرح مجلة الأحكام، ١٧٩/٤.

(٣) المرجع السابق، ١٨١/٤.

(٤) المرجع السابق، ٢٦١/٤.

بالضرورة أن الحكم والمصلحة التي شرع من أجلها مقترنان، وكلاهما شرع وقانون؛ لأن كليهما من وضع الشارع الحكيم. (١)

(٢) التكيف القانوني للدفع بعدم القبول:

الدفع بعدم القبول يرمي إلى الطعن بعدم توفر الشروط اللازمة لسماع الدعوى، وهي الصفة المصلحة، والحق في رفع الدعوى بوصفه حقاً مستقلاً عن ذات الحق الذي تدفع الدعوى بطلب تقريره، كانهدام الحق في الدعوى، أو سقوطه لسبق الصلح فيها، أو لانقضاء المدة المحددة في القانون لدفعها، ونحو ذلك مما لا يختلط بالدفع المتعلق بشكل الإجراءات من جهة، ولا بالدفع المتعلق بأصل الحق من جهة أخرى، والعبرة بحقيقة الدفع ومرماه وليس بالتسمية التي يطلقها عليه الخصوم. (٢)

ويجوز قبول الدفع بعدم القبول دون إثبات حصول أي ضرر خاص، وللقاضي الحق أن يثير الدفع إذا كان متعلقاً بالنظام العام، كما في حالة عدم مراعاة مواعيد الطعن في الأحكام، وعلى القاضي أيضاً أن يثير، عدم القبول بسبب فقدان المصلحة، على أن القاضي لا يحكم بعدم قبول الدعوى إذا زال بسبب عدم قبولها، وذلك في الأحوال التي يجوز فيها تصحيح شكل الدعوى. كما لا يحكم بعدم قبولها إذا أصبح صاحب الصفة خصماً فيها.

والواقع أننا إذا سلمنا بأنه يشترط لقبول الدعوى أن تستند إلى حق مستحق الأداء، نكون قد استغنينا عن شروط المصلحة بأوصافها التي اعتاد الشراح ترديدها، فوجود الحق في رفع الدعوى يعد مرادفاً للمصلحة القانونية، وكون الحق مستحق الأداء هو المصلحة القائمة الحالة، (٣) فالدعوى إذن لا تقبل إلا إذا كانت هناك فائدة تعود على رافعها من الحكم فيها، فإن تحققت المحكمة من عدم توفر هذه المصلحة وجب عليها أن تقضي بصلاحياتها، بعدم قبول الدعوى؛ لأن القضاء مرفق عام

(١) الدريني، فتحي، نظرية التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي، ط٢، ٢، ام، دار البشير، عمان، ص ١٥.

(٢) أبو أسعد، محمد شتا، الدفع بعدم القبول مدنياً وتجارياً وإدارياً ودستورياً، ط١، ام، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، ص ٥.

(٣) أبو الوفا، نظرية الدفع، ص ٧٨٢.

شرع للفصل في الخصومات ذات النتائج المرجوة، ولا محل لتفصيله بالفصل في خصومات عديمة الجدوى على القضاء، وهو اتفاق باطل؛ لمساسه بالنظام العام.^(١)

وتتسع حالات الدفع بعدم القبول، لتشمل كل ما من شأنه سلطة الخصم في طلب الحماية القضائية، وكون الدفع بعدم القبول يتعلق بالحق في الدعوى، فإن حالات هذا الدفع لا حصر له، كالدفع بفوات المواعيد، والدفع بعدم اختصام من يجب اختصامه في الدعوى، والدفع بالتحكيم، والدفع بسبق الفصل في الدعوى، والدفع بانتفاء شروط المصلحة والصفة والأهلية.^(٢)

ويُعدُّ الدفع بالتحكيم من أنواع الدفوع بعدم القبول، إلا أن القانون قد اسبغ عليه إحدى قواعد الدفوع الشكلية، حيث أوجب إثارته قبل الدخول في أساس الدعوى، تحت طائلة سقوط الحق بالتمسك به.^(٣)

وعند صدور أي حكم من محكمة الدرجة الأولى، ينحصر حق المحكوم عليه في الطعن بهذا الحكم، بطرق الطعن المقررة قانوناً، فإذا ما فات ميعاد الطعن دون أن يطعن بهذا الحكم، أو طعن به وتأنبَّد من أعلى محكمة؛ فإنه يصبح حجةً بما فصل فيه من الحقوق؛ بحيث يتمتع إعادة طرح النزاع من جديد، وذلك لاعتبارات تتطلبها مصلحة الأفراد، وتقتضيها مصلحة الجماعة؛ إذ لا يعقل أن تستمر الخصومات إلى ما لا نهاية، كما أنَّ ما سبق عرضه على القضاء وتم الفصل فيه، لا يجوز أن يطرح مرة أخرى، وإلا تعرضت أحكام القضاء للتناقض.^(٤)

ويجب لمن يباشر الدعوى أن يتمتع بالصفة اللازمة لمباشرتها، ويعدُّ ذا صفة صاحب الحق بنفسه أو وكيله وولي القاصر أو فاقد الأهلية أو وصيه، ويجب لمن يباشر الدعوى أن يكون أهلاً للإدعاء، والذي يتمتع بأهلية الإدعاء كل شخص يتمتع بأهلية التعاقد.^(٥)

والصفة هي ولاية مباشرة الدعوى، ويستمددها المدعي من كونه صاحب الحق، أو من كونه نائباً عن صاحب الحق؛ فإن كان هو صاحب الحق كانت له صفة المطالبة به، وفي هذه الحالة

(١) أبو الوفاء، نظرية الدفوع، ص ٧٨٤.

(٢) الزغول، الدفوع المدنية بين النظرية التطبيقية، ص ١٠٩.

(٣) المصدر السابق، ص ١١٠.

(٤) الزغول، الدفوع المدنية بين النظرية والتطبيق، ص ١١٤.

(٥) أنطاكي، أصول المحاكمات، ص ١٥٣ و ١٥٤.

يمتاز شرط الصفة الشخصية بشرط المصلحة الشخصية ويندمج فيه، بحيث لا يتسنى التمييز بينهما؛ فالصفة تتميز عن شرط المصلحة الشخصية، عندما يكون رافع الدعوى نائباً عن غيره، كما لو كان وصياً أو قيمياً أو نحو ذلك، ولو كان رافع الدعوى ممثلاً لشركة أو لشخص معنوي خاص أو عام، ففي هذه الأحوال تكون المصلحة الشخصية المباشرة منسوبة إلى شخص، وهو الذي ترفع الدعوى باسمه ولحسابه، وتكون الصفة منسوبة إلى شخص آخر، هو الذي يقوم برفع الدعوى. (١)

أما الأهلية: فهي الشرط الثالث من شروط قبول الدعوى، إذ لا يجوز أن تقبل دعوى يكون المدعي فيها غير متمتع بالأهلية القانونية اللازمة لممارسة حقوقه، والأهلية شرط لقبول الدعوى وإن كان تدخل الوصي أو القيم يصحها، وكذلك بلوغ المدعي سن الرشد أثناء سيرها، ويلاحظ أن نقص الأهلية للمدعي عليه أو انعدامها، وإن كان شرطاً لازماً لانعقاد الخصومة، إلا أنه يؤدي إلى الحكم بعدم قبول الدعوى، برفضها بحالتها ما لم يقم المدعي بإدخال ممثل المدعي عليه. (٢)

والمصلحة والصفة والأهلية ليست فقط ضرورية لقبول الدعوى، بل هي أيضاً ضرورية لإبداء الدفع، وللطعن بالأحكام الصادرة، ويشترط لقبول الدعوى للحق المدعي به توفر شروط منها: أن يكون الحق المدعي به ثابتاً ومستحق الأداء، وأن يكون مشروعاً، وأن لا يكون قد سبق الحكم به، وهذا يثيره الخصم أو المحكمة في أي مرحلة من مراحل الدعوى؛ لأنها من الدفع المتعلقة بالنظام العام. (٣)

(١) جمعي، عبدالباسط، مبادئ المرافعات في قانون المرافعات الجديدة، ط١، ام، دار الفكر العربي، ص ٣٥٥.

(٢) المرجع السابق، ص ٣٥٨.

(٣) أنطاكي، أصول المحاكمات، ص ١٥٩-١٦٢.

المبحث الثاني: صورة الدفع بعدم الخصومة في المسائل المخمسة في الفقه والقانون.

- المطلب الأول: الدفع بعدم الخصومة في المسائل الخمسة .
- المطلب الثاني: آراء الفقهاء في المسائل الخمسة.
- المطلب الثالث: شروط المسائل الخمسة.
- المطلب الرابع: رأي القانون في المسائل الخمسة.
- المطلب الخامس: المسائل التي احترز منها بذكر الأمور الخمسة.

المبحث الثاني: صورة الدفع بعدم الخصومة في المسائل الخمسة في الفقه والقانون.

المطلب الأول: الدفع بعدم الخصومة في المسائل الخمسة.

المسائل الخمسة هي التي فيها خمسة آراء للحنفية، فيمن يدعي على آخر واضع يده على عين أنها مُلكتُ ملكاً مطلقاً، فيقول المدعى عليه: إنه ليس خصماً له في دعواه ملكية هذه العين؛ لأن يده عليها ليست يد ملك بل هي يد حفظ؛ لأنه استعارها أو ارتهنها أو استأجرها أو اغتصبها من فلان الغائب، أو أودعها عنده شخص غائب ذكر اسمه، يريد بذلك دفع الخصومة عنه، ويلحق بها دعاوى أخرى مثل: دعوى كونها مزارعة، بأن ادعى عليه أرضاً، فبرهن على أنها في يده من فلان بن فلان الفلاني الغائب،^(١) وذكر أنه في بعض المواضع شرط حضرة الراهن لسماع البيينة على الرهن، وفي بعضها لم يشترط، وقد اختلف فيها، فبعضهم قال: الصواب لا يشترط حضرة الراهن. وذكر في بعض المواضع أنه يشترط حضرة الراهن، وجعل ذلك نظير مسألة الوديعة والإجارة والمضاربة، فإن صاحب اليد إذا أقام بيينة أن هذه العين وديعة عنده من جهة فلان، أو مضاربة أو غصب أو إجارة، فالقاضي يسمع بينته. وبعضهم قال: في المسألة روايتان؛ في إحدى الروايتين تقبل هذه البيينة، وفي رواية أخرى لا يقبل هذه البيينة كما لو أقام البيينة، أنها وديعة في يده عنده لفلان فأخذه، لا يكون هذا قضاء على الغائب بالرهن.^(٢) وبهذا تكون المسائل الخمسة من الدعاوى التي يكون فيها الخصم ذا اليد على العين مع حضور آخر، فيجب حضور الوديع والمودع عند دعوى الوديعة من المستودع، ويجب حضور المستعير والمعير معاً عند دعوى المستعار من المستعير، ويجب حضور المستأجر والمؤجر معاً عند دعوى المأجور من المستأجر، ويجب حضور المرتهن والراهن عند دعوى المرهون من المرتهن، ويجب حضور الغاصب والمغصوب منه، عند دعوى المغصوب من الغاصب، والثبوت في ذلك يكون: بالبيينة أو بالإقرار أو بتصديق صاحب المال أو بنكول المدعي عن اليمين.^(٣)

(١) ابن نجيم، البحر الرائق شرح كنز الدقائق، ٢٢٩/٧.

(٢) ابن قاضي سماونة، جامع الفصولين، ٢٧/١.

(٣) الكاساني، بدائع الصنائع، ٢٣٢/٦. حيدر، درر الحكام، ٢٩٣/٤.

وإن أقام المدعي البينة: بأنّ ذا اليد غصبَ منه، لم تندفع الخصومة عنه؛ لأنه صار خصماً بدعوى الفعل عليه. بخلاف دعوى الملك المطلق، وإن أقام المدعي البينة على أنه ثوب غصب منه، فقد اندفعت الخصومة عن ذي اليد بما أقام من البينة؛ لأن الفعل غير مدعى عليه، وإنّ هذا فعل ما لم يسم فاعله، فإنما كان ذو اليد خصماً باعتبار يده، وقد أثبت أن يده يد حفظ، وإذا ادعى داراً أو ثوباً أو عبداً في يد رجل، وأقام البينة أنه له، وقال: الذي هو في يديه هو عندي وديعة؛ فهو خصم لظهور العين في يده، ولم يثبت بقوله: إن يده يد غيره. وإن أقام البينة أنّ فلاناً استودعها إياه، أو أعارها أو أجرها أو رهنها منه، لم يكن بينهما خصومة؛ لأنه أثبت ببينته أن يده يد حفظ. (١)

وإن كانت الدار وديعة في يد المدعي، فصالح المدعي عن دعواه فيها على شيء لم يرجع به على المودع؛ لأنه كالأجنبي في التزام المال بالصلح، فقد كان متمكناً من أن يثبت بالبينة، أنه مودع فيها لتندفع الخصومة عنه، إلا أن يكون أمره بذلك، فحينئذ يرجع عليه؛ لأنه عامل له بأمره فيرجع عليه بما يلحقه من العهدة. (٢)

ولو قال المدعي هذه الدار كانت لفلان فاشتريتها منه، وقال الذي في يده: أودعني فلاناً الذي ادعيت الشراء من جهته، أو سرقتها منه أو غصبها تندفع عنه الخصومة من غير إقامة البينة على ذلك؛ لأنه ثبت كون يده غيره بتصادقهما. أما المدعى عليه فظاهر، وأما المدعي فدعواه الشراء منه؛ لأن الشراء منه لا يصح دون اليد، وكذا لو أقام الذي في يديه البينة، على إقرار المدعي بذلك؛ لأن الثابت بالبينة كالثابت بالمعينة، ولو عاينا إقراره لاندفعت الخصومة، وكذلك إذا علم القاضي بذلك؛ لأن العلم المستفاد في زمان القضاء فوق الإقرار؛ لكونه حجة متعدية إلى الناس كافة بمنزلة البينة، وكون الإقرار حجة قاصرة على المقر. ثم لما اندفعت الخصومة بإقرار المدعي فبعلم القاضي أولى، ولو قال الذي في يديه: ابتعته من فلان الغائب، لم تندفع الخصومة؛ لأنه ادعى الملك واليد لنفسه، وهذا مقر يكون خصماً. فكيف تندفع الخصومة؟ (٣)

ولو طلب المدعي يمينه على ما ادعى من الإيداع، يحلف على البينات؛ لأن الخصومة لا تندفع إلا ببينة، فإذا قال ذو اليد أن فلاناً أودعني العين. فقال المدعي كان أودعك إياها ثم وهبها منك، أو باعك إياها وأنكر ذو اليد، استحلف بالله ما وهبها له وما باعها منه. فإن نكل عن اليمين، جعله

(١) السرخسي، الميسوط، ٥١/١١.

(٢) المرجع السابق، ٥١/٢٠.

(٣) الكاساني، بدائع الصنائع، ٢٣٣/٦.

خصماً؛ لأن نكوله كإقراره بذلك، وقد بينا أن إقراره بالشراء اعتراف منه بأنه خصم، وإن حلف لم يكن خصماً، ولا يحتاج لإقامة البينة الودیعة لإقرار المدعي بها. (١)

وإن قال المدعي: غصبتَ هذا الشيء مني، أو سرقته. فهي لا تدفع الخصومة. وأقام ذو اليد البينة على الودیعة؛ لأن ذا اليد إنما صار خصماً بدعوى الفعل عليه، أي بدعوى المدعي الفعل، وهو الغصب أو السرقة على ذي اليد، أي لم يصح ذو اليد في دعوى الفعل خصماً بيده، ثم إن فعل ذي اليد لا يتردد بين أن يكون له ولغيره، حتى يقال إنه أثبت بالبينة أن فعله فعل غيره، بل فعله مقصور عليه، بخلاف دعوى الملك المطلق؛ لأنه -أي ذو اليد- خصم فيه، أي في دعوى الملك المطلق بتأويل الإدعاء، أي دعوى الملك المطلق ويده مترددة بين أن يكون له فيكون خصماً، وبين أن يكون لغيره فلا يكون خصماً. وبإقامة البينة أثبت أن يده لغيره، فلا يكون خصماً وتصحُّ دعوى الفعل على غير ذي اليد، كما تصحُّ دعواه على ذي اليد. (٢) وإن قال المدعي: سرق مني. وقال صاحب اليد أودعيه فلان وأقام البينة، لم تدفع الخصومة. وهذا قول أبي حنيفة وأبي يوسف وهو استحسان. وقال محمد: تدفع؛ لأنه لم يدع الفعل عليه، فصار كما إذا قال غُصب مني على ما لم يسم فاعله، ولهما أن ذكر الفعل يستدعي الفاعل لا محالة، والظاهر أنه هو الذي في يده إلا أنه لم يعينه درءاً للحد شفقة عليه، وإقامة لحسبة السر، فصار كما إذا قال سرقته بخلاف الغصب؛ لأنه لا حدَّ فيه فلا يحترز عن كشفه. (٣)

ويستثنى من قاعدة دفع الدعوى بعد الحكم، بعض المسائل منها: المسائل الخمسة، فذلك إذا ادعى أحدٌ بالمال الذي في يد آخر، وأثبت أنه ماله أو أخذه من المدعي عليه بعد الحكم، فإذا ادعى المحكوم عليه أن المال المذكور وديعة في يده، وأثبت ذلك فلا يقبل ادعاؤه. وكذلك إذا ادعى أحدٌ أن المال الذي في يد آخر قائلًا: إنه مالي. وأثبت مدعاه وحكم القاضي للمدعي بذلك، فادعى المحكوم عليه على المحكوم له، قائلًا: إنك أقررتَ قبلَ إقامة الدعوى عليّ، بأنه لا حق لك بذلك المال، أو

(١) الزيلعي، فخر الدين عثمان بن علي، (ت ٧٤٣هـ)، تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق، ط ١، ٦م، وهو شرح

كتاب كنز الدقائق لأبي البركات النسفي، دار الكتاب الإسلامي، عمان، ٣١٤/٤.

(٢) ابن الهمام، كمال الدين محمد بن عيد الواحد، (ت ٨٦١هـ)، فتح القدير، ط ١، ١٠م، وهو شرح لكتاب " الهداية

شرح بداية المبتدئ" للمرغيناني، دار الفكر، بيروت، ٢٤٣/٨.

(٣) المرجع السابق، ٢٤٥/٨.

إنك أمرت فلاناً بتطلب شراء المال المذكور مني، فطلب شرائه لا يقبل. أما لو أتى بهذا الدفع قبل الحكم فيقبل. (١)

ومن الفقهاء الذين أطلقوا على المسائل الخمسة هذا الاسم هم الحنفية لأنها خمسة مسائل؛ ولهم فيها خمسة آراء، وسأتي إلى بيانها، كما أطلقوا هذه التسمية عليها؛ لأنها خمسة مسائل. وهذه المسائل عرفت بهذا الاسم لوجود خمس صور تعد أصولاً لها، وهي الوديعة والعارية والإجارة والرهن والغصب. والأمور الآتية الذكر راجعة للأصول الخمسة التالية:

- ١- أن يقول المدعى عليه أن هذا المال للغائب فلان قد وكلني بحفظه .
- ٢- إن هذا المال لفلان الغائب قد اسكنني به.
فهاتان الصورتان ترجعان إلى الأمانة.
- ٣- أن يقول المدعى عليه إن هذا المال لفلان الغائب وقد سرقت منه .
- ٤- إن هذا المال لفلان الغائب وقد أخذته منه.
فهاتان الصورتان داخلتان في الغصب.
- ٥- أن يقول: إن هذا المال لفلان الغائب، وقد أضاعه والتقطته فإذا كان ذلك حين الأخذ وراعى شرائط اللقطة، فتكون أمانة وإلا ترجع إلى الغصب .
- ٦- أن يقول: إن الأرض المدعى بها هي لفلان بن فلان، وهي في يدي مزارعة من قبله، وهذه تلتحق بالإجارة والوديعة. (٢)

(١) حيدر، درر الحكام شرح مجلة الأحكام، ٦٩٤/٤.

(٢) ابن قاضي سماونة، جامع الفصوليين ، ٢٧/١. الحموي، أحمد بن محمد الحنفي، (ت١٠٩٨هـ)، غمز عيون البصائر في شرح الأشباه والنظائر، ط١، ٤م، وهو شرح لكتاب الأشباه والنظائر لابن نجيم، (ت٩٧٠هـ)، دار الكتب العلمية ، بيروت، ٤٤٢/٢. ابن نجيم، البحر الرائق شرح كنز الرقائق ، ٢٣١/٧. حيدر، درر الحكام شرح مجلة الأحكام، ٢٣٧/٤.

المطلب الثاني: آراء الفقهاء في المسائل الخمسة.

إن هذا الدفع يثار قبل الحكم، وتكون البينة عليه قبل الحكم، فإذا أثير هذا الدفع بعد الحكم فإنه لا يقبل. وإذا دفعه المدعى عليه قبل الحكم وأقام البينة عليه بعد الحكم فإنه أيضاً لا يقبل من المدعى عليه؛ لأن الدفع والبينة عليه في هذه المسائل يجب أن يكون قبل الحكم، فإذا كان بعد الحكم وبعد ثبوت دعوى المدعي ينفذ حكم القاضي للمدعي؛^(١) فإذا أقام المدعى عليه بعد ذلك البينة مثلاً على الإيداع لا يقبل؛ لأن المدعى عليه إذا لم يدع الإيداع أو ادعى الإيداع ولم يستطع الإثبات فلا يظهر أن يده ليست يد خصومة؛ فتتوجه دعوى الخارج على المدعى عليه فإذا أقام المدعي البينة على ملكيته، فيكون الحكم بالملكية صحيحاً، ولا يمكن بعد ذلك للمدعى عليه إثبات الإيداع؛ لأن المدعى عليه قد أصبح أجنبياً. أما حق الغائب فلا يطرأ عليه خلل، فإذا حضر الغائب يثبت الإيداع ويأخذ المال من المحكوم له. أما إذا لم يثبت المدعى عليه الإيداع وأصبح خصماً للمدعي وأقام المدعي شاهداً واحداً على دعوى الملكية وقبل أن يحكم القاضي وجد المدعى عليه شهوداً ليشهدوا على الإيداع وجب استماع بينته؛ لأنه يكون قد ظهر قبل الحكم أنّ المدعى عليه ليس خصماً للمدعي.^(٢) وسأتي إلى تفصيل ذلك عند الفقهاء.

أما الإجابة عن السؤال الثاني، وهو: هل تندفع الخصومة عن المدعي ببينة أم بغير بينة؟ فلفقهاء الحنفية في هذه المسألة خمسة آراء:

(١) ذهب الإمام أبو حنيفة -رحمه الله- إلى أن الخصومة تندفع عن المدعى عليه بالبينة بأنواعها المختلفة، سواء كانت بينة شخصية أو خطية أو بغير ذلك من أنواع البينة المعروفة عند فقهاء الإسلام كإقرار المودع أو الراهن، فإذا أقام المدعى عليه البينة بأنواعها المختلفة تندفع الخصومة عنه؛ وذلك لأنه يقضي على المدعي بدفع ذي اليد أن ذا

(١) ابن عابدين، حاشية رد المحتار على الدر المختار، ٥/٥٦٧. شيخي زادة، عبدالرحمن بن الشيخ محمد بن سليمان، (ت ١٠٧٨هـ)، مجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر، ط ١، ٢، وهو شرح لكتاب ملتقى الأبحر لإبراهيم حلي، (ت ٩٥٦هـ)، دار إحياء التراث العربي، القاهرة، ٢/٢٧٢. ابن نجيم، البحر الرائق شرح كنز الدقائق، ٧/٢٣٥.

(٢) حيدر، درر الحكام شرح مجلة الأحكام، ٤/٢٣٩.

اليد يده يد حفظ لهذه العين التي تحت يده، خاصة أن المدعي وذا اليد والمودع معلومون، فإذا أثبت أن يده يد حفظ وأنه ليس خصماً لهذا المدعي فإن الخصومة تندفع عنه. (١)

(٢) أما الإمام أبو يوسف -رحمه الله- فقد ذهب إلى ما ذهب إليه الإمام أبو حنيفة -رحمه الله- من حيث إقامة البينة من قبل المدعى عليه، إلا أنه اشترط شرطين في المدعى عليه الدافع وهما: أولاً: أن يكون المدعى عليه الدافع معروفاً بالصلاح، ثانياً: أن لا يكون المدعى عليه الدافع من أصحاب الحيل. فإن كان المدعى عليه الدافع معروفاً بالحيل وغير معروفاً بالصلاح، فهو -وإن أقام البينة- في رأي الإمام أبي يوسف فإن دفعه يكون غير مقبول، حيث استدل على ذلك بدليل عقلي؛ لأن المدعى عليه الدافع قد يأخذ مال الغير غصباً ثم يدفع سراً إلى الغائب، ويقول إن هذا الشخص الغائب أودعه عندي بحضرة الشهود، قصداً منه لإبطال حق الغير فلا تقبل بينته لهذه التهمة.

(٣) ذهب الإمام محمد -رحمه الله- إلى اشتراط إقامة البينة من قبل المدعى عليه الدافع مثل الإمام أبي حنيفة -رحمه الله- إلا أنه قال يجب على الشهود أن يعرفوا المودع أو الراهن. ولم يشترط الإمام محمد -رحمه الله- الصلاح في المدعى عليه الدافع أو أن لا يكون معروفاً بالحيل وذلك؛ لأن الخصومة توجهت على ذي اليد بظاهر يده، حيث إن العين المدعى بها موجودة تحت يده، ولا تندفع عن المدعى عليه إلا بالحوالة على رجل يمكن اتباعه، والمعروف بالوجه لا يمكن أن يكون معروفاً بأنه مودع أو برهن لهذه العين فكأن الشهود يقولون لا نعرفه أصلاً. (٢)

(٤) وذهب ابن أبي ليلى (٣) -رحمه الله- وهو من مجتهدي المذهب الحنفي إلى أن المدعى عليه سواء أقام البينة أو لم يقمها، فإن الخصومة تندفع عنه. وحجته في ذلك بأن المدعى عليه الدافع عندما دفع بدفعه هذا فكأنه أقر أن يده يد حفظ فقط على هذه العين وليست يد

(١) ابن عابدين، رد المحتار على الدر المختار، ٢٠٤/٥. شيخي زادة، مجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر، ٢٧٢/٢. الشيخ نظام وجماعة من علماء الهند، الفتاوى في مذهب الإمام أبي حنيفة، ط٤، ٦م، دار إحياء التراث العربي، بيروت، ٤٤٧/٢.

(٢) شيخي زادة، مجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر، ٢٧١/٢. الشيخ نظام، الفتاوى في مذهب الإمام أبي حنيفة، ٤٣٢/٦.

(٣) ابن أبي ليلى، محمد بن عبدالرحمن بن أبي ليلى يسار، وهو من أصحاب الرأي ولي القضاء لبني أمية ثم لبني العباس، ولد سنة ٧٤هـ، وتوفي سنة ١٤٨هـ، أنظر ابن خلكان أبو العباس شمس بن أحمد بن محمد بن أبي بكر، (ت ٦٨١هـ)، ط١، ٨م، (تحقيق إحسان عباس)، دار الثقافة، بيروت، ١٨٠/٥، ١٨١.

خصومة، وعندما يدعي أن يده يد حفظ وأن هذه العين ليست لي فقد أقر بالملك لغيره وإقرار الملك لغيره يوجب الخصومة على الغير؛ لأن الإقرار يوجب الحق بنفسه دون حاجة إلى إقامة البينة من قبله، إذ لا توجد تهمة فيما أقر به على نفسه، فيده يد حفظ وليست يد خصومة. (١)

(٥) وذهب ابن شبرمة^(٢) - رحمه الله - إلى أن هذا الدفع من المدعى عليه غير مقبول؛ إذ إن المدعى عليه عندما أقر على أن يده يد حفظ، وأن العين موجودة تحت يده، فكأن المدعى عليه قد أقر بالخصومة؛ إذ إن المدعى به هذه العين من قبل المدعى هي موجودة تحت يده، فتكون يده يد خصومة والإقرار يوجب الحق بنفسه؛ لأن المدعى عليه أقر بهذا الدفع عندما أثاره وهو مؤاخذ بإقراره دون احتياج إلى شيء آخر؛ لأن البينة تثبت الملك للغائب ثم إنه لا ولاية لأحد في إدخال شيء في ملكه بلا رضاه. (٣)

والرأي الراجح في ذلك: هو رأي الإمام محمد؛ إذ إن الخصومة تندفع عند المدعى عليه بدفعه، سواء كان المدعى عليه معروفاً بالصلاح أولاً؛ وذلك لأن الخصومة توجهت على ذي اليد بظاهر يده، ولا تندفع إلا على رجل يمكن اتباعه، والمعروف بالوجه لا يكون معروفاً فصار هذا بمنزلة قول الشهود: لا نعرفه أصلاً. (٤)

المطلب الثالث: شروط المسائل الخمسة.

إذا دفع المدعى عليه دعوى المدعي بأن يده على العين، أو المدعى به يد حفظ وليست يد خصومة، فإن هناك عدة شروط لصحة هذا الدفع:

(١) يجب أن يكون هذا الدفع واضحاً حتى يكون صحيحاً، فيجب أن يوضح في دفعه أوصاف هذه العين التي تحت يده، ويبين اسم الغائب الذي وضع هذه العين تحت يده، فإذا قال في

(١) شيخي زادة، مجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر، ٢/٢٧١.

(٢) ابن شبرمة هو: عبدالله بن شبرمة بن الطفيل بن حسان الضبي، أبو شبرمة الكوفي القاضي، وهو من فقهاء الحنفية، ثقة فقيه من الخامسة، قليل الحديث، كان شاعراً وكان يسمى الذين يسألون عن الشهود، الهداهد، توفي سنة (١٤٤هـ)، أنظر: ابن سعد، محمد، الطبقات الكبرى، دار صادر، بيروت، ٦/٣٥٠، ٣٥١.

(٣) شيخي زادة، مجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر، ٢/٢٧١.

(٤) المرجع السابق، ٢/٢٧١.

دفعه: إنني لا أعرف اسم الشخص الذي أعطاني هذه العين، فإن دفعه لا يكون مقبولاً. فلو أن الخصومة اندفعت عن المدعى عليه ذي اليد بهذا كان إبطالاً لحق المدعى لا تحويلاً. وكذلك فإن البيئة لا بد أن تطابق دفع المدعى عليه، الدافع من حيث ذكر أوصاف العين ومن حيث اسم الغائب؛ لأن الشهادة تبنى على المعلوم ولا تبنى على المجهول. (١)

(٢) أن البيئة الشرعية على هذا الدفع يجب أن تقوم بشروطها الشرعية المعروفة، والبيئة إما أن تكون الإقرار أو البيئة الشخصية أو الكتابية أو النكول عن حلف اليمين، فإذا أقام المدعى عليه البيئة الصحيحة بشروطها الشرعية، صح هذا الدفع، إن البيئة في المسائل الخمسة يجب أن تكون قبل الحكم وليس بعد الحكم. (٢)

(٣) أن لا يصدر من المدعى عليه قبل إبداء هذا الدفع بأن يده على العين يد ملك، فبذلك يكون كأنه أقر بالخصومة؛ فأقراره قبل إبداء هذا الدفع بالملك المطلق يثبت خصومته، فإذا قال إن فلاناً الغائب قد باعني هذه العين أو تصدق بها عليّ أو وهبني هذه العين، فكأنه أقر بالخصومة؛ وذلك لأن يده بذلك لم تعد يد حفظ إنما هي يد خصومة بإقراره، فلا يمكن أن يثبت المدعى عليه بعد أن صدر هذا الإقرار منه بأن يده يد حفظ. (٣)

(٤) أن لا يقرّ المدعى عليه قبل إبداء هذا الدفع بأن المدعى به ملك للمدعي، فإذا أقر بأن هذه العين ملك فلان المدعي، فلا يجوز أن يدفع الخصومة عن نفسه بأن يده يد حفظ، ولا يجوز أن يطلب منه البيئة بعد هذا إن ثبت هذا الإقرار منه، بأن هذه العين هي ملك المدعي. (٤)

(٥) أن لا يدعي المدعي بأنه وكيل بقبض هذه العين عن الغائب الشخص المودع أو الراهن، ولذلك لو ادعى أحد على آخر قائلاً: إن وديعة فلان الغائب الموجودة تحت يدك باعها لي وقد وكلني بقبض هذه العين منك، وأثبت بأنه وكيل عن الغائب؛ فللمدعي أخذ هذه العين أو المال الموجود عند المدعى عليه. (٥)

(١) السرخسي، المبسوط، ٥٥/١١. حيدر، درر الحكام، ٢٣٩/٤.

(٢) الكاساني، بدائع الصنائع، ٢٣٢/٦. حيدر، درر الحكام، ٢٣٩/٤.

(٣) ابن نجيم، البحر الرائق شرح كنز الدقائق، ٢٣١/٧. حيدر، درر الحكام، ٢٣٩/٤.

(٤) الشيخ نظام وجماعة من علماء الهند، الفتاوي في مذهب أبي حنيفة، ٤٤٧/٢.

(٥) حيدر، درر الحكام شرح مجلة الأحكام، ٢٤٠/٤.

(٦) أن لا يدعي المدعي على المدعى عليه ذي اليد دعوى فعل؛ لأن الخصم في دعوى الفعل هو الفاعل، فإذا ادعى المدعي فعلاً على المدعى عليه فإن قول المدعى عليه ذي اليد بأن يده يد حفظ لا تندفع؛ لأنه ادعى عليه فعلاً كالغصب مثلاً. والمدعى عليه في دعوى الغصب - وهي دعوى فعل - هو الغاصب، حيث لا تصح دعوى المدعي على غير ذي اليد وتصح دعوى الفعل على الفاعل وهو ادعى هذا الفعل على المدعى عليه، فيكون ذو اليد هو المدعى عليه،^(١) ودعوى الفعل مبنية على الفاعل والمفعول به، فالمفعول به هو المغصوب يكون هو المدعي. والفاعل هو الغاصب أو السارق فيكون هو المدعى عليه فيصبح المدعى عليه خصماً.^(٢)

(٧) وهذا الشرط يتعلق بالمدعى به حيث يجب أن يكون المدعى به الوديعة، والمستعار وأمثالهما موجودة حقيقة عند إبداء ذلك الدفع وليس هالكاً، فإن المدعى به إذا هلك لا يشترط حضور المودع عند ذلك؛ إذ إن الدعوى تكون دعوى بقيمة العين الهالكة، أي أنها دعوى دين وليس دعوى عين. ودعوى الدين محلها الزمة، فيصبح المدعى عليه لا محل لدفعه الخصومة عن نفسه؛ لأن العين هالكة والمدعي يدعي بقيمة هذه العين، وليس بالعين فتصبح الدعوى هي دعوى دين محلها زمة المدعى عليه.

(٨) وهذا الشرط يتعلق بالمدعى به أيضاً، من حيث إن المدعى به يجب أن لا تعود منافعه للعموم، كأن يدعي بالطريق العام، إذ إن الطريق العام هي ملك الجميع الذي لا يجوز الإدعاء به، فإذا كان المدعى به تعود منافعه للعموم فلا يجوز الإدعاء به؛ لأن الأمور العامة معلومة للعموم يشترك فيها العموم فلا يجوز الإدعاء بها.^(٣)

المطلب الرابع: رأي القانون في المسائل الخمسة.

المسائل الخمسة غير موجودة في القانون بهذا الاسم، ولكن صور التقاضي بها موجودة في القانون، فالخصومة القضائية في القانون: هي إجراءات تتابع سيرها، على نحو يكفل المبادئ

(١) ابن نجيم، البحر الرائق شرح كنز الرقائق، ٢٣٢/٧. حيدر، درر الحكام شرح مجلة الأحكام، ٢٤١/٤.

(٢) المرجع السابق، ٢٤١/٤.

(٣) حيدر، درر الحكام شرح مجلة الأحكام، ٢٤٠/٤.

الأصولية الأساسية التي تقوم عليها، حتى تنتهي بالحكم في موضوعها، وتحقيق غاية العمل القضائي، إنما هو الوضع الطبيعي أو العادي لها. (١)

فعندما تضم الخصومة عدداً من الخصوم، كما هو الدفع بعدم قبول الدعوى في القانون، لانتفاء الخصومة بدفع المدعى عليه، والذي يكون ذو اليد على محل النزاع المدعى به، كأن يقول: إن فلانا الغائب قد أعارني هذا المدعى به، أو إجارنيه أو أودعنيهِ أو رهنية أو غصبته من فلان الغائب، فإن التساؤل يثار لمعرفة ما إذا كان هؤلاء الأطراف يمارسون مراكزهم الإجرائية بصفة مستقلة عن بعضهم البعض، أم أن هناك نيابة تبادلية فيما بينهم. (٢)

وتفترض الخصومة بالضرورة وجود طرفين على الأقل، هما المدعي والمدعى عليه، غير أن الخصومة قد تضم بين جنبااتها أكثر من اثنين، وقد تبدأ الخصومة متعددة الأطراف. والمسائل الخمسة في القانون هي من الخصومات متعددة الأطراف؛ إذ يكون الخصمُ فيها الخصمَ ذا اليد على العين مع حضور آخر، فقد يتدخل الغير في الخصومة، سواءً كان تدخلاً هجومياً أو تدخلاً إنضمامياً في الخصومة، فتصبح الخصومة بذلك متعددة الأطراف، خاصة إذا كانت الدعوى غير قابلة للتجزئة في الدعوى، التي يوجب القانون اختصام أشخاص معينين فيها. (٣)

فإذا أودع شخصٌ مبلغاً لدى أمين التركات على حساب الوريثة، لشخص معين فادعى وصي القاصرين على أحد الوريثة وأمين التركات؛ أن هذا المبلغ للقاصرين؛ فعلى المحكمة إدخال الدافع شخصاً ثالثاً في الدعوى، وسؤاله وإجراء الإيجاب.

وبعد حضور الشخص الآخر في المسائل الخمسة، فإنه يسأل عن هذا الدفع الذي أثاره المدعى عليه، فإن أقر بما دفع به المدعى عليه اندفعت الخصومة، وإن أنكر فإنه يطلب من المدعى عليه مدعي الدفع إثبات دفعه، إما بالبينة الخطية أو الشخصية؛ فإذا عجز عن الإثبات يحلف الشخص الآخر اليمين الشرعي، ما رهن المدعى عليه، أو أنه ما أودع المدعى عليه، أو أنه ما غصبه منه المدعى عليه، أو أنه ما أعاره للمدعى عليه، فإن حلف ثبتت خصومة المدعى عليه، وإن نكل فإن نكوله يُعدّ إقراراً بما دفعه المدعى عليه، وعند ذلك تندفع الخصومة عن المدعى عليه،

(١) الزعيبي، وقف الخصومة وفق قانون أصول المحاكمات الأردني، ص ٤.

(٢) الأنصاري، النيداني، مبدأ وحدة الخصومة ونطاقها في قانون المرافعات، ص ٨٦.

(٣) المرجع السابق، ص ٨٨.

والبيانات في المسائل الخمسة يجب أن تكون قبل الحكم، فإن كانت بعد الحكم فإن ذلك لا يكون مقبولاً. (١)

وأهم ما يعيننا في هذا المبحث؛ هو: أن الدفع بعدم الخصومة في المسائل الخمسة في القانون يدفع الخصومة كما هو الحال في الفقه، فإذا أثبت ذو اليد صحة ما دفعه بوسائل الإثبات المختلفة، فإن دفعه يكون قد ثبت، وبذلك فإن الخصومة تندفع عنه. (٢)

ويجوز لمن له علاقة في الدعوى المقامة بين طرفين ويتأثر من نتيجة الحكم فيها، أن يطلب إدخاله شخصاً ثالثاً في الدعوى، وبعد أن تتحقق المحكمة من علاقته تقرر قبوله، كما يجوز للمحكمة إدخال أي شخص آخر ترى أن إدخاله ضروري لتحقيق العدالة. (٣)

ففي المسائل الخمسة يدخل ذو اليد على المدعى به، والراهن والمغضوب والمودع والمؤجر والمعير؛ وذلك لأن إدخال هؤلاء ضروري لتحقيق العدالة، إذ إنهم يتأثرون من نتيجة الحكم، وقد أجاز القانون لهذا الشخص أن يطلب من المحكمة إدخاله شخصاً ثالثاً في الدعوى، ويجوز للمحكمة أن تقرر إدخال أي شخص من غير الفرقاء في الدعوى، إذا رأت أن إدخاله ضروري لتحقيق العدالة، ومسألة التأثر بنتيجة الحكم في الدعوى وعلاقة أي شخص من غير الفرقاء بالدعوى أمر موضوعي يعود تقديره إلى المحكمة، ويخضع قرارها لرقابة محكمة الاستئناف؛ لذا فعلى المحكمة أن تدقق في طلب دخول الشخص الثالث في الدعوى، وتتحقق من علاقته بالدعوى قبل أن تقرر قبوله، ويعامل الشخص الثالث في طلبه الدخول في الدعوى أولاً بوصفه مدعياً، فيطالب إثبات الصفة التي تؤهله للدخول في الدعوى، وبعد إثبات ذلك ينظر في أمره؛ فالشخص الثالث في دخوله في الدعوى، لا تخلو حاله أن تكون واحدة من أربع:

(١) أنه سيدخل مدعياً أو إلى جانب المدعي؛ بناءً على طلب المدعي نفسه.

(٢) أنه سيدخل إلى جانب المدعي عليه، ويقف ضد المدعي، بناءً على طلب المدعي عليه.

(٣) أن يقف ضد الطرفين المدعي والمدعي عليه، فيخاضهما معاً.

(١) أنظر القرار الاستئنافي رقم (٣٩١٢٠) تاريخ ١٧/٧/١٩٩٥م الصادر عن محكمة الاستئناف الشرعية الأردنية.

(٢) الكاساني، بدائع الصنائع، ٦/٦٣٢. حيدر، درر الحكام شرح مجلة الأحكام، ٤/٢٣٩.

(٣) المادة (٩١) من قانون أصول المحاكمات الشرعية رقم (٣١) لسنة ١٩٥٩م.

(٤) أن تدخله المحكمة، إلى جانب أحد الطرفين. (١)

المطلب الخامس : المسائل التي احترز منها بذكر الأمور الخمسة.

المسألة الأولى: الشراء:

إذا ادعى المدعي الملك المطلق في المال الذي في يد المدعى عليه، فأنكر المدعى عليه وادّعى بأن المال لفلان الغائب، وأنه ابتاعه منه وأثبت ذلك فلا تندفع الخصومة عن ذي اليد^(٢). فإن شاء سلم إلى المدعي، وإن شاء نقض البيع؛ لأن ذا اليد يريد إزالة العين عن ملك المدعي بدعواه شراءها من الغائب، بهذا كان للمدعي حق الفسخ وتسلم الدار من ذي اليد. (٣)

وفي القانون: الالتزام بنقل الملكية أو أي حق عيني آخر، يستطيع أن ينقل هذا الحق إذا كان محل الالتزام شيئاً معيناً بالذات يملكه الملتزم، وذلك دون إخلال بالقواعد المتعلقة بالتسجيل، وإذا ورد الالتزام بنقل حق عيني على شيء لم يعين إلا بنوعه، فلا ينقل إلا بإفراز هذا الشيء. (٤)

وإذا نفذ البائع التزامه بتسليم المبيع برأت ذمته، وأدى واجبه واستقرت ملكية المبيع للمشتري، وامتنع على البائع التصرف بالمبيع، إمّا بسبب صحيح كالإرث أو الوصية أو بسبب غير صحيح كالهبة، والبيع مدة ثابتة، وتنتقل تبعة هلاك المبيع من البائع إلى المشتري، فيصير كل ما يصيب المبيع من تلف أو هلاك أو عيب أو نقص أو زيادة على عهدة المشتري، وضمانه دون أن يكون البائع مسؤولاً عن شيء من ذلك، إلا ما يصدر عن أفعاله مباشرة. أما ما يترتب على عدم تسليم المبيع إلى المشتري فهو يختلف بحسب كون عدم التسليم مشروعاً أم لا، فإذا كان عدم التسليم مشروعاً أي بحق، كما إذا قام البائع بحبس المبيع عنده لعدم تسلمه الثمن، أو لعدم تسلمه القسط المجمل من الثمن حق للبائع. فإذا امتنع البائع عن تسليم المبيع دون مسوغ أو سبب مشروع، فإنه

(١) أبو البصل، شرح قانون أصول المحاكمات الشرعية الأردني، ص ١٣٠.

(٢) حيدر، درر الحكام شرح مجلة الأحكام، ٢٤٢/٤.

(٣) ابن نجيم، البحر الرائق، ٢٣٣/٧.

(٤) قسيس، أنطوان، أمالي ومحاضرات في القانون المدني، ط ١، ام، مديرية الكتب والمطبوعات الجامعية، جامعة حلب، ص ٢٧.

يعتبر مقصراً بواجبه، ويبقى في هذه الحالة تحت عهده وضمانه، ويضمن ما قد يتعرض له المبيع من هلاك. (١)

المسألة الثانية : الإدعاء بالوقفية:

إذا ادعى المدعى عليه أن المال المدعى به والذي في يد المدعى عليه وقفاً، فلا تندفع دعوى المدعى، فإذا أثبت المدعي دعواه بأخذ المدعى به، وإذا عجز عن الإثبات يحلف المدعى عليه فإذا حلف ببراءة، وإذا نكل عن اليمين يضمن قيمته للمدعي بسبب إقراره بالوقف، ولو أقام المدعى عليه البيينة على الوقف فشهدوا أنه وقف ولم يذكر الواقف، لا تندفع عنه خصومة المدعي، ولا يبرأ عن الضمان؛ لأنه صار وقفاً بإقراره، فكان وجود هذه البيينة وعدمها بمنزلة، والإقرار بالوقف بمنزلة الإقرار للولد الصغير فيلزمه بالوقف.

المسألة الثالثة: الإقرار:

إذا ادعى المدعي بمال عند المدعى عليه وتحت يده، فقال المدعى عليه: إن هذا المال ليس لي هو لفلان. فلا يصح إقراره: أي لا يكون تأثير الإقرار على المدعي، ولا تندفع خصومة المدعي. (٢)
(ولو قال الشهود: هذه الدار لفلان الغائب يسكن فيها، وأشهدنا على ذلك. والدار في يد الغائب يومئذ. أو قالوا: كانت في يد الساكن. أو قالوا: لاندرى في يد من كانت الدار يومئذ، لكن نعلم أنها اليوم في يد الساكن. أو لم يذكروا أن الدار في يد من كانت يومئذ. تقبل وتندفع الخصومة، وإن قال الشهود: كانت في يد ثالث لا تندفع الخصومة، وكما لو شهدوا أنه أسكنها فلاناً، إلا أنه سلمها إليه رجل آخر فلا تندفع الخصومة). (٣)

(١) الزحيلي، وهبة، العقود المسماة في قانون المعاملات المدنية الإماراتي والقانون المدني الأردني، ط١، ام، دار الفكر، دمشق، ص ٦٥ و ٦٦.

(٢) حيدر، درر الحكام شرح مجلة الأحكام، ٢٤٢/٤.

(٣) الشيخ نظام، الفتاوي في مذهب أبي حنيفة، ٣٨/٤.

الفصل الثالث

الدفع بعدم الخصومة لانتفاء المصلحة بالدعوى.

المبحث الأول: تعريف الشرط والمصلحة والعلاقة بينهما.

المطلب الأول: تعريف الشرط.

المطلب الثاني: تعريف المصلحة.

المطلب الثالث: العلاقة بين الحق والمصلحة.

أولاً: العلاقة بين الحق والمصلحة في الفقه الإسلامي.

ثانياً: العلاقة بين الحق والمصلحة في القانون.

المطلب الرابع: تفاوت المصالح في الأهمية.

المطلب الخامس: المصلحة المشروعة في الفقه الإسلامي.

المطلب السادس: مدى اشتراط المصلحة إلى حين الفصل في الدعوى.

المطلب السابع: الفصل في الدفع بعدم الخصومة لانتفاء المصلحة.

المبحث الثاني: كون المصلحة لا بد أن تكون قانونية في الدعوى.

المبحث الثالث: كون المصلحة لا بد أن تكون قائمة في الدعوى وليس محتملة.

المبحث الرابع: كون المصلحة لا بد أن تكون شخصية ومباشرة في الدعوى.

الفصل الثالث

الدفع بعدم الخصومة لانتفاء المصلحة بالدعوى

المبحث الأول: تعريف الشرط والمصلحة والعلاقة بينهما.

المطلب الأول: تعريف الشرط.

الشرط مصدر وجمعه شروط، ويأتي بمعنى العلامة. قال تعالى: ﴿لَمَّا سَأَلْنَا إِلَىٰ آلِ الْكُوفَةِ لِجُمُعَةٍ وَعَلَىٰ سَاحِلِ الْأَمْرِ إِذْ وَقَفَ عَلَىٰ آلِ الْكَافِرِينَ وَآلِ الْمُنَافِقِينَ يُغِثُ الْوَسْوَاسَةَ الْكُبْرَىٰ وَالَّذِينَ فِي قُلُوبِهِم مَّرَمٌ يَدَّبُّوْنَ الدَّبْرَ﴾ (١). أي علامات الساعة. وسمي شرطاً ؛ لأنهم جعلوا لأنفسهم علامة يعرفون بها. (٢) أما تعريف الشرط عند الأصوليين فيأتي بمعنى: "ما يتوقف عليه وجود الشيء، ويكون خارجاً عن ماهيته، ولا يكون مؤثراً في وجوده. أو عبارة عما يضاف الحكم إليه وجوداً عنده لا وجوباً به. (٣) ففي الشق الأول من التعريف المذكور خرج المانع؛ لأن عدمه لا يؤثر في الحكم، وخرج بالشق الثاني من هذا التعريف السبب؛ لأن وجود السبب يستلزم وجود المسبب فكل سبب مسبب. (٤)

وعدم وجود الشرط في الحكم المستلزم لهذا الشرط، يستلزم عدم وجود المشروط له، ولكن وجود هذا الشرط لا يستلزم وجود المشروط له، فيمكن أن يوجد الشرط ولا يوجد المشروط له. (٥)

والشرط بحقيقته ينقسم إلى قسمين هما:

(١) الشرط الشرعي: وهو الشرط الذي يكون قد حكم به الشارع (أي بحكم الشرع)، مثل الشروط التي اشترطها الشارع في العقود والتصرفات، وإقامة الحدود والعبادات المختلفة وغير ذلك.

(١) سورة محمد، الآية (١٨).

(٢) ابن فارس، أبو الحسن أحمد بن زكريا، (ت ٣٩٥هـ)، معجم مقاييس اللغة، ط١، ٦م، (تحقيق عبدالسلام هارون)، دار الجيل، بيروت، ٢٦٠/٣.

(٣) البخاري، عبدالعزيز بن أحمد البخاري، (ت ٢٥٦هـ)، كشف الأسرار على أصول البزدوي، ط١، ٤م، وهو أبو الحسن، علي بن محمد بن حسين البزدوي، مكتب الصنابع، ١٣٢٣/٤.

(٤) الزحيلي، وهبة، أصول الفقه الإسلامي، ط١، ٢م، دار الفكر، دمشق، ٩٨/١.

(٥) ياسين، نظرية الدعوى، ص ٢٦٩.

(٢) الشرط الجعلي: وهو الشرط الذي يرجع للعائد المكلف وإرادته؛ إذ إن المكلف هو الذي يضع مثل هذه الشروط كشروط الزوجين على بعضهما في العقود؛ ويشترط في هذه الشروط أن لا تكون مخالفة للشريعة الإسلامية ولا منافية لحكم العقد ومقاصده، وإلا فإن مثل هذه الشروط- إذا خالفت حكم العقد أو الشريعة- تكون لاغية. (١)

وما يعيننا عند دراسة الشرط: الجانب المتعلق بالشرط الشرعي في العقود والتصرفات خاصة، وأن هذه الدراسة ترمي إلى دراسة الدفع بعدم الخصومة لانتفاء شرط من شروط الدعوى.

وشروط الدعوى هي: المصلحة، والصفة، والأهلية، ومعلومية المدعى به، وكون المدعى به حقاً من الحقوق التي اعترف بها الشارع، إلى غير ذلك من الشروط المشروطة في المدعى أو المدعى عليه مثل: كون القضية مقضية، أو الدفع بعدم الخصومة للإكراه عند التصرف، أو الدفع بعدم الخصومة لانتفاء معلومية المدعى عليه أو المدعى به. (٢)

وسأتي إلى بيان ذلك وتفصيله مبيناً تطبيق ذلك في القضاء مفصلاً ثم بيان كيفية إبداء هذا الدفع، وكيفية الفصل به.

المطلب الثاني: تعريف المصلحة.

المصلحة في اللغة: "الصلاح، وأصلح الشيء بعد فساده أقامه". (٣) "والمفسدة: ضد المصلحة وتفاسدوا قطعوا الأرحام واستنفسد ضد استصلح". (٤) أما المصلحة في إصطلاح الفقهاء: فهي: "جلب المنفعة أو دفع مضرة، وجلب المنفعة ودفع المضرة مقاصد الخلق إذ إنّ المقصود بالمصلحة

(١) البخاري، كشف الأسرار، ٤/١٣٢٣. الزحيلي، أصول الفقه الإسلامي، ١/٩٨. وجاء في الفقرة الثالثة من المادة (١٩) من قانون الأحوال الشخصية الأردنية لسنة ١٩٧٦م والذي نشر في الجريدة الرسمية (إذا قيّد العقد بشرط ينافي مقاصد العقد أو يلزم فيه بما هو محظور شرعاً كان يشترط أحد الزوجين على الآخر أن لا يساكنه أو أن لا يعاشره معاشرته الأزواج أو أن يشرب الخمر أو أن يقاطع أحد والديه كان الشرط باطلاً والعقد صحيحاً).

(٢) ابن عابدين، العقود الدرية تنقيح الفتاوى الحامدية، ٢/٣. القرافي، الفروع، ٤/٧٢. حيدر، درر الحكام، ٤/١٧٩.

(٣) ابن منظور، لسان العرب، ٢/٥١٧.

(٤) الفيروزآبادي، القاموس المحيط، ١/٣٩١.

المحافظة على مقصود الشرع".^(١) وعرفها الدريني بأنها: "المنافع والفوائد التي رسمها الشارع وقررها للحق وجعل مدى اعتبارها شرعاً رهناً بما يعارضها من مصالح أخرى، قد تصبح فيه عند الموازنة مرجوحة أو مساوية أو راجحة، وبذلك تتكيف المصلحة الفردية في ضوء هذا التعارض ومداه، فالحق ليس ميزة خاصة بل يفرض على صاحبه التزامات".^(٢) وشرط المصلحة في الدعوى "يقصد به وجود: منفعة خاصة مشروعة تعود على المدعي من دعواه على فرض صحة كلامه وثبوت دعواه".^(٣)

وفي الشريعة الإسلامية قسم العلماء المصالح إلى عدة أنواع، بالنظر إلى اعتبارات المصالح وحيثياتها المختلفة وهي:

- أ. مدى ارتباط هذه المصالح بالجماعة والفرد؛ أي كونها عامة أو شخصية فالمصلحة العامة مقدمة على المصلحة الخاصة.
- ب. باعتبار حقيقة المصلحة فهل هي مصلحة حقيقية، أم هي مصلحة وهمية خيالية مشكوك فيها وفي حصولها.
- ج. باعتبار مشروعية هذه المصلحة وشهادة الشارع لها بإلغائها، أو اعتبارها أو السكوت عنها.
- د. باعتبار قيمتها وكونها مصلحة راجحة، أو مرجوحة وألويّتها، أي بالنظر إلى ذات المصلحة، وهل هي مصلحة ضرورية أو حاجية أو تحسينية.

(١) الغزالي، أبو حامد محمد بن محمد، (ت ٥٠٥هـ)، المستصفي من علم الأصول، ط ١، ٢م، (وبهامشه كتاب فوائح الرحمت للعلامة عبدعلي محمد بن نظام الدين الأنصاري، شرح مسلم الثبوت في أصول الفقه للشيخ محب الله بن عبد الشكور، (ت ١١١٩هـ)، (تعليق الشيخ إبراهيم محمد رمضان)، دار الأرقم بن أبي الأرقم، بيروت، ٦٣٦/١.

(٢) الدريني، نظرية التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي، ص ٣٨.

(٣) ياسين، نظرية الدعوى، ص ٢٧١.

والمقصود من ذلك التقسيم: هو الترجيح عند تعارض المصالح، وأيها يكون راجحاً وأيها يكون مرجوحاً، إذ إنه يترتب على ذلك البناء والتأسيس عليها خاصة أثناء تصادم المصالح، ويقدم عند ذلك المصلحة الأقوى على المصلحة الأدنى. (١)

ونظرة الإسلام إلى المصلحة هي نظرة مقاصدية، فمقاصد الشارع في خلقه حصرها العلماء في خمسة وهي: الضروريات الخمس؛ وهذه المقاصد لا يجوز أن تأتي مصلحة تناقضها، إذ يكون ذلك بتثبيت أركان المقاصد الخمسة وقواعدها. ففي حفظ الدين: يجب حفظ أركان الدين من حيث: الإيمان والنطق بالشهادتين وتوابعهما. وفي حفظ النفس: يكون بإباحة المشروع من الطعام والشراب والمسكن، التي يتوقف عليها بقاء الحياة. كما أنه شرع لحفظها من حيث المنع: الديّة والقصاص وحفظ النسل، من حيث الوجود، يكون بأحكام الزواج، وما يترتب عليه من آثار؛ كأحكام الحضانة والنفقات. كما أن الإسلام شرع لحفظها من حيث المنع، حرمة الزنا ووضع حد الزنا وحفظ العقل من حيث الوجود، ويكون بما أبيح لحفظ النفس من حيث تناول الغذاء، والذي يتوقف عليه حفظ الحياة والعقل. أما من حيث المنع: مثل تحريم المسكرات والعقوبة عليها. أما حفظ المال من حيث الوجود: فهو المعاملات المختلفة بين الناس، ووجوب توثيقها حفظاً للحقوق المختلفة بين الناس، أما من حيث المنع فقد حرم الله سرقة الأموال، وأكل مال الناس ظلماً، وعاقب عليها في الدنيا والآخرة. (٢)

وسياسة التشريع تستند إلى كليات قطعية، وجزئيات لا تخالف هذه الكليات حيث يتمثل ذلك بما يلي:

١. الكليات والمفاهيم العامة التي وردت في القرآن الكريم، مثل مبدأ "رفع الحرج"، "والضرر يزال"؛ حيث لا يجوز مخالفة هذه الكليات.

(١) الشاطبي، أبياس اسحاق ابراهيم بن موسى اللخمي الغرناطي المالكي، (ت ٧٦٠هـ)، الموافقات في أصول الشريعة، ط١، ٤م، دار الكتب العلمية، بروت، ص ٢٢٦/٢-٢٢٩.

(٢) الشاطبي، الموافقات، ١٢-٧/٢.

٢. الأحكام الجزئية التي وردت فيها نصوص في القرآن الكريم، وفي سنة نبيه المصطفى - صلى الله عليه وسلم - والتي كانت في حكمة مشروعاتها، منسجمة مع الكليات وهي لا تخالف حكمة المشرع وإرادته. (١)

المطلب الثالث: العلاقة بين الحق والمصلحة.

أولاً: العلاقة بين الحق والمصلحة في الفقه الإسلامي:

الحقوق في الفقه الإسلامي ليست مجرد منافع لأصحابها إنما وسائل لتحقيق العمل الاجتماعي وتنظيمه، ويوجد تكليف بهذا؛ وصاحب الحق يكون في موقع قانوني، فإن لم يكن مضطراً فإنه يجبر على تقديمه عن نفسه، لذلك استحدثت في الإسلام دعوى الحسبة؛ والغاية منها جلب المصالح ودرء المفسد، وعدّها الإسلام فرض كفاية.

وقد استحدثت هذه الدعوى ليكون للمسلم وسيلة عامة يدفع بها الضرر عن نفسه، وعن المجتمع الذي يعيش فيه، فهي وسيلة قضائية هدفها ضبط المجتمع وتنظيم سلوكياته.

فالحق: هو هبة الله وحكمه، وهو مشتق من صفة من صفاته، فيه تقرر الحقوق بأسبابها، فالسبب لا يؤثر في وجود الحق إلا بجعل الله تعالى لا بذاته، فالحق ليس صفة طبيعية للإنسان حتى يكون مطلقاً، وليس غاية في ذاته يتصرف صاحبه بمطلق رغبته، ولو اضر بغيره وهذا ما ذهب إليه جمهور الأصوليين. (٢)

فالحق مصدره الشريعة الإسلامية التي أنشأته وقيدته، ومهما كان للفرد في المجتمع الإسلامي من سلطة في تصرف، فهناك حدود رسمتها الشريعة قيدته بالتصرف، فلا تصرف بالحق يناقض

(١) الشاطبي، الموافقات، ٢/٢٩٩. الكيلاني، عبد الله إبراهيم زيد، مذكرة في السياسة الشرعية، الجامعة الأردنية، ص ١٠.

(٢) الدريني، نظرية التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي، ص ٧٨. مخلص، محمد عبدالسلام، نظرية المصلحة في دعوى الإلغاء، ط ١، م، دار الفكر العربي، القاهرة، ص ١٢٥.

الحدود والقواعد التي رسمتها الشريعة، فانسجام هذه الغاية الجزئية مع الأصل الكلي في الشريعة منطوق تشريعي. (١)

ثانياً: العلاقة بين الحق والمصلحة في القانون:

هناك علاقة وصلة بين المصلحة والحقوق الفردية، وقد تعددت آراء الفقهاء في القانون حول هذه الصلة والعلاقة نوردها فيما يأتي :

(١) الرأي الأول:

يقول أصحاب هذا الاتجاه: إن الحقوق هي عبارة عن مصالح محمية ، بموجب القانون، وإن العنصر الوحيد للحق هو المصلحة، وهي إما أن تكون ذات قيمة مادية أو معنوية، أما القيمة المادية: فتتمثل في الغاية التي يحققها الحق بصاحبه، وهذه الغاية تعبر عن قيود أو منفعة معينة، فالحق من الناحية المادية يمثل قيمة معينة مالية أو أدبية، ومن الناحية الشخصية يمثل مصلحة تكمن فيها الغاية العملية، وهذه المصلحة قد تكون مادية، وقد تكون معنوية؛ مادية إذا كان الحق من الحقوق المالية، ومعنوية أو أدبية في حالة ما إذا كان الحق غير مالي. ومن المصالح الأدبية ما يتعلق بشخصية الفرد وحرية وشرفه؛ لاعتبارات متعلقة بأسرته . وهذه الحقوق المالية والحقوق الشخصية والمعنوية تختلف من شخص إلى آخر، فنقدير الضرر والنفع المادي والمعنوية يختلف من شخص إلى آخر، والأصل أن يكون الوصف الحقيقي للمصلحة ثابتاً، وعلى هذا الرأي والاتجاه تكون الحقوق غير ثابتة، تتحول وتتغير كلما تغيرت المصالح في الحياة. (٢)

(٢) الرأي الثاني:

يقول أصحاب هذا الرأي: إن المصلحة لا تكون محمية إلا إذا كانت حقاً، فاتجاه القانون يكون نحو اكتشافه للعناصر الموضوعية التي تحكم الحلول اللازمة في القانون الوضعي كلها، فغاية التفسير: أن نقرب بوضوح طبيعة الأشياء والطبيعة الاجتماعية لها، كما أن طبيعة الأشياء الموضوعية لا تنتج بعد تفسيرها، أي قاعدة واضحة ومحددة، فيحتم علينا الرجوع في تفسير طبيعة الأشياء إلى قاعدة العدالة التي تتلخص فيها كل القيم للقانون الطبيعي. فالتفسير بطبيعة الأشياء

(١) الدريني، نظرية التعسف في استعمال الحق، ص ٧٨.

(٢) مخلص، نظرية المصلحة في دعوى الإلغاء، ص ١٤.

ونوعها يبرز لنا روابط ضرورية وأساسية بين عناصر المجتمع الواحد، ونشاط هذه العناصر يحكمها عدة مصالح واعتبارات واعتقادات.

(٣) الرأي الثالث:

اعتمد أصحاب هذا الرأي على أن الشخصية المعنوية هي الأساس لحماية الحق لها، كون المصلحة تحتم على المشرع والحاكم حمايتها؛ فالمصلحة الجماعية مقدّمة على الفردية، فإذا كانت المصلحة جماعية قيّدت المصلحة الفردية، وهذا يحتم الاعتراف بالشخص المعنوي.^(١)

(٤) الرأي الرابع:

ويذهب أصحاب هذا الرأي إلى جعل شرط المصلحة الشرط الوحيد، لتنفيذ الحقوق الفردية، فالقاعدة القانونية توجب على الأشخاص وأفراد المجتمع والسلطة العامة تنفيذها، والأساس الذي يهدف إليه القانون الموضوعي هو: تحديد النطاق لكل سلطة تجاه الآخر، فالغاية في النظام الاجتماعي: هو إعطاء الضروريات التي تدفع الشخص إلى التصرف بالأولوية في ترتيب المصالح.^(٢)

والمقصود من الدعوى: المصلحة التي تختلف عن الحق ذاته؛ فهي -أي المصلحة- الهدف المراد من الدعوى، وهي الناتجة عن حماية الحق، وهذا يختلف عن ماهية الحق -فالحق رغم الاعتداءات عليه، ورغم وفائه بالتراضي- عنصر قائم قانونياً، فالغاية من رفع الدعوى: هو إزالة العدوان، الاعتداء على الحق، أو تعجيل وفائه؛ فالهدف في هذه الحالة هدف عملي، والحصول على المنفعة المقصودة منه. والاختلاف الثاني للمصلحة عن الحق: هو أن قبول الدعوى مرهون بوجود مصلحة عكس ذات الحق، فليس من الضروري ثبوته للمدعي حتى تقبل الدعوى، بل يكفي الشبهة فقط.^(٣)

(١) مخلص، نظرية المصلحة في دعوى الإلغاء، ص ١٤.

(٢) المرجع السابق، ص ١٥.

(٣) جمعي، مبادئ المرافعات، ص ١٣.

المطلب الرابع: تفاوت المصالح في الأهمية.

عند النظر إلى المصالح في الفقه والقانون، وعند الحكم لا بد من مراعاة ما يلي:

(١) أن تكون هذه المصالح مشروعة: أي أن تكون لله سبحانه وتعالى، بحيث لا يخل تحقيق هذه المصالح بعبودية الله سبحانه وتعالى^(١)، فقد قال الله سبحانه وتعالى: ﴿لَا يَجْرِي وَاللَّهُ يَهْدِي لِمَنْ يَشَاءُ لِمَنْ يَشَاءُ﴾ (٢) وهذا القول يقتضي أن تكون حرية الإنسان والجماعة والأمة وفق تعاليم هذه العبادة ومنهجيتها ومقتضياتها، بصورة تكون فيها الحياة وفق مطلوب العبادة والطاعة المطلقة لله سبحانه وتعالى^(٣).

(٢) النظر إلى هذه المصالح من حيث قيمتها وأهميتها: وهذه القيمة والأهمية نستطيع أن نحددها بمدى تحقيقها للضروريات الخمس وهي: حفظ الدين، والنفس، والعقل، والنسل، والمال. فحفظ الدين مقدم على حفظ النفس عند تعارض المصلحتين، ثم إن العلماء قاموا برعاية هذه الكليات الخمس بوسائل متدرجة حسب أهمية ذلك، فقسموا المصالح إلى الضروريات والحاجيات والتحسينيات. فالضروريات: ما يكون حفظ المصالح بها ضرورة، كضرورة الجهاد من أجل حفظ الدين. والحاجيات: هي التي لا يتوقف عليها حفظ الضروريات الخمسة المذكورة، ولكن يحصل مع فواتها الحرج للإنسان، والتضييق عليه. والتحسينيات: هي التي لا يتوقف عليها أمر الحياة، ولا يبطل بغياب هذه المصالح أمر الحياة، ولا يلحق بذهابها الحرج والضيق، وهي ما استحسن من أجل حفظ المصالح مثل حكم أخذ الزينة فهو أمر مستحب ولكنه ليس واجباً، ولا تكون ضرورته كضرورة حفظ الدين أو النفس^(٤).

(٣) أن تكون هذه المصالح ملائمة ومناسبة مع مقاصد الشارع، بحيث لا تتعارض مع أصل من أصوله أو تعارض نصاً في كتاب الله سبحانه وتعالى، أو سنة نبيه المصطفى -صلى الله

(١) ابن القيم الجوزية، الطرق الحكمية في السياسة الشرعية، ص ٢٢٩.

(٢) سورة النحل، الآية (٣٥).

(٣) الخادمي، نور الدين، المصلحة المرسله حقيقتها وضوابطها، ط ١، ام، دار ابن حزم للطباعة والنشر، بيروت، ص ٢٣.

(٤) الشاطبي، الموافقات، ٧/٢. البوطي، ضوابط المصلحة، ص ٢١٩. الخادمي، المصلحة المرسله حقيقتها وضوابطها، ص ٩٣. الزحيلي، أصول الفقه الإسلامي، ٧٧١/٢.

عليه وسلم- بحيث تكون متفقة مع مصالح الشارع، والتي قصد الشارع تحقيقها وتحصيلها، بحيث تكون من جنسها وليس غريبة عنها، وإن لم يشهد عليها دليل خاص بها من الكتاب والسنة^(١)، وعند النظر إلى ذلك نستطيع أن نقول: إن الحقوق والإباحات، وما تخوله من أفعال لتحقيقها في استعمال الحق والإباحة في استخدامه، مرهونة بالمصلحة التي شرع من أجلها، أي بغاية الحق والهدف من استخدام هذا الحق، لأن الهدف الذي يؤدي إليه هذا الحق: هو المصلحة الحقيقية التي شرع من أجلها هذا الحق، ثم إن عدم مشروعية استخدام الحق مرتبط بالانحراف عن هذه المصلحة، ثم إنه ينبغي أن يكون قصد المكلف في العمل موافقاً لقصد الله في التشريع؛ وذلك حتى تتحقق الغاية من التشريع، وهو حفظ الدارين؛ الدنيا والآخرة.^(٢)

(٤) أن تكون هذه المصالح مقبولة عقلاً أي: معقولة في ذاتها جرت عليها الأوصاف المقبولة والمعقولة التي يقبلها العقل، بحيث يكون ذلك قطعياً يتقبله العقل وليس متوهماً مظنوناً. وخلاصة ذلك: أن التشريع وجد لدفع ضرر أو جلب مصلحة^(٣)، فمثلاً عندما نقول بوجوب تسجيل العقود المختلفة في دائرة التسجيل؛ فإن ذلك يقلل من ضياع الحقوق، ويقلل من شهادة الزور؛ وذلك لأن الحقوق ثبتت بالتسجيل^(٤)، أما المخالف للشرع ومصالح الإنسان وللنصوص، فيجب البعد عنه مثل: سلب الزوج حق الطلاق؛ لأن في سلبه ذلك الحق مخالفة صريحة للنصوص، ثم إن في ذلك تضييعاً للمصالح؛ لأن الله سبحانه وتعالى وضع الطلاق بيد الزوج؛ لقدرته على ضبط الأمور والعقل، ثم إن الزوجة في بعض الأحيان تتضرر، إما لغياب الزوج عنها أو إساءة عشرتها، فعند ذلك أباح الإسلام التفريق بين الزوجين، وعليه مراعاة مصالح الزوجين، ولهذا قامت الأسرة على عقد الزوجية، الميثاق الغليظ لتكوين أسرة وإنجاب جيل صالح.^(٥)

المطلب الخامس: المصلحة المشروعة في الفقه الإسلامي.

- (١) وزارة الأوقاف الكويتية، الموسوعة الفقهية، ٢/٢٨٧.
- (٢) الزحيلي، أصول الفقه الإسلامي، ٢/٧٩٩.
- (٣) الشاطبي، الموافقات، ٢/١٣٠.
- (٤) وزارة الأوقاف الكويتية، الموسوعة الفقهية، ٢١/١٢٣.
- (٥) السرخسي، المبسوط، ٤/٦.

إن التشريع الإسلامي عمل على تحقيق مصالح الناس في الآل والمآل من توارد نصوصه وأحكامه وبياناته، فعندما يطبق الإنسان المسلم نصوص الشريعة الإسلامية، فهو يعمل على تحقيق مصالحها التي تضمنتها ومن ثم فإنه لا تعارض بين المصالح والنصوص الصحيحة في الشريعة الإسلامية. (١)

ويتحقق ذلك في قوله تعالى: ﴿وَمَا يَشَاءُ اللَّهُ إِلَّا لِيُحْضِرَ الَّذِينَ أُخْفِيَوا﴾ (٢) فمعنى قراءته ﴿وَمَا يَشَاءُ اللَّهُ إِلَّا لِيُحْضِرَ الَّذِينَ أُخْفِيَوا﴾ بأن يؤخرها فلا ينزلها أو ينزل بدلاً منها ما يقوم مقامها في المصلحة، أو يكون أصلح للعباد منها؛ والمراد بذلك التسهيل والتيسير على الناس، وقد اتفق السلف أن المراد بذلك التخفيف والمصلحة للناس. (٣)

ويطلق القانونيون على ذلك قانونية المصلحة، بينما يطلق عليها في الفقه الإسلامي المصلحة مشروعة كون المصالح المتضمنة في الشريعة الإسلامية هي مرادة الله تعالى ولذلك فإن تحقيق هذه المصالح لا يكون إلا ضمن مشيئته، بأن تكون منسجمة مع مراد الله - سبحانه وتعالى -؛ الذي وجهنا إليه في كتابه وفي سنة نبيه المصطفى - صلى الله عليه وسلم -، ثم إن الله - سبحانه وتعالى - هو الأعلم بنا، وبأحوالنا وبما يصلحنا، وبأن تكون أفعالنا منسجمة مع نوااميس الكون، التي أتقن الله صنعها، والتي أرادنا أن نكون خلفاء عليها، وفق ما أمرنا ووفق ما يصلح لنا. (٤)

والمصلحة في الشريعة الإسلامية ليست كالقانون دليلاً بحد ذاتها إنما هناك الكتاب والسنة والإجماع والقياس؛ إذ لا يصلح بناء الأحكام الشرعية عليها وحدها، وإنما هي معنى كلي استخلص من مجموع جزئيات الأحكام المأخوذة من أدلتها، ومصادرها الشرعية؛ أي أن نجد من تتبع الأحكام الجزئية المختلفة، قدراً كلياً مشتركاً بينها هو القصد إلى مصالح العباد في دنياهم وآخرتهم، فتحقيق مصالح العباد معنى كلي، والأحكام التفصيلية المناطة بأدلتها الشرعية جزئيات لها، ولما كان الكلي

(١) أبو زهرة، محمد، أصول الفقه، ط١، ١، ام، دار الفكر العربي، بيروت، ص ٢٨٨٤.

(٢) سورة البقرة، الآية (١٠٦).

(٣) الجصاص، أبو بكر أحمد بن علي الرازي (ت ٣٧٠هـ)، أحكام القرآن، ط١، ٣، دار الفكر العربي، بيروت،

٨٥/١. حيدر، درر الحكام، ١٧٢/٤.

(٤) الدريني، نظرية التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي، ص ٥٢.

لا يتقوم إلا بجزئيات، فقد كان الاعتبار حقيقة المصلحة في أمر ما، من أن يدعمه دليل من الأدلة الشرعية التفصيلية، أو أن يدعم بقصد ما يخالفه على الأقل. (١)

ويشترط في الحكم القضائي أن لا يكون مخالفاً للكتاب الكريم والسنة الشريفة والإجماع، فإذا كان مخالفاً لذلك فإنه ينقض، وليس لأحد أن ينفذه أو يجيزه. (٢) أما إذا كان الحكم في المجتهديات فإنه لا ينقض ويجوز تنفيذه، ويكون قد اكتسب الحجية للأمر المحكوم به. (٣) ويؤيد ذلك قوله تعالى:

﴿ وَإِذَا حُكِمَ بِأَمْرٍ مِنْكُمْ فَتَأْتُوا بِهِ بِمِلَّةِ رَسُولِ اللَّهِ فَإِنْ فَتِنَاكُمْ فِي شَيْءٍ مِنْهُ فِإِذِ احْتَمَسْتُمْ لِمَنْ كَفَرَ مِنْكُمْ فِي شَيْءٍ فَقَدْ أَوَّعَىٰ بِهِ كُفْرًا وَلِيَعْلَمَ الَّذِينَ ظَلَمُوا أَيَّ جَنَّةٍ يَكُونُونَ ﴾ (٤) ؛ وذلك؛ لأنهم جحدوا أمر الله قصداً منهم وعناداً وعمداً، وقوله تعالى: ﴿ وَإِذَا حُكِمَ بِأَمْرٍ مِنْكُمْ فَتَأْتُوا بِهِ بِمِلَّةِ رَسُولِ اللَّهِ فَإِنْ فَتِنَاكُمْ فِي شَيْءٍ مِنْهُ فِإِذِ احْتَمَسْتُمْ لِمَنْ كَفَرَ مِنْكُمْ فِي شَيْءٍ فَقَدْ أَوَّعَىٰ بِهِ كُفْرًا وَلِيَعْلَمَ الَّذِينَ ظَلَمُوا أَيَّ جَنَّةٍ يَكُونُونَ ﴾ (٥) يدل على أنهم لم ينصفوا المظلوم من الظالم في الأمر الذي أمر الله سبحانه وتعالى بالعدل والتسوية بين الجميع فيه؛ فخالفوا وظلموا وتعدى بعضهم على بعض. (٦)

من هنا نرى القانونيين يجعلون المصلحة قانونية بينما يطلق عليها في الفقه الإسلامي مشروعية المصلحة؛ أي وفق ما شرعه الله سبحانه وتعالى للناس، ووفق كتابه وسنة نبيه، ووفق إجماع العلماء المسلمين عليها؛ أي أن المصلحة المشروعة يجب أن لا تخالف نصاً في الكتاب، أو حديثاً قطعي الدلالة في السنة، أو إجماعاً معتبراً عند العلماء المسلمين.

المطلب السادس: مدى اشتراط المصلحة الى حين الفصل في الدعوى.

هناك خلاف بين القانونيين في مدى اشتراط المصلحة في الدعوى حتى الفصل فيها؟

وهناك رأيان فيها هما:

- (١) الشاطبي، الموافقات، ٢/٢٧٦.
- (٢) المرجع السابق، ٢/٢٩. البوطي، ضوابط المصلحة في الشريعة الإسلامية، ص ١٠٧.
- (٣) ابن أبي الدم، أدب القضاء، ص ٢٠. ابن قيم الجوزية، الطرق الحكيمة في السياسة الشرعية، ص ٦٥.
- (٤) المرجع السابق، ص ١٦. المرجع السابق، ص ٢١.
- (٥) سورة المائدة، الآية (٤٤).
- (٦) ابن كثير، تفسير القرآن العظيم، ٢/٨٥.

(١) يشترط أن تبقى المصلحة في الدعوى حتى الفصل فيها، على أن الدعوى شرط من شروطها، المصلحة فيجب أن تبقى من وقت رفع الدعوى حتى الفصل فيها. (١)

ولعل هذا القول يرجع إلى أن المصلحة في الدعوى حالة وقانونية، وأن هناك استثناء لبعض الدعاوى التي تكون فيها المصلحة محتملة ومستقبلية، إذ إن المصلحة التي تبرر الدعوى لأنها تحتاج إلى الحماية القضائية، لا تتصور إلا مصلحة حالة، فإذا كانت هذه المصلحة محتملة فليس ما يبرر وجود الدعوى، إذ إن المصلحة في الدعوى هي مضمون الحق، شأنها شأن مضمون الحق القائم، لا يتصور إلا أن تكون موجودة، فالاستثناء الوارد على بعض الدعاوى في الفقه والقانون ينشأ لمواجهة اعتداء محتمل على الحق والمصلحة، وهو وصف الحلول في الاعتداء الذي يولد المصلحة، خاصة وأن المصلحة هي مضمون الحق في الدعوى؛ فإذا زال الحق والمصلحة في الدعوى زالت الدعوى وانتهت. (٢)

وهذا الرأي يستند إلى وجود حق ومصلحة قانونية قائمة وحالة، فإذا كانت المصلحة قائمة فإنه يلزم بذلك قبول الدعوى من البداية عند رفعها، وحتى النهاية عند فصلها، أما إذا كانت المصلحة قائمة عند رفع الدعوى، وانتهت هذه المصلحة قبل الفصل في الدعوى، فإن الدعوى بذلك تنتهي؛ إذ إنه لم يعد هناك مبرر لقيامها. (٣)

(٢) يكفي تحقق المصلحة وقت رفع الدعوى، فإذا زالت هذه المصلحة فإن ذلك لا يحول دون قبول الدعوى أو الدفع. (٤)

على أننا يجب أن نفهم أن مناط الدعوى هو المصلحة، ولذلك قيل: (حيث لا توجد دعوى لا توجد مصلحة)، معنى هذا أن المحاكم لم توجد فقط لإعطاء استشارات حقوقية للخصوم، فلا بد للمدعي من مصلحة حتى يرفع الدعوى في القضاء، فدون مصلحة لا يستطيع رفع الدعوى. وقد أجمع الفقهاء على ضرورة هذا الشرط حتى يستطيع الشخص أن يرفع الدعوى، فيجب أن تكون المصلحة مباشرة في الدعوى، حتى يرفعها المدعي، وعندما نقول: إن المصلحة هي مناط الدعوى،

(١) كامل، رمضان جمال، شروط قبول الدعوى في المواد المدنية والتجارية، ط١، ام، مكتبة الألفي القانونية، مصر، ص ٤٣.

(٢) والي، قانون القضاء المدني اللبناني، ص ١٨٤.

(٣) كامل، شروط قبول الدعوى في المواد المدنية والتجارية، ص ١٣.

(٤) المرجع السابق، ص ٣.

أي أن هذا الشرط لا بد أن يتوافر في الدعوى منذ البداية، وفي طور المرافعة في الدعوى، وعند الفصل في الدعوى، فإذا لم يتوفر هذا الشرط فمعنى ذلك: أن الغاية من إقامة الدعوى قد انتهت، ولم يعد هناك مبرر لرفع الدعوى. (١)

غير أن هناك بعض الدعاوى التي استثنيت، وسمح للمدعي بالخصومة فيها للحاجة إلى ذلك، والحاجة هي التي تبرر أن هناك مصلحة حقيقية في إقامة الدعوى أمام القضاء، ومن أمثلة ذلك: إذا ملك شخص عقاراً معيناً، فاعتدي عليه من شخص آخر بتخريبه، ويرى مالك هذا العقار أن يصلحه قبل أن يرفع دعوى التعويض على المعتدي، علماً أنه لو فعل مثل ذلك الفعل لذابت معالم التخريب، فيبادر المدعي عند ذلك في رفع دعوى لإثبات حالة عقار، وهو مخرب حتى يستطيع فيما بعد رفع دعوى التعويض على المعتدي، وأن المخرب ألحقه بعقاره. والناظر في هذه الدعاوى التي وردت استثناءً يلاحظ أن مبررها الحاجة والضرورة. (٢)

المطلب السابع: الفصل في الدفع بعدم الخصومة لانتفاء المصلحة.

عند الفصل في ذلك لا بد من مراعاة مناسبة المصلحة للحكم، وربما لا يطلع على عين تلك المصلحة، لكن يطلع على وصف يوهم الاشتغال على تلك المصلحة، ويظن أنه مظنتها وقالبها الذي يتضمنها، فالاجتماع على ذلك الوصف الذي يوهم الاجتماع في المصلحة الموجبة لحكم والذي يوجب الاجتماع في الحكم، ويتميز عن المناسب بأن المناسب هو الذي يناسب الحكم، ويتقاضاه بنفسه كمناسبة الشدة للتحريم. (٣)

ثم إن الشريعة الإسلامية لا تبيح شيئاً لحاجة المكلف إليه ومصلحته، ثم تحرم ما هو أحوج إليه. والمصلحة في إباحته أظهر، وهذا هو المحال، ولذلك كان من المستحيل أن يشرع الله ورسوله من الحيل ما يسقط به ما أوجبه أو يبيح به ما حرمه؛ إذ إن الله سبحانه وتعالى شدد في ذلك الوعيد؛

(١) أنطاكي، أصول المحاكمات، ص ١٥٤.

(٢) جميعي، مبادئ المرافعات في قانون المدافعات الجديدة، ص ٣٢٠.

(٣) الغزالي، المستصفي، ١/٢٠٣.

لما تضمنه من المفسدة في الدنيا والدين؛ فمثلاً الحكم بالحجر على السفيه يكون لمصلحة راجحة له، القصد منها تحقيق المصلحة له في الدنيا والدين. (١)

فعند نظر الحاكم إلى الدعوى الموجودة أمامه، لا بد من مراعاة شروط المصلحة، والتي يجوز الفصل فيها في أي مرحلة من مراحل الدعوى، والتي تثيرها المحكمة أو الخصوم سواء المدعي أو المدعى عليه، والحكمة من ذلك أن من وظيفة القضاء: حماية النظام والقانون، ثم حماية الحقوق والمراكز القانونية، ولذا لا تقبل الدعوى إلا إذا كانت ترمي إلى حماية حق، أو مركز قانوني. أما إذا رفعت دعوى لا يحميها القانون فإنها لا تكون مقبولة؛ لأنها تتجاوز وظيفة القضاء، فإذا كان المدعي يستفيد من الالتجاء إلى القضاء، تكون له مصلحة في الدعوى، وتكون دعواه مقبولة، أما إذا لم تكن هناك فائدة أو منفعة تعود عليه في الالتجاء إلى القضاء، فلا يجوز له رفع الدعوى، ولا تكون دعواه مقبولة، حيث لا دعوى بغير مصلحة، والمصلحة مناط الدعوى. (٢)

وعند نظر الحاكم في المصلحة، لا بد من مراعاة تقديم المصلحة العامة على المصلحة الخاصة، ولا بد من مراعاة أن هناك مصلحة راجحة وأخرى مرجوحة، فتقدم المصلحة الراجحة على المصلحة المرجوحة، ونظرة الشريعة في ذلك - كما أشرت - هي نظرة مقاصدية (٣)؛ ومثاله في التعزير، مثلاً فإنه يتعلق به حق الأدمي كالنقير بالشم، ففيه حق المشتوم والمضروب، وحق السلطنة للتقويم والتهديب، فلا يجوز لولي الأمر أن يسقط بعفوه حق المشتوم والمضروب، وعليه أن يستوفي له حقه من تعزير الشاتم والضارب، فإن عفا المضروب والمشتوم كان ولي الأمر بعد عفوهما على خيره في فعل الأصلح من التقويم تقوياً، والصفح عنه عفواً، فإن تعافوا عن الشتم والضرب قبل الترافع إليه، سقط التعزير الأدمي. واختلف في سقوط حق السلطنة عنه والتقويم وهي على وجهين:

(١) ابن أمير حاج، محمد بن محمد بن محمد، (ت ٨٧٩هـ)، التقرير والتحبير في شرح التحرير، ط ١، ٣م، وهو شرح لكتاب التحرير للكمال بن همام، (ت ٨٦١هـ)، دار الكتب العلمية، بيروت، ٢٢/٣. ابن نجيم، البحر الرائق، ٨٩/٨. ابن القيم الجوزية، أبو عبدالله محمد بن أبي بكر أيوب الزرعي، (ت ٧٥١هـ)، إعلام الموقعين عن رب العالمين، ط ١، ٤م، دار الكتب العلمية، بيروت، ١٥١/١.

(٢) الشاطبي، الموافقات، ٢٨٢/٢. كامل، الدعوى بالمجهول دراسة مقارنة، ص ٩٥. أبو الوفاء، نظرية الدفوع، ص ٧٨.

(٣) الدريني، نظرية التعسف في استعمال الحق، ص ٧٨. الكيلاني، مذكرة في السياسة الشرعية، ص ٧. الخادمي، المصلحة المرسله حقيقتها وضوابطها، ص ٩.

(١) أنه يسقط وليس لولي الأمر أن يعزر فيه؛ لأن حد القذف أغلظ ويسقط حكمه بالعفو، فكان حكم التعزير بالسلطنة أسقط.

(٢) لولي الأمر أن يعزر فيه مع العفو قبل الترافع إليه، كما يجوز أن يعزر فيه بعد الترافع إليه ويصح العفو بعد الترافع إليه، مخالفة للعفو عن حد القذف في الموضوعين؛ لأن التقويم من حقوق المصلحة العامة. (١)

أما الدعاوى التي تقام بين الأفراد، فلا بد أن تكون فيها مصلحة للمدعي، ولا بد أن يكون للمدعي عليه من دفع الدعوى مصلحة في دفعه؛ بحيث يتأثر خصمه من إقامة هذه الدعوى، ويتأثر خصم الدافع من دفعه هذا الدفع؛ وذلك لإلزام المدعي عليه بشيء على تقدير ثبوت الدعوى، وثبوتها يكون: إما بالإقرار أو البينة أو اليمين، وألا تكون الدعوى عبثاً، والعاقل لا يشغل نفسه بالعبث. (٢)

فمثلاً: في دعوى تصحيح الإرث، لإدخال وارث والمقامة من قبل ابن المتوفى على زوجة المتوفى، والورثة: هم الزوجة (المدعى عليها) وابن المتوفى (شقيق المدعي) وبنت المتوفى (شقيقة المدعي) هي دعوى مردودة؛ وذلك لأن مصلحة الزوجة المدعى عليها لا تتأثر، فلا بد من أن يقيمها على أحد شقيقه أو لاد المتوفى؛ لأن مصالحهم تتأثر بالنقصان، وإلا كانت دعواه مردودة. (٣)

(١) الماوردي، الأحكام السلطانية، ص ٣٦٠.

(٢) حيدر، درر الحكام شرح مجلة الأحكام، ص ٢٤٥.

(٣) القرار الاستئنافي الصادر عن محكمة الاستئناف الشرعية الأردنية رقم (٩٥١٥) تاريخ ١١/٦/١٩٥٧م.

المبحث الثاني: كون المصلحة لا بد أن تكون قانونية ومشروعة في الدعوى

المطلب الأول: معنى أن تكون المصلحة قانونية في الدعوى.

المطلب الثاني: المصلحة في القانون.

المطلب الثالث: الدعوى غير المشروعة في الفقه الإسلامي.

المطلب الرابع: تطبيقات دعاوى غير القانونية.

أولاً: الدعوى الاقتصادية.

ثانياً: الدعوى الاستفهامية.

ثالثاً: الدعوى الملوثة.

المطلب الخامس: كيفية الفصل في الدعوى لانتفاء المصلحة القانونية.

شروط المصلحة:

لا بد أن تتوفر في المصلحة شروط معينة حتى تكون الدعوى مقبولة، وهذه الشروط هي:

- (١) أن تكون مصلحة قانونية، أي مشروعة.
- (٢) أن تكون مصلحة قائمة وليست محتملة الثبوت.
- (٣) أن تكون مصلحة شخصية ومباشرة. (١)

(١) جميعي، مبادئ المرافعات في قانون المرافعات الجديد، ص ٣١٥. أبو الوفاء، نظرية الدفع، ص ٧٨٢. أنطاكي، أصول المحاكمات، ص ١٥٥. ياسين، نظرية الدعوى، ص ٣١٩.

المبحث الثاني: كون المصلحة لا بد أن تكون قانونية ومشروعة في الدعوى.

المطلب الأول: معنى أن تكون المصلحة قانونية في الدعوى.

يجب أن نفهم من عبارة المصلحة القانونية: أن مصلحة المدعي يجب أن تكون مستمدة من حق أو من وضع قانوني، وأن تهدف إلى الاعتراف بهذا الحق، أو هذا الوضع القانوني، وإلى حمايتها، ومن الأمثلة على ذلك: فقدان المصلحة القانونية. إذا أسست شركة بصورة غير قانونية، وفتحت محلها بالقرب من محل يعود لأحد التجار، تنافسه في أعماله، فلا يحق للتاجر في مثل هذه الحالة رفع الدعوى ببطلان الشركة؛ لأن مصلحته هنا ذات صفة اقتصادية وليست قانونية، وكذلك لا يحق لتاجر أن يطالب بالعتل والضرر؛ بسبب وفاة شخص آخر لأن الشخص المتوفي كان زبوناً له. (١)

ويعبر عن هذا الشرط بعبارة (حيث لا حق لا دعوى)، وأحياناً يعبر عنه بالقول: بأنه (يشترط في المصلحة أن تكون مصلحة قانونية). وهذا التعبير: هو الذي اعتمده القانون باشتراطه المصلحة في الدعوى: أن تكون مصلحة يقرها القانون، وهذا الشرط يتطلب لتوفره مسألتان:

(١) وجود قاعدة قانونية تحمي مصلحة من النوع الذي يتمسك به المدعي، وهذه مسألة قانونية تبحث من الناحية المجردة، فإذا لم يكن هناك وجود لمثل هذه القاعدة القانونية؛ أي إذا لم توجد حماية القانون لهذه المصلحة التي يتمسك بها المدعي، فلا ينشأ الحق في الدعوى. وهكذا إذا كان شخص يطالب بإلزام شخص آخر بدفع دين قمار، فإن الحق في الدعوى لا يوجد، ذلك أن القانون لا يحمي مثل هذا الدين، ولا يشترط أن ترد القاعدة القانونية المجردة في نص صريح في التشريع، فيمكن أن يصل القاضي إلى تقرير وجودها عن طريق القياس، أو بالنظر إلى المبادئ العامة في القانون. وبعبارة أخرى عن طريق قواعد التفسير المعروفة. (٢)

(١) أنطاكي، أصول المحاكمات، ص ٢٣٧.

(٢) والي، قانون القضاء المدني اللبناني، ص ١٧٠.

(٢) ثبوت وقائع معينة تنطبق عليها المصلحة القانونية المجردة، وهذه مسألة واقعية تبحث في الحالة المحددة التي يطرحها المدعي على القضاء، فإذا كان (أ) يرفع دعوى على (ب) فإنه يجب إثبات أن (ب) مدين لـ (أ).

ومن الطبيعي أن المسألة القانونية المجردة، تعرض قبل المسألة الواقعية؛ لأنه إذا لم توجد القاعدة القانونية المدعاة، فلا معنى لإثبات الواقع الذي تنطبق عليه هذه القاعدة. (١)

وقانونية المصلحة مرتبطة بالزام المدعى عليه بشيء على تقدير ثبوت الدعوى (٢)، فإذا ادعى عليه بأن يعيره أو يبيعه أو يؤجره أو يهبه أو يقرضه شيئاً كما فعل لغيره، لا تكون صحيحة؛ لأنه على فرض ثبوت هذه العقود بين المدعى عليه وغير المدعي، لا يكون ذلك ملزماً للمدعى عليه أن يعقد مثلها مع المدعي. (٣)

وتتميز المصلحة القانونية عن المصلحة الاقتصادية. بأن المصلحة القانونية تكون متصلة بحق فردي معين، أما المصلحة مرسله، أي غير مرتبطة بحق معلوم فإنها لا تكون قانونية ولا يمكن إقامة الدعوى على أساسها، ولهذا يمكن القول بأن المصلحة تكون قانونية إذا كان من شأن الدعوى -لو صحت تقرير حق- للمدعي أو تخليصه من التزام. (٤)

المطلب الثاني: المصلحة في القانون.

وهي ما يحتاجه الحق المعتدى عليه، أو المهدد بالاعتداء عليه إلى حماية القانون له، ولا يجعل المدعى على هذه المصلحة إلا بحماية القانون لها؛ إذ يشترط توافر المصلحة في الدعوى حتى

(١) والي، قانون القضاء المدني اللبناني، ص ١٧٠.
 (٢) نصت المادة (١٦٣٠) من المجلة: (يشترط أن يحكم ويلزم المدعى عليه بشيء في حالة ثبوت الدعوى، مثلاً لو أعار أحد آخر شيئاً وظهر شخص آخر فادعى قائلاً: أنا من ذويه فليعرنني إياه، لا تصح دعواه كذلك لو وكل أحد آخر بخصوص ما فظهر شخص آخر وادعى بقوله أنا جاره ووكالته أنسب لا تصح دعواه، لأن لكل واحد أن يعير ماله من شاء وأن يوكل بأموره من يشاء وعليه فبتقدير ثبوت هذه الدعاوى وأمثالها لا يترتب في حق المدعى عليه حكم ما).

(٣) خوري، فارس، أصول المحاكمات الحقوقية- دروس نظرية وعملية، ط٢، ام، الدار العربية، عمان، ص ١٤٣.

(٤) جميعي، مبادئ المرافعات في قانون المرافعات الجديد، ص ٣١٧.

تقبل: " فلا تقبل أي دعوى كما لا يقبل أي طلب استنادا لأحكام القانون، عندما لا تكون لصاحبه فيها مصلحة شخصية ومباشرة وقائمة يقررها القانون".^(١)

ويحق لكل واحد من الخصوم أن يدفع بعدم المصلحة، على ما أثاره الخصم الآخر، وهو ما يسمى (الدفع بعدم قبول الدعوى في القانون) لانقضاء المصلحة، التي هي شرط من شروط قبولها، ومثاله دفع المدعى عليه ببطلان عقد الهبة، رغم أنه لم يخسر شيئاً مع بقاء العقد الباطل، ولا تعود عليه فائدة. وتحكم المحكمة بعدم قبول الدعوى بعدم توافر المصلحة في رفعها، ولكن يجوز أن تقبل دعوى البطلان من الواهب نفسه؛ لوجود مصلحة في رفعها.^(٢)

ولا ينحصر شرط المصلحة في ادعاء المدعي، ولكن في دفاع المدعى عليه وفي طلب ادخال الغير في الخصومة، كشخص ثالث عدا أطراف الدعوى، وكذلك اشتراطها في طرق الطعن في الأحكام القضائية، وفي قبول الدعوى من المدعي، وفي دفع المدعى عليه. فالشروط في الدعوى تنطبق على الدفع المثار في الدعوى، فالتلازم في قبول الدعوى القضائية، ونتيجة فصلها شرط لا بد منه، فلا تقبل الدعوى بغير مصلحة، ولا يحق للمحكمة الفصل في دعوى لا تنتفاء الدعوى الأصلية.^(٣)

ورغم اتفاق أهل القانون وإجماعهم على ضرورة المصلحة في الدعوى القضائية، ودفعها بين الأطراف، إلا أنهم اختلفوا في تعريف المصلحة فيها؛ وذلك بسبب الخلاف في مدلول المصلحة في الدعوى القضائية المدنية عنه في دعوى الإلغاء والدعوى الدستورية، فقد اختلفت التعريفات: فمنهم من عرفها بأنها المنفعة المادية أو المعنوية، سواء كانت المنفعة هذه اجتماعية أو اقتصادية. ومنهم من عرفها: بأنها هي المنفعة الناتجة عن التجاء المدعي للقانون، أو الفائدة الرئيسية والعملية التي تعود على رافع الدعوى القضائية منه الحكم له بطلباته سواء كانت كلية أو جزئية، وأما إن كانت الدعوى لا تعود على رافع الدعوى بفائدة، فلا تقبل الدعوى القضائية فيجب عند ممارسة الحق

(١) كامل، شروط قبول الدعوى، ص ١٤. فايد، شعبان الكومي أحمد، الدعوى بالمجهول وأحكامها دراسة مقارنة

بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، ط١، ام، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، ص ٩٤.

(٢) سليم، عبدالعزيز، الموسوعة الذهبية في الدفوع، ط١، ام، دار الكتب القانونية، القاهرة ص ١٥٩.

(٣) التحيوي، محمود السيد، حضور صاحب الصفة الإجرائية في الدفوع القضائية، ط١، ام، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، ص ٥٩.

في الحصول على هذه الفائدة، وجود مبررات قانونية؛ وذلك من أجل الحصول على حماية القضاء له. (١)

ويفرق أهل القانون بين المصلحة بمعنى الباعث، والمصلحة بمعنى الغاية، وتعريف المصلحة: بأنها حاجة المدعي إلى حماية القانون له، فهي بهذا التعريف تكون بالاعتداء على الحق وهي موجودة معه وتدور معه وجوداً وعدمًا.

أما المصلحة بمعنى الغاية: فهي " ما ينشده المدعي في الدعوى القضائية، من رفعها إلى القضاء وتتمثل هذه الغاية في تحقيق الحماية القانونية، فالفائدة من المصلحة ليست الرغبة في الحصول على مجرد منفعة مادية أو أدبية؛ لأن ذلك من شأنه أن يجعل من المصلحة في الدعوى القضائية تعبيراً تافهاً. فالمنفعة لا يتحصل عليها المدعي من الحكم في الدعوى القضائية، بوصفها غاية في حد ذاتها بل لأنها المظهر والوسيلة لتحقيق حماية القانون. (٢)

المطلب الثالث: الدعوى غير المشروعة في الفقه الإسلامي.

مشروعية الحق تعني أن لا تكون طريقة الحصول عليه مخالفة للشرع والآداب العامة وتقتضي هذه المشروعية أحكاماً، منها: عدم جواز المطالبة به شرعاً، فلا تسمع دعوى لشخص ادعى حقاً وكانت طريقة الحصول على هذا الحق مخالفة للشرع أو الآداب العامة، (٣) وقد طبق القانون هذا المبدأ إذا كان القصد في الدعوى والباعث بطلان الالتزام واسترداد ما دفعه الشخص المدين، استناداً إلى عقد مخالف للآداب أو القانون. (٤)

ومن الأمثلة على ذلك مطالبة الشخص المدين بدين قمار، والدعوى التي ترفعها الخليفة على خليلها، والتي تطلب فيها التعويض عن علاقتها غير المشروعة معه، (٥) أو الدعوى بتنفيذ مال لاختلاسه، أو التجارة في بضائع لا يجيزها القانون. (٦)

(١) التحيوي، الصفة غير العادية وآثارها في رفع الدعوى القضائية، ط١، ام، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، ص ٦٨.

(٢) المرجع السابق، ص ٦٩.

(٣) ابن القيم، الطرق الحكمية، ص ١٣.

(٤) أنطاكي، أصول المحاكمات، ص ١٦٣.

(٥) كامل، شروط قبول الدعوى في المواد المدنية والتجارية علماً وعملاً، ص ٢٦.

(٦) فايد، الدعوى بالمجهول وأحكامها دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون، ص ٩٧.

فالمصلحة في الدعوى التي تتولد عن مفسدة كأن يدعي شخص شيئاً محرماً أو غير ذلك مما يكون سبب الحصول عليه محرماً، لا يجوز ذلك؛ لأن هناك نصاً شرعياً ورد بالغائها، إذ أنها مصلحة غير مشروعة، وفي هذه الحالة تكون الدعوى باطلة يجب ردها؛ لأنها غير مفيدة فائدة يقرها الشارع، لأن القضاء وجد لحماية ما هو مشروع، ووجد لإقامة العدل بين الناس والفصل بينهم في الخصومات المشروعة، فليس للقضاء أن يحكم بالمحرم، أو بما أمر الشارع بالغاءه، فإن كانت الدعوى مشروعة ومفيدة، بحيث تعود على المدعي بمصلحة مشروعة صحت ووجب اعتبارها والنظر فيها، إذا استوفت شروطها الأخرى كاملة.

وأسباب البطلان في الدعوى متعددة، منها: أن لا تستند هذه الدعوى إلى حق، كمن يدعي النفقة على جاره. ودعوى ما ليس مشروعاً كثمن الحنزير والخمر، أو ثمن آلات الملاهي. فهذه دعوى مردودة؛ لأنها تستند إلى حق غير مشروع، لا يقرره الشارع. إذ إن الدعوى يجب أن تستند إلى مدعى به مشروع وإلى حقوق مشروع. (١)

والدعوى بغير المشروع: هي من الدعاوى الباطلة، إذ لا يجوز قيام الإثبات عليها سواءً بالبيينة الخطية أو الشخصية؛ لأن الدعوى الباطلة كالعدم غير موجودة، فلا يجوز البناء عليها؛ لأن ما بني على باطل فهو باطل. (٢)

ثم إنه يجب أن يكون المدعى به حقاً للمدعي عندما يدعيه، فقد ورد في الحديث الشريف قول الرسول -صلى الله عليه وسلم- : "إنكم تختصمون إليّ ولعل بعضكم ألحن بحجته من بعض، وإنما أنا بشر فمن قضيت له في مال أخيه شيئاً بغير حق فإنما أقطع له قطعة من النار" (٣)، ففي هذا الحديث يخبرنا الرسول -صلى الله عليه وسلم- أن القضاء بما ليس للمدعي قضاءً بقطعة من النار، ثم إن القضاء ينفذ بالحجة، وهي الشهادة الصادقة وهذه شهادة كاذبة فلا ينفذ حقيقة. (٤)

(١) ابن أبي الدم، أدب القضاء، ص ١٣٥. ابن قيم الجوزية، الطرق الحكمية في السياسة الشرعية، ص ٢٢٩.

(٢) ابن أبي الدم، أدب القضاء، ص ١١٨.

(٣) البخاري، صحيح البخاري مع الفتح، كتاب الشهادات، باب من أقام البيينة بعد اليمين، رقم الحديث (٢٦٨٠)، ٣٥٤/٥.

(٤) الكاساني، بدائع الصنائع، ٢٢/٧.

المطلب الرابع: تطبيقات الدعاوى غير القانونية.

أولاً: الدعاوى الاقتصادية:

هي دعوى يرفعها المدعي، يطالب فيها بحماية مصالحه الاقتصادية التي لا تتمتع بحماية القانون. ومثالها أن يرفع عامل دعوى يطالب فيها بزيادة أجرته السنوية، بسبب ارتفاع الاسعار فهذه دعوى غير مقبولة، إذ إنه مهما بلغت عدالة هذا الطلب، فإن هذا الطلب ليس دعوى قانونية، ولذلك فإن هذه الدعوى تكون غير مقبولة. (١)

فالمصلحة الاقتصادية المحضة لا تكفي وحدها لرفع الدعوى، أو لقبولها أمام القضاء: كأن يرفع أحد التجار دعوى على شركة تنافسه يطلب فيها إبطال هذه الشركة، بسبب منافسة هذه الشركة له، فهذه دعوى غير مقبولة، فعندما يرفع التاجر هذه الدعوى له مصلحة وحيدة هي التخلص من المنافسة، لكن هذه المصلحة غير قانونية، ولذلك فإنها لا تكفي لرفع مثل هذه الدعوى.

إذ إن التاجر الذي يجوز له رفع مثل هذه الدعوى، هو التاجر الذي يدخل مع هذه الشركة في عقود ومعاملات، فيجوز له رفع مثل هذه الدعوى. فمصالحته عند رفع هذه الدعوى تكون مصلحة قانونية، ومن أمثلة هذه الدعوى. أيضاً: حالة الدعوى التي يرفعها التاجر على شخص ارتكب حادثاً معيناً، فأدى إلى وفاة أحد عملائهم. فهل يجوز لهم أن يرفعوا دعوى ضد مرتكب الحادث، بطلب التعويض عن فقد أحد عملائهم الثابتين؟ حقيقة أن التاجر تضرروا لفقدان ذلك العميل، إلا أنه لا يجوز لهم رفع مثل هذه الدعوى؛ لأن مصالحتهم في ذلك هي مصلحة ليست قانونية. (٢)

والمصلحة الاقتصادية: هي المصلحة التي قد تؤدي إلى منفعة مالية، فتكون قانونية إذا كان القانون يقرّها، وذلك مثل المصلحة في الدعوى التي يرفعها الدائن للمطالبة ببطلان التنفيذ على أموال مدينة، فالمصلحة هنا هي المحافظة على الضمان العام للدائن على أموال مدينه وهي قانونية؛ لأن القانون يجيز للشخص أن يرفع دعوى باسم مدينه مستعملاً حقوقه. (٣)

"والمحل المعقود (الشركة)، يشترط فيه أن يكون عملاً ممكناً وجائزاً شرعاً وقانوناً، كالأعمال التجارية المباحة، والصناعية النافعة، والزراعية المفيدة، فإذا كان المحل مستحيلًا أو غير مشروع

(١) كامل، شروط قبول الدعوى في المواد المدنية والتجارية، ص ٢٥.

(٢) جميعي، مبادئ المرافعات، ص ٣١٧.

(٣) فايد، الدعوى بالمجهول وأحكامها دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، ص ٩٧.

كالإتجار بالمخدرات أو المسكرات أو إدارة بعض الأعمال المنكرة، كمحلات البغاء أو الزنى أو القمار، كان العقد باطلاً. وأما الصيغة فهي التعبير الدال على الرضا القائم على تلاقي الإيجاب والقبول، والرضا المتبادل السليم من العيوب من غلط أو إكراه أو تدليس. فإذا كان الرضا معيباً بالإكراه كانت الشركة موقوفة غير نافذة، وإن كان هناك غلط أو تدليس جاز فسخها".^(١)

والشركة بوصفها عقداً يلزم لانعقاده أن تتوافر فيه الأركان الموضوعية والشكلية، وإلا ترتب على تخلف أحد هذه الأركان بطلان العقد أو قابليته للبطلان. فبطلان العقد هو الجزاء القانوني على توافر أركان العقد كاملة، مستوفيه لشروطها.^(٢)

"ذلك هو مضمون العقود التجارية الفعلية، التي أوجدها الفقه والقضاء، واستند في تقريرها إلى حماية الأوضاع الظاهرة من ناحية، أن هذه الأوضاع موجودة فعلاً ولها كيائها، ومن غير المقبول إنكار وجودها بعد أن اطمأن الغير إلى هذا الوجود، وتعامل معها حيث استند إلى أساسها القانوني، فإذا كان هذا العقد باطلاً، فلا يصح أن يخلف وراءه أثراً؛ لأنه معدوم الأثر فنتيجته تكون بذلك البطلان؛ لأن ما بني على باطل فهو باطل".^(٣)

ثانياً: الدعوى الاستفهامية:

هي الدعوى التي ترفع من المدعي على المدعى عليه، يطلب فيها منه أن يحدد موقفه من شرط وضع في الدعوى، أو أن يحدد موقفه من حق الخيار، الذي أجاز له القانون في مدة معينة. ومثالها: عندما يعقد القاصر عقداً من العقود. حيث أجاز له القانون التمسك بهذا العقد، أو إبطاله خلال ثلاث سنوات من بلوغه سن الرشد، إذ إن هناك رأيين في جواز هذه الدعوى، هما:

(١) جواز رفع هذه الدعوى؛ لأن للمدعي مصلحة في رفعها، إذ إنه يريد أن يحدد مركزه القانوني.

(١) الزحيلي، العقود المسماة في قانون المعاملات المدنية الإماراتي والقانون المدني الأردني، ص ١٦٥.

(٢) العكيلي، عزيز، شرح القانون التجاري للشركات التجارية، ط١، ٤م، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ٤٦/٤.

(٣) المرجع السابق، ٥٣/٤.

(٢) عدم جواز رفع مثل هذه الدعوى؛ لأنه لا مصلحة للمدعي في رفعها، فعندما يرفعها على قاصر، فكأنه يريد تقصير مدة الخيار، ومدة حق الخيار التي حددها القانون معروفة، وهي حق للمدعي عليه لا يجوز مسه. (١)

غير أن الرأي الراجح هو جواز رفع هذه الدعوى؛ لوجود مصلحة للمدعي في رفع مثل هذه الدعوى، فعندما يطلب المدعي مثلاً إثبات صحة التعاقد، فإن ذلك جائز له، فإن أقر المدعي عليه في مثل هذه الحالة أن يطلب وقف السير في الدعوى إلى حين إنتهاء المهلة المقررة له قانوناً، من أجل استعمال خياره في إبطال العقد، ففي هذه الحالة يعتقد بأنه يجب على المحكمة أن تجيبه في طلبه، وإلا فإن المحكمة تحكم بعدم قبول الدعوى؛ لرفعها قبل الأوان، حيث إن حق المدعي في طلب الحكم بصحة التعاقد لا يكون متحققاً إلا بعد فوات المهلة الممنوحة للمتعاقد الآخر، لاستعمال حقه في إبطال العقد، على أن المتعاقد الآخر مثلاً القاصر، إذا تبين بعد ثبوت رشده موافقته على هذا العقد بتصرف قام به، كما لو كان القاصر مشترياً للعقار ثم باعه، فلا شك أن الدعوى مقبولة، لكون المصلحة قانونية وحالة للشخص المدعي^(٢)، إذ أن هذه الدعوى إذا رفعت على القاصر ولم يبلغ سن الرشد، فالذي يخاصم عنه وأبيه، أو وصية مثله مثل سائر المحجور عليهم. (٣)

ثالثاً: الدعوى الملوثة:

هي الدعوى التي يرفعها المدعي؛ بالمطالبة باسترداد ما دفعه بناء على اتفاق مخالفٍ للأداب العامة، ومثالها طلب الراشي استرداد الرشوة، أو طلب الخليل استرداد ما دفعه لخليلاته، مقابل علاقته غير المشروعة معها^(٤). على أن بعض القانونيين قد أجاز مثل هذه الدعوى، وبعضهم لم يجز هذه الدعوى، وحجة الذين أجازوا ذلك. أن المدعي يطلب من المدعي عليه ما دفعه له بناءً على عقد باطل. أما الذين لم يجيزوا ذلك فحجتهم أن المصلحة في ذلك هي مصلحة ملوثة، غير جديرة بالحماية.

(١) أبو الوفا، المرافعات المدنية والتجارية، ص ١٢١. كامل شروط قبول الدعوى في المواد المدنية والتجارية علماً وعملاً، ص ٢٧.

(٢) جمعي، مبادئ المرافعات، ص ٣٤١.

(٣) أنطاكي، أصول المحاكمات، ص ٢٣٨.

(٤) كامل، شروط قبول الدعوى في المواد المدنية والتجارية علماً وعملاً، ص ٢٦. راغب، مبادئ الخصومة المدنية، ص ١١٢.

المطلب الخامس: كيفية الفصل في الدعوى لاتتفاء المصلحة القانونية.

من شروط الدعوى لتكون مقبولة المصلحة، سواء للمدعي الذي أقام الدعوى، أو للمدعى عليه الدافع في الدعوى. وقد قضت محكمة النقض المصرية، بأنه لم يحدد القانون الدعاوى التي يجوز رفعها، وإنما اشترط لقبول الدعوى أن يكون لصاحبها مصلحة قائمة، يقرها القانون. (١)

والملاحظ للقرارات الصادرة في الفصل في الدعوى، للدفع بانتفاء المصلحة القانونية، يرى أن هذا الدفع يثيره أي واحد من الخصوم، وأن المحكمة تثير الدفع ولو لم يثيره الخصوم، إذ إن القاعدة: (لا دعوى بلا مصلحة). (٢) والدعوى القانونية: هي الدعوى التي ترفع بين الخصوم في مجلس الحكم إذ عرفت المادة (١٦١٣) من المجلة أن: "الدعوى هي طلب واحد حقه في مجلس الحكم"، فإذا كانت الدعوى في غير مجلس الحكم، فتعد دعوى غير قانونية؛ ولذلك لو طلب أحد حقه في غير حضور القاضي، فليس لذلك الشخص أن يجيب المدعي على دعواه، كذلك إذا طلب المدعي حقه في غير حضور القاضي، وسكت المدعى عليه وطلب المدعي تحليفه اليمين، فسكت عن ذلك أو نكل عن حلف اليمين بقوله: لا أحلف. فلا يكون مُقراً بالدين وبإذلاله، كما أن الطلب المذكور لا يقطع مرور الزمن، وعلى ذلك فحضور القاضي شرط لجواز الدعوى. (٣)

والدعوى - كما بينت في الفقه الإسلامي -، إذ لم تؤسس على سبب مشروع تكون غير مسموعة. فمثلاً إذا طلب رجل ضم ابنه البالغ إليه، هذه الدعوى بهذا الشكل لم تؤسس على سبب مشروع، يسأل عنه الخصم. إذ إن الولد إذا بلغ مستقيماً صالحاً، فهو بالخيار بأن يستقل أو يلتحق بأحد أبويه، إلا إذا بلغ غير مأمون على نفسه، فولويه أن يضمه إليه، وبما أن ذلك لم يرد في الدعوى، فإن الدعوى تكون غير مسموعة. (٤)

ومن الأمثلة على كون الدعوى قانونية: أن الدعوى في طلب الحق يجب أن تكون بألفاظ تدل على الجزم واليقين، فلا يسوغ مثلاً في دعوى العين، التردد بين طلب العين بالحكم، وبين طلب الحكم بالقيمة. وعلى المدعي أن يفصل في دعواه ويذكر فيها طلب الحكم له بالعين المدعى بها، إذا

(١) كامل، شروط قبول الدعوى في المواد المدنية والتجارية علماً وعملاً، ص ٢٤.

(٢) المرجع السابق، ص ١٥.

(٣) حيدر، درر الحكام شرح مجلة الأحكام، ٤/١٧٣.

(٤) القرار الاستئنافي الصادر عن محكمة الاستئناف الأردنية رقم (٣٧٧٤٢) تاريخ (٤/٩/١٩٩٤م).

كانت موجودة. وإذا كانت هالكة تكون الدعوى على طلب الحكم بالقيمة، وإلا فإن التردد وعدم الجزم واليقين تكون سبباً موجباً لرد الدعوى، وعدم قانونيتها. (١)

(١) حيدر، درر الحكم، ١٥/٤. القرار الاستئنافي الصادر عن محكمة الاستئناف الأردنية رقم (٢٣٣٩١)، تاريخ ١٩٨٢/١٢/٢٣ م.

المبحث الثالث: كون المصلحة لا بد أن تكون قائمة في الدعوى وليست
محتملة.

المطلب الأول: معنى شرط أن تكون المصلحة قائمة وليست محتملة في
الدعوى.

المطلب الثاني: الاستثناء من هذه القاعدة:

(أ) الدعاوى التي يكون الغرض منها الاحتياط لدفع ضرر محقق
وهي الحالة التي تكون فيها المصلحة مهددة:

١. دعوى قطع النزاع.

٢. دعوى وقف الأعمال الجديدة.

٣. دعوى المطالبة بالحقوق المستقبلية.

(ب) الاستيثاق لحق يخشى زوال دليله:

١ - دعوى إثبات الحالة ودعوى سماع شاهد.

٢ - دعوى تحقيق الخطوط الأصلية ودعوى التزوير
الأصلية.

المبحث الثالث: كون المصلحة لا بد أن تكون قائمة في الدعوى وليست محتملة.

المطلب الأول: معنى شرط أن تكون المصلحة قائمة وليست محتملة في الدعوى.

لا تقبل أي دعوى أو أي دفع أو أي طلب مقدم لدى المحكمة، ما لم تكن لصاحبه فيه مصلحة قائمة قانونية، مع أن هناك دعاوى مستثناة. تكون فيها المصلحة محتملة، وهذا الاستثناء يكون في مثل الدعاوى التي يكون الطلب فيها الاحتياط لدفع ضرر محقق، أو الاستيثاق لحق يخشى زوال دليله، فالدعوى التي ترفع ينظر إليها من فائدة الغاية في رفعها، كما أنه ينظر إليها من الأسباب الباعثة لها، فإذا اعتدي على الحق في الدعوى فإن هذه الدعوى تعدّ بحاجة إلى الحماية القانونية للحق المعتدى عليه أو المهدد بالاعتداء عليه؛ لأن المنفعة التي يحصل عليها المدعي من تحقيق هذه الحماية تكون مفيدة له ومفيدة لحماية حقه. (١)

والمدعى به لا بد أن يكون ثابتاً أو محتمل الثبوت، بحيث يكون متصوراً عقلاً و عرفاً وعادةً. فلو كان المدعى به مستحيلاً ثبوته عقلاً وعادةً فإنه يمنع سماع الدعوى، ولو لم يكن كذلك فإنه لا يمنع سماع الدعوى،^(٢) والمجال الحيوي لكون المصلحة محتملة القضاء الإداري، وطعون الموظفين التي يقدمونها، إذ يقبل القضاء الإداري الطعون ضد القرارات التي من شأنها خلق منافسة في المستقبل مع الموظف، وتفسير ذلك يعود بأن الموظف الذي صدر في حقه قرار إداري دون أن يطعن فيه في الحال، فإن هذه القرارات تكون نهائية في حقه. وعلى هذا يؤسس قبول الطعن فإن المصلحة المحتملة التي تؤدي إلى قبول دعوى الإلغاء تطبيق لقبول الطعن في القرارات التي تنشأ حالة واقعية ضارة، أو مركزاً فعلياً غير ملائم للطاعن أيضاً، فدرجة احتمال قبول الدعوى تختلف

(١) الدناصوري، عز الدين وحامد عكاز، التعليق على قانون المدافعات، ط١، ام، مطبعة منشأة المعارف، الاسكندرية، ص ٣٧.

(٢) حيدر، درر الحكام، ١٧٩/٤. لو كان مما يستحيل ثبوته عقلاً (كدعوى شخص صغير السن على آخر كبير لا يولد مثله مثل أنه ابنه، أو دعوى شخص على آخر معروف النسب من أبيه أنه ابنه أو كان مما يستحيل ثبوته عادة كدعوى رجل معروف بالفقر على آخر أن له عنده أموالاً عظيمة لنفسه أقرضه إياها دفعة واحدة لم تسمع الدعوى ولم تصح في صورتين وذلك لتيقن كذب المدعى به في المستحيل الفعلي، وظهوره في المستحيل العادي ويشترط في ثبوت نسب الولد المقر أو المقر له كونه مجهول النسب فلو كان معروف النسب لا يثبت نسبه وذلك لتيقن كذب المدعى به في المستحيل العادي)، أنظر قراعة، علي، ملخص كتاب الأصول القضائية في المرافعات الشرعية، ط١، ام، مكتبة مصر، القاهرة، ص ٢٧. وانظر الأبياني، محمد زيد، شرح الأحكام الشرعية في الأحوال الشخصية، ط١، ٣، مكتبة النهضة، بيروت، ٣٢/٢.

حسب ارتباط الطاعن بالإدارة أو عدمه. ففي الحالة الأولى يجب أن يكون كل من الطرفين عارفاً بحقوقه والتزاماته، مما يجعل القاضي متشدداً في تقدير النتائج الضارة المحتملة، بعكس الحالة الثانية، إذ إنه لا يوجد فيها قواعد محددة لواجبات الفرد والإدارة وحقوقها مما يثير ذلك عدة فروض قد تقع وقد لا تقع حول الآثار المحتملة. (١)

أما الدعاوى المستثناة مثل دعوى الاستيثاق لحق يخشى زواله، أو الاحتياط لدفع ضرر محقق؛ فالأصل عدم قبولها. إلا أن القضاء ذهب إلى قبول مثل هذه الدعاوى، عندما تكون المصلحة فيها محتملة وليست قائمة، وقد حاول القانون تسوية هذه الاستثناءات، إذ قرر بعض الشراح أن ذلك لا يعد خروجاً عن القاعدة، إذ إن لصاحب الحق المهدد حقاً في رفع الدعوى ومصلحة في رفعها، وأن هذه المصلحة مؤكدة قائمة، وحالة طالما أن الخطر محقق وأن العدوان وشيك الوقوع، ثم إن هناك بعض التشريعات قد خطت إلى الأمام، فرأت جواز رفع مثل هذه الدعاوى في الحالتين اللتين ذكرتهما، أما الفقه: فقد ذهب إلى أن المصلحة لا بد أن تكون حالة وقائمة ومؤكدة. حتى يجوز رفع الدعوى لأجلها؛ ولذا لا تقبل مثلاً دعوى المطالبة بحق معلق على شرط واقف، أما المصلحة الحالة فيراد بها ألا تكون مستقبلية، وتعدّ المصلحة مستقبلية إذا رفعت قبل الأوان، مثل دعوى الدين المؤجل التي ترفع قبل حلول الأجل. (٢)

المطلب الثاني: الاستثناء من هذه القاعدة.

جرى الفقه والقانون على استثناء بعض الدعاوى، إذا كانت المصلحة محتملة رغم أن الأصل عدم قبولها، وهذا الاستثناء قرّره المادة الثالثة من قانون المرافعات المصري بقولها، ومع ذلك تكفي المصلحة المحتملة إذا كان الغرض من الطلب الاحتياط لدفع ضرر محقق، أو الاستيثاق لحق يخشى زوال دليله عند النزاع فيه.

وعلى ذلك يمكن تقسيم الدعاوى التي تكون فيها المصلحة محتملة إلى طائفتين:

- (١) مخلص، نظرية المصلحة في دعوى الألغاء، ص ١٢٥.
- (٢) جميعي، مبادئ المدافعات، ص ٣٢٢. كامل، شروط قبول الدعوى في المواد المدنية والتجارية علماً وعملاً، ص ٢٩.

أ. طائفة يكون الغرض منها الاحتياط لدفع ضرر محقق، وهي الحالة التي تكون فيها المصلحة مهددة فقط، وهي:

١. دعوى قطع النزاع.

٢. دعوى وقف الأعمال الجديدة.

٣. دعوى المطالبة بالحقوق المستقبلية.

ب. الاستيثاق لحق يخشى زوال دليله: وهي الحالة التي يبتغي فيها صاحب الحق من تأكيد واقعة خشية زوال الدليل، وهي:

١. دعوى إثبات الحالة ودعوى سماع شاهد.

٢. دعوى تحقيق الخطوط الأصلية ودعوى التزوير الأصلية: (١)

وهذه الدعاوى من الدعاوى المستعجلة التي تهدف إلى الحصول على حماية وقتية للحق. (٢) وسأتي إلى تفصيل ذلك وبيان رأي الفقهاء والقانونيين في هذه الدعاوى، كون المصلحة محتملة فيها ومستقبلية. إذ إن هذه الدعاوى مستثناة من قاعدة كون المصلحة في الدعوى يجب أن تكون قائمة وغير محتملة وغير مستقبلية.

أولاً: الدعاوى التي يقصد منها الاحتياط لدفع ضرر محقق:

(١) دعوى قطع النزاع:

وصورتها: أن يزعم شخص أن له حقاً قبلاً آخر خارج مجلس القضاء، فيرفع الأخير دعوى على الأول يطالبه بإثبات ما يدعيه، وإلا حكم بعدم أحقيته فيما يزعمه للكف عن هذه المزاعم. ويحوز هذا الحكم حجية الشيء المقضي به، فيحرمه في المستقبل المطالبة بهذا الحق، مثل أن يزعم شخص أنه دائن لآخر، ويثير تلك المزاعم على نحو جدي، يؤثر على مركز ذلك الشخص الآخر

(١) كامل، شروط قبول الدعوى في المواد المدنية والتجارية علماً وعملاً، ص ٣٢. ياسين، نظرية الدعوى، ص

٣٢٢. جمعي، مبادئ المدافعات، ص ٣٢٤. أنطاكي، أصول المحاكمات، ص ١٦٠.

(٢) حسن، علي عوض، الدفع بعدم القبول في المواد المدنية والجنائية، ط ١، ام، دار المطبوعات الجامعية، الاسكندرية، ص ٤٤.

ويعيبه، فيرفع الشخص المقول بأنه مدين، دعوى يطلب فيها ممن يزعم أنه دائن له أن يثبت المديونية، وإلا فإن رافع الدعوى يعدُّ بريئاً من الدين. (١)

وفقهاء الشريعة يرون أن مثل هذه الدعوى لا تقبل؛ لأنها تنطوي على طلب إنسان غيره عند القاضي، دون أن يعارضه أو ينازعه في شيء، وفي هذه الدعوى يقول المدعي للقاضي: بلغني أن فلاناً يريد منازعتي ومخاصمتي، وأريد قطع النزاع بيني وبينه فأطلب من القاضي إحضاره؛ حتى إذا كان له حق فليبينه أمامك بالحجة، وإلا فليعترف بأنني بريء من كل حق يدعيه، فهذا القول لا يسمع منه؛ لأن المدعي لا يجبر على الخصومة، وتأصيل المسألة على هذا النحو يدل على رسوخ قدم فقهاء الشريعة، ونفاذ بصيرتهم؛ لأن الدعوى حق لصاحبها، فلا يجوز إجباره على استعمالها، كونه قد يرى أن الوقت غير مناسب لذلك. (٢)

فعند الحنفية لا تسمع دعوى قطع النزاع هذه؛ إذا أريد بالحق في الدعوى الأمر الوجودي، أما إذا أريد بذلك ما يعم الحق الوجودي والعدمي فلا يحتج بذلك، فالحق يجب أن يكون موجوداً عندهم حتى تصح الدعوى وليس محتملاً، ثم إن المدعي لا يجبر على الدعوى عندهم، وفي مثل هذه الدعوى يجبر المدعي على الدعوى فلا تجوز. (٣)

وأما المالكية فقد أجازوا هذه الدعوى، واحتجوا بأن المقصود من القضاء قطع النزاع، سواء أكان النزاع محتملاً أو كان النزاع واقعاً، وفي مثل هذه الدعوى يكون النزاع محتملاً، فهي جائزة عندهم؛ حيث إن التنبيه على ذلك من شأن الحكام، لما فيه من قطع النزاع وتقليل الخصام. ثم إن القضاء عندهم يتعلق بالمباح، كمن أحيا أرضاً ثم تركها، فإن القاضي يحكم باجتهاده قطعاً للنزاع بين الناس. (٤)

أما الشافعية والحنابلة فإنهم لم يجيزوا هذا النوع من الدعاوى أيضاً؛ وذلك لأن القضاء عندهم وجد لقطع نزاع حاصل الآن، لا نزاع محتمل، فلا يجوز عندهم بيع الثمار التي لم تنتج حتى يبدو صلاحها، حيث إنهم لا يجيزون ذلك للبائع ولا المشتري، أما البائع حتى لا يأكل مال أخيه بالباطل،

(١) كامل، شروط قبول الدعوى في المواد المدنية والتجارية، ص ٣٠. جميعي، مبادئ المدافعات في قانون المرافعات الجديد، ص ٣٣٤.

(٢) ابن نجيم، البحر الرائق، ١٩٥/٧. الهيتمي، الفتاوى الفقهية الكبرى، ٣٨٦/٤.

(٣) ابن عابدين، رد المحتار على الدر المختار، ٥٤١/٥. ابن نجيم، البحر الرائق، ١٩٥/٧.

(٤) الخرشبي، محمد بن عبدالله، (ت ١١٠١هـ)، شرح مختصر خليل، ط ١، ٨م، وهو شرح لمختصر أبي الضياء سيدي خليل، دار الفكر، بيروت، ١٣٨/٧.

وأما المشتري حتى لا يضيع ماله ويساعد البائع على الباطل، وقطعا للنزاع والتخاصم؛ فإنهم لا يجيزون بيع الثمار إلا بعد ظهور صلاحها، مع أنهم يجيزون الصلح على النزاع قبل حصوله.

فإن لم يكن هناك نزاع فلا يجوز إثارة دعوى إلا عند وقوعها؛ حتى تكون المصلحة قائمة، فإن لم يثر نزاع فإن المصلحة تبقى محتملة. (١)

وقد أثار فقهاء القانون جدلاً حول قبول هذه الدعوى، فبعضهم أجازها، وبعضهم لم يجزها. فالقائلون بجوازها يحتجون بأنه يكفي المصلحة المحتملة إذا كان الغرض من الطلب الاحتياط لدفع ضرر محقق؛ أي أن تكون هناك مزاعم جدية، وأن يكون لها أثر ضار يعتد به؛ أي ألا تكون مجرد تخرّصات فارغة لا نتيجة لها. (٢)

وأما غير المجيزين فاحتجوا بأن المصلحة يجب أن تكون حالة. ذلك أن المصلحة التي تبرر الدعوى باعتبارها الحاجة إلى الحماية القضائية، لا تتصور إلا مصلحة حالة، فإذا كانت هذه الحاجة محتملة لم توجد بعد، فليس هناك ما يبرر وجود الدعوى، وإن أردنا الدقة في التعبير فإنه يمكن القول: إن المصلحة في الدعوى - وهي مضمون الحق في الدعوى - شأنها شأن أي حق قائم - لا بد من وجودها؛ أي أن تكون حالة. فالأصل أنه يجب لنشأة الحق في الدعوى أن يحدث اعتداء على الحق، أو المركز القانوني، ثم إن الدعوى حق لصاحبها، فلا يجوز إجباره على استخدامها، فإذا كانت هذه الحاجة محتملة فلا مبرر لرفع الدعوى. (٣)

وعند دراسة هذه الدعوى، يجب أن نفرق بين أمرين: الأول: أن يسلك المدعى عليه مسلكاً تهديدياً، فإن هذه الدعوى تكون جائزة؛ لأن المصلحة للمدعي في هذه الدعوى قائمة، وليست محتملة. الثاني: أما إذا كان إدعاء المدعي قائماً على مجرد تخرّصات محتملة، وليس فيها أي نوع من أنواع التهديد، فإن المصلحة تصبح محتملة، ومجرد تكهنات لا يجوز الأخذ بها.

(١) الهيتمي، الفتاوى الكبرى الفقهية الكبرى، ٣٨٦/٤. ابن حجر، أحمد بن علي العسقلاني، (ت ٨٥٢هـ)، فتح

الباري شرح صحيح البخاري، ط ١، ١٤م، (تحقيق محمد فؤاد عبد الباقي مع محب الدين الخطيب)، دار المعرفة، بيروت، ٣٩٦/٤. ابن قدامة، المغني، ٣٩٦/٤.

(٢) حسن، الدفع بعدم القبول في المواد المدنية والجنائية، ص ٤٤.

(٣) والي، قانون القضاء المدني اللبناني، ص ١٨٣.

(٢) دعوى وقف الأعمال الجديدة:

لقد نظر الفقه الإسلامي إلى ذلك نظرة وقائية، فهناك مبدأ (سد الذرائع)، ومعناه: منع التصرفات المشروعة التي يتوصل بها إلى مفساد ومحظورات، أو هي منع المباح المشروع في الأصل إذا أدى إلى مفسدة أو أضرار زائدة أو راجحة مادية أو معنوية. وقاعدة الذرائع هذه تعني: أن كل تصرف مشروع في الأصل يصبح غير مشروع إذا أفضى إلى مآل ممنوع. والمآل هو ثمرة الفعل أو نتيجته بسبب الظروف الملازمة له، ولو لم يكن هذا المآل مقصوداً أو المآل الممنوع في الشرع، هو الضرر الزائد أو المفساد الراجحة. ومبدأ سد الذرائع هو حسم مادة وسائل الفساد، قبل اتخاذها أو وقوعها. فمتى كان الفعل في الأصل مشروعاً وسالماً في ذاته عن المفسدة، يمنع إذا اتخذ وسيلة من شأنها أن توصل إلى المفسدة الراجحة. ومن المقرر أصولياً أن الذريعة تأخذ حكم ما سنتقضي إليه، أو ما افضت أو وصلت إليه فعلاً. أو من شأنه أن توصل إليه غالباً ولو لم يتوفر القصد السيء فالمعيار مادي. (١)

وقد روي عن عمرو بن يحيى المازني عن أبيه أنه قال: "كان في حائط جده ربيع (٢) لعبد الرحمن بن عوف، فأراد عبدالرحمن بن عوف أن يحوله إلى ناحية من الحائط هي أقرب إلى أرضه فمنعه صاحب الحائط فكلم عبدالرحمن بن عوف عمر بن الخطاب في ذلك ففضى لعبد الرحمن بن عوف بتحويله". (٣)

فقضاء سيدنا عمر بن الخطاب -رضي الله عنه- كان مبنياً على المصلحة الراجحة، المستندة إلى وقف الأعمال الجديدة أو عدم وقف، مثل هذه الأعمال تبعاً للمصلحة في ذلك، فمصلحة عبدالرحمن بن عوف -رضي الله عنه- أن يحول جدول الماء ليكون أقرب إلى أرضه ليسقيها ففضى له سيدنا عمر -رضي الله عنه- بتحويله بناء على المصلحة الراجحة له، والتي لا تضره.

(١) الشاطبي، الموافقات، ١٤١/٢.

(٢) ربيع أي جدول وهو النهر الصغير أرضه: أي أرض عبدالرحمن ليكون أسهل في سقيها من البعيد أنظر، الأصبحي، مالك بن أنس بن مالك، (ت ١٧٩هـ)، الموطأ، ط١، ١م، (تحقيق محمود بن الجميل)، مكتبة الصفا، القاهرة، ص ٤٣٥.

(٣) المصدر السابق، باب القضاء في المرفق، تفرد في روايته الإمام مالك رحمه الله، حديث صحيح، رواه ثقات ولقي بعضهم الآخر، ص ٤٣٥.

ومن حاز عقاراً واستمر حائزاً له سنة كاملة، وخشي لأسباب معقولة التعرض له من جراء الأعمال الجديدة التي تهدد حيازته، كان له أن يرفع الأمر إلى القاضي، طالباً وقف هذه الأعمال، بشرط ألا تكون قد تمت. وللقاضي أن يمنع استمرار الأعمال، أو أن يأذن في استمرارها. وفي كلتا الحالتين يجوز للقاضي أن يأمر بتقديم كفالة مناسبة، تكون في حالة الحكم بوقف الأعمال؛ ضماناً لإصلاح الضرر الناشيء عن هذا الوقف، متى تبين بحكم نهائي أن الاعتراض على استمرارها كان على غير أساس، وتكون في حالة الحكم باستمرار الأعمال ضماناً لإزالة هذه الأعمال كلها، أو بعضها إصلاحاً للضرر الذي يصيب الحائز، إذا حصل على حكم نهائي لمصلحته، والمدعي في هذه الدعوى هو المدعي في دعوى منع التعرض نفسه، فهو الحائز للعقار. ويجب أن يثبت أن حيازته خالية من العيوب، أي حيازة مستمرة علنية هادئة غير غامضة، ويجب أن يثبت كذلك أن حيازته أصلية لا حيازة عرضية. والمدعى عليه في دعوى وقف الأعمال الجديدة: هو الشخص الذي يبدأ أعمالاً لم تصل بعد إلى أن تكون تعرضاً، وقع فعلاً على حيازة المدعي، ولكن هناك من الأسباب المعقولة ما يدعو إلى الاعتقاد بأن هذه الأعمال لو تمت لكانت تعرضاً كاملاً لحيازة المدعي. ففي حين أن دعوى منع التعرض تحمي الحيازة من تعرض حال وقع فعلاً. وبدعوى وقف الأعمال الجديدة تحمي الحيازة من تعرض مستقبل على خطر الوقوع، مثل ذلك: أن يبدأ شخص ببناء حائط في حدود أرضه أو إقامة بناء،^(١) فإذا باشر المدعى عليه الاعتداء على مصلحة المدعي، يحق لهذا الأخير أن يرفع الدعوى، وإن لم يكن قد حصل له أي ضرر مادي، كما هو الحال مثلاً إذا حصل اعتداء على الحيازة، فيحق لصاحب الحيازة أن يرفع الدعوى بمنع التعرض؛ للدفاع عن حيازته فهذه الدعوى شرعت لحماية الحيازة، مما ينتظر وقوعه عليها من أفعال التعدي، فلا يقصد منها والحالة هذه منع تعرض حاصل وإنما درء حصوله في المستقبل.^(٢)

(٣) دعوى المطالبة بالحقوق المستقبلية:

الحقوق المستقبلية مثل الدين المؤجل، فإذا كان الدين مؤجلاً فإنه لا يجوز المطالبة به إلى أن يحين أجله؛ لأنه لم يقع اعتداء على الحق بعد، إلا أن القانون أجاز المطالبة، بمثل هذه الحقوق استثناءً في العقود المستمرة، في حالة طلب أقساط حالة للدين وأخرى مؤجله، إذا ثبت تقصير الشخص المدين في الوفاء بما حل من أقساط، مما يرجع في المستقبل كحالة المستأجر الذي يمنع

(١) السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، ٩٤٥/٩.

(٢) أنطاكي، أصول المحاكمات، ص ٤٧٩.

سداد الأجرة فيقبل القضاء دعوى المطالبة بسداد الأجرة المتأخرة وما استجد منها. وأساس هذا هو امتناع المستأجر المدعى عليه في مثل هذه الدعوى أو تأخيره في سداد الأجرة المستحقة عليه، يرجع تأخره في سداد الأجرة المستقبلية، وهي الدين المؤجل المستحق عليه، وهذا يجعل للمدعي مصلحة في إلزام المدين بسداد الدين المؤجل المستحق عليه. (١)

ولا بد أن يكون للدائن حق يطالب فيه الشخص المدين المدعى عليه في مثل هذه الدعوى، حتى يكون به وجه التظلم للطعن في مثل هذا التصرف، فإن كان حقه تالياً لهذا التصرف الذي قام به المدين فإنه يكون قد اطمأن إلى وجود هذا الحق الذي انصب عليه التصرف في ذمة المدين، فلا يجوز له الطعن فيه، وعلى التصرف المطعون فيه؛ ومعنى ذلك أنه لا بد من تكليف الدائن بإثبات تاريخ حقه، فإن كان حقه قد ثبت بموجب ورقة رسمية، فإن تاريخه يعتبر من تاريخ إثبات هذه الورقة في السجلات العامة من الموظف المختص، أما إذا كان حقه قد ثبت بموجب ورقة عرفية، فإن تاريخه يثبت من يوم أن يصدق عليه كاتب العدل، أو من يوم أن يثبت مضمونه في ورقة أخرى ثابتة التاريخ، أو من يوم أن يقوم بالتأشير عليه حاكم أو قاض أو موظف من اختصاصه ذلك. وهناك بعض القانونيين ألقى الدائن من هذه القيود، على أنه يسمح له بإثبات أسبقية دينه بوسائل الإثبات جميعها. (٢)

رأي الفقهاء في الدعوى بالدين المؤجل:

إذا كان الشخص دائناً ديناً مؤجلاً، فهل يجوز له المطالبة به قبل حلول أجله؟ هناك رأيان للفقهاء، في هذه المسألة:

(١) الرأي الأول:

ذهب الحنفية والمالكية والشافعية والحنابلة إلى أنه لا يجوز المطالبة بالدين المؤجل قبل حلول أجله؛ لأن الدين لم يحل أجله حيث لا يلزم ذلك المدين أدائه قبل حلول أجله، وهذا هو الأصل عند الفقهاء المسلمين. (٣)

(١) كامل، شروط قبول الدعوى في المواد المدنية والتجارية، ص ٣٣.
 (٢) الدنون، حسن علي، شرح القانون المدني العراقي، أحكام الالتزام، ط ١، ام، مطبعة المعارف، بغداد، ص ١٠٥.
 (٣) الزيلعي، تبين الحقائق شرح كنز الرقائق، ٤/١٦٧. ابن نجيم، البحر الرائق، ٥/٢٣٣. القرافي، الفروق، ٢/٢٠٢. النووي، أبو زكريا يحيى بن شرف (ت ٦٧٦هـ)، المجموع شرح المهذب، ط ١، ام، وهو شرح

(٢) الرأي الثاني:

وذهب الحنفية والمالكية والشافعية والحنابلة في قول لهم: إلى جواز رفع مثل هذه الدعوى، إذا أراد الدائن (وهو المدعي في مثل هذا النوع من الدعاوى) الاستيثاق لحفظ حقه المستقبلي، وإذا أراد تسجيل هذا الدين في القضاء من أجل حفظه، حيث إن الدائن يبقى دينه مؤجلاً، ولا يستحق قضاؤه إلا عند حلول أجله، فإذا كان حالاً التزم به في الحال، وإذا كان الدين مؤجلاً فلا يستحق قضاؤه، وإنما أجاز الفقهاء هذه الدعوى؛ لوجود مصلحة مستقبلية للمدعي خوفاً على هذه الحقوق من الضياع، ومن أجل الاستيثاق من هذا الدين المؤجل وتسجيله.^(١) وعند النظر إلى هذا النوع من أنواع الدعاوى، يترجح القول بجوازها إذا أراد المدعي الاستيثاق من حقه وتسجيله، فالمصلحة الموجودة الحالة في رفع هذه الدعوى: هي الاستيثاق لحفظ حق مستقبلي، وهو الدين المؤجل.

ثانياً: الحالة التي يراد منها الاستيثاق لحق يخشى زوال دليله والحالة التي يبتغي فيها صاحب الحق من تأكيد واقعة خشية زوال الدليل.

(١) دعوى إثبات الحالة ودعوى سماع شاهد:

إن الثابت في الفقه الإسلامي بالبينة كالثابت بإقرار الخصم، فمتى ثبتت الواقعة بالبينة فإنها تحفظ إلى أن يقوم النزاع، فمتى قام النزاع كانت البينة المحفوظة، هي المثبتة للواقعة المتنازع عليها والتي يبرزها الخصم المدعي، ليثبت الحق الموضوعي له، حيث إن البينة تقام وتحفظ للحاجة إليها وللضرورة. إذ إن البينة حجة متعدية في الفقه الإسلامي، إذ إنها تظهر في حق الناس كافة، ما لهم من حقوق وما عليهم من حقوق.^(٢)

وأجاز القانون دعوى شخص لإثبات واقعة، أو سماع شهادة شاهد بحيث يكون هذا الشخص صاحب الشأن، يخشى فوات فرصة سماع أقوال ذلك الشاهد، أو أولئك الشهود لأي سبب من

لكتاب المهذب لأبي اسحاق الشيرازي، (ت ٤٧٦هـ)، المطبعة المنبرية، دمشق، ١٠/١١٠. المقدسي، الفروع، ٥٧٢/٢. ابن القيم، إعلام الموقعين عن رب العالمين، ٣/٢٨٤. ابن قدامة، المغني، ٣/٢٨٤.
 (١) الزيلعي، تبين الحقائق شرح كنز الدقائق، ٤/١٦٣. الباجي، أبو الوليد سليمان بن خلف، (ت ٤٧٤هـ)، المنتقى شرح الموطأ، ط ١، م ٧، وهو شرح لموطأ الإمام مالك، (ت ١٧٩هـ)، دار الكتاب الإسلامي، بيروت، ٧/٩٠. ابن قدامة، المغني، ٤/٣٥٠. ابن القيم، إعلام الموقعين، ٤/٢٥.
 (٢) ابن عابدين، رد المحتار على الدر المختار، ٥/١٩٧. السرخسي، المبسوط، ١٥/١٠١. الأنصاري، زكريا بن محمد بن زكريا، (ت ٩٢٦هـ)، أسنى المطالب شرح روض الطالب، ط ١، م ٤، وهو شرح لكتاب روض الطالب للشيخ شرف الدين اسماعيل بن المقري، دار الكتاب الإسلامي، بيروت، ٤/٣٢٣.

الأسباب. مثل مرض الشاهد أو أصابته بما يخشى معه وفاته، أو سفره إلى بلد بعيد لا يرجى حضوره قريباً، فيطلب المدعي في تلك الدعوى سماع شهادة ذلك الشاهد، ويجري سماع شهادة ذلك الشاهد على الواقعة بعد تحليف الشاهد اليمين الشرعية، حسب الأصول القانونية، إذ إن حفظ هذه الأقوال يحفظ إلى أن يقوم النزاع الموضوعي، في موضوع الدعوى التي يخشى فقدان الدليل عليها.^(١)

وقضائياً يجبر الخصم أو من تحت يده الدليل على تقديم أي محرر منتج في الدعوى مثل دفاتر التجار؛ يجوز الإطلاع عليها ويجبر الخصم على إحضارها؛ لإثبات واقعة معينة، ثم إذا كان المحرر مشتركاً كما في الشركات، فإنه يجبر الخصم على إحضار المحرر الذي هو لمصلحة الخصمين، إذا كان مثبتاً لالتزامات أو حقوق متبادلة، وعلى الخصم إلزام خصمه بتقديم ذلك المستند أو المحرر، ويطلب ذلك من القضاء، فإذا طلبه ألزم الخصم بإحضاره.^(٢)

وهذه الدعوى من الدعاوى التي تكون فيها المصلحة محتملة، إلا أنه أريد منها التأكيد والاستيثاق، لحق يخشى زوال دليله، ولذلك أجاز القانون مثل هذا النوع من الدعاوى.

(٢) دعوى تحقيق الخطوط الأصلية ودعوى التزوير الأصلية:

وهي من الدعاوى التي يقصد منها الاستيثاق لحق يخشى زوال دليله، فهي تستند إلى مدى اعتراف الخصم بصحة صدور الورقة العرفية، فإذا ما أنكر الإمضاء المنسوب إليه، وأن الإمضاء الموجود عليها ليس إمضاءه، وأن الخط ليس خطه فقد زالت قوة هذه الورقة العرفية في الإثبات، إلى أن يثبت المتمسك بها صحة الإمضاء الموجود على هذه الورقة العرفية، بحيث يكون إنكار هذه الورقة العرفية، وإنكار الإمضاء الموجود عليها سواء كان الختم أو الإمضاء أو البصمة أو إنكارهما معا بحسب الأحوال. وهذا مدار هذه الدعوى، حيث أجاز القانون للمتمسك بالحق في هذه الورقة أن يختصم إلى القضاء؛ ليثبت أن الإمضاء الموجود على هذه الورقة هو إمضاء الخصم، فيسأل الخصم عنها، فإن أقر بأنها بإمضائه أو بختمه أو ببصمة أصبعه، فيكون الخصم قد أثبت قوة هذه الورقة، وأن له - على سبيل المثال - حقاً مستحق الأداء، وإذا أنكر الخصم هذا الإمضاء أو الختم، فإن هذه الورقة تثبت أمام القضاء بالمضاهاة والاستكتاب، فدعوى تحقيق الحقوق الأصلية هي من قبيل

(١) جمعي، مبادئ المدافعات، ص ٣٢٤.

(٢) زكي، محمود جمال الدين، المبادئ العامة في نظرية الإثبات في القانون الخاص المصري، ط ١، ام، مطبعة جامعة القاهرة، القاهرة، ص ٨٤.

الدعوى التي ترفع بقصد إثبات أدلة معينة، يستند إليها لإثبات حق ترفع بشأنه دعوى في المستقبل، والحكمة من هذه الدعوى التي أجاز القانون رفعها أمام القضاء هو الاحتياط من زوال الأدلة التي يمكن أن يستند إليها المتمسك بهذه الورقة؛ لإثبات صحتها إذا ما نوزع في صحتها عند المطالبة بالحق الثابت فيها، كما إذا خشي إن هو انتظر حصول المنازعة في الحق، أو حلول أجل المطالبة به، أن يتوفى من حضروا التوقيع على الورقة، أو يتوفى المدين نفسه، فلا يمكن استنكابه لإجراء المضاهاة على هذا السند.^(١) مع أن قانون أصول المحاكمات الشرعية الأردني، قد أجاز الأوراق التي يمكن إجراء المضاهاة عليها والاستنكاب حتى بعد وفاة الشخص صاحب الإمضاء، فمثلاً قد عدّ من هذه الأوراق التي وقعها الخصم أمام إحدى المحاكم أو كاتب العدل، والتي يمكن الرجوع إليها بعد وفاته، وإجراء المضاهاة عليها.^(٢)

ويعد الحق موضوع هذا السند متنازعا فيه، إذا رفعت بالحق المسجل في هذا السند دعوى تحقيق الخطوط، عندما يثير صاحب المستند دعواه تحقيق الخطوط، فكأنه أثار حقه مصلحته الموجودة في هذا السند، هل له حق يطالب فيه في المستقبل أم لا؟^(٣)

أما دعوى التزوير الأصلية: فهي من الدعاوى التي يكون مدارها الورقة العرفية المزورة، أو الوثيقة الصادرة من جهة رسمية، والتي جرى عليها التزوير، فيجري التحقيق عند رفع ذلك إلى القضاء، وسؤال الخصم عن ذلك حيث أجاز القانون لمن يخشى الاحتجاج عليه بهذه الورقة المزورة، أن يختصم من بيده هذه الورقة، ومن يستفيد منها لسماع الحكم بتزويرها، ويكون ذلك بدعوى أصلية ترفع بالأوضاع المعتادة،^(٤) فإذا كان موضوع دعوى التزوير هو الورقة العرفية، فإنه يجري عليها المضاهاة^(٥)، أما إذا كان موضوع هذه الدعوى هو مستند رسمي صادر عن دائرة رسمية، قد جرى عليه التزوير. ففي هذه الحالة يحال أمر التحقيق في دعوى التزوير، إلى المراجع المختصة بذلك.^(٦) فالمستندات العرفية لا يطعن فيها إلا بالإنكار والتزوير. وأما المستندات الرسمية الصادرة عن الدوائر الرسمية، فيطعن فيها فقط بالتزوير. فالأولى تجري عليها المضاهاة، أما الثانية

(١) أبو الوفاء، المرافعات المدنية والتجارية، ص ٧٤١.

(٢) المادة (٨٠) من قانون أصول المحاكمات الشرعية الأردني، رقم (٣١)، لسنة ١٩٥٩م.

(٣) بيان، سليمان، القضاء المدني العراقي، ط١، ١٢م، شركة الطبع والنشر الأهلية، بغداد، ٨٧/٢.

(٤) مكتب وزير الدولة للشؤون القانونية والإدارية الكويتي، قانون المرافعات المدنية والتجارية والقوانين المكمله له، ط١، ١م، لجان تطوير التشريعات في رئاسة الوزراء الكويتية، الكويت، ص ٣٩٥.

(٥) المادة (٧٨) من قانون أصول المحاكمات الشرعية الأردني رقم (٣١) لسنة ١٩٥٩م.

(٦) المادة (٧٦) من قانون أصول المحاكمات الشرعية الأردني رقم (٣١) لسنة ١٩٥٩م.

فتحال إلى الجهات المختصة ليجري مطابقتها بالأصل الموجود في السجلات الرسمية المحفوظة في الدوائر الرسمية؛ لمعرفة فيما إذا كانت مزورة أم لا؟^(١)

فهذه الدعاوى من الدعاوى التي يقصد منها الاستيثاق لحق يخشى زوال دليله، وهي تريد إثبات واقعة خشية زوال الدليل عليها، رغم أن المصلحة في مثل هذا النوع من الدعاوى محتملة، فإذا ما رأت المحكمة أن طعن المدعي في هذا المستند منتج وجائز، أمرت بالتحقيق بإجراء المضاهاة على المستند العرفي، وإجراء التحقيق في المستند الرسمي الصادر من جهة رسمية حكومية؛ بحيث يشتمل أمر التحقيق على ندب أحد القضاة لإجراء التحقيق في ذلك، ويحصل تحقيق هذا المستند بإجراءات تحقيق الخطوط، أي شهادة الشهود أو بالمضاهاة أو المطابقة، حسب مقتضى الحال وحسب ما تراه المحكمة مناسباً للتحقيق في ذلك.^(٢)

(١) المادتان (٧٦ و ٧٧) من قانون أصول المحاكمات الشرعية الأردني رقم (٣١) لسنة ١٩٥٩م.
(٢) أبو الوفا، المرافعات المدنية والتجارية، ص ٧٤٥.

المبحث الرابع: كون المصلحة لا بد أن تكون شخصية ومباشرة في الدعوى.

المطلب الأول: معنى شرط أن تكون المصلحة شخصية ومباشرة في الدعوى.

المطلب الثاني: بعض حالات الدعاوى ذات المصلحة المباشرة:

٦. المؤجر مع المستأجر.

٧. دعوى المسؤولية.

٨. الموكل مع نائب الوكيل.

٩. المقاول والعمال مع رب العمل.

١٠. المتضرر من شركة التأمين.

المطلب الثالث: الدعوى غير المباشرة:

٤. الدعوى التي يرفعها الدائن على مدين المدين.

٥. دعاوى النقابات والجمعيات.

٦. دعاوى النيابة العامة.

المطلب الرابع: تطبيقات عملية بشرط المصلحة في الدعوى.

المبحث الرابع: كون المصلحة لا بد أن تكون شخصية ومباشرة في الدعوى.

المطلب الأول: معنى شرط أن تكون المصلحة شخصية ومباشرة في الدعوى.

يجب لمن يباشر الدعوى أن يكون له مصلحة لازمة مباشرة شخصية؛ لمباشرة هذه الدعوى، بحيث تكون له هذه المصلحة المباشرة مركزاً قانونياً، يخوله رفع هذه الدعوى. (١)

وقد قالوا: إن المنفعة الشخصية هي معيار الدعوى، إذ إنه لا تقبل الدعوى ممن ليس له فيها منفعة مباشرة شخصية، فمثلاً في دعوى الضرر لا تقبل إذا لم يكن هناك ضرراً فعلياً تحمله المدعي، ولا تسمع دعوى استرداد المغصوب إذا لم يكن هناك غصب حقيقي واقع على الشخص المدعي، ولا تسمع دعوى تحرير التركة إذا كان الشخص رافع هذه الدعوى ل علاقته له بهذه الدعوى. فالمصلحة المباشرة هي المصلحة الحقيقية التي تكسب المدعى عليه مركزاً قانونياً يخوله رفع مثل هذه الدعوى، كما أنها تكسب المدعى عليه -مدعى الدفع- مركزاً قانونياً حقيقياً، يخوله أيضاً رفع مثل هذه الدعوى. ولا يكفي أن يكون للمدعي منفعة مادية في الدعوى، بل يجب أن تكون تلك المنفعة حقاً من الحقوق المشروعة الواجبة على الخصم، فمثلاً لا يجبر التاجر على بيع سلعته لكل طالب. (٢)

والمدعي صاحب المصلحة الشخصية المباشرة لا يجبر على الخصومة إذا تركها؛ لأنه يطالب بمصلحة شخصية مباشرة له، والمدعى عليه هو الذي يجبر على هذه الخصومة. فالمدعي هو الطالب لهذه المصلحة. والمدعى عليه هو المقر لهذا الحق. فعندما تتكون هذه المصلحة الشخصية المباشرة، فإن المدعى عليه يسأل عن هذه الدعوى، فإذا أنكر ذلك فإن القاضي يطلب من المدعي إثبات دعواه هذه، فإن أقام المدعي البينة، حكم بها وإن عجز المدعي عن الإثبات طلب يمين خصمه المدعى عليه؛ لأن البينة على من ادعى واليمين على من أنكر.

والفقهاء مجمعون على أن المصلحة لا بد أن تكون شخصية ومباشرة في الدعوى؛ حتى تكون هذه الدعوى مقبولة. فمثلاً في دعوى العقود، أجمعوا أن صاحب المصلحة في هذه الدعوى هو

(١) أنطاكي، أصول المحاكمات، ص ١٥٢. ياسين، نظرية الدعوى، ص ٣٤٠.

(٢) الخوري، أصول المحاكمات، ص ١٣٣.

المباشر للعقد وهو العاقد، ففي دعوى بطلان عقد البيع، المدعي يكون هو البائع؛ لأنه صاحب المصلحة الشخصية المباشرة. أما إذا كان نتيجة هذا العقد قد ألحق الضرر بالمشتري، نتيجة بيعه أعياناً غير مشروع، فإن صاحب الحق في رفع مثل هذه الدعوى هو المشتري؛ لأن مصلحته شخصية ومباشرة في رفع مثل هذه الدعوى.^(١)

على أن هذه المصلحة الشخصية المباشرة في الشريعة الإسلامية، يجب أن لا تعارض المصلحة العامة، فمصلحة الجماعة مقدمة على مصلحة الفرد في الشريعة الإسلامية، فمثلاً أجازت الشريعة الإسلامية التسعير عند الحاجة إليه، ونهت أيضاً عن الاحتكار لما يلحقه بالناس من ظلم، إذ إنه يمنع الناس من الوصول إلى قوتهم، فيقاس على الاحتكار وجامع العلة رفع الأسعار دون سبب، لأن ذلك يكون فوق طاقة الناس، مما يلحق الضرر بهم. وكل ذلك يرجع إلى تعارض المصلحة الخاصة مع المصلحة العامة؛ إذ إن ذلك فوق طاقة الناس وفوق قدرتهم، فعند التعارض بين المصلحتين في الشريعة الإسلامية تقدّم المصلحة العامة على المصلحة الخاصة.^(٢)

ثم إن الشريعة الإسلامية تمنع أن يتعسف الإنسان المسلم بمصلحته الشخصية المباشرة، بحيث يؤدي استعمال هذه المصلحة إلى الضرر بأخيه المسلم، فاستعمال المصالح الشخصية المباشرة في الشريعة الإسلامية، يجب أن لا يؤثر على الغير والجماعة، فمن استخدم مصلحته الشخصية المباشرة وأضر بغيره، اعتبر متعسفاً.^(٣)

المطلب الثاني: بعض حالات الدعاوى ذات المصلحة المباشرة.

(١) المؤجر مع المستأجر:

يكون المستأجر ملتزماً في الباطن بدفع الأجرة للمؤجر، وينبني على ذلك أن للمؤجر مباشرة دعوى ضد المستأجر يطالبه فيها بذلك، إذ إن هذه الالتزامات نشأت عن عقد الإيجار من الباطن في ذمة المستأجر الأصلي، كأن يعوضه عن الحريق وعن التلف ونحو ذلك. ويترتب على قيام مثل هذه الدعوى مباشرة ما للمؤجر ضد المستأجر من الباطن؛ وذلك لأن مصلحته شخصية ومباشرة في

(١) ابن المنذر، الإجماع، ص ١٢٨.

(٢) ابن القيم الجوزية، الطرق الحكيمة، ص ٢٠٧.

(٣) الشاطبي، الموافقات، ١٤١/٢. الدريني، نظرية التعسف في استعمال الحق، ص ٢٦٢.

ذلك، فيجوز للمؤجر أن يحجز ما لمدينه المستأجر من حقوق لدى الغير؛ أي تحت يد مدين المدين حيث أن مصلحته متصلة ومباشرة في رفع مثل هذه الدعوى على مدين المدين، ولم يكن ليستطيع رفع مثل هذه الدعوى لو لم تكن له دعوى مباشرة تجعل المستأجر من الباطن مديناً له مباشرة، فيكون مدين المدين مديناً لمدينه، فيصح حجز ما تحت يده. (١)

ويترتب على عقد الإيجار بوصفه عقداً ملزماً للجانبين، عدة التزامات على كل من المؤجر والمستأجر؛ إذ إن هذه الإلتزامات تنشأ بعقد الإيجار المبرم من الطرفين، ومن ضمن هذه الإلتزامات: جواز مباشرة الشخص المؤجر بدعوى يرفعها على المستأجر، إذا أخل المستأجر بشروط العقد المبرمة بين الطرفين، أو إذا لم يدفع المستأجر للمؤجر الأجرة المتفق عليها، لأن مصلحته مباشرة وشخصية في ذلك. (٢)

ثم إنه لا يجوز للمؤجر أو اتباعه أن يتعرض للمستأجر، أو يزعه في استيفاء المنفعة مدة الإيجار، ولا يجوز له أن يغير فيه تغييراً يمنع الانتفاع به، فيجوز للمستأجر أن يطلب فسخ الإيجار؛ بسبب التعرض إذا كان هذا التعرض جسيماً، وكذلك يضمن المؤجر التعرض القانوني للمستأجر من قبل الغير، مثل ادعاء ملكية ضمان العين المستأجرة من الغير، أو ادعاء حق الانتفاع أو أنه مستعير أو مرتهن حيازي للمنقول، فيرفع الآخرون هذه الدعوى على المستأجر وليس المؤجر؛ لأن المستأجر هو الذي يضمن تعرض الغير، ومصلحة الغير تكون مباشرة في ذلك.

أما إذا تعرض المؤجر للمستأجر، فإن المستأجر يرفع دعوى على المؤجر بذلك التعرض؛ لأن مصلحة المستأجر مباشرة وشخصية في ذلك، إذ إن المنفعة الشخصية المباشرة هي معيار الدعوى حتى تكون الدعوى صحيحة؛ لأن المنفعة الشخصية هي التي تكسب صاحبها مركزاً قانونياً مباشراً يستطيع به مباشرة هذه الدعوى. (٣)

(٢) دعوى المسؤولية:

إن الأثر لمباشرة مثل هذه الدعوى هو: المطالبة بتعويض الضرر، أي من هو الشخص المسؤول في التعويض عن هذا الفعل؟

(١) السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، ٩٨٢/٢.

(٢) الزحيلي، العقود المسماة في قانون المعاملات المدنية الإماراتي والقانون المدني الأردني، ص ٦٥-٦٦.

(٣) المرجع السابق، ص ٢٢٩.

عند الإجابة عن هذا السؤال، لا بد أن نحدد طرفي الدعوى في مثل هذه الدعوى، فالمدعي في دعوى المسؤولية هو المتضرر؛ أي أنه هو ذلك الشخص الذي يحق له المطالبة، بمثل هذا التعويض فهو الشخص الذي ترفع هذه الدعوى باسمه.

ولكن إذا كان المتضرر قاصراً فإن مثل هذه الدعوى ترفع بوساطة ممثله القانوني كالولي أو الوصي أو القيم، وإذا كان المتضرر بالغاً، فإنه يرفع هذه الدعوى بصفته الشخصية أو بوساطة وكيله الذي يوكله المتضرر في هذه الدعوى، أما إذا كان المتضرر قد توفي، فإن الذي يباشر مثل هذه الدعوى هم ورثته، ويحق لمدينه أيضاً أن يطالب بهذا التعويض، إذا كان هذا الضرر الذي لحق به مادياً. وهنا يجب أن نحدد أن المتضرر يمكن أن يكون شخصاً واحداً، أو جماعة؛ أي أن المصلحة في مثل هذه الدعوى، يمكن أن تكون مصلحة فردية، أو جماعية، وهو ما يعبر عنه بالتعويض عن الضرر المرتد، كالتعويض عن الضرر الذي يصيب الأب بسبب قتل ولده، والضرر الذي يصيب الزوجة بسبب قتل زوجها.^(١) أما المدعى عليه في مثل هذه الدعوى، فهو من ارتكب الفعل الضار، أو من يكون مسؤولاً عن مرتكب ذلك الفعل؛ كالولي، إذا كان مرتكب الفعل قاصراً.^(٢)

وصور الضرر والتعويض الناشيء عنه متعددة، مثل الضرر الناشيء عن الجنايات بوجوب الدية، أو الأرش الناتج عن الإتلافات الناشئة بجناية وقعت على جسم الإنسان.

والإسلام سلك بذلك مسلكاً تهذيبياً، فهو يدمج بين المسلكين التأديب المادي والتهديب للنفس الإنسانية، يهدف من التعويض الناشيء عن الضرر الإصلاح والفوز في الدارين الدنيا والآخرة، وليس في الدنيا فقط فالدنيا مزرعة للآخرة.^(٣)

ويتحقق التعويض عن الضرر بإتلاف العين أو المنفعة أو النفس أو ما دونها، والتعويض في الإسلام ليس ملازماً للإتلاف، فهناك الإتلاف المشروع والإتلاف غير المشروع؛ أما الإتلاف غير المشروع: فيترتب عليه التعويض سواء أكان حقاً لله أم حقاً للعبد؛ فحق الله كالصيد في حالة الإحرام أما حق العبد كإتلاف أموال الغير بغير حق. وأما الإتلاف المشروع فيترتب عليه التعويض في بعض الصور؛ كالتعويض بتقويت عين فالعين المثلية، إن كانت مثلية يضمن المتلف مثلها، أما إذا

(١) سعد، نبيل إبراهيم، النظرية العامة للإلتزام ، ط١، ١، ٢، دار الجامعة الجديدة ، الإسكندرية، ص ٤٦٣.

(٢) المرجع السابق، ص ٤٦٥.

(٣) وزارة الأوقاف والشؤون الكويتية، الموسوعة الفقهية ، ٦٤/٥.

كانت قيمة فإنه يضمن قيمتها^(١)، والتعويض يسقط بالتقادم، فإذا لم يرفع الشخص المتضرر دعوى يطالب فيها بالضمان، مدة خمسة عشر عاماً سقط حقه قضاءً فقط، لا ديانة في إقامة الدعوى من جديد، إلا إذا كان غائباً أو صيباً أو مجنوناً، أو إذا كان المدعى عليه حاكماً جائراً، فإن ذلك يعدُّ من الأعدار المسقطه مع الزمن، والتي يجوز بمرورها رفع التعويض الناشيء عن الضرر.^(٢)

والدراسة لهذه الدعوى تكمن في أن المدعي المباشر لرفع هذه الدعوى هو المتضرر أو من يمثله، مثل الولي أو الوصي على القاصر والمجنون، إذ إن الضرر الواقع عليهم والتعويض الناشيء عنه فيه مصلحة لهم؛ لرفع الضرر المعنوي والمادي الذي وقع عليهم من المدعى عليه الذي قام بهذا الفعل، أو القول الذي أضر بهم، فإذا رفعت هذه الدعوى يجوز للمدعى عليه أن يدفعها بعدم الخصومة؛ لأن المدعي هو غير المتضرر، وإذا رفعت هذه الدعوى من المتضرر المدعي على غير الفاعل الذي قام بهذا الضرر فإن ذلك لا يجوز؛ بسبب عدم خصومة المدعى عليه، فدعوى الدية المقامة من شخص أصيبت رجله أثناء عمله في المجلس البلدي يكون صاحب المسؤولية، والشخص المعنوي المسؤول عن ذلك الضرر الذي لحقه به هو المجلس البلدي.^(٣)

ثم إنه عند رفع دعوى الدية يجب أن يرفعها أحد ورثة المتوفى الذي توفي بحادث معين، حتى تصح هذه الدعوى؛ لأنه صاحب المصلحة الذي يحكم له بالدية والتعويض، ولا بد أن يذكر في دعواه كل الورثة؛ لأنهم أصحاب المصلحة الذين سيحكم لهم بالدية، إذ إن مصلحة الوارث متوفرة ومباشرة في ذلك، بالإضافة إلى أن كل الورثة مصلحتهم مباشرة في ذلك، إذ إنه سيحكم لهم بالدية.^(٤)

(٣) الموكل مع نائب الوكيل:

إذا أناب الوكيل غيره في الوكالة دون أن يأذن له الأصيل بذلك، كان مسؤولاً عن عمل نائبه في الوكالة، كما لو قام هو بالوكالة بنفسه. أما إذا رخص للوكيل في إقامة شخص نائب عنه، دون أن يعين شخص النائب، فإن الوكيل لا يكون مسؤولاً إلا عن خطئه.

(١) وزارة الأوقاف والشؤون الكويتية، الموسوعة الفقهية، ٣٦/١٣.

(٢) المرجع السابق، ٢٧٢/٢٨.

(٣) القرارات الاستئنافية رقم (١٠٣٦٣) تاريخ ١٩٥٩/٦/٩، ورقم (١١٦٠٩) تاريخ ١٩٦١/٨/٢٨، ورقم (١٢٢٣٠) تاريخ ١٩٦٢/٩/٣، الصادرة عن محكمة الاستئناف الأردنية.

(٤) القرار الاستئنافية رقم (١٠٥٢٥) تاريخ ١٩٥٩/٩/٢٨ الصادر عن محكمة الاستئناف الشرعية الأردنية.

وهذه الدعوى تقوم بين الموكل للوكيل ونائب الوكيل، فيستطيع الموكل بذلك أن يرجع مباشرة على نائب الوكيل بجميع حقوق الموكل بواسطة القانون، ويكون الوكيل الأصلي متضامناً مع نائبه في ذلك في المسؤولية؛ وذلك لأن مصلحة الموكل مباشرة في ذلك. (١)

والوكيل الأصلي يصبح موكلاً للموكل الأصلي بالخصوص الذي وكله فيه، فإذا عزل الوكيل الأول أو انعزل لا تسقط وكالة الوكيل الثاني، ويصبح الوكيل الثاني مسؤولاً عن حقوق الموكل الأصلي؛ إذ إنه لا يجوز للوكيل الثاني أن يوكل ثالثاً؛ لفقدان النص بذلك في الوكالة المعطاة للوكيل الأول. أما الوكالة على الأوصياء والقاصرين فيجوز للوصي أو الولي إعطاء الوكالة عنهم، إذا كان مأذوناً له من القاضي، ويكون الوكيل مسؤولاً عن حقوق أولئك القاصرين، بحيث يجوز مباشرة رفع دعوى قانونية من الولي بتقصيره؛ لأن مصلحة القاصرين مباشرة في ذلك. (٢)

والوكيل بموجب الوكالة المعطاة له، تقع عليه التزامات بموجب التوكيل، إذ إنه لا يجوز له أن يتجاوز ذلك التوكيل، فليس له مخالفة توكيل الموكل، إلا إذا كان ذلك الخلاف على خير. وعلى الوكيل موافاة الموكل بالمعلومات الضرورية عن مراحل الدعوى، أو تنفيذ العمل الذي وكل به؛ حيث اتفق الفقهاء على أن العمل الذي يقوم به الوكيل أو العين الموجودة عنده هي بمثابة أمانة عنده، وأنه يحاسب إذا قصر بذلك. أما إذا هلكت العين الموجودة تحت يد الوكيل، دون أي تعد أو تقصير منه فإنه لا ضمان عليه. (٣)

وهنا لا بد من الإشارة إلى الولي الذي يتم تربيته من القاضي أو الوصي الذي يتم تعيينه من القاضي على القاصرين، إذ تتم محاسبة هؤلاء مباشرة برفع دعوى عليهم من أحد أقارب القاصر؛ ويتم رفع دعوى مباشرة عليهم وذلك لمحاسبتهم بحقوق القاصرين؛ لأن مصلحة القاصرين مباشرة في ذلك، وللقاضي أن يعين أكثر من وصي للقيام بتنفيذ أحكام الوصاية مجتمعين، أو اثنين منهم فقط، وذلك لمصلحة القاصرين. وحينما تتم محاسبتهم يتم محاسبة المقصر منهم، بما قام به من تقصير. وتتوجه الخصومة إلى المقصر منهم، أما إذا قصر الأوصياء مجتمعين فتتم محاسبتهم، وترفع الدعوى عليهم مجتمعين؛ لأن مصلحة القاصرين في مثل هذه الدعوى مباشرة. فإن القاضي يعين مدعياً على القاصرين، ويأذن له بالمخاصمة عنهم، فقد يضع أم القاصرين مدعية عن

(١) السنهاوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، ٢/٩٨٥.

(٢) أنطاكي، أصول المحاكمات، ص ٢٩٨.

(٣) الأنصاري، أسنى المطالب، ٢/٢٦٩. السرخسي، المبسوط، ٤/١٩. حيدر، درر الحكام، ٣/٥٧٩.

القاصرين، ضد جدهم ولي القاصرين؛ ويأذن لها القاضي بذلك؛ لأنها أعرف بمصالح القاصرين وأعرف بتقصير جدهم وليهم الشرعي، إذ تتم محاسبته؛ لأن مصلحة القاصرين مباشرة في ذلك. (١)

(٤) المقاول الباطن والعمال مع رب العمل:

يكون للمقاولين والعمال الذين يشتغلون لحسابهم حق المطالبة من رب العمل بحقوقهم بما لا يجاوز القدر الذي يكون مديناً به المقاول الأصلي وقت رفع الدعوى، ويتبين من ذلك أن العقد ما بين المقاول ورب العمل، ينشئ دعوى مباشرة لعمال المقاول وللمقاولين من الباطن ضد رب العمل، يطالبون بموجبها رب العمل بما في ذمة المقاول عند رفع الدعوى المباشرة، إلا إذا كان للعمال في ذمة المقاول الذي أحضرهم من دين من عملهم، فيطالبون رب العمل بما لهم في ذمة المقاول فقط، وكذلك لعمال المقاولين من الباطن دعوى مباشرة ضد المقاول الأصلي، وهو مدين مدينهم بل وضد رب العمل وهو مدين مدين مدينهم. وللدائن عمال المقاول الأصلي وعمال المقاول الباطن حق امتياز على المبالغ المستحقة للمقاول الأصلي، أو للمقاول من الباطن وقت توقيع الحجز منهم تحت يد صاحب العمل أو تحت يد المقاول الأصلي، كل منهم بنسبة حقه. ويتقدمون بامتيازهم على جميع دائني المدين المحجوز عليه، إذ إنه يوجد للعمال مصلحة مباشرة في ذلك، بحيث يكون لهم الحق في رفع هذه الدعوى مباشرة. (٢)

وهذا الإلزام أتى من العقد بين المقاول وصاحب العمل، إذ إن القانون تعمد إلى حفظ حقوق الناس، بحيث لا يغبن أحد في عقد بسبب جهله أو تسرعه، وربما كان ذلك أرفق بمصلحة الخلق؛ إذ إن للعمال حقوقاً في ذمة المتعهد، بحسب الشرط الذي شرطه على نفسه، وهذا الحق ينشأ عن عقد قام به المقاول مع رب العمل، حيث ترفع هذه الدعوى مباشرة على رب العمل من العمال؛ لأن لهم حقوقاً ومصالح عند رب العمل. (٣)

(١) داود، أحمد محمد علي، القرارات الاستئنافية في الأحوال الشخصية، ط١، ٢م، مكتبة الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ١٤٥/٢.

(٢) السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، ٩٨٣/٢.

(٣) خوري، أصول المحاكمات الحقوقية - دراسة نظرية وعملية، ص ٤٦٧.

(٥) المتضرر من شركة التأمين:

عدَّ بعض الفقهاء المتأخرين التأمين بحكم الكفالة؛ فالكفالة في الشريعة الإسلامية: هي من أنواع عقود التأمينات الشخصية. حيث أجاز بعض العلماء الكفالة بالنفس^(١) وذلك لقوله تعالى: ﴿

﴿مَنْ كَفَلَ نَفْسًا بِنَفْسٍ فَإِنْ أَوْتَتْ مَالًا فَلَهَا مِنْهُ قَرْضًا أُولَئِكَ لَهُمْ جُزَاءٌ بِمَا كَفَرُوا وَالَّذِينَ لَا يَجِدُونَ عَلَيْهِمْ طَبَقًا مِمَّا كَفَرُوا فَهُمْ يَكْفُرُونَ﴾

﴿مَنْ كَفَلَ نَفْسًا بِنَفْسٍ فَإِنْ أَوْتَتْ مَالًا فَلَهَا مِنْهُ قَرْضًا أُولَئِكَ لَهُمْ جُزَاءٌ بِمَا كَفَرُوا وَالَّذِينَ لَا يَجِدُونَ عَلَيْهِمْ طَبَقًا مِمَّا كَفَرُوا فَهُمْ يَكْفُرُونَ﴾

﴿مَنْ كَفَلَ نَفْسًا بِنَفْسٍ فَإِنْ أَوْتَتْ مَالًا فَلَهَا مِنْهُ قَرْضًا أُولَئِكَ لَهُمْ جُزَاءٌ بِمَا كَفَرُوا وَالَّذِينَ لَا يَجِدُونَ عَلَيْهِمْ طَبَقًا مِمَّا كَفَرُوا فَهُمْ يَكْفُرُونَ﴾

والكفالة بالنفس تلزم الكفيل في وقت معين، بإحضار المكفول عند طلب المكفول له، وإذا تعهد الكفيل بمبلغ معين، فإنه في حالة عدم التزام المكفول يلزمه سداد ذلك المبلغ عن المكفول، كأن لا يقوم المكفول بسداد ما التزم به من ديون.^(٢)

والمتضرر إثر حادث وقع له، يجوز له أن يرفع دعوى مباشرة على شركة التأمين، والتي أمنت المسؤول عن هذا الحادث، يطالب فيها بالتعويض عن الضرر الذي وقع له نتيجة هذا الحادث.

وإذا كان صاحب العمل مؤمناً على حوادث العمل، جاز للعامل أن يطالب بحقوقه من رب العمل وشركة التأمين معاً متضامنين في ذلك؛ فإذا رفعت شركة التأمين حقوق العامل، حلت محل رب العمل في التعويض المناسب لهذا العامل، والمضروب من الحادث والعمال مصلحتهم شخصية ومباشرة في رفع مثل هذه الدعاوى، والتي ترفع من قبلهم على شركة التأمين التي تحل محل رب العمل في التعويض عليهم، وما لحق بهم من ضرر إثر الحادث الذي وقع لهم.^(٣)

المطلب الثالث: الدعوى غير المباشرة.

أجاز القانون في بعض الأحيان أن تكون الدعوى غير مباشرة للمطالبة بحق الغير، إذا كانت تعود عليه من ذلك فائدة ومصلحة، كما أجاز القانون للشخص المعنوي مثل: النقابات والجمعيات، رفع الدعاوى من ممثليها إذا كان هناك مصلحة جماعية، تعود على هؤلاء الأفراد.^(٤)

(١) ابن عابدين، رد المحتار على الدر المختار، ٥/ . ابن نجيم، البحر الرائق شرح كنز الدقائق، ٦/٢٢٢.

(٢) سورة يوسف، الآية (٦٦).

(٣) ابن نجيم، البحر الرائق شرح كنز الدقائق، ٦/٢٢٢.

(٤) السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، ٢/٩٨٧.

(٥) جميعي، مبادئ المدافعات، ص ٣٥٢.

ويلاحظ أن الصفة القانونية التي يقررها القانون في هذه الحالات لإقامة هذا النوع من الدعاوى، لا تنزع من المدعي (وهو صاحب الحق) المركز القانوني في إقامة مثل هذه الدعاوى، فالدعوى التي يباشرها صاحب الصفة الاستثنائية، إنما يباشرها لمصلحة صاحب الصفة الأصلية. (١)

وسأقوم بدراسة بعض أنواع الدعاوى التي تكون فيها الصفة غير مباشرة إلا أن المصلحة تكون فيها مباشرة، وهذه الدعاوى هي:

١- الدعوى التي يرفعها الدائن على مدين المدين.

٢- دعاوى النقابات والجمعيات.

٣- دعوى النيابة العامة.

(١) الدعوى التي يرفعها الدائن على مدين المدين:

إن أموال المدين جميعها ضامنة للالتزامات المدين وللوفاء بديونه، وإن جميع الدائنين متساوون في سداد هذا الدين، إلا من كان له حق التقادم من هؤلاء طبقاً لما يقرره القانون، والأصل أن جميع أموال التنفيذ يجوز للدائن أن ينفذ عليها، على أن هناك بعض الأموال التي استثناها القانون، والتي لا يجوز التنفيذ عليها مثل حق الاستعمال، وحق السكنى. فالسكن والأدوات التي يحتاجها المدين في معيشتة لا يجوز الحجز عليها إطلاقاً. (٢)

ومن ضمن الأموال التي تكون ضامنة للدين على المدين: الدين الذي للمدين على مدين آخر؛ فالدائن يجوز له رفع دعوى يطالب فيها مدين مدينه بدينه إذا كان مدينه الأول مفلساً ومعسراً، ويشترط في ذلك أن يكون للدائن حق موجود، ويشترط أن يكون في فوات الحق على المدين سبباً في إفسار المدين، أو في زيادة إفساره، كما أنه يشترط أن يكون هناك تقصير للمدين في عدم استعمال حقه بنفسه، أما إذا أراد المدين أن يرفع دعوى بنفسه فله أن يباشر حقه بنفسه. وعبء إثبات ذلك التقصير أن المدين لم يستعمل حقه بنفسه يرجع إلى الدائن نفسه، وإدخال المدين الأصلي

(١) كامل، شروط قبول الدعوى في المواد المدنية والتجارية، ص ٥٢.

(٢) السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، ٩٣٦/٢.

خصماً في هذا النوع من الدعاوى شرط في هذه الدعوى؛ فالحكم الذي يصدر في الدعوى يسري إذن في حق المدين الأصلي، ما دام أنه أصبح طرفاً في مثل هذه الدعوى. (١)

والناظر في هذه الدعوى يلاحظ أن للدائن الحق في رفع مثل هذه الدعوى على مدين المدين مباشرة، مع أن موضوع الدعوى هو الدين على المدين الأصلي الذي يدخل في هذه الدعوى ويكون طرفاً فيها، إذ إن مصلحة الدائن مباشرة على مدين المدين، مع أن مدين المدين دينه لمدين الدائن وليس للدائن رافع هذه الدعوى.

(٢) دعاوى النقابات والجمعيات:

وهذا النوع من الدعاوى فيه مصالح جماعية للأشخاص أو الأعضاء، مثل الدعاوى التي ترفعها نقابة المحامين ونقابة الأطباء، تطالب فيها بحقوق جماعية، بحيث تطالب بهذا الحق الجماعي باعتبارها شخصية معنوية، فلا تقبل دعوى فيها إلا إذا طالبت بالحق لنفسها، بوصفها شخصاً معنوياً، إذ لا يجوز للنقابة أن تطالب بحق شخصي لواحد من أعضائها، إلا إذا كانت هذه الجمعية طرفاً في الرابطة التي يتولد عنها ذلك الحق، كما في حالة العمل المشترك. أما الجمعيات المرخصة من الدولة، فإن القضاء يتشدد بالنسبة لهذه الجمعيات، ولا تقبل دعوى ترفع من هذه الجمعيات، إلا إذا كانت دفاعاً عن الغرض الذي أنشئت من أجله، حيث تكون هذه الجمعية هي الوحيدة التي تمثل هذا الغرض، أو إذا كان الهدف من الدعوى الدفاع عن مصلحة مشتركة لأعضاء الجمعية. (٢)

وشرط تحقق دعاوى النقابات أو الجمعيات أن يحدث اعتداء على المصلحة الجماعية، فإذا ما حصل اعتداء على أحد أفراد النقابة، ولم يحصل اعتداء على المصلحة الجماعية، فإنه بذلك لا تنشأ دعوى للنقابة، ومن الأمثلة على هذه الدعوى: الدعوى التي ترفعها نقابة المحامين ضد شخص يحقر هذه المهنة ويقلل من شأنها، وأما الجمعيات فهناك رأي راجح يخول هذه الجمعيات رفع دعوى حماية المهنة أو حماية الغرض الذي أنشئت له، كما هو الشأن للنقابات تأسيساً على أنه لا يصح التفرقة بين النقابة والجمعية، فكلاهما يهدف إلى حماية مصلحة نافعة عامة لأعضائها وتحقيقتها. (٣)

(١) السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، ٢/٩٥٥.

(٢) جميعي، مبادئ المرافعات، ص ٣٥٣.

(٣) كامل، شروط قبول الدعوى في المواد المدنية والتجارية، ص ٥٩.

(٣) دعوى النيابة العامة:

النائب العام أو المدعي العام؛ هو الموظف المعين من السلطنة لأجل وقاية الحقوق العامة في الأمور العدلية، ووظيفته: تأمين حسن سير الأحكام القانونية، لحفظ الأمن داخل المجتمع، والنائب العام لا يخضع في سلطته للمحكمة التي هو موظف لديها، وليس للمحكمة أن تأمره بإقامة دعوى باسم الحق العام، ما عدا محكمة الاستئناف والهيئة الإتهامية، فإن لهما هذا الحق وعليه العمل بموجب قرار هذه المحكمة.

ويلاحظ أنه في القانون جاز رفع مثل هذه الدعوى في أحوال معينة، فمثلا عند وقوع الطلاق يقيم الدعوى لأجل حضانة الصغار، ويطلب نصب القيم عند عدم وجوده، ويخاصم عنهم في ذلك. ومن الدعاوى التي أجاز القانون رفعها من النائب العام: الدعاوى المتعلقة بالحقوق العمومية وأموال الدولة والمؤسسات العائدة للعموم، ومثل الدعاوى المتعلقة بالوظيفة والصلاحيات، أي أن القانون قد نص على الأحوال التي يجوز فيها للنائب العام رفع مثل هذه الدعوى، وأجاز للنائب العام وحده فقط رفع مثل هذه الدعوى. (١)

أما هذه الدعوى في الفقه الإسلامي فهي مختلفة على الإطلاق؛ فليس للنائب العام فقط رفع مثل هذه الدعوى، بل يجوز لأي مسلم رفع الدعوى التي تمس الحق العام، ثم إن الحالات التي يجوز فيها رفع الدعوى باسم الحق العام في القانون، أقل بكثير عنها في الشريعة الإسلامية، والحالات في الشريعة الإسلامية متعددة وأوسع، وليس الحالات المنصوص عليها فقط في القانون، فدعوى الحسبة في الفقه الإسلامي تجوز على كل ما عمت به البلوى، مثل أن يدعي وارث أو قريب للميت أن هناك خيانة مالية قام بها الوصي، وقد أضر ذلك بالناصرين، ولذلك يجوز للمحتسب في هذه الحالة أن يقيم الدعوى والبينة على ذلك الوصي، وأن يحلفه اليمين الشرعية والأولى دينيا للحاكم أن يأذن للمحتسب بذلك. (٢)

وفي دعوى الردة في الفقه الإسلامي، يجوز لأي مسلم رفع مثل هذه الدعوى باسم الحق العام الشرعي، وليس مقتصرًا ذلك على النائب العام فقط، وإذا لم يوجد من يرفع هذه الدعوى فإن

(١) أنطاكي، أصول المحاكمات، ص ٨٢.

(٢) ابن نجيم، البحر الرائق شرح كنز الدقائق، ٤/٢٣٨. الهيتمي، الفتاوى الكبرى الفقهية، ٤/٣٧٧. الماوردي، الأحكام السلطانية، ص ٣٦٣.

القاضي ينصب شخصاً باسم الحق العام الشرعي لرفعها؛ لأن مصلحة كل المسلمين موجودة ومباشرة في رفع مثل هذه الدعوى. (١)

المطلب الرابع: تطبيقات عملية بشرط المصلحة في الدعوى.

(١) إن الدفع دعوى فيشترط فيه ما يشترط في الدعوى، فشرط المصلحة يجب أن يكون في الدفع فدفع الزوجة لدعوى الطاعة أنها تتضرر نتيجة السكنى بجوار والد الزوج، إذ إن الزوجة عند حضورها إلى المحكمة في دعوى الطاعة تقول: إن والد الزوج قد ضربها وإنها تتضرر من السكنى بجواره فهذا دفع مقبول، ويتوجب على المحكمة تكليف المدعية توضيح مثل هذا الدفع، وسؤال المدعي عن دفع المدعي عليها الزوجة، فإذا ثبت هذا الدفع بأحد الوجوه الشرعية، فإن دعوى المدعي ترد، وعند الكشف على بيت الطاعة يجب على المحكمة أن تتحقق من قبل المجاورين، عما إذا كانت الزوجة تتضرر من السكنى قرب والد الزوج، فإذا تحقق للمحكمة ذلك لا يعتبر المسكن شرعياً، ويكلف الزوج إسكانها بين جيران صالحين، والمتمتع لهذا الدفع الذي أثارته الزوجة، يلاحظ أن هذا الدفع معتبر؛ لأنه مصلحة للزوجة وهذه المصلحة حالة لأن الزوجة تتضرر نتيجة ذلك. (٢)

(٢) عندما تطلب الأم حضانة طفلها من والده المدعي عليه، فيدفع المدعي عليه دعوى المدعية أنها تعمل، وتمضي نتيجة عملها ساعات طويلة خارج البيت، فتدفع المدعية دفع المدعي عليه بأنها تترك الصغيرة عند والدتها عندما تذهب إلى العمل، وأن والدتها قادرة على رعايتها وحضانتها، وبما أن الشريعة الإسلامية لا تمنع المرأة من العمل طلباً للرزق، الذي هو عماد الحياة وكون الحاضنة موظفة، لا يسقط أهليتها للحضانة؛ لأن المعمول عليه في الحضانة هو ضياع الولد وإهماله، فدفع المدعي مقبول؛ لأن فيه مصلحة للصغير، لكن دفع المدعي عليه يردُّ دفع المدعي؛ لأن الأصل في الحضانة هو مصلحة الصغير عند أحد حاضنيه. (٣)

(١) الماوردي، الأحكام السلطانية، ص ٣٦٥.

(٢) أنظر القرار الاستئنافي رقم (١١٥٠٠) تاريخ ١٩٦١/٦/٧م الصادر عن محكمة الاستئناف الشرعية الأردنية.

(٣) أنظر القرار الاستئنافي رقم (٣٨٩٣٥) تاريخ ١٩٩٥/٦/٤م الصادر عن محكمة الاستئناف الشرعية الأردنية.

(٣) الدفع برودة طالب الضم لا يسقط هذا الدفع لغياب الدافع، فعندما تدفع المدعى عليها دعوى المدعى برودته فإن هذا الدفع لا يسقط وذلك؛ لأن الردة دفع يتعلق فيه الحق العام (حق الله تعالى) فلا يجوز إسقاطه، لأن المصلحة التي تكمن في ذلك هي حفظ الدين، إذ إن حفظ الدين من الضروريات الخمس، التي يتوجب الحفاظ عليها، ولا يجوز التفريط فيها؛ لأن ذلك يضر بكل مسلم، فلا يجوز إسقاط مثل هذا الدفع؛ لأن فيه مصلحة المسلمين جميعاً. (١)

(٤) كل الدفع في دعوى الديون كالإبراء والإيصال، قائمة على أساس المصلحة للمدعى عليه المدين، فعندما يدفع الزوج دعوى الزوجة بالمهر بأنه أوصل لها هذا المهر، أو أنها أبرأته من هذا المهر فهي دفع مقبولة، يقتضى توضيحها من حيث بيان مكان وزمان التسليم أو الإبراء، وأساس هذا القبول: هو مصلحة الزوج؛ إذ إن ذمته بالإيصال أو الإبراء تكون بريئة من هذا الدين، وأيضاً أساس قبول دعوى المهر هو مصلحة الزوجة؛ إذ إن لها ديناً في ذمة الزوج قد حل سداً، فينبغي على الزوج سداً. (٢)

(٥) دعاوى النفقات المختلفة التي ترفعها الزوجة على الزوج، والدفع المختلفة فيها من الزوج قائمة على شرط المصلحة في الدعوى، فالقوامة للزوج. والقوامة تشمل: الإنفاق. بينما الزوجة تقوم بتربية أولادها والقيام بشؤون البيت، وعندما يدفع الزوج دعوى النفقة بنشوز الزوجة أو إفسارها، فإن هذه الدفع مقبولة؛ وذلك لأن الزوجة ترفعت عن زوجها بنشوزها وعدم طاعته، ثم إن الزوج إذا أعسر وأثبت إفساره فإن النفقة تكون ديناً في ذمته لحين يساره؛ لأنه لا مصلحة للزوجة بسجنه، ولا مصلحة له هو بسجنه، فسجنه سيزيد إفساره ولذلك فإن مشكلة الزوجة لا تحل وهي تحصيل النفقة منه، ومشكلته لا تحل وهي إفساره. فأساس هذه الدعوى والدفع الواردة فيها هي: مصلحة كلا الطرفين الزوجة والزوج. (٣)

(١) أنظر القرار الاستئنائي رقم (٣٧٤٩١) تاريخ ١٩٩٤/٦/٣٠ الصادر عن محكمة الاستئناف الشرعية الأردنية.
(٢) أنظر القرار الاستئنائي رقم (٨٥٥٨) تاريخ ١٩٥٤/١٠/٢٥ الصادر عن محكمة الاستئناف الشرعية الأردنية، والقرار رقم (٨٦٢١) تاريخ ١٩٩٤/١٢/١٣ الصادر عن نفس المحكمة.
(٣) أنظر القرار الاستئنائي رقم (٤١١٨٥) تاريخ ١٩٩٦/٩/٧ الصادر عن محكمة الاستئناف الشرعية الأردنية، والقرار رقم (٤٢٦٦٨) تاريخ ١٩٩٧/٥/٦ الصادر عن نفس المحكمة.

الفصل الرابع: الدفع بعدم الخصومة لانتفاء شرط الصفة

في الدعوى.

المبحث الأول: الصفة في الدعوى.

المطلب الأول: تعريف الصفة عند الفقهاء.

المطلب الثاني: التمييز بين الصفة في الدعوى والتمثيل القانوني.

المطلب الثالث: دعوى المطالبة بالحق للغير.

المطلب الرابع: دعوى صاحب الحق لنفسه:

(١) الخصم في دعوى الدين.

(٢) الخصم في دعوى العين.

(٣) الخصم في دعوى الإرث وتصحيحه.

(٤) الخصم في دعوى القول.

(٥) الخصم في دعوى الفعل.

(٦) الخصم في دعوى التعويض.

(٧) الخصم في دعوى الحجر وفكه.

(٨) الخصم في دعوى العقد.

(٩) الخصم في دعاوى المتعلقة بحق الانتفاع نفسه.

المطلب الخامس: دعاوى الحقوق المشتركة:

(١) دعوى الحسبة.

(٢) دعوى الحقوق المشتركة.

(٣) دعوى الجمعيات والنقابات.

الفصل الرابع

الدفع بعدم الخصومة لانتفاء شرط الصفة في الدعوى.

المبحث الأول: الصفة في الدعوى.

المطلب الأول: تعريف الصفة عند الفقهاء.

الصفة في اللغة مأخوذة من: توأصفا الشيء بمعنى وصفوه. ونقول: اتصف الشيء: أي صار متواصفاً. ونقول: استوصف الطبيب لدائه أي سأله أن يصف له ما يعالجه. والصفة كالعلم والسواد والصفة عند النحويين: هي النعت وهي اسم الفاعل نحو: ضارب والمفعول نحو: مضروب.^(١) وقد عرفت الصفة بأنها: الاسم الدال على بعض أحوال الذات. نحو: طويل وقصير وأحمق وغيرها.^(٢)

أما تعريف الصفة عند فقهاء المسلمين فهي: أن يكون كل من الخصوم المدعي والمدعى عليه ذا شأن في القضية التي أثيرت حولها الدعوى. بحيث يعترف الشارع بهذا الشأن ويعد ذلك كافياً لتحويل المدعي الأدياء، وتكليف المدعى عليه بالجواب والمخاصمة، ويتحقق ذلك في المدعي إذا كان يطلب الحق المدعى به لنفسه أو لمن يمثله. فعلى سبيل المثال: يحق للدائن أن يرفع دعوى لمدينه يطالب فيها الدائن بحقوق مدينه، إذا أحاط الدين بأموال المدين وأشهر إفلاسه.^(٣)

والصفة في المدعي هو من يصح له أن يرفع دعوى صحيحة عند القاضي، فعندما يرفع دعوى صحيحة يطالب القاضي خصمه المدعى عليه بالجواب، كون الدعوى صحيحة تحتاج إلى الجواب عليها، كأن يذكر فيها تلقياً للملك شراءً أو غيره من المدعى عليه، أو ممن انتقلت إليه إن

(١) الرازي، مختار الصحاح، ص ٣٠٢.

(٢) المناوي، محمد عبدالرؤوف، (ت ١٠٣١هـ)، التعريف، ط ١، ام، (تحقيق محمد رضوان الداية)، دار الفكر، بيروت، ص ٤٥٨.

(٣) ابن فرحون، تبصرة الحكام، ١/١٤٩. حيدر، درر الحكام، ٤/٢٢٧. وزارة الأوقاف الكويتية، الموسوعة الفقهية، ٢٠/٢٦٩.

كان أقر له بالملك قبل الدعوى، فلو أنه أقر لغيره بعين ثم ادعاها لم تصح دعواه بها، حتى يذكر أنه تلقى ملكها منه أو ممن انتقلت إليه، لمؤاخذته في المستقبل بإقراره هذا الذي أقره، والمدعى من إذا ترك ترك، أي أنه لا يجبر على الخصومة إذا تركها، وقد قيل أيضاً أن المدعى من لا يستحق إلا بحجة. وقيل أن المدعى من يلتزم خلاف الظاهر ولا بد أن يكون المدعى ملزماً على الخصم، فلا تصح مثلاً دعوى التوكيل على الموكل الحاضر؛ لأن بإمكان الوكيل عزله. (١)

أما الصفة في المدعى عليه فتعني: أن يكون للمدعى شأن في الدعوى، ولكن أي شأن؟! حيث إنه إذا أقر في الدعوى فإنه يترتب على إقراره حكم، فيكون في هذه الحالة خصماً في حالة إنكاره. (٢) وقيل: أن المدعى عليه من يكون مستحقاً بقوله من غير ذي حجة، كذي اليد على عين معينة. وقيل أيضاً: أن المدعى عليه من يتمسك بالظاهر. وقيل: أن المدعى عليه هو المنكر للدعوى. وهذا كله صحيح في وصف المدعى عليه، وذلك كله يدخل لمعرفة من يكون المدعى عليه، والترجيح في معرفته؛ لأن الاعتبارات للمعاني دون الصور في الفقه، فإن المودع للوديعة إذا قال رددت الوديعة، فإن القول قوله مع اليمين. (٣) إذ إن كلا من المدعى والمدعى عليه لا بد أن يكون له شأن في هذه الدعوى، ولكن أي شأن؟! حيث إن كل فرد في الأمة له شأن في كل قضية من قضاياها، وخاصة في مثل المجتمع الإسلامي الذي يفترض فيه الوحدة؛ والمسلمون كالبنيان المرصوص يشد بعضه بعضاً؛ وإنما المقصود بذلك شأن يعترف به المشرع ويراه كافياً لتحويل المدعي حق الإدعاء، وتكليف المدعى عليه الجواب والمخاصمة. (٤)

المطلب الثاني: التمييز بين الصفة في الدعوى والتمثيل القانوني.

هناك اختلاف بين الصفة في الدعوى والصفة الاجرائية أو التمثيل القانوني؛ وهي ما يسمى قيام شخص بتمثيل صاحب الحق والصفة الأصلية بالاجراءات القانونية والقضائية مثاله:

- (١) القادري الحنفي، البحر الرائق، ٣٢٩/٧. الأنصاري، أبو يحيى، زكريا بن محمد بن زكريا، (ت ٩٢٦هـ)، الغرر البهية في شرح البهجة الوردية، وهو شرح للبهجة الوردية للعلامة ابن الوردية، ط ١، م، المطبعة الميمنية، مصر، ٢٣٤/٥. الطوري، الحنفي، البحر الرائق، ٣٢٩/٧.
- (٢) ابن فرحون، تبصرة الحكام، ١٤٩/١. حيدر، درر الحكام شرح مجلة الأحكام، ٢٢٧/٤..
- (٣) القادري الحنفي، البحر الرائق، ٣٢٩/٧.
- (٤) ياسين، نظرية الدعوى، ص ٣٨٨.

النائب العام سواء كان بنيابة قانونية أو قضائية. والوكيل عن الموكل في إجراءات الدعوى، والولي عن القاصر أيضاً في التقاضي، ومتابعة إجراءات الخصومة.

فالصفة شرط من شروط الدعوى، وهي أساس لقيام الحق فيها. ويقصد بها سلطة مباشرة الدعوى، وتكون لمن ادعى حقاً لنفسه أو من يمثله ضد من يدعي هذا الحق، أو الاعتداء عليه أو تهديده. ومن ثبت له هذه الصفة القانونية طبيعياً أو اعتبارياً يجب أن تتوافر به هذه الصفة.

فالشخص الطبيعي الذي ثبتت له الصفة القانونية لا يشترط فيه أهلية كاملة، فتقام الدعوى باسمه بواسطة ممثله وصياً أو قيماً أو ناظراً، والشخص الاعتباري تقام الدعوى باسمه أو بواسطة ممثله القانوني، كصاحب الشركة أو الوزير بوزارته.

أما صفة التقاضي، وهي: صلاحية الشخص لمباشرة الدعوى واتخاذ الإجراءات في الخصومة، لا تثبت للشخص الطبيعي غير مكتمل الأهلية الإجرائية، فجميع الإجراءات في الخصومة من شخص غير مكتمل الخصومة غير صحيحة، فلا تثبت إلا لصاحب الحق نفسه شريطة كمال أهليته أو أهلية من يمثله، وعلى ذلك فأصحاب الصفة في الدعوى هم أطراف الدعوى، أما أطراف الصفة الإجرائية فهم أطراف الخصومة فقط، دون أن يكونوا أطرافاً في الدعوى. (١)

المطلب الثالث: دعوى المطالبة بالحق للغير.

هذا النوع من الدعاوى يطالب المدعي فيه بحق لغيره ويعود ذلك إلى أن القانون، والفقهاء عدّ الإرادة لبعض الأشخاص إرادة ناقصة أو إرادة غير موجودة، وهؤلاء الأشخاص: هم المجنون والحمل والصبي القاصر، إذ إن مناط الإرادة هو التمييز، ومن ثم فإن هذه الإرادة لم تتعلق بمحلها لانعدامها، فكان العقد باطلاً لا وجود له. أما الإرادة المعيبة فهي إرادة موجودة، ولكنها صدرت من شخص على غير بينة من أمره وخياره، وهو الغلط والتدليس، أو أنها

(١) فايد، الدعوى بالمجهول وأحكامها، دراسة مقارنة بين الفقه والقانون، ص ١١١-١١٢. كامل، شروط قبول الدعوى في المواد المدنية والتجارية، ص ٤٨.

صدرت من شخص غير حر في إرادته؛ إذ إن الحرية شرط في صحة التصرف، فقد يكره الشخص على تصرف معين لا يريد أن يتصرفه، على أن العقد في الإرادة المعيبة موجود ولكنه غير صحيح، وقابل للإبطال. (١)

فالدعوى عندما ترفع على القاصر أو المجنون، ترفع على وليه أو الوصي عليه، وعندما يكون للقاصر الصغير أو المجنون حق، يرفعها الولي أو الوصي مطالباً بحقوقه؛ والسبب في ذلك أن القاصر والمجنون إرادتهما تكون ناقصة، فلا بد أن يكون عليهما ولي أو وصي عارف بمصلحتهم، سواءً أكانت هذه المصالح تتعلق بحقوق أو واجبات عليهم، فمثلاً: لو أحضر أحدٌ صبياً للمحكمة، وادعى عليه أنه رمى زواجه بحجر فكسره، وطلب تضمينه ذلك بدل كسره لهذا الزواج. فإن دعواه هذه لا تسمع، إلا أن الولي أو الوصي يجوز أن يكونا مدعين أو مدعى عليهما بالنيابة عنهما، والذي يطالب بمثل هذا الضمان الولي على هذا الصبي، أو الوصي على هذا القاصر؛ وذلك مراعاة لهذا الصبي القاصر وحفظاً لحقوقه، فالصبي لا يجوز إقراره ولا تجوز مخاصمته. (٢)

المطلب الرابع: دعوى صاحب الحق لنفسه.

ويقصد بهذا النوع من الدعاوى مطالبة الإنسان بالحق لنفسه، وإضافة هذا الحق لنفسه في مجلس القضاء. فالالتزام ينشأ عن عدة روابط قانونية عديدة متميز بعضها عن بعض، والإنسان له مراكز قانونية من هذه الحقوق، فمتى اعتدى على هذه الحقوق، جاز للإنسان أن يرفع دعوى يطلب فيها حقه المعتدى عليه أمام القضاء؛ لأن الحق هو موضوع الدعوى وهو المعتدى عليه والمنتازع عليه، والقضاء موجود لحل هذا النزاع. (٣)

(١) حيدر، درر الحكام شرح مجلة الأحكام، ١٨٠/٤. السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، ٩٨/٢.

(٢) حيدر، درر الحكام شرح مجلة الأحكام، ١٨٠/٤.

(٣) الدنون، شرح القانون المدني العراقي، ص ٣.

والذمة في الفقه الإسلامي: هي وصف شرعي به الأهلية لوجوب ما للإنسان وما عليه؛ بحيث يصير هذا الإنسان بهذه الذمة أهلاً للإلزام والالتزام أي صالحاً لأن تكون عليه حقوق وواجبات. (١)

وقد قدمت أن للإرادة المنفردة في الفقه الإسلامي ميداناً منتجاً، فهي تنتج آثاراً قانونية متنوعة على الشخص، وميدانها يتسع في الفقه الإسلامي عنه في القانون، فهناك تصرفات هي عقود في القانون، وتتم في الفقه الإسلامي بإرادة منفردة. (٢) وهذا النوع من التصرفات لا يتم انعقاده بإيجاب وقبول في الفقه الإسلامي، مثل: الهبة؛ إذ إنه لا يلزم عاقيدها الإيجاب والقبول؛ ويكفي فيها إرادة القبض والمعاطاة من الواهب والموهوب له. (٣) وهناك تصرفات تتم بإرادة منفردة في الفقه الإسلامي، ولكن لا بد من الإيجاب والقبول فيها مثل: عقود الزواج والشركة والإجارة. ثم إن لهذين النوعين من تصرفات الإرادة آثاراً قانونية تحدثها وتنتجها الإرادة المنفردة؛ إذ ينتج عن ذلك مراكز قانونية، تشكل في النهاية ظاهرة الالتزام بهذه الحقوق، أو التنازع عليها، والمراكز القانونية التي يتولى القضاء في النهاية الفصل بها. ويلاحظ أن الفرق بين الذمة في الفقه الإسلامي والقانون الغربي أنها في الفقه الإسلامي وصف تصدر عنه الحقوق والواجبات المالية وغير المالية. أما الذمة في القانون، فلا تشمل إلا الحقوق والالتزامات المالية. (٤)

وقد قسم الفقهاء والقانونيون الدعوى التي يطلب بها صاحب الحق لنفسه إلى أقسام مختلفة، وهذا التقسيم يرجع إلى طبيعة الحق المدعى به، ومدى تعلق هذا الحق المدعى به واتصاله بالمدعى عليه، وهذه الأقسام هي:

(١) دعوى الدين.

(٢) دعوى العين.

(١) ابن نجيم، البحر الرائق شرح كنز الدقائق، ٢٢٢/٦. ابن أمير حاج، التقرير والتحبير، ١٦٥/٢.

(٢) السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، ٤٠/١.

(٣) الدسوقي، شمس الدين محمد بن أحمد بن عرفة، (ت ١٢٣٠هـ)، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، ط ١،

٤م، وهو شرح لكتاب الشرح الكبير للدردير (ت ١٢٠١هـ)، دار إحياء الكتب العلمية، بيروت، ١١٦/٤.

(٤) السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، ٤٠/١.

(٣) دعوى النسب والإرث.

(٤) دعوى القول.

(٥) دعوى الفعل.

(٦) دعوى التعويض.

(٧) دعوى الحجر وفكه.

(٨) دعاوى العقود والشروط الموجودة فيها.

(٩) الدعاوى المتعلقة بحق الانتفاع نفسه.

ثم إن هناك دعاوى يكون الحق المدعى به مشتركاً، يطلب فيها الإنسان الحق لنفسه ولغيره من الناس، وهذه الدعاوى:

(١) دعوى الحسبة.

(٢) دعوى الحقوق المشتركة.

(٣) دعاوى النقابات والجمعيات. (١)

وطبيعة هذا التقسيم لهذه الدعاوى تحدد صفة المدعي والمدعى عليه، ومن يجوز له رفع هذه الدعوى ومن لا يجوز له ذلك. وعلى من تُرفع هذه الدعوى؟ أي من يكون المدعى عليه في هذه الدعوى ومن لا يكون؟ إذ إن صفة المدعي والمدعى عليه في الدعوى، لا بد أن تكون صحيحة؛ فإذا كانت صحيحة فإن الدعوى تكون صحيحة، وإذا لم تكن هذه الصفة في المدعي والمدعى عليه، فإن هذه الدعوى تكون مستوجبة الرد؛ لانقضاء الصفة، ولعدم صحة الخصومة. (٢)

وسأتناول أنواع هذه الدعاوى فيما يأتي:

(١) حيدر، درر الحكام شرح مجلة الأحكام، ٤/ (٢٩٢-٢٩٤). السنهاوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد،

٨/ (ص ١٢، ٨٠، ١١٥، ٣٣١، ٤٠١).

(٢) حيدر، درر الحكام شرح مجلة الأحكام، ٤/ ١٨١.

أولاً: الخصم في دعوى الدين:

وهي الدعوى التي يكون موضوعها حقاً مالياً لشخص على آخر تعلق بزمته هذا الدين؛ كأن يكون شخص معين دائناً لشخص آخر بمقدار معين من النقود، وهذه الدعوى ترفع على من بزمته هذا المال.^(١) والذمة المالية تتكون من مجموع ما لشخص من حقوق وما عليه من واجبات في الحاضر والمستقبل، فهي تتألف من مجموع الحقوق الشخصية الموجودة فعلاً، ومن مجموع التزامات الشخص المالية.^(٢)

ويتفرع عن ذلك مسائل عديدة، منها: أن مدين المدين لا يكون خصماً للدائن الأصلي في حالة يساره، فالدائن تعلقت حقوقه بذمة مدينه، الذي أقرضه هذه النقود. أما في حالة اعسار المدين الأول -تقصيره في طلب حقوقه من مدينه- فيجوز للدائن أن يرفع دعوى على مدين المدين، يطالب بها بدينه؛ والسبب أن ذمة المدين الأول قد اتصلت بذمة المدين الثاني، فجاز للدائن أن يرفع دعوى دين على المدين الثاني.^(٣)

ثم إنه يتفرع عن ذلك مسألة أخرى أيضاً: وهي أن المشتري من المشتري، لا يكون خصماً للبائع. وقد نصت المادة (١٦٤١) من مجلة الأحكام العدلية: "بأنه لا يكون المشتري من المشتري خصماً للبائع مثلاً: لو باع أحد لآخر مالا، وبعد القبض باعه المشتري لآخر وسلمه، فلا تسمع دعوى البائع على المشتري الثاني، بقوله: إن المشتري الأول قبض ذلك المال، دون أداء ثمنه فأعطني ثمنه، أو أعطني إياه لأحبسه لحين استيفاء الثمن". أما عندما يقر المشتري الثاني بدعوى البائع، فيجوز للبائع أن يسترد المبيع من المشتري الثاني، أي أنه في حالة الإنكار لا يكون خصماً وفي حالة الإقرار يكون خصماً المشتري الثاني.^(٤)

(١) ابن نجيم، البحر الرائق، ١٥٣/٦. ابن عابدين، رد المحتار على الدر المختار، ٥٤٦/٥. الأنصاري، الغرر البهية شرح البهية الوردية، ٢٣٢/٥. القليوبي، أحمد بن أحمد بن سلامة، (ت ١٠٧٠هـ)، أحمد البرسلي المصري، (ت ٩٥٧هـ)، حاشيتا قليوبي وعميرة على شرح المحلى على المنهاج، ط ١، ٤م، وهو شرح على شرح جلال الدين المحلي على منهاج الطالبين للنووي، دار إحياء الكتب العلمية، بيروت، ٣٣٩/٤.

(٢) ابن نجيم، البحر الرائق، ٢٢٢/٦.

(٣) حيدر، درر الحكام شرح مجلة الأحكام، ٢٤٦/٤. باز، شرح المجلة، ص ٩٤٥.

(٤) حيدر، درر الحكام شرح مجلة الأحكام، ٢٤٧/٤.

وهناك صورة أخرى: وهي أن الوديع لا يكون خصماً لدائن المودع، فإذا أودع شخص مالا معيناً عند شخص آخر، فإن هذا الشخص الوديع لا يكون خصماً لدائن المودع؛ والسبب في ذلك أن دين الدائن قد تعلق بزمة المودع، ولم يتعلق بزمة الوديع، والذي بحوزته هذا المال. (١)

فدعوى الدين ترفع على من بذمته هذا الدين؛ بحيث يجوز للمدعي الدائن أن يتعلق بالمدين في أي مكان يجده، فإذا كان المدعي الدائن والمدعى عليه المدين من المدينة المنورة، وسافر الدائن إلى عمان ووجد المدين في عمان، جاز للدائن أن يرفع على مدينه الدعوى في عمان؛ لأن ذمة مدينه مشغولة بهذا الدين ومتعلقة به، فجاز له أن يتعلق به في أي مكان يجده، أما إذا رفع الدائن هذه الدعوى على غير المدين؛ كأن يرفعها على والد المدعى عليه المدين، أو جار الشخص المدين أو صديق المدين، فإن ذلك لا يجوز؛ إذ إن هذه الدعوى ترد لعدم صحة الخصومة؛ وهذه الدعوى مرفوعة على شخص ليس له صفة في الدعوى، فتكون الدعوى مستوجبة الرد. (٢)

وقد جاء في القرارات الاستئنافية: أن دعوى المهر هي دعوى دين للزوجة على الزوج؛ إذ إن دعوى المهر تتعلق بزمة الزوج في حال حياته تطالبه الزوجة بهذا الدين، فإذا رفعتها على غيره فإن ذلك لا يجوز، وترد الدعوى لعدم الخصومة؛ لأنه لا صفة لغير الزوج في هذه الدعوى. (٣)

وجاء في قرار آخر أنه إذا ادعى الزوج الإيصال أو الإبراء، ودفع هذه الدعوى بمثل هذه الدفوع وأثبت ذلك الدفع، فإن ذمته تكون بريئة من هذا الدين، فإذا ادّعى أن ذمته بريئة من بعض هذا الدين بالإيصال أو الإبراء، فإن ذمته تكون بريئة من هذا البعض، وجاز للزوجة أن تطالبه بما تبقى من مهرها. فدعوى الدين لا تسد إلا ببراءة الذمة من هذا الدين، فإذا أثبت أنه برىء الذمة بالإيصال أو الإبراء الصحيحين، فإن هذه الدعوى ترد لبراءة ذمة الزوج من هذا الدين. (٤)

(١) أنظر المرجع السابق، ٢٤٥/٤. وانظر المادة (١٦٣٩) من المجلة والتي تنص بأن (لا يكون الوديع خصماً للدائن المودع فلذلك ليس للدائن أن يثبت في مواجهة الوديع مطلوبة من المودع وأن يستوفي الدين من الوديعة التي لديه ولكن لما كانت نفقته واجبة على الغائب أن يدعي نفقته على الوديع ليأخذها من الوديعة).

(٢) حيدر، درر الحكام شرح مجلة الأحكام، ١٩١/٤. ياسين، نظرية الدعوى، ص ٢٩٤.

(٣) أنظر القرار الاستئنافية رقم (١٤٤٢٩) تاريخ ١٦/٢/١٩٦٦م الصادر عن محكمة الاستئناف الشرعية الأردنية والقرار الاستئنافية رقم (١٤٨٢٥) تاريخ ٣١/١٠/١٩٦٦م الصادر عن محكمة الاستئناف الشرعية الأردنية.

(٤) أنظر القرار الاستئنافية رقم (٢٠٩٨٨) تاريخ ٣٠/٩/١٩٧٩م الصادر عن محكمة الاستئناف الشرعية الأردنية.

والدعوى بالدين تبقى معلقة بالشخص المدين بعد وفاته؛ فإذا توفي جاز رفع مثل هذه الدعوى على أحد ورثة المتوفى، وعلى تركته حتى يستوفى هذا الدين من التركة، فإن حكم على تركة المتوفى بهذا الدين، وتم سداد هذا الدين من تركة المتوفى، فإن ذمته تكون قد برئت. (١)

والنتيجة أن هذه الدعوى تتعلق بذمة الشخص المدين، فلا يجوز رفعها على غيره، وإذا رفعت على غيره فإنها تكون مستوجبة الرد.

ثانياً: الخصم في دعوى العين:

وهي الدعوى التي يكون موضوعها -المدعى به- عيناً من الأعيان، سواءً أكانت هذه العين منقولة أو غير منقولة، إذ إن هذه الدعوى ترفع على من تحت يده هذه العين، (٢) فإذا أخذ أحدٌ عيناً معينة من شخص معين، وأراد صاحب العين استرداد هذه العين فإنه يتوجب عليه رفع هذه الدعوى على من تحت يده هذه العين. (٣)

ويتفرع عن هذا مسائل عديدة، أهمها: أنه إذا غصب أحدٌ عيناً معينة من شخص، وباع هذا الشخص الغاصب هذه العين لشخص آخر، وأراد الشخص المغصوب منه استردادها، فإنه يتوجب عليه رفع مثل هذه الدعوى على الشخص المشتري، الذي توجد تحت يده هذه العين، ولا يجوز له رفع مثل هذه الدعوى على الشخص الغاصب لهذه العين؛ لأن العين غير موجودة تحت يده. ثم إن هناك فرقاً بين استرداد العين وطلبها في دعوى، وبين دعوى الغصب؛ إذ إن الدعوى الأولى هي دعوى عين ترفع على من تحت يده هذه العين، والثانية هي دعوى غصب؛ ودعوى الغصب: هي دعوى فعل ودعوى الفعل ترفع على الفاعل، والفاعل في دعوى الغصب هو الغاصب. (٤)

وهناك مسألة أخرى تتفرع عن ذلك وهي: أنه إذا غصب أحدٌ عيناً معينة من شخص، ثم ادعى شخص آخر هذه العين وأخذها بالحكم، فإذا ما أراد الشخص المغصوب المطالبة بهذه

(١) ابن نجيم، البحر الرائق، ٢٠٣/٧.

(٢) ابن نجيم، البحر الرائق، ٤٧/٧. السرخسي، المبسوط، ٤٥/١٨. الأنصاري، أسنى المطالب، ٢٩٨/٢.

(٣) أنظر المادة (١٦٣٥) عن مجلة الأحكام العدلية والتي تنص (أن الخصم في دعوى العين هو ذو اليد فقط) فمثلاً (إذا غصب أحد فرس الآخر وباعها لشخص آخر وأراد صاحب الفرس استردادها فيدعيها على الشخص الذي هو ذو اليد فقط أما إذا أراد تضمين قيمتها فيدعي ذلك على الغاصب. أنظر باز، شرح المجلة، ص ٩٣٨.

(٤) الشيخ نظام، الفتاوى في مذهب الإمام أبي حنيفة، ١٦٧/٤. حيدر، درر الحكام شرح مجلة الأحكام، ٢٣٣/٤.

العين، فإنه يطلبها من الشخص الذي تحت يده هذه العين؛ وذلك لأن دعوى العين تكون على من تحت يده هذه العين، أما إذا أراد الضمان عن دعوى الغصب، وهي دعوى الفعل فإنه يجب أن يرفع ذلك الضمان على الغاصب، وهو الفاعل في دعوى الغصب. (١)

أما المسألة الثالثة المتفرعة عن ذلك: أنه إذا أقر شخص لشخص آخر بعين معينة تحت يده، ثم غاب قبل تسليم هذه العين للشخص المقر له، ثم ادعى هذه العين شخص آخر، فإنه يتوجب عليه أن يرفع دعواه على الشخص المقر، والموجود تحت يده هذه العين. (٢)

هذه بعض صور دعوى العين، على من ترفع هذه الدعوى؟ ومن هو المدعى عليه صاحب الصفة في مثل هذه الدعوى؟ إذ إنني أردت ذكر هذه الصور توضيحاً للمسألة، فدعوى العين ترفع على من تحت يده هذه العين، فإذا رفعت على غيره فالدعوى لا تكون مقبولة في هذه الحالة، وترد لعدم خصومة المدعى عليه، والمحكمة تثير هذا الدفع حتى وإن لم يثره الخصوم؛ لأن الدعوى حينما ترفع على شخص ليس له صفة، فإن هذه الدعوى لا تكون صحيحة، وتكون مستوجبة الرد. (٣)

سبق أن ذكرت أن دعوى العين تدفع بالمسائل الخمسة، كأن يدعي المدعى عليه أن يده على هذه العين هي يد حفظ وليست يد ملك. كأن يقول: إن فلاناً الغائب أعارني هذه العين، أو أودعنيها. إلى غير ذلك من الدفع بعدم الخصومة بالمسائل الخمسة، والتي تم ذكرها وتوضيحها. فإذا ما أثبت المدعى عليه أن يده يد حفظ على هذه العين، فإن الخصومة أيضاً تندفع عنه. (٤)

وقد أوردتُ بعض القرارات الاستئنافية في دعوى العين تفيد الدارس، وهي تطبيق عملي لبعض دعاوى العين، ففي دعوى الزوجة على زوجها، ادعاؤها بعض الأعيان، هذه الأعيان لا بد أن تكون موجودة تحت يد الزوج، حتى يصح ادعاؤها عليه؛ فإذا لم تكن هذه الأعيان تحت يد الزوج، فإن هذه الدعوى ترد لعدم صحة الخصومة، ولأن صفة الزوج أنه مدعى عليه، في مثل

(١) ابن نجيم، البحر الرائق شرح كنز الدقائق، ٢٣٧/٦. حيدر، درر الحكام شرح مجلة الأحكام، ٢٣٤/٤.
(٢) الشيخ نظام، الفتاوى في مذهب الإمام أبي حنيفة، ١٤٦/٥. حيدر، درر الحكام شرح مجلة الأحكام، ٢٣٣/٤.
(٣) باز، شرح المجلة، ص ٩٣٨.
(٤) ابن نجيم، البحر الرائق شرح كنز الدقائق، ٢٣١/٧. الكاساني، بدائع الصنائع، ٣٤١/٦.

هذه الدعوى غير صحيح، أما إذا كانت هذه الأعيان تحت يد الزوج، فإن يده عند ذلك تكون يد خصومة، ترفع هذه الدعوى عليه، فإذا أقر الزوج بهذه الأعيان وأنها تحت يده، وهي للزوجة فإن المحكمة عند ذلك تحكم بها للزوجة المدعية. (١)

وكذلك في دعوى الجهاز؛ وهو ما تتجهز به المرأة عند زفافها من حلي وملابس وغير ذلك، فإذا رفعت الزوجة على زوجها دعوى جهاز، تطالبه بجهازها، فإن كان هذا الجهاز موجوداً عند الزوج وتحت يده، فإن دعوها تكون مقبولة، وإذا لم يكن موجوداً عند الزوج وتحت يده، فإن دعوى الزوجة تكون غير صحيحة، ومستوجبة الرد لعدم صحة الخصومة. (٢)

ثالثاً: الخصم في دعوى الإرث وتصحيحه:

إن المتوفى عند وفاته يترك تركة، وهذه التركة تكون محتاجة إلى ضبط وتصفية؛ إذ إنه يتعلق بهذه التركة حقوق، وأول هذه الحقوق: هو تجهيز الميت وتكفينه، ثم قضاء ديونه إن كان عليه ديون، ثم تنفيذ وصاياه إن أوصى وهو حي، ثم تقسيم هذه التركة على الورثة إن كان للمتوفى ورثة، فإن لم يكن له ورثة فإن هذه التركة تكون لبيت مال المسلمين. (٣)

فإذا وجد دائن لهذه التركة، فإنه يحق له أن يرفع دعوى على أحد الورثة، يطالب فيها بدينه على هذه التركة، وقد يكون المتوفى هو الدائن لشخص معين أو شركة معينة، فيجوز أيضاً لأحد الورثة المستفيدين من هذه التركة أن يرفع دعوى يطالب فيها بدين المتوفى. (٤) وقد يكون المتوفى قد أوصى بحياته لشخص معين أو جهة خيرية معينة، فيجوز لهذا الشخص أو لهذه

(١) أنظر القرار الاستئنائي رقم (٩٥٩٩) تاريخ ١٩٥٧/٩/٢٥م الصادر عن محكمة الاستئناف الشرعية الأردنية.

(٢) أنظر القرار الاستئنائي رقم (١٤٧٥٩) تاريخ ١٩٦٧/٩/١٩م الصادر عن محكمة الاستئناف الشرعية الأردنية.

(٣) ابن نجيم، البحر الرائق، ٥٥٨/٨. السرخسي، المبسوط، ٥٢/١٥. الإيباني، شرح الأحكام الشرعية في الأحوال الشخصية، ٢٦٩/٢. درادكة، ياسين أحمد إبراهيم، الميراث في الشريعة الإسلامية، ط١، ام، دار البشير، عمان، ص ٨٧..

(٤) الخطاب، أبو عبدالله محمد بن محمد بن عبدالرحمن، (ت ٩٥٤هـ)، مواهب الجليل في شرح مختصر خليل،

ط١، ٦م، وهو شرح لمختصر أبي الضياء سيدي خليل دار الفكر، بيروت، ٤٦/٥. السبكي، أبي الحسن تقي

الدين علي بن عبد الكافي، (ت ٧٥٦هـ)، فتاوى السبكي، ط١، ٢م، دار المعارف، بيروت، ٣٢٢/١. ٣٢٢/١.

الهيتمي، الفتاوى الفقهية الكبرى، ٣٦٩/٤. الخطاب، أبو عبدالله محمد بن محمد بن عبدالرحمن، (ت

٩٥٤هـ)، مواهب الجليل في شرح مختصر خليل، ط١، ٦م، وهو شرح لمختصر أبي الضياء سيدي خليل دار

الفكر، بيروت، ٤٦/٥.

الجهة أن تطالب بالوصية وتنفيذها بعد وفاة المتوفى،^(١) وقد يكون أحد الورثة قد قسمت التركة ولم يحدد نصيبه في هذه التركة، ولم يأخذ نصيبه أو أنه أخذ أقل من نصيبه عند التقسيم، فيجوز لهذا الوارث أن يرفع دعوى على وارث آخر، يطالب فيها بحصته الإرثية، ويطلب فيها بتصحيح حجة الإرث؛ لأنه أخذ أقل من نصيبه، وشرط الوارث الذي ترفع عليه مثل هذه الدعوى أن تتأثر حصته بالنقصان؛ لأنه لو تأثرت حصته بالزيادة فإنه يكون مستفيداً في هذه الدعوى، حيث إن شرط الوارث رافع هذه الدعوى، هو المصلحة المستفادة من كونه لم يأخذ حصته من التركة، أو أن حصته ناقصة. وشرط المدعى عليه الوارث: هو نقصان حصته، وتأثره في هذه الدعوى؛ إذ إن الدعوى لا تجوز بين مدعي ومدعى عليه مستفيدين من هذه الدعوى، وشرط هذه الدعوى أيضاً أن يذكر المدعي في هذه الدعوى، جميع الورثة البالغين منهم والقاصرين وفاقدي الأهلية، إذ إنه يمثل القاصرين في مثل هذه الدعوى الولي أو الوصي عليهم، ويشترط أيضاً ذكر أنه لا مستحق لهذه التركة سوى الورثة المذكورين في هذه الدعوى.^(٢)

وفي دعوى النسب بعد الوفاة، لا بد أن تكون الدعوى ضمن دعوى حق آخر غير النسب؛ إذ يكون الخصم في ذلك هو أحد الورثة، ولا بد أن يذكر الورثة، ومقدار ما يستحقه كل واحد منهم من التركة، وأن يبين أسهم الورثة كاملين، وهذه الشروط أيضاً يجب أن يبينها المدعي، إذا كانت دعوى النسب هي دعوى أخوة أو عمومة؛ حتى يكون للمدعي مصلحة في هذه الدعوى، وهي الحق الإرثي الذي يدعيه. أما إذا كانت الدعوى قبل الوفاة، وكانت دعوى بالأبوة أو البنوة، فلا يشترط فيها أن تكون ضمن دعوى حق آخر غير النسب؛ لأن الأبوة والبنوة قبل الوفاة فيها مصلحة للمدعي، وهي إثبات نسبه حيث يكون نسبه مجهولاً.^(٣)

وقد جاء في القرار الإستئنافي؛ أن شخصاً رفع دعوى على ورثة المتوفى، وهما زوجته وابنته وأمه وأنه قد قام برفع هذه الدعوى على زوجة المتوفى، يطلب فيها تصحيح الإرث

(١) ابن نجيم، البحر الرائق شرح كنز الدقائق، ٥١/٧. الكاساني، بدائع الصنائع، ٥٦٦/٧. ابن تيمية، شيخ الإسلام تقي الدين أحمد بن عبدالحليم الحراني، (ت ٧٢٨هـ)، الفتاوى الفقهية الكبرى، ط ١، ٦م، (تحقيق الشيخ أحمد كنعان)، دار الأرقم، بيروت، ٣٩٦/٤. الإبياني، شرح الأحكام الشرعية في الأحوال الشخصية، ٢٧٠/٢.

(٢) الكاساني، بدائع الصنائع، ٢٦١/٥. القرافي، الفروق، ٧٥/٤. الخطاب، مواهب الجليل في شرح مختصر خليل، ٢٦١/٥. ابن تيمية، الفتاوى الفقهية الكبرى، ٣٩٧/٤.

(٣) ابن نجيم، البحر الرائق شرح كنز الدقائق، ٢٦/٧. الشيخ نظام، الفتاوى الهندية في مذهب الإمام أبي حنيفة، ١٧٨/٦. ابن عابدين، رد المحتار على الدر المختار، ٥٨٣/٥. الإبياني، شرح الأحكام الشرعية في الأحوال الشخصية، ٣٣/٢.

بإدخاله فيها، كونه غاصباً للمتوفي. فإن هذه الدعوى تكون غير مقبولة؛ لأنه على فرض ثبوتها فإن حصة الزوجة لا تتأثر ولا تنقص، والذي يتأثر في مثل هذه الدعوى هي البنت، إذا ثبتت دعوى المدعي، فكان يجب عليه رفع الدعوى على البنت؛ لأن حصتها تتأثر في حالة الثبوت بالنقصان، وإلا فإن هذه الدعوى تكون مستوجبة الرد لعدم الخصومة. (١)

رابعاً: الخصم في دعوى القول:

أما دعوى القول فهي التي يكون سببها قول معين، فدعوى القول ترفع على القائل من الشخص الذي تأثر نتيجة هذا القول، ومن قبل الشخص الذي مس حقوقه هذا القول، بحيث يجعل لهذا الشخص مركزاً قانونياً، يستطيع به رفع الدعوى على القائل، ومن الأمثلة على هذه الدعوى: دعوى التشهير بالقول بشخص معين، ودعوى الطلاق التي ترفعها الزوجة على زوجها بأنه طلقها، فالمدعى عليه في دعوى الطلاق هو الزوج الناطق بهذا الطلاق، فإذا ما رفعت هذه الدعوى على غيره فإن ذلك غير جائز. (٢)

والقول: هو لفظ يقوله القائل أو ما يدل على هذا اللفظ، فيؤدي إلى تلك الدعوى على القائل. فالزوج يملك إيقاع القول، وهو الطلاق على زوجته. فإذا ما طلق الزوج زوجته أو أطلق لفظاً يدل على إيقاعه هذا الطلاق، فإن هذا اللفظ يؤدي إلى جعله مدعى عليه، وينشئ دعوى تسمى دعوى إثبات الطلاق.

وقد يكون القول في مثل هذه الدعوى كنائياً وليس لفظاً صريحاً، إلا أن هذا القول الكنائى يؤدي إلى أثر القول الصريح نفسه، فيتسبب بهذا النوع من أنواع الدعاوى؛ وهو دعوى القول. إذ يحقق القاضي في هذا القول والقصد منه، فإذا قامت البينة عليه فإن دعوى القول تكون قد ثبتت، فدعوى إثبات الطلاق الذي يكون بألفاظ كنائية، وألفاظٍ صريحة، له طريقة في التحقيق للخروج في النهاية بحكم هذا الطلاق، وهل ثبت الطلاق بهذا اللفظ أم أنه لم يثبت؟ (٣)

(١) أنظر القرار الإستئنافي رقم (٩٥١٥) تاريخ ١٩٥٧/٦/١١م الصادر عن محكمة الاستئناف الشرعية الأردنية.

(٢) حيدر، درر الحكام شرح مجلة الأحكام، ٢٢٨/٤. باز، شرح المجلة، ص ٩٣٤.

(٣) الزليعي، تبين الحقائق شرح كنز الدقائق، ٤٩/٣. ابن نجيم، البحر الرائق شرح كنز الدقائق، ٢٥/٤.

فإذا ما رفعت دعوى القول على غير القائل، فإن هذه الدعوى غير مقبولة، وترد لعدم صحة الخصومة، فالمدعى عليه في هذه الدعوى هو القائل، والذي لا يجوز رفع الدعوى على غيره؛ لأن غيره ليس له صفة في مثل هذه الدعوى. (١)

وجاء في القرار الاستئنافي: أن دعوى الطلاق بطلقة بائنة قبل الدخول والخلوة الشرعية، تُرفع على الزوج الذي تلفظ بهذا الطلاق، فإذا ما أقر بهذا الطلاق فأقراره مقبول؛ لأن كل من كان القول قوله فقولته مصدق بيمينه، فإذا ما رفعت هذه الدعوى على غير الزوج المتلفظ بهذا الطلاق، فإن هذه الدعوى غير مقبولة لعدم صحة الخصومة. (٢)

أما إذا تلفظ الزوج بلفظ كنائي في الطلاق، وأقر بأنه قد تلفظ بهذا اللفظ الكنائي، وأنه كان قاصداً إيقاع الطلاق على زوجته، فإنه بلفظه هذا يكون قد أوقع طلاقاً على زوجته؛ لأن القول قوله في مثل هذه الدعوى، وقد أقر بهذا اللفظ وأقر بأنه كان قاصداً طلاق زوجته، فيكون قد وقع منه طلاقاً على زوجته. (٣)

خامساً: الخصم في دعوى الفعل:

وهي الدعوى التي يكون سببها الفعل الذي قام به شخص معين ويسمى الفاعل، حيث يفعل فعلاً معيناً بشخص معين فيؤدي فعله هذا إلى جناية بالشخص المفعول به، فدعوى الفعل تكون على الفاعل من المفعول به، مثل: دعوى القتل أو الغصب أو دعوى السرقة. فالقتل والسرقة والغصب أفعال يفعلها، تؤدي إلى جناية بالمفعول به، فدعوى القتل ترفع من ورثة المقتول على القاتل الفاعل، ودعوى السرقة ترفع من المسروق على السارق الفاعل، ودعوى الغصب ترفع من المغصوب على الغاصب. وسميت بهذا الاسم؛ لأنها تنصب على فعل معين مثل فعل السرقة أو فعل الغصب أو فعل القتل. (٤)

فالجريمة عندما تقع هي فعل، ويترتب على مرتكبها الجزاء الجنائي. ومن خصائص هذه الدعوى: أنها دعاوى شخصية؛ لأن فيها عقوبات. وهذه العقوبات لا تقع إلا على من ارتكب

(١) حيدر، درر الحكام شرح مجلة الأحكام، ٤/٢٢٩. وزارة الأوقاف الكويتية، الموسوعة الفقهية، ٢٠/٢٩٧.
 (٢) أنظر القرار الاستئنافي رقم (٤٠٣٨٥) تاريخ ١٦/٤/١٩٩٦م الصادر عن محكمة الاستئناف الشرعية الأردنية.
 (٣) ابن نجيم، البحر الرائق، ٤/٢٥.
 (٤) الزيلعي، تبیین الحقائق شرح كنز الرقائق، ٤/٣١٥. السرخسي، المبسوط، ١٧/٢٧.

الجريمة، أو ساهم فيها شخصياً. فالمسؤولية الجنائية القانونية نتيجة حتمية لشخصية الدعوى الجنائية؛ بحيث تشير أصابع الاتهام إلى شخص معين، بأن له يدا بهذا الفعل، والذي يوجب القانون العقوبة عليه. (١)

فكل جريمة لا بد وأن تنشأ عنها دعوى جزائية، مثل: حق المجتمع وحق الفرد في معاقبة هذا الفرد المدعى عليه؛ لما ارتكبه من جريمة على فعله، وكل ذلك لإرساء العدالة واستئصال بذور الجريمة وحماية المجتمع. (٢)

فدعوى الفعل سميت بهذا الاسم؛ لأنها تنصب على فعل. والمدعى عليه في هذه الدعوى: هو الفاعل. فإذا رفعت على غيره فهي غير مقبولة، وخاصة أن هذه الدعوى شخصية، فلا يجوز أن تقع العقوبة على شخص لم يرتكب الجريمة؛ إذ إن الدعوى ترد في هذه الحالة؛ لعدم الخصومة ولانتفاء الصفة في المدعى عليه. (٣)

وقد جاء في القرار الاستئنافي: أن الزوج إذا غصب المصاغ الذهبي للزوجة وأخذه، فعند ذلك تكون مثل هذه الدعوى هي دعوى غصب وليس دعوى دين. ودعوى الغصب: هي دعوى فعل، فاعلها الزوج. فيكون الزوج الغاصب لهذا المصاغ الذهبي هو المدعى عليه، وعند ذلك ترفع مثل هذه الدعوى في المحاكم النظامية، فهي من اختصاصها وليس من اختصاص المحاكم الشرعية في الأردن، وليس من وظيفتها نظر مثل هذه الدعوى. (٤)

سادساً: الخصم في دعوى التعويض:

سبق وأن تحدثنا عن دعوى التعويض وعن الضرر الذي يصيب إنساناً، نتيجة فعل معين يقوم به شخص، سواءً استعمل هذا الحق التابع له وأضر بغيره، أو استعمل حق غيره وأضر بغيره، فالمسؤولية التقصيرية تقع في الحالتين، على الشخص الذي ألحق الضرر بغيره؛ إذ يجوز لهذا الشخص الذي لحق به الضرر، أن يرفع دعوى على المسؤول المتسبب عن هذا الضرر،

(١) الفهوجي، علي عبد القادر، شرح قانون أصول المحاكمات الجزائية، ط١، ٢م، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ص ١١٠.

(٢) جعفر، علي محمد، شرح قانون أصول المحاكمات الجزائية، ط١، ١م، المؤسسة العامة للدراسات والنشر، بيروت، ص ٢٣.

(٣) حيدر، درر الحكام شرح مجلة الأحكام، ٢٣٤/٤. باز، شرح المجلة، ص ٩٣٨.

(٤) أنظر القرار الاستئنافي رقم (٢٥٥٧٧) تاريخ ٢١/٥/١٩٨٥م الصادر عن محكمة الاستئناف الشرعية الأردنية.

يطلب فيها التعويض عما لحق به من ضرر، وأصل هذه القاعدة: هو حديث النبي -صلى الله عليه وسلم-: (لا ضرر ولا ضرار).^(١) سواءً أكان هذا الضرر واقعاً أو متوقعاً، فإذا كان هذا الضرر واقعاً؛ فيجب إزالته في الحال. وإذا كان هذا الضرر متوقعاً، وجب دفعه؛ وذلك لأن دفع الضرر الأولي رفعه ودفعه وإزالته قبل وقوعه.^(٢)

وفي قانون الأحوال الشخصية الأردني: إذا طلق الزوج زوجته طلاقاً تعسفياً بلا سبب، جاز لها أن ترفع دعوى التعويض عن الطلاق التعسفي عليه، فقد نصت المادة (١٣٤) من قانون الأحوال الشخصية: إذا طلق الزوج زوجته تعسفياً؛ كأن طلقها لغير سبب معقول، وطلبت من القاضي التعويض، حكم لها على مطلقها بالتعويض الذي يراه مناسباً على الزوج؛ لأنه أضر بزوجه بهذا الطلاق، وهو المسؤول عن هذا الضرر الذي أصاب الزوجة.^(٣)

وفي حالة وفاة الزوج المطلق لزوجته طلاقاً تعسفياً، فإن هذه الدعوى ترفع على التركة بمواجهة أحد الورثة؛ لأن الوارث يكون خصماً عن المورث في حالة وفاة المورث، والتعويض عن هذا الطلاق مسؤول عنه المورث الذي توفي، فينتقل التعويض بعد ذلك على التركة، وتقام الدعوى على أحد الورثة.^(٤)

سابعاً: الخصم في دعوى الحجر وفكه:

الحجر في الاصطلاح: (هو منع جميع التصرفات القولية لشخص معين)^(٥)؛ ويقسم إلى قسمين:

١. محجور لذاته: كالمجنون والمعتوه والصغير.

- (١) الإمام مالك، الموطأ، كتاب الأقضية، باب القضاء في المرفق، ص ٤٣٥ (تفرد في رواية هذا الحديث الإمام مالك رضي الله عنه). قال الألباني: (هذا حديث صحيح)، أنظر الألباني، إرواء الغليل في تخريج أحاديث منار السبيل، حديث رقم (٨٩٦)، ٤٠٨/٣.
- (٢) السيوطي، جلال الدين عبدالرحمن بن أبي بكر بن محمد، (ت ٩١١هـ)، الأشباه والنظائر، ط ١، م، دار الكتب العلمية، بيروت، ص ٨٤. الحموي، غمز عيون البصائر، ١/٢٧٤. الدريني، نظرية التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي، ص ٨٣.
- (٣) أنظر المادة (١٣٤) من قانون الأحوال الشخصية الأردني، قانون رقم (٦١) لسنة ١٩٧٦م والقانون المعدل لقانون الأحوال الشخصية الأردني لسنة ٢٠٠١م.
- (٤) باز، شرح المجلة، ص ١٠٩٩.
- (٥) الزيلعي، تبين الحقائق شرح كنز الدقائق، ١٩١/٥، ابن أمير حاج، التقرير والتحبير، ١٨٣/٢. ابن قدامة، المغني، ٢٩٦/٤.

٢. محجور لغيره: كالسفيه والمبذر والمغفل؛ وهم الذين يبذرون أموالهم خلاف مقتضيات الشرع والعقل. (١)

والحجر يكون بمنع الأقوال ولا يكون بمنع الأفعال، فإذا ما فعل مجنون جنائية معينة، فإن الضمان يكون في ماله. ولا يجوز للمحجور عليه أن يوقع عقوداً، أو يتعامل معه بمعاملة مالية إلا بمعرفة وليه، وشريطة أن يكون ذلك لمصلحته؛ إذ إنه لا يصح من المحجور عليه بيع ولا شراء ولا هبة ولا نكاح إلا بإذن وليه وشريطة أن تكون مصلحته متوفرة في ذلك.

والحجر على الصغير والمجنون والمعتوه، يكون بتثبيت الحجر عليهم؛ إذ إنهم محجورون لذاتهم. أما الحجر على السفيه فيكون بالزامه بمنع تصرفاته القولية. (٢)

فإذا ما رفعت دعوى الحجر على الصغير أو المجنون أو المعتوه، فإنه يرفعها الولي أو الوصي عليهم، وتعين المحكمة وصياً على المحجور عليه لذاته لغايات الخصومة؛ لكي يدافع ويرافع عن هذا الشخص المحجور لذاته، وإذا ما رفعت دعوى الحجر على السفيه، فإنه يرفعها الولي عليه أو أحد ورثته أو أحد عصباته، حيث يرفعها عليه مباشرة؛ لأن السفيه ليس فاقداً عقله. فالسفيه يستطيع أن يدافع ويرافع عن نفسه، ويستطيع أن يخصام عن نفسه، وإذا انتهى الحجر عنه ولم يعد مبذراً، فإنه يرفع دعوى الحجر هو نفسه على من تسبب بإلقاء الحجر عليه لسفهه. (٣)

وعند تثبيت دعوى الحجر، يحكم بثبوت جنون المدعى عليه أو المعتوه؛ إذ أنه محجور لذاته وتكون جميع تصرفاته القولية غير صحيحة؛ إذ إن المحجور عليه لذاته تكون أقواله غير مقبولة، قبل إلقاء الحجر عليه وبعده، أما المحجور عليه للسفه، فقد ذهب أبو حنيفة ومحمد - رضي الله عنهما - أنه يثبت بنفس السفه، ولا يتوقف على قضاء القاضي. وذهب أبو يوسف - رضي الله عنه - أن الحجر يثبت بقضاء القاضي. فالسفيه ليس محجوراً لذاته، وإنما يلقي القاضي الحجر عليه. واستدل بقوله تعالى: ﴿...﴾

(١) الزيلعي، تبين الحقائق شرح كنز الدقائق، ١٩١/٥. ابن أمير حاج، التقرير والتحرير، ١٨٣/٢. السبكي، الفتاوى، ٣٣٧/١.

(٢) الرصاع، محمد بن قاسم، (ت ٨٩٤هـ-)، شرح حدود ابن عرفة، ط ١، ام، المكتبة العلمية، بيروت، ص ٤٢٣.

(٣) ابن نجيم، البحر الرائق شرح كنز الدقائق، ٨٩/٨. العبدري، (المواق)، التاج الإكليل المختصر خليل، ٦٠٥/٦. الأنصاري، أسنى المطالب، ١٨٤/٢. القليوبي وعميرة، حاشيتنا قليوبي وعميرة، ٣٧٨/٢.

﴿١﴾ فهذا نص صريح في إثبات الولاية على السفية، والحجر عند أبي حنيفة - رحمه الله - على السفية لا يجوز. أما عند الصحابين فإنه يجوز؛ للدليل الذي أوردته. وعند الشافعية والمالكية والحنبلة أجازوا الحجر للدليل الذي أوردته وللكفاية. إذ إن تبذير السفية فيه فساد لنفسه وللمجتمع، ويجب منعه والتولية عليه بولي؛ ليقوم بمصالحه ويدبر شؤونه. ^(٢) والراجح: هو جواز الحجر على السفية من القاضي، حيث إن السفية ليس محجورا لذاته، وإنما يلقي القاضي الحجر عليه، وهذا هو المعمول به في المحاكم الشرعية داخل المملكة الأردنية الهاشمية.

وقد جاء في القرارات الاستثنائية أن المحجور عليه لذاته، لا يجوز أن يرفع عن نفسه، وإنما تعين المحكمة وصياً عليه؛ لغايات الخصومة في دعوى الحجر، حيث يرفعها عليه الولي أو الوصي عليه، أما المحجور عليه للسفه؛ فإنه يرفع ويدافع عن نفسه، ويرفع الدعوى عليه وولييه أو الوصي عليه، أو أحد عصباته فروعه، أو أصوله الذي تهمة مصلحة هذا السفية؛ وذلك حتى تكون الخصومة صحيحة في دعوى الحجر؛ حيث إنها تكون بخلاف ذلك غير صحيحة ومستوجبة الرد. ^(٣)

ثامناً: الخصم في دعوى العقد:

المقصود بهذا النوع من أنواع الدعاوى: الدعوى التي يكون موضوعها عقداً من العقود، سواءً أكان إثبات هذا العقد أم إبطال هذا العقد، وسواءً كان إبطال شرط في هذا العقد أم إثبات شرط فيه؛ إذ إن المدعى عليه في هذه الدعوى وصاحب الصفة فيها هو: العاقد المباشر للعقد.

(١) سورة البقرة، الآية (٢٨٢).

(٢) ابن نجيم، البحر الرائق شرح كنز الدقائق، ٨/ (٩٠-٩١). ابن عابدين، رد المحتار على الدر المختار، ٦/١٤٨. الخطاب، مواهب الجليل في شرح مختصر خليل، ٦/٣٢٨. الرصاع، شرح حدود ابن عرفة، ص ٤٢٣. الأنصاري، أسنى المطالب، ٢/١٤٥. ابن قدامة، المغني، ٤/٣٠٤.

(٣) أنظر القرارين الاستثنائيين رقم (٢٩٣٢٨) تاريخ ٤/١٠/١٩٨٨م والقرار رقم (٤٥٤٧٣) تاريخ ٢٧/٨/١٩٩٨م الصادرين عن محكمة الاستئناف الشرعية الأردنية.

فلا يجوز رفع هذه الدعوى على غيره، فإذا ما رفعت على غيره فإنها دعوى غير مقبولة ومستوجبة الرد؛ لأن المدعى عليه غير خصم فيها. (١)

والعقد ينشأ عن إلتقاء إرادتين متطابقتين، مع ما يقرره القانون فوق ذلك؛ لانعقاد العقد؛ إذ إن العقد بمجرد انعقاده ينشئ مراكز قانونية للعاقدين المباشرين للعقد، والتعبير عن الإرادة في العقد يكون باللفظ والكتابة والإشارة المتداولة عرفاً، حيث يكون باتخاذ موقف لا تدع ظروف الحال شكاً في دلالاته على حقيقة المقصود، وفي العقود الملزمة للجانبين إذا لم يوف أحد المتعاقدين بالتزامه، جاز للمتعاقد الآخر بعد إعداره للطرف المخل بالتزامه، أن يطالب بتنفيذ العقد أو بفسخه، ويجوز الإتفاق على جعل العقد مفسوخاً دون الحاجة إلى حكم قضائي بذلك. وإذا فسخ العقد أعيد المتعاقدان إلى الحالة التي كانا عليها قبل انعقاد العقد. (٢)

فهذه الدعوى تنصب على العقد وأركانه، ويكون المدعى عليه في هذه الدعوى: هو الشخص المباشر للعقد؛ إذ لا يجوز رفع هذه الدعوى على غيره، فإذا رفعت على غيره فإنها تكون مستوجبة الرد وغير مقبولة، بحيث ترد مثل هذه الدعوى؛ لعدم خصومة المدعى عليه. فمثلاً: إذا رفعت هذه الدعوى على كاتب هذا العقد، فإنها غير مقبولة. وإذا رفعت على مدير تسجيل دائرة معينة، مسجل هذا العقد فيها أيضاً، فإنها مقبولة، وهذا الدفع يجوز أن تثيره المحكمة، حتى ولو لم يثره الخصوم. إذ ترد المحكمة الدعوى؛ لعدم صفة المدعى عليه فيها. إذا رفعت هذه الدعوى على غير العاقد المباشر لهذا العقد. (٣)

ومثال هذه الدعوى دعوى المباع على البائع بعيب خفي، إذ يجوز إبطال مثل هذا العقد؛ لوجود العيب الخفي في المبيع، وجميع الفقهاء مجمعون على ذلك، فلا يجوز للمبتاع أن يرفع هذه الدعوى على غير البائع؛ لأن البائع هو العاقد المباشر لهذا العقد، فإذا ما رفعت هذه الدعوى

(١) ابن نجيم، البحر الرائق شرح كنز الدقائق، ٢١٨/٧. الزيلعي، تبیین الحقائق شرح كنز الدقائق، ٢٣٥/٤. وزارة الأوقاف الكويتية، الموسوعة الفقهية، ٢٩٧/٢٠.

(٢) شتات، أسامة أحمد، القانون المدني حسب أحدث التعديلات، ط١، ام، دار الكتب القانونية، القاهرة، ص ٤٠-٤١.

(٣) الرملي، شمس الدين محمد بن أحمد، (ت ١٠٠٤هـ)، نهاية المحتاج إلى شرح ألفاظ المنهاج، ط١، ام، وهو شرح لكتاب منهاج الطالبين للإمام النووي، (ت ٦٧٦هـ)، دار الفكر، بيروت، ٣٤٧/٨. ابن تيمية، الفتاوى الكبرى الفقهية، ٢٨٣/٤.

وأثبت المبتاع هذا العيب الخفي في الشيء المبتاع جاز له إبطال عقد البيع الذي عقده العاقدان بإردتهما. (١)

تاسعاً: الدعاوى المتعلقة بحق الانتفاع نفسه:

يجوز للمنتفع أن يرفع دعوى يطالب بها بحق الانتفاع نفسه، ويجوز له أن يرفع دعوى الحيازة يحمي بها حيازته للعقار المنتفع به، إذ إنه يرفع هذه الدعوى على مالك الرقبة، إذا تعرض له في حيازته بحق الانتفاع، ويجوز أيضاً للمنتفع أن يرفع دعوى تعيين الحدود، ودعوى القيمة ومتى ثبتت دعواه وتسلم هذه الرقبة من مالك الرقبة عليه جاز له أن يستثمره على النحو الذي يستثمره به المالك، وذلك كله وفقاً لما أعد له الشيء بحسب طبيعته، وعلى هذا إذا كان الشيء داراً أعدت للسكن، لم يجز له أن يحول هذه الدار إلى فندق، أو إلى مخزن لحفظ البضائع، أو نحو ذلك. ويجوز له أن يسكن الدار بنفسه، أو أن يؤجرها للسكن؛ وإذا كان هذا الشيء المنتفع به أرضاً زراعية أعدت للزراعة، لم يجز للمنتفع أن يحولها إلى أرض للمحصولات العادية: كالتطن والقمح والفل، ولا يجوز له أن يقتلع الأشجار المزروعة والموجودة فيها. (٢)

ومن الأمثلة على النوع من الدعاوى: دعوى حق الحضانة. فمدار هذه الدعوى هو منفعة الطفل ومصالحته؛ إذ إن هذا الطفل إذا كانت مصالحته ومنفعته عند الأم، فتكون الأم مقدمة في حضانته على غيرها، وإذا كانت منفعة هذا الطفل عند والده بأن يضمه إليه، فإنه يضم إليه؛ وهناك شروط للحاضن يجب أن تتوفر فيه منها: القدرة على تربية الطفل بحيث لا يضيع الولد عنده، ومدار ذلك كله منفعة الصغير ومصالحته. (٣)

(١) المكناسي، أبو عبدالله محمد بن عبدالله، (ت ٩١٧هـ)، . (مجالس القضاة والحكام التنبيه والإعلام فيما أفتاه المفتون وحكم به القضاة من الأوهام) ، ط ١، م ٢، (تحقيق الدكتور نعيم عبدالعزيز سالم بن طالب الكثيري)، جمعية الماجد للثقافة والتراث، دبي، ٤١٤/٢.

(٢) السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، ١٢٤٣/٩.

(٣) الباجي، المنتقى شرح الموطأ، ١٨٨/٦. أنظر المادة (١٥٥) من قانون الأحوال الشخصية الأردني رقم ٦١ لسنة ١٩٧٦م والتي تنص (يشترط في الحاضنة أن تكون بالغة عاقلة لا يضيع الولد عندها لانشغالها عنه قدرة على تربيته وصيانتته وأن لا تكون مرتدة ولا متزوجة بغير محرم للصغير وأن لا تمسكه في بيت مبغضيه).

وإذا تساوى مطالبو الضم، يرجح أصلحهم وأقدرهم على حضانة هذا الصغير؛ لأن القصد من وراء ذلك هو: منفعة الصغير ومصالحته. (١)

والمعمول به في المحاكم الشرعية الأردنية، أنه إذا تنازع الأب والأم على حضانة الصغير فرفع الأب دعوى ضم يطلب فيها ضم هذا الطفل. وجاء بسبب صحيح مثل: إهمال الأم لهذا الطفل أو عدم قدرتها على حضانته وتربيته، فإنه يحكم للأب به؛ وذلك مراعاة لمصلحة الصغير، وحفظاً لمنفعته. إذ إن مدار هذه الدعوى هو: منفعة الصغير. (٢)

المطلب الخامس: دعاوى الحقوق المشتركة.

قد يتعدد المدعون في الدعوى، وقد يتعدد المدعى عليهم. وطبيعة هذا التعدد ترجع إلى أن سبب الدعوى يكون واحداً، وتعدد المدعى عليهم أيضاً يرجع إلى الادعاء عليهم بحق متعلق بموضوع واحد، وعند ذلك لا بد من توجيه لائحة دعوى لهم، وتبليغ كل واحدٍ منهم حسب الأصول والقانون. (٣)

ومن الدعاوى التي تتعدّد فيها الخصومة:

أولاً: دعوى الحسبة:

وهي الدعوى التي يجوز رفعها من أي مسلم، على المدعى عليه أو المدعى عليهم؛ وذلك لأن ماهية هذه الدعوى حفظ الدين، وتعلق حق الله بها، فإذا تعلق الأمر بحفظ حق الله - سبحانه وتعالى - جاز لأي فرد من أفراد المسلمين رفع هذه الدعوى، حتى إن الحاكم إذا لم ترفع هذه الدعوى، يجب عليه أن يعين محتسباً لرفعها. (٤)

(١) الباجي، المنتقى شرح الموطأ، ١٨٦/٦. ابن قدامة، المغني، ٢٠١/٨.

(٢) أنظر القرار الاستئنافي رقم (١٠٦٧٢) تاريخ ١٩٥٩/١٢/٢٦ الصادر عن محكمة الاستئناف الشرعية الأردنية.

(٣) المادة (٣٢) من قانون أصول المحاكمات الشرعية الأردني رقم (٣١) لسنة ١٩٥٩م.

(٤) ابن عابدين، العقود الدرية في تنفيح الفتاوى الحامدية، ٤٢/٢. البهوتي، كشف القناع على متن الإقناع، ٣٣٢/٦.

أما في القانون: فيطلق على هذه الدعوى اسم دعوى النيابة العامة؛ إذ لا يجوز إلا للنائب العام رفعها وأشخاص قليلون معيّنون باسم القانون لهذه الغاية، ثم إن مجال هذه الدعوى أقل في القانون منه في الفقه؛ فلها مجالات معينة في القانون، أما في الفقه فهي غير محصورة؛ إذ إنها تتعلق بحقوق الله - سبحانه وتعالى - ويجوز رفعها من أي مسلم.^(١)

ويعد رجال النيابة العامة ممثلين للسلطة التنفيذية، فهم مرتبطون بوزير العدل ولا يتمتعون إلا باستقلال محدود.^(٢) أما في الفقه الإسلامي: فإن المدعي لا يرتبط بأحد، فدعوى الحسبة متعلقة بكل واحد من المسلمين.^(٣)

والمعمول به في المحاكم الشرعية الأردنية: أنه يجوز رفع دعوى الحسبة من أي مسلم، وإذا لم يتم مسلم برفعها يعين القاضي مدعياً باسم الحق العام الشرعي، ويباشر في خصومة المدعي عليه، ومن التطبيقات على ذلك أنه إذا رفع شخص على آخر دعوى الردة، فإنه يجوز له ذلك الإدعاء باسم الحق العام، والشهادة في مثل هذه الدعوى غير محصورة مثل باقي الدعاوى الشخصية، والتي تتعلق بالأشخاص.^(٤)

وجاء في القرارات الاستئنافية: أنه أثناء نظر الدعاوى المتعلقة بالحقوق الشخصية، إذا ادعى واحد على آخر أنه مرتد لأنه لا يصلي أو لا يؤدي أي ركن من أركان الإسلام، فإن المحكمة توقف النظر في دعوى الحقوق الشخصية، إلى أن يتم الفصل في دعوى الردة؛ حيث يعين المدعي مدعياً باسم الحق العام الشرعي، وإذا لم يوافق يعين القاضي مدعياً باسم الحق العام الشرعي، ويقوم بالفصل في دعوى الردة؛ إذ إنه إذا ما تبين أن هناك اعتداء من شخص على حق من حقوق الله - سبحانه وتعالى - ينبغي على القاضي أن يوقف النظر في الدعوى الأصلية، ويحقق في دعوى الردة المحدثه وكل ذلك من باب حفظ الدين والدفاع عنه والذي يتوجب على كل مسلم ومسلمة حفظه حيث أجازت الشريعة الإسلامية رفع مثل هذه الدعوى.^(٥)

(١) وزارة الأوقاف الكويتية، الموسوعة الفقهية، ١٧/٢٣٤.

(٢) أنطاكي، أصول المحاكمات، ص ١١٥.

(٣) الماوردي، الأحكام السلطانية، ص ٣٦٣.

(٤) أنظر القرار الاستئنافي رقم (٣٩٩٥٢) تاريخ ١٥/١/١٩٩٦م الصادر عن محكمة الاستئناف الشرعية الأردنية.

(٥) أنظر القرار الاستئنافي رقم (٤٤٣٣٢) تاريخ ٢٥/٢/١٩٩٨م الصادر عن محكمة الاستئناف الشرعية الأردنية.

ثانياً: دعوى الحقوق المشتركة:

هذه الدعوى تتعلق بكون الحق المدعى به مشتركاً، سواءً من جهة المدعين أم المدعى عليهم، فقد يتعدد المدعون والمدعى عليهم. ويمس الحق المدعى به مجموعة من المدعين ومجموعة من المدعى عليهم، مثل: دعوى النهر؛ فقد يرفع مجموعة من المدعين على مجموعة من الصيادين على النهر، أنهم قد أضروا بزراعتهم على النهر، فصار الحق المدعى به قد أضر بمجموعة من المدعين، ومس حقوقهم؛ مما يستوجب رفعها على المدعى عليهم كلهم، الذين تسببوا بهذا الضرر على المزارعين في زراعتهم على النهر. وشرط هذه الدعوى: أن يكون الحق المدعى به مشتركاً قد مس حقوقهم جميعاً. (١)

وقد ورد أنه يجوز لكل مسلم نصب الدالية على الأنهار العامة (كدجلة والفرات) شريطة أن لا يضر ذلك بالنهر، وبمصالح الآخرين. إذ إن هذه الأنهار لم تدخل تحت يد أحد، فلا يثبت الاختصاص بها لأحد، كلهم مشتركون فيها، وجاز لكل مسلم الانتفاع بها، شرط أن لا يضر ذلك بالنهر، كأن يضر مثلاً بالشرب. فإن ذلك لا يجوز. ومثاله أيضاً: أنه يجوز الانتفاع بالطريق العامة لكل مسلم، فإذا أضر أحد الأشخاص بالطريق العام فإنه يجوز لأي مسلم آخر رفع دعوى على المتسبب بهذا الضرر، يطالبه برفع الضرر الذي لحق بهذه الطريق. (٢)

والمصلحة العامة مقدمة على المصلحة الخاصة في الشريعة الإسلامية، فعندما تتعارض المصلحتان تقدم المصلحة العامة على المصلحة الخاصة؛ إذ إن نظرة الشريعة الإسلامية هي نظرة مقاصدية، تهدف إلى صون المجتمع وحماية مصالحه من العبث. (٣)

وقد يتعدد أطراف الالتزام، حيث يلحق الالتزام وصف التعدد في طرفيه، ولهذا التعدد صور، هي:

(١) قد يتعدد طرفا الالتزام المدعين والمدعى عليهم، فقد يتعدد الدائن أو المدين ويسمى: الالتزام متعدد الأطراف.

(١) حيدر، درر الحكام، ٢٢٧/٤.

(٢) الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، ٢٤٣/٣. وزارة الأوقاف الكويتية، الموسوعة الفقهية، ٢٢٢/٢٠.

(٣) الماوردي، الأحكام السلطانية، ص ٣٣٦.

(٢) وقد يتعدد طرف واحد من أطراف الالتزام، ويسمى الالتزام التضامني. فإذا كان المتعدد هو الدائن، كان هناك تضامن بين الدائنين، وهو تضامن إيجابي. أما إذا كان المتعدد هم المدينون، فيسمى تضامناً سلبياً. إذ أن المدينين مدعى عليهم، والمطلوب منهم الدين موضوع الدعوى.

(٣) وإما أن يتعدد طرفاً الالتزام في أمر مدعى به غير قابل للتجزئة والانقسام، ويسمى الالتزام في أمر غير قابل للتجزئة. وشرط هذا كله أن يمس الحق المدعى به المدعيين، أو المدعى عليهم؛ حتى يشتركوا في الدعوى المشتركة فيما بينهم، وأكثر ما يتحقق ذلك في الميراث؛ فإن المورث إذا مات وفي ذمته دين لدائن معين، فإن الالتزام ينتقل من ملتزم واحد، إلى مجموعة من الورثة ملتزمين بهذا الدين، كل حسب حصته الإرثية، وكذلك إذا توفي المورث وله دين، فإن الدائنين يتعددون، إذ يجوز لكل واحد منهم المطالبة بهذا الدين، حسب حصته الإرثية.^(١)

ثالثاً: دعوى الجمعيات والنقابات:

سبق وأن تحدثت عن هذه الدعوى، عند الحديث عن المصلحة المشتركة في الدعوى، والذي يعنينا في هذا المبحث: أن مثل هذا النوع من الدعوى، ترفع عندما يرتبط مجموعة من الأشخاص بتنظيم مستمر، لمدة معينة. مثل: جمعية معينة أو نقابة معينة إذ تكون لهم مصالح مشتركة مع بعضهم البعض، فعندما تمس هذه المصالح المشتركة، ويعتدى عليها جاز لهم رفع دعوى مشتركة، يطالبون فيها بحق من الحقوق لهم، أو دفع ضرر قد لحق بمصالحهم المشتركة.

وتتكون بمقتضى القانون شخصية معنوية لهذه الجمعية أو النقابة، يجوز لها رفع دعوى تطالب فيها بهذه الحقوق المشتركة، وتدافع عن هذه الحقوق والمصالح المشتركة لأعضائها. إذ إن القانون أوجب أن يشمل نظام الجمعية على الأجهزة التي تمثلها، واختصاصات كل منها وكيفية اختيار أعضائها، وطرق عزلهم وإسقاط وإبطال عضويتهم، وطرق انعقاد هذه الجمعية، ومجلس الإدارة والأجهزة الأخرى الممثلة لها.

(١) السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، ٢/١٩٠-١٩٢.

ويراعى أنه تحد من أهلية الوجوب التي تثبت للجمعية بثبوت الشخصية الاعتبارية لها القيود العامة المستمدة من طبيعة عمل الجمعية، بوصفها شخصاً اعتبارياً معنوياً، يختلف عن الإنسان، ويراعى أيضاً أن الشخصية الاعتبارية المعنوية للجمعيات ترفع عن المصالح المشتركة، وليس مصلحة شخص معين ينتمي إليها، فإذا ارتكب شخص معين خطأ، فإن الدعوى ترفع على هذا الشخص سواءً أكان هذا الشخص قد ارتكب فعلاً كالجناية، أم ارتكب خطأً حقوقياً يتعلق بحق مالي لشخص معين عليه، فعند ذلك يكون مسؤولاً عن هذا التصرف وليس الجمعية.^(١)

(١) ابو السعود، رمضان، الوسيط في شرح مقدمة القانون المدني المدخل إلى القانون وبخاصة المصري واللبناني، ط١، ٢م، الدار الجامعية للنشر والطباعة، بيروت، ص ٣٨٥-٣٩٦.

المبحث الثاني: الدفع بعدم الخصومة لانتفاء الأهلية.

المطلب الأول: تعريف الأهلية عند الفقهاء المسلمين.

المطلب الثاني: تعريف الأهلية في القانون.

المطلب الثالث: أهلية الوجوب في الذمة المالية.

المطلب الرابع: الولاية والوصاية.

(١) الولاية :

(أ) الولاية على النفس.

(ب) الولاية على المال.

(ج) ترتيب الولاية على المال.

(٢) الوصاية:

(أ) الوصي المختار.

(ب) الوصي.

المطلب الخامس: المراحل التي يمر بها الإنسان لحين بلوغه:

(١) طور الإنسان وهو جنين. (٢) الصغير. (٣) المراهق.

(٤) البلوغ. (٥) الرشيد.

المطلب السادس: عوارض الأهلية:

(١) عوارض الأهلية السماوية:

(أ) الجنون. (ب) المعتوه. (ج) الأعماء.

(د) المرض. (هـ) الصغر. (و) الموت.

(٢) عوارض الأهلية المكتسبة:

(أ) السكر. (ب) الهزل. (ج) الخطأ. (د) السفه.

المطلب السابع: من يصح له أن يكون خصما عند الفقهاء المسلمين؟

المبحث الثاني: الدفع بعدم الخصومة لانتفاء الأهلية.

المطلب الأول: تعريف الأهلية عند الفقهاء المسلمين.

الأهلية لغة تأتي في عدة معان؛ فيقال: أهل الرجل؛ أي أخص الناس به، ويقال: أهل الإسلام؛ أي من يدين به، ويقال: أهل لهذا الأمر؛ أي عنده القدرة ليقوم به.^(١) أما اصطلاحاً فتعني: (المستفاد من الإنسانية التي بها يستعد لقبول قوة العقل الذي به فهم التكليف في ثاني الحال).^(٢) فالمقصود بها أن يكون الإنسان موضعاً صالحاً لتلقي ذلك الشيء خطاباً كان أم إكراماً أم عقاباً، كما أنه موضع صالح لإصداره فهو صالح للأخذ والعطاء.^(٣)

وعند الحديث عن الأهلية لا بد من الحديث عن التكليف؛ إذ إن المكلف هو من يفهم الخطاب ويطلب منه الطاعة والامتثال. والمقصود منه أمران:

أولاً: إصلاح الإنسان في الدنيا والآخرة؛ فالدنيا هي مزرعة للآخرة.

ثانياً: قطع للعذر عند الإنسان لإقامة الحجة عليه^(٤)، قال تعالى: ﴿

وشروط التكليف هي:

(١) أن يكون الإنسان قادراً على فهم أداة التكليف عقلياً.

(٢) أن يكون الإنسان أهلاً لذلك.

(١) ابن فارس، معجم مقاييس اللغة، ١١٦/٦.
(٢) الغزالي، المستصفى من علم الأصول، ٢٢٦/١.
(٣) العلوي، علي بن الشريف، أبواب الدخول لفهم علم الأصول، ط١، ام، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، ص ٣١٤.
(٤) الغزالي، المستصفى، ٢٢٤/١.
(٥) سورة النساء، الآية (١٦٥).

وأما أهلية الأداء فهي صلاحية الإنسان، لأن تصدر منه أفعال وتصرفات مقبولة شرعاً وتنقسم إلى قسمين:

- (١) الناقصة: وهي صلاحية الإنسان لصدور بعض الأحكام دون بعض؛ كحال المعتوه والصبي المميز، فتصرفاته في العقود المالية النافعة جائزة وتصرفاته في العقود المالية الدائرة بين النفع والضرر متوقفة على إذن وليه.
- (٢) صلاحيته لصدور الأفعال منه، وهي الثابتة للبالغ الراشد، وذلك لأن أهلية التكليف عنده كاملة، فهي ليست متوقفة على رأي غيره. (١)

المطلب الثاني: تعريف الأهلية في القانون.

حتى تكون خصومة الشخص خصومة صحيحة، لابد أن تتوافر فيه أهلية الاختصاص، وهذه الأهلية تتوافر في كل شخص عنده أهلية الأداء وأهلية الوجوب، ويتساوى في ذلك الشخص مواطناً أو أجنبياً، إذ إن هذه الأهلية تتوافر في القانون لكل إنسان حي. وفي الشخصية المعنوية: مثل مدير شركة أو مدير مؤسسة.

فإذا ما رفعت دعوى على شخص ثم توفي هذا الشخص، فإن الخصومة لا تتعقد. وإذا صدر حكم فهو حكم باطل بطلاناً مطلقاً، ويأخذ هذا الحكم أيضاً الشخص المعنوي، الذي تزول شخصيته قبل رفع الدعوى مثل الشركة التي تحل وتدمج مع غيرها؛ إذ يترتب أيضاً على اندماج الشركة انقضاء الشركة المندمجة. (٢)

وتنقسم الأهلية في القانون إلى: أهلية اختصاص، وأهلية إجرائية. إذ إن لكل شخص أهلية اختصاص، فكل شخص له حقوق يطالب بها إذا ما اعتدى عليها، وعليه واجبات لغيره إذا تعدى على الغير، وهذه الأهلية تسمى بأهلية وجوب في الفقه الإسلامي، ولكنها ليست كافية للتقاضي، بل لابد للشخص أن تكون له أهلية إجرائية، وهي التي تسمى في الفقه الإسلامي: أهلية الأداء. فأهلية الاختصاص تتواجد في كل شخص، سواءً أكان صغيراً أم بالغاً راشداً، وسواءً أكان عاقلاً أم

(١) الغزالي، المستصفي، ٢٠٩/١.

(٢) كامل، شروط قبول الدعوى في المواد المدنية والتجارية علماً وعملاً، ص ٩٢.

مجنوناً. أما الأهلية الإجرائية، فلا تتوفر في كل شخص بل تتوفر فقط في الشخص البالغ الراشد القادر على الاختصاص والمدافعة عن الحقوق والمطالبة بها. (١)

والأهلية يجب أن تتوفر في الشخصين، المدعي والمدعى عليه، وفي أي طرف ترى المحكمة أنه ضروري لتحقيق العدالة مثل الشخص الثالث المدخل في الدعوى، والذي قد تدخله المحكمة أو يطلب أحد الخصوم إدخاله، وتوافق المحكمة على ذلك إذا رأت أن ذلك ضروري لتحقيق العدالة. (٢)

وهذا الشرط (الأهلية القانونية) فيه اتجاهان : فيذهب فريق إلى جعل هذا الشرط شرطاً من شروط الدعوى، ومعنى هذا الشرط أنه يجب أن تتوفر في الشخص الأهلية الإجرائية، وإلا فإن الدعوى تكون غير مقبولة.

بينما ذهب فريق آخر إلى أن الأهلية ليست شرطاً لقبول الدعوى، وإنما هي شرط لصحة المطالبة القضائية، ومن ثم صحة إجراءات الخصومة. ولذا فإن وسيلة التمسك بعدم توفر الأهلية هو الدفع ببطلان الإجراء، وليس الدفع بعدم قبول الدعوى، ولذلك تصحح هذه الإجراءات بإدخال الوصي أو الولي ليخاصم عن هذا الشخص فاقد الأهلية، ويدل على صحة ذلك أنه إذا فقد أحد الأشخاص الأهلية، فإن الخصومة توقف لحين تصحيح الخصومة، ولحين إدخال شخص قادر على الخصومة الصحيحة، كإدخال الولي أو الوصي ليرافع عن هذا الشخص الفاقد الأهلية. (٣)

ويلاحظ أنه في القضاء المستعجل لا تشترط الأهلية، لأن هذا الحكم حكم وقتي لا يمس الموضوع. (٤) ويلاحظ أيضاً أن المرجع في تحديد الأهلية هو قانون الأحوال الشخصية، فمتى كان الشخص أهلاً لتصرف معين، فإنه يجوز رفع هذه الدعوى دفاعاً عن حق. ومتى كان فاقد الأهلية فإن الذي يمثل هذا الشخص في الخصومة هو الولي أو الوصي عنه. ومتى بلغ الرشد جاز له أن يخاصم ويدافع عن نفسه. (٥)

(١) أبو الوفا، نظرية الدفوع، ص ٩٢. فايد، الدعوى بالمجهول وأحكامها دراسة مقارنة بين الفقه والقانون، ص ١١١.

(٢) الزغول، الدفوع المدنية بين النظرية والطبيعي، ص ٢٨.

(٣) أبو الوفا، نظرية الدفوع، ص ٧٨٦.

(٤) كامل، شروط قبول الدعوى في المواد المدنية والتجارية علماً وعملاً، ص ٩٥-٩٦.

(٥) المرجع السابق، ص ٩٣.

المطلب الثالث: أهلية الوجوب في الذمة المالية.

الذمة المالية: وصف شرعي به الأهلية لوجوب ما للإنسان وما عليه؛ بحيث يصبح هذا الإنسان أهلاً للإلزام والالتزام، إذ إن الإنسان ملزم بالوفاء بما عليه من التزامات مالية. من هنا وجدت الذمة المالية في تصرفات الإنسان المالية، والواجبات المالية للآخرين عليه حقوق وواجبات مالية تتعلق في ذمته. فالحقوق المالية يطالب بها لنفسه، وواجبات الغير تتعلق بذمته للغير يجب عليه الوفاء بها، ولذلك، لا بد من وجود هذا الوصف في الإنسان، حتى يكون صالحاً للإلزام والالتزام. (١)

والأهلية أمر يتعلق بإرادة الإنسان؛ إذ إن الإرادة لا تكون صحيحة إلا إذا صدرت عن ذي أهلية، ولذلك حكم الفقهاء بفساد تبرعات الصغير والمجنون والسفيه والمفلس، وعدوا أهليتهم وإرادتهم الصادرة بذلك لاغية؛ لصدروها عن غير ذي أهلية، إذ إن الأصل في الإرادة أن تصدر عن الأصل، ولكن قد تتوب عن الأصل إرادة غيره، كما في الوكالة أو الولاية أو الوصاية. (٢)

ولا يصح عقد دون الأهلية، إذ يجب أن يكون العاقدان حرين بالغين، أو عبداً وصيباً مأذونين فيفسد العقد إذا لم تتوفر الأهلية في العاقد، (٣) ولا يصح التوكيل والتوكل إلا أن يكون كل من الوكيل والموكل أهلاً لهذا التصرف، فإذا لم تتوفر فيهما شروط الأهلية الصحيحة، فإن وكالتهما تكون غير صحيحة. (٤)

والالتزام الذي يكون بمشيئة الملتزم فهو التزام، فإن فرض عليه الواجب أمراً فهو محل الالتزام، فهو إلزام ومعناه القانوني أنه: رابطة قانونية بين شخصين، يلتزم أحدهما أو يلزم بأداء أو بعمل أو بامتناع. فالملتزم له: هو الدائن الذي يطلب المدين الطرف الآخر في الرابطة، وهو رابطة متكاملة ملتزمة، طرفاها دائن ومدين، والقانون المدني يشمل في بعض البلاد المعاملات

(١) ابن نجيم، البحر الرائق شرح كنز الدقائق، ٢٢٢/٦.

(٢) المرجع السابق، ٨٩/٨. وزارة الأوقاف الكويتية، الموسوعة الفقهية، ٦/٣.

(٣) ابن عابدين، رد المحتار على الدر المختار، ٢٧٥/٦.

(٤) الخرشي، شرح مختصر خليل، ١٠٩/٦. الشربيني، مغني المحتاج إلى معرفة الفاظ المنهاج، ٢٢٥/٣.

المالية كلها، وسائر مصادر الالتزام وأحكامه من روابط الأسرة والأحوال الشخصية، كأحكام الزواج والطلاق والنسب. (١)

والحقوق الموجبة للالتزام والالتزام على نوعين: منها الحقوق المالية التي يعبر عنها بالنقود، ومنها الحقوق العينية والتي يعبر عنها بالأعيان. وهذه الحقوق تحدد مراكز قانونية للشخص، إذ يجوز له أن يرفع ويدافع عنها، فإذا توافرت فيه أهلية الوجوب الصحيحة، جاز له أن يلزم ويلتزم بهذه الحقوق، وفق الشريعة والقانون. وإذا لم تتوافر فيه الأهلية الصحيحة، لم يجز له أن يلزم ويلتزم؛ إذ أنه إذا نشأ دعوى نتيجة هذا الالتزام والالتزام الذي أوجده، فإن خصومته غير صحيحة، وعند ذلك تكون دعواه مستوجبة الرد وغير مقبولة. (٢)

المطلب الرابع: الولاية والوصاية.

أولاً: الولاية:

الولاية لغة: تعني القرابة. (٣) أما اصطلاحاً: فهي الحفاظ على الغير للعوارض السماوية التي يمر بها الإنسان مثل: الصغر والجنون والعتة، أو نتيجة عارض مكتسب يمر به الإنسان كالفشل والإفلاس، فمبدأ الولاية أولاً وأخيراً هو الحفاظ على مصلحة هذا المحجور لذاته أو لغيره. والولاية على نوعين:

(١) ولاية عامة: وهي ما يثبت للحاكم من الأعمال والتصرفات، ومنها الحجر على فاقد الأهلية وتنصيب الأولياء الأمناء عليهم، ومحاسبتهم وتنفيذ الأحكام بين المتشاجرين ثم الإشراف على الولاية الخاصة. (٤)

(٢) الولاية الخاصة وتنقسم إلى قسمين:

(١) الناهي، صلاح الدين عبداللطيف، الوجيز الوافي في القوانين المرعية في الجمهورية العراقية مصادر الحقوق الشخصية، ط١، ١م، مطبعة البيت العربي، عمان، ص ١٦.
 (٢) المرجع السابق، ص ٢١.
 (٣) ابن فارس، معجم مقاييس اللغة، ١٤١/٦.
 (٤) الماوردي، الأحكام السلطانية، ص ٣٠.

(أ) ولاية على النفس:

وتثبت للأقارب في الشرع، والمعمول به أن الولاية ترتب حسب العصبية الأقرب على مذهب الحنفية فتثبت الولاية للفئات الآتية:

١. للأبناء.

٢. الآباء.

٣. الأخوة.

٤. الأعمام.

وأحق الناس بالولاية هم الأبناء، ثم يليهم الأب ثم الجد للأب وهكذا، وتشمل ولاية النفس: التأديب والتطبيب والتوجيه والموافقة على الزواج، وسائر أمور العناية بالشخص القاصر ومصالحه. والولاية على الزواج تنقسم إلى قسمين: ولاية مستحبة: وهي الولاية التي تكون على الأنثى البالغة العاقلة الثيب، وولاية إجبار: وهي الولاية على الصغير والصغيرة، وتكون أيضا على الكبار المحجور عليهم كالسفيه والمجنون.^(١)

(ب) ولاية على المال:

تعنى بالأمر المالية للمحجور عليه، سواءً كان محجورا لذاته أم لغيره، فالتصرفات بأموال القاصر من المتولي، يجب أن تكون وفق مصالحه؛ لأن الولي على المال لا يجوز له أن يتصرف بأموال القاصر، إلا بإذن القاضي الذي ولي من الحاكم، فإذا كانت التصرفات المالية

(١) ابن عابدين، رد المحتار على الدر المختار، ١٧٤/٦. ابن نجيم، البحر الرائق شرح كنز الدقائق، ١١٨/٣. أنظر المادة رقم (١٨٣) من قانون الأحوال الشخصية الأردني رقم (٦١) لسنة ١٩٧٦م والتي تنص (ما لا ذكر في هذا القانون يرجع فيه إلى الراجع من مذهب أبي حنيفة).

لهذا القاصر وفق مقتضيات الشرع والعقل، فإن القاضي يأذن له بهذا التصرف، أما إذا كانت خلاف مقتضيات الشرع والعقل، فلا يعطيه القاضي الإذن بهذا التصرف. (١)

وللولي شروط منها: أن يكون هذا الولي كامل الأهلية؛ لأن من لا يصلح التصرف بماله لا يصلح التصرف بمال غيره. والولاية من الأب والجد ثابتة، لا تتغير إلا إذا عضل هذا الأب أو الجد البنت ومنعها من الزواج دون سبب شرعي أو عقلي، أو إذا ارتكب خيانة مالية بأموال القاصر، فعند ذلك يحاسب ويعزل. والوليان الأب والجد يجوز لهما اختيار وصي مختار في حال حياتهما، يرعى مصالح الصغير ويحافظ عليها، وهذا ما سنتحدث عنه. ويجوز لهما أن يرافعا عن القاصرين ويدافعا عنهما دون إذن من أحد، أما غيرهما من الأولياء فهم بحاجة إلى إذن المحكمة، ليقوموا بالمخاصمة والمرافعة عن القاصر الذي وقعت عليه الخصومة. (٢)

(ج) ترتيب الولاية على المال:

لا خلاف بين الفقهاء في أن الولاية على النفس تثبت من قريب لآخر، حسب ترتيب ثابت لا يتغير. لكن الفقهاء اختلفوا في ترتيب الولاية على المال، ومن يخلف الأب بعد وفاته في الولاية على المال.

١. ذهب فقهاء الحنفية: أن الذي يخلف الأب إذا توفي هو الوصي المختار، الذي اختاره ليرعى أموال الصغير ويحافظ عليها، فإذا لم يعين وصياً مختاراً فإن الذي يخلف الأب هو الجد للأب. وحثهم في ذلك أن النظر في هذا يرجع إلى الأب في حياته، فهو أعرف بمصالح ولده القاصر بعد وفاته. (٣)

٢. ذهب الشافعية إلى أن الذي يقدم بعد وفات الأب هو الجد للأب وليس الوصي المختار؛ إذ إن الجد للأب هو مقام الأب، وهو أعرف بمصالح القاصرين أولاد ابنه، وأعرف بما يصلح لهم مما لا يصلح، ثم إن الجد للأب محرّم للقاصرين يقوم مقام الأب، وهو الولي في الزواج بعد الأب، فنتبث ولايته على أموال القاصرين بعد وفاة أبيهم؛ ليدبرها مقام الأب

(١) حيدر، درر الحكام، ٦٩٩/٢. وزارة الأوقاف الكويتية، الموسوعة الفقهية، ٢٤/٢٧.

(٢) ابن نجيم، البحر الرائق شرح كنز الدقائق، ١١٨/٣. حيدر، درر الحكام شرح مجلة الأحكام، ٦٩٨/٢.

(٣) الزيلعي، تبيين الحقائق شرح كنز الرقائق، ٢٠٦/٥. ابن عابدين، العقود الدرية تنقيح الفتاوى الحامدية، ٢٩٠/٢. ابن أمير حاج، التقرير والتحبير، ٢٨٢/٣.

فهو بمرتبة الأب. ثم إن الجد للأب هو عصة هؤلاء القاصرين وهو أعرف بمصالحهم وهو الذي يلي الأب بالإرث والعصبة، فهو أقرب الناس للقاصرين وأدرى بما يناسبهم وما لا يناسبهم. فإذا لم يكن الجد للأب موجوداً، فإن الولاية على القاصر تنتقل إلى الوصي المختار، الذي اختاره الأب في حياته. (١)

٣. ذهب المالكية والحنابلة إلى أنه في الأصل لا ولاية للجد، فالولاية للأب، ثم تنتقل إلى الوصي المختار الذي عينه الأب في حياته، ثم تنتقل هذه الولاية إلى القاضي، إذ إنه يجوز له أن يعين من أراد من الأولياء، فينظر إلى مصلحة هذا القاصر، فإذا كانت مصلحة هذا القاصر عنده، جاز له أن يعينه. ونظرتهم في ذلك هي نظرة مصلحة خالصة للقاصر، فالأب أثناء حياته يعرف مصالح القاصر، ثم يليه القاضي فيقدر مصلحة القاصر، وهو الذي يعين عليه الوصي بعد حياته؛ وذلك ليتصرف بأمواله وفق مقتضيات مصلحته، التي يجب أن لا تخالف الشرع والعقل. (٢)

والمعمول به: رأي الحنفية فقد نصت المادة (١٨٣) من قانون الأحوال الشخصية: (أن ما لم يرد في هذا القانون يعمل فيه بالرأي الراجح عند الحنفية). (٣)

مع أنني أرجح مذهب الشافعية؛ وذلك لأن الجد للأب هو أقرب الناس لهذا القاصر، وهو أعرف بمصالحهم وما يناسبهم، ثم إنه يقوم مقام الأب في العصبة والإرث وغيره، وهو أيضاً محرم على القاصرين مثله مثل الأب، خاصة وأنه من الممكن أن لا يكون الوصي المختار محرماً على القاصرين، والله أعلم.

ثانياً: الوصاية:

الوصاية لغة: تعني الوصل، فيقال: وصيت الشيء؛ أي أوصلته. (٤) أما اصطلاحاً: فهي تعيين شخص من قبل القاضي على آخر ليقوم بأمواله وفق ما تقتضيه مصالحه. (٥)

(١) الأنصاري، أسنى المطالب، ٣/١٤٤. الهيثمي، محمد بن علي بن حجر، (ت ٩٧٤هـ)، تحفة المحتاج في شرح

المنهاج، ط ١، ١٠م، وهو شرح لكتاب منهاج الطالبين للنووي، دار إحياء التراث العربي، بيروت، ١٧٨/٥.

(٢) العبدري، المواقف، التاج الإكليل لمختصر خليل، ٨/٣٢٢. الرصاع، شرح حدود ابن عرفة، ص ١٦٤. المرادوي، الإنصاف، ٥/٣٢٥.

(٣) أنظر المادة رقم (١٨٣) من قانون الأحوال الشخصية الأردني رقم (٦١) لسنة ١٩٧٦م.

(٤) ابن فارس، معجم مقاييس اللغة، ٦/١١٦.

(٥) حيدر، درر الحكام، ٢/٣٢٣.

وهي نوعان:

(١) الوصي المختار الذي يعينه الأب أو الجد للأب على القاصر في حياته.

(٢) الوصي الذي يعينه القاضي لرعاية أمور القاصر.

(١) الوصي المختار:

ويسمى الإيضاء، والذي لم تنص القوانين الحديثة عليه،^(١) وما زال الرجوع في هذا إلى آراء الفقهاء - رحمهم الله -.

فالوصي المختار: هو الشخص الذي يختاره الأب أو الجد، وينوب عنه في الولاية على أولاده أو النظر في شؤون تركته. ويكون هذا الإيضاء بقبول الوصي للوصاية، ولا يشترط في قبول الوصاية الصراحة، فقد يكون القبول أو الموافقة دلالة ذلك، كما لو تصرف الوصي ببيع بعض أموال تركة الموصي سداداً لدينه. فيكون تصرفه قبولاً للوصاية^(٢)، ولا تختلف ولاية الوصي المختار عن ولاية الأب إلا في بعض الأمور، وهي:

١. لا يجوز للوصي المختار بيع العقار، إلا إذا كان هناك سببٌ مسوغٌ للبيع، كأن يكون العقار آيلاً للإنهدام ولا مورد فيه، وأن تكون هناك مصلحة ظاهرة للقاصر في ذلك.

٢. إذا اشترى شيئاً من مال اليتيم لنفسه، أو باع شيئاً منه من نفسه، جاز عند أبي حنيفة وعند أبي يوسف: إذا كان لليتيم فيه منفعة ظاهرة. أما عند محمد فلا يجوز. وأما وصي القاضي فلا يجوز بيعه بكل حال؛ لأنه وكيله.^(٣) والمعمول به أن جواز ذلك وعدمه متوقفٌ على إذن القاضي ومصلحة القاصر، فإذا كان هناك مصلحة للقاصر جاز ذلك. وتجدر الإشارة أنه يجوز للموصي أن يعين أكثر من وصي مختار، ويصح هذا الإيضاء إذا قبله الموصى إليهم، ويشترط في الوصي المختار: أن يكون عاقلاً حتى وفاته.

(١) الخطيب، الأهلية المدنية، ص ١٥٨.

(٢) ابن عابدين، رد المحتار على الدر المختار، ٥٢٠/٦.

(٣) الزيلعي، تبیین الحقائق شرح كنز الرقائق، ٢١٢/٦.

والوصي المختار يدافع ويرافع ويخاصم عن القاصر، إذا ما حصلت على القاصر
مخاصمة، شريطة أن يراعي مصالحه في ذلك. (١)

(٢) الوصي:

الوصي: هو الشخص الذي يعينه القاضي لعدم وجود ولي للقاصر وذلك ليقوم بأمر
القاصر، وفق ما تقتضيه مصالحه. (٢) ويشترط فيه: أن يكون حراً عاقلاً بالغاً رشيداً، وأن يكون
أميناً مسلماً إذا كان القاصر مسلماً وصاحب هداية في التصرف. (٣)

وتصرفات الوصي -سواءً كان الوصي المختار، أم الوصي المعين من قبل القاضي-،
منوطة بمصلحة القاصر كتصرفات الأب. فالنافعة نفعاً محضاً منها صحيحة نافذة، والضارة
ضرراً، محضاً باطلة. والدائرة بين النفع والضرر يجب أن تخلو من المس بمصلحة القاصر مساً
فاحشاً، وتكون تصرفاته أيضاً تابعة لإذن القاضي في شراء العقار، ولا يجوز له أن يشتري
عقاراً لنفسه من القاصر إلا بإذن القاضي، وأن تكون هناك مصلحة للقاصر في ذلك، فإذا لم
تتوفر مصلحة للقاصر في هذا الشراء، فإن القاضي لا يأذن له بذلك.

وتجوز مرافعة الوصي عن القاصر بإذن القاضي، فإذا أذن له بذلك جازت مرافعته، وذلك
كله لا بد أن يكون وفق ما تقتضيه مصلحة القاصر، ولا يجوز له أن يقر عن القاصر أثناء
المرافعة والمخاصمة، فالقاصر تثبت الخصومة عليه بالبيانات الشخصية. شهادة الشهود، والبيانات
الخطية الكتابية فقط؛ إذ إنه لا يجوز على القاصر إقرار أخذ عنه. (٤)

(١) ابن عابدين، العقود الدرية تنقيح الفتاوى الحامدية، ٣٠٣/٢. حيدر، درر الحكام، ٤١٨/٢.

(٢) حيدر، درر الحكام، ٣٢٣/٢.

(٣) الرصاع، شرح حدود ابن عرفة، ص ٥٣٢.

(٤) حيدر، درر الحكام، ١٨٠/٤. شهبون، عبدالكريم، شرح مدونة الأحوال الشخصية المغربية، ط١، ٢، مكتبة
المعارف للنشر والتوزيع، الرباط، المغرب، ٢٧/٢.

المطلب الخامس: المراحل التي يمر بها الإنسان لحين بلوغه.

(١) طور الإنسان وهو جنين وله أهلية وجوب ناقصة:

الجنين تثبت له حقوق دون أن يكون عليه حقوق، فالإلتزام وأهلية الوجوب تثبت لوجود الروح في الجسد. (١) كونه وهو في بطن أمه معدوم أهلية الأداء؛ إذ إنه يتمتع بأهلية وجوب ناقصة، وله ذمة صالحة للوجوب في بعض الحقوق. فالجنين تقبل له الهبة، فيجوز له ذلك من الأشخاص الذين يمثلونه. ولا يرث إلا إذا استهل حياً عند ولادته، ويعد الجنين المنفصل عن أمه بجناية وقعت عليها بمنزلة الحي عندهم. (٢)

ودية الجنين الحر المسلم - ولو بعد وفاة أمه بجناية عمداً أو خطأ فسقط، قيمتها الغرة وهي خمس من الأبل. وإذا ألفت أكثر من جنين، فعلى الجاني أيضاً غرة واحدة وهي: خمس من الأبل، وإذا استهل الحمل صارخاً فله دية كاملة. (٣)

على أن المعمول به في المحاكم الشرعية الأردنية: أن الإرث يثبت للجنين، إذ إنه يحفظ له أكبر النصيبين عند التقسيم، فإن ولد حياً أخذ نصيبه الذي يستحقه، سواءً أكان ذكراً أم أنثى، فإن زاد ما حفظ له عن حصته، أعيد إلى الورثة كل حسب حصته الإرثية، ولذا نحل المسألة الإرثية على تقديرين: الأولى على أساس أن الحمل ذكر، والثانية: على أساس أن الحمل أنثى، ثم يحفظ له أكبر النصيبين إلى حين ولادته حتى يأخذ حقه. (٤)

(٢) الصغير:

هو الطفل الذي لم يبلغ سن الحلم وسن الرشد القانوني، سواءً أكان ذكراً أم أنثى. فإذا مات أبوه في صغره فهو يتيم، وإذا بلغ الحلم زال عنه وصف الصغر واليتم. وهو محجور عليه لصغره، إذ إن الطفل يمر بمرحلتين:

(١) ابن نجيم، البحر الرائق شرح كنز الدقائق، ٣٨٩/٨.
 (٢) الزيلعي، تبين الحقائق شرح كنز الدقائق، ١٨٧/٦.
 (٣) ابن نجيم، البحر الرائق شرح كنز الدقائق، ٣٩٠/٨. الكرعي، المقدسي الحنبلي، مرعي بن يوسف، (ت ١٠٣٣هـ)، ط١، ٣، م، غاية المنتهى في الجمع بين الإقناع والمنتهى، ٢٩٠/٣.
 (٤) درادكة، الميراث في الشريعة الإسلامية، ص ٢٥٤.

(١) الصبي غير المميز: وهو من لا يفهم أقواله ولا أفعاله، فلا يعرف في البيع ولا الشراء ولا الإجارة، والصغير معدوم الأهلية في الإتفاق فتصرفاته باطلة، وحق التصرف في ماله لوليه شريطة أن يكون ذلك لمصلحته. والصغير غير المميز يتمتع بأهلية وجوب كاملة، ولكنه لا يتمتع بشيء من أهلية الأداء. (١)

وعند الحديث عما يقع عليه من التزامات يجب أن نفرق بين أمرين:

(أ) التصرفات الفعلية:

إذا أتلّف الصبي مال الغير، فإنه يتوجب عليه الضمان. والصغير لا يعاقب جنائياً على فعله؛ لأنه ليس أهلاً للعقوبة. وعمد الصبي في القتل خطأً، فيتوجب عليه وعلى عاقلة دية القتل الخطأ، ولا يتوجب عليه القود. (٢) وإذا سرق، فإنه لا يتوجب عليه الحد؛ لأن القطع عقوبة، وهو ليس أهلاً للعقوبة؛ ولأن الجنائية فعل لا يعتبر إلا بالعقل والبلوغ، فيتوجب عليه الضمان؛ لأنه لم يتوجب عليه العقوبة. (٣) وإذا كان موسراً وأتلّف مال الغير، فإن ضمانه يتوجب في ماله. أما إذا كان معسراً، فيتوجب ضمانه في مال وليه. (٤)

(ب) تصرفاته القولية:

لا يصح بيع الصغير ولا شراؤه ولا رهنه، ولا يعتبر إقراره بدين أحد عليه، فتصرفات الصغير القولية غير نافذة، ولو أجازها له الولي في صغره. وأهلية الوجوب للصغير أهلية كاملة، فإذا ثبت أن عليه ديناً أو أن على مورثه ديناً، وكان لهذا الصغير مال فإنه يتوجب سداده من ماله، عن مورثه بقدر حصته الإرثية؛ لأن له أهلية وجوب كاملة. أما أهلية الأداء للصغير، فهي غير موجودة. لذلك فإن تصرفاته القولية تكون غير مقبولة. (٥)

(١) الزيلعي، تبين الحقائق شرح كنز الدقائق، ١٩٤/٥. ابن أمير حاج، التقرير والتحبير، ٢٠٢/٤. الخطاب، مواهب الجليل، ٤٥٣/٣. الهيتمي، تحفة المحتاج بشرح المنهاج، ١٨٦/٥. المرادوي، علاء الدين أبو الحسن بن سليمان بن أحمد، (ت. ٨٨٥هـ)، الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف، ١، ١٢م، دار التراث العربي، بيروت، ١٩٣/٥.

(٢) ابن قدامة، المغني، ٢٠٩/٨.

(٣) الزيلعي، تبين الحقائق شرح كنز الدقائق، ٢٢٠/٣. الرصاع، شرح حدود ابن عرفة، ص ٥٠٥.

(٤) الأنصاري، الغرر البهية شرح البهجة الوردية، ١٦٣/٣.

(٥) ابن نجيم، البحر الرائق شرح كنز الدقائق، ٩٠/٨. الهيتمي، تحفة المحتاج بشرح المنهاج، ٣٥٦/٥.

(٢) الصبي المميز:

إن ما يؤخذ في تصرفات الصبي المميز التصرفات النافعة له نفعاً محضاً، وإن لم يجزه وليه كقبول الهدية والهبة. ولا يأخذ من تصرفاته التصرفات الضارة ضرراً محضاً وإن لم يجزه وليه. أما تصرفاته الدائرة بين النفع والضرر فهي موقوفة على إذن وليه، ووليه مخير في إعطاء الإجازة أو عدمه. فمثلاً: لو باع الصبي المميز مالا بلا إذن وليه وإن كان باعه بأزيد من ثمنه، فيكون نفاذ هذا التصرف موقوفاً على إذن وليه؛ لأن عقود البيع من العقود المترددة بين النفع والضرر، وتبقى أحكام تصرفاته على ما ذكر إلى أن يثبت بلوغه. (١)

(٣) المراهق:

المعمول به في المملكة الأردنية الهاشمية والذي مصدره مجلة الأحكام العدلية أن الصغير بعد أن يتم سن الثانية عشرة من عمره، والصغيرة بعد أن تتم التاسعة من عمرها، تبدأ مراهقتها. فإذا ما وقعت عليه خصومة فإن القاضي يطلبه، ويحقق معه في بلوغه، بعد هذا العمر فإن أقر بلوغه وكان ظاهر حاله يدل على ذلك، فإنه يثبت بلوغه، وتكون خصومته صحيحة. أما عندما يصل الإنسان سن الخامسة عشرة فإنه يعتبر بالغاً حكماً. (٢)

والصغير الذي لم يدرك سن البلوغ وادعى البلوغ لا يقبل منه ذلك، إلا إذا كان ظاهر حاله يدل على بلوغه. (٣)

فإذا ثبت بلوغه فإن خصومته تكون صحيحة؛ إذ إنه يجوز له أن يوكل عنه وكيلاً للمخاصمة، أما تصرفاته الفعلية فيلزم بها القود والضمان عليه، إن استوجب ذلك. إذ إنه أصبح أهلاً للخصومة فيعاقب، أما إذا لم يثبت بلوغه فيلزمه الضمان فقط: كالصبي المميز.

(١) المادة (٩٦٧) من مجلة الأحكام العدلية. حدير، درر الحكام شرح مجلة الأحكام، ٦٧٦/٢.
 (٢) حدير، درر الحكام، ٧٠٧/٢. الأبياني، شرح الأحكام الشرعية في الأحوال الشخصية، ٢٢٥/٢. باز، شرح المجلة، ص ٥٥٠.
 (٣) حدير، درر الحكام شرح مجلة الأحكام، ٧٠٦/٢.

وأما تصرفاته المالية: كالبيع والشراء، فإنها تبقى -حتى ولو ثبت بلوغه- موقوفة على إجازة الولي بعد أخذ الإذن من المحكمة، أما إذا كانت هذه التصرفات ليست لمصلحته، فلا يجوز إجازتها من الولي، ولا توافق عليها المحكمة. (١)

(٤) البلوغ:

يعد الصغير أو الصغيرة بالغاً حكماً إذا وصل سن الخامسة عشرة الهجرية من عمره، وإذا بلغ الصبي لا تسلم إليه أمواله ما لم يصل سن الرشد، فمعاملاته المالية تبقى موقوفة على إذن وليه، فإذا كانت هذه التصرفات لمصلحته، أخذ الولي الإذن من القاضي، وقام عنه بهذا التصرف المالي. (٢) وأفعاله في هذا العمر يعاقب عليها؛ فإذا فعل جناية فإنه يعاقب عليها؛ وذلك لأنه أصبح مكافئاً حفاظاً على حقوق غيره، كما أنه يضمن في هذا العمر ما أتلفه من أموال الغير. (٣)

أما خصومته في هذا العمر فهي جائزة وتوكيله بالخصومة أيضاً جائز؛ فهو يخاصم ويرافع ويدافع عن نفسه، وأما أمواله فلا تسلم إليه إلا إذا بلغ سن الرشد، ثمانية عشر عاماً. وهذا ما نصت عليه المادة (٩٨٢) من المجلة وجاء فيها أن: (الصبي إذا كان غير راشد لا تدفع إليه أمواله ما لم يتحقق من رشده، ويمنع من التصرف بها).

فحكم التصرف بأمواله كحكم الصبي المميز موقفه على إذن الولي، فما وافق مصلحته أجازته الولي بإذن المحكمة، وهذا هو المعمول به في المحاكم الشرعية داخل المملكة الأردنية الهاشمية، فلا يعطى شخص بلغ الخامسة عشر من عمره أمواله؛ حفاظاً عليه، وحتى لا يغبن في البيع والشراء. (٤)

(١) حيدر، درر الحكام، ٧٠٣/٢.

(٢) المرجع السابق، ٧٠٣/٢.

(٣) ابن نجيم، البحر الرائق شرح كنز الدقائق، ٩٧/٢. السرخسي، المبسوط، ١٣٧/٥. أنظر قانون الأحداث الأردني رقم (٢٤) لسنة ١٩٦٨م المنشور على الصفحة (٥٥٥) من الجريدة الرسمية رقم (٢٠٨٩) تاريخ ١٦/٤/١٩٦٨م.

(٤) حيدر، درر الحكام، ٧٠٣/٢. باز، شرح المجلة، ص ٥٤٩.

(٥) الرشيد:

نصت المادة (٩٤٧) من المجلة أن الرشيد هو الذي يتقيد بحفظ ماله ويجتنب الإسراف والتبذير. ويثبت سن الرشد في المحاكم الشرعية الأردنية، في الثامنة عشرة ميلادية، إذ يحضر الولي أو الوصي إلى المحكمة الشرعية والشخص الذي بلغ سن الرشد، ويثبت رشده باستدعاء يقدم للمحكمة، ويكتب له إثبات رشده بحضور شاهدين مسلمين عاقلين، بأن هذا الشخص قد بلغ رشيداً عاقلاً غير سفيه ولا مبذر لأمواله. (١)

فإذا بلغ الإنسان سن الرشد عاقلاً غير سفيه، فإن أهلية الوجوب والأداء تصبحان كاملتين عنده، وتسلم إليه أمواله. ويجوز بيعه وشراؤه، ويكون مسؤولاً عن أفعاله؛ إذ إن أهلية الإلزام والالتزام عنده أصبحت كاملة، وتنفك الولاية والوصاية عنه، وكل ذلك مشروطاً بأن تكون تصرفاته وفق مقتضيات العقل والشرع، فإذا كان سفيهاً يبذر أمواله خلاف مقتضيات الشرع والعقل، فيعاد الحجر عليه، وتمنع جميع أقواله وتصرفاته المالية؛ أما أفعاله فإنه يعاقب عليها، ويضمن إذا أتلّف شيئاً لإنسان آخر. (٢)

المطلب السادس: عوارض الأهلية.

العوارض تعني؛ العرضُ المفسدُ لما أصابه، وعند الحديث عن هذه العوارض لا بد من مراعاة أن هذه العوارض تنقسم إلى قسمين:

(١) عوارض سماوية؛ وهي ما كانت من قبل الله تعالى، بلا اختيار للعبد فيها.

(٢) عوارض مكتسبة؛ وهي ما يكون لاختيار العبد فيها مُدخل. (٣)

(١) حيدر، درر الحكام، ٦٥٨/٢. باز، شرح المجلة، ص ٥٣٦. أنظر القرار الاستئنافي رقم (١١٧٥١) الصادر عن محكمة الاستئناف الشرعية الأردنية.

(٢) حيدر، درر الحكام شرح مجلة الأحكام، ٦٥٨/٢.

(٣) وزارة الأوقاف الكويتية، الموسوعة الفقهية، ٩٧/١.

القسم الأول: العوارض السماوية وهي:

- (١) الجنون .
- (٢) العتة.
- (٣) الإغماء.
- (٤) المرض.
- (٥) الصغر. والذي سبق الحديث عنه في المبحث السابق.
- (٦) الموت.

القسم الثاني: عوارض مكتسبة وهي:

- (١) السكر.
- (٢) الهزل.
- (٣) الخطأ.
- (٤) السفه والذي سبق الحديث عنه في المبحث السابق.

القسم الأول: عوارض الأهلية السماوية:

(أ) الجنون:

- وهو: (زوال العقل واختلاله بحيث يمنع الأقوال والأفعال أن تجري على نهج مستقيم)^(١)
والعاقل: (من عرف الواجب والضروري وغيره والممكن والممتنع وما ينفعه ويضره غالباً).^(٢)

(١) حيدر، درر الحكام شرح مجلة الأحكام، ٦٥٥/٢.

(٢) ابن النجار، تقي الدين محمد بن أحمد الفتوح الحنبلي، (ت ٩٧٢هـ)، منتهى الإرادات في جمع المقنع مع التنقيح وزيادات مع حاشية المنتهى لابن قائد، عثمان بن أحمد بن سعيد النجدي، (ت ١٠٩٧هـ)، ط ١، م، (تحقيق عبدالله التركي)، مؤسسة الرسالة، بيروت، ٣٥٩/٥.

وتصرفات المجنون كتصرفات الصغير غير المميز، باطلة مطلقاً لحديث الرسول -صلى الله عليه وسلم-: (إن الله وضع عن أمتي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه).^(١) سواءً أكانت هذه التصرفات ضارة أم نافعة، أم هي تصرفات دائرة بين النفع والضرر. والمجنون ينقسم إلى قسمين: جنون مطبق: وهو شخص استوعب جنونه كل أوقاته. وجنون غير مطبق: وهو الذي يفوق أحياناً من جنونه. فأما الجنون المطبق فتصرفاته كتصرفات الصبي غير المميز، وأما الجنون غير المطبق ففي حالة صحوة يعامل كالعاقل، أما أفعال المجنون التي تؤثر بالغير فيضمنها، أما أقواله وبيعه وشراؤه فهي باطلة.^(٢)

والمعمول به في المحاكم الشرعية الأردنية: إذا اختصم شخصان وادعى أحدهما على الآخر أنه مصاب بمرض نفسي، فإن المحكمة تحقق بهذا الأمر فوراً، وتحول المدعى عليه المصاب بهذا المرض النفسي إلى طبيب مختص بالأمراض النفسية؛ ويقوم بالكشف عليه ومعاينته ويقوم بتنظيم تقرير بذلك، ويحضر للمحكمة لأداء شهادته المؤيدة بتقريره، فإذا شهد أن هذا الشخص مجنون أو مصاب بمرض نفسي فإن خصومته تكون غير صحيحة، وتستدعي المحكمة وليه ليخاصم عنه أو الوصي عليه، فإن لم يكن له وصي فتعين المحكمة وصياً عليه لغايات الخصومة.^(٣)

(ب) العته:

المعتوه: هو الذي اختل شعوره وفسد تدبيره بأن كان فهمه قليلاً وكلامه مختلطاً، إذ إنه لا يشتم ولا يضرب كالمجنون، وكلامه مختلط المعنى فبعضه يشبه كلام العقلاء وبعضه يشبه ألفاظ المجانين.^(٤)

والمعتوه في جميع الأحكام هو في حكم الصغير، المميز وخاصة في الأحكام الآتية:

(١) في تصرفاته.

- (١) ابن ماجه، أبو عبدالله محمد بن يزيد القزويني، (ت ٢٧٥هـ-)، سنن ابن ماجه، ط ١، ٢، دار إحياء الكتب العربية، بيروت، كتاب الطلاق، باب طلاق المكره، رقم الحديث (٢٠٤٣)، ٦٥٩/١. قال الألباني: (هذا حديث صحيح)، أنظر الألباني، إرواء الغليل في تخريج أحاديث منار السبيل، حديث رقم (٨٢)، ١٢٣/١.
- (٢) حيدر، درر الحكام شرح مجلة الأحكام، ٦٥٦/٢.
- (٣) أنظر القرار الاستئنافي رقم (٩٥٣٠) تاريخ ١٩٥٧/٦/٢٥ الصادر عن محكمة الاستئناف الشرعية الأردنية.
- (٤) حيدر، درر الحكام، ٦٥٧/٢، باز، شرح المجلة، ص ٥٣٥.

(٢) صيرورته مأذوناً بإذن الأب والجد والوصي والحاكم.

(٣) رفع التكليف عنه.

وعليه فإن إقراره لا يترتب عليه أثر، فإذا أقرَّ لإنسان بشيء معين فإن إقراره يكون غير صحيح.

أما تصرفاته التي تكون دائرة بين النفع والضرر، ففي التصرفات النافعة له كقبول الهدية أو الصدقة أو الهبة تكون معتبرة. أما تصرفاته الضارة فهي غير مقبولة. أما أفعاله التي تضر بالغير فيقع فيها الضمان عليه. ومدافعتة وخصومته غير صحيحة؛ إذ إن وليه أو الوصي هو الذي يدافع ويرافع عنه، فإذا لم يوجد له ولي أو وصي، فيدافع ويرافع عنه الوصي المؤقت الذي يعينه القاضي عليه.^(١)

(ج) الإغماء:

وهو من العوارض التي تصيب الإنسان وتفقده أهلية الأداء، لكن أهلية الوجوب تبقى إذا أصابه هذا العارض، فعند وقوعه لا يطالب بأي تكليف، فإذا أفاق توجه إليه التكليف. فتأثيره على أهلية الإنسان إلى وقت زواله، فإذا زال رجع التكليف إليه.^(٢)

(د) المرض:

وهو لا يؤثر على أهلية للإنسان ولا على أهلية أدائه، ولكنه إذا اتصل به الموت لا تصح هبته ولا تبرعاته إلا في حدود الثلث. وعند الحنفية ترث منه زوجته المطلقة منه طلاقاً بانئناً في حال موته، إذا مات وهي في العدة.^(٣)

(هـ) الصغر: سبق الحديث عن هذا العارض في المبحث السابق.

(١) حيدر، درر الحكام، ٦٥٥/٢.

(٢) ابن أمير حاج، التقرير والتحبير، ١٦٧/٢. ابن قدامة، المغني، ٢٤١/١.

(٣) ابن نجيم، البحر الرائق شرح كنز الدقائق، ٤٨٩/٨. ابن عابدين، رد المحتار على الدر المختار، ٦١١/٥.

(و) الموت:

وهو من أهم عوارض الأهلية فهو يهدم أهلية الأداء والوجوب معاً، فلا يبقى في ذمة الإنسان الميت شيء غير ما كان متعلقاً بأعيان قائمة؛ كالودائع والمغصوبات والديون والوصايا المتعلقة بالتركة التي تركها المتوفى، وتجهيز وتكفين المتوفى من تركته. (١)

القسم الثاني: عوارض الأهلية المكتسبة.

(أ) السكر:

أي إزالة العقل. والإسكار، وفي اصطلاح الفقهاء تغطية العقل بما فيه شدة مطربة كالخمر. ويرى جمهور الفقهاء أن ضابط الإسكار أن يختلط كلامه فيصير غالب كلامه الهذيان، حتى لا يميز بين ثوبه وثوب غيره عند اختلاطهما. وقال أبو حنيفة السكران الذي لا يعرف السماء من الأرض ولا الرجل من المرأة، ويلحق بالسكر التخدير وأنواع المخدرات المختلفة. (٢) ولكن هل يكون السكران مسؤولاً عن تصرفاته أو لا؟ موقف الفقهاء من هذه المسألة على قولين:

(١) ذهب أكثر الحنفية (٣) وأكثر المالكية (٤) والصحيح عند الشافعية (٥) والحنابلة (٦): أن

السكر المحذور لا ينافي الأهلية، أما السكر غير المحذور الذي وقع على الإنسان رغم إرادته، ينفي الأهلية. فالسكر غير المحذور عندهم كالإكراه الملجئ ينفي الأهلية، أما السكر غير المحذور فإنه لا يؤثر في التكليف. واستدلوا بقوله تعالى:

﴿مَنْ شَرِبَ سَكْرًا فَلَيْسَ بِهِ عِلْمٌ وَلَا يَتَذَكَّرُ أَلَيْسَ لِعَذَابِنَا مَسْرُومًا﴾ (٧)

﴿مَنْ شَرِبَ سَكْرًا فَلَيْسَ بِهِ عِلْمٌ وَلَا يَتَذَكَّرُ أَلَيْسَ لِعَذَابِنَا مَسْرُومًا﴾ (٨)

﴿مَنْ شَرِبَ سَكْرًا فَلَيْسَ بِهِ عِلْمٌ وَلَا يَتَذَكَّرُ أَلَيْسَ لِعَذَابِنَا مَسْرُومًا﴾ (٩)

(١) الزيلعي، تبیین الحقائق شرح كنز الدقائق، ١٩٦/٦. ابن أمير حاج، التقرير والتحبير، ١٩٠/٢.

(٢) وزارة الأوقاف الكويتية، الموسوعة الفقهية، ٢٣٠/٤.

(٣) ابن أمير حاج، التقرير والتحبير، ١٥٠/٣.

(٤) العبدري، المواق، التاج الإكليل المختصر خليل، ٥١/٢.

(٥) السيوطي، الأشباه والنظائر، ص ٢١٧.

(٦) ابن قدامة، المغني، ٢٣١/١.

﴿ ۞ → ۞ ﴾. (١) ففي هذه الآية يخاطب الله - سبحانه وتعالى - مرتكبي هذا الجرم، والخطاب يكون مع وجود الأهلية فالأهلية لا تزول بالسكر.

(٢) ذهب بعض الحنفية وقليل من المالكية والشافعية والحنابلة: إلى أن السكر المحظور ينافي الأهلية عن الإنسان؛ لأن السكر يزيل العقل ولا أهلية مع زوال العقل. والصحيح أنني أميل إلى الرأي الأول. فالسكر غير المحظور عمل محرم وطالما أن الإنسان قد فعله بإرادته، فإن أهليته في الالتزام والالتزام عما تسببه أثناء سكره باقية، يلتزم بها بعد صحوه. (٢)

(ب) الهزل:

وهو عارض من عوارض الأهلية المكتسبة التي تصيب الإنسان. والهزل الشديد يغير بعض الأحكام؛ لأن الإنسان يجب أن يكون جاداً في عقوده غير هازل. فالهزل الشديد يبطل بعض العقود كالبيع والشراء؛ لأن الهازل يغيب في البيع والشراء. (٣)

(ج) الخطأ:

وهو عارض من العوارض التي تصيب الإنسان، ويغير بعض الأحكام الناتجة عن أقواله وأفعاله، فمن الأحكام التي يغيرها: القتل خطأ؛ فالقتل الخطأ موجب للدية وليس موجبا للقصاص. (٤)

(د) السفه :

وهو الذي يبذر أمواله خلاف مقتضيات الشرع والعقل، وأفعاله توجب الضمان، لكن تصرفاته القولية كبيعه وشرائه غير جائزة، أما طلاقه فإنه يقع، وزواجه بمهر المثل جائز. (١) وقد سبق وأن تحدثت عنه في المبحث السابق.

(١) سورة النساء، الآية (٤٣).

(٢) الزيلعي، تبين الحقائق شرح كنز الدقائق، ٣٠٠/٤. الخطيب، الشربيني، مغني المحتاج، ٢٥٤/٤. ابن القيم،

إعلام الموقعين عن رب العالمين، ٨٨/٣.

(٣) ابن أمير حاج، التقرير والتحبير، ١٩٧/٢.

(٤) الزيلعي، تبين الحقائق شرح كنز الدقائق، ١٢٧/٦. ابن قدامه، المغني، ٣١٨/٤.

(هـ) الغضب الشديد:

وهو تغير يحصل عند غليان دم القلب، ليحصل عنه التشفي للصدر، حيث يغير بعض الأحكام، مثل الطلاق في حالة الغضب الشديد، لا يقع، لزوال عقل الإنسان، فأشبهه المجنون. (٢)

المطلب السابع: من يصح أن يكون خصماً عند الفقهاء المسلمين؟

يشترط أن يكون كل من المدعي والمدعى عليه متمتعاً بالأهلية لإقامة الدعوى، ولكن قد تعتري الأهلية عوارض فتنقصها، فهل يشترط أن يكون كل من المدعي والمدعى عليه صاحبي أهلية كاملة للإدعاء والاختصاص والمدافعة والمرافعة؟ للإجابة عن هذا السؤال لابد من البحث في آراء الفقهاء في هذه المسألة، فأروهم تتباين في ذلك، على النحو الآتي:

أولاً: ذهب الحنفية والشافعية والحنابلة والزيدية إلى أنه لا يصح الاختصاص من الصغير غير المميز والمجنون؛ فلا يصح أن يكون الصغير والمجنون مدعياً ومدعى عليه، إنما إذا ترتب عليه التزام نتيجة معاملة مالية أو فعل قام به فإن الذي يخاصم عنه ووليّه، فإذا لم يوجد له ولي يدافع ويخاصم عنه وصيه، فإذا لم يوجد فيعين عليه وصي لغايات الاختصاص، ودليلهم على ذلك حديث الرسول -صلى الله عليه وسلم-: (رفع القلم عن ثلاث: عن الصبي حتى يحتلم والمجنون حتى يفيق، والنائم حتى يستيقظ). (٣) فالمجنون والصغير لا تجوز مخاصمتهم واختصاصهم؛ كون أهليتهم ناقصة لا توجب الالتزام. (٤) أما

(١) السيوطي، الأشباه والنظائر، ص ٣٦٨. المرادوي، الإصناف، ٥/٣٣٤. حيدر، درر الحكام شرح مجلة الأحكام، ٦٥٧/٢.

(٢) وزارة الأوقاف الكويتية، الموسوعة الفقهية، ٣١/٢٥٩.

(٣) أخرجه الترمذي في سننه، كتاب الحدود، باب ما جاء في من لا يجب عليه الحد، حديث (١٤٢٣)، ٤/٣٢. وأبو داود، سليمان بن الأشعث السجستاني، (ت ٢٧٥هـ)، سنن أبي داود، ط ١، م، دار الحديث للطباعة والنشر، كتاب الحد، باب في المجنون يسرق أو يصيب حداً، الحديث رقم (٤٤٠٣)، ٤/٥٥٨. قال الألباني: (هذا حديث صحيح)، أنظر الألباني، إرواء الغليل في تخريج أحاديث منار السبيل، حديث رقم (١٤٥٠)، ٥/٢٧٤.

(٤) ابن نجيم، البحر الرائق، ٧/١٩٢. الشيخ نظام، الفتاوى في مذهب الإمام أبي حنيفة، ٤/٣. الهبتي، تحفة المحتاج في شرح المنهاج، ١٠/٢٩٤. الأنصاري، أسنى المطالب شرح روضة الطالب، ٢/٢٠٦. النووي، المجموع شرح المهذب، ٩/١٨٣. ابن تيمية، الفتاوى الكبرى، ٥/٣٩٨. ابن المرتضى، البحر الزخار الجامع لعلماء الأمصار، ٦/٣٠٥.

المالكية فقالوا: إن الصغير يجوز أن يكون مدعياً ولا يجوز أن يكون مدعى عليه إلا بإذن وليه؛ وذلك لأن المدعي مهاجم وله مصلحة في الإدعاء. (١)

ثانياً: الصبي المميز:

وهو الصغير الذي يميز أقواله وأفعاله؛ إذ ذهب الحنفية إلى جواز تصرفاته وجواز اختصاصه، شريطة أن يأذن له وليه بذلك. فتصرفاته موقوفة على إذن وليه أو الوصي عليه، شريطة أن يتوخى مصلحته في ذلك. (٢) وذهب الشافعية والحنابلة والزيدية: إلى عدم جواز اختصاصه إنما يخاصم عنه وليه أو وصيه، فإن لم يوجد يعين القاضي عليه قيماً أو وصياً لغايات الاختصاص. (٣) وذهب المالكية إلى جواز اختصاصه دون أن يأذن له وليه بذلك إن كان مدعياً؛ لأن المدعي مطالب ومهاجم، ففي كل الأحوال يوجد لهذا الصغير غير المميز مصلحة إذا كان مدعياً، أما إذا كان مدعى عليه فقد اشترطوا فيه الأهلية الكاملة، وإلا فإن وليه ووصيه يدافعان عنه ويرافعان عنه. (٤)

ثالثاً: السفية:

ذهب الحنفية: إلى أنه لا تجوز مخاصمته إلا بإذن وليه؛ إذ إنه لا يترتب على إقراره أثر في المعاملات. (٥) أما الشافعية والحنابلة فقالوا: يجوز مخاصمته في إقراراته التي يترتب فيها أثر؛ فطلاق السفية جائز وزواجه بمهر المثل جائز، وإذا ما أقر بجناية فإنه يوجب عليه القود. (٦)

وأما المالكية فقالوا: يجوز أن يكون مدعياً؛ لأن المدعي دائماً مهاجم ولا يجوز أن يكون مدعى عليه إلا بإذن وليه، شريطة أن يتوخى له المصلحة في ذلك. (٧) والذي أرجحه هو أن

(١) القرافي، الفروق، ١١٦/٤. الخرشي، شرح مختصر خليل، ٣٠١/٥. ابن عرفة، شرح حدود ابن عرفة، ص ٤٧١.

(٢) ابن نجيم، البحر الرائق شرح كنز الرقائق، ١٩٧/٧. الزيلعي، تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق، ٢٩٨/٤. (٣) الفروع، ابن مفلح، ٦٠٦/٦. ابن قدامة، المغني، ٨٨/٥. النووي، المجموع شرح المهذب، ١٨٣/٩. ابن القيم، الطرق الحكمية، ص ١٢١. ابن تيمية، الفتاوى الفقهية الكبرى، ٣٩٨/٥. ابن المرتضى، البحر الزخار الجامع العلماء الأمصار، ٣٠٥/٦.

(٤) الخرشي، شرح مختصر خليل، ٣٠١/٥.

(٥) ابن نجيم، البحر الرائق شرح كنز الدقائق، ٨٩/٨. الشيخ نظام، الفتاوى في مذهب الإمام أبي حنيفة، ٣٦٨/٤. (٦) الأنصاري، الغرر البهية في شرح البهية الوردية، ١٢٤/٣. ابن القيم، إعلام الموقعين عن رب العالمين، ٥٣/٤. المرادوي، الإنصاف، ٣٧٢/١١.

(٧) العبدري، المواق، التاج الإكليل لمختصر خليل، ٢٨٣/٥. ابن عرفة، شرح حدود ابن عرفة، ص ٣١٤.

الصبي لا تجوز مخاصمته؛ فلا يجوز أن يكون مدعياً ولا مدعى عليه، إنما يخاصم عنه وليه شريطة أن ينظر إلى مصلحته في ذلك. أما الصبي المميز فيجوز مخاصمته بإذن وليه فتصرفاته جائزة وموقوفة على إذن وليه أو الوصي عليه، فما كان نافعاً له أجازته وما لم يكن نافعاً له لا يجيزه. وأما السفية فيجوز مخاصمته فيما يجوز إقراره به كالقتل والطلاق، والله أعلم.

والمعمول به في المحاكم الشرعية الأردنية، أن مخاصمة الصبي سواءً كان مميزاً أم غير مميز غير جائزة إنما يدافع عنه وليه والوصي عليه؛ إذ إنه لا يجوز مخاصمته إلا عند بلوغه، فإذا بلغ جازت مخاصمته، أما السفية ففي المعاملات المالية لا تجوز مخاصمته إلا بإذن وليه، شريطة أن يتوخى له المصلحة في ذلك، أما فيما يترتب في إقراره أثر عليه فإن ذلك جائز كالطلاق والزواج بمهر المثل. (١)

(١) المادة (٢٦) من قانون أصول المحاكمات الشرعية الأردني رقم (٣١) لسنة ١٩٥٩م والتي تنص أنه (إذا كان المدعى عليه قاصراً أو شخصاً فاقد الأهلية تبلغ الأوراق القضائية إلى وليه أو الوصي عليه).

الفصل الخامس

الدفع بعدم الخصومة؛ لانتفاء شرط المعلوماتية في الدعوى، ولتناقض المدعي في دعواه، ولكون القضية مقضية.

المبحث الأول: الدفع بعدم الخصومة؛ لانتفاء شرط المعلوماتية في الدعوى.

المطلب الأول: الدفع بعدم الخصومة لعدم معلوماتية المدعي به .

المطلب الثاني: مدى لزوم معلوماتية المدعي به لصحة الدعوى.

المطلب الثالث: شرط معلوماتية المدعي عليه.

المطلب الرابع: شرط المعلوماتية في الدعوى عند تقديم الالتماس.

المطلب الخامس: محتويات الدعوى في القانون.

المطلب السادس: الاستثناءات الواردة على شرط معلوماتية المدعي به.

المطلب السابع: بعض التطبيقات العملية على شرط المعلوماتية في الدعوى.

المطلب الثامن: مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي في شرط معلوماتية المدعي به.

المبحث الثاني: الدفع بعدم الخصومة؛ لتناقض المدعي في دعواه وعدم قبولها.

المبحث الثالث: الدفع بانتهاء الخصومة كون القضية مقضية.

الفصل الخامس

الدفع بعدم الخصومة؛ لانتفاء شرط المعلوماتية في الدعوى، ولتناقض المدعي في دعواه، ولكون القضية مقضية.

المبحث الأول: الدفع بعدم الخصومة، لانتفاء شرط المعلوماتية في الدعوى.

المطلب الأول: الدفع بعدم الخصومة لعدم معلوماتية المدعي به.

المدعي به: هو موضوع الدعوى. فيشترط أن يكون المدعي به معلوماً وواضحاً في الدعوى؛ حتى تصح ويسأل المدعي عليه عنها. فلا يسأل المدعي عليه عن مدعي به ليس معلوماً وواضحاً. ويعبر عن ذلك: بأن المدعي به لا بد أن يكون محدداً، وهذا التحديد ينفي عنه الجهالة؛ لأنه لا بينة على مجهول. فلا بد أن يكون المدعي به معلوماً. فإذا كان المدعي به مجهولاً فإنه يستحيل إلزام المدعي عليه به، بالرغم من أن هناك بعضاً من الفقهاء قد استثنى بعض الدعاوى التي يكون المدعي به فيها مجهولاً، شريطة أن يبين هذه الجهالة المدعي عليه عند الإجابة عن الدعوى، فإذا ادعى المدعي ديناً على المدعي عليه دون أن يحدد مقداره، وقال المدعي عليه للمدعي: في ذمتي مائتا دينار. نلاحظ أن هذه الدعوى تبدأ بمجهولية المدعي به وتنتهي بمعلوماتية، فهي تفصل بمعلوماتية المدعي به وتدفع الجهالة في المدعي به ولا يبقى هناك جهالة، ويلزم المدعي عليه بمحكوم به معلوماً لا يوجد فيه أي نوع من أنواع الجهالة. (١)

ويشترط في المدعي به ألا يكون مُحالاً عقلاً ولا شرعاً، فإذا كان المدعي به مُحالاً عقلاً أو شرعاً فإن البينة لا تقوم عليه؛ إذ إن الإقرار لا يجوز أن يكون بما هو محال عقلاً أو شرعاً، ففي

(١) القرافي، الفروق، ٧٢/٤. الخطاب، مواهب الجليل، ١٢٦/٦. السيوطي، الأشباه والنظائر، ص ٤٩٨. حيدر، درر الحكام شرح مجلة الأحكام، ١٨٣/٤. وزارة الأوقاف الكويتية، الموسوعة الفقهية، ٧/٤.

دعوى النسب مثلاً: لا يمكن قبول ادعاء أحد: أن فلاناً هو ابنه إذا كان هذا المدعى عليه أكبر منه بعشر سنين، إذ إنه لا بد أن يكون فرق العمر بينهما يحتمل ذلك. (١)

وفي القانون لا بد أن تتضمن لائحة الدعوى اسم المدعي واسم المدعى عليه بالكامل، وموضوع الدعوى والطلبات وأسانيدها، ولا بد أن تتضمن صيغة الإلزام في الدعوى للمدعى عليه، وأن تتضمن المدعى به المرفوع في هذه الدعوى وسبب الدعوى. (٢)

وفي دعوى العين لا بد أن يبين المدعي هذه العين، كما ووزناً وصفة وزماناً ومكاناً وجنساً ونوعاً وثنماً ووصفاً، ولا بد أن يبين أنها موجودة وأنه يريد هذه العين، وأن يبين أنه يريد قيمة هذه العين إذا كانت هالكة، ولا بد أن يبين سبب استحقاقه لهذه العين، وذلك كله حتى تكون دعواه صحيحة من أجل سؤال المدعى عليه عن هذه الدعوى؛ (٣) لأن المدعى عليه عندما يسأل عن الدعوى بإمكانه أن يجيب: إن هذه الدعوى غير صحيحة وأطلب توضيح هذه الدعوى، إذ إن المدعى عليه لا يسأل إلا عن دعوى صحيحة، فإذا عجز المدعي عن توضيح هذه الدعوى، فإنها تكون مستوجبة الرد من قبل المحكمة وذلك لعدم وضوحها؛ إذ إنه لا يجوز للقاضي عملياً أن يسير في دعوى غير صحيحة. (٤)

وفي دعوى الدين لا بد أن يبين المدعي مقدار الدين وأنه في ذمة المدعى عليه ولا بد أن يبين مقداره، وسبب استحقاقه له أيضاً، ولا بد أن يبين مكان هذا الدين وجنسه ونوعه وزمانه، ولا بد أن يطلب إلزام المدعى عليه بهذا الدين؛ حتى تكون الدعوى صحيحة. (٥) وإلا فإن دعوى الدين تكون غير صحيحة؛ لأنها غير واضحة وهذا تثيره المحكمة ولو لم يثره الخصوم؛ لأن معلومية المدعى به من شروط الدعوى، التي تعدُّ من النظام العام. (٦)

(١) حيدر، درر الحكام، ٢٠٨/٤. عبدالتواب، معوض، موسوعة الأحوال الشخصية، ط٦، ٣، مطبعة منشأة المعارف، الإسكندرية، ٢٢٨/١. العمري، الحسن بن الحاج محمد، مجموعة الأحكام الشرعية، ط١، ١م، المركز الثقافي العربي، بيروت، ص ٩٩.

(٢) وزير الدولة الكويتي للشؤون القانونية والإدارية، قانون المرافعات المدنية والتجارية، ص ٣٧.

(٣) ابن عابدين، رد المحتار، ٦٤٠/٥. الماوردي، الأحكام السلطانية، ص ١٤٠-١٤٣.

(٤) المادة (٤٢) من قانون أصول المحاكمات الشرعية الأردني رقم (٣١) لسنة ١٩٥٩م.

(٥) الماوردي، الأحكام السلطانية، ص ١٤٠.

(٦) المادة (٤٢) من قانون أصول المحاكمات الشرعية الأردني رقم (٣١) لسنة ١٩٥٩م.

المطلب الثاني: مدى لزوم معلومية المدعى به لصحة الدعوى.

هل شرط المعلومية بالمدعى به شرط لازم، عند تقديم الدعوى إلى القاضي أم لا؟

أولاً: المذهب الأول:

ذهب بعض الفقهاء: إلى أن المدعى به إذا كان مجهولاً فالدعوى صحيحة، سواءً أكان المدعى به عيناً أو صفة. وعلى هذا القول فإنه لو ادعى شخصاً عيناً أو ديناً مجهولاً فإن ذلك جائز. وإلى هذا ذهب قاضي زاده من الحنفية والقرافي فالشرط غير لازم في الدعوى عندهم، وأن هذه الدعوى متوقفة على إجابة المدعى عليه، فإذا أقر بشيء من المدعى به للمدعى عليه فإنه يلزم بتفسيره، فإن فسره فإن ذلك يلزمه بمدعى به معلوم للمدعي، خاصة وأن إقرار المدعى عليه لا بد أن يكون مفسراً حتى ينتج عنه حقوق. (١)

ثانياً: المذهب الثاني:

ذهب إليه الأئمة الأربعة من (الحنفية والمالكية والشافعية والحنابلة)؛ قالوا: أن شرط المعلومية في المدعى به شرط لازم في الدعوى، فلا تصح دعوى إلا إذا كان المدعى عليه والمدعى به معلوماً؛ وذلك لأن المدعى عليه لا يسأل عن دعوى إلا إذا كانت هذه الدعوى صحيحة، وهذه قاعدة قضائية يجب السير عليها، حتى تستطيع أن تلزم المدعى عليه بمدعى به معلوم، فالمدعى عليه لا يلزم إلا بمدعى عليه معلوم. (٢) ملاحظة مهمة توضع في سطر جديد وقال الحنابلة بعدم جواز الدعوى في المبهم إطلاقاً؛ إذ إن الإقرار بالمعلوم لا يصح عندهم؛ لأنه ليس بالحق ولا موجب فكيف الإدعاء بمجهول.

والذي أرجحه رأي الجمهور في هذه المسألة، باستثناء بعض الدعاوى والتي سيتم ذكرها مثل: الإقرار بالمجهول إذا كان لا ينتهي بجهالة، وإنما ينتهي بإقرار معلوم، يكون المدعى به بهذا الإقرار

(١) ابن قاضي سماونة، جامع الفصولين، ٣٥-٣٦/١. القرافي، الفروق، ٧٢/٤-٧٣.

(٢) ابن عابدين، البحر الرائق شرح كنز الدقائق، ١٩٦/٧. الحطاب، مواهب الجليل، ١٢٥/٦. السيوطي، الاشباه والنظائر، ص ٥٠١. الهيتمي، تحفة المحتاج في شرح المنهاج، ٣٩١/٥.

قد صار معلوماً بعد أن طلب من المدعى عليه تفسير إقراره، فالمدعى به يكون مفسراً في هذه الدعاوى المستثناة، وتكون الجهالة قد ارتفعت عنه. (١)

ثم إن الدعوى قد لا تتوقف على الإقرار، وإنما تكون الدعوى بحاجة إلى إقامة البينات عليها من أجل إثباتها، فقد تحتاج إلى البينات الشخصية (الشهود لإثباتها)، والشهادة لا تبني على مجهول إطلاقاً، وإذا احتاجت إلى بيئة خطية أيضاً لإثباتها، فالبيانات الخطية والعقلية لا تقوم على جهالة، بل تقوم على دعوى واضحة، من شأنها إلزام المدعى عليه إذا ما ثبتت هذه الدعوى. (٢)

والمعمول به في القانون: أن الدعوى يجب أن تكون واضحة، سواءً من جهة معلومية المدعى به أو معلومية المدعى عليه؛ إذ إن المدعي إذا أورد اسم المدعى عليه خطأ، جاز للمدعى عليه أن يتمسك بهذا الخطأ في هذه الدعوى، وأن اسمه ليس موجوداً في لائحة الدعوى، أو أن هذه الدعوى ليست واضحة؛ ومن ثم فإن الدعوى تكون مردودة لعدم صحة الخصومة، كون هذه الدعوى غير واضحة وأن اسم المدعى عليه قد ورد خطأ في لائحة الدعوى، فيبني الحكم على أن الدعوى مردودة لعدم صحة الخصومة فيها. (٣)

المطلب الثالث: شرط معلومية المدعى عليه.

هذا الشرط متفرع عن شرط المعلومية في المدعى به، إذ إن المدعى به لا بد أن يلزم به مدعى عليه معروفاً ومعلوماً، حتى تكون الدعوى صحيحة. والمدعى عليه - كما بينت - هو الشخص الذي يجبر على الخصومة، وإذا ترك الخصومة فإنه لا يترك. ومن الممكن أن يتعدد المدعى عليهم، وفي حالة تعددهم لا بد أن يكونوا معلومين معروفين؛ وذلك لأن الدعوى عند الحكم تكون ملزمة ولا يمكن أن نلزم شخصاً مجهولاً فيها. (٤)

(١) ابن رجب، زين الدين عبدالرحمن بن أحمد الحنبلي، (ت ٧٩٥هـ)، تقرير القواعد وتحرير الفوائد ، ٤ ط١، ١م، (تحقيق إياد القيسي)، مطبعة بيت الأفكار الدولي، لبنان، ص ٥٠٨.
 (٢) وزارة الأوقاف الكويتية، الموسوعة الفقهية ، ٤/٧-٨.
 (٣) المادتان (١١)، (٤٢) من قانون أصول المحاكمات الشرعية الأردني رقم (٣١) لسنة ١٩٥٩م.
 (٤) حيدر، شرح المجلة ، ٤/١٨١.

والمدعي كما هو معروف يطلب الحكم وإلزام المدعى عليه في الدعوى. فكيف يحكم على مجهول ويلزم بالمدعى به؟ ذلك غير متصور عقلاً. (١)

ثم إن المدعى عليه ركن من أركان الدعوى ويترتب عليه أحكام. فلا يجوز السير في دعوى يكون المدعى عليه فيها مجهولاً. فمثلاً القاعدة في دعوى العين عند عجز المدعي عن إثبات دعواه، يكون القول قول ذي اليد بيمينه، فإذا كان المدعى عليه مجهولاً، فمن سنقوم بتحليفه اليمين على نفي دعوى المدعى إذا عجز المدعي عن إثبات دعواه. (٢)

فإذا ادعى المدعي وقال: لي على أحد من أهل القرية الفلانية دينٌ معينٌ. ولم يحدد من هو الشخص المدعى عليه من أهل القرية، فإن دعواه هذه لا تكون صحيحة.

ولو ادعى شخص في دعوى الفعل على خمسة، وقال: اثنان من هؤلاء الخمسة أطلقا النار على ابني المقتول، فهذه أيضاً دعوى غير مقبولة، وتكون مستوجبة الرد لعدم الخصومة في الدعوى؛ لأن المدعى عليه لا بد أن يكون معلوماً ومعروفاً. (٣)

والمدعى عليه المعروف والمعلوم هو الذي يجعل الاختصاص صحيحاً، للدفاع والدفع التي ستثار في الدعوى، إذ لا بد أن يكون المدعى عليه ذا صفة صحيحة في الدعوى، وعندما يثير دعواً من الدفع لا بد أن يكون ذا مصلحة صحيحة في هذه الدعوى. فهل يجوز إثارة الدفاع والدفع في الدعوى من مدعى عليه ليس صاحب صفة وليس معلوماً؟ إن ذلك غير متصور، فعندما تقام الدعوى والدفاع عنها لا بد أن تبنى على مدعى عليه معلوم ومعروف. (٤)

فإذا ما أثرت دعوى ولم يبين فيها المدعي اسم المدعى عليه، وكان المدعى عليه مجهولاً وليس معلوماً، فإن المحكمة تسأل المدعي عن المدعى عليه، فإذا وضحه فإن المحكمة تقوم بالسير في هذه الدعوى، وتبليغ المدعى عليه حسب الأصول، وإذا لم يوضحه فإنه يحق للمحكمة أن تثير

(١) حيدر، شرح المجلة، ١٨١/٤.

(٢) وزارة الأوقاف الكويتية، الموسوعة الفقهية، ٧/٤.

(٣) حيدر، شرح المجلة، ١٨١/٤.

(٤) ياغي، أكرم حسن، نظرية الدعوى الشرعية في التشريع والفقه والقضاء، ط١، ام، مكتبة زين الحقوقية والأدبية، بيروت، ص ١٤٥.

هذا الدفع من نفسها؛ وترد الدعوى لانتفاء الخصومة ولعدم وضوحها، والتي يعدّ جزءاً منها توضيح اسم المدعى عليه، فلا بد للمدعي عند تقديم لائحة الدعوى، أن يبين اسم المدعى عليه وشهرته. (١)

المطلب الرابع: شرط المعلوماتية في الدعوى عند تقديم اللائحة.

تمر الدعوى عند تقديمها للمحكمة بمراحل، وهي تقديم لائحة الدعوى للقاضي، ثم دفع الرسوم على هذه الدعوى، ثم تحديد موعد للنظر فيها، بعد تبليغ المدعى عليه لائحة الدعوى، ثم يتلو القاضي الدعوى على الخصوم ويكلف المدعي توضيح دعواه، فإذا وضح المدعي هذه الدعوى يسأل المدعى عليه عنها، وإذا لم يوضح المدعي هذه الدعوى ولم يستطع ذلك يؤجل مدة أخرى، فإن عجز عن التوضيح فإن هذه الدعوى ترد؛ لعدم قدرة المدعي على توضيحها. والذي أريد توضيحه هنا: أنه من الممكن أن لا تكون الدعوى واضحة، وتكلف المحكمة المدعي توضيح دعواه، أي إن شرط معلوماتية الدعوى ووضوحها ليس شرطاً للدعوى منذ بدايتها في القانون، إنما تقبل هذه الدعوى ويسار بها ويكلف المدعي توضيح دعواه. (٢)

والمعروف أن لائحة الدعوى هي القالب الشكلي الذي تقدم به الدعوى، فقد اشترط في لائحة الدعوى أن تشتمل على طلبات المدعي وعلى إثباتاته، وأن يكون المدعى به معلوماً بها. وقد علل علماء القانون ذلك: بأن المدعى عليه لا بد أن يكون على معرفة كاملة بالطلبات المطلوبة منه، حتى يتمكن من إعداد دفاعه على أساس معين، ولكي تقطع عليه العذر في إبدائه، كما أنه يشترط قانونياً أن تكون المحكمة على صورة كاملة بالدعوى؛ حتى تبين وفق قانون الاختصاص، هل هي المحكمة المختصة بالنظر في هذه الدعوى أم لا؟ ورغم أهمية هذا الشرط، إلا أن شراح القانون لم يحددوا مثل فقهاء الشريعة التوضيح الذي يجب أن يكون في كل دعوى، ولكنهم اكتفوا فقط بالقول بوجود أن يكون موضوع الدعوى وسببها محدداً وكافياً، فلم يحددوا الشروط التي يجب أن تكون في دعوى العين مثلاً حتى تكون واضحة، ولم يحددوا الشروط التي يجب أن تكون في دعوى الدين حتى تكون

(١) أنظر المادة (١١) من قانون أصول المحاكمات الشرعية الأردني رقم (٣١) لسنة (١٩٥٩م) والتي تنص (يجب أن تقدم لائحة الدعوى مشتملة على اسم كل من الفرقاء وشهرته ومحل إقامته وعلى الإدعاء والبيانات التي يستند إليها وتبلغ صورته اللائحة إلى كل من المدعى عليهم).

(٢) أنظر المادة (٤٢) من قانون أصول المحاكمات الشرعية الأردني رقم (٣٢) لسنة ١٩٥٩م.

واضحة، إنما اكتفوا بمطلق هذا الشرط، فقالوا: إن الدعوى يجب أن تكون واضحة صحيحة حتى يسأل المدعى عليه عن هذه الدعوى، فلا يسأل المدعى عليه عن دعوى غير صحيحة. (١)

ثم إن هذا الشرط يرتبط بوجود صعوبات على المدعي، تجعل من الصعب عليه توضيح دعواه، والقضاء هو المسؤول عن إزالة هذه الصعوبات؛ وذلك لتسهيل التقاضي بين الناس. ففي دعوى العين يساعد القضاء القاضي على معرفة مواصفات هذه العين، ومعرفة قيمتها بإعطائه كتباً رسمية إلى الجهات المختصة، لتساعده على معرفة هذه العين وطلبها أمام القضاء؛ لأنه ليس كل شيء عن المدعى به يستطيع أن يعرفه الإنسان. (٢)

على أنه لا بد أن تكون دعوى المدعي واضحة حتى يسأل المدعى عليه عنها، ولكنه يعذر ويمهل وتسهل الدولة الإجراءات القانونية أمامه؛ لتوضيح دعواه، وسؤال المدعى عليه عن هذه الدعوى.

ويجب أن نعرف أن كثيراً من الفقهاء أجازوا الادعاء بالمجهول في بداية دعوى الدين، ثم عند سؤال المدعى عليه عن هذا الدين فإنه يقر به، فإذا ادعى الإنسان بدين على شخص معين دون أن يبين مقداره، وأقر المدعى عليه بأن للمدعي في نمته ألف دينار مثلاً، فإن هذه الدعوى تكون مقبولة إذ إن المدعى عليه في هذه الدعوى قد أقر بدين معلوم ألزم نفسه به، والناظر في هذا النوع من الدعاوى يلاحظ أن الجهالة في ذلك قد ارتفعت، بإجابة المدعى عليه عن هذه الدعوى، فالمدعى عليه ألزم نفسه بدين معلوم. (٣)

والملاحظ أيضاً أن هذا النوع من الدعاوى تبدأ بالمجهول، ولكنها لا تنتهي بالمجهول فقد تبدأ بالمجهول للجهل بالمدعى به، ولكنها لا تنتهي بذلك؛ لأنه لا يمكن أبداً إلزام المدعى عليه بالمجهول، ولا يمكن صدور حكم فيه جهالة لأنه لا يمكن تنفيذه. ففي دعوى الوصية هناك كثيراً من الناس لا يعرفون أحكامها؛ لجهلهم بها، ولكن عند وقوع المخاصمة والإلزام والالتزام على ذلك، فإن الجهالة تزول لأنه لا يجوز الإلزام بمجهول.

(١) فايد، الدعوى بالمجهول وأحكامها دراسة مقارنة بين الفقه والقانون، ص ١٤٧.
 (٢) أنظر المواد (١١، ١٢، ١٣) من قانون أصول المحاكمات الشرعية رقم (٣٢) لسنة ١٩٥٩م.
 (٣) ابن نجيم، البحر الرائق شرح كنز الدقائق، ٣٠٣/٥. القرافي، الفروق، ٧٢/٤. الهيثمي، تحفة المحتاج في شرح المنهاج، ٣٥٤/٥.

المطلب الخامس: محتويات الدعوى في القانون.

حتى تصح الدعوى في القانون لا بد أن تتوفر في عريضة الدعوى محتويات عديدة. فعريضة الدعوى لا بد أن تكون من الورق الأبيض، ولا بد أن تكون الكتابة على هذه العريضة بالحبر الجاف أو الألة الطابعة، ولا بد أن تتضمن هذه العريضة عدة أمور حتى تكون الدعوى صحيحة:-(^١)

(١) لا بد أن تتضمن هذه العريضة اسم المحكمة التي رفعت فيها هذه الدعوى، واسم المدعي واسم المدعى عليه ومهنتهما وعناوينهما.

(٢) لا بد أن يكون في هذه العريضة تاريخها، إذ اشترط قانون المرافعات أن تكون هذه العريضة محررة ومؤرخة؛ وذلك لأن الدعوى في القانون لا تعد قائمة إلا من تاريخ دفع الرسوم، لأن العبرة في الدعوى دفع الرسوم.

(٣) لا بد أن تكون هذه الدعوى مستوفية الرسوم؛ حتى يستطيع القاضي النظر فيها. فإذا لم تدفع رسومها فإنه يتوجب على القاضي أن يلزم المدعي بدفع الرسوم، فإذا لم يدفع الخصم هذه الرسوم فإن الدعوى تكون مستوجبة الرد^(٢) وهذا بعكس القضاء في الفقه الإسلامي، الذي يسهل أمور التقاضي ويريد إرجاع الحقوق إلى أصحابها في أسرع وقت ممكن، إذ عدّ ذلك من باب الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر.

(٤) لا بد أن يبين المدعي في الدعوى عنوان المدعى عليه حتى يصح تبليغه، فإذا لم يبين هذا العنوان فإن المحكمة تبقى تمهلة حتى يوضح هذا العنوان ويبينه، وهذا كله يطيل أمد التقاضي.^(٣)

(١) المادة (٣٨) من قانون أصول المحاكمات الشرعية الأردني رقم (٣١) لسنة ١٩٥٩م.

(٢) المادتان (١١، ١٢) من قانون أصول المحاكمات الشرعية الأردني رقم (٣١) لسنة ١٩٥٩م.

(٣) القشطيني، سعدون ناجي، شرح أحكام المرافعات دراسة تحليلية في شرح قانون المرافعات المدنية العراقي، ط٢، ٢٢، مطبعة المعارف، بغداد، ١٨/٣. المادة (١٣) من قانون أصول المحاكمات الشرعية الأردني رقم (٣١) لسنة ١٩٥٩م.

(٥) لا بد أن يبين موضوع الدعوى؛ فإذا كان منقولاً لا بد أن يبين جنسه ونوعه وقيمه وأوصافه، وإن كان عقاراً لا بد أن يذكر حدوده وموقعه ورقمه وتسلسله، إذ إن المشرع قد قصد بذلك أن يكون هناك موضوع للحق محل الخصومة؛ فالدعوى لا تقبل إلا إذا كان هناك محل للخصومة، ويلاحظ على أن نصوص القانون تلزم المدعي أن يذكر أوصاف المنقولات والعقارات وذكر أوصافها، وهذا التفصيل لا مبرر له، فالحق منشأ الواقعة القانونية، والتي قد تكون قولاً أو عقداً أو فعلاً.

(٦) لا بد أن يبين المدعي وقائع الدعوى، فالوقائع المادية هي التي تسببت في النزاع والخصومة، والتي بسببها أقيمت الدعوى، فإذا كان موضوع الدعوى العقد أو الفعل، فلا بد أن يبين هذا الفعل وأوصافه، وكيف وقع؟ وما الذي سببه؟ وإذا كان عقداً لا بد أن يبين أركانه، والآثار الناتجة عنه.

ثم إنه لا بد أن يبين أدلة الدعوى، فهي وسائل الإثبات التي سيستخدمها المدعي من أجل إثبات هذه الدعوى، وقد تكون بيانات شخصية -أي الشهود-، وقد تكون بيانات خطية ورسمية، وهي المستندات العرفية والوثائق الرسمية الصادرة من دوائر رسمية.

ثم إن المدعي لا بد وأن يبين طلباته في الدعوى، فهي الأمر والنهي وإلزام المدعي عليه في طلبات المدعي، وتضمن المدعي عليه الرسوم والمصاريف القانونية.

أما أسانيد الدعوى والتي ينبغي على المدعي أن يبينها أيضاً، فهو السند الذي يعتمد المدعي في تأييد دعواه، ويختلف هذا السند باختلاف موضوع الخصومة؛ فالقانون يحمي الحق بدعوى يرفعها صاحب هذا الحق، فعندئذ لا بد وأن يكون للمدعي سند هذه الدعوى، التي يطلب فيها الحق، فإذا كان الحق مسجلاً في عقد فلا بد أن يذكر رقم العقد وتاريخه والمكان الصادر منه، وكل ذلك يعد جزءاً من توضيح الدعوى، وفي نهاية لائحة الدعوى لا بد أن يكون هناك توقيع المدعي أو وكيله أو وليه أو وصيه.

والملاحظ في القانون أن إجراءات التقاضي إجراءات معقدة وليست سهلة، سواء أكانت من جهة الرسوم أو من جهة الأجراءات^(١)، مما يعرقل سير القضاء ويطيل أمد التقاضي، ويؤخر الحقوق ولا يرجعها لأصحابها بسرعة وسهولة.

المطلب السادس: الاستثناءات الواردة على شرط معلومية المدعى به.

(١) ذكر الحنفية وبعض علماء المالكية أن الإدعاء بالمجهول يكون في دعوى الغصب والسرقة؛ وذلك لأن الإنسان عندما يقع عليه فعل الغصب يكون معذوراً، فهو لا يعرف ما الذي غُصب من ماله، خاصة إذا كان عنده أموال كثيرة، والمال الذي غُصب منه كثير وعندما ذكر المالكية هذا الرأي قالوا: إن كل فعل وقع على الإنسان ولا يعرف قدره يجوز الدعوى بالمجهول فيه؛ لأن الإنسان يكون معذوراً في ذلك، ولا يستطيع أن يحدد ما اغتصب من ماله أو ما سرق منه.^(٢) والإدعاء بالغصب -كما وضحت وذكرت- يجوز الإدعاء بالمجهول فيه عند الشافعية أيضاً، والضابط عندهم أن الادعاء بالمجهول يرجع لتقدير الحاكم فهو الذي يقدر الحاجة والضرورة، بينما عند الحنفية والمالكية كان الضابط بالادعاء بالمجهول عندهما، إلى كل ما لا يعرف قدره، فالغصب من الصعب تحديد قدره، وبعض الأفعال (كالسرقة) من الصعب تقديرها وأحياناً كقيمتها وكمّتها ونوعها، ومن الأشياء التي يجوز فيها الادعاء بالمجهول وذكرها الشافعية، والتي ترجع لتقدير الحاكم: الطفل لو بلغ وادعى على وليه الإسراف في النفقة ولم يعين القدر، فإن الولي يصدق بيمينه، وفي المساقاة إذا ادعى المالك خيانة العامل، فإن بيّن قدر ما خان به سمعت الدعوى، وصدق العامل بيمينه وكل ذلك يرجع إلى تقدير الحاكم، ومعياره الضرورة والمقدرة.^(٣)

(٢) أما الضابط عند المالكية فهو أن الإنسان يعذر لجهله، فإن كان هناك عذرٌ في جهله فيما يدعيه قبلت دعواه، ومما أرجعوه إلى عذر الإنسان في جواز ادعائه به بالمجهول:

(١) المادة (٤١) من قانون أصول المحاكمات الشرعية الأردني رقم (٣١) لسنة ١٩٥٩م. القشطيني، شرح أحكام المرافعات، ١/١٨٠-١٨١.

(٢) ابن عابدين، رد المحتار على الدر المختار، ٥/٥٤٤. الحطاب، مواهب الجليل شرح مختصر خليل، ٦/١٢٦.

(٣) السيوطي، الأشباه والنظائر، ص ٥٠٢.

الغضب؛ فإن الإنسان عندما يغضب لا يعرف ما غصب منه، ويكون جاهلاً في ذلك.^(١) وقال القرافي تصح الدعوى بالمجهول، إذا كان الجهل بالدعوى لمعذرة بهذا الجهل، بحيث لا يستطيع توضيح دعواه لعذر فوق إرادته، وقالوا: إن تقدير ذلك كله يرجع إلى الحاكم، فهو الذي يقدر حالة المدعي فيما إذا كان معذوراً أولاً. ومما عدوه من الدعاوى التي يجوز فيها الدعوى بالمجهول: الغضب؛ لأن الإنسان معذور في الغضب فلا يعرف ما غُصِبَ منه.^(٢)

(٣) ذكر الشافعية أن هناك مسائل تسمع فيها الدعوى بالمجهول؛ للضرورة في ذلك: كالوصية والإقرار والدية والغرة وفرض مهر ومتمعة ونفقة وكسوة وحق إجراء الماء في أرض جددت، وكل ذلك يرجع إلى الحاجة والضرورة، وأن الأحكام في هذه تكون منضبطة. فالدية معروف مقدارها، والغرة معروف مقدارها. وهناك قول عند الشافعية: إن الدعوى بالمجهول لا تجوز إلا بالوصية والإقرار؛ لصحة القضاء بالوصية المجهولة: كتلت المال، والمال غير المعلوم، وصحة الملك في الإقرار بالمجهول من غير حكم، ويلزمه الحاكم بالتعيين.^(٣)

(٤) ذهب الحنابلة إلى أن الدعوى بالمبهم إن كانت بما يصح وقوع العقد عليه مبهماً جازت، كدعوى الوصية. وألحق الحنابلة الإقرار بذلك. والصحيح عندهم أن دعوى الإقرار بالمعلوم لا يصح لأنه ليس بالحق ولا موجه فكيف المجهول؟!.^(٤)

كيفية الحكم في دعوى الإقرار بالمجهول في الفقه الإسلامي:

إذا ثبتت حجية الإقرار بالمجهول ومشروعيته، فكيف يسير القاضي في مثل هذه الدعوى، التي حصل بها هذا الإقرار؟

(١) الخطاب، مواهب الجليل شرح مختصر خليل، ١٢٦/٦.

(٢) القرافي، الفروق، ٧٢/٤.

(٣) قليوبي وعميرة، حاشيتنا قليوبي وعميرة، ٣٣٨/٤. السيوطي، الأشباه والنظائر، ص ٥٠٣.

(٤) ابن رجب، تقرير القواعد وتحريم الفوائد، ص ٥٠٨.

الإقرار: إخبار شخص عن حق له على آخر في مجلس القضاء، وهو حجة قاصرة على المقر لا يتعداه.^(١) فلو أقر الراهن بالمرهون لرجل فإن ذلك لا يتعدى إقراره على المرتهن، فالإقرار لا يتعدى المقر نفسه ولا يتعدى في تثبيت الحق للمقر له.^(٢)

فحينما يقر شخص بأمر مجهول كأن يقول لفلان عليّ دين، فإن ذلك إقرارٌ فيه جهالة. فما عمل القاضي في مثل هذه الحالة؟ هناك خطوتان يجب على القاضي عملهما:

(١) أن يجبر المقر على تفسير إقراره الذي أقر به، فإن فسره أخذ بتفسيره. وإن امتنع سجنه القاضي حتى يفسر إقراره، وذلك لأن المقرّ كأنه منع حق غيره بعدم تفسيره إقراره، فيسجن على ذلك، ثم إن الرجوع في الإقرار المجلد يكون بالرجوع إلى المقر ليبيّنه ويفسره. لقوله تعالى: ﴿...﴾

(٢) القضاء بالمجهول لا يصح لأن الحكم بحاجة إلى الإلزام والتزام، والمجهول لا يمكن أن يكون فيه الإلزام والتزام فهو بحاجة للتفسير من أجل الإلزام به.^(٤)

المطلب السابع: بعض التطبيقات العملية على شرط المعلوماتية في الدعوى.

(١) عند رفع المدعي إلى المحكمة دعوى غير واضحة، فإنه يتوجب على المحكمة تكليف المدعي توضيح دعواه قبل سؤال المدعي عليه عن هذه الدعوى، وإذا قامت المحكمة برد الدعوى قبل تكليف المدعي توضيحها وإصدار القرار بعجزه عن ذلك، فإن ذلك يُعدُّ إجراء غير صحيح من قبل المحكمة؛ إذ إنه يتوجب على المحكمة تكليفه بتوضيح هذه الدعوى، فإن عجز عن ذلك ردت هذه الدعوى؛ لعدم وضوحها. فالمدعي عليه لا يسأل عن دعوى

(١) حيدر، درر الحكام شرح مجلة الأحكام، ٨٤/٤٥.

(٢) إبراهيم، أحمد إبراهيم، طرق القضاء في الشريعة الإسلامية، ط ١، ام، المطبعة السلفية، القاهرة، ص ١٥٢.

(٣) سورة القيامة، الأيتان (١٨، ١٩).

(٤) ابن عابدين، رد المختار على الدر المختار، ٢٠٤/٥. حيدر، درر الحكام شرح مجلة الأحكام، ٢٠٢/٤.

غير صحيحة وغير واضحة. والبيانات لا تقوم على دعوى غير صحيحة؛ إذ إن الدعوى يجب أن تكون صحيحة؛ حتى تقوم البيانات عليها. (١)

(٢) الدفع دعوى يجب أن يكون واضحاً مثل الدعوى، فإذا دفع المدعى عليه في دعوى جهاز أو دعوى مهر أعيان أثاث بأنه أوصل للمدعية أعياناً، فلا بد أن يذكر جنس هذه الأعيان ووصفها وثمانها، ولا بد أن يذكر في دفعه مكان إيصال هذه الأعيان وزمانها. وعندما يدفع بهذا الدفع أمام المحكمة، فإنه يجب على المحكمة أن تكلفه توضيح هذا الدفع، فإن وضحه تسأل المحكمة المدعية عن هذا الدفع، وإن عجز عن توضيحه أصدرت المحكمة قرارها بعجز المدعى عليه عن توضيح دفعه، وعند ذلك يصدر قرار برد هذا الدفع لعدم وضوحه. (٢)

(٣) في دعوى الطلاق لا بد للمدعية أن توضح نوع الطلاق وتاريخه ومكانه، وإذا دفع المدعى عليه هذه الدعوى بدفع مقبول مثل: الدهش. فلا بد أن يوضح المدعى عليه هذا الدفع، إذ إن المدعي لا يسأل عن دفع غير صحيح، والمدعى عليه أيضاً لا يسأل عن دعوى غير صحيحة، فالمحكمة عندما تسأل المدعى عليه عن دعوى الطلاق، لا بد أن تكون هذه الدعوى واضحة، فإذا أجاب المدعى عليه عن هذه الدعوى بالدهش، لا بد أن يوضح هذا الدفع حتى تستطيع المحكمة أن تسأل المدعي عن هذا الدفع، فيجب على المدعى عليه عندما يوضح دفعه (الدهش) أن يذكر نوعه، وأنه لم يكن يعرف ما يقول. فإذا عجزت المدعية عن توضيح دعواها (الطلاق)، فإن هذه الدعوى تكون مردودة؛ لعدم وضوحها. وإذا لم يوضح المدعى عليه دفعه فإن هذا الدفع أيضاً يكون مردوداً؛ لعدم وضوحه. (٣)

(٤) في دعاوى النفقات المختلفة: لا بد أن يوضح المدعي نوع النفقة التي يريد، وعلاقة القرابة بينه وبين المطلوب منه هذه النفقة، وأن يذكر في دعواه: هل يريد نفقة يومية أم شهرية؟ وأن يذكر إلزام المدعى عليه المطلوب منه هذه النفقة بهذه النفقة، وأن يوضح أن

(١) المادة (٤٢) من قانون أصول المحاكمات الشرعية الأردني رقم (٣١) لسنة ١٩٥٩م. وانظر القرار الاستئنافي رقم (١١٣٣١) تاريخ ١٩٦١/٢/٢١م الصادر عن محكمة الاستئناف الشرعية الأردنية.
(٢) أنظر المادة (١٦٢٠) من المجلة وأنظر القرار الاستئنافي رقم (١٥٦٧٢) تاريخ ١٩٦٧/٩/١٧م الصادر عن محكمة الاستئناف الشرعية الأردنية.
(٣) أنظر المادة (١٧٦٧) من المجلة والقرار الاستئنافي رقم (٣٦٢٧٤) تاريخ ١٩٩٣/١٠/٢٧م الصادر عن محكمة الاستئناف الشرعية الأردنية.

المدعى عليه ممتنع عن دفع هذه النفقة دون سبب شرعي، وكل ذلك معتبر من أجل أن تكون الدعوى واضحة، فإذا لم يوضح ذلك فإن هذه الدعوى تعتبر مردودة؛ لعدم وضوحها.^(١)

المطلب الثامن: مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي في شرط معلومية المدعى به.

يشترط القانون في معلومية الدعوى شرطاً إجرائياً وليس لازماً في الحال وهذا الرأي أقرب إلى الرأي الأول في الفقه، ذلك الرأي الذي يجعل شرط المعلومية في المدعى به شرطاً غير لازم، فإذا قدم شخص دعوى له وكانت هذه الدعوى غير واضحة، فإن ذلك جائز في القانون؛ إذ يسأل المدعي عن هذه الدعوى، ويطلب منه توضيحها. فإن وضوحها فإن ذلك جائز وإن لم يوضحها فإن هذه الدعوى لا تعدّ صحيحة، ومن ثم إذا عجز المدعي عن توضيح دعواه، فإن هذه الدعوى تكون مستوجبة الرد؛ لعدم وضوحها.^(٢) ولكن هذا الشرط لا يتفق مع الرأي الأول ولا مع الرأي الثاني، فالخصم إذا ما أمهل المدعي لتوضيح دعواه لكنه لم يستطع ذلك، فإنه يتمسك بحق يبطل دعوى المدعي؛ وهو أن هذه الدعوى غير واضحة، ومن الممكن أن ينهي دعوى المدعي، رغم أن هذه الدعوى قد تكون صحيحة يترتب عليها حق، وهذا الوضع يجعل المدعي في دعواه في إرباك؛ فهو يريد توضيح دعواه مما يفتح الباب أمام الدعاوى التي تعتمد على وثائق وعقود مزورة؛ لأنها تعد في ظل هذا الوضع أقرب الطرق وأسهلها لاسترداد الحق، خاصة في هذه الأيام التي شاعت بها وسائل التزوير، وتعددت طرقه.^(٣)

ويلاحظ أن الدعوى في القانون معقدة، ابتداءً بتقديم الطلب، ثم الرسوم ثم أن لائحة الدعوى لا بد أن تتضمن اسم المحكمة، واسم الخصمين ولقبهما ومهنتهما ومحل إقامتهما، وبيان المحل الذي يختاره المدعي للتبليغ، ثم طلبات المدعي ووقائع الدعوى؛ أي أن التوضيح يأخذ جزءاً كبيراً من

(١) أنظر القرار الاستئنافي رقم (١٨١٨٤) تاريخ ١٩٧٤/٨/٢١ الصادر عن محكمة الاستئناف الشرعية الأردنية.

(٢) أنظر المادة (١١) من قانون أصول المحاكمات الشرعية رقم (٥١) لسنة ١٩٥٩م.

(٣) فايد، الدعوى بالمجهول في الفقه الإسلامي دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، ص ١٥٠.

وقت التقاضي، بينما يسهل الفقه أمور التقاضي، ويسرع في إرجاع الحق لأصحابه. فهذه الإجراءات المعقدة غير موجودة في الفقه الإسلامي. (١)

والقانون لم يستثن أية دعوى يجوز فيها الادعاء بمجهولية المدعى به، بينما الفقه استثنى دعاوى تجوز فيها الجهالة؛ وذلك لأنها قد تنتج عنها حقوق، فمثلاً: يعذر المدعي بجهله فلا يجدر بالمدعي أن يعرف أحكام الوصية، ولا أحكام الإرث، فيعذر في جهلة حتى يسأل لتوضيح دعواه، ويستطيع رفع دعوى يطلب فيها حقه، فأحكام الإرث والوصية بحاجة إلى اطلاع وعلم بالفرائض؛ حتى يستطيع المدعي أن يحدد شرط المعلوماتية بدعوى الوصية ودعوى تصحيح الإرث.

ثم إن الفقه الإسلامي قد فتح الباب أمام أناس وأعدرهم بشروط خاصة بهم، لجهلهم أو أنهم قد يكونون غير قادرين على توضيح دعواهم، فمثلاً في دعوى الغصب يصعب على الإنسان توضيح هذه الدعوى وهذا الفعل، وما الذي غُصِبَ منه؟ فأعذره بعض الفقهاء في جهله بذلك. (٢) أما في القانون فلا بد أن يوضح المدعي دعواه، سواءً أكان معذوراً أم غير معذور فهو مجبرٌ على توضيح دعواه؛ فالقاعدة القانونية ترى أنه لا يسأل المدعي عليه عن دعوى إلا إذا كانت هذه الدعوى صحيحة وواضحة. (٣)

والفقه بذلك أكثر إنصافاً من القانون واضبط للحقوق، فهذا الشرط لصعوبته في القانون قد يضيّع الحقوق على الناس، بحيث تكون دعواهم مستوجبة الرد؛ لانتفاء معلوماتية المدعى به، على الرغم من أن هؤلاء الناس لهم حقوق، فنظرة الفقه هي نظرة إعدار لبعض الناس للمطالبة بحقوقهم أمام القضاء، بينما نظرة القانون قد تضيع على بعض الناس حقوقهم، مع أنهم أصحاب حقوق، يحق لهم المطالبة بها. (٤)

(١) فايد، الدعوى بالمجهول في الفقه الإسلامي دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، ص ١٥١.
 (٢) ابن عابدين، رد المحتار على الدر المختار، ٥/٥٤٤. الحطاب، مواهب الجليل شرح مختصر خليل، ٦/١٢٦.
 (٣) القشطيني، شرح أحكام المرافعات دراسة تحليلية في شرح قانون المرافعات المدنية العراقي، ١/١٨١.
 (٤) فايد، الدعوى بالمجهول في الفقه الإسلامي دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، ص ١٥١.

المبحث الثاني: الدفع بعدم الخصومة لتناقض المدعي في دعواه وعدم قبولها.

المطلب الأول: الدفع بعدم الخصومة لتناقض المدعي في دعواه وعدم قبولها.

المطلب الثاني: شروط التناقض.

المطلب الثالث: أنواع التناقض:

(١) التناقض الذي لا يمنع سماع الدعوى.

(٢) التناقض الذي يمنع سماع الدعوى.

المطلب الرابع: أمثلة على التناقض الذي لا تسمع الدعوى فيه إلا إذا وفق المدعي في دعواه.

المطلب الخامس: إرتفاع التناقض.

المطلب السادس: شرط عدم تناقض المدعي في دعواه في القانون.

المبحث الثاني: الدفع بعدم الخصومة لتناقض المدعي في دعواه وعدم قبولها.

المطلب الأول: الدفع بعدم الخصومة لتناقض المدعي في دعواه.

من شروط الدعوى عدم التناقض. والتناقض في الدعوى يعني: أن يصدر من المدعي كلاماً منافٍ للكلام الذي يقوله في دعواه.^(١) والتناقض يمنع من سماع الدعوى، ومن أقر صراحة أو دلالة أن هذا المال لغيره وليس له، فلا يجوز له المطالبة به، ولا يجوز له أن يطالب لغيره به، سواءً أكان ولياً أو وصياً أو وكيلًا. ومن أبرأ شخصاً من أي حق، ثم جاء يطلب الحق منه فإنه لا يجوز له ذلك، إلا إذا قام برفع هذا التناقض بطريق قانوني؛ لأنه من سعى بنقض ما تم من جهته فسعيه مردود عليه. ثم إن ما يمنع من سماع هذا النوع من الدعاوى، أنه يستحيل أن يثبت الشيء مع ما ينافيه.^(٢) فمتى وجد هذا التناقض فإنه يمنع سماع الدعوى وللتناقض أمثلة كثيرة منها: أن يقر أمام القاضي أن هذه العين لشخص معين، فيأمره القاضي بتسليم هذه العين للمقر له، ثم بعد ذلك يدعي المقر أنه اشترى هذه العين بتاريخ سابق لإقراره، فبذلك يكون متناقضاً في ما يدعيه، إذ إنه بإقراره الأول يكون معترفاً بملكية غيره في تاريخ إقراره، وبدعواه الثانية يكون مدعياً أنه المالك بذلك التاريخ، وهذا التناقض لا يجوز في الدعوى، والذي يجب رفعه عنها بطريقة قانونية، فإذا لم يرتفع هذا التناقض فإن المحكمة ترد هذه الدعوى بالدفع لعدم الخصومة؛ لأن من شروط الدعوى أن لا تكون متناقضة، فالتناقض يبطل الدعوى، وهذا التناقض تثيره المحكمة ولو لم يثره الخصوم، فإذا أثاره الخصم فذلك جائز، وبكل الأحوال لا بد من رفع هذا التناقض بطريقة قانونية.^(٣)

والتناقض يمنع الدعوى للشخص المدعي في الدعوى المتناقضة، ويمنع المطالبة بالحق لغير المتناقض؛ كأن يكون المتناقض في الدعوى ولياً أو وصياً أو وكيلًا؛ لأن من أقر بحق لغيره لا

(١) حيدر، درر الحكام شرح مجلة الأحكام، ٢٦١/٤. نداء، أشرف، الأصول القضائية في المرافعات الشرعية،

ط١، ام، المكتب الفني للإصدارات القانونية، ص ٢٢.

(٢) الكاساني، بدائع الصنائع، ٣٤١/٦. أنطاكي، أصول المحاكمات، ص ٢٤٢.

(٣) نداء، الأصول القضائية في المرافعات الشرعية، ص ٢٢.

يجوز له أن يدعيه لنفسه، ولا يجوز له أن يدعيه لغيره بوكالة أو وصاية، فإذا أقر وصي لشخص بعين معينة ثم ادعاه للموصى عليه، فإن ذلك غير جائز. (١)

ومن الأمثلة على ذلك: التناقض في دعوى الدين، ومثالها: أن يدعي شخصاً على آخر ديناً، فيقول المدعى عليه: ليس لك على شيء. ولا أعرفك، وبعد أن أقام المدعي البيينة على هذا الدين الذي ادعاه، ادعى المدعى عليه أنه قضاة للمدعي. فالقاضي لا يسمع من المدعى عليه دعوى الدفع؛ لأن ذلك يعدُّ تناقضاً؛ لأن دعواه القضاء للمدعي ينافي دعواه عدم معرفته في العادة؛ إذ المعتاد أن الشخص لا يقضي إلا لمن يعرفه، والمحكمة ترد الدعوى في مثل ذلك للتناقض الموجود في الدعوى وإذا لم تثره المحكمة، فإن المدعى عليه يطلب رد هذه الدعوى؛ وذلك للتناقض الموجود فيها، على أن التناقض في الدعوى إذا لم يمكن رفعه بطريقة قانونية، فإن هذا دفع من الدفوع التي توقف الخصومة وتنتهيها، وهو دفع تجوز إثارته من المحكمة، كما أنه يجوز إثارة هذا الدفع من الخصوم؛ لأن عدم التناقض شرط من شروط الدعوى؛ إذ لا تصح الدعوى إلا برفع هذا التناقض، على أنه إذا كان بالإمكان رفع هذا التناقض بطريقة قانونية، فإن هذه الدعوى تسمع؛ وذلك لأن بإمكان المدعي أن يوفق في دعواه على ما وقع به من تناقض. (٢)

المطلب الثاني: شروط التناقض.

(١) من شروط التناقض اتحاد الإضافة، فإذا تعددت الإضافة فقد اجتمع النقيضان والضدان. (٣)
بمعنى أن التناقض في الدعوى يجب أن يكون قد صدر من الشخص نفسه، سواءً المدعي في دعواه أو المدعى عليه في دفعه، أو أنه صدر من شخص في حكم الشخص الواحد مثل: الوكيل والموكل، والوارث والمورث، ثم إن الكلامين المتناقضين لا بد أن يكونا في موضوع الدعوى نفسه، أو في موضوع الدفع الذي وقع فيه المتناقض. (٤)

(١) ابن قاضي سماننة، جامع الفصولين، ٩٠/١.

(٢) نداء، الأصول القضائية في المرافعات الشرعية، ص ٢٢.

(٣) القرافي، الفروق، الفرق ٢٥٦، ٤/١٠١.

(٤) ياسين، نظرية الدعوى، ص ٣٩٣. الدغمي، دعوى التناقض، ص ٨٠.

(٢) لا يمكن التوفيق والجمع بين الكلامين الأول والثاني،^(١) فلو ادعى أحد القصاص على آخر فأنكره المدعى عليه فبرهن المدعي على ما ادعاه من القصاص، ثم برهن المدعى عليه على العفو والصلح عن القصاص على مال، وأقام المدعى عليه البينة تقبل، أما إذا زاد المدعي عليه في إنكاره فقال: لا أعرفك ولا رأيتك فلا يقبل برهانه على العفو والصلح؛ لتعذر التوفيق بين كلاميه؛ لأنه لا يكون بين اثنين معاملة من غير معرفة.^(٢)

(٣) أن يكون هذا التناقض قد حصل من المدعي في دعواه في مجلس القاضي، أو قد حصل من الخصم في دفعه في مجلس القاضي؛ لأن الدعوى في غير مجلس القاضي لا تجوز؛ إذ لا يجب على المدعى عليه أن يجيب عن الدعوى في غير مجلس القاضي، فإذا ترك شخص دعواه مدة خمسة عشر عاماً، وطالب بحقه مراراً من غير أن يدعي عند القاضي، فإن دعواه لا تُسمع؛ لأنه لم يتحقق شرط الدعوى وهو: أنه يجب أن تكون في مجلس القاضي.^(٣)

(٤) أن لا يكون التناقض في موضع الخفاء.^(٤) وسأقوم لاحقاً ببيان المواضع التي يكون فيها التناقض موضع خفاء، يعذر فيها المتناقض.

(٥) ويشترط أيضاً في التناقض أن لا يكون الكلام الأول كذب شرعاً بالقضاء.^(٥) فقد نصت المادة (١٦٥٤) من المجلة على: (أن التناقض يرتفع بتكذيب القاضي فمثلاً: لو ادعى المال الذي هو في يد غيره قائلاً: إنه مالي. وأنكر ذلك المدعى عليه قائلاً: إن المال كان لفلان وأنا اشتريته منه. فأقام المدعي البينة وحكم له، بذلك يرجع المحكوم عليه بثمن ذلك المال، على بائعه؛ لأن التناقض الذي وقع بين إقراره يكون المال للبائع، ويبين رجوعه بالثمن عليه بعد الحكم قد ارتفع بتكذيب حكم القاضي لإقراره).^(٦)

(١) ابن نجيم، البحر الرائق شرح كنز الدقائق، ٤١/٧. ابن قاضي سماونه، جامع الفصولين، ٩١/٢. شيخي زادة،

مجمع الأنهر شرح ملتقى الأبحر، ١٧٨/٢.

(٢) شيخي زادة، مجمع الأنهر شرح ملتقى الأبحر، ١٧٨/٢.

(٣) ابن عابدين، رد المحتار على الدر المختار، ٤٢٠/٥. ابن عابدين، العقود الدرية تنقيح الفتاوي الحامدية، ٨/٢.

(٤) حيدر، درر الحكام، ٢٨٠/٤. الدغمي، دعوى التناقض، ص ٩٢.

(٥) حيدر، درر الحكام، ٢٧٨/٤. ياسين، نظرية الدعوى، ص ٤٠٥.

(٦) أنظر المادة (١٦٥٤) من المجلة وشرحها لحيدر، درر الحكام، ٢٧٨/٤.

المطلب الثالث: أنواع التناقض.

أولاً: التناقض الذي لا يمنع سماع الدعوى:

عرفنا أن عدم التناقض شرط من شروط الدعوى، إلا أنه ليس كل التناقض يمنع سماع الدعوى، فهناك بعض أنواع المسائل التي تكون أسبابها خفية لا تمنع سماع الدعوى، وهناك بعض المسائل التي يوجد فيها عذر للمدعي فلا يمنع ذلك من سماع دعواه.

على أنه يمكن تقسيم ذلك إلى قسمين:

(أ) التناقض الخفي: وهو التناقض الذي خفيت أسبابه. إذ إن المسائل التي تخفى أسبابها هي: النسب، الطلاق، التولية، الإبراء، الإشتراء مستوراً، وجود المال المغصوب، الإرث والوقف. (١)

(١) النسب والإرث: فلو ادعى شخص أن فلاناً هو ابنه من الزنا، ثم ادعى أنه ابنه من النكاح، صحت دعواه وسمعت، وإن كان التناقض موجوداً فيها؛ لأن العلق هو: (حمل المرأة من الرجل). وهذا مما يخفى. والتناقض في دعوى النسب يكون في الأصول والفروع فقط، فلو قال شخص: إن هذا الولد ليس ولدي، ثم قال بعد ذلك: إن هذا الولد ولدي. يصح؛ لأن النسب لا ينتفي بمجرد النفي، ولو ادعى شخص أنني لست وارثاً لفلان، ثم ادعى إرثه جاز ذلك؛ لأن التناقض في النسب لا يمنع دعوى المدعي. (٢) "ولو قال رجل هو ابني منك من زنا، وقالت: من نكاح ثم قال الرجل: زنا لم يثبت النسب منهما؛ لعدم اتفاقهما في النكاح. فلو قالت بعد ذلك: ابني منك من نكاح، فإن هذه الدعوى تكون مقبولة؛ لما أوردت أن التناقض لا يمنع من صحة دعوى النسب". (٣)

(١) حيدر، درر الحكام شرح مجلة الأحكام، ٢٨٠/٤.

(٢) ابن قاضي سماونة، جامع الفصولين، ١١٥/١. حيدر، درر الحكام شرح مجلة الأحكام، ٢٨٠/٤.

(٣) الزيلعي، تبیین الحقائق شرح كنز الدقائق، ٣٣١/٤.

(٢) الطلاق: فلو ادعت المرأة أن زوجها قد طلقها ثلاثاً، فإن بينتها تقبل في ذلك فإذا أثبتت ذلك فيكون طلاق زوجها قد وقع، ولو جاء الورثة وأثبتوا أن مورثهم قد طلق زوجته، وأنها قد باننت منه، فإنه يجوز ذلك؛ لأن الطلاق من المسائل الخفية التي يمكن أن تكتشف فيما بعد إيقاع الطلاق فيجوز التناقض فيه. (١)

(٣) الولاية والوصاية: الوصاية هي تعيين شخص من قبل القاضي؛ ليقوم على مصلحة القاصرين. والولاية تثبتت شخص من قبل القاضي ليقوم على مصلحة القاصرين. فلو ادعى الوصي أنه باع مالا من التركة للقاصرين، بغبن فاحش وأراد أن يبطل هذا البيع فإن ذلك يقبل منه، ولو أثبت الورثة بعد تقسيم التركة أن الوصي قد رجع عن وصايته، فإن ذلك أيضاً يكون مقبولاً منه؛ لأن الرجوع عن الوصاية لا يعرفه إلا الوصي.

(٤) الإبراء: إذا ادعى شخص على شخص ديناً معيناً، وقال المدعى عليه باستيفائه ثم ادعى المدعى عليه بعد ذلك أن هذا الشخص الدائن قد أبرأه من هذا الدين، فإن ذلك يكون مقبولاً منه؛ لأن الإبراء من الأمور الخفية والتي لا يعرفها إلا الدائن، فإذا انكشف هذا الإبراء وأثبتته المدين، فإن ذلك جائز.

(٥) الشراء مستورا: إذا اشترى شخص متاعاً معيناً، وكان ذلك المتاع مستوراً بغلاف، ثم بعد أن كشفه المشتري وجد أن هذا المتاع له، فيجوز أن يدعي ملكيته.

(٦) وجود المال المغصوب: في هذه الحالة لا يدعي المدعي بدعوى الضمان عن الفعل، وهو الغصب، إنما يطلب ماله الذي ادعى أنه غصب، ووجده في يد المدعى عليه وطلب إحضاره وتسليمه فتسمع دعواه، فهو ادعى بالغصب أولاً ثم ادعى ملكيته. وهذا مقبولٌ منه فتسمع عند ذلك دعواه. (٢)

(٧) الوقف: لو ادعى الوقف أولاً ثم ادعى بعد ذلك الميراث، لا يقبل ذلك منه إلا إذا وقَّع ذلك التناقض، بقوله: وقف أبي، لكن ذلك لم يقع لازماً فمات أبي. فعند ذلك تقبل دعواه؛ لأنه وفق دعواه فعلياً وأزال التناقض الموجود فيها. (٣)

(١) ابن نجيم، البحر الرائق شرح كنز الدقائق، ٤/١٨٤. حيدر، درر الحكام، ٤/٢٨٠.

(٢) الشيخ نظام وآخرون، الفتاوى في مذهب الإمام أبي حنيفة، ٢/٤٣١.

(٣) المرجع السابق، ٢/٤٣١.

(ب) التناقض الذي يكون فيه المدعي معذوراً مع أنه ليس خفياً على المدعي، إنما يقع هذا التناقض كونه محتاجاً ومضطراً، ومثاله: أن يقر شخص ديناً لفلان عليه ويشهد عليه، ثم يأتي ويقول: إن بعض هذا الدين عليه وبعضه ربا. ففي هذه الحالة تقبل دعواه؛ وذلك كون المدعي كان مضطراً لهذا القرض، ومحتاجاً له خوفاً من أن لا يعطيه الدائن، وتقدير الضرورة في ذلك يرجع إلى القاضي، فهو الأعراف بظروف الناس وما يحتاجونه.^(١)

ثانياً: التناقض الذي يمنع سماع الدعوى:

وهذا النوع يمنع سماع الدعوى، ويكون في غير المسائل التي خفيت أسبابها، والمسائل التي لا يوجد فيها عذرٌ للمدعي في تناقضه. فعند ذلك يُطلب من المدعي رفع التناقض، فلو رفعه لم يمنع من صحة سماع الدعوى كون هذا التناقض أصبح غير موجود، هو بمثابة العدم.

والتناقض المانع من سماع الدعوى يكون في الدعوى المرفوعة، وفي الدفوع التي أثارها المدعي عليه في هذه الدعوى، فالدفع دعوى ويشترط فيه ما يشترط في الدعوى، فلا يمكن أن تسمع دعوى يظهر فيها كذب المدعي في ادعائه، ولا يمكن أن يحكم لشخص مع ظهور كذبه.^(٢)

والفقهاء مجمعون على شرط: أن لا تكون الدعوى متناقضة، وعلى أن لا يكون المدعي متناقضاً فيما يدعيه.^(٣) لكنهم فصلوا في ذلك واختلّفوا فيما يقع فيه التناقض، وكيفية رفع هذا التناقض. فهل يكفي في التناقض إمكانية رفعه أم أنه لا بد من التوفيق فعلاً من أجل إزالته. وسوف آتي إلى تفصيل ذلك.

(١) ابن نجيم، زين الدين بن إبراهيم بن محمد، (ت ٩٧٠هـ)، رسائل ابن نجيم الاقتصادية والمسماة الرسائل الزينية في مذهب الحنفية، ط ١، ام، (دراسة وتحقيق مركز الدراسات الفقهية والاقتصادية، محمد أحمد سراج، د. علي جمعة محمد)، دار السلام للطباعة والنشر، القاهرة، ص ١٥٢. ياسين، نظرية الدعوى، ص ٤١٥.

(٢) الدعوى، دعوى التناقض والدفع في الشريعة الإسلامية، ص ١٢٣. نداء، الأصول القضائية في المرافعات الشرعية، ص ٢٣.

(٣) الزيلعي، تبين الحقائق شرح كنز الدقائق، ١٠١/٤. ابن عابدين، رد المحتار على الدر المختار، ٢٠٠/٥. الحطاب، مواهب الجليل، ٣٤٦/٦. الخرشي، شرح مختصر خليل، ٩٥/٦. الأنصاري، أسنى المطالب، ٤٨/٢. الهيتمي، تحفة المحتاج بشرح المنهاج، ٢٩٦/١٠. ابن القيم، أعلام الموقعين عن رب العالمين، ٢٥٤/١.

المطلب الرابع: أمثلة على التناقض الذي لا تسمع الدعوى فيه إلا إذا وفق المدعي في دعواه.

- (١) إذا أقر المدعي بعين لغيره ثم ادعى بعد الإقرار ملكية العين لنفسه. فكما أنه لا يملك أن يدعيه لنفسه، لا يملك أن يدعيه لغيره بوكالة أو بوصاية.
- (٢) الادعاء بالملكية من المدعي المشتري لهذه العين، أو المستأجر لهذه العين.
- (٣) أن يدعي بأن هذا المال وديعة، ثم يدعي أن هذا المال من ثمن المبيع الذي باعه.
- (٤) أن يدعي ملكية عين معينة، بعد أن ادعى أن هذه العين وقف عليه.
- (٥) أن يدعي المشتري عيباً قديماً في المبيع، بعد قبضه المبيع وبعد إقراره باستيفاء حقه.
- (٦) إذا ادعى أحد قائلًا: قد أعطيتك عشرة دنائير لتقوم بتسليمها لشخص معين، ولم تسلمها له وبقيت في يدك. فأجابه المدعى عليه: أنت لم تسلمني إياها ثم رجعت وادعى قائلًا: إنك سلمتني إياها إلا أنني قد سلمت المبلغ المذكور لذلك الشخص.
- (٧) إذا ادعى أحدٌ على آخر قائلًا: قد سلمت فلاناً شيئاً بناء على أمر منك لي. فأجابه المدعى عليه قائلًا له: إنني لم أجرك بذلك مطلقاً، وإنك لم تعط فلاناً شيئاً. ثم قوله بعد ذلك إنك أبرأتني من المبلغ المذكور. (١)
- (٨) إذا ادعى لغيره ثم ادعى لنفسه، فإن ذلك لا يقبل إلا أن يقوم بالتوفيق، في ذلك بأن يقول كان له، ثم قمت بشرائه منه، وقام بالبرهان على ذلك. فإن ذلك يقبل ويقبل منه الإدعاء به.
- (٩) إذا كان هناك عين بيد شخص معين، يقول: هو ليس لي وهناك من يدعيه. فإن ذلك يكون إقراراً بالملك للمدعي، فحتى لو ادعاه لنفسه لا يقبل. (٢)
- (١٠) إذا ادعى أحد على أخيه قائلًا: إن هذه الدار موروثه عن والدنا، ولي فيها حصة إرثية كوني أحد الورثة. فأجابه الآخر -شقيقه المدعى عليه-: إنه لم يكن لوالدنا حق في

(١) حيدر، درر الحكام، ٢٦١/٤.

(٢) ابن قاضي سماونة، جامع الفصولين، ٩٠/٤.

الماضي في تلك الدار. ثم رجع وادعى بعد ذلك بأنه اشترى تلك الدار من والده، كان هذا تناقضاً.^(١)

وقد أوردت هذه الأمثلة محاولاً توضيح شرط التناقض في الدعوى، ومما يجدر قوله هنا أن التناقض الذي يمنع سماع الدعوى يكون في غير المسائل التي تخفى أسبابها ما دام باقياً، فلو ارتفع هذا التناقض لم يمنع من صحة الدعوى بعدم وجوده، فيكون شرط الدعوى الصحيحة قد تحقق وهو: عدم التناقض في الدعوى. ويكون هذا الكلام الصادر من المدعي في دعواه، قد ارتفع مما يصح الدعوى ويجعل السير في هذه الدعوى حسب الأصول القضائية والقانونية صحيحاً.^(٢)

المطلب الخامس: إرتفاع التناقض؟

أولاً: يرتفع التناقض بخمسة أشياء:

(١) بتصديق الخصم: كأن يدعي شخص على آخر، أن له عليه ديناً ولم يستطع الإثبات، ثم ادعى بعد ذلك أن هذا المبلغ من جهة الكفالة، فإذا لم يصدقه الخصم فإن هذه الدعوى ترد؛ لعدم الخصومة للتناقض الموجود في الدعوى، والذي لم يستطع المدعي أن يرفعه، إما إذا صدقه الخصم فإن هذه الدعوى تكون مقبولة؛ لأن المدعى عليه يكون قد رفع تناقض المدعي الموجود في الدعوى، وذلك يعدّ إقراراً من الخصم بإقرار الخصم الآخر.^(٣)

(٢) يرتفع التناقض بتكذيب القاضي: فقد نصت المادة (١٦٥٤) من المجلة: على أنه (يرتفع التناقض بتكذيب القاضي. فمثلاً: لو ادعى المال الذي هو في يد غيره قائلاً: إنه مالي. وأنكر ذلك المدعى عليه بقوله: إن هذا المال كان لفلان؛ وأنا اشتريته منه. فأقام المدعي البيينة وحكم له بذلك يرجع المحكوم عليه بثمن ذلك المال على بائعه؛ لأن للتناقض الذي وقع بين إقراره بكون المال للبائع، وبين رجوعه بالثمن عليه بعد الحكم قد ارتفع بتكذيب

(١) حيدر، درر الحكام، ٢٦٢/٤.

(٢) نداء، الأصول القضائية في المرافعات الشرعية، ص ٢٣.

(٣) ابن نجيم، البحر الرائق شرح كنز الدقائق، ١٥٥/٦. الشيخ نظام، الفتاوى في مذهب الإمام أبي حنيفة، ٣٨/٤.

حيدر، درر الحكام، ٢٧٨/٤.

حكم القاضي لإقراره^(١) والقاعدة الشرعية المعروفة: أن إعمال الكلام أولى من إهماله متى أمكن، فالمشتري في المثال السابق أقر أنه اشترى المال من بائع أمام القاضي، فيجب أن يعطيه ثمنه.^(٢)

(٣) يرتفع التناقض بترك الدعوى الأولى من المدعي، وحصر طلباته في الدعوى الثانية^(٣)؛ لأن في ذلك دلالة اللفظ في ترك المدعي لكلامه الأول، وانتقاله إلى دعوى مفيدة له وهو كلامه الثاني، وهذا دليل الخطاب وحكم المخصوص بالذكر.^(٤) فإذا وصف المدعي دعواه، ولما حضر خالف في البعض؛ أي أنه ترك دعواه الأولى وادعى الحاضر فإن هذه تسمع؛ لأنه ترك المطلق وادعى بالمقيد.^(٥)

(٤) يرتفع التناقض في المسائل التي يوجد فيها خفاء؛ وذلك لمعذرة المدعي مثل: مسائل النسب، والطلاق، والوصاية، والولاية، والتولية، والإبراء، والشراء مستوراً، ووجود المال المغصوب، والإرث، والوقف.^(٦) وسبق أن وضحت ذلك.

(٥) يرتفع التناقض بالتوفيق، ولكن هل يكفي في ذلك إمكان التوفيق أو التوفيق بالفعل؟ لأن الكلام المتناقض فيه ثلاثة احتمالات:

(أ) أن يكون التوفيق بين الكلامين المتناقضين غير ممكن، ففي ذلك تكون الدعوى غير صحيحة.

(ب) أن يكون توفيقه ممكناً ويقوم به، ففي هذه الحالة تعدّ الدعوى صحيحة.

(ج) أن يكون التوفيق ممكناً ولم يجر فيه التوفيق، وهذا فيه أربعة أقوال.

(١) أنظر المادة (١٦٥٤) من المجلة وشرحها في درر الحكام، ٢٧٨/٤.

(٢) الحموي، غمز العيون البصائر في شرح الأشباه والنظائر، ٤٠٠/١.

(٣) حيدر، درر الحكام، ٢٧٨/٤.

(٤) الجصاص، أبو بكر بن علي الرازي، (ت ٣٧٠هـ)، الفصول في الأصول، ط ١، ٢، دار الكتب العلمية، بيروت، ١٥٣/١.

(٥) ابن عابدين، رد المحتار على الدر المختار، ٥٤٥/٥.

(٦) حيدر، درر الحكام، ٢٨٠/٤.

الأول: يلزم توفيقه بالفعل، ولا يكفي إمكان التوفيق.^(١) بمعنى: أنه لا بد أن يوفق المدعي فعلاً بين كلامه الأول والثاني حتى تقبل دعواه، وإلا فإن دعواه هذه تكون غير مقبولة. فإذا ادعى لغيره مالا ثم ادعى هذا المال لنفسه، فإن هذه الدعوى لا تقبل إلا أن يقوم المدعي بالتوفيق فعلاً، بأن يقول: كان هذا المال له، ثم وكلني بالخصومة فيه، ثم اشتريته منه وأنا ادعيه الآن. فهذه الدعوى تقبل؛ لأن المدعي قام بالتوفيق فعلاً في دعواه.^(٢)

الثاني: يكفي فيه إمكان التوفيق، سواء أكان هذا التناقض من المدعي أو المدعى عليه، ولكن هذا التناقض، هل هو متحد أو غير متحد؟^(٣) أي هل يمكن التوفيق بين الكلامين الأول والثاني أم لا؟ مثال ذلك أن يدعي أنه اشترى هذا المال من والده في حالة حياته، ولم يثبت المدعي. وحلف الخصم اليمين، ثم رجع المدعي وادعى أنه ورث المال من أبيه، يقبل ذلك منه؛ لأن بإمكانه أن يقول: اشتريته ثم ورثته من أبي. أما إذا ادعى الإرث أولاً ثم ادعى الشراء فلا تقبل دعواه؛ لأنه لا يمكن التوفيق في ذلك، فإذا كان المدعي وارثاً هذا المال، فكيف سيدعي شراءه؟ ثم إنه عندما يقول اشتريته، ثم ورثته فإن ذلك متصور؛ إذ إنه قبل أن يشتري هذا المال من أبيه توفي أبوه، فورث منه هذا المال فإمكان التوفيق بين الكلام الأول: وهو الشراء. والكلام الثاني: وهو الإرث ممكن، أما إمكان التوفيق بين أن يقول ورثته ثم اشتريته غير ممكن.^(٤)

الثالث: التناقض إذا كان من المدعي لا بد من التوفيق بالفعل، ولا يكفي الإمكان وإن كان من المدعى عليه يكفي الإمكان؛ لأن الظاهر عند الإمكان وجوده ووقوعه، والظاهر حجة في الدفع لا في الاستحقاق، والمدعي مستحق والمدعى عليه دافع، والظاهر يكفي في الدفع لا في الاستحقاق.^(٥) وفي هذا يقول الدكتور محمد نعيم "ثم إن المدعى عليه قوي الجانب، فهو مهاجم فلا يؤثر في مركزه القوي التناقض، فيقبل منه دفاعه إذا كان حمل بعضه على ما لا يتناقض البعض الآخر، ولذلك فإن مركزه أقوى وإمكان التوفيق به ينفعه، وأما المدعي

(١) حيدر، درر الحكام، ٢٨٤/٤.

(٢) الدغمي، دعوى التناقض والدفع في الشريعة الإسلامية، ص ٨٥.

(٣) ابن عابدين، رد المحتار على الدر المختار، ١٠٨/٥. حيدر، درر الحكام، ٢٨٤/٤.

(٤) ابن عابدين، العقود الدرية تنقيح الفتاوى الحامدية، ٢٩/٢. حيدر، درر الحكام، ٢٨٤/٤. الدغمي، دعوى التناقض والدفع في الشريعة الإسلامية، ص ٨٥.

(٥) ابن نجيم، البحر الرائق شرح كنز الدقائق، ١٥٥/٦. حيدر، درر الحكام، ٢٨٤/٤. ياسين، نظرية الدعوى، ص ٣٩٩. الدغمي، دعوى التناقض، ص ٨٧.

فلا ينفعه مجرد إمكان التوفيق؛ والسبب في ذلك أن الإمكان صورة من صور الظاهر، والظاهر مرجح ضعيف ومركز المدعي ضعيف؛ لأنه يهاجم الواقع في دعواه، بينما جانب المدعى عليه قوي؛ لأنه متمسك بالظاهر والضعيف لا يصلح مرجحاً للمركز الضعيف^(١).

ومن الأمثلة على ذلك أنه لو أقر أحد أنه مستأجر هذه الدار، ثم ادعى أنها ملكه فلا تقبل دعواه، إلا إذا وفق فعلاً بأن يقول: كنت مستأجراً هذه الدار، ثم اشتريتها من صاحبها، فعند ذلك تقبل دعواه هذه؛ لأنه أزال التناقض بالفعل^(٢).

الرابع: إذا كان وجه التوفيق متحداً فيكفي فيه إمكان التوفيق، وإذا كان وجه التوفيق متعدداً فلا يكفي فيه إمكان التوفيق، بل لا بد فيه من التوفيق بالفعل^(٣).

ومعنى متحداً: وذلك عندما لا يتأتى التناقض بين المتناقضين، إلا بوجه واحد فيحتملان على ذلك، ولا حاجة للمتناقض أن يذكره، أما إذا كانت الاحتمالات كثيرة في التناقض وتعددت وجوه التوفيق، فذهبوا إلى أنه يمنع سماع الدعوى في هذه الحالة^(٤).

ومثال على كون وجه التوفيق متعدداً، ولا بد من التوفيق بالفعل، إذا ادعى شخص على آخر أن الدار التي في يده ملك له، وأن هذه الدار ورثها من أبيه منذ سنة، ثم ادعاها بعد عجزه عن إثبات دعواه الأولى، بأنه اشتراها من فلان منذ سنين، فإن هذه الدعوى عند أصحاب هذا القول غير مقبولة؛ لأن إمكان التوفيق ليس متعيناً. فانقال الملك إلى المتوفى المورث قد يكون سببه غير الشراء، كالهبة وغيرها. فلا بد عند أصحاب هذا القول من التوفيق بالفعل^(٥).

على أن هذه الأقوال الأربعة تجري في كل دعوى حصل فيها التناقض، وتجري في كل دفع للدعوى، أو إذا حصل هذا التناقض بين المدعي وشهوده^(٦).

(١) ياسين، نظرية الدعوى، ص ٣٩٩.

(٢) حيدر، درر الحكام، ٤/٢٨٥. الدغمي، دعوى التناقض، ص ٨٨.

(٣) ابن نجيم، البحر الرائق شرح كنز الدقائق، ٦/١٥٥. حيدر، درر الحكام، ٤/٢٨٤. ياسين، نظرية الدعوى، ص ٣٩٩. الدغمي، دعوى التناقض، ص ٨٩.

(٤) ياسين، نظرية الدعوى، ص ٤٠٠.

(٥) المرجع السابق، ص ٤٠٢-٤٠٣.

(٦) الدغمي، دعوى التناقض، ص ٨٩.

المطلب السادس: شرط عدم تناقض المدعي في دعواه في القانون.

إن القانون فيما ذهب إليه أنه لم يجعل شرط عدم التناقض شرطاً من شروط الدعوى؛ إذ إنني لم أعر في كتب القانون - عند الحديث عن شروط الدعوى من يجعل هذا الشرط عدم التناقض في الدعوى - شرطاً من شروط الدعوى، إنما تحدث فقهاء القانون عن أن وجوب كون الدعوى واضحة، والمدعى به معلوماً. فكل دعوى عندهم مقبولة، ويطلب من المدعي توضيحها، فإذا استطاع أن يوضح هذه الدعوى، فعند ذلك تكون هذه الدعوى مسموعة، ويسأل المدعى عليه عنها، وإذا لم يستطع المدعي توضيح دعواه، وإزالة التناقض الموجود فيها، فإن هذه الدعوى ترد لعدم وضوحها. فبتوضيح المدعي دعواه يصبح له مركزاً قانونياً يستطيع أن يدافع عنه. (١)

أما الفقه الإسلامي فهو أعمق من القانون عندما اشترط أن لا تكون الدعوى متناقضة، فقد تحدث عن شرط التناقض في الدعوى، وعن شروط التناقض، وتحدث عن كيفية التوفيق في هذا التناقض.

والقانون في ذلك فتح الباب على مصراعيه، فجعل كل دعوى فيها تناقض مسموعة. أما الفقه الإسلامي فإنه يمنع أي دعوى يوجد فيها تناقض، ولم يستطع صاحب هذه الدعوى أن يوفق في دعواه، فإذا استطاع صاحب الدعوى أن يوفق التناقض الموجود في دعواه، عند ذلك تكون دعواه مسموعة، والدلالة على ذلك أن المدعي عندما لا يستطيع أن يوفق في دعواه يكون كاذباً فيما يدعيه؛ لأنه يستحيل وجود الشيء وضده في الدعوى، فكيف ستمتع مثل هذه الدعوى؟! (٢)

والملاحظ أيضاً: أن القانون جعل هذا الشرط إجرائياً في الدعوى، وأنه لم يعد ذلك من شروط الدعوى. أما الفقه فقد ذهب إلى أنه يشترط في الدعوى أن لا تكون متناقضة، وهو بذلك قد جعل هذا الشرط كشرط الصفة والمصلحة، وسائر شروط الدعوى الأخرى، فإذا توفر هذا الشرط - وهو عدم التناقض في الدعوى - فإن الدعوى تكون مسموعة. (٣)

(١) والي، قانون القضاء المدني اللبناني، ص ١٦٩. أنطاكي، أصول المحاكمات، ص ١٥٢.

(٢) فايد، الدعوى بالمجهول في الفقه الإسلامي، ص ١٢٠.

(٣) حيدر، درر الحكام، ٢٦١/٤.

المبحث الثالث: الدفع بانتهااء الخصومة كون القضية مقضية.

المطلب الأول: مدى إزامية الحكم القضائي وحجيته في الفقه الإسلامي.

المطلب الثاني: حجية الأمر المقضي في القانون.

المطلب الثالث: شروط الحجية في الأمر المقضي به.

المطلب الرابع: أهمية الفصل في الدعوى القضائية في الفقه الإسلامي.

المطلب الخامس: أسباب نقض الحكم في الفقه الإسلامي.

المطلب السادس: لزوم الحكم في المجتهادات.

المطلب السابع: الدفع بانتهااء الخصومة كون القضية مقضية في القانون.

المطلب الثامن: مدى قوة القضية المقضية في حالة اكتشاف أدلة إثبات جديدة.

المطلب التاسع: مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون في شروط الدعوى.

المبحث الثالث: الدفع بانتهااء الخصومة كون القضية مقضية.

المطلب الأول: مدى إلزامية الحكم القضائي وحجيته في الفقه الإسلامي.

من أهم آثار الحكم القضائي في الفقه الإسلامي، أنه إذا صدر حسب الأصول الفقهية القضائية، يصبح حجة كاملة في الأمر المحكوم فيه، ويصبح هذا الحكم واجب التنفيذ؛ بحيث لا يجوز للقاضي الذي أصدر هذا الحكم أن يرجع عنه، ولا يجوز التراجع فيه مرة أخرى وإذا حصل التراجع فيه عند قاض آخر، فإنه يجوز للشخص الذي حكم له أن يدفع هذه الدعوى التي أقامها المحكوم عليه، بأن هذه القضية مقضية في هذا الموضوع بيني وبين هذا الشخص، وأطلب ردها. وعند ذلك يبادر القاضي المرفوعة إليه هذه الدعوى، بالتحقيق وسؤال الطرف الآخر عن ذلك، فإن أقر بذلك فإن دعواه ترد لانتهاء الخصومة، كون هذه القضية مقضية، وإن أنكر فإنه يطلب من مدعي هذا الدفع إثباته، فإن أثبتته فإن هذه الدعوى ترد أيضاً؛ لانتهاء الخصومة بشأن الواقعة المقضي فيها، فالحكم القضائي حجة كاملة لا يجوز نقضه. (١)

وفي الفقه الإسلامي بعد أن يقول الخصمان أقوالهما، ويصدر القاضي حكمه بناء على قناعته التي تكونت لديه، مما دار له وقدم إليه في الدعوى بحرية كاملة دون تدخل من أي أحد، يصبح للحكم حجية وإلزام، لا يجوز نقض هذا الحكم، (٢) إلا إذا توافر في الحكم سبب من أسباب نقضه، كأن يخالف الكتاب والسنة النبوية، أو إذا خالف أصلاً من أصول الشريعة أو قاعدة شرعية معروفة، أو إجماعاً معتبراً؛ وذلك لقوله تعالى: ﴿لَا يَجُوزُ لَكُمْ أَنْ تُخَفُوا أَيْدِيَكُمْ أَنْ تُحِبُوا الْبَيْتَ الْحَرَامَ وَهُوَ يُحِبُّ الَّذِينَ يُحِبُّونَهُ وَيُحِبُّونَ الَّذِينَ يُحِبُّونَهُ﴾ (٣). وفي الفقه الإسلامي بعد أن يقول الخصمان أقوالهما، ويصدر القاضي حكمه بناء على قناعته التي تكونت لديه، مما دار له وقدم إليه في الدعوى بحرية كاملة دون تدخل من أي أحد، يصبح للحكم حجية وإلزام، لا يجوز نقض هذا الحكم، (٢) إلا إذا توافر في الحكم سبب من أسباب نقضه، كأن يخالف الكتاب والسنة النبوية، أو إذا خالف أصلاً من أصول الشريعة أو قاعدة شرعية معروفة، أو إجماعاً معتبراً؛ وذلك لقوله تعالى: ﴿لَا يَجُوزُ لَكُمْ أَنْ تُخَفُوا أَيْدِيَكُمْ أَنْ تُحِبُوا الْبَيْتَ الْحَرَامَ وَهُوَ يُحِبُّ الَّذِينَ يُحِبُّونَهُ وَيُحِبُّونَ الَّذِينَ يُحِبُّونَهُ﴾ (٣).

(١) ابن عابدين، رد المحتار على الدر المختار، ٥/٥٨٩. ابن عابدين، العقود الدرية تنقيح الفتاوى الحامدية، ٥٣/١.

(٢) القاسم، عبدالرحمن عبد العزيز، النظام القضائي الإسلامي، ط١، ام، مطبعة السعادة، مصر، ص ٨٠٤.

﴿ ۞ ﴾ (١) إذ إن القاضي لو خالف حكمه الكتاب والسنة فإنه يجب نقض حكمه، وكذلك لو خالف الإجماع واتبع الأهواء التي تقود إلى الضلالة والفتن. (٢)

أما أثر الحكم القضائي في الفقه الإسلامي فإنه يمتد إلى الواقعة التي صدر فيها الحكم، ولا يتعداه إلى غير الجزئية التي صدر فيها، فالحكم القضائي ليس حكماً كلياً، إنما هو جزئي يلزم المدعى عليه فقط في الواقعة التي صدر فيها؛ لأن بعض الأحكام القضائية اجتهادية قد تظهر خطأ في التطبيق مستقبلاً. ومن الأمثلة على ذلك: قضاء سيدنا عمر بن الخطاب -رضي الله عنه- في ميراث الزوجة والأب والأم فأعطى الأم ثلث الباقي بعد فرض أحد الزوجين، وأعطاهما الثلث كاملاً إذا انفرد الأبوان في الميراث، ففسر قوله تعالى: ﴿ ۞ ﴾ إذا انفرد الأبوان في الميراث، أما إذا لم يتفردا في الميراث، فتأخذ الأم ثلث الباقي، وقضاء سيدنا عمر بن الخطاب -رضي الله عنه- أنه عندما تمعن في هذه الآية، اتضح أن هناك خطأ في التطبيق فأعطى الأب ضعف الأم، فالأب ذكر والأم أنثى وهذا أنصف وأعدل. (٤)

ثم إن الحكم القضائي في الفقه الإسلامي لا يحل حراماً ولا يحرم حلالاً، إنما يقتصر أثره على إظهار الحق وقطع النزاع بين المتخاصمين، فهو ليس منشئاً للحكم. (٥) والدليل على ذلك قوله تعالى: ﴿ ۞ ﴾. ثم إن الحكم القضائي لا يحل حراماً ولا يحرم حلالاً، إنما يقتصر أثره على إظهار الحق وقطع النزاع بين المتخاصمين، فهو ليس منشئاً للحكم. (٥) والدليل على ذلك قوله تعالى: ﴿ ۞ ﴾. (٦) والدليل على ذلك أيضاً قول الرسول صلى الله عليه وسلم: (إنما أنا بشر وإنكم تختصمون إلي، ولعل بعضكم أن يكون ألحن بحجته من بعض، فاقض نحو ما أسمع فمن

(١) سورة المائدة، الآية (٤٩).

(٢) الخرشي، شرح مختصر خليل، ١٣٩/٧. ابن القيم، إعلام الموقعين عن رب العالمين، ٦١/١.

(٣) سورة النساء، الآية (١١).

(٤) الحموي، غمز عيون البصائر في شرح الأشباه والنظائر، ٣٢٨/١. ابن القيم، إعلام الموقعين، ٢٧٠/١.

(٥) ابن أمير حاج، التقرير والتحبير، ٢٣٢/١. الأنصاري، أسنى المطالب، ١٠٢/٣.

(٦) سورة البقرة، الآية (١٨٨).

قضيت له بحق أخيه شيئاً فلا يأخذه فإنما أقطع له قطعة من النار) ^(١) فالقضاء والحكم يجريان بالظاهر في الأقوال والبيّنة، وليس على ما يخفي الخصوم .

المطلب الثاني: حجية الأمر المقضي في القانون.

إن كون القضية مقضية أو ما يعرف بحجية الأمر في اللغة، تدل على أن هناك أمراً سبق عرضه على القضاء وصدر فيه حكم، وهذا الحكم حجة بما فصل فيه، إذ إنه لا يجوز للأطراف معاودة عرض هذا الأمر على القضاء الذي سبق الفصل به، فإذا رفع هذا الأمر إلى القضاء، كان للخصم أن يدفع هذه الخصومة، لأن الخصومة قد انتهت؛ والقضية في هذا الموضوع مقضية، وقد سبق وتم عرض ذلك على القضاء وانتهت طرق الطعن القانونية فيه، ومراد القانون من ذلك تنظيم الخصومة، أداة لتطبيق إرادة القانون على الأمر المدعى به، لذا يحيط المشرع الأحكام باحترام خاص فيعترف لها بقوة أو حجية، تسمى قوة القضية المقضية، أو حجية الأمر المقضي. ^(٢)

إذ إن حجية الأمر المقضي في القانون تقوم على أساسين:

(١) القضية أو الأمر الذي عرض على القضاء، لا يمكن عرضه مرة أخرى ولا يجوز مناقشته مرة أخرى أمام القضاء، وأمام المحكمة التي أصدرت الحكم أو النظر فيه أمام أي محكمة أخرى، ليفصل فيه من جديد إلا بطرق الطعن التي حددها القانون.

(٢) إن القضاء وجد لفض المنازعات وقطع الخلاف والنزاع بين الناس، وذلك كله يعود لمصلحة الفرد والمجتمع، فلا يمكن أن تتأبد الخصومات؛ إذ إنه يترتب على ذلك عدم استقرار المراكز القانونية وتعطيل معاملات الناس، فضلاً عن أنه لو سمح بذلك لتعرضت أحكام القضاء للتناقض، الأمر الذي يضيع هيبة القضاء ويزعزع ثقة الناس فيه. ^(٣)

(١) البخاري، صحيح البخاري مع الفتح، كتاب الشهادات، باب من اقام البيّنة مع اليمين، رقم الحديث (٢٦٨٠) ، ٣٥٤/٥.

(٢) الزعبي، عوض أحمد، أصول المحاكمات المدنية، ط٢، ٢، م٢، دار وائل للنشر، عمان، ٧٨٣/٢.

(٣) القضاة، مفلح عواد، أصول المحاكمات المدنية والتنظيم القضائي، ط١، ١، م١، عمان، ص ٢٧٦.

وهناك رأي آخر في القانون بشأن حجية الأمر المقضي، يقول: إنه لا تقوم حجية الحكم في الوقت الحاضر على أساس حسم فكرة النزاع، ومنع تأبيده، أو على فكرة عدم تعارض الأحكام بقدر ما تقوم على فكرة أساسية، هي وجوب احترام عمل القاضي؛ أي وجوب إعلاء كلمة الحق الصادرة من القضاء، وإحاطة حكم القضاء بما يجب أن يكون له احترام. فبعد أن يقول القضاء كلمته، وبعد أن تنتهي طرق الطعن القانونية بهذا الحكم، يكون قد اكتسب الحجية ومن ثم اكتسب الدرجة القطعية، بحيث لا يجوز الطعن فيه، ويكون هذا الحكم أيضاً واجب التنفيذ، يجب تنفيذه إذا ما طلب الشخص الذي صدر له الحكم تنفيذه، إذ إن على السلطات المختصة تنفيذه، وإلا فإن ذلك يعدّ استهانة بالقضاء الذي أصدره، واكتسب الحجية وأصبح قطعياً بعد أن انتهت طرق الطعن القانونية فيه، وهذا الاعتبار يستوجب أن تتصل الحجية بالنظام العام، دون الأخذ بعين الاعتبار حسم مادة النزاع، وعدم تأبيدها بدليل أن الإحالة لقيام النزاع أمام محكمة أخرى، أو الإحالة للإرتباط المقصود منها، منع تعارض الأحكام الصادرة عن القضاء. (١)

وعند دراستي لهذين الرأيين، أرى أن إعطاء الأمر المقضي حجية في القضاء، له فوائد تعود على مصلحة الفرد والمجتمع؛ وذلك لاستقرار المراكز القانونية للأفراد والمجتمع، ثم إن هذا الأمر له فائدة أخرى ترجع على السلطة القضائية؛ بحيث يكون لهذه السلطة الهيبة الكافية، للعمل على استقرار المجتمع وحماية مصالحه.

المطلب الثالث: شروط الحجية في الأمر المقضي به في القانون.

(١) تقتصر الحجية في الأحكام التي تصدر من المحاكم القضائية، بما لها من سلطة إصدار هذه الأحكام بموجب الدستور وبموجب تشكيل هذه المحاكم، إذ إن هذا القرار لا بد أن يصدر من سلطة قضائية مشكلة تشكياً صحيحاً في خصومة قضائية، رفعت إلى هذه المحاكم للنظر فيها والفصل في النزاع بها، حيث يتساوى في ذلك الحكم الصادر من شخص

(١) أبو الوفاء، أحمد، التعليق على نصوص قانون الإثبات، ط٣، ام، مطبعة منشأة المعارف، الإسكندرية، ص ٢٧٧.

بصفته الشخصية، أو الحكم الصادر في الطلبات العارضة في الدعوى، أو عند التدخل واختصاص الغير. (١)

(٢) أن يكون هذا الحكم قطعياً: إذ لا تثبت لهذا الحكم الحجية، إلا بعد أن يستوفي المدد القانونية الموضوعة للطعن في الأحكام، أي بعد أن يستنفذ طرق الطعن القانونية، كالإستئناف والتمييز. عند ذلك يصبح قطعياً لا يجوز الطعن به. أما الأحكام الأجرائية والإعدادية (كضم دعوتين إلى بعضهما) فهي لا تحوز حجية الأمر المقضي. (٢)

(٣) اتحاد الخصوم: أي أن حجية الأمر المقضي تسري فقط على أطراف الخصومة، فلا يمتد أثر هذه الحجية إلى الغير. والمقصود من اتحاد الخصوم هنا: أن يتحد الخصوم بصفاتهم وليس بأشخاصهم. فالحكم الذي يصدر على شخص بوجود وكيله، لا يسري على الوكيل إنما يصدر على الشخص الممثل في هذه الدعوى، وهو الموكل الذي مس هذا الحكم حقوقه مباشرة. وعلى ذلك فإنه يجوز لمن رفع دعوى بصفته ممثلاً لغيره، أن يرفع هذه الدعوى باسمه، إذا رأى أن هذه الدعوى تمس حقوقه؛ وذلك لأن الحجية في الحكم تكون لأطراف الخصومة بصفاتهم الشخصية، ويستوي في ذلك طرفاً الخصومة، سواءً كان المدعي أو المدعى عليه. (٣)

(٤) وحدة المسألة المحكوم فيها: والمهم في ذلك أن القانون لا يفصل في مسألة فصل بها وصدر حكمها، فإذا اختلفت المسألة المحكوم فيها، اختلفت الدعوتان وامتنع الدفع بالحجية، دون حاجة لتبني المحكمة حكمها بعدم قبول الدفع بالحجية، على أساس الاختلاف بين الدعويين على أساس السبب أو على أساس الموضوع. وعملياً لا قيمة في التفرقة في ذلك فكل دعوى لها سبب. وفي هذا الشرط لا بد أن يتحد السبب والدعوى، وهذا الشرط يقوم على أساس إذابة الحدود بين السبب والموضوع، ودمجهما معاً بحيث يكونان هذا الشرط في الأحكام التي تكسب الحجية. في كون القضية مقضية. (٤)

(١) أبو الوفاء، التعليق على نصوص قانون الإثبات، ص ٢٨٠.

(٢) الزعبي، أصول المحاكمات المدنية، ٧٩٠/٢. أبو الوفاء، التعليق على نصوص قانون الإثبات، ص ٢٨٢.

(٣) أبو الوفاء، التعليق على نصوص قانون الإثبات، ص ٢٨٥. السيد صاوي، أحمد، الوجيز في شرح قانون

المرافعات المدنية والتجارية، ط ١، ام، مطبعة جامعة القاهرة، القاهرة، ص ١٥٩.

(٤) السيد صاوي، الوجيز في شرح قانون المرافعات المدنية والتجارية، ص ١٦١.

(٥) أن تكون هذه الأحكام صادرة من محكمة لها ولاية الحكم والفصل في موضوع الدعوى: فمعروف أن هناك اختصاصاً وظيفياً للمحاكم، يحدد الدعاوى التي يجوز لهذه المحاكم الفصل فيها، كما يحدد به الاختصاص النوعي للمحاكم وما أمرت بسماعه، ويحدد به أيضاً الاختصاص القيمي لهذه المحاكم، فإذا ما أصدرت محكمة حكماً في دعوى ليس من وظيفتها النظر فيها، فإن هذا الحكم لا يحوز حجية الأمر المقضي.^(١)

المطلب الرابع: أهمية الفصل في الدعوى القضائية في الفقه الإسلامي.

يشدد الفقه الإسلامي على ضرورة الإسراع في الفصل في الدعوى؛ وذلك لأن الإسراع في ذلك ينهي الخصومة ويحقق العدل الذي هو مقصد من مقاصد الشريعة الإسلامية، ولذا وجب أن تجري أحكام المرافعات الشرعية فيما يحقق هذا المقصد؛ إذ إن تفعيل الإسراع في الفصل في القضية به مصالح وهي:

(١) إيصال الحق إلى صاحبه وطمأننته في ذلك واستقراره؛ لأن في استقراره استقرار المجتمع.

(٢) رفع الظلم عن المحكوم له ورفع إثم الظلم عن المحكوم عليه.

(٣) قطع النزاع بين المتخاصمين.^(٢)

(٤) دفع التهمة عن القاضي: إذ إن في إطالة أمد التقاضي - كما هو موجود في النظم الوضعية

الحديثة - إملالاً الخصم ومد يد التهمة إلى القاضي؛ لأن هذه النظم من طبيعتها، أن تجعل

الخصومة في الدعاوى طويلة الأمد.^(٣)

والملاحظ أنه لا توجد في الفقه الإسلامي إجراءات معينة للتقاضي، إلا أن التقيد الموجود

على القاضي هو أداء العدل بين المتنازعين. فكانت الدعوى تعرض على القاضي بطريقة مبسطة

وميسرة، بعيداً عن التعقيدات الإدارية الموجودة في النظم القضائية الحديثة، التي تطيل أمد التقاضي

بين المتخاصمين، فكل شخص يستطيع أن يبسط مظلمته إلى القاضي بصورة بسيطة، فالفصل في

(١) الزعبي، أصول المحاكمات المدنية، ٧٨٩/٢.

(٢) ابن أبي الدم، أدب القضاء، ص ٨٧. الماوردي، الأحكام السلطانية، ص ١١٥.

(٣) الماوردي، الأحكام السلطانية، ص ١٢٠.

المنازعة كان يتم بإجراءات تتلاءم مع ظروف العصر، ولم يكن يشترط أن تدفع الرسوم، فالعدالة في الفقه الإسلامي تؤدي بلا ثمن ولا مقابل؛ وذلك لأن أداء العدالة واجب الحاكم. وبالمقابل فإن الشريعة الإسلامية وإن كانت لا تفرض نظاماً إدارياً معيناً، لعرض المنازعة على القضاء، إلا أنها فرضت نظاماً صارماً لتحقيق العدل بين الخصوم، وذلك بالمساواة بينهم في مجلس الحكم، وإتاحة فرصة الدفاع للمدعى عليه، ثم إن الأحكام في صدر الإسلام لم تكن تدون؛ وذلك لأن تعاليم الإسلام جديدة، ولكن عندما أصبحت الأحكام محلاً للنكران بين الناس، وجب تدوينها حتى لا تضيع الحقوق.^(١)

المطلب الخامس: أسباب نقض الحكم في الفقه الإسلامي.

الحكم في الفقه الإسلامي له حجية ولا يجوز نقضه، إلا أن هناك أسباباً قد تنتقض الحكم. وهذه الأسباب هي:

أولاً: مخالفة الحكم لكتاب الله سبحانه وتعالى:

فإذا صدر حكم فيه مخالفة لكتاب الله -سبحانه وتعالى- فإنه ينقص^(٢) والأدلة على ذلك من كتاب الله -سبحانه وتعالى- كثيرة، فقال تعالى: ﴿...﴾ وقال تعالى: ﴿...﴾^(٣)، وقال تعالى: ﴿...﴾^(٤) فهاتان الآيتان تدلان بوضوح، على عدم جواز الحكم

(١) بدوي، عبدالعزيز خليل إبراهيم، بحوث في قواعد المرافعات والقضاء في الإسلام، ط ١، ام، دار الفكر العربي، بيروت، ص ١٢٨.

(٢) الخرشي، شرح مختصر خليل، ١٣٩/٧. الخطيب الشربيني، مغني المحتاج إلى معرفة ألفاظ المنهاج، ٢٩٤/٦. ابن القيم، إعلام الموقعين عن رب العالمين، ٦١/١.

(٣) سورة المائدة، الآية (٤٤).

(٤) سورة المائدة، الآية (٤٩).

الذي فيه مخالفة للكتاب. فما كان موافقاً للكتاب أخذنا به، وما كان مخالفاً للكتاب تركناه، فقد حرم الله - سبحانه وتعالى - الربا والخمر ودعانا إلى اجتنابها. ومن الأمثلة أيضاً على مخالفة كتاب الله - سبحانه وتعالى - اختلاف الفقهاء في مسألة: اشتراط موافقة الولي على نكاح البنت البكر، إذ انقسمت آراء الفقهاء في ذلك إلى مذهبيين، وكل ذلك عندهم مرده إلى كتاب الله، فمثلاً:

(١) ذهب الحنفية إلى أن المرأة العاقلة البالغة لها أن تزوج نفسها.^(١) وكان أحد أدلتهم قوله

تعالى: ﴿...﴾

﴿...﴾

﴿...﴾ (٢) والملاحظ أن

استدلّاهم بالآية نفسها، لكنهم اختلفوا في تخريج مدلول الآية وتفسيرها، فالآية الكريمة فيها إضافة الزواج إلى النساء، وجوازه بعبارة النساء ثم إن فيها أيضاً نهياً عن منع النساء من الزواج. (٣) فإن نكحت من غير كفؤ فرق الولي عندهم.^(٤) ومذهب الحنفية متوازن في أنه لا يجيز للولي أن يعضل المرأة العاقلة البالغة، إذا زوجت نفسها من كفؤ.

(٢) ذهب المالكية والشافعية والحنابلة^(٥) إلى أنه لا يصح النكاح إلا بموافقة الولي. وكان أحد

أدلتهم قوله تعالى: ﴿...﴾

﴿...﴾ (٦) فلا معنى للعضل لو لم

يشترط موافقة الولي^(٧) ثم إن الحنابلة ذهبوا إلى أن ولاية الأب والجد هي ولاية إجبار في الزواج، فإن أشار إلى ابنته، وقال: زوجتك إياها صح ذلك، والنظر في ذلك عندهم، أن الأب والجد أقدر على معرفة مصلحة ابنته، وقد ذكر في كتاب الفروع: (أن الجد يجبر الحرّة كالأب ولا يجبر بقية الأولياء)^(٨) فولاية الجد والأب عند الحنابلة هي ولاية إجبار.

(١) الزيلعي، تبين الحقائق شرح كنز الدقائق، ٩٦/٢. ابن نجيم، البحر الرائق، ١٣٨/٣.

(٢) سورة البقرة الآية (٢٣٢).

(٣) السرطاوي، شرح قانون الأحوال الشخصية، ص ٧٦.

(٤) ابن نجيم، البحر الرائق، ١٣٨/٣.

(٥) الحطاب، مواهب الجليل، ٤٣٦/٣. الهيتمي، تحفة المحتاج في شرح المنهاج، ٣٨٩/٧. ابن قدامة، المغني، ٧/٧.

(٦) سورة البقرة، الآية (٢٣٢).

(٧) السرطاوي، محمود، شرح قانون الأحوال الشخصية الأردني، ط ١، ١، دار الفكر، عمان، ص ٧٥.

(٨) ابن مفلح، الفروع، ١٧٤/٥.

والرابع في هذه المسألة هو رأي الحنفية فما استدل به الجمهور ليس فيه أكثر من نهي المرأة وعصبتها من أن يمنعوها النكاح، وليس نهيمهم عن العضل فما يفهم منه، اشتراط إنهم في صحة العقد لا حقيقة ولا مجازاً. (١)

ثانياً: يبطل الحكم إذا خالف السنة النبوية المطهرة:

السنة هي المصدر الثاني من مصادر التشريع، فلا تجوز مخالفتها لحديث الرسول -صلى الله عليه وسلم-: (من أحدث في أمرنا هذا ما ليس منه فهو رد)، (٢) حيث ذهب الأئمة الأربعة، الحنفية، والمالكية، والشافعية، والحنابلة، على أن الحكم يجب أن لا يخالف السنة المتواترة، ولا الحديث الصحيح القطعي الثبوت، فإذا خالف الحكم السنة المتواترة والحديث الصحيح القطعي الثبوت فإنه ينقض، فالحديث المتواترة، وما أجمع عليه الصحابة، بمنزلة الثابت في الكتاب كونه مقطوعاً، والحديث الصحيح عندهم من أصول الشرع التي لا تجوز مخالفتها، وخلافه عندهم خلاف النص الذي لا تجوز مخالفته. (٣)

ومن الأمثلة على ذلك عندهم عدم جواز بيع حاضر لباد، وعدم جواز تلقي الركبان. (٤) فقد استدلوا في الحديث الذي رواه عبدالله بن طاووس، عن أبيه عن ابن عباس -رضي الله عنهما- قال: قال رسول الله -صلى الله عليه وسلم-: (لا تلقوا الركبان ولا يبيع حاضر لباد، قال: فقلت لابن عباس، ما قوله لا يبيع حاضر لباد. قال: لا يكون له سمساراً). (٥) فاستدلوا بالنهي الموجود في الحديث الشريف.

(١) السرطاوي، شرح قانون الاحوال الشخصية، ص ٧٧.

(٢) البخاري، صحيح البخاري مع الفتح، كتاب الصلح، باب إذا اصطلحوا على صلح جور فالصلح مردود، رقم الحديث (٢٦٩٧)، ٣٧٠/٥. مسلم، صحيح مسلم، كتاب الأفضية، باب نقض الأحكام الباطلة، ورد محدثات الأمور، رقم الحديث (٤٤٦٧)، ٢٤٢/١٢.

(٣) ابن أمير حاج، التقرير والتحبير، ١١٥/٣، الطحاوي، أحمد بن سلامة، (ت. ٣٢١هـ)، مشكل الآثار، ط ١، ٤م، دار الكتب العلمية، بيروت، ٣٧٣/١. الحطاب، مواهب الجليل، ١٧٦/١. الرصاع، شرح حدود ابن عرفة، ص ٥٣٩. المرادوي، الإصناف، ٢٩٩/٨. ابن تيمية، الفتاوى الفقهية الكبرى، ٧٧/٥.

(٤) الباجي، المنتقى شرح الموطأ، ١٥٨/٥. العبدري، المواق، التاج الإكليل لمختصر خليل، ١٢٠/٦. السيوطي، الأشباه والنظائر، ص ٤٥٠. الأنصاري، اسنى المطالب، ٣٩/٢. المرادوي، الإصناف، ٣٠٠/٤.

(٥) البخاري، صحيح البخاري مع الفتح، كتاب البيوع، باب هل يبيع حاضر لباد بغير أجر وهل يعينه أو ينصحه، رقم الحديث (٢١٥٨)، ٤٦٧/٤.

ثالثاً: ينقض الحكم إذا خالف الإجماع:

قال جمهور الفقهاء: إن الحكم إذا خالف إجماعاً معتبراً فإنه ينقض.^(١) والمسألة تغدو مسألة إجماعية (إذا تحددت فيها الأقوال السابقة وثبت تلاقي أصحابها وتناظرهم حولها وخروجهم بتلك الأقوال المحددة، أما إذا لم يثبت تلاقيهم ولا تناظرهم فإن ذلك لا يدل على إجماعهم، على انحصار حكم المسألة في الأقوال التي قيلت فيها، بل هي جديدة إذا صدرت من أهلها القادرين على الاجتهاد).^(٢)

ومن الأمثلة على الإجماع المعتبر عند علماء الشريعة الإسلامية: إجماع العلماء في أن الابن يحجب ابن الابن في الميراث.^(٣) إذ إن العصبية الأقرب تحجب العصبية الأبعد، ومنه الإجماع أن كل كافر إذا أسلم بعد قسمة الميراث، فإنه لا يرث قريبه المسلم.^(٤) هذا ويجب أن نلاحظ في الإجماع وجوب أن يكون منتشرًا ومتصورًا في الأحكام، ومنتشرًا في الأخبار المستفيضة مثل: الكتاب فإن شهرته لا تخفى على أحد.^(٥)

رابعاً: ينقض الحكم إذا خالف القياس الجلي:

وذلك لأن القياس الجلي يعدّ من أجلى القياس وأوضحه؛ لأنه يسبق إليه الإلهام. فإذا كان القياس جلياً جاز تخصيصه. والقياس الجلي هو: ما قطع فيه بتأثير الفارق بين الأصل والفرع أو بعد تأثيره، أي أن المعنى في الفرع يكون زائداً على الأصل؛ لأن دليل حكم المنصوص عليه يكون فيه شاملاً لحكم الفرع؛ إذ إنه يسبق إليه فهم المجتهدين^(٦) وقد عرفه البعض: بأنه ما قطع به على نفي الفارق. وكان تأثير الفارق فيه احتمالاً ضعيفاً، ومثاله: قياس العمياء على العوراء في المنع من

(١) ابن عبد البر، الاستذكار، ٤٨٧/٩.

(٢) الصدر، الشهيد، برهان الأئمة حسام الدين عمر بن عبدالعزيز بن مازة البخاري المعروف بالصدر الشهيد، (ت ٥٣٦هـ)، شرح أدب القاضي، ط ١، ٣م، وهو شرح أدب القاضي للخصاف، (ت ٢٦١هـ)، (تحقيق محي هلال السرحان)، مطبعة الإرشاد، بغداد، ١٤٠/٣. ياسين، حجية الحكم القضائي، ص ٦٣.

(٣) ابن عبد البر، الاستذكار، ٥٦٥/٥.

(٤) المرجع السابق، ٦٣٢/٥.

(٥) فرغلي، محمد محمود، حجية الإجماع وموقف العلماء منه، ط ١، ١م، دار الكتاب الجامعي، القاهرة، ص ٧٤.

(٦) ابن أمير حاج، التقرير والتحبير، ١١٨/٣. الحطاب، مواهب الجليل، ٣٨/١. الأنصاري، أسنى المطالب، ٤٠٤/٤. الرصاع، شروح حدود ابن عرفة، ص ٤٤٣.

التضحية. فالعمياء ترشد إلى المرعى الحسن بخلاف العوراء، فإن بصرها ناقص فلا تسمن، فيكون عورها سبب في هزلها. والعوراء نقص تمام الخلقة لا نقص السمن، ومن الأمثلة عليه أيضاً: قياس الضرب على التأفيف في التحريم، فإذا كان التأفيف على الوالدين محرماً. فما بالك بالضرب لهما؟!^(١)

خامساً: ينقض الحكم إذا خالف قواعد الشريعة ومقاصدها:

والمراد بذلك المحافظة على مقصود الشارع وحكمته، إذ إن حق الله تعالى في كل حق فردي. فممنع الاعتداء الحقيقي المجاوز لحدود الحق، كما أنه منع التعسف ولو كان الاستعمال له داخل حدود هذا الحق، فإذا أفضى استعمال الحق إلى الإخلال بمقصود الشارع، أو جرى فيه اعتداء على حق الغير فإن ذلك لا يجوز؛ لأن حق الغير محافظ عليه من الشارع.^(٢)

فالسياسة الشرعية وجدت لتحافظ على مقاصد الشريعة الإسلامية سواءً أكانت في القضاء أو السياسة أو الاقتصاد^(٣) ومن أمثلتها إبطال الوصية للحرمان من الإرث إذا كان مقصود الموصي حرمان الورثة من الإرث.^(٤) فسياسة التشريع الإسلامي تنتظم في فكرة كبرى؛ وهي جلب المصالح ودفع المفاسد، فإذا مورست الأحكام بشكل خاطيء وبنيّة مدخولة، لا تجلب المصلحة بل تؤدي إلى مفسدة، فعند ذلك يجب إستئصال هذه المفسدة؛ لتتأفيها مع مقاصد الشريعة الإسلامية.^(٥)

ثم إن الشريعة ذهبت إلى الموازنة بين المصالح، فقدمت المصلحة العامة على المصلحة الخاصة، وقدمت المصلحة الراجحة على المصلحة المرجوحة، ووازنت بين النفع والضرر. فإذا رجح الضرر منع الفعل؛ لأنه أصبح غير مشروع دفعاً للمفسدة الراجحة، فيجب تحري خير الخيرين، ودفع شر الشرين، وفعل الخير والعدل ما قدر عليه، للمحافظة على المصالح العامة والخاصة، داخل المجتمع الإسلامي.^(٦)

(١) وزارة الأوقاف الكويتية، الموسوعة الفقهية، ١٩٦/٧.

(٢) ابن القيم، الطرق الحكمية في السياسة الشرعية، ص ٤.

(٣) ابن عبد البر، الاستذكار، ٢٦١/٨.

(٤) ابن القيم، الطرق الحكمية في السياسة الشرعية، ص ٢٠٠.

(٥) الكيلاني، مذكرة في السياسة الشرعية، ص ٢٧.

(٦) الماوردي، الأحكام السلطانية والولايات الدينية، ص ٣٠.

المطلب السادس: لزوم الحكم في المجتهدات.

إذا كان موضوع الدعوى المعروضة على القضاء موضوعاً اجتهادياً، لم يرد فيه نص قطعي ولم يخالف قياساً جلياً أو مقصداً من مقاصد الشريعة الإسلامية، فإن هذا الحكم لا ينقض ويكتسب حجية لمجرد صدوره من القاضي، ويكون هذا الحكم واجب التنفيذ بعد صدوره؛ لأنه لم يخالف القطعيات.

وشروط المجتهد في الحكم : المعرفة بكتاب الله سبحانه وتعالى وسنة نبيه المصطفى، ومقاصد الشريعة وقواعدها واللغة العربية. (١)

وكما أنه لا يجوز نقض الحكم الاجتهادي الصادر من القاضي، إذا صدر حسب الأصول الشرعية فإنه أيضاً لا يجوز نقض هذا الحكم من نفسه، وكل ذلك المقصد منه: قطع النزاع وفصل الخصومة واستقرار القضاء؛ لأن الرجوع عن الحكم الاجتهادي يؤدي إلى عدم استقرار القضاء، ويؤدي إلى عدم قطع النزاع، وفي الأنظمة الوضعية أيضاً صدور الحكم القضائي من القاضي يخرج الحكم من ولاية القاضي؛ إذ إن القاضي بعد أن يصدر هذا الحكم، لا يجوز له أن يضيف عليه أي شيء، ولا يجوز له أن يغير فيه، وذلك على اعتبار أن هذا الحكم قد خرج من ولايته، وأصبح له حجية لا يجوز نقضه خاصة بعد أن اكتسب هذا الحكم الدرجة القطعية، واستوفى طرق الطعن ومدده فاكنتسب الحجية، وأصبح واجب التنفيذ. (٢)

والأدلة على عدم جواز نقض الحكم في المجتهدات كثيرة منها: اجتهادات الرسول - صلى الله عليه وسلم - واجتهاد الصحابة - رضوان الله عليهم - والسلف من بعدهم. (٣)

(١) ابن أمير حاج، التقرير والتحبير، ٢٨٦/٣. ابن عابدين، رد المحتار على الدر المختار، ٣٦٥/٥.

(٢) ياسين، حجية الحكم القضائي، ص ١٨.

(٣) ابن أمير حاج، التقرير والتحبير، ٢٩٣/٣. الأنصاري، الغرر البهية في شرح البهجة الوردية، ٣١٨/٥. الهيتمي، تحفة المحتاج في شرح المنهاج، ٣٩٥/٦.

والاجتهاد ليس اتباع هوى أو تشدد في رأي، إنما يجب أن يكون الاجتهاد موافقاً للشرع، حيث يكون الناس مع هذا الاجتهاد أقرب إلى الصلاح، فلا بد أن يكون المجتهد عارفاً بالشرع، وعارفاً بالواقع، وعندما يطبق الشرع على الواقع لابد أن يكون مراعيًا للمصلحتين العامة والخاصة.

ومن الأمثلة على الحكم في الاجتهاد، في زمن الرسول - صلى الله عليه وسلم - وخلفائه من بعده، والتي تدل على أن اجتهاداتهم كانت متوافقة مع الشرع، وفيها نظر إلى المصلحتين العامة والخاصة: منع النبي - صلى الله عليه وسلم - الغال من الغنيمة سهمه وحرقت متاعه هو وخلفاؤه من بعده وذلك لأن الرسول - صلى الله عليه وسلم - نظر إلى خطورة المجاهد مع الجيش، عندما يفعل هذا الفعل وما يؤدي فعله هذا إلى فساد، مثل انتشار هذا الفساد بين الجيش المحارب، فأراد الرسول - صلى الله عليه وسلم - أن يقطع هذا الفساد، مقدماً المصلحة العامة على المصلحة الخاصة.^(١)

ومن الأمثلة على ذلك أيضاً: المسألة الحجرية: وهي إشراك الأخوة الأشقاء مع الإخوة لأم في الميراث. إذ إن الأصل أنه لم يبق شيء من التركة للأخوة الأشقاء، لكن سيدنا عمر بن الخطاب نظر إلى ذلك نظرة توافق الشرع والعقل فأشرك الأخوة الأشقاء مع الأخوة لأم بالتساوي بينهم؛ لأن الأخوة الأشقاء قرابتهم بالمتوفى من جهتين: الأب والأم، أما الأخوة لأم فقرابتهم للمتوفى من جهة واحدة هي: جهة الأم. فكان ذلك أقرب إلى العدل.^(٢)

المطلب السابع: الدفع بعدم الخصومة كون القضية مقضية في القانون.

لا بد للدعوى عند إقامتها أن تتوفر فيها شروط معينة، فإذا ما توافرت فيها هذه الشروط فإن هذه الدعوى تكون مقبولة، وإذا لم تتوفر فيها أي شرط من هذه الشروط، فإنها تكون غير مقبولة، وتردها المحكمة لعدم الخصومة، أو يطلب أحد الخصمين ردها لعدم الخصومة أيضاً. فشروط قبول الدعوى هي أساس حماية الحق، وانتفاء أي شرط من شروط الحماية هذه، ينقل دائرة الحماية من المدعي إلى المدعى عليه، والذي سيدفع دعوى المدعي بناءً على ذلك بالدفع بعدم الخصومة، وعدم القبول لعدم توافر شرط من شروط هذه الدعوى.

(١) ابن القيم، الطرق الحكمية في السياسة الشرعية، ص ١٤.

(٢) ابن القيم، إعلام الموقعين عن رب العالمين، ١/٢٧٠.

فإذ ما تم الفصل في هذه الدعوى من قبل الخاسر للدعوى، فإنه سيطعن في هذا الحكم بالاستئناف ومن ثم التمييز إذا ما اكتسب الحكم الدرجة القطعية سواءً لفوات مدد الطعن أو لصدور حكم قطعي من محكمة أعلى مثل محكمة التمييز، فإن هذا الحكم الفاصل يحوز حجية الأمر المقضي به، ويعد عنواناً للحقيقة القضائية، والتي يفترض بها أصلاً أن تطابق الحقيقة والواقع، وقد جعل القانون للمحكمة صلاحية القضاء بهذا الدفع، فقد نصت المادة (١١١) من قانون أصول المحاكمات المدنية الأردني، بعدم جواز نظر الدعوى لسبق الفصل فيها، فإذا لم تثر المحكمة هذا الدفع، فيجوز للخصوم أيضاً الطعن في القضية المنظورة بهذا الدفع، سواءً أمام محكمة البداية أم الاستئناف أم التمييز، في أي مرحلة من مراحل الدعوى.^(١)

على أن المحكمة لا بد أن تراعي عند النظر في هذا الدفع، كون الحكم الصادر في هذه القضية المقضية قطعياً أو غير قطعي، فهناك الأحكام الصادرة عن محاكم البداية، والتي لا تحوز حجية الأمر المقضي، إلا بعد مضي مدة الاستئناف، فإذا ما مضت مدة الاستئناف أصبح الحكم قطعياً وحاز حجية الأمر المقضي.

وهناك الأحكام النهائية: فهذه الأحكام لا يقبل الطعن فيها بالاستئناف، ومن هذه الأحكام: أحكام محاكم الدرجة الأولى، الصادرة في حدود نصابها النهائي: كالأحكام الصادرة عن محاكم الصلح، والمتعلقة بمبلغ مالي أو نقدي، إذا كانت قيمة المدعى به لا تتجاوز مائتين وخمسين ديناراً، وكذلك الأحكام الصادرة عن محاكم الدرجة الأولى، وكانت تقبل الطعن فيهما بالاستئناف، ولكن انقضت ميعاد الطعن فيها. والأحكام الصادرة عن محاكم الدرجة الثانية؛ فهذه الأحكام جميعها أحكام نهائية، تحوز حجية الأمر المقضي. والأحكام القطعية الباتة هي: الأحكام التي لا تقبل الطعن فيها، بأي طريق من طرق الطعن العادية، أو غير العادية وأهمية هذا التقسيم تعود إلى مدى قابلية هذا الحكم للطعن فيه أولاً، ثم إن هذا الحكم القطعي قد حاز حجية الأمر المقضي، أما الحكم غير القطعي فإنه وقتي لا يحوز حجية الأمر المقضي، ويكون قابلاً للطعن فيه بالطرق القانونية، ثم إن الأحكام

(١) المادة (١١١) من قانون أصول المحاكمات المدنية الأردني رقم (٢٤) لسنة ١٩٨٨م. القدومي، عبدالكريم فوزي، الدفع بعدم قبول الدعوى في التشريع الأردني، ام، رسالة ماجستير، الجامعة الأردنية، ص ٧٨.

القطعية لا تسقط بسقوط الخصومة أو مضي التقادم عليها، أما الأحكام غير القطعية فتزول بسقوط الخصومة أو انقضائها بالتقادم. (١)

المطلب الثامن: مدى قوة القضية المقضية في حالة اكتشاف أدلة إثبات جديدة في القانون.

إذا ظهرت واقعة جديدة تشكل دليلاً مادياً على وقوع جريمة قد جرى التقاضي فيها، و صدر الحكم بخصوصها، فإن ذلك لا يعد سبباً لتجديد المحاكمة. فالحكم المبرم الصادر في دعوى معينة، لا يسمح بتجديد الدعوى المفصولة، مهما ظهر من أدلة عليها، فمتى حكم ببراءة شخص معين، و صدر حكم بحقه ينهي الدعوى بحقه جزائياً. فلا يجوز محاكمته مرة أخرى إذا ظهرت أدلة جديدة على إدانته، ومن أدين بحكم صدر بدعوى في جهته، لا يجوز إعادة محاكمته للوصول إلى حكم يقضي ببراءته، بناءً على ظهور أدلة جديدة على ذلك. (٢)

كذلك في دعاوى الحقوقية، لا يجوز النظر في دعوى فصل فيها و صدر الحكم في موضوعها مرة أخرى، كون هذه القضية مقضية قد انتهت الخصومة فيها؛ لصدور حكم فيها واكتسب هذا الحكم درجته القطعية،^(٣) فلا يجوز الطعن فيه إلا بطريق إعادة المحاكمة، والتي نص عليها القانون وهذه الحالات محددة وواضحة، إذ إن المادة (١٥٣) من قانون أصول المحاكمات الشرعية نصت: (إنه يجوز لأحد الخصمين أو من يقوم مقامه -أن يطلب- إعادة المحاكمة في الأحكام الصادرة من المحاكم الاستئنافية، والأحكام التي تصدر من المحاكم البدائية، ولا يقبل فيها الاعتراض وذلك في الأحوال التالية:

(١) أن تصدر المحكمة البدائية أو الاستئنافية حكماً في إحدى القضايا، مخالفاً لحكم أصدرته سابقاً مع أن ذات وصفة الطرفين اللذين صدر بينهما الحكم لم تتغيرا، والدعوى ذات

(١) القضاة، أصول المحاكمات المدنية والتنظيم القضائي، ص ٣٣٠.

(٢) عالية، سمير، قوة القضية المقضية، ط ٢، ١، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر، بيروت، ص ٢٥٨.

(٣) الزعبي، أصول المحاكمات المدنية، ٧٨٣/٢٢.

الدعوى السابقة، ولم تظهر بعد صدور الحكم الأول مادة يمكن أن تكون سبباً لصدور حكم آخر مخالف.

(٢) ظهور حيلة كان أدخلها خصم طالب الإعادة بعد الحكم بتزوير الأوراق والمستندات، التي اتخذت أساساً للحكم أو ثبت تزويرها حكماً، وذلك قبل استدعاء طلب إعادة المحاكمة.

(٣) أن يبرز للمحكمة بعد الحكم أوراقاً ومستندات تصلح أن تكون أساساً للحكم وكان الخصم قد كتمها أو حمل على كتمها.

(٤) إذا قضى الحكم بشيء لم يطلبه الخصوم أو بأكثر مما طلبوه .

(٥) إذا كان منطوق الحكم مناقضاً بعضه بعضاً.

(٦) إذا صدر الحكم على شخص طبيعي أو اعتباري لم يكن ممثلاً تمثيلاً صحيحاً في الدعوى.

(٧) إذا كان الحكم قد بني على شهادة قضى بعد الحكم أنها كاذبة. (١)

ولا تثبت هذه القوة للقضية المقضية إلا للأحكام القطعية؛ إذ إن هذا الحكم يفصل في مسألة معينة بصورة حاسمة، فالأحكام الفاصلة في موضوع الدعوى في القانون، تعد أحكاماً قطعية متى ما استنفذت طرق الطعن القانونية فيها، أما الأحكام الإجرائية فبعض هذه الأحكام قطعي وبعضها غير قطعي؛ فالقطعي الإجرائي مثل الحكم بعدم الاختصاص، والحكم بوقف الدعوى، وكافة الأحكام المنهية للخصومة. وغير القطعية الإجرائية: كتأجيل الدعوى إذ إنها لا تنهي الخصومة. (٢)

المطلب التاسع: مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي في شروط الدعوى.

قلت إن الفقه الإسلامي والقانون وضعاً شروطاً للدعوى؛ حتى تكون صحيحة ومقبولة، والهدف من ذلك هو أن يكون للشخص مركز قانوني صحيح، يدافع عنه ويطلب حمايته من القضاء،

(١) المادة (١٥٣) من القانون المعدل لقانون أصول المحاكمات الشرعية الأردني، رقم (٨٤) لسنة ٢٠٠١م.

(٢) الزعبي، أصول المحاكمات المدنية، ٢/٧٩١.

ثم إن هذه الشروط تهدف إلى أن يكون المدعي جدياً في ادعائه، وحتى لا يكون القضاء عبثاً، إذ يحتاج الخصم إلى ادعاء حقيقي بشروط معلومة حتى تصح دعواه، وإذا نظرنا إلى شروط الدعوى في الفقه والقانون، نجد أن هناك وجوهاً كثيرةً للاتفاق، وإن اختلفت مسميات المصطلحات في بعض الأحيان، ونجد أن هناك وجوهاً للاختلاف أيضاً:

(١) شرط الأهلية في كل من المدعي والمدعى عليه إذ اشترط الفقه والقانون ذلك وإن اختلف في تسمية هذا المصطلح في الفقه الإسلامي، حيث عبّر عنه في الفقه الإسلامي: (التكليف، البلوغ، الرشد، العقل).

(٢) شرط المصلحة: يشترط وجود المصلحة للمدعي في دعواه، وللدافع في دفعه، وإن وجد هذا المصطلح في الفقه الإسلامي والقانون، إلا أنه عبّر عنه في الفقه الإسلامي كون المدعى به ذا غرض صحيح للمدعي، وحقيقة أن الفقه الإسلامي أدق في تعبيره، فلا يجوز أن يكون المدعى به عبثاً.

(٣) أما الشرط الثالث: فهو يختص بالمدعى به كونه محتمل الثبوت، وإن كان القانون قد عبر عن هذا الشرط بقانونية المصلحة، فالحق حتى يكون محمياً لا بد أن يكون قانونياً.

(٤) إن كلا من القانون والفقه قد اشترط أن تكون هذه المصلحة حالة وقائمة، عبر الفقه الإسلامي عن ذلك، بوجوب أن يذكر المدعي في دعواه أن المدعى به في يد المدعى عليه، بغير وجه حق. وهذا يشكل إعتداءً يوجب الحماية القانونية. (١)

(٥) أن النظرة الإسلامية فيها نظرة إلى المقاصد والمصالح والنيات عند التنازع في الحق أمام القضاء؛ فالمصالح العامة مقدمة على المصالح الخاصة، وهناك مصالح راجحة وأخرى مرجوحة، بينما نجد أن هذه النظرة أقل في القانون. (٢)

(٦) الفقه الإسلامي اتفق مع القانون في ضرورة توافر شرط الصفة، في المدعى عليه والشخص الثالث.

(١) فايد، الدعوى بالمجهول في الفقه الإسلامي - دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، ص ١١٩.

(٢) السنهوري، مصادر الالتزام، ٧١/٤. الدريني، نظرية التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي، ص ٣٦.

(٧) إن كلا من الفقه الإسلامي والقانون قد رجح عدم اشتراط حضور المدعى عليه لمحاكمته؛ إذ إن المدعى عليه يحاكم غيابياً إذا تعذر حضوره.

(٨) الفقه الإسلامي والقانون أجازا التوكيل في الدعوى، وأن يوكل طرفا الدعوى وكيلاً عنهما. أما وجوه الاختلاف:

(١) الفقه الإسلامي رجح ثبوت الخلطة بين طرفي الدعوى، لاستحلاف المدعى عليه على نفي هذه الدعوى. أما القانون فلم يشترط هذا الشرط، وهو بهذا يتفق مع بعض مذاهب الفقه الإسلامي.

(٢) الراجح في الفقه الإسلامي عدم التناقض في الدعوى لقبولها، أما القانون الوضعي فلم يشترط ذلك وهو بهذا يتفق مع ما ذهب إليه بعض المالكية والشافعية.

(٣) أن شرط الصفة في الفقه الإسلامي يتوافر في المدعي، كونه يطلب الحق لنفسه سواء أكان الحق جماعياً أم فردياً؛ فإذا كان جماعياً والمدعي أحد هؤلاء الجماعة، يعود الحق عليه وعلى الجماعة، فيجوز له أن يدعي بذلك، ومن ثم فإن دعوى الحسبة تجوز من كل فرد أو جهة في المجتمع الإسلامي، فمن تعدى على حق من حقوق الله، جاز لأي فرد أو جهة في المجتمع الإسلامي أن يرفع عليه دعوى. وهذه النظرة الإسلامية تتبع من أن وجوب الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر مكلف به كل فرد في المجتمع الإسلامي. أما الدعوى في القانون فهي اختصاص النيابة العامة فقط دون غيرها.^(١)

(١) فايد، الدعوى بالمجهول وأحكامها دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، ص ١٢٠.

الفصل السادس

الدفع بعدم الخصومة لسبق الصلح بالدعوى والدفع المتعلقة بعوارض الخصومة.

المبحث الأول: الدفع بعدم الخصومة لسبق الصلح بالدعوى.

المطلب الأول: الصلح تعريفه أركانه وشروطه.

المطلب الثاني: أنواع الصلح في الفقه الإسلامي.

المطلب الثالث: الصلح في القانون.

المطلب الرابع: الدفع بعدم الخصومة لسبق الصلح بالدعوى في الفقه الإسلامي.

المطلب الخامس: الصلح على مجهول بمعلوم.

المطلب السادس: الدفع بعدم القبول لسبق الصلح بالدعوى في القانون.

المبحث الثاني: الدفع المتعلقة بعوارض الخصومة.

المبحث الثالث: الوكالة في الخصومة.

المبحث الرابع: وقت إثارة الدفع بعدم الخصومة.

الفصل السادس

الدفع بعدم الخصومة لسبق الصلح بالدعوى والدفع المتعلقة بعوارض الخصومة.

المبحث الأول: الدفع بعدم الخصومة لسبق الصلح بالدعوى.

المطلب الأول: الصلح؛ تعريفه وأركانه وشروطه.

الصلح لغة: هو اسم بمعنى المصالحة، وهو المسالمة خلاف المخاصمة، وأصله من الصلاح ضد الفساد، ومعناه دال على حسنه الذاتي، وكم من فاسدٍ انقلب به إلى الصلاح بحسنه. (١) ومن معانيه أيضاً: قطع النزاع. (٢)

أما الصلح اصطلاحاً فهو: (معاقدة يتوصل بها إلى الاصلاح بين المختلفين). (٣) وعرف بأنه (عقد يرفع النزاع). (٤) وعرف بأنه: (عقد يرفع النزاع بالتراضي وينعقد بالإيجاب والقبول). (٥) وعرف بأنه: (انتقال عن حق أو دعوى بعوض لدفع نزاع أو خوف وقوعه). (٦)

والصلح مشروع في الكتاب والسنة والإجماع والمعقول:

أما من الكتاب الكريم فقوله تعالى: ﴿وَإِن كُنْتُمْ فِي شَكٍّ مِنْهُ لِيَدْنِكُمْ بِالْعِلَّةِ وَالْحَقِّ وَإِن كُنْتُمْ فِي شَكٍّ مِنْهُ لِيَدْنِكُمْ بِالْعِلَّةِ وَالْحَقِّ﴾ (٧) فهذا دليل على أن نهاية الصلح خير.

(١) ابن فارس، معجم مقاييس اللغة، ٣/٣٠٣. الزيلعي، تبين الحقائق شرح كنز الدقائق، ٣٠/٥.

(٢) الأنصاري، الغرر البهية شرح البهجة الوردية ٣/١٣١.

(٣) ابن قدامة، المغني، ٤/٣٠٩.

(٤) ابن نجيم، البحر الرائق شرح كنز الدقائق، ٧/٢٥٦. ابن عابدين، رد المحتار على الدر المختار، ٥/٦٣٨.

(٥) المادة (١٥٣١) من مجلة الأحكام العدلية.

(٦) الرصاع، شرح حدود ابن عرفة، ص ٣١٥.

(٧) سورة النساء، الآية (١٢٨).

وأما في السنة فقول الرسول صلى الله عليه وسلم - (الصلح جائزٌ بين المسلمين، إلا صلحا حرم حلالاً أو أحل حراماً، والمسلمون على شروطهم إلا شرطاً حرم حلالاً أو أحل حراماً).^(١)

وانعقد إجماع الأمة على الصلح.^(٢) أما من المعقول: فإنه في ترك الصلح نزاع؛ لأن المدعي إذا ترك الصلح وأقام دعواه وأنكر المدعى عليه ذلك، فإن ذلك باعث على النزاع، إذ إن العداوة تزيد بين المتخاصمين، وهذا يؤدي إلى الفساد بين الناس. أما الصلح فإن نهايته تكون الخير والتراضي وشفاء القلوب وقطع النزاع بين المتخاصمين وركن الصلح عند الحنفية الإيجاب والقبول.^(٣) أما عند الجمهور فهي العاقدان والمصالح عليه والصيغة وتشمل الإيجاب والقبول.^(٤)

وشروط الصلح هي:

- (١) أن يكون المصالح عليه معلوماً: إن كان المصالح عليه يحتاج إلى قبضه، أو كان المصالح عنه حقاً يجوز الاعتياض عنه، ولو غير مال كالتقصاص معلوماً كان أو مجهولاً.
- (٢) طلب الصلح كاف عن القبول من المدعى عليه، إن كان المدعى به مما لا يتعين بالتعيين، وإن كان مما يتعين فلا بد من قبول المدعى عليه.
- (٣) أن يكون الصلح والشروط الموجودة فيه موافقة لأحكام الشريعة الإسلامية.^(٥)

(١) رواه الترمذي في سننه، كتاب الأحكام، باب ما ذكر عن رسول الله صلى الله عليه وسلم في الصلح بين الناس، حديث رقم (١٣٥٢). قال أبو عيسى هذا حديث حسن صحيح، ٦٣٤/٣. قال الألباني، (هذا حديث حسن)، أنظر الألباني، إرواء الغليل في تخريج أحاديث منار السبيل، حديث رقم (١٤٥٠)، ٢٧٤/٥.

(٢) ابن نجيم، البحر الرائق شرح كنز الدقائق، ٢٥٦/٧. الحطاب، مواهب الجليل، ٨٠/٥.

(٣) ابن نجيم، البحر الرائق شرح كنز الدقائق، ٢٥٦/٧. السرخسي، المبسوط، ١١٦/٢٠. حيدر، درر الحكام شرح مجلة الأحكام، ٥/٤.

(٤) الحطاب، مواهب الجليل، ٨١/٥. الرصاع، شرح حدود ابن عرفة، ص ٣١٦. الأنصاري، الغرر البهية شرح البهجة الوردية، ١٣٣/٣. ابن قدامة، المغني، ٣٠٩/٤.

(٥) السرخسي، المبسوط، ٢٥٧/١٤.

(٤) اشترط في الصلح ما اشترط في بقية العقود، من حيث كون العاقدين مكلفين أهلاً للتصرف، فلا يقبل الصلح من مجنون ولا صغير، بل يجب أن يكون المتعاقدان نافذة تصرفاتهما بالصلح على المصالح عليه، كأن يكونا يملكانه. (١)

(٥) أن يكون الصلح على حق من حقوق العباد ثابتاً في المحل، فما لا يكون حقاً ليس ثابتاً في المحل لا يجوز الصلح عليه، فلو أن امرأة طلقها زوجها وأدعت أن صبيها في يدها منه، وأنكر الرجل ذلك فصالحت عن نسب الصغير على شيء فالصلح باطل؛ لأن النسب حق الصبي لا حقها، فلا تملك الاعتياض عن حق غيرها؛ لأن الصلح إما إسقاط وإما معاوضة، والنسب لا يحتملها، ولو صالح الشفيع من الشفعة التي وجبت له على شيء، على أن يسلم الدار للمشتري فالصلح باطل؛ لأنه لا حق للشفيع في المحل، إنما الثابت له حق التملك، وهو ليس بمعنى في المحل بل هو عبارة عن الولاية، إنما هو صفة الوالي بخلاف الصلح على القصاص؛ لأن هناك المحل الذي يصبح مملوكاً في حق الاستيفاء، فكان الحق ثابتاً في المحل، فملك الاعتياض عنه بالصلح والكفيل بالنفس إذا صالح على مال، على أن يبرئه من الكفالة فالصلح باطل؛ لأن الثابت للطالب قبل الكفيل بالنفس حق المطالبة بتسليم نفس المكفول بنفسه، وذلك عبارة عن ولاية المطالبة وإنهاء صفة الوالي، فلا يجوز الصلح عنها فأشبهه الشفعة. (٢)

والصلح على شيء محرم كالخمر والخنزير غير جائز؛ لأن في الصلح معنى المعاوضة فما لا يصلح عوضاً في البيع لا يصلح بدل الصلح. (٣)

وكذلك لا يصلح الصلح على حق من حقوق الله سبحانه وتعالى كحد الزنا أو السرقة أو شرب الخمر، لأن ذلك غير جائز؛ لأن المصالح يصلح عن حق نفسه، أما حقوق الله ففيها الحق العام للمسلمين، فلا يجوز الصلح عليها من أحد. (٤)

(١) ابن نجيم، البحر الرائق شرح كنز الدقائق، ٢٥٦/٧. حيدر، درر الحكام، ١٩/٤.
 (٢) الكاساني، بدائع الصنائع، ٧٤/٦.
 (٣) ابن عابدين، رد المحتار على الدر المختار، ٦٣٠/٥. الكاساني، بدائع الصنائع، ٦٤/٦.
 (٤) المرجع السابق، ٧٢/٦. حيدر، درر الحكام، ١١/٤.

المطلب الثاني: أنواع الصلح في الفقه الإسلامي.

يقسم الصلح - على اعتبار إجابة المدعى عليه، عند عقد الصلح في وقت الدعوى - إلى ثلاثة أقسام هي: الصلح على إقرار المدعى عليه، والصلح على إنكاره، والصلح على سكوته؛ لأن المدعى عليه عندما يسأل عن الصلح في وقت الدعوى، إما أن يجيب بالإقرار وإما أن ينكر وإما أن يسكت، مع مراعاة أن الصلح يمكن أن يكون قبل الدعوى، ويمكن أن يكون أثناء نظر الدعوى. (١) وعلى ذلك يمكن تقسيم الصلح إلى ثلاثة أنواع:

(١) الصلح على إقرار المدعى عليه:

وهو أن يقر المدعى عليه بالمدعى به للمدعي فيعوضه عنه، وهذا النوع يقسم إلى قسمين هما: أن يرفع المدعى عليه دعوى المدعي، بأنه قد جرى صلح مع المدعي على هذه الدعوى قبل إقامتها، وعند ذلك لا بد أن يحقق فيه ويسأل المدعي عنه، فإن أقر بذلك تندفع دعوى المدعي بعدم خصومة المدعى عليه؛ لأنه قد جرى الصلح على هذه الدعوى، وعلى موضوع الحق المدعى به قبل إقامتها.

أما القسم الثاني فهو: عرض الصلح على المدعى عليه والمدعي أثناء الدعوى للمصالحة على المدعى عليه، فيوافق المدعى عليه والمدعي على هذا الصلح، فتنتهي الدعوى بذلك الصلح. (٢) وهنا لا بد من التتويه إلى أمر وهو: أنه يتوجب عرض الصلح على الطرفين المتداعيين عند الشروع بالدعوى المقامة، فقد يتصالحان على مال وينهيان النزاع بينهما، وقد يتصالحان على موضوع الدعوى؛ إذ إن الصلح خير، والخصومة تورث الضغائن، فقد قال سيدنا عمر بن الخطاب - رضي الله عنه -: (ردوا الخصوم حتى يصطلحوا، فإن فصل القضاء يورث بينهم الضغائن). فأمره - رضي الله عنه - كان مطلقاً بوجوب رد الخصوم إلى الصلح. (٣)

(١) ابن نجيم، البحر الرائق شرح كنز الدقائق، ٢٥٦/٧. الزيلعي، تبين الحقائق شرح كنز الدقائق، ٣٠/٥.

الكاساني، بدائع الصنائع، ٦٠/٦. حيدر، درر الحكام، ١٣/٤.

(٢) الزيلعي، تبين الحقائق شرح كنز الدقائق، ٣١/٥. المرادوي، الإصناف، ٢٣٥/٥.

(٣) الكاساني، بدائع الصنائع، ٦٠/٦.

(٢) الصلح على إنكار المدعى عليه:

وهذا النوع من أنواع الصلح عند الحنفية فقط، ويقوم على إنكار المدعى عليه بمطلوب المدعي، فإذا ادعى المدعي وأنكر المدعى عليه موضوع الدعوى وهو الحق المدعى به، ثم تصالح بعد الإنكار مع المدعي على مال معين فالصلح جائز.

(٣) الصلح على سكوت المدعى عليه:

وهذا النوع من أنواع الصلح عند الحنفية فقط، ويقوم على سكوت المدعى عليه بمطلوب المدعي، فعند سؤاله عن دعوى المدعي يسكت فلا يقر ولا ينكر، ثم يقوم بالمصالحة مع المدعي بموضوع الدعوى، فتنتهي الدعوى والخصومة فيها بالصلح الذي وافق عليه الطرفان.^(١)

هذه هي أنواع الصلح في الفقه الإسلامي، أما في القانون فإنه لا يوجد هذا التقسيم الثلاثي، وإن شئت فقل: إنه لا يهتم بهذا التقسيم، ولا يرتب أحكاماً خاصة بكل نوع فيها، فالقانون يجيز الصلح على إقرار المدعى عليه أو إنكاره أو سكوته، وفي أي حالة تكون عليها الدعوى، بل إنه جائز بعد صدور حكم نهائي في الدعوى، إذا ثار نزاع بشأن تنفيذ هذا الحكم.^(٢)

(٤) إبراء الإسقاط:

إبراء الإسقاط نوع من أنواع الصلح، إذ إن الإبراء نوعان أولهما: إبراء الإسقاط وهو: أن يبرئ أحد آخر من تمام حقه الذي له في ذمته أو يحط منه، وهذا الإبراء مباح في الصلح عند الفقهاء المسلمين، على اعتبار أن المدعي عندما يسقط حقه كأنه يصالح المدعى عليه فيما له من حق. وأما النوع الثاني من أنواع الإبراء: فهو إبراء الاستيفاء؛ وهو عبارة عن اعتراف أحد بقبضه حقه الذي هو في ذمة الآخر واستيفائه، وهو نوع من الإقرار.^(٣)

والذي يعيننا عند دراسة الدفع بعدم الخصومة: إبراء الإسقاط على اعتبار أنه نوع من أنواع الصلح، فيقول المدعي للمدعى عليه أبرأتك من هذا الحق براءة إسقاط، أو أسقطت عنك هذا الحق،

(١) ابن نجيم، البحر الرائق شرح كنز الدقائق، ٢٥٦/٧. حيدر، درر الحكام شرح مجلة الأحكام، ١٤/٤.

(٢) يحيى، محمد يس، عقد الصلح بين الشريعة الإسلامية والقانون المدني دراسة مقارنة، ط١، ام، دار الفكر العربي، ص ٧١٠.

(٣) أنظر المادة (١٥٣٦) من مجلة الأحكام العدلية.

وفائدة هذا التعبير: أن إبراء الإسقاط لابد أن يكون بتعبير يدل على إسقاط هذه الحقوق، كي لا يرجع المدعي ويطالب المدعي عليه بالحق الذي أبرأه منه، فإذا عاد بمطالبة الحق فإنه لا يجوز له ذلك.^(١) إذ إن إبراء الإسقاط إنشاء، فلا تسمع فيه دعوى الكذب، أما إبراء الاستيفاء فهو إخبار تسمع به دعوى الكذب، فإذا قال المدعي للمدعي عليه: أسطقتُ عنك ذلك الحق فإنه ينشئ إبراء إسقاط فلا تسمع عليه الدعوى. أما إذا دفع المدعي عليه دعوى المدعي بقول أبرأني، وأنكر المدعي فلا بد للمدعي عليه من إثبات ذلك.^(٢)

المطلب الثالث: الصلح في القانون.

الصلح في القانون: هو عقد يحسم بين الطرفين نزاعاً قائماً، أو يتوقيان به نزاعاً محتملاً، وذلك بأن ينزل كلٌّ منهما على وجه التقابل عن جزء من ادعائه.

ونخلص من ذلك أن للصلح مقومات ثلاثة في القانون:

(١) أن يكون هناك نزاع قائم أو محتمل.

(٢) نية حسم النزاع بين الطرفين المتخاصمين.

(٣) نزول كل من المتصالحين على وجه التقابل عن جزء من ادعائه.^(٣) لأن الصلح له أثر

نسبي بين المتعاقدين عليه، فلا يتأثر بهذا العقد إلا طرفاه ويقتصر الأثر المنهني للنزاع في عقد الصلح على النزاع الذي كان محلاً للعقد وتطبيقاً لهذه القاعدة فإن حكم الصلح في دعوى الحيازة لا يؤثر في دعوى الملكية، بحيث يجوز للخصم الذي تنازل عن الحيازة لخصمه بالصلح أن يدعي دعوى الملكية؛ لأن دعوى الحيازة التي تم الصلح عليها،

(١) حيدر، درر الحكام شرح مجلة الأحكام، ١٥/٤.

(٢) أنظر المادة (١٥٨٩) من مجلة الأحكام العدلية.

(٣) الشواربي، عبدالحميد، التحكيم والتصالح في ضوء الفقه والقضاء والتشريع، ط١، ام، منشأة المعارف، الاسكندرية، ص ٤٠٩.

تختلف عن دعوى الملكية، وإذا تصالح أحد الورثة مع باقي الورثة على جزء من التركة، فإن هذا الصلح لا يمتد إلا إلى الجزء المصالح عليه من التركة. (١)

وأركان عقد الصلح في القانون هي: العاقدان، والمعقود عليه، والإيجاب والقبول، وقصد الأطراف إنشاء علاقة قانونية بين الطرفين المتخاصمين. أما المصالح فهو: الذي عقد الصلح سواءً كان أصيلاً أو وكيلاً أو ولياً أو وصياً أو مدعى أو مدعى عليه. وأما المصالح عليه فهو: بدل الصلح سواءً كان مالا أم غيره. وأما المصالح عنه فهو: الشيء المدعى به، أو الشيء المخاصم عليه أو محل الصلح كما يسميه القانونيون، وأما الصيغة فهي: ما يكون به العقد من قول، كالإيجاب والقبول أو فعل كالتعاطي. (٢)

وعقد الصلح لا يكون إلا بالتراضي، ولا بد لانعقاده من اتفاق الإيجاب والقبول، من كل جانب. ولا بد أن تكون الوكالة خاصة، فلا يجوز للمحامي أن يصالح عن حقوق موكله، ما لم يكن الصلح منصوباً عليه في عقد التوكيل، وعقد الصلح في القانون لا يثبت إلا بالكتابة، إذ إن القضاء والقانون استقر على ذلك؛ لأن الصلح يتضمن شروطاً واتفاقيات معقدة، والكتابة لا تلزم إلا لإثبات الصلح، فهي غير ضرورية لانعقاده؛ لأن الصلح من عقود التراضي، ويترتب على ذلك أنه إذا لم توجد كتابة لإثبات الصلح، جاز إثباته بالإقرار واليمين، ويجوز استجواب الخصم لاحتمال أن يقر به، وشروط الصحة في عقد الصلح - كما هي في أي عقد آخر - هي: توافر الأهلية بين المتصالحين، وخلو إرادة كل منهما من العيوب، بمعنى أن يكون كل من المتصالحين له أهلية التصرف بعوض في الحق الذي تصالحا عليه لأن كلا منهما، ينزل عن جزء من ادعائه في نظير نزول الآخر عن جزء مقابل، والنزول بمقابل عن حق مدعى به هو تصرف بعوض. (٣)

والقانون المدني الأردني أجاز الصلح على هذه الأنواع، فقد نصت المادة (٦٥٢) من القانون المدني الأردني على أنه: (إذا وقع الصلح في حالة الإقرار على بدل معين يدفعه المقر فهو في حكم

(١) يحيى، عقد الصلح بين الشريعة الإسلامية والقانون المدني دراسة مقارنة فقهية، قضائية، تشريعية، ص ٦١٤.

(٢) أبو النور، الصلح وأثره في إنهاء الخصومة في الفقه الإسلامي، ص ٧١.

(٣) الشواربي، التحكيم والتصالح في ضوء الفقه والقضاء، ص ٤٢٢.

البيع وإن كان على المنفعة فهو في حكم الإجارة، وإذا وقع الصلح على إنكار أو سكوت فهو في حق المدعي معاوضة، وفي حق المدعي عليه إفتداءً لليمين وقطع للخصومة).^(١)

ونص المادة المذكورة واضح في أن: القانون المدني الأردني قسم أنواع الصلح إلى ثلاثة أقسام، رغم أنه لم يهتم بهذا التقسيم ولم يرتب أحكاماً خاصة به، على أنه اشترط في عقد الصلح ما اشترطه الفقه الإسلامي، من حيث معلومية المدعي به وأهلية العاقدين، وأن يكون المصالح عليه مما يجوز أخذ البديل في مقابله، واشترط أيضاً أهلية النزاع إذا تضمن الصلح إسقاط شيء من الحقوق. ثم أنه الزم الطرفين بهذا العقد متى وقع صحيحاً، فلا يجوز للعاقدين الرجوع عنه، ولا يجوز للورثة الرجوع فيه إذا توفي العاقد، فعقد الصلح التزم به الطرفان بالتراضي، وما التزم به بالتراضي لا يجوز الرجوع عنه.^(٢)

المطلب الرابع: الدفع بعدم الخصومة لسبق الصلح بالدعوى في الفقه الإسلامي.

إن حكم الصلح إذا انعقد بأركانها وشروطه الصحيحة، فإنه يقطع الخصومة والمنازعة بين المتداعيين شرعاً، ولا تسمع دعواهما بعد ذلك.^(٣) والصلح الجائز يشترط أن يكون للمدعي حق على المدعي عليه، فيصطلحان عليه أو على بعضه فتسقط الخصومة بينهما وينقطع النزاع.^(٤)

والصلح في الفقه الإسلامي عقد كالبيع والإيجار والرهن، فإذا عقد الصلح صار ملزماً للطرفين المتعاقدين، فيدخل البديل في ملك المدعي ولا تسمع دعواه المصالح عنها، ولا يملك المدعي عليه استرداد بدل الصلح الذي دفعه للمدعي، فيصبح كل من المتعاقدين ملتزماً للآخرين؛ المدعي يلتزم النزول عن ادعائه، في مقابل التزام المدعي عليه تسليم بدل الصلح. ولا يفسخ العقد؛ لعدم قيامه بالتزامه بل يبقى قائماً، ويجبر العاقد على التنفيذ حتى لو ضاع بدل الصلح، أو كان مما لا يتعين بالتعيين، ويلزم المدعي عليه بمثل ما ضاع أو استحق، أما إذا كان البديل مما يتعين بالتعيين،

(١) المادة (٦٥٢) من القانون المدني الأردني رقم (٤٣) لسنة ١٩٧٦م.

(٢) المواد (٦٥١-٦٥٥) من القانون المدني الأردني رقم (٤٣) لسنة ١٩٧٦م.

(٣) ابن عابدين، رد المحتار على الدر المختار، ٦٣٠/٥. ابن نجيم، البحر الرائق شرح كنز الدقائق، ٢٥٦/٧. الكاساني، بدائع الصنائع، ٧٩/٦.

(٤) الزيلعي، تبیین الحقائق شرح كنز الدقائق، ٣٠/٥. المغني، ابن قدامة، ٣٠٩/٤.

كان مما لا مناص من فسخ الصلح؛ لهلاك المحل. والصلح جائز عن دعوى المال مطلقاً أو المنفعة، كصلح المستأجر مع المؤجر.^(١) وإذا ادعى أحد على آخر عيناً فصالحه على مال مقابل تلك العين فإن ذلك جائز؛ لأن ذلك يدخل في الصلح على المال بمعنى بما يصح بيعه به، وحتى يسمى صلحاً لا بد أن يكون مخالفاً للمصالح عنه؛ لأنه لو أقر بالمدعى به وهو العين مثلاً، فإن ذلك يكون إقراراً بالمدعى به وليس صلحاً.^(٢)

ولو تعددت الدعاوى والخصومات بين المدعي والمدعى عليه، فتصالحا عن الدعاوى والخصومات جميعها جاز ذلك، وتسقط الخصومات جميعها على الدعاوى المصالح عليها عن المدعى عليه، فلا يجوز للمتداعيين الرجوع إلى الدعاوى والخصومات المصالح عليها.^(٣)

أما أنواع الدعاوى التي يجوز الصلح عليها فهي: الصلح في دعوى المال مطلقاً ودعوى المنفعة، كصلح المستأجر مع المؤجر عند إنكاره، مقدار المدة المدعى بها أو الأجرة ومثاله أيضاً: إذا صالح الورثة الموصى له على مال مطلق أو منافع.^(٤) ويجوز الصلح على دعوى الدين، فلو صالح على أن يؤدي بعض الدين وأن يؤجل بعضه صح ذلك.^(٥) ويجوز الصلح على القصاص: فإذا صالح أولياء المقتول القاتل على مال، سقط القصاص ووجب المال.^(٦)

وإذا وكل المتداعيان وكيلين عنهما في الخصومة، فلا يجوز لهما أن يصالحا عن موكليهما إلا إذا ذكر الصلح في الوكالة، فإذا صالح الوكيل وكان موكلاً بالصلح بوكالته، فصلحه جائز إذا ذكر الصلح بالوكالة، وإذا صالح، ولم يذكر الصلح في الوكالة فصلحه غير جائز؛ لأنه يكون قد صالح بما لم يوكل به. فالخصومة لا تسقط عن المدعى عليه بصلح الوكيل، إلا إذا وكل حقيقة بالصلح وكان ذلك مذكوراً في الوكالة.^(٧)

ويبطل الصلح بالإقالة فيما سوى القصاص؛ لأن ما سوى القصاص لا يخلو عن معنى معاوضة المال بالمال، فكان محتملاً للفسخ كالبيع ونحوه، ويفسخ الصلح برد المبيع بخيار العيب؛

(١) ابن نجيم، البحر الرائق، ٢٥٧/٧.

(٢) ابن عابدين، رد المحتار على الدر المختار، ٦٣٠/٥. الزيلعي، تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق، ٣٥/٥.

(٣) ابن نجيم، البحر الرائق شرح كنز الدقائق، ٢٦٢/٧.

(٤) المرجع السابق، ٢٥٧/٧.

(٥) المرجع السابق، ٢٥٩/٧.

(٦) المرجع السابق، ٣٥٤/٨. الهيتمي، تحفة المحتاج في شرح المنهاج، ٦٠/٩.

(٧) الشيخ نظام، الفتاوى في مذهب الإمام أبي حنيفة، ٥٦٨/٣.

لأنه يفسخ العقد ويبطل الصلح أيضاً بلحاق المرتد بدار الحرب أو موته على الردة، ويبطل بالاستحقاق، والاستحقاق ليس إبطالاً حقيقة، بل هو بيان أن الصلح لم يصح أصلاً، ويبطل بهلاك أحد المتعاقدين في الصلح على المنافع قبل إنقضاء المدة؛ لأنه بمعنى الإجازة، وإذا بطل الصلح أو لم يصح أصلاً رجع المدعي إلى أصل دعواه، إن كان الصلح على إنكار، وإن كان على إقرار يرجع على المدعي عليه بالمدعى به لا غيره.^(١)

وبدل الصلح يكون عوضاً عن المدعى به، ويصير المدعى به بالإقدام على الصلح كالمقر به؛ لأن القاضي يقول له: أي ضرورة الجأتك إلى الصلح، وكان من حقك أن ترفع الأمر إليّ لأمنع ظلمه عنك، فلما اخترت الصلح صرت كالمقر لما ادعي به، ولكن هذا إقرار ثبت ضمناً بالصلح، فإذا بطل الصلح ضمناً بالاستحقاق يبطل ما كان ضمنه كالوصية بالمحابة،^(٢) على أن المدعى عليه إذا كان أجرى صلحاً بينه وبين المدعي قبل إقامة الدعوى، يجوز له أن يدفع دعوى المدعي بأنه قد جرى الصلح فيما ادعى به المدعي، فإذا أثبت ذلك بطرق الإثبات المعروفة، فإن دعوى المدعي تندفع لعدم الخصومة، لأن الصلح على المدعى به قبل إقامة الدعوى قد قطع النزاع في المدعى به، أما إذا عقد الصلح أثناء السير في الدعوى كأنواع الصلح الثلاثة التي ذكرناها، فإنه لا يحق للمدعى عليه المطالبة بالدعوى مرة أخرى؛ لأن الصلح قطع الخصومة في المدعى به.^(٣)

المطلب الخامس: الصلح على مجهول بمعلوم.

من شروط عقد الصلح أن يكون المصالح عليه معلوماً. لكن هل يشترط أن يكون المصالح عنه معلوماً أم يصح عقد الصلح على مصالح عنه مجهول؟

انقسمت آراء الفقهاء في ذلك قسمين:

(١) الكاساني، بدائع الصنائع، ٦/٨١-٨٣.

(٢) السرخسي، المبسوط، ٢٠/١٢٣.

(٣) ابن نجيم، البحر الرائق شرح كنز الدقائق، ٧/٢٠٢. الزيلعي، تبیین الحقائق شرح كنز الدقائق، ٥/٤٣. المراداوي، الإنصاف، ١١/٣٩١.

(١) ذهب الحنفية والمالكية إلى جواز الصلح على مصالح عنه مجهول بمعلوم؛ إذ إن جهالة ما يصلح عنه لا يمنع جواز الصلح؛ لأن الجهالة إنما تفسد العقد لتعذر التسليم معها، والمصالح عنه لا يستحق تسليمه بالصلح، فجهالته لا تمنع جواز الصلح ثم قالوا: إن الصلح فرع البيع ولا يكون البيع فاسداً إلا إذا جهلا معاً قدر المبيع وصفته، أو جهل ذلك أحدهما وعلم الآخر وتبايعا على ذلك، وإذا علم أحدهما ذلك وجهل الآخر، فليس البيع فاسداً؛ إذ إن الصلح عندهما معاوضة للمدعي لقطع الخصومة وفصل النزاع بينهما، فالمصالح عنه حق يجوز الاعتياظ عنه، والصلح عقد ينشأ عنه ترك المدعى به، وأخذ المدعي حقه بالمصالح عليه. (١)

(٢) ذهب الشافعية إلى عدم جواز الصلح على مجهول؛ لأن الصلح فرع البيع، ولا يصح البيع على مجهول، فحتى يصح لا بد أن يكون المعقود عليه معلوماً وإلا فسد. (٢)

(٣) أما الحنابلة فقد ذهبوا إلى جواز الصلح عن مجهول، سواءً كان عيناً أم ديناً، إذا كان المصالح عنه لا سبيل إلى معرفته. فإذا صالح على الشيء وعلم أنه أكثر منه لم يجز، إلا أن يوقفه عليه؛ إلا إن كان مجهولاً لا يدري ما هو، ومثاله: صلح الزوجة على صداقها الذي لا بينة لها به، ولا علم لها ولا علم للورثة بعد وفاة زوجها به. وكذلك الرجلان يكون بينهما المعاملة والحساب الذي قد مضى عليه الزمن الطويل، لا يعلم كل منهما بما عليه للآخر، فيجوز الصلح بينهما. وكذلك من عليه حق لآخر لا يعلم قدره جاز له أن يصلح عليه، سواءً كان صاحب الحق عالماً قدر حقه ولا بينة له أم لا علم له به، وهذا كله أجازاه الحنابلة للحاجة والضرورة؛ لأنه مما يتعذر العلم به ومعرفته. وأجازوا ذلك سواءً أكان المدعى به ديناً أم عيناً، أو كان الجهل من الجانبين أو ممن عليه الدعوى، وقالوا لا يصح الصلح على أعيان مجهولة؛ لأن الصلح إبراء، والصلح على إبراء فيه جهالة، لا يصح إلا إذا تعذر معرفة هذه الأعيان. (٣)

(١) ابن نجيم، البحر الرائق شرح كنز الدقائق، ٢٥٦/٧. السرخسي، المبسوط، ١١٧/٢. الحطاب، مواهب الجليل، ٢٧٧/٤.

(٢) الهيتمي، تحفة المحتاج بشرح المنهاج، ٢٦٤/٤. الخطيب الشربيني، مغني المحتاج إلى معرفة ألفاظ المنهاج، ١٦٥/٣.

(٣) ابن قدامة، المغني، ٣١٨/٤. المرادوي، الإصناف، ٢٤٣/٥.

وأرجح رأي الحنابلة في جواز الصلح عن مجهول بمعلوم؛ وذلك للحاجة. أما إذا لم يتعذر ذلك فلا بد أن يكون المصالح عنه معلوماً؛ لأن الحكمة من الصلح هو قطع الخصومة وفصل النزاع، فإذا صولح على مصالح عنه مجهول، فربما يؤدي ذلك بالخصوم إلى استئناف خصومات جديدة؛ بسبب أن المصالح عليه إذا زال الجهل عنه وصار معلوماً، يؤدي إلى غبن أحد الخصوم لأنه صالح بأقل من حقه، مما يؤدي إلى عدم رضاه واستئناف خصومات جديدة. والله أعلم.

المطلب السادس: الدفع بعدم القبول لسبق الصلح بالدعوى في القانون.

الصلح في القانون عقد يرفع النزاع ويقطع الخصومة بين المتصالحين بالتراضي، فإذا صالح شخص على عين معينة مثلاً، فإنه يسقط حق ادعائه فيها، مما لا يجيز للمدعي رفع دعوى أخرى في ذات الموضوع المدعى به. (١)

فإذا رفع المدعي دعوى أخرى بذات الموضوع المدعى به، فإن المدعى عليه ينكر سلطة خصمه في استعمال الدعوى؛ لأنه قد سبق الصلح بها. فالمدعى عليه عندما ترفع عليه دعوى أخرى بذات الموضوع، يدفعها بعدم قبول هذه الدعوى لسبق الصلح بها، فيسأل المدعي عن هذا الدفع فإذا أقره ردت الدعوى لسبق الصلح بها، وإذا أنكر ذلك فإن المدعى عليه يكلف إثبات دفعه، فإذا أثبتته بإحدى وسائل الإثبات المعروفة، فإن دعوى المدعي تكون مستوجبة الرد بعدم قبولها لسبق الصلح فيها. (٢)

وإذا جرى الصلح بأنواعه المختلفة أثناء سير الدعوى، فإنه يحسم النزاع بين الطرفين المتداعيين، ويقطع الخصومة بينهما، فلا يجوز المعاودة إلى ذات الخصومة في الدعوى؛ لأن عقد الصلح ينشيء التزامات بين الطرفين المتداعيين، كالاتزام بعدم تجديد النزاع الذي حسمه الصلح، وهذا يتشابه مع الحكم القضائي، لكنه يختلف عنه من وجوه؛ فبالصلح ينقضي ما نزل عنه كل من الطرفين من الحقوق والادعاءات نزولاً نهائياً، وبالصلح يثبت ما اعترف به كل من المتصالحين للآخر، من حقوق وحسم النزاع بينهما، فهذا الدفع يمنع قبول الدعوى أو الاستمرار بها أو تجديدها

(١) أنظر المادة (٦٥٣) من القانون المدني الأردني رقم (٤٣) لسنة ١٩٧٦م.
(٢) أبو الوفا، نظرية الدفع، ص ١٧.

بين الطرفين المتداعيين. ويترتب على عقد الصلح نزول كل من الطرفين عن ادعائه أو عن جزء منه، وتثبيت ما تم التنازل عنه من حقوق للطرف الآخر، ويترتب على ذلك إنهاء النزاع وحسمه في الحاضر والمستقبل، في الموضوع ذاته والطرفين المتنازعين، اللذين جرى الصلح بينهما على المدعى به، ولا يمتد هذا الصلح إلى غيرهما، فإذا أصلح أحد الورثة مع الموصى له على الوصية فلا يحتج الورثة الآخرون بهذا الصلح ولا يحتج به عليهم.^(١)

وإذا أثرت دعوى بذات الموضوع الذي جرى به الصلح، فإنه يترتب زوال الآثار القانونية التي ترتبت على إجراءات الخصومة، فيعود الخصوم إلى الحالة القانونية التي كانوا عليها قبل رفع الدعوى وكأنها لم ترفع قط، ويزول الأثر المترتب على قطع مدة التقادم.^(٢) وعقد الصلح بين الطرفين المتعاقدين يترتب على كل واحد من الخصوم أن ينفذ مضمون التزامه به، فإنه يجبر على ذلك؛ لأن الصلح عقد ملزم للطرفين المتداعيين، فيجب عليهما أن ينفذا مضمون ما التزما به، ولا يفسخ الصلح لعدم قيام أحد المتعاقدين بالتزامه، بل يبقى قائماً ويجبر العاقد على تنفيذ التزامه.^(٣)

(١) يحيى، عقد الصلح بين الشريعة الإسلامية والقانون المدني، ص ٦٠٥-٦١١.

(٢) أبو الوفاء، نظرية الدفع، ص ٨٢٥.

(٣) السنهوري، مصادر الالتزام، ٦/٢١٠.

المبحث الثاني: الدفوع المتعلقة بعوارض الخصومة.

- (١) ترك الخصومة في الفقه الإسلامي.
- (٢) ترك الخصومة في القانون.
- (٣) انقطاع سير الخصومة في الفقه الإسلامي.
- (٤) انقطاع الخصومة في القانون.
- (٥) وقف الخصومة في الفقه الإسلامي.
- (٦) وقف الخصومة في القانون.
- (٧) سقوط الخصومة في الفقه الإسلامي.
- (٨) سقوط الخصومة في القانون.

المبحث الثاني: الدفوع المتعلقة بعوارض الخصومة.

أولاً: ترك الخصومة في الفقه الإسلامي:

إن طلب المدعي لا ينتقيد بالقانون، فله إمهال المدعى عليه إلى الأبد، بل له الإنصراف وترك الخصومة بالكلية، وقد بينت أن الدعوى تنتفي إذا انتفى شئ من شروطها: كإنتفاء المصلحة كما لو أضحى المدعي لا مصلحة له بالدعوى، ومتابعة السير بها والخصومة بها مثل: أن يتوفى الصغير المتنازع على حضانتها، فيصبح سير المدعي بالدعوى غير مفيد، ومنه أن يتوفى الزوج الذي تطلب الزوجة تطليقها منه، إذ تنتفي المصلحة في استمرار النظر في الدعوى، فالمدعي قد يترك الخصومة بالكلية إذا انتهت مصلحته في هذه الدعوى. غير أنه يجدر الإشارة إلى أن المدعي قد يصبح مدعى عليه بدفع المدعى عليه، ولذلك فإن القاعدة السابقة تقضي عدم جواز ترك المدعي دعواه إذا جاء المدعى عليه بدفع صحيح في الدعوى إلا إذا تراضيا على ذلك، وتنتهي الخصومة وتترك قبل صدور حكم فيها، إذا تصالح الخصوم على الحق المتنازع عليه.^(١) وترك الخصومة بالكلية والتنازل عن أصل الحق، يعني أن المدعي لا يريد أن يخاصم بلسانه، ولا ينوي الخصومة بقلبه ولا تخطر على باله، فتدخل نية الإنسان في أنه لا يريد مخاصمة خصمه بالكلية، مع أنه اختلف في ذلك فقيل: لا بد من العزم على ترك الخصومة. وقيل: يكتفي من المدعي بالقلب. وقيل: يشهد ما في لسانه على ما في قلبه، ولا يكتفي بالقلب بل لا بد من فعل ذلك وتسجيله، ويقول إنني قد تركت الخصومة بالكلية عن فلان، وتنازلت عن أصل الحق المدعى به، عندها يكون المدعى قد ترك الخصومة عن المدعى عليه بالكلية.^(٢) ومثاله: لو اشترى ما يتسارع إليه الفساد كاللحم والسمك والفاكهة، وغاب المشتري وخاف البائع فساده فله بيعه لغيره استحساناً، وللمشتري الانتفاع به، وإن علم لرضا العاقدين بالفسخ ظاهراً، ويتصدق البائع بما زاد عن الثمن؛ وذلك لأن المشتري بغيابه يكون قد عزم بالفعل على ترك خصومة البائع بالكلية.

(١) وزارة الأوقاف الكويتية، الموسوعة الفقهية، ٣١٩/٢٠.

(٢) ابن نجيم، البحر الرائق شرح كنز الدقائق، ٣٦/٧. وزارة الأوقاف الكويتية، الموسوعة الفقهية، ٥٣/٣.

ومثاله أيضاً: إذا باع البائع عيناً فأفكر المشتري الشراء، فإنه لا يحل للبائع استخدام هذه العين إلا إذا عزم على ترك الخصومة مع المشتري، فيحل له عند ذلك استخدامها. (١)

أما ترك الخصومة من المدعي مدة معينة دون التنازل عن أصل الحق، فإن ذلك جائزٌ من المدعي؛ لأن المدعي لا يجبر على الخصومة، فلو كان لأحد مع آخر دعوى تتعلق بموضوع ما، ولم يدع المدعي بذلك، فليس للآخر أن يجبره على الدعوى قائلاً: ادع علي بذلك الخصوص لتفصل الدعوى بيننا. فقد يتأخر المدعي في دعواه ويتركها مدة معينة لحين إحضار بيناته، أو لحين الإعداد لدعوى يكسبها بدلاً من أن يخسرها، وهذا لا ينتقص دفع الدعوى من المدعي عليه؛ لأن دفع المدعي عليه دعوى وله ترك هذا الدفع، فإذا لم يبينه فإنه لا يجبر على بيانه. (٢)

ومن الأمثلة على ترك الخصومة من المدعي مدة معينة أن يشتري أحدٌ من آخر سلعة فيها عيب، ثم ترك الخصومة مع المشتري أياماً فقال له البائع: لم أمسكتها طول المدة بعدما أطلعت على عيب. فقال المشتري: أنا أمسكتها لأنظر، هل يزول العيب؟ فترك الخصومة للمشتري، لا يكون رضاً بالعيب وله أن يردّها على البائع؛ لأن المدعي (المشتري) لا يجبر على الخصومة وقت الشراء. (٣)

ثانياً: ترك الخصومة في القانون:

قد يضطر أحد الخصوم إلى ترك الخصومة مع احتفاظه بأصل الحق المدعي به؛ إذ إنه يجوز له أن يرفع دعوى جديدة بذلك. وترك الخصومة جائز في كل مراحل الدعوى، إلا في حالة غلق باب المرافعة، إذ يقدم ذلك للمحكمة بطريقة رسمية، ويسجل بمحضر رسمي. وشروط ترك الخصومة هي:

(١) أن يكون الترتك صريحاً وواضحاً، لا لبس في طلبه ولا غموض فيه.

(٢) ألا يكون الترتك مقروناً بشروط أو تحفظات.

(١) ابن نجيم، البحر الرائق شرح كنز الدقائق، ١١٤/٦. الزيلعي، تبين الحقائق شرح كنز الدقائق، ١٩٧/٤.

(٢) حيدر، درر الحكام شرح مجلة الأحكام، ١٧٥/٤.

(٣) الشيخ نظام، الفتاوى في مذهب الإمام أبي حنيفة، ٧٥/٣.

(٣) ألا يكون الترك مشوباً بعيوب الرضا من التارك مثل الإكراه. (١)

ولا يجوز أن يكون ترك الخصومة مقترناً بأي تحفظ، بل إنه لا يجوز أن يكون فيه أي شرط يهدف إلى تمسك التارك بصحة الخصومة، أو بأي أثر من الآثار المترتبة على قيامها، ولا يرد الترك على الدعاوى التي تتعلق بالنظام العام، ولذلك لا يجوز قبول الترك إذا كان مبيناً على تنازل العامل عن حقوقه المقررة في القانون؛ لأنه تنازل باطل. ويتعين هنا التفرقة بين ترك الخصومة والنزول عن الدعوى. فالأول لا يكون إلا في خصومة بشأن ولا يمنع من رفع الدعوى من جديد، وتكفي فيه الأهلية الإجرائية في الدعوى، ويستلزم كأصل عام قبول الدعوى على المدعى عليه، مما يترتب عليه إنهاء الخصومة في حين النزول عن الحق، والصلح عليه من الممكن أن يكون خارج مجلس القضاء، ويعد تصرفاً قانونياً من القانون الخاص، ويخضع للطعن بوسائل هذا القانون، ويستلزم أهلية التصرف، ولا يشترط في النزول عن الحق موافقة المدعى عليه؛ لأن ذلك يعد محض مصلحة له.

والمشرع لم يجعل ترك الخصومة معلقاً على المدعي ولا إرادته؛ وذلك لينفادى المدعى عليه ما يلحق به من ضرر نتيجة هذا الترك، وقد ذهب القانون إلى أنه لا يجوز للمدعى عليه أن يعترض على الترك، إلا إذا أقام دعوى فرعية في الدعوى الأصلية، ومن شأن هذا الترك أن يضر بالدعوى الفرعية التي أقامها. (٢)

ولا يجوز الحكم بترك الخصومة بعد إبداء طلبات المدعى عليه إلا بقبوله، أما إذا لم يحضر المدعى عليه جلسات المحاكمة وظل غائباً عنها، فإنه لا يلزم للحكم بقبول ترك الخصومة. (٣)

وكما يبطل الترك إذا أوقعه المدعي بالإكراه، فإنه يبطل أيضاً إذا أجراه المدعي بالغلط. والغلط دائماً مرتبط بالباعث على الترك ويبطل الترك أيضاً بالتدليس، فالتدليس يشوب إرادة المدعي في الترك، ثم إن المدعي لا بد أن يكون جاداً في تقريره بالترك، ومظهراً جديته في انعقاد عزمه عليه، فلا يزاوله الشك بين الإصرار عليه والعدول عنه، أو أنه لا يتخذ من المواقف ما يفضي إلى

(١) سليم، عبد العزيز، أصول المرافعات والدفاع في الجنائي المدني والأحوال الشخصية، ط١، ام، ص ٢٧٩.

(٢) المنشاوي، عبدالحميد، التعليق على قانون المرافعات طبقاً للتعديلات الواردة في القانون، ط١، ام، دار الفكر الجامعي، القاهرة، ص ٢١٤.

(٣) البهي، دفوع وعوارض الدعوى الإدارية، ص ٤٤٤.

تشكيك المحكمة في صدق رغبته فيه؛ إذ إن هذه من الأمور التي يترك تقديرها للمحكمة، ويعد التردد بين النزول عن الطعن والعودة إلى التمسك به دليلاً على عدم جدية الخصم به، فهو يفضي إلى الرفض؛ لأن التردد عبث، والعبث مرفوض لا يقبله عاقل. (١)

ثالثاً: انقطاع سير الخصومة في الفقه الإسلامي:

يقسم انقطاع الخصومة في الفقه الإسلامي إلى:

(١) انقطاع مؤقت ويقسم إلى قسمين:

(أ) إذا توفي الخصم وكان موضوع الدعوى حقاً مالياً، سواء أكان هذا المال أعياناً أم نقوداً. (٢)

(ب) إذا فقد الخصم الأهلية، وكان موضوع الدعوى حقاً مالياً أعياناً أو نقوداً.

(٢) انقطاع سير الخصومة بشكل مؤبد وحالاته هي:

(أ) إذا توفي الخصم وكان موضوع الدعوى المطالبة بالحكم بعقوبة في دعوى الفعل مثل: دعوى القتل، ودعوى السرقة. (٣)

(ب) إذا فقد الخصم الأهلية، وكان موضوع الدعوى هو دعوى فعل. (٤)

(ج) فقدان الصفة في الدعوى. (٥)

فعندما يتوفى الخصم ويكون له حق مالي على أحد، أو يكون عليه دين، فإن الخصومة توقف وفقاً مؤقتاً إلى حين إعلام الورثة بهذه الدعوى، لإكمال سير الخصومة، ومثاله: إذا كان الشخص المتوفى قد ادعى ديناً، وقال: إن هذا الدين لي وأقام دعوى بذلك. (٦)

(١) أبو يونس، محمد باهي، إنقضاء الخصومة الإدارية بالإرادة المنفردة للخصوم، ط١، ام، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، ص ١٣٥-١٤٢.

(٢) حيدر، درر الحكام شرح مجلة الأحكام، ٢٤٨/٤.

(٣) الحطاب، مواهب الجليل، ٥٨/٥. السيوطي، الأشباه والنظائر، ص ٢١٤.

(٤) حيدر، درر الحكام شرح مجلة الأحكام، ٢٣٤/٤.

(٥) المرجع السابق، ٦٨٨/٢.

(٦) السرخسي، المبسوط، ١٢٣/٩.

ثم بعد إقامة هذه الدعوى توفي هذا الشخص، فإنه يجوز لورثته أن يتابعوا هذه الدعوى، فإذا كان من ضمن الورثة قاصر، فإن الذي يتابع الدعوى الولي أو الوصي على القاصر. (١)

أما النوع الثاني من أنواع انقطاع الخصومة بشكل مؤقت، فهو فقدان الأهلية بشكل مفاجيء أثناء السير بالدعوى: كجنون الخصم أو إصابته بحالة إغماء طويلة، وكان موضوع الدعوى حقاً مالياً فإنه ينظر إلى ذلك، فإن كان هذا الجنون وهذه الغيبوبة طويلة، فإن الخصومة تنقطع إلى حين تبليغ الولي أو الوصي على هذا الخصم حتى يحضر ويمثله، ثم يتم السير بالخصومة؛ وذلك لأن المجنون يلزمه ولي من أجل الخصومة عنه، فهو بحكم الصغير. أما إذا كان الجنون والغيبوبة متقطعاً، بحيث يعود الخصم في بعض الأحيان إلى عقله، فإنه في حالة الصحو والرجوع إلى عقله يعامل معاملة الإنسان العاقل، وفي حالة رجوعه إلى جنونه يعامل معاملة المجنون، الذي تنطبق عليه أحكام الصغر والجنون والإغماء، بسبب من أسباب زوال التكليف ونفوذ التصرفات، فإذا زالت عاد التكليف. (٢)

وقد تنقطع الخصومة بشكل مؤبد، إذا كان موضوع الدعوى المطالبة بإيقاع العقوبة على المدعى عليه، نتيجة فعلٍ أقره كأن يقتل إنساناً أو يغصبه أو يسرقه؛ لأن من أهم خصائص العقوبة على الجناية أن تكون ملاصقة للشخص، فلا يجوز إيقاع العقوبة إلا على الشخص الذي ارتكب الجريمة، فإذا جنّ أو أصابه إغماء مؤبد، فإن الخصومة تنقطع في هذه الحالة في دعوى المطالبة بالعقوبة؛ لأن التكليف ارتفع عنه بسبب هذه العوارض وهي الجنون المؤبد والإغماء المؤبد، أما إذا طالب المدعي الضمان على هذه الجريمة التي ارتكبتها الشخص الذي جن جنوناً مؤبداً أثناء السير في الدعوى، فإن هذه الدعوى تنقطع انقطاعاً مؤقتاً لحين تبليغ الولي أو الوصي عليه، من أجل أن يرافعه عنه ويدافع عنه. (٣)

وفي دعوى الفعل تنقطع الخصومة أيضاً في الدعوى؛ بسبب وفاة المدعى عليه إذا كان المدعي قد طالب بإيقاع العقوبة على المدعى عليه؛ لأن العقوبة في دعوى الفعل ملتصقة شخصياً

(١) حيدر، درر الحكام شرح مجلة الأحكام، ٤/٢٤٠٩.

(٢) الزيلعي، تبیین الحقائق شرح كنز الدقائق، ١/٣٤. عبدالسلام، عز الدين بن عبدالعزيز، (ت ٦٦٠هـ)، قواعد الأحكام في مصالح الأنام، ط١، ٢، دار الكتب العلمية، بيروت، ٢/٧. الحطاب، مواهب الجليل، ٥/٥٨.

(٣) حيدر، درر الحكام شرح مجلة الأحكام، ٢/٦٦٨.

بشخص المدعى عليه، ففي هذه الحالة تنقطع الخصومة بشكل مؤبد؛ لأن موضوع الدعوى المطالبة بعقوبة على المدعى عليه، الذي توفي أثناء السير بالدعوى. (١)

وقد تنقطع الخصومة في الدعوى مؤبداً بسبب زوال صفة الشخص المدعى عليه، كأن يدعي بعين على شخص معين، ثم يقول: إن يد هذا الشخص على هذه العين هي يد أمانة وليست يد ملك مطلق. ففي هذه الحالة تنقطع الخصومة ويوقف السير بدعوى المدعي؛ لأن المدعي يكون بإقراره هذا قد أزال صفة الخصومة عن شخص المدعى عليه.

ومن أمثلته أيضاً أنه (إذا حكم على السارق ببينة أو بإقرار، ثم وجد المسروق منه متاعه أو قال: لم يسرقه مني إنما كنت أودعته، أو قال: شهد شهودي زوراً، أو قال: أقر هو بالباطل، بطل القطع عنه؛ لانقطاع خصومته وزوال صفته) وبقاء الخصومة إلى وقت استيفاء الحق شرط في الدعوى؛ فصفة المدعى عليه في الدعوى لا بد أن تكون قائمة من بداية الدعوى حتى نهايتها. (٢)

وانقطاع الخصومة في الدعوى في الفقه الإسلامي، يدل على أن الخصومة تنقطع أيضاً بإصدار حكم في الدعوى، بطرق التقاضي ووسائل الإثبات المعروفة في الفقه الإسلامي، فالهدف من التقاضي في الفقه الإسلامي هو: قطع الخصومة وإنهاء النزاع بين المتخاصمين، فقد تنتهي الخصومة بإثبات الحق للمدعي بوسائل الإثبات المعروفة، وقد تنتهي وتنقطع الخصومة فيها بحلف المدعى عليه اليمين على نفي دعوى المدعي؛ وقد تنقطع الخصومة بنكول المدعى عليه عن حلف اليمين؛ لأن النكول كما هو معروف: إقرار بالدعوى، فيصدر القاضي حكمه الذي ينهي النزاع، ويقطع الخصومة بشكل مؤبد مع مراعاة رأي بعض الفقهاء الذين أجازوا إقامة البينة بعد الحكم بالدعوى، إذا عجز عن إقامة هذه البينة أثناء السير بالدعوى. والمهم أن صدور الحكم بالدعوى يؤدي إلى ركود الخصومة وقطعها، بموضوع الحق المدعى به والذي صدر فيه الحكم. (٣)

(١) ابن نجيم، البحر الرائق شرح كنز الدقائق، ٢٠١/٧. حيدر، درر الحكام شرح مجلة الأحكام، ٢٣٤/٤.

(٢) السرخسي، المبسوط، ١٢٣/٩.

(٣) ابن نجيم، البحر الرائق شرح كنز الدقائق، ٢٠٧/٧. الهيتمي، تحفة المحتاج بشرح المنهاج، ٧١/٦. وزارة الأوقاف الكويتية، الموسوعة الفقهية، ٢٣٩/١.

رابعاً: انقطاع الخصومة في القانون:

انقطاع سير الخصومة في القانون، يكون بسبب الوفاة أو فقد الأهلية أو زوال الصفة، فتنتقطع الخصومة في القانون بسبب وفاة أحد الخصوم، إلا إذا كانت هذه الدعوى قد تهيأت للحكم، بسبب استماع البيّنات وقناعة المحكمة، وكان الخصوم قد أبدوا أقوالهم وطلباتهم الختامية في جلسة المرافعة قبل الوفاة، ويترتب على انقطاع الخصومة بسبب الوفاة، وقف جميع مواعيد المرافعات التي كانت جارية في حق الخصوم، وبطلان جميع إجراءاتها التي حصلت أثناء مدة الانقطاع.^(١) فالخصومة لا تقوم إلا بين أشخاص أحياء، ولا تتعقد إلا بين أشخاص موجودين على قيد الحياة، فإذا رفعت الدعوى على شخص متوفى، فإنها تكون معدومة أما إذا انعقدت الخصومة في البداية بين أشخاص أحياء، ثم توفي أحد أطرافها، فإنها تنتقطع. وإذا توفي الخصوم جميعاً فإنها تنتقطع من باب أولى، وذلك لأنه عند وفاة أحد الخصوم يصبح ورثته أطرافاً في الخصومة، أي يخلفونه في مركزه، لأن الورثة قد يجهلون وجود الخصومة، فإن إجراءاتها تنتقطع حتى يعلموا بها. والوفاة تشمل: الموت الحقيقي، والموت الحكمي. فالحكم على أن هذا المتوفى مفقود ميت هو إقرار منشيء لهذا الموت، وليس مقررراً له، ويعد الخصم متوفى في هذه الحالة من تاريخ الحكم الذي أصدرته المحكمة، والموت الحقيقي هو: موت الخصم حقيقة بانتهاء حياته.^(٢)

أما قطع الخصومة بسبب فقدان الأهلية في القانون، فيتحقق بإصابة الشخص بجنون مفاجيء أو غيبوبة مفاجئة. فمن الممكن أن تنتقطع الخصومة مؤقتاً أو مؤبداً. أما مؤقتاً مثل: عودة الشخص بعد الجنون عاقلاً، فإن الخصومة تنتقطع عليه في وقت جنونه فقط، أما إذا استمر جنونه فالأوراق القضائية تبلغ إلى وليه أو الوصي عليه، ويقوم بالمدافعة عنه والمرافعة عنه ما لم تكن هذه الدعوى المطالبة بعقوبة فعلها الجاني، ثم أصيب بالجنون، فإذا كان جنونه دائماً، تنتقطع الخصومة عليه بشكل دائم بسبب زوال أهليته، أما إذا عاد إلى عقله فتعود الخصومة عليه، وتكون قد انقطعت فقط في مرحلة جنونه.^(٣)

(١) أنظر المادة (٤٥٨) من القانون المدني الأردني رقم (٤٣) لسنة ١٩٧٦م. أنطاكي، أصول المحاكمات، ص ٤٤١. أبو سعد، محمد شتا، الدفوع المتعلقة بعوارض الخصومة، ط١، ١م، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، ص ٨٥.

(٢) البكري، محمد عزمي، الدفوع في قانون المرافعات فقها وقضاء، ط١، ١م، دار محمود للطباعة والنشر، القاهرة، ص ٥٢١.

(٣) أنطاكي، أصول المحاكمات، ص ٤٤١. أبو سعد، الدفوع المتعلقة بعوارض الخصومة، ص ٨٦.

وتنقطع في القانون بزوال الصفة، كأن يكون أحد الخصوم قاصراً ثم يبلغ، ففي هذه الحالة تزول صفة الولي والوصي في الدعوى؛ لأن القاصر قد بلغ وصار مكلفاً، لذلك فإنه هو الذي يرفع عن نفسه ويدافع عنها. وهذه أسباب انقطاع الخصومة على وجه الحصر في القانون، فلا تنقطع الخصومة في القانون بغير هذه الأسباب. (١)

ويختلف انقطاع سير الخصومة عن وقفها، بأنه يحصل دائماً بحكم القانون بمجرد قياس سببه. والثاني أن لانقطاع الخصومة أسباباً نص عليها القانون وهي: وفاة أحد الخصوم، وفقدان الأهلية، وزوال الصفة. (٢)

أما أثر انقطاع الخصومة على الدعوى فيتمثل في وقف جميع الإجراءات، التي حصلت بين الخصوم أثناء مدة الانقطاع، ووقف جميع مواعيد المرافعات التي كانت جارية في حق الخصوم، فإذا صدر حكم بالقضية وبلغ إلى المحكوم عليه، وتوفي هذا الأخير ينقطع ميعاد الطعن، ولا بد عندئذ للمحكوم له من تبليغ الحكم إلى أحد الورثة، أما إذا توفي الشخص المحكوم له أثناء ميعاد الطعن في الحكم، فعلى المحكوم عليه عند ذلك تبليغ الطعن إلى أحد الورثة، وذلك التبليغ يكون في آخر موطن أقام به مورثهم. (٣)

على أن الفصل في الدعوى بالطرق القانونية المعروفة يقطع الخصومة، ويفصل في الدعوى. لكن الحكم في القانون بعد صدوره من محكمة البداية، فإنه يخضع لمدة قانونية للطعن فيه، مثل: مدة الاستئناف، ومدة التمييز، ومدة الاعتراض على الحكم الغيابي، ومدة اعتراض الغير. مما يطيل أمد التقاضي في القانون. بينما في الشريعة الإسلامية يكتسب الحكم الحجية القضائية بمجرد صدوره وفق الشروط الشرعية، فلا تختلف قوة الحكم وضعفه باختلاف المراحل التي يمر بها، إنما يحوز الحكم القضائي الحجية القضائية الكاملة بمجرد صدوره، وهذه القوة تجعله مستحقاً للتنفيذ عكس القانون الذي يحوز الحكم الحجية فيه. بعد انتهاء طرق الطعن القانونية فيه، فإذا استنفذ هذا الحكم الطرق القانونية للطعن به، صار قطعياً وحاز الحجية وجاز تنفيذه.

(١) أنطاكي، أصول المحاكمات، ص ٤٤١.

(٢) أبو سعد، الدفوع المتعلقة بعوارض الخصومة، ص ٨٧.

(٣) أنطاكي، أصول المحاكمات، ص ٤٤٤.

خامساً: وقف الخصومة في الفقه الإسلامي:

وقف الخصومة في الفقه الإسلامي هو: عدم السير بالدعوى نتيجة استحقاقها الوقف بأحكام الشريعة الإسلامية، أو لاتفاق الخصوم على وقفها.^(١) وقد يكون هذا الوقف مؤقتاً وقد يكون مؤبداً. فعند السير بإجراءات الدعوى المختلفة، لا بد أن تكون هذه الإجراءات موافقة لأحكام الشريعة الإسلامية، وقد تقضي هذه الأحكام وقف السير بهذه الدعوى، إما لسبب موضوعي يتعلق بموضوع حق المدعى به، أو بسبب إجراءات تقتضي بوقف هذه الدعوى.^(٢)

فمن الأسباب الموضوعية التي تقتضي بوقف السير بالدعوى: عدم قدرة المدعي على توضيح المدعى به حالاً، فحتى تصح الدعوى ويسأل المدعى عليه عنها، لا بد وأن يقوم المدعي بتوضيحها، فإذا لم يستطع توضيح دعواه، فإن هذه الدعوى ترد رداً مؤقتاً؛ لاختلال شرط رفعها وهو: عدم وضوحها. فإذا استطاع توضيحها فيجوز له رفعها ويطلب بها المدعى عليه، وإذا لم يستطع توضيحها في الحال وفي المستقبل، فإنها تكون قد ردت لعدم قدرة المدعي على توضيحها.^(٣)

أما السبب الإجرائي الذي يؤدي إلى وقف الدعوى: أنه قد تعترض الدعوى إجراء يؤدي إلى وقفها مدة من الزمن، مما يجعل القاضي يوقفها إلى أن يتحقق السبب الذي أوقفت به. ومن أمثلة ذلك دعوى الدين على تركه؛ إذ تقام على القاصرين. فإذا عجز المدعي عن إثبات دعواه، فإن اليمين تكون مستوجبة على الورثة القاصرين، بعدم علمهم بهذا الدين للمدعي، فتوقف عند ذلك الدعوى لحين بلوغ القاصرين، وتحليفهم بعدم علمهم بهذا الدين.^(٤)

وقد توقف الدعوى بين الخصوم نتيجة اتفاقهم على ذلك؛ لوجود مساعي للمصالحة بينهما فيكون هذا الوقف مؤقتاً، فإذا تم الصلح بين الأطراف فإنه يوقف الخصومة بينهم بصورة مؤبدة؛ لأن الحكمة منه وقف النزاع على الحق المتنازع به، فهو إن تم فإنه يوقف الخصومة وفقاً مؤبداً، فقد

قال تعالى: ﴿...﴾

﴿...﴾

(١) السرخسي، المبسوط، ٥٤/١٦.

(٢) الزيلعي، تبیین الحقائق شرح كنز الرقائق، ٢٩١/٤. الحطاب، مواهب الجليل في شرح مختصر خليل، ٩٣/٦.

(٣) ابن عابدين، العقود الدرية تنقيح الفتاوى الحامدية، ١٩٣/١. الهيتمي، تحفة المحتاج في شرح المنهاج، ٣١١/١٠.

(٤) الخرشي، شرح مختصر خليل، ٢٠٠/٣. حيدر، درر الحكام شرح مجلة الأحكام، ٤٩٧/٤.

لو ثبتت دعوى إثبات الطلاق بين الطرفين المتداعيين، فإن دعوى الشقاق والنزاع تكون بدهياً قد انتهت؛ لأنه تم التفريق بين الزوجين بدعوى إثبات الطلاق.^(١)

والوقف الاتفاقي يعني: أن يتفق الخصوم على وقف الدعوى بينهم مدة ستة أشهر. فهذا تصرف قانوني إجرائي إلا إنه يلزم إقرار المحكمة بهذا الوقف.

أما الوقف الجزائي فإنه يجوز للمحكمة جزاءً أن توقف السير بالدعوى بحق المدعي، إذا لم ينفذ بعض طلبات المحكمة التي طلبتها منه، وفي حالة تعدد أطراف الخصومة، وامتنعوا عن القيام بما أمرت به المحكمة، فإنه يجوز للمحكمة أن توقف الدعوى بحقهم جميعاً.

أما الوقف التعليقي كوقف السير بالدعوى، نتيجة تعلق الدعوى بدعوى أخرى، كما في المثال الذي أوردته وهو: تعلق دعوى الشقاق والنزاع ووقفها بين الطرفين المتداعيين، نتيجة وجود دعوى إثبات الطلاق بينهما، على أننا يجب أن نلاحظ أن وقف الدعوى في القانون قد يطيل أمد النزاع، فكثرة الإجراءات التي يعجز عنها المدعي التي تؤدي إلى وقف السير بالدعوى، تؤدي إلى إطالة أمد التقاضي وعدم قطع النزاع.^(٢)

سابعا: سقوط الخصومة في الفقه الإسلامي:

إن متابعة المدعي دعواه وحضوره جلسات المحاكمة وإحضاره ما هو مطلوب منه، شرط لاستمرار دعواه أمام القضاء. فالحنفية اشترطوا حضور المدعي عليه وعدم جواز الحكم عليه غيابياً. فكيف إذا غاب المدعي المطالب بالحق أمام القضاء، والذي يكون منه المطالبة والإدعاء وإقامة البينة وطلب تحليف اليمين.^(٣) فشرط حضور المدعي دعواه يعتمد على أصول التقاضي ومنها: إقامة البينة، وطلب تحليف اليمين. فلا يمكن الحكم لمدع غائب لأنه مطالب، والأولى بالمطالب الحضور لمتابعة إجراءات دعواه، فإذا لم يحضر ولم يتابع هذه الإجراءات، فإن خصومته للمدعي عليه تسقط بسبب غيابه دون عذر مقبول منه.^(٤) وقد ورد في المادة (١٨٣٠) من المجلة:

(١) أبو سعد، الدفوع المتعلقة بعوارض الخصومة، ص ٣.

(٢) النيداني، مدبأ وحدة الخصومة نطاقه في قانون المدافعات، ص ٢٦٢-٢٦٥.

(٣) ابن عابدين، رد المحتار على الدر المختار، ٤٢٩/٥. الشيخ نظام، الفتاوى في مذهب الإمام أبي حنيفة، ٣/٣٩٠.

(٤) المرادوي، الإصناف، ٣٨١/٨.

(أنه يشترط حضور الطرفين حين الحكم، يعني يلزم عند النطق بالحكم بعد إجراء محاكمة الطرفين، مواجهة حضورهما في مجلس الحكم).^(١) فكما أنه يشترط حضور الطرفين عند النطق بالحكم، يشترط حضورهما أثناء سير المحاكمة، فإذا غاب المدعي دون عذر فإن غيابه يؤدي إلى إسقاط الخصومة عن المدعي بشكل مؤقت.^(٢) (فالأولى حضور المدعي للقضاء وذلك؛ لأن المدعي ينتفع بالقضاء والمدعى عليه يتضرر به، وتأثيره أن دعوى المدعي شرط للعمل بالبيننة، وبغيبية المدعى يفوت أحد الشرطين وهو الدعوى، وبغيبية المدعى عليه يفوت الشرط الآخر وهو الإنكار وفوات شرط الشيء، كفوات ركنه في امتناع العمل به).^(٣)

على أن للمدعي الحق بمتابعة دعواه بعد غيابه هذا، والسير بالمطالبة بحقه مدة مرور الزمن والبالغة خمسة عشر عاماً من تاريخ علمه بذلك الحق، إذا كان ديناً. فإذا انقضت مدة مرور الزمن ولم يطالب بحقه ولم يكن له عذر يمنعه من المطالبة بحقه، فإن ذلك يسقط الخصومة عن المدعى عليه بصورة مؤبدة، ويكون ذلك قضاء وليس ديانة؛ لأن الحق ثابت في الذمة فلا يسقط ديانة، ولا بد من مراعاة أن مدة مرور الزمن تختلف حسب نوع الدعوى فمثلاً: في دعوى أصل الوقف مدة مرور الزمن هي ستة وثلاثون سنة، وفي دعوى الدين مدة مرور الزمن خمس عشرة سنة.^(٤)

أما سقوط الخصومة في الفقه الإسلامي، بسبب أن المدعي غير جاد في دعواه، ولم يحضر ما طلبته منه المحكمة من السندات والأوراق. فمن شروط الدعوى أن يكون المدعي جاداً في دعواه ويطلب إلزام المدعى عليه في طلبه، فإذا لم يكن كذلك فإن الخصومة تسقط طيلة مدة مماطلته في عدم إحضار ما طلبته منه المحكمة، فإذا أحضر أوراقه وبياناته وكان جاداً في دعواه وطلب إلزام المدعى عليه، فإن خصومته للمدعى عليه لا تسقط. فالجدية وإلزام المدعى عليه بالدعوى شرط من شروط الدعوى؛ لأن الدعوى بغير ذلك تكون عبثاً، والعبث غير مقبول. فإذا رفع الدعوى لمجرد العبث ولم يحضر بياناته ولا أوراقه ولا مستنداته بصورة أبدية، فإن الخصومة عن المدعى عليه تسقط بصورة أبدية؛ لأنه أراد مجرد العبث بالمدعى عليه، والعبث غير مقبول في الشريعة الإسلامية.^(٥)

(١) أنظر المادة (١٨٣٠) من المجلة.
 (٢) حيدر، درر الحكام، ٤/٦٦٧.
 (٣) السرخسي، المبسوط، ١٧/٢٧.
 (٤) حيدر، درر الحكام شرح مجلة الأحكام، ٤/٢٩٥.
 (٥) المرجع السابق، ٤/٦٢٤-٦٢٥.

ثامنا: سقوط الخصومة في القانون:

يجوز للمحكمة أن تسقط دعوى المدعي في الحالات التالية:

- (١) إذا كانت اللائحة لا تتطوي على سبب الدعوى؛ إذ إن سبب الدعوى جزء من توضيحها الذي يجب على المدعي توضيحه، فالمدعى عليه لا يسأل عن دعوى غير واضحة.
 - (٢) إذا كانت رسوم الدعوى ناقصة، وكلفت المحكمة المدعي دفع الرسوم المطلوبة المتبقية ولم يفعل ذلك في مدة معينة، فتخلف عن القيام بذلك. (١)
 - (٣) إذا طب المدعي إسقاط دعواه التي رفعها أمام المحكمة؛ إذ إن المدعي من إذا ترك ترك.
 - (٤) إذا غاب المدعي وطلب المدعى عليه إسقاط دعواه. (٢)
- والإسقاط لا يكون بطلب المدعي أو بقرار المحكمة الإجرائي فقط، إنما يجوز أن يكون لكل خصم في الدعوى له مصلحة في طلب الإسقاط أن يطلب إسقاط هذه الدعوى، فيجوز للمدعي إذا غاب المدعى عليه أن يسقط دفع المدعى عليه، ويجوز للمدعى عليه أن يسقط دعوى المدعي في حال غياب المدعي. (٣)

على أنه إذا تعدد الخصوم، فيجوز إسقاط الدعوى بحق الغائب منهم إذا طلب المدعى عليهم ذلك، أو إذا قررت المحكمة ذلك نتيجة غياب المدعين والمدعى عليهم. (٤) أما الدعاوى التي يتعلق بها حق الله - سبحانه وتعالى - مثل: دعوى الردة، أو دعوى إثبات الطلاق؛ فإنه لا يجوز إسقاط مثل هذه الدعاوى على الإطلاق، فإذا تغيب الطرفان عن حضور مثل هذه الدعوى فإن المحكمة تبلغهم موعد الجلسة القادم، فإذا لم يحضروا فإن المحكمة تصدر بحقهم مذكرة جلب لمتابعة الدعوى المقامة، والتي يتعلق بها حق الله - سبحانه وتعالى - للسير بها وفصلها حسب الأصول القانونية. وبترتب على إسقاط الخصومة سقوط الأحكام الصادرة فيها بإجراءات الإثبات، وجميع إجراءات

(١) المادة (١٢٣) من قانون أصول المحاكمات المدنية الأردني رقم (٢٤) لسنة ١٩٨٨ والذي عدل بموجب القانون المعدل رقم (١٤) لسنة ٢٠٠١م.

(٢) المادة (٥٠) من قانون أصول المحاكمات الشرعية الأردني رقم (٣١) لسنة ١٩٥٩م.

(٣) أبو سعد، *الدفع المتعلقة بعوارض الخصومة*، ص ١٤٣.

(٤) المادة (٥١) من قانون أصول المحاكمات الشرعية الأردني رقم (٣١) لسنة ١٩٥٩م.

الخصومة التي تمت سابقاً، لكن الحكم بإسقاط الخصومة لا يسقط أصل الحق؛ إذ إنه يجوز للمدعي تجديد دعواه بعد دفع رسوم تجديدها التي قررتها. (١)

ويكون ذلك بطلب يقدم للمحكمة، فالقانون أجاز لكل ذي مصلحة من الخصوم في حال عدم السير في الدعوى بفعل المدعي، أو امتناعه أن يطلب الحكم بسقوط الخصومة متى انقضت سنة من آخر إجراء قامت به المحكمة، ويترتب على هذا الجزاء إلغاء إجراءات الخصومة جميعها، وزوال آثارها كافة، إذا لم يقم الخصم بمتابعة إجراءاتها لمدة سنة من تاريخ آخر إجراء صحيح من إجراءات التقاضي، سواء نجم ذلك عن عمد أو إهمال. والسبب في هذا ركود الخصومة هذه المدة بفعل المدعي وامتناعه عن عدم القيام بالإجراءات المطلوبة، كتكليف خصمه بالحضور أو الإهمال في إتخاذ الإجراء، وكلا الأمرين يستلزم مجازاة المدعي بإلغاء خصومته بقوة القانون، وإلغاء جميع إجراءاتها بما في ذلك صحيفة الدعوى. (٢)

والملاحظ أن إسقاط الخصومة في القانون مرتبط بإجراءات التقاضي والرسوم المتعلقة بها، أما في الفقه الإسلامي فإن رسوم التقاضي والإجراءات الشكلية غير موجودة؛ والسبب في ذلك أن ديننا الحنيف يريد تسهيل أمور التقاضي على الناس، حتى يصل كل صاحب حق إلى حقه بسهولة ويسر.

(١) المادة (١١٤) من قانون أصول المحاكمات الشرعية الأردني رقم (٣١) لسنة ١٩٥٩م.
(٢) أبو سعد، الدفوع المتعلقة بعوارض الخصومة، ص ١٤٤.

المبحث الثالث: الوكالة في الخصومة.

المطلب الأول: الوكالة.

المطلب الثاني: الوكالة في الخصومة في الفقه الإسلامي.

المطلب الثالث: الوكالة في الخصومة في القانون.

المطلب الرابع: شروط الوكالة في الخصومة.

المبحث الثالث: الوكالة في الخصومة.

المطلب الأول: الوكالة.

(الوكالة: هي تفويض أحد في شغل لآخر وإقامته مقامه في ذلك الشغل. ويقال لذلك الشخص موكل ولمن أقامه وكيل ولذلك الأمر موكل به).^(١)

وعرفت: (بأنها عقد بمقتضاه يلتزم الوكيل بأن يقوم بعمل قانوني لحساب الموكل).^(٢) والوكالة تكون تفويضاً بشكل معلوم من المعاملات، إذ يكون الشخص المفوض مالكا لهذا التصرف ومقتدراً عليه، ولا بد أن يكون أهلاً لهذا التصرف وأصل التصرف إنابة شخص وإقامته في ذلك الشغل محل نفسه.^(٣)

وإركان الوكالة هي: الوكيل، والموكل، والموكل به والصيغة عند جمهور الفقهاء. وركانها واحد عند الحنفية هو: الإيجاب والقبول. والوكالة مشروعة ثبتت مشروعيتها بالكتاب والسنة والإجماع^(٤).

أما دليها من الكتاب ، قوله تعالى: ﴿

﴿

﴿

﴿

﴿

﴿^(٥) فالآية تدل على جواز خلط دراهم الجماعة والشراء بها والأكل من الطعام المشترك بين الشركاء، فأضاف الورق إلى الجماعة الموكلين ليؤكلوا أحدهم

(١) أنظر المادة (١٤٤٩) من مجلة الأحكام العدلية.

(٢) مرسي، محمد كامل، شرح القانون المدني العقود المسماة، ط ١، ٦م، منشأة المعارف، الأسكندرية، ١/٣٣٢.

(٣) حيدر، درر الحكام، ٣/٤٩٤.

(٤) الزيلعي، تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق ، ٤/٢٥٥. ابن نجيم ، البحر الرائق، ٧/١٤٠. العبدري، المواق، التاج والإكليل لمختصر خليل، ٧/١٦١. الأنصاري، أسنى المطالب، ٢/٢٦٣. الزيلعي، تبيين الحقائق شرح

كنز الدقائق، ٤/٢٥٥. ابن قدامة، المغني، ٥/٥٦. المرادوي، الإنصاف، ٥/٣٥٤.

(٥) سورة الكهف، الآية (١٩).

بالشراء، فدل ذلك على جواز الوكالة؛ لأن الذي بعثه كان وكيلاً لهم.^(١) والوكالة جائزة في كل عمل تجوز فيه النيابة، فقد وكل الرسول -صلى الله عليه وسلم- عمر بن أمية الضمري على عقد نكاح أم حبيبة بنت أبي سفيان عند النجاشي. ووكّل أبا رافع على نكاح ميمونة. ووكّل حكيم بن حزام على شراء شاة. وهي عقد نيابة أذن فيه للحاجة إليه وقيام المصلحة به، إذ يعجز كل واحد عن القيام بأموره إلا بمعونة غيره.^(٢)

وشروط الوكالة: أن يكون الموكل مالكا للتصرف الذي وكل به الموكل، وقادراً على إيفاء الموكل بما وكله به.

ويشترط في الوكيل: أن يكون عاقلاً ومميزاً، بأن يكون ممن تتعدّد به عبارته، وأن يكون قاصداً لذلك العقد. ثم إنه يشترط في الوكالة: أن تكون معلومة؛ فلا يجوز التوكيل بأمر به جهالة. وأن يكون غير ممنوع من التصرف فيما وكل فيه؛ فلا تجوز وكالة السفية والصبي والمجنون. وأن يتحقق رضاه بهذه الوكالة التي وكل بها.

والوكالة أنواع منها: الوكالة العامة: وهي التي لم تقيد بقيد تصريف الوكيل، فهي وكالة عامة تنيب شخص الوكيل بكل التصرفات الجائز للموكل أن يتصرفها. وهناك الوكالة الخاصة: التي تقيد الوكيل بعمل معين مثل: البيع، أو الشراء، أو الزواج والطلاق. فهي إنابة بأمر معلوم لا يجوز تجاوزه.^(٣)

وتنتهي الوكالة بإتمام العمل الموكل به، وبإتمام الأجل المحدد لهذه الوكالة، وبوفاة الموكل وخروجه عن الأهلية، إلا إذا تعلق بهذه الوكالة حق الغير؛ لأن الغير الموكل ربما لا يريد عزل الوكيل. وتنتهي الوكالة أيضاً بوفاة الوكيل، وخروجه عن الأهلية ولو تعلق بهذه الوكالة حق الغير. وتنتهي بعزل الموكل وكيّله، وللوكيل أيضاً عزل نفسه إلا أنه لا بد له أن يبلغ موكله بذلك؛ وذلك

(١) الجصاص، أحكام القرآن، ٣/٣١٥.

(٢) ابن العربي، محمد بن عبدالله الأندلسي، (ت ٥٤٣هـ)، أحكام القرآن، ١، ٤م، دار الكتب العلمية، بيروت، ٢٢٢/٣.

(٣) حيدر، درر الحكام شرح مجلة الأحكام، ٣/٥١٧. الدريني، العقود المسماة، ص ٢٨٢-٢٨٤.

لأن العزل هو فسخ للعقد، فلا يكون حكمه ملزماً بعدم العلم به، ويضمن الوكيل كل ما لحق بالموكل من ضرر، بسبب تنازله عن الوكالة إذا كانت هذه الوكالة بأجر. (١)

المطلب الثاني: الوكالة في الخصومة في الفقه الإسلامي.

الخصومة هي أمر تنتجته إرادة الشخص في عمل معين، وإن هذا الأمر يشكل مركزاً قانونياً للشخص، مما يرتب على هذا الشخص إلزام والتزام، يطالب فيه أو يطلب منه قانونياً. والإلزام والالتزام يتم بالقضاء أمام القاضي، مما يرتب على الشخص مرافعة قضائية يطالب فيها بحقوقه ويدافع عنها بخصومة صحيحة أمام القضاء. (٢) فهل يجوز لهذا الشخص أن يوكل غيره بهذه الخصومة أم أنه يجب عليه هو نفسه أن يدافع ويرافع ويخاصم أمام القضاء؟

اتفق الفقهاء على جواز الوكالة بالخصومة، (٣) ولكنهم اختلفوا في موافقة الخصم ورضاه على ذلك، واختلفوا في الموكل الذي يجوز أخذ الوكالة عنه بالخصومة، وفي الموكل به موضوع الوكالة بالخصومة، وفي بعض شروط الوكالة بالخصومة على النحو التالي:

أولاً: ذهب الصحابان من الحنفية إلى جواز الوكالة بالخصومة، سواء وافق الخصم ورضي ذلك أم لا، وهم بذلك يوافقون الجمهور وقيل هذا الخلاف في غيبة الخصم، أما في حالة حضرته فهو جائز. (٤) وأدلتهم على ذلك هي:

(١) ما روي عن أبي سلمة بن عبدالرحمن عن فاطمة بنت قيس: (أن أبا عمرو ابن حفص طلقها البتة وهو غائب، فأرسل إليها وكيله شعير فسخطته، فقال: والله مالك علينا من

(١) حيدر، درر الحكام، ٦٤٨/٣. الدريني، العقود المسماة، ص ٢٩٣-٢٩٥.

(٢) السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، ٤١/١.

(٣) ابن نجيم، البحر الرائق، ١٤٨/٧. الخطاب، مواهب الجليل، ٢٠٢/٥. الخطيب الشربيني، مغني المحتاج إلى معرفة ألفاظ المنهاج، ٣١٢/٦. الأنصاري، الغرر البهية في شرح البهجة الوردية، ١٧٣/٣. المرادوي، الإصناف، ٣٩٥/٥.

(٤) الزيلعي، تبیین الحقائق شرح كنز الدقائق، ٢٥٦/٤. ابن نجيم، البحر الرائق شرح كنز الدقائق، ١٤٤/٧.

شيء. فجاءت رسول الله - صلى الله عليه وسلم - فذكرت ذلك له، فقال: ليس لك عليه نفقة^(١). ففي ذلك جواز التوكيل بالاتفاق. ففاطمة بنت قيس - رضي الله عنها - اختصمت إلى الرسول - صلى الله عليه وسلم - في طلب حقوقها من زوجها دون اشتراط رضاها، بوكالة شقيق زوجها في الخصومة أولاً.^(٢)

(٢) ما ذكر عن عبدالله بن جعفر - رضي الله عنه - قال: (كان علي - كرم الله وجهه - لا يحضر خصومة أبداً، وكان يقول: "إن الشيطان ليحضرها وإن لها قمحاً): واستدلوا بظاهر ذلك الحديث بجواز التوكيل بغير رضا الخصوم؛ إذ إن سيدنا علي لم يطلب رضا الخصوم في الخصومة ولكن الخصوم كانوا يوكلونه لغزارة علمه.^(٣)

(٣) أن سيدنا علياً - رضي الله عنه - كان يوكل عقيلاً - رضي الله عنه - في الخصومة، فيما وقع عليه من الخصومة في أمواله. وكان يقول ما قضي لوكيلني فلي وما قضي علي وكيلي فعلي، فلم يشترط رضا الخصوم بتوكيل عقيل رضي الله عنه.^(٤)

(٤) أن التوكيل بالخصومة هو حق الموكل، فهذا لا يقف على رضا الخصم. ودلالة ذلك: أن الدعوى هي حق للمدعي والإنكار حق للمدعى عليه، وقد صادف التوكيل من المدعي والمدعى عليه حق نفسه، وهذا لا يتفق على رضا الخصم وموافقته على ذلك.^(٥)

ثانياً: ذهب سيدنا أبو حنيفة - رضي الله عنه - أنه: لا يجوز التوكيل إلا برضا الخصم، وأن ذلك لا يجوز إلا بعذر المرض والسفر للموكل.^(٦) واستدل بالأدلة التالية:

(١) إن الحق هو الدعوى الصادقة والإنكار الصادق، ودعوى المدعي إخبار يحتمل فيه الصدق والكذب واللهو والغلط، وإنكار المدعى عليه لا يزداد الاحتمال في خبره معارضة خبر المدعي. فلم يكن ذلك حقاً فكان الأصل أن لا يلزم دعوى المدعي جواب، ولكن الشرع أوجب الإجابة لفض الخصومات، وقطع النزاع الذي يؤدي إلى الفساد وإحياء الحقوق

(١) مسلم، صحيح مسلم، كتاب الطلاق، باب المطلقة ثلاثاً لا نفقة لها، الحديث رقم (٣٦٨١)، ٣٣٤/١٠.

(٢) السرخسي، المبسوط، ٣/١٩.

(٣) المرجع السابق، ٣/١٩.

(٤) الكاساني، بدائع الصنائع، ٣٣/٦.

(٥) المرجع السابق، ٣٤/٦.

(٦) ابن نجيم، البحر الرائق شرح كنز الدقائق، ٢٥٦/٤.

الميتة، وحق الضرورة يصير مقضيا بجواب الموكل، فلا تلزم الخصومة عن جواب الوكيل من غير ضرورة. مع أن الناس في الخصومة متفاوتون فربما يكون الوكيل ألحن بحجته، فيعجز من يخاصمه عن إحياء حقه فيتضرر به.

(٢) أن رضا الخصم يكون رضا لزوم الضرر مضافاً إلى التزامه، فالخصم عندما يرضى بوكيل خصمه فإنه يلزم نفسه بهذه الخصومة، وما ينشأ عنها.

(٣) إذا كان الموكل مريضاً أو مسافراً فهو بمنزلة العاجز عن الدعوى، وعن الجواب عنها بنفسه، فلو لم يملك النقل إلى غيره بالتوكيل لضاعت الحقوق وهلكت، إذ إن الضرورة والحاجة في ذلك تقتضي أن لا يوافق الخصم، ولا يرضى بذلك التوكيل.^(١)

ثالثاً: ذهب المالكية إلى جواز الوكالة بالخصومة^(٢) واشتراطوا في ذلك شروطاً عديدة وهي:

(١) لا يجوز توكيل أكثر من واحد فقد ذكر في مواهب الجليل: (أنه ليس لرجل ولا امرأة أن يوكل في الخصام أكثر من وكيل واحد ولا يجوز توكيل توكيلين. ويلزم الموكل ما أقر به عليه وكيله كان له أو عليه إذا كان في نص الإقرار والإنكار). وقد ورد في شرح مختصر خليل للخرشي: (إنه لا يجوز للشخص أن يوكل في الخصومة أكثر من واحد إلا برضا الخصم وأما توكيل أكثر من واحد في غير خصومة فيجوز ويصح أن يوكل الواحد في خصومات متعددة).^(٣)

(٢) التوكيل عند المالكية لا يجوز إلا قبل بداية الخصومة وقبل الشروع فيها؛ لأن الحق في التوكيل للموكل. وقد ورد في مختصر خليل للخرشي: (إلا أن يقاعد الموكل خصمه ثلاثة مجالس، ولو في يوم واحد وتنعقد المقالات بينهما؛ فليس له أن يوكل من يخاصم عنه إلا أن يحصل للموكل عذر من مرض أو سفر ونحوهما، فله حينئذ أن يوكل من يخاصم عنه).^(٤)

(١) الكاساني، بدائع الصنائع، ٣٤/٦.

(٢) الخرشي، شرح مختصر خليل، ٨٢/٦.

(٣) الحطاب، مواهب الجليل، ١٨٣/٥.

(٤) الخرشي، شرح مختصر خليل، ٧٠/٦.

(٣) لا يجوز للوكيل أن يكون بينه وبين الخصم عداوة، وهذا الشرط قريب من مذهب الإمام أبي حنيفة، الذي اشترط رضا الخصم وموافقته على الوكالة، والخصم لا يرضى بعدو له يكون وكيلًا عن خصمه؛ وذلك للضرر الذي ينتج على الخصم بهذا التوكيل. (١)

رابعاً: ذهب الشافعية إلى جواز الوكالة بالخصومة للواحد أو الأكثر في خصومة واحدة أو خصومات متعددة، ولكنهم استثنوا من الوكالة بالخصومة الوكالة بالإقرار والإبراء والصلح؛ وذلك لأن اسم الخصومة لا يتناولها الوكيل إنما يفعل ما فيه الحظ لموكله. (٢)

خامساً: ذهب الحنابلة أن الوكالة بالقبض لا تجوز، إلا إذا نص على جواز قبض الوكيل لمال الموكل في الوكالة؛ لأن عدم ذكر ذلك في الوكالة يكون به جهالة، فلا تقبل وكالة الوكيل بالقبض إلا إذا نص عليها. (٣)

وبعد النظر في آراء الفقهاء وأدلتهم فإنني أرجح رأي الجمهور في جواز التوكيل دون رضا الخصم؛ لأن رضا الخصم بالوكيل يجعل الخصم مماطلاً. وكل ذلك يفتح باباً للحيل. أما بخصوص التوكيل بالقبض والصلح والإبراء فإنني أرجح جواز التوكيل بذلك شريطة أن يذكر ذلك في الوكالة، من أجل رفع الجهالة عن الوكالة ومن أجل الزام الوكيل بذلك.

المطلب الثالث: الوكالة في الخصومة في القانون.

الوكيل بالخصومة هو المأذون له بالمدافعة الكتابية والخطية من موكله في الدعوى القضائية أمام القضاء، وهذه الصفة لا تتناول الأفعال خارج الدوائر القضائية. (٤)

ويصح أن يكون التوكيل مطلقاً أو مقيداً أو معلقاً على شرط أو مضافاً إلى وقت مستقبل؛ فتكون مطلقة وعامة: إذا اشتملت على كل أمر يقبل النيابة. وتكون خاصة: إذا اشتملت على أحد أو أمور معينة، فإذا كانت خاصة فليس للوكيل إلا مباشرة الأمور المعينة فيها، وما يتصل بها من توابع

(١) الدسوقي، حاشية الدسوقي، ٣/٣٧٩.

(٢) الأنصاري، أسنى المطالب، ٢/٢٧٤. قليوبي وعميرة، حاشيتنا قليوبي وعميرة، ٢/٣٨٨.

(٣) ابن مفلح، الفروع، ٤/٣٦٥.

(٤) الخوري، أصول المحاكمات القضائية، ص ٢٩١.

ضرورية تقتضيها طبيعة التصرفات الموكلة بها. وإذا كانت عامة: جاز للوكيل مباشرة المعاوضات والتصرفات على التبرعات، فلا بد من التصريح بها. (١)

وفي القانون لا يجوز لمن لا يحمل إجازة المحاماة القانونية، أن يرفع بالوكالة عن شخص آخر أو ينوب عنه في أي جلسة من جلسات المحكمة، واستثنى من ذلك الأشخاص الذين يجوز لهم المدافعة والمخاصمة بإذن المحكمة وهم:

(أ) الزوج.

(ب) أحد الأصول والفروع.

(ج) الصديق.

واشترط في ذلك: أنه لا يكون للمذكورين أي حق في المطالبة بأي أجر لقاء أي عمل قانوني قاموا به. ويجوز لأي محام أن يفوض محامياً آخر زميلاً عنه، لينوب عنه في أي جلسة من جلسات المحكمة. (٢)

والمحامي لا يحتاج صكاً بالتوكيل بالخصومة مسجلاً داخل المحكمة، بل هو يوثق عن موكله بوثيقة يسجلها ويحفظها، ويدفع رسومها حسب الأصول ويحضر بمقتضاها عن موكله، ويجوز له ملاحقة المعاملات التي تقع ضمن وكالته جميعها. (٣)

والقاعدة العامة: أن الخصوم ملزمون بالإستعانة بالمحامين، ولا يجوز لهم الحضور أمام المحاكم شخصياً، ولكن المشرع استثنى من هذه القاعدة الحالات التالية:

(١) من تجيز له المحكمة المرافعة بنفسه، في دعوى له أو لزوجته لغايات الدرجة الثالثة.

(٢) القضايا التي تنظر في المحاكم الصلحية.

(١) أنظر المادتين رقم (٨٣٥، ٨٦٣) من القانون المدني الأردني رقم (٤٣) لسنة ١٩٧٦م.
 (٢) أنظر المادة (٦) من قانون المحامين الشرعيين الأردني رقم (١٢) لسنة ١٩٥٢م والذي نشر في الجريدة الرسمية بالعدد رقم (١١٠١) تاريخ ١/٣/١٩٥٢م.
 (٣) المادة (٢) من قانون المحامين الشرعيين الأردني رقم (١٢) لسنة ١٩٥٢م.

(٣) القضايا الشرعية التي تنظر داخل المحاكم الشرعية. (١)

لا يجوز الإقرار والإبراء والقبض للوكيل إلا إذا وكله الخصم بذلك، وشريطة أن يكون ذلك مذكوراً في الوكالة. أما إذا لم يكن مذكوراً، فإن ذلك غير جائز ولا يجوز له عمل أمر إلا إذا كان مسجلاً بالوكالة. (٢) وينعزل الوكيل بالخصومة إذا أقر عن موكله في غير مجلس، كما ينعزل إذا استثنى الإقرار من الوكالة، فأقر في مجلس القضاء أو خارجه. (٣)

وكل ما يجوز للرفقاء عمله أو القيام به أمام المحاكم، يجوز أن يعمله المحامي المعين ويقوم به بموجب صك وكالة مسجلة حسب الأصول. فيجوز للمحامي أن يتوكل عن المدعين جميعهم إذا كان موضوع الدعوى واحداً، أو عن المدعي عليهم إذا كان موضوع الدعوى واحداً أيضاً. (٤)

ويجوز لأي فريق وكل محامياً أن يعزله في أي دور من أدوار المحكمة، وذلك بأن يبلغ المحكمة بهذا العزل. ولا يجوز للمحامي الإنسحاب من الدعوى إلا إذا أذنت له المحكمة، وشريطة أن ينظر إلى مصلحة الموكل بذلك. (٥)

وإذا كان المدعي عليه قاصراً أو شخصاً فاقداً الأهلية، فإن الذي يدافع ويرافع عنه وليه والوصي عليه، إلا أنه لا يقر عنه، وإذا أقر عنه فإن إقراره باطل، وذلك لأن الولي في هذه الحالة أقر بحق غيره وهو القاصر. (٦)

وعلى المحامي أن يكون نزيهاً في مهنته يدافع عن موكله بالحق، وعليه أن يكشف إلى الموكل أي علاقة تربطه بالفريق أو الرفقاء الآخرين إن وجدت، أو أي مصلحة في موضوع الخلاف، إذا كان من شأن تلك العلاقة أو المصلحة أن تؤثر في ذلك التوكيل، وذلك كله نزاهة له لأداء مهمته بأمانة وإخلاص. (٧)

(١) أنطاكي، أصول المحاكمات، ص ١٢٦.

(٢) المادة (٨٣٦) من القانون المدني الأردني رقم (٤٣) لسنة ١٩٧٦م.

(٣) المادة (٨٦٧) من القانون المدني الأردني رقم (٤٣) لسنة ١٩٧٦م.

(٤) المادة (١٥) من قانون أصول المحاكمات الشرعية الأردني رقم (٣١) لسنة ١٩٥٩م.

(٥) المادة (١٧) من قانون أصول المحاكمات الشرعية الأردني رقم (٣١) لسنة ١٩٥٩م.

(٦) أنظر المادة (٢٦) من قانون أصول المحاكمات الشرعية الأردني رقم (٣١) لسنة ١٩٥٩م والقرارين رقم

(٧٧٦٤، ١٨٥٩٥) الصادرين عن محكمة الاستئناف الشرعية الأردنية.

(٧) المادة (١٢) من قانون المحامين الشرعيين الأردني رقم (١٢) لسنة ١٩٥٢م.

المطلب الرابع: شروط الوكالة بالخصومة.

(١) إذا أراد أحد توكيل آخر بالخصومة، فعليه أن يعمم؛ لأن تعميم الوكالة بالخصومة تكون بتعميم الموكل، كما تخصص بتخصيصه؛ إذ إنه يقع في الخصومة أجناس مختلفة، فلو قال وكلت فلاناً للخصومة. فإن وكالته تكون غير مقبولة؛ لأنه يجب أن يبين لأي خصومة وكله. ولو قال أحد لآخر: وكلتك بالخصومة والدعوى مع أهالي البلد أو الناس كافة والذين لي عليهم حق. فللوكيل أن يدعي لموكله ويطلب كل حق كان موجوداً قبل التوكيل أو حدث بعده، ولا يشترط في هذا تعيين المخاصم والموكل به؛ لأن صيغة الوكالة تدل على تعيين المخاصم والموكل به، ولو وكل أحد آخر بقبض كل ما حدث أو ما يحدث له من الحقوق، وبالخصومة فيها يدخل في ذلك: الدين والوديعة وكل حق يملكه الموكل. (١)

(٢) لا يصح التوكيل في الشهادات؛ وذلك إلحاقاً لها بالعبادات لاعتبار ألفاظها، مع عدم توقفها على قبول، ولأن الحكم فيها منوط بعلم الشاهد. ولا يجوز التوكيل بالأيمان إلحاقاً لها أيضاً بالعبادات؛ لتعلق حكمها بتعظيم الله سبحانه وتعالى. ولا في المعاصي؛ لأن المعاصي محرمة بأصل الشرع، وما كان محرماً بأصل الشرع لا يصح التوكيل فيه. (٢)

(٣) إن بيان المدعى به في الوكالة شرط لصحة الوكالة؛ حتى تصح الخصومة بها. وذلك كله يرجع لتكون الوكالة معلومة، ورفعاً للجهالة فيها حتى تصح الخصومة بها، فلو قال أحد: أني وكيل لفلان الغائب بالدعوى التي مع فلان، تقبل؛ لأنه ذكر الموكل به بصراحة، إذ إنه لا توجد أي جهالة في هذه الوكالة. (٣)

(٤) لا تصح الوكالة بالإقرار بالحدود والقصاص؛ لأن الوكالة بالإقرار بالحدود والقصاص شبيهة، والحدود والقصاص تدرأ بالشبهات. (٤) ولا تصح الوكالة بالقبض والإبراء والصلح. إلا أن يكون ذلك منصوباً عليه بالوكالة. (٥)

(١) حيدر، شرح المجلة، ٦٣٥/٣.

(٢) الأنصاري، أسنى المطالب، ٢٦٢/٢.

(٣) حيدر، درر الحكام، ٦٣٦/٣.

(٤) الزيلعي، تبیین الحقائق شرح كنز الدقائق، ٣/٥. ابن نجيم، البحر الرائق شرح كنز الدقائق، ٢٥١/٧.

(٥) حيدر، درر الحكام، ٥٠٩/٣.

المبحث الرابع: وقت إثارة الدفع بعدم الخصومة.

المطلب الأول: وقت إثارة الدفع بعدم الخصومة في الفقه الإسلامي.

الدفع بعدم الخصومة يتعلق بدفع المدعى عليه الخصومة عن نفسه. والسؤال: متى يجوز إبداء هذا النوع من الدفع وفي أي مرحلة من مراحل الدعوى؟ فهل يجوز إبداء هذا الدفع عند الشروع بالدعوى، أو عند إقامة البينة أو بعدها، أو عند إصدار الحكم أو بعده؟

لا خلاف بين الفقهاء المسلمين في جواز إبداء هذا الدفع قبل البينة؛ وذلك لأن المدعى عندما يشرع في دعواه، يجوز للمدعى عليه أن يدفع هذه الدعوى، بأي نوع من أنواع الدفع مما ينطبق على الدفع كافة، ينطبق على الدفع بعدم الخصومة. فلو ادعى مدع على أحد الورثة داراً، فبرهن الوارث الآخر أن المدعى أقر ببطلان الدعوى، يسمع هذا الدفع؛ لأن المدعى شرع في الدعوى. فيصح لأحد الورثة أن يدفع خصومته؛ لأنه يقوم مقام الورثة كلهم في الدعوى، فجاز له أن يبطل خصومة المدعى بدفعه بعد توضيح هذا الدفع؛ لأن الدفع دعوى ولا يسأل المدعى عنه، إذا لم يكن واضحاً. (١)

فعند الشروع بالدعوى لا بد أن تتوافر فيها الشروط جميعها حتى يسأله المدعى عليه عنها، فإذا لم تتوفر هذه الشروط، جاز للمدعى عليه أن يدفع دعوى المدعي بأن هناك شرطاً غير متوفر في هذه الدعوى، وهي غير صحيحة؛ لأن هناك شرطاً مختلفاً من شروطها. (٢) خاصة وأن من شروطها في الفقه الإسلامي: أن تكون مما لو أقر بها المدعى عليه لزمته، فأقرار المدعى عليه لا بد وأن يكون مبنياً على دعوى صحيحة مستوفية الشروط، فلا يصح للمدعى عليه أن يقر بما ليس ملكه، وإلا فإن القاضي هو الذي يثير هذا الدفع عند الشروع في الدعوى، فإذا لم يثره جاز للخصم أن يثيره في بداية الدعوى وأن يتمسك به، فليس من تمام صحة الدعوى أن تكون مختلفة في أحد شروطها. (٣)

والخلاف القائم بين الفقهاء هو: جواز إبداء هذا الدفع قبل البينة أم بعدها، وقبل الحكم أم بعده.

(١) ابن نجيم، البحر الرائق شرح كنز الدقائق، ٢٠٦/٧.

(٢) الرملي، نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج، ٣٣٤/٨. وزارة الأوقاف الكويتية، الموسوعة الفقهية، ٢٠/٢٨٨.

(٣) الحطاب، مواهب الجليل في شرح مختصر خليل، ١٢٥/٦.

فذهب الحنفية إلى جواز إبداء هذا الدفع قبل الحكم، خلافاً للدفع الموضوعي عندهم، والذي يجوز إبداءه قبل الحكم وبعده، وتعليل ذلك عند الحنفية يرجع؛ إلى أن المدعي عندما أقام دعواه وأثبتها بملكية عين معينة، تحت يد شخص معين، فإن الخصومة في هذه الدعوى تكون صحيحة، إذ أن المدعي أثبت ملكيته لهذه العين بخصومة وبينه صحيحتين، ثم إنه بعد الحكم ليس من وظيفة المحكوم عليه أن يثبت أن هذه العين لفلان، وذلك لأنه يجوز للشخص الذي حفظ هذه العين عند المحكوم عليه أن يقيم دعوى بأن هذه العين له، فلا يجوز للمحكوم عليه بعد الحكم أن يدفع عن غيره. (١) خاصة وأن بعض فقهاء الحنفية مثل (الإمام أبي يوسف رحمه الله) ذهب إلى أن الدافع بالدفع بعدم الخصومة، لا بد أن يكون معروفاً من أهل الصلاح والتقوى وأن لا يكون معروفاً بالحيل، فإذا كان معروفاً بالحيل فإن الخصومة لا تندفع عنه وإن أقام البينة على دفعه، فإذا كان المدعى عليه معروفاً بالحيل قد يأتي بهذا الدفع ويحضر البينة عليه، فلا يجوز أن يقبل دفعه لهذه التهمة. (٢)

أما المالكية: فقد ذهبوا إلى أن الدفع لا يقبل بعد الحكم النهائي في الدعوى؛ لأن الحكم بقضاء القاضي حجة انقضت فيها الخصومة وفصل فيها النزاع، فلو صح للدافع أن يأتي بدفعه بعد الحكم لبقيت النزاعات والخصومات مستمرة، فلا يستقر القضاء بذلك. وقد ورد في شرح مختصر خليل للخرشي: (أن الضامن إذا حكم عليه غرامة لغيبية المضمون ثم إنه أحضره، فإن الغرامة لا تسقط لأنه حكم مضى). وهذا هو المشهور عندهم؛ لأن الغرم لا يسقط إذا حكم به. وكل ذلك يرجع إلى أن الحكم النهائي في الدعوى لا يجوز نقضه عند المالكية؛ استقراراً للقضاء وقطعاً للخصومات. (٣) على أن علماء المالكية، أجازوا الطعن بالحكم بعد صدوره بطرق أخرى، كأن يطعن المحكوم عليه أن هناك عداوة بينه وبين القاضي، أو أن يطعن بالبينات التي بُني الحكم عليها، مثل أن يطعن بعدالة الشهود ويقوم بتجريحهم. (٤)

أما الشافعية: فإنهم لا يرون صحة هذا الدفع إلا قبل إقامة البينة، فإذا أقام المدعي بينته على دعواه واقتنع بها القاضي، فلا يجوز إبداء مثل هذا الدفع. فلو ادعى أحد على آخر عيناً وأنكر

(١) ابن نجيم، البحر الرائق شرح كنز الدقائق، ٢٣٠/٧. حيدر، درر الحكام، ٢٣٨/٤.
 (٢) شيخي زادة، مجمع الأنهر شرح متلقى الأبحر، ٢٧١/٢. الشيخ نظام، الفتاوى في مذهب الإمام أبي حنيفة، ٤٣٢/٦.
 (٣) الخرشي، شرح مختصر خليل، ٣٣/٦. الخطاب، مواهب الجليل شرح مختصر خليل، ٢٣٢/٥.
 (٤) ابن فرحون، تبصرة الحكام، ٢٥٧/١. الخطاب، مواهب الجليل، ١٥٩/٦.

المدعى عليه ذلك، وأقام المدعى البينة على ذلك، ثم دفع المدعى عليه دعوى المدعى بقوله: إن يدي عليها هي يد حفظ فهي وديعة عندي، أو غضبتها من فلان. لا يقبل ذلك عندهم؛ لأن المدعى عندما أقام البينة أثبت أن هذه العين ملكه، سواء كانت يد المدعى عليه على هذه العين يد حفظ أو يد خصومة؛ إذ إن البينة قامت صحيحة ولا يجوز الرجوع عنها. (١)

على أنني أرحب أن يكون هذا الدفع قبل الحكم؛ لأن المدة قبل الحكم بالدعوى كافية للمدعى عليه لإبداء دفعه، إن كان عنده دفع، شريطة إمكانية التوفيق بدفع المدعى عليه وهو ما ذهب إليه الحنفية، وأرجح قول أبي يوسف -رحمه الله- وهو أنه لا يكون المدعى عليه معروفاً بالحيل، فربما أراد المدعى عليه الحيلة بدفعه هذا هروباً من الحكم للمدعى.

المطلب الثاني: وقت إثارة الدفع بعدم القبول في القانون.

لم يرد في قانون أصول المحاكمات الأردني نص صريح، لوقت إثارة هذا النوع من الدفوع بعكس المشرع المصري، الذي أفرد المادة (١١٥) من قانون المرافعات المصري، رقم (١٣) لسنة ١٩٦٨ والتي نصت على: (أن الدفع بعدم قبول الدعوى يجوز إبدائه في أي حالة تكون عليها). فهذه المادة تدل صراحة على جواز إثارة الدفع، في أي مرحلة من مراحل الدعوى. (٢)

ويتضح أن المشرع المصري أجاز إبداء هذا الدفع في أي مرحلة من مراحل الدعوى، ولو في الاستئناف. وعليه يكون الدفع بعدم القبول أقرب إلى حكم الدفوع الموضوعية، في جواز إبدائه في أي مرحلة تكون عليها الدعوى ولو في الاستئناف؛ وذلك حتى لا يحرم الخصم وهو غالباً المدعى عليه من دفاع يمس موضوع الدعوى. فالمشرع راعى بذلك مصلحة المدعى عليه. (٣)

على الرغم من أن هناك بعض الشراح في القانون أوجبوا إبداء هذه الدفوع قبل التكلم في موضوع الدعوى وكان قصدهم من هذا عدم تراخي المدعى عليه في إبداء الدفوع، التي لا تمس

(١) الأنصاري، أسنى المطالب شرح روض الطالب، ٤/٤١١.

(٢) الزغول، الدفوع المدنية بين النظرية والتطبيق، ص ١٠٥.

(٣) أبو الوفا، نظرية الدفوع، ص ٨٠٧. أنطاكي، أصول المحاكمات، ص ٢٠٠.

أصل الحق بعد التكلم في الموضوع؛ وذلك منعا للمماطلة في الدعوى، ولفصل النزاع بالسرعة الممكنة. (١)

والصحيح أن القاعدة الثانية بعيدة عن الناحية الموضوعية القانونية، فالدفع بعدم القبول ليس دفعاً شكلياً ولا موضوعياً، على أن هذه القاعدة جعلت أن ما يسري على أحكام الدفوع الشكلية يسري على أحكام الدفع بعدم القبول؛ فالدفع بعدم القبول يمس أصل الحق المدعى به، فشرط المصلحة في الدعوى يعني أن يكون للمدعي مصلحة بالمدعى به، وهذا كله يؤيد القاعدة الأولى التي تقول إن هذا الدفع يجوز إيدأؤه في أي مرحلة تكون عليها الدعوى، ولو في الاستئناف. (٢) والرؤية الصحيحة لهذا الدفع بوجود القاعدتين السابقتين، أن هذا الدفع إذا كان أقرب إلى الدفوع الموضوعية من الدفوع الشكلية، كالدفع بانتفاء الصفة أو المصلحة، يجب معاملته من حيث وقت إثارته كالدفوع الموضوعية. فيجوز إيدأؤه في أي مرحلة من مراحل الدعوى ولو في الاستئناف. أما إذا كان هذا الدفع أقرب إلى الدفوع الشكلية كالدفع التي مبناهما السقوط لانقضاء الميعاد، فيجب إلزام المدعى عليه إيدأؤها قبل الدخول في موضوع الدعوى؛ لأنها تأخذ أحكام الدفوع الشكلية.

على أنني قد وجدت أن القاعدة العامة التي تحكم وقت إثارة هذه الدفوع هي جواز إثارتها في أي مرحلة تكون عليها الدعوى ولو في الاستئناف، فنجد أن كثيراً من القانونيين عندما يتحدثون عن هذا الدفع يرجحون جواز إيدأؤه في أي مرحلة من مراحل الدعوى، خاصة وأن المشرع المصري أفرد مادة كاملة بجواز إيدأؤه هذا الدفع في أي مرحلة من مراحل الدعوى. (٣)

وعلى ذلك فإنه يجوز إثارة هذا الدفع مع الدفع الموضوعي؛ فإذا أثير الدفع بعدم القبول مع الدفع الموضوعي، فإن القانونيين يرجحون أن تبدأ المحكمة أولاً بالفصل في الدفع بعدم القبول، ثم تقوم بالفصل بالدفع الموضوعي الذي أثاره المدعى عليه، خاصة وأن هناك نصوصاً قانونية تسعف المحكمة بذلك، فقد أجازت المادة (٢/١٠٩) من قانون أصول المحاكمات المدنية، للخصم صاحب المصلحة أن يطلب الحكم بكون القضية مقضية، قبل التعرض للموضوع. فالدفع بكون القضية مقضية أو سبق الفصل بها، هو دفع بعدم القبول كما أشرت. وما ينطبق عليه ينطبق على أنواع

(١) أبو الوفا، نظرية الدفوع، ص ١٠٦. والي، قانون القضاء المدني اللبناني، ص ٦٩٧.

(٢) أبو الوفا، نظرية الدفوع في قانون المرافعات، ص ٨٠٤.

(٣) والي، قانون القضاء المدني اللبناني، ص ٦٩٧. أبو النور، نظرية الدفوع للدعوى القضائية في الفقه الإسلامي - دراسة مقارنة -، ص ١٠٥.

الدفع بعدم القبول كافة، فإذا ما أثار المدعى عليه الدفع الموضوعي والدفع بعدم القبول، فإنه يتوجب على المحكمة الفصل بالدفع بعدم القبول أولاً، ثم تفصل بالدفع الموضوعي. (١)

(١) أنظر المادة (١٠٩) من قانون أصول المحاكمات المدنية الأردني رقم (٢٤) لسنة ١٩٨٨. الزغول، الدفع المدني بين النظرية والتطبيق، ص ١١٩.

خاتمة

وفي ختام هذه الدراسة، أضع بين يدي القارئ، أهم النتائج التي توصلت إليها، وتكمن في النقاط التالية:

١. الدفع دعوى، يأتي بها الخصم قبل الحكم أو بعده، لمنع ملاحقة خصمه له قضائياً، بكل ما يطلبه، أو بعضه، أبدأً أو مؤقتاً، ويهدف المدعى عليه منه، إنهاء الخصومة بشكل دائم أو مؤقت عن نفسه.
٢. الخصومة القضائية، أمر تنتج إرادة الشخص، في عمل معين، فالدعوى هي موضوع الخصومة التي يكون الهدف منها، الحصول على حكم قضائي حاسماً في الموضوع المدعى به.
٣. أن الدفع بعدم الخصومة في الفقه الإسلامي، هو الدفع الذي يقصد به، دفع الخصومة عن المدعى عليه، كأن يقول المدعى عليه، أن يدي على هذه العين ليست يد خصومة، ولا ملك، إنما هي يد حفظ، مثل أن يدعي المدعى عليه، أنه متساجر لهذه العين، أو مستعير لها، وصور هذا الدفع تتعدد في الفقه الإسلامي.
٤. أن الدفع بعدم القبول في القانون، هو ما يتقدم الخصم به من دفاع، يقصد به الطعن، بعدم توافر الشروط اللازمة لسماع الدعوى، أو الطلب العارض، أو الطعن في الحكم الموجه إليه الدفع، وهي شروط المصلحة والصفة والأهلية، في الحكم الموجه إليه الدفع، كما أنه طائفة من الدفوع التي توجه إلى الحماية القضائية المطلوبة، والتي يكون الهدف منها، منع المحكمة من نظر الدعوى التي تختص بها، لأن حق المدعي في طلب الحماية القضائية، يتعين عدم قبوله لتخلف شرط من شروط القبول.
٥. أن أحكام الدفع بعدم الخصومة تختلف عن أحكام الدفوع الشكلية فالدفع بعدم الخصومة يكون بالطعن بالإجراءات التي تفتقدها الدعوى كإعداد الصفة أو المصلحة، أما الدفع الشكلي فيكون القصد منه تأخير الفصل في النزاع لعدم توفر إجراء من الإجراءات الشكلية كالدفع بعدم الاختصاص المكاني للمحكمة.

٦. أن الدفع بعدم القبول ليس دفعا موضوعيا، إذ أن القاضي هو الذي يتحقق من شروط قبول الدعوى، والمحكمة هي التي تثير هذا الدفع حتى ولو لم يثره الخصوم، أما الدفع الموضوعي فالخصم هو الذي يثيره.
٧. أن صور الدفع بعدم الخصومة، تتعدد في الفقه والقانون، وكل هذه الصور تشير إلى أن المدعى عليه، يقصد من هذا الدفع، دفع الخصومة عن نفسه أدياً أو مؤقتاً.
٨. أن من صور الدفع بعدم الخصومة، الدفع بعدم الخصومة في المسائل الخمسة، كأن يقول المدعى عليه أن يدي على هذه العين هي يد أمانة وحفظ، وليس يد خصومة.
٩. أن من صور هذا الدفع في الفقه والقانون، الدفع بعدم توفر شرط من شروط الدعوى، كأن يدفع المدعى عليه دعوى المدعي، بأنه لا مصلحة له في هذه الدعوى، أو أنه لا صفة للمدعي أو المدعى عليه في الدعوى المنظورة، أو الدفع بعدم الخصومة لعدم معلومية المدعى به.
١٠. أن من صور هذا الدفع في الفقه والقانون، الدفع بعدم الخصومة كون هذه القضية مقضية، أو أنه تم الفصل في هذه الدعوى، حيث يكلف المدعي إثبات دفعه هذا، فإذا أثبت أنه تم الفصل في الدعوى المرفوعة عليه فإن الخصومة تندفع عنه.
١١. أن من صور هذا الدفع، الدفع بعدم الخصومة كونه قد تم الصلح في هذه الدعوى، فإذا صالح المدعى عليه المدعي قبل إقامة هذه الدعوى على المدعى به، فإن خصومة المدعى عليه تنتهي في هذه الدعوى.
١٢. أن الخصومة قد تتعرض لعوارض تدفعها، وهو ما يسمى بالدفع المتعلقة بعوارض الخصومة، وهي سقوط الخصومة، وانقطاعها، ووقفها، وتركها، وأن هذه العوارض قد تنهي الخصومة عن المدعى عليه، أدياً أو مؤقتاً .
١٣. أن الدفع بعدم الخصومة، تثيره المحكمة، ولو لم يثره الخصوم، فهو دفع يتعلق بمعظم أحواله بالنظام العام، مما يجيز إثارته من قبل المحكمة، ومن قبل الخصوم.
١٤. أن الوكالة بالخصومة جائزة، شريطة أن تحقق الشروط العامة للوكالة، ومن أهمها أن تكون هذه الوكالة معلومة في الموكل به، خاصة وأنه في بعض الأحيان، لا بد أن يكون الموكل به مذكوراً في الوكالة، مثل التوكيل بالصلح والقبض والإبراء.

١٥. أن الفقهاء اختلفوا في وقت إثارة الدفع بعدم الخصومة، فبعضهم أجاز إثارة هذا الدفع قبل البيّنات، وبعضهم أجاز إثارة هذا الدفع قبل البيّنات وبعدها، وهناك رأي أجاز إثارة هذا الدفع قبل الحكم، ورأي أجاز إثارته قبل الحكم وبعده، على أن المعمول به حالياً في القانون، جواز إبداء هذا الدفع في أي مرحلة تكون عليها الدعوى قبل الحكم، ولو في الاستئناف، أي قبل اكتساب الحكم الدرجة القطعية.

١٦. ينبغي أن تقنن أحكام هذا الدفع، بشكل أوسع في القانون الأردني، حتى تكون الأحكام واحدة في هذا الدفع، وحتى لا تختلف الاجتهادات والأحكام فيه.

وصلى الله على سيدنا محمد وعلى آله وصحبه أجمعين.



المراجع

- ابن هداية، علي وآخرون، **القاموس الجديد**، ط١، ام، الشركة التونسية للتوزيع، تونس، ١٩٧٩م.
- إبراهيم، أحمد إبراهيم، (١٣٤٧هـ)، **طرق القضاء في الشريعة الإسلامية**، ط١، ام، القاهرة، المطبعة السلفية.
- أبن أبي الدم، القاضي شهاب الدين بن عبدالله، (٦٤٢هـ)، **أدب القضاء**، ط١، ام، (تحقيق محمد عبدالقادر أحمد عطا)، دار الكتب العلمية، بيروت، ١٩٨٧م.
- أبن الفراء اليعقوبي، أبي محمد الحسين بن مسعود بن محمد، (٥١٦هـ)، **التهذيب في فقه الإمام الشافعي**، ط١، ام، (تحقيق الشيخ عادل أحمد عبدالموجود)، دار الكتب العلمية، بيروت، ١٩٩٧م.
- ابن القيم الجوزية، أبو عبدالله محمد بن أبي بكر الزرعي، (٧٥١هـ)، **إعلام الموقعين عن رب العالمين**، ط١، ٤م، دار الكتب العلمية، بيروت، ١٩٦٧م.
- ابن القيم، أبي عبدالله محمد بن أبي بكر الجوزية، (٧٥١هـ)، **الطرق الحكمية في السياسة الشرعية**، ط١، ام، (تحقيق بشير محمد عيون)، مكتبة دار البيان، دمشق، ١٩٨٩م.
- ابن المنذر النيسابوري، أبي بكر محمد بن إبراهيم، (٣١٨هـ)، **الإجماع**، ط٢، ام، (تحقيق د. أحمد بن محمد ضيف)، مكتبة الفرقان، عجمان، ١٩٩٩م.
- ابن النجار، تقي الدين محمد بن أحمد الفيومي الحنبلي، (٩٧٢هـ)، **منتهى الإرادات في جميع المقنع مع التنقيح وزيادات مع حاشية المنتهى لابن قائد**، عثمان بن أحمد بن سعيد النجدي، (١٠٩٧هـ)، ط١، ٥م، (تحقيق عبدالله التركي)، مؤسسة الرسالة، بيروت، ١٩٩٩م.
- ابن النحاس، أبي جعفر أحمد بن محمد بن أسماعيل، (٣٣٨هـ)، **إعراب القرآن الكريم**، ط١، ٥م، (وضع حواشيه وعلق عليه عبدالمنعم خليل إبراهيم)، دار الكتب العلمية، بيروت، ٢٠٠١م.
- ابن الهمام، كمال الدين محمد بن عبدالواحد، (٨٦١هـ)، **فتح القدير**، ط١، ١٠م، وهو شرح لكتاب "الهداية شرح بداية المبتديء للمرغيانى"، دار الفكر، بيروت، ١٩٧٠م.

ابن أمير حاج، محمد بن محمد بن محمد، (ت ٨٧٩هـ)، التقرير والتحبير في شرح التحرير، ط ١، ٣م، وهو شرح لكتاب التحرير للكمال بن همام، (ت ٨٦١هـ)، دار الكتب العلمية، بيروت، ١٩٩٣م.

ابن تيمية، شيخ الإسلام تقي الدين أحمد بن عبدالحليم الحراني، (ت ٧٢٨هـ)، الفتاوى الفقهية الكبرى، ط ١، ٦م، (تحقيق الشيخ أحمد كنعان)، دار الأرقم، بيروت، ١٩٩٩م.

ابن حجر، أحمد بن علي العسقلاني، (ت ٨٥٢هـ)، فتح الباري شرح صحيح البخاري، ط ١، ٤م، (تحقيق محمد فؤاد عبد الباقي مع محب الدين الخطيب)، دار المعرفة، بيروت، ١٩٩٣م.

ابن خلكان، أبو العباس شمس بن أحمد بن محمد بن أبي بكر، (ت ٦٨١هـ)، وفيات الأعيان وانباء الزمان، ط ١، ٨م، (تحقيق إحسان عباس)، دار الثقافة، بيروت، ١٩٧١م.

ابن رجب، زين الدين عبدالرحمن بن أحمد الحنبلي، (ت ٧٩٥هـ)، تقرير القواعد وتحرير الفوائد، ط ١، ١م، (تحقيق إياد القيسي)، مطبعة بيت الأفكار الدولية، لبنان، ٢٠٠٤م.

ابن سعد، محمد، الطبقات الكبرى، دار صادر، بيروت، ط ١، ٨م، ١٩٥٤م.

ابن سيده، أبي الحسن علي بن اسماعيل، (ت ٤٥٨هـ)، المحكم والمحيط الاعظم، ط ١، ١م، (تحقيق د. عبدالوهاب الهداوي)، دار الكتب العلمية، بيروت، ٢٠٠٠م.

ابن عابدين، محمد أمين بن عمر، (ت ٨٠٠هـ)، العقود الدرية في تنقيح الفتاوى الحامدية، ط ١، ٢م، المطبعة الميمنية، القاهرة، ١٣١٠هـ.

ابن عابدين، محمد أمين بن عمر، (ت ٢٥٢هـ)، رد المحتار على الدر المختار في شرح تنوير الأبصار، ط ١، ٦م، والكتاب حاشية على الدر المختار للصفكي، (ت ١٠٨٨هـ)، والدر المختار شرح تنوير الأبصار، للتمرتاشي، (ت ١٠٠٤هـ)، دار الكتب العلمية، بيروت، ١٩٨٠م.

ابن عبد البر، الإمام الحافظ أبي عمر، يوسف بن عبدالله بن محمد الأندلسي، (ت ٤٦٣هـ)، الاستذكار، ط ٤، ١٠م، (تحقيق حسان عبد المنان)، مؤسسة النداء، الإمارات العربية، ٢٠٠٣م.

ابن فارس، أبي الحسين أحمد بن زكريا، (ت ٣٩٥هـ)، معجم مقاييس اللغة، ط ١، ٦م، (تحقيق عبدالسلام هارون)، دار الجيل، بيروت، ١٩٩١م.

ابن فرحون، إبراهيم علي المدني، (ت ٧٩٩هـ)، تبصرة الحكام في أصول الأفضية ومناهج الأحكام، ط ١، م ٢، المكتبة الأزهرية، القاهرة، ٢٠٠٥م.

ابن قاضي سماونة، محمود بن إسرائيل، (ت ٨١٣هـ)، جامع الفصولين وبهامشه الحواشي الدقيقة والتعليق الأنيقة للرملي، ط ١، م ٤، المطبعة الميرية، مصر.

ابن كثير، الإمام الجليل الحافظ عماد الدين أبو الفداء اسماعيل بن كثير الدمشقي، (ت ٣١٠هـ)، تفسير القرآن العظيم، ط ١، م ٤، دار الأرقم بن أبي الأرقم، بيروت، ١٩٩٨م.

ابن ماجه، أبو عبدالله محمد بن يزيد القزويني، (ت ٢٧٥هـ)، سنن ابن ماجه، ط ١، م ٢، دار إحياء الكتاب العربية، بيروت.

ابن مفلح، شمس الدين أبو عبدالله محمد المقدسي، (ت ٧٦٣هـ)، الفروع، ط ٣، م ٦، عالم الكتب، بيروت، ١٩٦٠م.

ابن منظور، أبو الفضل، محمد بن مكرم، (ت ٧١١هـ)، لسان العرب، ط ١، م ٥، دار صادر، بيروت، ١٩٧٥م.

ابن نجيم، زين الدين بن إبراهيم بن محمد، (ت ٩٧٠هـ)، رسائل بن نجيم الاقتصادية والمسماة الرسائل الزينية في مذهب الحنفية، ط ١، م ١، (دراسة وتحقيق مركز الدراسات الفقهية والاقتصادية، محمد أحمد سراج، د. علي جمعة محمد)، دار السلام للطباعة والنشر، القاهرة، ١٩٩٩م.

ابن نجيم، زين الدين بن إبراهيم بن محمد، (ت ٩٧٠هـ)، البحر الرائق شرح كنز الدقائق، ط ١، م ٨، وهو شرح لكنز الدقائق لأبي البركات النسفي، دار الكتاب الإسلامي، عمان، ١٩٨٢م.

أبو أسعد، محمد شتا، (١٩٩٧م)، الدفع بعدم القبول مدنيا وتجاريا وإداريا ودستوريا، ط ١، م ١، الاسكندرية، دار الفكر الجامعي.

أبو البصل، عبدالناصر، (١٩٩٩م)، شرح قانون أصول المحاكمات الشرعية ونظام القضاء الشرعي، ط ١، م ١، عمان، دار الثقافة للنشر.

أبو الخير، محمد، (١٩٦٣م)، قانون المرافعات، ط ٥، م ١.

- أبو السعود، رمضان ، (١٩٨٣م)، الوسيط في شرح مقدمة القانون المدني المدخل إلى القانون وبخاصة المصري واللبناني، ط١، ٢م، بيروت، الدار الجامعية للنشر والطباعة.
- أبو الوفا، أحمد، (١٩٦٦م)، إجراءات التنفيذ في المواد المدنية والتجارية، ط٥، ١م، الاسكندرية، دار منشأة المعارف.
- أبو الوفا، أحمد، (٢٠٠٦م)، التعليق على نصوص قانون الإثبات ، ط٣، ١م، الاسكندرية، مطبعة منشأة المعارف.
- أبو الوفا، أحمد، (١٩٦٥م)، المرافعات المدنية والتجارية، ط٨، ١م، مصر، دار المعارف.
- أبو الوفا، أحمد، نظرية الدفوع في قانون المرافعات، ط٥، ١م، الاسكندرية، مطبعة منشأة المعارف.
- أبو داود، سليمان بن الأشعث السجستاني، (ت٢٧٥هـ)، سنن أبو داود، ط١، ١م، دار الحديث للطباعة والنشر، ١٩٧٣م.
- أبو زهرة، محمد، (١٩٦٠م)، أصول الفقه، ط١، ١م، بيروت، دار الفكر العربي.
- أبو سعد، محمد شتا، (٢٠٠٠م)، الدفوع المتعلقة بعوارض الخصومة، ط١، ١م، الاسكندرية، دار الجامعة الجديدة.
- أبو يونس، محمد باهي، (٢٠٠٧م)، إنقضاء الخصومة الإدارية بالإرادة المنفردة للخصوم، ط١، ١م، الاسكندرية، دار الجامعة الجديدة.
- أبوالنور، محجوب، (١٩٩٩م)، نظرية الدفوع للدعوى القضائية في الفقه الإسلامي، دراسة مقارنة، ط١، ١م، الخرطوم، الدار السودانية للكتب.
- الإبباني، محمد زيد، (١٩٦٢م)، شرح الأحكام الشرعية في الأحوال الشخصية، ط١، ٣م، بيروت، مكتبة النهضة.
- الألباني، محمد ناصر الدين، (١٩٨٥م)، إرواء الغليل في تخريج أحاديث منار السبيل، ط٢، ٩م، بيروت، المكتب الإسلامي.

- الأصبحي، مالك بن أنس بن مالك، (ت ١٧٩هـ)، الموطأ، ط ١، م، (تحقيق محمود بن الجميل)، مكتبة الصفا، القاهرة، ٢٠٠١م.
- آل خنين، عبدالله بن محمد بن سعد، (٢٠٠١م)، المدخل إلى فقه المرافعات، ط ١، م، الرياض، دار العاصمة للنشر والتوزيع.
- الأنصاري، أبو يحيى زكريا بن محمد بن زكريا، (ت ٩٢٦هـ)، الغرر البهية شرح البهجة الوردية، وهو شرح للبهجة الوردية للعلامة ابن الوردية، ط ١، م، المطبعة الميمنية، مصر.
- الأنصاري، أبو يحيى زكريا بن محمد بن زكريا، (ت ٩٢٦هـ)، أسنى المطالب بشرح روض الطالب، ط ١، م، وهو شرح لكتاب روض الطالب للشيخ شرف الدين أسماعيل بن المقرئ، دار الكتاب الإسلامي، بيروت، ١٩٩٣م.
- الأنصاري، النيداني، (١٩٩٨م)، مبدأ وحدة الخصومة ونطاقه في قانون المرافعات، ط ١، م، الاسكندرية، دار الجامعة الجديدة.
- الأنصاري، حسن النيداني، (١٩٩٨م)، مبدأ وحدة الخصومة ونطاقه في قانون المرافعات، ط ١، م، الاسكندرية، دار الجامعة الجديدة.
- الباجي، أبو الوليد سليمان بن خلف، (ت ٤٧٤هـ)، المنتقى شرح الموطأ، ط ١، م، وهو شرح لموطأ الإمام مالك، (ت ١٧٩هـ)، دار الكتاب الإسلامي، بيروت، ١٩٩٤م.
- البخاري، عبدالعزيز بن أحمد البخاري، (ت ٢٥٦هـ)، كشف الأسرار على أصول البزدوي، ط ١، م، وهو شرح لأصول البزدوي، للإمام فخر الإسلام أبي الحسن، علي بن محمد بن حسين البزدوي، مكتب الصنائع، ١٣٠٧هـ.
- البخاري، محمد بن إسماعيل، (ت ٢٥٦هـ)، صحيح البخاري مع الفتح، ط ٣، م، (ترقيم محمد فؤاد عبدالباقي)، دار السلام، الرياض، ٢٠٠٠م.
- بدر الدين العيني الحنفي، محمود بن أحمد بن موسى بن أحمد بن الحسين، (ت ٨٥٥هـ)، البناية شرح الهداية، ط ١، م، (تحقيق أيمن صالح شعبان)، دار الكتب العلمية، بيروت، ٢٠٠٠م.
- بدوي، عبدالعزيز خليل إبراهيم، (١٩٨٢م)، بحوث في قواعد المرافعات والقضاء في الإسلام، ط ١، م، بيروت، دار الفكر العربي.

- البكري، محمد عزمي، (١٩٩٦م)، **الدفع في قانون المرافعات فقها وقضاء**، ط١، ١م، القاهرة، دار محمود للطباعة والنشر.
- البهوتي، منصور بن يونس، (ت١٠٥١هـ)، **كشف القناع على متن الإقناع**، ط١، ٦م، دار الكتب العلمية، بيروت، ١٩٩٣م.
- بيان، سليمان، **القضاء المدني العراقي**، ط١، ٢م، بغداد، شركة الطباعة والنشر الأهلية.
- البيهقي، أبو بكر أحمد بن الحسن بن علي بن موسى، (ت٤٥٨هـ)، **السنن الكبرى**، ط٣، ١٠م، (تحقيق عبدالقادر عطا)، مكتبة دار الكتب العلمية، بيروت، ٢٠٠٣م.
- التحيوي، محمود السيد، (٢٠٠٣م)، **الصفة الغير عادية وأثارها في رفع الدعوى القضائية**، ط١، ١م، الاسكندرية، دار الجامعة الجديدة.
- التحيوي، محمود السيد، (٢٠٠٣م)، **إجراءات رفع الدعوى القضائية الأصل والاستثناء**، ط١، ١م، الاسكندرية، دار الجامعة الجديدة.
- التحيوي، محمود السيد، (٢٠٠٣م)، **حضور صاحب الصفة الإجرائية في الدفع القضائية**، ط١، ١م، الاسكندرية، دار الجامعة الجديدة.
- الترمذي، أبو عيسى محمد بن عيسى، (ت٢٩٧هـ)، **سنن الترمذي**، ط١، ٥م، (تحقيق محمد فواد عبد الباقي)، دار إحياء التراث العربي، بيروت، ١٩٨٧م.
- الجصاص، أبو بكر بن علي الرازي، (ت٣٧٠هـ)، **الفصول في الأصول**، ط١، ٢م، دار الكتب العلمية، بيروت، ٢٠٠٠م.
- الجصاص، أبو بكر أحمد بن علي الرازي، (ت٣٧٠هـ)، **أحكام القرآن**، ط١، ٣م، دار الفكر العربي، بيروت، ١٩٨٠م.
- جعفر، علي محمد، (٢٠٠٤م)، **شرح قانون أصول المحاكمات الجزائية**، ط١، ١م، بيروت، المؤسسة العامة للدراسات والنشر.
- جميعي، عبدالباسط، (١٩٨٠م)، **مبادئ المرافعات في قانون المرافعات الجديدة**، ط١، ١م، دار الفكر العربي.

- حسن، علي عوض، (١٩٩٦م)، الدفع بعدم القبول في المواد المدنية والجنائية، ط١، ام، الاسكندرية، دار المطبوعات الجامعية.
- الحصري، أحمد، (١٩٧٤م)، القصاص، الديات، العصيان المسلح في الفقه الإسلامي، ط٢، ام، عمان، مطابع وزارة الأوقاف الأردنية.
- الخطاب، أبو عبدالله محمد بن محمد بن عبدالرحمن، (ت٩٥٤هـ)، مواهب الجليل في شرح مختصر خليل، دار الفكر، بيروت، ١٩٨٩م.
- الحموي، أحمد بن محمد الحنفي، (ت١٠٩٨هـ)، غمز عيون البصائر في شرح الأشباه والنظائر، ط١، ٤م، وهو شرح لكتاب الأشباه والنظائر لابن نجيم، (ت٩٧٠هـ)، دار الكتب العلمية، بيروت، ١٩٨٨م.
- حيدر، علي، درر الحكام شرح مجلة الأحكام العدلية، ط١، ٤م، دار الجيل، بيروت، ١٩٩١م.
- الخادمي، نور الدين، (٢٠٠٠م)، المصلحة المرسله حقيقتها وضوابطها، ط١، ام، بيروت، دار ابن حزم للطباعة والنشر.
- الخرشي، محمد بن عبدالله، (ت١١٠١هـ)، شرح مختصر خليل، ط١، ٨م، وهو شرح لمختصر أبي الضياء سيدي خليل، دار الفكر، بيروت، ١٩٨٥م.
- الخطيب الشربيني، شمس الدين محمد بن أحمد الخطيب، (ت٩٧٧هـ)، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، ط١، ٦م، وهو شرح كتاب منهاج الطالبين للإمام النووي، (ت٦٧٦هـ)، دار الكتب العلمية، بيروت، ١٤٠٥هـ.
- خوري، فارس، (١٩٨٧م)، أصول المحاكمات الحقوقية، دروس نظرية وعملية، ط٢، ام، عمان، الدار العربية.
- الداود، أحمد، (١٩٩٨م)، القرارات الاستثنائية في أصول المحاكمات الشرعية ومناهج الدعوى، ط١، ٢م، عمان، مكتبة الثقافة.
- داود، أحمد محمد علي، (١٩٩٩م)، القرارات الاستثنائية في الأحوال الشخصية، ط١، ٢م، عمان، مكتبة الثقافة للنشر والتوزيع.

درادكة، ياسين أحمد ابراهيم، (١٩٩٧م)، الميراث في الشريعة الإسلامية، ط٤، ام، عمان، دار
البشير.

الدرويش، محي الدين، (١٩٨٨م)، إعراب القرآن الكريم وبيانه، ط١، ام، دمشق، دار
اليمامة.

الدريني، فتحي، (١٩٩٨م)، نظرية التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي، ط٢، ام،
عمان، دار البشير.

الدسوقي، شمس الدين محمد بن أحمد بن عرفة، (ت ١٢٣٠هـ)، حاشية الدسوقي على الشرح
الكبير، ط١، ام، وهو شرح لكتاب الشرح الكبير للدردير، (ت ١٢٠١هـ)، دار إحياء الكتب
العلمية، بيروت، ١٩٧٥م.

الدغمي، محمد رakan ضيف الله، (١٩٩١م)، دعوى التناقض والدفع في الشريعة الإسلامية،
ط١، ام، عمان، دار عمار.

الدينون، حسن علي، (١٩٥٢م)، شرح القانون المدني العراقي أحكام الألتزام، ط١، ام، بغداد،
مطبعة المعارف.

ذياب، زياد صبحي، (١٩٩٤م)، الدفوع الشكلية في الفقه الإسلامي والقانون، ط١، ام،
عمان، تمت فهرسته من قبل المكتبة الوطنية.

الرازي، محمد بن أبي بكر بن عبدالقادر، (ت ٧٢١هـ)، مختار الصحاح، ط١، ام، (تحقيق
سعيد محمد عقيل)، دار الجيل، بيروت، ١٩٩٥م.

راغب، وجدي، (١٩٧٨م)، مبادئ الخصومة المدنية، ط١، ام، القاهرة، دار الفكر العربي.

الرصاع، محمد بن قاسم، (ت ٨٩٤هـ)، شرح حدود ابن عرفة، ط١، ام، المكتبة العلمية،
بيروت، ١٩٨٠م.

الرملي، شمس الدين محمد بن أحمد، (ت ١٠٠٤هـ)، نهاية المحتاج إلى شرح أفاظ المنهاج،
ط١، ام، وهو شرح لكتاب منهاج الطالبين للإمام النووي، (ت ٦٧٦هـ)، دار الفكر، بيروت،
٢٠٠٢م.

- الزحيلي، وهبة، (٢٠٠١م)، أصول الفقه الإسلامي، ط١، ٢م، دمشق، دار الفكر.
- الزحيلي، وهبة، (١٩٨٧م)، العقود المسماة في قانون المعاملات المدنية والإماراتي والقانون المدني الأردني، ط١، ١م، دمشق، دار الفكر.
- الزحيلي، وهبة، (٢٠٠٥م)، الفقه الإسلامي وأدلته، ط٨، ١١م، دمشق، دار الفكر.
- الزعيبي، عوض أحمد، (٢٠٠٦م)، أصول المحاكمات المدنية، ط٢، ٢م، عمان، دار وائل للنشر.
- الزعيبي، عوض أحمد، (٢٠٠٥م)، وقف الخصومة وفق قانون أصول المحاكمات المدنية الأردنية، ط١، ١م، عمان، الجامعة الأردنية.
- الزغول، باسم محمد، (٢٠٠٠م)، الدفوع المدنية بين النظرية والتطبيق، ط١، ١م، عمان، مكتبة اليقظة للطباعة والنشر.
- زكي، محمود جمال الدين، (٢٠٠١م)، المبادئ العامة في نظرية الإثبات في القانون الخاص المصري، ط١، ١م، القاهرة، مطبعة جامعة القاهرة.
- الزليعي، فخر الدين عثمان بن علي، (ت٧٤٣هـ)، تبين الحقائق شرح كنز الدقائق، ط١، ٦م، وهو شرح كتاب كنز الدقائق لأبي البركات النسفي، دار الكتاب الإسلامي، عمان، ١٩٧٨م.
- السبكي، أبي الحسن تقي الدين علي بن عبدالكافي، (ت٧٥٦هـ)، فتاوى السبكي، ط١، ٢م، دار المعارف، بيروت، ١٩٧٠م.
- السبكي، عبدالحكيم، المرافعات الشرعية، ط١، ١م، مصر، المطبعة الجمالية.
- السرخسي، شمس الأئمة أبو بكر محمد بن أحمد بن سهيل، (ت٤٨٣هـ)، المبسوط، ط١، ٣٠م، دار الفكر للطباعة والنشر، بيروت، ٢٠٠٠م.
- السرطاوي، محمود، (١٩٧٩م)، شرح قانون الأحوال الشخصية الأردني، ط١، ١م، عمان، دار الفكر.
- سعد، نبيل إبراهيم، (٢٠٠٤م)، النظرية العامة للالتزام، ط١، ٢م، الاسكندرية، دار الجامعة الجديدة.

- سليم، عبدالعزيز، (١٩٩٥م)، أصول المرافعات والدفاع في الجنائي المدني والأحوال الشخصية، ط١، ام، القاهرة، دار الكتب المصرية.
- سليم ، عبدالعزيز، (١٩٩٧م)، الموسوعة الذهبية في الدفوع، ط١، ام، القاهرة، دار الكتب العقاونية.
- السمناني، أبو القاسم علي بن محمد، (ت٤٩٩هـ)، روضة القضاة وطريق النجاة، ط٢، ٢م، (تحقيق صلاح الدين الناهي)، مؤسسة الرسالة، بيروت، ١٩٨٤م.
- السنهوري، عبدالرزاق أحمد، (٢٠٠٠م)، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، ط٣، ١م، بيروت، منشورات الحلبي الحقوقية.
- السنهوري، عبدالرزاق، (١٩٥٤م)، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، دراسة مقارنة في الفقه الغربي، ط١، ٦م، بيروت، المجمع العلمي العربي الإسلامي.
- السيد صاوي، أحمد ، (١٩٧٩م)، الوجيز في قانون المرافعات المدنية والتجارية، ط١، ام، القاهرة، مطبعة جامعة القاهرة.
- السيوطي، جلال الدين عبدالرحمن بن أبي بكر بن محمد، (ت٩١١هـ)، الأشباه والنظائر، ط١، ام، دار الكتب العلمية، بيروت، ١٩٦٧م.
- الشاطبي، أبي اسحاق ابراهيم بن موسى اللخمي الغرناطي المالكي، (ت٧٩هـ)، الموافقات في أصول الشريعة، ط١، ٤م، دار الكتب العلمية، بيروت، ٢٠٠١م.
- شنتات، أسامة أحمد، القانون المدني حسب أحدث التعديلات، ط١، ام، القاهرة، دار الكتب القانونية.
- شهبون، عبدالكريم ، (١٩٨٧م)، شرح مدونة الأحوال الشخصية المغربية، ط١، ٢م، الرباط، مكتبة المعارف للنشر والتوزيع.
- الشواربي، عبدالحميد، (١٩٩٦م)، التحكيم والتصالح في ضوء الفقه والقضاء والتشريع، ط١، ام، الاسكندرية، منشأة المعارف.

شيخي زادة، عبدالرحمن بن الشيخ محمد بن سلمان، (ت ١٠٧٨هـ)، مجمع الأنهر في شرح
ملتقى الأبحر، ط ١، م ٢، وهو شرح لكتاب ملتقى الأبحر لإبراهيم حليبي، (ت ٩٥٦هـ)، دار
إحياء التراث العربي، القاهرة، ١٩٩٠م.

الصابوني، محمد علي، (١٩٩٤م)، صفوة التفاسير، ط ١، م ٣، حلب، دار القلم العربي.

الصالح، محمد أديب، (١٩٩٣م)، تفسير النصوص في الفقه الإسلامي، ط ٤، م ٢، بيروت،
المكتب الإسلامي.

الصدر الشهيد برهان الأئمة حسام الدين، عمر بن عبدالعزيز بن مازة البخاري، المعروف
بالصدر الشهيد، (ت ٥٣٦هـ)، شرح أدب القاضي، ط ١، م ٣، وهو شرح أدب القاضي
للخفاف، (ت ٢٦١هـ)، (تحقيق محي هلال السرحان)، مطبعة الإرشاد، بغداد، ١٩٧٨م.

الطبري، أبو جعفر، محمد بن جرير بن يزيد بن خالد، (ت ٣١٠هـ)، تفسير الطبري، ط ١،
م ٣٠، دار الفكر، بيروت، ١٤٠٥هـ - ١٩٨٤م.

طلبة، أنور، (١٩٩٥م)، التعليق على قانون المرافعات المدنية والتجارية، ط ١، م ٢،
الاسكندرية، مطبعة منشأة المعارف.

الطوري الحنفي، محمد بن حسين بن علي، (ت ١١٣٨هـ)، تكملة البحر الرائق شرح كنز
الدقائق، ط ١، م ٩، دار الكتب العلمية، بيروت، ١٩٩٧م.

عالية، سمير، (١٩٨٧م)، قوة القضية المقضية، ط ٢، م ١، بيروت، المؤسسة الجامعية
للدراسات والنشر.

عبابنة، علي إبراهيم، (٢٠٠٠م)، إيضاحات في قانون أصول المحاكمات الشرعية بقرارات
محكمة الاستئناف الشرعية الأردنية، ط ١، م ١، عمان، دار الثقافة.

عبدالنواب، معوض، (١٩٩٧م)، الدفوع الشرعية في دعاوى الأحوال الشخصية، ط ١، م ١،
بيروت، دار الفكر الجامعي.

عبدالنواب، معوض، (٢٠٠٤م)، المرجع في التعليق على قانون المرافعات، ط ٢، م ٤، طنطا،
مطبعة عالم الفكر للنشر والتوزيع.

عبدالتواب، معوض، (١٩٩٥م)، موسوعة الأحوال الشخصية، ط٦، ٣م، الاسكندرية، مطبعة منشأة المعارف.

عبدالسلام، عز الدين بن عبدالعزيز، (ت ٦٦٠هـ)، قواعد الأحكام في مصالح الأنام، ط١، ٢م، دار الكتب العلمية، بيروت، ١٩٦٦م.

العبدري، المواق، محمد بن يوسف، (ت ٨٩٧هـ)، التاج الإكليل لمختصر خليل، ط٢، ٨م، دار الكتب العلمية، بيروت، ١٩٨٠م.

العشماوي، محمد، (١٩٥٨م)، قواعد المرافعات في التشريع المصري المقارن، ط١، ٢م، القاهرة، المطبعة النموذجية.

العكيلي، عزيز، (٢٠٠٢م)، شرح القانون التجاري للشركات التجارية، ط١، ٤م، عمان، دار الثقافة للنشر والتوزيع.

العلوي، علي بن الشريف، (١٩٩٧م)، أبواب الدخول لفهم علم الأصول، ط١، ١م، الدار البيضاء، مطبعة النجاح الجديدة.

العماري، الحسن بن الحاج محمد، (١٩٩٥م)، مجموعة الأحكام الشرعية، ط١، ١م، بيروت، المركز الثقافي العربي.

عمر، نبيل، (١٩٩٣م)، الوسيط في قانون المرافعات المدنية والتجارية، ط١، ١م، الإسكندرية، دار الجامعة الجديدة.

عمر، نبيل اسماعيل، أصول المرافعات المدنية والتجارية، ط١، ١م، الاسكندرية، منشأة المعارف.

الغزالي، أبو حامد محمد بن محمد، (ت ٥٠٥هـ)، المستصفى من علم الأصول، ط١، ٢م، (وبهامشه كتاب فواتح الرحموت للعلامة عبدالعلي محمد بن نظام الدين الأنصاري، شرح مسلم الثبوت في أصول الفقه للشيخ محب الله بن عبدالشكور، (ت ١١١٩هـ)، تعليق الشيخ إبراهيم محمد رمضان)، دار الأرقم بن أبي الأرقم، بيروت، ١٩٩٤م.

فرغلي، محمد محمود، (١٩٧١م)، حجية الإجماع وموقف العلماء منه، ط١، ١م، القاهرة، دار الكتاب الجامعي.

الفيروز أبادي، مجد الدين محمد بن يعقوب، (ت ٨١٧هـ)، القاموس المحيط، ط١، ٣م، دار الفكر، بيروت، ١٩٨٣م.

فائد، شعبان الكومي أحمد، (٢٠٠٤م)، الدعوى بالمجهول وأحكامها-دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، ط١، ١م، الاسكندرية، دار الجامعة الجديدة.

القاسم، عبدالرحمن بن عبدالعزيز، (١٩٧٣م)، النظام القضائي الإسلامي، ط١، ١م، مصر، مطبعة السعادة.

القاسمي، محمد جمال الدين، تفسير القاسمي المسمى محاسن التأويل، ط١، ١٧م، دار إحياء الكتب العربية، بيروت، ١٩٥٧م.

قانون أصول المحاكمات الشرعية الأردني رقم (٣١) لسنة ١٩٥٩م.

قانون أصول المحاكمات المدنية رقم (٢٤) لسنة ١٩٨٨م.

قانون الاحوال الشخصية الأردني، رقم (٦١) لسنة ١٩٧٦م والقانون المعدل لقانون الأحوال الشخصية الأردني لسنة ٢٠٠١م.

القانون المؤقت لقانون أصول المحاكمات الشرعية رقم (٨٤) لسنة ٢٠٠١م.

قانون المحامين الشرعيين الأردني رقم (١٢) لسنة ١٩٥٢م.

القانون المدني الأردني رقم (٤٣) لسنة ١٩٧٦م.

قانون المرافعات المصري رقم (١٣) لسنة ١٩٦٨م.

القانون المعدل لقانون الأحوال الشخصية الأردني رقم (٨٢) لسنة ٢٠٠١م.

القدومي، عبدالكريم فوزي، (١٩٩٥م)، الدفع بعدم قبول الدعوى في التشريع الأردني، رسالة ماجستير غير منشورة، عمان، الجامعة الاردنية.

قراة، علي، (١٩٢٥م)، ملخص كتاب الأصول القضائية في المرافعات الشرعية، ط٢، ١م، مصر، مطبعة النهضة.

القرافي، شهاب الدين أبي العباس أحمد بن إدريس بن عبد الرحمن الصنهاجي، (ت ٦٨٤هـ)، الفروق، ط١، ٤م، دار عالم الكتب، بيروت.

- القشطيني ، سعدون ناجي، (١٩٧٦م)، شرح أحكام المرافعات دراسة تحليلية في شرح قانون المرافعات المدنية العراقي، ط٢، ٢م، بغداد، مطبعة المعارف.
- قسيس ، أنطوان، (١٩٦٥م)، أمالي ومحاضرات في القانون المدني، ط١، ١م، جامعة حلب، مديرية الكتب والمطبوعات الجامعية.
- القضاة ، مفلح عواد، (٢٠٠٤م)، أصول المحاكمات المدنية والتنظيم القضائي، ط١، ١م، عمان.
- القليوبي، أحمد بن أحمد بن سلامة، (ت١٠٧٠هـ)، أحمد البرسلي المصري، (ت٩٥٧هـ—)، حاشيتا قليوبي وعميرة على شرح المحلى على المنهاج، ط١، ٤م، وهو شرح على شرح جلال الدين المحلى على منهاج الطالبين للنووي، دار إحياء الكتب العلمية، بيروت، ١٩٧٧م.
- القهوجي، علي عبدالقادر، (٢٠٠٢م)، شرح قانون المحاكمات الجزائية، ط١، ٢م، بيروت، منشورات الحلبي الحقوقية.
- كامل، رمضان جمال، (١٩٩٨م)، شروط قبول الدعوى في المواد المدنية والتجارية، ط١، ١م، مصر، مكتبة الألفي القانونية.
- الكرمي، المقدس الحنبلي، مرعي بن يوسف، (ت١٠٣٣هـ)، غاية المنتهى في الجمع بين الإقناع والمنتهى، ط١، ٣م، ١٩٧٩م.
- الكيلاي، عبدالله إبراهيم زيد، مذكرة في السياسة الشرعية، الجامعة الأردنية.
- الماوردي، أبي الحسن علي بن محمد بن حبيب البصري البغدادي، (ت٤٥٠هـ—)، الأحكام السلطانية والولايات الدينية، ط١، ١م، (تحقيق عصام فارس الخرساني)، المكتب الإسلامي، بيروت، ١٩٩٦م.
- مخلص، محمد عبدالسلام، (١٩٨٠م)، نظرية المصلحة في دعوى الإلغاء، ط١، ١م، القاهرة، دار الفكر العربي.
- المرتضى، أحمد بن يحيى، (ت٨٤٠هـ—)، البحر الزخار الجامع لمذاهب علماء الأمصار، ط١، ٦م، دار الكتب الإسلامية، عمان، ١٩٦٠م.

- المرداوي، علاء الدين أبو الحسن بن سليمان بن أحمد، (ت ٨٨٥هـ)، **الإصناف في معرفة الراجح من الخلاف**، ط ١، ١٢م، دار إحياء التراث العربي، بيروت، ١٩٦٥م.
- المقدسي، ابن قدامة، عبدالله بن أحمد، (ت ٦٢٠هـ)، **المغني**، ط ١، ١٢م، دار الفكر، بيروت، ١٤٠٥هـ.
- مكتب وزير الدولة للشؤون القانونية والإدارية الكويتي، قانون المرافعات المدنية والتجارية والقوانين المكملة له، ط ١، ١م، لجان تطوير التشريعات في رئاسة الوزراء الكويتية، الكويت.
- المكناسي، أبي عبدالله محمد بن عبدالله، (ت ٩١٧هـ)، **مجالس القضاة والحكام التنبيه والإعلام فيما أفتاه المفتون وحكم به القضاة من الأوهام**، ط ١، ٢م، (تحقيق الدكتور نعيم عبدالعزيز سالم بن طالب الكثيري)، جمعية الماجد للثقافة والتراث، دبي، ٢٠٠٢م.
- المناوي، محمد عبدالرؤوف، (ت ١٠٣١هـ)، **التعاريف**، ط ١، ١م، (تحقيق محمد رضوان الداية)، دار الفكر، بيروت، ١٤١٠هـ.
- المنشاوي، عبدالحميد، (١٩٩٣م)، **التعليق على قانون المرافعات طبقاً للتعديلات الواردة في القانون**، ط ١، ١م، القاهرة، دار الفكر الجامعي.
- الناهي، صلاح الدين عبداللطيف، (١٩٨٤م)، **الوجيز الوافي في القوانين المرعية في الجمهورية العراقية مصادر الحقوق الشخصية**، ط ١، ١م، عمان، مطبعة البيت العربي.
- نداء، أشرف، (١٩٩٧م)، **الأصول القضائية في المرافعات الشرعية**، ط ١، ١م، القاهرة، المكتب الفني للإصدارات القانونية.
- نوفل، أحمد، (١٩٨٩م)، **سورة يوسف دراسة تحليلية**، ط ١، ١م، عمان، دار الفرقان للنشر والتوزيع.
- النووي، أبو زكريا، يحيى بن شرف، (ت ٦٧٦هـ)، **روضة الطالبين وعمدة المتقين**، ط ٢، ١٢م، المكتب الإسلامي، بيروت، ١٩٦٦م.
- النووي، أبو زكريا يحيى بن شرف، (ت ٦٧٦هـ)، **المجموع شرح المهذب**، ط ١، ١م، وهو شرح لكتاب المهذب لابن اسحاق الشيرازي، (ت ٤٧٦هـ)، المطبعة المنيرية، دمشق، ١٩٧٧م.

النيسابوري، أبو الحسن، مسلم بن الحجاج، (ت ٢٦١هـ)، صحيح مسلم، ط ٦، ١٨م، (تحقيق خليل مأمون شيحة)، دار المعرفة، بيروت، ١٩٩٩م.

هندي، أحمد، (١٩٩٥م)، قانون المرافعات المدنية والتجارية، ط ١، ١م، دار الجامعة الجديدة. الهيتمي، ابن حجر المكي، شهاب الدين أحمد بن أحمد بن محمد بن علي، (ت ٩٧٤هـ)، الفتاوى الفقهية الكبرى، وبهامشه فتاوى العلامة شمس الدين الرملي، ط ١، ٤م، دار الكتب العلمية، بيروت، ١٩٨٣م.

الهيتمي، أحمد بن محمد بن علي بن حجر، (ت ٩٧٤هـ)، تحفة المحتاج في شرح المنهاج، ط ١، ١٠م، وهو شرح لكتاب منهاج الطالبين للنووي، دار إحياء التراث العربي، بيروت، ١٩٦٩م.

والي، فتحي، (١٩٧٠م)، قانون القضاء المدني اللبناني (أصول المحاكمات المدنية دراسة مقارنة)، ط ١، ١م، بيروت، دار النهضة العربية للطباعة والنشر.

وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، (١٩٩٥م)، الموسوعة الفقهية، ط ١، ٣٤م، الكويت، مطابع وزارة الأوقاف الكويتية.

ياسين، محمد نعيم، (٢٠٠٥م)، نظرية الدعوى بين الشريعة الإسلامية والمرافعات المدنية والتجارية، ط ٣، ١م، عمان، دار النفائس.

ياسين، محمد نعيم، (١٩٨٤م)، حجية الحكم القضائي بين الشريعة الإسلامية والقانون، ط ١، ١م، عمان، دار الفرقان.

ياغي، أكرم حسن، (٢٠٠٣م)، نظرية الدعوى الشرعية في التشريع والفقه والقضاء، ط ١، ١م، بيروت، مكتبة زين الحقوقية والأدبية.

يحيى، محمد ياسين، (١٩٧٨م)، عقد الصلح بين الشريعة الإسلامية والقانون المدني دراسة مقارنة، ط ١، ١م، دار الفكر العربي.

ثانياً: الأقراص المدمجة (C.D)

مركز التراث لأبحاث الحاسب الآلي (١٩٩٩م):

- مكتبة الفقه وأصوله، عمان، الأردن.
- المكتبة الألفية للسنة النبوية، عمان، الأردن.
- الموسوعة الذهبية للحديث النبوي الشريف وعلومه، عمان، الأردن.

PLEA OF NO JUDICIAL LITIGATION IN ISLAMIC SHARIA AND LAW

By

Mohammed Fahed Moh's Ghraibeh

Supervisor

Dr. Mohammed Al-Qudah, Prof.

ABSTRACT

This study deals with the subject of the Plea of No Judicial litigation in Islamic Sharia and law, and aims to establish the origin of this type of Islamic Fiqh Pleas, as well as, to compare this plea in both Fiqh and , determining its provisions, and a practical study of this plea.

This study contains six chapters:

First chapter: is an introductory study of the pleas in general in order to distinguish the diversified type of pleas.

Second chapter: explains the status of the no-litigation plea in Fiqh, which is called in law: plea of no acceptance, as well as its Fiqh and legal adaptation. And it explains the status of this plea in the quinqueliteral issues in Fiqh and law.

Third chapter: explains the plea of no-litigation due the absence of interest condition in litigation in both law and Fiqh, as well as, the its Fiqh and legal adaptation.

Fourth chapter: explains the lea of no-litigation due to the absence of capacity in Fiqh and law, as well as, the its Fiqh and law adaptation.

Fifth chapter: explains the plea of no-litigation due to the absence of facts in the litigation, the plea of no-litigation ude to the contradiction in the plaintiff's litigation, and the plea of litigation termination because the cse is over; this has been established in Fiqh and law.

The sixth chapter: explains the plea of no –litigation due to conciliation in the litigation, and it explains the pleas related to of the litigation accidents in Fiqh and law and also the opinion of Fiqh and law in the proxy litigation and the time of initiating the lea of no-litigation in Fiqh and law.

This study has been concluded by the most important results it reached.