الطبيعة القانونية للدعوى أمام القضاء المدني

دراسة تأصيلية وتحديدية
لماهية الدعوى في الفقه وفي التشريع
الفرنسي والمصري والكويتي

(القسم الثاني)

الدكتور/ عزمي عبد الفتاح عطية
استاذ قانون المرافعات المساعد
بكلية الحقوق - جامعة المنصورة
وكلية الحقوق - جامعة الكويت

المبحث الثاني
الاتجاه الأول في تحديد طبيعة الدعوى
الدعوى كسلطة Pouvoir

تمهيد وتقديم :

يقصد بتحديد طبيعة الدعوى تكييفها أي بيان ما إذا كانت سلطة pouvoir (أو رخصة faculte) أو إذا كانت حقاً شخصياً droit subjectif . واعتبار الدعوى سلطة أو حق، واصباغها بطابع موضوعي أو شخصي تبعاً لذلك، ليس مجرد خلاف في الكلمات ولكنه ترجمة لاختلاف فقهي عميق بين مفاهيم مختلفة .

وقد حظيت دراسة طبيعة الدعوى باهتمام فقهاء الاجراءات، كما حظيت باهتمام فقهاء القانون العام وغيرهم . ويرجع ذلك الى أن الدعوى وإن

كانت فكرة اجرائية في المقام الأول إلا أنها (أولاً) تتصل بمشاكل ذات طابع أعم مثل مشكلة التنظيم القانوني ومشكلة الحق ومن ثم فهي تتصل مباشرة بالخلاف الشهير بين أنصار المدرسة الشخصية subjectivistes والمدرسة الموضوعية objectivistes. وهي (ثانياً) تتصل بفكرة العمل القانوني والمراكز القانونية[١٥٤] والعمل القضائي[١٥٥] كما أنها ليست فكرة قاصرة على المحاكم المدنية بل تتعلق أيضاً بالمحاكم الإدارية .

وحتى يمكن عرض الموضوع بصورة ميسرة فسوف نتبع منهجاً تأصيلياً يعتمد على تقسيم الاتجاهات العديدة لدى فقهاء الاجراءات وغيرهم في تحديد طبيعة الدعوى الى اتجاهين : يرى أحدهما أن الدعوى ليست سوى سلطة (أو رخصة)، ويرى الجانب الثاني أن الدعوى حق شخصي .

وقبل عرض هذين الاتجاهين سنبدأ أولاً بعرض النظرية التي ترى أن الدعوى فكرة أيدلوجية ثم نعرض بعد ذلك للاتجاه الذي يرى الدعوى كسلطة في هذا المبحث. أما الاتجاه الذي يرى الدعوى كحق فسوف نفرد له مبحثاً مستقلاً هو المبحث القادم .

وترتيباً على ما تقدم فسوف نقسم هذا المبحث كما يلي :

مطلب تمهيدي : الدعوى كفكرة أيدلوجية .

المطلب الأول : الدعوى كسلطة في فقه القانون العام الفرنسي .

المطلب الثاني : الدعوى كسلطة في الفقه الاجرائي الفرنسي والايطالي .

---

(١٥٤) «فزيوز» دراسات ص ١٢٨ .

(١٥٥) وجدي راغب، العمل القضائي، ص ٤٨٥ .

مطلب تمهيدي
الدعوى كفكرة أيدلوجية

١ ـ عرض هذا الاتجاه :

اتجه بعض الفقهاء في ايطاليا[١٥٦]، وفي فرنسا الى أن الدعوى فكرة أيدلوجية تختلف باختلاف الاتجاهات السياسية .

ومن الفقهاء الفرنسيين الذين يعتبرون الدعوى فكرة أيدلوجية «لورانس بوى». فيرى الكاتب أن الدعوى حق شخصي ولكنه يختلف عن غيره من الحقوق في أمرين (الأول) هو مضمون هذا الحق وما يخوله من مزايا، (والثاني) وهو الأهم، هو ارتباط الدعوى بالنظام القانوني السائد حيث يوجد تلازم بين هذا النظام والدعوى بصرف النظر عن مضمون الحق الذي تحميه الدعوى[١٥٧]. وينتقد الكاتب المدلول السائد للنظام القانوني في الفقه الفرنسي وهو مجموعة القواعد التي تقود السلوك الاجتماعي والتي تقترن بجزاءات توقع جبراً عند مخالفتها. ويرى أن ما يميز القانون ليس هو عنصر الاجبار لأن ثمة قواعد أيدلوجية تكون أشد ايلاماً من القواعد القانونية[١٥٨]، ولأن هناك قرارات سياسية غير قانونية لها قوة الزام[١٥٩]، ولأن القواعد الأخلاقية والدينية لا تخلو من الجزاء وإن كان غير دنيوي. لذلك فإن الخط الفاصل بين ما هو قانوني محض واجتماعي محض، ليس أمراً ثابتاً[١٦٠]. وخلص الكاتب الى أن القانون

---

(١٥٦) «كلامندرى» : نسبية فكرة الدعوى، مشار إليه في وجدي راغب، العمل القضائي ص ٤٥٦ .

(١٥٧) «لورانس بوى». انعكاسات المجلة الفصلية ١٩٧٩ مشار إليه بند ٣٠. وهو يرى أن فكرة الحق الشخصي توجد في المجتمعات الرأسمالية وأنها ازدهرت في ظل الثورة الفرنسية والفلسفة الفردية (بند ٢٩) إلا أنها توجد أيضاً في المجتمعات الماركسية (بند ٣٠) .

(١٥٨) ويضرب مثالاً لذلك بمحاكم الرفاق بالاتحاد السوفيتي حيث لا توقع جزاء سوى اللوم، ومع ذلك يفضل الأفراد المثول أمام محاكم البوليس بدلاً من المثول أمامها .

(١٥٩) مثل أعمال السيادة .

(١٦٠) وقد تأثر في ذلك برأي «كاربونيه» الذي يرى أن القانون ليس بالضرورة مجموعة قواعد =

ذاته فكرة أيدلوجية، وأن اضفاء الطابع الأيدلوجي على القواعد القانونية يؤدي من وجهة نظره الى اثراء القاعدة القانونية واعطائها مضموناً جديداً متحركاً يؤدي الى حماية الأفراد والجماعات[١٦١] .

وانتهى الكاتب الى أن الدعوى هي اجراء للأيدلوجية القانونية[١٦٢] وأن الشروط التي توضع لقبول الدعوى تعبر عن الأيدلوجية السائدة[١٦٣]. وحيث أن الديمقراطية تستوجب حماية الفرد ليس فقط عند اعداد التشريع بل عند تطبيقه، فإن الأفراد يملكون حقاً عاماً في الالتجاء الى القضاء (وهو حق الدعوى) سواء كان لهم حق شخصي أم لا. ومن ثم يجب منح الدعوى باعتبارها حقاً شخصياً لمجموعات لا تعد نقابات أو جمعيات بل مجرد تجمعات كمجموعة حماية المستهلكين وجمعية أنصار البيئة . . الخ بحيث يملك أي فرد منها حق الادعاء أمام القضاء[١٦٤] .

ويقرب من هذا الاتجاه الذي لا يعطي مدلولاً ثابتاً للدعوى، ما يراه جانب في الفقه المصري من أن معنى الدعوى في القانون المدني له مدلول يختلف عن معناه في قانون المرافعات[١٦٥] .

= تفرض بالقوة بل قد يكون أساس الالتزام هو توافق الأفكار وتبادل المنافع الذي يميز القاعدة القانونية (بند ١٣) .

(١٦١) بند ٣ ص ٤٩٧ .

(١٦٢) الفقرات من ١٦ الى ٣١ من نفس المقال .

(١٦٣) فقرة ٣٢ ص ٥٠٦ الى فقرة ٥١ ص ٥١٥ .

(١٦٤) انظر الفقرات من ٢٥ ـ ٦٣ بذات المقال .

(١٦٥) محمد حامد فهمي بند ٣٢٨، ٣٢٩ ص ٣٥٥، ٣٥٦ وأحمد مسلم بند ٢٧٥ ص ٣٠٢ حيث يرى أن الدعوى في القانون المدني هي وسيلة ادعاء لدى القضاء. ومن هذا الرأي عبد المنعم الشرقاوي، شرح ط ١٩٥٦، بند ٢٣، ٢٤ ص ٣٨. ونرى أن ما يطلق عليه تعبير الدعوى في القانون المدني لدى هذا الفقه هو اتجاه لا يهتم بطبيعة الدعوى ويركز على وظيفتها فحسب .

٢ ـ نقد هذا الاتجاه :

ينتقد البعض بحق هذا الاتجاه لأنه إذا جاز أن يتأثر التنظيم القانوني باتجاه أيدلوجي معين، فإن الأفكار الفنية ومنها الدعوى يجب أن تظل بمنأى عن هذه الأفكار السياسية. وبحيث تظل الدعوى أداة لتحقيق الأهداف التي ابتغتها القاعدة القانونية التي نظمتها، وأن ينحصر النظر الى الدعوى باعتبارها فكرة قانونية حتى يظل لها مدلولاً واحداً لا يتأثر بالميول الخاصة[١٦٦] .

وبعد رفض الاتجاه الذي يربط الدعوى بالفكر السياسي، نعرض في المطلب القادم للدعوى كسلطة في فقه القانون العام الفرنسي .

المطلب الأول
الدعوى كسلطة في فقه القانون العام الفرنسي

اهتم ثلاثة من كبار فقهاء القانون العام بفكرة الدعوى وذلك بمناسبة تعرضهم لدعوى تجاوز السلطة (دعوى الالغاء) وهم «هوريو» و «ديجى» و «جيز». وسوف نعرض لمفهوم الدعوى عند كل منهم في فرع مستقل .

الفرع الأول
فكرة الدعوى عند «هوريو»

١ ـ عرض الفكرة :

تتمثل نقطة البداية في فكر «هوريو Hauriou» في رغبته في التوسع في قبول دعوى تجاوز السلطة، والابتعاد عن الفقه الاجرائي التقليدي الذي كان يربط آنذاك بين الدعوى والحق ربطاً يصل الى حد الدمج بين الفكرتين .

---

(١٦٦) أستاذنا الدكتور وجدي راغب، العمل القضائي، ص ٤٥٦، ٤٥٧ .

واعتبر «هوريو» أن من يلجأ الى القضاء في دعوى تجاوز السلطة لا يطلب من القاضي التأكد من حقه وحمايته، ولكنه يطلب ضمان تطبيق القانون الوضعي واحترام الشرعية التي حدث اخلال بها من جانب رجل الادارة[١٦٧]. وانسجاماً مع هذا الفكر فلم يستلزم «هوريو» وجود حق سابق لقبول الدعوى ولكنه اكتفى بمجرد وجود المصلحة interet[١٦٨]. فالالتجاء الى القضاء ممكن ولو لم يزعم المدعى حقاً، وحتى لو لم يكن هو صاحب الحق. فالدعوى فكرة منبتة الصلة تماماً بالحق لدى هذا الفقيه. وقد عمم «هوريو» فكرته عن الدعوى بحيث لا تقتصر فقط على دعوى تجاوز السلطة بل تنطبق أيضاً على المنازعات المدنية[١٦٩] فالقاعدة عنده هي أنه «حيث لا مصلحة لا دعوى» بدلاً من حيث «لا حق لا دعوى».

وقد ذكر هذا الفقيه الحق ـ رغم تأكيداته السابقة ـ كشرط من شروط قبول الدعوى[١٧٠]. ثم عاد ولم يعتبره شرطاً للقبول ولكن للحكم لصالح المدعي[١٧١]. ثم انتهى به الأمر الى أنه يكفي للالتجاء الى القضاء بشكل ناجح وجود حق اعتدى عليه، أو وجود مصلحة مشروعة، ويكفي أحدهما ويغنى عن الآخر لقبول الدعوى[١٧٢].

٢ ـ نقد فكرة «هوريو» عن الدعوى :

انتقد الفقه فكرة «هوريو» عن الدعوى لأنه لم يعرف الدعوى تعريفاً

---

(١٦٧) Hourious: Precis de droit administratif 12 ed 1933 p.378. et Notes a Sirey 1900-3-73, S 1913-3-17 et S 1924-3-131.

(١٦٨) «هوريو» المرجع السابق ص ٤٠١.

(١٦٩) «فزيوز» دراسات ص ١٣٠.

(١٧٠) «هوريو» المرجع السابق ص ٣٧٦، ٣٧٧.

(١٧١) «هوريو» المرجع السابق ص ٤٣٨ هامش ١.

(١٧٢) «هوريو» تعليق في سيرى ١٩٢٨ج٣ج٣١.

واضحاً، ولأنه لم يذكر حتى بعض الايضاحات عن طبيعتها. وقد وصف «فزيوز» العبارات التي أوردها «هوريو» بالغموض، وأنها عبارات غير مألوفة في الفقه الاجرائي، حيث اعتمد في صياغته عن الدعوى عدة صيغ تخلط بين الدعوى وشروط قبولها، ومن ثم جاء فكره غيرة مؤكد، ولم يلق ضوءاً جديداً على مضمون فكرة الدعوى[١٧٣].

وقد وصف «موتولسكى» «هوريو» بالتردد بين الأفكار الشخصية والموضوعية بحيث لا يمكن نسبة موقف واضح لديه في هذا الشأن[١٧٤].

وقد صنف الفقهاء الفرنسيون «هوريو» بأنه يعد من غلاة المتعصبين للطابع الموضوعي لتجاوز السلطة، وأنه يصنف من بين أنصار فكرة المنازعة الموضوعية contentieux objectif التي لا تستند الى حق شخصي، ولا تسعى لتحقيق واحترام هذا الحق، ولكنها لا تستهدف سوى تحقيق الشرعية المجردة التي تتمثل في عدم مخالفة قواعد القانون الوضعي والتطبيق الصحيح للقانون[١٧٥].

وترتيباً على ما تقدم فالدعوى عند هذا الفقيه ليست حقاً، ولكنها سلطة كغيره من فقهاء القانون العام.

---

(١٧٣) «فزيوز» المرجع السابق وقد أورد «فزيوز» العبارات التي ذكرها «هوريو» في تعليقاته المشار إليها والمنشورة في سيرى في هامش ٤، ٥ من ص ١٣٢.

(١٧٤) «موتولسكى» مقال الحق الشخصي والدعوى، مشار إليه، كتابات، ص ٨٨.

(١٧٥) «هوريو» تعليق سيرى ١٩٢٨ -٣- ٩٨، مشار إليه في مقال «موتولسكى» الإشارة السابقة. و «سوليس وبيرو» المطول جـ١ بند ٥٤ ص ١٠٤، ١٠٥.

الفرع الثاني
فكرة الدعوى عند «ديجي»

١ ـ عرض الفكرة :

قدم الفقيه الفرنسي الشهير «ديجى Duguit» مفهوماً للدعوى يتوافق مع فكره الخاص عن القاعدة القانونية والعمل القانوني والمراكز القانونية، ومع انكاره بصفة خاصة لفكرة الحق الشخصي[١٧٦] .

والفكرة الأساسية لدى «ديجى» أن القانون يهيء عدة وسائل كي يضمن بها طاعة قواعد القانون، ومن هذه الوسائل الدفوع والقرارات الإدارية التنفيذية واجراءات التنفيذ القضائي. وتمثل الدعوى مكاناً بارزاً بالنسبة لهذه الطرق وتأتي على رأس هذه الطرق التي تسعى لاحترام القانون فهي أكمل هذه الطرق وأكثرها فعالية l'action est la voie de droit par excellence.

وتستهدف الدعوى عند «ديجى» توقيع جزاء مباشر أو غير مباشر على من يخالف أحكام القانون باعتبارها أداة لتحريك الجهاز القضائي بما يملكه من أدوات الاجبار[١٧٧]. فإذا زعم أحد حصول اعتداء على مركز قانوني أو على قاعدة قانونية، فإنه يلجأ الى القاضي لإزالة ما وقع من مخالفة على هذا المركز أو تلك القاعدة، كي يصدر القاضي قراراً لاصلاح الاعتداء وفرض احترام القانون. ورتب ديجى على ذلك أن الدعوى هي رخصة الالتجاء الى القضاء[١٧٨]. وأنها سلطة ليس لها مزايا الحق الخاص، ولكنها مكنة عامة .

---

(١٧٦) Duguit, Traite de droit contitutionnel 3 ed chap I et II, p 281 et suit. p. 306 et 307. وأساس نقده أن فكرة الحق الشخصي تتصف بالأنانية والغموض. وقد أحل محلها فكرة المراكز الموضوعية والشخصية. انظر «لورانس بوى» مقال انعكاسات على الدعوى، المجلة الفصلية ١٩٧٩ ـ ٣ ـ فقرة ٢١ .

(١٧٧) «ديجى» المرجع السابق جـ١ ٢٨ ص ٩٩، ٣٥ ص ٣٥٩ .

(١٧٨) ٢٨ ص ٤٣٣ "Faculte de s'adiresser au juge"

٢ ـ رفض «ديجى» اعتبار الحق الموضوعي شرطاً للدعوى :

واستطراداً مع منطقه في رفض فكرة الحق الشخصي، فإنه يرى أن وجود هذا الحق ليس لازماً قبل إقامة الدعوى. وقد دلل ديجى على وجهة نظره بأن فكرة الحق الشخصي لا توجد لا في دعوى تجاوز السلطة ولا في الدعاوي الجنائية، ولا في دعاوي الحيازة. ففي حالة دعوى تجاوز السلطة يكفي مجرد الادعاء أن رجل الإدارة قد خالف قاعدة مفروضة عليه[١٧٩] وفي الدعاوي الجنائية لا يوجد حق لفرد، وإذا تصورنا وجود هذا الحق فإن ذلك يعني التسليم لصاحب الحق بسلطة احضار خصمه أمام القضاء، وهو ما لم يقل به أحد. فضلاً عن أن تحديد الطرف السلبي في هذا الحق ـ إن وجد ـ يثير صعوبات كثيرة. وأخيراً فإن من يحرك الدعوى العمومية يتحرك في نطاق المصلحة العامة وليس المصلحة الشخصية، لأن صاحب حق القمع هو المجتمع ومن يمثله لا يستعمل حقاً شخصياً ولكنه يباشر سلطات (اختصاصات)[١٨٠]. وفي دعاوي الحيازة لا يوجد حق تستند إليه الدعوى، وإنما يوجد مركز واقعي هو الحيازة[١٨١] .

وقد ميّز «ديجى» بين الدعوى وبين الحق الذي تحميه (بفرض اثارة مسألة الحق الشخصي التي ينكرها)، حيث قرر عدم الخلط بينهما طالما أن الهدف من الدعوى معرفة ما إذا كان الحق يوجد أو لا يوجد[١٨٢] ولاثبات استقلال الدعوى عن الحق قال أن من لا ينجح في تبرير حقه (مركزه) أمام القضاء سوف يرفض طلبه لكونه غير مؤسس قانوناً أي لكونه ليس صاحب حق، ولا ينفي هذا أن الدعوى كانت مقبولة ابتداء وفي هذا ما يؤكد أن الحق ليس شرطاً

---

(١٧٩) «ديجى» جـ١ ص ٢٣٤، جـ٢ ٣١ ص ٤٩٥ .

(١٨٠) «ديجى» جـ١ ٢٢ ص ٢٤٤ ـ ٢٤٧، ٢٨ ص ٢٩٩، ٣٠٠، جـ٢ ٣١ ص ٤٧٨، ٤٧٩ .

(١٨١) «ديجى» جـ١، ٢٣ ص ٢٥٦، ٢٥٧ .

(١٨٢) «ديجى» دروس في القانون العام، الدرس العاشر، مشار إليه في «فزيوز» ص ١٣٧ .

لقبول الدعوى[١٨٣]. ورأى «ديجى» أنه يكفي للالتجاء الى القضاء مجرد الزعم بمخالفة القانون وأن المصلحة تكفي لقبول الدعوى .

٣ ـ رفض ديجى» اعتبار الدعوى حقاً شخصياً أو ما يسمى بحق الدعوى droit d'action :

رأى «ديجى» أن الدعوى (سلطة الالتجاء الى القضاء) ليست في ذاتها حقاً شخصياً وأن اعتبارها كذلك فكرة زائفة وغير مفيدة[١٨٤] وذلك للآتي :

أ ـ أن من الصعب تحديد من هو الطرف السلبي في هذا الحق فإذا قيل أنه المدعى عليه، فإن ثمة دعاوي لا يوجد بها مدعى عليه وفي الدعاوي التي يوجد فيها مدعى عليه فليس ثمة التزام مفروض عليه في هذا الشأن لأنه يستطيع الامتناع عن الدفاع في الدعوى، ولا يفرض عليه الطلب القضائي التزاماً في هذا الشأن. فواقعة رفع الدعوى لا ترتب التزاماً obligation في مواجهة الخصم الآخر لأن المُطالب بالآداء ليس هو الخصم الآخر ولكنه القاضي[١٨٥]. ويلتزم القاضي بفحص الطلب والفصل فيه لأن القانون يأمره بذلك وليس على أساسْ الحق المزعوم الذي يملكه المدعي[١٨٦] .

(١٨٣) «ديجى» القانون الدستوري، جـ١ ـ ١١ ـ ص ٤٤٦ . وقد قدم للتدليل على رأيه حججاً غير دقيقة من الناحية الاجرائية فقد اعتبر تشبيه الدعوى بالحق الذي يُدعى ملكيته ويسعى للاعتراف به هو خلط بين الدعوى action والطلب demande. وسنرى أن الطلب فكرة متميزة عن كل من الحق والدعوى. كما ذكر أن القول بأن كل ادعاء أمام القضاء له علاقة بالحق الشخصي قول غير صحيح لأنه يقوم على الغالب وهو أن ما يثار أمام القضاء هو حقوق شخصية. وقد اعتبر أن ذلك يؤدي ـ في رأيه ـ الى الخلط بين الدعوى ذاتها (سلطة الالتجاء الى القضاء) وبين مضمونها وهو الادعاء المعروض على القاضي مستخدماً اصطلاح l'objet de prétention والاصطلاح الأخير غير مألوف في الفقه الاجرائي وما يُعرف هو محل الطلب أي الادعاء وليس هناك محلاً للادعاء أي محلاً لمحل الطلب القضائي ! .

(١٨٤) المرجع السابق جـ١ـ٢٨ ص ٣٠٠ .

(١٨٥) ويلاحظ أن الدعوى كحق في مواجهة القاضي هي الفكرة التي اعتمدها قانون المرافعات الفرنسي الجديد (م٣٠) على ما سنوضحه فيما بعد. ولكن «ديجى» ينكر اعتبار الدعوى حقاً كما ذكرنا في المتن .

(١٨٦) المرجع السابق جـ١ـ٤١ ص ٤٤٠ ـ ٤٤١ .

ب ـ أن اعتبار الدعوى في ذاتها حق شخصي يؤدي الى نتائج غير مقبولة في حالة التمثيل القانوني لنقص الأهلية أو انعدامها، لأنه يعني أن صاحب حق الدعوى يكون هو الممثل وليس القاصر الذي يتصرف لمصلحته ومن ثم تنصرف آثار الدعوى الى الممثل القانوني وحده ولا تمتد الى عديم الأهلية أو ناقصها[١٨٧] .

جـ ـ أنه إذا جاز القول أن القانون يمنح حقاً شخصياً، فليس منطقياً ولا معقولاً أن يترتب على مخالفة أحكام قانون موضوعي نشوء حق شخصي يسمى بحق الدعوى، لا ينشأ إلا بمناسبة مخالفة قاعدة قانونية من قواعد القانون الموضوعي[١٨٨] .

د ـ أن ممارسة الدعوى أو امكانية ممارستها بنجاح تؤدي الى ثراء المدعى أو وجود أمل له في ذلك. لأن مالا بالمعنى الاقتصادي سيدخل ذمة المدعى. وإذا كان من الجائز أن يقال أن كل حق هو مال، فليس من اللازم أن يكون كل مال حقاً، ويؤدي القول الأخير الى الوقوع في الكثير من الأخطاء[١٨٩] .

وقد خلص «ديجى» الى أنه لا يوجد في الواقع ما يسمى بحق الدعوى droit d'action. فالدعوى ليست في ذاتها حقاً مستقلاً يملكه الشخص، وهي ليست الصورة العملية mise en oeuvre لحق موجود من قبل. وإذا كانت الدعوى ليست ما سبق، فماذا تعني سلطة وامكانية الالتجاء الى القضاء لدى هذا الفقيه؟

٤ ـ الدعوى عند «ديجى» هي الطلب أمام القضاء :

يرى «ديجى» أن القانون يسمح للأفراد ـ بناء على شروط معينة ـ

---

(١٨٧) «ديجى» جـ١ ـ ٤٤ ص ٤٤٧ .

(١٨٨) المرجع السابق جـ١ ـ ٢٨ ص ٣٠٣، ٣٠٤ .

(١٨٩) المرجع السابق جـ١ ـ ٢٨ ص ٣٠١، ٣٠٢، ٤١ ص ٤٤٢ .

بالالتجاء الى بعض رجال السلطة العامة (ومنهم القضاة)، ويمنحهم سلطات (يسميها اختصاصات) لقمع كل مخالفة للقانون. وترتيباً على ذلك فإن من يلجأ الى القضاء طبقاً للشروط المطلوبة يكون قد قام بعمل يتطابق مع القانون[١٩٠]. وهذا العمل عمل قانوني acte juridique يُقصد به ترتيب آثار قانونية. فإذا قدم شخص طلباً الى القضاء (بمناسبة مخالفة قاعدة قانونية) فإن هذا الشخص يكون قد استعمل الطريق القانوني la voie de droit الذي هيأه القانون الموضوعي للكافة، ولكن في حالة معينة تخص هذا الشخص، وهذا الطلب هو الدعوى. فالدعوى عند «ديجى» لا تختلف عن الطلب أمام القضاء. وقد قطع «ديجى» بنفسه برأيه في ذلك قائلاً «أن حق الالتجاء أمام القضاء، والدعوى، والطلب القضائي ليسوا جمعياً إلا شيئاً واحداً[١٩١]. "... en réalité, accès au tribunaux, action, demande en justice ne sont qu'une même chose".

ومتى قدم الطلب (رفعت الدعوى) التزم القاضي بالأعمال التي يقررها القانون، كما يلتزم بعدم مخالفة القانون[١٩٢].

٥ ـ نقد نظرية «ديجى» عن الدعوى :

امتدح البعض ـ بغير حق ـ «ديجى» لاستبعاده فكرة اعتبار الدعوى حق شخصي، لتجنب الصعوبات التي يثيرها هذا التكييف الذي أثار مناقشات حادة في الفقهين الألماني والايطالي[١٩٣].

وتوجه الانتقادات الآتية الى نظرية «ديجى» :

---

(١٩٠) «ديجى» جـ١ ـ ٢٣ ص ٢٥٠ ـ ٢٥١، ٤٤ ص ٤٧٧. وقد انتقد الصيغة التي قدمها «تيسيه» الذي يرى ـ مع الغالب من فقهاء القانون الاجرائي ـ أن الطلب شكل اجرائي ـ Form de procédure أما الدعوى فتمس موضوع الحق.

(١٩١) «ديجى»، المرجع السابق جـ٢ ـ ٢٩ ص ٤٥٧.

(١٩٢) «ديجى» جـ١، ٢٨، ص ٣٠٠، ٣٠١.

".. un indivdu agit en justice, si l'agent public ne faisait pas tout le necessaire pour que cette voie de droit se développe, jusqu'au résultat finial, il violerait la loi".

(١٩٣) انظر المراجع الايطالية المشار إليها في ص ١٤٥ هامش ٢ من مرجع «فزيوز» مشار إليه.

أ ـ لم يميز «ديجى» بين الدعوى والطلب رغم أن الدعوى طريق من الطرق المفتوحة للكافة يتسم بالعمومية والتجريد générale et abstraite، أما الطلب فهو يستعمل في حالة معينة concret ولمصلحة شخص معين .

ومما يقطع بانفصال الدعوى عن الطلب هو أن عدم تقديمه في الشكل الاجرائي الذي يتطلبه القانون، يؤدي الى عدم التزام القاضي بالفصل فيه. وإذا لم يستجمع الطلب شروط قبوله فإن القاضي سوف يحكم بعدم قبوله وبذلك يكون القضاء قد زاول سلطاته الى حين صدور الحكم بناء على وجود الطلب وحده.

ب ـ عرّف «ديجى» الدعوى مرة كطريق قانوني، ثم عاد واعتبرها امكانية تحريك الطرق التي يهيؤها القانون عند مخالفة قواعده. ولا ينبغي الخلط بين امكانية تحريك طريق القانون، والطريق ذاته. والطلب القضائي هو تحريك فعلي للطريق الذي أباحه القانون لإزالة المخالفة التي حدثت لقواعده، وليس مجرد امكانية تحريك لهذا الطريق[١٩٤] .

جـ ـ اعتبر «ديجى» أن الطلب عمل شخصي acte subjectif لأنه يولد مركز قانونياً شخصياً هو الزام القاضي بالفصل في القضية المعروضة عليه[١٩٥] والأصح أن يندرج هذا الطلب في قائمة الأعمال الشرطية les actes conditionls لأن هذا الطلب شرط لمزاولة القاضي لسلطاته[١٩٦] .

---

(١٩٤) «فزيوز» دراسات، ص ١٤٥ هامش ٣، ٤ .

(١٩٥) وقد تحفظ «ديجى» قائلاً أنه يجب أن يلاحظ أن المركز الشخصي ليس مفهوماً بالمعنى الذي يقصده الفقهاء المؤيدون للفكرة الشخصية جـ١، ٤١ ص ٤٤١ .

(١٩٦) «فزيوز» الاشارة السابقة، وانظر ما يلي عند شرح نظرية «جيز» حيث اعتبره عملاً شرطياً .

الفرع الثالث

فكرة الدعوى عند «جيز»

يبدأ «جيز Jeze» فكرته قائلاً أن كافة المرافق العامة تستهدف تحقيق اشباع رغبات عامة، غير أن مرفق القضاء يختلف عن غيره في أنه لا يقدم خدماته لكافة المواطنين بل لطائفة خاصة تسمى بالمتقاضين plaideurs، وأن أداته الأساسية في ذلك هو ما يصدره من أحكام في القضايا[١٩٧].

والدعوى عنده هي سلطة قانونية pouvoir légale لأنها لا تنشأ ولا تنظم إلا بالقانون دون غيره[١٩٨] ويملك كل متقاضي هذه السلطة، فهي سلطة غير شخصية impersonnelle، وموضوعية[١٩٩] objective. وهي سلطة عامة générale لأنها واحدة بالنسبة لكل المتقاضين الذين يستجمعون الشروط التي يتطلبها القانون، فكل من يستجمع شروط الالتجاء الى القضاء يستطيع أن يطلب من مرفق القضاء تأدية الوظائف المناطة به لصالح الطالب، طالما استوفى الأخير الشروط التي قدمتها القوانين المنظمة لهذا المرفق وهي تتضمن ـ بطبيعة الحال ـ قواعد عامة وغير شخصية. ومما يؤكد الطابع العام لهذه السلطة ـ في نظره ـ أنها سلطة دائمة permanent، ولا يمكن أن تكون موضوعاً للتخلي عنها بشكل عام ومطلق. فلا يملك مواطن أن يعلن بشكل عام أنه لن يلجأ في المستقبل الى القضاء مهما كان السبب، فمثل هذا التخلي يقطع باطلاً ولا ينتج أثراً[٢٠٠].

---

(١٩٧) Jèze: Principes généraux du droit administratif 3 éd t. III p. 3 et p.11.

(١٩٨) «جيز» المرجع السباق جـ٣ ص ١٥، ١٦، ص ٢٥ حيث يقول أن مرفق القضاء لا يباشر وظيفة إلا بناء على شروط يحددها القانون، فتحديد المحكمة المختصة والأشكال والمهمل ونظام الاثبات وسير الخصومة وطرق الطعن تتقرر بناء على قواعد تتعلق غالباً بالنظام العام. ولا ينفى هذا وجود حالات بطلان لا تثور إلا بناء على إرادة الأفراد ويمكنهم التنازل عن التمسك بها.

(١٩٩) «جيز» المرجع السابق جـ١ ص ١٢ وص ١٧٠ بمناسبة دعوى الالغاء وانظر بالتفصيل في شرح فكرة المراكز الموضوعية ص ١٠ من الجزء الأول.

(٢٠٠) «جيز» جـ١ ص ١٤، ١٥ ولا يمنع هذا من امكان التنازل في حالة معينة بالذات.

وتظل الدعوى سلطة عامة وموضوعية وغير شخصية حتى ولو زاولها شخص للاعتراف بمركز قانوني فردي وشخصي وحمايته. ويترتب على ذلك أن المشرع يستطيع ـ دون مساس بالمراكز القانونية الفردية، ودون الاصطدام مع مبدأ عدم الرجعية ـ أن يعدل بشكل عام وغير شخصي نظام الدعوى، وذلك بتنظيم شروط اقامة الدعوى ويضيف بعض الشروط ويحذف أخرى، أو أن يقرر عدم جواز رفع الدعوى مسقبلاً في بعض الحالات، فكل ذلك جائز لأنه لا يمس سوى مركز قانوني عام[٢٠١].

٢ ـ تمييز «جيز» بين الدعوى والحق والطلب :

ميّز «جيز» بين الدعوى والحق الموضوعي بشكل واضح واعتبرهما أمران مختلفان[٢٠٢]. كما ميّز بين الدعوى والطلب القضائي demande en justice واعتبر الأخير عملاً قانونياً acte juridique. والعمل القانوني لديه هو تعبير عن ممارسة سلطة قانونية[٢٠٣]. ولا يكون التعبير ذا قيمة قانونية إذا لم توجد السلطة القانونية أصلاً.

وترتيبا على ذلك فالطلب القضائي هو تعبير عن ممارسة سلطة قانونية هي سلطة الالتجاء إلى القضاء ، وهو الشكل الذي تباشر به سلطة الدعوى . ولا يعد هذا الاجراء (الطلب) عملا شخصيا ـ كما ارتأى «ديجى» ـ ولا عقد اذعان أو عقد عادى ولكنه عمل شرطي فهو شرط ممارسة سلطة قانونية ، وهو شرط حتى يباشر القاضي سلطاته (اختصاصاته) . وبعبارة موجزة فأن الطلب هو الاجراء الذي يباشر به القاضي سلطاته ، وهو في ذات الوقت الاجراء الذي يوجب عليه ممارسة هذه السلطات[٢٠٤].

---

(٢٠١) المرجع السابق جـ١ ص ١٧١، ١٧٢ .

(٢٠٢) المرجع السابق ص ١٨٧. وهو عكس ما رآه «ديجى» (انظر الفرع السابق) .

(٢٠٣) المرجع السابق ص ٢٥ .

(٢٠٤) «جيز» جـ ١ ص ١٣ و ص ٢٥ ، ص ٤٤ ـ ٤٦ .

٣ ـ رفض «جيز» اعتبار الدعوى حقا شخصيا مستقلا :

رفض «جيز» اعتبار الدعوى حقا شخصيا مستقلا[٢٠٥] . واعتبر قيام موظفى الدولة بممارسة وظائفهم متى استجمعت الشروط القانونية أثرا لتقديم الطلب ، والى الواجب devoir المفروض عليهم باعتبارهم موظفين في مرفق عام ، وليس الى التزام obligation يلتزم بمقتضاه هؤلاء الموظفين في مواجهة المتقاضين . فإذا لم يقوموا به ترتبت المسئولية في ذمتهم دون أن تكون هذه المسئولية مسئولية تعاقدية[٢٠٦] .

* * *

ويخلص مما سبق أن ظهور فكرة المنازعة الادارية (دعوى تجاوز السلطة) كان له أثره على فكر فقهاء القانون العام بحيث أصبح الطابع الموضوعي المتمثل في احترام الشرعية هو الغالب على فكر هؤلاء الفقهاء . ولم يجد هؤلاء الفقهاء في الفكر التقليدي السائد لدى فقهاء الاجراءات والذي يعتبر الحق الشخصى أساس الدعوى ما يخدم فكرهم . وقد حداهم في ذلك رغبتهم في التوسع في حالات قبول دعوى الالغاء[٢٠٧].

والسائد لدى هؤلاء الفقهاء أن الدعوى سلطة عامة موضوعية وغير شخصية وليست حقا . وأن الدعوى وحق الالتجاء إلى القضاء شيء واحد . وأن التعسف في استعمال حق الدعوى يتحلل إلى تجاوز وانحراف في سلطة الالتجاء إلى القضاء[٢٠٨] .

وبعد هذا العرض ، نعرض في المطلب القادم لفكرة الدعوى كسلطة لدى فقهاء الاجراءات وبعض فقهاء القانون الخاص في فرنسا وايطاليا .

---

(٢٠٥) «فزيوز» دراسات ص ١٤٧ .

(٢٠٦) «جيز جـ ٣ ص ١٥ ، ١٦ .

(٢٠٧) «لورانس بوي» انعكاسات على الدعوى ـ المجلة الفصلية ، ١٩٧٩ ـ ٣ ـ بند ١٩ ص ٥٠٢ ، ٥٠٣ .

(٢٠٨) «فزيوز» دراسات ص ١٥٠ هامش ١ .

المطلب الثاني
الدعوى كسلطة في الفقه الاجرائى الفرنسى ، وتقييم هذا الاتجاه

اعتمد بعض فقهاء القانون الاجرائى ـ وغيرهم من فقهاء القانون الخاص ـ أفكار فقهاء القانون العام الذين اعتبروا الدعوى سلطة ، مؤيدين بذلك فكرة المنازعة الموضوعية ، ومنكرين فكرة الحق الشخصى ، بحيث تكون الدعوى لديهم هي البدء في تنفيذ قواعد القانون الموضوعى بعيدا عن أي اعتبار لفكرة الحق الشخصي .

وسوف نقسم هذا المطلب إلى فرعين : نعالج في الأول فكرة الدعوى كسلطة في الفقه الاجرائي الفرنسي ، ونعرض في الثاني تقييما للاتجاه الذي يرى الدعوى كسلطة .

الفرع الأول
الدعوى كسلطة في الفقه الاجرائي الفرنسي

ظهر هذا الاتجاه تاريخيا قبل غيره من الاتجاهات الأخرى . ويمكن التمييز داخل هذا الاتجاه بين طائفتين من التعريفات للدعوى ، تعرّف الأولى منها الدعوى كسلطة دون أن تربطها بالحق الموضوعي ، وطائفة أخرى تعرّف الدعوى كسلطة ، ولكنها تربط بينها وبين الحق الموضوعي .

١ ـ يدخل في **نطاق الطائفة الأولى** تعريف «فزيوز» الذي يرى أن الدعوى سلطة عامة يمنحها القانون الموضوعي بشكل مباشر ، وأنها ذات طابع موضوعي محض ، مهما كان الوجه الذي تمارس عليه هذه السلطة[٢٠٩] .

---

(٢٠٩) «فزيوز» دراسات حيث يقول :

"il semble bein que l'action, que le pouvoir en justice pouvoir général. directement accordé par le droit subjectif, presenté quel que soit l'aspect sous lequel on l'invisage, un acractere nittement objectif".

ويلاحظ أن «فزيوز» ـ وعلى خلاف فقهاء القانون العام ـ لم ينكر فكرة الحق الشخصي

ومن أنصار هذا الاتجاه «كورنى» و «فوييه» فالدعوى لديهما هي سلطة تسمح لشخص عام أو خاص بالالتجاء إلى القضاء كي يحصل على احترام القانون[٢١٠] ، و «فورنو» Fourneau الذي يرى أن الدعوى سلطة تطبيق قواعد القانون الموضوعي[٢١١] .

ويندرج تحت هذه الطائفة أيضا «كاربونيه» الذي يرى أن الدعوى هي امكانية الالتجاء إلى القضاء وأن هذه الامكانية تتحقق ولو لم يوجد سوى صياح أو مشاجرة . فالدعوى هي سلطة القانون للبحث فيما اذا كان الادعاء مؤسسا أو غير مؤسس . ويُعنى أنصار هذا الاتجاه باعطاء الدعوى مدلولا يتوافق مع المنطق الاجتماعي[٢١٢] .

ومن هذا الاتجاه أيضا «تيريه» Terre الذي يرى أن الدعوى سلطة قانونية في الالتجاء إلى القضاء كي يعلن عن حسن تأسيس ادعاء معين[٢١٣] .

٢ ـ ومن الطائفة الثانية من التعريفات التي ترى الدعوى كسلطة ولكنها تربط بينها وبين الحق الموضوعي ما قال به الفقيهان «سوليس وبيرو» حيث اعتبرا أن الدعوى هي سلطة قانونية يستطيع شخص بمقتضاها أن يلجأ إلى السلطات القضائية كي يحصل على جزاء للحق الذي يزعم أنه مالكه . ويتضح من هذا التعريف أن الدعوى تتميز بثلاثة خصائص :

---

(٢١٠) «كورنى» و «فوييه» المرجع السابق :
Gérard cornu et J. Foyer. procédure civile et commerciale 1985 P.U.F. p 269.
ولهما تعريف آخر للدعوى سنذكره بعد قليل .

(٢١١) «فورنو» رسالته حول البحث عن فكرة مركزية للقانون القضائي الخاص من أجل مفهوم موضوعي للدعوى أمام القضاء ، ماشر اليها بند ١٠٩ ص ١٣٥ حيث يقول :
"La régle juridique positive est à la base de la voie judiciaire modren . . . la voie judiciaire tend dans l'ensemble à mettre la régle juridique en valeux . . . l'action réalise les pinalites de la régle . . ."

(٢١٢) «لورانس بوى» المقال السابق ص ٥٠٢ هامش ٢٦ واشارة إلى «كاربونيه» .

(٢١٣) «فرانسوا تيريه» مقال الجيريس كلاسير المشار اليه Art 59 fa:I

أ ـ أنها طريق قانوني يسمح للفرد باجبار القاضي على الفصل في الطلب المعروض عليه .

ب ـ أنها تفترض دائما وجود سلطة تُخول سلطة القضاء سواء كانت جهة قضاء عادي أو اداري .

جـ ـ أنها وسيلة لضمان واحترام حماية حقوق يزعم شخص أنه مالكها ، وهي الوسيلة الأساسية لحماية الحق بعد زوال الانتقام الفردي . ولأنها تستخدم غالبا لردع اعتداء وقع على الحق فهي ذات طابع جزائى droit sanction[٢١٤] .

د ـ أن الدعوى وسيلة لبيان ما إذا كان الطلب مؤسسا أم لا ، وبذلك تتميز الدعوى عن الحق الذي يستخدم كأساس لها ، ولا يعد وجود هذا الحق شرطا لقبولها[٢١٥] . ومن أنصار هذه الطائفة الفقيه «موريل» الذي يرى أن الدعوى هي سلطة في الالتجاء إلى المحاكم يخولها القانون للأفراد كي يحصلوا على احترام حقوقهم ومصالحهم[٢١٦] ومن مؤيديها في الفقه المعاصر كل من «جيرار كوشيز»[٢١٧] و «جوفريه»[٢١٨] و «كاتلا» في مؤلفه مع «فرانسوا تيريه»[٢١٩] و «فنسان» و «سيرج» حيث يعرفان الدعوى بأنها سلطة يعترف بها القانون للأفراد للالتجاء إلى القضاء (العدالة) كي يحصلوا على احترام حقوقهم ومصالحهم المشروعة[٢٢٠] وتتميز هذه السلطة بأنها سلطة قانونية تسمح لشخص

---

(٢١٤) «سوليس وبيرو» المطول جـ ١ بند ٩٤ ص ٩٥ وبند ٩٥ ص ٩٦ ومن أنصار هذه النظرية في ايطاليا «ردنتى» القانون الاجرائي جـ ١ ص ٥٧ ، ٥٩ بند ١٣ مشار إليه في وجدى راغب ، العمل القضائي ، ص ٤٦٧ ، ويلاحظ أن سيادته عرض لرأي «سوليس» في مؤلفه الأصلي واعتبر أن هذا الاتجاه يعتبر الدعوى حقا .

(٢١٥) «سوليس وبيرو» المرجع السابق ، بند ٩٥ ص ٩٦ وبند ٢٢١ ص ١٩٥ ـ ١٩٦ .

(٢١٦) Réné MOREL: Traite élementaire de procédure civile 2 éd 1949 No 22 p 24.

(٢١٧) Gérard COUCHEZ. Procédure civile sirey 1980 No 149.

(٢١٨) A. JAUFFERT. Manuel de procédure civile et voies d'exécution. 13 éd 1980 No 145.

(٢١٩) P. CATALA et F.TERRE. procédure civile et voies d'exécution. Thémis 2 éd 1976 p 143.

(٢٢٠) «فنسان وسيرج» المرافعات ، المطبعة ١٩٨١ بند ١٨ ص ٣٩ ، ٤٠ .

عام أو خاص بالالتجاء إلى القضاء كي يحصل على احترام القانون . كما تتميز هذه السلطة بأن لها طابع شخصى immpersonnel ، وموضوعي objectif ، ودائم permenanet . ولا يمكن أن تكون محلا لتنازل مطلق وعام من صاحبها[٢٢١] ، وإن جاز أن تكون محلا لتنازل خاص .

ويلاحظ على هذا التعريف ـ وغيره من التعريفات التي تربط بين الدعوى والحق ـ أنه يربط بين الدعوى والحق الموضوعي الذي يستخدم كأساس للدعوى[٢٢٢] . كما أنه يقترب مع فقه القانون العام الذي ينكر أن الدعوى حق شخصي ويعتبرها حرية عامة يملكها كل متقاض ولو كان أجنبيا[٢٢٣] ، وأنها ذات طبيعة واحدة بصرف النظر عن الحق الموضوعي ، ولا يصبغ هذا الحق الدعوى بصبغته (عيني أو شخصى) الا بمجرد انعكاسات تلون الدعوى بلون معين ولكنها لا تغير في جوهرها الذي يظل واحدا .

٣ ـ فكرة الدعوى عند «روبير» :

عالج «روبير» ـ وهو ليس من الفقهاء الاجرائيين ـ الدعوى . ويعد من أنصار الطابع الموضوعي للمنازعة ولا يأخذ بفكرة الحقوق الشخصية الا في نطاق ضيق للغاية .

ويعتمد «روبير» فكرة المركز القانوني ، ويعني به شبكة من الامتيازات والواجبات . فإذا كان عنصر المزايا prerogative هو الغالب وجد الحق الشخصى ، وإذا كان عنصر الواجب devoir هو الغالب كنا أمام مركز قانونى موضوعي[٢٢٤] situation juridique objectif .

وقد أنكر «روبير» وجود حق شخصى يدافع عنه في دعاوى المسئولية أو

---

(٢٢١) «فنسان وسيرج» بند ص ٤٢ .

(٢٢٢) ولا يخفى أن هذا الخلط يسبب غموضا ولا يتفق مع معطيات القانون الوضعي التي تميز بين الدعوى والحق عند تطبيق قواعد القانون من حيث الزمان والمكان .

(٢٢٣) «فنسان وسيرج» ، الاشارة السابقة .

(٢٢٤) Roubier: Droits subjectifs et suituations juridique Paris DALLOZ 1963. No 6. p 53.

البطلان أو السقوط أو الفسخ أو الحيازة أو المنافسة غير المشروعه . حيث يوجد فقط واجب تمت مخالفته devoir viole[٢٢٥] . فإذا حدث اعتداء على هذا الواجب كان للفرد سلطة الالتجاء إلى القضاء لعدم مراعاة هذا الواجب وليس لأن هناك حقا شخصيا للفرد تمت مخالفته[٢٢٦] . ولم يعط «روبير» للدعوى طابعا شخصيا الا في حالتين هما دعاوى الاستحقاق حيث يوجد حق ملكية ، ودعوى تزييف العلامات التجارية حيث يوجد حق براءات الاختراع وهي مزايا مالية يمكن التنازل عنها وانتقالها .

وهكذا فإن «روبير» لم يعط الدعوى وظيفة واحدة ولكنها تختلف حسبما كانت المنازعة حول حقوق شخصية (ملكية وحق مؤلف) أو مراكز موضوعية (مسئولة ، بطلان ، فسخ ، سقوط . . . الخ) . وخلص إلى أن الدعوى هي ميزة يستطيع بمقتضاها شخص أن يؤكد ادعاءاته أمام القضاء وذلك طبقا لقواعد النظام القانوني بصرف النظر عن وجود أو عدم وجود حق سابق يخول الالتجاء إلى القضاء[٢٢٧] .

الفـرع الثانـى
تقييم للاتجاه الذي يرى الدعوى كسلطة أو ميزة

١ ـ نقد فكرة فقهاء القانون العام :

رأينا فيما سبق أن فقهاء القانون العام قد اعتبروا الدعوى سلطة ، وأن الهدف منها هو تحقيق الشرعية وعدم مخالفة القانون . وقد أخذ بعض الفقهاء الاجرائيون بهذه الوجهة من النظر . بينما ذهب جانب آخر من فقهاء الاجراءات الى اعتبار الدعوى سلطة عامة هدفها هو احترام الحقوق والمصالح الخاصة . وقد اتفق فقهاء القانون العام ـ وغالبية فقهاء الاجراءات ـ على

---

(٢٢٥) «روبير» المرجع السابق ، بند ٧ ص ٥٦ .

(٢٢٦) «روبير» ص ٣٥ ـ ٣٧ .

(٢٢٧) «روبير» بند ٣٥ ص ٢٩٩ . محمد عبد الخالق ، رسالته ، بند ١٧٣ ص ٨٣ ، و «موتولسكى» مقال الحق الشخصى والدعوى ص ٨٩ و ص ٩٥ .

التمييز بين الدعوى والحق الموضوعي[٢٢٨] ، ولكنهم لم يعتبروا الدعوى حقا مستقلا .

وقد انتقد البعض هذا الاتجاه على أساس أن أنصاره قد أغفلوا التفرقة بين الدعوى وحق الالتجاء إلى المحاكم l'acces aux tribunaux ورأى أن سلطة (أو رخصة) الزام المحاكم بالحكم ، أو سلطة الالتجاء اليها ، أو مباشرة تأكيد الادعاء أمامها ليست في رأيه تحديدا أو تعريفا للدعوى ، ولكنها تعريف للالتجاء إلى المحاكم أي حرية الالتجاء إلى الجهاز القضائي وهي حرية عامة يعترف بها للكافة . ولا يعد تحريك الجهاز القضائي بناء على هذه الحرية هو الدعوى ، لأن الدعوى تتطلب من الأداة القضائية أكثر من مجرد التحريك[٢٢٩] حيث يطلب من القاضي الحصول على قرار بشأن موضوع الادعاء الخاضع له أي المعروض عليه[٢٣٠] . كما انتقد البعض هذا الاتجاه لأنه يفصل تماما بين الحق والدعوى ، رغم أن هناك ارتباطا وثيقا ـ من وجهة نظره ـ بينهما[٢٣١] .

ونحن نعتقد أن هذين النقدين في غير محلهما ، لأن الدعوى وحق الالتجاء إلى المحاكم هما فعلا شيء واحد . ولأن الفصل المطلق بين الدعوى والحق الموضوعي يحسب لهذا الاتجاه .

---

(٢٢٨) انظر ما سبق حول الاتجاه الذي يدمج الحق في الدعوى أو الدعوى في الحق بحيث تكون الدعوى هي الحق ذاته . وهو اتجاه منتقد كما سبق القول .

(٢٢٩) «موتولسكى» الحق الشخصى والدعوى ، مشار اليه ، حيث يقول :

".... cleui-ci signifie que l'on est habilité à mettre le mécanisme juduiciaire ne mouvement, il s'agit d'une liberté général, offre à tous, mais il ne s'agit pas l'action en justice".

وهو بذلك رفض تعريفات كل من «سوليس» و «بيرو» ، و «موريل» و «روبير» على التوالي .

(٢٣٠) "La faculté d'obtenir d'une juge une décision sur le fond de la prétention à lui sommise".

وفي نفس المعنى «كورنى ونوييه» المرجع السابق ص ٢٧٥ . ابراهيم سعد جـ ١ بند ٤٣ ص ١٢٦ .

(٢٣١) ابراهيم سعد ، المرجع السابق ص ١٢٦ .

والنقد الحقيقي الذي يوجه إلى هذا الاتجاه هو أن فقهاء القانون العام قد تأثروا بخلفية مؤداها أن القواعد المتعلقة بالمرفق العام ليس لها إلا هدف واحد وهو حماية المصلحة العامة ، ومن ثم فالدعوى لديهم هي وسيلة لحماية الشرعية المجردة legalite pur . والواقع أن مفهوم الدعوى يختلف عن ذلك في ميدان القانون الخاص . فالدعوى لا تتقرر فقط لحماية الشرعية المجردة ، ولكنها تتقرر أيضا لحماية المتقاضين في مواجهة القاضي شخصيا[٢٣٢] .

ولا يعني ما تقدم انكار فكرة المنازعة الموضوعية تماما من نطاق القانون الخاص فهناك منازعات تثار فقط لحماية المصلحة العامة وتضع مسألة الشرعية المجردة على بساط البحث ، ولا يكون الفرد الذي باشر هذه الدعوى سوى آداة . ومثال هذه الدعاوى دعاوى النيابة العامة كالطعن بالنقض لمصلحة القانون ودعاوى الحسبة (تفريق بسبب زواج باطل) فهذه الدعاوى لا تستند إلى حق شخصي . ومن يقدم طلبا لمباشرة الدعوى في هذه الحالات لا يثير حكم النص القانوني الذي ينظم هذه المسائل لمصلحته لأنه ـ مثلا ـ ليس طرفا في العقد الباطل ولا يطالب أحد طرفيه بشيء[٢٣٣] ولكن ـ وهذا ما فات فقهاء القانون العام ـ يبقى وجود هذه المنازعات ذا طابع استثنائي دائما في نطاق القانون الخاص[٢٣٤] . فمهمة الدعوى تكمن أساسا في حماية المصالح الخاصة وليس في حماية الشرعية المجردة[٢٣٥] .

وبعد نقد الاتجاه الذي يرى الدعوى كسلطة ولا يعتبرها حقا شخصيا نعرض فيما يلي لاتجاه قريب يتفق مع الاتجاه السابق في أنه لا يعتبر الدعوى حقا شخصيا ولكنه لا يعتبرها سلطة أيضا بل يعتبرها ميزة وهو الاتجاه الذي نادى به الفقيه «روبير» .

---

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

(٢٣٣) يجمع الفقه على أن المثالين الواردين في المتن يعدان نموذجا للمنازعات الموضوعية .

(٢٣٤) «موتولسكى» المقال السابق ص ٩١ ، ص ٩٣ .

(٢٣٥) «ابرو» المجلة الفصلية ، ١٩٥٤ ص ٣٤٤ .

٢ ـ نقد فكرة «روبير» :

اعتبر روبير الدعوى ميزة prerogative يستطيع شخص بمقتضاها مباشرة ادعاءاته أمام القضاء لتأكيد هذه الادعاءات[٢٣٦] . وقد تحاشى أن يستعمل كلمة «سلطة» أو «حق» واعتبر أن المطروح على القضاء بناء على هذه الميزة ليس هو الحق أو تحقيق الشرعية ولكنه ادعاء pretention معين[٢٣٧] .

والنقد الأساسي الذي يوجه إلى فكرة «روبير» أنه أسبغ صفة الموضوعية على كل المنازعات باستثناء مجال محدود للغاية اعترف فيه بفكرة الحق الشخصي . فمثلا اعتبر «روبير» أن الحق في التعويض في دعاوى المسئولية ليس حقا شخصيا وهو قول يصعب التسليم به . لأن التعويض ذا طابع شخصي دائما ولو كان المركز القانوني الأصلي موضوعيا على حد قول «روبير» . فإذا حدث وأثرى شخص على حساب الغير مخالفا مبدأ عدم الاثراء على حساب الغير ، فان من حدث الاعتداء عليه يستطيع اثارة الحكم الآمر في القاعدة القانونية التي تقرر التعويض ، وهذا الحق حق شخصي[٢٣٨] .

ويخلص مما سبق أن «روبير» جعل القاعدة استثناء ، والاستثناء قاعدة . فلا ريب أن فكرة المنازعة توجد في مجال القانون الخاص ولكنها ذات مجال محدود للغاية . ومثالها الدعاوى المتعلقة بالنظام العام ، ودعاوى الحسبة (بطلان زواج) ولكنها تظهر دائما كاستثناء في نطاق هذا القانون[٢٣٩] فالأصل هو

---

(٢٣٦) «روبير» الحق الشخصي والمراكز القانونية ، بند ٣٠ ص ٢٩٩ ، مشار اليه في مقال «موتولسكي» الحق الشخصي والدعوى ، كتابات ص ٩٥ .

(٢٣٧) وقد أخذ قانون المرافعات الفرنسي الجديد بهذه الفكرة جزئيا عندما اعتبر أن المطروح على القاضي هو ادعاء ويقصد به محل الطلب المعروض على القاضي ، ولا يقصد به الادعاء بمعناه المعروف في الشريعة الاسلامية والذي يرادف ـ في المعنى اللغوي ـ الدعوى ذاتها .

(٢٣٨) «موتولسكي» المقال السابق ، ص ٩٢ وهو متأثر في ذلك برسالته والتي تأثر بها في صياغته لفكرة أساس الادعاء (سبب الدعوى) وكفاية الأسباب (القصور في التسبيب لعدم كفاية الأسباب) .

(٢٣٩) «موتولسكي» المرجع السابق ص ٩١ .

ان تتعلق المنازعة بحق شخصى ، حيث تدور فلسفة هذا القانون على الاعتراف بالحقوق الشخصية وحمايتها . وقد دفع هذا الفقهاء المؤيدون لوجود هذه الحقوق الى القول بأن الدعوى في ذاتها حق شخصى على ما سنراه في المبحث القادم .

المبحث الثالث
الاتجاه الثاني في تحديد طبيعة الدعوى
الدعوى حق شخصىDroit subjectif

رأينا في المبحث السابق أن فقهاء القانون العام (دٰيجى وهوريو وجيز) ومعهم بعض الفقهاء الاجرائيين (فزيوز ـ سوليس وبيرو ـ كورنى وفوييه ـ فنسان وسيرج ـ تيريه) اعتبروا الدعوى سلطة وأنها سلطة ذات طابع موضوعي وعام . وأن فقهاء القانون العام اعتبروا الدعوى هي ذاتها سلطة (أو حق) الالتجاء إلى القضاء .

ونعالج في هذا المبحث الاتجاه الثاني في طبيعة الدعوى والذي يرى أنصاره أنها حقا شخصيا مستقلا . وقد ساد هذا الاتجاه لدى بعض كبار فقهاء الاجراءات في ايطاليا وفرنسا واعتنقه بعض الفقهاء في مصر وأن اختلفوا في تحديد الطرف السلبي في هذا الحق .

وسوف نعالج في (مطلب أول) هذا الاتجاه في الفقه الايطالي ، ثم في الفقه الفرنسى والمصري في (مطلب ثان) . ثم نعرض في (مطلب ثالث) لتقييم هذا الاتجاه . ونعرض في (المطلب الرابع) لفكرة الدعوى كحق شخصي في قانون المرافعات الفرنسي الجديد ، ونختتم هذا المبحث برأينا في تحديد طبيعة الدعوى .

المطلب الأول
الدعوى كحق شخصي في الفقه الايطالي

يعد الفقيهان الكبيران «كيوفندا» و «كارنيلوتى» من أنصار هذا الاتجاه ونعرض لنظرية كل منهما في فرع مستقل .

الفرع الأول
نظرية «كيوفندا» عن الدعوى

١ ـ عرض الفكرة :

عرض الفقيه الايطالي الكبير «كيوفندا» Chiovenda فكرة عن الدعوى يعتنقها أغلب فقهاء الاجراءات الايطاليين[٢٤٠] وتقوم فكرته ـ كما عرضها فزيوز ـ على الأسس الآتية[٢٤١]:

يرى «كيوفندا» أن التشريع loi يتضمن قواعد لا يمكن البدء في تنفيذها الا بشرط معين ، وهو أن يعبر أحد الأفراد عن ارادته في تطبيق هذه القواعد . ويبقى تنفيذ قواعد القانون معلقا دائما على هذا الشرط . فالدعوى هي مطالبة صاحب الشأن ـ بارادته ـ وضع قواعد التشريع موضع التنفيذ لتحقيق ارادة القانون ، وهي السلطة القانونية التي يترتب على استعمالها بدء التنفيذ auttauazione الفعلي لارادة التشريع ، وهي ـ بعبارة أبسط ـ سلطة المطالبة بالبدء في تنفيذ التشريع الذي تعطل تنفيذه بناء على ارادة فرد آخر .

ويرى «كيوفندا» ـ مع الفكر السائد في الفقه الايطالي[٢٤٢] ـ أن هذه السلطة هي في جوهرها حق شخصي droit subjectif .

---

(٢٤٠) «فزيوز» دراسات ص ١٣٩ .

(٢٤١) «فزيوز» ص ١٣٩ هامش ١ . وانظر في عرضها ، وجدي راغب ، العمل القضائي ، ص ٤٦٦ .

(٢٤٢) Chiovenda principi 4 ed. p 43. cite par Vizoz. op. cit. p 139

وبالنسبة لأطراف هذا الحق فأن طرفه الايجابي هو من يملك سلطة انتاج الآثار القانونية التي تترتب على البدء في تنفيذ التشريع بمعرفة القاضي ، أما الطرف السلبى فهو من يخضع لهذه الآثار . ولا يعد هذا الطرف مسئولا عن أداء prestation معين ، أو القيام بعمل محدد ، حيث لا يقع على عاتقه أي التزام[٢٤٣] . فالدعوى حق لا يقابله التزام فهي تدخل في طائفة الحقوق الارادية droit potestatifs[٢٤٤] بل أنها المثال النموذجى لهذا النوع من الحقوق[٢٤٥] التي ترتب بعض أعباءcharges على عاتق بعض أشخاص معينين لمصلحة أصحاب هذه الحقوق[٢٤٦] .

٢ ـ نقد الفكرة :

انتقد «فزيوز» هذه النظرية للآتى[٢٤٧] :

أ ـ لا تقدم هذه النظرية فكرة عامة تصلح لكل أنواع الدعاوى (جنائية وادارية) ولا تفسر مفهوم الدعوى في غير المسائل المدنية .

ب ـ لا يمكن تصور وجود حق شخصى لا يتقرر في مواجهة طرف سلبى لهذا الحق .

جـ ـ تخلط هذه النظرية بين الدعوى ومضمون الادعاء الخاضع للقاضي ، كما أنها تجعل الطلب القضائي هو محل سلطة الدعوى ، رغم أنه ليس سوى مباشرة لهذا الحق .

د ـ تجعل وجود الدعوى متوقفا على نجاح الطلب ، أي صدور الحكم لصالح المدعي ، وفي هذا خلط بين النتيجة وبين الوسائل التي تستخدم في الوصول اليها .

---

(٢٤٣) «سوليس وبيرو» جـ ١ بند ٩٧ ص ٩٩ .

(٢٤٤) وهي تسمى Kann-Rechte في القانون الألماني .

(٢٤٥) ومن أمثلة هذه الحقوق حق طلب القسمة ، وحق طلب التفريق بين الأجساد .

(٢٤٦) من أنصار هذا الرأي في الفقه المصري ، نبيل عمر ، الطعن بالاستئناف ، بند ١٦١ ص ٢٢٦ .

(٢٤٧): «فزيوز» المرجع السابق ، ص ١٤٠ الهامش .

الفـرع الثانـى
نظرية «كارنيلوتى» عن الدعوى

١ ـ عرض الفكرة :

تعرض الفقيه الايطالي «كارنيلوتى» Carnelutti لفكرة الدعوى في عدة مؤلفات له[٢٤٨] ونقطة البداية في فكر هذا الفقيه هي اعتناقه مدلولا خاصا للنزاع lite . فهو لا يعتبر كل تنازع بين المصالح نزاعا litige . لأن وجود النزاع يفترض دائما وجود ادعاء prétention من شخص مضمونه أن له حقا في حماية مصالحه التي نظم القانون حمايتها ، وأن هذا الحق قد حدث اعتداء عليه من جانب شخص آخر . ويتمثل هذا الاعتداء في زعزعة هذا الحق أو الاقلال من مزاياه ، بحيث لا يحقق لصاحبه الاشباع الكامل . وحتى يحسم القاضي هذا النزاع فلا بد أن يتصل علمه به وهذه هي وظيفة الدعوى .

فالدعوى عند «كارنيلوتى» هي سلطة يمكن للمتقاضى بها حض القاضي كي يباشر نشاطه بحيث يحصل منه على الحل القانوني للنزاع «الحكم وتنفيذه» . وتتحلل هذه السلطة التي يتمتع بها كل متقاضى إلى حق شخصى . لأنه اذا حدث تنازع المصالح في الصورة السابقة ، فأن صاحب المصلحة التي يزعم أن القانون يرجحها على مصلحة خصمه ، يملك سلطة تحقيق هذا الترجيح أو عدم تحقيقه وكل ذلك طبقا لارادته .

وبعبارة موجزة فإن الحق الشخصى عند «كارنيلوتى» هو استعمال المدعى لسلطته في ترجيح مصلحته أو عدم ترجيحها (إذا لم يلجأ للقاضي) وكل ذلك دون النظر إلى مصلحة المجتمع التي تتمثل في عدم وجود النزاع كأمر يهدد السلام الاجتماعي . فالفرد حر في تغليب مصلحته أو عدم تغليبها ويتوقف

---

(٢٤٨) Carnelutti: Lezioni di dirritto processuale civile N° 20, 24, 92, 369, 379. et leite et Funzione processuale no 4, 7 et Rivista di dirritto processuale civile 1928. I PP 28. 29, 32, 33.

مشار اليها في «فزيوز» ص ١٤٠ هامش ١ .

الأمر كله على ارادته . وتتوقف هذه الارادة عند حد طرح النزاع أو عدم طرحه . وبعد طرح الأمر فان القواعد التي ينظمها القانون للحصول على حل عادل للقضية proces هي قواعد الخصومة instance ولا تعتمد هذه القواعد أساسا على ارادة الخصوم . وهكذا فأن الدعوى عند «كارنيلوتى» ترتكز بالكامل على مفاهيم شخصية(٢٤٩) .

وقد حدد «كارنيلوتى» الطرف السلبي في هذا الحق بأنه القاضي . وحجته في ذلك أن القانون يفرض عليه التزاما (وليس مجرد واجب) مضمونه مباشرة وظيفته في تطبيق القانون على المنازعة . وهكذا فالدعوى حق ضد القاضي contre le juge وليست ضد الخصم الآخر لأن كلا من الخصمين له مصلحة في تطبيق القانون على المنازعة(٢٥٠) .

٢ ـ نقد الفكرة :

اعترض البعض على هذه الفكرة للآتى :

أ ـ أن السماح بالدعوى كسلطة في مواجهة القاضي قد يسبب ارباكا لسير مرفق القضاء لأنه يجبر القاضي على ممارسة سلطاته ويحد أيضا من هذه السلطات .

ب ـ أن هذا الاتجاه يتطلب تنظيم القانون لتنازع المصالح بين المتقاضين من جهة ، وبينهم وبين القاضي من جهة أخرى(٢٥١) .

---

(٢٤٩) «فزيوز» دراسات ص ١٤٢ الهامش .

(٢٥٠) ويصف «كارنيلوتى» هذا الحق بأنه حق شخصى عام droit subjectif public قاصدا بذلك أن تطبيق القانون على المنازعة ، هو مصلحة عامة ولو أنها تتوافق مع مصلحة المتقاضي فالدعوى في رأيه هي ممارسة خاصة لوظيفة عامة .

exercise privé d'une fonction publique.

ومن هذا الاتجاه «أجوروكو» المطول جـ ١ ص ٢٣٩ ـ ٢٥٩ مشار اليه في وجدي راغب في العمل القضائي ص ٤٧١ حيث يرى أيضا أن الدعوى حق ارادة النشاط القضائي للدولة وأنه حق عام dirritti civici . ومن أنصار اعتبار الدعوى حقا في مواجهة القاضي في الفقه الايطالي «بايجر» ، القانون الاجرائي ، بند ٣٤ ، ص ٩٢ ، ٩٦ ، مشار اليه في وجدي راغب ، العمل القضائي ، ص ٤٧٦ . و «ليبارى» مشار اليه ص ٤٦٨ من نفس المرجع .

(٢٥١) «فزيوز» دراسات ص ١٤٢ الهامش .

جـ ـ ان ارادة القاضي لا تتقيد بارادة الخصم الآخر ، ولكنها تتقيد بالقواعد التي تحكم المرفق العام .

د ـ أن اعتبار الدعوى حق شخصى في مواجهة القاضي يعني اعتماد نظرية الحقوق الشخصية للرعايا droits subjetifs administrés في مواجهة السلطات العامة[٢٥٢] .

المطلب الثاني
الدعوى كحق شخصي في الفقه الفرنسي والفقه المصري

يعد الفقه الفرنسي «موتولسكي» هو رائد هذا الاتجاه في الفقه الفرنسي ، ولذلك سوف نعرض لنظريته في هذا الشأن في فرع مستقل ، ثم نعرض بعد ذلك لمؤيدي هذا الاتجاه في الفقه الفرنسي المعاصر وفي الفقه المصري في فرع ثان .

الفرع الأول
نظرية موتولسكى عن الدعوى

١ ـ مدلول فكرة الحق الشخصى عند «موتولسكى» :

أخذ «موتولسكى» بفكرته التي يعتنقها عن الحق الشخصي والتى قدمها في رسالته[٢٥٣] كمدخل لتحديد ماهية الدعوى . ونقطة البداية عنده هي ضرورة التمييز بين المفهوم الفلسفي والمفهوم القانوني لفكرة الحق الشخصي .

---

(٢٥٢) ومضمون هذه السلطات هو حرية الرعايا في الالتجاء إلى المرفق العام أو عدم الالتجاء اليه ، والتزام الموظف العام بالرد على ما يقدم له من طلبات ، والحد من سلطات الموظف العام لصالح الأفراد . •

(٢٥٣) MOTULSKY Henri: Principe d'une réalisation méthodique du droit privé. thése Lyon 1948 N° 23 - 26.

فالشائع في القول أن حق العمل وحق التعليم هي حقوق شخصية ، ولكن هذا القول ليس صحيحا لأنه هذه الاستحقاقات révendications تظل في نطاق الفلسفة[٢٥٤] ، ولا تدخل في طائفة الحقوق إلا منذ أن تتقرر بقاعدة قانونية régle de droit ، أي بقاعدة سلوك اجتماعي ملزمة تتخذ مكانها بين مصادر القانون اعمالا للوضعية القانونية positiviste légaliste . فالقاعدة القانونية عنده هي التي انتقلت من النطاق الفلسفي إلى النطاق القانوني . فحق العمل أو التملك أو العدالة مسألة فلسفية ، فإذا نص القانون على حق الملكية أو العمل أو الحصول على العدالة في قاعدة سلوك لها خصائص القاعدة القانونية أصبح حق العمل أو التملك أو العدالة حقا شخصيا . ولا يهم طبيعة القاعدة التي تقرر ذلك موضوعية أو اجرائية . ويحدد هذا الفقيه فكرة بشكل قاطع بقوله «أن الحق الشخصي ، هو ما تعترف له قاعدة القانون بكونه كذلك»[٢٥٥] . وبذلك يربط الحق وقاعدة القانون برباط لا يقبل الانفصام .

ويستطرد «موتولسكى» في التحليل قائلا أنه يمكن تحليل البناء structure الذي تتكون منه قاعدة القانون إلى مفترضات présupposition ، يترتب على وجودها تحقق الأثر القانوني effet juridique (الحكم) . ويجب أن يتوافق هذا الأثر مع صفة الأمر Impératif التي تتمتع بها قاعدة القانون[٢٥٦] . فمثلا توجد قاعدة تقرر أنه إذا كان عقد البيع صحيحا ، فأن البائع يستطيع مطالبة المشتري بدفع الثمن ، وتخول هذه القاعدة البائع رخصة faculté اثارة حكم القاعدة بما تتضمنه من اجبار لمصلحته . وتترجم هذه الرخصة من الناحية القانونية بكونها حقا شخصيا .

ولا تقرر قواعد القانون الموضوعي سوى حق شخصي موضوعي

---

(٢٥٤) ويرى أن هذه الاستحقاقات تتقرر بالقانون الطبيعي .

(٢٥٥) «موتولسكى» مقال الحق الشخصى والدعوى ، كتابات ، ص ٩٠ حيث يقول :
"Le droit subjectif que C'est que la régle de droit reconnait comme tel . .".

(٢٥٦) «موتولسكى» رسالته ، بند ١٠ ص ١٠٣ وبند ٢٦ ص ٢٩ ، وهو يذكر أنه يستعير هذه الاصطلاحات من الفقيه Stammler .

substantiel (مثل الحق في اقتضاء الثمن) . ولكي يظهر هذا الحق في شكل قرار قضائي ، فلا بد من الالتجاء إلى قاعدة أخرى لها طابع اجرائي يحصل بواسطتها على هذا القرار القضائي .

٢ ـ الدعوى حق شخصي طرفه السلبي هو القاضي :

يرى هذا الفقيه أنه من الصعب انكار أن القضية[٢٥٧] تنشىء روابط جديدة بين الخصوم بعضهم البعض ، وبينهم وبين القاضي . وهذه الروابط هي رابطة الخصومة lien d'instnace ويترتب على هذه الرابطة نشوء مراكز قانونية بين الخصوم حيث يصبحون مدعى ومدعى عليه بدلا من دائن ومدين ، كما تنشأ روابط جديدة بينهم وبين القاضي[٢٥٨] .

ويرى «موتولسكى» ـ مؤيدا الجانب في الفقه الايطالي وعلى عكس جمهور الفقه الفرنسي ـ أن الرابطة الأخيرة ذات طابع شخصي . ولا يغير من ذلك أن يكون أساس هذه العلاقة هو القانون وليس الاتفاق حيث لا يكفى هذا لإضفاء الطابع الموضوعي على هذه العلاقة .

ويعتقد الكاتب أنه إذا وجد شخص يتمسك بادعاء prétention أمام العدالة ، وكان طلبه مقدما في الشكل الذي يتطلبه القانون réguliére وتوافرت شروط قبوله ، فان هذا الشخص يستطيع الزام القاضي الذي يعرض عليه النزاع بالفصل في موضوع الادعاء . وطبقا لنظريته فأن هذا المتقاضي يستعمل حقه في اثارة الحكم الملزم للقاعدة القانونية لمصلحته[٢٥٩] . ويؤيد وجهة نظره

(٢٥٧) يلاحظ أن «موتولسكى» استعمال مصطلح «قضية» procés ولم يقل «دعوى» action .

(٢٥٨) يلاحظ أن هذه النقطة غير دقيقة ، لأن البحث في طبيعة الدعوى هو بحث سابق لنشأة الخصومة ، ولا يصح أن تفسر الدعوى بفكرة لاحقة وهي الخصومة . ومن جهة أخرى فأن انشاء الخصومة لروابط قانونية جديدة مسألة غير مجمع عليها . فهناك من يؤيدها مثل «موريل» المرجع السابق ، ص ٣٠٩ ، و «كيش وفنسان» الطبعة الثانية عشر ١٩٦٠ بند ٨٤ ، ولكن هناك من لا يؤيدها مثل «كورنى» و «فوبيه» المرجع السابق ، ص ٣٦٣ . ورغم هذه الملاحظات فقد آثرنا عرض وجهة نظر الكاتب كاملة في المتن حتى يظهر فكره بشكل متكامل .

(٢٥٩) «موتولسكى» المقال السابق ، كتابات ص ٩٧ ، ٩٨ .

بقوله أن القانون يلزم القاضي بالفصل في الدعوى إذا كانت صالحة للفصل فيها en état وإلا عد منكرا للعدالة (م ٥٠٦ مرافعات فرنسى قديم) . كما أن دعوى مخاصمة القضاة (م ٥٠٥ مرافعات) والتي ترتب مسئولية القاضي في مواجهة المتقاضي على أساس المسئولية التقصيرية[٢٦٠] تؤكد أن الدعوى في حقيقتها هي حق شخصي للخصم في مواجهة القاضي . فواجب القاضي مفروض بلا ريب لتحقيق المصلحة العامة ، ولكنه مفروض في ذات الوقت لتحقيق مصالح الأفراد .

ويخلص «موتولسكى» في النهاية إلى أن الدعوى حق شخصي ، وأن العنصر السلبي في هذا الحق هو القاضي[٢٦١] .

٣ ـ الدعوى تنشىء رابطة فردية وشخصية :

يرى هذا الفقيه أن الدعوى كحق شخصي هى سلطة أو مكنة virtualité تتضمن في أساسها en germe قوة اجبار تصدر عن شخص المتقاضى ، وتلزم القاضى بالفصل في النزاع . وخلافا لما ذهب اليه فقهاء القانون العام وجمهور الفقه الاجرائي[٢٦٢] ، فأنه يرى أن الرابطة التي تنشأ عن رفع الدعوى ، هي رابطة شخصية وفردية وليست رابطة غير شخصية وعامة[٢٦٣] .

٤ ـ تعريف «موتولسكى» للدعوى ونتائج هذا التعريف :

أ ـ الدعوى عند «موتولسكى» حق شخصي اجرائي :

استبعد هذه الفقيه بعض الآراء في تحديد طبيعة الدعوى . فالدعوى

---

(٢٦٠) نقض عرائض فرنسى ١٣/٣/١٨٥٠ دالوز ١٨٥٠ ـ ١ ـ ٣٢٠ .

(٢٦١) "L'action en justice me n'apparait être un droit subjectif, dont le sujet passif est le juge..." .

ويعبر عن ذات الفكرة أيضا بقوله :

"L'action en justice a bel et bien la nature d'une droit subjectife".

(٢٦٢) ما سبق عند عرض آراء «موريل وكورنى وفوييه وتيريه» .

(٢٦٣) «موتولسكى» المقال السابق ص ٩٨ .

ليست كما ذهب البعض سلطة عامة موضوعية وغير شخصية ، لأن ذلك يعني أنها ليست سوى تحريك جهاز القضاء . والدعوى ليست مجرد الصلاحية simple latitide في الزام السلطات القضائية باصدار حكم[٢٦٤] ، وليست ضمانة للحصول على حكم لصالح المدعي[٢٦٥] ، وليست وسيلة للقبول أمام المحاكم[٢٦٦] . ولكن الدعوى هي رخصة الحصول على قرار من القاضي حول موضوع الادعاء المعروض عليه (مع الزامه بذلك)[٢٦٧] . وجوهر رخصة الحصول على القرار أنها حق شخصي ، ولكنها تتميز عن غيرها من الحقوق الشخصية والموضوعية (المراكز) الأخرى في كونها حقا شخصيا اجرائيا[٢٦٨] . droit subjectif processuel . يختلف بطبيعة الحال عن الحق الموضوعي .

ب ـ نتائج هذا التعريف :

ـ أن محل الدعوى ـ كحق ـ يكون ذا طابع اجرائي محض وهو الحصول على حكم في الموضوع .

ـ أن الحديث عن الدعاوي الشخصية والعينية والعقارية والمنقولة لم يعد مقبولا ولا جائزا لتعلق هذه الأمور بالحق الموضوعي وليس بحق الدعوى .

ـ أن هذا التعريف يلغي مشكلة ما يسمى بقبول الدعوى أو عدم قبولها

---

(٢٦٤) وبذلك رفض تعريف «سوليس وبيرو» .

(٢٦٥) وهذا التعريف هو السائد في الفقه الألماني والذي يربط بشدة بين الحق الموضوعي والدعوى . وانظرا الفقه «ليبارى» مشار اليه في وجدي راغب ، العمل القضائي ، ص ٤٦٨ .

(٢٦٦) وبذلك رفض تعريف «موريل» و «روبير» وما أخذ به أحيانا «سوليس وبيرو» .

(٢٦٧) "La faculté d'obtenir d'un juge une décision sur le fond de la prétention à lui soummise".

كتابات ص ٩٥ . وفي نفس المعنى «كورنى وفوييه» ص ٢٧٥ . ويدافع «موتولسكى» عن هذا التعريف بقوله أنه يتوافق مع مضمون الأفكار الاجرائية الأساسية ، ومع التطور الذي أدى إلى بلورة بعض الأفكار الاجرائية بشكل نقى مثل الدفوع ، والدفاع الموضوعي والدفع بعدم القبول .

(٢٦٨) «موتولسكى» المقال السابق ، كتابات ص ١٠٠ .

لأن اصطلاح عدم القبول irrecevabilité يتعلق بالطلب وليس بالدعوى[٢٦٩] . أما الدعوى كحق أما أن توجد أو لا توجد .

ـ أن يلغى اصطلاح شروط مباشرة exercise الدعوى ، ويحل محله شروط وجود existence الدعوى . وأن كان الاصطلاح الأخير ليس ملائما تماما لأن الدعوى كحق توجد دائما عدا حالات قليلة .

ـ أن الدعوى كحق تثبت للمدعى عليه كما تثبت للمدعى . فالدفاع defense هو مباشرة للدعوى باعتبارها حقا[٢٧٠] .

ويدافع «موتولسكى» عن نظريته بقوله «ان اعتبار الدعوى حق شخصي اجرائي يبرز الدور الذي تؤديه الدعوى لمصلحة المتقاضين ومصلحة العدالة المجردة ، ويتوافق مع المكانة الرفيعة لمبدأ الالتجاء إلى القضاء باعتباره ضمانة أساسية لكل انسان يعيش في المجتمع»[٢٧١] .

الفـرع الثانـى
الدعوى كحق شخصى في الفقه الفرنسي المعاصر وفي الفقه المصري

١ ـ الدعوى كحق شخصي في الفقه الفرنسي المعاصر :

اتجه بعض فقهاء الاجراءات المعاصرين في فرنسا إلى تبنى وجهة نظر «موتولسكى» واعتبار الدعوى حقا شخصيا اجرائيا . ومن هؤلاء الفقهاء «لورانس بوى» حيث يرى أن الدعوى حق يباشر في مواجهة القاضي وقد أيد حجج «موتولسكى» وأضاف إليها أن ثبوت هذا الحق في مواجهة القاضي أمر

---

(٢٦٩) «موتولسكى» ص ٩٦ ، و «سوليس وبيرو» بند ١٠٩ ص ١٠٩ . ويلاحظ ـ كما سنذكره ـ أن قانون المرافعات الفرنسي الجديد لم يعتمد هذه الفكرة وربط شروط القبول بالدعوى ـ انظر المادة ٣١ مرافعات فرنسي جديد . ولكنه عاد في المادة ١٢٢ وتكلم عن عدم القبول ونسب الأمر للطلب .

(٢٧٠) «موتولسكى» ، المقال السابق ص ٩٦ .

(٢٧١) «موتولسكى» ، ص ١٠٠ .

منطقي طالما أن القاضي لا يمثل الجماعة لكونه ليس منتخبا ولكنه موظف عام يعد مرتكبا لجريمة انكار العدالة اذا لم يحكم[٢٧٢] ومن مؤيدي هذا الاتجاه أيضا «بيير روبينو» حيث يرى أن الدعوى حق شخصى اجرائي ضد القاضي "un droit subjetif contre le juge" وأن هذا الحق ذو طبيعة اجرائية[٢٧٣] . "droit a nature purment processuelle."

٢ ـ الدعوى كحق شخصى في الفقه المصري :

وقد أخذ بعض الفقهاء في مصر بتصوير الدعوى على أنها حق شخصي . ورائد هذا الاتجاه هو أستاذنا الدكتور فتحى والى حيث يرى أن الدعوى حق شخصي ، ولكنه يرى أن هذا الحق يثبت في مواجهة الخصم الآخر . أما مضمون هذا الحق فهو تطبيق القانون في حالة محددة ومنح المدعي حماية قضائية معينة . ويرى أن ضمان القانون لكل فرد الحق في الالتجاء إلى القضاء وسماع ادعائه أمر غير كاف ، بل يجب أن يقترن ذلك بالحق في الحماية التي كان سيحصل عليها الشخص بنفسه[٢٧٤] وخلص ألى أن الدعوى حق من الحقوق لها صفات الحق الشخصي[٢٧٥] .

ويؤيد بعض الفقهاء المصريون هذا التكييف للدعوى ، مع خلاف في التفاصيل . فيرى جانب أن الدعوى حق للشخص أو حق شخصي مقرر لشخص معين تتوافر فيه شروط معينة[٢٧٦] . وأن الطرف السلبي في هذا الحق هو المدعى عليه[٢٧٧] . غير أنه عاد بعد ذلك واعتبر هذا الحق من الحقوق

---

(٢٧٢) «لورانس بوى» مقال ، انعكاسات ، في المجلة الفصلية ١٩٧٩ مشار اليه ، فقرة رقم ٢٦ .

(٢٧٣) Piére Robiono. Droit judiciaire privé Bourdeaux 1976 p 60 et 67. مشار اليه في نبيل عمر ، الطعن بالاستئناف ، ص ٢٠٩ .

(٢٧٤) فتحى والى ، الوسيط ، بند ٢٧ ص ٥٨ .

(٢٧٥) فتحى والى ، المرجع السابق بند ٣١ ص ٦٦ .

(٢٧٦) ابراهيم سعد ، جـ ١ بند ٤٣ ص ١٢٦ ، وبند ٤٤ ص ١٢٩ ويلاحظ أنه يعتبر الحق الشخصى يرادف السلطة القانونية متى كانت محددة ومقرره لشخص معين .

(٢٧٧) وهو بذلك يتفق مع الدكتور فتحى والى ، الاشارة السابقة .

الارادية Droits potestatifs التي يكون الطرف السلبي فيها غير ملزم بشيء ولكنه يكون في حالة خضوع لآثار الحق . وهي الفكرة التي قال بها «كيوفندا»[٢٧٨] . وواضح أن هذا الرأي يجمع بين فكرتين متناقضتين لأنه إذا كان المدعي عليه هو الطرف السلبي فلا محل على الاطلاق لوصف هذا الحق بأنه ارادي ، ومن جهة أخرى فأن طائفة الحقوق الارادية ليس بها طرف سلبي أصلا .

ويذهب البعض إلى أن الدعوى حق ارادى مصدره القانون الاجرائي يوجه إلى الطرف الآخر . ويتمتع الطرف الآخر بدوره بحق ارادى هو الحق في الدعوى ولا يرتبط هذا الحق الارادي بالقانون الموضوعي[٢٧٩] . كما يرى أن حق الدعوى يوجد في مفترض القاعدة القانونية الاجرائية[٢٨٠] . ويرى أن هذا الحق له وجود مؤقت ولا يتقرر بصفة نهائية الا عند اعمال الأثر القانوني لقاعدة القانون ـ مستخدما فكرة «موتولسكى» في الربط بين الدعوى وتحليل القاعدة القانونية ـ حيث يتقرر الحق في الدعوى بصفة نهائية[٢٨١] . ونحن نرى أنه يوجه إلى هذا الرأي الانتقادات الآتية :

(أولا) أنه ـ كسابقه ـ يعتبر الدعوى حقا ارادیا ومع ذلك يحدد له طرفا سلبيا .

(ثانيا) أنه لم يوضح القاعدة الاجرائية التي يوجد حق الدعوى في مفترضها ـ على حد قوله ـ رغم أهمية هذا التحديد لأن قواعد القانون الاجرائى لا تقتصر كلها على بيان حق الدعوى .

(ثالثا) أن هذا التحليل يجعل وجود حق الدعوى أو عدم وجوده متوقفا

---

(٢٧٨) ابراهيم سعد ، بند ٤٤ ص ١٣٠ .

(٢٧٩) نبيل عمر ، الطعن بالاستئناف بند ١٥٣ ص ٢١١ ، ٢١٢ .

(٢٨٠) نبيل عمر بند ١٥٤ ص ٢١٣ ، وبند ١٦٢ ص ٢٢٦ . ويرى (في الاشارة الأخيرة) أن دور الارادة في هذا الحق الاجرائي الارادي ينحصر في «الاعلان الارادي المعتقد في وجود هذا الحق» .

(٢٨١) نبيل عمر ، المرجع السابق ، بند ١٦١ ص ٢٢٦ .

في النهاية على صدور حكم في الموضوع يقرر الحق الموضوعي ، وفي هذا ربط بين الحق الموضوعي والدعوى رغم أنه يؤيد الاتجاه الحديث الذي ينادي باستقلال الفكرتين .

(رابعا) أنه لا يمكن التسليم بفكرة الحقوق المؤقتة التي توجد بالنسبة للكافة أولا ، ولا تتقرر بصفة نهائية الا بالنسبة لشخص معين عند صدور الحكم لأن حق الدعوى أما أن يوجد من أساسه أو لا يوجد .

وبعد بيان الاتجاه الذي يرى الدعوى كحق شخصى في الفقه الايطالي والفرنسي والمصري نعرض في المطلب القادم لتقييم هذا الاتجاه .

المطلب الثالث
تقييم الاتجاه الذي يرى الدعوى كحق شخصي

انتقد جانب من الفقه الاتجاه الذي يرى أن الدعوى حق شخصي ، فذهب البعض إلى إنكار اعتبار الدعوى بمثابة حق شخصي من الأساس ، بينما انتقد البعض مسألة تحديد الطرف السلبي في هذا الحق . ونعرض فيما يلي لهذين الاتجاهين كل في فرع مستقل .

الفـرع الأول
الاتجاه الرافض لاعتبار الدعوى حقا شخصيا

١ ـ عرض الرأي :

يذهب اتجاه في الفقه المصري[٢٨٢] إلى أن الدعوى ليست حقا على الاطلاق ، لأنه لا يقابلها أي التزام سواء في مواجهة المدعي عليه ، وسواء في مواجهة الدولة أو القاضي . ولا يمكن اعتبارها أيضا حقا اراديا أو حقا وسيليا أو حقا من نوع خاص . وهي ليست حقا للمدعي في الحصول على حكم في

(٢٨٢) أستاذنا الدكتور وجدي راغب ، العمل القضائي ، ص ٤٨٢ ـ ٤٨٥ .

الموضوع . وحجة هذا الرأي أن الحق يقوم على احدى دعامتين هما تحقيق مصلحة ذاتية لصاحب الشأن ، أو وجود سلطة يعترف بها القانون لارادته . والدليل على أن الدعوى لا تحقق مصلحة ذاتية للمدعى أنه قد يخسر الدعوى ولا يصدر الحكم لصالحه ، ولا يمكن القول بأن للمدعي حق في أن يكون مخطئا . والدليل على أن الدعوى لا تخول سلطة للمدعي أن الفقه الذي يرى أن الدعوى هي سلطة ارادة عمل القاضي أو سلطة تحقيق الشرط اللازم لتحقيق القانون (كيوفندا) ، قد رفضه جانب آخر على أساس رفضه التزام الدولة بالقضاء . وقد انتقد الآراء التي ترى الدعوى كسلطة لأن هذه السلطة ـ كما يرى البعض ـ هي حق التقاضي الذي يعترف به القانون للكافة[٢٨٣] . ويعني هذا الحق امكانية تحريك القضاء وقيام الادعاء أمامه ، ولا تعد هذه السلطة ـ في رأيه ـ هي الدعوى لأن مضمون الدعوى هو امكانية صدور حكم في موضوع الادعاء وليس مجرد طرحه على القضاء . ولا يملك المدعي أي سلطة في امكانية صدور حكم في الموضوع ، لأن ذلك متوقف على تحقق شرط موضوعي وهو وجود مصلحة له ، وليس لارادته دخل في تقدير وجود المصلحة أو عدم وجودها .

وخلص إلى أن الدعوى ليست حقا ، ولا سلطة ، ولا رخصة للمدعي ، وأن الأخير ليس طرفا ايجابيا في مركز الدعوى . وأن الدعوى هي مركز مجرد مضمونة امكانية صدور حكم في الموضوع . إذا توافر شرط موضوعي وهو شرط المصلحة[٢٨٤] . وأنها المحل الابتدائي للعمل القضائي لأنها هي التي تسمح بامكان صدور العمل القضائي أي الحكم . وأن القانون ينظم الصلة مباشرة بين الدعوى والحكم . وينفذ هذا التنظيم في مواجهة الكافة دون أن تكون الدعوى مركزا ذاتيا لأحد ، سواء المدعي أو المدعي عليه

---

(٢٨٣) ويشير إلى الفقيه الايطالي «بتى» في مقاله «الدعوى والادعاء» ص ٢٢٥ ، مشار اليه في هامش ١ ص ٤٨٤ .

(٢٨٤) وجدي راغب ، ص ٤٨٦ .

أو الدولة فهي مركز ذو طبيعة موضوعية ، يتسهدف تحقيق المصلحة العامة (القضائية) .

٢ ـ نقد هذا الرأي :

ـ انتقد البعض[٢٨٥] هذا الرأي من حيث اعتباره الدعوى هي امكانية الحصول على حكم في الموضوع ، على أساس أن الاستطراد مع منطق هذا الاتجاه يعني ان الدعوى تنتهي بمجرد توافر الشروط اللازمة لاصدار الحكم في الموضوع ودون الفصل في الموضوع ذاته[٢٨٥م] .

ـ وانتقد البعض هذا الرأي على أساس أن اعتبار الدعوى ادعاء قانوني لدى القضاء هو خلط بين الدعوى ووسيلة استخدامها . ويعني بذلك أن وسيلة استخدام الدعوى هي الطلب وأن الادعاء ـ طبقا للفقه المعاصر في فرنسا ـ هو محل الطلب . ثم انتقد هذا الرأي من جهة أخرى على أساس أنه اعتبر الدعوى أداة لتحقيق اليقين القانوني وليست أداة لحماية الحق المدعى به ، ثم عاد واعتبر الدعوى هى تأكيد شخص لحقه أو مركزه القانوني ، ولا يرى ـ الناقد[٢٨٦] ـ فرقا بين تأكيد الحق وحماية الحق ومن ثم لا يستقيم هذا مع ما سبق أن قال به صاحب هذا الرأي وهو أن الدعوى ليست أداة لحماية الحق .

ـ وفي اعتقادنا أنه يمكن أن يوجه إلى هذا الرأي الانتقادات الآتية :

أ ـ أنه لا يمكن القول أن الدعوى لا تحقق مصلحة ذاتية لصاحبها ، ولا يكفي امكان صدور حكم فيها لغير مستعملها للقول بأنها لا تحقق مصلحة لصاحبها . والمصلحة الأكيدة الذاتية التي تحققها هي أنها الوسيلة الأساسية

---

(٢٨٥) أستاذنا الدكتور فتحى والى ، الوسيط بند ٢٨١ م ص ـ ٥٤٧ .

(٢٨٥ م) وهذا النقد أساسه أن الحق في الدعوى يتميز عن مجرد الحق في الحصول على حكم في موضوع الدعوى . ونحن نرى أن الحق في الحصول على حكم في موضوع هو حق الدعوى بالمدلول الضيق . وهى وجهة النظر التي أخذ بها قانون المرافعات الفرنسي الجديد .

(٢٨٦) نبيل عمر ، الطعن بالاستئناف ، بند ١٤٨ ص ٢٠٣ .

لطرح المزاعم أمام القضاء طالما أن المشرع قد منع الفرد من اقتضاء حقه بنفسه .

ب ـ أن اعتبار الدعوى سلطة يعني الخلط بينها وبين حق الالتجاء إلى القضاء وذلك إذا كان المقصود بالسلطة معناها المعروف لدى فقهاء القانون العام وكونها عامة وموضوعية ، أما الحديث عن السلطة لدى «كيوفندا» و «كارنيلوتى» فليس المقصود به معناها لدى فقهاء القانون العام ، لأنها تتحلل ـ لديهما ـ إلى حق شخصى . ولا أدل على ذلك من أن «كارنيلوتى» استعمل لفظ السلطة ولكن الدعوى ترتكز لديه على مفاهيم شخصية بحتة[٢٨٧] ومعنى ذلك أن النقد المبنى على الخلط بين الدعوى وحق الالتجاء إلى القضاء في غير محله ، خاصة وأن هذا الرأي يرى ـ كفقهاء القانون العام ـ أن الدعوى مركز موضوعي[٢٨٨] .

جـ ـ أن اعتبار مركز الدعوى هو امكانية صدور حكم في الموضوع[٢٨٩] يعني انكار الدعوى في كل حالة لا يصدر فيها حكم في الموضوع . ولا يمكن لهذا الرأي أن يفسر الحالات التي يحكم فيها بعدم القبول دون صدور حكم في الموضوع . ويصعب التسليم بأن المدعي لم يباشر حق الدعوى في هذه الحالات .

د ـ أن المدعي يملك سلطة تمكنه قانونا من اجبار القاضي على اصدار حكم في الطلب المقدم منه استعمالا لحق الدعوى ، سواء صدر هذا الحكم في مسألة وجود حق الدعوى (قبول الطلب) أو في موضوع الدعوى (محل الطلب القضائي أي الادعاء)[٢٩٠] . وسوف نزيد هذه المسألة ايضاحا فيما بعد .

---

(٢٨٧) «فزيوز» ، دراسات ، ص ١٤٢ الهامش .

(٢٨٨) وجدي راغب ، العمل القضائي ، ص ٤٨٧ .

(٢٨٦) وهي وجهة النظر التي أخذ بها قانون المرافعات الفرنسي الجديد . وسوف نشرح هذه المسألة وموقف الفقه ازائها في المطلب القادم .

(٢٩٠) «بيير روبينو» ، المرجع السابق ص ٦٧ .

والخلاصة فيما نرى أن الدعوى تحقق لصاحبها مصلحة ذاتية ، كما تخول صاحبها سلطة حقيقية ، ومن ثم فهي حق في جوهرها . أما طبيعة هذا الحق فهو أنه حق شخصي بلا شك ولا يتصور أن يكون عينيا[٢٩١] . وسوف نلقى مزيدا من الضوء على طبيعة الدعوى عند بيان الرأي الذي نرجحه في ختام هذا المبحث .

هـ ـ أن تأييد الرأي القائل بأن القضاء ليس التزاما على الدولة ، أمر لا نؤيده ، لأن الدولة منعت الفرد من أخذ حقه بيده ، لذلك فإنه أصبح لزاما عليها أن تهيىء للفرد الوسيلة التي يحمي بها حقه .

الفـرع الثانـى
تقييم الاتجاه الذي يعتبر الدعوى حقا شخصيا مع الاختلاف في تحديد الطرف السلبي في هذا الحق

١ ـ مشكلة تحديد الطرف السلبي في الدعوى كحق شخصي :

يتفق أنصار الاتجاه القائل بأن الدعوى حق شخصي في استقلال هذا الحق عن الحق الموضوعي . ولكنهم كما اختلفوا حول مدى صلة هذا الحق بالحق الموضوعي ، فقد اختلفوا حول تحديد الطرف السلبي في هذا الحق ، وذلك على النحو الآتي :

(أ) الدعوى حق شخصي ليس له طرف سلبي يلتزم بأداء معين :

يرى أنصار هذا الآتجاه[٢٩٢] أن حق الدعوى من الحقوق الارادية droits

(٢٩١) ومع ذلك فقد ذهب البعض (انفريا) إلى ذلك . مشار اليه في وجدي راغب ، العمل القضائي ، ص ٤٨٢ هامش ٢ .

(٢٩٢) من أنصار هذا الاتجاه «كيوفندا» مشار اليه ، ومن مؤيدي هذا الاتجاه في الفقه المصري ، نبيل عمر ، الطعن بالاستئناف بند ١٥٣ ص ٢١١ ، ٢١٢ . ومن الفقهاء الايطاليين الآخرين من وردت أسمائهم في : وجدي راغب ، العمل القضائي ، ص ٤٨١ هامش ١ .

potestatifs التي لا ترتب في ذمة الغير التزامات معينة وإنما مجرد أعباء charges تتمثل في مجرد الخضوع لآثار هذا الحق .

(ب) الدعوى حق شخصي في مواجهة المدعى عليه :

يرى أنصار هذا الاتجاه أن الطرف السلبي في حق الدعوى كحق شخصي هو المدعى عليه شخصيا . ويرى البعض أن المدعى عليه هو الطرف السلبي بشكل مباشر[٢٩٣] ، بينما يرى البعض الآخر أنه طرف سلبي بشكل غير مباشر[٢٩٤] .

(جـ) ـ الدعوى حق شخصي طرفه السلبي هو الدولة :

يعتبر بعض الفقهاء أن الدعوى حق شخصي طرفه السلبي هو الدولة لأن الدولة قد منعت الاقتضاء الذاتي للحق ، فأصبح لزاما عليها ايصال الحقوق لمستحقيها ، وضمان الحماية القانونية للحقوق باعتبار أن ذلك التزاما عليها يقابله حق للفرد هو حق الدعوى . ويسود هذا الاتجاه لدى الفقهاء الألمان[٢٩٥] . ولدى بعض فقهاء الاجراءات الايطاليين[٢٩٦] .

(د) الدعوى حق شخصي طرفه السلبي هو القاضي :

يتجه بعض أنصار اتجاه اعتبار الدعوى حقا شخصيا إلى أن الطرف

---

(٢٩٣) «جلاسون وتيسيه وموريل» جـ ١ بند ١٧٢ ، ١٧٣ ، ص ٤٢٣ ـ ٤٢٧ ، فتحى والى ، الوسيط ، بند ٢٧ ص ٥٨ . وابراهيم سعد جـ ١ بند ٤٤ ص ١٢٩ .

(٢٩٤) الفقيه الألماني «موزارا» مشار اليه في : وجدي راغب ، العمل القضائي ، ص ٤٦٥ وهامش ١ من نفس الصحيفة ، حيث يعتبر هذا الفقيه أن الطرف السلبي المباشر هو الدولة . و «كورنى» و «فوييه» حيث يريان أن الطرف السلبي في هذا الحق هما المدعى عليه والقاضي ، المرجع السابق ص ٢٧٥ .

(٢٩٥) من أنصار هذا الاتجاه «موزارا» و «فاخ» مشار اليهما في : وجدي راغب العمل القضائي ص ٤٦٥ .

(٢٩٦) من هؤلاء الفقهاء «أجوروكو» المطول جـ ١ ، ص ٢٣٩ ـ ٢٥٩ ، و «يايجر» القانون الاجرائي ، بند ٣٤ ، ص ٩٢ ، ٩٦ مشار اليهما في وجدي راغب ، العمل القضائي ، ص ٤٧١ ، ص ٤٧٦

السلبي في هذا الحق ، هو القاضي فالدعوى حق في مواجهة القاضي contre le juge ويسود هذا الاتجاه في الفقهين الايطالي[٢٩٧] والفرنسي[٢٩٨] الحديث . وحجة هذا الاتجاه الأساسية أن القاضي موظف معين من قبل الدولة وأنه ملزم بالفصل في النزاع والا عد منكرا للعدالة . كما قدم حججا أخرى سوف نشير اليها عند الرد على الانتقادات التي وجهت إلى هذا الرأي .

٢ ـ نقد الآراء المختلفة في تحديد الطرف السلبي في حق الدعوى :

(أ) انتقدت النظرية التي ترى أن الدعوى حق ارادي بأنه من غير المتصور وجود حق شخصي لا يتقرر في مواجهة طرف سلبي لهذا الحق[٢٩٩] ومن جهة أخرى فان وجود المدعي عليه في حالة خضوع لا يعني أنه يخضع للمدعي ولكنه يخضع لسلطة الأمر التي تملكها الدولة عند مباشرة سلطاتها ومنها سلطة القضاء[٣٠٠] . وأخيرا فأن نظرية الحقوق المنشئة أو الارادية لا تقرر حق الدعوى الا بالنسبة لصاحب الحق الموضوعي ، ولا تمنح المطالبة القضائية الا له . ولا يتفق مثل هذا التصوير مع حقائق القانون الاجرائي[٣٠١] .

(ب) انتقدت الآراء التي ترى أن الدعوى حق شخصي في مواجهة المدعي عليه ، وذلك لأن المدعي عليه ليس مجبرا على الحضور أمام القضاء للدفاع عن مصالحه وكل ما عليه هو عبء اجرائي شأنه شأنُ المدعي ، كما أن هناك دعاوي لا يوجد فيها مدعي أصلا كما في حالة الطعن بالنقض لمصلحة

---

(٢٩٧) «كارنيلوتى» ـ سبقت الاشارة اليه تفصيلا ، و «ليبارى» و «بايجر» مشار اليهما في : وجدي راغب ، العمل القضائي ، ص ٤٦٨ ، ص ٤٧٦ . وقد أخذ «كيوفندا» بهذه الوجهة من النظر في أحد مؤلفاته (نظم ، بند ١٨ ص ٤٩ ، ٥٠) حيث اعتبر أن المطالبة القضائية تنشىء رابطة اجرائية متميزة عن الدعوى مضمونها واجب القاضي في اصدار حكم سواء لصالح المدعي أو لغير صالحه . انظر وجدي راغب ، العمل القضائي ، ص ٤٧٠ .

(٢٩٨) «موتولسكى» ، و «لورانس بوى» ، و «بيير روبينو» سبقت الاشارة اليهم .

(٢٩٩) «فزيوز» ، دراسات ص ١٤٠ الهامش .

(٣٠٠) وجدي راغب ، العمل القضائي ص ٤٨١ ، والمراجع الايطالية المشار اليها في ص ٤٨١ هامش ٢ .

(٣٠١) وجدي راغب ، المرجع السابق ص ٤٧٠ .

القانون[٣٠٢] .

ومن جهة أخرى فأن الأخذ بهذا الاتجاه يعني أن الطرف السلبي في الدعوى هو دائما الطرف السلبي في الحق الموضوعي ، وهو ما يعني عدم التمييز بين الحق الموضوعي والدعوى . وأخيرا فأن تحديد الطرف السلبى في الدعوى أمر لا يمكن التيقن منه الا عندما تنقضي الدعوى بصدور الحكم ولذا لا يمكن تصوير لمدعي عليه كطرف سلبي ابتداءً[٣٠٣] . وإذا اعتبر طرفا سلبيا ابتداء فأنه لا يبقى كذلك منذ وصول الاعلان عليه ويمكن أن يكون طرفا ايجابيا من وجهة نظر القانون الاجرائي[٣٠٤] .

(جـ) انتقدت الآراء التي ترى أن الطرف السلبي في حق الدعوى هو الدولة على أساس أن الدولة تباشر مظهرا من مظاهر سلطاتها عند أداء العمل القضائي ، ولذلك لا يجب النزول بها من مركزها الفوقي واعتبارها في مستوى الأفراد بحيث تلتزم بارداتهم[٣٠٥] . ومن جهة أخرى فان الحماية القانونية ليست ـ في رأي البعض ـ التزاما على الدولة قبل الفرد بل هي حق أو سلطة للدولة ذاتها[٣٠٦] . وأخيرا فأن اعتبار الدولة هي الطرف السلبي في هذا الحق أمر مصطنع في رأي البعض[٣٠٧] .

(د) انتقدت الآراء التي ترى أن الطرف السلبي هو القاضي (أولا) لأن هذا التصوير يؤدي إلى ارباك سير مرفق القضاء ، لأنه يجبر القاضي على ممارسة سلطاته ويحد من هذه السلطات . (وثانيا) لأن هذا القول يدفع القانون إلى تنظيم تنازع المصالح بين القاضي من جهة والمتقاضين من جهة أخرى[٣٠٨] .

(٣٠٢) «فنسان وسيرج» ، المرجع السابق بند ١٨ ص ٤١ .

(٣٠٣) وجدي راغب ، العمل القضائي ، ص ٤٨٠ .

(٣٠٤) «فنسان وسيرج» ، الاشارة السابقة .

(٣٠٥) وجدي راغب ، المرجع السابق ، ص ٤٧٩ .

(٣٠٦) «كيوفندا» الدعوى ، بند ٧ ص ١٤ ، مشار اليه في : وجدي راغب ، ص ٤٦٩ ، ولا يخفى ضعف هذا الرأي .

(٣٠٧) «فنسان وسيرج» الاشارة السابقة

(٣٠٨) «فزيوز» دراسات ص ١٤٢ الهامش .

(ثالثا) لأن ارادة القاضي تتقيد بالقواعد التي تحكم المرفق العام ، لا بارادة الخصم الآخر ، فالقاضي باعتباره موظفا يلتزم بالواجبات ويباشر سلطاته من هذا المنطلق . وكل ذلك في مواجهة الدولة لا الأفراد[٣٠٩] . (رابعا) لأن هذه الآراء تعني اعتماد نظرية الحقوق الشخصية للرعايا في مواجهة السلطات العامة[٣١٠] .

٣ ـ الرد على الانتقادات الموجهة للنظرية التي ترى أن الدعوى حق شخصي في مواجهة القاضي :

(أ) رأى البعض أن اعتبار الدعوى حق شخصي في مواجهة القاضي يعني اعتماد نظرية الحقوق الشخصية للرعايا . والواقع أن هذا النقد كما يرى «موتولسكى» بحق في غير محله . لأن هذا النقد يقوم على فكرة مؤداها أن عمل المحاكم ينحصر في تطبيق القانون الاداري ، وكأن المحاكم ليس لها من وظيفة سوى نظر دعوى تجاوز السلطة . ومن ثم فأن هذا النقد ينكر خصوصية المنازعة القضائية التي تقوم بين أفراد عاديين ، ويتغافل هذا النقد طبيعة الاجراءات المدنية وكونها خليطا من عناصر القانون الخاص وعناصر القانون العام . ومن جهة أخرى فأن المركز القانوني الناتج عن الدعوى يختلف تماما عن المركز الناتج عن نظرية الحقوق الشخصية للرعايا التي تمنح الفرد كعضو في المجتمع بعض المزايا[٣١١] .

(ب) يرى البعض أن القاضي يلتزم بالقيام بأعمال وظيفته قبل الدولة لا قبل الأفراد ويباشر القاضي سلطاته ويقع عليه واجبات باعتباره عضوا في التنظيم العام للدولة وليس بصفته الشخصية[٣١٢] . ويرد على هذا الرأي بأنه

---

(٣٠٩) فتحى والى ، الوسيط ، بند ١٩٢ ص ٣٤٤ ، وجدي راغب في العمل القضائي ، ص ٤٨٠ .

(٣١٠) «فزيوز» الاشارة السابقة .

(٣١١) «موتولسكى» ، الحق الشخصي والدعوى ، كتابات ، ص ٩٩ .

(٣١٢) وجدي راغب ، العمل القضائي ص ٤٨٠ ، وفتحى والى ، الوسيط بند ص وابراهيم سعد ، بند ٤٤ ص ١٢٩ ونبيل عمر ، الطعن بالاستئناف ص ٢١١ .

ذكر بشكل صحيح علاقة القاضي بالدولة ، ولكنه تغافل تماما علاقة القاضي بالفرد . وهي علاقة نظمها القانون الوضعي على ما سنبينه في الفقرة القادمة .

(جـ) يلزم القانون الوضعي القاضي بأن يحكم في الدعوى وإلا عد منكرا للعدالة (م ١٢٢ عقوبات مصرى ، م ٥٠٦ مرافعات فرنسي قديم)[٣١٣] . كما ينظم القانون الوضعي دعوى مخاصمة القضاة (م ٤٩٤ مرافعات مصري ، م ٥٠٥ ـ ٥١٦ مرافعات فرنسي قديم[٣١٤] ويترتب عليها مسئولية القاضي على أساس قواعد المسئولية التقصيرية[٣١٥] . ويعين القاضي في القانون الفرنسي[٣١٦] والمصري والكويتي ولا تأخذ هذه القوانين بنظام انتخاب القضاه . ويؤكد ما سبق أن الدعوى في حقيقتها هي حق شخصي في مواجهة القاضي لأن الواجبات المفروضة على القاضي تستهدف تحقيق صالح الجماعة ولكنها تستهدف أيضا تحقيق صالح الأفراد .

وقد اعتنق قانون المرافعات الفرنسي الجديد هذه الوجهة من النظر وسوف نعرض للوضع في هذا القانون ووجهة نظرنا في هذه المسألة في المطلب القادم .

المطلب الرابع
فكرة الدعوى في قانون المرافعات الفرنسي، الجديد ورأينا في طبيعة الدعوى

نعرض في هذا المطلب فكرة الدعوى في قانون المرافعات الفرنسي الجديد وهو ما نفرد له الفرع الأول ، أما الفرع الثاني فسوف نعرض فيه لرأينا فى طبيعة الدعوى .

---

(٣١٣) «سوليس وبيرو» جـ ١ بند ٩٥ ص ٩٦ .

(٣١٤) لا تزال هذه المادة سارية في ظل القانون الجديد .

(٣١٥) «موتولسكى» ، الاشارة السابقة .

(٣١٦) «لورانس بوى» المقال السابق ، فقرة ٢٦ .

الفـرع الأول
الدعوى كحق شخصي في قانون المرافعات الفرنسي الجديد

١ ـ لمحة تاريخية :

عند اعداد مشروع قانون المرافعات الفرنسي الملغى (مجموعة ١٨٠٦) . حاولت محكمة النقض الفرنسية وبعض المحاكم الأخرى ادراج بعض النصوص التي تتعلق بنظرية الدعوى في فصل خاص لابراز بعض المبادىء التي تحكمها في التشريع[٣١٧] . وقد رفضت هذه المحاولة على أساس تعلق الأمر بمسائل فقهية لا ينبغي أن تجد لها مكانا في التشريع الاجرائي لذلك كان البحث عن نظرية عامة للدعوى في التشريع الاجرائى الملغى أمرا لا جدوى منه .

٢ ـ تعريف الدعوى في قانون المرافعات الفرنسي الجديد وملاحظات جوهرية على التعريف :

تولى المشرع الفرنسي ـ على غير عادته ـ ايراد تعريف للدعوى وحسم بذلك الخلاف الطويل حول تحديد طبيعة الدعوى[٣١٩] . وقد ورد هذا التعريف في المادة ٣٠ من قانون المرافعات الجديد التي تصدرت الباب الثاني .

وطبقا للنص المشار اليه فأن الدعوى هي حق droit مقدم الادعاء prétention في أن يسمع القاضى موضوع fond هذا الادعاء ، حتى يقول

---

(٣١٧) وكان الاقتراح منصبا على أن يقتصر اصطلاح الدعوى على الحق في ملاحقة الخصم أمام القضاء droit de poursuites ، أما مباشرة حق الدعوى فيطلق عليه اصطلاح الطلب أمام القضاء demande en justice ولما رفض الاقتراح صدرت الأعمال التحضيرية لهذا القانون دون أن تتضمن تعريفاً أو توضيحا لفكرة الدعوى . أنظر «سوليس وبيرو» جـ ١ ، بند ٩١ ص ٩٤ .

(٣١٨) «بيرو» محاضرات ١٩٧٦ / ١٩٧٧ ص ٣٦ .

(٣١٩) وكان قد سبق ايراد هذا التعريف في المادة الثانية من مرسوم ٧٢ ـ ٦٨٤ في ١٩٧٢/٧/٢٠ . ثم أعاد المشرع النص على هذا التعريف في قانون المرافعات .

القاضي كلمته بشأن هذا الادعاء ، وما إذا كان مؤسسا أو غير مؤسس ، وبالنسبة للخصم فالدعوى هي الحق في مناقشة مدى حسن تأسيس bein-fonde هذا الادعاء[٣٢٠]

ويلاحظ على هذا النص الملاحظات الجوهرية الآتية :

أ ـ أن المشرع الفرنسي قد رفض بشكل قاطع النظرية التقليدية التي خلطت بين الحق الموضوعي والدعوى[٣٢١] .

ب ـ أن المشرع الفرنسي قد كيّف الدعوى باعتبارها حقا droit وليس باعتبارها سلطة pouvoir كما كان يقال سابقا[٣٢٢] .

جـ ـ أن الدعوى حق لمقدم الادعاء في أن يطرح ادعاؤه ويلزم القاضي بالفصل في موضوعه ، وهي في ذات الوقت حق للخصم الآخر في ان يناقش حسن تأسيس هذا الادعاء . وهكذا فأنه يوجد حق دعوى بالنظر إلى المدعي (مثلا) droit d'action vu du côté du demandeur وحق دعوى بالنظر إلى المدعى عليه droit d'action vu du côté du défendeur.[٣٢٣]

د ـ أن المشرع الفرنسي تعمد عدم ايراد لفظي المدعي والمدعي عليه في تعريف الدعوى واستعمل اصطلاحى صاحب الادعاء والخصم ، وذلك حتى ينصرف اللفظ الى كل شخص ملتزم في علاقة اجرائية[٣٢٤] كالمدعي والمدعى

---

(٣٢٠) ويجري نص م ٣٠ مرافعات فرنسي على النحو الآتي :

"L'action est le **droit,** pour l'auteur d'une prétention d être etendu sur le fond de celle-ci afin que le juge la dise bien ou mal fondée. pour l'adversaire, l'action est le **droit** de discuter le bien-fondé de cette prétention".

(٣٢١) "Y. Lobin. Action en justice. juris-class procéd-civile. Fasicule 126-1979. وقد أورد العبارة الآتية في ص ٢ فقرة ٧ .

"Le législateur a condammé définitivement la théorie qui confondait l'action et le droit subtantiel déduit en justice".

وانظر أيضا «جيرار كوشيز» بند ١٤٩ ص ٩١ .

(٣٢٢) «لوبين» الاشارة السابقة .

(٣٢٣) «جيرار كوشيز» الاشارة السابقة .

(٣٢٤) impliqué dans une ralation processuelle.

عليه والمستأنف والمستأنف عليه والخصم الأصلي والمتدخل الذي يتوافر في أي منهم شرط المصلحة[٣٢٥] .

هـ ـ أن المشرع الفرنسي قد حسم الخلاف الذي ثار حول تحديد الطرف السلبي في هذا الحق وذلك بالنص على الزام القاضي بالفصل في الادعاء (أي محل الطلب القضائي ، وليس مجرد المزاعم) . ويترتب على اعتبار القاضي طرفا سلبيا تمييز الدعوى كطريق للالتجاء للسلطة القضائية يتميز عن غيره من طرق الالتجاء ذات الطابع الاداري كالالتجاء إلى السلطات الادارية[٣٢٦] حيث يمكن لهذه السلطات اتخاذ موقف سلبي من الادعاءات .

و ـ أن الدعوى من وجهة نظر المشرع الفرنسي هي حق في الزام القاضي بسماع موضوع الادعاء تمهيدا للفصل فيه بحكم يتمتع بحجية الشيء المحكوم فيه . ولا يلتزم القاضي بالفصل في الموضوع الا عند مباشرة حق الدعوى . وهنا ما يميز الدعوى عن غيرها من الوسائل الأخرى للالتجاء إلى القضاء التي يلتزم القاضي بنظرها ولكنه لا يلتزم بالفصل في موضوعها كالأوامر على العرائض[٣٢٧] .

٣ ـ التنظيم التشريعي للدعوى في القانون الفرنسي الجديد :

اعتبر المشرع الفرنسي الدعوى حقا . ومن ثم فقد عالج شروط وجود هذا الحق وهي المصلحة والصفة في ذات الباب الذي عالج فيه الدعوى[٣٢٨] ثم عالج في ذات الباب قواعد التعسف في هذا الحق (م ٣٢ ـ ١) مقررا الغرامة

---

(٣٢٥) «فنسان وسيرج» بند ١٨ ص ٤١ .

(٣٢٦) «بيرو» محاضرات طبعة ١٩٧٦ / ١٩٧٧ جـ ١ ص ٣٥ .

(٣٢٧) «بيرو» ، المرجع السابق ص ٣٥ ، ٣٦ .

(٣٢٨) «فنسان وسيرج» بند ص ٤٤ . وقد عبرا عن شروط الوجود بتعبير آخر وهو شروط مباشرة الدعوى . وقد اعتبر «بيرو» محاضرات ١٩٧٦ / ١٩٧٧ جـ ١ ص ٧٣ هذه الشروط بشروط وجود الحق في الدعوى وفي نفس المعنى «جيرار كوشيز» بند ١٥١ ص ٩١ . وسوف نشرح هذه المسألة تفصيلا في البحث الذي سنتناول فيه النتائج التي تترتب على اعتبار الدعوى حقا .

المدنية لمن يتعسف في استعمال هذا الحق[٣٢٩] .

وعلى الرغم من سلامة التنظيم السابق ، فأن المشرع الفرنسي لم يورد باقي القواعد التي تحكم انتقال حق الدعوى وحوالته وانقضاءه .

ومن ناحية أخرى فقد حرص المشرع الفرنسي على التمييز بين الدعوى ، وبين النظم الاجرائية الأخرى التي قد تشتبه بها كالطلب والخصومة وغيرها على ما سنوضحه في بحث آخر .

٤ ـ موقف الفقه الفرنسي من فكرة الدعوى في قانون المرافعات الفرنسي الجديد :

اعتمد المشرع الفرنسي وجهة نظر «موتولسكى» في تحديد طبيعة الدعوى واعتبارها حقا شخصيا في مواجهة القاضي . ولم يرق هذا لبعض الفقهاء الذين استمروا في استعمال ذات المصطلحات التي عرّفوا بها الدعوى قبل صدور مرسوم قانون ١٩٧٢ وقانون المرافعات الجديد . فيرى الفقيه «بيرو» أن الدعوى سلطة قانونية pouvoir légale[٣٣٠] . ولا زال الفقيه «فنسان» ـ في مؤلفه الأخير مع «سيرج»[٣٣١] ـ يعتبر الدعوى سلطة pouvoir وحرية liberté ورخصة faculté . وقد انتقد «فنسان وسيرج» موقف القانون الفرنسي لما يلي[٣٣٢] .

أ ـ أن اعتبار الدعوى حق شخصي يقتضي تحديد الطرف السلبي في هذا الحق ، ومن الصعب اعتبار المدعى عليه هذا الطرف لأنه ليس مجبرا على الحضور دفاعا عن نفسه ، ولأن ثمة دعاوى لا يوجد بها مدعى عليه كما في حالة الطعن بالنقض لمصلحة القانون . كما لا يمكن التسليم باعتبار الدولة

---

(٣٢٩) انظر تعليقا لنا على حكم لمحكمة التمييز الكويتية منشور في مجلة المحامي الكويتية يوليو سبتمبر ١٩٨٥ عن التعسف الذي يرد على حق الدعوى وهو أيضا أحد النتائج التي تترتب على اعتبار الدعوى حقا .

(٣٣٠) واعتبار الدعوى سلطة قانونية يعنى في الواقع أنها حق . وقد وصف «فنسان» هذه السلطة أيضا بأنها سلطة قانونية (فنسان وسيرج) بند ١٩ ص ٤٢ .

(٣٣١) وهي ذات الفكرة التي اعتنقها «فنسان» في الطبعة التاسعة عشر ١٩٧٨ .

(٣٣٢) «فنسان وسيرج» بند ١٨ ص ٤١ .

طرفا سلبيا لأن هذا أمر مصطنع ، كذلك لا يعتبر القاضي طرفا سلبيا لأن التزاماته في مواجهة الأفراد هي التزامات وظيفية[٣٣٣] .

ب ـ أن المشرع استعمل لفظ «ادعاء» عند تعريف الدعوى ، وأنه كان من الأصوب أن يستعمل اصطلاح «طلب» لأنه أكثر انضباطا .

جـ ـ لا ينبغي تحديد نطاق الدعوى بحالة اصدار حكم في الموضوع ، لأن تحديد فكرة الموضوع fond ليس أمرا يسيرا في قانون القضاء المدني ، ولأن موضوع القضية le fond de procés ـ فيما يتعلق بالنزاع[٣٣٤] ـ يمكن أن يعني مسألة موضوعية بالمعنى العام للاصطلاح (بطلان عقد لعيب في الرضا) ، ويمكن أن يعني مسألة شكل (عدم اشهار مراسم زواج في القانون الفرنسي)[٣٣٥] .

واتساقا مع الفكر الذي اعتنقه «فنسان» فقد عرّف الدعوى بأنها «سلطة يعترف بها للأفراد يستطيعون بمقتضاها الحصول على احترام حقوقهم ومصالحهم المشروعة»[٣٣٦] .

---

(٣٣٣) «فنسان وسيرج» بند ٣٤٦ ص ٣٦٨ وقد وصفا هذه الالتزامات بالآتي :
"obligations fonctionnelles".

(٣٣٤) وقد وردت هذه العبارة في ص ٤٢ (الهامش) كما يلي :
"le fond du procés, en ce qui concerne un litig".

(٣٣٥) انظر في شرح مصطلح fond المرجع الآتي :
Raymond MARTIN et Jean VINCENT. Lexique de termes juridiques 1974. p 168.

(٣٣٦) «فنسان وسيرج» بند ١٨ ص ٣٩ . وفي نفس التعريف ، أبو الوفا ، المرافعات ، بند ٩٠ ص ١٠٢ . وقد أخذ في موضع آخر (بند ٩٥ ص ١٠٧) بتعريف آخر حيث اعتبر الدعوى هي «سلطة الوصول إلى احترام القانون» أو أنها« حماية لقاعدة مقررة في القانون» . وهو بذلك يعتنق فكر فقهاء القانون العام الذي يرى أن الدعوى وسيلة لحماية الشرعية المجردة . ويقتضي هذا الاتجاه الفصل المطلق بين الدعوى والحق بل وانكار الحق أحيانا . ولكن سيادته يرى ـ مع ذلك ـ أن الدعوى جزء لا يتجزأ من الحق ! . والأخذ بالفكرة الأخيرة يقتضى منطقا الربط بين الدعوى والحق عند تعريف الدعوى . ولكنه ينتقد في ذات الموضع ما درج عليه الفقه من أن الدعوى هي سلطة الالتجاء إلى القضاء بقصد الحصول

٥ ـ الرد على انتقادات «فنسان» :

نعتقد أن الحجج التي قدمها «فنسان» يمكن الرد عليها بما يلي :

أ ـ أن تحديد الطرف السلبي في الدعوى كحق شخصي ليس مشكلة وأن هذا الحق يتقرر في مواجهة القاضي . وليست التزاماته مجرد التزامات وظيفية لأنه يسأل في مواجهة الأفراد بناء على قواعد المسئولية التقصيرية في حالة انكار العدالة ، وفي حالة تحقق سبب من أسباب المخاصمة ، وفي حالات الرد .

ب ـ أن المشرع الفرنسي كان على صواب عندما استعمل لفظ «الادعاء» بدلا من «الطلب» لأن ما يفصل فيه القاضي فعلا هو عنصر معين من عناصر الطلب وهو عنصر المحل[٣٣٧] . وهذا الادعاء هو جوهر الطلب القضائي وأهم أركانه .

جـ ـ وصف «فنسان» الموضوع بأنه أمر يصعب تحديده ، ثم استعمل مع ذلك اصطلاحا أكثر غموضا وغرابة وهو «موضوع القضية فيما يتعلق بالنزاع» وهو اصطلاح ينطوي على خلط بين المصطلحات الفنية . ومن جهة أخرى فأن هذا الرأي يعتبر الموضوع هو الحق الموضوعي المطلوب تقريره . وهذا ليس صحيحا لأن القاضي اذا رفض الادعاء شكلا فأنه يكون قد فصل في الادعاء : ومع ذلك كان من الأصوب ـ في اعتقادنا ـ ألا يورد المشرع الفرنسي كلمة fond في تعريف الدعوى اكتفاء بالقول بنظر الادعاء .

د ـ وصف «فنسان» الدعوى ـ عند تعريفها ـ بأنها حرية ورخصة . ومعنى الحرية أن مجرد خسارة الدعوى لا يسبب بذاته مسئولية من باشر

= على تقرير حق أو حمايته،وحجته ـ التي لا نسلم بها ـ أن ذلك لا يستقيم مع اعتبار الدعوى جزء لا يتجزأ من الحق ، رغم أن هذا التعريف أقرب إلى فكرته في الربط بين الدعوى والحق ولكنه لا يستقيم في ذات الوقت مع اعتباره الدعوى وسيلة لاحترام القانون . وهكذا اعتمد تعريفان للدعوى يستحيل التوفيق بينهما من الناحية التأصيلية .

(٣٣٧) انظر ما يلي في البحث المنشور بمجلة المحامى الكويتية ديسمبر ١٩٨٥ حيث تضمن التمييز بين الدعوى والادعاء .

الدعوى . ومعنى الرخصة أن صاحب الدعوى ليس مجبرا على مباشرتها[٣٣٨] ونعتقد أن الرخصة والحرية مسألتان لا تتعلقان بطبيعة الدعوى ولكن بمباشرتها . فليس ثمة ما يمنع من أن تكون الدعوى حقا شخصيا من حيث طبيعتها ، وحرية ورخصة من حيث استعمالها . فالدعوى حق شخصي يكون لصاحبه أن يستعمله أو لا يستعمله (الرخصة» وهي حق لا يرتب مسئولية على من يخفق في استعماله طالما لم يتعسف في الاستعمال[٣٣٩] . وتتصل المسألتان الأخيرتان (الرخصة والحرية) باستعمال الدعوى بعد تحديد طبيعتها وكونها حقا شخصيا وليست سلطة كما يذهب اليه «فنسان» وبعض الفقهاء .

وبعد عرض الآراء المختلفة في تحديد طبيعة الدعوى نعرض في الفرع القادم للرأي الذي نرجحه في تحديد طبيعة الدعوى .

الفـرع الثانـي
الرأي المختار في تحديد طبيعة الدعوى
الدعوى حق شخصي اجرائي

١ ـ التصورات الثلاث الأساسية في تحديد طبيعة الدعوى :

يتضح من استعراض الاتجاهات السابقة أن ثمة اتجاهين أساسيين في تحديد طبيعة الدعوى أحدهما موضوعي يرى الدعوى كسلطة ، والآخر شخصي يرى الدعوى كحق شخصي ، وبجانبهما اتجاه ثالث لا يرى الدعوى كسلطة أو كحق وإنما يعتبرها مركزا قانونيا .

وقد تأثر فقهاء القانون العام بالفكرة الأولى ، حيث أسبغوا الطابع الموضوعي على الدعوى مدفوعين في ذلك بالرغبة في التوسع في قبول دعوى الالغاء بحيث تصبح هذه الدعوى كالدعاوي الشعبية أو دعاوي الحسبة . وقد

---

(٣٣٨) انظر ما سيلي في بحث لنا عن النتائج التي تترتب على اعتبار الدعوى حقا .

(٣٣٩) انظر بحثا لنا بعنوان التعسف في استعمال حق الدعوى صوره ومعياره منشور بمجلة المحامي الكويتية يوليو ١٩٨٥ .

أنكر معظم هؤلاء الفقهاء ـ وعلى رأسهم «ديجى» ـ فكرة الحقوق الشخصية لصالح فكرة المراكز[٣٤٠] . وقد وصل الفقيه «كلسن» Kelsn إلى نفس النتيجة وان استخدم استدلالا مختلفا ، حيث ارتأى أنه لا يوجد حق شخصى لفرد ، وإنما يوجد التزام قانوني على عاتق كل فرد يتقرر بناء على قاعدة norme ومضمونه احترام حقوق الآخرين[٣٤١] . وقد أكد فقهاء القانون العام على استقلال الدعوى عن الحق الموضوعي استقلالا تاما وكان لهم فضل السبق في تأكيد هذا الاستقلال . كما أنهم لم يميزوا بين الدعوى وما يسمى بحق الالتجاء إلى القضاء واعتبروهما شيئا واحدا .

وقد اتجه فقهاء القانون الخاص ، وفقهاء الاجراءات إلى إدانة فكرة اعتبار المنازعة الموضوعية هي الأصل في ميدان القانون الخاص . وقد تأثر هؤلاء الفقهاء بالفكر التقليدي الذي يرى أن للانسان حقوقا يكتسبها بالطبيعة ، وأن القانون ذاته ـ كما قال «روسو» ـ ليس سوى تعبيرا عن ارادة الأفراد . ومن ثم اتجه بعض فقهاء القانون الخاص وفقهاء القانون الاجرائي إلى اعتبار الدعوى حقا شخصيا . واختلف هؤلاء الفقهاء بعد ذلك في مدى صلة حق الدعوى بالحق الموضوعي ، فذهب البعض إلى الدمج بين الحقين ، وذهب البعض إلى الربط بينهما ، وظهر ذلك جليا في تعريفهم للدعوى ، بينما ذهب جانب ثالث إلى تجريد حق الدعوى وفصله تماما عن الحق الموضوعي . وقد اتجه الأغلب الأعم من هؤلاء الفقهاء إلى عدم اعتبار الحق الموضوعي شرطا لحق الدعوى ، بينما ذهبت فئة قليلة إلى اشتراط وجود الحق الموضوعي كشرط لوجود حق الدعوى . وقد اختلف أنصار هذا الاتجاه في مسألة تحديد الطرف السلبي في حق الدعوى ، وترددت آرائهم بين المدعى عليه والدولة والقاضي كطرف سلبي في هذا الحق . وذهب بعضهم إلى اعتبار هذا الحق حقا ارادياً لا يرتب التزامات في ذمة شخص آخر وإنما يرتب مجرد أعباء تتمثل في

---

(٣٤٠) «ديجى» القانون الدستوري ، مشار اليه ص ٣٠٥ .

(٣٤١) Kelsen. Theorie pur de droit 2 éd. traduction. c. Esiemann. Dalloz. 1962.

(٣٤٢) «سوليس وبيرو» جـ ١ بند ١٠٦ ص ١٠٧ .

الخضوع لصاحب الحق .

وقد ذهب أنصار الاتجاه الثالث إلى أن الدعوى ليست سلطة ولا حقا ولكنها مركزا قانونيا[٣٤٣] . وصوّر البعض مضمون هذا المركز بأنه ادعاء مطروح على القاضي للحصول على حكم في موضوع هذا الادعاء ، واعتبر أن مركز الدعوى هو قابليتها لأن تكون محلا للعمل القضائي[٣٤٤] .

٢ ـ تأييد الاتجاه الذي يرى الدعوى كحق شخصي :

ونحن نؤيد وجهة النظر التي قال بها «كيوفندا» و «كارنيلوتى» و «موتولسكى» وغيرهم[٣٤٥] . والتي يؤيدها في الفقه المصري أستاذنا الدكتور فتحى والى وجانب آخر[٣٤٦] . والتى تحدد طبيعة الدعوى باعتبارها حقا شخصيا . وذلك لأنه لا فائدة ترجى من إنكار الحقوق الشخصية التي يعترف بها القانون الوضعي . وإن كانت الدعوى تتميز عن غيرها من الحقوق الشخصية الأخرى في أن وجودها لا يتضمن انتقاصا من مزايا كان معترفا بها من قبل لحق آخر .

وإذا كنا نؤيد اعتبار الدعوى حقا ، فان ذلك يجب ألا يقترن بالمبالغة في المضمون الشخصي لهذا الحق ، بحيث يظهر هذا الحق كجوهر فرد atom منعزلا عن سائر الحقوق الأخرى . والدليل على ذلك أن المشرع الذي يمنح الحقوق الشخصية يستطيع أن يحدد نطاق هذا الحق بما يضعه من شروط يوسع أو يضيق بها نطاق حق الدعوى بشرط ألا يصل إلى المصادرة الكاملة لهذا الحق وحرمان الشخص من الالتجاء إلى القضاء . وفي كلمة فأننا نؤيد ما يقول به البعض[٣٤٧] بحق بأن الدعوى تؤدي دورها أولا لمصلحة الانسان كفرد يعيش في المجتمع ، أما دورها في تحقيق الشرعية المجردة فهي مسألة تأتي في المرتبة الثانية

---

(٣٤٣) «روبير» مشار اليه .

(٣٤٤) أستاذنا الدكتور وجدي راغب ، العمل القضائي ص ٤٨٥ ـ ٤٨٧ .

(٣٤٥) «لورانس بوى» ، و «بيير روبينو» مشار اليهما .

(٣٤٦) فتحى والى ، الوسيط بند ٢٧ ص ٥٨ وابراهيم سعد جـ ١ بند ٤٤ ص ١٢٩ .

(٣٤٧) «لورانس بوى» انعكاسات ، مشار اليه بند ٢٣ ص ٥٠٣ ، ٥٠٤ .

وبالنسبة لأطراف هذا الحق ، فأننا نؤيد وجهة النظر القائلة بأن القاضي هو الطرف السلبي في هذا الحق[٣٤٨] ، وهي وجهة النظر التي اعتمدها قانون المرافعات الفرنسي الجديد . وبذلك لا نؤيد الاتجاه الذي يرى بأن هذا الحق من الحقوق الارادية[٣٤٩] ، ولا نؤيد الرأي القائل بأن المدعى عليه هو الطرف السلبي في هذا الحق[٣٥٠] . والرأي الذي نرجحه نراه منطقيا تماما في ظل تنظيم قانوني يعين القضاة ولا يختارهم بالانتخاب ، ويرتب نظاما لردهم ومخاصمتهم ، ويلزمهم بالفصل في الخصومات والا عدوا مرتكبين جريمة انكار العدالة . وهو الوضع المقرر في القانون الفرنسي والمصري والكويتي حيث تنص م ١٢٢ عقوبات مصرى على أنه «إذا امتنع أحد القضاة عن الحكم يعاقب بالعزل وبغرامه لا تزيد على عشرين جنيها . ويعد ممتنعا عن الحكم كل قاضى أبى أو توقف عن إصدار حكم بعد تقديم طلب إليه في هذا الشأن بالشروط المبينه في قانون المرافعات المدنية والتجارية ، ولو احتج بعدم وجود نص في القانون ، أو بأن النص غير صريح أو بأي وجه آخر» . ومن جهة أخرى فأن الدعوى ليست حقا لصاحب الادعاء فحسب ولكنها ـ كما ذهب قانون المرافعات الفرنسي الجديد ـ حق أيضا للمدعى عليه في أن يفند ادعاءات خصمه . ومثل هذا التصوير الصحيح هو الذي يفسر التعسف في استعمال المدعى عليه لحق الدعوى . ولا يقتصر أطراف هذا الحق على المدعي والمدعى عليه بل يشمل أيضا المستأنف والمستأنف عليه والمتدخل . . . الخ .

وفيما يتعلق بمضمون هذا الحق فأننا نرى أن مضمونه هو طرح الادعاء

---

(٣٤٨) «كارنيلوتى» وغيره من الفقهاء الايطاليين المشار اليهم . و «موتولسكى ولورانس بوى وروبينو» في الفقه الفرنسي ، مشار اليهم .

(٣٤٩) عكس هذا «كيوفندا» والفقهاء الايطاليين المشار اليهم في مؤلف وجدي راغب ، العمل القضائي ص ٤٨١ هامش ١ ونبيل عمر ، الطعن بالاستئناف بند ١٥٣ ص ٢١١ ، ٢١٢ .

(٣٥٠) عكس هذا «جلاسون وتيسيه وموريل» جـ ١ بند ١٧٢ ، ١٧٣ وفتحى والى الوسيط بند ٢٧ ص ٥٨ وابراهيم سعد جـ ١ بند ٤٤ ص ١٢٩ .

بمدلوله الفني وهو محل الطلب القضائي[٣٥١] ـ وليس بمدلوله اللغوي[٣٥٢] ـ على القاضي . ويلتزم الأخير بأن يقول كلمته في مدى حسن تأسيس هذا الادعاء . ولذلك لا نرى أن مضمون هذا الحق يقتصر على حالة صدور حكم لصالح المدعي ولا صدور حكم في الموضوع[٣٥٣] . والفكرة التي نؤيدها والتي تجرد حق الدعوى عن الحق الموضوعي هي التي يأخذ بها قانون المرافعات الفرنسي الجديد . وانطلاقا من ذلك فإننا نرى أن طرح الادعاء لا يقترن بحماية الحق الموضوعي كما يرى جمهور الفقهاء في مصر[٣٥٤] لأنه يجب ـ في اعتقادنا ـ الفصل بين طبيعة الدعوى وبين وظائفها ، فحماية الحق المزعوم هو من وظائف الدعوى وليس له علاقة بطبيعتها .

وبالنسبة لما يقال من أن الدعوى رخصة وحرية ، فإن هذا القول لا يتعلق بطبيعة الدعوى وإنما يعلق باستعمالها . فالدعوى رخصة بمعنى أن لصاحب حق الدعوى استعمال هذا الحق أو عدم استعماله . والدعوى حرية بمعنى أن مجرد خسارة الدعوى لا ترتب مسئولية على الخاسر طالما لم يتعسف في استعمال حقه . وهذه أمور لا تتعلق بطبيعة حق الدعوى ، ولكن بمباشرة هذا الحق .

وحيث أن الدعوى حق فإنه يترتب على ذلك نتائج معينة وهي أن حق الدعوى ليس واجبا ، وأن له شروط وجود ، ويمكن أن يرد عليه التعسف

---

(٣٥١) انظر البحث المنشور في مجلة المحامي عدد ديسمبر ١٩٨٥ عن تحديد مدلول الادعاء .

(٣٥٢) عكس هذا أحمد مسلم ، أصول ، ص ٣٣٩ ، ٣٧٣ ، ووجدي راغب ، العمل القضائي ، ص ٤٥٣ .

(٣٥٣) عكس هذا وجدي راغب ص ٤٥٨ ـ ٤٦٠ .

(٣٥٤) واعتبار الدعوى وسيلة قضائية لحماية الحق نجدها لدى كل من محمد حامد فهمي ، المرافعات ، بند ٣٢٨ ص ٣٥٥ ، ومحمد عبد الوهاب العشماوي ، جـ ١ بند ٣٤٣ ص ٥٥٤ . ورمزي سيف ، الوسيط بند ٦٨ ص ٩٢ ، وأبو الوفا بند ٩٠ ص ١٠٢ ، ١٠٣ ، فتحى والى ، الوسيط بند ٢٥ ص ٥٧ ، أمينة النمر ، ص ١ ، محمد محمود ابراهيم ، الوجيز ص ٦٠٤ . أحمد صاوي ، بند ٧٤ ص ١٢٠ ، ابراهيم سعد جـ ١ بند ٤١ ص ١٢١ .

ويقبل التنازل والحوالة والانقضاء ، على ما سنفصله في بحث آخر .

وترتيبا على ما سبق فأنه لا ينبغي القول ـ في اعتقادنا ـ أن الدعوى ترفع أو تشطب أو تقبل[٣٥٥] فهذه أمور تتعلق بأفكار اجرائية أخرى على ما سنوضحه في بحث قادم .

٣ ـ الدعوى حق شخصى اجرائي :

تكمن أزمة الدعوى ـ في اعتقادنا ـ في محاولة البحث عن طبيعتها في ظل الفكر التقليدي الذي يقسم القانون إلى قانون خاص وعام ، ويحاول هذا الفكر رد الدعوى إلى احدى نظريات القانون الخاص أو القانون العام .

وحل أزمة الدعوى يبدأ بأن يوضع في الاعتبار أن القانون ينقسم إلى قانون موضوعي وقانون اجرائي قبل أن ينقسم إلى قانون عام وقانون خاص[٣٥٦] . وأن القانون الاجرائي له فلسفته ونظرياته التي تتفق مع وظيفته والأخذ بنقطة البداية الصحيحة هذه يحل الكثير من مشكلات القانون الاجرائي كمشكلة الدعوى ومشكلة سبب ومحل الطلب القضائي[٣٥٧] .

وحيث أن المشرع قد نظم الدعوى في قانون المرافعات ـ وإن كان تنظيما قاصرا للغاية ـ فأن الدعوى تخضع لأحكام هذا القانون وتكتسب خصائصه ومميزاته . وتختلف بذلك عن الحقوق الشخصية التي تنظمها القوانين الموضوعية الأخرى وتكون حقا شخصيا اجرائيا[٣٥٨] .

---

(٣٥٥) عكس هذا وجدي راغب ، العمل القضائي ص ٤٥٣ .

(٣٥٦) أستاذنا العميد الدكتور منصور مصطفى منصور ، المدخل ، جـ ١ طبعة ١٩٦٠ بند ١٧ ص ٣٤ .

(٣٥٧ انظر بحثاً لنا ـ تحت النشر ـ عن أساس الادعاء أمام القضاء المدنى وبحثا تحت الاعداد عن محل الطلب القضائي (الادعاء) .

(٣٥٨) من الفقهاء الذين وصفوا حق الدعوى بأنه حق اجرائي : «موتولسكى وروبينو ولورانس بوى» مشار اليهم ، ومن الفقهاء الايطاليين (بتى) مشار اليه في : وجدي راغب ، العمل القضائي ، ص ٤٧٦ ، و «كارنيلوتى» مشار اليه ص ٤٧٢ .

ويؤدى وصف الدعوى بأنها حق شخصى اجرائي إلى التمييز بينها وبين ما يوصف في القوانين الموضوعية بأنه دعوى ، مثل دعوى الحيازة ودعوى الصورية والدعوى غير المباشرة ودعوى البطلان فهذه في الحقيقة حقوق موضوعية وليست دعاوى بالمعنى الاجرائي[٣٥٩] .

ونخلص مما سبق أن الدعوى حق شخصي اجرائي يثبت لأي صاحب ادعاء لكي يلزم القاضي بأن يقول كلمته في هذا الادعاء ، وهي حق للخصم في دحض هذا الادعاء . فإذا ما تبين أن صاحب الادعاء يستوفي شروط وجود حق الدعوى وهما المصلحة والصفة وعدم وجود عائق قانوني يمنع وجود حق الدعوى ، التزم القاضي بالفصل في محل الطلب أي في الادعاء . وينظم القانون الاجرائي هذا الحق ويبين شروط وجوده واستعماله متأثرا في ذلك بالفلسفة السائدة في نظام قانوني معين .

ولا يكفي بيان طبيعة الدعوى على هذا النحو لتوضيح فكرتها ، بل يلزم لجلاء الفكرة أن تنقى من كل ما يختلط بها من شوائب . لذلك يلزم التمييز بينها وبين الأفكار الأخرى التي قد تختلط بها حيث يسود هذا الخلط ـ مع الأسف ـ في التشريع والقضاء ولدى بعض الفقهاء ، وإن كان جمهور الفقه يميز بين الدعوى وبين النظم الاجرائية المتشابهة وهو ما سنعرض له في بحث قادم[٣٦٠] .

---

(٣٥٩) وجدي راغب ص ٤٥٧ . ولا نوافق ما يراه البعض من أن للدعوى مفهوما في القانون المدني هو تقرير وحماية اقتضاء الحقوق ، انظر أحمد مسلم ، بند ٢٧٥ ، ص ٣٠٢ .

(٣٦٠) انظر بحثا لنا بعنوان التمييز بين الدعوى والنظم الاجرائية المشابهه منشور بمجلة المحامي الكويتية عدد ديسمبر ١٩٨٥ .

خاتمـــة

انصبت محاولتنا في هذا البحث على تحديد طبيعة الدعوى وتمييزها عن الحق الموضوعي ، وتحديد طبيعتها وما إذا كانت سلطة أو حقا .

ولم نجد في القانون الاجرائي أو في القضاء ما يساعدنا على ذلك رغم أهمية الدعوى ، واحتلالها مكان القلب في قانون القضاء المدني . لذلك اتجهنا صوب الفقه . وقد وجدنا أن الدعوى كانت ـ ولا زالت ـ موضع خلاف بين كبار فقهاء القانون ، سواء في ذلك فقهاء القانون الاجرائي ، أو الفقه الموضوعي الفرنسي والايطالي والمصري . وحاولنا في هذا البحث تبني وجهة نظر تستمد عناصرها من النظريات المختلفة بحيث لا يشوبها التناقض مع الاستهداء بتنظيم الدعوى في قانون المرافعات الفرنسي الجديد الذي حسم إلى حد كبير هذا الخلاف .

وقد بدأنا أولا ببحث العلاقة بين الدعوى والحق الموضوعي . وقد تبين أن الفقه القديم كان يدمج الحق والدعوى ، أو يربط بينهما برباط قوي ومن ثم فلم يميز بينهما . وسلك الفقه الحديث سلوكا مغايرا . فلم يعتبر الدعوى هي ذات الحق أو جزءا منه . وانتهينا إلى تأييد الاتجاه الذي يرى الاستقلال المطلق للدعوى عن الحق الموضوعي ، وأن الحق لا يعد شرطا لوجود الدعوى . كما تبين أن القاعدة الرومانية العتيقة «حيث لا حق لا دعوى» كانت منطقية في هذا القانون لأن البريتور لم يكن يعطي الدعوى إلا لصاحب الحق ، وكان دور القاضي منحصرا في التأكد من عدم تغير الوقائع حتى صدور الحكم . وقد اندثرت هذه القاعدة وحل محلها حيث «لا مصلحة لا دعوى» . ولا يعني تردد القاعدة الأولى في الفقه الحديث أكثر من الدعوى وسيلة لحماية الحقوق الشخصية . وبذلك رأينا أن الحق الموضوعي ليس ركنا ولا شرطا في الدعوى وأن العلاقة بين الحق والدعوى هي علاقة وظيفية أي أن وظيفة الدعوى هي

حماية الحق . ومع ذلك فلا زال الخلط بين الدعوى والحق يترك بصمات تظهر في التشريع ، وذلك في صياغة قاعدة حجية الشيء المحكوم فيه ، وفي اعتبار سبب الدعوى هو سبب الحق الموضوعي .

وقد عرضنا بعد ذلك للاتجاهات المختلفة في تحديد طبيعة الدعوى ورأينا أن ثمة اتجاهين رئيسيين ، يرى أحدهما الدعوى كسلطة ، ويرى الآخر الدعوى كحق شخصي . وبجانبهما اتجاه لا يرى الدعوى سوى مركز قانوني ، وأنها ليست سلطة أو حقا .

وقد ساد الاتجاه الأول لدى فقهاء القانون العام (هوريو وديجى وجيز) حيث ركز هؤلاء الفقهاء اهتمامهم على قبول دعوى تجاوز السلطة ، ولم يجدوا في الفقه الاجرائي السائد آنذاك والذي كان يعتبر وجود الحق الشخصي شرطا لقبول الدعوى ما يخدم فكرهم ، ومن ثم فقد وصفوا الدعوى بأنها سلطة عامة موضوعية وغير شخصية ، وأنها تستهدف تحقيق الشرعية المجردة التي تتمثل في عدم مخالفة القانون . وقد اعتبر هؤلاء الفقهاء الدعوى كمرادف لحق الالتجاء إلى القضاء ، ولم يعطوا اهتماما لفكرة الحق الشخصي كشرط لوجود الدعوى ، أو لربط وظيفتها به ، لأن بعضهم أنكر أساسا وجود فكرة الحق الشخصي لصالح فكرة المراكز القانونية . وقد راق هذا التصور لبعض الفقهاء الاجرائيين (سوليس ـ سوليس وبيرو ـ فنسان ـ كورنى وفوييه وغيرهم) نظرا لأن هذا الفقه لم يكن قد اهتم بالدعوى كما اهتم بها فقهاء القانون العام . وظهر ذلك في تعريفاتهم المختلفة للدعوى ، وأن أكدوا على صلة الدعوى بالحق الموضوعي دون أن يصل الأمر إلى حد الدمج أو الارتباط الشديد كما ذهب الفقه الاجرائي القديم أو إلى الفصل المطلق كما ذهب فقهاء القانون العام .

وقد ذهب اتجاه آخر إلى أن الدعوى حق شخصي . وقد ظهر هذا الاتجاه أولا في الفقه الايطالي على يد كيوفندا وكارنيلوتي . واعتنقه في الفقه الفرنسي موتولسكى وأيده بعض الفقهاء المعاصرين (روبينو وبوى) . وأخذ به جانب في الفقه المصري . وقد اختلف أنصار هذا الجانب فيما بينهم في تحديد الطرف السلبي في هذا الحق . فاعتبره البعض المدعي عليه ، وذهب جانب

آخر إلى أنه الدولة ، وارتأى جانب ثالث أنه القاضي . وقد عرضنا للانتقادات التي وجهت إلى هذا الرأي في الفقهين الحديث والمعاصر ، ثم أوردنا الرد على هذه الانتقادات ، وانتهينا إلى تأييد هذا الرأي ، وأيدنا اعتبار الدعوى حق شخصي في مواجهة القاضي ، على أساس أن فكرة الحق الشخصي حقيقة قائمة في التنظيم القانوني الوضعي ، وأن القاضي هو الطرف السلبي في هذا الحق لأنه موظف معين من قبل الدولة ولأنه يلتزم بالفصل في المنازعة المعروضة عليه وإلا عد منكرا للعدالة ، ولأنه يسأل طبقا لقواعد المسئولية المدنية في مواجهة الأفراد إذا تحقق سبب من أسباب مخاصمة القضاة أو عدم الصلاحية .

وترتيبا على هذا التكييف الذي رجحناه للدعوى ، فقد أيدنا تعريف موتولسكى الذي اعتمده قانون المرافعات الفرنسي الجديد ، وهو أن الدعوى حق شخصي يتقرر لصاحب أي ادعاء ـ والادعاء هو محل الطلب القضائي وليس مرادفا للدعوى ـ في أن يسمع القاضي هذا الادعاء ليقول كلمة فيه ، وما اذا كان مؤسسا أو غير مؤسس . وهى في ذات الوقت ليست حقا لصاحب الادعاء (مدعي مستأنف ـ متدخل . . . الخ) فحسب ، ولكنها حق للخصم الآخر في أن ينفذ هذا الادعاء توصلا لدحضه .

وتتميز الدعوى كحق شخصي عن سائر الحقوق الشخصية الأخرى بأنها حق شخصى اجرائي ، لأن القانون الاجرائي الذي ينظم هذا الحق . وينعكس هذا الطابع على خصائص هذا الحق ويرتب نتائج خاصة تميز هذا الحق عن غيره من الحقوق الأخرى . ولا ريب أن اضفاء هذا الطابع على الدعوى يحل أزمتها ، لأن أزمة الدعوى تكمن ـ في رأينا ـ في معالجتها على ضوء نظريات القانون الموضوعي الخاص أو العام وإغفال طابعها الاجرائي .

ونعتقد أن مدلول الدعوى لا يقتصر على فحص الادعاء لصدور حكم في الموضوع سواء لصالح المدعي أو لغير صالحه ، فهذا المدلول وأن كان الغالب الا أننا نعتمده باعتباره مدلولا ضيقا للدعوى . فالدعوى في مدلولها الواسع تعنى الحق في طرح الادعاء على القضاء حتى ولو لم يصدر حكم في

الموضوع . فعبارة صدور حكم في الموضوع التي وردت في التشريع الفرنسي لم يقصد بها سوى تمييز الدعوى عن وسائل الالتجاء إلى القضاء الأخرى التي لا يصدر فيها حكم في الموضوع كالأوامر على العرائض . والأخذ بالمدلول الواسع للدعوى هو الذي يتفق مع هدف وجودها وهي أنها طريق قانوني بديل للاقتضاء الذاتي للحق .

ويقتضي التعريف السابق للدعوى بمدلولها الضيق والواسع ، استبعاد أي تعريف يربط بينها وبين الحق الموضوعي ، أو يعطيها معنى مزدوجا ، أو يصورها كفكرة أيدلوجية لأن ذلك يتنافى مع وظيفتها الفنية .

وبعد تحديد طبيعة الدعوى على النحو السالف فقد أيدنا فقه القانون العام الذي لا يميز بين الدعوى وما يسمى بحق الالتجاء إلى القضاء فالحق في طرح الادعاء على القضاء سواء لصدور حكم في الموضوع ، أو لعدم صدور هذا الحكم هو الدعوى ، وهو في ذات الوقت حق الالتجاء إلى القضاء . ويحل مثل هذا التصوير كثيرا من تناقضات الفقه القديم ، لأن الطلب القضائي ـ وفقا لما نؤيده ـ يعتبر استعمالا لحق الدعوى في كافة الحالات ، حتى ولو لم تتحقق شروط وجود حق الدعوى (المصلحة وغيرها من الشروط) حيث لا يلزم توافر هذه الشروط الا في حالة الأخذ بالمدلول الضيق وهو صدور حكم في الموضوع . ويلغى ما يسمى بالتعسف في سلطة الالتجاء إلى القضاء ، حيث ينصب التعسف على استعمال حق شخصي هو حق الدعوى ، سواء حدث هذا التعسف من المدعى ومن في حكمه أو من المدعى عليه ومن في حكمه فكليهما يباشر حق الدعوى .

وحتى تتبلور فكرة الدعوى بشكل أكثر نقاء فلا بد من التمييز بينها وبين الأفكار الاجرائية التي تختلط بها في التشريع والقضاء ولدى بعض الفقهاء كالطلب والخصومة والادعاء والمنازعه والنزاع والقضية . كما يجب عرض النتائج المختلفة التى تترتب على تصوير الدعوى كحق شخصى وذلك ببيان شروط وجود هذا الحق . والأسباب الخاصة لانتقاله وحوالته وانقضائه . وقواعد التعسف في استعماله وهو ما سنعالجه في بحث آخر إن شاء الله .

قائمة بأهم المراجع

أولا باللغة العربية :

ابراهيم نجيب سعد
- القانون القضائي الخاص - الجزء الأول
- القانون القضائي الخاص - الجزء الثاني
منشأة المعارف بالاسكندرية - لم يذكر سنة النشر
- سلطة القاضي في رقابة السلوك الاجرائى للمتقاضين - بحث غير منشور .

أحمد أبو الوفا
- المرافعات المدنية والتجارية - الطبعة (١٣) ١٩٨٠ - منشأة المعارف .

أحمد السيد صاوى
- الوسيط في شرح قانون المرافعات المدنية والتجارية - دار النهضة العربية - القاهرة ١٩٨١ .

أحمد مسلم
- أصول المرافعات - طبعة ١٩٦٠ / ١٩٦١ - وطبعة ١٩٦٩/١٩٧٠ دار الفكر العربي - القاهرة .

أمينة مصطفى النمر
- الوجيز في قوانين المرافعات - الدعوى الاجراءات الأحكام . منشأة المعارف - لم تذكر سنة النشر .

رمزي سيف
- الوسيط في شرح قانون المرافعات المدنية . والتجارية - طبعة ١٩٦٧ ، وطبعة ١٩٧٠ .

عبد الباسط جميعى
- شرح قانون الاجراءات المدنية ١٩٦٦ .
مبادىء المرافعات في قانون المرافعات الجديد - ٧٣ / ١٩٧٤ - دار الفكر العربي .

عبد الحميد أبو هيف
- المرافعات المدنية والتجارية والنظام القضائي في مصر ، ١٩٢١ .

عبد المنعم الشرقاوي
- نظرية المصلحة في الدعوى ، رسالة الطبعة الأولى ١٣٦٦ - ١٩٤٧ . الناشر سيد عبدالله وهبه .
- الوجيز في المرافعات المدنية والتجارية - ١٩٥٤ .
- شرح قانون المرافعات المدنية والتجارية - ١٩٥٦ .

فتحي والـــي — ـ مبادىء قانون القضاء المدني ـ الطبعة الثانية ١٩٧٥ ـ دار النهضة العربية .
ـ الوسيط في قانون القضاء المدني ١٩٨٠ ـ دار النهضة العربية .

محمد العشماوي وعبد الوهاب العشماوي — ـ قواعد المرافعات في التشريع المصري والمقارن ـ جـ ١ ، ١٩٥٧ .

محمد حامد فهمي — ـ المرافعات المدنية والتجارية ، ١٩٤٠ .

محمد عبدالخالق عمر — ـ مشار إلى رسالته في المراجع الفرنسية .

محمد محمود ابراهيم — ـ الوجيز في قانون المرافعات مركزا على القضاء النقض ١٩٨١ . دار الفكر العربي .

نبيل اسماعيل عمر — ـ الطعن بالاستئناف ، واجراءاته في المواد المدنية والتجارية ١٩٨٠ . منشأة المعارف .
ـ الدفع بعدم القبول ونظامه القانوني في قانون المرافعات . منشأة المعارف ١٩٨١ .

وجـدي راغـب — ـ النظرية العامة للعمل القضائي في قانون المرافعات منشأة المعارف ١٩٧٤ .
ـ دراسات في مركز الخصم أمام القضاء المدني . مطبعة جامعة عين شمس ١٩٧٨ .
ـ مبادىء الخصومة المدنية ، دار الفكر العربي ، ١٩٧٨ .

ثانيا : باللغة الفرنسية

1 — **Batiffol** : Traite de droit internationale prive 3 ed., 1960.
2 — **Carre et Chauveau** : Lois de procedure., 5 ed., To. 7, introducation generale.
3 — **CATALA Pierre et TERRE Francois** : Procedure civile et voies d'execution., Themis 2 ed., 1976.

4 — **CORTURE EDUARDE** : Le proces comme institution. Rev., Inter. Droit. Compare. 1950.
5 — **Cournu Gerard et FOYER Jean** : Procedure civile et commerciale 1958 Themis.
6 — **Cuche** : Precis procedure civile 1946., 9eme edit., Dalloz.
7 — **Cuche et Vincent** : Procedure civile et commercial, 12eme ed., 1960, Dalloz.
8 — **Duguit, Leon** : Traite de droit constitutionnel, 3 ed.
9 — **Fourneau** : A la recherche d'une notion centerale due droit judiciaire prive pour une conception objective de l'action en justice. Thes. Aix. 1951. Dactylo.
10 — **Garsonnet et Cezar-Bru** : Traite theorique et pratique de procedure civile et commerciale 1912 - 1938.
19 — **Jacqe MIGUET** : Immutabitite et evolution du litige., Lib. Gen. de droit et de Jurisprudence., Paris, 1977.
20 — **JAPIOT Rene** : Traite elementaire de procedure civile et commerciale, 3 ed., 1935.
Les conditions de l'action., Rev. trim. dr. civ., 1915, P. 422.
21 — **JAUFFERT. A.** : Manuel de procedure civile et voies d'execution, 13 ed., 1980.
22 — **Jean VIATTE** : L'amende civile pour abus du droit de plaideur. Gazette de Palais, 1978. Doct-3-, P. 305.
23 — **Jean VINCENT** : Procedure civile, 19 ed., 1978, Dalloz, Repretoire, proce. civ., 1978, Action, Dalloz.
24 — **Jean VINCENT : et Serge GUINCHARD :** Procedure civile 20 ed., 1981, Dalloz.
25 — **Jeze** : Principes generaux du droit administratif., 3 ed., Tome. I. et Tome. III.
26 — **Luarance Boy** : Reflexion sur l'action en justice, Rev. trim. dr. civ., 1979.
27 — **Mohamed Abdel Khalk Omar** : La notion d'irrecevabilite en droit judiciaire prive., These Paris 1967, L. J. D. J.
28 — **MOREL, Rene** : Traite elementaire de procedure civile, 2 ed., 1949.
29 — **Piere Hebraud** : Artic et Chron in Rev. trim. dr. civ. 1949., P. 44, 1951, P. 544, 1959, P. 143, 1960, P. 513.
Preface de la these du Miguet., op, cit.
30 — **Pierre Julien** : Chron. in Dalloz, information rapide 1980, P. 461, 1981, P. 153.
31 — **Roger PERROT** : Droit judiciaire prive. Fasc. I et II., 1976/1977. Le cour de droit.
Fasc. II, 1977.
32 — **Roubier** : Le droit transistoire conflit de la loi dans le temps, 1960.
Droit subjetifs et situations juridique, Paris, Dalloz, 1963.
De l'effet de lois nouvelle sur les proces en cour. Melanges Marty Tome. II.

33 — **TERFE Francois** : Des ajournements., Theorie de l'action en justice. Generalite. Juris-classeur de procedure civile. Fas. I. Art. 59., 1962.
34 — **Y. Lobin** : Action en justice ,recevabilite, conditions objectives. Juris. Class. proc. civ. Fasc. 126.1. 1979.