

الطبيعة القانونية للدعوى أمام القضاء المدني

دراسة تأصيلية وتحليلية
لماهية الدعوى في الفقه وفي التشريع
الفرنسي والمصري والكويتي
القسم الأول*

الدكتور/عزّي عبد الفلاح عطية
أستاذ قانون المرافعات المساعد
بكلية الحقوق - جامعة المنصورة
وكلية الحقوق - جامعة الكويت

مقدمة

منعت الدولة الحديثة الاقتضاء الذاتي للحق، ومن ثم فقد نظم القانون طريقاً *Voie de droit* للالتجاء الى المحاكم وهو الدعوى. وتعتبر الدعوى *action en justice* سمة أساسية من سمات قانون القضاء المدني، فهي تحتل مكاناً هاماً في هذا القانون إن لم تكن في منزلة القلب منه^(١).

* نلفت نظر القارئ الكريم، الى أن تقسيم البحث الى قسمين على عديدين، هو تقسيم صناعي اقتضته الاعتبارات الفنية التي تحكم اخراج المجلة، وتحديد حيز معين لكل بحث في العدد الواحد لا يمكن تجاوزه.

(١) Henry Solus et Roger RERROT. Droit judiciaire prive Tom I. 1961. Sirey. No. 91. p. 95.

ورغم الأهمية التي تحتلها فكرة الدعوى، فإن البحث عن نظرية عامة له في تشريع المرافعات الفرنسي الملغي - أو في التشريعين المصري والكويتي - هو بحث لا جدوى منه على ما يقول به البعض بحق^(٢). ويجمع الفقه الاجرائي على أن دراسة نظرية الدعوى من أكثر موضوعات الفقه الاجرائي دقة وصعوبة^(٣).

وترجع صعوبة دراسة فكرة الدعوى الى عدة أسباب، السبب (الأول) هو الاختلاف حول تحديد العلاقة بين الحق الموضوعي والدعوى كأداة لحمايته وهل هما شيء واحد أم أنهما مختلفان، والسبب (الثاني) هو الاختلاف حول تحديد طبيعة الدعوى ذاتها وهل هي سلطة أم حق؟ وإذا كانت سلطة أو حق ففي مواجهة من تباشر؟ الدولة أم القاضي أم الخصم الآخر، أم أنها حق ليس

(٢) سوليس وييرو، بند ٩١، ص ٩٤ وهما يقصدان المجموعة الفرنسية الملغاة قبل صدور قانون ١٩٧٦.

(٣) Jean VINCENT et Serge GUINCHARD. Procedure civile. 20 ed 1981. No 17 p. 39.

عبد المنعم الشرقاوي. شرح قانون المرافعات المدنية والتجارية، طبعة ١٩٥٦ بند ١٩، ص ٢١. رمزي سيف، الوسيط في شرح قانون المرافعات المدنية والتجارية طبعة ١٩٦٧، بند ٦٧، ص ٩١. وانظر أيضاً طبعة ١٩٧٠. فتحي والي. الوسيط في قانون القضاء المدني طبعة ١٩٨٠ بند ٢٦ ص ٥٧. وجدي راغب، النظرية العامة للعمل القضائي في قانون المرافعات، ١٩٧٤، ص ٤٥١. عبد الباسط جميعي، مبادئ المرافعات في قانون المرافعات الجديد، ١٩٧٤/٧٣ ص ١٨٠، ابراهيم نجيب سعد، القانون القضائي الخاص، ج١، لم يذكر سنة النشر، بند ٤١، ص ١٢١، أحمد صاوي، الوسيط في شرح قانون المرافعات المدنية والتجارية، ١٩٨١، بند ٢٥ ص ١٢٠ نبيل اسماعيل عمر، الطعن بالاستئناف واجراءاته في المواد المدنية والتجارية، طبعة ١٩٨٠، بند ١٤٨ ص ٢٠٣. ويعترف الفقيه الايطالي سانا Salvador SATTA بأن دراسة نظرية الدعوى من أكثر المسائل صعوبة بالنسبة للفقه القانوني حتى أنه يرى أن ثمة فقه خاص للدعوى له مؤلفوه الذين يهتمون به مشار إليه في رسالة الدكتور محمد عبد الخالق عمر، فكرة عدم القبول (بالفرنسية):

Mohamed Abd El-Khalk OMAR: La notion d'irrecevabilité en droit judiciaire prive these Paris 1967. L.J.D.J. No. 160 p. 75.

له طرف سلبي؟ وقد ساهمت الاتجاهات الفلسفية الفردية والاجتماعية المختلفة في تعميق هذا الخلاف. والسبب (الثالث) هو استخدام عدة مصطلحات اجرائية كمرادف أحياناً للدعوى، مثل الطلب *demande en justice* والخصومة *instance* والادعاء *pretention*، والقضية *proces* والنزاع *litige* والمنازعة *contestation*، وهو ما ساعد على صعوبة تحديد فكرة الدعوى ذاتها. والسبب (الرابع) هو أن التشريع الوضعي قد ساعد على تأكيد هذا الخلاف، وذلك لندرة النصوص التي تنظم الدعوى^(٤)، ولاستعماله المصطلحات الاجرائية السابقة دون تمييز قاطع بينها. ويبدو هذا الأمر جلياً في التشريعين المصري والكويتي حيث ربطا معظم الأفكار الاجرائية كالمحل والسبب والاعلان والتدخل والمصاريف بالدعوى، والقليل منها بالخصومة كالوقف والسقوط، والنادر منها بالقضية أو المنازعة أو النزاع ولم يلتزم الدقة الكاملة عند استخدام هذه المصطلحات^(٥). وقد سائر القضاء، التشريع في هذا الصدد ومن ثم فلم يقدم جهداً في هذا المجال.

وقد اضطلع الفقه بالعبء كله، فهو وإن أهمل نظرية الدعوى لفترة^(٦) إلا أنه بدأ يهتم بها وكانت ولا زالت محل خلاف غير محدود^(٧). فالفقه الفرنسي

(٤) عبد المنعم الشرقاوي، نظرية المصلحة في الدعوى، رسالة، ١٩٤٧، الطبعة الأولى) ص ٢، وأحمد أبو الوفا، المرافعات المدنية والتجارية، طبعة ١٩٨٠، بند ٩٠ ص ١٠٢. عبد الباسط جيمعي المرجع السابق ص ١٧٩. رمزي سيف، بند ٦٧، ص ٩١. ويفسرون ذلك بأن كلاً من التشريع المدني وتشريع المرافعات قد اعتمد على الآخر في تنظيم الدعوى، وبتأثر التشريع المصري بالوضع الذي كان سائداً في التشريع الفرنسي الملغى.

(٥) أحمد أبو الوفا، الإشارة السابقة، فتحي والي، المرجع السابق، بند ٢٦، ص ٥٧. ابراهيم سعد، ج١، بند ٤١، ص ١٢١.

(٦) فنسان وسيرج، المرجع السابق بند ١٧ ص ٣٩.

(٧) Henri MOTULSKY. le droit subjectif et l'action en justice. Ecrits. etudes et notes de procedure civile. Dalloz 1973 p. 85.

وسبق نشر هذا المقال في أرشيف فلسفة القانون Archives de la philosophie du droit ١٩٦٤ ص ٢١٥ وما بعدها.

سواء في ذلك فقه القانون العام أو الفقه الاجرائي قد بذل جهده في هذا المجال^(٨). كما اهتم الفقه الايطالي^(٩) والألماني^(١٠) بدراسة الدعوى. وقدم بعض الفقهاء المصريون نظريات خاصة في هذا المجال.

وقد استفاد قانون المرافعات الفرنسي الجديد من هذه الثروة الفقهية ومن بعض الأفكار التي وردت في التشريعين الايطالي والألماني فقد عرّف هذا القانون الدعوى لأول مرة وحدد ماهيتها، وميز بينها وبين غيرها من المصطلحات الاجرائية الأخرى مستعملًا كل مصطلح بمدلوله العلمي الصحيح، بعد أن تبلور مدلول هذه المصطلحات خلال قرنين من الزمان، وإن لم تكن هذه الاستفادة - في رأي البعض - كاملة^(١١).

ولا زال التشريعان المصري والكويتي يسيران الوضع الذي كان قائماً في قانون المرافعات الفرنسي القديم بما تضمنه من خلط أربك الفقه وحيرة، واضطره مسaire للتشريع، ومراعاة للاعتبارات العملية، أن يستعمل هذه

= وانظر فتحي والي، مبادئ قانون القضاء المدني، الطبعة الثانية، ١٩٧٥، بند ٢٦ ص ٤٧، والوسيط، بند ٢٦، ص ٥٧. والعرض التفصيلي للخلاف الفقهي في هذا الشأن في مؤلف أستاذنا الدكتور وجدي راغب، السابق الإشارة إليه، ص ٤٥١ وما بعدها وسوف نشير إليه في موضعه.

(٨) انظر ما يلي عند عرض آراء ديجمي وهوريو وجيز. ويتهم الفقيه الفرنسي فنان الفقه الاجرائي الفرنسي باهمال نظرية الدعوى (الإشارة السابقة).

(٩) انظر ما يلي عند عرض آراء الفقهاء الايطاليين: كيوفندا وكارنيلوتي وساتا وغيرهم.

(١٠) من الفقهاء الألمان الذين اهتموا بنظرية الدعوى:

Savigny, Windscheid, wach, Hellwig. Gold schmidt.

مشار إليهم في مقال موتولسكي «الدعوى والحق الشخصي» مشار إليه، ص ٨٦.

Roger PERROT. Droit judiciaire prive. Le cour de droit 1976 f.sc I. p.36. (١١)

ويعتبر «بيرو» أن الاستفادة ليست كاملة لأن المشرع لم يعتمد كل أفكاره (هو وسوليس) ولكنه تأثر بدرجة أكبر بأفكار موتولسكي كما سنبينه فيما بعد.

المصطلحات كما ذكرها المشرع، رغم اعتقاده عدم دقتها واقتناعه بعدم صحتها في بعض الأحيان .

ولا ريب أن عدم الدقة مسألة لا يوافق عليها الفقه بالاجماع^(١٢) فهي تثير مشكلة لدى الفقهاء عند بحثهم مسألة ما بحثاً علمياً، فإلى أي شيء ينسبونها، هل إلى الدعوى، أم إلى الطلب، أم إلى الخصومة . . الخ؟ ويجد الباحث نفسه أمام أمرين، فإما أن يسلم بالشائع رغم عدم دقة منهجه، وإما أن يتمسك بالمدلول الفني الصحيح لكل مصطلح ولو لم يتفق مع مسميات القانون الوضعي .

والحقيقة أن لكل اتجاه وجهة نظر. فقد يعترض - تحت تأثير الاعتبارات الواقعية - على محاولة التحديد العلمي الدقيق، على أساس أنه من الأفضل الابقاء على ما هو متعارف عليه، طالما استقر في ضمير التشريع والقضاء مدلولات معينة لهذه المصطلحات. وقد ذهب البعض إلى ما يقرب من هذا الاتجاه، حيث اعتبر الافراط في الدقة هو استعراضاً لحدة الذهن قد يصل إلى أن يكون نوعاً من السفسطة^(١٣) .

Henry VIZIOZ. Etude de procedure. editions Biere. p.163.

(١٢)

وفي نقد عدم الدقة في الفقه المصري: أبو الوفا وفتحي والي وإبراهيم سعد، الإشارة السابقة .

(١٣) الفقه الفرنسي Piere HEBRAUD وذلك في تقديمه لرسالة:

Jacque MIGUET; Immutabilite et evolution du litige 1977 L.G.D.J.P. XVIII.

لذلك فهو ينتقد اختفاء اصطلاح ارتباط connexionie وحلول اصطلاح رابطة كافية lien suffisant محله . واختفاء لفظ سبب cause (الادعاء) وحلول لفظ أساس fondement محله . وينتقد التمييز بين محل الطلب ومحل الدعوى رغم تأكيده على ضرورة التمييز بينهما! ونحن نؤيد وجهة نظر الكاتب في بقاء الاصطلاحات السائدة إذا كان استبدالها مجرد مغايرة لفظية، أما إذا كانت الاصطلاحات غير مترادفة فإن ضبطها واستعمالها الاستعمال الصحيح أمر واجب ومطلوب .

ونحن لا نسلم بهذا الاتجاه (أولاً) لأن لكل علم لغته الخاصة، وعلم القانون بصفة عامة، والعلم الاجرائي بصفة خاصة لا بد أن تكون له لغته، وقوامها التحديد العلمي الواضح لمصطلحات ومفردات هذا العلم. و (ثانياً) لأن استخدام مصطلحات واحدة تتسم أحياناً بالغموض - للدلالة على أفكار غير متشابهة - يتنافى مع وضوح الفكر، لأن وضوح الأفكار يقتضي أن تستخدم دائماً نفس الكلمات لتعبر عن نفس الأشياء، واستخدام الكلمات الأخرى لتعبر عن أشياء أخرى^(١٤). و(ثالثاً) لأن الأمر ليس مجرد سفسطة كما يصفه «ابرو»، ولكنه أصبح مسلكاً اتبعه قانون المرافعات الفرنسي الجديد - ومن قبله القانون الألماني - حيث حدد طبيعة الدعوى وميز بينها وبين غيرها، وجاءت معالجته للدعوى متوافقة - الى حد كبير - مع المدلول العلمي الصحيح للمصطلحات التي أرسى قواعدها الفقه الاجرائي^(١٥).

خطة البحث :

تستهدف الدراسة أساساً تحديد ماهية الدعوى أي، تكييفها، ونعتقد

(١٤) فزيوز، المرجع السابق، ص ١٦٣ حيث يقول :

La clarte des idees exige qu'on adopte le meme mots pour designer les meme choses et de mots diffrents pour designer des choses differents.

وهو يصف استخدام نفس المصطلحات للدلالة على أفكار غير مشابهة بأنه أمر يثير الحزن "on deplore..."

(١٥) وتبدو أهمية هذه المسألة بشكل خاص بعد استعمال العقول الالكترونية في مجال العلم الاجرائي. فكيف يتسنى امداد هذه العقول بمعلومات غير دقيقة ونتوقع منها معلومات صحيحة؟ فإذا كانت الدعوى هي الطلب وهي الخصومة وهي القضية . . . الخ فإن محل الدعوى يرادف محل الطلب؟ وتعلن الخصومة بدلاً من الدعوى أو الطلب؟! وغير ذلك من النتائج الشاذة وغير المقبولة. ولا شك أن أي تصنيف أو تبويب للأحكام القضائية لا جدوى منه إذا لم يتحدد مدلول كل مصطلح بشكل في دقيق. أما السائد حالياً في القضاء - ولدى جانب من الفقه - وفي التشريع، فإنه يجعل استخدام الحاسبات الالكترونية عبث لا طائل من ورائه إذا لم يوحد المشرع أولاً هذه المصطلحات حتى يقتفي القضاء أثره. وتأتي هذه الدراسة التي نعرضها في هذا الشأن كمحاولة لتحقيق هذا الهدف .

أن محاولة تحديد طبيعة الدعوى من خلال التعريفات التي أوردها لها الفقهاء أمر لا جدوى منه . فالبعض من الفقهاء قد اعتنق مذهباً التزم به في تحديد طبيعة الدعوى وفي النتائج التي يربتها على التكيف الذي اعتنقه . والبعض الآخر لم يلتزم منهجاً واحداً، بحيث جاء تعريفه للدعوى لا يتفق مع المبدأ الذي يعتنقه، أو رتب نتائج على التكيف الذي اعتنقه لا تتوافق مع هذا التكيف حتى أصبح من الجائز أن يقال أن لكل فقيه فكرته الخاصة عن الدعوى^(١٦) .

والمنهج الذي نرى ملاءمته لعرض الطبيعة القانونية للدعوى هو المنهج التأصيلي الذي يعرض الأفكار الرئيسية أو النظريات الكبرى، ثم يبين أوجه الاختلاف بينها وبين الأفكار الخاصة لبعض الفقهاء، وموقف القانون الوضعي من هذه النظريات حتى ننتهي الى ترجيح وجهة نظر معينة .

وترتيباً على ما تقدم فسوف نقسم هذا البحث الى ثلاثة مباحث على النحو الآتي :

المبحث الأول : علاقة الدعوى بالحق الموضوعي .

المبحث الثاني : الاتجاه الذي يرى الدعوى كسلطة .

المبحث الثالث : الاتجاه الذي يرى الدعوى كحق شخصي .

ويتضمن كل مبحث عدة مطالب .

نسأل الله سبحانه وتعالى التوفيق والسداد . . .

(١٦) وجدي راغب، العمل القضائي، ص ٤٥٦ .

المبحث الأول

العلاقة بين الدعوى والحق الموضوعي

تطورت علاقة الدعوى بالحق تطوراً كبيراً، فبينما اعتنق الغالب في الفقه التقليدي وجهة نظر معينة مقتضاها أن الدعوى هي ذات الحق الموضوعي، نجد أن الفقه الحديث قد اعتنق وجهة نظر مغايرة مبناها انفصال الدعوى عن الحق. ونعرض فيما يلي لعلاقة الدعوى بالحق الموضوعي في الفقهين التقليدي والحديث .

المطلب الأول

علاقة الدعوى بالحق في التشريعات القديمة وفي الفقه التقليدي

ربط الفكر التقليدي ربطاً شديداً بين الدعوى والحق الى حد الدمج بينهما. وقد تأثر هذا الفقه بالوضع الذي ساد في القانون الروماني والقانون الفرنسي القديم. وترتيباً على ما تقدم فسوف نقدم في الفرع الأول لمحة عن فكرة الدعوى في التشريع القديم، ثم نقدم في الفرع الثاني فكرة الدعوى في الفقه الاجرائي التقليدي .

الفرع الأول

الارتباط بين الدعوى والحق في القانون الروماني وفي التشريعات القديمة

١ - الارتباط بين الدعوى والحق في القانون الروماني :
كان نظام الصيغ هو السائد في القانون الروماني. فإذا قدم شخص طلبه في الصيغة formule المحددة ووافق عليه البريتور منحه دعوى يستطيع بها الزام

القاضي بالفصل في النزاع^(١٧) .

وكانت سلطة القاضي تقتصر على التحقق اللاحق من وجود الوقائع والحقوق الموضوعية المدعاة الى يوم الفصل في الدعوى^(١٨) .

وقد ظهرت فكرة الدعوى تاريخياً في القانون الروماني قبل ظهور الحق . وكان لا ينظر الى الحق إلا من خلال الدعوى ، فلم يكن هناك حق عيني *ius in rem* أو حق شخصي *ius in personam* بل كانت هناك دعوى عينية *actio in rem* ودعوى شخصية *action in perronem*^(١٩) .

وطبقاً للصيغة التي نقلها «جوستينيانJustinien» عن Celse فإن حق الالتجاء الى القضاء كان مرتبطاً بشدة بوجود الحق الموضوعي^(٢٠) ولما كان وجود الحق لم يكن يظهر في روما إلا من خلال الدعوى ، لذلك كان طبيعياً أن تندمج الفكرتان ويختلط الحق بالدعوى . فعندما يمنح البريتور دعوى لشخص ما ، فإن هذا الشخص لم يكن يملك السلطة التي تخوله الالتجاء الى القضاء والزام القاضي بحسم النزاع فحسب ، ولكنه كان يملك الحق الموضوعي أيضاً . وكان دور القاضي منحصرأ فيما سبق القول به وهو التحقق اللاحق من الوقائع المدعاة .

(١٧) انظر في عرض تفصيلي لنظام الصيغ أمام البريتور ، وجدي راغب ، العمل القضائي ٢٤٢ -

٤٤٤ وفي عرض لفكرة الدعوى في مرحلة دعاوي القانون ص ٤٣٨ - ٤٤٢ .

(١٨) «موتولسكي» ، مقال الحق الشخصي والدعوى أمام القضاء ، كتابات ص ٨٥ .

Laurance Boy. Reflexions sur l'action en justice Rev. trim. dr. civ. 1979-3-p 497.

(١٩) «موتولسكي» الاشارة السابقة ، وأستاذنا الدكتور عبد المنعم الشرفاوي رسالته «نظرية المصلحة في الدعوى» الطبعة الأولى ، ١٩٤٧ ، بند ٣٠ ص ٣٢ ، ٣٣ .

(٢٠) «موتولسكي» ، الاشارة السابقة .

وفي ظل المفهوم السابق فقد كانت الدعوى تفترض الوجود المسبق للحق. وتعبيراً عن الخلط التام بين الدعوى والحق، فكان السائد أن يقال في هذا القانون حيث «لا حق لا دعوى. Pas de droit pas d'action»^(٢١). وهكذا فإن الدعوى - في هذا القانون - كانت تختلط بالحق الموضوعي، فالدعوى هي الرخصة faculte التي تخول الفرد كسب قضية معينة باستخدام الصيغة المحددة لهذه الغاية^(٢٢). وبعبارة أخرى فالدعوى هي امكانية الحصول على حكم في الموضوع لصالح المدعي^(٢٣). وهكذا فلم تظهر الدعوى كفكرة مجردة قوامها طرح الادعاء أمام القاضي، والزامه بالفصل فيه على أي نحو كان وإلا عد منكراً للعدالة، ولكنها فضلاً عما سبق هي سلطة الزامه بالحصول على الحق وحمايته، لأنه قائم فعلاً قبل اقامة الدعوى.

واستطراداً مع هذا المنطق فقد اعتبرت الدعوى مالا شأنها في ذلك شأن الحق الكامن خلفها. وكان هذا أمراً طبيعياً لاشتراط وجود الحق قبل وجود الدعوى^(٢٤). وقد ترك هذا المفهوم للدعوى أثره على التقنين المدني الفرنسي، ولدى بعض الفقهاء حتى المحدثين رغم أخذهم بالاتجاه الحديث الذي يميز بين

(٢١) Girard. Manuel elementaire droit romaine 8 ed par F.Senne. p.1064.

(٢٢) «سوليس وبيرو» ج١ بند ٩٦ ص ٩٧، ٩٨. «موتولسكي» و «لورانس بوى» الإشارة السابقة. وجدي راغب، العمل القضائي ص ٤٤٤. وهو يفسر الأمر بأن الصيغ أو النماذج كانت تتضمن حقوقاً معينة فبدت امكانية المطالبة بالحق غير جائزة إلا لصاحب الحق ومن ثم اختلطت فكرة الدعوى بالحق. ومع ذلك ذكر سيادته أن مضمون الصيغة في القانون الروماني هو مجرد ادعاء ولا تتضمن تقريراً لحق المدعي. انظر ص ٤٤٥ - ٤٤٧ العمل القضائي.

(٢٣) «سوليس وبيرو» المرجع السابق بند ٩٥ ص ٩٦، ٩٧ حيث يقولان:
"La possibilite d'obtenir gain de cause sur le fond".

وقد انتقدا هذا الفكر لأن الهدف من الالتجاء الى القضاء هو تقرير وجود الحق أو عدم وجوده.

(٢٤) «لورانس بوى» الإشارة السابقة.

الدعوى والحق^(٢٥). كما أثر هذا المفهوم على عدم التمييز بين فكرة الدعوى وفكرة الطلب كما سنبينه فيما بعد .

٢ - فكرة الدعوى في التشريعات القديمة :

ظلت الاجراءات تتصف بالشكلية خلال الفترة من القرن الخامس الى القرن العاشر ولم يظهر الحق كفكرة مجردة، ومن ثم فقد كان الحق مختلطاً بالدعوى. ورغم اختفاء الشكلية من فرنسا في القرن الحادي عشر^(٢٦) فقد تأثر التقنين المدني الفرنسي بالوضع القائم في القانون الروماني حيث اعتبر الدعوى مالا (م ٥٢٦، م ٥٢٩ مدني فرنسي). وتجسدت الدعوى بالحق فلم يكن منظوراً إليها إلا باعتبارها الحق الموضوعي ذاته منظوراً إليه من زاوية الحماية القضائية^(٢٧). وبعبارة أخرى فلم تكن الدعوى سوى تعبيراً قضائياً عن الحق .

وقد اختلطت الدعوى في ظل التشريعات القديمة بالأفكار الاجرائية الأخرى كما اختلطت بالحق الموضوعي. ففي الفترة التي سبقت مجموعة ١٦٦٧ في فرنسا كان اصطلاح الدعوى يستعمل أحياناً كمرادف لحق الالتجاء الى القاضي للحصول على العدالة^(٢٨)، ويستخدم أحياناً أخرى كمرادف لمباشرة هذا الحق. وعندما صدر قانون ١٦٦٧ لم يتناول هذا القانون تعريفاً للدعوى لذلك ظل الاصطلاح غامضاً. وقد استعمله أحد شراح هذا القانون وهو

(٢٥) من أنصار الإبقاء على مفهوم الدعوى في القانون الروماني واعتبار الحق شرطاً لوجود الدعوى، أستاذنا الدكتور فتحي والي الوسيط، بند ٢٧ ص ٥٩ .

(٢٦) محمد عبد الخالق عمر، رسالته، مشار إليها، بند ٦٥ ص ٢٢ .

(٢٧) Garsonnet et cezar-Bru. Traite theorique et pratique de procedure civile et commerciale-1917-1938. Tom:I No.351. p.521; Glasson, Tissier et Morel, Traite theorique et pratique d'organisation judiciaire de comptence et de procedure civile 3 ed (1925-1936) Tom O p.426; Japiot (Rene) Traite elementaire de procedure civile et commercial 3ed 1935. p.49 - p. 52.

"droit de s'adreser au juge en vue d'obtenir justice".

(٢٨)

الفقيه Pothier بمبدولين مختلفين، فهو يعني به تارة الحق في المطالبة بما هو مستحق أو مملوك (في الدعاوي العينية)، ويعني به تارة أخرى مباشرة هذا الحق^(٢٩).

وعندما صدرت المجموعة الفرنسية الملغاة (مجموعة ١٨٠٦) لم تتضمن تعريفاً ولا معالجة لفكرة الدعوى.

الفرع الثاني

الدمج بين الدعوى والحق في الفقه التقليدي :

١ - عرض للفكر التقليدي، والنتائج التي تترتب على الأخذ به :
تأثر الفقه التقليدي سواء في ذلك المدني أو الاجرائي بالوضع القائم في القانون المدني الفرنسي (مجموعة ١٨٠٤). وشاع لدى فقهاء القانون الموضوعي عدة تعريفات للدعوى تربط كلها بينها وبين الحق الموضوعي. فالدعوى عند «سافيني Savingy» هي الحق ذاته ولكن في حالة حركة^(٣٠). والدعوى عند «ديمولمب Demolombe» هي الحق متحركاً a l'etat d'action في حالة حرب بدلاً من أن يكون في حالة سلام^(٣١).

(٢٩) وقد تميزت مباشرة الحق فيما بعد وأصبح يعبر عنها بفكرة الطلب، كما تميزت فكرة الدعوى action لدى بعض الفقهاء عن فكرة حق الالتجاء الى القضاء أو حق التقاضي droit d'agir en justice.

(٣٠) وفي هذا يقول «سافيني» :

"l'action en justice n'est rien d'autre que le droit subjectif substantiel lui-meme, mais en mouvement.

مشار إليه في «موتولسكي» مقال «الحق الشخصي والدعوى» مشار إليه ص ٨٧.

De Molombe: Cour de code de Napoleon 4 ed 1870.

(٣١)

Livre II p. 338

وفي هذا يقول «ديمولمب» :

وقد اعتنق فقهاء الاجراءات التقليديين ذات الفكر. فقد عرّف «جارسونيه وسيزار برى» الدعوى بأنها «الحق نفسه يظل سلبياً طالما لم تحدث منازعة بشأنه، ولكن ما أن يُنكر أو تخالف مزاياه إلا وكان هو الدعوى»^(٣٢). واعتبر «كيش» أن الدعوى هي التي يتحول الحق خلالها من سلطة الى أداة^(٣٣).

ويعتق هذا الفكر في الفقه المصري المرحوم الدكتور عبد الحميد أبو هيف^(٣٤). ويقرب من هذا الاتجاه ما يراه البعض من أن الدعوى جزء لا يتجزأ من الحق فهي أحد عناصره، أي عنصر الحماية القانونية في الحق، بحيث لا يستكمل كيانه إلا بها. وهي توجد بشكل دائم سواء إعتدى على الحق أم لم يحدث اعتداء عليه^(٣٥).

ويذهب اتجاه آخر من أنصار وحدة الحق والدعوى الى دمج الحق في الدعوى، بحيث تكون الدعوى هي الحق الوحيد للفرد، وينكر ما عداها من حقوق. ولا تكون الروابط التي تنشأ بين الأفراد سوى مجرد مصالح محمية.

"Le droit a l'etat de geurre, au lieu de l'etre a l'etat de paix". cite par vizioz etud op. cit. = p.30 et solus et perrot op.cit. p.100 note 5.

(٣٢) «جارسونيه وسيزار برى» المرجع السابق، ج١، بند ٣٥١، ص ٥٢١ حيث يقولان :

"C'est le droit lui-meme qui reste passif tant qu'il n'est pas conteste, mais qui se met en mouvement dès qu'il est meconnu ou viole".

Cuche, precis procedure civile 9 ed 1946 par Vincent No. 127. "L action c'est le droit (٣٣) qui passe de la puissance a l'acte".

(٣٤) عبد الحميد أبو هيف، المرافعات المدنية والتجارية والنظام القضائي في مصر ١٩٢١ بند ٣٩٥ ص ٣١٥.

(٣٥) أستاذنا الدكتور عبد المنعم الشرقاوي، نظرية المصلحة في الدعوى الطبعة الأولى ١٣٦٦ -

١٩٤٧ بند ١ ص ٩ وبند ٣٢ ص ٣٤ وبند ٣٤ ص ٣٥. والدكتور أبو الوفا، المرافعات،

طبعة ١٩٨٠ بند ٩٤ ص ١٠٦.

وبذلك لا توجد فكرة الحق أساساً وإنما توجد فقط الدعوى^(٣٦). ويقرب من هذا الاتجاه ما يراه الفقيه الايطالي «ساتا» من أن الدعوى تستغرق الحق ولكن دون أن ينكر فكرة الحقوق في علاقات الأفراد^(٣٧).

ويترتب على هذا المفهوم الذي استمر محافظاً على الصيغة التي سادت في القانون الروماني مجموعة من النتائج :

- أ - لا يوجد حق بلا دعوى^(٣٨).
- ب - لا توجد دعوى بلا حق^(٣٩).
- ج - كلما وجد الحق ملك المتقاضي دعوى، فإذا كان الحق وهمياً لا توجد الدعوى^(٤٠).
- د - لا يوجد لكل حق سوى دعوى واحدة تحميه^(٤١).
- هـ - لا تعدد الدعاوي إلا إذا تعددت الحقوق التي يملكها الشخص^(٤٢). وإذا فُرض وكان من الممكن أن يشتق من ذات الحق أكثر من دعوى، فإن اختيار دعوى معينة يعد تنازلاً ضمناً عن ممارسة الدعاوى الأخرى المشتقة

(٣٦) الفقيه الايطالي «بكليس» Alessandro Pekelis مشار إليه في مؤلف الدكتور وجدي راغب، العمل القضائي، ص ٤٦١، ٤٦٢.

(٣٧) الفقيه الايطالي «ساتا» مشار إليه في نفس المرجع ص ٤٦٢.

(٣٨) «جارسونيه وسيزار برى» المرجع السابق، بند ٣٥٢ ص ٥٢٢ - أبو الوفا بند ٩٤ ص ١٠٦.

(٣٩) «فنان وسيرج» المرافعات، الطبعة ٢٠ سنة ١٩٨١ بند ١٨ ص ٤٠.

(٤٠) «جلاسون وتيسيه وموريل» المرجع السابق ج١ ص ٤٢٤.

(٤١) انظر بالتفصيل في شرح هذه القاعدة «فريوز» دراسات ص ١٨٢ - ١٩٤ أبو الوفا، الإشارة السابقة.

(٤٢) «جارسونيه وسيزار برى» بند ٣٥٣ ص ٥٢٥، «سوليس وبيرو» ج١ بند ١٠٢ ص ١٠٢، ١٠٣ وانظر أيضاً :

TERRE (Francois): Des ajournements. Theorie de l'action en justice. Generalite.

Juris-classeur de procedure civile Fas I Art 59. 1962. No. 41.

من نفس الحق^(٤٣) .

"Electa una via, non dateur recarsus ad alteram".

و - تكتسب الدعوى ذات طبيعة الحق فإذا كان الحق عينياً أو شخصياً كانت الدعوى عينية أو شخصية، وإذا كان محل الحق عقاراً كانت الدعوى عقارية، وإذا كان محله منقولاً كانت الدعوى منقولة. وإذا كان الحق مما يقبل الانتقال للورثة انتقلت الدعوى للورثة، وتتوقف حوالة الدعوى أو انقضائها حسبها كان الحق قابلاً للانتقال أو الانقضاء^(٤٤) .

ز - أن الوجود المسبق للحق شرط لقبول الدعوى في الفقه التقليدي طالما أن الدعوى أمر ملازم للحق. وتطلب وجود الحق الموضوعي قبل وجود الدعوى يعنى اعطاء الدعوى مفهوماً خاصاً فهي في ظل هذا الاتجاه فهي حق اللجوء الى القضاء لاقتضاء ما هو مستحق أو مملوك^(٤٥) . وهي ليست مجرد سلطة للجوء الى القضاء ولكنها تعني أيضاً سلطة (أو حق) طلب الاعتراف بالحق، واتخاذ الاجراءات اللازمة لحمايته. كما تعني أن كل من

Carre et Chauveau. lois de procedure 5 ed tom I introduction generale. No. 77. (٤٣)

«وفريوز» الإشارة السابقة. ويلاحظ أن الفقه الحديث قد هجر هذه النظرية. وإن كان لا زال لها بعض التطبيقات حيث يوجب القانون أحياناً على الطالب أن يفرغ كل حقوقه في ذات الخصومة. في بعض المسائل العمالية في القانون الفرنسي، وسقوط الحق في اللجوء الى المحاكم الجنائية إذا سبقه اللجوء للمحاكم المدنية في بعض الحالات - انظر بالتفصيل «سوليس وبيرو» بند ١٠٢ ص ١٠٣ .

(٤٤) «جارسونيه وسيزار برى» بند ٣٥٤، عبد الحميد أبو هيف، بند ٤٠٢ ومحمد عبد الخالق، رسالته بند ١٦٧ ص ٧٩. عبد المنعم الشرفاوي رسالته، بند ١٨ ص ٢٥ .

(٤٥) «فريوز» دراسات ص ٥٠، وهذا التعريف هو ما يأخذ به «جلاسون» في مؤلفه الأصلي طبعة ١٩٠٢ ج١ ص ٢٢٣. ويلاحظ أن هذين الفقيهين أكدا على التمييز بين الحق والدعوى ولكنها ربطا بين الحق والدعوى عند تعريف الدعوى وهو أمر منتقد. ومن جهة أخرى فإن «فريوز» قد اعتمد تعريف «جلاسون» بأن الدعوى هي «الحق المعترف به لكل شخص بأن يطالب أمام العدالة بما هو مستحق أو مملوك له». ولكنه اعتبر الدعوى دائماً سلطة عامة وموضوعية. وهو ما يعني عدم اعتناقه لفكر ثابت وتردده بين النظرية الموضوعية (السائدة في فقه القانون العام) والنظرية الشخصية. وسوف نوضح هذه المسألة تفصيلاً فيما بعد .

يملك حقاً سوف يكسب حتماً دعواه. ويُعد كل ما سبق نتيجة للاصرار على الصيغة التقليدية حيث لا حق لا دعوى .
"Pas de droit pas d'action"

وقد شاع الربط الشديد بين الدعوى والحق الى حد جعل وجود الحق شرطاً للدعوى في الفقه الألماني القديم قبل أن يُهجر هذا الفقه. فالدعوى في النظرية المسماة باسم Rechtsschutzans هي حق الحصول على حكم لصالح المدعي^(٤٦). كما شاع هذا الاتجاه لدى الكثير من الفقهاء الايطاليين حيث كان قبول الدعوى يعني الحكم لصالح المدعي (النجاح في الموضوع). وكان ذلك أمراً منطقياً للقاعدة التي سادت آنذاك وهي حيث لا حق لا دعوى^(٤٧). ويبدو تطلب وجود الحق كشرط للدعوى جلياً في كتابات بعض فقهاء الاجراءات الفرنسيين التقليديين حيث يقول «جلاسون وتيسيه وموريل» أن حق الدعوى يتطلب بالضرورة وجود الحق قبل الالتجاء الى القضاء للاعتراف به^(٤٨) ويأخذ بذات وجهة النظر كل من «جارسونيه وسيزار برى^(٤٩) وجابيو^(٥٠)» .

ويعتق اتجاه في الفقه الاجرائي المصري وجهة النظر السالفة ويرى أن

(٤٦) Rosenberge. Zivil prozesserch. 9ed 1892. 3. et lent Tauerling et Blomeyer.
مشار إليه في مقال «موتولسكى» الحق الشخصي والدعوى، كتابات ص ٩٤ .

(٤٧) محمد عبد الخالق، رسالته بند ١٩١ ص ٩٢ والمراجع الايطالية المشار إليها في هامش ص ٥٨ ص ٩٢ .

(٤٨) «جلاسون وتيسيه وموريل» المرجع السابق بند ١٧٢ ص ٤٢٣ وبند ١٧٣ ص ٤٢٦ وقد أوردوا العبارة الآتية :

"Le droit d'action implique d'abord l'existence d'un droit qu'on demand au juge de reconnaitre ou de faire respecter..."

(٤٩) «جارسونيه وسيزار برى» ج١ بند ٣٥٦ ص ٥٣٠ .

Japiot: Les conditions de l'action. Rev. trim. dr. civ. 1915. No. 2 p.422. (٥٠)

الحق الموضوعي شرط لوجود الدعوى، وذلك تمسكاً بقاعدة حيث لا حق لا دعوى^(٥١). وهو أمر منطقي عند من يربط الحق بالدعوى^(٥٢) ولكنه لا يستقيم مع من يأخذ - رغم ذلك - بالاتجاه بالاتجاه الحديث الذي يميز بين الحق والدعوى^(٥٣).

ح - تكون شروط الدعوى هي ذاتها شروط الحق، وتكون هذه الشروط في طبيعتها شروط موضوعية du fond وليست شروط قبول recevabilite^(٥٤).

٢ - الانتقادات التي وجهت الى الفكر التقليدي :

انتقد الفقه^(٥٥) النظرية التقليدية لعدة أسباب :

أ - أن الفرد يلجأ للقضاء كي يفصل فيما إذا كان الحق يوجد أو لا يوجد. فإذا كان الوجود المسبق للحق شرطاً ضرورياً لوجود الدعوى، ففيم تستعمل سلطة الدعوى أو حق الدعوى؟^(٥٦). لا ريب أن اعتبار الحق من مستلزمات

(٥١) عبد المنعم الشرقاوي، نظرية المصلحة بند ٣١-٣٧ ص ٣٤. أحمد أبو الوفا بند ٩٦ ص ١٠٧ حيث ذكر العبارة الآتية «الدعوى تستند دائماً الى حق» فتحي والي، الوسيط بند ص ومحمد محمود ابراهيم، الوجيز في قضاء المرافعات مركزاً على القضاء النقض، ١٩٨١ ص ٦٠٤ حيث يعرف الدعوى بأنها وسيلة لحماية الحق.

(٥٢) عبد المنعم الشرقاوي وأبو الوفا، الإشارة السابقة.

(٥٣) فتحي والي، الوسيط، بند ٢٩ ص ٦٢، ٦٣ حيث يرى أن الدعوى ليست هي ذات الحق وليست عنصراً فيه. ولكنه يرى مع ذلك أن الحق شرط لوجود الدعوى.

(٥٤) «ساتا» مشار إليه في رسالة محمد عبد الخالق بند ١٦٧ ص ١٧٩. ويلاحظ أن قانون المرافعات الفرنسي الجديد نظم شروط القبول مع الدعوى ويقصد بها شروط وجود حق الدعوى وليس شروط الحق الموضوعي.

(٥٥) «فريوز» دراسات ص ٣٥، «موتولسكي»، المقال السابق ص ٨٥. «بيرو» محاضرات ط ١٩٧٦/١٩٧٧ ج١ ص ٣٩.

Gerard COURNU et Jean FOYER. procedure civile et commerciale 1958. Themis p. 272.

(٥٦) «سوليس وبيرو» ج١ بند ٩٥ ص ٩٦، ٩٧ وأكدوا على أن الحق ليس شرطاً في بند ١٠٦ ص ١٠٦.

الدعوى يتناقض «مع جوهر الدعوى ومميزها وهو عدم التأكد من وجود الحق. فهذا التجهيل هو أساس وجودها وحكمتها»^(٥٧). وبعبارة أخرى فإن اشتراط وجود الحق «مصادرة على المطلوب واهدار لمنطق الدعوى، إذ ينطوي على القول بأن من شروط قيام الدعوى أن تكون نتيجتها محققة سلفاً، وهو ما لا يستساغ عقلاً»^(٥٨).

ب- أن الدعوى قد تنتهي بالرفض بعد أن ظلت منظورة لفترة ما، ولا يعني هذا أنها لم تكن مقبولة ابتداءً، وأن القاضي كان ملزماً بنظرها والفصل فيها. وبذا يكون الحق غير موجود إلا في تخيلة صاحبه، فهل يكفي شعور الشخص بأنه صاحب حق ككونه صاحب حق فعلاً؟^(٥٨).

ج- أن اشتراط الحق لقبول الدعوى أو لوجودها لا يتفق مع استقلال الحق عن الدعوى.

د- يؤدي الرأي السابق الى تعقيد مشكلة عدم القبول لأن اعتبار الحق شرطاً لوجود الدعوى (والمصلحة شرطاً لقبولها) يؤدي الى الخلط بين شروط القبول والشروط الموضوعية رغم استقلال هذه الشروط في القانون الوضعي^(٥٩).

هـ- يتنافى هذا الاتجاه مع الوجود المستقل للقانون الاجرائي ولا يتفق مع

(٥٧) وجدي راغب، العمل القضائي ص ٤٦٢، ٤٦٣. و«فرانسوا تيريه» نظرية الدعوى أمام القضاء. «جريس كلاسير» المرافعات، الكراسة الأولى ٥٩.

(٥٧) عبد الباسط جيمعي، مبادئ المرافعات ط ١٩٧٤/٧٣ ١٩٢.

(٥٨) «فرانسوا تيريه»، الإشارة السابقة.

(٥٩) محمد عبد الخالق، رسالته، بند ١٨٨. ص ٩١. وجدي راغب، العمل القضائي، ص ٤٦٣.

قواعده. فقد انتقد «موتولسكي» الاتجاه التقليدي ورأى عدم صحته. وحجته في هذا الشأن أن الحق الشخصي الذي يقرره القانون الموضوعي droit subjectif substantiel يتقرر بناء على قاعدة في هذا القانون. ولا تهتم هذا القاعدة - بطبيعة الحال بالموقف الاجرائي situation processuelle - ولا تتقرر الدعوى - وهي حق شخصي في نظره كما سنبينه فيما بعد - إلا بناء على قاعدة ينشئ حكمها الأمر impératif d'une regle هذا الحق. ويختلف القانون الذي ينشئ الدعوى عن القانون الذي ينشئ الحق الموضوعي، لأن القانون الاجرائي هو الذي ينشئ الدعوى. وبعبارة أخرى فإن الحق الشخصي يتقرر بناء على قاعدة في القانون الموضوعي، والدعوى (كحق شخصي مستقل) تتقرر بناء على قاعدة في القانون الاجرائي، وحيث أن النص الذي يقرر الحق الموضوعي غير النص الذي يقرر حق الدعوى (وهي حق اجرائي)، فإن الدعوى تكون شيئاً آخر غير الحق الموضوعي، ولا يمكن القول أن الدعوى هي الحق في حالة حركة^(٦٠).

ومن جهة أخرى فإن الاتجاه التقليدي لا يتفق مع قواعد القانون الاجرائي التي ترتب سلسلة من الحقوق الاجرائية المتساوية بالنسبة للمدعى والمدعى عليه، رغم أن الأخير يعد طرفاً سلبياً في الحق وفي الدعوى طبقاً للمفهوم السابق^(٦١).

هـ - يعد الاتجاه السابق امتداداً للأفكار الرومانية التي لم تعد صالحة في الفكر المعاصر^(٦٢). لذلك رفض الفقهاء الألمان والايطاليون المدلول الضيق للدعوى الذي يتطلب وجود حق شخصي سابق عليها. وفضلوا الأخذ

(٦٠) «موتولسكي»، الحق الشخصي والدعوى، كتابات ص ٩١.

(٦١) وجدي راغب، الإشارة السابقة.

(٦٢) «سوليس وبيرو» ج١ بند ٢٢١ ص ١٩٥.

بمدلول واسع يعتبر الدعوى سلطة (أو حقاً) مستقلة في ذاتها^(١٣) .

والخلاصة أن الحق ليس شرطاً لوجود الدعوى (أو قبول الطلب) ولكنه دليل على حسن تأسيس الطلب وامكان نجاحه^(١٤) . أما العبارة القديمة حيث لا حق لا دعوى فإنها لم تعد تعني في العصر الحديث سوى أن الدعوى وسيلة لحماية الحقوق الفردية وليست - كما يراها فقهاء القانون العام - على ما سنبينه في المبحث القادم - وسيلة لتحقيق الشرعية المجردة^(١٥) . والصيغة التي تعبر عن حقيقة الحال هي التي يقال فيها «حيث تبين أن المدعي ليس صاحب حق فإن الدعوى تكون مرفوضة في الموضوع»^(١٦) ويعبر عن ذلك بما يلي :

"il n'a pas de droit par suite pas d'action"

أما الصيغة الموروثة عن القانون الروماني (حيث لا حق لا دعوى)، فإنها لم تعد تلائم تطور الفقه الاجرائي . كما أنها تخالف مقتضيات القانون الوضعي الذي يكتفي بالمصلحة لقبول الطلب أي لوجود الدعوى حسبما سنبينه تفصيلاً فيما بعد .

(٦٣) «سوليس وبيرو» ج١ بند ٩٧ ص ٩٩ . وانظر ما يلي تفصيلاً بشأن هذا المسألة في المبحث الثالث .

(٦٤) «كورن وفوييه» ص ٢٧٣ . و «سوليس وبيرو» بند ١٠٤ ص ١٠٤ . ومحمد عبد الخالق، رسالته بند ١٨٨ ص ٩٠ . وبند ٧١ مكرر، ص ٨٢ نبيل عمر، الاستئناف، بند ١٥٨ ص ٢١٦ ، ٢١٧ .

(٦٥) «سوليس وبيرو» بند ٢٢١ ص ١٩٦ .

(٦٦) ويعرض «سوليس وبيرو» العديد من الأحكام الخاطئة التي انتهت بعد فحص النزاع الى عدم قبول الدعوى بدلاً من القول بأن الطلب غير مؤسس . انظر الأحكام العديدة المشار إليها في مؤلف «سوليس وبيرو» ج١ ص ١٩٦ هامش ٢٥ .

ويأخذ بهذه الصيغة في الفقه المصري المرحوم الدكتور أحمد مسلم فهو يرى أن الحق ليس شرطاً لقبول الدعوى بند ٢٧٦ ص ٣٠٣ ويرى أن الصلة بينها لا تظهر إلا عند الحكم في الدعوى حيث تتجلى الصلة بين الحق والدعوى على النحو الذي يعني به القانون الموضوعي . ولكنه عاد في بند ٢٨٠ ص ٣٠٧ واعتبر أن من صور انعدام الفائدة في الدعوى ألا تكون مزاعم المدعى مستندة ولو ظاهرياً الى حق . . لأن الدعوى ادعاء بحق أو ادعاء يستند الى حق . . ٩٠ !

وازاء الانتقادات السابقة، فقد اتجه الفقه الحديث نحو الأخذ باتجاه يميز بين الحق والدعوى، ويعتبر الدعوى شيئاً مستقلاً عن الحق، إلا أن أنصار هذا الاتجاه اختلفوا بعد ذلك في درجة هذا الاستقلال على ما سنوضحه في المطلب القادم .

المطلب الثاني

علاقة الدعوى بالحق في الفقه الحديث

استقلال الدعوى عن الحق الموضوعي

يرفض الفقه الاجرائي الحديث مبدأ ادماج الدعوى بالحق، أو دمج الحق بالدعوى، بادئاً من منطلق بديهي وهي أن الحق لا يمكن أن يكون هو الدعوى التي لم توجد إلا لحمايته^(٦٧) .

وقد قدم هذا الفقه العديد من الحجج التي تدعم وجهة نظره وترتب على أثرها اختفاء المفهوم التقليدي الذي يعتبر الدعوى هي الحق^(٦٨) وظهور مبدأ استقلال الدعوى عن الحق الموضوعي^(٦٩) . وقد اختلف بعد ذلك أنصار مبدأ الاستقلال حول مداه. فهو استقلال نسبي في نظر البعض لأن هناك روابط وصلات تربط بين الدعوى والحق، وهو استقلال مطلق في نظر البعض الآخر الذي يعطي الدعوى مدلولاً مجرداً. وترتيباً على ما تقدم فسوف نقسم هذا المطلب الى فرعين نعرض في الأول لأدلة الفقه الحديث على انفصال الحق عن

(٦٧) «موتولسكي» الحق الشخصي والدعوى، كتابات ص ٨٧، «سوليس وبيرو» بند ١٠٦ ص ١٠٦ .

(٦٨) «سوليس وبيرو» ج١ بند ٩٩ ص ١٠٠ .

(٦٩) وقد ساعد على هذا التطور تأثر القانون الفرنسي بالقانون الروماني الذي ساد بيزنطة وكان القانون الأخير قد تطور بحيث أصبح الحق يوجد أولاً ثم تحميه الدعوى ثانياً انظر محمد عبد الخالق رسالته بند ٦٦ ص ٢٣ .

الدعوى، ونعرض في الثاني مدى استقلال الدعوى عن الحق، وهل هو استقلال نسبي أم مطلق .

الفرع الأول

أدلة الفقه الحديث على انفصال الحق عن الدعوى

قدم الفقه الحديث العديد من الحجج التي تؤيد التمايز بين الحق والدعوى ونعرض لها فيما يلي :

١ - وجود حقوق بلا دعاوي :

توجد حقوق بلا دعاوي . وهذا الفرض وإن كان نادراً إلا أنه يتحقق في بعض الحالات :

أ - يوجد الحق بلا دعوى تحميه في حالة الالتزامات الطبيعية، فهي حقوق لا يمكن اقتضاؤها جبراً^(٧٠) . ويقرب من هذه الفكرة أن الطلب الذي تمارس به الدعوى قد يكون باطلاً لعدم توافر أحد شروطه الشكلية دون أن يؤثر ذلك على الحق الموضوعي الذي يظل مستقلاً^(٧١) .

ب - يكون الدائن بحق مؤجل أو معلق على شرط واقف صاحب حق، ومع ذلك لا يستطيع رفع دعوى أمام القضاء لحماية حقه في الحال^(٧٢) إلا في

(٧٠) «سوليس وبيرو» بند ١٠٠ ص ١٠١، «فنان وسيرج» بند ١٨ ص ٤٠، «تيريه»، مقال «الجريس كلاسير»، فقرة ٧ ص ٤، عبد المنعم الشرقاوي رسالته بند ٢٤ ص ٢٨ . محمد عبد الخالق رسالته بند ١٦٨ ص ٨٠ . عبد الباسط جمعي، مبادئ ص ١٨٥، ابراهيم سعد، ص ١٠٣، نبيل عمر بند ١٥٨ ص ٢١٧ . وانظر في الرد على هذه الحجة، الشرقاوي، بند ٣٧ ص ٣٦ .

(٧١) «بيرو» محاضرات، ١٩٧٦/١٩٧٧ ج١ ص ٣٨ .

(٧٢) «سوليس وبيرو» الإشارة السابقة - «تيريه» المقال السابق، فقرة ٩ . ولا يمنع هذا صاحب الحق من اتخاذ بعض الاجراءات التحفظية في القانون الفرنسي . أما القانون المصري والكويتي فيشترطان حلول الأداء لتوقيع الحجز التحفظي .

الحالات التي يجوز فيها رفع دعوى الالتزام في المستقبل^(٧٣).

ج- يوجد الحق مجرداً من الدعوى إذا مضت مدة التقادم، ولكنه لا يكون مع ذلك مجرداً من كل حماية قضائية. فاعمال قاعدة أن من لا يستطيع التمسك بحقه عن طريق دعوى يستطيع أن يتمسك به عن طريق دفع «الدفع مؤبدة والدعاوي مؤقتة» «Quae temporalio sunt and agendum, porptua sunt ad excipiendum».

تمكن صاحب الحق الذي انقضى بالتقادم من التمسك به بشكل دفاعي رغم أن الدعوى بمعناها الضيق *stricto sensu* غير موجودة^(٧٤). وتطبيقاً لذلك إذا لم يرفع صاحب الحق في التمسك بالبطلان دعواه في الموعد المحدد فإنه يستطيع أن يتمسك بالبطلان عن طريق دفع إذا أقام الخصم الآخر دعوى في مواجهته^(٧٥).

د- يضيف بعض الشراح الفرنسيون الى الحالات السابقة حالة كون الدائن دائماً بحق سببه غير مشروع (كدين القمار)، حيث يوجد الحق مجرداً من الدعوى لأن صاحبه لا يستطيع أن يطالب بفعله الشائن أمام القضاء^(٧٦).

(٧٣) انظر في شرح هذه الدعوى، فتحي والي، الوسيط بند ٨٠ ص ١٤٩ وجدي راغب، مبادئ الخصومة، طبعة ١٩٧٥ ص ٤١.

(٧٤) «سوليس وبيرو» بند ١٠٠ ص ١٠١، والأحكام والمراجع المشار إليها في هامش ٢ من نفس الصحيفة.

(٧٥) «فزيوز» دراسات ص ١٣٢، «تيريه» المقال السابق فقرة ١٠ ص ٤ ويعرض تطبيقات الفكرة بالنسبة لأنواع التقادم المختلفة في الفقرات ١١، ١٢، ١٣، ص ٤، ٥. و«فنان وسيرج» ص ٤١ الهامش ونقض مدني فرنسي/ ١٤ ٣ / ٢ / ١٩٧٨ J.C.P. ١٩٧٨ - ٤ - ١٠٩ عبد النعم الشرقاوي، نظرية المصلحة، بند ٢٤ ص ٢٨. عبد الباسط جيمى، مبادئ ص ١٨٥، ١٨٦.

(٧٦) «جلاسون وتيسيه وموريل» ج١ بند ١٧٥ ص ٤٢٩ - «جارسونيه وسيزار برى» الإشارة السابقة، «تيريه»، المقال السابق فقرة ٨.

٢ - وجود دعاوي بلا حقوق :

أ - دور فقه القانون العام في إبراز هذه الفكرة :

اهتم فقهاء القانون العام بمسألة امكان وجود دعاوي لا تستند الى حقوق شخصية وذلك بمناسبة دراستهم لدعوى الالغاء (تجاوز السلطة) ورغبتهم في التوسع في قبول هذه الدعوى^(٧٧). وتبدأ فكرة فقهاء القانون العام برفض الاتجاه الذي ينادي به غلاة المتطرفين من أنصار المذهب الفردي مثل «جوزيف بارتلمى Barthelemy» و «بونار R.Bonard» اللذان أخذوا بنظرية الحقوق الشخصية للرعايا، بمعنى أن مخالفة القانون تسمح للرعايا باقامة دعوى الغاء ذات طابع شخصي استناداً الى أن الرعايا يتمتعون بحق شخصي مضمونه المحافظة على الشرعية وعدم مخالفة القانون .

وبعد رفض هذا الاتجاه ذهب هؤلاء الفقهاء الى أن الشرعية ذات طابع موضوعي ومجرد، ولا تحمي إلا لكونها تتعلق بالمصلحة العامة . ففي الحالات التي يعاني فيها شخص معين من عدم الشرعية (وجود قرار اداري مخالف للقانون)، فلا شك أن له مصلحة تبيح له التخلص من حالة عدم الشرعية، ومن ثم فإن له سلطة الالتجاء الى القضاء لتحقيق هذه الغاية، ولكن ليس من شأن هذه الدعوى أن تعطيه حقاً شخصياً موضوعياً *droit subjectif substantiel* في تحقق الشرعية، لأن الحق في الشرعية يوجد في ذاته *en soi* مستقلاً عن أي شخص . وهكذا أمكن تصور وجود حقوق لا يمكن نسبتها لأشخاص معينين، وتصور الفصل بين الحق والشخص . وهكذا ظهرت النظرية الموضوعية في مفهوم الدعوى وكونها سلطة لا ترتبط بحق سابق، ولا شخص معين، ويمكن ممارستها استقلالاً عن الحق بحيث توجد الدعوى دون حق^(٧٨) .

(٧٧) «سوليس وبيرو» جـ ١ بند ١٠٥ ص ١٠٤، ١٠٥، «تيريه» المقال السابق، «موتولسكي» مقال الحق الشخصي والدعوى «كتابات ص ٨٨ «لورانس بوى» مقال، انعكاسات، بند ٢٠ ص

(٧٨) «موتولسكي» المقال السابق، كتابات، ص ٨٨ .

وهكذا فإن المنازعة الموضوعية contentieux objectif توجد لحماية الشرعية المجردة legalite pur . وتكون الدعوى وسيلة للدفاع عن الشرعية وتطبيق القانون بشكل مجرد لا يهم الأفراد .

ويعتمد الفقه الاجرائي فكرة المنازعة الموضوعية في نطاق القانون الخاص ولكنها توجد بشكل استثنائي في نطاق هذا القانون^(٧٩) . ونعرض فيما يلي لمجال تطبيق هذه الفكرة .

ب - تطبيقات حالة وجود الدعاوي التي لا تستند الى حقوق :

- دعاوي الحيازة : لا تستند الى حق ولكن الى مركز واقعي^(٨٠) . وهذه مسألة ينتقدها البعض حيث يرى أن الحيازة تصبح مركزاً قانونياً منذ أن يقرر القانون حمايتها حيث تولد حقوقاً لصالح الحائز^(٨١) .

- يسمح القانون للنيابة العامة أن ترفع بعض الدعاوي باعتبارها خصماً أصلياً كدعوى شهر افلاس التجار ودعوى حل الجمعيات والطعن بالنقض لمصلحة القانون . ولا تكون دعوى النيابة العامة مستندة الى حق لرافعها^(٨٢) .

- إذا رفضت الدعوى في الموضوع ، فإن ذلك يعني وجود دعوى بلا حق . فالدعوى كانت موجودة باعتبارها حقاً مخولاً لكل شخص أن يلجأ للقضاء ، وكان قبولها استناداً الى ما يميزه القانون الوضعي . فإذا لم ينجح

(٧٩) «موتولسكي» ، المقال السابق ص ٩١

(٨٠) «فزيوز» ص ١٣٦ ، «موريل» الطبعة الثانية ، ص ٢٤ ، «فنان انسكويدي» دالوز ، المرافعات رقم ٢٨ ، عبد الباسط جيمى مبادئ ص ١٨٤ .

(٨١) «سوليس وبيرو» بند ١٠٦ ص ١٠٦ وفتحي والي ص ١١٣ ، ابراهيم سعد ص ١٣٤ هامش ٤٨ .

(٨٢) «فزيوز» ص ٣٢ ، «فنان وسيرج» بند ١٨ ص ٤٠ - «تيريه» فقرة ١٥ ، محمد عبد الخالق ، رسالته بند ١٦٨ ص ٨٠ . ويمكن في بعض التشريعات الاشتراكية رفع الدعوى من النائب العام دفاعاً عن مصلحة خاصة (م) مرافعات تشيكي) انظر ابراهيم سعد ص ١٣٤ الهامش .

صاحبها في دعم ادعاءاته ورفضت لكونه ليس صاحب حق، فإن ذلك يعني أن الدعوى كانت موجودة دون وجود حق^(٨٣) بدليل أن القاضي التزم بنظرها حتى صدور حكم في الموضوع^(٨٤).

- تقبل دعوى المنافسة غير المشروعة رغم أنها لا تستند الى حق ولا تقرر حقاً لدى جانب الفقه^(٨٥) الذي يأخذ بفكرة المراكز بدلاً من الحقوق، لذلك لا تتعلق هذه الدعوى بحق ولكن بالاخلال بواجب *devoir viole*.

- تقبل دعاوي لا تستند الى حق لرافعها مثلما كان يعرف قديماً باسم الدعاوى الشعبية، وما يعرف حالياً باسم دعاوى الحسبة كدعوى التفريق بسبب زواج باطل^(٨٦).

٣ - اختلاف الدعوى عن الحق من حيث شروط مباشرة كل منهما :
تختلف شروط مباشرة الدعوى عن شروط مباشرة الحق حيث يمكن أن تتوافر شروط مباشرة أحدهما دون توافر شروط مباشرة الآخر. ومن مظاهر ذلك ما يلي :

أ - تختلف قواعد أهلية اللجوء الى القضاء *capacite pour ester en justice* عن شروط مباشرة الحق^(٨٧). ومن تطبيقات ذلك أن ناقصي الأهلية كالقصر

(٨٣) «كورني وفوييه»، المرجع السابق ص ٢٧٣ - وجدي راغب، العمل القضائي، ص ٤٦٣ .

(٨٤) «بيرو» محاضرات ١٩٧٧/٧٦، ج. ص ٣٨ .

(٨٥) Roubir. Rev. trim. dr.civ. 1952. p.76.

ويعتبر روبير دعوى تزوير العلامات التجارية تتعلق بحق شخصي وتفترض وجود سابق له. وهو من أشد المؤيدين لفكرة المنازعة الموضوعية وتوسيع مدلولها بحيث تشمل دعاوي المسؤولية والبطلان ولا يقبل فكرة الحق الشخصي إلا على مضمض. انظر «موتولسكي» المقال السابق ص ٨٩، ٩٠، و «تيريه» المقال السابق فقرة ١٥ .

(٨٦) محمد عبد الخالق، رسالته، بند ١٦٨ ص ٨٠. وانظر في دعوى الحسبة في القانون الروماني وفي الشريعة الإسلامية، رسالة الشرقاوي ص ٣٧٠ الى ص ٣٨٢ البنود من ٣٥٠ الى ٣٥٩ .

(٨٧) «فنانسان وسيرج» بند ١٨ ص ٤٠ .

يملكون الحقوق، ولكنهم لا يستطيعون مباشرة الدعوى أمام القضاء حيث يباشرها الممثل القانوني وإلا بطلت اجراءات الخصومة^(٨٨).

ب - تنقيد مباشرة الدعوى ببعض الشروط الخاصة كاستيفاء شكل معين أو مراعاة ميعاد معين^(٨٩). ويترتب على مخالفة هذه الشروط عدم قبول الطلب الذي يمارس به حق الدعوى، ولا يؤثر ذلك على وجود الحق الموضوعي وممارسة صاحبه له والانتفاع بمزاياه.

ج - قد يمارس حق الدعوى شخص آخر غير صاحب الحق، ومثال ذلك الدعوى غير المباشرة التي يرفعها الدائن باسم مدينه لمطالبة مدين المدين بحقوق المدين^(٩٠).

د - تختلف قواعد تنازع القوانين من حيث الزمان بالنسبة للدعوى عنها بالنسبة للحق. فالقاعدة أن الحق يخضع للقانون الذي نشأ الحق وقت سريانه^(٩١)، أما شروط مباشرة الدعوى فتخضع للقانون الساري وقت تقديم الطلب^(٩٢) (رفع الدعوى). وتطبيقاً لذلك قضى بأن القانون الذي يحكم توافر الصفة أو عدم توافرها هو القانون الساري وقت افتتاح الخصومة^(٩٣) وأن القانون

(٨٨) «سوليس وبيرو» بند ١٠١ ص ١٠١ و «تيريه» فقرة ١٥ ويعتبر أن ذلك تطبيقاً لحالة وجود الدعوى دون وجود الحق الموضوعي (فقرة ١٤ ص ٥) لأن صاحب الدعوى لا يستطيع مباشرة الدعوى التي تحمي حقه وانظر الشرقاوي، رسالته بند ٢٣ ص ٢٨.

(٨٩) «سوليس وبيرو» الإشارة السابقة بند ٢٢٢ ص ١٩٧ ومحمد عبد الخالق، رسالته، بند ١٦٩ ص ١٨٠.

(٩٠) «سوليس وبيرو» الإشارة السابقة. وتختلف هذه الحالة عن حالة التمثيل القانوني وهي الوسيلة الفنية لمعالجة نقص الأهلية أو انعدامها وفيها يباشر الممثل القانوني الدعوى باسمه ولكن لحساب الغير.

(٩١) «سوليس وبيرو» بند ١٠١ ص ١٠٢. «تيريه» المقال السابق فقرة ٣٦ - «فنان وسيرج» بند ١٨ ص ٤١.

(٩٢) Roubier, le droit transitoire, conflits de la loi dans le temps 1960. No. 102 p. 549. وانظر الشرقاوي، رسالته بند ٢٣ ص ٢٨.

(٩٣) نقض مدني فرنسي ١٩١٢/١٠/٢٩ دالوز الدوري ١٩١٧-١٠٧ وباريس ١٩٢٨/٦/٧ دالوز الدوري ١٩٢٩-٢-١٢٠ وغير ذلك من الأحكام المشار إليها في مقال «تيريه» فقرة ٣. ونقض مدني ١٩١٨/٢/١٩ سيري ١٩٢٠-١-١٣٣ ونقض مدني ١٩٢٤/٥/٢٦ سير ١٩٢٥-١-٢٩٠ «سوليس وبيرو» ص ١٠٢ هامش ١.

الساري وقت افتتاح الخصومة (رفع الدعوى) هو الذي يحكم الشروط الشكلية التي يخضع لها الطلب كالمواعيد المختلفة^(٩٤). هـ - تختلف قواعد تنازع القوانين من حيث المكان بالنسبة للدعوى عنها بالنسبة للحق. فالمبدأ أن الحق يخضع للقانون الذي يحكم الموضوع، أما الدعوى (منظوراً إليها كسلطة أو كحق شخصي) فتخضع من حيث المبدأ لقانون القاضي^(٩٥) Lex fori وإن كان القضاء الفرنسي قد تردد أحياناً فأخضع أهلية الالتجاء للقضاء للقانون الشخصي وليس لقانون القاضي^(٩٦) كما أخضع الصفة لقانون جنسية الشخص وليس لقانون القاضي^(٩٧) كما ذهب اتجاه فقهي إلى أن الصفة في التقاضي والتمثيل القانوني لا يخضعان لا لقانون القاضي ولا لقانون جنسية الشخص، ولكن للقانون الذي يحكم الموضوع^(٩٨)

(٩٤) نقض مدني فرنسي ١٩١٨/١٢/١٩ سيري ١٩٢٠ - ١ - ١٣٣ ونقض فرنسي ١٩٢٤/٥/٢٦ سيري ١٢٩٥ - ١ - ٢٩٠ .

(٩٥) Batiffol. Traite de droit international prive 3 ed No. 720. p.803
«وسوليس وبير» بند ١٠١ ص ١٠١ و «تيريه» المقال السابق فقرة ٢٠ وقارن «فنان وسيرج» حيث يرتبان هذه النتائج كأثر لاختلاف الحق عن الخصومة وليس عند الدعوى بند ٣٤٦ ص ٣٦٨ .

(٩٦) «باتيفول»، المرجع السابق بند ٧٤٢ ص ٨٠٦. وقد قُضى (نقض ١٩٠١/٧/٢٩ سيري ١٩٠٣ - ١ - ٧٣) أن أهلية زوجة أجنبية في الالتجاء للقضاء الفرنسي تخضع لقانون جنسيتها وليس للقانون الشخصي .

(٩٧) Gassin, la qualite pour agir en justice. these. Aix 1955 No. 376. p. 265. Giverdon
claude, la qualite, condition de recevabilite de l'action en justice. Dalloz. chro. p.86.
وإذا كان مباشر الدعوى ممثل قانوني فإن قانون جنسية القاصر هو الذي يحدد من له الصفة .
انظر «تيريه» والأحكام المشار إليها في فقرة ٢٦ .

(٩٨) «باتيفول»، تعليق في سيري ١٩٤٤ - ١ - ١٣٣ على حكم نقض مدني فرنسي ١٩٤١/٦/٤ .
وانظر في نقد هذا الحل Gassin في رسالته المشار إليها بند ٣٧٧ ص ٢٦٦ . خاصة إذا كان مباشر الدعوى ليس هو صاحب الحق نفسه . وقد تردد رأي «باتيفول» في حكم لمحكمة باريس قضت فيه بأن الصفة وحرية الالتجاء للقضاء يخضعان للقانون الذي يحكم الموضوع (حكم صادر في ١٩٥٧/٢/٢٢) مشار إليه في مقال «تيريه» فقرة ٢٨ .

و- تؤكد القاعدة التي تسمح لأي شخص أن يتقاضى عن طريق وكيل "en Nul France" ne plaide par procureur. بشرط ألا يخفى شخصيته ويظهر اسمه، مبدأ التمثيل القانوني، وتبرز في ذات الوقت استقلال الحق الموضوعي عن الدعوى^(٩٩).

وقد عرفت فكرة التمييز بين الحق والدعوى في الفقه الاسلامي^(١٠٠) كما يميز القانون الانجليزي بين الفكرتين^(١٠١).

٤- اختلاف الدعوى عن الحق من حيث الموضوع objet

أ- يختلف محل الحق عن محل الدعوى. فمحل الحق هو التزام باعطاء أو القيام بعمل أو بالامتناع عنه. أما موضوع الدعوى فهو يدور حول حماية الحق. وتباين صور هذه الحماية الى حد كبير فقد يكون محل الدعوى (وهو ما يطلبه الخصم في طلبه أي الادعاء على ما سنوضحه) تنفيذ التزام تعاقدى، أو الزام الخصم بدفع تعويض، أو الاعتراف بحق متنازع فيه، أو طلب اجراءات تحفظية أو وقائية. وكثيراً ما يختلف المحلان فقد يكون محل الحق تسليم شيء ومحل الدعوى التعويض عن عدم تسليم هذا الشيء. ومن ثم

= ونعتقد أن هذا القضاء يوحي بأن الدعوى هي امتداد للحق وهي فكرة لم تعد مقبولة في الفقه الحديث.

(٩٩) والقاعدة المذكورة في المتن كانت لا تبيح في أصل نشأتها التمثيل القانوني نظراً للشكلية التي كانت سائدة، ثم أجاز الأمر للملك وحده ثم حدث تطور عكس مدلولها. انظر «بيرو» محاضرات ١٩٧٦/١٩٧٧ ج١ ص ٢٧٢، ٢٧٣ و«فنسان وسيرج» بند ٣٦٣ ص ٣٨٧ بند ٣٦٤ ص ٣٨٧.

(١٠٠) محمد عبد الخالق، رسالته، بند ٢٩ ص ١٢.

(١٠١) محمد عبد الخالق، المرجع السابق بند ٦٧-٧٢ ص ٢٣-٢٥ ويعني التمايز في القانون الانجليزي أن الحق يعلو في المقام عن الدعوى على عكس القانون القديم حيث كانت الدعوى تعلو عن الحق. وهو وضع يماثل الوضع المقرر في القانون الروماني بند ٧٣-٧٦ ص ٢٥، ٢٦ ويرى أن القانون الانجليزي يعد مثلاً للمدى مساهمة الاجراءات في اعداد وتكوين المفاهيم المتعلقة بالحق الموضوعي بند ٦٤ ص ٢٢.

فليس ضرورياً أن يكون محل الدعوى هو بالضرورة محل الحق الذي يزعمه الطالب .

ب - وما يؤكد اختلاف محل الحق عن محل الدعوى أن الحق الواحد قد تحميه أكثر من دعوى . وتطبيقاً لذلك إذا لم يدفع المشتري الثمن ، فإن للبائع تقديم طلب (رفع دعوى) للمطالبة بالثمن والتعويضات ، كما أنه له أن يطلب الفسخ^(١٠٢) . ومن أمثلة ذلك أيضاً أن الحكم في دعوى نقص الثمن لوجود عيب خفي في المبيع action estimatoire لا يمنع من قبول دعوى رد المبيع بسبب هذا العيب l'action redhibitoire طالما لم يقبل الحكم الصادر في الدعوى الأولى ، ولم يكن هناك مانع بسبب قاعدة حجية الشيء المحكوم فيه^(١٠٣) . ومثال ذلك أيضاً أن المضرور من فعل يعد جريمة يستطيع تقديم طلب الى المحكمة الجنائية وآخر الى المحكمة المدنية إذا اختلف محل الطلبان^(١٠٤) ويقطع هذا الاختيار الذي لا يترتب عليه

(١٠٢) «سوليس وبيرو» جـ ١ بند ١٠٢ ص ١٠٢ . الشراوي، رسالته، بند ٢٦ ص ٣٠ - فتحي والي، الوسيط بند ٢٩ ص ٦٤ . وجدي راغب العمل القضائي ص ٤٦٤ ، عبد الباسط جمعي، مبادئ ص ١٨٦ ، ابراهيم سعد بند ٤٧ ص ٣٤ . ويختلف هؤلاء الفقهاء حول تحديد موضوع الدعوى . وجدير بالذكر أن موضوع الدعوى يختلط في الفقه والقضاء وفي التشريع المصري والكويتي بمحل الطلب (الادعاء) ونرى أن موضوع (مضمون) الدعوى هو الرغبة في طرح الادعاء على القاضي والزامه بالفصل فيه وهو فكرة مجردة لا تختلف من دعوى لأخرى . أما محل الطلب فهو يختلف من دعوى لأخرى .

(١٠٣) «سوليس وبيرو» الإشارة السابقة، و «تيريه» فقرة ٤١ . وانظر أيضاً :

Y. Lobin; Action en justice. recevabilité, condition objectives. Juris classeur procedur civile Fas.126-1-1979.

(١٠٤) «جارسونيه وسيزار برى» جـ ١ بند ٣٥٣ ص ٥٢٥ - «جلاسون وتيسيه وموريل» جـ ١ بند ١٧٤ ص ٤٢٧ . و «فزيوز» ملاحظاً في المجلة الفصلية، ١٩٤٦ ص ١٤٦ . ويلاحظ أن الدعويين - في الفرض الوارد في المتن - لهما نفس السبب ونفس المحل إذا أخذ بمبدلوه الواسع وهو النتائج الاقتصادية والاجتماعية من تقديم الطلب الى القضاء استعمالاً لحق الدعوى . وسوف نفرد بحث - تحت الإعداد - لفكرة محل الادعاء أمام القضاء المدني وهو ما يطلق عليه في الاصطلاح الشائع محل أو موضوع الدعوى .

(١٠٥) «سوليس وبيرو» بند ١٠٢ ص ١٠٣ والمراجع المشار إليها في هامش ٤ . و «تيريه» المقال السابق، فقرة ٥٠ .

سقوط الحق^(١٠٦) أن الحق الواحد قد تحميه أكثر من دعوى .

ويخلص مما تقدم أن الصيغة التي سادت الفقه التقليدي^(١٠٧) وهي أنه لا توجد سوى دعوى واحدة لكل حق *il n'ya q'une action pour un droit* تأثراً بالقاعدة الرومانية العتيقة .

“electa una via, non datur, recursus ad alteram”.

لم تقد قائمة في الفقه الحديث . والمسلم به الآن أنه يجوز الرجوع عن الطلب المقدم لمباشرة الدعوى، وتقديم طلب آخر طالما لم يصدر حكم يتمتع بحجية الشيء المحكوم فيه^(١٠٨). وهو ما يقطع بازدواج الحق والدعوى وعدم وحدتهما. ولا يخل الاستثناء الخاص بعدم جواز الجمع بين دعوى الملكية ودعوى الحيازة بهذه القاعدة .

٥ - اختلاف الدعوى عن الحق من حيث السبب والآثار والانقضاء :
تختلف الدعوى عن الحق من حيث السبب . فسبب الحق هو الواقعة أو التصرف . أما سبب الدعوى القريب *proxima* فهي المنازعة التي تولدت بين المدعي والمدعى عليه بسبب الاعتداء أو التهديد، أو التجهيل الذي حدث لما يزعم شخص أنه حق له^(١٠٩) وهو - في اعتقادنا - مجرد الرغبة في تقديم طلب الى

(١٠٦) «سوليس وبيرو» الإشارة السابقة .

(١٠٧) «جارسونيه وسيزار برى» ج١ بند ٣٥٣ ص ٥٢٥ وقد حاول الفقيهان دفع هذا النقد بالقول بأن صاحب الدعاوى المتعددة هو صاحب حقوق متعددة (نفس الإشارة) ولكن الفقه الحديث انتقد هذه المحاولة . انظر في نقدها «ميجيه» رسالته، مشار إليها و «لويين» المقال السابق، فقرة ٣١ .

(١٠٨) «تيريه» المقال السابق، فقرة ٥١ ص ١١ .

“La contestation qui srgit a propos du droit.

(١٠٩)

ومن هذا الرأي عبد الباسط جميعي، مبادئ ص ١٨٦ و «لويين» المقال السابق فقرة ٣٠ ص ٦ . وعند البعض (فتحي والي، الوسيط بند ٢٩ ص ٦٤) الاعتداء الحاصل على الحق ولذلك يرى أن المالك صاحب الحق ليس له دعوى قبل الاعتداء على حقه . وعند البعض (ابراهيم سعد بند ٣٧ ص ١٣٢) المنازعة أو الاعتداء . وعند البعض (وجدي راغب، العمل القضائي ص ٤٦٣) التجهيل القانوني .

القضاء. ويختلف سبب الدعوى عن سبب الطلب القضائي وبعبارة أدق عن سبب الادعاء أي سبب محل الطلب القضائي^(١١١).

وتختلف الدعوى عن الحق من حيث الآثار فهي تقوى الحق^(١١٢) ولا تتطابق آثار الحق مع آثار الدعوى لاختلاف نطاق كل منهما من حيث الآثار، فأشخاص الحق ليسوا هم بالضرورة أشخاص الدعوى^(١١٣).

وتنقضي الدعوى بأسباب خاصة بها غير الأسباب التي ينتهي بها الحق. فالالتزام قد ينقضي بالوفاء أو الإبراء إلى غير ذلك من أسباب الانقضاء أما الدعوى فتنتقضي بأسباب خاصة بها، كوجود اتفاق على التحكيم أو صدور حكم في الموضوع أو لسبب إجرائي بحث كفوات الميعاد^(١١٤).

الفرع الثاني

مدى استقلال الدعوى عن الحق الموضوعي

يتجه الفقه الاجرائي الحديث إلى استقلال الدعوى عن الحق الموضوعي^(١١٥). ولكنه - رغم ذلك - لم يتخذ موقفاً واحداً إزاء مدى هذا

(١١٠) سبب الطلب هو مجموعة الوقائع التي يستند إليها الطالب طبقاً للراجع في الفقه وقد عالجنا هذه المسألة بالتفصيل في بحث لنا تحت النشر.

(١١١) فنجي والي بند ٢٩ ص ٦٤. ومن مظاهر ذلك وجود حكم يتمتع بالحجية والحق في التنفيذ الجبري وأخذ حق اختصاص. وإبراهيم سعد بند ٤٧ ص ١٣٤. عبد الباسط جيمى. مبادئ ص ١٨٧.

(١١٢) وجدي راغب، العمل القضائي ص ٤٦٤.

(١١٣) وجدي راغب، الإشارة السابقة.

(١١٤) Rene MOREL. Traite elementaire de procedure civile 2ed 1929 NO. 25 p.26.

و «سوليس وبيرو» بند ٩٥ ص ٩٦، رمزي سيف، بند ٦٩ ص ٩٤، فنجي والي، الوسيط، بند ٢٩ ص ٦٢، ٦٣، وعبد الباسط جيمى، مبادئ ص ١٨٨. وجدي راغب، العمل القضائي ص ٤٦٥ إبراهيم سعد ج١ بند ٤٧ ص ١٣٢.

الاستقلال. فيذهب البعض الى وجود علاقات وثيقة بين الدعوى والحق بحيث يقال أن هذا الاستقلال استقلال نسبي، ويذهب اتجاه آخر الى الفصل المطلق بين الدعوى والحق بحيث لا تتبع الدعوى الحق في أي شيء وتظهر الدعوى كفكرة مجردة.

١ - الاتجاه الأول : استقلال الدعوى عن الحق استقلال نسبي :

يذهب الغالب من أنصار مبدأ الاستقلال الى أن استقلال الدعوى عن الحق الموضوعي استقلال نسبي. فالدعوى عندهم تكون في أغلب الحالات طريقاً *mode* لممارسة حق موجود من قبل^(١١٥). ولذلك توجد روابط وثيقة *rapports tres etroits* بينها وبين الحق^(١١٦). ومن الخطأ - في رأيهم - الإفراط في هذا الاستقلال الى حد القول أن الدعوى مستقلة تماماً *entièrement independant* عن الحق المزعوم. *droit allégué*^(١١٧) على النحو الذي ذهب إليه بعض الفقهاء^(١١٨). فإذا كان الاستقلال المطلق جائزاً في نطاق القانون العام، فإن الأمر يختلف في نطاق القانون الخاص حيث ثور منازعة بين فردين يدافع كل منهما عن مركز قانوني (حق) خاص به^(١١٩).

وقد قدم أنصار هذا الاتجاه عدة مظاهر لوجود هذه الروابط. فقد اعتبر البعض أن مظاهر الصلة بين الحق والدعوى تنعكس على تقييم شروط

(١١٥) «تيريه» المقال السابق فقرة ١٥.

(١١٦) محمد عبد الخالق - رسالته، بند ١٨٩ ص ٩١.

(١١٧) «سوليس وبيرو» ج١ بند ١٠٣ ص ١٠٤، و«بيرو» محاضرات ١٩٧٧/٧٦ ج١ ص ٣٨، ٣٩.

(١١٨) «فزيوز»، دراسات، ص ١٤٧، وانظر أيضاً :

Founneau. A la recherche d'une notion centrale du droit judiciaire prive pour une conception objective de l'action en justice these Aix. 1951. Dactyl.

وجيز مؤلفه القانون الدستوري الطبعة الثالثة ج١ ص ١٠ وسوف نشره إليه تفصيلاً في المبحث القادم.

(١١٩) «سوليس وبيرو» الإشارة السابقة.

الدعوى^(١٢١). واعتبر البعض الآخر أن هذه الروابط تظهر فيما يسمى لديه بتكليف الدعوى qualification de l'action en justice أي اعتبار الدعوى عينية أو شخصية. فهذه الدعاوي تسمى كذلك حسب طبيعة أو محل الحق الذي يتمسك به المدعى^(١٢٢). ويتوقف اعتبار الدعوى قابلة للانتقال أم غير قابلة على طبيعة هذا الحق^(١٢٣). ولكي يفصل القاضي في مسألة قبول الطلب الذي يباشر

(١٢٠) محمد عبد الخالق. رسالته بند ١٨٩ ص ٩١ إلا أنه انتهى - رغم ذلك - إلى أن الدعوى هي سلطة المطالبة بحكم في الموضوع سواء لصالح المدعى أو لغير صالحه، نفس الإشارة .
(١٢١) «سوليس وبيرو» ط بند ١٠٧ ص ١٠٨. عبد الحميد أبو هيف بند ٤٠٢ ومحمد عبد الخالق - رسالته بند ١٨٩ ص ١٩١. وعبد الباسط جيمى . مبادئ ص ١٨٢ ويشيع في القضاء استعمال اصطلاح تكليف الدعوى بمعنى تكليف العناصر الموضوعية للطلب القضائي أي المحل والسبب وهو ما يعني الخلط بين الدعوى والطلب. انظر على سبيل المثال نقض مدني مصري ١٩٦١/١٢/٢١ - ١٢ - ٨١، ١٩٦٣/١٢/٢٦ - ١٤ - ١٢٢٢، ١٩٦٧/٦/٢٢ - ١٨ - ١٣١٦، ١٩٧٠/٦/٩ - ٢١ - ١٠٠٨. ولكن محكمة النقض المصرية تسلك مسلكاً أفضل عندما تتحدث عن تكليف الطلب (والأدق عناصر الطلب) انظر على سبيل المثال ١٩٧١/٦/٣ - ٢٢ - ٧٢٤، ١٩٧١/٤/٢٧ - ٢٢ - ٥٥٨. وأحياناً تحصر المحكمة التكليف في معناه الموضوعي وليس على النحو المقصود به في القانون الاجرائي حيث تتحدث المحكمة عن تكليف الواقعة (على سبيل المثال نقض ١٩٦٥/٦/٣ - ١٦ - ٦٧٨) أو تكليف التصرف (على سبيل المثال نقض ١٩٦٤/٢/٢٠ - ١٥ - ٢٥٤). وانظر في اعتناق وجهة نظر القضاء - رغم عدم منهجيته - في الفقه المصري الدكتور محمد محمود ابراهيم النظرية العامة لتكليف الدعوى في قانون المرافعات ١٩٨٢ - دار الفكر العربي .

والحقيقة - كما سنبينها تفصيلاً في بحث تحت النشر عن أساس الادعاء أمام القضاء المدني وسلطة القاضي والخصوم بالنسبة له - أن تكليف عناصر الطلب القضائي ليس تكليفاً للدعوى أي لحق الدعوى وهو حق طرح الادعاء على القاضي والزامه بالفصل فيه. والمطلوب الصحيح لتكليف الدعوى هو ما قال به «موتولسكى» (كتابات ص ٩٧) وهو البحث عما إذا كانت الدعوى حقاً شخصياً أو لا .

(١٢٢) «سوليس وبيرو» بند ١٠٧ ص ١٠٨. ابراهيم سعد جـ ١ بند ٥٥٢ ص ١٤٣. فتحى والى بند ٣١ ص ٦٨ .

(١٢٣) «سوليس وبيرو» جـ ١ بند ٢٩١ ص ٢٦٩ ولا يخفى أن مثل هذا القول يتطلب وجوداً مسبقاً للحق الموضوعي وهي الفكرة التي يرفضها .

به حق الدعوى فإنه يجب عليه أن يضع في اعتباره طبيعة ومحل الحق الذي يثيره المدعى لتأييد ادعاءاته. وأخيراً فإن الدعوى والحق تجمعهما وحدة الهدف وهو ضمان مال معين، كما أن الوفاء يقضي على الدعوى والحق الموضوعي معاً^(١٢٤).

ويأخذ بهذا الاتجاه بعض الفقهاء الفرنسيين من فقهاء الاجراءات^(١٢٥) ومن غير فقهاء الاجراءات. فيقول «باتيفول» أن «الارتباط بين الحق والدعوى يبدو كما لو كان مسألة نشعر بها بالغريزة، فالدعوى هي الوجه الآخر لممارسة الحقوق الشخصية^(١٢٦)». ويقول «روبير» - رغم أنه من أنصار فكرة المراكز القانونية ولا يقبل فكرة الحقوق الشخصية إلا في نطاق محدود - «أن الفرد ليس له أهلية التصرف في حقوقه إلا في الحدود التي يكون له فيها دعوى^(١٢٧)».

وتظهر الصلة بين الحق والدعوى، ونسبية الاستقلال بينهما، لدى جمهور الفقه المصري. فالفقه الذي يرى أن الدعوى هي الحق إذا اعتدى^(١٢٨) عليه، أو أنها عنصر في الحق وجزء منه^(١٢٩) يرفض ابتداء مبدأ الاستقلال. أما الفقه

(١٢٤) فتحي والي، الوسيط، بند ٢٩ ص ٦٥ وإبراهيم سعد، الإشارة السابقة.

(١٢٥) «جلاسون ونيسيه وموريل» المطول جـ ١ بند ١٧٢ ص ٤٢٣، «فنان» بند ١٨ ص ٣٩ ويظهر ذلك في تعريفها للدعوى بأنها السلطة المعترف بها للأشخاص للتلجأ للقضاء للحصول على احترام حقوقهم ومصالحهم المشروعة وفي نفس الاتجاه سوليس وبيرو جـ ١ بند ١٠٧ ص ١٠٨.

(١٢٦) «باتيفول» مطول القانون الدولي الخاص، الطبعة الثالثة، بند ٧٢٠ ص ٨٠٤. وهو يرى أن فاعلية الحقوق لا تظهر إلا من خلال الكفاح أمام القضاء لذلك فمن المحتمل ألا توجد الحقوق دون دعوى. واعتبار الدعوى ركناً في الحق الموضوعي هو ما يميزه لدى «جارسونيه وديمولب» عما ذكرنا من قبل. وهو اتجاه متتقد، انظر في نقده أيضاً محمد عبد الخالق. رسالته. بند ١٦٨ ص ٧٩.

(١٢٧) «روبير»، المرجع السابق، بند ١٨ ص ١٣١، وهو يتوسع جداً في مدلول المنازعة الموضوعية كما سنبينه فيما بعد.

(١٢٨) عبد الحميد أبو هيف، بند ٣٩٥ ص ٣١٥.

(١٢٩) الشرقاوي وأبو الوفا، مشار إليهما.

الذي يؤيد الاستقلال فإنه يؤكد نسبيته إما بشكل صريح^(١٣٢)، وإما من خلال تعريفهم للدعوى أو تحديد شروطها بحيث تظهر الصلة بين الحق والدعوى كامة في ضمير وفكر هؤلاء الفقهاء، سواء الذين يرفضون الاستقلال ابتداءً، وسواء من يرون نسبية هذا الاستقلال.

فيعرف البعض الدعوى بأنها سلطة الالتجاء الى القضاء للحصول على تقرير حق أو حمايته وأنها وسيلة قانونية يلجأ بمقتضاها (صاحب الحق) الى السلطة القضائية لحماية حقه^(١٣٣) ويرى البعض الآخر أن الدعوى هي وسيلة خولها القانون لصاحب الحق في الالتجاء الى القضاء لحماية حقه^(١٣٤). وهي لدى البعض الآخر حق صاحب الحق أو المركز القانوني المعتدى عليه في الحصول على الحماية القضائية^(١٣٥). ولدى البعض الآخر وسيلة قانونية لحماية الحق تخول صاحبها مكتة الالتجاء الى القضاء للحصول على حقه أو لضمان احترامه^(١٣٦). ويندرج أيضاً في هذا الاتجاه من يعرف الدعوى بأنها وسيلة حماية الحق^(١٣٧) أو أنها وسيلة قانونية يتوجه بها الشخص الى القضاء للحصول على تقرير حق له أو حمايته^(١٣٨).

(١٣٠) عبد الباسط جمعي، مبادئ ص ١٨٨ - ١٩٠ وهو يرفض نظرية الفصل المطلق لكونها تنطوي على مغالاة كما يرفض اعتبار الدعوى جزءاً من الحق ويرى أنها ليست من مقوماته ولكنها من مستلزماته وأنها أمر لاحق لنشوء الحق. فتحي والي، الوسيط، بند ٢٩، ص ٦٥ بصفة خاصة، أحمد صاوي، الوسيط، بند ٧٩، ص ١٣٣.

(١٣١) أبو الوفا، المرافعات، طبعة ١٩٨٠ ص ١٠٢ - ١٠٣.

(١٣٢) رمزي سيف، بند ٦٨ ص ٩٢.

(١٣٣) فتحي والي، الوسيط، بند ٢٥ ص ٥٧ وبند ٢٧ ص ٥٨.

(١٣٤) عبد الباسط جمعي، مبادئ، ص ١٧٩.

(١٣٥) أحمد صاوي، الوسيط، بند ٧٤ ص ١٢٠.

(١٣٦) محمد حامد فهمي، المرافعات المدنية والتجارية، طبعة ١٩٤٠ بند ٣٢٨ ص ٣٥٥، وبند

٣٢٦ هامش ١. ويأخذ بنفس التعريف محمد محمود ابراهيم، الوجيز ١٩٨١ ص ٦٠٤.

ومحمد وعبد الوهاب العشماوي، قواعد المرافعات في التشريع المصري والمقارن، ١٩٥٧

ج١ بند ٣٤٣ ص ٥٤٤.

ويظهر الاتجاه الذي يربط بين الدعوى والحق لدى جانب في الفقه الألماني، والفقه الايطالي، فيرى الفقيه الألماني «موزار» أن الدعوى وسيلة لحماية صاحب الحق وأنها كوسيلة للحماية القانونية تفترض الاعتداء على حق خاص^(١٣٧). ويرى الفقيه الايطالي «كيوفندا» أن الدعوى هي الحق الذي يخول صاحبه تحقيق إرادة القانون في الحالة الخاصة التي تقام الدعوى بشأنها، ولا يثبت حق الدعوى إلا لصاحب الحق^(١٣٨) ويرى «ردنتي Redenti» أن الدعوى هي حق صاحب الحق في تطبيق الجزاء الذي تقرره قاعدة القانون على من يخالف الأمر الوارد بها، ويفترض حق الدعوى حقاً سابقاً عليه. ويبحث يشترك حق الدعوى من الحق الأصلي وإن اختلف عنه في مضمونه^(١٣٩).

ومن مظاهر الربط بين الدعوى والحق تصوير الدعوى على أنها حق المدعى في الحصول على حكم لصالحه، وذلك بضمان مركز موضوعي أو اجرائي لصالحه^(١٤٠).

٢ - استقلال الدعوى عن الحق الموضوعي استقلال مطلق (الفكرة المجردة للدعوى) :

أ - عرض هذا الاتجاه :

يبدأ أنصار هذا الاتجاه بنقد الاتجاه الأول، ويرون أن أنصار الاستقلال النسبي يخلطون بين الدعوى والطلب (المطالبة القضائية) رغم كونها فكرتين

(١٣٧) مشار إليه في مؤلف الدكتور وجدي راغب، العمل القضائي، ص ٤٦٥ - ٤٧٠ وعكس هذا «فاخ Wach» حيث يرى أن الحق في الحماية القانونية لا يفترض دائماً حقاً خاصاً، نفس الإشارة.

(١٣٨) «كيوفندا» في عدة مؤلفات مشار إليها في ص ٤٦٦ هامش ١ مؤلف وجدي راغب، العمل القضائي، وانظر أيضاً، الشرقاوي في رسالته بند ٣ ص ١٢. و «فزيوز»، دراسات. وسوف نعالج نظريته كما عرضها «فزيوز» في المبحث القاد

(١٣٩) وجدي راغب، الإشارة السابقة.

(١٤٠) «ليباري» مشار إليه في مؤلف الدكتور وجدي راغب، العمل القضائي، ص ٤٦٨.

مستقلتين، وأنهم لا زالوا يخلطون بين الدعوى والحق الموضوعي كشرط لوجود الدعوى رغم أن أغلب هؤلاء الفقهاء ذاتهم قد رفضوا ذلك من قبل^(١٤١). لذلك لا يروق الاتجاه النسبي لدى جانب آخر من الفقه ينظر الى الدعوى كفكرة مجردة .

ويتجه هذا الرأي الى أن الدعوى فكرة مجردة ومستقلة تماماً عن الحق الموضوعي^(١٤٢). وأنها حق عام يثبت لكل شخص في المجتمع دون تحديد مسبق لأشخاص هذا الحق، وهي حق يوجد في ذاته^(١٤٣) ولا يختلف مضمون الدعوى فهو واحد دائماً، ويكون دور القاضي بالنسبة لكل الدعاوي دوراً واحداً أيضاً^(١٤٤).

وطبقاً لما تقدم فقد عرّف أنصار هذا الاتجاه الدعوى بأنها حق مجرد في الحصول على الحكم سواء كان الحكم لصالح المدعي أو لغير صاحبه^(١٤٥). وعرّفها البعض بأنها حق تقديم عريضة الى السلطة القضائية أسوة بتقديم العرائض الى السلطتين التشريعية والتنفيذية فالدعوى هي العريضة التي تقدم الى السلطة القضائية^(١٤٦).

(١٤١) وجدي راغب، المرجع السابق ص ٤٦٩ .

(١٤٢) «أجوروكو» مشار إليه في وجدي راغب، المرجع السابق ص ٤٧١ - ٤٧٢ .

(١٤٣) أبو الوفا - المرافعات طبعة ١٩٨٠، بند ٩٦ ص ١٠٧ «الدعوى توجد سواء استعملها صاحبها أم لم يستعملها» ويرى أن التنازل عن الدعوى غير جائز لمخالفة ذلك للنظام العام، بند ٩١ ص ١٠٤ وبند ٩ ص ١٠٩. ولكنه يميز - مع ذلك - بين الدعوى وبين حق الالتجاء الى القضاء في ص ١٠٥ .

(١٤٤) وجدي راغب، ص ٤٧٢ .

(١٤٥) «كارنيلوق» مشار إليه وجدي راغب ص ٤٧٢ .

(١٤٦) «كوتير» المقدمة الى المرافعات المدنية، باريس ١٩٥٠ ص ٢٠، ٢٢، مشار إليه في وجدي راغب، ص ٤٧٤ هامش (٢) .

ب - نقد الفكرة المجردة للدعوى والرد على هذا النقد :

ينتقد البعض هذا الاتجاه للآتي :

- أن النظرية المجردة تخلط بين الدعوى كفكرة اجرائية وبين حق الالتجاء الى القضاء (حق التقاضي) droit d'agir au justice وهو فكرة دستورية .

- أنها تصور الدعوى كحق لا يمكن التنازل عنه رغم أن ذلك من خصائص حق الالتجاء الى القضاء .

- أنه لا يمكن تجريد مركز الدعوى عن محله وهو تأكيد مركز موضوعي معين (حق)، وهذا المحل ركن من أركان الدعوى .

- أن هذه النظرية لا تفسر ظاهرة عدم قبول الدعوى (الطلب) رغم تقديم مطالبة صحيحة .

- أن القانون الوضعي يتأثر بخصائص هذا المحل عندما ينظم الدعوى ويقسم الدعاوي الى دعاوي شخصية ودعاوي عينية عقارية أو منقولة^(١٤٦) ونرى أنه يمكن الرد على هذه الحجج بما يلي :

- أن التفرقة بين الدعوى وحق الالتجاء الى القضاء تفرقة واهية تترد في الفقه الاجرائي كتراث تاريخي فحسب، فالدعوى لدى جانب من الفقه تؤيده هي ذاتها حق الالتجاء الى القضاء كما سوف نعالج هذه المسألة تفصيلاً فيما بعد^(١٤٧) .

- ومتى اعتبرنا الدعوى وحق التقاضي شيئاً واحداً لم يعد ثمة محل للنقد الثاني .

- أن اعتبار محل الدعوى هو تأكيد حق (مركز موضوعي) وأن هذا المحل ركن في الدعوى، يعني - في اعتقادنا - عدم الفصل بين أركان الدعوى ووظائفها . فوظيفة الدعوى في نطاق القانون الخاص هي حماية ما يدعي الأفراد

(١٤٦م) أستاذنا الدكتور وجدي راغب، العمل القضائي ص ٤٧٤ .

(١٤٧) انظر ما يلي في بحث لنا منشور بمجلة المحامي الكويتية عدد اكتوبر - ديسمبر ١٩٨٥ عن تمييز الدعوى عن الافكار الاجرائية الأخرى .

ملكيتها من حقوق شخصية - وقد يتبين عدم مطابقة ذلك للحقيقة القضائية فيما بعد -، ويجب أن ينحصر مفهوم الصلة بين الدعوى والحق في هذه الحدود. ولا يصح القول - في اعتقادنا - أن الحق الموضوعي ركن أو شرط في الدعوى . - أن ما يسمى بشروط قبول الدعوى (الطلب القضائي) هي في حقيقتها شروط لوجود existence حق الدعوى كما سنبينه فيما بعد^(١٤٨) .

- أن تقسيم القانون الوضعي للدعاوي الى دعاوي عينية ودعاوي شخصية ليس حجة يستند إليها، لأن القانون الوضعي خال من أن تنظيم لنظرية الدعوى، وليس صحيحاً على الإطلاق كما قال «موتولسكى» بحق^(١٤٩) أن نتحدث عن دعاوي شخصية ودعاوي عينية وعقارية ومنقولة لتعلق هذه الأمور بالحق الموضوعي . فالأصح أن يقال «في المسائل matiere الشخصية أو العينية والعقارية أو المنقولة يكون الاختصاص المحلي . .» وهذا ما أخذ به فعلاً قانون المرافعات الفرنسي الجديد (م٤٤)^(١٥٠) .

٣ - رأينا الخاص في علاقة الدعوى بالحق الموضوعي :

ونحن نؤيد الاتجاه الثاني الذي يرى الاستقلال المطلق للدعوى عن الحق الموضوعي، فهذا الاتجاه الذي يجرد فكرة الدعوى هو الذي يتفق مع المفاهيم الاجرائية الحديثة^(١٥١) . فميزة النظرية المجردة أنها تبرز الدعوى كفكرة مستقلة عن الحق الموضوعي وعن القانون الموضوعي الخاص والعام وهذا المدخل هو المدخل الصحيح في اعتقادنا لفهم الدعوى كظاهرة اجرائية .

(١٤٨) انظر ما يلي في بحث لنا عن شروط وجود حق الدعوى .

(١٤٩) «موتولسكى» مقال الحق الشخصي والدعوى، كتابات، ص ١٠٠ .

(١٥٠) تنص المادة ٤٤ مرافعات فرنسي جديد على ما يلي :

“En matiere reele immobiliere, la juridiction du lieu ou est situe l'immeuble est seule competente”.

ومع ذلك لا زال جانب من الفقه الفرنسي («بيرومحاضرات ١٩٧٦/١٩٧٧ ص ٤٦ - ٥٨)

متمسكاً بالمصطلحات القديمة رغم أنها لم تعد تتطابق مع معطيات القانون الوضعي .

(١٥١) «موتولسكى» الإشارة السابقة ونيل عمر الطعن بالاستئناف بند ١٥٠ ص ٢٠٥، حيث

ينتقد رأي الدكتور فتحي والي على أساس أنه يرفض تجريد الدعوى تجريداً كاملاً .

وتكمن أزمة الاتجاه الذي ينادي بنسبية الاستقلال في أنه ينظر الى الدعوى بمفاهيم القانون الموضوعي، ويحاول تفسيرها بأفكار ونظريات هذا القانون. وهو منهج لا زالت آثاره باقية في بعض الموضوعات لعل أبرزها ما نراه في التشريع الفرنسي والمصري والكويتي لدى تحديد الشروط الموضوعية للدفع بحجية الشيء المحكوم فيه، وربط هذه الشروط بأشخاص وسبب ومحل الحق الموضوعي تأثراً بفكر ساد القانون الروماني وبقي في القانون الفرنسي القديم، وهو أن الحق والدعوى شيء واحد. وهكذا لم يطلق أنصار الاتجاه الأول فكرة الدعوى كظاهرة اجرائية ينظمها قانون مستقل هو القانون الاجرائي، له نظرياته التي تختلف عن نظريات القانون الموضوعي. ولا ريب أن المنطق الاجرائي يرفض اعتبار الحق الموضوعي شرطاً مسبقاً للدعوى لأن الحق الموضوعي لا يعرف ولا يمكن التيقن من وجوده إلا عند انقضاء الدعوى بصدر حكم في موضوعها^(١٥٢). والخلاصة أننا نؤيد النظرية التي تنظر للدعوى كفكرة مجردة لا علاقة لها بالحق الموضوعي فهذا الاتجاه هو الذي يحل كثيراً من تناقضات القانون الوضعي وعدم منهجية القضاء. وهذه الأفكار هي التي اعتمدها المشرع الفرنسي في قانون المرافعات الجديد^(١٥٣).

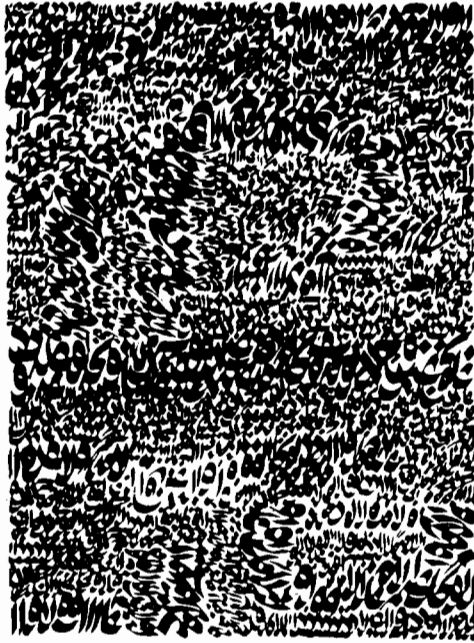
وبعد بيان علاقة الدعوى بالحق الموضوعي نعالج فيما يلي الطبيعة القانونية للدعوى. وهل تعتبر سلطة أم حقاً حيث نفرد مبحثاً لكل اتجاه.

(١٥٢) وجدي راغب، العمل القضائي، ص ٤٦٩.

(١٥٣) انظر ما يلي في المطلب الرابع من المبحث الثالث.

المجلة العربية للمعلوم الانسانية

تصدر عن جامعة الكويت ، فصلية محكمة ، تقدم البحوث الأصلية والدراسات الميدانية والتطبيقية
في شتى فروع العلوم الانسانية والاجتماعية باللغتين العربية والانجليزية .



رئيس التحرير
د. عبد الله العتيبي
مدير التحرير
آمال بدر الغربلي

جميع المراسلات توجه الى رئيس التحرير : ص.ب. : ٢٦٥٨٥ الصفاة - الكويت
هاتف : ٨٢١٦٣٩ - ٨١٥٤٥٣ (الشويخ) - تليكس ٢٢٦١٦ KUNIVER