

معهد الدراسات القضائية والقانونية
سلسلة الدليل القضائي
الجزء الأول

الدليل القضائي
حول الإجراءات أمام المحاكم الشرعية

الدليل القضائي

حول الإجراءات أمام المحاكم الشرعية

إعداد: القاضي الدكتور يوسف عبد الهادي الإكيابي
القاضي بمحكمة الاستئناف العليا

فهرس المحتويات

تقدير	1
الفصل الأول: ضوابط اختصاص القضاء الشرعي في مملكة البحرين	2
المبحث الأول: الاختصاص الولائي للقضاء الشرعي	3
المبحث الثاني: الاختصاص النوعي للمحاكم الشرعية	4
المبحث الثالث: الاختصاص الشخصي لدائرة المحكمة الشرعية	5
المبحث الرابع: تنازع الاختصاص بين الجهات القضائية	6
المبحث الخامس: الاختصاص الدولي لمحاكم البحرين	7
المبحث السادس: الدعوى المرتبطة	8
الفصل الثاني: اختصاص القضاء الشرعي البحريني بالمواد المستعجلة	9
المبحث الأول: ضرورة وجود قضاء مستعجل بجوار القضاء الموضوعي	10
المبحث الثاني: إجراءات الدعوى المستعجلة	11
المبحث الثالث: إجراءات نظر دعوى الأحوال الشخصية المستعجلة والحكم فيها	12
الفصل الثالث: الدفوع والطلبات	13
المبحث الأول: الطلبات في الدعوى الشرعية	14
المبحث الثاني: الدفوع	15
المطلب الأول: الدفوع الشكلية	16
المطلب الثاني: الدفوع بعدم القبول	17
المطلب الثالث: الدفوع الموضوعية	18

تقديم

في إطار استراتيجية معهد الدراسات القضائية والقانونية التي تقوم على السعي الدائم لتلمس المشكلات العملية التي تكشف عنها الممارسات القضائية بعرض التعرف على الاحتياجات التدريبية والجوانب التي يمكن أن يكون لإثراء النقاش بشأنها أثراً إيجابياً في انتقاء أفضل الممارسات، وتوفير الحلول القانونية لتلك المشكلات.

لذلك فقد كرس المعهد الجزء الأكبر من اهتمامه وموارده لبرنامج المشكلات العملية في القضاء المدني والجنائي، وفي هذا الإطار فقد قام بعدد من اللقاءات والاجتماعات مع القضاة وأعضاء النيابة العامة وأعضاء دائرة الشئون القانونية والمحامين والمسؤولين بوزارة العدل والتفتيش القضائي، والموظفين الإداريين بالمحاكم وغيرهم، وأمكن التعرف على عدد من الموضوعات الجديرة بالاهتمام ومن بينها الإجراءات أمام المحاكم الشرعية.

ذلك أن المحاكم الشرعية تميز بوجود قانون خاص ينظم الإجراءات أمامها على النحو الذي تضمنه المرسوم بقانون رقم 26 لسنة 1986 بشأن الإجراءات أمام المحاكم الشرعية المعدل بالقانون رقم 40 لسنة 2005. إلا أن هناك بعض الأمور التي لم ينظمها قانون الإجراءات أمام المحاكم الشرعية وتدق الحاجة لمعرفة مدى إمكانية الرجوع لقانون المرافعات باعتباره الشريعة العامة للقوانين الإجرائية لتكلمة هذا النص، إلا أن الأمر يكتفي الغموض في ظل غياب إحالة صريحة في قانون الإجراءات أمام المحاكم الشرعية في هذا الشأن إلى قانون المرافعات.

فضلاً عن ذلك فإن تحديد اختصاص المحاكم الشرعية قد تكفل به قانون السلطة القضائية الصادر بالمرسوم بقانون رقم 42 لسنة 2002 ، وحصره في المنازعات المتعلقة بالأحوال الشخصية للمسلمين دون أن يضع تعريفاً محدداً لمفهوم الأحوال الشخصية مفسحاً المجال بذلك للتعرifات الفقهية والقضائية.

وتعد الأمور السابقة مجرد أمثلة لما أمكن التعرف عليه من مشكلات عملية يمكن أن يكون لطرحها على مائدة الحوار أثراً مباشراً في إثراء العمل القضائي وانتقاء أفضل المعالجات والممارسات.

وفي هذا السياق نظم المعهد ورشة عمل حول الإجراءات أمام المحاكم الشرعية شارك بها واحد وعشرون قاضياً من قضاة المحاكم الشرعية وحاضر بها خبنة من قضاة محكمة التمييز والتفتيش القضائي، وتم تقديم عدد من الأبحاث كنواة للمناقشات التي دارت بالورشة.

وبهدف تعزيز التراث المعرفي وتوفير مصدر مستديم يمكن السادة القضاة من الرجوع إليه لتلمس الحلول فيما طرح خلال الورشة من مشكلات عملية وما رأى المشاركون فيها أنه يعد أفضل المعالجات لها، تبني معهد الدراسات القضائية خطوة تالية إعداد دليل يتضمن رؤية حول المشكلات العملية المتعلقة بالإجراءات أمام المحاكم الشرعية وأفضل المعالجات بشأنها. وقد عهد المعهد إلى القاضي الدكتور يوسف الإكيابي القيام بهذه المهمة الشاقة وقد كان المنهج الذي اتبّعه مرتكزاً على الآتي:

- 1 طرح المشكلات العملية التي طرحت خلال ورشة العمل وانتقاء أفضل الممارسات بشأنها من خلال ما دار من مناقشات.
- 2 تدعيم الآراء المطروحة بالأحكام القضائية والأراء الفقهية المؤيدة لها.

وتوّكّد إدارة المعهد أن سلسلة الدليل القضائي كأداة من أدوات عمل المعهد إنما تمثل مرجع علمي وسريع للقضاة قد يساعد على تلمس الحلول للمشكلات العملية التي يواجهونها في عملهم. كما أن من شأنه أن يقلل من الفوارق الكبيرة بين الاتجاهات القضائية للمحاكم بما يعزز الثقة في النظام القضائي. إلا أنه مع ذلك لا يوفر الحلول لكل الفروض والمشاكل التي قد يطرح ولا يغني عن الرجوع لأمهات المراجع القضائية والفقهية، كما أنه لا يحمل أي طابع إلزامي، وما ذكر به من أمثله وأحكام قضائية وآراء فقهية إنما يحمل طابعاً إرشادياً.

وإذ تأمل إدارة المعهد أن تتحقق الاستفادة المرجوة من هذا الدليل، فإنها تتوجه بالشكر للقاضي الدكتور يوسف الإكيابي القاضي بمحكمة الاستئناف العليا على ما قام به من جهد دؤوب في إعداده. كما نرجو أن يتقبل السادة القضاة الاعتذار عن أي خطأ يكون قد شابه فهو في النهاية جهد بشري يعتريه النقص.

والله من وراء القصد،

مدير المعهد
د. مصطفى عبد الغفار

النصوص التشريعية

الفصل الأول

اختصاص المحاكم الشرعية

أورد المشرع البحريني في الفصل الثاني من الباب الثاني من قانون السلطة القضائية الصادر بالمرسوم بقانون رقم 42 لسنة 2002 تحت عنوان "محاكم القضاء الشرعي" النصوص التالية:

(13) مادة

تتألف المحاكم الشرعية من:

- 1- محكمة الاستئناف العليا الشرعية.
- 2- المحكمة الكبرى الشرعية.
- 3- المحكمة الصغرى الشرعية.

وتتألف كل محكمة منها من دائرتين:

- A- الدائرة الشرعية السنوية.
- B- الدائرة الشرعية الجعفريّة.

وتحتفظ محاكم القضاء الشرعي بالفصل في جميع المنازعات المتعلقة بالأحوال الشخصية للMuslimين، فيما عدا المنازعات المتعلقة بأصول التركة وتصفيتها والتي تختص بنظرها المحكمة المدنية المختصة نوعياً.

(14) مادة

يكون اختصاص محاكم القضاء الشرعي على أساس مذهب المدعي وقت رفع الدعوى. واستثناءً من أحكام الفقرة السابقة، يكون الاختصاص في القضايا المترتبة على عقود الزواج على أساس المذهب الذي تم إبرام عقد الزواج على مقتضى أحكامه، ويتحدد ذلك على حسب الدائرة الشرعية أو مأذونها الذي وثق عقد الزواج.

ويكون الاختصاص على أساس مذهب الزوج وقت إبرام عقد الزواج وذلك إذا لم يوجد عقد زواج موثق، أو إذا تم توثيق العقد خارج مملكة البحرين ولم يصدق عليه من أي من الدائريتين.

ويكون الاختصاص بنظر المسائل المتعلقة بالميراث والهبة والوصية والوقف على أساس مذهب المورث أو الواهب أو الموصي أو الواقف.

(15) مادة

تشكل دائرتاً محكمة الاستئناف العليا الشرعية ودائرة المحكمة الكبرى الشرعية من رئيس ووكيل وعدد كافٍ من القضاة لكل دائرة ، وتصدر الأحكام من ثلاثة قضاة.

(16) مادة

تتألف المحكمة الصغرى الشرعية من قاضٍ منفرد.

(17) مادة

تحتفظ المحكمة الصغرى الشرعية بالحكم في الدعاوى الآتية:

أ- نفقة الزوجة ونفقة الصغير - بجميع أنواعها - والنفقات بين الأقارب وطلبات زiadتها أو إنقاصها أو إسقاطها.

ب- حق الحضانة والحفظ والانتقال بالصغرى إلى بلد آخر.

ج- إثبات الوراثة والإيساء والهبة وضبط إعلامات الوراثة (الفرصية الشرعية).

د- ضبط الحجج الشرعية والإشهادات بأنواعها وتوثيق المحررات المتعلقة بالأحوال الشخصية وكذا حجج الوقف وما يدخل عليها من تعديلات، وذلك مع عدم الإخلال بأحكام قانون التوثيق.

(18) مادة

تحتفظ المحكمة الكبرى الشرعية بالحكم ابتدائياً في جميع الدعاوى المتعلقة بالأحوال الشخصية التي لا تدخل في اختصاص المحكمة الصغرى الشرعية.

وتتحفظ كذلك بالحكم النهائي فيما يستأنف إليها من أحكام صادرة من المحكمة الصغرى الشرعية.

(19) مادة

تحتفظ محكمة الاستئناف العليا الشرعية بالفصل فيما يستأنف إليها من أحكام صادرة من المحكمة الكبرى الشرعية بصفة ابتدائية.

مادة (20)

الأحكام الصادرة من الدائرة الشرعية السنوية تستأنف أمام الدائرة الشرعية السنوية بالمحكمة المختصة، والأحكام الصادرة من الدائرة الشرعية الجعفرية تستأنف أمام الدائرة الشرعية الجعفرية بالمحكمة المختصة، وذلك بصرف النظر عن مذهب المستأنف أو المستأنف عليه.

مادة (21)

يتبع في شأن الدعاوى المتعلقة بالأحوال الشخصية الأحكام الواردة بالمرسوم بقانون رقم (26) لسنة 1986 بشأن الإجراءات أمام المحاكم الشرعية.

كما نص المشرع البحريني في المادة 8 مكرر من قانون المرافعات المدنية والتجارية الصادر بالمرسوم بقانون رقم 12 لسنة 1971 المعدل بالمرسوم بقانون رقم 19 لسنة 1983 على أنه "يتولى القضاء المستعجل قاضي ينوبه وزير العدل والشؤون الإسلامية ويشمل اختصاصه جميع الدعاوى المستعجلة عدا ما يدخل في اختصاص المحاكم الشرعية ولو كانت الدعاوى موضوعاً من اختصاص محكمة أخرى".¹

ونصت المادة 25 مكرراً من القانون رقم 40 لسنة 2005 بشأن تعديل بعض أحكام قانون الإجراءات أمام المحاكم الشرعية الصادر بالمرسوم بقانون رقم 26 لسنة 1986 على أنه:

"يختص بنظر الدعاوى المتعلقة بتقرير نفقة وقنية أو نفقة واجبة أو أجراً حضانة أو رضاع أو مسكن أو حق الحضانة أو تسليم لصغير، قاضي ينوبه المجلس الأعلى للقضاء من قضاة المحكمة الصغرى الشرعية.

ونقام الدعاوى المذكورة بلائحة تقدم إلى قسم الدعاوى، وعلى القسم المذكور أن يقيد الدعواى في يوم تقديم اللائحة في سجل المحكمة الخاص بذلك، ويحدد جلسة لينظرها في موعد لا يقل عن أربع وعشرين ساعة، ويجوز في حالة الضرورة القصوى تقصير هذا الميعاد بأمر من القاضي وجعله من ساعة إلى ساعة، ويبلغ المدعي بالحضور عند تقديم لائحة الدعواى ويتم ذلك بالتأشير بالعلم على أصل لائحة الدعواى، ويتم تبليغ باقى الخصوم بلائحة الدعواى والحضور معاً.

¹ بصدور قانون السلطة القضائية رقم 42 لسنة 2002 أصبح المجلس الأعلى للقضاء هو المنوط به ندب من يراه من القضاة ليتولى القضاة المستعجل [المادة 70 من قانون السلطة القضائية].

وفيما عدا ما تقدم تسرى الأحكام المقررة في رفع الدعوى وتبليغها على تلك الدعاوى، ولا يجوز الطعن بالاعتراض أو بالتماس إعادة النظر في الأحكام الصادرة منها. ولا يمنع هذا من اختصاص محكمة الموضوع بالفصل في تلك المسائل التي ترفع تبعاً للطلب الأصلي".

ومن جماع النصوص سالفة البيان يتبعن بحث ما يدخل في ولاية القضاء الشرعي من مسائل وأنزعة.

وهو ما يطلق عليه بالاختصاص الولائي أو الوظيفي، وإذا ما فرغنا من ذلك ينبغي تحديد الاختصاص النوعي لمختلف المحاكم الشرعية، وأيضاً اختصاصها من حيث الأشخاص أو ما يعرف بالاختصاص الشخصي. وكذلك بيان المشاكل الناشئة عن مسائل الاختصاص وكيفية حلها.

المبحث الأول

الاختصاص الولائي للقضاء الشرعي

مفهوم الاختصاص الولائي أو الوظيفي

الاختصاص الولائي أو الوظيفي هو تحديد ولاية جهات القضاء المختلفة بنظر نزاع معين. فهو يعني قدر ما لجهة معينة من ولاية في نظر نزاع ما، وعدم الاختصاص هو فقدان ولاية هذه الجهة في نظر النزاع.

وترتبط فكرة الاختصاص الولائي أو الوظيفي ارتباطاً حتمياً و لازماً بوجود أكثر من جهة قضائية داخل الدولة، كما هو الحال في مملكة البحرين حيث توجد جهة القضاء العادي وجهة القضاء الشرعي. فمناط الاختصاص الولائي هو تعدد الجهات القضائية في النظام القضائي وليس تعدد المحاكم فإذا لم توجد إلا جهة قضائية واحدة فلا تثور مسألة الاختصاص الولائي.

القضاء العادي صاحب الولاية العامة (محاكم القضاء المدني)

لم يتعرض المشرع البحريني في قانون المرافعات المدنية والتجارية للاختصاص الولائي على اعتبار أن قانون السلطة القضائية هو الذي يعني بتحديد هذا النوع من الاختصاص.

وقد نص قانون السلطة القضائية على اختصاص محاكم القضاء المدني بالفصل في جميع المسائل التي ترفع إليها طبقاً للقانون في المواد المدنية والتجارية والإدارية، وفي المنازعات المتعلقة بالأحوال الشخصية لغير المسلمين، وفي الجرائم إلا ما استثنى بنص خاص¹.

وجعل المشرع البحريني المنازعات المتعلقة بالأحوال الشخصية للمسلمين من اختصاص محاكم القضاء الشرعي، فيما عدا المنازعات المتعلقة بأصول التركة وتصفيتها والتي تختص بنظرها المحكمة المدنية المختصة نوعياً².

خصائص الاختصاص الولائي أو الوظيفي.

¹ المادة 6 من قانون السلطة القضائية الصادرة بالمرسوم بقانون رقم 42 لسنة 2002.

² المادة 13 من قانون السلطة القضائية.

1. الاختصاص الولائي بنظر الدعوى من النظام العام، ولذلك فهو مطروح دائماً على المحكمة، وتقضى به من تلقاء نفسها ولو لم يتمسك به الخصوم.
2. للخصوم أن يتمسكون بالدفع بعدم الاختصاص الولائي في أية حالة كانت عليها الدعوى حتى أمام محكمة التمييز.
3. للنيابة العامة إثارة مسألة الاختصاص الولائي طالما كانت ممثلة في الدعوى.
4. لمحكمة التمييز إثارة مسألة الاختصاص الولائي من تلقاء نفسها.
5. لا يجوز للخصوم أن يتنازلوا عن الدفع بعدم الاختصاص الولائي أو أن ينفقوا على خلاف قواعد الاختصاص الولائي.

تنظيم الاختصاص الولائي

تنظيم الاختصاص الولائي أو تعديله أو إلغاؤه لا يكون إلا بقانون وهذا هو ما نص عليه الدستور¹.

حجية الأحكام الصادرة في مسألة الاختصاص الولائي.

الحكم الصادر من المحكمة في موضوع النزاع يشتمل حتماً على قضاء ضمني في مسألة الاختصاص الولائي. مع الملاحظة أن صدور حكم حائز لقوة الأمر المضي من جهة قضائية غير مختصة ولائياً لا حجية له أمام الجهة القضائية المختصة، وإنما يحتفظ بحجيته أمام محاكم الجهة التي أصدرته².

وفي هذا الصدد قالت محكمة التمييز البحرينية بأن " المستفاد من نص المادتين 6 ، 13 من المرسوم بقانون رقم 22 لسنة 2002 بإصدار قانون السلطة القضائية أن المشرع فقد اعتبر القضاء الشرعي في المنازعات المتعلقة بالأحوال الشخصية للمسلمين جهة قضائية تستقل عن جهة القضاء المدني بما لازمه عدم جواز تسلط جهة منها على قضاء الأخرى فلا تملك محكمة مدنية - وان كانت صاحبة الولاية العامة - أن تقضي ببطلان حكم صدر من جهة القضاء الشرعي وإن كانت تملك بداهة التتحقق من صدوره في حدود الولاية القضائية

¹ المادة 105 فقرة أ من الدستور البحريني.

² نقض مصري جلسة 1980/1/28 رقم 9، لسنة 43 ق وفي حجية الحكم الصادر من جهة قضائية غير مختصة راجع: د. أحمد أبوالوفا. التعليق عن نصوص قانون المرافعات الجزء الأول. الطبعة الرابعة 1984 الناشر منشأء المعارف بالاسكندرية ص 287.

لهذه الجهة حتى إذا ما انتهت إلى خروجه عن تلك الولاية - كان عليها ألا تعتد بحجته في الدعوى المطروحة أمامها¹.

ضابط الاختصاص الولائي لمحاكم القضاء الشرعي:

تعد محاكم القضاء الشرعي جهة قضائية مستقلة عن جهة القضاء العادي وتخص بنظر جميع المنازعات المتعلقة بالأحوال الشخصية للMuslimين فيما عدا المنازعات المتعلقة بأصول التراثات وتصفيتها والتي تختص بنظرها المحكمة المدنية المختصة نوعياً وذلك عملاً بنص المادتين 6 ، 13 من قانون السلطة القضائية. وعلى ذلك فإن ضابط الاختصاص الولائي لمحاكم القضاء الشرعي أن تتعلق المسألة بالأحوال الشخصية للMuslimين. ومن ثم يتعين بيان المقصود بالأحوال الشخصية.

المقصود بالأحوال الشخصية:

يعد مصطلح الأحوال الشخصية من المصطلحات المستجدة في الدول العربية إذ لم يدخلها إلا منذ صدور التشريعات الوضعية، وهو غير معروف عند علماء الشريعة الإسلامية، ولذلك من غير المجدي الرجوع لأقوال هؤلاء العلماء لتحديد نطاقه². وواقع الأمر أن مصطلح الأحوال الشخصية ظهر بدأءاً خلال القرنين الثاني عشر والثالث عشر الميلاديين، حيث بدأت نظرية الأحوال في الظهور في إيطاليا ثم انتقلت منها إلى فرنسا في القرن السادس عشر ثم إلى هولندا في القرن السابع عشر.

كانت إيطاليا في القرنين الثاني عشر والثالث عشر مقسمة إلى إقطاعيات صغيرة أو مدن لها قانونها المحلي. وكان القانون الروماني هو القانون العام المطبق في جميع أنحاء إيطاليا، وكثيراً ما كان يقع التنازع بين هذا القانون والقوانين المحلية، ومن أجل التمييز بين النظامين القانونيين فقد أطلق على القانون الروماني كلمة "Loi" وعلى القوانين المحلية كلمة "status" وترجمتها أحوال وفي سبيل فض التنازع بين القانون العام Loi والقوانين المحلية status فقد قسم الفقه الأحوال إلى أحوال شخصية تتعلق بالأشخاص وتتبع الشخص أينما كان حتى خارج مدينته أو إقليمه وإلى أحوال عينية تتعلق بالأموال التي يتحدد سلطانها بحدود إقليم معين وتحكم ما يوجد فيه من أموال³.

¹ حكم محكمة التمييز البحرينية جلسة 12/12/2005 الصادر في الطعنين رقمي 214، 227 لسنة 2005م. غير منشور.

² انظر د. جابر جاد عبد الرحمن. تنازع القوانين. الناشر دار النهضة العربية طبعة 1968 ص 277. أيضاً د. حامد زكي . القانون الدولي الخاص . الطبعة الأولى 1355هـ 1936م بند 204 ص 229.

³ انظر: صلاح الدين عبدالوهاب . مدونة الأحوال الشخصية لغير المسلمين مصرىين وأجانب. الناشر مكتبة النهضة المصرية. طبعة 1959 ص 1 بند 1 . وفي عرض نظرية الأحوال بالتفصيل انظر. د. جابر جاد . المرجع السابق ص 53 – 91

وبالرغم من زوال المدن أو الإقطاعيات واحتفاء القوانين المحلية مع ظهور الدولة الموحدة إلا أن تقسيم الأحوال إلى أحوال شخصية متعلقة بالأشخاص وأحوال عينية متعلقة بالأموال ظلت باقية، وأصبحت قواعد القانون المدني مقسمة إلى طائفتين الأولى خاصة بالعلاقات الشخصية أو بالأشخاص، والثانية متعلقة بالعلاقات المالية واحفظ لها باصطلاح الأحوال العينية.

والبين مما تقدم أنه كلمة "الأحوال" إنما كانت تعني في البداية "القوانين" أو القواعد القانونية لا غير، ومع مرور الزمن وقع الخلط وأصبح الشائع أنه كلمه الأحوال تعنى مجموعة المراكز أو الروابط.¹

مصطلح الأحوال الشخصية في فرنسا

يؤكد الفقهاء الفرنسيون على صعوبة تحديد المقصود بمصطلح الأحوال الشخصية لأنه لا يقوم على عناصر دقيقة محددة وإنما يعتمد على التصور "evocation" فعندما يسمع الإنسان هذا المصطلح ينصرف إلى ذهنه القوانين والعادات المتصلة بشخص الإنسان، والتي تتبعه في الحل والترحال، فتحديد معنى هذا الاصطلاح مرتب بمدى مبدأ شخصية القوانين ويرى الفقيه بوأطيه pothier أن المراد بالأحوال الشخصية هو النصوص التشريعية وقواعد العادات التي تنظم حالة etat الشخص وأهليته وكذلك المسائل المتعلقة بالولاية والوصاية. وقد سار العالمان اوبرى ورو Aubry et Rau على نفس الدرب. فلم يهتما بوضع تعريف للأحوال الشخصية بل اكتفيا بمجرد ضرب الأمثلة لصعوبة التحديد، وقالا أن مسائل الأحوال الشخصية هي تلك المتعلقة بحالة الأشخاص العائلية وأهليتهم².

مصطلح الأحوال الشخصية في القانون المصري:

دخل مصطلح الأحوال الشخصية إلى مصر مع دخول القوانين الأجنبية في أواخر القرن التاسع عشر... وشاء استخدام هذا المصطلح في الفقه والقضاء سيما عند تحديد الجهة القضائية المختصة بمسائل الأحوال الشخصية.. سواء بالنسبة للأجانب حيث كان يختص القضاء الفنصلبي بنظر هذه المنازعات أو بالنسبة للمصريين فقد كانت مسائل الأحوال الشخصية من اختصاص المحاكم الشرعية والمحاكم المدنية كما استخدم مصطلح الأحوال الشخصية عند تحديد القانون الواجب التطبيق.

¹ راجع: صلاح الدين عبدالوهاب. المرجع السابق ص 2

² في عرض آراء بوأطيه وأوري ورو تفصيلا انظر د. حامد زكي. المرجع السابق ص 230 وما بعدها . بند 206. أيضا صلاح الدين عبدالوهاب . المرجع السابق ص 2 .

تعريف محكمة النقض المصرية للأحوال الشخصية:

حاولت محكمة النقض المصرية سنة 1934 أن تضع تعريفاً للأحوال الشخصية فقررت بأنها "مجموعه ما يتميز به الإنسان عن غيره من الصفات الطبيعية أو العائلية التي رتب عليها القانون أثراً قانونياً في حياته الاجتماعية، كونه ذكرأً أو أنثى، وكونه زوجاً أو أرملأ أو مطلقاً أو أباً أو ابناً شرعاً وكونه تام الأهلية أو ناقصها لصغر سن أو عته أو جنون، وكونه مطلق الأهلية أو مقيداً بها بسبب من أسبابها القانونية.

أما الأمور المتعلقة بالمسائل المالية، فكلها بحسب الأصل من الأحوال العينية، وإذا فالوقف والهبة والوصية والنفقات على اختلاف أنواعها ومتانتها من الأحوال العينية لتعلقها بالمال واستحقاقه وعدم استحقاقه، غير أن المشرع المصري وجد أن الوقف والهبة والوصية وكلها من عقود التبرعات - تقوم على فكرة التصدق المندوب إليه ديانة. فأجلأه هذا إلى اعتبارها من قبيل مسائل الأحوال الشخصية، فيما يخرجها من اختصاص المحاكم المدنية التي ليس من نظامها النظر في المسائل التي تحتوي على عنصراً دينياً ذا أثر في تقرير حكمها. على أن أية جهة من جهات الأحوال الشخصية، إذا نظرت في شيء مما تختص به من تلك العقود فإن نظرها فيه بالبداية مشروط بإتباع الأنظمة المقررة قانوناً لطبيعة الأموال الموقوفة أو الموهوبة والموصي بها¹.

ويؤخذ على حكم محكمة النقض السابق أنه اعتبر النفقات "على اختلاف أنواعها ومتانتها" من الأحوال العينية رغم أن المشرع المصري كان قد نص في المادة 16 من لائحة ترتيب المحاكم الأهلية على اعتبار النفقات من مسائل الأحوال الشخصية ورغم أن العمل القضائي جرى على اختصاص محاكم الأحوال الشخصية بدعاوى النفقات بجميع أنواعها وخروجها من اختصاص المحاكم المختلفة.

موقف المشرع المصري من تحديد مفهوم الأحوال الشخصية

نصت المادة 28 من لائحة تنظيم القضاء المختلط الصادرة سنة 1938 على أن الأحوال الشخصية تشمل "المنازعات والمسائل المتعلقة بحالة الأشخاص وأهليتهم أو المتعلقة بنظام الأسرة، وعلى الأخص الخطبة والزواج وحقوق الزوجين وواجباتهما المتبادلة والمهر (الدوطه) ونظام الأحوال بين الزوجين، والطلاق والتقرير والبنيوة والإقرار بالأبوه وإنكارها وحالات بين الأصول والفروع والالتزام بالنفقة للأقارب والأصهار، وتصحيح النسب والتبني والوصاية والقوامة والحجر والإذن بالإدارة وكذلك المنازعات والمسائل

¹ نقض 21 يونيو 1934 مجموعة القواعد القانونية التي قررتها محكمة النقض. لمحمد عمر الجزء الأول ص 454.

المتعلقة بالهبات والمواريث والوصايا وغيرها من التصرفات المضافة إلى ما بعد الموت ، والغيبة واعتبار المفقود ميتاً.

والملاحظ على النص السابق أنه جاء أكثر تفصيلاً مما أورده حكم محكمة النقض الصادر سنة 1934. كما أنه الحق نظام الدوطة بالمهر وكأنهما متماثلان مع أن المهر نظام مقرر في الشريعة الإسلامية وهو ما يقدمه الزوج من مال إلى زوجته في حين أن الدوطة نظام غربي يتمثل فيما يقدمه الزوجة لزوجها بمناسبة الزواج. وقد أورد النص المنكورة بعض المسائل التي يختص بها النيمون كالنظام المالي للزوجين والتفرق.

وقد نصت المادة 13 من قانون تنظيم القضاء الصادر بالقانون رقم 147 لسنة 1949 على أن "تشمل الأحوال الشخصية المنازعات والمسائل المتعلقة بحالة الأشخاص وأهليتهم أو المتعلقة بنظام الأسرة كالخطبة والزواج وحقوق الزوجين وواجباتهما المتبادلة والمهر والدوطة، ونظام الأحوال بين الزوجين والطلاق والتطليق والتفرق والإقرار بالنفقة للأقارب والأصحاب وتصحيح النسب والتبني والولاية والوصاية والقيامة والحجر والأذن والإدارة والغيبة واعتبار المفقود ميتاً والتصرفات المضافة إلى ما بعد الموت". والملاحظ على النص السابق أنه وضع على نسق المادة 28 من لائحة تنظيم الفضائي للمحاكم المختلفة إلا أنه فرق بين المهر والدوطة ولم يخلط بينهما. كما أن نص المادة 13 اعتبر الولاية من بين مسائل الأحوال الشخصية، في حين أن المادة 28 من لائحة تنظيم المحاكم المختلفة لم تنص على ذلك. ويرى الفقه أن التعداد الذي أورده المشرع المصري على نحو ما سلف ليس بياناً جاماً مانعاً وإنما جاء على سبيل المثال لما يعد من مسائل الأحوال الشخصية ولم يرد على سبيل الحصر¹ وهذا ما أكدته المذكرة التفسيرية لقانون نظام القضاء رقم 147 لسنة 1949 والتي نصت على أنه " وحتى لا يكون هناك خلاف في مفهوم عبارة الأحوال الشخصية قد هذا المشروع حذو لائحة التنظيم القضائي للمحاكم المختلفة فنقل عنها ما أوردته من الأمثلة ببياناً لمدلول هذه العبارة ".

وما يؤكد هذا الرأي ويدعمه أن هناك بعض المسائل المستقرة والتي لا خلاف على أنها من مسائل الأحوال الشخصية ولم يرد ذكرها لا في المادة 28 من لائحة تنظيم المحاكم المختلفة ولا في المادة 13 من قانون نظام القضاء رقم 147 لسنة 1949 مثل الحضانة ومركز اللقيط.

¹ د. عبد المنعم رياض. مبادئ القانون الدولي الخاص طبعة 1943 ص 400 بند رقم 448، صلاح الدين عبد الوهاب. مدونه الأحوال الشخصية لغير المسلمين. طبعة 1959 . مكتبة النهضة المصرية ص 3 بند 6.

وبصدور القانون رقم 461 لسنة 1955 تم إلغاء المحاكم الشرعية وأصبح القضاء العادي هو المختص بالفصل في جميع المنازعات في المواد المدنية والتجارية والأحوال الشخصية والوقف والولاية عليه وجميع الجرائم إلا ما استثنى بنص خاص. ثم صدر بعد ذلك قانون السلطة القضائية رقم 43 لسنة 1965 والذي ألغى قانون نظام القضاء رقم 147 لسنة 1949. ولم يأت بتعريف أو تحديد لمفهوم الأحوال الشخصية. ثم صدر قانون السلطة القضائية رقم 46 لسنة 1972 وجاء خلوا من تعريف الأحوال الشخصية. وبذلك لم يعد لتعريف الأحوال الشخصية وجود في نصوص القانون المصري. على أنه لا يصح أن نحمل ذلك على أنه حصل تغيير في مفهوم فكرة الأحوال الشخصية في القانون المصري بل أعتقد أن تعريف الأحوال الشخصية الوارد سواء في لائحة تنظيم القضاء المختلط الصادرة سنة 1937 أو في قانون تنظيم القضاء رقم 147 لسنة 1949 ظل معمولاً به حتى الآن، وأصبح قاعدة تقليدية راسخة وثابتة من القواعد التي يقوم عليها النظام القانوني المصري.

موقف المشرع البحريني من تحديد مفهوم الأحوال الشخصية

نص المشرع البحريني على اختصاص محاكم القضاء الشرعي بالفصل في جميع المنازعات المتعلقة بالأحوال الشخصية للمسلمين، فيما عدا المنازعات المتعلقة بأصول التركة وتصفيتها والتي تختص بنظرها المحكمة المدنية المختصة نوعياً.⁽¹⁾ بيد أنه لم يحدد المقصود بالمنازعات المتعلقة بالأحوال الشخصية وإن أورد - عرضاً - بعض هذه المسائل مثل المسائل المتعلقة بالميراث والهبة والوصية والوقف⁽²⁾ ونفقة الزوجة ونفقة الصغير - بجميع أنواعها - والنفقات بين الأقارب وطلبات زیادتها أو إيقاصها أو إسقاطها، وحق الحضانة والحفظ والانتقال بالصغير إلى بلد آخر، واثبات الوراثة والإيساء والوصية والهبة وضبط إعلامات الوراثة (الفرضية الشرعية وضبط الحجج الشرعية والاشهادات بأنواعها). وتوثيق حجج الوقف وما يدخل عليها من تعديلات وكذا المحررات المتعلقة بالأحوال الشخصية². بيد أنه لم يحدد ماهية المحررات المتعلقة بالأحوال الشخصية. ومن ثم أصبح باب الاجتهاد مفتوحاً بشأن تحديد مفهوم الأحوال الشخصية.

موقف محكمة التمييز البحرينية من تحديد مفهوم الأحوال الشخصية

حاولت محكمة التمييز البحرينية أن تضع تحديداً لما تعتبره من مسائل الأحوال الشخصية فقضت بأنه "إن كان قانون السلطة القضائية ومن قبل قانون تنظيم القضاء لم يبينا المقصود بالمنازعات المتعلقة بالأحوال الشخصية للمسلمين والتي اختص القضاء الشرعي

¹ المادة 13 من قانون السلطة القضائية رقم 42 لسنة 2002

² المادة 17 من قانون السلطة القضائية

بالفصل فيها وإن أوردا بعضها إلا أن المقصود بهذه المسائل غير ما نص عليه المشرع هو ما كان متعلقاً بشخص الإنسان ومركزه العائلي ويكون له اعتبار ديني يستوجب الحكم فيه طبقاً لأحكام الشريعة الإسلامية وختصاص القضاء الشرعي بالفصل فيه مما يخرج عن نطاقها الفصل في صحة أو بطلان التصرفات المدنية والالتزامات الناشئة عنها والتي يختص القضاء المدني بها دون غيره صاحب الولاية العامة¹. وتأسيساً على ما تقدم اعتبرت محكمة التمييز أن التصرف الصادر من المورث حال حياته ببيع عقار لبعض الورثة وبتحويل وديعة نقدية لحسابهم في مرض موته هو مما يختص بالفصل فيه المحاكم المدنية وليس المحاكم الشرعية. وإذا اعدت الحكم المطعون فيه بحجية الحكم الشرعي رغم صدوره من محكمة غير مختصة فإنه يكون قد اخطأ في تطبيق القانون مما يستوجب نقضه.

صفوة القول أن محكمة التمييز البحرينية ترى أن مسائل الأحوال الشخصية هي كل ما يتعلق بشخص الإنسان ومركزه العائلي ويكون له اعتبار ديني يستوجب الحكم في طبقاً لأحكام الشريعة الإسلامية، ويمكن الاسترشاد بما جاء في النظام المصري بشأن تحديد مفهوم الأحوال الشخصية وذلك عند تحديد الاختصاص الولائي للمحاكم الشرعية في مملكة البحرين وعلى النحو الذي يتفق وظروف الحال.

الاختصاص بمسائل الأحوال الشخصية لغير المسلمين :

تحتخص المحكمة الكبرى المدنية بالنظر بصفة ابتدائية في جميع المنازعات المتعلقة بمسائل الأحوال الشخصية لغير المسلمين ، وفي الدعاوى التجارية والمدنية التي لا تدخل في اختصاص المحاكم الصغرى . وتحتخص كذلك بالفصل في كل دعوى يجعل أي قانون آخر النظر فيها لمحكمة كبرى . المادة 10 من قانون المرافعات ، مرسوم بقانون رقم 12 لسنة 1971 .

¹ حكم محكمة التمييز الصادر بجلسة 12 ديسمبر 2005 في الطعنين رقمي 214 ، 227 لسنة 2005 ، لم ينشر .

المبحث الثاني
الاختصاص النوعي للمحاكم الشرعية

1- الاختصاص النوعي للمحكمة الصغرى الشرعية:

طبقاً لنص المادة 17 من المرسوم بقانون 42 لسنة 2002 بإصدار قانون السلطة القضائية تختص المحكمة الصغرى الشرعية بالحكم في الدعاوى الآتية:

- أ- نفقة الزوجة ونفقة الصغير - بجميع أنواعها - والنفقات بين الأقارب وطلبات زيادتها أو إيقاصها أو إسقاطها.
- ب- حق الحضانة والحفظ والانتقال بالصغرى إلى بلد آخر.
- ج- إثبات الوراثة والإيساء والوصية والهبة وضبط إعلامات الوراثة (الفريضة الشرعية).
- د- ضبط الحجج الشرعية والشهادات بأنواعها وتوثيق المحررات المتعلقة بالأحوال الشخصية وكذا حجج الوقف وما يدخل عليها من تعديلات وذلك مع عدم الإخلال بأحكام قانون التوثيق.

2- الاختصاص النوعي للمحكمة الكبرى الشرعية:

وفقاً لنص المادة 18 من المرسوم بقانون 42 لسنة 2002 بإصدار قانون السلطة القضائية، تختص المحكمة الكبرى الشرعية بالحكم ابتدائياً في جميع الدعاوى المتعلقة بالأحوال الشخصية التي لا تدخل في اختصاص المحكمة الصغرى الشرعية. وتختص كذلك بالحكم النهائي فيما يستأنف إليها من أحكام صادرة من المحكمة الصغرى الشرعية.

3- طبيعة الاختصاص النوعي للمحاكم الشرعية:

تعد القواعد المنظمة للاختصاص النوعي للمحاكم الشرعية من قواعد النظام العام لتعلقها بأسس التنظيم القضائي في المملكة، ويتربى على ذلك:

- ❖ تحكم به المحكمة من تلقاء نفسها فإذا رفعت دعوى شرعية أمام المحكمة الكبرى وكانت بحسب نوعها تدخل في الاختصاص النوعي للمحكمة الصغرى تعين على المحكمة الكبرى أن تقضي - من تلقاء نفسها - بعدم اختصاصها نوعياً بنظر الدعوى وإحالتها بحالتها إلى المحكمة الصغرى الشرعية، والعكس صحيح.

- ❖ يجوز الدفع بعدم اختصاص المحكمة نوعياً في أية حالة كانت عليها الدعوى حتى ولو أمام محكمة الاستئناف.
- ❖ لا يجوز للخصوم الاتفاق على مخالفة قواعد الاختصاص النوعي.

المبحث الثالث

الاختصاص الشخصي لدائرة المحكمة الشرعية

الاختصاص من حيث الأشخاص

1- القاعدة العامة في الاختصاص الشخصي لدائرة المحكمة الشرعية (مذهب المدعي وقت رفع الدعوى):

اتخذ المشرع البحريني من مذهب المدعي وقت رفع الدعوى ضابطاً لتحديد اختصاص كل دائرة من دائرتي المحكمة الشرعية - كأصل عام - فإذا كان المدعي ينتمي إلى المذهب السنوي وقت رفع الدعوى، فإن الدائرة الشرعية السنوية تكون هي المختصة بنظرها، وإذا كان المدعي ينتمي إلى المذهب الجعفري وقت رفع الدعوى فتكون الدائرة الشرعية الجعفرية هي المختصة بنظرها. (المادة 14 من قانون السلطة القضائية المرسوم بقانون رقم 42 لسنة 2002م).

وتعتبر الدعوى مرفوعة من وقت تقديم لاتحتها إلى قسم الكتاب، وليس من تاريخ دفع الرسوم، ولا من تاريخ التبليغ، ولا من تاريخ تقديم طلب الإعفاء من الرسوم.

2- الاستثناءات الواردة على القاعدة العامة:

الاستثناء الأول: القضايا المتربطة على عقود الزواج يكون الاختصاص لدائرة الشرعية السنوية أو الجعفرية على أساس:

- أ- المذهب الذي تم إبرام عقد الزواج على مقتضى أحكامه، ويستدل على ذلك بالنظر إلى الدائرة الشرعية أو المأذون الذي وثق عقد الزواج.
- ب- إذا لم يوجد عقد زواج موثق أو إذا تم توثيق العقد خارج مملكة البحرين ولم يصدق عليه من أي من الدائرين، فيتحدد الاختصاص الشرعي بالنظر إلى مذهب الزوج وقت إبرام عقد الزواج.

الاستثناء الثاني: المسائل المتعلقة بالميراث والهبة والوصية والوقف:

يتحدد الاختصاص الشخصي لدائرة الشرعية في المسائل المتعلقة بالميراث والهبة والوصية والوقف على أساس مذهب المورث أو الواهب أو الموصي أو الواقف.

المبحث الرابع

تزاوج الاختصاص بين الجهات القضائية

١- مفترضات تزاوج الاختصاص بين جهة القضاء المدني وجهة القضاء الشرعي.

يفترض لقيام تزاوج بين جهة القضاء المدني وجهة القضاء الشرعي أن تتمسك الجهات بنظر نزاع واحد، أو أن تتخلى كل من الجهاتين معاً عن نظر النزاع. أما إذا صدر حكم من إحدى الجهاتين بعدم الاختصاص الولائي بنظر النزاع، وصدر حكم من الجهة الأخرى بعدم الاختصاص النوعي فلا يوجد تزاوج في الاختصاص في هذه الحالة.

٢- الجهة المختصة بفض التنازع:

نص المشرع البحريني على أن محكمة التمييز هي المختصة دون غيرها. بتعيين المحكمة المختصة إذا رفعت دعوى في موضوع واحد أمام جهة القضاء المدني وأمام جهة القضاء الشرعي أو أمام دائريتين من دوائر القضاء الشرعي ولم تتخل إدراهما عن نظرها أو تخلت كلياً عنها، كما تختص كذلك بالفصل في النزاع الذي يقوم بشأن تنفيذ حكمين متناقضين صدر أحدهما من جهة القضاء المدني وصدر الآخر من جهة القضاء الشرعي أو صدراً من دائريتين مختلفتين من دوائر القضاء الشرعي المادة 6 من قانون محكمة التمييز الصادر بالمرسوم بقانون رقم 8 لسنة 1989 م.

٣- حالات التنازع وأسبابه:

١- حالات التنازع:

أ- **تنازع إيجابي:** ويكون في حالة قيام ذات الدعوى أمام جهة القضاء المدني وأمام جهة القضاء الشرعي أو أمام دائريتين من دوائر القضاء الشرعي دون أن تتخلى أية جهة أو دائرة عن نظر الدعوى^١.

ب- **تنازع سلبي:** ويكون في حالة تخلي كل من الجهاتين أو الدائريتين عن نظر الدعويين المطروحتين عليهما^٢.

¹ قارن د. فتحي والي، الوسيط في قانون القضاء المدني، طبعة 2001، الناشر دار النهضة العربية، بند 118 ص 203.

² د. فتحي والي، المرجع السابق ص 205.

ج- تنازع في التنفيذ: وصورته أن يثور نزاع بشأن تنفيذ حكمين متناقضين صدر أحدهما من جهة القضاء المدني وصدر الآخر من جهة القضاء الشرعي، أو صدرا من دائرتين مختلفتين من دوائر القضاء الشرعي¹.

2- أسباب التنازع:

ترجع أسباب التنازع- بصفة عامة- إلى:

أ- غموض بعض النصوص التي تحدد ولاية كل جهة وهو ما يؤدي إلى اختلاف التفسير بشأنها.

ب- وجود قصور في التنظيم التشريعي عند تحديد ما يدخل في ولاية كل جهة أو دائرة ، أو تحديد ما يخرج عن ولايتها.

ج- رغبة كل جهة أو دائرة في توسيع اختصاصها.

د- عزوف كل جهة أو دائرة عن أعمال ولايتها.

هـ- الخلاف حول تحديد مفهوم الأحوال الشخصية.

4- فض التنازع وإجراءاته:

الحالة الأولى: التنازع الإيجابي:

يشترط لقيام التنازع الإيجابي بين جهتي القضاء المدني والشريعي أو بين دائري المحاكم الشرعية ما يلي :

أ- وحدة الدعويين المرفوعتين أمام الجهازين القضائيتين أو أمام الدائريتين من حيث الموضوع والخصوم والسبب ولا يكفي وحدة الموضوع فقط، أو وحدة الموضوع والسبب، بل ينبغي توافر الأركان الثلاثة للدعوى.

ب- أن تكون الخصومة قائمة أمام كل من الجهازين أو الدائريين المتنازعين عند رفع الأمر إلى محكمة التمييز، فإذا كانت الخصومة قد سقطت أو انقضت أمام إحدى الجهازين أو الدائريين المتنازعين فلا يتوافر التنازع فشرط التنازع في هذه الحالة أن تكون الخصومة قائمة في وقت واحد أمام الجهازين أو الدائريين المتنازعين عند رفع الدعوى أمام محكمة التمييز².

¹ انظر د. عبد القصاص، الوسيط في قانون المرافعات المدنية والتجارية، دار النهضة العربية، 2005، ص 224 بند 117.

² انظر د. فتحي والي، الوسيط، ص 203، بند 118،
أيضاً: د. عبد القصاص، المرجع السابق ص 222 بند 116.

الحالة الثانية : التنازع السلبي :

وصورته - كما سبق البيان - أن تتخلى كل من الجهات أو الدائرتين المرفوع أمامها ذات الدعوى عن نظرها وأن يكون التخلٰى راجعاً إلى انتقاء ولايتها ، وذلك لا يعد من قبيل التنازع السلبي أن تقضي محكمة بعدم اختصاصها ولائياً بنظر الدعوى بينما تقضي المحكمة الأخرى بعدم اختصاصها نوعياً ، لأن القضاء بعدم الاختصاص النوعي يتضمن حتماً قضاءً ضمنياً بالاختصاص الولائي ، لأن الاختصاص الولائي سابق دائماً على الاختصاص النوعي¹.

إجراءات فض التنازع الإيجابي أو السلبي :

يرفع طلب فض التنازع إلى محكمة التمييز بصحيفة تودع قسم كتاب المحكمة ويجري تبليغها للخصوم وفقاً للقواعد المتعلقة بالتبلیغ ، ويحق للخصوم تقديم مذكرات بالرد على طلب فض التنازع خلال الأيام الثمانية لتبلیغهم ، ويعرض الطلب بما قدم فيه من مذكرات على المكتب الفني لمحكمة التمييز لإبداء رأيه فيه ، ويعرض الطلب بعد ذلك على رئيسمحكمة التمييز لتحديد جلسة لنظره أمامها يبلغ بها الخصوم قبل انعقادها بثلاثة أيام على الأقل .
ويترتب على رفع الطلب وقف السير في الدعوى المقدم بشأنها لحين الفصل في طلب فض التنازع، ويعتبر هذا الوقف وفقاً بقوة القانون للدعويين المروفعين أمام جهتي القضاء أو أمام دائريتي المحاكم الشرعية .

ويجب أن تشتمل لائحة دعوى فض التنازع على بيانات محددة هي :

- 1- موضوع التنازع .
- 2- جهات القضاء أو الدوائر التي تنظره .
- 3- ما اتخذ في كل منها بشأنه .
- 4- بيان الخصوم وصفاتهم وموطنهم وكافة البيانات الأخرى التي يتطلبهما قانون المرافعات وقانون محكمة التمييز ، وتتولى محكمة التمييز تعين المحكمة المختصة من بين الجهات أو الدائرتين المتنازعتين .

5- النزاع القائم بشأن تنفيذ حكمين متناقضين:

¹ د. فتحي والي، الوسيط، المرجع السابق ص 205.
أيضاً: د. عبد القصاص، المرجع السابق ص 227 بند 118.

قد يثور النزاع بشأن تنفيذ حكمين متناقضين صدر أحدهما من جهة القضاء المدني وصدر الآخر من جهة القضاء الشرعي أو صدر من دائرتين مختلفتين من دوائر القضاء الشرعي ، في هذه الحالة تصدر محكمة التمييز حكمها بوقف تنفيذ أحد الحكمين المتناقضين أو كليهما ، واختصاص محكمة التمييز بالفصل في النزاع القائم بشأن تنفيذ حكمين نهائين متناقضين صدر أحدهم من جهة القضاء المدني وصدر الآخر من جهة القضاء الشرعي إنما يكون بالفضائلة في التنفيذ بين الحكمين على أساس قواعد الاختصاص وليس على أساس ما يشوب الأحكام من عيوب ، ولا تمس ولادة المحكمة في النزاع المقدم إليها لأن هذا الطلب ليس طريقاً من طرق الطعن في الأحكام ، ولا تعتبر محكمة التمييز بشأنه درجة من درجات التقاضي¹ .

¹ حكم محكمة التمييز جلسة 28 أبريل 1991م الطعن رقم 22 لسنة 1990م مجموعة أحكام محكمة التمييز السنة الثانية ص 97.

المبحث الخامس

الاختصاص الدولي لمحاكم البحرين

المقصود بالاختصاص الدولي:

يقصد بالاختصاص الدولي مدى ولایة المحاكم الوطنية في نظر المنازعات ذات العنصر الأجنبي¹.

فهل يختص القضاء البحريني - مثلاً - بنظر دعوى النطليق التي ترفعها سيدة إيرانية على زوجها المصري أو مدى ولایتها في نظر دعوى صحة ونفاذ عقد هبة عقار كائن في فرنسا؟ ودراسة الحالات التي ينعقد الاختصاص فيها للمحاكم البحرينية يقتضي التعرض لبحث الضوابط التي يبني عليها هذا الاختصاص.

حالات الاختصاص الدولي للمحاكم البحرينية:

عالج المشرع البحريني حالات الاختصاص الدولي للمحاكم البحرينية في المواد من 14 حتى 20 من قانون المرافعات . وما يعنينا في هذا المقام بيان حالات الاختصاص الدولي للمحاكم البحرينية في مجال الأحوال الشخصية :

الحالة الأولى : اختصاص محاكم البحرين إذا كان المدعى عليه غير بحريني الجنسية وله موطن أو محل إقامة في البحرين .

نصت المادة 14 من قانون المرافعات على أنه تختص المحاكم البحرينية بنظر الدعاوى التي ترفع على غير البحريني الذي له موطن أو محل إقامة في البحرين ، وذلك فيما عدا الدعاوى العقارية المتعلقة بعقار واقع في الخارج²، وضابط الاختصاص في هذا الحالة هو موطن المدعى عليه الأجنبي أو محل إقامته ، وهو ضابط منطقي ملائم تأخذ به سائر التشريعات . ويسوى المشرع البحريني هنا بين المواطن ومحل الإقامة ، فيكفي أن يكون

¹ في مفهوم الاختصاص القضائي الدولي انظر:

- د. محمد كمال فهمي، أصول القانون الدولي الخاص، الطبعة الثانية، 1982، مؤسسة الثقافة الجامعية، ص 606 – 612.
- د. أحمد قسمت الجداوي، مبادئ القانون الدولي الخاص، دار النهضة العربية، 1981، ص 5 – 12 .
- د. أحمد عبد الكرييم سلامة، أصول المرافعات المدنية الدولية، العالمية بالمنصورة 1984، ص 83 – 86.
- د. عز الدين عبد الله ، القانون الدولي الخاص، الجزء الثاني، تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدولي ، الطبعة الثامنة 1977 ، ص 605 .
- د. هشام صادق، تنازع الاختصاص القضائي الدولي، دراسة مقارنة، منشأة المعارف بالإسكندرية، ص 7 .
- د. فؤاد رياض، د. سامية راشد، الوجيز في تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدولي، 1981، ص 47 .
- د. عكاشة محمد عبد العال، القانون الدولي الخاص، دار الجامعة الجيدة للنشر 1996 ، ص 401 .

² يقابل هذا النص المادة 29 من قانون المرافعات المصري والتي تنص على أن تختص محاكم الجمهورية بنظر الدعاوى التي ترفع على الأجنبي الذي له موطن أو محل إقامة في الجمهورية وذلك فيما عدا الدعاوى العقارية المتعلقة بعقار واقع في الخارج.

للأجنبي أحدهما في البحرين كي يثبت الاختصاص للمحاكم البحرينية بنظر الدعوى التي ترفع عليه .

ومن المعروف أن الموطن قد يكون عاماً أو خاصاً . المادة 12 من القانون المدني الصادر بالمرسوم بقانون رقم 19 السنة 2001م .

والموطن العام : هو المكان الذي يقيم فيه الشخص عادة ، وبذلك يقوم على ركين أحدهما مادي يتمثل في الإقامة أو الوجود المادي والركن الآخر معنوي يتمثل في نية البقاء والاستقرار . ومتى كان للأجنبي موطن عام في البحرين فإن اختصاص المحاكم البحرينية يمتد إلى كافة الدعاوى التي ترفع على هذا الأجنبي سواء تعلقت بالأحوال الشخصية أو الأحوال العينية .

أما الموطن الخاص فهو الذي يتعلق ب مباشرة نشاط أو أنشطة معينة ، ومثاله موطن الأعمال أو الموطن التجاري ، وهو المكان الذي يباشر فيه الشخص عملاً أو تجارة أو حرفه معينة ، فإذا كان للأجنبي موطن خاص في البحرين فإن المحاكم البحرينية تختص بالدعوى المرفوعة عليه فيما يتعلق بالمنازعات والنصرفات المرتبطة بهذا الموطن الخاص وحدها ، ولا يمتد إلى غيرها من المنازعات إلا إذا كان له موطن عام في البحرين ، وبالنسبة لمحل الإقامة فالملיך يسوى بينه وبين الموطن تماماً في هذا الصدد ، فيكفي أن يكون للأجنبي محل إقامة في البحرين لكي يثبت الاختصاص للمحاكم البحرينية بالدعوى التي ترفع عليه ولو كان موطن هذا الأجنبي في الخارج . ومن المعروف أن الدولة تعتبر محل إقامة الشخص مجرد وجود سكن له على إقليمها حتى ولو لم يكن يقيم في الدولة بصفة مستمرة بنية البقاء والاستقرار ، وإذا تعدد المدعى عليهم الأجانب فيكفي أن يكون لأحدهم موطن أو محل إقامة في البحرين دون الباقين¹ .

أما بالنسبة للدعوى العقارية المتعلقة بعقار واقع في الخارج فلها حكم خاص سوف نتناوله فيما بعد . المادة 15 قانون المرافعات.

الحالة الثانية : تختص محاكم البحرين بنظر الدعاوى التي ترفع على غير البحريني الذي ليس له موطن أو محل إقامة في البحرين إذا كان له في البحرين موطن مختار² .

الموطن المختار : هو المكان الذي يختاره الشخص لتنفيذ عمل قانوني معين . المادة 12 القانون المدني . على أن الدعاوى المرفوعة على هذا الأجنبي يجب أن يقتصر اختصاص

¹ قارن: الدكتور عز الدين عبد الله، المرجع السابق، بند 193 ، ص 727، الدكتور محمد كمال فهمي، بند 466 ص 627، الدكتور أحمد عبد الكرييم سالمة بند 88 ص 105، الدكتور هشام صادق، ص 128 .

² المادة 1/15 من قانون المرافعات البحريني وتقابليها المادة 1/30 من القانون المدني المصري.

محاكم البحرين على الدعوى المتعلقة بالعمل القانوني الذي من أجله اختار الأجنبي موطنًا في البحرين.

الحالة الثالثة: الدعوى المتعلقة بمال موجود في البحرين أو كانت متعلقة بالالتزام نشأ فيها أو نفذ أو كان واجباً لتنفيذها فيها.¹

وفقاً للمادة 15 قانون المراつعات تختص المحاكم البحرينية بنظر الدعوى التي ترفع على الأجنبي الذي ليس له موطن ولا محل إقامة في البحرين إذا كانت تتعلق بالالتزام:

-1 إما نشأ في البحرين ، وسواء أكان مصدر هذا الإلتزام تعاقدياً ، كما لو كانت الدعوى تتعلق باتفاق أبرم في البحرين ، أو كان تقصيريًّا كما لو تعلقت بفعل ضار وقع في البحرين .

-2 أو كانت الدعوى تتعلق بالالتزام ، البحرين هي مكان تنفيذه ، وسواء أكان هذا التنفيذ قد تم فعلاً فيها أو كان من الواجب أجراوه فيها .

في كل هذه الفروض يقال أن الاختصاص ينعقد للمحاكم البحرينية باعتبارها محاكم دولة محل الالتزام ، لأن نشأة الالتزام فيها أو تنفيذه فعلاً أو وجوب تنفيذه فيها يبرز الرابطة الإقليمية القائمة بين تلك الدولة والدعوى المتعلقة بذلك الإلتزام بما يبرر اختصاص محاكمها . كذلك تختص المحاكم البحرينية بالدعوى التي ترفع على الأجنبي الذي ليس له موطن ولا محل إقامة في البحرين طالما أن هذه الدعوى متعلقة بمال موجود في البحرين ، ولذلك يقال أن الاختصاص ينعقد للمحاكم البحرينية باعتبارها محاكم دولة وموقع المال . فوجود المال في البحرين يبرر اختصاص محاكمها بالدعوى المتعلقة به .

الحالة الرابعة : إذا كانت الدعوى معارضة في عقد زواج وكان العقد يراد إبرامه لدى جهات التوثيق في البحرين² .

والفرض هنا أننا بصدده زواج يراد عقده أمام الموثق البحريني ، و واضح منذ البداية مدى الارتباط بين هذه العلاقة القانونية ، وهي علاقة الزوجية ، والدولة البحرينية حيث يراد تكوينه في البحرين على يد موثق بحريني يباشر سلطته وفقاً للقانون البحريني .

وينبني على ما تقدم أن تختص المحاكم البحرينية بكل دعوى يراد بها المعارضه في إبرام عقد زواج يراد إبرامه أمام موثق بحريني ، وعادة يكون الاعتراض على عدم توافر أحد الشروط الموضوعية لانعقاد الزواج كانعدام أهلية أحد الطرفين أو كلاهما أو قيام مانع من

¹ المادة 2/15 من القانون البحريني وتقابليها المادة 2/30 من القانون المدني المصري.

² المادة 15 من قانون المراつعات

موانع الزواج ، كقيام رابطة قرابة إلى درجة معينة بين الأطراف ، كالارتباط بزواج قائم أو الاشتراك في جريمة الزنا¹.

الحالة الخامسة : إذا كانت الدعوى متعلقة بطلب فسخ الزواج أو بالطلاق أو بالانفصال، وكانت مرفوعة من زوجة لها موطن في البحرين على زوجها الذي كان له موطن فيها متى كان الزوج قد هجر زوجته وجعل موطنها في الخارج بعد قيام سبب الفسخ أو الطلاق أو الانفصال أو كان قد أبعد عن البلاد².

شروط هذه الحالة :

- 1 أن تكون الدعوى مرفوعة من زوجة متقطنة في البحرين.
- 2 أن تكون الدعوى مرفوعة من الزوجة المتقطنة في البحرين على زوجها الذي كان هو الآخر متقطناً فيها ، ومتى كان الزوج قد هجر زوجته وتقطن في الخارج بعد قيام سبب الدعوى أو كان قد أبعد عن البحرين . وقد روبي في ذلك مصلحة الزوجة التي أساء إليها زوجها بالهروب أو بنقل موطنها إلى الخارج كما روبي في حالة إبعاد الزوج تذر استمرارية الزوجية التي كان موطنها في البحرين في أول الأمر.

الحالة السادسة : الدعاوى المتعلقة بطلب نفقة للأم أو الزوجة أو للصغير .

تختص محاكم البحرين بنظر الدعاوى التي ترفع على غير البحريني الذي ليس له موطن في البحرين أو محل إقامة في البحرين إذا كانت الدعوى متعلقة بطلب نفقة للأم أو الزوجة متى كان لها موطن في البحرين أو للصغير المقيم فيها . وتواجه هذه الحالة الدعواى المرفوعة على أجنبي ليس له محل إقامة في البحرين ومع ذلك تختص المحاكم البحرينية بنظرها متى توافر الشرطان التاليان :

- 1 أن تكون الدعوى متعلقة بطلب نفقة ومن المعروف أن النفقة من مسائل الأحوال الشخصية وفقاً للقانون البحريني. المادة 17 من قانون السلطة القضائية. والمقصود هنا النفقة العادلة أو نفقة الأقارب، وليس النفقة الواقية إذ أن هذه الأخيرة باعتبارها من الإجراءات الواقية، يجوز الأمر بها وتنفيذها في

¹ قارن د. هشام صادق، المرجع السابق، ص 11، د. محمد كمال فهمي المرجع السابق ص 647، د. عز الدين عبد الله، المرجع السابق ص 691.

² المادة 15 فقرة 4 من قانون المرافعات

البحرين ويحكمها نص آخر المادة 19 من قانون المرافعات. وهو أكثر شمولاً حيث يجعل الاختصاص بشأنها للمحاكم البحرينية دون الالتفات إلى وضع المدعي ولا المدعى عليه.

-2 أن يكون طالب النفقة - أي المدعي - هو الأم أو الزوجة، وحينئذ يجب أن يكون لهذه أو تلك، بحسب الأحوال موطن في البحرين ولا يكفي مجرد وجود محل إقامته لها أو أن يكون طالب النفقة هو الصغير وحينئذ يكتفى بمجرد إقامته في البحرين تيسيراً عليه. وعلى أية حال فإن الاختصاص هنا بالنسبة لأولئك جميعاً يجد له مبرراً في الرعاية الواجب توفيرها لطالب النفقة. المرتبط إقليمياً بالبحرين في سعيه لسد حاجته المعيشية، فلا يجوز أن تقل المحاكم البحرينية بابها في وجه من يطلب القوت، ويلاحظ أنه يستوي بالنسبة لطالب النفقة أن يكون بحرينياً أو أجنبياً، إذ العبرة فقط بالموطن في حالة الأم أو الزوجة أو محل إقامة بالنسبة للصغير.¹

الحالة السابعة: الدعوى المتعلقة بمسائل الأحوال الشخصية.

تختص محاكم البحرين بنظر الدعوى التي ترفع على غير البحريني الذي ليس له موطن أو محل إقامة في البحرين، إذا كانت الدعوى متعلقة بمسألة من مسائل الأحوال الشخصية، وكان المدعي وطنياً أو كان أجنبياً له موطن في البحرين وذلك إذا لم يكن للمدعي عليه موطن معروف في الخارج أو إذا كان القانون البحريني واجب التطبيق في الدعوى.² والفرض هنا أن الدعوى قد رفعت على أجنبي لا موطن ولا محل إقامة له في البحرين ومع ذلك تختص المحاكم البحرينية بنظرها إذا ما توافرت الشروط التالية:

1. أن تكون الدعوى المتعلقة بمسألة - أيها كان - من مسائل الأحوال الشخصية وبالطبع يرجع للقانون البحريني عند تحديد ما إذا كانت مسألة ما تدخل أو لا تدخل ضمن مفهوم الأحوال الشخصية وعلى القسیر السابق في القانون البحريني.
2. أن يكون المدعي وطنياً أي بحرينياً دون التفات إلى موطنه أو محل إقامته، أي يستوي أن يكون واقعاً في البحرين أو في الخارج أو أن يكون هذا المدعي أجنبياً له موطن في البحرين وبالنسبة لهذا الأخير يجب أن يثبت له موطن في البحرين ولا يكتفى بمجرد وجود محل إقامة له فيها.

¹ قارن د. هشام صادق المرجع السابق، ص 215.

² المادة 15 فقرة 6 من قانون المرافعات.

3. أن يكون المدعي عليه، أجنبي بلا موطن ولا محل إقامة في البحرين، ولا يعرف له موطن في الخارج ولذلك فقادياً لاحتمال إنكار العدالة الناتج عن عدم وجود محاكم دولة أجنبية مختصة بهذه الدعوى المراد رفعها على ذلك الأجنبي غير المعروف الموطن في الخارج، تختص المحاكم البحرينية بها، أو أن يكون القانون البحريني هو الواجب التطبيق في الدعوى. وحينئذ يقرر المشرع استثناء على القاعدة العامة من أن الاختصاص التشريعي لا يجلب الاختصاص القضائي، ملائمة اختصاص المحاكم البحرينية بتلك الدعوى، باعتبار أن هذه المحاكم ستكون أقدر على تطبيق القانون البحريني من غيرها. وتنبه إلى أن صعوبة الاستيعاب الذهني لهذه الحالة مرجعه أن كل من الشرطين الثاني والثالث فيها يقوم على احتمالين مختلفين يكفي توافر أحدهما داخل كل شرط كي يثبت الاختصاص للمحاكم البحرينية، ولعل تلك الصعوبة هي أحد عيوب الصياغة القانونية للنص المنظم لها.

الحالة الثامنة: دعوى النسب والولاية على النفس.

تختص محاكم البحرين بنظر الدعاوى التي ترفع على غير البحريني الذي ليس له موطن أو محل إقامة في البحرين إذا كانت الدعوى بشأن نسب صغير يقيم في البحرين أو بسلب الولاية على نفسه أو الحد منها أو وقفها أو استردادها.¹.

ويشترط لاختصاص محاكم البحرين في هذه الحالة:

- 1 أن تكون الدعوى متعلقة بنسب صغير أو بسلب الولاية على نفسه، وفي هذه الحالة الأخيرة يستوي أن يتعلق الأمر بسلب هذه الولاية أو الحد منها أو استردادها.
- 2 أن يكون الصغير مقيماً في البحرين ولا يهم أن يكون بحرينياً أو أجنبياً، ويكتفى المشرع هنا بمجرد الإقامة دون أن يستلزم التوطن تسهيلاً على الصغير، لأن اختصاص المحاكم البحرينية يبرره واجب حماية الصغير باعتباره ضعيفاً سواء فيما يتعلق بنسبة أو بسلبة الولاية على نفسه، وهي أمور تمس الكيان الاجتماعي للملكة.
- 3 أن يكون هذا الصغير مدعياً أو بعبارة أدق رفعت الدعوى باسمه أو لمصلحته.

الحالة التاسعة: الدعاوى المتعلقة بالولاية على المال

تختص محاكم البحرين بنظر الدعاوى التي ترفع على غير البحريني الذي ليس له موطن أو محل إقامة في البحرين. إذا كانت الدعوى متعلقة بمسألة من مسائل الولاية على المال

¹ المادة 15 فقرة 7 من قانون المرافعات، انظر د. فؤاد رياض، المرجع السابق ص 317، د. هشام صادق، المرجع السابق، ص 107.

متى كان للفاصل أو المطلوب الحجر عليه أو مساعدته قضائياً موطن أو محل إقامة في البحرين أو إذا كان بها آخر موطن أو محل إقامة للغائب¹.

ويشترط لاختصاص محاكم البحرين في هذه الحالة ما يلي:

- أن تكون الدعوى متعلقة بمسألة من مسائل الولاية على المال، كتعيين وصي على القاصر، وتوقع الحجر أو تعيين القيم على المحجور عليه أو تقرير المساعدة القضائية أو تعيين المساعد القضائي أو الوكيل عن الغائب الخ.
- أن يكون للفاصل أو المطلوب الحجر عليه أو مساعدته قضائياً موطن أو محل إقامة في البحرين أو كان بها آخر موطن أو محل إقامة للغائب، فهنا يستوى أن يكون للشخص الذي ترفع دعوى الولاية على ماله موطن أو محل إقامة في البحرين.
- أن يكون هذا الشخص في موقف المدعي أو صاحب المصلحة الحقيقية في دعوى الولاية على ماله.

الحالة العاشرة: الدعاوى المتعلقة بالإرث والتراث.

تحتفظ محاكم البحرين بمسألة الإرث وبالدعوى المتعلقة بالتركة متى كانت التركة قد افتتحت في البحرين أو كان المورث بحرينياً أو كانت أموال التركة كلها أو بعضها في البحرين².

والذي يبين من هذه الحالة أن الدعوى المتعلقة بالإرث أو التركة ، سواء تعلقت بالاستحقاق في الإرث أو بتوزيع الأنصبة أو قسمة أموال التركة أو إدارتها ... إلخ . أي سواء تعلقت بالأحوال الشخصية أو الأحوال العينية تختص بها المحاكم البحرينية بصرف النظر عن وضع الخصوم في الدعوى من مدعى أو مدعى عليه دون نظر إلى جنسيتهم أو محل إقامتهم.

متى تتحقق شرط من الشروط الثلاثة الآتية:

- أن تكون التركة قد افتتحت في البحرين، ومن المقرر أن البحرين تعتبر مكان افتتاح التركة إذا كان فيها آخر موطن للمتوفى، ولا يصح أن يفهم من ذلك أن ضابط اختصاص المحاكم البحرينية حينئذ هو موطن المتوفى، وإنما الصحيح أن افتتاح التركة وقد حدث في البحرين قد أدخل هذه التركة ضمن

¹ المادة 15 فقرة 8 من قانون المرافعات.

² المادة 16 من قانون المرافعات، د. عز الدين عبد الله، المرجع السابق ص 107، د. هشام صادق، المرجع السابق، ص 99، د. فؤاد رياض، المرجع السابق، ص 99.

الثروة القومية أو الاقتصادية البحرينية بما يعنيه ذلك من قيام رابط إقليمي بين البحرين والدعاوى المتعلقة بالإرث أو التركة وهو ما يبرر اختصاص المحاكم البحرينية بنظرها.

- 2- أو أن يكون المورث بحرينياً دون النفات إلى محل افتتاح التركة.
- 3- أو أن تكون أموال التركة كلها أو بعضها واقعة في البحرين ، فوجود بعض أو كل أموال التركة في البحرين عقارية كانت أو منقوله ، يبرر اختصاص محاكمها بالدعوى المتعلقة بها ، دون النفات إلى محل افتتاح التركة أو جنسية المورث.

الحالة الحادية عشرة: الاختصاص بالإجراءات الوقتية والتحفظية:

تخصل محاكم البحرين بالأمر بالإجراءات الوقتية والتحفظية التي تنفذ في البحرين ولو كانت غير مختصة بالدعوى الأصلية¹ ، وقد جاء هذا النص عاماً يشمل الأحوال الشخصية والأحوال العينية على السواء ، واختصاص المحاكم البحرينية بالإجراءات الوقتية والتحفظية قائم ولو لم تكن مختصة بالدعوى الأصلية ، باعتبار أن تلك الإجراءات تدخل في فكرة تدابير الأمن المدني ومحاكم المملكة مكلفة بالسهر على الأمان المدني في الدولة وتطبق في هذا الشأن قانونها دون غيره² ، فيلجأ للمحاكم البحرينية لتقرير نفقة وقته للزوجة متى كان للملزم بها مال قابل للتنفيذ عليه في البحرين أو للأمن بالإجراءات الازمة لحقوق عديمي الأهلية أو الغائبين... الخ. واضح أن الإجراءات الوقتية والتحفظية التي يعنيها النص هي التي تنفذ في البحرين.

الحالة الثانية عشر: الاختصاص في حالة الخضوع اختياري.

تخصل محاكم البحرين بالفصل في الدعوى ولو لم تكن دخلة في اختصاصها طبقاً للمواد السابقة إذا قبل الخصم ولائيتها صراحة أو ضمناً³. ويعرض هذا النص للاختصاص المستمد من إرادة الخصوم في المنازعه وهو ما يعرف بفكرة الخضوع اختياري، وبمقتضاه يثبت الاختصاص للمحاكم البحرينية بنظر الدعوى سواء تعلقت بالأحوال الشخصية أو الأحوال العينية متى قبل الخصوم اختصاص هذه المحاكم. ولاشك في سلامة تقرير هذا

¹ المادة 19 من قانون المرافعات.

² د. عكاشة عبد العال، المرجع السابق ص 505.

³ المادة 17 من قانون المرافعات.

الاختصاص بناء على فكرة الخضوع الاختياري المسلم بها في التشريعات المقارنة¹، وثبتت هذا النص الاختصاص للمحاكم البحرينية في حالة الخضوع الاختياري ولو لم تكن الدعوى داخلة في اختصاصها طبقاً للمواد السابقة، وفي هذا تزيد لا معنى له، وذلك أن ثبوت الاختصاص بمقتضى الخضوع الاختياري لا يثور أصلاً إلا إذا كان الاختصاص غير ثابت بدأءة، ولا يتصور الكلام عن هذا الخضوع الاختياري إذا كانت المحاكم البحرينية مختصة أصلاً بنظر المنازعة الدولية وفقاً لإحدى حالات الاختصاص الأخرى الواردة في التشريع البحريني.

الحالة الثالثة عشر: الاختصاص التبعي أو التكميلي.

إذا رفعت لمحاكم البحرين دعوى داخلة في اختصاصها تكون هذه المحاكم مختصة بالفصل في المسائل الأولية والطلبات العارضة على الدعوى الأصلية كما تختص بالفصل في كل طلب يرتبط بهذه الدعوى ويقتضي حسن سير العدالة أن ينظر فيها².

ونفترض هذه الحالة أن يكون الاختصاص بالدعوى الأصلية ثابتاً بدأءة للمحاكم البحرينية، وتبعاً لذلك أو تكمله لهذا الاختصاص يثبت أيضاً لهذه المحاكم الاختصاص بالمسائل الأولية والطلبات العارضة أو المرتبطة بالدعوى الأصلية سواء تعقدت بالأحوال الشخصية أو الأحوال العينية، ومبني الاختصاص هنا هو حسن أداء العدالة ومنع تضارب الأحكام، والمسائل الأولية هي المسائل التي يتوقف الحكم في الدعوى على الفصل فيها، والطلبات العارضة هي بصفة عامة الطلبات التي تقدم من المدعي أو المدعى عليه وتكون متصلة بالطلب الأصلي في الدعوى، كتصحيح الطلب الأصلي أو تعديل موضوعه أو تكملته من جانب المدعي، وكطلب المقاصلة من المدعى عليه، أو الطلب المعتمد الذي يقدمه هذا الأخير عند الطلب الأصلي للمدعي ... الخ. ففي مثل هذه الأحوال تختص المحاكم البحرينية بنظر الطلب العارض تبعاً لاختصاصها الثابت بنظر الدعوى الأصلية، استناداً لفكرة أن الفرع يتبع الأصل المعروفة أساساً في مجال الاختصاص الداخلي. أما الطلبات المرتبطة فهي الطلبات التي تقوم بينها وبين الدعوى الأصلية صلة وثيقة تجعل من الملائم أن يتقرر الاختصاص في شأنها تبعاً للدعوى الأصلية على أساس أن حسن سير العدالة يقتضي أن تنظر هذه الطلبات مع تلك الدعوى الأصلية المختصة بها المحاكم البحرينية بدأءة، وتقدير مدى الارتباط على هذا الوجه متروك لقاض الم موضوع يقدر حسب ظروف كل حالة على حدة.

¹ انظر في فكرة الخضوع الاختياري تفصيلاً: د. عز الدين عبد الله، المرجع السابق، بند 196 ص 735، د. منصور مصطفى منصور، مذكرات في القانون الدولي الخاص 1956-1957، بند 98 ص 369، د. هشام صادق، المرجع السابق، بند 23 ص 82.

² المادة 18 من قانون المرافعات.

الدعوى العقارية المتعلقة بعقار واقع في الخارج:

سبق البيان عند التصدي لأحكام المادة 14 من قانون المرافعات والتي تعقد الاختصاص للمحاكم البحرينية بالنسبة للدعوى التي ترفع على غير البحريني الذي له موطن أو محل إقامة في البحرين وذلك فيما عدا الدعوى العقارية المتعلقة بعقار واقع في الخارج.

ويستند الاستثناء الذي أورده المشرع بالنسبة للدعوى العقارية المتعلقة بعقار واقع في الخارج إلى أن السائد في التشريعات المقارنة، أن محاكم الدولة الكائن بها العقار هي أكثر المحاكم قدرة وملاءمة على نظر هذه الدعوى، كما وأن الحكم الذي ستتصدره محاكم أي دولة أخرى غير الدولة الكائن بها العقار سيبقى في الغالب عاطلاً عن التنفيذ أو عن ترتيب أثاره في الدولة القائم بها هذا العقار فعلاً إذا ادعت هذه الأخيرة باختصاصها المنفرد أصلاً بنظر المنازعات المتعلقة بذلك العقار.

ويشترط لتطبيق هذا الاستثناء:

1- أن تتعلق الدعوى بعقار واقع في الخارج، فالعقار يرتبط بالدولة الواقع على إقليمها بل هو جزء من هذا الأقليم، ومن الطبيعي أن تكون كل دولة غيورة على اختصاصها فيما يتعلق بالعقارات الواقعة على إقليمها بل يقال أن اختصاصها في هذا الشأن من النظام العام، ولذلك فالعقار الواقع خارج مملكة البحرين يفلت من السيطرة البحرينية، إذ أنه يقع تحت سيطرة الدولة الموجودة فيها، ولهذا لا تختص المحاكم البحرينية بنظر الدعوى المتعلقة به حتى ولو كان المدعى عليه بحرينياً مقيناً في مملكة البحرين.

2- أن تكون الدعوى من الدعاوى العينية العقارية، وهي الدعوى التي يرفعها صاحب حق عيني على عقار بقصد تأكيد أو تثبيت حقه العيني هذا نفي وجود مثل هذا الحق للغير. مثل دعوى استحقاق العقار أو دعوى تقرير حق ارتفاق (وهو من الحقوق العينية التبعية الأصلية) على العقار ودعوى الحيازة أو أن تكون الدعوى من الدعاوى الشخصية العقارية وهي التي تستند إلى حق شخص متعلق بعقار، ومثلها دعوى مشتري العقار بعدم غير مسجل بطلب الحكم بصحبة ونفاذ عقد البيع. أما الدعاوى الشخصية مثل الدعوى التي يرفعها مؤجر العقار على المستأجر للمطالبة بالأجر فإنها لا تدرج تحت هذا الاستثناء.¹.

¹ في تحديد نطاق الاستثناء وبين شروطه تفصيلاً انظر: د. عز الدين عبد الله المرجع السابق ص 677 وما بعدها، د. محمد كمال فهمي ص 676 ، د. فؤاد رياض، المرجع السابق ، بند 468، د. هشام صادق ، المرجع السابق ، ص 86 ، د. أحمد عبد الكريم . المرجع السابق ، بند 91، د. أحمد أبو الوفا، المرافعات المدنية والتجارية، الطبعة الثالثة عشر ص 229

المبحث السادس

الدعاوى المرتبطة

1. مفهوم الدعاوى المرتبطة:

الدعاوى المرتبطة في مجال الأحوال الشخصية هي تلك الدعاوى التي بينها وبين الدعاوى الأصلية صلة تجعل من المناسب ومن مصلحة العدالة جمعها أمام نفس المحكمة إذا كان الحكم في أحدهما من شأنه أن يؤثر على الحكم الذي سيصدر في الدعاوى الأخرى، ومما لا شك فيه وجود ارتباط بين دعويين إذا كان عنصر السبب أو عنصر المثل فيها واحد أو إذا كان كلا العنصرين مشتركاً، كذلك يوجد ارتباط بين دعويين إذا كانا ينظرهما منفصلين قد يؤدي إلى احتمال صدور حكمين متعارضين، وعلى المحاكم كلما بدا لها احتمال وقوع التناقض بين الأحكام أن تدرأه بما يسره لها القانون من سبل سواء بضمها لدعوى أخرى مرتبطة بالدعوى المطروحة عليها أو بإحالتها إلى محكمة أخرى تنظر نزاع مرتبط ، وبصفة عامة يوجد ارتباط كلما كان الحكم في إحدى الدعاوى المرتبطة في مجال الأحوال الشخصية ، سيصدر في الدعاوى الأخرى¹ ، ومن أمثلة الدعاوى المرتبطة في مجال الأحوال الشخصية ، الارتباط بين الدعواى المرفوعة بصحة ونفذ عقد هبة والدعوى المرفوعة ببطلان ذات العقد . أو الدعواى التي ترفعها الزوجة بزيادة النفقة الزوجية المقررة لها والدعاوى التي يرفعها الزوج بطلب إنفاسن النفقة الزوجية المحکوم بها عليه.

2. تقدير الارتباط والدفع بالإحالة للارتباط وطلب الضم:

تقدير الارتباط ومدى توافره بين الدعاوى والطلبات يخضع لتقدير محكمة الموضوع دون رقابة عليها من محكمة أعلى طالما كان تقديرها سائغاً، فإذا دفع أحد الخصوم بإحالة الدعاوى إلى محكمة أخرى لوجود دعواى مرتبطة، أو طلب ضم دعواى منظورة أمام محكمة أخرى لنظرها مع دعواه، فإن تقدير ذلك متترك لمحكمة الموضوع تجبيه أو لا حسب ما يتبعن لها ما إذا كانت المنازعـة المرتبطة بها جدية ومؤثـرة على الدعاوى فتحليـها إلى المحكمة الأخرى، أو تطلب منها ضم الدعواى المطروحة عليها، أم أنها ليست كذلك فتطرح هذا الدفع وذلك الطلب جانبـاً وتسير في الدعواى².

¹ د. عيد القصاص، الوسيط في قانون المرافعات المدنية والتجارية، الطبعة الأولى 2005، دار النهضة العربية، ص 385 بند 208، ولنفس المؤلف انظر تناقض الأحكام ص 28-30.

² د. فتحى والي، الوسيط في قانون القضاء المدنى، دار النهضة العربية، طبعة 2001، بند 181 ص 271.

3- الارتباط والطلبات العارضة

الدعوى المرتبطة قد تكون طلبات عارضة مع الدعوى الأصلية وذلك إذا ما أبدت أمام المحكمة تباعاً لدعوى أخرى، وقد ترفع أمام محكمة أخرى بلائحة وبالإجراءات المعتادة لرفع الدعوى، وقد تبدي في صورة طلب عارض أمام محكمة أخرى ويدفع أمامها بالإحاله للارتباط، وبالتالي تختص المحكمة التي تنظر الدعوى الأصلية بالفصل في الطلبات العارضة طالما كان الطلب العارض يدخل ضمن اختصاصها النوعي. وواقع الأمر أن كل طلب عارض يعد طلب مرتبطة، وليس كل طلب مرتبطة طلب عارض.

4- الارتباط والاختصاص

حدد المشرع البحريني الاختصاص النوعي للمحاكم الصغرى - كما سبق البيان - بمسائل محددة على سبيل الحصر، وجعل اختصاص المحكمة الكبرى بالحكم ابتدائياً شاملأً لجميع الدعوى المتعلقة بالأحوال الشخصية التي لا تدخل في اختصاص المحكمة الصغرى الشرعية، وبالتالي متى كانت المحكمة الكبرى مختصة بالنظر في طلب ما فإن اختصاصها هذا يمتد إلى ما عساه أن يكون مرتبطاً به من طلبات أخرى، حتى ولو كان مما يدخل في الاختصاص النوعي للمحاكم الصغرى.

الفصل الثاني

اختصاص القضاء الشرعي بالمواد المستعجلة

المبحث الأول

ضرورة وجود قضاء مستعجل بجوار القضاء الموضوعي

أولاً : الحاجة إلى قضاء مستعجل:

1- حكمة القضاء المستعجل¹

يقتضي حسن سير القضاء الآنة والتروي في تحقيق إدعاءات الخصوم، وفي إصدار الأحكام ، فلابد أن تأخذ إجراءات التقاضي وقتها وأوضاعها القانونية ، وإعطاء الخصوم فسحة من الوقت لإعداد وسائل الدفاع ؛ وهو ما قد يترتب عليه إطالة أمد التقاضي وتأخير الفصل في النزاع، فضلاً عن مماطلة الخصوم سيئ النية وهو ما قد يؤدي في النهاية إلى الإضرار بمصالح الخصوم وحقوقهم.

ولذلك فقد رأى المشرع أن الالتجاء بالالتجاء إلى القضاء العادي وضرورة إتباع إجراءاته قد يكون غير منتج في بعض الحالات الخاصة التي يخشى عليها من فوات الوقت وتستلزم السرعة، فأنشأ بجانب القضاء العادي؛ القضاء المستعجل لاتخاذ إجراءات وقتية سريعة ، صيانة لمصالح الخصوم دون أن يتعرض هذا القضاء لأصل الحقوق المتنازع عليها .. فيظل للخصوم حق عرض النزاع على المحكمة المختصة ليأخذ طريقه العادي.

فالقضاء المستعجل يتميز عن القضاء العادي بطابعين أساسين: الأول هو ضرورة توافر الاستعجال في الأمر المطروح أمام المحكمة، والثاني أن حكمه مؤقت لا يمس الموضوع ولا يؤثر في أصل الحق.

2- فوائد القضاء المستعجل:

- تمكين الخصوم من استصدار أحكام مؤقتة سريعة دون مساس بأصل الحق، أي مع بقاء أصل الحق يناضل فيه ذووه لدى محكمة الموضوع².

¹ د.محمد إبراهيم. الوسيط في شرح قانون المرافعات المدنية والتجارية الكتاب الثاني . 2004 ص296

² تمييز بعربي ، جلسة 7/7/2007 ، الطعن رقم 505 لسنة 2006، غير منشور بعد.

- اختصار واحتزال الوقت والإجراءات وبذلك يكون المشرع قد استطاع التوفيق بين الآناء الازمة لحسن سير القضاء وبين نتائج هذه الآناء التي قد تسبب ضرر لبعض الخصوم.
 - قد يغنى الحكم الصادر من القاضي المستعجل عن الاتجاه للقضاء الموضوعي للفصل في أصل النزاع ، فيكتفي الخصوم بالأوضاع التي قررها ذلك الحكم لدلالته على الاتجاه الصحيح في النزاع.

-3 خصائص القضاء المستعجل:

يعد القضاء المستعجل بمعنى الأحكام المستعجلة أ عملاً قضائية بمعنى الكلمة، فهو ليس عملاً من الأعمال الولائية ، على أن القضاء المستعجل ، رغم أنه صورة من صور الحماية القضائية ، يbid أنه يتميز عن القضاء الموضوعي بعده خصائص هي:

أ- القضاء المستعمل له وظيفة مساعدة:

فهو يمنح بالنظر إلى إمكانية صدور قضاء موضوعي محتمل في المستقبل سواء كان هذا القضاء نتحة دعوى موضوعية، فعت بالفعل أو بنتظر وفعها.

ذلك أن القاضي المستعجل إنما يرمي إلى ضمان تحقيق الدعوى الموضوعية لهافها؛ ولهذا فإنه إذا فصل في الدعوى الموضوعية فإن الدعوى المستعجلة تصبح واردة على غير محل بما يتعين معه القضاء بعدم قبولها.

بـ- القضاء يمنح بصرف النظر عن وجود الحق الموضوعي

ولهذا فإن الدعوى المستعجلة دعوى مجردة، فهي مجرد وسيلة للتحفظ أو الاحتياط ويترتب على هذا التجريد نتائج هامة هي استقلال الدعوى المستعجلة في شروطها عن شروط الدعوى الموضوعية.

جـ- القضاء المستعجل ذو أثر مؤقت

ولهذا فإن الحكم الصادر بنفقة وقته للزوجة وللصغار إلى حين الفصل في الدعوى الموضوعية ينتهي أثره بصدور حكم في الدعوى الأخيرة على أن القضاء المستعجل كما سلف القول قد يؤدي أحياناً من الناحية الواقعية إلى الاستغناء عن رفع دعوى موضوعية. كما لو إرتضى الطرفان الحكم المستعجل ولم يرفعا دعوى موضوعية وبذلك يكون الحكم المستعجل قد حقق من الناحية العملية حماية دائمة لطالبي النفقات والأجور.

ثانياً: مظاهر العجلة في القضاء المستعجل:

1- من حيث ميعاد الحضور

ويقصد بميعاد الحضور المهلة التي لا يجوز تكليف المدعى عليه بالحضور أمام القاضي المستعجل لأقل منها، حيث نص المشرع البحريني على أن تحدد جلسة لنظر الدعوى المستعجلة في موعد لا يقل عن أربع وعشرين ساعة ويجوز في حالة الضرورة القصوى تقصير هذا الميعاد بأمر من القاضي وجعله من ساعة إلى ساعة¹ في حين أن ميعاد الحضور بالنسبة لدعوى الأحوال الشخصية العادية لا يقل عن ثلاثة أيام أمام المحكمة الصغرى وخمسة أيام أمام المحكمة الكبرى أو محكمة الاستئناف وذلك غير يوم تسليم صورة الإعلان ويوم الحضور²، وإن كان القانون أجاز تقصير الميعاد في حالة الضرورة بأمر من رئيس المحكمة.

2- من حيث إعادة إعلان المدعى عليه:

نصت المادة 35 من قانون الإجراءات أمام المحاكم الشرعية المعدل على أنه إذا حضر المدعى وغاب المدعى عليه في الجلسة الأولى وكان قد تبلغ بلائحة الدعوى وبالحضور لشخصه حكمت المحكمة في الدعوى بأنه لم يكن قد بلغ لشخصه كان على المحكمة في غير الدعاوى المنصوص عليها في المادة 25 مكرراً - أي الدعاوى المستعجلة - تأجيل نظر الدعوى إلى جلسة تالية يبلغ بها المدعى عليه ويعتبر الحكم في الدعوى في الحالتين حضوريأً. ومؤدى ذلك أن المحكمة التي تنظر الدعوى المستعجلة لا يجوز لها تأجيل الدعوى المستعجلة لإعادة إعلان الخصم ، بل يجب عليها أن تنظر الدعوى وتبت فيها حتى يتحقق هدف ووظيفة القضاء المستعجل .. بخلاف الحال بالنسبة للدعوى الموضوعية؛ فإذا لم يحضر المدعى عليه ولم يكن قد أعلن لشخصه فيجب تأجيل نظر الدعوى إلى جلسة تالية يبلغ بها المدعى عليه.

3- من حيث مواعيد الاستئناف:

نص قانون الإجراءات أمام المحاكم الشرعية على أن ميعاد استئناف الأحكام الصادرة في الدعاوى المشار إليها في المادة 25 مكرراً عشرة أيام من تاريخ صدورها، أو من تاريخ تبليغ المحكوم بها حيث أن ميعاد استئناف الأحكام الصادرة في الدعاوى العادية ثلاثة ثلثون يوماً من تاريخ صدور الحكم الحضوري أو من تاريخ تبليغ المحكوم عليه بالحكم المعتبر حضوريأً³

¹ المادة 25 مكرراً من القانون رقم 40 لسنة 2005 بشأن تعديل بعض أحكام قانون الإجراءات أمام المحاكم الشرعية الصادر بالمرسوم بقانون رقم 26 لسنة 1986 .جريدة الرسمية العدد 2718 الأربعاء 21 ديسمبر 2005.

² المادة 10 من القانون آنف الذكر بالهامش السابق.

³ المادة 59 من قانون الإجراءات أمام المحاكم الشرعية

4- من حيث النفاذ المعجل:

وفقاً للقواعد العامة فإن الحكم الذي يصدر في دعوى مستعجلة أيًّا كانت المحكمة التي أصدرته واجب النفاذ معجلاً بقوة القانون، أي يمكن تنفيذه قبل أن يصير حائز لقوة الأمر المضي^١ ، خلافاً لقاعدة بالنسبة للأحكام العادلة، إذا لا تقبل النفاذ مادامت قابلة للطعن فيها إلا استثناء^٢ .

5- من حيث الطعن عن طريق طلب إعادة النظر في الحكم.

لا يجوز طلب إعادة النظر في الأحكام المستعجلة بعكس الحال بالنسبة للأحكام النهائية الصادرة في الدعاوى الموضوعية فهي تقبل الطعن بطريق طلب إعادة النظر متى توافر سبب من الأسباب التي نص عليها القانون^٣ .

ثانياً شرطاً اختصاص القضاء المستعجل.

الشرط الأول: الاستعجال

-1 تعريف الاستعجال:

لم يتصد المشرع البحريني - لا في قانون المرافعات المدنية والتجارية ولا في قانون الإجراءات أمام المحاكم الشرعية- لتعريف الاستعجال واكتفى بالقول بأن قاضي الأمور المستعجلة يفصل بصفة مؤقتة مع عدم المساس بأصل الحق في المسائل المستعجلة التي يخشى عليها من فوات الوقت^٤ وقد جرى الفقه والقضاء على تعريف الاستعجال بأنه الخطر الحقيقي المحقق بالحق المراد المحافظة عليه باتخاذ إجراءات سريعة لا تحتمل الانتظار ولا يمكن أن تتحقق عن طريق القضاء العادي ولو بتقصير الميعاد^٥ .

-2 اختلاف طبيعة الاستعجال بحسب ظروف الدعوى

الاستعجال كوصف للدعوى يستمد من ظروف وقائع النزاع وليس من عمل الخصوم أو انفاقهم، وتفریعاً على هذا لا يكفي لاعتبار الدعوى مستعجلة أن يرغب الخصوم في الحصول على حكم سريع في الدعوى أو أن يتقدموها على عرض النزاع على القضاء المستعجل إذا لم يكن الطلب مستعجلأً فعلاً على النحو المتقدم. ولما كان الاستعجال وصفاً مرتباً يستخلص من ظروف النزاع وقائمه، وكانت هذه الظروف مختلفة من دعوى إلى أخرى فإن الاستعجال

^١ المادة 245 من قانون المرافعات المدنية والتجارية.

² المادة 5/246 من قانون المرافعات المدنية والتجارية.

³ المستشار احمد حسن عبد الرزاق محاضرة حول القانون رقم 40 لسنة 2005

⁴ المادة 8 مكرر فقرة 2 من قانون المرافعات المدنية والتجارية.

⁵ القضاء المستعجل وقضاء التنفيذ المستشار عز الدين الدنناوري والأستاذ حامد عكار. طبعة نادي القضاة، 1986 ص 117. القضاء المستعجل للمستشار محمد عبد الطيف. الطبعة الرابعة ص 56. قضاء الأمور المستعجلة محمد علي راتب وأخرين الطبعة السابعة 1985 الناشر عالم الكتب ص 26.

يكون مبدأ مرناً غير محدد، وبذلك يسمح للقاضي أن يقدر مدى توافر شرط الاستعجال بحسب ظروف كل دعوى وملابستها.

-3 الاستعجال في المنازعات المستعجلة بنص القانون.

إذا ما تقرر اختصاص القضاء المستعجل بنظر منازعة معينة بنص خاص فإنه لا يلزم لاختصاصه بحث توافر شرط الاستعجال متى كان هذا النص لا يشترط الاستعجال. ومن أمثلة المنازعات التي ورد في شأنها نص خاص مع اشتراط الاستعجال دعوى إثبات الحالة ودعوى طلب سماع الشاهد¹، ومن أمثلة الحالات التي ورد نص باختصاص القضاء المستعجل بنظرها دون اشتراط الاستعجال ماورد بقانون الإجراءات أمام المحاكم الشرعية من اختصاصه بنظر الدعوي المتعلقة بتقرير نفقة وقنية أو نفقة واجبه أو أجرة حضانة أو رضاع أو مسكن أو حق الحضانة أو تسليم لصغير.

ففي الدعاوى المتقدمة جميعها يختص قاضي الأمور المستعجلة دون حاجة إلى توافر الاستعجال باعتبار أن المشرع لم يتطلبه في النص المانح للاختصاص.² وهكذا يختلف الاختصاص المخول للقضاء المستعجل بنص صريح في القانون عن اختصاصه المبين بالمادة 8 مكرر من قانون المرافعات.

أ - الاختصاص بنص صريح في القانون محدد في حالات معينة لا يجوز القياس

عليها ومن ثم يرجع في اختصاصه في أي حالة لم يرد فيها نص إلى القاعدة العامة والشروط فيها الاختصاص بتوافر ركن الاستعجال وعدم المساس بأصل الحق.

ب - لا يبحث القاضي المستعجل ركن الاستعجال في المسائل التي يختص بها بنص خاص في القانون ما لم يشترط المشرع الاستعجال لاختصاصه بها لأن المشرع وقد جعل الاختصاص للقضاء المستعجل بتلك المسائل بنص خاص فقد افترض أنها مستعجلة بطبيعتها³، ومن ثم فلا يلتزم القاضي بالتأكد من توافره لإثبات اختصاصه، وإذا لم يفعل فلا مخالفة للقانون⁴.

¹ المواد 131,95,94 من قانون الإثبات

² د. أمينة النمر، قوانين المرافعات. الكتاب الأول. طبعة نادي القضاة 1989 ص 245 بند 151.

³ عكاو والدناصورى. المرجع السابق ص 143. انظر كذلك محمد كمال عبدالعزيز. تقيين المرافعات في ضوء الفقه والقضاء. طبعه نادي القضاة. الطبعة الثالثة. 1995 ص 384.

⁴ انظر د. أمينة النمر. المرجع السابق ص 243 بند 151.

ويلاحظ أن النص على اختصاص القضاء المستعجل بنظر حالة بذاتها لا يعني أنه يفصل فيها بوصفه قاضياً للموضوع، دائماً يقيد في القضاة فيها بالقيود التي تحد سلطة القضاء المستعجل ومن أهمها عدم المساس بأصل الحق، وطبيعة حجية الحكم الذي يصدر فيها حيث لا يحوز أية حجية أمام محكمة الموضوع، وتكون حجيتها أمام القضاء المستعجل نفسه حجية موقوتة من هونة بقاء المراكز القانونية والظروف الواقعية على حالها دون تغيير. ومن ثم فإن عقد الإخلاص للقضاء بالنص عليه لا يمنع ذوي الشأن من اللجوء إلى محكمة الموضوع¹.

4- التمييز بين الاستعجال وبين نظر الدعوى على وجه السرعة:

يختلف الاستعجال كشرط لاختصاص القضاء المستعجل عن وصف السرعة الذي قد يسبغه المشرع على بعض الدعاوى الموضوعية بقصد حد القضاة على سرعة الفصل فيها، مثل ذلك ما نص عليه المشرع البحريني في المادة 112 من قانون التأمين الاجتماعي الصادر بالمرسوم بقانون رقم 24 لسنة 1976 من أن يكون نظر الدعاوى التي ترفعها الهيئة العامة أو المؤمن عليهم أو المستحقون عنهم طبقاً لأحكام هذا القانون على وجه الاستعجال²، كذلك ما تنص عليه المادة 155 من قانون العمل في القطاع الأهلي الصادر بالمرسوم بقانون رقم 23 لسنة 1976³ من أن يكون نظر الدعاوى التي يرفعها العمال أو المستحقون عنهم طبقاً لأحكام هذا القانون على وجه الاستعجال.

كذلك سائر دعاوى الأحوال الشخصية فإنها تتظر على وجه الاستعجال⁴، عدا الدعاوى المنصوص عليها في المادة 25 مكرراً فإنها تتظر بصفة مستعجلة.

والدعاوى التي تتظر على وجه الاستعجال أو على وجه السرعة هي دعاوى موضوعية تسري عليها جميع الإجراءات والأحكام الخاصة بالدعاوى الموضوعية والنص على الفصل فيها على وجه السرعة لايعدو أن يكون حثاً للمحكمة على سرعة الفصل في الدعاوى وهو أمر تنظيمي لا يتعلق بالنظام العام، فلو أن المحكمة تباطأت في الفصل في الدعاوى فلا يترتب على ذلك أي بطلان في الإجراءات أو في الحكم . والحكم الصادر في الدعاوى التي تتظر على وجه الاستعجال له حجيته المطلقة ويلزم جميع المحاكم بخلاف الحكم

¹ محمد كمال عبد العزيز. المرجع السابق . ص 385.

² نشر القانون بالجريدة الرسمية العدد 1184 بتاريخ 15 يوليو 1976

³ نشر القانون في ملحق الجريدة الرسمية رقم 1184 بتاريخ الخميس 18 رجب 1396 هـ - يوليو 1976م.

⁴ المادة 10 من قانون الإجراءات أمام المحاكم الشرعية المعدل

المستعجل فحجته مؤقتة ولا يقيد محكمة الموضوع ، بل أن للقضاء المستعجل أن يعدل عنه فيما لو تغيرت الظروف¹.

الشرط الثاني: عدم المساس بأصل الحق (أو كون الأجراء وقتياً)

1. المقصود بعدم المساس بالموضوع:

يشترط لاختصاص القضاء المستعجل بنظر المسائل المستعجلة ألا يكون لحكمه تأثير في الموضوع أو أصل الحق، أي أن يكون حكمه وقتياً، فيمتنع عليه المساس بالموضوع ، فلا يجوز بحث السبب القانوني الذي يحدد حقوق والتزامات طرف في النزاع ، أو أن يتتناول هذه الحقوق بالتفصير والتأويل على نحو يمس بموضوع النزاع ، أو أن يعدل أو يغير من المركز القانوني لأحد الطرفين ، أو أن يؤسس قضاياه في الطلب الولي على أساس تمس بأصل الحق².

فالمقصود بأصل الحق هو كل ما يتعلق به وجوداً وعديماً فيدخل في ذلك ما يمس صحته أو يؤثر في كيانه أو يغير فيه أو في الآثار القانونية التي رتبها له القانون أو التي قصدتها المتعاقدان³.

-1- الطلب الولي:

الطلب الولي مناط اختصاص القاضي المستعجل هو ذلك الطلب القائم على اتخاذ إجراء وقتى بالاستناد إلى وقائع قابلة للتعديل والتغيير، ويهدف إلى تحديد مركز الخصوم تحديداً مؤقتاً، والحصول على حماية قانونية مؤقتة - كنفقة مؤقتة - دون الفصل في الموضوع أو المساس به. فيمكن القول أن وقتية الطلب تدور وجوداً وعديماً مع عدم المساس بأصل الحق، فهما وجهان لعمله واحد، فالطلب الولي أو المستعجل هو الذي لا يمس أصل الحق ، والطلب الذي من شأنه المساس بأصل الحق لا يكون طلباً وقتياً، ومن ثم لا يختص به قاضي الأمور المستعجلة⁴.

-1- دور القاضي في بحث وقتية الطلب وفحص أصل الحق.

إذا كان دور القضاء المستعجل ينحصر في اتخاذ إجراء وقتى قائم على وقائع قابلة للتعديل والتغيير وتقديم حماية قانونية عاجلة دون المساس بأصل الحق، فليس معنى ذلك أن

¹ انظر عكاو والديناصوري المرجع السابق ص 132 ، د. أمينة النمر . المرجع السابق ص 240.

² عكاو والديناصوري المرجع السابق ص 132.

³ راتب ونصر الدين كامل . قضايا الأمور المستعجلة . المرجع السابق ص 36 بند 21

⁴ د. أمينة النمر . المرجع السابق ص 246 وما بعدها عند 153

ينقض يده تماماً من بحث المنازعات التي تثور أمامه بمقدمة أن بحثها فيه مساس بأصل الحق، بل يتعمّن عليه أن يبحث هذه المنازعات ويجلّ بصره في أصل الحق توصلاً لتحديد اختصاصه، بيد أن دوره في بحث أصل الحق يختلف عن دور القاضي الموضوعي، فالقاضي المستعجل يتعرض لأصل الحق - من ظاهر المستندات - حتى يتمكن من اتخاذ الإجراء الودي العاجل، فهو يتحسّن ما يبذو للوهلة الأولى أن يكون هو وجه الصواب في خصوص الإجراء المطلوب اتخاذه معبقاء أصل الحق سليماً يتضليل فيه ذوق الشأن أمام محكمة الموضوع.

فإذا فحص القاضي المستعجل ظاهر المستندات واستبان أن الحكم في الدعوى سيمس أصل الحق تعين عليه القضاء بعدم اختصاصه، أما إذا تكشف له أن الأمر ليس فيه مساس بأصل الحق وأن ما أثاره الخصم من منازعات لا يسانده ظاهر المستندات فإنه يحكم في الدعوى.

وجرى قضاء محكمة النقض المصرية على أنه "إذا أسفر الخلاف بين الخصوم عن قيام منازعة في أصل الحق المقصود حمايته بالإجراء المطلوب من القضاء المستعجل كان للقاضي أن يتناول مؤقتاً، في نطاق حاجة الدعوى المستعجلة تقدير مبلغ الجد في المنازعة، فإذا استبان له أن المنازعة جدية بحيث لم يعد أصل الحق واضحاً وضوحاً يستأهل حماية القضاء المستعجل حكم بعدم اختصاصه، وإلا اعتبر المنازعة مجرد عقبة مادية تعرّض السبيل إلى حق صريح حكم بالاختصاص وبالإجراء المطلوب".¹

-2 عدم المساس بأصل الحق مفاده طلب إجراء وقتى

فيجب أن يكون المطلوب في الدعوى المستعجلة إجراءً وقتياً، ليس فيه مساس بأصل الحق، فإذا لم يكن المطلوب إجراء وقتياً فلا يختص القضاء المستعجل.² كأن يكون المطلوب منه الفصل في أصل النزاع. ففي طلب تعيين حارس على عين متنازع على ملكيتها يختص قاض الأمور المستعجلة بالفصل في طلب الحراسة دون الفصل في الملكية.

¹ نقض مصري جلسة 15/1/1948 - مجموعة عمر - جزء خامس ص 525 مشار إليه في مؤلف راتب ونصر الدين كامل هامش (2) ص 38.
² د. محمد إبراهيم . المرجع السابق. ص 341

وفي مجال الأحوال الشخصية لا يختص القاضي المستعجل بنظر طلب التطبيق للضرر أو طلب بطلان عقد الزواج حتى ولو طلب مثل هذا الطلب بصورة مستعجلة، لأن الفصل فيه سيمس حتماً أصل الحق.

-3 التكليف القانوني للواقعة أو إساغ وصف قانوني للواقعة ، أو التصدي لمسألة محل خلاف قانوني في الفقه لا يعد بذاته ماساً بأصل الحق.

لا يعد مساساً بأصل الحق تصدي قاضي الأمور المستعجلة للقانون بالتفسيير والتطبيق الصحيح حتى ولو كان هناك اختلاف في الرأي أو جدل فقهي حول المسألة المعروضة فله أن يأخذ برأي مرجوح دون الرأي الراوح وله أن يستقل بتفسير النصوص تفسيراً ينافق تفسير الفقهاء أو أحكام القضاء... لأن هذا يدخل في عمل القاضي ونشاطه الذهني في تفسير القانون وتطبيقه .. مهما كان هذا التفسير وهذا التطبيق محل خلاف ولو قيل بغير ذلك لكان فيه حبراً على القاضي في البحث والدراسة.¹.

¹ عكاو والدناصوري. المرجع السابق ص133. كذلك راتب ونصر الدين كامل. المرجع السابق بند 24

المبحث الثاني

إجراءات الدعوى المستعجلة

أولاً: القاضي المختص بنظر دعوى الأحوال الشخصية المستعجلة:

1- الاختصاص الولائي للقضاء الشرعي بنظر منازعات الأحوال الشخصية المستعجلة: كلما انعقد الاختصاص الولائي للقضاء الشرعي - بمعناه الواسع - انعقد له الاختصاص بنظر المنازعات في المسائل المستعجلة المتعلقة بالأحوال الشخصية.

وكأصل عام فإن القضاء الشرعي يختص بالفصل في جميع المنازعات المتعلقة بالأحوال الشخصية للمسلمين، فيما عدا المنازعات المتعلقة بأصول التركة وتصفيتها فهي من اختصاص المحاكم المدنية¹. ومن ثم ينعقد الاختصاص الولائي للقضاء الشرعي بنظر كافة المسائل المستعجلة المتعلقة بالأحوال الشخصية للمسلمين فيما عدا المسائل الخاصة بالتراث.

2- القاضي المختص نوعياً بنظر الطلبات المستعجلة:

أ- القاضي المنتدب من المجلس الأعلى للقضاء وحدود اختصاصه:

صدر القانون رقم 40 لسنة 2005 بشأن تعديل بعض أحكام قانون الإجراءات أمام المحاكم الشرعية الصادر بالمرسوم بقانون رقم 26 لسنة 1986 ونص على أن يختص بنظر الدعاوى المتعلقة بتقرير نفقة وقنية أو نفقة واجبة أو أجرة حضانة أو رضاع أو مسكن أو حق الحضانة أو تسليم لصغير، قاضي ينده المجلس الأعلى للقضاء من بين قضاة المحكمة الصغرى الشرعية، وبين القانون أن هذه الدعاوى تقام بلائحة تقدم إلى قسم الدعاوى، وعلى القسم المذكور أن يقيد الدعوى في يوم تقديم اللائحة، وأن يحدد جلسة لنظرها في موعد لا يقل عن أربع وعشرين ساعة، ويجوز في حالة الضرورة القصوى تقصير هذا الميعاد بأمر من القاضي وجعله من ساعة إلى ساعة. ولا يمنع هذا من اختصاص محكمة الموضوع بالفصل في تلك المسائل التي ترفع تبعاً للطلب الأصلي². ونص القانون على أن ميعاد استئناف الأحكام الصادرة في الدعاوى المذكورة عشرة أيام من تاريخ صدورها أو من تاريخ تبليغ المحكوم عليه بها³.

¹ انظر في موضوع الاختصاص الولائي لمحاكم القضاء الشرعي تفصيلاً الشيخ علي خليفة، معين القاضي في المرافعات والإثبات أمام المحاكم الشرعية، ص 3-7.

² المادة 25 مكرراً من قانون الإجراءات أمام المحاكم الشرعية المعدل.

³ المادة 59 مكرراً من قانون الإجراءات أمام المحاكم الشرعية المعدل.

ومؤدي هذه الأحكام ذات الصبغة السريعة والمبسطة من حيث مواعيد رفع الدعاوى المشار إليها وتبليغها وميعاد الطعن في الأحكام الصادرة فيها ومن أن اختصاص القاضي المنتدب لنظرها لا يمنع من اختصاص محكمة الموضوع بالفصل فيها متى رفعت تبعاً لطلب أصلي، أن المشرع أراد أن يخلع على هذه المسائل صفة الاستعجال، فأصبحت مسائل تقرير النفقة الوقتية والنفقة الواجبة وأجرة الحضانة والرضاع والمسكن وحق الحضانة وتسليم الصغير مسائل مستعجلة بنص القانون. وأناط المشرع بالقاضي المنتدب من المجلس الأعلى للقضاء الاختصاص بنظرها، وهو ينظرها بصفته قاضياً للأمور المستعجلة.

ولما كان القاضي المنتدب لنظر المسائل المستعجلة بنص القانون وفقاً لما تقدم إنما ينظرها بصفته قاضياً للأمور المستعجلة، فيصبح مختصاً وبالتالي بنظر المسائل التي يخشى عليها من فوات الوقت متى توافر فيها شرط الاستعجال وعدم المساس بأصل الحق كأن يكون المطلوب أمامه طلب اتخاذ إجراء وقتى دون الفصل في أصل الحق أو المساس به. وتطبيقاً لهذا يجوز الالتجاء للقاضي المنتدب بصفته قاضياً للأمور المستعجلة للفصل في المنازعة على حيازة مسكن الزوجية أو الحضانة بصفة مؤقتة وبشرط عدم المساس بأصل الحق.

صفوة القول أن القاضي المنتدب من المجلس الأعلى للقضاء له أن ينظر أية منازعة وقتصية بشرط أن يتحقق من أن المطلوب فيها طلباً وقتياً وليس فيه مساس بأصل الحق، فإذا لم يكن كذلك فلا يكون القاضي مختصاً به، ويستوي في هذا، أن يكون الطلب موضوعياً أو طلب اتخاذ إجراء وقتى ولكنه يتضمن الفصل في أصل الحق أو المساس به على نحو ما سلف.

ويبثور التساؤل حول الدعوى التي ترفع أمام القاضي المنتدب بحسبانها دعوى مستعجلة ثم يتضح له تخلف شرط الاستعجال أو أن المطلوب فيها هو فصل في الموضوع لا مجرد إجراء وقتى وأن الدعوى خرجت عن اختصاصاته كقاضي مستعجل بيد أنها في نطاق اختصاصه كقاضي من قضاة المحكمة الصغرى الشرعية؟ هل يحكم رغم ذلك بعدم اختصاصه أم يتصدى للفصل في موضوعها كدعوى موضوعية، بحسبان أن له صفاتان: صفة كقاضي موضوع وصفة كقاضي أمور مستعجلة، وأن الدعوى إذا كانت قد خرجت عن اختصاصه بالنظر إلى صفتة كقاضي مستعجل، فهي لم تخرج عن اختصاصه كقاضي موضوعي؟

استقر الفقه والقضاء على أنه ما دام قد اتضح للقاضي أن المطلوب هو فصل في أصل الحق فيجب عليه أن يفصل في الدعوى بالإجراءات العادلة، ما دامت تدخل في اختصاصه كقاضي موضوعي. ويعمل الفقه هذا المنحى "بأن الدعوى وإن كانت قد رفعت إلى قاضي المحكمة الصغرى بصفته المستعجلة، إلا أنه وقد اتضح أنها في الواقع الأمر دعوى موضوعية مما يدخل في حدود اختصاصه العادي فإنه يمضي في نظرها بوصفها الجديد بصفته قاضي موضوع، إذ ليس من حسن سير القضاء والعدالة أن يقضي بعدم اختصاصه بنظر دعوى يمكن أن يرفعها في ذات الوقت، أمام المحكمة نفسها و ذات الحالة التي كانت عليها وقت صدور الحكم بعدم الاختصاص¹، بيد أنه يلزم تحديد جلسة لنظر الدعوى كدعوى موضوعية مع تنبيه الخصوم إلى هذا التغيير احتراماً لحقهم في الدفاع².

بـ- محكمة الموضوع:

الأصل العام أن محكمة الموضوع لا تختص بنظر الدعاوى المستعجلة لأنها محكمة موضوع وحسب، بيد أنه يجوز الخروج على هذا الأصل العام ويكون لمحكمة الموضوع أن تنظر الدعوى المستعجلة متى رفعت لها بطريق التبعية لدعوى أصلية مرفوعة أمامها، سواء رفعت في لائحة واحدة مع الدعوى العادلة التي تعتبر تابعة لها، أم رفعت بلائحة منفصلة بعد رفع الدعوى العادلة أو بطريق الطلبات العارضة³ وقد نص قانون الإجراءات أمام المحاكم الشرعية على أن اختصاص القاضي المنتدب من المجلس الأعلى للقضاء من قضاة المحكمة الصغرى لنظر الدعاوى المتعلقة بتقرير نفقه وقيمه أو نفقه واجبه... لا يمنع من اختصاص محكمة الموضوع بالفصل في تلك المسائل التي ترفع تبعاً للطلب الأصلي⁴. سواء رفعت الدعوى المستعجلة أمام محكمة الموضوع في لائحة واحدة أو بلائحة منفصلة أو بطريق الطلب العارض، فإنه يلزم قيام رابطه بين الطلب الموضوعي وبين الطلب المستعجل تبرر رفع الطلب الأخير إلى محكمة الموضوع بالتبعية للطلب الأول.

ثانياً: طرق رفع دعوى الأحوال الشخصية المستعجلة.

¹ في عرض أحكام القضاء الصادرة في هذا الشأن تفصيلاً:
انظر: راتب ونصر الدين كامل. المرجع السابق ص22 بند 11 ومن هذا الرأي أيضاً:

د. محمد حامد فهمي في كتاب المرافعات طبعة سنة 1938 بند 412.

د. عبد المنعم الشرقاوي. أصول المرافعات طبعة 1957 ص 224.

د. محمد العشماوي وعبد الوهاب العشماوي. قواعد المرافعات ص 245.

² المادة 25 مكرراً فقره 2 من القانون رقم 40 لسنة 2005.

³ لمادة 10 من القانون رقم 40 لسنة 2005.

⁴ د. أحمد السيد صاوي الوسيط في شرح قانون المرافعات المدنية والتجارية دار النهضة العربية 1994 ص 365 بند 204.
د. رمزي سيف: الوسيط في شرح قانون المرافعات المدنية والتجارية، دار النهضة العربية، ط 8 سنة 1968 ص 225 هامش⁽¹⁾.

تختلف طرق رفع الدعوى الأحوال الشخصية المستعجلة بحسب ما إذا كانت سترفع أمام القاضي المنتدب من قضاة المحكمة الصغرى أم سترفع أمام محكمة الموضوع بطرق التبعية لدعوى موضوعية مرفوعة أمامها:

1- رفع الدعوى أمام قاضي المحكمة الصغرى المنتدب:

يوجد فرسان لرفع الدعوى أمام قاضي المحكمة الصغرى المنتدب:

أ- الفرض الأول: رفع الدعوى وتحديد موعد لنظرها لا يقل عن أربع وعشرين ساعة:

ونقام الدعوى في هذا الفرض بلائحة تقدم إلى قسم الدعاوى، وعلى القسم المذكور أن يقيد الدعوى في يوم تقديم اللائحة في سجل المحكمة الخاص بذلك، ويحدد جلسة لنظرها في موعد لا يقل عن أربع وعشرين ساعة¹.

ولا تختلف الدعوى المستعجلة في هذا الشأن عن الدعوى العادية إلا من حيث الميعاد الذي يحدد لنظر الدعوى، فقد عمل المشرع على تبسيط وقصير إجراءات الدعوى المستعجلة بقصد الوصول إلى سرعة الفصل فيها وتوفير الحماية الوقتية التي تهدف إليها على نحو عاجل. فمبيعد نظر الدعوى المستعجلة في هذا الفرض - لا يقل عن أربع وعشرين ساعة، في حين أن الميعاد المحدد لنظر الدعوى العادية لا يقل عن ثلاثة أيام أمام المحكمة الصغرى وخمسة أيام محكمة الاستئناف أو المحكمة الكبرى وذلك غير يوم تسليم صورة الإعلان ويوم الحضور². وفيما عدم ما نقدم فتسرى الأحكام المقررة في رفع الدعوى وتبليغها على الدعوى المستعجلة³.

ب- الفرض الثاني: تحديد جلسة من ساعة إلى ساعة.

أجاز المشرع في قانون الإجراءات أمام المحاكم الشرعية في حالة الضرورة القصوى تقصير الميعاد المحدد لنظر الدعوى المستعجلة بأمر من القاضي وجعله من ساعة إلى ساعة⁴، ومؤدي ذلك أنه يجوز نظر الدعوى ولو في يوم من أيام العطلة الرسمية، أو في منزل القاضي، أو في أي مكان آخر يتفق عليه، وذلك في ساعة معينة⁵. بيد أنه من المفضل عدم اللجوء إلى هذه الطريقة في رفع الدعوى المستعجلة إلا في حالات الضرورة القصوى التي تستلزم قيام خطر فائق الجسامه ويستدعي اتخاذ إجراء تحفظي دون تأخير، ويجب على

¹ في رفع دعوى الأحوال الشخصية بطريق الطلبات العارضة: أنظر الشيخ علي خليفه. المرجع السابق ص 31.

² المادة 25 مكررا من القانون رقم 40 لسنة 2005.

³ انظر في رفع دعوى الأحوال الشخصية وإجراءاتها تقضيلا: الشيخ علي خليفه، معين القاضي في المرافعات والإثبات أمام المحاكم الشرعية المرجع السابق ص 55 وما بعدها.

⁴ المادة 25 مكررا فقره 2 من القانون رقم 40 لسنة 2005.

⁵ انظر راتب ونصر الدين كامل، قضاة الأمور المستعجلة، المرجع السابق ص 65 بند 40.

القاضي قبل الإذن بتحديد جلسة غير عادلة أن يبحث ظروف الواقعة وملابساتها لتقدير ما إذا كان يلزم اللجوء إلى هذا الطريق الاستثنائي أم لا.

2- رفع الدعوى المستعجلة بطريق التبعية:

قد ترفع الدعوى المستعجلة بطريق التبعية لدعوى أصلية، سواء بلائحة واحدة أو بلائحة منفصلة أو بمقتضى طلب عارض، وتتضمن إجراءات رفع الدعوى المستعجلة في هذا الحالة القواعد السابقة وكذلك القواعد العامة في رفع الدعوى العادلة وت bliغها.

وقد أثير التساؤل حول مدى جواز رفع دعوى مستعجلة لأول مرة أمام محكمة الاستئناف بالتبعية لدعوى موضوعية منظورة أمامها؟ سواء بلائحة أو بطريق الطلب العارض؟ يرى البعض أنه ليس لخصم أن يتقدم بطلب مستعجل لأول مرة أمام محكمة ثانية درجة، لأن إجازة ذلك من شأنه حرمان الخصم الآخر من درجة من درجات القاضي، كذلك لا يجوز للغير التدخل لأول مرة أمام محكمة ثانية درجة إذا كان تدخله هجومياً، لأن المتتدخل هجومياً يطالب بحق ذاتي لنفسه في مواجهة طرف الخصومة مما يفوت عليهما درجة من درجات القاضي، أما التدخل الانصمامي فهو جائز لأول مرة أمام محكمة ثانية درجة، لأن صاحبة لا يطلب بحق ذاتي لنفسه وإنما ينضم في الدفاع إلى أحد الخصوم بتأييد وجهة نظره وليس من شأن ذلك طرح طلباً جديداً لأول مرة على محكمة ثانية درجة. لذلك لا يجوز اختصاص الغير لأول مرة أمام محكمة ثانية درجة لما في ذلك من تقوية درجة من درجتي القاضي عليه. وأن كل هذه القواعد تسرى على الدعوى المستعجلة.¹.

ويرى البعض أن إعمال قاعدة عدم جواز إيداع طلبات جديدة وعدم جواز اختصاص الغير وعدم جواز التدخل الهجومي أمام محكمة الاستئناف إنما يكون في نطاق الطلبات الموضوعية وليس الطلبات المستعجلة التي يقصد منها مجرد اتخاذ إجراء وقتي لا يفصل في موضوع الحق ولا يمسه، فضلاً عن أن الحكم الصادر في المسألة المستعجلة ليس له أية حجية أمام محكمة الموضوع² وفي هذه الحالة يكون الميعاد المحدد لنظر الجلسة لا يقل عن أربع وعشرين ساعة ويجوز في حالة الضرورة القصوى إنقاشه من ساعة إلى ساعة، على الرغم من أن محكمة ثانية درجة هي التي تنظر الدعوى المستعجلة لأن تحديد ميعاد جلسات الدعوى المستعجلة لا يرتبط بدرجة المحكمة، وإنما يرتبط بنوع الدعوى وكونها دعوى مستعجلة.

¹ انظر راتب ونصر الدين كامل . المرجع السابق ص 73-74 بند 74 وفي شرح قواعد التدخل الهجومي والانصمامي واحتضان الغير انظر الشيخ علي خليفة، المرجع السابق ص 34 وما بعدها.

² انظر د. أمينة النمر المرجع السابق ص 263 بند 165

ثالثاً: شروط قبول الدعوى المستعجلة:

1- المصلحة كشرط لقبول الدعوى المستعجلة:

المصلحة هي الفائدة التي تعود على المدعى من الحكم له بطلباته كلها أو بعضها¹، ويلزم أن تكون المصلحة التي يهدف إليها المدعى مصلحة عملية، أما المصلحة النظرية البحثة فلا تكفي - كأصل عام - لقبول الدعوى، إذ لا يجوز أن تشغّل العدالة بالبحث في مسائل لا يكون من ورائها أيه قيمة عملية. ويلزم أن تكون المصلحة شخصية مباشرة، وان تكون حالة قائمة ومشروعة يقرها القانون²، وفي ذلك تقول محكمة التمييز البحرينية أنه يلزم لقبول الدعوى وفقاً لنص المادة الخامسة من قانون المرافعات أن يكون لصاحبها مصلحة قائمة يقرها القانون، ولا تكفي المصلحة المحتملة إلا إذا كان الغرض منها أحد أمرين: الأول للاحتجاط لدفع ضرر محقق . والثاني: الاستئثار لحق يخشى زوال دليله عند النزاع فيه³. ويلزم توافر شرط المصلحة في الدعوى المستعجلة وإلا كانت غير مقبولة شأنها في ذلك شأنه الدعوى الموضوعية، بيد أنها تختلف عن الأخيرة في أن قاضي الموضوع إذا دفع أمامه بعدم قبول الدعوى لانتفاء شرط المصلحة فإنه يتغفل ويغوص في بحث الأمر.

أما القاضي المستعجل فإنه يكتفى ببحث الدفع من ظاهر المستندات ولا يتغفل في بحث الأوراق وتحقيقها ولا ينعد لضميم أصل الحق ليتبين ما إذا كان للمدعى مصلحة في رفع دعواه من عدمه.

2- الصفة في رفع الدعوى المستعجلة.

يشترط لقبول الدعوى المستعجلة - بالإضافة إلى شرط المصلحة - أن يكون لرافعها مصلحة شخصية مباشرة، فيكون هو صاحب الحق المراد حمايته بالإجراء الوقتي المستعجل، ويعبر عن شرط المصلحة الشخصية المباشرة بشرط الصفة⁴. كما أنه يلزم أن ترفع الدعوى المستعجلة - كقاعدة عامة- على ذي صفة وإلا كانت غير مقبولة. ويكتفى القاضي المستعجل وهو يبحث شرط الصفة بالثبت من وجوده بحسب ظاهر المستندات دون التعمق في ضميم الموضوع توصلاً إلى تحديد الصفة. بخلاف قاضي

¹ انظر د. أحمد السيد صاوي. المرجع السابق ص 175 بند 96

² انظر د. عبد المنعم الشرقاوي . نظرية المصلحة في الدعوى . ص 52 بند 36

³ تمييز بحريني، الطعن 70 لسنة 1997 جلسة 10/19 1997 المجموعه، السنة الثامنة ق ص 470

⁴ انظر د. عبد المنعم الشرقاوي، نظرية المصلحة. ص262. بند262 د. السيد أحمد صادق. المرجع السابق ص181 بند 101

الموضوع الذي يغوص ويتعقق ويتحقق في اصل الحق توصلًا إلى معرفة ما إذا كانت الدعوى قد رفعت من ذي صفة وعلى ذي صفة أم لا.¹

3- أهلية التقاضي:

جرى الفقه الحديث على أن الأهلية ليست شرطًا لقبول الدعوى وإنما هي شرط لصحة مباشرة الإجراءات². وبالتالي فإن رفع الدعوى من ناقص الأهلية أو فاقدها لا يمنع من قبولها وإنما يتربّ عليه بطلان إجراءات الخصومة، وإذا فقد الخصم أهلية مباشرة الخصومة أو زالت صفة من كان يبادر الخصومة نيابة عنه، فلا يتربّ على ذلك زوال الخصومة وإنما فقط انقطاع السير فيها بقوة القانون³، هذا عن شرط الأهلية بالنسبة للدعوى الموضوعية.

أما بالنسبة للدعوى المستعجلة فلا يلزم توافر أهلية التقاضي في رفع الدعوى، إذ يكفي أن تكون له مصلحة محققة وحالة من الأجراء الواقعي المطلوب اتخاذه. ويرجع السبب في عدم اشتراط أهلية التقاضي في المدعي إلى أمرين، الأول: طبيعة الاستعجال في الطلب الواقعي وما يقتضيه من ضرورة اتخاذ إجراءات سريعة لدرء الخطر الطارئ قد تتعارض مع اشتراط توافر أهلية التقاضي العادي، والتي يلزم لها شروط معينة وتراخيص من جهات قضائية أخرى قد تستغرق وقتاً للحصول عليها. الثاني: أن الأحكام المستعجلة ليس لها أدنى تأثير على أصل الحق. ولذلك يجوز لناقص الأهلية إذا تعارضت حقوقه مع مصلحة الوصي أو القائم أو الوالي أن يلجأ إلى القضاء المستعجل لاتخاذ إجراء وقتي لحماية هذه الحقوق. كما يجوز للمحجوز عليه للسفه أو ضعف قواه العقلية أن يرفع دعوى مستعجلة بالإجراءات الواقعية التي يراها⁴.

¹ انظر د. فتحي والي الوسيط في قانون القضاء المدني دار النهضة العربية 2001 ص 50 بند 30

² انظر: راتب ونصر الدين كامل. المرجع السابق ص 80 بند 46.

³ تنص المادة 165 من قانون المرافعات البحريني على ((أن ينقطع سير الخصومة بحكم القانون بوفاة أحد الخصوم أو بعقده أهلية أو بزوال صفة من كان يبادر الخصومة عنه من الناثنين.....))

انظر: د. فتحي والي، المرجع السابق. ص 73 بند 38. كذلك د. أحمد السيد صاوي المرجع السابق ص 174 بند 174

⁴ راتب ونصر الدين كامل. قضاء الأمور المستعجلة المرجع السابق ص 84

المبحث الثالث

إجراءات نظر دعوى الأحوال الشخصية المستعجلة والحكم فيها

أولاًً نظر الدعوى

1- حضور الخصوم:

لا يلزم حضور المدعي شخصياً أمام المحكمة المستعجلة وإنما يكفي حضور وكيل عنه سواء من المحاميين أو من غيرهم من يجوز توكيلهم عن الخصوم¹ ويرى جانب من الفقه أنه يجوز حضور محامي من موكله أمام القضاء المستعجل دون توكيل اعتماد على صفتة ومراعاة لطبيعة الاستعجال في المسائل الذي يخشى عليها من فوات الوقت، على أن يكون حضوره على مسؤوليته فإذا ثبت عدم وجود تفويض له من صاحب الشأن الذي حضر عنه، ترتب على ذلك بطلان الإجراءات، ويشير صاحب هذا الرأي إلى أن محكمة الاستئناف المختلطة أخذت بهذا المبدأ وأجازت للمحامي الحضور عن موكليه في دعوى حراسة مستعجلة استناداً إلى برقية أرسلها الموكلون من الخارج إلى المحامي لتعذر عمل توكيل له في الوقت المناسب².

وإذ لم يحضر المدعي والمدعي عليه في الجلسة المحددة جاز للمحكمة شطب الدعوى وإلزام المدعي بالمصروفات الشرعية دون حاجه لإعادة تبليغ المدعي عليه.

أما إذا حضر المدعي وغاب المدعي عليه فإن ذلك لا يمنع المحكمة من الفصل في الدعوى بعد التحقيق من صحة إعلانه. كما يجوز للمحكمة - في الدعاوى المستعجلة - الحكم في الدعوى في الجلسة الأولى بناء على طلب المدعي عليه ولو تغيب المدعي.

وإذا تعدد المدعي عليهم وكان البعض قد أعلن لشخصه وبعض الآخر لم يعلن لشخصه جاز للمحكمة ان تفضل في الدعوى حتى ولو تغيب المدعي عليهم³.

2- رفع الدعوى موضوعية بالحق لا يسلب القضاء المستعجل اختصاصه متى توافت شروطه.

¹ المادة 26 من قانون الإجراءات أمام المحاكم الشرعية.

² أنظر راتب ونصر الدين كامل المرجع السابق ص 94 بند 55 وحكم محكمة الاستئناف المختلطة في 2 أبريل 1924 مشار إليه في المرجع السابق هامش 2- ص 94 وكان النزاع يتعلق بوضع حفائر لمقدمة توت عنخ أمون تحت الحراسة.

³ مفهوم المخالفة للمادة 36 من قانون الإجراءات أمام المحاكم الشرعية المعدل.

إذا رفعت دعوى موضوعية بذات الحق المرفوع به الدعوى المستعجلة فإن ذلك لا يسلب القضاء المستعجل اختصاصه بحسبان أن اللجوء إلى القضاء المستعجل إنما للحصول على حماية عاجلة لا يوفرها القضاء العادي حتى ولو قصرت مواجهته¹.

3- سلطة القاضي المستعجل في تفسير العقود والمستندات تفسيراً مؤقتاً

لمحكمة الأمور المستعجلة في سبيلها للفصل في المسألة المستعجلة المعروضة عليها الحق في تفسير العقود والمستندات المقدمة لها تفسيراً مؤقتاً ل تستظهر قصد المتعاقدين مادام تفسيرها سائغاً و مقبولاً ولم تخرج عما تحتمله عبارات العقد² ولها بحث مستندات الدعوى لتحقق من ظاهرها ما يحتمل أن يكون وجه الصواب في الطلب المعروض عليها، مادامت الأسباب التي بنى عليها الحكم سائحة و مقبولة و مؤدية إلى النتيجة التي انتهى إليها³. ولكن ليس لها أن تبحث في صحة العقود بشكل قطعي أو تفاصيل بينها لما في ذلك من مساس بأصل الحق⁴.

4- سلطة القاضي المستعجل في اللجوء إلى تحقيق الدعوى وإصدار أحكام تمهدية.

هل يجوز للقاضي أن يلجأ إلى تحقيق الدعوى بإصدار أحكام تمهدية بإحالة الدعوى إلى التحقيق أو ندب الخبراء أو الانتقال لإجراء معينة لمكان النزاع؟

يختص القضاء المستعجل بإصدار مثل هذه الأحكام بشرط أن يكون القصد منها التأكيد من شرطي الاستعجال و وقتية الطلب.

أما إذا كان القصد منها البحث في وقائع مادية أو حقوق متنازع عليها فإنه يكون قد جاوز حدود اختصاصه ومس بأصل الحق ونصب من نفسه قاضياً في الموضوع. فقاضي الأمور المستعجلة له اتخاذ إجراءات الإثبات المناسبة للتحقق من شرطي الاستعجال وعدم المساس بأصل الحق مناط اختصاصه⁵، ولا يعتبر ذلك مساساً بالموضوع إذ أن له - كما

¹ تمييز بحريني الطعن رقم 13 سنة 1990 المجموعة . السنة الأولى ص 65.

² تمييز بحريني الطعن رقم 85 لسنة 1997 المجموعة السنة الثامنة ص 553.

³ تمييز بحريني الطعن رقم 116 لسنة 1997 المجموعة السنة الثامنة ص 622.

⁴ المستشار مصطفى مجدي هرجه أحكام وأراء في القضاء المستعجل طبعة نادي القضاة 1992/91 ص 21.

⁵ تمييز بحريني الطعن رقم 86 لسنة 1999 جلسة 17 أكتوبر 1999 المجموعة السنة العاشرة ص 515 مصدر الحكم برئاسة الشيخ خليفة بن محمد آل خليفة وعضوية السادة المستشارين علي يوسف منصور وكيل المحكمة ومسعد رمضان الساعي وأحمد حسن عبد الرزاق . وكان النزاع يتعلق بدعوى إقامتها الطاعنون بصفة مستعجلة بالغاء الترخيص الصادر بفتح صالة أمغارس وأفراح وخلافات لما تسببه من ضوضاء وصخب وإزعاج حتى ساعات متأخرة من الليل بما يلحق بهم أضراراً محققة مما يتواافق به ركن الاستعجال - الخطر العاجل - المبرر لاختصاص القضاء المستعجل وطلبوا انتقال المحكمة للمعاينة أو ندب خبير للتحقق من وجود الإزعاج - وقد رفض القاضي المستعجل هذا الطلب لمساسه بأصل الحق وتأييد الحكم استثنافياً. بيد أن الحكم نقض من محكمة التمييز وقررت - ويتحقق - أن " من المقرر توافر شرطي الاستعجال و عدم المساس بأصل الحق مناط اختصاص القضاء المستعجل متعلق بالظامن العام يلتزم قاضي الأمور المستعجلة بحثه للبت في مسألة اختصاصه . وإذا قام أمامه نزاع حول وجود الخطر المحدق بالحق المراد حمايته الذي يتتحقق به الاستعجال في الدعوى ولم يستطع أن يستظهره من المستندات فله أن يتخذ من إجراءات الإثبات ما يراه مناسباً للتحقق =

لمحكمة الموضوع - أن يبحث أوجه الدفاع التي تثار أمامه بقصد منعه من الحكم في الدعوى. وله في سبيل الرد على هذه الدفوع أن يتخذ إجراءات الإثبات كالانتقال إلى محل النزاع لإجراء معينة أو ندب خبير أو سماع الشهود.¹

أما إذا كان القصد من اتخاذ إجراءات التحقيق والإثبات تقرير حق أو نفيه فإنه يكون قد خرج عن اختصاصه ومس بأصل الحق²، وفي ذلك تقول محكمة النقض المصرية "إذا جاز للقاضي المستعجل أن يبحث مستندات الخصوم بحثاً عرضياً يتحسس به ما يحتمل لأول نظرة أن يكون هو وجه الصواب في الطلب المعروض عليه، فإنه يمتنع عليه أن يأمر بإجراء مقتضاه تطبيق هذه المستقرات على الطبيعة لمعرفة ما إذا كانت تنطبق على عين النزاع إذ لا تنطبق لمساس ذلك أصل الحق، بل أن عليه في هذه الصورة أن يترك الأمر لقاضي الموضوع".³

5- سلطة القاضي المستعجل بتحليف اليمين الحاسمة أو المتممة
لا يختص القضاء المستعجل بالحكم بتحليف اليمين الحاسمة أو المتممة لتعلق الأمر بإجراءات قطعية ماسة بالموضوع مما يخرج عن ولايته.⁴

6- الطعن بالتزوير أو الإنكار

يمتنع على القاضي المستعجل أن يفصل في الطعن بالتزوير أو الطعن بالإنكار لأن الفصل فيها يقتضي حتماً الحكم بصحة السند المطعون فيه أو برده وبطلانه وهذا وذلك قضاء في أصل الحق يخرج عن ولاية القضاء المستعجل. بيد أنه وإن كان ممنوعاً من الفصل في موضوع الطعن بالتزوير أو الإنكار إلا أنه يختص - في حدود الطلب المستعجل المطروح عليه - أن يتحسس ظاهر المستندات لا ليقضي في الطعن بصحته أو عدم صحته، بل ليستبين من ظاهر المستندات مدى مبلغ الجد في الطعن، بمعنى هل هو طعن جدي

= من توافر وجه الخطأ. ولا يعتبر ذلك مساساً بأصل الحق مادام المقصود منه هو مجرد تتویر الدعوى للبث في مسألة الاختصاص وليس إثباتاً لحق متنازع عليه بين الخصوم فإذا كان ذلك وكان الحكم المطعون فيه قد ثفت عن طلب الطاعنين إجراء المعينة للتحقق من وجود حالة الإزعاج الذي يتمثل بها الخطأ المحدق بحقوقهم وأيد الحكم الابتدائي فيما ذهب إليه تأسياً لقضائه أنه يحرم على القضاء المستعجل إجراء تحقيق حول واقعة الإزعاج لمساسه بأصل الحق فإنه يكون قد أخطأ في تطبيق القانون مما يوجب نقضه.

¹ د. أمينة النمر . المرجع السابق . ص 257 بند 161 . راتب ونصر الدين كامل . المرجع السابق ص 8 بند 3 . د. عبد محمد القصاص، الوسيط في قانون المرافعات المدنية والتجارية، الناشر دار النهضة العربية ، الطبعة الأولى 2005 ص 310 بند 166 .

² د. أمينة النمر . المرجع السابق . ص 257 بند 161 .

³ نقض مصرى رقم 202 لسنة 20 ق جلسه 10/1/1952 مجموعة أحكام النقض السنة الثالثة ص 383 .

⁴ انظر الأستاذين صلاح الدين بيومي واسكندر سعد زغلول الموسوعة في قضاء الأمور المستعجلة. الطبعة الثانية 1971 ص 73 محمد عبد اللطيف القضاة المستعجل، الطبعة الأولى بند 560 كذلك محمد علي رشدي قاضي الأمور المستعجلة، الطبعة الأولى، بند 808 أيضاً مصطفى مجدى هرجه المرجع السابق ص 25 .

أو طعن غير جدي قصد به مجرد إخراج المنازعة من اختصاصه¹. فمثلاً إذا رفعت المدعية دعواها المستعجلة بطلب تقرير نفقة وقتيبة لها على سند من أنها زوجة للمدعي عليه بصحيف العقد الشرعي والمقدم في الدعوى أو المقدم صورة منه فيها فائنكر المدعي عليه علاقة الزوجية وطعن بالتزوير على وثيقة عقد الزواج وبالتالي لا تستحق نفقة، فان القاضي المستعجل وإن كان لا يملك أن يبيت في هذا الطعن بالتزوير والقضاء بصحة العقد أو بطلانه إلا انه يملك فحص ظاهر المستندات كي يتعرف ما إذا كان الطعن غير جدي قصد به مجرد عرقلة اختصاصه أم أنه طعن جدي.

فإذا استبان له من ظاهر المستندات أن عقد الزواج صحيح وأن الطعن بالتزوير ماهو إلى عقبه أراد بها المدعي عليه إخراج النزاع من اختصاص القاضي المستعجل فإنه يقضي في الدعوى بتقرير نفقة، إما إذا اتضح له جدية الطعن أو أن الطعن يحتمل الصحة ويحتمل عدم الصحة ولم يستطع - من ظاهر المستندات ترجيح احتمال على آخر ترجحاً مطمئناً، فإن الأمر - في الحالتين - يكون محتاجاً لتدخل محكمة الموضوع، من ثم يقضي بعدم اختصاصه.

7- سلطة القاضي المستعجل في التصديق على عقد الصلح:

نصت المادة 46 من قانون الإجراءات أمام المحاكم الشرعية على أن "للخصوم أن يطليوا إلى المحكمة في أية حالة عليها الدعوى إثبات تصالحهم أو أي اتفاق آخر في محضر الجلسة ويقع منهم أو من وكلائهم المفوضين بالصلح. فإذا كانوا قد كتبوا ما اتفقا عليه صدقت المحكمة على المكتوب وألحق بمحضر الجلسة بعد إثبات فحواه فيه. ويكون لمحضر الجلسة قوة السند التنفيذي".

الراجح أن القضاء المستعجل له سلطة التصديق على اتفاق الصلح وإلحاده بمحضر الجلسة واثبات محتواه فيه وجعله في قوة السند التنفيذي، وسواء انصب اتفاق الصلح على مسألة مستعجلة داخلة في اختصاصه أو على مسألة موضوعية².

ثانياً : الحكم في الدعوى المستعجلة:

1- مدى جواز صدور الحكم المستعجل بمنزل القاضي:

¹ محمد علي راتب د. محمد نصر الدين كامل / قضاة الأمور المستعجلة المرجع السابق ص 107 بند 66.

² انظر مصطفى هرجه . المرجع السابق ص 463 بند 1027، وفي التصديق على عقد الصلح أمام القاضي الشرعي بصفة عامة: انظر: الشيخ علي خليفة، المرجع السابق. ص 76 – 78 .

نص قانون الإجراءات أمام المحاكم الشرعية على أن يختص بنظر الدعاوى المتعلقة بتقرير نفقه وقته أو نفقة واجبة أو أجرة حضانة أو رضاع أو مسكن أو حق الحضانة أو تسليم لصغير ، قاضي ينديه المجلس الأعلى للقضاء من قضاة المحاكم الصغرى الشرعية، وحدد القانون ميعاداً قصيراً لنظر هذه الدعاوى. وأجاز في حالة الضرورة تقصير ميعاد الجلسة بأمر من القاضي وجعله من ساعة إلى ساعة¹. ومؤدى ذلك أنه يجوز للقاضي نظر الدعوى المستعجلة في غير أيام العمل الرسمية. وفي منزله .. أو في أي مكان آخر يتفق عليه. وذلك في ساعة معينة. الأمر الذي يثير التساؤل حول الإجراءات الواجب إتباعها في هذا الفرض. وشكل الحكم المحتمل صدوره آنذاك.

سكت المشرع عن تنظيم الإجراءات الواجب إتباعها في مثل هذا الفرض في سبيل إصدار الحكم المستعجل، وشكل الحكم. ويرى الفقه أن الأحكام المستعجلة التي يصدرها القاضي بالمنزل يصدرها بعد سماع أقوال الخصوم في جلسة خاصة في غياب الكاتب. ويفسر بمنطق الحكم على ورقة الإعلان. ثم يسلم الأوراق بعد ذلك إلى قسم الكتاب لقيدها في السجل المعد لذلك ولطباعة الحكم تمهدأ لتوقيعه². ولكن أرى أنه من المناسب خاصة بعد تقدم سبل الاتصال أن يتم الاتصال هاتفياً بكاتب الجلسة، وينقل الجميع إلى مقر المحكمة حيث يتم عقد الجلسة بأحد القاعات أو المحاكم ومن السهل ترتيب هذه الأمور سلفاً بناء على تعليمات من مجلس القضاء.

ويجوز لمحكمة التنفيذ بناءً على طلب الخصوم، في أحوال الاستعجال أو في الأحوال التي يكون فيها تأخير التنفيذ ضاراً أن تأمر بتنفيذ الحكم بموجب مسودته بغير تبليغ، وفي هذه الحالة يسلم الكاتب المسودة لقسم التنفيذ، وعلى القسم المذكور أن يردها بمجرد الانتهاء من التنفيذ³.

2 - مشتملات الحكم

يخضع الحكم المستعجل لما تخضع له سائر الأحكام من حيث شروط إصداره والنطق به وتسويبيه وتحريره وبياناته وصوره مع ملاحظة عدم جواز مساس أسبابه بأصل الحق لأنه حكم وقتي قائم على الاحتمال والترجيح. ويكون الحكم مشمولاً بالنفاذ المعجل بقوة القانون عملاً

¹ المادة 25 مكرراً من قانون الإجراءات أمام المحاكم الشرعية رقم 26 لسنة 1986 المعدل بالقانون رقم 40 لسنة 2005.

² انظر: محمد علي راتب ومحمد نصر الدين كامل . المرجع السابق ص 119 بند 73.

³ المادة 265 من المرسوم بقانون رقم 12 لسنة 1971 بإصدار قانون المرافعات المدنية والتجارية.

بالمادة 2/245 من قانون المرافعات ومن ثم لا يلزم النعي على ذلك في منطوق الحكم. ولكن يجب أن يبين في الحكم أنه صدر في مسألة مستعجلة.¹

3 - طبيعة الحكم المستعجل .. عمل قضائي مؤقت

الأحكام المستعجلة مؤقتة بطبيعتها تستهدف درء ضرر مؤكد قد يتذرع تداركه أو إصلاح آثاره فيما لو ترك حتى يفصل فيه القضاة الموضوعي. وبالرغم من أن الأحكام المستعجلة مؤقتة بطبيعتها بيد أنها أعمال قضائية بالمعنى القانوني. وبالتالي يلزم صدورها وفقاً للقواعد الإجرائية المقررة من حيث تحقيق دفاع الخصوم والمرافعة والمداولة بين الأعضاء في حالة تعددهم أو من حيث تسببها أو إصدارها في جلسة عانية، إلى آخر ذلك من القواعد الإجرائية.².

4 - حجية الحكم المستعجل

تختلف حجية الحكم المستعجل بحسب ما إذا كان يراد التمسك بهذه الحجية أمام القضاء المستعجل أم يقصد التمسك بها أمام القاضي الموضوعي الذي يفصل في أصل الحق:

أ- حجية الحكم المستعجل أمام القاضي المستعجل:

يحوز الحكم المستعجل حجية الأمر المضيق أمام القاضي المستعجل بالنسبة للطلب الوقتي الذي فصل فيه، فهو ملزم للقاضي الذي أصدره فليس له أن يعدل عنه أو يغير فيه، كما أنه ملزم لطرف الخصومة إذ لا يجوز لهم رفع دعوى جديدة بذات الطلبات المستعجلة التي فصل فيها، بيد أن هذه الحجية هي حجية مؤقتة مرهونة ببقاء الظروف التي صدر الحكم المستعجل على أساسها، فإذا تغيرت هذه الظروف فإنه يجوز عرض الأمر من جديد على القضاء المستعجل؛ ليصدر حكماً آخر يلائم ما جد من ظروف.³

ولذلك يختص القاضي المستعجل في جميع الحالات التي يختص فيها بتقرير نفقة وقية أو نفقة واجبة أو أجرة حضانة أو رضاع أو مسكن وأن يصدر حكماً جديداً بزيادة أو تخفيض النفقة أو الأجرة التي سبق أن قدرها أو بإلغائها متى تغيرت الظروف التي صدر الحكم السابق

¹ في البيانات الجوهرية التي يجب أن يتضمنها الحكم أنظر :

الشيخ علي خليفة - معين القاضي في المرافعات والإثبات أمام المحاكم الشرعية، المرجع السابق ص 83 وما بعدها.

² أنظر المواد من 40 إلى 53 من قانون الإجراءات أمام المحاكم الشرعية.

³ أنظر: د.رمزي سيف ، المرجع السابق ص 688 بند 505 – د. فتحي والي المرجع السابق ص 145 بند 88 د. أحمد السيد صاوي ، المرجع السابق ص 655 بند 444 – د. محمد إبراهيم ، المرجع السابق ص 348 – محمد علي راتب و محمد نصر الدين كامل ، المرجع السابق ص 120 بند 74

على أساسها¹، ولا يمثل الحكم الجديد مساسا بحجية الحكم السابق ... لاختلاف السبب في الدعوى الجديدة عنه في الدعوى السابقة².

أما إذا بقيت الظروف التي صدر على أساسها الحكم المستعجل دون تغيير؛ فيظل الحكم حجيتها؛ وأي حكم مستعجل آخر يصدر بالمخالفة لهذا الحكم يعد مناقضا له بما يستوجب الإلغاء وسواء كان الحكم الثاني صادرا عن ذات المحكمة التي أصدرت الحكم الأول أو عن محكمة أخرى³.

ب - لا حجية للحكم المستعجل أمام قاضي الموضوع :

يؤيد الفقه ما جرى عليه القضاء من أن الأحكام الصادرة من القضاء المستعجل لا تقييد قاضي الموضوع وهو يفصل في أصل الحق؛ لأنها أحكام وقتية لا تمس أصل الحق. وتقرر محكمة النقض المصرية في هذا الصدد أن الأصل في الأحكام الصادرة من القضاء المستعجل أنها ذات حجية مؤقتة إذ أنها تتحسس النزاع من ظاهر الأوراق دون المساس بالحق، ومن ثم فهي لا تقييد المحكمة وهي تقضي في أصل الحق⁴.

5 - الحكم بعدم الاختصاص بنظر الطلب والحكم بعدم اختصاص القضاء المستعجل لأن الطلب موضوعي .

مناط اختصاص القاضي المستعجل أن يكون المطروح أمامه اتخاذ إجراء عاجل لا يمس أصل الحق الذي يترك لذوي الشأن يتناضلون فيه أمام القضاء الموضوعي، فإذا تكشف له أن الإجراء المطلوب ليس عاجلا - لعدم توافر شرطي الاستعجال وعدم المساس بأصل الحق - حكم بعدم اختصاصه بنظر الطلب، ويعتبر حكمه هذا منهايا للنزاع المطروح عليه بحيث لا يبقى منه ما تصح إحالته لمحكمة الموضوع، أما إذا تبين أن المطلوب بحسب الطلبات الأصلية أو المعدلة فصل في أصل الحق فيتعين عليه أن يتخلى عن الفصل في الدعوى ويحكم بعدم اختصاصه بنظرها ويعيلها إلى محكمة الموضوع المختصة بالطلب المعروض⁵.

وتقرر محكمة النقض المصرية أنه "إذا كان البين من الأوراق أن الدعوى رفت ابتداء أمام القضاء المستعجل لطريقين هما الطرد والتسليم وكان الطبيان مؤسسين على ملكية المدعي

¹ انظر : عكار والدناصورى ، المرجع السابق ، ص 25.

² انظر : د. عبد القصاص ، الوسيط ، المرجع السابق ، ص 315.

³ انظر د. عبد محمد القصاص . تنقض الأحكام . الناشر دار النهضة العربية ص 28 بند 13.

⁴ نقض مدنى 23/2/1967 مجموعة أحكام النقض ، السنة 18 ص 485 ، نقض مدنى 14/5/1980 مجموعة أحكام النقض ، السنة 30 ص 1358 ، نقض مدنى 24/12/1977 مجموعة أحكام النقض ، السنة 28 ص 1877.

⁵ انظر د. محمد إبراهيم - المرجع السابق . ص 350 كذلك نقض مصرى جلسه 20/6/1979 مجموعة أحكام النقض السنة 30 ص 689.

للأطيان موضوع النزاع وغضب المدعي عليه لها فإنهما بهذه المثابة طلبات موضوعيان رفعا خطأ إلى محكمة الأمور المستعجلة حال أن المحكمة المختصة بهما هي محكمة الموضوع ويكون الحكم إذا قضى بعد اختصاصه بنظرهما والإحالة قد أصاب صحيح القانون¹.

6- مصاريف الدعوى المستعجلة :

اختلف الفقه بشأن مدى اختصاص القاضي المستعجل بالحكم بمصاريف الدعوى المستعجلة، فذهب البعض إلى عدم اختصاصه لأن عمله يجب ألا يتتجاوز الحكم باتخاذ إجراء وقتى تحفظى في حين أن الحكم بالمصاريف يعني قضاء قطعى في الالتزام بها. ويدعوه البعض الآخر إلى اختصاص القاضي المستعجل بالفصل في المصاريف بحسبان أنها مسألة مقررة عن الطلب الوقتي، وأن قاضي الأصل هو قاضي الفرع، أما الفقه الغالب والراجح فيرى عدم وضع قاعدة ثابتة في هذا الخصوص تسرى على جميع الحالات، بل يجب بحث كل حالة على حده فإذا كان الإجراء الوقتي الذي يفصل فيه القاضي المستعجل يتطلب عرضه على محكمة الموضوع تعين إرجاء الفصل في المصاريف وترك أمر الفصل فيها لمحكمة الموضوع، لأن الحكم في المصاريف حينئذ يعد ماساً بأصل الحق وفصلاً فيه، أما إذا كان الإجراء الوقتي المنتظر لا يتحمل عرضه على محكمة الموضوع، كما لو كان النزاع قد انتهى صلحاً أمام القضاء المستعجل، أو كان القضاء المذكور مختصاً بالفصل في النزاع بنص القانون فيجب الحكم بالمصاريف².

ولما كان اختصاص القاضي المنتدب من قبل المجلس الأعلى للقضاء للفصل في المنازعات التي نص عليها قانون الإجراءات أمام المحاكم الشرعية إنما هو اختصاص محدد بنص القانون، وبالتالي يجب عليه عند إصدار الحكم أن يحكم بإلزام المحكوم عليه بالمصاريف. وعملاً بالمادة 53 من قانون الإجراءات أمام المحاكم الشرعية.

وقد أتيح لمحكمة التمييز البحرينية أن تتصدى لهذه المسألة وكان الأمر يتعلق بطبعن في حكم مستعجل بفرض الحراسة القضائية على شركة، وكان موضوع الطعن صالحًا للفصل فيه، وانتهت المحكمة إلى أن القضاء في الطلبات المطروحة " يقتضي المساس بأصل الحق المتنازع عليه وهو ما يمتنع على القضاء المستعجل الأمر الذي يتعين معه إلغاء الحكم

¹ تقض مصرى جلسة 1977/6/22 - مجموعة أحكام النقض السنة 28 ص 1470

² في عرض هذا الخلاف الفقهي انظر : راتب ونصر الدين كامل ، المرجع السابق ص 110 وما بعدها بند 70 .

المستأنف والقضاء بعدم الاختصاص بنظر الداعي. مع إلزام المطعون ضده الأول بمصاريف الطعن ومصاريف الداعي المستعجلة عن الدرجتين¹.

طرق الطعن في الأحكام المستعجلة

1- الأحكام المستعجلة أحکام قضائية:

الأحكام المستعجلة وإن كانت أحكاماً وقتية لا تمس أصل الحق بأي حال من الأحوال ولا تحسم موضوع النزاع بل تتركه لذوي الشأن يتناضلون فيه أمام محكمة الموضوع، بيد أنها أحكام قضائية بالمعنى القانوني، وإن كانت بعض أحكام المحاكم قد جرت على إصدارها في شكل قرارات إلا أنه يجب تسبيبها شأنها شأن سائر الأحكام القضائية، ويجب أن يتوافر فيها كافة البيانات اللازمة، وهي ملزمة للخصوم ومقيدة للمحكمة التي أصدرتها فلا يجوز العدول عنها أو تعديلها إلا إذا تغيرت الظروف التي صدرت على أساسها، وهي تقبل الطعن بالاستئناف.

2- لا يجوز الطعن أو الاعتراض أو التماس إعادة النظر في الأحكام المستعجلة:

الغى المشرع طريق الطعن بالاعتراض عموماً كطريق من طرف الطعن²، كما نص صراحة على عدم جواز الطعن بالاعتراض أو بالتماس إعادة النظر في الأحكام المستعجلة الصادرة بتقرير نفقة وقنية أو نفقة واجبة أو أجرة حسانة أو رضاع أو مسكن أو حق الحسانة أو تسليم لصغير³، والحكمة في عدم جواز الطعن في الأحكام المستعجلة بطريق التماس المادة النظر أن هذا الطريق طريق طعن غير عادي ولا ينطبق إلا على الأحكام الفاصلة في موضوع الحق، أما الأحكام المستعجلة فهي أحكام مؤقتة بطبعتها، ويجوز الحكم على خلافها من محكمة الموضوع، كما يجوز العدول عنها أو تعديلها من ذات المحكمة المستعجلة التي أصدرتها فيما لو تغيرت الظروف التي صدرت على أساسها. وأن ظهور حالة من حالات التماس إعادة النظر يعد مبرراً للعدول عن الحكم المستعجل لا الطعن فيه بطريق الالتماس.

كيف يرفع الاستئناف:

يرفع الاستئناف عن الحكم المستعجل بلائحة تقدم لقسم الدعاوى، وعلى القسم المذكور أن يقيد الاستئناف في يوم تقديم اللائحة في السجل الخاص بذلك، ويحدد جلسة

¹ تمييز بحريني جلسة 12/5/1999 - الطعن رقم 147 لسنة 1999 المجموعة ، السنة العاشرة ص 633.

² المادة 59 مكرراً من قانون الإجراءات أمام المحاكم الشرعية المعدل.

³ المادة 59 من قانون الإجراءات أمام المحاكم الشرعية المعدل.

لنظرها في موعد لا يقل عن أربع وعشرين ساعة، ويجوز في حالة الضرورة القصوى تقصير هذا الميعاد بأمر من القاضي وجعله من ساعة إلى ساعة، ويبلغ المستأنف بالحضور عند تقديم اللائحة، ويتم ذلك بالتأشير بالعلم على أصل لائحة الاستئناف، ويتم تبليغ المستأنف عليهم بلائحة الاستئناف وبالحضور معاً. ويجب أن تتضمن لائحة الاستئناف كافة البيانات اللازمة كالشأن في الاستئنافات العادية.

ميعاد الاستئناف:

ميعاد الاستئناف عن الأحكام الصادرة في الدعاوى المستعجلة عشرة أيام¹ من تاريخ صدور الحكم الحضوري أو من تاريخ تبليغ الحكم المعتبر حضورياً إلى المحكوم عليه، ويكون إعلان الحكم لشخص المحكوم عليه أو في محل إقامته أو في محله المختار².

¹ المادة الثالثة من القانون رقم 40 لسنة 2005.

² المادة 25 مكررا فقرة 3 من قانون الإجراءات أمام المحاكم الشرعية المعدلة.

الفصل الثالث
الدفوع والطلبات
المبحث الأول
الطلبات في الدعوى الشرعية

الطلب بمعناه الواسع:

يقصد بالطلب بمعناه الواسع كل ما يطرحه أطراف الخصومة على المحكمة من طلبات موضوعية أو إجرائية أو متعلقة بسير الخصومة أو الإثبات أو ما يقدمه الخصوم من دفاع أو دفع. ومن أمثلة الطلبات الموضوعية طلب الحكم بفرض نفقة أو ثبوت نسب، ومن أمثلة الطلبات الإجرائية طلب الحكم بوقف الخصومة أو بعدم سماع الدعوى ، أما الطلبات المتعلقة بسير الخصومة فمثل طلب الضم أو التأجيل لتقديم مذكرات، ومن أمثلة الطلبات المتعلقة بالإثبات طلب سماع الشهود أو توجيهه اليمين الحاسمة، وقد يطلق الطلب على كل ما يقدمه الخصوم من دفاع ودفع مثل الدفع بعدم الاختصاص أو الدفع بعدم القبول او طلب الإحالة لدائرة أخرى للارتباط.

الطلب القضائي بمعناه الدقيق:

الطلب القضائي بمعناه الفني الدقيق هو ما يعرضه الخصم من ادعاءات على القضاء طالباً الحكم له قبل خصمه. وهذه الطلبات قد تكون طلبات أصلية تفتح بها الخصومة، وقد تكون طلبات عارضة تبدى أثناء سير الخصومة.

1- الطلبات الأصلية:

وهي التي تطرح على القضاء بناء على طلب من خلال لائحة أو طلب استصدار أمر على عريضة، وقد تشتمل اللائحة على طلب واحد أو عدة طلبات، كما أن الطلبات الأصلية قد تعرض من خلال لائحة واحدة أو عن طريق تقديم عدة لوائح تشتمل كل منها على طلب واحد.

ويطلق على الطلبات الأصلية - كما سبق القول - الطلبات المفتوحة للخصومة، لأنها أول ما يتخذ في الخصومة من إجراءات، وتنشأ عنها دعوى لم تكن قائمة من قبل. وبالرغم من أن الدفوع التي تبدى من المدعى عليه قد تتضمن - أحياناً - طرح ادعاء موضوعي على القضاء، كأن يدفع المدعى عليه ببطلان عقد الهبة الذي يتمسك به المدعى،

فإن مثل هذا الدفع لا يغير من نطاق الخصومة بالإضافة ادعاء بحق جديد إليها، وإنما يدور حول أحقيّة ما يطالب به من ادعاء.

2- الطلبات العارضة :

وهي الطلبات التي تطرح على المحكمة أثناء سير الخصومة، فهي تقتضي وجود خصومة قائمة قبل إبدائها فيتم طرحها على القضاء أثناء سير هذه الخصومة وفقاً للحالات والضوابط التي يقرها القانون.¹

وتتميز الطلبات العارضة بما يلي:

أ- تقدم الطلبات العارضة أثناء خصومة قائمة.

وهذا ما يميزها عن الطلبات الأصلية التي تفتح بها خصومة جديدة.

ب- قد تبدي الطلبات العارضة من المدعى وتسمى بالطلبات الإضافية، وقد تقدم من المدعى عليه وتسمى بالطلبات المقابلة.

ج- تؤدي الطلبات العارضة سواء من المدعى أو من المدعى عليه إلى تغيير نطاق الخصومة من ناحية موضوعها أو من ناحية سببها أو من ناحية أطرافها.

د- تقدم الطلبات الأصلية من خلال الإجراءات العادلة لرفع الدعاوى، بلائحة تقدم إلى قسم تسجيل الدعاوى². أما الطلبات العارضة فلا يشترط إبداؤها بلائحة تقدم إلى قسم تسجيل الدعاوى، وإنما يجوز تقديمها في الجلسة وإثباتها في محضرها ثم إعلان الخصم الغائب بها وفقاً للقواعد المقررة في إعلان لوائح الدعاوى³.

ميعاد تقديم الطلبات العارضة وشروط قبولها.

يجب تقديم الطلبات العارضة سواء من المدعى أو من المدعى عليه قبل إغلاق باب المرافعة. ومن ثم فإذا ما قررت المحكمة قفل باب المرافعة وحجز الدعوى للحكم امتنع على الخصوم تقديم أي طلب عارض فيها، حتى ولو كان هناك تصريح من المحكمة بتقديم مستندات أو مذكرات خلال أجل معين بعد تاريخ إغلاق باب المرافعة⁴.

¹ انظر في تعريف الطلبات العارضة: د.رمزي سيف، الوسيط في شرح قانون المرافعات المدنية والتجارية، دار النهضة العربية، الطبعة الثامنة، 1968 بند 286 ص 333. د. فتحي والي، الوسيط في قانون القضاء المدني، طبعة نادي القضاة، بند 273 ص 461. د. أحمد أبو الوفا، المرافعات المدنية والتجارية، الطبعة الرابعة عشر، منشأة المعارف بالإسكندرية 1986، بند 170 ص 181.

² المادة 1 من الرسوم بقانون رقم 26 لسنة 1986 بشأن الإجراءات أمام المحكمة الشرعية.

³ المادة 2/38 من قانون الإجراءات أمام المحاكم الشرعية.

⁴ د. عبد القصاص، الوسيط في قانون المرافعات المدنية والتجارية، دار النهضة العربية، الطبعة الأولى، بند 293 ص 589.

إلا أن المستقر عليه فقهاً وقضاء أن باب المراجعة في الدعوى لا يعتبر مقوولاً إلا إذا حجزت المحكمة الدعوى للحكم دون التصریح للخصوم بتقدیم مذكرات، أو بانتهاء الأجل الذي صرحت للخصوم بتقدیم مذكرات خلا_____.¹ ذلك أن "الخصوم أن يعدلوا طلباتهم أثناء نظر الدعوى وكذلك في مذكراتهم أثناء حجز الدعوى للحكم متى كانت المحكمة قد رخصت بتقدیم مذكرات في أجل معین ولم ينته هذا الأجل وكان الخصم المقدم ضده طلبات قد اطلع عليها وعلم بها، إذ يمتع على الخصوم تعديل الطلبات إلى ما بعد قفل باب المراجعة- شفوية كانت أو كتابية- وهو لا يعد مقوولاً في حالة الترخيص للخصوم بتقدیم مذكرات في فترة حجز القضية للحكم إلا بانتهاء الأجل الذي حدّته المحكمة لتقدیم مذكرات فيه"² مع ملاحظة أن للمحكمة الحق في فتح باب المراجعة من جديد لتمكين الخصم من تقديم طلبه العارض طالما أنها رأت ضرورة لذلك. وإذا أعيدت القضية للمراجعة من جديد عاد إلى كل ذي شأن الحق في إيداع الطلبات العارضة.

ويشترط لقبول الطلب العارض وجود مصلحة لصاحبـه فيه، باعتبار أن المصلحة هي شرط لازم لقبول أي دعوى أو دفع أو طلب. فإذا انتفت المصلحة كان الطلب العارض غير مقبول. ولا يترتب البطلان أو عدم القبول على عدم قيد الطلب العارض بقسم الكتاب، متى كان قد قدم إلى المحكمة في الجلسة في حضور الخصوم وتم إثباتـه في محضرـها، أو في مذكرة قدمت بجلسـة المراجـعة وـسلمـ الخصم صورـة منها أو اطلعـ عليها.³

الطلب الاحتياطي والطلب الأصلي والطلب العارض.

قد يطرح الخصم على القضاء عدة طلبات، ويتمسـك بصفـة أصلـية بالـحكم في إحدـاها أو بعضـها وبـصفـة احتـياطـيةـ الحكمـ فيـ الـطـلـبـ الآـخـرـ أوـ باـقـيـ الـطـلـبـاتـ.ـ كـمـنـ يـطـلـبـ الحـكـمـ بـصـفـةـ أـصـلـيـةـ بـبـطـلـانـ عـقـدـ هـبـةـ وـبـصـفـةـ اـحـتـيـاطـيـةـ بـفـسـخـهـ.ـ وـبـعـبـارـةـ أـخـرـىـ فـهـوـ يـطـلـبـ بـدـاءـةـ الحـكـمـ لـهـ بـالـطـلـبـ الأـصـلـيـ،ـ وـفـيـماـ لـوـ رـفـضـ هـذـاـ الـطـلـبـ الأـصـلـيـ فـإـنـهـ يـطـلـبـ الحـكـمـ لـهـ بـالـطـلـبـ الـاحـتـياـطـيـ.ـ وـيـتـرـتـبـ عـلـىـ ذـلـكـ أـنـ لـاـ يـجـوزـ لـلـمـحـكـمـةـ أـنـ تـقـصـلـ فـيـ الـطـلـبـ الـاحـتـياـطـيـ إـلـاـ فـيـ حـالـةـ رـفـضـ الـطـلـبـ الأـصـلـيـ.ـ أـمـاـ إـذـاـ أـجـابـ الـخـصـمـ إـلـىـ طـلـبـ الأـصـلـيـ اـمـتـنـعـ عـلـىـهـ النـظـرـ فـيـ الـطـلـبـ الـاحـتـياـطـيـ.

ويلتقي الطلب الاحتياطي والطلب الأصلي والطلب العارض في أن جميعـهمـ منـ الـطـلـبـاتـ المـوـضـوعـيـةـ وـلـيـسـ مـنـ الـطـلـبـاتـ الإـجـرـائـيـةـ أوـ المـتـعـلـقـةـ بـالـإـثـبـاتـ أوـ بـسـيرـ الـخـصـومـةـ،ـ بـيـدـ أـنـ

¹ محمد كمال عبد العزيز، *تقدير المراجعتين في ضوء القضاء والفقه*، الجزء الأول، طبعة نادي القضاة ص 770.

² نقض مدنی مصري جلسة 1966/2/24 مجموعة أحكام النقض الصادرة عن المكتب الفني السنة 17 ص 467.

³ نقض مدنی مصري جلسة 1986/5/7 مجموعة أحكام النقض الطعن 3399 لسنة 52 ق مشار إليه من مؤلف محمد كمال عبد العزيز، المرجع السابق ص 772.

الطلب الاحتياطي لا يعد مطروحاً على المحكمة - رغم التقدم به إليها - إلا إذا رفضت
الطلب الأصلي.

ويجب على محكمة الاستئناف إذا ألغت الحكم الصادر في الطلب الأصلي أن تعيد القضية
إلى محكمة الدرجة الأولى لتفصل في الطلبات الاحتياطية¹ لأنها لم تبحثه ولم تقل كلمتها فيه
فقد حجبها عن نظره إجابتها للطلب الأصلي، ومن ثم فهي لم تستند ولايتها بالنسبة له، وحتى
لا يحرم الخصوم من إحدى درجات التقاضي، ولأن الاستئناف لا يطرح على محكمة الدرجة
الثانية من الطلبات الموضوعية إلا ما سبق عرضه على محكمة الدرجة الأولى وفصلت فيه
التزاماً بمبدأ التقاضي على درجتين².

¹قض مصرى مدنى جلسه 1980/1/2 مجموعة أحكام النقض السنة 31 ح 1 الطعن رقم 922 س 484 ق ص 76.

²تمييز بحريني مدنى جلسه 1993/4/17 مجموعة الأحكام الصادرة من محكمة التمييز. السنة الرابعة. الطعن رقم 11 لسنة 1993
ص 134.

المبحث الثاني

الدفوع

مفهوم الدفوع وأنواعها:

يقصد بالدفوع بالمعنى الواسع كل وسائل الدفاع التي يجوز للخصم أن يستعملها رداً على دعوى خصمته، بقصد تفادى الحكم بما يدعى الخصم ضده، وسواء أكانت هذه الوسائل موجهة إلى أصل الحق المدعى به أو موجهة إلى الخصومة أو بعض إجراءاتها، أو إلى سلطة الخصم في استعمال دعواه.

أما الدفوع بالمعنى الفني الدقيق فتطلق على الوسائل التي يستعين بها الخصم طعناً منه في صحة إجراءات الخصومة دون التعرض إلى أصل الحق الذي يدعى خصمته، وبهذا يتفادى - ولو مؤقتاً - الحكم عليه بما يدعى خصمته، لأن يدفع الدعوى بأنها رفعت إلى محكمة غير مختصة، أو رفعت بإجراء باطل، وتعرف هذه الدفوع بالدفوع الشكلية أما الوسائل التي يطعن بها الخصم على سلطة خصمته في استعمال الدعوى لأن يطعن بانتفاء صفة الخصم أو بعدم سماع الدعوى أو بانتفاء المصلحة فيطلق عليها الدفوع بعدم القبول.

أما وسائل الدفاع المتعلقة بأصل الحق، لأن ينكر الخصم وجود حق لخصمه لديه أو يدعى انقضاء حق خصمته فهي تعرف بالدفوع الموضوعية.

وبالتالي فإن الدفوع بمعناها الفني الدقيق قد تكون دفوع شكلية أو دفوع بعدم القبول أو دفوع موضوعية. وبعبارة أخرى عندما يلجأ شخص ما إلى القضاء فيجب عليه اتخاذ الإجراءات الشكلية الصحيحة التي نص عليها القانون، وذلك حتى تتعقد الخصومة، وأن يكون المشرع قد أجاز له الاتجاه إلى القضاء أي أجاز له رفع دعوى بما يدعى، ويتعين أن يكون صاحب الحق، فإن لم تستكمل هذه المقومات كان للمدعى عليه أن يدفع دعوى خصمته بما شابها من سلبيات، لأن يدفعها بدفع شكري أو دفع بعدم القبول أو دفع موضوعي.

وبتفصيل أكثر يرى الفقه¹ أن هناك عدة مراحل في الذهن حتى يتصور وجود الدعوى، فالمرحلة الأولى هي مرحلة الحق الذي ترفع به الدعوى، وليكن مثلاً المطالبة بمؤخر صداق، والمرحلة الثانية هي مرحلة الحق في رفع الدعوى - فقد يكون حق الدائن فيما يطالب به ثابتاً، ولكن لا يكون له الحق في رفع الدعوى به، كما لو كان عديم الأهلية، فتكون الدعوى

¹ د. محمد محمود إبراهيم، نظرية الدعوى القضائية، الكتاب الثاني، طبعة 2003-2004 ص552

المرفوعة منه غير مقبولة رغم ثبوت حقه في الدين، بينما تكون الدعوى مقبولة لو رفعها الولي أو الوصي، أما المرحلة الثالثة فهي الإجراءات التي ترفع بها الدعوى إلى القضاء من تقديمها إلى قسم الكتاب ثم تبلغها إلى الخصوم بإعلان صحيح.

فإذا تعلق الدفع بالمرحلة الأولى كان دفعاً موضوعياً، وإذا تعلق بالمرحلة الثانية أي بمرحلة الحق في الدعوى كان دفعاً بعدم القبول، إما إذا تعلق بالمرحلة الأخيرة كان دفعاً شكلياً.

الدفع في اصطلاح فقهاء الشريعة الإسلامية

قررت محكمة النقض المصرية أن الدفع في اصطلاح فقهاء الشريعة الإسلامية إنما هو دعوى من قبل المدعى عليه يقصد بها دفع الخصومة عنه أو إبطال دعوى المدعى، بمعنى أن المدعى عليه يصير مدعياً إذا أتى بدفع ويعود المدعى مدعياً عليه عند دفع الدفع. فإذا كان الواقع في الدعوى أن المطعون عليه أقامها منكراً نسب ابن الطاعنة إليه دفعتها بأنها رزقت به منه على فراش زوجية حرر بها عقد عرفي سابق على زواجهما المؤنث مما صارت به الطاعنة مدعية في هذا الشأن، فإن ما التزم الحكم المطعون فيه من التحقق من ثبوت الزوجية من تكليف الطاعنة بإثباتها توصلًا لثبوت النسب باعتبارها مدعية فيه يتفق مع المنهج الشرعي السليم¹.

وبالبناء على ما تقدم سوف أعرض للدفع الشكلي في مبحث أول، وسأتناول الدفع بعدم القبول في مبحث ثان، وأسأعرض للدفع الموضوعية في مبحث ثالث.

¹ نقض مدني مصرى جلسة 1984/11/27 الطعن رقم 4 لسنة 52 ق أحوال شخصية

المطلب الأول

الدفوع الشكلية

ماهية الدفوع الشكلية:

الدفوع الشكلية هي الدفوع المتعلقة بإجراءات الدعوى سواء من حيث طريقة رفعها أو السير فيها أو الاختصاص بها. مثل ذلك الدفع بعدم الاختصاص الولائي أو النوعي أو الشخصي، أو الدفع ببطلان الإعلانات، فالدفوع الشكلية لا تتعلق بموضوع الدعوى، وهي تهدف دائماً إلى تقاضى الحكم - ولو مؤقتاً - في الدعوى دون الخوض في موضوعها¹. والدفوع الشكلية ليست واردة على سبيل الحصر، فكل دفع يوجه إلى إجراءات الخصومة هو دفع شكلي.

الدفوع الشكلية المتعلقة بالنظام العام

توجد العديد من الدفوع الشكلية المتعلقة بالنظام العام، مثل الدفع بعدم الاختصاص الولائي أو النوعي وهو مطروح دائماً وأبداً على محكمة الموضوع تقضي به من تلقاء نفسها في أية حالة كانت عليها الدعوى وليس بحاجة إلى إثارته من الخصوم².

والدفع بعدم قبول الدعوى لعدم اتباع اجراءات رفعها طبقاً للقانون من الدفوع الشكلية المتعلقة بالنظام العام ومن ثم يجوز إثارته لأول مرة أمام محكمة الموضوع³.

ويعد الدفع بعدم قبول طلبات جديدة أمام محكمة الاستئناف من الدفوع المتعلقة بالنظام العام، ويجب على تلك المحكمة إذا ما تبينت أن المعرض عليها هو طلب جديد أن تحكم من تلقاء نفسها بعدم قبوله⁴.

الدفوع الشكلية غير المتعلقة بالنظام العام:

من أمثلة الدفوع الشكلية غير المتعلقة بالنظام العام ما يلي:

1- **الدفع ببطلان الإعلان:** فإذا لم يكن المستأنف قد تمسك في مذكرته المقدمة أمام محكمة أول درجة ببطلان الإعلانات لإعلانها في غير محل إقامته بإعتباره دفعاً شكلياً ولم يطعن

¹ أحمد أبو الوفا، المرجع السابق، ص 220 بند 202

² تقضى مدنى مصري جلسة 1984/1/2 الطعن رقم 754 لسنة 49 ق كذلك تقضى مدنى جلسة 1995/6/26 الطعن رقم 580 لسنة 60 ق "هيئة عامة"

³ تقضى مدنى مصري جلسة 1993/6/12 الطعن رقم 355 لسنة 65 ق

⁴ تقضى مدنى مصري جلسة 1983/1/12 الطعن رقم 934 لسنة 49 ق

عليها بالتزوير، فلا على الحكم المستأنف إن لم يعتد بهذا الدفع، ويكون مبرئاً من عيب الإعلان.¹

2- الدفع باعتبار الدعوى كأن لم تكن لعدم تجديدها من الشطب خلال الميعاد:
نص المشرع البحريني على أنه "إذا بقيت الدعوى مشطوبة لمدة ستة شهور ولم يطلب المدعي أو المدعي عليه السير فيها اعتبرت كأن لم تكن"² وهذا الجزاء الذي نص عليه المشرع، وهو اعتبار الدعوى كأن لم تكن إذا بقيت مشطوبة لمدة ستة شهور دون أن يطلب أحد من الخصوم السير فيها لا يتصل بالنظام العام وإنما يتعلق بمصلحة الخصوم ، فلا يجوز للمحكمة أن تقضي به من تلقاء نفسها.³

3- الدفع ببطلان الإجراءات لنقص أهلية أحد الخصوم:
من المقرر أن الدفع ببطلان الإجراءات أمام محكمة أول درجة لنقص أهلية أحد الخصوم دفع شكلي غير متعلق بالنظام العام ويجب التمسك به في صحيفة الاستئناف وإلا سقط الحق في إبدائه.⁴.

4- الدفع ببطلان أعمال الخبير لا يتعلق بالنظام العام:
وعدم التمسك به أمام محكمة الموضوع من شأنه عدم جواز إثارته لأول مره أمام محكمة التمييز⁵.

وقت تقديم الدفوع الشكلية:
أ- بالنسبة للدفوع الشكلية المتعلقة بالنظام العام فيمكن التمسك بها في أية حالة تكون عليها الدعوى ولو لأول مره أمام محكمة الاستئناف. ذلك أن هذا النوع من الدفوع يجب على المحكمة أن تحكم به من تلقاء نفسها وأياً كانت المرحلة التي وصلت إليها الدعوى.⁶. كما يمكن التمسك بالدفوع الشكلية المتعلقة بالنظام العام لأول مره أمام محكمة التمييز طالما كانت كافة العناصر الواقعية الازمة للفصل فيها تحت بصر محكمة الموضوع وبحيث لا

¹ نقض مدني جلسة 6/23/1992 الطعن رقم 152 لسنة 59 ق "أحوال شخصية "

² المادة 35 من قانون الإجراءات أمام المحاكم الشرعية.

³ طعن بالتمييز رقم 86 لسنة 1995، جلسه 8/10/1995 المجموعه. السنة 6 ص 458.

⁴ نقض مدني جلسة 11/29/1997 الطعن رقم 4105 لسنة 61 ق.

⁵ الطعن بالتمييز رقم 65 لسنة 1996 جلسه 10/13/1996 مجموعة الأحكام. السنة 7 ص 400.

⁶ د. عبد القصاص. المرجع السابق ص 806

تحتاج إلى تحقيق عناصر واقعية جديدة. ذلك أن محكمة التمييز محكمة قانون وليس محكمة موضوع، فإذا كانت المسألة القانونية المطروحة عليها- كالدفع بعدم الاختصاص الولائي مثلاً- يخالطها الواقع بمعنى أنها تحتاج إلى تحقيق عناصرها الواقعية بدأة لعدم طرحها على محكمة الموضوع، فلا يجوز اثارتها لأول مرة أمام محكمة التمييز¹. وجرى قضاء محكمة التمييز البحرينية على أن الدفع القانوني المختلط الواقع لم يسبق عرضه على محكمة الموضوع، لا يجوز إثارته أمام محكمة التمييز².

بـ- بالنسبة للدفوع الشكلية الغير متعلقة بالنظام العام:

يشترط لقبول الدفوع الشكلية الغير متعلقة بالنظام العام مايلي:

يجب إبداء الدفوع الشكلية قبل الكلام في موضوع الدعوى والإ سقط الحق فيها³. والتكلم في موضوع الدعوى المسقط للدفع الشكلي يكون بإبداء أي طلب أو دفاع يتعلق بأصل الحق المتازع عليه أو بمسألة متفرعة عنه، سواء أكان ذلك في مذكرات مكتوبة أو أبدى شفاهه في الجلسة⁴، كما لو سلم الخصم بطلبات خصمه أو جزء منها أو عرض الوفاء بها أو طلب إجراء المقاصلة.

أما مجرد طلب تقصير الجلسة بقصد تعجيل ميعاد نظرها لا يمكن اعتباره تعرضاً للموضوع، ولا طلب الخصم التأجيل للإطلاع وتقديم مستندات⁵. إما إذا كان طلب التأجيل فيه تعرضاً للموضوع، كطلب التأجيل للصلح. - مثلاً - فإنه يؤدي إلى سقوط الحق في إبداء الدفوع الشكلية⁶.

ولقاضي الموضوع تكييف الطلبات التي يبديها الخصوم قبل الدفوع الشكلية للوقف على ما إذا كانت تعد تعرضاً لموضوع الدعوى من شأنه إسقاط الحق في إبداء هذه الدفوع أم لا، والقاضي عند قيامه بهذا التكييف يخضع لرقابة محكمة التمييز باعتبار أن التكييف مسألة قانون لا واقع⁷.

¹ نقض مدني مصرى جلسة 1979/4/7 مجموعة أحكام النقض السنة 30 العدد 2 ص55.

² الطعن رقم 81 لسنة 1999 جلسة 27 يونيو 1999 المجموعة، السنة العاشرة ص415.

³ نقض مدنى 1981/6/22 الطعن رقم 158 لسنة 48 ق كذلك تقضي مدنى جلسة 2/25/1993 الطعن رقم 763 لسنة 57 ق.

⁴ نقض مدنى 1971/4/27 مجموعة أحكام النقض ص22 ص558.

⁵ د. فتحى والي ،الوسيط ، المرجع السابق بند 285 ص488.

⁶ نقض مدنى جلسة 1971/4/27 مجموعة أحكام النقض السنة 22 ص558.

⁷ د. فتحى والي ،الوسيط ، المرجع السابق. ص488 بند 285.

وإياده الدفوع الشكلية مع الدفوع الموضوعية في مذكرة واحدة لا يترتب عليه سقوط الحق في الدفوع الشكلية، حتى وإن تقدمت الدفوع الموضوعية على الدفوع الشكلية في ترتيب كتابة المذكرة.

كذلك يجب إيداع جميع الدفوع الشكلية معاً وذلك عند وجود أكثر من دفع شكلي، فإذا تمسك الخصم ببعض الدفوع الشكلية دون البعض الآخر سقط حقه في إيداع الدعوة التي لم يتمسك بها من قبل. والحكم من ذلك هو قطع خط الرجعة على الخصوم في إطارة أمة النزاع، فيجب إيداع كل الدفوع الشكلية معاً حتى تنتهي المحكمة منها وتتفرغ للفصل في موضوع النزاع.

الحكم في الدفوع الشكلية:

الأصل العام أن تحكم المحكمة أولاً في الدفوع الشكلية المتعلق منها بالنظام العام وغير المتعلق ثم تنتقل بعد ذلك لنظر موضوع الدعوى، ومع ذلك يجوز للمحكمة أن ترجئ الفصل في الدفوع الشكلية إلى حين الفصل في موضوع الدعوى. وفي هذه الحالة يجب على المحكمة أن تتبه الخصوم إلى أنها أمرت بضم الدفوع الشكلية إلى موضوع الدعوى حتى تمنحهم الفرصة الكافية لتقديم دفاعهم في الموضوع.¹

والحكم بقبول الدفع الشكلي لا تستند به محكمة أول درجة ولايتها بالفصل في موضوع الدعوى²، ويترتب على ذلك نتائجتان :

أ- إذا قضت محكمة أول درجة بعد اختصاصها نوعياً بنظر الدعوى فإنها لا تكون قد استنفت ولايتها بالفصل في موضوعها، فإذا ما ألغى هذا الحكم في الاستئناف فإنه يتعين على محكمة الدرجة الثانية أن تعيد الدعوى إلى محكمة الدرجة الأولى للفصل في موضوعها، احتراماً لمبدأ التقاضي على درجتين³.

ب- أن الحكم بقبول دفع شكلي ببطلان اللائحة - مثلاً - لا يحول دون امكانية عرض الدعوى مرة ثانية على ذات المحكمة بعد تقادى العيب الذي شاب الدعوى السابقة.

¹ درمزي سيف، الوسيط، المرجع السابق، بند 326 ص 381. د. محمد محمود إبراهيم، نظرية الدعوى القضائية، المرجع السابق.

ص 604

² نقض مدني جلسة 2/8 1989 الطعن رم 18 لسنة 50 ق هيئة عامة.

³ د. أحمد مسلم، أصول المرافعات، طبعة 1978 بند 540 ص 573

المطلب الثاني الدفوع بعدم القبول

تعريف الدفع بعدم القبول:

لم يضع المشرع - لا المصري ولا البحريني - تعريفاً للدفع بعدم القبول ولعل ذلك يرجع إلى صعوبة فرض تحديد جامع مانع له. إلا أن المذكورة الإيضاحية لقانون المرافعات المصري الملغي أوردت أن "الدفع بعدم القبول هو الدفع الذي يرمي إلى الطعن بعدم توافر الشروط الالزامية لسماع الدعوى وهي الصفة والمصلحة والحق في رفع الدعوى باعتباره حقاً مستقلاً عن ذات الحق الذي ترفع الدعوى بطلب تقريره، لأنعدام الحق في الدعوى أو سقوطه لسبق الصلح فيه أو لانقضاء المدة المحددة في القانون لرفعها ونحو ذلك مما لا يخالط بالدفع المتعلقة بشكل الإجراءات والتي تبدى قبل التكلم في الموضوع من جهة، ولا بالدفع المتعلقة بأصل الحق بأصل الحق المتنازع عليه من جهة أخرى".¹

وقد جرت محكمة النقض المصرية على تعريف الدفع بعدم القبول على نسق ما جاء بالذكر الإيضاحية فقررت بأنه " الدفع الذي يرمي إلى الطعن بعدم توافر الشروط الالزامية لسماع الدعوى وهي الصفة والمصلحة والحق في رفع الدعوى باعتباره حقاً مستقلاً عن ذات الحق الذي ترفع الدعوى بطلب تقريره، لأنعدام الحق في الدعوى أو سقوطه لسبق الصلح فيه أو لانقضاء المدة المحددة في القانون لرفعها ونحو ذلك مما لا يخالط بالدفع المتعلقة بشكل الإجراءات والتي تبدى قبل التكلم في الموضوع من جهة، ولا بالدفع المتعلقة بأصل الحق المتنازع عليه من جهة أخرى".²

التمييز بين الدفع بعدم القبول والدفوع الموضوعية والدفوع الشكلية:

يختلف الدفع بعدم القبول عن الدفع الموضوعي في أنه لا يتعلق بالحق المتنازع فيه أمام القضاء وإنما بمجرد حق عرضه على القضاء، أي يتعلق بالحق في الدعوى. ولذلك فالدعوى التي يحكم بعدم قبولها يجوز رفعها من جديد إذا ما توافرت لها شروط قبولها، ولا يجوز التمسك عندئذ بسبق الفصل فيها ذلك أنه الحكم السابق بعدم القبول لم يفصل في موضوع الدعوى بالرفض أو بالإيجاب وإنما قضى بعدم قبولها لانتفاء شرط من شروط قبولها كانتفاء الصفة أو المصلحة أو انعدام الحق في الدعوى أو سقوطه لسبق الصلح عليه.... الخ. فالحكم بعدم القبول لا يتناول إلا الحق في رفع الدعوى ولا يمس الحقوق المرفوع بها الدعوى، ولذلك

¹ المذكورة الإيضاحية لقانون المرافعات المصري الملغي رقم 100 لسنة 1962

² نقض مدنى مصرى جلسة 30/3/1987 الطعن رقم 635 سنة 525 مجموعه أحكام النقض السنة 38 ص 512، نقض مدنى جلسة 29/3/1962 مجموعه أحكام النقض السنة 13 ص 339، ونقض مدنى جلسة 23/5/1972 مجموعه أحكام النقض السنة 23 ص 981.

يجوز تجديد رفع الدعوى التي حكم بعدم قبولها، وقد يحكم فيها وقتئذ – أي بعد إعادة رفعها مرة أخرى – بالحق المطلوب¹، فالفارق بين الدفع الموضوعي والدفع بعدم القبول هو ذاته الفارق بين الحق الموضوعي والحق في الدعوى التي تحميه².

والدفع بعدم القبول وإن كانت تشترك مع الدفوع الشكلية في أنها ترمي إلى الحيلولة بين المحكمة والفصل في موضوع الحق المتنازع عليه إلا أنها تختلف في أنها لا تبني على الطعن في إجراءات الخصومة والسير فيها، وإنما تؤسس على عدم توافر الشروط الالزامية لسماع الدعوى من صفة ومصلحة وحق في رفع الدعوى.

أحكام الدفوع بعدم القبول:

1. الدفع بعدم القبول يجوز إبادوه في أية حالة تكون عليها الدعوى:

ولو لأول مرة أمام محكمة الاستئناف ولو كان لا يتعلق بالنظام العام³، فيجوز إبداء الدفع بعدم قبول الدعوى لانتقاء الصفة في أية حالة عليها الدعوى⁴، ولكن إذا اكتسب المدعي الصفة أثناء سير الدعوى مراقباً المواعيد والإجراءات صحت الخصومة⁵، كما يجوز التمسك بالدفع بعدم القبول أمام محكمة التمييز إذا كان يتعلق بالنظام العام وكانت عناصره الواقعية التي يقوم عليها قد عرضت على محكمة الموضوع بحيث لا يحتاج لبحث هذه العناصر⁶، أما إذا كان الدفع يخالطه واقع لم يسبق طرحه على محكمة الموضوع فلا يجوز التمسك به أمام محكمة التمييز⁷.

2. الدفع بعدم القبول المتصل بالموضوع تستنفذ المحكمة ولايتها بالحكم فيه:

كما هو شأن في الدفوع الموضوعية المتعلقة بأصل الحق ومن ثم فإذا ألغت محكمة الاستئناف هذا الحكم امتنع عليها إعادة الدعوى إلى محكمة أول درجة وتعيين عليها التصدي للفصل في الموضوع.

وقضت محكمة التمييز البحرينية بأن الدفع بعدم قبول الدعوى لرفعها على غير ذي صفة هو دفع موضوعي يقصد به الرد على الدعوى برمتها ويترتب على قبوله منع المدعي

¹ د. محمد محمود إبراهيم . نظرية الدعوى القضائية. المرجع السابق ص 648

² د. عبد القصاص. الوسط. المرجع السابق ص 810

³ تقضى مدنى جلسة 1985/5/25 الطعن رقم 1123 سنة 50 ق.

⁴ تقضى مدنى جلسة 1978/5/16 الطعن رقم 508 سنة 45 ق.

⁵ تقضى مدنى جلسة 1988/4/27 الطعن رقم 108 سنة 51 ق.

⁶ د. عبد القصاص. المرجع السابق. ص 815

⁷ تمييز بحريني جلسة 27 يونيو 1999، الطعن رقم 81 لسنة 1999 المجموعة، السنة العاشرة، ص 415

من العودة إلى رفعها على المدعي عليه فإن محكمة الدرجة الأولى تستند بالقضاء به ولايتها بالفصل في موضوع الدعوى.¹

وجرى قضاء محكمة النقض المصرية على أن قضاء محكمة أول درجة بعدم قبول الدعوى لرفعها من غير ذي صفة تستند به المحكمة ولايتها في نظر الموضوع ويترتب على إلغائه وجوب تصدي محكمة الاستئناف لنظر الموضوع.²

3- لا يلزم تقديم الدفوع بعدم القبول دفعة واحدة

كما هو الشأن في الدفوع الشكلية غير المتعلقة بالنظام العام، بل يمكن التمسك بها على مراحل وبالتجزئة. بل إن الدفع بعدم القبول يؤدي إلى سقوط الحق في إيداع الدفوع الشكلية غير المتعلقة بالنظام العام.

هل يجوز للمحكمة أن تقضى بعدم القبول من تلقاء نفسها:

يشور التساؤل حول ما إذا كان الدفع بعدم القبول من الأمور المتعلقة بالنظام العام والتي يتبعين على المحكمة أن تقضى به من تلقاء نفسها أم لا؟

لقد كانت هذه المسألة محل نقاش وجدل في القانون المصري قبل تعديله. وكان السائد أن قضاء المحكمة بعدم القبول من تلقاء نفسها لا يرجع إلى ما إذا كان الدفع شكلي أم موضوعي أم بعدم القبول، وإنما يتوقف ذلك من حالة إلى أخرى تبعاً للمصلحة التي تحميها القاعدة القانونية التي تؤدي مخالفتها إلى عدم قبول الدعوى. وكان من شأن الارتكان إلى معيار تعلق الدفع بالنظام العام عدم تحديد الأمر على وجه الدقة، فعلى سبيل المثال فقد كان قضاء محكمة النقض مستقرًا على أن عدم قبول الدعوى لانتفاء صفة أحد الخصوم لا يتعلق بالنظام العام وإنما هو مقرر لمصلحة صاحب الشأن فلا تملك المحكمة التعرض له من تلقاء نفسها³، في حين كان يرى الفقه تعلق الدفع بعدم قبول الدعوى لانتفاء الصفة بالنظام العام.⁴

وقد ذهب جانب من الفقه إلى أن الدفع بعدم قبول الدعوى لانتفاء المصلحة من الدفوع المتعلقة بالنظام العام⁵، في حين ذهب البعض الآخر انه ليس دفعة بعدم القبول بل من

¹ الطعن رقم 155 جلسة 18 ديسمبر 1994. المجموعة السنة الخامسة ص 707.

² نقض مدني جلسة 25/3/1985 الطعن رقم 1498 سنة 35 مجموعة أحكام النقض ص 484 نقض مدني جلسة 25/11/84 الطعن رقم 2111 سنة 50 مجموعة أحكام النقض السنة 35 ص 1881.

³ نقض مدني جلسة 6/2/1986 الطعن رقم 1883 مجموعة أحكام النقض السنة 37 ص 185. ونقض جلسة 13/1/1976 الطعن رقم 187 مجموعة أحكام النقض السنة 27 ص 197.

⁴ د. أحمد أبو الوفا ، المرجع السابق بند 207.

⁵ د. عبد المنعم الشرقاوي، المعرفات المدنية والتجارية . الناشر دار النهضة العربية بند 18.

الدفوع الموضوعية البحتة التي تتصل بأصل الحق ويلزم الرجوع بشأنه إلى القواعد الأساسية التي تتصل بنظام المجتمع الأعلى للوقوف على مدى تعلقه بالنظام العام.¹

ودفعاً لهذا الاختلاف والتباين أصدر المشرع المصري القانون رقم 81 لسنة 1996 وعَدَ بموجبه قانون المرافعات ونص صراحة على أن تقضي المحكمة من تلقاء نفسها وفي أية حالة تكون عليها الدعوى، بعدم القبول في حالة عدم توافر الشروط الازمة لقبول الدعوى، وبذلك أصبح الدفع بعدم القبول متعلقاً دائماً وأبداً كان مبناء بالنظام العام تقضي به المحكمة من تلقاء نفسها في أية حالة تكون عليها الدعوى. ولو لأول مرة أمام محكمة الاستئناف.

هذا عن القانون المصري، أما في ظل القانون البحريني وإزاء وجود نص مماثل للنص المصري قبل تعديله، فالأمر يتوقف على الاجتهاد، ولتكيف القاضي الذي ينظر الدفع وما إذا كان متعلقاً بالنظام العام أم لا.

¹ د، أحمد أبو الوفا، المرجع السابق . بند 207.

المطلب الثالث
الدفوع الموضوعية

مفهوم الدفوع الموضوعية

هي الدفوع التي توجه إلى أصل الحق المدعى به بغرض الوصول إلى رفض دعوى المدعى كلياً أو جزئياً. كأن ينكر المدعى عليه الحق المدعى به، أو أن يتمسك بتصورية أو بطalan العقد أو ورقة الدين، أو أن يدفع بانقضاض الدين بالوفاء أو التقادم أو بالمقاضاة القانونية.

التمييز بين الدفوع الموضوعية والطلبات العارضة

سبق القول سلفاً بأن الطلبات العارضة هي الطلبات التي تطرح على المحكمة أثناء سير الخصومة، سواء من المدعى وتسمى بالطلبات الإضافية، أو من المدعى عليه ويطلق عليها بالطلبات المقابلة. وتؤدي الطلبات العارضة دائماً إلى تغيير نطاق الخصومة من ناحية موضوعها أو سببها أو من ناحية أطرافها. أما الدفوع الموضوعية وإن كانت تطرح على القاضي أثناء سير الخصومة بادعاء واقعة معينة، إلا أن هذه الواقعة لا تمثل أساساً لحق مستقى يطالبه به المدعى عليه، ولا تغير من نطاق الخصومة، بل يهدف المدعى عليه الوصول إلى رفض دعوى المدعى.

أحكام الدفوع الموضوعية

1. يمكن إيداء الدفوع الموضوعية في أية حالة عليها الدعوى، حتى ولو أمام محكمة الاستئناف. ولا يلزم تقديمها دفعه واحدة أو بترتيب معين. أما أمام محكمة التمييز فلا يجوز التمسك بالدفوع الموضوعية أمامها لأن محكمة التمييز محكمة قانون وليس محكمة موضوع. ومع ذلك يجوز للخصم التمسك بأن محكمة الموضوع خالفت القانون أو أخطأ في تطبيقه عند فصلها في الدفع الموضوعي، وبشرط ألا يحتاج ذلك إلى تحقيق واقع جديد.
2. التمسك بالدفوع الموضوعية يعد حقاً خالصاً للمدعى عليه طالما كانت غير متعلقة بالنظام العام، كالدفع بالتقادم أو بالمقاضاة القانونية، وبالتالي يحق له أن يتنازل عنها، وإذا لم يتمسک بها فلا يحق للمحكمة أن تقضي بها من تلقاء نفسها. أما إذا كان الدفع الموضوعي يتعلق بالنظام العام فإنه ليس لصاحب الحق فيه أن يتنازل عنه، وإذا

تبينته المحكمة فيجب أن تقضي به من تلقاء نفسها، كما لو كان سبب الدين المطالب به دين قمار أو مقابل لعلاقة غير مشروعة¹.

3. يعد الحكم الصادر بقبول الدفع الموضوعي فصلاً في أصل الحق المتنازع عليه. ويترتب على ذلك

أ- أن الحكم الصادر في الدفع الموضوعي يحوز حجية الأمر الم قضي، بما يحول دون طرحه على القضاء مرة أخرى إلا عن طريق الطعن فيه وفقاً لطرق الطعن المقررة.

ب- تستنفذ المحكمة التي فصلت في الدفع الموضوعي ولايتها في الدعوى، فلا يجوز طرح الدعوى عليها مرة أخرى. وإذا ألغت محكمة الاستئناف الحكم الصادر من محكمة أول درجة فإنه يجب عليها أن تتصدى للموضوع وتفصل فيه.

¹ د. عبد القصاص . المرجع السابق . ص 796