

المبحث الأول
أحكام عامة فى الدفع الموضوعية والشكلية

المبحث الأول

أحكام عامة فى الدفع الموضوعية والشكلية

1- تعريف الدفع:

يعرف جمهور الفقهاء الدفع بأنها جميع وسائل الدفاع التى يجوز للخصم أن يستعين بها للإجابة على دعوى خصمه لإثبات أن ادعاءه على غير أساس، وذلك بقصد تفادى الحكم لخصمه بما يدعيه، سواء كانت هذه الوسائل موجهة إلى الخصومة أو بعض إجراءاتها أو موجهة إلى أصل الحق المدعى به أو إلى سلطة الخصم فى استعمال دعواه⁽¹⁾.

وقد عرفت محكمة النقض الدفع فى اصطلاح فقهاء الشريعة الإسلامية بقولها:

«الدفع فى اصطلاح الفقهاء هو دعوى من قبل المدعى عليه أو ممن ينتصب المدعى عليه خصما عنه يقصد به دفع الخصومة عنه أو إبطال دعوى المدعى بمعنى أن المدعى عليه يصير مدعيا إذا أتى بدفع ويعود المدعى الأول مدعيا ثانيا عند الدفع».

(طعن رقم 21 لسنة 44 قى «أحوال شخصية» جلسة 1976/4/7)

(1) الدكتور عبد الحميد أبو هيف المرافعات المدنية والتجارية 1921 ص 378 - الدكتور عبد المنعم الشرقاوى شرح المرافعات المدنية والتجارية الطبعة الثانية 1956 ص 149 وما بعدها - الدكتور رمزى سيف الوسيط فى شرح قانون المرافعات المدنية والتجارية 1968/1969 ص 374 - الدكتورة أمينة النمر الدعوى وإجراءاتها منشأة المعارف بالإسكندرية ص 162.

وبين من التعريف السابق أن الدفع ثلاثة أنواع:

- (1) دفع موضوعية.
 - (2) دفع شكلية (إجرائية).
 - (3) دفع بعدم القبول.
- ونعرض لشرح هذه الأنواع الثلاثة تباعا فيما يلي.

أولا : الدفع الموضوعية

2- تعريف الدفع الموضوعية:

يذهب جمهور الفقهاء إلى أن الدفع الموضوعى هو الإجراء الذى يتقدم به المدعى عليه إلى القضاء لإثبات أن ادعاء خصمه على غير أساس.

فالدفع الموضوعى - عند جمهور الفقهاء - هو كل ما يعترض به المدعى عليه على الحق المطلوب حمايته⁽²⁾.

وهذا التعريف يتفق وتعريف محكمة النقض للدفع الموضوعى إذ ذهبته إلى أن:

«الدفع الموضوعى فهو الذى يوجه إلى الحق موضوع الدعوى بهدف الحصول على حكم برفضها كليا أو جزئيا».

(طعن رقم 1021 لسنة 46 ق جلسة 1979/12/10)

(2) الدكتور عبد الحميد أبو هيف ص378 - الدكتور أحمد أبو الوفا نظرية الدفع فى قانون المرافعات الطبعة التاسعة 1991 ص11 - أمينة النمر ص162 - رمزى سيف ص374 - الدكتور أحمد هندى قانون المرافعات المدنية والتجارية - النظام القضائى والاختصاص والدعوى 1995 ص641.

وهذا الدفع يشمل ما يأتى :

- (1) إنكار الوقائع المنشئة التى تمسك بها المدعى كأساس لطلبه، أو إنكار الآثار القانونية التى ينسبها المدعى إلى هذه الوقائع، كما لو أنكر المدعى عليه - فى دعوى دائنيه - العقد مصدر الالتزام، أو أنكر أنه يلتزم - كما هو مدعى به - وفقا لهذا العقد.
- (2) التمسك بواقعة معاصرة للواقعة التى يثيرها المدعى كأساس لحقه، ويكون من شأن ذلك الحيلولة دون ترتيب واقعة الدعوى لآثارها كلها أو بعضها. ومثال ذلك تمسك المدعى عليه بصورية العقد أو بإبطاله للغلط.
- (3) التمسك بواقعة من شأنها إنهاء آثار الواقعة للحق الذى يدعيه المدعى، كالتمسك بالوفاء أو بتقادم حق المدعى أو بسقوطه⁽³⁾.

(3) ويذهب رأى فى الفقه (الدكتور فتحى والى الوسيط فى قانون القضاء المدنى 1980 ص 533 وما بعدها) إلى أن رأى السابق يخلط بين الدفاع الموضوعى والدفع الموضوعى. فمجرد إنكار الوقائع المنشئة أو إنكار آثارها لا يعتبر دفعا وإنما هو دفاع موضوعى، ذلك أن القاضى لا يحكم بمقتضى هذه الوقائع المنشئة إلا بعد إثباتها من المدعى، كما أنه يجرى عليها آثارها من تلقاء نفسه، فلا يعدو إنكار المدعى عليه للواقعة أو إنكار آثارها أن يكون تنبيهها للقاضى إلى واجبه بالنسبة لها.

ولذلك فإنه يجب قصر الدفع الموضوعى على ما يبيده المدعى عليه من تأكيد لواقعة مانعة أو منهيّة ترمى إلى رفض الدعوى، فبهذا التأكيد يدخل المدعى عليه فى القضية وقائع غير تلك التى أكدتها الطلبات، يقع عليه عبء إثباتها.

فالدفع الموضوعى يفترض مسلكا إيجابيا من المدعى عليه. ويستطرد هذا رأى أن لاصطلاح الدفع الموضوعى معنى آخر ضيق، ذلك أن الوقائع المانعة أو المنهيّة التى يتمسك المدعى عليه بها تنقسم إلى طائفتين :

= (أ) - وقائع على القاضى أخذها فى اعتباره من تلقاء نفسه مادامت قد قدمت إليه، ولو لم يتمسك بها المدعى عليه. ومثالها واقعة عدم مشروعية السبب أو واقعة الوفاء بالدين. وعندئذ يكون التمسك بالواقعة من جانب المدعى عليه هو مجرد تقديم واقعة للقاضى لم تقدم إليه أو مجرد لفت انتباهه إلى واجبه فى الخصومة ولا تكون هناك حاجة - من الناحية القانونية لفكرة الدفع.

(ب) - وقائع ليس لها أثر فى حكم القاضى إلا إذا تمسك بها المدعى عليه بقصد رفض الدعوى. فإذا تمسك بها حكم القاضى برفض الدعوى. فرفض الدعوى عندئذ يكون نتيجة لاستعمال حق محدد للمدعى عليه. وهذا هو الدفع الموضوعى بالمعنى الضيق. فالدفع يتميز بأنه يتعلق بواقعة ليس للقاضى إعمال آثارها من تلقاء نفسه. وهو بهذا يقابل حق الدعوى، إذ ليس للقاضى إعماله بغير طلب من المدعى عليه. وعلى ذلك يمكن تعريف الدفع الموضوعى - بالمعنى الضيق - بأنه سلطة للمدعى عليه فى تأكيد واقعة مانعة أو منهيّة للواقعة المنشئة التى أكدها المدعى ليس من شأنها رفض الدعوى ما لم يتمسك بها المدعى عليه.

وبمضى هذا رأى قائلًا أنه لتمييز الوقائع المانعة أو المنهيّة عن تلك التى على القاضى إعمال أثرها من تلقاء نفسه يراعى ما يأتى:

1- أن التشريع ينص أحيانًا على هذه الوقائع المانعة أو المنهيّة. ومثل ذلك واقعة المقاصة (م/365 مدنى)، وواقعة التقادم (م/387 مدنى).

2- أنه إذا سكت المشرع عن الوقائع المانعة أو الناهية فإنه - وفقًا للرأى الراجح - على القاضى أن يتمسك من تلقاء نفسه بأية واقعة تمنع بذاتها نشأة الحق الموضوعى أو تؤدى إلى انقضائه. لا شك أن عبء إثبات هذه الوقائع، سواء كانت مانعة كالصورية أو عدم مشروعية السبب أو منهيّة كواقعة الوفاء، يقع على عاتق المدعى عليه. ولكن لأن هذه الوقائع تؤدى بذاتها إلى منع نشأة الحق أو انقضائه بصرف النظر عن تمسك المدعى عليه بها، فإنه إذا تبين من مستندات القضية - ولو المقدمة من المدعى - توافر إحداها، فعلى القاضى إعمال =

ومن أمثلة الدفع الموضوعية ما يأتي :

1- الدفع بالتقادم :

وفي هذا قضت محكمة النقض بأن :

«إذا كان مقتضى الفقرة الثانية من المادة (386) من القانون المدني أنه إذا سقط الحق بالتقادم سقطت معه الفوائد وغيرها من الملحقات ولو لم تكتمل مدة التقادم الخاصة بهذه الملحقات وكانت المبالغ الإضافية من فوائد و غرامات موضوع الطعن تعتبر من ملحقات الحق الأصلي وهو دفع الاشتراكات الذي يسقط بالتقادم، فإن تلك المبالغ الإضافية تسقط هي الأخرى مع هذا الحق».

(طعن رقم 194 لسنة 41ق، جلسة 1976/11/14)

= أثرها من تلقاء نفسه. ويستطيع القاضي - عند عدم وجود نص تشريعي - أن يحدد الواقعة التي يجب التمسك بها بواسطة دفع من المدعى عليه بأنها تلك التي يمكن أن تكون محلا لدعوى مستقلة من جانبه. إذ كما أن للمدعى سلطة إثارتها بواسطة الدعوى، تكون له وحده - إذا رفعت عليه دعوى - إثارتها بواسطة الدفع ومثالها واقعة الغلط أو التدليس أو نقص الأهلية.

ويذهب الرأي المذكور إلى بيان آثار التفرقة بين الدفع الموضوعي بالمعنى الضيق وبين وسائل الدفاع الموضوعي على النحو الآتي:

1- الدفع الموضوعي يجوز التنازل عنه فينتج التنازل أثره، أما وسيلة الدفاع فلا يجوز التنازل عنها، فهذه الوسيلة تهدف إلى مجرد تنبيه القاضي إلى وجود وقائع تنكر نشأة حق المدعى أو تنكر آثاره، ومن ثم فإن التنازل عنها لا يمنع القاضي من أن يعول على ما تتضمنه من وقائع.

2- الدفع الموضوعي بالمعنى الضيق باعتبارها حقا، يقبل التقادم شأنه شأن الدعوى، أما وسائل الدفاع فلا تتقادم لأنها ترمى فقط إلى بيان عدم وجود الحق الموضوعي. ولهذا فإنه بالنسبة لوسائل الدفاع هذه فقط تسرى قاعدة أن الدفع لا تتقادم.

2- الدفع بانفساخ العقد.

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن:

1- «من المقرر فى قضاء هذه المحكمة أنه يشترط لاستعمال الدفع بعدم التنفيذ تطبيقاً لنص المادة (161) من القانون المدنى أن يكون الالتزام الذى يدفع بعدم تنفيذه مستحق الوفاء أى واجب التنفيذ حالاً، فإذا كان العقد يوجب على أحد المتعاقدين أن يبدأ بتنفيذ التزامه قبل المتعاقد الآخر فلا يحق للمتعاقد المكلف بالتنفيذ أولاً أن ينتفع بهذا الدفع».

(طعن رقم 1432 لسنة 48 جلسة 1982/5/23)

3- دفع الأمر دعوى إنكار النسب بأنها رزقت بالصغير على فراش الزوجية.

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن:

«متى كان الواقع فى الدعوى أن المطعون عليه الأول أقامها منكرًا نسب إبنة الطاعنة إليه فدفعته هذه الأخيرة بأنها رزقت بها منه على فراش زوجية حرر بها عقد عرفى فقد منها ولما كان الدفع فى اصطلاح الفقهاء هو دعوى من قبل المدعى عليه أو ممن ينتصب المدعى عليه خصماً عنه يقصد بها دفع الخصومة عنه أو إبطال دعوى المدعى، بمعنى أن المدعى عليه يصير مدعياً إذا أتى بدفع ويعود المدعى الأول مدعياً ثانياً عند دفع الدفع، فإن ما جرى عليه الحكم المطعون فيه من التحقق من ثبوت الزوجية بالفراش ومن تكليف الطاعنة إثباته توصلًا لثبوت النسب باعتبارها مدعية فيه مع أن الدعوى مقامة أصلاً بإنكار النسب من المطعون عليه الأول، يتفق مع المنهج الشرعى السليم».

(طعن رقم 29 لسنة 39 ق «أحوال شخصية» جلسة 1975/2/26)

3- خصائص الدفوع الموضوعية:

تتميز الدفوع الموضوعية بعدة خصائص هي:

(1) أنها لم ترد على سبيل الحصر، ذلك أن حصرها غير ممكن فهى تختلف

في كل دعوى عن الأخرى باختلاف ظروفها وما يراه المدعى عليه محققا لصالحه في الدعوى.

(2) أنه لا يوجد ترتيب معين يجب التزامه عند التمسك بها أمام المحكمة. فلا يؤدي تأخير أحدها إلى سقوط الحق فيها. فيجوز للمدعى عليه التمسك بها وفق مصلحته، فيجوز له التمسك بها معا أو تباعا.

وإذا أقفل باب المرافعة في الدعوى وأعيد فتحه، جاز للمدعى عليه التمسك بالدفع الموضوعية وحكمة ذلك أن الدفع الموضوعي يرمى إلى إهدار ادعاء المدعى، ومن ثم يجب تمكين المدعى عليه من إبدائه أمام المحكمة في أى لحظة قبل صدور الحكم.

(3) أنه يجوز التمسك بالدفع في أية حالة تكون عليها الدعوى ولو أمام محكمة ثانية درجة.

كما يجوز إبداء هذا الدفع لأول مرة أمام محكمة النقض إذا تصدت هذه المحكمة لنظر الموضوع في حالة ما إذا كان الطعن بالنقض للمرة الثانية (م 4/269 مرافعات)، سواء كان الدفع متعلقا بالواقع أو متعلقا بالقانون.

أما في غير هذه الحالة فلا يجوز إثارة الدفع الموضوعية أمام محكمة النقض إلا إذا اعتبرت من وسائل القانون البحث. مثال ذلك الادعاء بمخالفة القانون أو الخطأ في تطبيقه دون المنازعة في وقائع الادعاء.

أما الدفع الموضوعية التي تثير مسائل واقعية، أو التي يختلط فيها الواقع بالقانون وتقتضى من محكمة النقض بحثا لمسائل واقعية، فلا يجوز طرحها لأول مرة أمام محكمة النقض⁽⁴⁾.

(4) الدكتور نبيل إسماعيل عمر أصول المرافعات المدنية والتجارية الطبعة الأولى 1986 ص 852.

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن:

(أ) «الدفع بالتقادم المسقط لا يتعلق بالنظام العام وينبغى التمسك به أمام محكمة الموضوع فى عبارة واضحة جلية لا تحتل الإبهام، كما لا يجوز التمسك لأول مرة أمام محكمة النقض بتملك العقار بالمدة الطويلة المكسبة للملكية باعتباره سببا جديدا لا يقبل التحدى به أمامها لأول مرة».

(طعن رقم 488 لسنة 48 ق جلسة 1982/6/3)

(ب) «إذا كان التقادم لا يتعلق بالنظام العام ويجب التمسك به أمام محكمة الموضوع فإن ما أثاره الطاعن بسبب النعى من انقضاء حق المطعون ضدها الأولى فى رفع الدعوى لمضى أكثر من سنة على تاريخ سلب الحيابة - يكون دفاعا جديدا لم يسبق له التمسك به أمام محكمة الموضوع فلا يجوز إثارته لأول مرة أمام محكمة النقض».

(طعن رقم 681 لسنة 54 ق جلسة 1987/3/26)

(4) أن الحكم الذى يصدر فى الدعوى بقبول الدفع الموضوعى يعتبر حكما فى موضوع الدعوى منهيًا للنزاع على أصل الحق الذى رفعت به الدعوى، ولذلك يحوز هذا الحكم حجية من حيث موضوع الدعوى تمنع من تجديد النزاع أمام القضاء. فإذا رفع دائن دعوى مطالبا بدين ودفعها المدعى عليه بانقضاء الدين بالتقادم وحكمت المحكمة بقبول الدفع، فلا يجوز للدائن أن يعيد تجديد النزاع أمام القضاء.

(5) إذا أبدى الخصم دفعا موضوعيا فيعتبر أنه تكلم فى موضوع الخصومة، والحكم بقبوله أو رفضه يعتبر صادرا فى أصل الدعوى، فإذا استؤنف الحكم صار موضوع الدعوى برمته معروضا على محكمة الدرجة الثانية، ويكون لها أن تستكمل أوجه التحقيق التى لم تقم بها محكمة أول درجة وأن

تقضى فى موضوع الدعوى، فلا يجوز لها إن هى ألغت الحكم الابتدائى أن تعيد الدعوى إلى محكمة أول درجة للفصل فيها من جديد⁽⁵⁾.

وقد قضت محكمة النقض بأن :

«قضاء محكمة أول درجة بعدم قبول دعوى التعويض لرفعها قبل الأوان استنادا إلى أن الحكم الجنائى لم يصبح باتا. قضاء فى الموضوع تستتفz به المحكمة ولايتها. استئناف هذا الحكم يطرح الدعوى برمتها على محكمة الاستئناف. إلغاء محكمة الاستئناف للحكم المستأنف. أثره. وجوب الفصل فى موضوعها دون إعادتها لمحكمة أول درجة».

(طعن رقم 2545 لسنة 56ق - جلسة 1989/4/27)

6) الأصل أن يبدى الخصم ما يشاء من دفع موضوعية وذلك إعمالا لحقه فى الدفاع. غير أن المشرع قد يقيد هذا الأصل بنص خاص. ومثال هذا، أنه قد منع المدعى عليه فى دعوى الحيازة من إبداء الدفع فيها استنادا إلى أصل الحق، أى قرر عدم قبول الدفع.

4- الفرق بين الدفع الموضوعى ودعوى المدعى عليه :

يختلف الدفع الموضوعى عن دعوى المدعى عليه (الطلب الموضوعى الذى يقدم من المدعى عليه فى صورة طلب عارض) فى عدة أمور هى :

1) أن المدعى عليه يرمى من الدفع الموضوعى إلى تفادى الحكم للمدعى بمطلوبه دون أن يقصد الحصول منها على مزية خاصة، ففى دعوى التعويض مثلا إذا دفع المدعى عليه بتقادم الدعوى فهو يبدى دفعا

(5) أبو الوفا ص18 - عبد المنعم الشرقاوى ص152 - الدكتور أحمد الصاوى الوسيط فى شرح قانون المرافعات المدنية والتجارية 1994 - ص266.

موضوعيا، أما إذا طالب المدعى بتعويض الضرر الذى لحقه بسبب خطأ المدعى يكون قد تقدم بطلب عارض.

(2) أن الحكم بقبول الدفع الموضوعى ينهى النزاع على أصل الحق، أما الحكم بقبول الطلب العارض فقد ينهى النزاع فى الدعوى الأصلية فى بعض الأحوال كما إذا طلب المدعى عليه فسخ عقد فى دعوى مرفوعة بطلب تنفيذه، وقد لا يحسم النزاع كما إذا ادعى المدعى عليه بطلب مرتبط بالدعوى الأصلية. وقبول دعاوى المدعى عليه يوسع نطاق الخصومة فى جميع الأحوال، بينما قبول الدفع الموضوعية يؤدى إلى حسم النزاع على ما قدمناه.

(3) أن الدفع التى تبدى فى دعوى تختص بها المحكمة التى تنتظر هذه الدعوى باعتبار أن قاضى الأصل هو قاضى الفرع. ولا يستثنى من هذه القاعدة إلا الدفع التى يجعل المشرع الاختصاص بها لمحكمة أخرى كالدفع بعدم الدستورية.

أما الطلبات فيجب أن تكون جميعها من اختصاص المحكمة التى أقيمت أمامها. ويستثنى من هذه القاعدة الطلبات التى ينص المشرع على جعل الاختصاص بها للمحكمة التى تنتظر الدعوى الأصلية فى جميع الأحوال. ومثال هذا الطلبات العارضة والمرتبطة بالنسبة للمحاكم الابتدائية (مادة 47 مرافعات). (4) أن الدفع التى تبدى فى الدعوى لا تقدر قيمتها باعتبار أن العبرة فى هذا التقدير بالطلبات القضائية فحسب.

(5) أن الدفع تعتبر مطروحة على المحكمة الاستئنافية نتيجة لرفع الاستئناف ما لم يتنازل عنها الخصم. أما الطلبات فلا تبدى لأول مرة فى الاستئناف كقاعدة عامة.

(6) أن حجية الأحكام الصادرة فى الدفع ليس لها الحجية إلا بالنسبة للدعوى التى أبديت فيها أما حجية الأحكام الصادرة، فهى تتوافر بالنسبة للدعوى التى صدر فيها الحكم والدعوى التى قد تقام بذات الطلب أو بمسألة مرتبطة به.

(7) أن الطلب بحسب موضوعه يكون موضوعيا إذا قصد به المدعى الحصول على الحماية القانونية بصفة نهائية. ويكون وقتيا إذا قصد به اتخاذ إجراء مؤقت أو الحصول على الحماية القانونية بصفة مؤقتة. أما الدفع فلا يكون وقتيا وإنما يبيده المتمسك به لحسم النزاع فى موضوعه بصفة نهائية دائما.

(8) أن التنازل عن الدفع صراحة بعد إدائه لا تقع فيه إجراءات ترك الخصومة خلافا للطلبات.

غير أنه يلاحظ أن الادعاء موضوع الدفع قد يبدى بطلب والعكس. ولا يستثنى من ذلك إلا الحالات التى يجب استعمال الدعوى بطريق معين سواء بالطلب كطلب المقاصة القضائية أو بالدفع كالدفع بعدم الدستورية والدفع بالتقادم المكسب.

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن:

(أ) - «يشترط لإجراء المقاصة القضائية أن ترفع بطلبها دعوى أصلية أو أن تطلب فى صورة طلب عارض يقدمه المدعى عليه ردا على دعوى خصمه الأصلية (م152 مرافعات)».

(طعن رقم 362 لسنة 31 ق - جلسة 1966/2/3)

(ب) - «طلب سقوط الخصومة هو فى واقع الأمر دفع ببطلان إجراءات الخصومة الأصلية أجاز الشارع فى المادة 136 من قانون المرافعات تقديمه إلى المحكمة المقام أمامها تلك الخصومة إما بالأوضاع المعتادة لرفع الدعوى أو

بطريق الدفع أمامها إذا عجل المدعى دعواه الأصلية بعد انقضاء السنة المقررة للسقوط».

(طعن رقم 525 لسنة 42ق - جلسة 1976/6/22)

(9) أن الدفع لا يتقدم أما الدعوى فيرد عليها التقادم.

وفي هذا قضت محكمة النقض بأن:

«إنه وإن كانت دعوى البطلان المطلق تسقط بمضى خمس عشرة سنة إلا أن الدفع بهذا البطلان لا يسقط بالتقادم أبداً ذلك أن العقد الباطل يظل معدوماً فلا ينقلب مع الزمن صحيحاً وإنما تتقدم الدعوى به فلا تسمع بعد مضي المدة الطويلة، أما إثارة البطلان كدفع ضد دعوى مرفوعة بالعقد الباطل فلا تجوز مواجهته بالتقادم، لأنه دفع والدفع لا تتقدم، فإذا كان الحكم قد انتهى إلى بطلان سند الدين بطلاناً مطلقاً فإن ذلك يكفي لتقرير نتيجته اللازمة قانوناً وهي عدم تقدم الدفع بهذا البطلان بغير حاجة للإشارة إلى ذلك صراحة أو للرد على ما يتمسك به الدائن في هذا الصدد».

(طعن رقم 90 لسنة 23ق - جلسة 1957/4/11)

(10) لا يجوز لمن تمسك بالدفع الموضوعي أن يلجأ في حالات إغفال المحكمة الفصل فيه إلى ذات المحكمة للفصل فيما أغفلته وفقاً للمادة 193 مرافعات، ومرجع هذا أن الإغفال في هذه الحالة لا يتعلق بالطلب ولكن بدفع ولو كان مبناه موضوع النزاع.

5- تكييف الدفع الموضوعي:

يستقل قاضي الموضوع بتكييف الدفع الموضوعي والوقوف عما إذا كان ما أبداه الخصم يعد دفعا موضوعيا أم طلبا عارضا، وتكون العبرة في ذلك بحقيقة الادعاء في الدفع وقصد المتمسك بغض النظر عن ظاهره فإذا كان الخصم يريد بالأدعاء حسم النزاع في موضوع الدعوى الأصلية فحسب يكون ادعاؤه دفعا

موضوعيا. وإذا كان يريد حسم هذا الادعاء بحكم يصدر له بميزة مستقلة عن الحكم في الدعوى الأصلية وتكون له حجية خارجها يكون ادعاؤه طلبا عارضا⁽⁶⁾. كما يكون لقاضى الموضوع تكييف الدفع للوقوف عما إذا كان يعد دفعا موضوعيا فيكون تعرضا منه لموضوع الدعوى مسقطا لحقه فى التمسك بالدفع الشكلىة غير المتعلقة بالنظام العام أم لا.

والقاضى يخضع فى ذلك جميعه لرقابة محكمة النقض.

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن:

«لقاضى الموضوع تكييف الطلبات التى يبدىها الخصم قبل الدفع الشكلىة للوقوف على ما إذا كانت تعد تعرضا لموضوع الدعوى من شأنه أن يسقط حقه فى التمسك بهذه الدفع، وهو فى هذا التكييف يخضع لرقابة محكمة النقض».

(طعن رقم 291 لسنة 36 قى - جلسة 1971/4/27)

6- المصلحة فى الدفع:

انظر المجلد الثالث بند (457).

7- إثبات الدفع:

يقع عبء إثبات الدفع على من أبداه، لأنه يدعى خلاف الظاهر، سواء كان الدفع مبدى من المدعى أو من المدعى عليه، فالدفع إذا كان قد أبدى من الأخير فإنه يعتبر فى منزلة المدعى بالنسبة للدفع المبدى منه⁽⁷⁾.

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن:

1- «صاحب الدفع هو المكلف بإثبات دفعه. كما أن المدعى هو المكلف

بإقامة الدليل على دعواه. بحكم المادة (214) من القانون المدنى فإذا دفع المدين

(6) أمينة النمر ص168.

(7) الدناصورى وعكاز ص400.

بأنه من صغار الزراع، فلا يجوز توقيع الحجز على ملكه، كان عليه إثبات هذا الدفع».

(طعن رقم 3 لسنة 15ق - جلسة 1946/1/3)

2- «متى كان المدعى قد طلب تعويضا عن تهدم بناء بفعل المدعى عليه، وكان هذا الأخير قد دفع بعدم ملكية المدعى لهذا البناء فإن عبء إثبات الملكية يقع على عاتق المدعى ويكون الحكم إذا اتخذ من عجز المدعى عليه عن إثبات دفعه دليلا على صحة الدعوى قد أخطأ في تطبيق قواعد الإثبات».

(طعن رقم 150 لسنة 20ق - جلسة 1952/4/17)

3- «صاحب الدفع أو الدفاع هو المكلف بإثباته».

(طعن رقم 44 لسنة 33ق «أحوال شخصية» - جلسة 1967/3/8)

4- «من المقرر أنه على صاحب الدفع إثبات دفعه، ومن ثم على من يتمسك بالتقادم الثلاثي لدعوى ضمان المقاول لعيوب البناء أن يثبت انكشاف العيب في وقت معين ومضى المدة المذكورة بعدئذ».

(طعن رقم 149 لسنة 38ق جلسة 1973/11/27)

5- «المدعى ملزم بإقامة الدليل على ما يدعيه سواء أكان مدعيا أصلا في الدعوى أم مدعيا عليه فيها. ولئن كانت الطاعنة مدعيا عليها في الدعوى إلا أنها تعتبر في منزلة المدعى بالنسبة للدفع المبدى منها بعدم اختصاص المحكمة محليا بنظر الدعوى وتكون مكلفة قانونا بإثبات ما تدعيه لأنها إنما تدعى خلاف الظاهر وهو ما أثبت في صحيفة افتتاح الدعوى من أن إعلانها قد تم بمحل إقامتها المحدد في القاهرة».

(طعن رقم 38 لسنة 45ق «أحوال شخصية» - جلسة 1977/1/12)

6- «لما كان المقرر في قواعد الإثبات أن من يتمسك بالثابت أصلا لا يكلف بإثباته. أما من يدعى خلاف الأصل فعليه هو عبء إثبات ما يدعيه، وأن

المنكر المعفى من الإثبات هو من ينكر الدعوى إنكاراً مجرداً قد يجيب عليها بغير الإنكار أما من أجاب الدعوى بدفعها فإنه بذلك يصير مدعياً مطالباً بأن يقيم الدليل على ما يدعيه».

(طعن رقم 102 لسنة 55 ق «أحوال شخصية» جلسة 1989/1/25 -

غير منشور)

(راجع أيضاً طعن رقم 29 لسنة 39 ق «أحوال شخصية» جلسة 1975/2/26

منشور ببند 2 - طعن رقم 21 لسنة 44 ق «أحوال شخصية» جلسة

1976/4/7 منشور ببند 1)

8- حق الدفاع:

للخصم الحق في الادلاء بجميع أوجه دفاعه أمام محكمة الموضوع سواء في مرافعته الشفوية أو التحريرية أثناء نظر الدعوى، وكذلك في الفترة المحددة لتقديم المذكرات إذا قررت المحكمة حجز الدعوى للحكم مع التصريح بتقديم مذكرات في خلال أجل معين، لأن المرافعة تكون مازالت مستمرة خلال هذا الأجل.

ويجب على المحكمة تمكين الخصم من إثبات دفاعه الجوهري أو نفيه بوسيلة جائزة قانونية ومنتجة في النزاع. وإلا وجب عليها الرد على هذا الدفاع الجوهري، كما يجب تمكين الخصوم من الرد عليه⁽⁸⁾.

والمقصود بالدفاع الجوهري، الدفاع الذي إذا صح ترتب عليه تغيير وجه الرأي في الدعوى، بمعنى أن يكون عنصراً جوهرياً مؤثراً في الحكم فيها أو في رفضها أو عدم قبولها.

وقد قضت محكمة النقض بأن :

1- «الدفاع الذى تلتزم المحكمة بتحقيقه أو الرد عليه هو الدفاع

الجوهري».

(طعن رقم 1256 لسنة 53 ق «أحوال شخصية» جلسة 1987/2/25)

2- «المقرر فى قضاء هذه المحكمة أن كل طلب أو وجه دفاع يدلى به

لدى محكمة الموضوع ويطلب إليها بطريق الجزم أن تفصل فيه ويكون الفصل فيه مما يجوز أن يترتب عليه تغيير وجه الرأى فى الدعوى يجب على محكمة الموضوع أن تجيب عليه فى أسباب الحكم. لما كان ذلك وكان هذا الدفاع جوهريا إذ قد يترتب على بحثه وتحقيقه تغيير وجه الرأى فى الدعوى. فإن الحكم المطعون فيه إذا لم يتناوله وأغفل الرد عليه يكون قد عاره القصور».

(طعن رقم 1057 لسنة 53 ق «أحوال شخصية» جلسة 1987/1/28)

3- «لما كان البين من الأوراق أن الطاعنين قد تمسكا أمام محكمة

الاستئناف بملكية الطاعن الأول لموجودات المصنع محل التداعى بشرائه إياها من الطاعنة الثانية التى رسا عليها مزادها لدى التنفيذ عليها قبل المطعون ضده الأول، وكذلك باستئجار الطاعن الأول المصنع بعد أن أخلى من المطعون ضده الأول نفاذا للحكم الصادر ضده بالطرد فى الدعوى رقم 61/5233 مدنى كلى مصر، وهو منها دفاع جوهري من شأنه لو صح أن يتغير به وجه الرأى فى الدعوى، فإن الحكم المطعون فيه إذا أغفل هذا الدفاع، وقضى بتسليم المكان وموجوداته إلى المطعون ضده الأول يكون معيبا بالقصور».

(طعن رقم 639 لسنة 42 ق - جلسة 1983/12/29)

وكثيرا ما يكون اتجاه المحكمة فى حكمها إلى نحو معين إجابة ضمنية على

كل ما يخالف حكمها من أقوال أو مما تشفه المستندات أو القرائن.

وقد نصت المادة 2/178، 3 مرافعات على أنه: «كما يجب أن يشتمل الحكم على عرض مجمل لوقائع الدعوى، ثم طلبات الخصوم، وخلاصة موجزة لدفعهم ودفاعهم الجوهرى، ورأى النيابة ثم تذكر بعد ذلك أسباب الحكم ومنطوقه.

والقصور فى أسباب الحكم الواقعية، والنقص أو الخطأ الجسيم فى أسماء الخصوم وصفاتهم وكذا عدم بيان أسماء القضاة الذين أصدروا الحكم يترتب عليه بطلان الحكم».

وعلى ذلك يترتب على إغفال ذكر موجز لدفاع الخصم الجوهرى أو الرد عليه بطلان الحكم وهذا البطلان من النظام العام.

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن:

1- «توجب المادة 178 من قانون المرافعات بعد تعديلها بالقانون رقم 13 لسنة 1973 أن يشتمل الحكم على أسبابه الواقعية من عرض مجمل لوقائع الدعوى ثم طلبات الخصوم وخلاصة موجزة لدفعهم ودفاعهم الجوهرى الذى تتأثر به نتيجة النزاع ويتغير به وجه رأى فى الدعوى ورتبت البطلان جزاء على إغفالها أو القصور فيها، لما كان ذلك، وكان البين من مدونات الحكم المطعون فيه أن منازعة طرفيه تدور حول المطالبة بقيمة سند إذنى مؤرخ 1973/11/1 دفع بأنه حرر بمناسبة عملية تجارية وضمائنا لها وهو موضوع يغاير وقائع الحكم المستأنف الذى يدور الخلاف بين طرفيه حول فوائد ما لم يدفع من الثمن، مما تكون معه أسباب الحكم المطعون فيه قد خلت مما قدمه الخصوم من طلبات وأوجه دفاع أو دفع وخلاصة ما استندوا إليه من الأدلة الواقعية مخالفة تستوجب نقضه».

(طعن رقم 494 لسنة 46 ق جلسة 1980/3/4)

2- «متى كان دفاع الطاعن الوارد بسبب النعى لا يستند إلى أساس قانونى صحيح فإن إغفال الحكم المطعون فيه الرد عليه لا يعد قصورا مبطلا له».

(طعن رقم 290 لسنة 49 ق جلسة 1982/12/2)

ثانيا : الدفع الشكلى (الإجرائية)

9- تعريف الدفع الشكلى (الإجرائية) :

الدفع الشكلى (الإجرائية) هى الدفع التى توجه إلى صحة الخصومة وإجراءاتها، ويقصد بها استصدار حكم ينهى الخصومة دون الفصل فى موضوعها أو يؤدى إلى تأخير الفصل فى موضوعها⁽⁹⁾. فالدفع الشكلى لا يقصد به رفض طلب المدعى، فالمدعى عليه لا يتعرض فيها لموضوع الطلب، وإنما هو يعترض على الإجراءات التى رفع بها المدعى دعواه دون منازعته فى أحقيته فيما يدعيه. وهى تتفق فى هذا مع الدفع بعدم القبول كما سنرى.

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

1- «لما كان مناط التفرقة بين الدفع الشكلى والدفع الموضوعى أن أولهما يوجه إلى صحة الخصومة والإجراءات المكونة لها بغية إنهاء الخصومة دون الفصل فى موضوع الحق المطالب به، أو تأخير الفصل فيه، أما الدفع الموضوعى فهو الذى يوجه إلى الحق موضوع الدعوى بهدف الحصول على حكم برفضها كليا أو جزئيا، وكان الدفع المبدى من المطعون ضدها - المصلحة الحكومية - بسقوط الحجز الموقع تحت يدها لعدم إعلانها من الحاجز برغبته فى استبقاء الحجز وتجديده خلال المدة المشار إليها واعتبار الحجز كأن لم يكن - هذا الدفع - لا ينصب على صحة الخصومة أو أحد إجراءاتها بل هدفت

(9) عبد المنعم الشرقاوى ص 150 - نبيل إسماعيل عمر ص 586 - أحمد الصاوى

ص 263 وما بعدها.

المطعون ضدها من وراء التمسك به إلى رفض طلب الطاعنين إلزامها بالدين المحجوز من أجله بمقولة إخلالها بواجب التقرير بما فى الذمة على النحو وفى الميعاد المبين فى القانون. ومن ثم فإن هذا الدفع يعتبر دفعا موضوعيا يسوغ إيدأؤه فى أية حالة تكون عليها الدعوى».

(طعن رقم 1021 لسنة 46 ق جلسة 1979/12/10)

2- «إن ما يسقط الحق فى التمسك بالدفع الشكلى وهى التى تتعلق بالإجراءات وتستهدف الطعن فى صحة الخصومة والإجراءات المكونة لها ومنها الدفع بسقوط الخصومة هو - وعلى ما أفصحت عنه المادة 108 من قانون المرافعات - التكلم فى الموضوع ... الخ».

(طعن رقم 2832 لسنة 59 ق جلسة 1998/6/4)

3- «المقرر أنه يقصد بالدفع الشكلى كل دفع يتعلق بالإجراءات دون أن تواجه موضوع الخصومة الدعوى أو الحق المدعى به وإنما تستهدف النيل من صحة الخصومة والإجراءات المكونة لها».

(طعن رقم 1000 لسنة 75 ق جلسة 2006/6/27)

4- «الدفع الشكلى. غايته. النيل من صحة الخصومة والإجراءات المكونة لها».

(طعن رقم 1000 لسنة 75 ق جلسة 2006/6/27)

10- بيان الدفع الشكلى (الإجرائية) :

لم ترد الدفع الشكلى (الإجرائية) بقانون المرافعات على سبيل الحصر، وإنما نصت المادة 108 منه على بعض هذه الدفع وهى:

- (1) الدفع بعدم الاختصاص المحلى.
- (2) الدفع بإحالة الدعوى إلى محكمة أخرى لقيام ذات النزاع أمامها أو للارتباط.
- (3) الدفع بالبطلان.

كما نصت المادة 109 منه على بعض هذه الدفوع وهى :

- (1) الدفع بعدم اختصاص المحكمة لانتفاء ولايتها.
- (2) الدفع بعدم اختصاص المحكمة بسبب نوع الدعوى.
- (3) الدفع بعدم اختصاص المحكمة بسبب قيمة الدعوى.

وقد أفصحت المادة 108 المذكورة على أن الدفوع الشكلية لم ترد على سبيل الحصر بقولها بعد النص على الدفوع الواردة بها «وسائر الدفوع المتعلقة بالإجراءات»⁽¹⁰⁾.

(10) وقد حصر القانون الملغى عند صدوره (م132) الدفوع الشكلية فى ثلاثة دفوع هى:

- (أ) - الدفع بعدم اختصاص المحكمة بنظر الدعوى.
- (ب) الدفع بطلب إحالة الدعوى إلى محكمة أخرى.
- (ج) الدفع ببطالان أوراق التكليف بالحضور.

ولم يدخل فى عداد هذه الدفوع الدفع بطلب ميعاد وهو ما كان ينص عليه القانون القديم (م147/133)، وكان يقصد به طلب ميعاد للاطلاع على المستندات المقدمة من الخصم أو للرد على دعوى المدعى عليه أو لإدخال ضامن أو لاتخاذ صفة، لأن هذا الدفع وإن كان يقصد به تأخير النظر فى الدعوى إلا أنه لا يصح اعتباره دفعا لها ولا جوابا عنها (عبد المنعم الشرقاوى ص151).

وفكرة قانون المرافعات الملغى عند صدوره فى اقتصاره على ذكر الدفوع الثلاثة المتقدمة دون غيرها من الدفوع المتعلقة بالإجراءات، أنها الدفوع التى تتعلق بصحة انعقاد الخصومة وقت رفعها وتقتضى بطبيعتها أن يكون إيدؤها قبل التعرض لموضوع الدعوى ولذلك عبر المشرع عنها بقوله «الدفوع الجائز إيدؤها قبل التعرض لموضوع الدعوى». أما الدفوع الشكلية الأخرى فينشأ بعد رفع الدعوى وفى أثناء الخصومة ولا تقتضى، بطبيعتها أن يكون إيدؤها قبل =

ومعنى ذلك أن كل دفع يتعلق بالإجراءات يعتبر دفعا شكليا ولو لم ينص عليه بالمادة، وهذه الدفع لا يرد عليها الحصر.

وعلى سبيل المثال يندرج ضمن الدفع الشكلية ما يأتي :

(1) الدفع ببطلان صحف الدعاوى وأوراق التكليف بالحضور.

(2) الدفع باعتبار الدعوى كأن لم تكن.

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

«لما كان الدفع باعتبار الاستئناف كأن لم يكن يعد دفعا شكليا لا يتعلق بالنظام العام فإنه يسقط بعدم إيدائه قبل التعرض لموضوع الدعوى».

(طعن رقم 431 لسنة 47 ق جلسة 1982/3/30)

(3) الدفع بسقوط الخصومة.

(4) الدفع بعدم بلوغ أهلية الخصومة.

= التعرض لموضوع الدعوى، فقد ينشأ سببها بعد التعرض للموضوع (سيف ص379). ثم صدر بعد ذلك القانون رقم 100 لسنة 1962 فاتجه المشرع فيه إلى عدم حصر الدفع الشكلية على اعتبار أن كل دفع يتعلق بالإجراءات هو فى واقع الأمر دفع شكلى (المذكرة الإيضاحية للقانون)، فعدل المادة 1/132 على النحو التالى:

«الدفع بعدم الاختصاص المحلى والدفع بعدم الاختصاص بسبب قيمة الدعوى والدفع بإحالة الدعوى إلى محكمة أخرى لقيام ذات النزاع أمامها أو لقيام دعوى أخرى مرتبطة بها والدفع بالبطلان وسائر الدفع المتعلقة بالإجراءات يجب إيدؤها معا قبل إيداء أى طلب أو دفاع فى الدعوى أو دفع بعدم القبول وإلا سقط الحق فيما لم يبد منها».

وبهذا الاتجاه أخذ قانون المرافعات الجديد.

5) التمسك ببطلان إجراءات تعجيل الدعوى تأسيسا على بدئها من غير الخصوم.

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

«التمسك ببطلان إجراءات تعجيل الدعوى لأنها بدأت من غير الخصوم هو من الدفوع الشكلية التى تتعرض لشكل الخصومة وكيفية توجيه إجراءاتها والتى يجب إبدائها قبل التكلم فى موضوع الدعوى وإلا سقط الحق فيها».

(طعن رقم 82 لسنة 58 ق جلسة 1993/1/19)

وهذه الدفوع تبدى أمام المحاكم بالنسبة لجميع الدعاوى بصرف النظر عن نوعها أو مادة المنازعة فيها إلا ما استثنى.

11- الرأى فى بعض الدفوع :

(أ) - الدفع الناشئ عن رفع الدعوى من فاقد الأهلية أو ناقصها أو لرفعها

عليه :

هذا الدفع من النوع المتعلق بالإجراءات، فهو يتجه إلى بطلان إجراءات الخصومة، وليس دفعا بعدم القبول.

(انظر فى التفصيل المجلد الثانى).

(ب) - الدفع الناشئ عن وجود اتفاق على التحكيم :

إذا اتفق الطرفان على الالتجاء إلى التحكيم فى المنازعات التى تنشأ عن العقد المبرم بينهما، فمعنى هذا أن المدعى عليه ينكر سلطة خصمه فى الالتجاء إلى القضاء للذود عن حقه، ويكون هذا الدفع دفعا بعدم القبول مما عنته المادة (115) مرافعات، وليس دفعا شكليا.

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

«التحكيم هو - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - طريق استثنائى لفض المنازعات قوامه الخروج عن طرق التقاضى العادية، ولا يتعلق شرط التحكيم بالنظام العام فلا يجوز للمحكمة أن تقضى بإعماله من تلقاء نفسها، وإنما يتعين التمسك به أمامها، ويجوز النزول عنه صراحة أو ضمنا، ويسقط الحق فيه فيما لو أثير متأخرا بعد الكلام فى الموضوع إذ يعتبر السكوت عن إبدائه قبل نظر الموضوع نزولا ضمنيا عن التمسك به، ومن ثم فإن الدفع بعدم قبول الدعوى لوجود شرط التحكيم لا يعد دفعا موضوعيا مما ورد ذكره فى المادة 1/115 من قانون المرافعات».

(طعن رقم 9 لسنة 42 ق جلسة 1976/1/6)

(ج) - الدفع بانتفاء الرابطة التى تجيز جمع متعددين فى صحيفة

واحدة:

وإن كان لا يوجد ثمة مانع قانونى من جمع متعددين فى صحيفة واحدة ولو لم يكن بينهم رباط يبرر ذلك، وهو ما سلمت به محكمة النقض⁽¹⁾ إلا أن محكمة

(1) فقد قضت بأن: «إذا كان الطلبان اللذان تضمنتهما الدعوى وإن جمعتهما صحيفة صحيفة واحدة إلا أنهما فى حقيقتهما دعويان مستقلتان كل منهما موجهة إلى فريق من المدعى عليهم ومطلوبا فيها الملكية عن مقدار محدد ومستقل عن المقدار المطلوب فى الدعوى الأخرى كما أن الطلبين لا يعتبران ناشئين عن سبب قانونى واحد لأنه وإن كان السبب فيهما متماثلا وهو الغصب إلا أن الغصب الواقع من المدعى عليهم فى الطلب الأول مستقل بذاته عن الغصب الواقع من المدعى عليهم فى الطلب الآخر لأنه ليس ثمة رابطة من توافق أو اشتراك بين الفريقين المدعى عليهما تربط الفعل الواقع من أحدهما بالفعل الواقع من

النقض اعتبرت الدفع الذى يبدى فى هذا الخصوص دفعا شكليا، لأنه يتضمن اعتراضا على شكل إجراءات الحضور وكيفية توجيهها.

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن:

1- «الدفع بعدم قبول الدعوى لرفعها بصحيفة واحدة من متعددين لا تربطهم رابطة هو فى حقيقته اعتراض على شكل إجراءات الحضور وكيفية توجيهها وهو بهذه المثابة من الدفوع الشكلية وليس دفعا بعدم القبول ومن ثم فالبطلان المترتب على جمع مدعين متعددين لا تربطهم رابطة فى صحيفة واحدة على رأى الذى يقول بالبطلان فى هذه الحالة - هو بطلان نسبى لا يتعلق بالنظام العام. وينبنى على ذلك أن هذا الدفع - كالدفع ببطلان صحيفة الدعوى للتجهيل - يسقط الحق فى التمسك به بعدم إيدائه قبل الكلام فى موضوع الدعوى وأن محكمة أول درجة بقبولها هذا الدفع لا تكون قد استنفدت بالإغائه ولايتها فى نظر الموضوع فإذا استؤنف حكمها وقضت محكمة الاستئناف برفض الدفع وجب عليها أن تعيد الدعوى إلى محكمة الدرجة الأولى لنظر موضوعها الذى لم تقل هذه المحكمة كلمتها فيه ولا تملك المحكمة الاستئنافية التصدى لهذا الموضوع لما يترتب على ذلك من تفويت إحدى درجات التقاضى على الخصوم. فإذا كانت محكمة الاستئناف قد خالفت هذا النظر وتصدت لموضوع الدعوى كان حكمها باطلا ولا يزيل هذا البطلان عدم تمسك الطاعنين أمامها بطلب إعادة القضية إلى محكمة أول

الآخر - متى كان =

= ذلك، فإنه لا ينظر فى تقدير قيمة الدعوى إلى مجموع الطلبين وإنما تقدر باعتبار قيمة كل منهما على حدة».

(طعن رقم 178 لسنة 31 قى جلسة 1966/2/10)

درجة إذ أن مبدأ التقاضى على درجتين هو من المبادئ الأساسية للنظام القضائى التى لا يجوز للمحكمة مخالفتها ولا يجوز للخصوم الاتفاق على خلافها».

(طعن رقم 251 لسنة 26 ق جلسة 1962/3/29)

2- «الدفع بعدم قبول الدعوى لرفعها بصحيفة واحدة من متعددين لا تربطهم رابطة - هو فى حقيقته وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة اعتراض على شكل إجراءات الخصومة وكيفية توجيهها، وهو بهذه المثابة من النوع الشكلى يسقط الحق فى التمسك به بعدم إيدائه قبل الكلام فى موضوع الدعوى، لأن العبرة بحقيقة الدفع ومرماءه، وليس بالتسمية التى تطلق عليه».

(طعن رقم 829 لسنة 50 ق جلسة 1984/2/1)

وينتقد البعض - بحق - هذا القضاء تأسيساً على أنه صادر فى ظل قانون المرافعات الملغى قبل تعديله بالقانون رقم 100 لسنة 1962 الذى كان يحدد الدفع الشكلى فى ثلاثة، وليس من بينها ذلك الدفع الذى ذكرته محكمة النقض⁽¹⁾.

(د) الدفع بعدم دستورية القوانين واللوائح:

تنص المادة (29) من القانون رقم 48 لسنة 1979 بإصدار قانون المحكمة الدستورية العليا على أن:

«تتولى المحكمة الرقابة القضائية على دستورية القوانين واللوائح على الوجه التالى:

(ب) إذا دفع أحد الخصوم أثناء نظر دعوى أمام إحدى المحاكم أو الهيئات ذات الاختصاص القضائى بعدم دستورية نص فى قانون أو لائحة ورأت

المحكمة أو الهيئة أن الدفع جدى أجلت نظر الدعوى وحددت لمن آثار الدفع ميعادا لا يجاوز ثلاثة أشهر لرفع الدعوى بذلك أمام المحكمة الدستورية العليا، فإذا لم ترفع الدعوى فى الميعاد اعتبر الدفع كأن لم يكن».

والدفع بعدم الدستورية من الدفوع الموضوعية المتعلقة بإرساء القاعدة القانونية الواجبة التطبيق، ويبدى فى أية حالة تكون عليها الدعوى، ولكنه لا يتعلق بالنظام العام، ولا تجوز إثارته لأول مرة أمام محكمة النقض.

وقد قضت محكمة النقض بأن:

«المقرر فى قضاء هذه المحكمة أن المحكمة الدستورية العليا هى المختصة دون غيرها بالفصل فى دستورية القوانين واللوائح وأن الدفع بعدم دستورية نص فى قانون أو لائحة غير متعلق بالنظام العام ومن ثم فلا يجوز لصاحب الشأن إثارته أمام محكمة النقض ما لم يكن أبداه أمام محكمة الموضوع».

(طعن رقم 79 لسنة 54ق «أحوال شخصية» جلسة 1988/1/26)

ذات المبدأ: طعن رقم 1704 لسنة 48ق جلسة 1982/2/22

(طعن رقم 6 لسنة 53ق «أحوال شخصية» جلسة 1984/3/13)

(هـ) الدفع بعدم سداد كامل الرسم المقرر لرفع الدعوى:

نصت الفقرة الأولى من المادة (65) مرافعات على أنه: «وعلى المدعى عند تقديم صحيفة دعواه أن يؤدى الرسم كاملا ... إلخ».

غير أن النص لم يضع جزاء على عدم أداء الرسم كاملا عند تقديم صحيفة الدعوى. وقد نصت المادة 13 من القانون رقم 90 لسنة 1944 (المعدل) بالرسوم القضائية فى المواد المدنية على أنه:

«على قلم الكتاب أن يرفض قبول صحيفة الدعوى أو الطعن أو الطلب أو الأمر إذا لم تكن مصحوبة بما يدل على أداء الرسم المستحق كاملا. وتستبعد المحكمة القضية من جدول الجلسة إذا تبين لها عدم أداء الرسم.

وكل ذلك مع عدم الإخلال بما ينص عليه هذا القانون من أحكام مخالفة». وإذا كان تقديم صحيفة الدعوى (أو الطعن أو الطلب أو الأمر) إلى قلم الكتاب دون سداد كامل الرسم هو مجرد مخالفة مالية، فإنه لا يترتب على هذه المخالفة ثمة بطلان، ولا يكون هناك ثمة دفع ببطلان الصحيفة لعدم سداد كامل الرسم.

وكل ما يترتب على هذه المخالفة هو حق المحكمة فى استبعاد الدعوى من الرول⁽¹⁾.

وبهذا رأى قضت محكمة النقض إذ ذهبت إلى أن :

1- «عدم دفع الرسم النسبى - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - لا يترتب عليه البطلان لما هو مقرر من أن المخالفة المالية فى القيام بعمل إجرائى، لا يبنى عليها بطلان هذا العمل، ما لم ينص القانون على البطلان عن هذه المخالفة. وإذ تقضى المادة 2/13 من القانون رقم 90 لسنة 1944 المعدل بالقانون رقم 66 لسنة 1964 بالرسوم القضائية ورسوم التوثيق فى المواد المدنية، بأن تستبعد المحكمة من جدول الجلسة، إذا تبين لها عدم أداء الرسم

(1) قارن الدكتور أبو الوفا ص32 إذ يرى أن الدعوى تعتبر مقبولة وإنما تكون قد فقدت شرطاً من الشروط الشكلية الواجبة، وبعبارة أخرى أداء الرسم كاملاً وفقاً لنص المادة 65 مرافعات هو إجراء شكلى يتطلبه القانون للسير فى إجراءات الدعوى، وحتى تنتج آثارها وهو من الشروط الشكلية المتعلقة بالنظام العام بحيث يتمكن الخصم من التمسك به فى أية حالة تكون عليها الإجراءات، كما يكون على كاتب المحكمة التحقق من أداء الرسم والتحقق من مقداره فى أية حالة تكون عليها الإجراءات. وبعبارة أخرى، أداء الرسم المقرر على الصحيفة هو إجراء من إجراءات رفع الدعوى وللمدعى تكملة الرسم.

دون أن يرد بالنص البطلان جزاء على عدم أداء الرسم، فإنه إذا انتهى الحكم إلى أن تحصيل الرسوم المستحقة هو من شأن قلم الكتاب، فإنه لا يكون معيباً بالبطلان».

(طعن رقم 138 لسنة 37 ق جلسة 1972/4/11)

2- «عدم دفع الرسم المستحق على الدعوى - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - لا يترتب عليه البطلان لما هو مقرر من أن المخالفة المالية في القيام بعمل لا يبنى عليه بطلان هذا العمل ما لم ينص القانون على البطلان عن هذه المخالفة. وإذ تقضى المادة 2/13 من القانون رقم 90 لسنة 1944 المعدل بالقانون رقم 66 لسنة 1964 بشأن الرسوم القضائية ورسوم التوثيق في المواد المدنية بأن تستبعد المحكمة القضية من جدول الجلسة إذا تبين لها عدم أداء الرسم دون أن يرد بالنص البطلان جزاء على عدم أداء الرسم. فإن الحكم المطعون فيه وقد انتهى إلى أن تحصيل الرسوم المستحقة هو من شأن قلم الكتاب لا يكون معيباً بالبطلان».

(طعن رقم 490 لسنة 37 ق جلسة 1973/2/6)⁽¹⁾

(1) أما في ظل قانون المرافعات الملغى فكانت المادة 405 قبل تعديلها بالقانون رقم 100 لسنة 1962 تنص على وجوب أداء رسم الاستئناف كاملاً عند تقديم عريضته وإلا حكمت المحكمة من تلقاء نفسها بالبطلان. فقد جرى النص على أن: «يرفع الاستئناف بعريضة تقدم إلى قلم كتاب المحكمة المختصة بنظره موقعة من محام مقبول للمرافعة أمامها وتشمل عدا البيانات العامة المتعلقة بأسماء الخصوم أو صفاتهم وموطن كل منهم على بيان الحكم المستأنف وتاريخه والأسباب التي بنى عليها الاستئناف وطلبات المستأنف».

أما الدعاوى المنصوص عليها في المادة (118) فيرفع الاستئناف عنها بتكليف بالحضور تراعى فيه الأوضاع المقررة لصحيفة افتتاح الدعوى ويجب أن تشمل

3- «من المقرر في قضاء هذه المحكمة أن المخالفة المالية في القيام بعمل لا يبنى عليها بطلان هذا العمل ما لم ينص القانون على البطلان جزاء على هذه المخالفة والمادة 13 من القانون رقم 90 لسنة 1944 - المعدل بالقانون رقم 66 لسنة 1964 - وقد قضت بأن تستبعد المحكمة القضية من جدول الجلسة إذا تبين لها عدم أداء الرسم إلا أنها خلت من النص على البطلان جزاء على عدم أدائه».

(طعن رقم 1721 لسنة 50 ق جلسة 1984/12/6)

(و) - الدفع بعدم قبول الدعوى لوجوب اتخاذ إجراء قانوني يسبقها :

قد يتطلب القانون قبل إقامة الدعوى اتخاذ إجراء قانوني يسبقها، أو طرح النزاع على لجنة إدارية أو قضائية فيثور البحث عن طبيعة الدفع الذي يبدى في هذه الحالة. ومثال ذلك.

1- قيد عقد الإيجار المفروش بالوحدة المحلية المختصة كشرط للالتجاء إلى القضاء في المنازعات المتعلقة بالعقد :

فقد نصت المادة (42) من القانون رقم 49 لسنة 1977 على أنه :
«على المؤجر أن يطلب قيد عقود الإيجار المفروش التي تبرم تطبيقاً لأحكام المادتين 39،40 لدى الوحدة المحلية المختصة وتلزم هذه الجهة بإخطار مصلحة الضرائب شهرياً بما يتجمع لديها من بيانات في هذا الشأن». ثم أوردت

= صحيفته على بيان الحكم المستأنف وأسباب الاستئناف.

= وعلى المستأنف في الحالتين المنصوص عليهما في الفقرتين السابقتين أداء الرسم بأكمله عند تقديم العريضة.

وإذا لم يحصل الاستئناف على الوجه المتقدم كان باطلاً وحكمت المحكمة من تلقاء نفسها ببطلانه».

المادة (43) على أنه: «لا تسمع دعاوى المؤجر كما لا تقبل الطلبات المقدمة منه الناشئة أو المترتبة على تطبيق أحكام المادتين 39، 40 إلا إذا كانت العقود المبرمة وفقا لها مقيدة على الوجه المنصوص عليه في المادة السابقة. ولا يجوز للمؤجر الاستناد إلى العقود غير المقيدة لدى أية جهة من الجهات».

فالدفع الذى يبدي من المدعى عليه بعدم سماع دعوى المؤجر هو دفع شكلى ببطلان الإجراءات، وليس دفعا بعدم القبول⁽¹⁾.

وهذا ما قضت به الهيئة العامة للمواد المدنية والتجارية والأحوال الشخصية بمحكمة النقض بتاريخ 1989/2/8 فى الطعن رقم 180 لسنة 50 ق فقد جاء به:

«النص فى المادة (42) من القانون 49 لسنة 1977 فى شأن تأجير وبيع الأماكن وتنظيم العلاقة بين المؤجر والمستأجر وفى المادة (43) من ذات القانون - يدل على أن المشرع فرض على المؤجر اتخاذ إجراء معين يتمثل فى وجوب قيد عقد الإيجار المفروش الذى يبرم طبقا لأحكام المادتين 39، 40 من القانون المذكور بالوحدة المحلية المختصة، وفرض على تخلف هذا الإجراء جزاء معيناً هو عدم سماع الدعوى الناشئة أو المترتبة على ذلك العقد استهدف

(1) ويرى الدكتور أبو الوفا ص35 أن هذا الدفع دفع بعدم القبول وليس دفعا شكليا، لأن الإجراءات التى يتطلبها القانون قبل الابتداء فى إجراءات الخصومة لا تعد من إجراءاتها وبالتالي لا يعتبر الدفع بانتقائها دفعا شكليا، فالدفع الشكلى هو فقد المتعلق بإجراءات ذات الخصومة القائمة أمام المحكمة منذ بدايتها إلى حين صدور الحكم فيها. بل إن قيد الإيجار المفروش لا يعتبر من الإجراءات القضائية فكيف يوصف أنه من الإجراءات الشكلية لأية خصومة قائمة. هو فقط شرط لإقامة الدعوى أمام القضاء.

به إحكام الرقابة على الشقق المفروشة ضمانا لتحصيل الضرائب المستحقة على مثل هذا النشاط ولما كان هذا الإجراء الذى أوجبه القانون وحتى تسمع دعوى المؤجر لا صلة له بالصفة أو المصلحة فى الدعوى ولا يتعلق بالحق فى رفعها باعتبار أنه لا يرمى إلى الطعن بانعدام هذا الحق أو سقوطه أو بانقضائه وإنما هو قيد مؤقت إن اتخذ ولو فى تاريخ لاحق على رفع الدعوى استقامت، وبالتالي فإنه يخرج عن نطاق الدفع بعدم القبول ويعد دفعا شكليا».

2- رفع دعوى المطالبة بالتعويض عن نزع الملكية :

تنص المادة (6) من القانون رقم 10 لسنة 1990 بشأن نزع ملكية العقارات للمنفعة العامة على أن: «يتم تقدير التعويض بواسطة لجنة تشكل بكل محافظة بقرار من وزير الأشغال العامة والموارد المائية، من مندوب عن هيئة المساحة رئيسا، وعضوية مندوب عن كل من مديرية الزراعة ومديرية الإسكان والمرافق ومديرية الضرائب العقارية بالمحافظة بحيث لا تقل درجة أى منهم عن الدرجة الأولى ويتم تغيير أعضاء هذه اللجنة كل سنتين. ويقدر التعويض طبقا للأسعار السائدة وقت صدور قرار نزع الملكية، وتودع الجهة طالبة نزع الملكية مبلغ التعويض المقرر خلال مدة لا تجاوز شهرا من تاريخ صدور القرار، خزانة الجهة القائمة بإجراءات نزع الملكية. ويجوز بموافقة الملاك اقتضاء التعويض كله أو بعضه عينا».

ونصت المادة السابعة من القانون على أن: «تعد الجهة القائمة بإجراءات نزع الملكية بعد إيداع مبلغ التعويض المنصوص عليه فى المادة السابقة كشوفا من واقع عملية الحصر والتحديد المنصوص عليها فى المادة (5) من هذا القانون تبين فيها العقارات والمنشآت التى تم حصرها ومساحتها وموقعها وأسماء ملاكها وأصحاب الحقوق فيها ومحال إقامتهم والتعويضات التى قدرتها

اللجنة المنصوص عليها في المادة السابقة، وتعرض هذه الكشوف مرفقا بها خرائط تبين موقع هذه الممتلكات في المقر الرئيسي لهذه الجهة وفي مقر مديرية المساحة أو الإدارة التابعة لها بعاصمة المحافظة الواقع في دائرتها العقار، وفي مقر العمدة وفي مقر الوحدة المحلية لمدة شهر. ويخطر الملاك وذوو الشأن والجهة طالبة نزع الملكية بهذا العرض بكتاب موسى عليه مصحوب بعلم الوصول.

ويسبق هذا العرض بمدة أسبوع إعلان في الوقائع المصرية - ملحق الجريدة الرسمية - وفي جريدتين يوميتين واسعتي الانتشار، يشمل بيان المشروع والمواعيد المحددة لعرض الكشوف والخرائط في الأماكن المذكورة. ويخطر الملاك وأصحاب الحقوق بوجوب الإخلاء في مدة أقصاها خمسة أشهر بكتاب موسى عليه مصحوب بعلم الوصول».

ثم نصت المادة التاسعة على أن لكل من الجهة طالبة نزع الملكية وذوى الشأن من الملاك وأصحاب الحقوق خلال أربعة أشهر من تاريخ انتهاء مدة عرض الكشوف المنصوص عليها في المادة (7) من هذا القانون الحق في الطعن على تقدير التعويض الوارد بكشوف العرض أمام المحكمة الابتدائية الكائن في دائرتها العقارات والمنشآت، ويرفع الطعن وفقا للإجراءات المنصوص عليها في قانون المرافعات، وتتعقد الخصومة في هذا بين الجهة طالبة نزع الملكية وذوى الشأن من الملاك وأصحاب الحقوق فقط، وينظر هذا الطعن على وجه السرعة.

فإذا رفعت دعوى المطالبة بالتعويض مباشرة أمام المحكمة الابتدائية، رغم اتباع جهة الإدارة للإجراءات سالفة الذكر، فإن الدفع الذي يوجه إلى هذه الدعوى إنما يوجه إلى إجراءات الخصومة ويكون دفعا شكليا وليس دفعا بعدم

القبول.

وقد قضت محكمة النقض في ظل القانون رقم 577 لسنة 1954

(الملغى) - بأن :

«الدفع بعدم قبول الدعوى لرفعها مباشرة للمطالبة بالتعويض، عن نزاع الملكية للمنفعة العامة هو في حقيقته دفع ببطلان الإجراءات فهو دفع موجه إلى إجراءات الخصومة وشكلها وكيفية توجيهها وبهذه المثابة يكون من الدفع الشككية وليس دفعا بعدم القبول مما نصت عليه المادة (115) من قانون المرافعات».

(طعن رقم 169 لسنة 47 ق - جلسة 1978/3/9)

3- تقديم طلب إلى لجان فض المنازعات المنطوق عليها بأطاعة 157 طن

القانون رقم 79 لسنة 1975 (المعدل) بإصدار قانون التأمين الاجتماعي

قبل اللجوء إلى القضاء :

نصت المادة المذكورة على أن: «تتشأ بالهيئة المختصة لجان لفحص المنازعات الناشئة عن تطبيق أحكام هذا القانون يصدر بتشكيلها وإجراءات عملها ومكافآت أعضائها قرار من الوزير المختص. وعلى أصحاب الأعمال والمؤمن عليهم وأصحاب المعاشات والمستحقين وغيرهم من المستفيدين، قبل اللجوء إلى القضاء تقديم طلب إلى الهيئة المختصة لعرض النزاع على اللجان المشار إليها لتسويته بالطرق الودية.

ومع عدم الإخلال بأحكام المادة (128) لا يجوز رفع الدعوى قبل مضي

ستين يوما من تاريخ تقديم الطلب المشار إليه».

وهذا الوضع يتعلق بشكل الإجراءات، ومن ثم فهو دفع شكلى وليس دفعا

بعدم القبول.

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

1- «نص المادة 157 من هذا القانون نظم إجراءات معينة فى شأن رفع الدعاوى الخاصة بالمنازعات الناشئة عن تطبيق أحكامه، فيتعين مراعاتها إعمالاً للأثر الفورى المباشر للقانون. لما كان ذلك وكان الثابت أن المطعون ضده أقام الدعوى بتاريخ 1977/7/25 بعد نشر القرار الصادر بتشكيل اللجان المشار إليها، وكان الدفع المبدى من الطاعنة بعدم قبولها لرفعها قبل تقديم طلب إلى الهيئة المختصة لرفع المنازعة على تلك اللجان، هو فى حقيقته دفع ببطلان الإجراءات، فإن هذا الدفع يكون موجهاً إلى إجراءات الخصومة وشكلها وكيفية توجيهها، ويضحي بهذه المثابة من الدفع الشكلى وليس دفعا بعدم القبول مما نصت عليه المادة 115 من قانون المرافعات إذ أن المقصود بالدفع بعدم القبول الذى تعنيه هذه المادة هو - كما صرحت به المذكرة التفسيرية - الدفع الذى يرمى إلى الطعن بعدم توافر الشروط اللازمة لسماع الدعوى وهى الصفة والمصلحة والحق فى رفع الدعوى، باعتباره حقا مستقلا عن ذات الحق الذى ترفع الدعوى بطلب تقريره، كانهدام الحق فى الدعوى أو سقوطه لسبق الصلح فيها أو لانقضاء المدة المحددة فى القانون لرفعها ونحو ذلك مما لا يختلط بالدفع المتعلق بشكل الإجراءات من جهة ولا بالدفع المتعلق بأصل الحق المتنازع عليه من جهة أخرى فالمقصود إذن هو عدم القبول الموضوعى، فلا تنطبق القاعدة الواردة فى المادة (115) مرافعات على الدفع الشكلى الذى يتخذ اسم عدم القبول كما هو الحال فى الدفع المطروح، لأن العبرة بحقيقة الدفع ومرماه، وليس بالتسمية التى تطلق عليه».

(طعن رقم 697 لسنة 52 ق جلسة 1982/11/21)

2- منازعات أصحاب المعاشات والمستحقين عنهم وغيرهم من المستفيدين الناشئة عن تطبيق قانون التأمين الاجتماعى. وجوب عرضها على لجان فض

المنازعات قبل اللجوء إلى القضاء بتقديم طلب إلى الهيئة المختصة لعرض النزاع على اللجنة. عدم اشتراط شكلا له وطريقا معيناً لإثباته».

(طعن رقم 906 لسنة 62 ق جلسة 2003/11/13)

4- تقديم طلب إلى لجان التوفيق المنصوص عليها في القانون رقم 7

لسنة 2000 بإنشاء لجان التوفيق في بعض المنازعات التي تكون الوزارات والأشخاص الاعتبارية العامة طرفا فيها قبل اللجوء إلى القضاء:

تنص المادة الأولى من القانون رقم 7 لسنة 2000 بإنشاء لجان التوفيق في بعض المنازعات التي تكون الوزارات والأشخاص الاعتبارية العامة طرفا فيها على أن: «ينشأ في كل وزارة أو محافظة أو هيئة عامة وغيرها من الأشخاص الاعتبارية العامة لجنة أو أكثر، للتوفيق في المنازعات المدنية والتجارية والإدارية التي تنشأ بين هذه الجهات وبين العاملين بها، أو بينها وبين الأفراد والأشخاص الاعتبارية الخاصة».

وتنص المادة الثانية على أن: «تشكل اللجنة بقرار من وزير العدل، برئاسة أحد رجال القضاء أو أعضاء الهيئات القضائية السابقين من درجة مستشار على الأقل، ممن لا يشغلون وظيفة أو يمارسون مهنة، ومن ممثل للجهة الإدارية بدرجة مدير عام على الأقل أو ما يعادلها، تختاره السلطة المختصة، وينضم إلى عضوية اللجنة الطرف الآخر في النزاع أو من ينوب عنه، فإذا تعدد أشخاص هذا الطرف وجب عليهم اختيار نائب واحد عنهم فإذا تعارضت مصالحهم كان لكل منهم ممثل في اللجنة.

ويجوز عند الضرورة أن تكون رئاسة اللجنة لأحد رجال القضاء أو

أعضاء الهيئات القضائية الحاليين من درجة مستشار على الأقل».

وتنص المادة الرابعة على أن: «عدا المنازعات التي تكون وزارة الدفاع

والإنتاج الحربي أو أى من أجهزتها طرفا فيها وكذلك المنازعات المتعلقة

بالحقوق العينية العقارية وتلك التى تفرد بها القوانين بأنظمة خاصة، أو توجب فضها أو تسويتها أو نظر التظلمات المتعلقة بها، عن طريق لجان قضائية أو إدارية أو يتفق على فضها عن طريق هيئات تحكيم، تتولى اللجان المنصوص عليها فى المادة الأولى من هذا القانون التوفيق بين أطراف المنازعات التى تخضع لأحكامه.

ويكون اللجوء إلى هذه اللجان بغير رسوم».

وتنص المادة التاسعة على أن:

«تصدر اللجنة توصيتها فى المنازعة، مع إشارة موجزة لأسبابها تثبت بمحضرها، وذلك فى ميعاد لا يجاوز ستين يوماً من تاريخ تقديم طلب التوفيق إليها، وتعرض التوصية - خلال سبعة أيام من تاريخ صدورها - على السلطة المختصة والطرف الآخر فى النزاع، فإذا اعتمدتها السلطة المختصة وقبلها الطرف الآخر كتابة خلال الخمسة عشر يوماً التالية لحصول العرض قررت اللجنة إثبات ما تم الاتفاق عليه فى محضر يوقع من الطرفين ويلحق بمحضرها وتكون له قوة السند التنفيذى، ويبلغ إلى السلطة المختصة لتنفيذه».

وتنص المادة الحادية عشرة على أنه:

«عدا المسائل التى يختص بها القضاء المستعجل، ومنازعات التنفيذ والطلبات الخاصة بالأوامر على العرائض، والطلبات الخاصة بأوامر الأداء، وطلبات إلغاء القرارات الإدارية المقترنة بطلبات وقف التنفيذ، لا تقبل الدعوى التى ترفع ابتداء إلى المحاكم بشأن المنازعات الخاضعة لأحكام هذا القانون إلا بعد تقديم طلب التوفيق إلى اللجنة المختصة وفوات الميعاد المقرر لإصدار التوصية، أو الميعاد المقرر لعرضها دون قبول، وفقاً لحكم المادة السابقة».

وبالترتيب على ذلك إذا كان النزاع يندرج ضمن المنازعات سالفة الذكر التى تدخل فى اختصاص لجان التوفيق، فلا تقبل الدعوى من المدعى أمام المحكمة مالم يلجأ إلى اللجنة أولاً.

فإذا لجأ إلى اللجنة، ولم تصدر اللجنة توصيتها خلال ستين يوماً من تاريخ تقديم طلب التوفيق إليها، أو إذا لم يقبل أحد طرفى النزاع توصية اللجنة خلال المدة المشار إليها فى المادة التاسعة أو انقضت هذه المدة دون أن يبدى الطرفان أو أحدهما رأيه بالقبول أو الرفض، يكون لكل من طرفى النزاع اللجوء إلى المحكمة المختصة.

وهذا الوضع يتعلق بشكل الإجراءات، ومن ثم فهو دفع شكلى وليس دفعا بعدم القبول.

القواعد التى تحكم

الدفع الشكلىة (الإجرائية)

12- النص القانونى :

المادة (108) مرافعات :

«الدفع بعدم الاختصاص المحلى والدفع بإحالة الدعوى إلى محكمة أخرى لقيام ذات النزاع أمامها أو للارتباط والدفع بالبطلان وسائر الدفع المتعلقة بالإجراءات يجب إيدؤها معاً قبل إيداء أى طلب أو دفاع فى الدعوى أو دفع بعدم القبول وإلا سقط الحق فيما لم يبد منها. ويسقط حق الطاعن فى هذه الدفع إذا لم يبدّها فى صحيفة الطعن.

ويحكم فى هذه الدفع على استقلال ما لم تأمر المحكمة بضمها إلى الموضوع وعندئذ تبين المحكمة ما حكمت به فى كل منها على حدة. ويجب إيداء جميع الوجوه التى يبنى عليها الدفع المتعلق بالإجراءات معاً وإلا سقط الحق فيما لم يبد منها».

13- القاعدة الأولى:

وجوب إبداء الدفوع الشكلية (الإجرائية) قبل التعرض للموضوع وإلا سقط

الحق في التمسك بها:

طبقا لنص الفقرة الأولى من المادة (108) مرافعات يجب إبداء الدفوع

الشكلية قبل التعرض لموضوع الدعوى.

ومبنى هذه القاعدة أنه ليس من حسن سير القضاء أن يسمح للخصم بعد

الكلام في موضوع الدعوى، بإبداء دفع شكلى متعلق بالإجراءات قد يترتب عليه

زوال الخصومة دون الحكم في موضوعها بعد أن تكون المحكمة قد قطعت

شوطا كبيرا في نظرها وتحقيقها وأوشكت على الانتهاء منها. ذلك أن المحكمة

إذا قضت بالجزاء المقرر قانونا فإنها لن تعرض للموضوع⁽¹⁾ كما أن رعاية

الخصوم تقتضى وجوب التعرض أولا للإجراءات قبل الموضوع حتى لا يظلوا

مهددين بإلغاء الإجراءات بعد التصدى لموضوع الدعوى.

وفضلا عن ذلك فإن تعرض المدعى عليه مباشرة لمناقشة طلب خصمه

وأحقيقته فيه يفترض تنازله عن الجزاء المقرر لما شاب الإجراءات من عيوب⁽²⁾.

(1) رمزى سيف ص 277 - أحمد الصاوى ص 264 وما بعدها.

(2) أبو الوفا ص 119 - أمينة النمر ص 173 - الشرقاوى ص 152 - أبو هيف

ص 380 - وقارن فتحى والى ص 538 فيذهب إلى أن هذا التبرير يخالف ما هو

مقرر من أن النزول عن الحق لا يفترض فضلا عن أنه لو كان الكلام فى

الموضوع يعتبر نزولا ضمنيا عن الدفع لترتب على هذا الكلام سقوط الدفع بعد

إبدائه، فى حين أن من المقرر أنه إذا أبدى الدفع الشكلى فإن الكلام فى الموضوع

بعد ذلك لا يؤدى إلى سقوطه. والواقع أن أساس هذه القاعدة هو تحديد واقعة

معينة هى الكلام فى الموضوع يترتب على تحققها سقوط الحق فى الدعوى.

ويترتب على هذا التكييف أنه يجب تفسير القاعدة تفسيراً ضيقاً، وأن تحقق =

وبذا يسقط حق الخصم فى الدفع إذا لم يعلم بوجود سبب البطلان مع ملاحظة أن المشرع يفترض علم الخصوم بمواطن البطلان متى اتخذ الإجراء فى مواجهته.

وقد قضت محكمة النقض بأن :

1- «إن الدفع بالبطلان الذى جوزت المادة (123) من قانون المرافعات إبداءه قبل الدخول فى موضوع الدعوى، وقضت المادتان 138، 139 مرافعات بسقوط الحق فيه بالحضور أو بالرد على الورقة الباطلة بما يفيد اعتبارها صحيحة، إنما هو الدفع الخاص ببطلان صحيفة افتتاح الدعوى وبطلان أوراق الإجراءات والمرافعات فليس يصح تعديده هذه الأحكام إلى الدفع ببطلان العقود، لأن الدفع يكون عندئذ من الدفع الموضوعية التى يجوز تقديمها فى أية حالة تكون عليها الدعوى، وتطبق عليه أحكام الإجازة الخاصة إذا كان البطلان نسبيا لا مطلقا».

(طعن رقم 88 لسنة 33 - جلسة 1934/12/20)

2- «إذا كان الخصم لم يبد دفعه بعدم اختصاص المحكمة بالنظر فى الدعوى إلا فى نهاية مرافعته أمام محكمة الاستئناف بعد أن كان أبدى طلباته الختامية المتعلقة بأصل الدعوى، فإنه يكون متعينا قانونا على المحكمة أن تقضى بسقوط حقه فى الدفع إعمالا لحكم المادتين 134، 366 من قانون المرافعات لا أن تتعرض للدفع وتفصل فيه ولكن إذا كانت المحكمة قد انتهت إلى القضاء برفض الدفع فإنه إذا كان القضاء بذلك لا يختلف فى نتيجته عن

= الواقعة القانونية يؤدى إلى السقوط بصرف النظر عن إرادة صاحب الدفع فيترتب السقوط ولو لم يعلم بحقه فيه أو بالسبب المنشئ لهذا الحق.

القضاء بالسقوط كان لا جدوى للطاعن من خطأ المحكمة فى أسباب قضائها بالرفض».

(طعن رقم 177 لسنة 17ق - جلسة 1949/3/17)

3- «الدفع ببطلان صحيفة الدعوى للتجهيل بالمدعى به هو فى قانون المرافعات الملغى والقائم على السواء دفع شكلى يجب إيدأؤه قبل التعرض لموضوع الدعوى وإلا سقط الحق فى التمسك به. والبطلان الذى يلحق الصحيفة بسبب هذا التجهيل بطلان نسبى لا يتعلق بالنظام العام وقد اعتبر المشرع الكلام فى الموضوع مسقطا فى جميع الأحوال للحق فى التمسك بهذا الدفع، ومن ثم فإذا كان هذا الدفع لم يبد إلا بعد المرافعة فى دعوى الشفعة وطلب رفضها لانعدام حق الشفعة أصلا ولعدم توافر أسباب طلبها ولسقوط الحق فى طلب الشفعة بعد تقديمه فى الميعاد القانونى ليصير القضاء فى هذه الحالة بسقوط الحق فى الدفع لا برفضه».

(طعن رقم 251 لسنة 26ق - جلسة 1962/3/29)

4- «إذا لم يبد الطاعن دفعه ببطلان صحيفة افتتاح الدعوى لبطلان إعلانها إلا فى آخر جلسات المرافعة وبعد أن تكلم فى موضوع الدعوى وأبدى دفاعه فيها فإن حقه فى هذا الدفع يسقط عملا بنص المادة 141 من قانون المرافعات».

(طعن رقم 290 لسنة 24ق - جلسة 1967/11/30)

5- «الدفع ببطلان صحيفة الدعوى يجب إيدأؤه قبل أى طلب أو دفاع فى الدعوى وإلا سقط الحق فيه طبقا للمادة 141 من قانون المرافعات قبل تعديله بالقانون رقم 100 لسنة 1962 وطبقا للمادة 132 من قانون المرافعات بعد تعديلها بالقانون المذكور».

(طعن رقم 260 لسنة 34ق - جلسة 1968/12/28)

6- «إذا كان الثابت أن صحيفة الاستئناف قدمت إلى قلم الكتاب فى 1971/4/29 وطلبت الطاعة إعلان المستأنف عليهم الثلاثة الأول - المطعون عليهم الثلاثة - فى الموطن المبين بصحيفة دعواهم وتم إعلان المطعون عليهما الأولين فى 1971/5/6، أما المطعون عليها الثلاثة عن نفسها وبصفتها فلم تعلن لأنها لا تقيم بهذا الموطن فأعلنتها الطاعة بالصحيفة فى 1971/12/8 فى مواجهة النيابة غير أنها حضرت بجلسة 1971/10/18 المحددة لنظر الاستئناف أى قبل إعلانها بالصحيفة ودفعت قبل أن تتعرض للموضوع باعتبار الاستئناف كأن لم يكن لعدم تكليفها بالحضور فى خلال ثلاثة أشهر من تقديم الصحيفة إلى قلم الكتاب، كما قدمت مذكرة بذات الجلسة تمسكت فيها بالدفع قبل أن تناقش الموضوع لما كان ذلك فإن النعى - بأن المطعون عليها الثلاثة حضرت بالجلسة الأولى وتحدثت فى الموضوع مما يسقط حقها فى التمسك بالدفع - يكون غير صحيح».

(طعن رقم 516 لسنة 42ق - جلسة 1976/3/23)

7- «الدفع بعدم إعلان صحيفة الدعوى فى الميعاد وفقا للمادة (70) مرافعات قبل تعديلها بالقانون 75 لسنة 1976 من الدفع الشكلى غير المتعلقة بالنظام العام، ويتعين على المتمسك به إبدائه قبل التكلم فى موضوع الدعوى وإلا سقط الحق فيه ويظل هذا الدفع قائما إذا أبدى صحيحا ما لم ينزل عنه المتمسك به صراحة أو ضمنا».

(طعن رقم 707 لسنة 49ق - جلسة 1982/11/18)

8- «إن ما يسقط الحق فى التمسك بالدفع الشكلى وهى التى تتعلق بالإجراءات وتستهدف الطعن فى صحة الخصومة والإجراءات المكونة لها ومنها الدفع بسقوط الخصومة هو - وعلى ما أفصحت عنه المادة 108 من قانون المرافعات - التكلم فى الموضوع وهو ما يكون بإبداء طلب أو دفاع فى

الدعوى يمس موضوعها أو مسألة فرعية فيها أو ينطوى على التسليم بصحتها سواء أبدى كتابة أو شفاهة سواء قصد به النزول عن الدفع أو لم يقصد أو لم ينتبه صاحبها إلى حقه فيها وذلك بتقدير أن تعرض صاحب الدفع لموضوع الدعوى يفصح عن تنازله الضمني عنه».

(طعن رقم 2832 لسنة 59 ق جلسة 1998/6/4)

14- المقصود بالتكلم فى الموضوع الذى يسقط الحلق على التمسك بالدفع

الشكلية:

التكلم فى الموضوع الذى يسقط حق الخصم فى التمسك بالدفع الشكلية، يتحقق بإبداء أى طلب أو دفاع فى الدعوى يمس موضوعها أو مسألة فرعية فيها ينطوى على التسليم بصحتها، سواء أبدى كتابة أو شفاهة. وسواء قصد إلى النزول عن الدفع أو لم يقصد أو لم ينتبه إلى حقه فيها⁽³⁾. وموضوع النزاع يتحدد بالطلب الأسمى والطلبات العارضة.

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن:

1- «التكلم فى الموضوع المسقط للدفع الواجب إبدائه قبل التكلم فى الموضوع إنما يكون بإبداء أى طلب أو دفاع فى الدعوى يمس موضوعها أو مسألة فرعية فيها ينطوى على التسليم بصحتها، سواء أبدى كتابة أو شفاهة، لما كان الحكم المطعون فيه إذ اعتبر طلب الطاعنة تأجيل الدعوى لأكثر من مرة لضم الدعوى رقم قبل تمسكها بشرط التحكيم - تنازلاً ضمناً عن التمسك بهذا الشرط ورتب على ذلك سقوط حقها فى التمسك به، فإنه يكون قد أخطأ فى تطبيق القانون».

(طعن رقم 714 لسنة 47 ق - جلسة 1982/4/26)

(3) محمد كمال عبد العزيز ص 646 - الدناصورى وعكاز ص 398 وما بعدها.

2- «المقرر في قضاء محكمة النقض أن التكلم في الموضوع المسقط للدفع الواجب إيدأؤه قبل التكلم في الموضوع إنما يكون بإبداء أى طلب أو دفاع فى الدعوى أو مسألة فرعية فيها ينطوى على التسليم بصحتها سواء أبدى كتابة أو شفاهة وأن الدفع بعدم قبول الاستئناف لرفعه بعد الميعاد المنصوص عليه فى المادة 227 من قانون المرافعات دفع يتعلق بعمل إجرائى، يرمى إلى سقوط الاستئناف كجزاء على انقضاء الميعاد الذى يتعين القيام به خلاله وهو بهذه المثابة من الدفع الشكلى المتعلقة بالنظام العام وليس دفعا بعدم القبول مما نصت عليه المادة 115 من قانون المرافعات، ولا يعتبر هذا الدفع تعرضا لموضوع الاستئناف يسقط الحق فى التمسك من بعد باعتبار الاستئناف كأن لم يكن لعدم تجديده».

(طعن رقم 273 لسنة 59ق - جلسة 1993/3/11)

ويشترط فى الطلب حتى يعتبر إيدأؤه تعرضا للموضوع أن يكون جازما محددا، دالا بوضوح على أن الخصم الذى تقدم به يناقش موضوع الدعوى، فإن لم يكن كذلك بأن كان غامضا أو احتياطيا⁽⁴⁾، فإنه لا يسقط الحق فى إبداء الدفع الإجرائى إذ يجب تفسير الكلام فى الموضوع تفسيراً ضيقاً⁽⁵⁾.

ويكون الطلب غامضا إذا ادعى الخصم بأن طلبات خصمه لا أساس لها، أو أن لا حق له فيما يطلب مثلاً.

ويكون الطلب احتياطياً، إذا تمسك الخصم بالدفع على نحو واضح يمكن خصمه من إبداء دفاعه فيه ويمكن القاضى من الفصل فيه بتبين أسسه، ثم يتكلم فى الموضوع على سبيل الاحتياط.

(4) نقض 1948/4/21 مشار إليه بمؤلف الدكتور أبو الوفا ص 179 هامش (1).

(5) نبيل عمر ص 591 وما بعدها - فتحى والى ص 539 - أحمد هندى ص 645.

ولقاضي الموضوع تكييف الطلبات التي يبيدها الخصم قبل الدفوع الشكلية للوقوف على ما إذا كانت تعد تعرضا لموضوع الدعوى من شأنه أن يسقط حقه في التمسك بهذه الدفوع أم لا، وهو في هذا التكييف يخضع لرقابة محكمة النقض.

وفي هذا قضت محكمة النقض بأن:

1- «استخلاص النزول الضمني عن الحق في الدفع بانقضاء الخصومة أو بانتقائه هو مما يدخل في سلطة قاضي الموضوع ولا معقب عليه في ذلك من محكمة النقض متى كان استخلاصه سائغا».

(طعن رقم 429 لسنة 34 ق - جلسة 1968/5/23)

2- «لقاضي الموضوع تكييف الطلبات التي يبيدها الخصم قبل الدفوع الشكلية للوقوف على ما إذا كانت تعد تعرضا لموضوع الدعوى من شأنه أن يسقط حقه في التمسك بهذه الدفوع، وهي في هذا التكييف تخضع لرقابة محكمة النقض. وإذ كان قضاء الحكم المطعون فيه بقبول الدفع ببطلان صحيفة الاستئناف دون التعرض في أسبابه لأثر طلبات المطعون عليه السابقة على إبداء هذا الدفع يعد من الحكم قضاء ضمنيا بعدم سقوط حق المطعون عليه تعرضا لموضوع الدعوى أو دفعا بعدم قبول الاستئناف، وأنه لا أثر لها على الدفع الشكلي المثار أمامها بما يؤدي إلى سقوط الحق فيه وفقا للمادة 132 من قانون المرافعات السابق».

(طعن رقم 291 لسنة 36 ق - جلسة 1971/4/27)

فإذا أبدى الخصم الدفع الشكلي، فإنه لا يعد تنازلا منه عن هذا الدفع إبداء دفاع في الموضوع بعد ذلك، ولا يعد سكوت المدعى عليه عن إبداء الدفع الشكلي في الجلسة الأولى التي حضرها تنازلا ضمنيا منه.

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

«طلب المستأنف عليه التأجيل لتقديم مذكرة ومستندات بصيغة عامة. لا يسقط الحق فى الدفع باعتبار الاستئناف كأن لم يكن. سكوته عن إيدائه فى الجلسة الأولى التى حضرها. لا يعتبر تنازلا ضمنيا منه».

(طعن رقم 1533 لسنة 59ق - جلسة 1994/1/30)

كما أن مجرد التأخير فى إيداء الدفع لا يعد تنازلا عنه مالم تلابسه أمور أخرى.

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

«النص فى المادة 108 من قانون المرافعات يدل على أن المشرع حدد الحالات التى يسقط فيها الحق فى إيداء الدفوع الشكلية بحيث لا تسقط فى غيرها ما لم يتنازل صاحب الحق فيها عنها صراحة أو ضمنا وذلك باتخاذ موقف لا تدع ظروف الحال شكا فى دلالته على قصد التنازل ولا يعتبر مجرد التأخير فى إيداء الدفع تنازلا عنه مالم تلابسه أمور أخرى».

(طعن رقم 98 لسنة 57ق - جلسة 1994/6/7)

15- يجب أن يكون التعرض للموضوع المطلق لظلمة الشكلى بطء ثبوت الحق فى الدفع :

يشترط لسقوط الحق فى الدفوع الشكلية بالتعرض للموضوع أن يكون هذا التعرض بعد ثبوت الحق فى الدفع الشكلى كما هو الشأن فى الدفع باعتبار الدعوى كأن لم تكن أو سقوط الخصومة فى الجلسة التى عجلت فيها بعد ستين يوما من شطبها أو ستة أشهر من توقف الإجراءات بفعل المدعى أو امتناعه. أما التعرض للموضوع قبل ثبوت الحق فى الدفع الشكلى فلا يسقط الحق فى هذا الدفع كما هو الشأن فى حالات التعرض للموضوع فى الجلسات السابقة على شطب الدعوى أو وقف الإجراءات بفعل المدعى⁽⁶⁾.

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

«الكلام فى الموضوع المسقط لحق المدعى عليه فى التمسك باعتبار الدعوى كأن لم تكن لعدم تجديدها خلال ستة شهور من تاريخ شطبها، وفقا لنص المادة 91 من قانون المرافعات السابق (الذى يحكم إجراءات الدعوى) هو الكلام فى موضوع ذات الدعوى عند نظرها بعد التجديد نظرا لما يحمله التعرض لموضوعها من معنى الرد على الإجراءات باعتبارها صحيحة وبالتالي النزول عن التمسك باعتبار الدعوى كأن لم تكن، أما إذا أقام المدعى دعوى جديدة - بذات الحق بدلا من تجديد دعواه السابقة فإنه يجوز للمدعى عليه التمسك باعتبار الدعوى السابقة كأن لم تكن فى أى حالة كانت عليها الدعوى الجديدة ولو بعد إبداء دفاعه فى موضوعها إذ لا يفيد الكلام فى موضوع الدعوى الجديدة معنى النزول عن التمسك باعتبار الدعوى السابقة كأن لم تكن. وإذا كان الثابت من الأوراق أن الشركة المطعون ضدها سبق أن أقامت الدعوى رقم بذات الحق المطالب به على ذات الشركة الطاعنة، ففضى بشطبها، ولم تجددتها الشركة المطعون ضدها وإنما أقامت الدعوى الحالية بإجراءات جديدة، فدفعت الشركة الطاعنة بسقوط الحق المطالب به بالتقادم الخمسى متمسكة باعتبار الدعوى السابقة كأن لم تكن، وزوال أثرها فى قطع التقادم لعدم تجديدها فى الأجل المنصوص عليه فى المادة 91 من قانون المرافعات السابق، وكان الحكم المطعون فيه قد قضى برفض هذا الدفاع استنادا إلى أن الشركة الطاعنة لم تتمسك باعتبار الدعوى السابقة كأن لم تكن عند بدء نظر الدعوى الحالية وقبل الكلام فى موضوعها، مما تعتبر معه متنازلة عن التمسك به، وبالتالي تظل الدعوى السابقة محتفظة بكافة آثارها القانونية ومنها قطع التقادم إذ لا يترتب

على شطبها سوى استبعادها من الجدول مع بقاء آثارها القانونية، فإنه يكون قد أخطأ في تطبيق القانون».

(طعن رقم 751 لسنة 42 ق - جلسة 1976/5/3)

16- الكلام المسقط للحق في الدفع الشكلية هو الذي يبدي على موضوع ذات الدعوى:

الكلام المسقط للحق في التمسك بالدفع الشكلى، هو الذى يبدي فى موضوع ذات الدعوى عند نظرها لا فى دعوى أخرى.

وبهذا رأى قضت محكمة النقض فى الطعن رقم 751 لسنة 42 ق جلسة 1976/5/3 (منشور بالبند السابق).

17- الدفع بعدم قبول الدعوى يؤدي إلى سقوط الحق في التمسك بالدفع الشكلية:

الدفع بعدم قبول الدعوى يؤدي إلى سقوط الحق في إبداء الدفع الشكلية طالما أن الدفع الأول أبدى قبل التمسك بالدفع الثانى، فهو يعتبر تعرضاً للموضوع لأن المتمسك به ينكر سلطة خصمه فى إقامة الدعوى وسلطة المحكمة فى نظرها أى يناقش الدعوى ويعتبر هذا تسليماً منه بما اتخذته خصمه فى الدعوى من إجراءات وصحة هذه الإجراءات⁽⁷⁾ فإذا تمسك الخصم بعدم قبول الدعوى لوجود شرط بالتمكين، فلا يستطيع التمسك بالدفع الشكلى بعد ذلك، لسقوط الحق فى التمسك به لأن الفصل فى الدفع الأول لن يبقى بعده خصومة توجه إليه دفع شكلية⁽⁸⁾.

(7) أمينة النمر ص 176 وما بعدها.

(8) نبيل عمر ص 593 - كمال عبد العزيز ص 647.

ويستوى أن يكون الدفع بعدم القبول متعلقا بالإجراءات أو الموضوع، لأن المادة (108) مرافعات لم تفرق بين طوائف الدفع بعدم القبول⁽⁹⁾.

18- الكلام على الموضوع يسقط الحق في التمسك بالدفع الشكلى وظو

صحبته تحفظات في التمسك بالدفع:

إذا تكلم الخصم في الموضوع محتفظا بحقه في التمسك بالدفع فيما بعد، فإنه لا يحفظ بهذا حقه في إبداء الدفع سواء كان تحفظه يعتبر من التحفظات الصريحة المحددة أو من تلك العامة الشائعة. ذلك أن التحفظ ولو كان محددا لا يمكن أن يعتبر تمسكا بالدفع، ولا يؤدي بالتالى إلى تحقيق الهدف من القاعدة محل البحث وهو التخلص من المسائل الإجرائية قبل مناقشة الموضوع⁽¹⁰⁾.

19- الكلام في الموضوع يسقط الحق في التمسك بالدفع الشكلى وظو ورد

في إجراء باطل:

الكلام في الموضوع المسقط لحق الخصم في التمسك بالدفع الشكلى يؤدي إلى هذه النتيجة ولو ورد في إجراء باطل، لأن بطلان الإجراء لا يمنع من أن الكلام في الموضوع قد حدث بالفعل⁽¹¹⁾.

20- لا يسقط الدفع الشكلى إذا تضمنت المذكرة المبدى بها كلاما في الموضوع:

لا يسقط حق الخصم في الدفع الشكلى إذا تضمنت المذكرة التى قدم فيها الدفع الشكلى كلاما في الموضوع، ولو كان الكلام في الموضوع سابقا على الدفع.

(9) نبيل عمر ص 593 - الدناصورى وعكاز ص 399 - وقارن فتحى والى ص 540 فهو يشترط أن يكون الدفع بعدم القبول متعلقا بالإجراءات.

(10) فتحى والى 539 وما بعدها - كمال عبد العزيز ص 647.

(11) الدناصورى وعكاز ص 400 - نبيل عمر ص 593.

21- لا يشترط إبداء الدفع الشكلى فى كل جلسة :

إذا أبدى الدفع الشكلى صحيحا فإنه لا يلزم إيدأؤه بعد ذلك، فيكفى إيدأؤه بجلسة واحدة إذا نظرت الدعوى فى أكثر من جلسة.

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

«استخلاص النزول الضمنى عن الدفع الشكلى من إطلاقات محكمة الموضوع ما دام هذا الاستخلاص قد بنى على أسباب سائغة، ولا يعتبر نزولا ضمنيا عن الدفع الشكلى بعد إيدأئه صحيحا طلب تأجيل الدعوى لتقديم مستندات كما لا يلزم أن يثبت من له حق فى الدفع به فى كل جلسة تالية تمسكه به ما دام قد أبدى صحيحا».

(طعن رقم 707 لسنة 49ق - جلسة 18/11/1982)

22- لا يجوز العدول عن التنازل عن الطدفع الشكلى غير المتعلق بالنظام

العام :

إذا كان الدفع الشكلى مما لا يتعلق بالنظام العام وإنما قرر لمصلحة من شرع لحمايته، وتنازل عنه الخصم صراحة أو ضمنا فإنه لا يجوز له الرجوع عن هذا التنازل والتمسك بالدفع من جديد⁽¹²⁾.

(12) وقد قضت محكمة النقض بأن :

1- «بطلان أوراق التكليف بالحضور لعيب فى الإعلان هو بطلان نسبى مقرر لمصلحة من شرع لحمايته وليس متعلقا بالنظام العام على ما يستفاد من نص المادتين 108، 114 من قانون المرافعات، وبالتالي فلا يجوز للمحكمة أن تقضى به من تلقاء نفسها وإنما يجب على الخصم الذى تقرر البطلان لمصلحته أن يتمسك به أمام محكمة الموضوع، ويجوز له أن ينزل عنه صراحة أو ضمنا، وفى هذه الحالة يزول البطلان طبقا لنص المادة 22 من القانون نفسه، ولا يجوز =

= لمن نزل عن البطلان أن يعود إلى التمسك به. لما كان ما تقدم، وكان الثابت من مدونات الحكم الابتدائي أن طرفي الدعوى قدما مذكرات شارحة لوجهة نظرهم بعد إتمام التحقيق وبعد إحالة الدعوى إلى المحكمة الابتدائية فإن ذلك كاف للقول بنزول الطاعن الأول ضمنا عن التمسك ببطلان إعلانه بصفته من رجال الجيش، ولا يجوز له العودة للتمسك به أمام محكمة الاستئناف، وإذ سائر الحكم المطعون فيه هذا النظر، فإنه لا يعيبه ما أورده بشأن التعويل على قبول شقيقة الطاعن الأول الإعلانات الموجهة إليه دون اعتراض لأنه يعد استطرادا زائدا عن حاجة الدعوى ويستقيم الحكم بدونه».

(طعن رقم 517 لسنة 43 ق - جلسة 1977/3/16)

2- «إعلان الرغبة في الأخذ بالشفعة لا يعدو أن يكون من أوراق المحضرين، يسرى عليه ما يسرى على تلك الأوراق من أحكام الصحة والبطلان المنصوص عليها في قانون المرافعات، والنص في الفقرة الثانية من المادة 20 من القانون المشار إليه على أنه «لا يحكم بالبطلان رغم النص عليه إذا ثبت تحقق الغاية من الإجراء» وفي المادة 22 منه على أن «يزول البطلان إذا نزل عنه من شرع لمصلحته صراحة أو ضمنا وذلك فيما عدا الحالات التي يتعلق فيها البطلان بالنظام العام مفاده أن المشرع - وعلى ما أوضحتها المذكرة الإيضاحية - قدر أن الشكل ليس سوى وسيلة لتحقيق غاية معينة فالقانون عندما يتطلب شكلا معيناً فإنما يرمى إلى تحقيق غاية يحققها توافر هذا الشكل أو البيان، وإذا ثبت تحقق الغاية رغم تخلف الشكل أو البيان فإن من التمسك بالشكليات القضاء بالبطلان، كما رأى المشرع أن يجيز لمن شرع البطلان لمصلحته أن ينزل عنه صراحة أو ضمنا إلا إذا تعلق بالنظام العام، وإذا كان الثابت أن إعلان الرغبة في الأخذ بالشفعة وجهه الطاعنان إلى المطعون ضده الأخير بتاريخ 1971/10/20 في محل تجارته وليس في موطنه فرد عليه بإعلان وجهه إليهما في 1971/11/3 أقر فيه أنه تلقى إعلان الرغبة ولاحظ على بياناته مجانبتها للحقيقة فسارع إلى تصحيحها، وعرض على الطاعنين الحلول محله في عقد البيع بالثمن الحقيقي =

23- أمثلة للتكلم فى الموضوع الذى يترتب عليه سقوط الحلق فى التمسك بالدفع الشكلى :

= والنققات الحقيقية دون الفقرة الثانية من المادة (20) من القانون المشار إليه على أنه «لا يحكم بالبطلان رغم النص عليه إذا ثبت تحقيق الغاية من الإجراء». وفى المادة (22) منه على أن «يزول البطلان إذا نزل عنه من شرع لمصلحته صراحة أو ضمنا وذلك فيما عدا الحالات التى يتعلق فيها البطلان بالنظام العام». مفاده أن المشرع - وعلى ما أوضحته المذكرة الإيضاحية - قدر أن الشكل ليس سوى وسيلة لتحقيق غاية معينة فالقانون عندما يتطلب شكلا معينا أو بيانا معينا فإنما يرمى إلى تحقيق غاية يحققها توافر هذا الشكل أو البيان، وإذا ثبت تحقق الغاية رغم تخلف هذا الشكل أو البيان فإن من التمسك بالشكليات القضاء بالبطلان، كما رأى المشرع أن يجيز لمن شرع البطلان لمصلحته أن ينزل عنه صراحة أو ضمنا إلا إذا تعلق بالنظام العام، لما كان ذلك وكان الثابت أن إعلان الرغبة فى الأخذ بالشفعة وجهه الطاعنان إلى المطعون ضده الأخير بتاريخ 1971/10/20 فى محل تجارته وليس فى موطنه، فرد عليه بإعلان وجهه إليهما فى 1971/11/3 أقر فيه بأنه تلقى إعلان الرغبة ولاحظ على بياناته مجانبتها للحقيقة فسارع إلى تصحيحها وعرض على الطاعنين الحلول محله فى عقد البيع بالثمن الحقيقى والنققات الحقيقية دون أن يتمسك بأى اعتراض أو تحفظ فى شأن بطلان إعلان الرغبة، مما يدل على تحقيق الغاية التى يبتغيها المشرع من وراء هذا الإجراء وعلى نزول من وجه إليه عما اعتراه من بطلان نسبى شرع لمصلحته، فإن الحكم المطعون فيه إذ خالف هذا النظر وانتهى إلى تأييد القضاء بسقوط الحق فى الشفعة لبطلان إعلان إبداء الرغبة فيها يكون قد خالف القانون وأخطأ فى تطبيقه بما يوجب نقضه دون حاجة إلى بحث باقى أسباب الطعن».

- (1) طلب التأجيل للاطلاع على مستند معين قدمه خصمه.
- (2) طلب التأجيل لتقديم مستندات لإبراء الذمة من الدين كله أو بعضه⁽¹³⁾.
- (3) طلب التأجيل للصلح أو لإدخال ضامن⁽¹⁴⁾.
- (4) عرض أداء المطلوب منه.
- (5) طلب الخصم رفض طلبات خصمه، أو طلب مناقشة طلبات الخصم الموضوعية.
- (6) تفويض المحكمة بشأن طلبات المدعى لتحكم بما تراه⁽¹⁵⁾.
- (7) تقديم مذكرة بدفاع الخصم إذا لم يتم التمسك بالدفع في هذه المذكرة. ويكفى أن تتضمن المذكرة إبداء طلب عارض.
- (8) طلب المدعى عليه ضم الدعوى إلى دعوى أخرى إذا كانت القضيتان مطروحتين أمام دائرتين في محكمة واحدة. لأن المدعى عليه هنا يسلم بصحة الإجراءات وقيامها أمام محكمة مختصة⁽¹⁶⁾.
- (9) طلب وقف الدعوى اتفاقاً، أو طلب وقفها للفصل في مسألة موضوعية، ذلك أن المشرع إذ يجيز لطرفي الخصومة الاتفاق على وقفها يفترض أنها انعقدت صحيحة وظاهر أيضاً أن المدعى عليه لا تكون له مصلحة في وقف الخصومة إذا كانت إجراءاتها مشوبة إذ تكون من مصلحته في هذه الحالة أن يتمسك أولاً وقبل الرضاء بالوقف بالدفع فيتخلص من الخصومة بغير حكم في موضوعها.
- ويؤيد الاتجاه المتقدم أن المادة (128) مرافعات تقرر أن الوقف لا يؤثر في

(13) نبيل عمر ص 59.

(14) أحمد هندی ص 645.

(15) كمال عبد العزيز ص 646 - فتحى والى ص 538.

(16) أبو الوفا ص 175.

أى ميعاد حتمى يكون القانون قد حدده لإجراء ما⁽¹⁷⁾.

10) إذا أغفلت المحكمة الفصل فى طلب موضوعى، وتقدم المدعى بطلب عملاً بالمادة (193) مرافعات فإن حق المدعى عليه فى التمسك بعدم اختصاص المحكمة محلياً يسقط إذا كان قد تكلم فى الموضوع عند نظر الطلبات الأخرى من قبل، وذلك حتى لا يضار المدعى من إغفال الفصل فى الطلب الموضوعى رغم أنه ليس له يد فى هذا الصدد، وحتى تفصل المحكمة فى جميع طلبات المدعى وكثيراً ما تكون مرتبطة بحيث تكون العدالة أن تفصل فيها هيئة واحدة.

هذا فضلاً عن أن إعادة تقديم الطلب إلى ذات المحكمة التى أغفلته ينشئ حالة قانونية هى فى الواقع استمرار للخصومة الأولى التى انتهت بصدر الحكم الذى أغفله، وتعود للخصوم حقوقهم بصدها، ويعتد بما سقط فيها ويكون للمحكمة ذات اختصاصها النوعى والمحلّى الذى ثبت لها بمقتضى رفع الدعوى الأصلية. والمادة (193) تؤكد هذا المعنى فهى تنص على أنه إذا أغفلت المحكمة الحكم فى بعض الطلبات الموضوعية جاز لصاحب الشأن تكليف خصمه الحضور أمامها لنظر هذا الطلب والحكم فيه⁽¹⁸⁾.

11) التمسك بما من شأنه أن يؤدى إلى زوال الخصومة بغير حكم فى موضوعها، كما إذا تمسك الخصم بإسقاط الخصومة عملاً بنص المادة (134) وما بعدها، أو بانقضاء الخصومة بالتقادم عملاً بنص المادة (140)، أو باعتبارها كأن لم تكن بسبب بقائها مشطوبة ستين يوماً

(17) أبو الوفا ص 178.

(18) أبو الوفا ص 176 وما بعدها.

(م82)، أو وجوب عرضها على محكمين⁽¹⁹⁾.

24- أمثلة لما لا يعتبر تكلماً في الموضوع ولا يترقب عليه بطلان الحق في

التمسك بالدفع الشكلى :

1- طلب التأجيل لتقديم مستندات ومذكرات بصفة عامة، لأن هذا الطلب لا يدل بذاته عما إذا كان الهدف منه هو التمهيد لإبداء الدفع أو مواجهة الموضوع.

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

(أ) - «طلب التأجيل لتقديم مستندات ومذكرات بصفة عامة لا يعتبر تعرضاً للموضوع مما يسقط الحق في الدفع بانقضاء الخصومة لأن الطلب على هذه الصورة لا يدل بذاته عما إذا كان الهدف منه هو التمهيد لإبداء الدفع أو مواجهة الموضوع».

(طعن رقم 429 لسنة 34 قى جلسة 1968/5/23)

(ب) - «سقوط الخصومة لمضى أكثر من سنة على آخر إجراء صحيح فى الدعوى، هو - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - جزاء فرضه المشرع على المدعى ومن فى حكمه كالمستأنف الذى يتسبب فى عدم السير فى الدعوى بفعله أو امتناعه مدة سنة، وهو مما يتصل بمصلحة الخصوم فلا يجوز للمحكمة أن تنزله على واقعة الدعوى إلا إذا تمسك به صاحب المصلحة فيه الذى يملك التنازل عنه صراحة أو ضمناً بأن يصدر عنه ما يستفاد على وجه القطع واليقين أنه يعتبر الخصومة قائمة منتجة لآثارها ويدل

(19) أبو الوفا ص 176 - الدناصورى وعكاز ص 399 - محمد كمال عبد العزيز

على قبوله ورضاه ورغبته فى متابعة السير فى الدعوى والتعرض لموضوع النزاع وطلب التأجيل للاطلاع على المستندات المقدمة من أحد الخصوم أو لتبادل المذكرات أو طلب شطب الاستئناف لتخلف المستأنفين عن الحضور لا يعتبر تعرضا لموضوع النزاع وتنازلا ضمنيا عن الدفع بسقوط الخصومة».

(طعن رقم 1011 لسنة 52 ق جلسة 1985/12/4)

(أنظر أيضا طعن رقم 291 لسنة 36 ق جلسة 1971/4/27 المنشور بهذا البند - وراجع طعن رقم 533 السنة 59 ق جلسة 1994/1/30 المنشور ببند 14).

2- طلب التأجيل للاطلاع والاستعداد.

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن:

«وكان مجرد طلب التأجيل للاطلاع ولتقديم مستندات دون بيان لموضوعها لا يعد تعرضا لموضوع الدعوى، كما أن طلب التأجيل لتقديم شهادة ببيان تاريخ تقديم صحيفة الاستئناف إلى قلم المحضرين للتحقق مما إذا كان الاستئناف قد رفع بعد الميعاد لا يعتبر دفعا بعدم القبول، فإن الحكم المطعون فيه يكون صحيحا فيما انتهى إليه فى هذا الخصوص».

(طعن رقم 291 لسنة 36 ق جلسة 1971/4/27)

3- طلب التأجيل لضم شكوى أو دعوى⁽²⁰⁾.

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن:

«التكلم فى الموضوع المسقط للدفع الواجب إيدأؤه قبل التكلم فى الموضوع

(20) وعكس ذلك الدناصورى وعكاز ص 399 - محمد كمال عبد العزيز ص 646.

إنما يكون بأداء أى طلب أو دفاع فى الدعوى يمس موضوعها أو مسألة فرعية فيها ينطوى على التسليم بصحتها سواء أبدى كتابة أو شفاهة، لما كان ذلك، وكان الحكم المطعون فيه إذ اعتبر طلب الطاعنة تأجيل الدعوى لأكثر من مرة لضم الدعوى رقم وقبل تمسكها بشرط التحكيم - تتازلا ضمينا عن التمسك بهذا الشرط ورتب على ذلك سقوط حقها فى التمسك به، فإنه يكون قد أخطأ فى تطبيق القانون».

(طعن رقم 714 لسنة 47 ق جلسة 1982/4/26)

4- طلب رد القاضى عند نظر الدعوى لقيام سبب من أسباب الرد التى وردت فى القانون، وتقتضى هذا الفهم المادة 151 التى توجب تقديم طلب الرد قبل تقديم أى دفع أو دفاع وإلا سقط حق طالبه فيه.

وعلة هذا النص هى أن إيداء أى دفع أو التكلم فى الموضوع يتنافى حتما مع طلب الرد لأنه رضاء بتولى القاضى الفصل فى الدعوى⁽²¹⁾.

5- الطعن بالتزوير فى العمل الإجرائى بقصد إثبات تعيبه توصلا إلى التمسك ببطالانه.

6- قيام المدعى عليه بإعلان المدعى الذى تخلف عن الحضور فى الجلسة الأولى المحددة لنظر الدعوى بالجلسة الجديدة.

7- التعرض للموضوع من جانب خصم آخر.

8- المنازعة فى سلطة الوكيل فى الحضور عن الخصم، لأن البديهى أن يبدأ الخصم أولا بالتحقق من سلطة هذا الذى يحضر نيابة عن خصمه، كما يتعين على المحكمة أن تتحقق منه قبل البحث فى شكل الدعوى.

9- طلب اتخاذ إجراءات وقتية تحفظية طالما أن المدعى عليه قد تحفظ بالنسبة لمسألة الاختصاص.

10- طلب المدعى عليه التأجيل لانقطاع الخصومة ليتمكن من إعلان من يقوم مقام المدعى الذي قام به سبب من أسباب الانقطاع.

11- طلب تأجيل الدعوى لاتخاذ صفة إذا كان القانون الواجب التطبيق في مسائل الأحوال الشخصية يحدد ميعادا للشخص لاتخاذ صفة وفقا للمادة (4) مرافعات.

12- مجرد حضور الخصم أمام المحكمة لا يسقط حقه في الدفع الشكالية، ما لم ينص القانون على غير ذلك.

وفي هذا قضت الهيئة العامة للمواد المدنية والتجارية والأحوال الشخصية بمحكمة النقض بتاريخ 1992/3/8 في الطعن رقم 2293 لسنة 55ق بأن:

«إذا كان البين من مدونات الحكم المطعون فيه أن الطاعنة لم تعلن بصحيفة الاستئناف وخلت الأوراق مما يفيد أنها تنازلت صراحة أو ضمنا عن حقها في إعلانها بصحيفته خلال ثلاثة أشهر من تاريخ تقديمها إلى قلم الكتاب فإن الحكم المطعون فيه إذ قضى برفض هذا الدفع - باعتبار الاستئناف كأن لم يكن لعدم إعلانها بصحيفته خلال ثلاثة أشهر من تاريخ تقديمها إلى قلم الكتاب - وفصل في موضوع الاستئناف على سند من القول بأن حضورها بالجلسة من شأنها تصحيح البطلان يكون - وعلى ما سلف بيانه - قد خالف القانون».

كما قضت محكمة النقض بأن:

1- «المقرر في قضاء محكمة النقض أن المادة 108 من قانون المرافعات إذ نصت على وجوب إيداء الدفع بعدم الاختصاص المحلى قبل إيداء أى طلب أو دفاع في الدعوى وإلا سقط الحق فيه فقد دلت على أن هذا الدفع لا يتعلق بالنظام العام وإنما يتعين التمسك به قبل غيره من الدفع وقبل التكلم فى

موضوع الدعوى وإلا سقط الحق فيه كما يجوز النزول عن التمسك به صراحة أو ضمنا. لما كان ذلك وكان الثابت من الأوراق أن الشركة الطاعنة قد مثلت بوكيلها أمام محكمة أول درجة ولم يدفع الدعوى بعدم اختصاص المحكمة محلها بنظرها وبالتالي فإن حقها في التمسك بهذا الدفع يكون قد سقط وإذ قضى الحكم المطعون فيه برفض هذا الدفع فإنه يستوى مع الحكم بسقوطه ويكون قد انتهى إلى نتيجة صحيحة ومن ثم يضحى النعى بهذا الوجه على غير أساس».

(طعن رقم 3908 لسنة 70 ق جلسة 2001/5/9)

2- «إذا كان مجرد حضور الخصم أو من ينوب عنه في جلسة سابقة على إبداء الدفع باعتبار الدعوى أو الاستئناف كأن لم يكن دون أن يتكلم في الموضوع ووقف من أيهما موقفا سلبيا، فإن ذلك لا يعد تعرضا منه للموضوع أو تنازلا عن الدفع إذ لا ينسب لساكت قول، لما كان ذلك، وكان الحكم المطعون فيه قد خالف هذا النظر واعتبر أن مجرد حضور محام عن الطاعنين في الجلسة السابقة على إبدائه الدفع باعتبار الاستئناف كأن لم يكن ووقفه موقفا سلبيا عند استجواب المحكمة لمحامي المطعون ضده في الاستئناف ما يفيد إسقاط حق الطاعنين في التمسك بهذا الدفع ورتب على ذلك قضاءه برفضه فإنه يكون قد أخطأ في تطبيق القانون».

(طعن رقم 325 لسنة 58 ق جلسة 2001/5/13)

13- تكلم المدعى عليه في موضوع الدعوى في خطاب أو إنذار ولو كان على يد محضر وجهه إلى المدعى، ولو كان تاليا لعلمه بإقامة الدعوى عليه، لأن الذى يسقط الدفوع الشكلية هو التكلم في الموضوع أمام المحكمة⁽²²⁾.

25- لا يشترط إبداء الدفوع الشكلية وفق ترتيب معين:

كان قانون المرافعات الملغى قبل تعديله بالقانون رقم 100 لسنة 1962

ينص على ترتيب معين للدفع الشكلية يجب مراعاته وإلا سقط الحق فيما تأخر إيدأؤه عن ترتيبه الذى نص عليه⁽¹⁾.

غير أن القانون رقم 100 لسنة 1962 والقانون الجديد أوجبا إيداء الدفع الشكلية معا قبل التكلم فى الموضوع ولم يوجبا إيداءها وفقا لترتيب معين، فالمهم أن تبدى الدفع الشكلية معا كما سنرى، وإلا سقط حق الخصم فيما لم يبد منها.

26- قضاء المحكمة بالسقوط من تلقاء نفسها :

جزاء مخالفة هذه القاعدة، وهى وجوب إيداء الدفع الشكلية قبل التكلم فى الموضوع، هو سقوط الحق فى الدفع الشكلية، وهذا الجزاء يتعلق بالنظام العام، فيجب على المحكمة القضاء به من تلقاء نفسها ولو لم يتمسك به الخصوم، ولا يجوز للأخيرين التنازل عنه صراحة أو ضمنا.

27- استثناءات من القاعدة السابقة :

يستثنى من القاعدة السابقة، وهى وجوب إيداء الدفع الشكلية قبل التكلم فى الموضوع، وإلا سقط الحق فيها ما يأتى:

(أ) - الدفع المتعلقة بالنظام العام :

(1) فكانت المادة 133 الملغاة بالقانون رقم 100 لسنة 1962 تنص على أن: «الدفع «الدفع بعدم الاختصاص المحلى والدفع بإحالة الدعوى إلى محكمة أخرى لقيام ذات =

= النزاع أمامها أو لقيام دعوى أخرى مرتبطة بها يجب إيدأؤها معا قبل الدفع ببطلان ورقة التكليف بالحضور وقبل إيداء أى طلب أو دفاع فى الدعوى أو فى الطلب المعارض الذى يوجه إليه الدفاع وإلا سقط الحق فيهما. ويسقط حق المعارض أو المستأنف فى هذين الدعين إذا لم يبدهما فى صحيفة المعارضة أو الاستئناف».

يستثنى من هذه القاعدة الدفوع المتعلقة بالنظام العام، كالدفع بعدم الاختصاص الولائي أو النوعي أو القيمي أو الدفع ببطلان صحيفة الدعوى لعدم توقيعها من محام. فهذه الدفوع يجوز إيدؤها في أية حالة تكون عليها الدعوى، بل يجوز للخصوم والنيابة العامة إيدؤها لأول مرة أمام محكمة النقض، ولمحكمة النقض التصدى لها من تلقاء نفسها ولو لم ترد بصحيفة الطعن.

إلا أنه يشترط لقبول الدفوع المتعلقة بالنظام العام لأول مرة أمام محكمة النقض ألا يخالطها عنصر واقعي لم يسبق عرضه على محكمة الموضوع، لأن محكمة النقض لن يتسنى لها التحقق من قيام الدفع بالخوض في وقائع النزاع وصولاً إلى الوقوف على مدى توافر شرائطه، وبمعنى آخر يشترط أن تتوافر عناصر الفصل في الدفع من الوقائع والأوراق التي سبق عرضها على محكمة الموضوع.

وفي هذا قضت محكمة النقض بأن:

1- «قبول السبب المتعلق بالنظام العام لأول مرة أمام محكمة النقض مشروط ألا يخالطه عنصر واقعي لم يسبق عرضه على محكمة الموضوع».

(طعن رقم 1083 لسنة 52 ق جلسة 1986/2/6)

2- «لمحكمة النقض من تلقاء نفسها ولكل من الخصوم والنيابة إثارة الأسباب المتعلقة بالنظام العام ولو لم يسبق التمسك بها أمام محكمة الموضوع أو في صحيفة الطعن متى توافرت عناصر الفصل فيها من الوقائع والأوراق التي سبق عرضها على محكمة الموضوع ووردت هذه الأسباب على جزء منه أو حكم سابق عليه لا يشملها الطعن واكتسب قوة الشيء المحكوم فيه».

(طعن رقم 1126 لسنة 53 ق جلسة 1987/6/30)

3- «لئن كان التكليف بالوفاء أمر متعلق بالنظام العام، إلا أنه يشترط لقبول

الأسباب القانونية المتعلقة بالنظام العام لأول مرة أمام محكمة النقض ألا يخالطها واقع لم يسبق طرحه على محكمة الموضوع وإذ خلت الأوراق مما يُفيد سبق تمسك الطاعن أمام محكمة الموضوع ببطلان التكاليف بالوفاء لاشتماله على المطالبة بقيمة استهلاك المياه بما يجاوز القيمة التي يلزم بها المستأجر قانوناً وهو واقع لم يسبق عرضه عليها ومن ثم فإن النعى ببطلان التكاليف بالوفاء على هذا الأساس يكون سبباً جديداً مما لا يجوز إثارتَه لأول مرة أمام محكمة النقض».

(طعن رقم 1283 لسنة 59 ق جلسة 1990/3/28)

4- «مفاد نص المادة (253) من قانون المرافعات أنه يجوز للخصوم - كما هو الشأن بالنسبة للنيابة العامة ولمحكمة النقض - إثارة الأسباب المتعلقة بالنظام العام ولو لم يسبق التمسك بها أمام محكمة الموضوع أو في صحيفة الطعن متى توافرت عناصر الفصل فيها من الوقائع والأوراق التي سبق عرضها على محكمة الموضوع ووردت هذه الأسباب على الجزء المطعون فيه من الحكم وليس على جزء آخر منه أو حكم سابق عليه لا يشملُه».

(طعن رقم 1363 لسنة 54 ق «هيئة عامة» جلسة 1990/5/15)

5- «لئن كان الأصل أنه لا يجوز التمسك بأى سبب للنقض لم يبد بصحيفة الطعن إلا أنه يستثنى من الحظر الأسباب المتعلقة بالنظام العام فهذه يجوز إيدؤها في أى وقت وتأخذ المحكمة بها من تلقاء نفسها، لما كان ذلك وكان الدفع بعدم دستورية القوانين غير متعلق بالنظام العام ومن ثم يكون إيدؤه في جلسة المرافعة غير مقبول عملاً بنص الفقرة الثالثة من المادة (253) من قانون المرافعات».

(طعن رقم 2215 لسنة 56 ق جلسة 1993/4/29)

6- «أسباب الطعن المتعلقة بالنظام العام. لمحكمة النقض والخصوم والنيابة إثارتها ولو لم يسبق التمسك بها أمام محكمة الموضوع أو فى صحيفة الطعن شرطه. توافر عناصر الفصل فيها من وقائع وأوراق سبق عرضها على محكمة الموضوع وورودها على الجزء المطعون فيه من الحكم».

(طعن رقم 1305 لسنة 60 ق جلسة 1993/5/13)

(ب) - الدفع بانعدام الإجراء:

إذا كان الإجراء منعدماً، فإنه لا يتعين إبداء الدفع بالانعدام قبل التكلم فى الموضوع، وإنما يجوز إيدأؤه فى أية مرحلة من مراحل الدعوى، لأن المعدوم لا يترتب أى أثر ولا تلحقه أى حصانة.

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن:

1- «الدفع بالبطلان وسائر الدفوع المتعلقة بالإجراءات التى يسقط حق المستأنف فى التمسك بها، ما لم يبدها فى صحيفة الاستئناف عملاً بالمادة (108) من قانون المرافعات لا تشمل الدفع بانعدام الإجراء لأن المعدوم لا يترتب أى أثر ولا تلحقه أية حصانة كما لا يشمل الدفوع المتعلقة بالنظام العام لأن لكل ذى مصلحة التمسك بها فى أية حالة كانت عليها الإجراءات».

(طعن رقم 1058 لسنة 45 ق جلسة 1982/4/22)

2- «الخصومة لا تقوم إلا بين طرفين من الأحياء، فلا تتعد أصلاً إلا بين أشخاص موجودين على قيد الحياة وإلا كانت معدومة لا تترتب أثراً ولا يصححها إجراء لاحق، وعلى من يريد عقد خصومة أن يراقب ما يطرأ على خصومه من وفاة أو تغيير فى الصفة قبل اختصامهم ومن ثم فإن الدفع المتعلق بانعقاد الخصومة بين أطرافها الواجب اختصامهم قانوناً لا يعتبر بذلك من الدفوع المنصوص عليها فى المادة (108) من قانون المرافعات التى يسقط حق الطاعن فيها إذا لم يبدها فى صحيفة الطعن».

(طعن رقم 1017 لسنة 48 ق جلسة 14/2/1979)

(ج) - إذا نص المشرع على عدم سقوط الظدفع الشكلى بإبداء طلب أو دفاع في الموضوع:

ومثل ذلك حالة تأجيل الدعوى لاتخاذ صفة عملا بالمادة الرابعة مرافعات التى تقضى بأن: «إذا كان القانون الواجب التطبيق فى مسائل الأحوال الشخصية يحدد للخصم ميعادا لاتخاذ صفة كان له أن يطلب تأجيل الدعوى حتى ينقضى هذا الميعاد وذلك دون إخلال بحقه فى إبداء ما لديه من دفعات بعد انتهاء الأجل».

ومثال ذلك أيضا حالة رد القاضى (راجع فى التفصيل بند 24).

(د) الأحوال التى يسقط فيها الحلق على التمسك بطلان بمجرّد حضور الخصم:

وهذه الأحوال وردت على سبيل الحصر فى المادة (114) مرافعات، والتى تقضى بأن:

«بطلان صحف الدعاوى وإعلانها وبطلان أوراق التكاليف بالحضور الناشئ عن عيب فى الإعلان أو فى بيان المحكمة أو فى تاريخ الجلسة يزول بحضور المعلن إليه فى الجلسة أو بإيداع مذكرة بدفاعه».

28- القاعدة الثانية:

وجوب إبداء جميع الدفع الشكلى معا وإلا سقط الحق فيما لم يبد منها:

أوجبت الفقرة الأولى من المادة (108) مرافعات إبداء جميع الدفع المتعلقة بالإجراءات (الدفع الشكلى) معا قبل إبداء أى طلب أو دفاع فى الدعوى أو دفع بعدم القبول وإلا سقط الحق فيما لم يبد منها. وهذه الدفع يجب أن تبدى معا، سواء أبديت بصحيفة أو بمذكرة أو شفاهة مع إثباتها بمحضر الجلسة. ورأينا أنه

لا يلزم إبداء هذه الدفوع وفق ترتيب معين، طالما أبديت معا. فإذا أبدى الخصم أى دفع شكلى سقط حقه فى إبداء الدفوع الشكلية الأخرى، ما لم يكن الدفع شكلى متعلقا بالنظام العام⁽¹⁾، أو كان الحق فى إبدائه لم ينشأ إلا بعد التكلم فى الموضوع.

ويجب إبداء الدفوع الشكلية قبل التكلم فى الموضوع أمام المحكمة التى يرفع إليها النزاع أولا بحيث إذا أحييت الدعوى بعدئذ إلى محكمة أخرى فلا يملك إلا التمسك بالدفوع التى ينشأ الحق فى الإدلاء بها بعد الكلام فى الموضوع، وذلك لأن مقتضى الإحالة أن تنتقل الدعوى بحالتها إلى المحكمة المحال إليها الدعوى، وبما اشتملت عليه من دفوع وطلبات، كما سنرى. والغرض المقصود من هذه القاعدة عدم السماح للمدعى عليه بالتراخى فى إبداء الدفوع التى لا تمس أصل الحق معا.

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن:

«المقرر فى قضاء هذه المحكمة أن الدفع ببطلان صحيفة الدعوى وكذلك الدفع باعتبار الدعوى كأن لم تكن كل منهما مختلف فى جوهره عن الآخر وكلاهما من الدفوع الشكلية التى يتعين إداؤها معا قبل التعرض للموضوع وإلا سقط الحق فيما لم يبد منها، كما أنه يتعين وفقا لنص الفقرة الثالثة من المادة (108) من قانون المرافعات إبداء جميع الوجوه التى يبنى عليها الدفع المتعلق بالإجراءات معا وإلا سقط الحق فيما لم يبد منها، ولما كان المطعون ضدها عندما أبدت الدفع باعتبار الاستئناف كأن لم يكن فى أول جلسة حضرتها أمام محكمة الاستئناف - فقد أقامته على أن صحيفته أعلنت لها بعد الميعاد القانونى

(1) أحمد هندى ص 647 - أحمد الصاوى ص 265.

ثم عادت فى جلسة أخرى وتمسكت بذات الدفع مؤسسة إياه على بطلان إعلانها بصحيفة الاستئناف لأن المحضر لم يثبت غيابها عند مخاطبته لابنتها وقت إجراء الإعلان ولم تكن قد أبدت هذا الوجه من البطلان عند إبداء الدفع باعتبار الاستئناف كأن لم يكن فى الجلسة الأولى التى حضرته فإن حقها فى إبدائه يكون قد سقط ولا يكون هناك محل بعد ذلك للقضاء باعتبار الاستئناف كأن لم يكن تأسيسا على بطلان الإعلان وإذ خالف الحكم المطعون فيه هذا النظر فإنه يكون قد خالف القانون».

(طعن رقم 392 لسنة 46 قى جلسة 1979/4/25)

والقاعدة المذكورة تسرى على الدفع الشكلى فى دعاوى الأحوال الشخصية.

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

«المقرر وفقا لنص المادة الخامسة من القانون رقم 462 لسنة 1955 بإلغاء المحاكم الشرعية والمالية أنه فى الأحوال التى لم يرد بشأنها قواعد خاصة فى لائحة ترتيب المحاكم الشرعية يتعين اتباع الأحكام المقررة فى قانون المرافعات وإذ ألغى الفصل الرابع من الباب الثانى من هذه اللائحة والخاص بدفع الدعوى قبل الجواب عنها نص المادة (13) من القانون رقم 462 لسنة 1955 السالف البيان فإنه يتعين إعمال القواعد المنصوص عليها فى قانون المرافعات بشأن إبداء الدفع الشكلى فى دعاوى الأحوال الشخصية والوقف ومنها ما تنص عليه المادة 108 منه، ومؤدى نصها أنه يتعين على الخصم الذى يرغب فى التمسك بالدفع المتعلقة بالإجراءات أن يبيدها معا قبل التكلم فى موضوع الدعوى، وأن يبدى كافة الأوجه التى يقوم عليها كل منها دفعة واحدة وإلا سقط الحق فيما لم يبد منها».

(طعن رقم 99 لسنة 54 قى أحوال شخصية جلسة 1987/4/28)

29- القاعدة الثالثة:

وجوب إبداء وجوه الدفع الشكلى معا قبل التكلم فى الموضوع وإلا سقط الحق فيما لم يبد منها:

نصت الفقرة الثالثة من المادة 108 مرافعات على أنه: «ويجب إبداء جميع الوجوه التى يبنى عليها الدفع المتعلق بالإجراءات معا وإلا سقط الحق فيما لم يبد منها».

فكما أوجب المشرع على الخصم إبداء جميع الدفوع الشكلية التى يتمسك بها معا قبل التكلم فى الموضوع، فقد أوجب عليه أيضا إبداء جميع الوجوه التى يبنى عليها الدفع معا قبل التكلم فى الموضوع وإلا سقط الحق فيما لم يبد منها. والمقصود بذلك هو أن يبدى الخصم جميع الأوجه التى يستند إليها فى دفعه.

ووجوه الدفع الشكلى هى الأسباب والأسس التى تدعم هذا الدفع وتؤدى إلى ميلاده وجعله منتجا فى الخصومة وصالحا لإحداث آثاره التى يريجوها المتمسك به⁽¹⁾.

وقد قصد المشرع من ذلك تصفية جميع المنازعة المتعلقة بدفع إجراءات واحد والانتهاء منها معا بدلا من تجزئة تصفيتها فيتأخر نظر المنازعات ومنح الحماية القانونية. وهذا يتلاقى مع قصد المشرع من إبداء كافة الدفوع الشكلية معا قبل التكلم فى الموضوع.

وعلى هذا إذا أبدى المدعى عليه دفعا ببطالان صحيفة الدعوى لرفعها من ناقص أهلية لم يمثل تمثيلا قانونيا صحيحا، فلا يستطيع بعد ذلك أن يدفع ببطالان

(1) نبيل عمر ص 179.

الصحيحة بسبب عيب شكلى فيها⁽¹⁾.

وعدم جواز إبداء وجه جديد للدفع قائم ولو لم يكن قد سبق الكلام فى الموضوع. ولو لم يصدر حكم برفض الدفع على أساس ما سبق إيدأؤه منها⁽²⁾. وإذا قدم خصم أكثر من مذكرة فى الأجل المحدد لتقديم أسباب الدفع الشكلى، اعتبر ما أبدى فى هذه المذكرات قد أبدى معا⁽³⁾.

وواضح أن هذه القاعدة يقتصر تطبيقها على الدفع الشكلى التى تبنى على عدة أوجه وتعتبر هذه القاعدة من النظام العام، وكذلك الجزاء المترتب على مخالفتها. وترتبط على ذلك تقضى المحكمة من تلقاء نفسها بعدم قبول وجه الدفع الشكلى الذى يبدى بعد إبداء الأوجه الأخرى أو سقوط الحق فيه⁽⁴⁾.

30- القاعدة الرابعة :

وجوب إبداء الدفع الشكلى التى لم يسقط الحق فى إبدائها فى صحيفة

الطعن فى الحكم:

تواجه هذه القاعدة الحالة التى يصدر فيها حكم فى خصومة باطلة أو بها عيوب إجرائية، كانت تخول الطاعن الحق فى التمسك بدفع شكلى قبل صدور الحكم، وتفترض هذه القاعدة أن حق الخصم فى التمسك بهذه الدفع لم يسقط، كأن يكون الخصم لم يحضر أمام محكمة أول درجة - إذا كانت هذه الدفع تسقط بالحضور - أو حضر ولم يبد ثمة دفع، ولم يكن قد تكلم فى الموضوع. كما تواجه ما يشوب الحكم المطعون فيه من إجراءات باطلة.

(1) فتحي والى ص 540 وما بعدها.

(2) فتحي والى ص 541 - كمال عبد العزيز ص 650.

(3) نبيل عمر ص 596.

(4) أمينة النمر ص 179.

فإذا طعن الخصم على الحكم المذكور وجب عليه إيداء جميع الدفوع الشكلية التي يتمسك بها بصحيفة الطعن (معارضة - قبل إلغائها - أو استئناف)، وإلا سقط حقه في إيدائها بعد ذلك.

وحكمة هذه القاعدة أن الطاعن إذا لم يبد الدفع في الصحيفة يكون قد تطرق حتما للموضوع قبل إيداء الدفع، وبالتالي يسقط حقه في التمسك به. ويترتب على مخالفة ذلك سقوط حق الخصم في الدفوع الشكلية التي لم تبد بصحيفة الطعن، فلا يجوز له التمسك بها أثناء نظر الطعن.

وهذا الجزء من النظام العام باعتبار أنه يتعلق بأداء المحاكم لوظيفتها في نظر المنازعات وهو ما يمس الصالح العام، ومن ثم يجب على المحكمة من تلقاء نفسها أن تقضى بسقوط الحق في الدفع الشكلى الذى يبدى أمامها.

ويستثنى من هذه القاعدة الدفوع المتعلقة بالنظام العام، فيجوز التمسك بها لأول مرة أمام المحكمة، ويجوز للمحكمة أن تقضى بها من تلقاء نفسها. غير أنه يشترط ألا تكون المحكمة قد أصدرت في هذه الحالة حكما ولو ضمنيا بشأن الدفع الإجرائي، ففي هذه الصورة لا يجوز التمسك به، فإذا قضت المحكمة الاستئنافية بقبول الاستئناف شكلا فإن ذلك يكون قضاء ضمنيا بصحة الصحيفة، فلا يجوز التمسك بعد ذلك ببطلان صحيفة الاستئناف لعدم التوقيع عليها من محام.

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

«إذ كانت محكمة الاستئناف قد قضت بحكمها الصادر بتاريخ 1966/5/5 - الذى فصل أيضا فى شق من الموضوع - بقبول الاستئناف شكلا، فإنه لا يقبل بعد ذلك إثارة أى دفع أمامها يتعلق بهذا الشكل الذى قبلته، ولما كان الدفع

ببطلان صحيفة الاستئناف يتضمن تجريحا للحكم الصادر بقبول الاستئناف شكلا، والذي لم يطعن فيه الطاعن بطريق النقض فى الميعاد، فحاز قوة الأمر المقضى، فإن طعنه فى الحكم الصادر بتاريخ 10/12/1966 برفض ذلك الدفع - للسبب المتقدم يكون غير مقبول، لأن الحكم الأول هو الذى حاز قوة الأمر المقضى ولم يكن الحكم الأخير إلا تكرارا لأمر استقرت حجيته، ولا يجدى بعد ذلك التمسك بأن هذا الحكم قد أعاد القول فى الدفع بعدم قبول الاستئناف ورفضه، إذ كان يتعين على محكمة الاستئناف أن تنقيد بالقضاء بقبول الاستئناف شكلا، بغير إيراد أسباب لتأييده، ومن ثم يكون ما اشتمل عليه حكمها المطعون فيه من أسباب تتعلق بشكل الاستئناف من قبيل الأسباب النافلة».

(طعن رقم 525 لسنة 37 قى جلسة 12/6/1973)

ومثل ذلك أيضا الحكم بوقف الفصل فى الدعوى حتى يفصل فى مسألة أخرى يتوقف عليها هذا الفصل، إذ أن ذلك ينطوى على قضاء ضمنى بصحة شكل الدعوى.

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن:

«الحكم بوقف الفصل فى موضوع الدعوى حتى يفصل فى مسألة أخرى يتوقف عليها هذا الفصل ينطوى حتما على قضاء ضمنى بصحة شكل الدعوى بما يتيح لمستأنف حكم الوقف أن يطرح على محكمة الاستئناف نعيه على قضاء ذلك الحكم فى شكل الدعوى، والخصومة لا تتعقد أصلا إلا بين أشخاص موجودين على قيد الحياة وإلا كانت معدومة لا ترتب أثرا ولا يصححها إجراء لاحق، لما كان ذلك وكان الحكم المطعون فيه قد خلص إلى وفاة المدعى عليه - البائع - قبل إيداع صحيفة الدعوى - وبغير نعى من الطاعنة فى هذا الخصوص فإنه إذ قضى ببطلان حكم الوقف لصدوره فى خصومة منعدمة يكون

قد فصل فى مسألة مطروحة عليه ملتزما صحيح القانون».

(طعن رقم 1632 لسنة 52 ق جلسة 1986/3/20)

31- القاعدة الخامسة :

الأصل أن تفصل المحكمة فى الدفع الشكلى قبل الفصل فى الموضوع :

تنص الفقرة الثانية من المادة 108 مرافعات على أن :

«ويحكم فى هذه الدفوع على استقلال ما لم تأمر المحكمة بضمها إلى

الموضوع وعندئذ تبين المحكمة ما حكمت به فى كل منها على حدة».

فالدفع الشكلى يثير نزاعا فرعيا يتعلق بالإجراءات ولا صلة له بموضوع

الحق المطالب به. والحكم الصادر فيه لا يعتبر حكما صادرا فى الموضوع. وقد

يترتب على الفصل فى الدفع الشكلى مجرد إعاقة سير الخصومة مؤقتا. وقد

يكون الأمر أبعد من ذلك إذا ما أدى الحكم فيه إلى زوال الخصومة ذاتها، دون

صدور حكم فى الموضوع.

وعلى ذلك فالأصل أن تفصل المحكمة أولا فى الدفع الشكلى على استقلال

وقبل الفصل فى الموضوع لأن الفصل فى الدفع الشكلى إذا كان يؤدى إلى إنهاء

الخصومة قد يغنى المحكمة عن الفصل فى الموضوع⁽¹⁾.

غير أن النص أجاز للمحكمة أن تأمر بضم الدفوع إلى الموضوع وتنتظرها

معا وتصدر فيها حكم واحد، تبين فيه ما حكم فيه بالنسبة للدفوع وما حكم فيه

بالنسبة للموضوع.

ولا يشترط أن يكون قضاء المحكمة فى الدفوع صريحا بل يجوز أن يكون

ضمنيا، كأن تكون المحكمة قد حكمت بالطلبات رغم الدفع بعدم الاختصاص أما

إذا لم تبين المحكمة فى حكمها ما حكمت به فى كل من الدفوع والموضوع، كان

(1) نبيل عمر ص 597 - أحمد هندى ص 648 وما بعدها.

حكمها مخالفا للقانون وقابلا للطعن بالطريق المناسب.

غير أنه يشترط لذلك ألا يتعارض مع حق الدفاع، فإذا كانت الخصوم لم يبدوا دفاعهم فى الموضوع، وجب على المحكمة تنبيههم لذلك، وإلا كان حكمها باطلا لإخلاله بحق الدفاع.

ويجوز للمحكمة بعد ضمها الدفع للموضوع أن تصدر حكما برفض الدفع، ثم الفصل فى الموضوع بحكم مستقل.

وإذا حصل التمسك بأكثر من دفع شكلى، وكان من بين هذه الدفع الدفع بعدم الاختصاص، وجب على المحكمة أن تقضى فى هذا الدفع أولا، ثم تتدرج بعد ذلك لباقي الدفع، لأن المحكمة لا ولاية لها فى القضاء فى باقى الدفع الشكلى ما لم تكن مختصة بنظر الدعوى.

وإذا قضت المحكمة بإحالة الدعوى إلى محكمة أخرى، فإن هذه المحكمة هى التى تنتظر باقى الدفع الشكلى⁽¹⁾.

وقد قضت محكمة النقض بأن :

1- «إذا كانت الطاعنة قد قدمت مذكرة دفعت فيها بعدم اختصاص المحكمة نوعيا بنظر الدعوى كما أوردت بها دفاعها فى الموضوع، وقدمت المطعون عليها مذكرة بردها، ثم أصدرت المحكمة حكمها المطعون فيه فى الدفع والموضوع، فإنه يبين من ذلك أن الفرصة قد أتيحت للطاعنة لإبداء دفاعها الموضوعى وأنها أبدته فعلا، ولا يكون هناك للبطلان فى الإجراءات أثر على الحكم».

(طعن رقم 129 لسنة 34 ق جلسة 1967/11/14)

2- «وإنه وإن كان الترتيب الطبيعى للفصل فى المنازعة، أن تفصل المحكمة أولا فى النزاع القائم حول اختصاصها بنظر الدعوى، فإذا انتهت إلى

(1) أحمد أبو الوفا ص 190.

اختصاصها بنظره، فإنها تفصل بعد ذلك فى موضوع المنازعة، إلا أن عدم اتباع هذا الترتيب لا يعيب الحكم، ذلك أن كل ما اشترطه قانون المرافعات فى المادة 132 منه، أن تبين المحكمة إذا ما رأت ضم الدفع بعدم الاختصاص للموضوع، ما حكمت به فى كل منهما على حدة».

(طعن رقم 362 لسنة 36 ق جلسة 1971/3/18)

3- «المقرر أنه متى قدم دفع شكلى يتعين على المحكمة أن تقضى فيه أولاً إذ قد يغنيها الفصل فيه عن التعرض لموضوع الدعوى».

(طعن رقم 1000 لسنة 75 ق جلسة 2006/6/27)

32- القاعدة السادسة:

الحكم الصادر فى الدفع الشكلى لا يعتبر فصلاً فى الدعوى ولا يحوز حجية الأمر المقضى:

الحكم الصادر فى الدفع الشكلى حكم صادر قبل الفصل فى الموضوع أى حكم فرعى.

ومرجع هذا أن الدفع الشكلى يوجه إلى إجراءات الدعوى والأشكال اللازمة فى هذه الإجراءات بصرف النظر عن مدى أحقية المدعى فى الطلب. فهو لا يفصل فى أصل الحق وإنما يفصل فى مسألة أولية دون أن يمس موضوع النزاع، ومن ثم فهو لا يحوز حجية الأمر المقضى. وإذا ترتبت على الفصل فى الدعوى إنهاء الخصومة كما لو قضت المحكمة ببطلان صحيفة الدعوى أو اعتبار الدعوى كأن لم تكن، فإنه يكون للمدعى رفع دعوى جديدة، ما لم تكن دعواه قد انقضت بالتقادم. كما أن له الطعن فى الحكم بالاستئناف.

أما إذا كان الحكم الصادر فى الدفع غير منه للخصومة فإنه لا يجوز استئنافه إلا بعد صدور الحكم المنهى للخصومة عملاً بالمادة 212 مرافعات.

33- القاعدة السابعة :

عدم تعرض محكمة الاستئناف للموضوع إذا طأ ألفت الحكم الصادر على الدفع.

إذا كان الحكم الصادر فى الدفع قد أنهى الخصومة وطعن فيه بالاستئناف، كما لو قضت المحكمة باعتبار الدعوى كأن لم تكن أو ببطالان صحيفة الدعوى، وقضت المحكمة الاستئنافية بإلغاء الحكم فإنها تقتصر على هذا الإلغاء ولا تعرض لموضوع الدعوى، وعليها أن تعيد الدعوى إلى محكمة أول درجة لنظرها، لأن حكم محكمة أول درجة فى الدفع قد حجبها عن نظر الموضوع، فإذا نظرت محكمة الاستئناف موضوع الدعوى فإن ذلك يترتب عليه تفويت إحدى درجتى التقاضى على الخصوم، ومبدأ التقاضى على درجتين هو من المبادئ الأساسية للنظام القضائى والذى يتعلق بالنظام العام وتطبق القاعدة بالنسبة للدعاوى الوقتية، باعتبار أن الطلب الوقتى هو موضوع الدعوى فى هذه الحالة.

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

1- «من المقرر فى قضاء هذه المحكمة أنه إذا وقف قضاء محكمة أول درجة عند حد الفصل فى الدفع الشكلى فى الدعوى فإنها لا تكون قد استنفدت ولايتها فى الموضوع، فإذا ألغى حكمها فإنه يجب على محكمة ثانى درجة فى هذه الحالة أن تعيد القضية إلى محكمة أول درجة لنظر الموضوع».

(طعن رقم 889 لسنة 52 ق جلسة 1985/6/6)

2- «لما كان الدفع بعدم قبول الطعن فى قرارات اللجان المشكلة طبقاً للمادة (157) من القانون رقم 79 لسنة 1975 بإصدار قانون التأمين الاجتماعى

لرفعه أمام المحكمة المختصة بعد الميعاد المنصوص عليه فى المادة (128) من القانون سالف الذكر دفع متعلق بعمل إجرائى وليس دفعا بعدم القبول مما نصت عليه المادة (115) من قانون المرافعات لأن العبرة هى بحقيقة الدفع، ومتى تقرر أن هذا الدفع من الدفوع الشكلى وليس دفعا بعدم القبول مما ورد ذكره، فى المادة 115 سالفة الذكر، فإن محكمة الدرجة الأولى بقبولها هذا الدفع الشكلى والحكم بعدم قبول الطعن تأسيسا على ذلك لا تكون قد استنفدت ولايتها فى نظر موضوع الدعوى. فإذا استؤنف حكمها وقضت محكمة الاستئناف بإلغاء هذا الحكم وبرفض الدفع فإنه يجب عليها فى هذه الحالة أن تعيد الدعوى إلى محكمة الدرجة الأولى لنظر موضوعها، لأن هذه المحكمة لم تقل كلمتها فيه، ولا تملك محكمة الاستئناف التصدى لنظر الموضوع، لما يترتب على ذلك من تقويت إحدى درجات التقاضى على الخصوم، ذلك أن مبدأ التقاضى على درجتين من المبادئ الأساسية للنظام القضائى التى لا يجوز للمحكمة مخالفتها».

(طعن رقم 1413 لسنة 51 ق جلسة 1986/3/24)

3- «الحكم بعدم قبول الدعوى المؤسس على حكم المادة 157 من قانون رقم 79 لسنة 1975. لا تستنفد به المحكمة ولايتها فى نظر موضوع الدعوى. القضاء استئنافيا بإلغاء هذا الحكم. أثره. وجوب إعادة الدعوى إلى محكمة أول درجة لنظر موضوعها».

(طعن رقم 2138 لسنة 51 ق جلسة 1988/11/21)

4- «إذا كان المقرر أن الحكم بقبول الدفع الشكلى لا يعد فصلا فى موضوع الدعوى، وبالتالي فإن محكمة الدرجة الأولى إذا قضت بعدم سماع الدعوى لعدم قيد عقد الإيجار المفروش بالوحدة المحلية لا تكون قد استنفدت ولايتها بالفصل فى موضوعها ولو تطرقت للتحقق من طبيعة العين المؤجرة طالما أن ذلك من جانبها لم يكن إلا لتبيان مدى خضوع العقد للقيد الذى فرضته

المادة 42 من القانون 49 لسنة 1977 وصولاً منها للفصل فى الدفع بعدم السماع الذى أوجبه المادة 43 من ذات القانون - فإنه كان يتعين على محكمة الاستئناف وقد ألغت الحكم المستأنف القاضى بعدم سماع الدعوى لعدم قيد عقد الإيجار المفروش بالوحدة المحلية المختصة أن تعيد الدعوى إلى محكمة الدرجة الأولى للفصل فى موضوعها، أما وقد تصدت لنظره فإنها تكون قد أهدرت إحدى درجتى التقاضى فخالفت بذلك القانون وأخطأت فى تطبيقه».

(طعن رقم 18 لسنة 55 قى «هيئة عامة» جلسة 1989/2/8)

أما إذا دفع ببطالان الحكم المستأنف لعيب فيه أو فى الإجراءات لا يمتد إلى صحيفة الدعوى، فإن المحكمة الاستئنافية تلتزم بالفصل فى موضوع الدعوى ويمتنع عليها إعادتها إلى محكمة أول درجة، لأن المحكمة الأخيرة قد استنفدت ولايتها بالفصل فى موضوع الدعوى.

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن:

1- «محكمة الاستئناف - على ما جرى به قضاء هذه المحكمة - لا تملك عند القضاء ببطالان الحكم المستأنف لعيب فيه أو فى الإجراءات المترتب عليها أن تعيد الدعوى إلى محكمة أول درجة التى فصلت فى موضوعها لتتظر فيها، لأنها إذا فصلت فى موضوع الدعوى تكون قد استنفدت ولايتها فيها، وإنما يتعين على المحكمة الاستئنافية فى هذه الحالة - طالما أن العيب لم يمتد إلى صحيفة افتتاح الدعوى - نظر الدعوى بمعرفتها والفصل فيها».

(طعن رقم 907 لسنة 55 قى جلسة 1988/4/27)

2- «المقرر - فى قضاء هذه المحكمة - أنه إذا رأت محكمة الاستئناف أن الحكم المستأنف باطل لعيب شاب إجراءاته دون أن يمتد إلى صحيفة الدعوى فإنه يجب عليها ألا تقف عند تقرير هذا البطالان. وإنما عليها أن تفصل فى الموضوع بحكم جديد تراعى فيه الإجراءات الصحيحة».

(طعن رقم 3249 لسنة 58 ق جلسة 1990/2/28)

3- «تصدى المحكمة الاستئنافية للفصل فى موضوع الدعوى متى استنفدت محكمة أول درجة ولايتها. شرطه. ألا يكون الحكم المستأنف قد شابه عيب يمتد إلى صحيفة افتتاح الدعوى. بطلان الصحيفة لعدم إعلانها. أثره. الخصومة لا تتعقد».

(طعن رقم 161 لسنة 55 ق جلسة 1991/12/1)

4- «بطلان حكم محكمة أول درجة لعب شابهه من أن يمتد إلى صحيفة