عمادة الدراسات العليا

برنامج القضاء الشرعي

الدفوع الشكلية والموضوعية لدعاوى الوقف والوصية والميراث وتطبيقاتها في المحاكم الشرعية

إعداد

فارس نبيل محمد المصري

إشراف الدكتور

لؤي عزمي الغزاوي

قدمت هذه الرسالة استكمالاً لمتطلبات درجة الماجستير في القضاء الشرعي بكلية الدراسات العليا في جامعة الخليل

2019م- 1440هـ

إجازة الرسالة

الدفوع الشكلية والموضوعية لدعاوى الوقف والوصية والميراث وتطبيقاتها في المحاكم الشرعية.

Formal and Objective Pleadings of the Claims of Waqf (Endowment), Will and Inheritance and their Applications in The Sharia Courts

إعداد

فارس نبيل محمد المصري

إشراف فضيلة الدكتور

لؤي عزمي الغزاوي

نوقشت هذه الرسالة يوم الأربعاء 24/ رمضان/ 1440هـ الموافق 2019/5/29م وأجيزت:

أعضاء لجنة المناقشة:	التوقيع:
1. الدكتور: لؤي عزمي الغزاوي(مشرفاً ورئيساً)	.....
2. الدكتور: أيمن عبد الحميد البدارين(مناقشاً داخلياً)	.....
3. الدكتور: عصام أبو اسنينه(مناقشاً خارجياً)	.....

الإهداء

إلى من تاقت نفسي لشفاعته، واشتاقت روحي لرؤيته خير خلق الله محمد رسول الله

صلى الله عليه وسلم

إلى من علمني أن الأمور العظيمة لا تتم إلا بالصبر والعزيمة والإصرار ... إلى من كان دائم الدعم والنصح لي في كل خطوت أخطوها... إلى منبع فخري وإعتزازي ... إليك والدي الغالي، وإلى من سهرت وتعبت وكانت دعواتها ترافقني في كل خطوت أخطوها إليك والدتي الغالية، أدعو لكما أن يأجركما ربي خيرًا، وأن يغفر لكما، وأن يحسن خاتمتكما، وأن يتقبل منكما الطاعة والعمل، وأن يدخلكما الجنة، فجزاكما الله كل خير.

وإلى أخوتي عبد الرحمن ومحمد همام ونصر الله، وإلى أخواتي اسراء والاء وبيان وسمية، الذين كانوا عوننا لي، ولا يمكنني أن انسى زوجتي الغالية التي أكن لها أسمى مشاعر الاحترام والتقدير.

وإلى كل من كان له فضل علي، وإلى زملائي في القضاء الشرعي.

إليهم جميعاً أهدي ثمرة بحثي هذا... داعياً المولى _عز وجل_ أن يجعل ذلك في ميزان حسناتي ... وأن ينفع به الإسلام والمسلمين.

شكر وتقدير

الحمد لله حمد الشاكرين، والصلاة والسلام على إمام المعلمين محمد صلى الله عليه وسلم، أحمد الله حمداً كثيراً على ما أسبغ من نعم ظاهرة وباطنة، وكما قال الله تعالى : (قال رَبِّ أَوْزِعْنِي أَنْ أَشْكُرَ نِعْمَتَكَ الَّتِي أَنْعَمْتَ عَلَيَّ وَعَلَىٰ وَالِدَيَّ وَأَنْ أَعْمَلَ صَالِحًا تَرْضَاهُ وَأَدْخِلْنِي بِرَحْمَتِكَ فِي عِبَادِكَ الصَّالِحِينَ)[1]، وكما قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: (لا يشكر الله من لا يشكر الناس)[2].

والتزاماً بهذا المنهج الرباني في إسناد الفضل لأهله، فإنني أتقدم بخالص الشكر والامتنان، وعظيم التقدير والاحترام، إلى أستاذي وصديقي الدكتور لؤي عزمي الغزاوي حفظه الله وأدام ظله على تفضله بقبول الإشراف على هذه الرسالة، وعلى ما بذله معي من وقت وجهد لكي تخرج هذه الرسالة إلى النور، وذلك بعد توجيهاته المفيدة، ونصائحه القيمة التي أثرت هذا البحث بمعلومات عظيمة مما جعله يخرج بهذه الصورة، فكان نعم الأستاذ والموجه الذي لم يقصر في نصحي وتوجيهي، رغم كثرة مشاغله، ومسئولياته العظيمة، وأدعو لله عز وجل أن يحفظه ويوفقه في الدنيا والأخرة.

كما أتقدم بخالص شكري وعرفاني إلى فارسين من فرسان كلية الشريعة، وهما عضوا لجنة المناقشة:

فضيلة الدكتور : ايمن عبد الحميد البدارين

فضيلة الدكتور : عصام أبو اسنينه

لتفضلهما برحابة صدر، وطيب نفس وصبرهم على قراءة هذا البحث ومناقشته، وعلى ما بذلاه من جهد لتصويبه، وتصحيح أخطائه، وسقطاته، وأدعو لله أن يديم عليهما الصحة، وأن يجعل جهدهم هذا في ميزان حسناتهم.

كما لا أنسى في هذا المقام أن أخص بالشكر كليتي الموقرة كلية الشريعة، ممثلة في عميدها، فضيلة الدكتور مهند فؤاد استيتي حفظه الله.

---

[1] - سورة النمل، الآية: 19.

[2] – أبو داود: سليمان بن الأشعث السجستاني، ت 275 هـ، سنن أبي داود (حكم على أحاديثه وعلق عليه محمد ناصر الدين الألباني)، ص 723، حديث رقم 4811، باب في شكر المعروف، قال عنه الألباني حديث صحيح، وقال الترمذي: حديث صحيح– انظر سنن الترمذي– ج4– ص 339

ملخص الرسالة:

إن موضوع هذه الرسالة يعالج قضية مهمة، وهي الدفوع الشكلية والموضوعية لدعاوى الوقف والوصية والميراث، وتطبيقاتها في المحاكم الشرعية؛ لما لهذا الموضوع من أثر كبير في تسهيل مصالح الناس، ورد المظالم لأصحابها، وليس هذا وحسب، وإنما يساعد في الوصول إلى العدالة في حكم القاضي، وهذه الرسالة تتكون من فصل تمهيدي و ثلاثة فصول كالآتي:

الفصل التمهيدي: بعنوان "مفهوم الدعوى، ومشروعيتها، وتقسيماتها، وشروطها، وأثرها" ويتكون من مبحثين، كما يلي: المبحث الأول: تكلمت فيه عن مفهوم الدعوى لغة، وشرعاً، وقانوناً، ومشروعية الدعوى، والمبحث الثاني: تحدثت فيه عن أطراف الدعوى، والتمييز بين المدعي والمدعى عليه، وشروط صحة الدعوى، وإجراءات الدعوى.

الفصل الأول: بعنوان "مفهوم الدفوع، ومشروعيتها، وتقسيماتها، وشروطها، وأثرها" ويتكون من ثلاثة مباحث، كما يلي: تناولت في المبحث الأول بيان مفهوم الدفوع لغة، وشرعاً، وقانوناً، ومشروعية الدفوع، وأما المبحث الثاني فتكلمت فيه عن تقسيمات الدفوع وشروط الدفوع، وفي المبحث الثالث تناولت فيه أحكام الدفع وأثاره، ووقت إبدائه وبيان دفع الدفع.

الفصل الثاني: بعنوان "الدفوع الشكلية مفهومها، وصورها في المحاكم، وتطبيقاتها" وهو يتكون من ثلاثة مباحث، كما يلي: المبحث الأول تكلمت فيه عن مفهوم الدفوع الشكلية، وقواعدها، وأثرها والتفريق بينها وبين الدفوع الموضوعية، أما المبحث الثاني فتناولت فيه بيان صور الدفوع الشكلية أمام المحاكم الشرعية، أما المبحث الثالث فتكلمت فيه عن تطبيقات الدفوع الشكلية لدعاوى الوقف والوصية والميراث.

الفصل الثالث: بعنوان "الدفوع الموضوعية لدعاوى الوقف، والوصية، والميراث، وتطبيقاتهم في المحاكم الشرعية" وهو يتكون من مبحث تمهيدي، وثلاثة مباحث، كما يلي: المبحث التمهيدي تناولت فيه الدفوع الموضوعية من حيث مفهومها، وخصائصها، ووقت اثارتها، وأما المبحث الأول فتكلمت فيه عن الدفوع الموضوعية لدعاوى الوقف وتطبيقاتها في المحاكم الشرعية، والمبحث الثاني تناولت فيه الدفوع الموضوعية لدعاوى الوصية وتطبيقاتها في المحاكم الشرعية، وفي المبحث الثالث تكلمت فيه عن الدفوع الموضوعية لدعاوى الميراث وتطبيقاتها في المحاكم الشرعية.

وأخيراً جاءت الخاتمة التي استخلصت فيها أهم النتائج والتوصيات..

الحمد لله رب العالمين،،

Abstract :

The subject of this letter deals with an important issue, namely, the formal and objective objections to the claims of waqf, will and inheritance, and their application in the Shari'a courts. This issue has a great impact on facilitating the interests of the people, , And this letter consists of an introductory chapter and three chapters as follows:

The first chapter deals with the concept of legal, legal, legal, and legal proceedings. The second topic: I spoke about the parties to the case, the discrimination, the discrimination, Between the plaintiff and the defendant, the conditions of the suit, and the proceedings.

The first chapter discusses the concept of defenses, their legitimacy, their divisions, their conditions, and their impact. It consists of three topics, as follows: The first topic dealt with the definition of the defenses of language, law, law, and legitimacy of the defenses. The second section discussed the division of defenses and the conditions of defenses , And in the third section dealt with the provisions of payment and its effects, and the time of its creation and payment payment statement.

The second section deals with the concept of formative defenses, their rules, their impact and the distinction between them and the substantive objections. The second section deals with the statement of the pictures of the defenses And the third discussed the application of formal defenses to the law of waqf, will and inheritance.

The third chapter is entitled "The substantive objections to the lawsuits of the waqf, the commandment, the inheritance, and their applications in the Shari'a courts." It consists of a preliminary study and three topics, as follows: The introductory course dealt with the substantive objections in terms of its concept, characteristics and time. The second topic dealt with

the substantive objections to the lawsuits and their applications in the Shari'a courts. In the third section I spoke about the substantive objections to the claims of inheritance and their applications in the Shari'a courts.

Finally, the conclusion reached by the most important conclusions and recommendations.

Praise to Allah, Lord of the Worlds,,

المقدمة:

الحمد لله المتفضّل بالإنعام، والصلاة والسلام على رسوله خير الأنام سيدنا محمد وعلى آله وصحبه مصابيح الظلام ومن سار على نهجه واقتفى أثره واستقام، فقد فضل الله تعالى هذه الأمة على سائر الأمم، لقوله تعالى:﴿ كُنتُمْ خَيْرَ أُمَّةٍ أُخْرِجَتْ لِلنَّاسِ تَأْمُرُونَ بِالْمَعْرُوفِ وَتَنْهَوْنَ عَنِ الْمُنكَرِ وَتُؤْمِنُونَ بِاللَّهِ. ﴾.(آل عمران110)، وقال الله تعالى في كتابه العزيز: ﴿إِنَّا أَنْزَلْنَا إِلَيْكَ الْكِتَابَ بِالْحَقِّ لِتَحْكُمَ بَيْنَ النَّاسِ بِمَا أَرَاكَ اللَّهُ وَلَا تَكُنْ لِلْخَائِنِينَ خَصِيمًا﴾ (النساء: 105)، وقال تعالى: ﴿.وَأَنِ احْكُم بَيْنَهُم بِمَا أَنزَلَ اللَّهُ وَلاَ تَتَّبِعْ أَهْوَاءهُمْ وَاحْذَرْهُمْ أَن يَفْتِنُوكَ عَن بَعْضِ مَا أَنزَلَ اللَّهُ إِلَيْكَ فَإِن تَوَلَّوْا فَاعْلَمْ أَنَّمَا يُرِيدُ اللَّهُ أَن يُصِيبَهُم بِبَعْضِ ذُنُوبِهِمْ وَإِنَّ كَثِيرًا مِّنَ النَّاسِ لَفَاسِقُونَ﴾(المائدة: 49). اما بعد.....

فكما هو معلوم فإن القضاء من أهم مجالات الشريعة الاسلامية، فقد كان له الاهتمام الأكبر في الدولة الإسلامية، وذلك لمكانته وشرفه وعلو منزلته بين جميع المجالات الأخرى، وبناء على ذلك فإن وظيفة المحاكم التي تنشئها الدولة، التي تمثل السلطة القضائية، هو تطبيق الشريعة الإسلامية التي تهدف إلى حماية حقوق الأفراد في المجتمع وخاصه المتقاضين أمامها؛ فكان لابد من وجود قواعد تساعد في الوصول إل العدالة، فإذا كان لكل شخص الحق في اللجوء إلى القضاء طلباً للحماية في مواجهة شخص أخر، فكان لابد من وجود إجراءات تمكنه من أن يدافع عن نفسه بما يراه مناسباً من وسائل الدفاع، وبعبارة أخرى إعطاء المدعى عليه حق دفع الدعوى عنه بالطرق التي يسمح بها أمام المحاكم الشرعية، فالدفوع الشكلية والموضوعية تهدف إلى تفادي الحكم من خلال إثارة المنازعة كإنكار الدعوى، ولأهمية موضوع الدفوع في دعاوى الوقف، والوصية، والميراث، التي يجهلها كثير من المحامين الشرعيين وقد تغيب عن كثير من القضاة

الدفوع التي يمكن أن تتعلق بهذه الدعاوى وخاصة من "جهة الموضوعية" التي لها علاقة بأصل الدعوى ولا دخل لها بالإجراءات الشكلية، فإن هذه الرسالة تعرض الدفوع الشكلية والموضوعية التي يمكن أن تقدم على دعاوى الوقف والوصية والميراث أمام المحاكم الشرعية، والحديث عن الدعاوى القضائية في بداية الرسالة كان لابد من تقديمه؛ لأنه لا يمكن أن يقدم دفعاً إلا بعد وجود دعوى، وهذا هو الأصل ولا خلاف فيه بناء على قاعدة: ("البينة على المدعي واليمين على من أنكر") وايضاً: (المتهم بريء حتى تثبت إدانته)، (والأصل براءة الانسان)، فكان لابد من وجود وسيلة لدفع هذه التهمه عنه.

☒ أهمية الدراسة:

من أجل أن تكتمل صورة القضاء ويظهر بأكمل حله، كان لابد من التحدث عن الأمور التي تكمل دور القضاء وتساعده، ومنها الدفوع الشكلية والموضوعية في الدعاوى التي تقدم أمام المحاكم الشرعية، فكان على طالب القضاء العلم بها فهي الوسيلة التي يحق للمدعى عليه دفع الدعوى عنه، واخترت الحديث عنها لأهميتها وغيابها عن كثير من الناس، وتعد الدفوع من المواضيع المهمة في قانون أصول المحاكمات الشرعية.

☒ أسباب اختيار الدراسة:

من الأسباب التي كانت سبباً في اختيار هذه الدراسة أن الدفوع الشكلية والموضوعية التي تعرض في المحاكم الشرعية لها دور كبير في سير العملية القضائية، لكونها تمس جانب المدعى عليه في كيفية رد الدعوى عنه، عوضاً عن الجوانب الحقوقية الأخرى، لأنه وفق علم الباحث فإن معظم الرسائل التي تتعلق بالدفوع الشكلية والموضوعية لم تتحدث عن الوقف، والوصية،

والميراث سواء أكانت شكلية أو موضوعية، والدفوع بشكل عام جزء من المحاكم الشرعية، وهي ضمن قانون أصول المحاكمات الشرعية، وهي جزء من القضاء فعلى من يدرس القضاء أن يكون مطلعاً عليها، ومصطلح الدفع في الدعاوى له دور فعال في المحاكم الشرعية فلابد من الحديث عنه.

☒ أهداف الدراسة:

تهدف هذه الرسالة إلى الارتقاء بمستوى معرفة الدفوع في دعاوى الوقف والوصية والميراث في المحاكم الشرعية من خلال:

1. بيان المقصود من الدعوى.
2. بيان المقصود من الدفوع الشكلية والموضوعية.
3. معرفة الشروط المطلوبة لقبول الدفوع.
4. توضيح من له حق الدفع في الدعوى.
5. معرفة الفرق بين الدفع الشكلي والموضوعي.
6. إظهار الدفوع الشكلية لدعاوى الوقف والوصية والميراث.
7. إظهار الدفوع الموضوعية الواردة في دعاوى الوقف.
8. إظهار الدفوع الموضوعية الواردة في دعاوى الوصية.
9. إظهار الدفوع الموضوعية الواردة في دعاوى الميراث.
10. إرفاق هذه الدراسة بنماذج من التطبيقات حول الدفوع الموضوعية للوقف، والوصية، والميراث من كتاب القضايا والأحكام في المحاكم الشرعية، للباحث أحمد داود، نقلاً عن المحاكم الشرعية.

☒ الدراسات السابقة:

بعد الاطلاع والبحث، لم يجد الباحث دراسات سابقة في الموضوع نفسه، تتحدث عن الدفوع الشكلية والموضوعية لدعاوى الوقف والوصية والميراث وتطبيقاتها في المحاكم الشرعية، وإنما هناك أبحاث ودراسات تتحدث عن الدفوع الشكلية والموضوعية في موضوعات أخرى، وهي:-

1) رسالة "نظرية الدفع الموضوعي وتطبيقاتها في القضاء الشرعي الأردني (دراسة مقارنة)"، للباحث قاسم محمد محمد بني بكر، من الجامعة الأردنية، وهي رسالة متخصصة بالدفوع الموضوعية بشكل عام، وهي مكونه من فصل تمهيدي، تحدث فيه عن مفهوم الدعوى وجواب المدعى عليه عليها وتعريف الدفع وأنواعه ومدى التوافق بين أنواع الدفوع في الفقه وأنواعه في القانون، ويحتوي التمهيد على ثلاثة مباحث، وتحتوي الرسالة على بابين، ففي الباب الأول تحدث فيه عن الدفع الموضوعي في الفقه الإسلامي والقانون وفيه ثلاثة فصول، وتكلم في الباب الثاني عن تطبيقات الدفع الموضوعي في القضاء الشرعي الأردني وفيه أربعة فصول، وخاتمة وقد أفدت منها.

- ما يميز رسالة الباحث عن هذه الرسالة أنه وعلى الرغم من أهمية هذه الدراسة، إلا أنها لا تغني عن رسالة الباحث، حيث جاءت رسالة الباحث في موضوع مختلف المحتوى، فهذه الرسالة اختصت بنظرية الدفع الموضوعي وتطبيقاتها في القضاء الشرعي الأردني (دراسة مقارنة) فهي عامه في موضوعها، في حين أن رسالة الباحث خاصة بالدفوع الشكلية والموضوعية لدعاوى الوقف والوصية والميراث واحتوائها على نماذج تتعلق بهذا الموضوع.

2) رسالة "الدفوع الموضوعية في دعاوى النفقات"، للباحث مأمون محمد أبو سيف، من الجامعة الأردنية، تحدث فيها عن الدفوع التي ترد على دعاوى النفقات، وتكونت رسالته من ثلاثة

فصول، فتحدث في الفصل الأول عن التعريف بمفردات الدراسة، وفيه خمسة مباحث، والفصل الثاني تحدث فيه عن الدفع بنشوز الزوجة، وفيه أربعة مباحث، والفصل الثالث تحدث فيه عن موجبات سقوط النفقة، وجاء فيه أربعة مباحث، وقدم فيها الباحث أهم الدفوع الموضوعية في دعاوى النفقات وقد أفدت منها.

- ما يميز رسالة الباحث عن هذه الرسالة أنه وعلى الرغم من أهمية هذه الدراسة، إلا أنها لا تغني عن رسالة الباحث، حيث جاءت رسالة الباحث في موضوع مختلف المحتوى والمضمون، فهذه الرسالة اختصت بدفوع الموضوعية في دعاوى النفقات، في حين أن رسالة الباحث خاصة بالدفوع الشكلية والموضوعية لدعاوى الوقف والوصية والميراث واحتوائها على نماذج تتعلق بهذا الموضوع.

3) رسالة "الدفوع الموضوعية في دعاوى التفريق بحكم القاضي"، للباحث خالد محمد الأدغم، من الجامعة الإسلامية – غزة، وهي رسالة متخصصه في دعاوى التفريق بين الزوجين، وتحتوي رسالة الباحث على ثلاثة فصول بعد الفصل التمهيدي، وتحدث في الفصل الأول عن الدعوى وحقيقتها وأركانها وشروطها وإجراءات تبليغها، ويشتمل على أربعة مباحث، وتحدث في الفصل الثاني عن حقيقة الدفع ومشروعيته وأقسامه وفيه ثلاثة مباحث، وتحدث في الفصل الثالث عن الدفوع الموضوعية في دعاوى التفريق بحكم القاضي وفيه ستة مباحث وخاتمة وقد أفدت منها.

- ما يميز رسالة الباحث أنها خاصة في الدفوع التي تتعلق بدعاوى التفريق بحكم القاضي، وتختلف رسالة الباحث عنها من حيث: تركيزها على الدفوع الشكلية والموضوعية لدعاوى الوقف والوصية والميراث واحتوائها على نماذج من المحاكم الشرعية.

4) رسالة "الدفوع الموضوعية في دعاوى التفريق بين الزوجين"، للباحث يوسف درادكة، من

جامعة آل البيت – الأردن، وهي رسالة متخصصة في دعاوى التفريق بين الزوجين وتحتوي على ثلاثة فصول بعد الفصل التمهيدي، ولم أحصل على تفاصيلها.

- ما يميز رسالة الباحث أنها خاصة في الدفوع الموضوعية التي تتعلق بالتفريق بين الزوجين، وتختلف رسالة الباحث عنها من حيث: تركيزها على الدفوع الشكلية والموضوعية لدعاوى الوقف والوصية والميراث واحتوائها على نماذج من المحاكم الشرعية.

5) رسالة "الدفوع الموضوعية في دعوى الحضانة والضم وتطبيقاتها في القضاء الشرعي الأردني"، للباحث بلال أحمد إبراهيم اللطايفه، من جامعة آل البيت – الأردن، وهي رسالة متخصصة في دعاوى الحضانة والضم، وتحتوي على فصلين بعد الفصل التمهيدي وخاتمة.

- ما يميز رسالة الباحث أنها خاصة في الدفوع الموضوعية التي تتعلق بدعاوى الحضانة والضم، وتختلف رسالة الباحث عنها من حيث: تركيزها على الدفوع الشكلية والموضوعية لدعاوى الوقف والوصية والميراث واحتوائها على نماذج من المحاكم الشرعية.

6) رسالة "الدفوع الشكلية والموضوعية لدعاوى المهور وتطبيقاتها في المحاكم الشرعية قطاع غزة"، للباحث موسى خالد سعيد ضاهر، من الجامعة الإسلامية – غزة، وهي رسالة متخصصة في دعاوى المهور، وتحتوي على أربعة فصول وخاتمة، وتحدث في الفصل الأول عن الإطار العام للبحث، وفي الفصل الثاني عن حقيقة الدعوى والدفع والمهر ومشروعيتها وفيه ثلاثة مباحث، وفي الفصل الثالث تحدث عن الدفوع الشكلية في دعاوى المهور وتطبيقاتها في المحاكم الشرعية وفيه ثلاثة مباحث، وفي الفصل الرابع عن الدفوع الموضوعية في دعاوى المهور وتطبيقاتها في المحاكم الشرعية وفيه أربعة مباحث وخاتمة.

- ما يميز رسالة الباحث أنها خاصة في الدفوع الشكلية والموضوعية لدعاوى المهور وتطبيقاتها في المحاكم الشرعية قطاع غزة، وتختلف رسالة الباحث من حيث: تركيزها على

الدفوع الشكلية والموضوعية لدعاوى الوقف والوصية والميراث واحتوائها على نماذج من المحاكم الشرعية.

7) رسالة "دعوى التناقض والدفع في الشريعة الإسلامية"، للباحث محمد راكان الدغمي، من جامعة الأزهر – غزة، ولم أحصل على تفاصيلها.

- ما يميز رسالة الباحث أنها خاصة في دعاوى التناقض من جهة، ودعاوى الدفع بشكل عام من جهة أخرى، وتختلف رسالة الباحث عنها من حيث تركيزها على الدفوع الشكلية والموضوعية لدعاوى الوقف والوصية والميراث واحتوائها على نماذج من المحاكم الشرعية.

☒ منهج الدراسة:

- اتبعت في هذه الدراسة المنهج الوصفي ، مستفيداً من المنهج الإستقرائي والتحليلي.
- عزو الآيات الواردة في البحث إلى مواقعها في السور، وذلك بذكر إسم السورة ورقم الآية في هامش التوثيق.
- الرجوع إلى المصادر الأصلية لكل مذهب من المذاهب الفقهية، وذلك حسب التسلسل التاريخي للمذاهب.
- الاكتفاء بالمذاهب الفقهية الأربعة المشهورة، الحنفية والمالكية والشافعية والحنابلة.
- الاكتفاء بذكر الإعلام دون الترجمة لهم.
- آثرت إدراج نماذج المحكمة الشرعية فيما يتعلق بكل موضوع في ذات المبحث، ولم ادرجها في ملاحق، وذلك تسهيلاً على القارئ.

☒ حدود الدراسة:

- الرسالة تتحدث عن دعاوى الوقف والوصية والميراث فقط

- الاستعانة بالمواد الموجودة في القانون المدني الأردني رقم(43) لسنة 1976م، وذلك فيما يخدم موضوع الرسالة، ولعدم علم الباحث بوجود قانون مدني فلسطيني.
- جاءت رسالة الباحث حسب قانون الأحوال الشخصية الأردني لسنة1976م، النافذ في الضفة الغربية، إلا إن الباحث اضطر إلى الاستعانة بقانون الأحوال الشخصية الأردني رقم (36) لسنة2010م، وذلك لعدم وجود مواد تخدم موضوع الرسالة في قانون الأحوال الشخصية الأردني لسنة 1976م.
- جاءت رسالة الباحث حسب قانون أصول المحاكمات الشرعية رقم (31) لسنة1959م، النافذ في الضفة الغربية، وذلك فيما يخدم موضوع الرسالة.

☒ **محتوى الدراسة: المقدمة وتشمل: أهمية الدراسة وأهداف الدراسة وسبب الاختيار والدراسات السابقة ومنهجية الدراسة المتبعة فيه، وقد قسمت هذه الدراسة إلى:**

الفصل التمهيدي: ويشمل: مفهوم الدعوى، ومشروعيتها، وأطرافها، وأنواعها، وفيه مبحثان:

المبحث الأول: مفهوم الدعوى، ومشروعيتها، وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: مفهوم الدعوى لغة، وشرعاً، وقانوناً.

الفرع الأول: الدعوى في اللغة.

الفرع الثاني: الدعوى شرعاً

المطلب الثاني: مفهوم الدعوى قانوناً.

المطلب الثالث: مشروعية الدعوى في الكتاب والسنة والإجماع.

المبحث الثاني: أطراف الدعوى، وأنواعها، وشروط صحتها، وإجراءاتها، وفيه أربعة مطالب:

المطلب الأول: أطراف الدعوى والتمييز بين المدعي والمدعى عليه.

الفرع الأول: أطراف الدعوى.

الفرع الثاني: ضابط التمييز بين المدعي والمدعى عليه.

المطلب الثاني: أنواع الدعوى.

المطلب الثالث: شروط صحة الدعوى.

المطلب الرابع: إجراءات الدعوى.

الفصل الأول: ويشمل: مفهوم الدفوع، ومشروعيتها، وتقسيماتها، وشروطها، وأثرها، وفيه ثلاثة مباحث:

المبحث الأول: مفهوم الدفوع، ومشروعيتها، وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: مفهوم الدفوع لغةً، واصطلاحا.

الفرع الأول: الدفوع في اللغة.

الفرع الثاني: الدفوع في الاصطلاح الفقهي.

المطلب الثاني: مفهوم الدفوع قانوناً.

المطلب الثالث: مشروعية الدفوع في الفقه الإسلامي.

المبحث الثاني: تقسيمات الدفوع وشروطها، وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: تقسيمات الدفوع بشكل عام.

الفرع الأول: تقسيم الدفوع من جهة وقتها.

الفرع الثاني: تقسيم الدفوع من جهة طبيعتها.

المطلب الثاني: الشروط العامة والخاصة لإبداء الدفوع.

المطلب الثالث: وسائل إثبات الدفوع.

المبحث الثالث: أحكام الدفع، وآثاره، ووقت إبدائه، وبيان دفع الدفع، وفيه أربعة مطالب:

المطلب الأول: من يملك حق دفع الدعوى.

المطلب الثاني: وقت دفع الدعوى.

المطلب الثالث: الأثر المترتب على دفع الدعوى.

المطلب الرابع: بيان دفع الدفع.

الفصل الثاني: الدفوع الشكلية، مفهومها، وصورها في المحاكم وتطبيقاتها، وفيه ثلاثة مباحث:

المبحث الأول: مفهوم الدفوع الشكلية، وقواعدها، وأثرها، والتفريق بينها وبين الدفوع الموضوعية، وفيه خمسة مطالب:

المطلب الأول: مفهوم الدفوع الشكلية.

المطلب الثاني: قواعد الدفوع الشكلية.

المطلب الثالث: وقت إثارة الدفوع الشكلية.

الفرع الأول: وقت إثارة الدفع الشكلي في الفقه الإسلامي.

الفرع الثاني: وقت إثارة الدفع الشكلي في القانون.

المطلب الرابع: أثر الدفوع الشكلية.

المطلب الخامس: الفرق بين الدفوع الشكلية والدفوع الموضوعية:

المبحث الثاني: صور الدفوع الشكلية أمام المحاكم الشرعية، وفيه مطلبان:

المطلب الأول: الدفوع الشكلية أمام المحاكم الابتدائية.

الفرع الأول: الدفع بعدم اختصاص المحكمة برؤية الدعوى.

الفرع الثاني: الدفع بعدم الخصومة.

الفرع الثالث: الدفع بارتباط الدعوى بدعوى أخرى.

الفرع الرابع: الدفع بوجود نفس الدعوى في محكمة أخرى.

الفرع الخامس: الدفع بعدم صحة الدعوى.

الفرع السادس: الدفع ببطلان أوراق التبليغ.

الفرع السابع: الدفع بعدم دفع رسوم الدعوى أو استكمالها

الفرع الثامن: الدفع بأن الحكم قد صدر في هذه الدعوى من محكمة أخرى.

الفرع التاسع: الدفع بمرور الزمن (التقادم).

الفرع العاشر: الدفع بتأخير الدعوى من أجل إعداد الدفاع.

الفرع الحادي عشر: الدفع بوقف البت في الدعوى ريثما تفصل محكمة أخرى في مسألة عارضه.

المطلب الثاني: الدفوع الشكلية أمام محاكم الاستئناف.

الفرع الأول: الدفع بمضي وقت الاستئناف.

الفرع الثاني: الدفع بعدم وجود أسباب واضحه للاستئناف.

الفرع الثالث: الدفع بعدم استيفاء الرسوم للاستئناف.

الفرع الرابع: الدفع بوجود خطأ في أسماء الخصوم.

الفرع الخامس: الدفع ببطلان التبليغ في الاستئناف.

الفرع السادس: الدفع بعدم وجود توقيع للمستأنف على الاستئناف.

الفرع السابع: الدفع فيما يتعلق بوكالات المحامين.

المبحث الثالث: تطبيقات الدفوع الشكلية لدعاوى الوقف والوصية والميراث، وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: تطبيقات لدفوع شكلية في دعوى الوقف.

المطلب الثاني: تطبيقات لدفوع شكلية في دعوى الوصية.

المطلب الثالث: تطبيقات لدفوع شكلية في دعوى الميراث.

الفصل الثالث: الدفوع الموضوعية للدعاوى الوقف، والوصية، والميراث، وتطبيقاتها في المحاكم الشرعية، وفيه أربعة مباحث:

المبحث التمهيدي: الدفوع الموضوعية مفهومها، وخصائصها، ووقت إثارتها، وفيه خمسة مطالب:

المطلب الأول: مفهوم الدفوع الموضوعية.

المطلب الثاني: خصائص الدفوع الموضوعية.

المطلب الثالث: علاقة الدفوع الموضوعية بالدعوى.

المطلب الرابع: وقت إثارة الدفوع الموضوعية.

الفرع الأول: وقت إثارة الدفع الموضوعي في الفقه الإسلامي.

الفرع الثاني: وقت إثارة الدفع الموضوعي في القانون.

المطلب الخامس: أثر الدفوع الموضوعية.

المبحث الأول: الدفوع الموضوعية لدعاوى الوقف، وتطبيقاتها في المحاكم الشرعية، وفيه أربعة مطالب:

المطلب الأول: مفهوم الوقف لغة وشرعاً وقانوناً.

المطلب الثاني: مشروعية الوقف وحكمته.

المطلب الثالث: الدفوع التي ترد على دعاوى الوقف.

الفرع الأول: الدفع بعدم أهلية الواقف للتبرع:

الفرع الثاني: الدفع بعدم ملكية الوقف.

الفرع الثالث: الدفع بعدم تسجيل الوقف في الدوائر الرسمية.

الفرع الرابع: الدفع بعدم قابلية العقار للوقف وذلك لعدم أمكانية تقسيمه.

الفرع الخامس: الدفع ببطلان صيغة الوقف.

الفرع السادس: الدفع بأن العقار مؤجراً فلا يمكن الانتفاع به .

الفرع السابع: الدفع بوجود شرط جعلي مبطل للوقف كاشتراط أن له بيعه أو هبته أو الرجوع عنه.

الفرع الثامن: الدفع بأن الموقوف عليه لا يصح أن يملك.

الفرع التاسع: الدفع بانقطاع الجهة الموقوف عليها.

الفرع العاشر: الدفع بجهالة الجهة الموقوف عليها.

الفرع الحادي عشر: الدفع بأن الموقوف عليه جهة معصية.

المطلب الرابع: نموذج على الدفوع الموضوعية لدعاوى وقف في المحاكم الشرعية.

المبحث الثاني: الدفوع الموضوعية لدعاوى الوصية، وتطبيقاتها في المحاكم الشرعية، وفيه خمسة مطالب:

المطلب الأول: مفهوم الوصية لغة وشرعاً وقانوناً.

المطلب الثاني: مشروعية الوصية وحكمتها.

المطلب الثالث: التفريق بين الوصية والوقف.

المطلب الرابع: الدفوع الموضوعية التي ترد على دعاوى الوصية.

الفرع الأول: الدفع بعدم أهلية الموصي للتبرع.

الفرع الثاني: الدفع بوفاة الموصى له في حال حياة الموصي.

الفرع الثالث: الدفع بأن الموصى له جهة معصية.

الفرع الرابع: الدفع بأن الموصى له وارث.

الفرع الخامس: الدفع بأن الموصى له قتل الموصي بعد الوصية.

الفرع السادس: الدفع بأن الموصي رجع عن الوصية حال حياته.

الفرع السابع: الدفع بعدم ملكية الموصى به للموصي.

الفرع الثامن: الدفع بأن الوصية تزيد عن الثلث.

الفرع التاسع: الدفع بأن الموصى له رد الوصية.

الفرع العاشر: الدفع بأن الوصية معلقة على شرط صحيح لم يطبق.

الفرع الحادي عشر: الدفع بأن الموصى له مجهول.

الفرع الثاني عشر: الدفع بعدم تسجيل حجة الوصية في المحكمة.

الفرع الثالث عشر: الدفع بهلاك الموصى به وأنه لم يعد موجوداً.

الفرع الرابع عشر: الدفع بأن الموصي مدين بدين يستغرق كل ماله.

الفرع الخامس عشر: الدفع بأن الموصي أكُره على الوصية.

المطلب الخامس: نموذج على الدفوع الموضوعية لدعاوى وصية في المحاكم الشرعية.

المبحث الثالث: الدفوع الموضوعية لدعاوى الميراث، وتطبيقاتها في المحاكم الشرعية، وفيه خمسة مطالب:

المطلب الأول: مفهوم الميراث لغة وشرعاً.

المطلب الثاني: مشروعية الميراث وحكمته.

المطلب الثالث: الفرق بين الوصية والميراث.

المطلب الرابع: الدفوع الموضوعية التي ترد على دعاوى الميراث.

الفرع الأول: الدفع بأن الوارث قتل المورث عمداً.

الفرع الثاني: الدفع بأن الوارث كافر.

الفرع الثالث: الدفع بأن الوارث محجوب حجب حرمان من الميراث.

الفرع الرابع: الدفع بأنه تم توزيع التركة في حال حياة المورث.

الفرع الخامس: الدفع بأن المورث مدين بدين يستغرق كل ماله.

الفرع السادس: الدفع بأن الوارث ولد زنى.

الفرع السابع: الدفع بعدم موت المورث .

الفرع الثامن: الدفع بعدم حياة أحد الورثة.

الفرع التاسع: الدفع بموت أحد الورثة قبل والده.

الفرع العاشر: الدفع باختلاف الدارين.

الفرع الحادي عشر: الدفع بطلاق الزوجة.

الفرع الثاني عشر: الدفع بإسلام الزوجة بعد الوفاة.

الفرع الثالث عشر: الدفع بزنى المورث بالوارث.

الفرع الرابع عشر: الدفع بانتفاء الزوجية باللعان بين الزوج والزوجة.

المطلب الخامس: نموذج على الدفوع الموضوعية لدعاوى ميراث في المحاكم الشرعية.

الخاتمة: وفيها أهم النتائج والتوصيات.

الفصل التمهيدي:

ويشمل: مفهوم الدعوى، ومشروعيتها، وأطرافها، وأنواعها.

وفيه مبحثان:

ـــالمبحث الأول: مفهوم الدعوى، ومشروعيتها.

ـــالمبحث الثاني: أطراف الدعوى، وأنواعها، وشروط صحتها، وإجراءاتها.

المبحث الأول:

مفهوم الدعوى، ومشروعيتها.

وفيه ثلاثة مطالب:

ـــ المطلب الأول: مفهوم الدعوى لغة، وشرعاً، وقانوناً.

ـــ الفرع الأول: الدعوى في اللغة.

ـــ الفرع الثاني: الدعوى شرعاً.

ـــ المطلب الثاني: مفهوم الدعوى قانوناً.

ـــ المطلب الثالث: مشروعية الدعوى في الكتاب والسنة والإجماع.

المطلب الأول:

مفهوم الدعوى لغة، وشرعاً، وقانوناً.

الفرع الأول: الدعوى في اللغة:

الدَّعْوَى: "اسم لما يدعيه، والدعوى تصلح أن تكون في معنى الدعاء"[1].

ولها في اللغة إطلاقات متعددة: منها الحقيقي، ومنها المجازي، ولعل معظمها يرجع إلى معنى أصلي واحد وهو (الميل)[2]ومن ذلك قوله تعالى: {لَهُمْ فِيهَا فَاكِهَةٌ وَلَهُم مَّا يَدَّعُونَ}[3]، ويقال: ادعيت الشيء تمنيته، وادعيته طلبته لنفسي[4]، وهو أقرب المعاني إلى المعنى الاصطلاحي لدعاوى، وفيما يلي نذكر بعض هذه الإطلاقات ومنها[5]:

- وتستعمل بمعنى الدعاء[6]: ومن ذلك قوله تعالى: "دَعْوَاهُمْ فِيهَا سُبْحَانَكَ اللَّهُمَّ وَتَحِيَّتُهُمْ فِيهَا سَلَامٌ وَآخِرُ دَعْوَاهُمْ أَنِ الْحَمْدُ لِلَّهِ رَبِّ الْعَالَمِينَ"[7]، وقوله تعالى: "وَقَالَ رَبُّكُمُ ادْعُونِي أَسْتَجِبْ لَكُمْ"[8]، وجاء في لسان العرب لو قلت: اللهم أشركنا في صالح دعاء المسلمين، أو دعوى والابتهال إليه بالسؤال[9].
- وتطلق على الإخبار: يقال: فلان يدعي بكرم فعاله، أي يخبر بذلك عن نفسه[10].

---

[1]- ابن منظور- محمد بن مكرم بن على، أبو الفضل، جمال الدين،(ت:711هـ) - لسان العرب – الطبعة: الثالثة - 1414 هـ - دار صادر – بيروت – ج14، ص257.

[2]- ابن فارس- أحمد بن فارس بن زكرياء القزويني الرازي، أبو الحسين (ت: 395هـ)- معجم مقاييس اللغة- المحقق: عبد السلام محمد هارون- دار الفكر- ج2-ص 279

[3]- سورة يس الآية:(57) .

[4]- الفيومي - المصباح المنير في غريب الشرح الكبير - ج1، ص 194.

[5]- ياسين – محمد نعيم - نظرية الدعوى بين الشريعة الإسلامية وقانون المرافعات المدنية والتجارية – دار عالم الكتب– الرياض – ط: 1423/ 2003--ص75

[6]- ابن منظور - لسان العرب – ج14، ص257.

[7]- سورة يونس الآية:(10).

[8]- سورة غافر الآية:(60).

[9]- الزَّبيدي، محمّد بن محمّد بن عبد الرزّاق الحسيني، أبو الفيض، الملقّب بمرتضى،(ت: 1205هـ) - تاج العروس من جواهر القاموس - دار الهداية – دون طبعة– ج38، ص 46

[10]- الفيومي - المصباح المنير في غريب الشرح الكبير - ج1، ص 194 .

- وتستعمل كثيراً بمعنى: إضافة الإنسان إلى نفسه شيئاً، ملكاً، أو استحقاقاً، أو صفقة، أو نحو ذلك[1].

الفرع الثاني: الدعوى شرعاً:

- عرف الحنفية الدعوى بأنها: إضافة الشّيء إلى نفسه حالة المنازعة[2].
- ويعترض على هذا التعريف بأنه تعريف غير مانع؛ لأن الإضافة تحصل من غير دعوى، وعندما ذكر "إضافة الشّيء إلى نفسه" هنا أخرج من التعريف مسألة دفع الدعوى[3].
- وعرف المالكية الدعوى بأنها: طلب معين أو ما في ذمة معين أو أمر يترتب له عليه نفع معتبر شرعاً ولا تكذبها العادة [4].
- ويعترض على هذا التعريف أنه تعريف غير مانع؛ لكونه تضمن التعريف ذكر بعض الشروط، وذلك كقوله (معتبر شرعاً، ولَا تكذبها العادة)، والأصل أن يكون التعريف لبيان الماهية، وليس لذكر الشروط[5].
- وعرف الشافعية الدعوى بأنها: إخبار عن وجوب حق على غيره عند حاكم[6].

---

[1]- ابن قدامة المقدسي، أبو محمد موفق الدين عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة الجماعيلي المقدسي ثم الدمشقي الحنبلي،(ت: 620هـ) - المغني - مكتبة القاهرة – ج10، ص 242.

[2]- النسفي - أبو البركات عبد الله بن أحمد بن محمود حافظ الدين،(ت: 710هـ)، كنز الدقائق، ط1، دار البشائر الإسلامية، دار السراج، تحقيق: أ. د. سائد بكداش ،ص 494.

[3]- أبو البصل – عبد الناصر موسى – شرح قانون أصول المحاكمات الشرعية ونظام القضاء الشرعي – دار الثقافة – الطبعة الأولى – ص119

[4]- القرافي - أبو العباس شهاب الدين أحمد بن إدريس بن عبد الرحمن المالكي،(ت:684هـ)، الذخيرة، ط1، دار الغرب الإسلامي- بيروت - ج11، ص 5.

[5]- بني بكر – قاسم محمد – نظرية الدفع الموضوعي في الفقه الإسلامي والقانون وتطبيقاتها في القضاء الشرعي –الدار الثقافية – الطبعة الأولى: 2009- 1430- ص33 / ياسين – محمد نعيم - نظرية الدعوى بين الشريعة الإسلامية وقانون المرافعات المدنية والتجارية – ص80

[6]- المعبري المليباري الهندي - زين الدين أحمد بن عبد العزيز بن زين الدين بن علي بن أحمد -(ت: 987هـ)، فتح المعين المعين بشرح قرة العين بمهمات الدين(هو شرح للمؤلف على كتابه هو المسمى قرة العين بمهمات الدين، ط1، دار بن حزم، ص 630.

- ويعترض على هذا التعريف أنه تعريف غير مانع؛ لكونه يدخل فيه دعوى الفضولي التي يعتبرها الشافعية باطله، لأنه يطالب بحق على غيره لدى القاضي, وليس لنفسه وإنّما لغيره، ولم يقيد التعريف بكونه في حال المنازعة[1].
- وعرف الحنابلة الدعوى بأنها: إضافته إلى نفسه استحقاق شيء في يد غيره، أو في ذمته[2] .
- ويعترض على هذا التعريف أنه تعريف غير جامع؛ لكونه لا يشمل جميع الدعاوى، ولأنه حاول حصر الدعوى في (يد غيره) يقصد بها دعوى العين، و (في ذمته) وقصد بها دعوى الدين، والدعوى لا تنحصر في هذين النوعين فهناك دعاوى تتعلق بالنسب مثلاً، وأيضاً كونه مقيد بأن الطلب يكون من النفس فقط مع أنه يجوز عن طريق الوكيل أو الوصي، وهو غير مانع من جهة عدم تقيد التعريف بمكان إقامة الدعوى وهو مجلس القضاء[3].
- **التعريف المختار للدعوى:** "هي قول مقبول أو ما يقوم مقامه في مجلس القضاء، يقصد به إنسان طلب حق له أو لمن يمثله، أو حمايته"[4].
- وهذا ما يراه الباحث في تعريف الدعوى؛ لأن هذا التعريف يتجنب الانتقادات التي وجهت للتعريفات السابقة، وأيضاً يرجع اختيار هذا التعريف لما يلي:

1. بيانه لطبيعة الدعوى باعتبارها تصرفاً قولياً مباحاً, الأصل فيه أن يكون بوسيلة القول, مع صحته بالكتابة والإشارة عند عدم القدرة على القول.

---

[1]- ياسين – محمد نعيم - نظرية الدعوى بين الشريعة الإسلامية وقانون المرافعات المدنية والتجارية – ص80/ بني بكر – نظرية الدفع الموضوعي في الفقه الإسلامي والقانون وتطبيقاتها في القضاء الشرعي – ص 34

[2]- المرداوي الدمشقي الصالحي الحنبلي - علاء الدين أبو الحسن علي بن سليمان،(ت: 885هـ)، الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف، ط3، دار إحياء التراث العربي، ج 11، ص 369/ ابن قدامة - أبو محمد موفق الدين عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة الجماعيلي المقدسي ثم الدمشقي الحنبلي، (ت: 620هـ)- المغني- مكتبة القاهرة - بدون طبعة-ج10 –ص 242

[3]- ياسين – محمد نعيم- نظرية الدعوى بين الشريعة الإسلامية وقانون المرافعات المدنية والتجارية – ص83 / العليوي – سليمان بن احمد - الدعوى القضائية بين الشريعة والأنظمة الوضعية – مكتبة التوبة – الطبعة الأولى: 1433هـ - 2012م – ص 52 / أبو يوسف – مأمون محمد – الدفوع الموضوعية في دعاوى النفقات – دار الثقافة – الطبعة الثالثة: 2011-1432- ص 26

[4]- ياسين – محمد نعيم- نظرية الدعوى بين الشريعة الإسلامية وقانون المرافعات المدنية والتجارية - ص83

2. تمييزه بين الدعوى بالمعنى اللغوي, والدعوى بالمعنى الاصطلاحي, لأنها تقيد في المعنى الاصطلاحي بحصولها في مجلس القضاء, ولا تقيد بذلك في المعنى اللغوي.
3. ميز بين التعريفات التي لا يشترط لصحتها حصولها في مجلس القضاء، كالعقود، وبين غيرها من التصرفات التي يشترط لها مجلس القضاء.
4. تمييزه بين التصرفات التي يشترط لصحتها وقوعها في مجلس القضاء ويطلب بها إثبات حق للغير، كالشهادة، وبين الدعاوى, لأنها وإن كان من شروطها وقوعها في مجلس القضاء, لكن القصد منها طلب المدعي الحق لنفسه, لا لغيره.
5. كونه جامعاً مانعاً:

- فهو جامع لإدخاله جميع أنواع الدعاوى المعتبرة عند جماهير العلماء بما فيها دعوى منع التعرض.
- ومانع لإخراجه جميع الدعاوى الفاسدة لكونها قولاً غير مقبول[1].

[1]- ياسين – محمد نعيم- نظرية الدعوى بين الشريعة الإسلامية وقانون المرافعات المدنية والتجارية – ص 83– 84

المطلب الثاني:

مفهوم الدعوى قانوناً.

عرف فقهاء القانون الدعوى بتعريفات متعددة، منها:

1. تعريف مجلة الأحكام العدلية: "المادة (1613) الدعوى: هي طلب أحد حقه من آخر في حضور القاضي"[1].
2. وعرفها فتحي والي بأنها: "حق الشخص في الحصول على حكم في الموضوع لصالحه، وذلك في مواجهة شخص أخر بواسطة السلطة القضائية"[2].
3. وعرفها أحمد أبو الوفا بأنها: "هي سلطة الالتجاء إلى القضاء بقصد الوصول إلى احترام القانون"[3].
4. وعرفها نبيل إسماعيل عمر بأنها: "حق إرادي مستقل عن الحق الموضوعي الدي تحميه، وهو وسيلة لحماية الحق الموضوعي"[4].

- ويلاحظ على هذه التعريفات أنها لم تعبر عن الدعوى بالمطالبة القضائية، وإنما كانت وجهة نظر بعض فقهاء القانون أن الدعوى تطلق على حق الإنسان في القيام بهذه المطالبة، فكانت الدعوى عندهم حق من الحقوق، فالدعوى عند الفقهاء هي المطالبة القضائية، بناءً على ذلك لا توجد إلا إذا باشر صاحب الحق دعواه، وفق الإجراءات القضائية، إلا أن بعض فقهاء

---

[1]- مجموعة من الفقهاء - مجلة الأحكام العدلية - المحقق: نجيب هواويني - نور محمد، كارخانه تجارتِ كتب، آرام باغ، كراتشي- دون طبعة – ج1-ص 320

[2]- والي - فتحي - نظرية البطلان فيقانون المرافعات –دون ناشر- الطبعة الأولى سنة 1959م - ج1- ص 13

[3]- ابو الوفا – احمد – نظرية الدفوع في قانون المرافعات – دون ناشر- الطبعة الرابعة – ج1- ص 789

[4]- عمر- نبيل إسماعيل – أصول المحاكمات المدنية والتجارية – المطبعة دار المعارف، الإسكندرية – الطبعة الأولى - 1986م – ج1 –ص 406

القانون عبروا عن الدعوى بأنها طلب كما هو الحال عند فقهاء المسلمين، ومثال ذلك تعريف مجلة الأحكام العدلية[1].

المطلب الثالث:

مشروعية الدعوى في الكتاب والسنة والإجماع.

- الاستدلال بالكتاب{ القرآن الكريم}:

1. قوله تعالى: {فَلاَ وَرَبِّكَ لاَ يُؤْمِنُونَ حَتَّىَ يُحَكِّمُوكَ فِيمَا شَجَرَ بَيْنَهُمْ ثُمَّ لاَ يَجِدُواْ فِي أَنفُسِهِمْ حَرَجاً مِّمَّا قَضَيْتَ وَيُسَلِّمُواْ تَسْلِيماً}[2].

- وجه الدلالة: أن هذه الآية الكريمة تدل على مشروعية الدعوى من حيث أن الله عز وجل قد أقسم فيها بأن قال: (لاَ يُؤْمِنُونَ حَتَّىَ يُحَكِّمُوكَ فِيمَا شَجَرَ بَيْنَهُمْ) أي حتى يحكموا رسول الله صلى الله عليه وسلم فيما شجر بينهم، "ويجعلوك حكماً فيما اختلف واختلط من أمورهم والتبس عليهم حكمه"[3]، والاحتكام لا يكون إلا بعد وجود دعوى وهذا دليل على مشروعيتها.

2. وقوله تعالى: {وَإِذَا دُعُوا إِلَى اللَّهِ وَرَسُولِهِ لِيَحْكُمَ بَيْنَهُمْ إِذَا فَرِيقٌ مِّنْهُم مُّعْرِضُونَ}[4].

- وجه الدلالة: "أن هذه الآية تدل على وجوب إجابة الداعي إلى الحاكم لأن الله سبحانه ذم من دعي إلى رسوله ليحكم بينه وبين خصمه بأقبح الذم"[5]، وإجابة الداعي لا تكون إلا بعد الدعوى، فدل ذلك على مشروعية الدعوى.

---

[1]- ياسين – محمد نعيم - نظرية الدعوى بين الشريعة الإسلامية وقانون المرافعات المدنية والتجارية – ص87/ بني بكر – نظرية الدفع الموضوعي في الفقه الإسلامي والقانون وتطبيقاتها في القضاء الشرعي – ص 37.

[2]- سورة النساء الآية:(65).

[3]- البغوي - محيي السنة - أبو محمد الحسين بن مسعود(ت:510هـ)- معالم التنزيل في تفسير القرآن (تفسير البغوي) - المحقق: حققه وخرج أحاديثه محمد عبد الله النمر وآخرون - دار طيبة للنشر والتوزيع-الطبعة: الرابعة، 1417 هـ - 1997م – ج2 – ص 246

[4]- سورة النور الآية:(48).

[5]- القرطبي - أبو عبد الله محمد بن أحمد بن أبي بكر بن فرح الأنصاري الخزرجي شمس الدين(ت: 671هـ)- الجامع لأحكام القرآن(تفسير القرطبي) - تحقيق: أحمد البردوني وإبراهيم أطفيش- دار الكتب المصرية – القاهرة-الطبعة: الثانية، 1384هـ - 1964م – ج12-ص 294

الاستدلال بالسنة النبوية:

وردت أحاديث كثيرة تفيد مشروعية الدعوى ومنها:

- عن ابن شهاب، قال: أخبرني عروة بن الزبير، أن زينب بنت أبي سلمة، أخبرته أن أم سلمة زوج النبي صلى الله عليه وسلم، أخبرتها، عن رسول الله صلى الله عليه وسلم، أنه سمع خصومة بباب حجرته فخرج إليهم، فقال: «إنما أنا بشر، وإنه يأتيني الخصم، فلعل بعضكم أن يكون أبلغ من بعض، فأحسب أنه صادق فأقضي له بذلك، فمن قضيت له بحق مسلم، فإنما هي قطعة من النار فليأخذها أو ليتركها»[1].
- وجه الدلالة: هو قول النبي صلى الله عليه وسلم: " إنه يأتيني الخصم" ، فهذا إقرار من النبي صلى الله عليه وسلم لرفع الخصومة إليه، وسماعه لدعوى وقضاؤه فيها، دليل على مشروعيّة الدعوى والقضاء.
- عن ابن عباس، أن النبي صلى الله عليه وسلم قال: «لو يعطى الناس بدعواهم، لادعى ناس دماء رجال وأموالهم، ولكن اليمين على المدعى عليه»[2].
- وجه الدلالة: أن الحديث صريح في الدلالة على مشروعية الدعوى، وذلك لقوله صلى الله عليه وسلم: (لو يعطى الناس بدعواهم) فهو دليل على إجازة الدعوى وأيضاً قوله(اليمين على المدعى عليه) فهي من مفردات الدعوى[3].

---

[1]- أخرجه البخاري في صحيحه – كتاب الأحكام – باب من قضي له بحق أخيه فلا يأخذه، فإن قضاء الحاكم لا يحل حراما ولا يحرم حلالا –ج9- ص 72- رقم الحديث 7181

[2]- أخرجة مسلم في صحيحه – كتاب الأقضية – باب اليمين على المدعى عليه – ج3 –ص 1336- رقم الحديث: 1711

[3]- النووي - أبو زكريا محيي الدين يحيى بن شرف(ت:676هـ)- المنهاج شرح صحيح مسلم بن الحجاج - دار إحياء التراث العربي – بيروت- الطبعة: الثانية، 1392- ج 12 – ص 3

- الاستدلال بالإجماع: انعقد الإجماع من لدن رسول الله صلى الله عليه وسلم، إلى يومنا هذا على مشروعية الدعوى وجوازها، للضرورة والحاجة، وأيضاً "أجمعوا على أن البينة على المدعي، واليمين على المدعى عليه"[1]، وهي من مفردات الدعوى فدل ذلك على الإجماع على مشروعية الدعوى.

[1]- ابن المنذر النيسابوري - أبو بكر محمد بن إبراهيم(ت:319هـ) – الإجماع - فؤاد عبد المنعم أحمد- دار المسلم للنشر والتوزيع-الطبعة: الطبعة الأولى 1425هـ/ 2004مـ - ج1 – ص 65

المبحث الثاني:

أطراف الدعوى وأنواعها وشروط صحتها وإجراءاتها.

وفيه أربعة مطالب:

ـــ المطلب الأول: أطراف الدعوى والتمييز بين المدعي والمدعى عليه.

ـــ الفرع الأول: أطراف الدعوى.

ـــ الفرع الثاني: ضابط التمييز بين المدعي والمدعى عليه.

ـــ المطلب الثاني: أنواع الدعوى.

ـــ المطلب الثالث: شروط صحة الدعوى.

ـــ المطلب الرابع: إجراءات الدعوى.

المطلب الأول:

أطراف الدعوى والتمييز بين المدعي والمدعى عليه.

- **الفرع الأول: أطراف الدعوى:** هم الأشخاص الذين تكون الدعوى بينهم، بحيث لا يتصور دعوى دونهم "وهم المدعي والمدعى عليه، وقد ينضم إليهم أي طرف يتأثر بنتيجة الحكم، ويسمى الشخص الثالث"[1].
- **الفرع الثاني: ضابط التمييز بين المدعي والمدعى عليه:** لا شك في أن معرفة المدعي من المدعى عليه من أهم قواعد الإثبات، حيث يبنى عليها كثير من مسائل الدعوى، وهي التي تساعد في حل الخلاف بين المتخاصمين، فليس من السهل على القاضي أن يميز بينهما، وذلك لوجود شبه كبير بينهما، فكان لابد من معرفة كل واحد منهما على حده، لذلك اجتهد الفقهاء في وضع ضوابط تعين القضاة في التمييز بين المدعي والمدعى عليه ويمكن تقسيمها إلى أربعة ضوابط هي:

- أولاً: ضابط التمييز بين المدعي والمدعى عليه عند الحنفية: ذهب معظم فقهاء الحنفية إلى تعريف المدعي: "أنه من إذا ترك الخصومة لا يجبر عليها، والمدعى عليه من إذا ترك الجواب يجبر عليه"[2].

وهذا الضابط مأخوذ من طبيعة الدعوى، فهي تصرف إرادي صادر من طرف المدعي، وأما جوابها فهو أثر من ذلك التصرف وهو واجب على المدعى عليه[3].

---

[1]- أبو البصل – عبد الناصر موسى – شرح قانون أصول المحاكمات الشرعية ونظام القضاء الشرعي– ص 124

[2]- الكاساني - علاء الدين، أبو بكر بن مسعود بن أحمد الحنفي(ت:587هـ) - بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع - دار الكتب العلمية- الطبعة: الثانية، 1406هـ - 1986م- ج6 – ص 224/ السرخسي - محمد بن أحمد بن أبي سهل شمس الأئمة(ت:483هـ) – المبسوط - دار المعرفة – بيروت-الطبعة: بدون طبعة- تاريخ النشر: 1414هـ - 1993م – ج 17 – ص 31

[3]- ياسين – محمد نعيم - نظرية الدعوى بين الشريعة الإسلامية وقانون المرافعات المدنية والتجارية – ص 177

ورجح معظم الحنفية هذا الضابط على غيره، لكونه جامعاً و مانعاً من دخول غيره فيه[1]، وبعبارة أخرى: "أنه عام لا يخرج عنه شيء من الفرعيات"[2].

وقال: بعضهم المدعي من يلتمس قبل غيره لنفسه عيناً أو ديناً أو حقاً والمدعى عليه من يدفع ذلك عن نفسه، وقال بعضهم ينظر إلى المتخاصمين أيهما كان منكراً فالآخر يكون مدعياً، وقال بعضهم: المدعي من يخبر عما في يد غيره لنفسه، والمدعى عليه من يخبر عما في يد نفسه لنفسه؛ فينفصلان بذلك عن الشاهد والمقر، والشاهد من يخبر عما في يد غيره لغيره، والمقر من يخبر عما في يد نفسه لغيره[3].

"ويقال: المدعي هو كل من ادعى باطناً ليزيل به ظاهراً، والمدعى عليه هو من ادعى ظاهراً وقرر الشيء على ما هو عليه، ويسمى المنكر"[4]، "وقيل: المدعي هو الذي له الخصومة فيطلبها عند أي قاض أراد"[5].

- ثانياً: ضابط التمييز بين المدعي والمدعى عليه عند المالكية: ذهب معظم فقهاء المالكية إلى أن المدعي هو من تجردت دعواه عن أمر يصدقه، وزاد بعضهم: أو كان أضعف المتداعيين أمراً في الدلالة على الصدق[6].

---

[1]- الزيلعي - عثمان بن علي بن محجن البارعي، فخر الدين الحنفي(ت:743هـ) - تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق وحاشية الشِّلْبِيِّ - الحاشية: شهاب الدين أحمد بن محمد بن أحمد بن يونس بن إسماعيل بن يونس الشِّلْبِيُّ(ت: 1021هـ)- المطبعة الكبرى الأميرية - بولاق، القاهرة - الطبعة: الأولى، 1313 هـ

[2]- ياسين – محمد نعيم - نظرية الدعوى بين الشريعة الإسلامية وقانون المرافعات المدنية والتجارية – ص 178

[3]- الزيلعي - تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق وحاشية الشِّلْبِيِّ – ج4 – ص 224

[4]- الزَّبِيدِيّ - أبو بكر بن علي بن محمد الحدادي العبادي اليمني الحنفي(ت: 800هـ) - الجوهرة النيرة - المطبعة الخيرية- الطبعة: الأولى، 1322هـ - ج 2– ص 210

[5]- ابن عابدين، محمد أمين بن عمر بن عبد العزيز عابدين الدمشقي الحنفي(ت: 1252هـ) - رد المحتار على الدر المختار - دار الفكر-بيروت-الطبعة: الثانية، 1412هـ - 1992م – ج5 – ص 542

[6]- الحطاب الرُّعيني المالكي - شمس الدين أبو عبد الله محمد بن محمد بن عبد الرحمن الطرابلسي المغربي،(ت: 954هـ) - مواهب الجليل في شرح مختصر خليل - دار الفكر- الطبعة: الثالثة، 1412هـ - 1992م - ج 6- ص 124

وجاء في الشرح الكبير: "والمدعي هو من تجرد قوله حال الدعوى عن مصدق من أصل، أو معهود عرفاً أي لم يكن له ما يصدقه من هذين حين الدعوى، ولذا طلب منه البينة ليصدق، وأما المدعى عليه فهو من تمسك بأصل، أو عرف"[1]

وفسر بعضهم هذا الأمر المصدق بقولهم: المدعي هو من لم يترجح قوله بمعهود أو أصل، والمدعى عليه عكسه، والمعهود هو العرف والعادة والغالب[2].

ثم إن الأمر المصدق الذي إذا اعتضد به أحد المتخاصمين كان دليلاً على أنه هو المدعى عليه يمكن ان يكون أحد شيئين هما[3]:

1) الأصل: وهو القاعدة الشرعية المعمول بها في الواقعة المخصوصة، أو الدلالة المستمرة، أو استصحاب الحال الأول[4]، ويشمل:

- الأصل براءة الذمة حتى يثبت خلاف ذلك: ومثاله: ادعى على آخر حقاً, فهو مدع والآخر مدعى عليه, لأن جانبه قد تقوى بالبراءة الأصلية[5].
- الأصل في الإنسان الصحة حتى يثبت مرضه: ومثاله: إذا وقع طلاق رجل لزوجته بائناً, ثم مات, فقالت المرأة للورثة: إنه طلقها في مرض الموت, لكي ترث منه, فأنكر ذلك الورثة, كانت المرأة مدعية, لأن الأصل أن الإنسان سليم حتى يثبت مرضه, فيكون القول للورثة,

---

[1]- الدسوقي - محمد بن أحمد بن عرفة المالكي(ت: 1230هـ) - حاشية الدسوقي على الشرح الكبير - دار الفكر-الطبعة: بدون طبعة – ج 4 – ص 143

[2]- محمد الأمير المالكي – ضوء الشموع شرح المجموع في الفقه المالكي - بحاشية: حجازي العدوي المالكي- المحقق: محمد محمود ولد محمد الأمين المسومي- دار يوسف بن تاشفين - ط: الأولى، 1426 هـ - 2005 م – ج 4 – ص 96

[3]- الموسوعة الفقهية الكويتية – ج 20- ص 272/ الزرقا – مصطفى احمد – المدخل الفقهي العام – دار القلم دمشق – الطبعة الثانية: 1425هـ - 2004م – ج2 – ص 984 – وما بعدها / جعيط – محمد العزيز- الطريقة المرضية في الإجراءات الشرعية على مذهب المالكية – مكتبة الاستقامة: تونس – الطبعة الثانية – ص 20

[4]- ابن فرحون - إبراهيم بن علي بن محمد، برهان الدين اليعمري(ت: 799هـ) - تبصرة الحكام في أصول الأقضية ومناهج الأحكام - مكتبة الكليات الأزهرية - الطبعة: الأولى، 1406هـ - 1986م – ج 1 – ص 141

[5]- ياسين – محمد نعيم - نظرية الدعوى بين الشريعة الإسلامية وقانون المرافعات المدنية والتجارية – ص 181

وتطالب هي بالبينة, ولو أقام كلاهما بينة متساوية قدمت البينة المثبتة للتصرف في خلال الصحة, لأنه الأصل[1].

- الأصل عدم المضارة وعدم التعدي: ومثاله: لو ادعى على الطبيب العمد فيما زاد على المأذون فيه, فادعى الطبيب الخطأ, يكون الطبيب مدعى عليه, والآخر مدعياً يطالب بالبينة, لأن الأصل عدم المضارة والتعدي[2].
- الأصل في الإنسان الجهل بالشيء حتى يقوم الدليل على علمه به: ومثاله: إذا قام الشريك بطلب حصة شريكه بالشفعة ممن اشتراها, وكان ذلك بعد مرور عام من البيع, فادعى المشتري علم الشريك بالبيع, وادعى الشريك جهله بذلك: كان الشريك مدعى عليه, فالقول قوله لتعضده بالأصل, ويكون المشتري مدعياً فيطالب بالبينة[3].
- الأصل الفقر لسبقه الغنى, إذ يولد الإنسان فقيراً ثم يكتسب فيصبح غنياً, لكنّهم قالوا: إن الناس محمولون على الغنى لغلبته. فهنا تعارض الأصل، وهو الفقر، مع الغالب وهو الغنى, فقدم الغالب على الأصل. ومثاله: أن زاعم الإعسار يعتبر مدعياً, وإن وافقه الأصل الذي هو الفقر, فهو مطالب بالبينة على إعساره, لأن الغالب عدم الإعسار, والغالب مقدم على الأصل الذي هو الفقر[4].

2) الظاهر:

الظاهر المعتبر هو ما كثرت أسبابه, فإن قلت لم ينظر إليه. فالأمر المصدق لأحد المتداعيين يمكن أن يكون الظاهر, وهو يستفاد من أ حد أمرين:

[1]- ياسين – محمد نعيم - نظرية الدعوى بين الشريعة الإسلامية وقانون المرافعات المدنية والتجارية – ص 181
[2]- المصدر السابق – ص 182
[3]-المصدر السابق – ص 182
[4]- المصدر السابق – ص 182

— العرف: ويسميه بعضهم المعهود والغالب والعادة: والعرف مقدم على الأصل إذا تعارضا, ولهذا قالوا: كل أصل كذبه العرف رجح العرف عليه, ولم يستثنوا إلا أصل براءة الذمة. ومثاله: لو ادعى الصالح التقي, العظيم المنزلة والشأن في العلم والدين, على أفسق الناس درهماً واحداً: فإن الغالب صدقه, والأصل براءة الذمة, فيقدم الأصل على الغالب في هذه الصورة[1].

— القرائن وظواهر الحال وغلبة الظن: ومثاله: من حاز شيئاً مدة يتصرف فيه, ثمّ ادعاه غيره: فإنه يرجح قول الحائز في دعوى الملكية, ويكون الآخر مدعياً, لأن قوله خلاف الظاهر, فيكون عليه البينة وإلا دفعت دعواه بيمين الحائز[2].

وقد استثنى المالكيّة من القاعدة السابقة بعض المسائل, من أجل المحافظة على المصلحة العامة، أو للضرورة. ومن أمثلة ذلك:

— قول الأمناء في تلف الأمانات التي بين أيديهم, فإنه يقبل, مع أن الأصل عدمه لأنه أمر عارض, وإنما قبل لكي لا يزهد الناس في قبول الأمانات فتفوت هذه المصلحة العامّة[3].

— قول الغاصب بتلف المغصوب, فإنه يقبل بيمينه, مع أن الأصل عدم التلف, وذلك لضرورة الحاجة, فإنه لو لم يقبل لكان مصيره الخلود في السجن[4].

---

[1]- ابن جزي - أبو القاسم، محمد بن أحمد بن محمد بن عبد الله، الكلبي الغرناطي (ت: 741هـ)-القوانين الفقهية- ص 198

[2] - ابن جزي - القوانين الفقهية – ص 198

[3]- ياسين – محمد نعيم - نظرية الدعوى بين الشريعة الإسلامية وقانون المرافعات المدنية والتجارية – ص 185

[4]- القرافي - أبو العباس شهاب الدين أحمد بن إدريس بن عبد الرحمن المالكي(ت: 684هـ) – الفروق(أنوار البروق في أنواء الفروق)- عالم الكتب- الطبعة: بدون طبعة – ج 4 – ص 76

ثالثاً: ضابط التمييز بين المدعي والمدعى عليه عند الشافعية: ذهب معظم فقهاء الشافعية إلى أن المدعي هو: من يلتمس خلاف الظاهر، والمدعى عليه من يتمسك بالظاهر[1]، أي "المدعى: هو من خالف قوله الظاهر، والمدعى عليه: هو من وافق قوله الظاهر، والفرق بينهما أن المدعي يدعى حقاً على المدعى عليه، وقوله هذا مخالف للظاهر، وهو البراءة، والمدعى عليه ينكر ذلك الحق، والأصل . وهو البراءة"[2].

ومثال ذلك: أن المرأة لو ادعت على زوجها الحاضر أنه لا ينفق عليها، فالأصل يقضي بعدم الإنفاق، والظاهر المستفاد من قرائن الحال يقضي بأنه ينفق عليها، والشافعية يقدمون الأول على الثاني في هذه المسألة، ويكون القول قول المرأة، والبينة على الزوج، وهذا بخلاف ما ذهب إليه المالكية، حيث يجعلون المرأة مدعية، والزوج مدعى عليه[3].

وورد في كتاب الأم: "إذا ادعى رجل أنه أكراه بيتاً من دار شهراً بعشرة, وادعى المكتري[4] أنه اكترى الدار كلها ذلك الشهر بعشرة, فكل واحد منهما مدع على صاحبه, وعلى كل واحد منهما البينة, فإن لم تكن بينة فعلى كل واحد منهما اليمين على دعوى صاحبه"[5].

ويظهر مما تقدم أنّ الضابط الذي قال به معظم الشافعية في التمييز بين المدعي والمدعى عليه يتفق مع الضابط الذي قال به المالكية, والخلاف بينهما منحصر في التطبيق عند

---

[1]- العز بن عبد السلام - أبو محمد عز الدين عبد العزيز بن عبد السلام بن أبي القاسم بن الحسن السلمي الدمشقي،(ت: 660هـ) - قواعد الأحكام في مصالح الأنام - مكتبة الكليات الأزهرية – القاهرة - طبعة: 1414 هـ - 1991م – ج 2 – ص 122/ الخطيب الشربيني - شمس الدين، محمد بن أحمد الشافعي(ت: 977هـ) - مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج - دار الكتب العلمية - الطبعة: الأولى، 1415هـ - 1994م- ج6 – ص 404

[2]- الخِنْ- مُصطفى، وآخرون، الفقه المنهجي على مذهب الإمام الشافعي رحمه الله تعالى - دار القلم للطباعة والنشر والتوزيع، دمشق-الطبعة: الرابعة، 1413 هـ - 1992 م – ج 8 – ص 204

[3]- ابن فرحون - تبصرة الحكام في أصول الأقضية ومناهج الأحكام - ج 1 – ص 141

[4]- معنى المكتري: وهو اكترى يكتري، اكْتَرِ، اكتِراءً، الكراء، فهو مُكترٍ، - اكترى خادمًا: استكراه؛ استأجره، انظر: التعريفات الفقهية- محمد عميم الإحسان المجددي البركتي - دار الكتب العلمية - الطبعة: الأولى، 1424هـ - 2003م- ص 181

[5]- الشافعي - أبو عبد الله محمد بن إدريس بن العباس بن عثمان بن شافع بن عبد المطلب بن عبد مناف المطلبي القرشي المكي(ت: 204هـ) – الأم- دار المعرفة – بيروت- الطبعة: بدون طبعة – ج 6 – ص 247

تعارض الأصل مع الظاهر, فالشافعية يرون أن الأصل أقوى, والمالكية يرون أن الظاهر أقوى, فكل منهما قدم الأقوى في نظره، وجعل مخالفه مدعياً وعليه البينة[1].

- رابعاً: ضابط التمييز بين المدعي والمدعى عليه عند الحنابلة: ذهب كثير من الحنابلة إلى اشتقاق تعريف المدعي والمدعى عليه من تعريف الدعوى نفسها, فكأنهم يقولون: إن المدعي هو فاعل الدعوى, والمدعى عليه هو من توجهت ضده الدعوى، ولذلك قالوا:

أ- المدعي هو من يضيف إلى نفسه استحقاق شيء في يد غيره، أَو في ذمته. والمدعى عليه، من يضاف إليه استحقاق شيء عليه[2].

ب- وقيل: "المدعي هو من يطالب غيره بحق يذكر استحقاقه عليه, والمدعى عليه هو من يطالبه غيره بحق يذكر استحقاقه عليه"[3]

ت- وقيل: "المدعي من يلتمس بقوله أَخذ شيء من يد غيره، أَو إثبات حق في ذمته. والمدعى عليه من ينكر ذلك"[4].

ث- وقيل: "المدعي هو الطالب، والمنكر هو المطلوب، وقيل: المدعي: من يدعى أمراً باطناً خفياً، والمنكر: من يدعى أمراً ظاهراً جلياً"[5].

- خلاصة القول بعد النظر في هذه الضوابط التي ذهب إليها جمهور الفقهاء, في محاولة وضع ضابط شامل يميز بين المدعي والمدعى عليه، من أجل معرفة من المكلف بالبينة للوصول إلى الحق, كان فيه جهد كبير، إلا إن الباحث لم يقم بذكر هذه الضوابط من أجل الترجيح بينها، وإنما ذكرها من أجل أن تعين القضاة في التمييز بين المدعي والمدعى عليه

---

[1]- الموسوعة الفقهية الكويتية – ج 20- ص 276

[2]- ابن قدامة المقدسي - المغني - ج10، ص 242.

[3]- البهوتى - منصور بن يونس بن صلاح الدين ابن حسن بن إدريس الحنبلى(ت: 1051هـ) - كشاف القناع عن متن الإقناع- دار الكتب العلمية – بدون طبعة – ج 6 ص 384

[4]- ابن قدامة المقدسي - المغني - ج10، ص 242.

[5]- المَرْداوي - علاء الدين أبو الحسن علي بن سليمان بن أحمد(ت: 885هـ) - الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف(المطبوع مع المقنع والشرح الكبير) - تحقيق: الدكتور عبد الله بن عبد المحسن التركي - الدكتور عبد الفتاح محمد الحلو- هجر للطباعة والنشر والتوزيع والإعلان، القاهرة - جمهورية مصر العربية- الطبعة: الأولى، 1415 هـ - 1995 م –ج 11 – ص 370

إذا أشكل عليهم الأمر، والأصل عدم الاعتماد على ضابط واحد في جميع القضايا، بل لابد من النظر في كل قضية على حده.

المطلب الثاني:

أنواع الدعوى:

تقسم الدعوى من حيث وجوب سماعها إلى ثلاثة أنواع[1]:

- أولاً: الدعوى الصحيحة: (دعوى مسموعة): وهي الدعوى المستوفية لجميع شروطها، وترتب عليها جميع الأحكام من: إحضار الخصم، ومطالبة الخصم بالجواب، والإثبات بالبينة لدى الإنكار، ووجوب اليمين، ويترتب عليها الحكم[2].
- ثانياً: الدعوى الفاسدة: (يمكن سماعها): وهي الدعوى التي استوفت جميع شرائطها الأساسية بحيث تكون صحيحة من حيث الأصل، ولكنها مختلة في بعض أوصافها الخارجية، بصورة يمكن إصلاحها وتصحيحها[3].
- ويرجع سبب الفساد في الدعوى إلى أمور منها:

---

[1]- احمد محمد علي داود – القضاء والدعوى والإثبات والحكم في الشريعة الإسلامية والتطبيق القضائي- دار الثقافة – الطبعة الأولى 2012م- 1433هـ - ج1- ص 225

2- علاء الدين السمرقندي _ محمد بن أحمد بن أبي أحمد، أبو بكر (ت: نحو 540هـ) - تحفة الفقهاء - دار الكتب العلمية، بيروت – لبنان- الطبعة: الثانية، 1414 هـ - 1994 م- ج 3 – ص 181 / أبو البصل – عبد الناصر موسى – شرح قانون أصول المحاكمات الشرعية ونظام القضاء الشرعي – ص 137

[3]-الموسوعة الفقهية الكويتية – ج 20- ص 281 / علي حيدر خواجه أمين أفندي (ت: 1353هـ) - أصول استماع الدعوى الحقوقية(مجموعة مقالات نشرت في الجريدة العدلية التركية سنة 1326-1327هـ)– المطبعة الترقي دمشق – الطبعة الأولى – ص 43، 44

أ- شرط المعلومية: "سواء كان ذلك في معلومية الشيء، أو كان في ناحية ثانية، كنقصان معلومية سبب الاستحقاق في تلك الدعاوى التي يشترط فيها ذكر السبب"[1]، ومثال ذلك: أن يدعي شخص على آخر دينًا ولا يبين مقداره.

ب- الشروط المطلوبة في التعبير المكوّن للدعوى, وذلك لاشتراط بعض الأمور في الخبر المكوّن للدعوى, فإن لم يذكر المدّعي هذه الأمور أو بعضها لم تكن الدعوى باطلة, وإنّما تكون فاسدة يمكن تصحيحها **بذكر ما ينقصها, ومثال ذلك: الدعوى في طلب عين من الأعيان, ولا يذكر المدّعي أنّها بيد المدّعى عليه, أو أنّ المدّعى عليه أخذها بغير حق**[2].

ت- **الإكراه والجهالة.**

ث- **فوات شرط من شروط صحة الدعوى.**

- الدعوى الباطلة: (غير مسموعة): وهي الدعوى غير الصحيحة أصلاً، ولا يترتب عليها حكم، لأن إصلاحها غير ممكن، وتعود أسباب البطلان في الدعاوى إلى فقد أحد الشروط الأساسية المطلوبة فيها، ومثال ذلك: لو ادّعى شخص أنّ جاره فلان موسر, وهو فقير معسر, ولا يعطيه[3].

---

[1]- العاني - عبد الوهاب خيري علي - نظام المرافعات: دراسة فقهية مقارنة بين الشريعة والقانون المدني الأردني –مكتبة الأهرام القاهرة – الطبعة الأولى 2014 – ص 262 / الموسوعة الفقهية الكويتية – ج 20 – ص 281

[2]- العاني - عبد الوهاب خيري علي - نظام المرافعات: دراسة فقهية مقارنة بين الشريعة والقانون المدني الأردني – ص 262 / وزارة الأوقاف والشئون الإسلامية – الكويت - الموسوعة الفقهية الكويتية – ج 20 – ص 282

[3]- علي حيدر- خواجه أمين أفندي - أصول استماع الدعوى الحقوقية(مجموعة مقالات نشرت في الجريدة العدلية التركية سنة 1326-1327هـ)- ص 44 / الموسوعة الفقهية الكويتية – ج 20 – ص 282

المطلب الثالث:

شروط صحة الدعوى.

يشترط لصحة الدعوى عدة شروط منها:

- أولاً: أهلية المدعي والمدعى عليه: فقد ورد في مادة (1616) من مجلة الأحكام العدلية: "يشترط أن يكون المدعي والمدعى عليه عاقلين، ودعوى المجنون والصبي غير المميز ليست بصحيحة ولكن يصح أن يكون أولياؤهما وأوصياؤهما مدعين أو مدعى عليهم في محلها"[1].
- ثانياً: أن يكون المدعى عليه معلوماً، فيشترط في صحة الدعوى أن يكون المدعى عليه معلوماً شخصه، لأن فائدة الدعوى الإلزام، وإذا كان المدعى عليه مجهولاً فلا يتحقق الإشهاد والإلزام، وهذا ما أكدته المادة (1617) من مجلة الأحكام العدلية، وأن يكون المدعى به معلوماً، لتعذر الشهادة، والقضاء بالمجهول، وهذا ما أكدته المادة (1619) من مجلة الأحكام العدلية[2].
- ثالثاً: يشترط أن يكون المدعى به محتمل الثبوت، بناء عليه لا يصح الادعاء بشيء وجوده محال عقلاً أو عادة، وهذا ما جاء في المادة (1629) من مجلة الأحكام العدلية[3].

---

[1]- مجلة الأحكام العدلية - ج1- ص 321
[2]- مجلة الأحكام العدلية - ج1 - ص 321
[3]- مجلة الأحكام العدلية - ج1 - ص 324

المطلب الرابع:

إجراءات الدعوى.

- وهنا لابد من توضيح مسألة وهي أن مستند إجراءات الدعوى الشرعية يعود إلى عدة قوانين، وأهمها قانون أصول المحاكمات الشرعية وقانون الأحوال الشخصية، والتعميمات القضائية، وقانون أصول المحاكمات المدنية في حالة عدم وجود نص في قانون أصول المحاكمات الشرعية.
- أولاً: الشروع في الدعوى (الادعاء): والدعوى تكون نتيجة خصومه بين طرفين فأكثر في موضوع معين وهو الذي يطلق عليه الحق، وطالب الحق يكون المدعي، ومنكر هذا الحق المدعى عليه، وبناء على ذلك من أجل حل هذا الخلاف لابد من رفعه إلى القضاء والجهة المعنية في ذلك[1].
- ثانياً: خطوات رفع الدعوى: تقديم لائحة دعوى تتضمن جميع المعلومات والبيانات التي تتعلق بالمدعي والمدعى عليه من حيث[2]:
- تحديد المدعي في لائحة الدعوى بذكر اسمه كامله ورقم الهوية والهاتف، وتحديد المدعى عليه بذكر اسمه في لائحة الدعوى كامله، وإضافة رقم الهوية والهاتف أيضاً.
- ولابد من بيان محل إقامة المدعى عليه بالتفصيل، وذلك بذكر مكان إقامته أو الحي أو الشارع الذي يتواجد فيه، من أجل أمكانية تبليغه الدعوى.
- ولابد من بيان موضوع الدعوى، وإيضاحه بذكره في لائحة الدعوى بعبارات صحيحة وموجزه.

---

[1]- احمد محمد علي داود – القضايا والاحكام في المحاكم الشرعية – ج1- ص 43

[2]- أبو بصل – عبد الناصر موسى- شرح قانون أصول المحاكمات الشرعية ونظام القضاء الشرعي – دار الثقافة – ص 152-151

- ولابد من احتواء لائحة الدعوى على أسباب الخصومة وتكون موجزه ومختصره تعبر عن مضمونها[1].
- ثالثاً: رسوم رفع الدعوى: إن لائحة الدعوى حين رفعها إلى المحكمة تكون مقيده برسوم يحددها القانون، وهذا ما نص عليه قانون أصول المحاكمات الشرعية حيث جاء في المادة (12) "كل أدعاء يستوجب رسماً مستقلاً سواء كان قبل المحاكمة أو اثناءها لا يعتبر ما لم يدفع رسمه مقدماً، ويعتبر مبدأ الدعوى من تاريخ استيفاء الرسم"[2].
- رابعاً: إعلان الخصوم: ويعتبر الإعلان الوسيلة الرئيسية التي رسمها قانون المرافعات لتمكين الطرف الأخر من العلم بإجراء معين، وتكمن الفائدة من إعلان الخصوم أنه يحدد الخصوم، ويحدد لهم جلسة عند القاضي ليحضروا معاً أو من يمثلهما[3].
- بعد تقديم الدعوى ودفع رسومها وأخذها رقم أساس (رقم للقضية) وتحديد موعد لنظر الدعوى، فإن المحكمة تقوم بتبليغ المدعى عليه وإعلامه بالخصومة[4].
- بعد الانتهاء من تجهير ملف الدعوى، وتأكد من تبليغ الخصم بموعد الجلسة تقوم المحكمة بالنداء على كلا الطرفين (المدعي والمدعى عليه)، وذلك ليؤكد المدعي على ما جاء في الدعوى، وأيضاً من أجل سؤال المدعى عليه عنها، وجواب مدعى عليه يكون إما بالإقرار، أو الإنكار، أو الامتناع عن الجواب، أو الدفع[5].

---

[1]- جميع ما ذكر في ثانياً من أبو البصل – كتاب شرح قانون أصول المحاكمات الشرعية ونظام القضاء الشرعي – ص152

[2]- قانون أصول المحاكمات الشرعية رقم(31) لسنة 1959- نشر في الجريدة الرسمية رقم 1449/بتاريخ 1/1/1.

[3]- خالد محمد الأدغم – الدفوع الموضوعية في دعاوى التفريق بحكم القاضي – ص 47

[4]- أبو بصل – عبد الناصر موسى- شرح قانون أصول المحاكمات الشرعية ونظام القضاء الشرعي – دار الثقافة – ص 156

[5]- احمد محمد علي داود – القضايا والاحكام في المحاكم الشرعية – ج1- ص 45

الفصل الأول:

ويشمل: مفهوم الدفوع، ومشروعيتها، وتقسيماتها، وشروطها، وأثرها.

وفيه ثلاثة مباحث:

ـــ المبحث الأول: مفهوم الدفوع، ومشروعيتها.

ـــ المبحث الثاني: تقسيمات الدفوع وشروطها.

ـــ المبحث الثالث: أحكام الدفع، وآثاره، ووقت إبدائه، وبيان دفع الدفع.

المبحث الأول:

مفهوم الدفوع، ومشروعيتها.

وفيه ثلاثة مطالب:

ـــالمطلب الأول: مفهوم الدفوع لغةً، واصطلاحاً

ـــ الفرع الأول: الدفوع في اللغة.

ـــ الفرع الثاني: الدفوع في الاصطلاح الفقهي.

ـــالمطلب الثاني: مفهوم الدفوع قانوناً.

ـــالمطلب الثالث: مشروعية الدفوع في الفقه الإسلامي .

المطلب الأول:

مفهوم الدفوع لغةً، واصطلاحاً

الفرع الأول: الدفوع في اللغة: الدفع: مصدر من دفع يدفع دفعاً[1], دفَع الشَّيء: نحاه وأبعده ورده، "ويدل على تنحية الشيء، يقال دفَعت الشَّيء أَدفعه دفعا"[2]، ويطلق في اللغة على عدة معان منها:

- الرد بالحجة: "ويقال دفعته عني ودفع عنه الأذى والشر، وإليه الشيء رده، ويقال: دفع القول رده بالحجة"[3]، وهو أقرب المعاني إلى المعنى الاصطلاحي للدفع.
- السرعة والمضي في الأمر: "اندفع الفرس أَي أَسرع في سيره واندفَعوا في الحديث"[4].

الفرع الثاني: الدفوع في الاصطلاح الفقهي: لقد اختلفت مصطلحات وعبارات الفقهاء في تعريفهم للدفع، فقد اعتمد بعض الفقهاء في تعريفهم لمصطلح دفع الدعوى على معانيه اللغوية، ويعلل الأستاذ الدكتور محمد نعيم ذلك قائلاً: "لم يصرح الفقهاء بتعريف للدفع معتمدين على أنه نوع من الدعاوى يقصد به أحد أمرين: إما إسقاط الخصومة عن المطلوب وإثبات عدم صحة توجيه المطالبة إليه، أو إسقاط دعوى **المدعي وإثبات عدم توجه أي حق له على**

---

[1]- عمر - أحمد مختار عبد الحميد(ت: 1424هـ) - معجم اللغة العربية المعاصرة - عالم الكتب- الطبعة: الأولى، 1429 هـ - 2008 م – ج1 – ص 751

[2]- أبن فارس - أحمد بن زكرياء القزويني الرازي، أبو الحسين(ت: 395هـ) - معجم مقاييس اللغة - المحقق: عبد السلام محمد هارون- دار الفكر- دون طبعة – ج2 – ص 288

[3]- مصطفى - إبراهيم، وآخرون - المعجم الوسيط - دار الدعوة – دون طبعة – ج1 –ص 289

[4]- ابو بكر الرازي - زين الدين أبو عبد الله محمد بن أبي بكر بن عبد القادر الحنفي(ت: 666هـ)- مختار الصحاح - المحقق: يوسف الشيخ محمد- المكتبة العصرية - الدار النموذجية، بيروت – صيدا- الطبعة: الخامسة، 1420هـ / 1999م - ص105

المطلوب"[1]، إلا أن الفقهاء المتأخرين استنبطوا للدفع تعريفات، جميعها يدلل على أن الدفع هو دعوى جديدة، ومن هذه التعريفات:

- أولاً: تعريف علي حيدر أفندي "هو الإتيان بدعوى (قبل الحكم أو بعده) من قبل المدعى عليه تدفع أي ترد وتزيل دعوى المدعي"[2]، أو "هو إيراد دعوى من طرف المدعى عليه ترد دعوى المدعي"[3].
  - ويعترض على هذا التعريف أنه تعريف غير جامع؛ لكونه لا يشمل جميع الدفوع، لأنه حصرها في الدفوع التي تكون من قبل المدعى عليه فقط، ولم يشمل الدفوع التي تكون من نائب المدعى عليه، ولا التي تكون من قبل القاضي، أو التي قد تكون من غير طرفي الخصومة[4].
- ثانياً: تعريف مأمون محمد أبو يوسف "هو دعوى يثيرها المدعى عليه أو المتضرر أو المحكمة، بهدف رد دعوى المدعي أو تأخير الحكم فيها"[5].
  - ويعترض على هذا التعريف أنه تعريف غير جامع؛ من حيث أنه حصر الدفع قبل الحكم، ولم يشمل الدفع بعد الحكم[6].
- ثالثا: تعريف محمود علي قراعة "هو دعوى من قبل المدعى عليه، أو ممن ينتصب المدعى عليه خصماً عنه، يقصد بها دفع الخصومة عنه، أو إبطال دعوى المدعي"[7].

---

[1]- ياسين – محمد نعيم - نظرية الدعوى بين الشريعة الإسلامية وقانون المرافعات المدنية والتجارية – دار عالم الكتب– الرياض – ط: 1423/ 2003--ص 586

[2]- علي حيدر- خواجه أمين أفندي (ت: 1353هـ) - درر الحكام في شرح مجلة الأحكام - تعريب: فهمي الحسيني- دار الجيل-الطبعة: الأولى، 1411هـ - 1991م – ج4 – ص 212

[3]- علي حيدر- خواجه أمين أفندي - درر الحكام في شرح مجلة الأحكام - ج4 – ص 292

[4]- بني بكر – قاسم محمد – نظرية الدفع الموضوعي في الفقه الإسلامي والقانون وتطبيقاتها في القضاء الشرعي –الدار الثقافية – الطبعة الأولى: 2009- 1430- ص 43

[5]- أبو يوسف – مأمون محمد – الدفوع الموضوعية في دعاوى النفقات – دار الثقافة – الطبعة الثالثة: 2011-1432- ص 38

[6]- بني بكر – نظرية الدفع الموضوعي في الفقه الإسلامي والقانون وتطبيقاتها في القضاء الشرعي – ص 47

[7]- قراعة – محمود علي – ملخص الأصول القضائية في المرافعات الشرعية ومذكرة التوثيقات الشرعية – مصر، مطبعة مطبعة النهضة – الطبعة الثانية – ص 54

- ويعترض على هذا التعريف أنه تعريف غير جامع؛ من حيث كونه لم يقيد التعريف بكون الدفع قبل الحكم أو بعده.

المطلب الثاني:

مفهوم الدفوع قانوناً.

لقد عرف فقهاء القانون الدفوع بتعريفات متعددة، منها:

1. تعريف مجلة الأحكام العدلية: المادة (1631): "الدفع هو الإتيان بدعوى من قبل المدعى عليه تدفع دعوى المدعى"[1].

- ويعترض على هذا التعريف أنه تعريف غير جامع لكونه لا يشمل جميع الدفوع، وأيضاً التعبير بلفظ (تدفع) لا يصح لما فيه من الدور، ولم يحدد الوقت الذي يسمح فيه بإثارة الدفع، وأن هذا التعريف يدل على أن الهدف من الدفع هو رد دعوى المدعي كلياً، والحقيقة أن بعض أنواع الدفوع تهدف إلى رد دعوى المدعي جزئياً، وقد حصر هدف الدفع بإبطال دعوى المدعي، والحقيقة أن هدف الدفع قد يكون كذلك وقد يكون غير ذلك [2].

2. وعرفه أحمد مسلم: "هو جواب المدعى عليه على الدعوى بإنكارها، أو بإنكار جواز قبولها أو سماعها، أو بإنكار صحة الإجراءات التي رفعت بها، أو اختصاص المحكمة المرفوعة إليها"[3].

- ويعترض على هذا التعريف أنه تعريف غير جامع؛ لكونه لا يشمل جميع الدفوع، وكونه أيضاً لم يقيد التعريف بكون الدفع قبل الحكم أو بعده [4].

---

[1]- مجلة الأحكام العدلية – ج1- ص 324

[2]- بني بكر - قاسم محمد – نظرية الدفع الموضوعي في الفقه الإسلامي والقانون وتطبيقاتها في القضاء الشرعي – ص 44

[3]- مسلم – احمد - اصول المرافعات: التنظيم القضائي والإجراءات والأحكام فى المواد المدنية والتجارية والشخصية - دار الفكر العربى – دون طبعة – ص 565

[4]- بني بكر –نظرية الدفع الموضوعي في الفقه الإسلامي والقانون وتطبيقاتها في القضاء الشرعي – ص 48

3. وعرفه رزق الله أنطاكي: "هو جميع الوسائل التي يستعملها المدعى عليه، والتي يقصد منها تفادي الحكم عليه بالدعوى"[1].

- ويعترض على هذا التعريف أنه تعريف غير جامع؛ لكونه لا يشمل جميع الدفوع، وهو غير مانع لكونه يعد إنكار الدعوى من جملة الدفوع، وهذا لا يصح، لأنه من المقرر أن الدافع يكلف بإثبات دفعه، في حين أن المنكر لا يكلف بإثبات إنكاره[2].

من التعريفات المختارة لدفع[3]:

- من خلال ما تقدم يمكن تعريف الدفع: بأنه رد الدعوى بما يبطلها.[4]
- ويمكن القول بأن هذا التعريف قد تميز بالجمع بين الدفع وغيره من الاعتراضات أو الردود التي قد ترد في الدعوى فيما يبطلها.
- ويعرفه قاسم محمد في كتابه نظرية الدفع الموضوعي في الفقه الاسلامي والقانون بأنه "دعوى معتبرة، من قبل الخصم أو المتضرر أو القاضي، في وقت مخصوص، بهدف عدم سماع الدعوى، أو تأخير الفصل أو إنهاء الخصومة فيها، أو إبطالها كلياً أو جزئياً، أو فسخ الحكم أو تعديله".
- ويمكن القول: أن هذا التعريف قد تجنب كثيراً من الاعتراضات من حيث شموله على جميع الدفوع، قبل الحكم وبعده، ولم يحصر الدفع في المدعى عليه فقط، بل شمل كل من له حق

---

[1]- أنطاكي – رزق الله - أصول المحاكمات في المواد المدنية والتجارية –جامعة دمشق – الطبعة الثالثة: 1961 – ص 207

[2]- ياسين – محمد نعيم - نظرية الدعوى بين الشريعة الإسلامية وقانون المرافعات المدنية والتجارية – ص 587/ بني بكر –نظرية الدفع الموضوعي في الفقه الإسلامي والقانون وتطبيقاتها في القضاء الشرعي – ص 49

[3]- بني بكر –نظرية الدفع الموضوعي في الفقه الإسلامي والقانون وتطبيقاتها في القضاء الشرعي –ص 49

[4] اشار الدكتور أيمن البدارين الى هذا التعريف أثناء المناقشة بتاريخ 2019/5/29م.

في إثارة الدفع، وتحدث أيضاً عن أن للدفع وقت معين يحق المطالبة به، وأيضاً يرجع اختيار هذا التعريف لكونه جامعاً مانعاً، وذلك من خلال شرح التعريف:

1) دعوى: لأن الدفع ينطبق عليه في كثير من الأحيان ما ينطبق على الدعوى من الأحكام والشروط.

2) معتبرة: لأجل إخراج الدفوع الفاسدة والباطلة من التعريف.

3) من قبل المدعى عليه أو المتضرر أو القاضي: لبيان أصحاب الحق في إثارة الدفع ومن ينوب عنه في ذلك، ويصح منه.

4) وقت مخصوص: لبيان أن الدفع له وقت محدد يثار فيه، وهذا الوقت يحدد بناء على نوع الدفع المثار.

5) بهدف عدم سماع الدعوى: للدلالة على الدفع بعدم الخصومة عند الفقهاء الذي يقابل في القانون الدفع بعد القبول.

6) تأخير الفصل أو أنهاء الخصومة فيها، أو إبطالها كلياً أو جزئياً: للدلالة على الدفع الشكلي والدفع الموضوعي.

7) فسخ الحكم أو تعديله: لبيان هدف الدفع المثار بعد الحكم.

المطلب الثالث:

مشروعية الدفوع في الفقه الإسلامي.

الاستدلال بالكتاب {القرآن الكريم}:

1. قوله تعالى: في حكاية يوسف: { وَرَاوَدَتْهُ الَّتِي هُوَ فِي بَيْتِهَا عَن نَّفْسِهِ وَغَلَّقَتِ الأَبْوَابَ وَقَالَتْ هَيْتَ لَكَ قَالَ مَعَاذَ اللّهِ إِنَّهُ رَبِّي أَحْسَنَ مَثْوَايَ إِنَّهُ لاَ يُفْلِحُ الظَّالِمُونَ {23}وَلَقَدْ هَمَّتْ بِهِ وَهَمَّ بِهَا لَوْلا أَن رَّأَى بُرْهَانَ رَبِّهِ كَذَلِكَ لِنَصْرِفَ عَنْهُ السُّوءَ وَالْفَحْشَاء إِنَّهُ مِنْ عِبَادِنَا الْمُخْلَصِينَ {24}وَاسْتَبَقَا الْبَابَ وَقَدَّتْ قَمِيصَهُ مِن دُبُرٍ وَأَلْفَيَا سَيِّدَهَا لَدَى الْبَابِ قَالَتْ مَا جَزَاء مَنْ أَرَادَ بِأَهْلِكَ سُوَءاً إِلاَّ أَن يُسْجَنَ أَوْ عَذَابٌ أَلِيمٌ {25} قَالَ هِيَ رَاوَدَتْنِي عَن نَّفْسِي وَشَهِدَ شَاهِدٌ مِّنْ أَهْلِهَا إِن كَانَ قَمِيصُهُ قُدَّ مِن قُبُلٍ فَصَدَقَتْ وَهُوَ مِنَ الكَاذِبِينَ {26}[1].

- وجه الدلالة: "لما سمع يوسف مقالتها أراد أن يبرهن عن نفسه قالَ يعني يوسف هِيَ راوَدَتْنِي عَنْ نَفْسِي يعني طلبت مني الفحشاء فأبيت وفررت"[2]، فكان هذا بمثابة دعوى جديدة، وهي من الدفوع.

2. قوله تعالى:{وَمَا كُنَّا مُعَذِّبِينَ حَتَّىٰ نَبْعَثَ رَسُولًا }[3].وقوله تعالى: { إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُ بِالْعَدْلِ}[4].

- وجه الدلالة: أن الله سبحانه وتعالى يحب العدل، وهذه الآية تتحدث عن عدله سبحانه وتعالى، فهو لا يعذب أحدا إلا بعد قيام الحجة والبرهان عليه، فإذا كان الله سبحانه وتعالى لا يعذب أحداً إلا بعد تمام الحجة والبرهان عليه، فمن باب أولى تطبيق ذلك في القضاء والحكم

---

[1]- سورة يوسف الآية:(23) -(26)

[2]- الخازن - علاء الدين علي بن محمد بن إبراهيم بن عمر الشيحي أبو الحسن،(ت: 741هـ) - لباب التأويل في معاني التنزيل - تصحيح: محمد علي شاهين- دار الكتب العلمية – بيروت-الطبعة: الأولى، 1415هـ - ج 2- ص 524

[3]- سورة الأسراء الآية:(15)

[4]- سورة النحل الآية: (90)

على الخصوم حتى يظهر العدل لا يحكمون على الشخص المدعى عليه إلا بعد تمام الحجة والبرهان عليه، فإن كان لديه حجة أو برهان قدمه دفاعاً عن نفسه[1].

الاستدلال بالسنة النبوية:

1. "أن النبي صلى الله عليه وسلم ابتاع فرساً من أعرابي، فاستتبعه النبي صلى الله عليه وسلم ليقضيه ثمن فرسه، فأسرع رسول الله صلى الله عليه وسلم المشي وأبطأ الأعرابي، فطفق رجال يعترضون الأعرابي، فيساومونه بالفرس ولا يشعرون أن النبي صلى الله عليه وسلم ابتاعه، فنادى الأعرابي رسول الله صلى الله عليه وسلم، فقال: إن كنت مبتاعاً هذا الفرس وإلا بعته؟ فقام النبي صلى الله عليه وسلم حين سمع نداء الأعرابي، فقال:" أو ليس قد ابتعته منك؟" فقال الأعرابي: لا والله ما بعتكه، فقال النبي صلى الله عليه وسلم:" بلى قد ابتعته منك" فطفق الأعرابي، يقول هلم شهيداً، فقال خزيمة بن ثابت: أنا أشهد أنك قد بايعته، فأقبل النبي صلى الله عليه وسلم على خزيمة فقال:" بم تشهد؟"، فقال : بتصديقك يا رسول الله فجعل رسول الله صلى الله عليه وسلم شهادة خزيمة بشهادة رجلين"[2].

- وجه الدلالة: أن الأعرابي يدعي ملكية الفرس محل النزاع، والرسول – صلى الله عليه وسلم – لم ينكر ما يدعيه الأعرابي، ولكنه – صلى الله عليه وسلم – دفع دعوى الأعرابي بدعوى مقابلة وهي انتقال الفرس إليه – صلى الله عليه وسلم – بطريق الشراء من الأعرابي، وقد أنكر الأعرابي دفع رسول الله – صلى الله عليه وسلم – حتى أثبت – صلى الله عليه وسلم – صحة دفعه بشهادة خزيمة – رضي الله عنه، وهذا ما يعرف بدفع الدعوى[3].

---

[1]- ابن كثير- أبو الفداء إسماعيل بن عمر بن كثير القرشي البصري ثم الدمشقي (ت: 774هـ)- تفسير القرآن العظيم- المحقق: سامي بن محمد سلامة - دار طيبة للنشر والتوزيع- الطبعة: الثانية 1420هـ - 1999 م- ج5- ص52

[2]- رواه أبو داود- أبو داود- سليمان بن الأشعث بن إسحاق بن بشير بن شداد بن عمرو الأزدي السِّجِسْتاني (ت: 275هـ)- سنن أبي داود- المحقق: محمد محيي الدين عبد الحميد- المكتبة العصرية، صيدا – بيروت-ج3/ص308/ رقم الحديث 3607/ وقال عنه الالباني حديث صحيح.

[3]-القحطاني- دفع الدعوى- مجلة البحوث الإسلامية – ج30- ص 155

⌗ الاستدلال بالمعقول:

إن المدعي في الدعوى الأصلية هو المهاجم ابتداء، وهو الذي يريد أن يغير ما عليه واقع الحال، وهو الذي يدعي – غالباً – خلاف الظاهر أو الأصل، وليس ببعيد أن يكون كاذباً بزعمه، ومع ذلك فإن دعواه تقبل وتسمع ضد المدعى عليه، لذا فليس من المعقول أن يحرم هذا الأخير من حق الدفاع عن نفسه لا سيما أنه هو الشخص المهاجم، والظاهر شاهد له أو الأصل براءته، فإن العقل والمنطق يحتمان مشروعيته[1]

[1]- بني بكر – قاسم محمد – نظرية الدفع الموضوعي في الفقه الإسلامي والقانون وتطبيقاتها في القضاء الشرعي –ص 111

المبحث الثاني:

تقسيمات الدفوع وشروطها.

وفيه ثلاثة مطالب:

ـــالمطلب الأول: تقسيمات الدفوع بشكل عام.

ـــ الفرع الأول: تقسيم الدفوع من جهة وقتها.

ـــ الفرع الثاني: تقسيم الدفوع من جهة طبيعتها.

ـــالمطلب الثاني: الشروط العامة والخاصة لإبداء الدفوع.

ـــالمطلب الثالث: وسائل إثبات الدفوع.

المطلب الأول:

تقسيمات الدفوع بشكل عام.

▣ الفرع الأول: تقسيم الدفوع من جهة وقتها:

1) الدفوع المؤقتة: وهي الدفوع المحددة بوقت، فيجب إبداؤها قبل أي طلب أو دفاع في الدعوى، وإلا سقطت، ومن صور الدفوع المؤقتة كالتالي[1]:

— الدفع ببطلان صحيفة الدعوى: كأن يحصل فيها خطأٌ في اسم المحكمة المرفوعة إليها الدعوى، أو اسم المدعي أو المدعى عليه أو عنوانهما، ما لم يمكن تصحيحه[2].

— الدفع بعدم الاختصاص المحلي (المكاني): وذلك كأن تُقامَ الدعوى في غير بلد المدَّعَى عليه، فلا يسمع الدفع بعدم الاختصاص المكاني إلا إذا أُبدِي قبل أي طلب أو دفاع، فإن تأخَّر عن ذلك سقط هذا الدفع، فلو أجاب المُدَّعى عليه على الدعوى ولم يدفع بعدم الاختصاص المكاني، سقط حقُّه في هذا الدفع، واستمرَّ القاضي في نظر الدعوى في المكان الذي أُقيمت فيه[3].

— الدفع بطلب إحالة الدعوى إلى محكمة أخرى؛ لقيام النزاع ذاته أمامها: والدفع بطلب الإحالة إلى محكمةٍ أخرى يعني أن يُقرِّر الخصمُ المُدَّعَى عليه أنه سبق رفع الدعوى المرفوعة عليه الآن أمام محكمة أو قاضٍ آخر مختصٍّ بالنزاع، ويطلب إحالة هذه الدعوى مع سابقتِها لدى المحكمة المرفوعة لديها الدعوى أولاً[4].

---

[1]- آل خنين- عبد الله محمد بن سعد- الدفوع المؤقتة والمطلقة- مجلة العدل (48)- شوال 1431هـ - ص 275/ عبد الله محمد ربابعه، بن ويوسف عبد الله الشريفين – وقت اثارة دفع الدعوى – دراسات، علوم الشرعية والقانون – المجلد 35- العدد 1 – 2008م-ص 15

[2]- آل خنين- عبد الله محمد بن سعد- الدفوع المؤقتة والمطلقة- مجلة العدل (48)- شوال 1431هـ - ص 275/ ياسين – محمد نعيم - نظرية الدعوى بين الشريعة الإسلامية وقانون المرافعات المدنية والتجارية – ص 588

[3]- آل خنين- عبد الله محمد بن سعد- الدفوع المؤقتة والمطلقة- مجلة العدل (48)- شوال 1431هـ - ص 275

[4]- آل خنين- عبد الله محمد بن سعد- الدفوع المؤقتة والمطلقة- مجلة العدل (48)- شوال 1431هـ - ص 275

والغرض من هذا الدفع منعُ المحكمة المرفوعة أمامها القضيَّة ثانيًا من سماعها، وإحالتُها إلى المحكمة المرفوعة أمامها أولاً، ويتحقَّق الدفع بالإحالة متى كانت القضيَّتانِ متَّحدتينِ في الموضوع والسبب والخصوم، وسواء أكان محلُّ النزاع والطلب واحدًا أم كان بعضه، وتدخُلُ إحداهما في الثانية ولو رفعت إحداهما بدعوى أصليَّة والأخرى بطلبٍ عارضٍ.

ولا بد أن تكون المحكمة المطلوب الإحالة عليها مختصةً بسماعِ النزاع، وأن تكون الخصومة في كلٍّ منهما قائمةً، فلو زالت الخصومة في إحداهما، لم يصحَّ هذا الدفع، وكذا لو كانت المحكمة المحال إليها غير مختصَّة، وفي الفقرة الرابعة من اللائحة التنفيذيَّة لهذه المادة أنه: "يشترط أن تكون السابقة قد رفعت لمحكمة مختصة"[1].

— الدفع بطلب إحالة الدعوى إلى محكمة أخرى مختصَّة لقيام دعوى أخرى لديها مرتبطة بالدعوى نفسها: والارتباط بين الدعويين يعني وجود صلةٍ بينهما في السبب أو الموضوع تُؤكِّد جمعَها في دعوى واحدة أمام قاضٍ واحد والحكم فيها معًا؛ منعًا لتعارض الأحكام، وذلك كأن يطلبَ أحدُهما تنفيذ عقد، والآخر يطلب فسخه[2].

2) الدفوع المطلقة: وهي التي لم يحدد لها وقت تفوت بمضيه، بل تسمع في أي مرحلة تكون فيها الدعوى. وحتى في مراحل سير الدعوى، وهي دفوع يحكم بها قاضي الدعوى من تلقاء نفسه، وإن لم يطلب الخصم ذلك، وهذه الدفوع كالتالي[3]:

- الدفع بعدم الاختصاص النوعي: وهي كأن ترفع دعوى عقارية إلى محكمة غير مختصة بنظر قضايا العقار، وكأن ترفع دعوى في نصاب من المال أمام محكمة لا تختص بسماع الدعوى في هذا النصاب.

[1]- آل خنين- عبد الله محمد بن سعد- الدفوع المؤقتة والمطلقة- مجلة العدل (48)- شوال 1431هـ - ص 275
[2]- المصدر السابق - ص 275
[3]- المصدر السابق - ص 277

- الدفع بعدم قبول الدعوى: وتكون في تخلف شرط من شروط الدعوى الأساس، كعدم الصفة بأن يكون المدعي أو المدعى عليه ليس صاحب الحق ولا نائبا عنه، وكعدم الأهلية بأن يكون الخصم مجنونا أو قاصرا، أو عدم تحقق المصلحة للخصم في الدعوى، أو الدفع بعدم قبول الدعوى لأي سبب أخر.
- الدفع بعدم سماع الدعوى: وهي كالدفع يسبق الفصل في القضية نفسها بحكم قضائي، فالقضية متى فصلت مرة فلا تعاد الخصومة فيها مرة ثانية، ولذا فإن للمدعى عليه الحق في الدفع بعدم سماع الدعوى في أي مرحلة من مراحلها.

الفرع الثاني: تقسيم الدفوع من جهة طبيعتها:

- الدفع الموضوعي:

وهي التي تكون موجهة إلى أصل الحق المدعى به، ويجوز إبداؤها في أي حال تكون عليه الدعوى، وهي الدفوع المتعلقة بالنظام العام، مثل الدفع بانقضاء الحق بالوفاء أو الإبراء[1].

- الدفع الإجرائي (الدفع الشكلي):

وهي الدفوع التي تتعلق بالإجراءات المتعلقة بالدعوى كما هو واضح من اسمها، والتي يجب إبداؤها قبل أي طلب، أو دفع يتعلق به المساس بأصل الحق أو موضوع الدعوى، وهدفها

[1]- ياسين – محمد نعيم - نظرية الدعوى بين الشريعة الإسلامية وقانون المرافعات المدنية والتجارية – ص 594/ العيلوي – سليمان بن أحمد – الدعوى القضائية بين السريعة والأنظمة الوضعية – الطبعة الأولى – 1433-2012م- مكتبة التوبة – ص 200/ أبو البصل – عبد الناصر موسى – شرح قانون أصول المحاكمات الشرعية ونظام القضاء الشرعي – ص 174/ بني بكر – نظرية الدفع الموضوعي في الفقه الإسلامي والقانون وتطبيقاتها في القضاء الشرعي – ص 59/ عبد الله محمد ربابعه، بن ويوسف عبد الله الشريفين – وقت اثارة دفع الدعوى – دراسات، علوم الشرعية والقانون – المجلد 35- العدد 1 – 2008م-ص 15

تفادي الحكم مؤقتاً، وذلك بسبب وجود خلل في الإجراءات، التي ليس لها أي علاقة بموضوع الدعوى، كالدفع بعدم الاختصاص المكاني[1].

- دفع الخصومة (الدفع بعدم قبول الدعوى):

وهو الدفع الذي يجوز به للخصم إظهار القوة في استعمال الحق في رفع الدعوى، وليس في ذات الحق المتنازع عليه، وهو دفع ينكر فيه الخصم سلطة خصمه في رفع الدعوى، لعدم وجود صفة أو سبق الحكم في الموضوع[2].

المطلب الثاني:

الشروط العامة والخاصة لإبداء الدفوع.

اعتبر الفقهاء – رحمهم الله – الدفع نوعا من الدعاوى، حتى إنهم حينما وضعوا تعريفهم للدعوى حرصوا على أن يدخلوا فيه دفعها، فإنه من البديهي أن يشترطوا لصحة الدفع ما اشترطوه لصحة الدعوى في مختلف عناصرها من أهلية وصفة في أطراف الدعوى ومعلومية

[1]- ياسين – محمد نعيم - نظرية الدعوى بين الشريعة الإسلامية وقانون المرافعات المدنية والتجارية – ص 594/ العيلوي – سليمان بن أحمد – الدعوى القضائية بين السريعة والأنظمة الوضعية – الطبعة الأولى – 1433-2012م- مكتبة التوبة – ص 200/ أبو البصل – عبد الناصر موسى – شرح قانون أصول المحاكمات الشرعية ونظام القضاء الشرعي – ص 174/ بني بكر – نظرية الدفع الموضوعي في الفقه الإسلامي والقانون وتطبيقاتها في القضاء الشرعي – ص 55/ عبد الله محمد ربابعه، بن ويوسف عبد الله الشريفين – وقت اثارة دفع الدعوى – دراسات، علوم الشرعية والقانون – المجلد 35- العدد 1 – 2008م-ص 16

[2]- ياسين – محمد نعيم - نظرية الدعوى بين الشريعة الإسلامية وقانون المرافعات المدنية والتجارية – ص 594/ العيلوي – سليمان بن أحمد – الدعوى القضائية بين السريعة والأنظمة الوضعية – الطبعة الأولى – 1433-2012م- مكتبة التوبة – ص 200/ أبو البصل – عبد الناصر موسى – شرح قانون أصول المحاكمات الشرعية ونظام القضاء الشرعي – ص 174/ بني بكر – نظرية الدفع الموضوعي في الفقه الإسلامي والقانون وتطبيقاتها في القضاء الشرعي – ص 55/ عبد الله محمد ربابعه، بن ويوسف عبد الله الشريفين – وقت اثارة دفع الدعوى – دراسات، علوم الشرعية والقانون – المجلد 35- العدد 1 – 2008م-ص 16

في الحق المدعى، ومشروعية فيه، وغير ذلك من الشروط، ويضاف إليها بعض الشروط المستمدة من كون دفع الدعوى مرتبطا بدعوى سابقة عليه[1]، وهي:

1- أن يوجه الدفع إلى دعوى صحيحة: فإن كانت الدعوى الأصلية باطلة فلا خلاف في قبوله؛ إذ ليس للدعوى الباطلة حكم، وهي تعتبر في حكم المنعدمة، والتصدي لدفعها تحصيل حاصل، وهو عبث، أما إذا كانت الدعوى الأصلية فاسدة، فهل يقبل دفعها من قبل المدعى عليه؟ الرأي الراجح عند الحنفية أن الدفع الصحيح للدعوى الفاسدة صحيح. فإن قيل: ما فائدة دفع الدعوى الفاسدة مع أن القاضي لا يسمعها؟ أجيب بأنه لو ادعاها على وجه صحيح يكون الدفع الأول كافيا[2]، ومثال ذلك: لو ادعى مدع بدعوى دون تعيين المدعى به فدفع المدعى عليه هذه الدعوى الفاسدة بقوله: لقد أبرأتني من جميع الدعاوى، يقبل هذا الدفع منه، فإن أثبت المدعى عليه هذا الدفع وجب على القاضي ردها، ولا يبقى للمدعي حق في إصلاح دعواه من فسادها ودفعها مرة ثانية صحيحة[3].

2- عدم التناقض في الدفع، سواء كان التناقض مع كلام صادر عن الدافع في جواب الدعوى، أو في دفع آخر سبق أن أبداه، أم كان صادرا خارج مجلس القضاء، وهذا شرط في الدعوى -أيضا - ولكن حصول التناقض في الدفع أوسع نطاقا[4].

3- أن ينعكس الدفع على دعوى المدعي، بحيث يتعارض معها في حال ثبوته، فإذا اختل هذا الشرط فإن الدفع لا يكون صحيحا، ومثال الدفع الفاقد لهذا الشرط: أن يدعي شخص على آخر مالا قائلا: إن هذا المال الذي في يد المدعى عليه ملك لي وأطلب تسليمي إياه، وبعد

---

[1]- ياسين – محمد نعيم - نظرية الدعوى بين الشريعة الإسلامية وقانون المرافعات المدنية والتجارية – ص 628/ القحطاني – دفع الدعوى - مجلة البحوث الإسلامية - مجلة دورية تصدر عن الرئاسة العامة لإدارات البحوث العلمية والإفتاء والدعوة والإرشاد- الرئاسة العامة لإدارات البحوث العلمية والإفتاء والدعوة والإرشاد – ج30/ص 160

[2]- ابن نجيم المصري - زين الدين بن إبراهيم بن محمد- البحر الرائق شرح كنز الدقائق - ج7- ص 231

[3]- علي حيدر- أفندي - أصول استماع الدعوى الحقيقية- وهي مجموعة مقالات نشرت في الجريدة العدلية التركية سنة 1327هـ- نقلها إلى العربية فايز خوري/ مطبعة الترقي بدمشق- سنة هـ1342/1923م/ - ص 83 / ياسين – محمد نعيم - نظرية الدعوى بين الشريعة الإسلامية وقانون المرافعات المدنية والتجارية – ص 628/ القحطاني – دفع الدعوى - مجلة البحوث الإسلامية – ج30/ص 160

[4]- ياسين – محمد نعيم - نظرية الدعوى بين الشريعة الإسلامية وقانون المرافعات المدنية والتجارية – ص 628 / القحطاني – دفع الدعوى - مجلة البحوث الإسلامية –- ج30/ص 160

عرض الدعوى أجاب المدعى عليه بقوله: إن المدعي قد أقر بأن شخصا آخر قد أخذ منه المال الذي يدعيه. فإن هذا الدفع لا ينعكس على الدعوى الأصلية. لأن الدعوى تقام على صاحب اليد؛ وإقرار المدعى عليه أن شخصا آخر أخذ المال لا يلزم المدعي بشيء؛ لأنه همه استرداد ماله من اليد التي وصل إليها[1].

- **وهناك شروط خاصة لدفع الدعوى:**

أ- أن تكون دعوى الدفع جوابا قضائيا، بمعنى أن تكون دعوى الدفع جوابا صادرا من المدعى عليه، بعد أن يسأله القاضي الجواب على دعوى المدعي، ومعلوم أن القاضي لا يسأل المدعى عليه الجواب إلا بعد أن تتجاوز دعوى المدعي مرحلة البطلان والفساد إلى مرحلة الصحة. فإذا أجاب المدعى عليه بدعوى الدفع قبل أن يسأله القاضي الجواب على دعوى المدعي، فإن ذلك لا يكون دفعا صحيحا، بل يكون لغوا لا أثر له، كما لو حلف المدعى عليه قبل أن يوجه القاضي اليمين إليه ومثال دعوى الدفع الفاقدة لهذا الشرط: أن يبادر المدعى عليه القاضي قائلا – قبل أن يبدأ المدعي في دعواه – أو قبل أن تصح دعواه: إن ما يدعيه المدعي غير صحيح؛ لأني قد أديت إليه الدين الذي يدعيه – فهذا القول – وإن كان دفعا للدعوى – إلا أنه لم يقع في محله الشرعي؛ فلم يكن جوابا قضائيا[2].

ب- أن تكون دعوى المدعي قضائية: بمعنى أن تكون مرفوعة أمام القضاء، فإذا لم تكن دعوى المدعي مرفوعة أمام القضاء، فإن دعوى دفعها أمام القضاء يعرف لدى الفقهاء بالدعوى المقلوبة وهي غير مسموعة، لأن المشتكي فيها يطلب فيها إجبار خصمه ليقيم دعواه، وقد اتفق الفقهاء، على أن الشخص لا يجبر على إقامة دعواه[3].

---

[1]- القحطاني – دفع الدعوى - مجلة البحوث الإسلامية – ج30/ص 161

[2]- المصدر السابق– ج30/ص 162

[3]- المصدر السابق – ج30/ص 162

و"مثال الدفع الفاقد لهذا الشرط أن يقول المدعى عليه: إن فلانا الغائب عن مجلس القضاء يدعي أنه أقرضني مبلغ كذا، وأنا كنت قد أديت إليه ذلك المبلغ، وأطلب إحضاره لأثبت أني أديت إليه ذلك المبلغ، أو يحلف أني ما أديت إليه"[1].

ت- أن تتعارض دعوى الدفع مع الدعوى المدفوعة بحيث لا يمكن الجمع بينهما في حال افتراض ثبوت الدفع، فإذا لم تتعارض دعوى الدفع الصادرة من المدعى عليه مع الدعوى المدفوعة الصادرة من المدعي فإن الدفع لا يكون صحيحا[2].

و"مثال الدفع الفاقد لهذا الشرط: أن يجيب المدعى عليه بقوله: إن هذه العين التي يطلبها المدعي ملكتها – أنا المدعى عليه – بطريق الشراء من فلان الغائب – فإن هذا الدفع لا يتعارض – على افتراض ثبوته – مع دعوى المدعي؛ لأن البائع ربما غصبها أو سرقها من المدعي ثم باعها على المدعى عليه، فأمكن بهذا الجمع بين دعوى الدفع والدعوى المدفوعة، وحينئذ فإن القاضي يلزم المدعى عليه الذي لم يصح دفعه أن يجيب بجواب شرعي صحيح وإلا اعتبره ناكلا عن الجواب وقضى عليه"[3].

[1]- القحطاني – دفع الدعوى - مجلة البحوث الإسلامية – ج30/ص 163

[2]- المصدر السابق – ج30/ص 164

[3]- جميع ما ذكر في الشروط الخاصة لدفع الدعوى من - القحطاني – دفع الدعوى - مجلة البحوث الإسلامية ، لم يجدها الباحث في غيره.

المطلب الثالث:

وسائل إثبات الدفوع.

عند إثارة المدعى عليه دفوعاً على دعوى المدعي بغرض رد دعواه أو تأخير الفصل فيها فإن هذا الدفع لا يلزم قبوله والحكم بمقتضاه من قبل القاضي إلا إذا ثبت هذا الدفع؛ وتثبت الدفوع بوسائل منها:

- أولاً: إقرار المدعي:

يثبت الدفع الذي يثيره المدعى عليه على دعوى المدعي بإقرار المدعي بهذا الدفع قائلاً: أقر وأصادق على ما أثاره المدعى عليه من دفع على هذه الدعوى، وبذلك ترد دعوى المدعي، ولا يكلف المدعى عليه بالإجابة عليها. يقال في هذه الحالة: إن المدعى عليه دفع دعوى المدعي بالدفع المذكور، ويسأل عن ذلك فإذا أقر بهذا الدفع ترد دعواه، وإذا أنكر هذا الدفع كلف المدعى عليه بإثبات دفعه، فإذا أثبته ردت دعوى المدعي[1].

- ثانياً: البينة:

إثبات الدفع بالبينة الخطية أو البينة الشخصية[2]، بعد إنكار المدعى عليه وأثبت المدعى عليه ما أثاره من دفوع بالبينة فإن ذلك يكون سبباً في رد دعوى المدعي.

---

[1]- علي حيدر- خواجه أمين أفندي - درر الحكام في شرح مجلة الأحكام- ج4/ص224

[2]- أولاً: البينة الخطية: وهي قسمان (رسمية، عرفية).

أ- البينة الخطية الرسمية: وهي الوثائق والشهادات والحجج التي تسجل لدى الدوائر الرسمية المختصة من قبل موظفين مختصين " كوثيقة الزواج وشهادة الولادة " وهذا النوع لا يطعن فيه إلا بالتزوير.

ب- البينة الخطية غير الرسمية " العرفية " وهي الأوراق التي يكتبها فريقان من الناس أو يوقع عليها توقيعاً عادياً أو بالختم أو بالبصمة، وهذا النوع يطعن فيه بإنكار التوقيع أو البصمة أو الختم وأيضاً بالتزوير.

ثانياً: البينة الشخصية: هي كل ما يبين الشيْ ويظهره، وإذا أطلق هذا الفظ عند الفقهاء قصد به الشهادة، أنظر كتاب القضايا والأحكام في المحاكم الشرعية –أحمد محمد علي داود- ج1/ص47

المبحث الثالث:

أحكام الدفع، وآثاره، ووقت إبدائه، وبيان دفع الدفع.

وفيه أربعة مطالب:

ـــ المطلب الأول: من يملك حق دفع الدعوى

ـــ المطلب الثاني: وقت دفع الدعوى.

ـــ المطلب الثالث: الأثر المترتب على دفع الدعوى.

ـــ المطلب الرابع: بيان دفع الدفع.

المطلب الأول:

من يملك حق دفع الدعوى.

ويظهر من تعريف دفع الدعوى كما مره سابقاً[1]، أنه وجه من وجوه الجواب على الدعوى المقامة، وقد اعتبره العلماء نوعاً من الدعاوى، يقصد به المدعى عليه رد الدعوى، ودفع الخصومة عن نفسه.

فإنه عندما يلجأ الشخص طالباً حماية القضاء، فعليه أن يسلك إجراء رسمه الشرع والنظام لكي يترتب على هذا اللجوء أثره، فإن استكمل تلك الإجراءات قضى له بما ادعاه، ولو نقص من ذلك شيء كان لخصمه أن يجيب على ما يدعيه، بدفع يوجه للخصومة فيكون شكلياً أو موجهاً لأصل الحق الذي يتمسك به خصمه فيكون موضوعياً، أو للدعوى التي يستعملها فيكون مختلطاً بين الشكلية والموضوعية وهو ما يسمى بالدفع بعدم القبول[2].

وبذلك فإن الدفع عند الفقهاء المسلمين لا يقبل إلا من المدعى عليه أو من يمثله شرعاً سواء كان مدعى عليه في الدعوى الأصلية أم كان في دفعها، لأنه هو المكلف بالجواب عن دعوى خصمه بالإقرار أو الإنكار أو الدفع، وقد نص الفقهاء على أن الدفع نفسه دعوى، يصبح فيها المدعي– مدعى عليه– والمدعى عليه في الدعوى الأصلية –مدعياً– في الدفع، فيكون للمدعي الذي انقلب مدعاً عليه في الدفع أن يدفع الدفع الموجه إليه، وهذه هي القاعدة العامة في قبول الدفع، فإن صدر الدفع من غير المدعى عليه، ولم يكن ممثلاً له شرعاً ولا قانوناً، فإنه لا يسمع ولا يقبل، ولكنه يسمع من غير المدعى عليه إذا تعدى إليه الحكم على فرض صدوره، والسبب في ذلك يعود لما عرضناه بأن الدفع في الفقه صورة من صور الدعوى،

---

[1]- تعريف الدفع - انظر صفحة 29

[2]- فؤاد عبد المنعم أحمد، والحسين علي غنيم - أحكام الدفوع في نظام المرافعات الشرعية السعودية – طبعة 2002م – المكتب العربي الحديث، الاسكندرية، مصر- ص 15

يشترط من أجل قبوله أن يبدى من شخص له شأن في القضية، والشأن في الدفع يكون للمدعى عليه بتحقق أمرين: "أولهما: إما دفع الخصومة عن نفسه، وثانيهما: إبطال دعوى الخصم ببيان أنها غير مستندة إلى حق مستحق الإداء، وبذلك يلحق به كل من يتضرر بالحكم الصادر على المدعى عليه، وهذا غالباً ما يكون عندما يتدخل بالدفع من يصح له أن يكون خصماً عن المدعى عليه"[1].

ولعل المفهوم الذي أكد عليه الفقهاء: أن الدفع لا يقبل إلا من المدعى عليه، وممن يتعدى إليه الحكم، هو أن هذا الدفع لا يجوز إثارته من قبل غير هؤلاء، لأن ذلك يخل بمبدأ المساواة بين الخصوم، وكما أن الدعوى لا يجوز إثارتها من غير مدعٍ، فكذلك الدفع لا يصح إثارته من غير طلب المدعى عليه، ويستثنى من كون الدفع لا يكون إلا من المدعى عليه، بعض الحالات التي يقبل فيها الدفع من غير المدعى عليه، أشهرها ما يلي[2]:

- الحالة الأولى: الدفع من أحد الورثة: إذا كان المدعى عليه أحد الورثة، ولم يأت بدفع صحيح مقبول، يترتب عليه ضرر لبقية الورثة، فإن لبقية الورثة الحق في دفع هذه الدعوى، وإن لم تكن الدعوى عليهم أصلاً، وذلك جائز لقيام بعضهم مقام الجميع[3]، وذكر ابن نجيم الحنفي – رحمه الله–: "الدفع من غير المدعى عليه لا يصح، إلا إذا كان من أحد الورثة"[4]، وقال السرخسي– رحمه الله–: "أحد الورثة خصم عن الميت وعن سائر الورثة، فيما يدعى على الميت كدعوى الدين"[5]، وقال ابن ابي الدم–رحمه الله–: "إذا مات رجل عن دين، وخلف ورثة

[1]- ياسين – محمد نعيم - نظرية الدعوى بين الشريعة الإسلامية وقانون المرافعات المدنية والتجارية – ص 623
[2]- عبد الوهاب خيري علي العاني- نظام المرافعات : دراسة فقهية بين الشرعية و القانون المدني الأردني- الطبعة الأولى- ص 611
[3]- علي حيدر خواجه أمين أفندي - درر الحكام في شرح مجلة الأحكام- ج4- ص292
[4]- ابن نجيم المصري - زين الدين بن إبراهيم بن محمد،(ت: 970هـ)- الْأَشْبَاهُ وَالنَّظَائِرُ عَلَى مَذْهَبِ أَبِيْ حَنِيْفَةَ النُّعْمَانِ- دار الكتب العلمية، بيروت – لبنان- الطبعة: الأولى، 1419 هـ - 1999م- ص 191
[5]- السرخسي - محمد بن أحمد بن أبي سهل شمس الأئمة – المبسوط – ج 17 – ص 48

فإن ادعى الكل به، أو وكيل عنهم، وكانوا أهلاً للدعوى، والتوكيل، وأقاموا بينة عادلة على الدين استحقوا جميعاً"[1].

- الحالة الثانية: يصح الدفع من أحد الموقوف عليهم: فيجوز أن يعين أحد الموقوف عليهم خصماً في الدعوى عن بقية المستحقين في وجه المدعي، ويقبل دفعه هذا، لأن الحكم يعمه مع بقية المدعى عليهم، وجاء في الأشباه والنظائر: "أحد الموقوف عليهم ينتصب خصماً عن الباقي"[2]، وقد نص على ذلك الحنابلة في قولهم بجواز قبول الدفع ممن يعمه الحكم كالطبقة الثانية من أهل الوقف مع الطبقة الأولى، كأبناء الأبناء مع الأبناء، فقد جاء في مجلة الأحكام الشرعية ما نصه: "كما يقبل الدفع من المدعى عليه يقبل ممن يعمه الحكم على المدعى عليه، كالطبقة الثانية من أهل الوقف مع الطبقة الأولى، فما صح دفعاً من البطن الأولى يصح أن يدفع البطن الثاني وما بعده"[3]، وذكر السيوطي– رحمه الله– في الأشباه والنظائر: "بأن ما لا يجوز للرجل فعله بانفراده لا يجوز له أن يطلب استيفاءه بأن يدعي به... ومنه مسألة الدعوى في الأوقاف بسبب الريع ونحوه... "[4].
- الحالة الثالثة: يصح الدفع من البائع في دعوى الاستحقاق، وإن لم تكن الدعوى عليه: فيسمع الدفع من البائع في دعوى الاستحقاق وإن لم تكن الدعوى مقدمة ضده، فله أن يدفع دعوى المدعي، ليدفع الضرر الذي قد يلحق به إذا حكم على المدعى عليه[5].

---

[1]- ابن ابي الدم- شهاب الدين أبي اسحاق ابراهيم بن عبد الله الهمداني الحمي-(ت: 642هـ)- ادب القضاء- تحقيق محي هلال السرحان- الطبعة الأولى-1404هـ-1984م- مطبعة الارشاد –بغداد- ج1 – ص 633

[2]- ابن نجيم المصري - زين الدين بن إبراهيم بن محمد، - الْأَشْبَاهُ وَالنَّظَائِرُ عَلَى مَذْهَبِ أَبِيْ حَنِيْفَةَ النُّعْمَانِ- ص 191

[3]- القاري- احمد بن عبد الله – مجلة الأحكام الشرعية- تحقيق عبد الوهاب ابراهيم ابو سليمان – الطبعة الأولى: 1401هـ - 1981م – المادة 2142- ص 621

[4]- السيوطي - عبد الرحمن بن أبي بكر، جلال الدين(ت: 911هـ)- الأشباه والنظائر- دار الكتب العلمية- الطبعة: الأولى، 1411هـ - 1990م- ص 506

[5]- الدغمى – محمد راكان ضيفا الله- دعوى التناقض والدفع في الشريعة الاسلامية – دار الجبل- بيروت – لبنان- طبعة أولى 1411هـ - ص180

- الحالة الرابعة: يقبل الدفع من الأصيل عن الكفيل: لأن براءة الأصيل توجب براءة الكفيل، إذا كانت بالأداء، أو الإبراء، كما ينتصب الكفيل بالدين عن المديون، بأن يدفع عنه دعوى من ادعى الدين، فإذا كان قد دفع للدائن ما كفل به، فإنه يدفع عنه بدعوى يقيمها ضد الدائن، ويذكر بها أنه دفع له المدعى به[1].
- الحالة الخامسة: يقبل الدفع من المُسخَّر[2]: وهو ما يعرف حديثاً بالدفاع، فيسمع القاضي جواب مُسخَّر عن المدعى عليه إذا كان غائباً، بعد أن يأذن له القاضي بالجواب على الدعوى نيابة عن الغائب[3]، ولقد علل الفقهاء قبول الدفع من المُسخَّر بالضرورة، فإن الدعوى التي يتقدم بها المدعي على خصم غائب تستدعي جواباً، حفظاً للحقوق، وحيث تعذر جواب الغائب، فإن القاضي ينصب من يقوم مكانه ويعرف هذا في القضاء باسم "المُسخَّر" وهو لا يستطيع أن يدفع الدعوى إلا بالإنكار، إذ أن أسوأ أحوال الغائب أن ينكر، فإن أجاب المسخر بالإنكار، فسمع منه المدعي ويجاب طلبه حسب دعواه[4].

---

[1]- علي حيدر- أفندي- أصول استماع الدعوى الحقيقية- ص 188

[2]- المُسخَّر: السخرة، ما سخرت من الخادم أو دابة بلا أجر ولا ثمن " السخرى " بالضم بمعناه وسخرته في العمل بالتشغيل، استعملته مجاناً، انظر: الفيومي - المصباح المنير في غريب الشرح الكبير - ج1، ص 269 / و المقصود به هنا ان ينصب القاضي وكيلاً عن الغائب تسمع الخصومة عليه يحضره المسخر "، انظر: أبو الوليد - أحمد بن محمد بن محمد، لسان الدين ابن الشِّحْنَة الثقفي الحلبي الحلبي(ت: 882هـ)- لسان الحكام في معرفة الأحكام - البابي الحلبي – القاهرة- الطبعة: الثانية، 1393 – 1973- ص 228

[3]- الدغمي – محمد راكان ضيفا الله- دعوى التناقض والدفع في الشريعة الاسلامية – ص 183

[4]- أبو الوليد - أحمد بن محمد بن محمد، لسان الدين ابن الشِّحْنَة الثقفي الحلبي الحلبي(ت: 882هـ)- لسان الحكام في معرفة الأحكام - ص 228

المطلب الثاني:

وقت دفع الدعوى.

اتفق الفقهاء وأهل القانون على أنه يجوز دفع الدعوى قبل الحكم[1]. واختلفوا في دفع الدعوى بعد الحكم على قولين:

القول الأول: ذهب الحنفية وقول للمالكية، إلى أنه يجوز دفع الدعوى بعد الحكم[2].

وقد ذكر فقهاء الحنفي ذلك الأمر؛ وقالوا بأنه يجوز دفع الدعوى قبل الحكم وبعده كما يجوز قبل البينة وبعدها[3]، وذلك لأن استئناف الحكم بعد صدوره جائز، إذا وجد خلل في التقاضي.

القول الثاني: ذهب الشافعية، والحنابلة؛ إلى أنه لا يجوز دفع الدعوى بعد الحكم[4]، وذلك لتنظيم القضاء

---

[1]- ابن مازة - أبو المعالي برهان الدين محمود بن أحمد بن عبد العزيز بن عمر بن مَازَةَ البخاري الحنفي (ت: 616هـ)- المحيط البرهاني في الفقه النعماني فقه الإمام أبي حنيفة رضي الله عنه- المحقق: عبد الكريم سامي الجندي- دار الكتب العلمية، بيروت – لبنان- الطبعة: الأولى، 1424 هـ - 2004 م- ج9-ص 243/ ابن جزي - أبو القاسم، محمد بن أحمد بن محمد بن عبد الله، الكلبي الغرناطي (ت: 741هـ) - القوانين الفقهية – ج1 – ص 198/ الماوردي - أبو الحسن علي بن محمد بن محمد بن حبيب البصري البغدادي، (ت: 450هـ)- الحاوي الكبير في فقه مذهب الإمام الشافعي وهو شرح مختصر المزني - المحقق: الشيخ علي محمد معوض - الشيخ عادل أحمد عبد الموجود- دار الكتب العلمية، بيروت – لبنان- الطبعة: الأولى، 1419 هـ -1999 م- ج7 – ص 70/ ابن الصلاح - عثمان بن عبد الرحمن، أبو عمرو، تقي الدين(ت: 643هـ) - فتاوى ابن الصلاح - المحقق: د. موفق عبد الله عبد القادر- مكتبة العلوم والحكم , عالم الكتب – بيروت- الطبعة: الأولى، 1407- ج1 – ص302

[2]- ابن مازة - المحيط البرهاني في الفقه النعماني فقه الإمام أبي حنيفة رضي الله عنه - ج9-ص 243/ الحطاب الرُّعيني المالكي- شمس الدين أبو عبد الله محمد بن محمد بن عبد الرحمن الطرابلسي المغربي، (ت: 954هـ)- مواهب الجليل في شرح مختصر خليل - دار الفكر -الطبعة: الثالثة، 1412هـ - 1992م.- ج5 – ص183

[3]- ابن نجيم - زين الدين بن إبراهيم بن محمد، المصري (ت: 970هـ)- الْأَشْبَاهُ وَالنَّظَائِرُ عَلَى مَذْهَبِ أَبِيْ حَنِيْفَةَ النُّعْمَانِ - دار الكتب العلمية، بيروت – لبنان - الطبعة: الأولى، 1419 هـ - 1999 م – ج 1 –ص 190

[4]- ابن حجر- أحمد بن محمد بن علي بن حجر الهيتمي- تحفة المحتاج في شرح المنهاج- المكتبة التجارية الكبرى بمصر لصاحبها مصطفى محمد- الطبعة: بدون طبعة- عام النشر: 1357 هـ - 1983 م- ج10- ص323 / أبو النجا - موسى بن أحمد بن موسى بن سالم بن عيسى بن سالم الحجاوي المقدسي، ثم الصالحي، شرف الدين، (ت: 968هـ)-المحقق: عبد اللطيف محمد موسى السبكي- دار المعرفة بيروت – لبنان – ج10 – ص 391

المطلب الثالث:

الأثر المترتب على دفع الدعوى.

أولاً: متى وجد الدفع الصحيح من المدعى عليه أو من يمثله، صار بذلك مدعياً، والمدعي مدعى عليه، وحينئذ يسير القاضي مع الخصوم كسيره في الدعوى الأصلية فيسأل المدعي الأصلي والذي تغير مركزه إلى مدعى عليه، عن جوابه على دعوى الدفع كما هو متبع في الدعوى وإجراءاتها[1].

ثانياً: وأما إذا أجاب المدعى عليه بدفع غير صحيح، كأن لم يستوف الدفع شروطه أو أحدهما– فإن الجواب– حينئذ– لا يكون صحيحاً، وعلى القاضي أن يفهم المدعى عليه بأن له أن يجيب جواباً صحيحاً وإلا اعتبره ناكلاً عن الجواب ويقضى عليه[2].

ثالثاً: إذا أقر المدعي بما دفع به خصمه المدعى عليه لزمه ما أقر به، واندفعت دعواه الأصلية وصرف القاضي النظر عنها، وكان للدافع الاحتجاج بالحكم الصادر بقبول دفعه أمام أي قاض يجدد المدعي دعواه عنده، أما إذا ما أنكر المدعي دفع خصمه، فإن للقاضي أن يسأل الدافع عما لديه من بينات تثبت دفعه، فإن أثبته بحجة شرعية اندفعت دعوى المدعي الأصلي، وإن عجز عن الإثبات، أفهمه القاضي بأن له طلب اليمين النافية لدفعه يطلبها من المدعي الأصلي، فإذا طلبها وجه القاضي اليمين الشرعية إلى المدعي الأصلي، فإن نكل عن اليمين الدفع وصرف القاضي النظر عن الدعوى الأصلية لسقوطها بقيام دعوى دفع وصحتها[3].

---

[1]- ياسين – محمد نعيم - نظرية الدعوى بين الشريعة الإسلامية وقانون المرافعات المدنية والتجارية – ص 631

[2]- القحطاني – دفع الدعوى - مجلة البحوث الإسلامية – ج30/ص 155

[3]- أفندي- علي حيدر- أصول استماع الدعوى الحقيقية- ص 186

رابعاً: إذا عجز المدعي في دعوى الدفع عن إثبات ما دفع به، وحلف خصمه على نفى دعوى الدفع، فإن دعوى الدفع تصبح ساقطة، أما سير القاضي حينئذ في الدعوى فإنه يتحه إلى واحد من أمرين:

- الأول: إذا تضمن دفع الدافع إقراراً بالدعوى كدفع دعوى الدين بالأداء أو الإبراء لذات الدين فإن القاضي يفصل الخصومة بإلزام الدافع بما أقر به.
- الثاني: إذا لم يتضمن دفع الدافع إقراراً بما يدعيه المدعي– وصورة هذا الدفع أن يجيب المدعى عليه بأن المدعي كان قد أبرأه من هذه الدعوى فإن القاضي حينئذ يسير في نظر الدعوى الأصلية، كما لم يكن هناك دفع[1].

المطلب الرابع:

بيان دفع الدفع.

إذا تابعنا الحديث عن الدفوع فينبغي أن نبين ما المقصود من دفع الدفع.

- المقصود بدفع الدفع: هو أن يأتي المدعي الأصلي بدفع لدفع المدعى عليه فكما يصح دفع الدعوى، يصح دفع الدفع[2].
- أمثلة على دفع الدفع:

أ) المثال الأول: لو ادعى على آخر بمبلغ كذا ديناً على أنه أخذه منه على جهة القرض، فدفع المدعى عليه الدعوى قائلاً: نعم، قد أخذت منك هذا المبلغ على جهة القرض، لكني قد أديته

[1]- القحطاني – دفع الدعوى - مجلة البحوث الإسلامية – ج30/ص 157
[2]- ابن نجيم المصري - زين الدين بن إبراهيم بن محمد، - الْأَشْبَاهُ وَالنَّظَائِرُ عَلَى مَذْهَبِ أَبِيْ حَنِيْفَةَ النُّعْمَانِ- ص 190

إليك، فدفع المدعي الأصلي دفعه قائلاً: إنك قد أمرتني أن أرسل هذا إلى فلان، وقد سلمته له، فأنكر المدعى عليه هذا الكلام، ثم بعد ذلك أقام المدعي البينة على ما ادعاه من دفع الدفع[1].

ب) إذا ادعى المدعي من آخر قائلا: إن لي في ذمتك كذا دراهم من جهة القرض فأجابه المدعى عليه قائلاً: قد أبرأتني من المبلغ المذكور فدفع المدعي دفعه قائلاً: إن الإبراء المذكور كان بطريق المواضعة وفسر المواضعة[2]، وأثبت مدعاه هذا فيكون فد دفع الدفع[3].

ج) لو دفعت الزوجة دعوى الطاعة المرفوعة في مجلس القضاء، بانشغال ذمة الزوج بتوابع المهر، وأثاث البيت بقيمة ألفي دينار، فدفع الزوج دفعها بأنها حصلت على حكم سابق بالتوابع المطلوبة من مدة طويلة، وأنه أرسل إليها أكثر من جهة رسمية وغير رسمية لاستلام التوابع فرفضت، وهنا يكون دفع الزوج دفع الدفع[4].

---

[1]- علي حيدر - خواجه أمين أفندي - درر الحكام في شرح مجلة الأحكام- ج4/ص219

[2]- المواضعة: هي عبارة عن بيع برأس المال، انظر كتاب المطلع على ألفاظ المقنع - محمد بن أبي الفتح بن أبي الفضل البعلي، أبو عبد الله، شمس الدين (ت: 709هـ)- المحقق: محمود الأرناؤوط وياسين محمود الخطيب - مكتبة السوادي للتوزيع- الطبعة: الطبعة الأولى 1423هـ - 2003 م – 285

[3]- علي حيدر- خواجه أمين أفندي - درر الحكام في شرح مجلة الأحكام- ج4/ص220

[4]- ابو سردانه- محمد حسين – أصول الإجراءات القضائية والتوثيقات الشرعية- طبعة الأولى- 1424هـ- 2003م- دار العلوم ،الأردن-ص 37

الفصل الثاني:

الدفوع الشكلية مفهومها، وصورها في المحاكم، وتطبيقاتها.

وفيه ثلاثة مباحث:

— المبحث الأول: مفهوم الدفوع الشكلية، وقواعدها، وأثرها، والتفريق بينها وبين الدفوع الموضوعية.

—المبحث الثاني: صور الدفوع الشكلية أمام المحاكم الشرعية.

—المبحث الثالث: تطبيقات الدفوع الشكلية لدعاوى الوقف والوصية والميراث.

المبحث الأول:

مفهوم الدفوع الشكلية، وقواعدها، وأثرها، والتفريق بينها وبين الدفوع الموضوعية.

وفيه خمسة مطالب:

ـــ المطلب الأول: مفهوم الدفوع الشكلية.

ـــ المطلب الثاني: قواعد الدفوع الشكلية.

ـــ المطلب الثالث: وقت إثارة الدفوع الشكلية.

ـــ الفرع الأول: وقت إثارة الدفع الشكلي في الفقه الإسلامي.

ـــ الفرع الثاني: وقت إثارة الدفع الشكلي في القانون.

ـــ المطلب الرابع: أثر الدفوع الشكلية.

ـــ المطالب الخامس: الفرق بين الدفوع الشكلية والدفوع الموضوعية.

المطلب الأول:

مفهوم الدفوع الشكلية.

- وهي الدفوع التي تتعلق بالإجراءات المتعلقة بالدعوى كما هو واضح من اسمها، والتي يجب إبداؤها قبل أي طلب، أو دفع يتعلق به المساس بأصل الحق أو موضوع الدعوى، وهدفها تفادي الحكم مؤقتاً، وذلك بسبب وجود خلل في الإجراءات التي ليس لها أي علاقة بموضوع الدعوى، كالدفع بعدم الاختصاص المكاني[1].

المطلب الثاني:

قواعد الدفوع الشكلية.

تخضع الدفوع الشكلية إلى مجموعة من القواعد نذكرها فيما يلي[2]:

- أولاً: وقت ابداء الدفوع الشكلية:

أ) ينبغي إبداء الدفوع الشكلية قبل التكلم في موضوع الدعوى، أي في مستهل النزاع وقبل الدخول في الأساس، وإلا سقط الحق في الإدلاء بها، فالتراخي في إثارتها إلى ما بعد الخوض في الموضوع يحمل على أنه تنازل عنها صاحب المصلحة ما لم يكن الدفع متعلقاً بالنظام العام، فتجوز إثارته في أية حالة تكون عليها الدعوى، كالدفوع بعدم الاختصاص المتعلقة بالوظيفة أو بنوع القضية أو بقيمتها، وهناك من يرى بأن أساس هذه القاعدة ليس النزول الضمني، لأن

---

[1]- ياسين – محمد نعيم - نظرية الدعوى بين الشريعة الإسلامية وقانون المرافعات المدنية والتجارية – ص 594/ العيلوي – سليمان بن أحمد – الدعوى القضائية بين السريعة والأنظمة الوضعية– ص 200/ أبو البصل – عبد الناصر موسى – شرح قانون أصول المحاكمات الشرعية ونظام القضاء الشرعي – ص174

[2]- محيسن- ابراهيم حرب- النظرية العامة للدفوع المدنية دراسة مقارنة- دار الفلاح للنشر والتوزيع- طبعة 2008- ص 32 / ابو الوفا – احمد – نظرية الدفوع في قانون المرافعات – ج1- ص170 / ياسين – محمد نعيم - نظرية الدعوى بين الشريعة الإسلامية وقانون المرافعات المدنية والتجارية – ص 621

النزول عن الحق لا يفترض، وإنما هو تحديد واقعة معينة هي الكلام في الموضوع بحيث يترتب على تحققها سقوط الحق في الدفع، ويتحقق هذا السقوط بصرف النظر عن إرادة صاحب الدفع، وسواء أعلم بحقه فيه أم بالسبب المنشئ لهذا الحق أم لم يعلم، فإذا تمسك الخصم بدفع شكلي، فإن هذا الدفع لا يسقط بعد كلامه في الموضوع بعد ذلك. ويجب إبداؤها قبل إبداء أي طلب أو دفاع في الدعوى أو دفع بعد القبول تحت طائلة السقوط، فإذا أقدم المدعى عليه على إبداء دفع موضوعي أو أي طلب يتعلق بالموضوع كالطلب العارض، أو أي طلب يتعلق بأدلة الموضوع كطلب إحالة الدعوى للتحقيق لسماع شهود نفي في الموضوع أو طلب الحكم بتزوير السند الذي قدمه المدعي، كل ذلك يؤدي إلى سقوط الحق في إبداء الدفوع الإجرائية، من ذلك طلب التأجيل إلا إذا بني على سبب موضوعي.

ب) يجب إبداء جميع الدفوع الشكلية (الإجرائية) معاً وإلا سقط الحق فيما لم يبد منها، فلا يستطيع المدعى عليه أن يبدي دفعاً ببطلان صحيفة الدعوى (لائحة الدعوى) في جلسة ثم يبدي دفعاً آخر بعدم الاختصاص المحلي في جلسة أخرى، بل يجب إبداؤهما معاً في جلسة واحدة أو مذكرة واحدة.

ج) يجب إبداء الدفوع الشكلية (الإجرائية) التي لم يسقط الحق في إبدائها في لائحة الطعن في الحكم وإلا سقط الحق فيما لم يبد منها، فإذا صدر حكم في موضوع الدعوى بناء على إعلان باطل، جاز للمحكوم عليه التمسك ببطلان إعلانه عن طريق الطعن في الحكم شريطة إبدائه في أول مناسبة وهي لائحة الطعن.

د) وجوب إبداء أوجه الدفع الشكلي وأسبابه معاً وقبل التكلم في الموضوع: ليس على الخصم أن يبدي سائر دفوعه الشكلية معاً وقبل الخوض في الموضوع، فحسب، بل عليه أيضاً إبداء سائر الأوجه التي تقوم عليها هذه الدفوع وأسبابها دفعة واحدة، فلا يجوز له على سبيل المثال

التمسك بعدم الاختصاص المحلي لسبب ما في مرافعته الشفوية ثم يدلي بعد ذلك بمذكرة يتمسك فيها بعدم الاختصاص المحلي لسبب آخر.

- **الحالات المستثناة من هذه القاعدة:**

يستثنى من حكم القاعدة المتعلقة بوقت إبداء الدفوع الشكلية ما يلي:

1- الدفوع المتعلقة بالنظام العام، فهذه الدفوع مما يجوز الإدلاء بها في أية حالة تكون عليها الإجراءات ولو لأول مرة أمام محكمة النقض (التمييز)، كالدفع بعدم الاختصاص المتعلق بالوظيفة وبنوع الدعوى أو قيمتها، والدفع بعدم توقيع لائحة الطعن بالاستئناف من قبل محام[1].

2- الدفوع التي ينشأ الحق في الإدلاء بها بعد التكلم في الموضوع كالدفع بالتمسك بميعاد معين، والدفع بتأخير نظر القضية إلى جلسة أخرى لأي سبب استجد بعد رفع الدعوى، والدفع بإسقاط الخصومة، أو باعتبارها كأن لم تكن[2].

[1]- ياسين – محمد نعيم - نظرية الدعوى بين الشريعة الإسلامية وقانون المرافعات المدنية والتجارية – ص 622/ محيسن- ابراهيم حرب- النظرية العامة للدفوع المدنية دراسة مقارنة- دار الفلاح للنشر والتوزيع- طبعة 2008- ص 35

[2]- ياسين – محمد نعيم - نظرية الدعوى بين الشريعة الإسلامية وقانون المرافعات المدنية والتجارية – ص 622 / محيسن- ابراهيم حرب- النظرية العامة للدفوع المدنية دراسة مقارنة- دار الفلاح للنشر والتوزيع- طبعة 2008- ص 35

المطلب الثالث:

وقت إثارة الدفوع الشكلية.

- **الفرع الأول: وقت إثارة الدفع الشكلي في الفقه الإسلامي:**

لم يذكر الفقهاء أحكاماً للدفع الشكلي لضيق نطاقه في النظام الإسلامي للمرافعات، إلا أنه كما يبدو يكون محله قبل الجواب على الدعوى بالإقرار أو الإنكار أو الدفع، وإلا فإن تأخر الدفع إلى بعد الجواب دل ذلك على رضاه بالأمر الواقع، فيرد دفعه، فلو قال المدعى عليه: لا أجيب لأنني أريد التحاكم بين يدي القاضي الحنفي، صرف إلى الحاكم الذي يريد المخاصمة عنده، حيث إن المفهوم من هذا النص أن الدفع بعدم اختصاص القاضي يكون قبل الجواب على الدعوى[1].

- **الفرع الثاني: وقت إثارة الدفع الشكلي في القانون[2]:**

اتفق فقهاء القانون على أن الدفع الشكلي يجب إبداؤه قبل البدء بالخصومة، أي قبل إبداء أوجه الدفع الموضوعية، وهذا هو الأصل، وذلك لأن هذا الدفع يتعلق بالإجراءات الشكلية التي شرعت لتكون وسائل لضمان مناقشة وبحث الدعوى، ويستثنى من ذلك:

[1]- عبد الله ربابعه، ويوسف عبد الله الشريفين- وقت إثارة دفع الدعوى- دراسات، علوم الشريعة والقانون، المجلد35،العدد1،2008- ص 22

[2]- ياسين – محمد نعيم - نظرية الدعوى بين الشريعة الإسلامية وقانون المرافعات المدنية والتجارية – ص 621 / ابو الوفا – احمد – نظرية الدفوع في قانون المرافعات – ج1- ص147

أ- الدفوع الشكلية التي تتعلق بالنظام العام، فإنه يجوز إثارتها في أي مرحلة تكون عليها الدعوى ولا تتقيد إثارتها في وقت معين، بمعنى أن الدفوع التي لا تتعلق بالنظام العام يجب أن تثار قبل الإجابة على موضوع الدعوى وإلا سقط الحق بإثارتها.

ب- حالة طلب تأجيل الدعوى من أجل الاطلاع على مستندات قدمها الخصوم، فإن الحق في هذا الدفع لا ينشأ إلا بعد تقديم تلك المستندات، ولكن إذا بادر الخصم بالرد على ما جاء في هذه المستندات سقط حقه في هذا الدفع.

المطلب الرابع:

أثر الدفوع الشكلية.

يترتب على اعتبار الأحكام الصادرة في الدفوع الشكلية أثار، وهي[1]:

- الحكم الصادر بقبول الدفوع الشكلية لا يمس أصل الحق المدعى به، ولا يترتب عليه انهاء النزاع
- قبول الدفوع الشكلية يترتب عليه انقضاء الخصومة أمام المحكمة، ولكن لا يؤدي إلى ضياع حق المدعي، و تكون النتيجة أنه قد يضطر إلى تأخير دعواه أو تجديدها، وتارة يمكنه تجديدها حالاً، وتارة يجب عليه انتظار مدة معلومة أو إجراء أعمال مخصوصة
- قبول الدفوع الشكلية لا يترتب عليه ضياع الحق، إلا إذا كان الحق على وشك السقوط بمضي المدة قبل أن يمكنه رفع دعوى جديدة فيكون السبب في سقوط الحق التقادم، لا الحكم بالدفع الشكلي
- هناك دفوع شكلية لا يترتب عليها انقضاء الخصومة من أولها وإنما بطلان عمل من أعمالها، وهذه هي الدفوع ببطلان إجراء من إجراءات الخصومة حيث يترتب على الحكم بها ببطلان الإجراء الذي وجه إليه الدفع، واعتباره كأن لم يكن، فيسقط ويسقط معه جميع الإجراءات المتأخرة عنه، والآثار القانونية المترتبة عليه، ولكنه لا يؤثر فيما تقدم عليه من الإجراءات ما لم ينص القانون على خلاف ذلك، كما أنه لا يؤثر على الإجراءات التالية له إذا كان لها كيان مستقل ولم تكن مترتبة عليه.

[1]- ياسين – محمد نعيم - نظرية الدعوى بين الشريعة الإسلامية وقانون المرافعات المدنية والتجارية – ص 636-637 / ابو الوفا – احمد – نظرية الدفوع في قانون المرافعات – ج1- ص274

المطلب الخامس:

الفرق بين الدفوع الشكلية والدفوع الموضوعية.

تختلف الدفوع الشكلية عن الدفوع الموضوعية من حيث[1]:

أ- إبداؤها: الدفع الموضوعي يجوز إداؤه في أية مرحلة من مراحل الدعوى و هذا بحكم تعلقه بذات الحق المتنازع عليه ولا يتعلق بالنظام العام، في حين يجب إبداء الدفع الشكلي قبل الدفع في الموضوع، ويستثنى من هذه القاعدة الدفع المتعلق بالاختصاص أو بالنظام العام, إضافة الى هذا فإنه يتعين إبداء الدفوع الشكلية جملة لضمان عدم التأخير في الفصل.

ب- البت في الدفع: يجب على المحكمة أن تثير الدفوع الشكلية تلقائياً؛ لأنها تتعلق بالنظام العام، ولا يجوز للمحكمة إثارة الدفوع الموضوعية تلقائياً؛ لأنها لا تتعلق بالنظام العام.

ت- الآثار: الحكم الصادر في الدفوع الشكلية لا يحوز حجية الشيء المقضي به، بحيث لا يمس جوهر الحق، ولا يرتب إنهاء النزاع، وإنما يرتب انقضاؤه أمام المحكمة، ويعد فرعياً، لأنه يصدر قبل الفصل في جوهر القضية، أما الحكم الصادر في الدفوع الموضوعية يحوز حجية الشيء المقضي به، بحيث يعتبر فاصلاً في الموضوع، ويترتب عليه إنهاء النزاع على أصل الحق المدعى به، ومن ثم بمجرد ما تصدر المحكمة حكمها فيها تستنفذ ولايتها ولا تنظر فيها من جديد، ولا يسوغ تجديد نفس القضية أمام أية محكمة.

ث- الاستئناف: إذا تم استئناف الحكم الصادر عن الدفوع الشكلية بقبوله، لا يطرح أمام محكمة الدرجة الثانية (الاستئناف) إلا النزاع المتعلق بهذا الدفع دون موضوع الدعوى، فإذا ألغت

[1]- العتمي- علي بن حسن بن جعفر- دفع الدعوى في الشريعة الاسلامية وتطبيقاته في نظام المرافعات الشرعية السعودي- جامعة نايف العربية للعلوم الامنية- ص 105/ محيسن- ابراهيم حرب- النظرية العامة للدفوع المدنية دراسة مقارنة - ص 38

الحكم الابتدائي أعادت القضية إلى محكمة الدرجة الأولى (الابتدائية) لتبت في الموضوع لأنها هي صاحبة الولاية فيها دائما، إما إذا تم استئناف الحكم الصادر عن الدفوع الموضوعية، يطرح الموضوع برمته أمام محكمة الدرجة الثانية (الاستئناف) فإذا ألغت الحكم الابتدائي، ألزمت بالبت من جديد في موضوع الدعوى.

المبحث الثاني:

صور الدفوع الشكلية أمام المحاكم الشرعية.

وفيه مطلبان:

ـــ المطلب الأول: الدفوع الشكلية أمام المحاكم الابتدائية.

ـــ المطلب الثاني: الدفوع الشكلية أمام محاكم الاستئناف.

المطلب الأول:

الدفوع الشكلية أمام المحاكم الابتدائية.

▣ الفرع الأول: الدفع بعدم اختصاص[1] المحكمة برؤية الدعوى[2].

وهو الدفع الذي يقصد به منع المحكمة من الفصل في الدعوى المعروضة أمامها لخروجها عن حدود ولايتها طبقا لقواعد الاختصاص[3]، ويتمثل هذا الدفع بعدم أحقية المحكمة برؤية الدعوى، حيث أن المدعى عليه لا يجبر على المرافعة أمام محكمة غير محكمة محله أو إقامته، ويحق للمدعى عليه أن يسقط هذا الاعتراض إما صراحة بإعلان قبوله برؤية الدعوى، أو بالدلالة وذلك بسكوته عن الاعتراض، ودخوله في أساس الدعوى دون إثارة هذا الدفع.

وبالنظر إلى القضاء الشرعي في المحاكم الشرعية فإننا نجد أن الدفع بعدم الاختصاص ينقسم إلى قسمين:

1- أولاً: الدفع بعدم الاختصاص النوعي أو (الوظيفي): ويقصد به سلطة المحكمة في النظر في منازعات معينه، وقد تميز هذا الاختصاص بأنه من النظام العام من حيث أن المحكمة تتعرض من تلقاء نفسها لهذه المسألة وتفصل فيها دون الحاجة إلى طلب من أحد الخصوم، وأيضاً يتميز بأنه يقبل في أي دور من أدوار المحاكمة سواء في البداية أو الاستئناف، وتستطيع محكمة الاستئناف نفسها أن تنظر فيه ولو لم يطلب منها ذلك[4]، فقد جاء في المادة (2) من قانون أصول المحاكمات الشرعية، بيان الاختصاص الوظيفي للمحاكم الشرعية، والقضايا التي تنظرها المحاكم الشرعية[5].

---

[1]- كلمة الاختصاص في اللغة مأخوذة من خصص: وهي مشتقاتها كخصصه، واختصه، وغيرها تدور على معنى افراده بالشيء دون غبره... انظر- ابن منظور - لسان العرب – ج7، ص24.

[2]- أبو ريا – عبد الله محمد – جواب المدعى عليه على الدعوى وتطبيقاتها في المحاكم الشرعية – ص 114

[3]- ابو الوفا – احمد – نظرية الدفوع في قانون المرافعات – ج1- ص188 / داود- احمد محمد علي- القضاء والدعوى والاثبات والحكم في الشريعة الإسلامية والتطبيق القضائي- الطبعة الاولى:2012م - 1433هـ - دار الثقافة- ج1- ص 310

[4]- أبو البصل – عبد الناصر موسى – شرح قانون أصول المحاكمات الشرعية ونظام القضاء الشرعي – ص 89

[5]- قانون أصول المحاكمات الشرعية رقم 31 عام 1959م – المنشور في العدد (1449) من الجريدة الرسمية الاردنية (الحكم الاردني) بتاريخ 1959/11/1م- ص 931.

2- ثانياً: الدفع بعدم الاختصاص المحلي (المكاني): ويقصد به وجود رابطة بين المحكمة والقضية المرفوعة إليها وهذه الرابطة تجعل من المناسب أن تنظر القضية تلك المحكمة[1]، وقد جاء في المادة (3) من قانون أصول المحاكمات الشرعية بيان اختصاص المحكمة المحلي (المكاني)[2].

- **الفرع الثاني: الدفع بعدم الخصومة:** ويظهر مثل هذا الدفع عندما ينكر المدعى عليه وجود خصومة بينه وبين المدعي، حيث إن الخصومة بين الطرفين تعتبر شرطاً من شروط الدعوى، فإذا أثبت المدعى عليه دفعه ردت الدعوى، وبذلك تندفع الخصومة عن المدعى عليه، ويخرج عن كونه خصماً للمدعي[3]، مثلاً: كأن يدعي ملكية عين في يد المدعى عليه، فيكون جواب المدعى عليه بالدفع، فيدفع دعوى المدعي بقوله: إن هذه العين التي أنت تدعيها هي لفلان غائب، فقام المدعى عليه، وأثبت دفعه بالإقرار أو البينة، وبذلك تندفع عنه الخصومة[4].
- **الفرع الثالث: الدفع بارتباط الدعوى بدعوى أخرى:** ومثال ذلك: لو أقام الزوج دعوى طاعة على زوجته، ودفعت الزوجة دعوى الطاعة بدعوى التفريق للشقاق والنزاع المقامة من الزوجة، فعلى المحكمة أن توحد بين الدعوتين، ثم تفصل في دعوى الشقاق والنزاع أولاً، فإن ثبتت صارت فيها و إلا ردتها، ثم انتقلت إلى بحث موضوع الطاعة، لأنه ليس من العدل الحكم بالطاعة على من تشتكي الضرر من زوجها، وتطلب بالتفريق بينه وبينها، دون أن ينظر في شكواها ويفصل فيها أولاً[5].
- **الفرع الرابع: الدفع بوجود نفس الدعوى في محكمة أخرى:** لضمان حسن سير العدالة يقتضي عدم إقامة دعوتين في نفس الموضوع أمام محكمتين في درجة واحدة ومن نفس النوع، مثل

---

[1]- أبو البصل – شرح قانون أصول المحاكمات الشرعية ونظام القضاء الشرعي – ص 100

[2]- قانون أصول المحاكمات الشرعية رقم 31 عام 1959م.

[3]- علي حيدر - خواجه أمين أفندي - درر الحكام في شرح مجلة الأحكام- ج4/ص182

[4]- ابن نجيم المصري - زين الدين بن إبراهيم بن محمد- البحر الرائق شرح كنز الدقائق - ج7- ص 228 / داود- احمد محمد علي- القضاء والدعوى والاثبات والحكم في الشريعة الإسلامية والتطبيق القضائي- ج1- ص 320

[5]- أبو رايا- عبد الله- جواب المدعى عليه على الدعوى- ص 114

هذه الأحكام تؤدي إلى إهدار حجية الشيء المقضي به لأن تضارب الأحكام ينفي عنها حجيتها، ولذلك لضمان صحة الإجراءات وسلامة المضمون[1].

- **الفرع الخامس: الدفع بعدم صحة الدعوى:** وذلك بعدم صحة دعوى المدعي من حيث نقص شرط من شروط صحتها كانتفاء المصلحة للمدعي التي يحميها القانون، أو أنها مصلحة، ولكن لم يحصل عليها اعتداء ويكون هذا الدفع في أي مرحلة من مراحل الدعوى حتي بعد صدور الحكم وكذلك لانعدام الصفة للمدعي، وعدم وجود توقيع على لائحة الدعوى، وهذا لا يتعرض إلى موضوع الدعوى[2]، ويجب على القاضي رد أي دعوى لم تكتمل شروطها واعتبره الفقهاء من واجبات القاضي[3].
- **الفرع السادس: الدفع ببطلان أوراق التبليغ:** وذلك بعدم تبليغ المدعى عليه تبليغاً صحيحاً، والتبليغ تطبيق لمبدأ المواجهة بين الخصوم، فلذلك يجب تبليغ المدعى عليه تبليغاً يتضمن تكليفه بالخضور أمام المحكمة في الجلسة المحددة في الدعوى، وتمهيداً لهذا أوجب القانون على الكاتب المختص أن يسلم أوراق التبليغ وصورها في اليوم التالي من تقديم الدعوى وتسجيلها في سجل خاص (الأساس) في المحكمة، وعلى الموظف المختص تبليغ أوراق الدعوى إلى المدعى عليه، قبل تاريخ الجلسة، ووقت الحضور[4]، ونصت المادة (18) من

---

[1]- ابو الوفا – احمد – نظرية الدفوع في قانون المرافعات – ج1- ص253 / داود- احمد محمد علي- القضاء والدعوى والاثبات والحكم في الشريعة الإسلامية والتطبيق القضائي- ج1- ص 310

[2]- أفندي- علي حيدر- أصول استماع الدعوى الحقيقية- ص76

[3]- ياسين – محمد نعيم - نظرية الدعوى بين الشريعة الإسلامية وقانون المرافعات المدنية والتجارية – ص 625/ داود- احمد محمد علي- القضاء والدعوى والاثبات والحكم في الشريعة الإسلامية والتطبيق القضائي- ج1- ص 310

[4]- فؤاد عبد المنعم أحمد- الحسين علي غنيم- أحكام الدفوع في نظام المرافعات الشرعية السعودي- المكتب العربي الحديث - ص 40

قانون أصول المحاكمات الشرعية[1]:تبليغ الأوراق القضائية "إذا أصدرت المحكمة ورقة قضائية للتبليغ، وذلك وفق الإجراءات الأتية:-

1- تسلم إلى المحضر لأجل تبليغها.

2- إذا كان المطلوب تبليغه يقيم في منطقة محكمة أخرى ترسل الأوراق إلى تلك المحكمة لتتولى تبليغها ثم تعيدها إلى المحكمة التي أصدرتها مرفقة بمحضر يفيد ما اتخذته بشأنها من الإجراءات على أنه يحق للمحكمة التي أصدرت التبليغ أن ترسل الأوراق القضائية مباشرة إلى الهيئات التي نص هذا القانون على إجراء التبليغ بمعرفتها ولو كانت خارج منطقة المحكمة".

- **الفرع السابع: الدفع بعدم دفع رسوم الدعوى أو استكمالها:** وذلك بعدم قيام المدعي أو وكيله بدفع الرسوم القانونية المطلوبة لتسجيل الدعوى في المحكمة من أجل السير فيها.
- **الفرع الثامن: الدفع بأن الحكم قد صدر في هذه الدعوى من محكمة أخرى:** ويظهر هذا الدفع إذا كان هناك حكم في نفس الدعوى المرفوعة من المدعي نفسه ولكن من محكمة أخرى، أي أنه صدر في هذه الدعوى حكم، وبناء على ذلك لا يقبل رفع نفس الدعوى مرة أخرى[2].
- **الفرع التاسع: الدفع بمرور الزمن (التقادم):** ويظهر هذا الدفع عندما يدفع المدعى عليه بأن الدعوى لم تقع في زمانها لمضي مدة زمنية تسقط سماعها بعدها، وبالتالي فإن من ترك

[1]- قانون أصول المحاكمات الشرعية رقم 31 عام 1959م.
[2]- داود- احمد محمد علي- القضاء والدعوى والاثبات والحكم في الشريعة الإسلامية والتطبيق القضائي- ج1- ص 310.

الدعوى زمناً مع التمكن من إقامتها، يدل على عدم الحق ظاهراً، وإن كان الحق لا يسقط بمرور الزمن مهما طال، ولا يكتسب ذلك بالتقادم[1].

- **الفرع العاشر: الدفع بتأخير الدعوى من أجل إعداد الدفاع:** ويظهر هذا الدفع عندما يطلب المدعى عليه من القاضي تأخير النظر في الدعوى من أجل أعداد لائحة دفاعية على الدعوى يقدمها للمحكمة يدفع فيها التهمه عن نفسه، ونصت المادة (37) من قانون أصول المحاكمات الشرعية[2] "إذا كان للمدعى عليه دفع لدعوى المدعي، عليه أن يذكر ذلك صراحة في لائحة دفاعه إذا اختار تقديم مثل هذه اللائحة مع ما يستند إليه في هذا الدفع".
- **الفرع الحادي عشر: الدفع بوقف البت في الدعوى ريثما تفصل محكمة أخرى في مسألة عارضه:** ويظهر هذا الدفع عندما يكون جزء من الدعوى يتعلق باختصاص محكمة أخرى، مثل: محكمة الصلح مثلاً، فالدفع هنا يقوم على أساس طلب التوقف في البت في الدعوى من أجل انتظار حكم المحكمة الأخرى؛ لأنه قد يكون سبباً في إنهاء الخصومة.

[1]- العتمي- علي بن حسن بن جعفر- دفع الدعوى في الشريعة الاسلامية وتطبيقاته في نظام المرافعات الشرعية السعودي- ص114/ داود- احمد محمد علي- القضاء والدعوى والاثبات والحكم في الشريعة الإسلامية والتطبيق القضائي- ج1- ص 310.

[2]- قانون أصول المحاكمات الشرعية رقم 31 عام 1959م.

المطلب الثاني:

الدفوع الشكلية أمام محاكم الاستئناف.

- **الفرع الأول: الدفع بمضي وقت الاستئناف**[1]: فإذا مضى الميعاد المحدد للاستئناف، وهو ثلاثون يوماً طبقاً لنص المادة (136) والمادة (147) من قانون أصول المحاكمات الشرعية[2]، فإن محكمة الاستئناف ترد الدعوى شكلاً دون الخوض في الموضوع؛ وذلك لأنها رفعت بعد انتهاء المدة المسموح بها[3].
- **الفرع الثاني: الدفع بعدم وجود أسباب واضحه للاستئناف:** فمن أراد استئناف الدعوى عليه تقديم لائحة استئنافية يوضح فيها أسباب الاستئناف، فإذا رفعت الدعوى لدى محكمة الاستئناف ووجدت المحكمة الدعوى خالية من هذه اللائحة الاستئنافية فإنها ترد شكلاً دون أن تخوض في موضوعها؛ لأنها خالفت أمراً إجرائياً[4]، كما ورد في المادة (141) من قانون أصول المحاكمات الشرعية.
- **الفرع الثالث: الدفع بعدم استيفاء الرسوم للاستئناف:** فإذا لم يكن الخصم قد دفع رسوم الاستئناف ترد الدعوى شكلاً، وإذا كان رسم الاستئناف ناقصاً يكلف المستأنف بإكماله حيث تصدر محكمة الاستئناف قراراً بذلك وخلال مدة تحددها هي، وتبدأ من تاريخ تبليغه هذا القرار[5].
- **الفرع الرابع: الدفع بوجود خطأ في أسماء الخصوم:** إذا وقع خطأ في أسماء الخصوم فإن موضوع الخصومة يقع بين طرفين غير الطرفين الأصيلين في الدعوى، فالسير في الإجراءات

---

[1]- الاستئناف لغة: الابتداء، أما في الاصطلاح فيمكن تعريفه بأنه: طريق طعن عادي في الأحكام والقرارات القضائية الصادرة من محاكم الدرجة الأولى(محاكم البداية أو الابتدائية) برفعها إلى محكمة من محاكم الدرجة الثانية لغرض تصديقها، أو فسخها، أو تعديلها، أو إعادة الفصل فيها، أنظر رسالة آدم نوح علي معابده القضاة - الاستئناف في نظام القضاء الشرعي الأردني-ص4

[2]- قانون أصول المحاكمات الشرعية رقم 31 عام 1959م.

[3]- داود- احمد محمد علي- القرارات الاستئنافية في اصول المحاكمات الشرعية ومناهج الدعوى-ط1-دار الثقافة للنشر- ج1/ص 23، 30

[4]- داود- احمد محمد علي- القرارات الاستئنافية- مرجع السابق – ج1/ ص 80

[5]- داود- احمد محمد علي- القرارات الاستئنافية - مرجع السابق – ج1/ ص 18

مع الأخطاء في أسماء الخصوم ينجم عنه مشكلة كبيرة، ويعتبر هذا خطأً جسيماً من المحكمة الابتدائية كان عليها أن ترد الدعوى شكلاً

بناء عليه، والسبب أنه عند التنفيذ سيتمسك من حكم ضده بأنه ليس هو من حكم عليه محتجاً باختلاف الاسم الأول أو أسم الأب أو الجد[1].

- **الفرع الخامس: الدفع ببطلان التبليغ في الاستئناف:** والمقصود هنا تبليغ اللائحة الاستئنافية التي يترتب عليها رد الاستئناف شكلاً، فإذا لم يبلغ الخصم بلائحة الاستئناف، فإن الدعوى ترد شكلاً، وإذا خلا تبليغ لائحة الاستئناف من الإشهاد عليها يتقرر رد الاستئناف شكلاً لأنه خالف التبليغ حسب الأصول[2].
- **الفرع السادس: الدفع بعدم وجود توقيع للمستأنف على الاستئناف:** إذا خلت لائحة الاستئناف من اسم المستأنف، ولم توقع منه ولم يوجد ما يقوم مقام التوقيع حتى يتم التحقق أنه مقدم الطلب فإنها ترد شكلاً.
- **الفرع السابع: الدفع فيما يتعلق بوكالات المحامين:**

أ- إذا كانت وكالات المحامين غير سليمة بأن تكون غير مستوفاة رسم الإبراز، فإنه ترد الدعوى شكلاً.

ب- إذا لم يذكر صفة الوكيل أو صلته بالموكل، فلا يصح استئنافه عنه وترد الدعوى شكلاً.

ت- إذا لم تتضمن الوكالة الموضوع الموكل به بحيث لا يكون معلوماً فيرد استئناف الوكيل شكلاً[3].

---

[1]- عمرو- عبد الفتاح – القرارات القضائية في أصول المحاكمات الشرعية- ط1- عمان: دار يمان للنشر والتوزيع – ص 32

[2]- داود- احمد محمد علي- القرارات الاستئنافية - مرجع السابق – ج1/ ص 66

[3]- داود- احمد محمد علي- القرارات الاستئنافية - مرجع السابق – ج1/ ص 18/ داود- احمد محمد علي- القضاء والدعوى والاثبات والحكم في الشريعة الإسلامية والتطبيق القضائي- ج1- ص 310.

المبحث الثالث:

تطبيقات الدفوع الشكلية لدعاوى الوقف والوصية والميراث.

وفيه ثلاثة مطالب:

ـــ المطلب الأول: تطبيقات لدفوع شكلية في دعوى الوقف.

ـــ المطلب الثاني: تطبيقات لدفوع شكلية في دعوى الوصية.

ـــ المطلب الثالث: تطبيقات لدفوع شكلية في دعوى الميراث.

المطلب الأول:

تطبيقات لدفوع شكلية في دعوى الوقف.

ـــ الدفع بعدم اختصاص المحكمة برؤية الدعوى:

كما ورد في ملف الدعوى أساس.... لدى محكمة ..... الشرعية، والتي موضوعها طلب اثبات وقف، المقامة من المدعي..... على المدعى عليه الواقف، قبل السير في الدعوى، وبسؤال المدعى عليه عن الدعوى أجاب بالقول بدفع الدعوى بقول بعدم اختصاص المحلي(المكاني) للمحكمة ، بعد التدقيق تبين للمحكمة صحة كلام المدعى عليه، فقام القاضي بإجراء الإيجاب الشرعي ورد الدعوى لعدم اختصاص المحكمة حيث أن قطعة الأرض الموقوفة تقع ضمن اختصاص محكمة اخرى.

- المدعى عليه دفع بعدم اختصاص المحلي للمحكمة وهو دفع شكلي .

ـــ الدفع بعدم الخصومة:

كما ورد في ملف الدعوى أساس ..... لدى محكمة ..... الشرعية، والتي موضوعها طلب اثبات وقف، المقامة من مدير الأوقاف على المدعى عليه بوصفه متولياً على الوقف آل ..... بوصفه واضع يد على الحصص المدعى بها لجهة الوقف الخيري، وبسؤال المدعى عليه عن الدعوى أجاب بالقول بدفع بعدم الخصومة، بعد التدقيق والمداولة تبين أن المدعى عليه لم يكن متولياً على الوقف المذكور، وفي هذه الحالة، كان على المحكمة تصحيحاً للخصومة، ومحافظة على حق الوقف، أن تأذن للمدعى عليه بالخصومة بالنيابة عن وقف آل.

- المدعى عليه دفع الدعوى بعدم الخصومة، لذلك لا يمكن السير في الدعوى إلا بعد تصحيحها من قبل المحكمة ولذلك لعدم وجود خصومه في الدعوى والاصل توجيه الخصومة في الدعوى، وهو دفع شكلي لعدم وجود الخصومة.

— الدفع بوجود نفس الدعوى في محكمة أخرى:

كما ورد في ملف الدعوى اساس ..... لدى محكمة ..... الشرعية، والتي موضوعها طلب إثبات وقف، المقامة من المدعي..... على الواقف يعترض فيه على هذا الوقف، وبسؤال المدعى عليه أجاب بدفع الدعوى بقوله بوجود نفس الدعوى في محكمة اخرى في تاريخ كذا.....، وبعد التدقيق تبين للمحكمة وجود نفس الدعوى في محكمة اخرى مرفوعة من قبل، ولذلك حسب الأصول قرر القاضي رد الدعوى.

- المدعى عليه دفع الدعوى بوجود نفس الدعوى في محكمة أخرى ، لذلك لا تستطيع المحكمة السير في الدعوى إذا تبين لها وجود نفس الدعوى في محكمة أخرى، وهو دفع شكلي.

— الدفع بتأخير الدعوى من أجل إعداد الدفاع:

كما ورد في ملف الدعوى اساس ..... لدى محكمة ..... الشرعية، والتي موضوعها إثبات وقف، المقامة من المدعي..... على المدعى عليه، بعد حضور الخصوم ومن ينوب عنهم، تليت لائحة الدعوى من قبل وكيل المدعي وقررها وكررها وصدقها وطلب الحكم بمضمونها، وفي حين دفع المدعى عليه الدعوى بطلب إمهاله لأجل أعداد الدفاع ، فقرر القاضي اجراء الإيجاب الشرعي وتأجيل القضية من أجل الدفاع.

- ورد المحكمة للدعوى ليس في ذاته وإنما هو دفع بالمعنى الأعم وهو رد الدعوى بما يبطلها، لذلك قام القاضي بتأجيل القضية بناء على طلب من المدعى عليه من أجل أعداد الدفاع.

— الدفع ببطلان أوراق التبليغ:

كما ورد في ملف الدعوى اساس ..... لدى محكمة ..... الشرعية، والتي موضوعها إثبات وقف، المقامة من المدعي على المدعى عليه، حضر المدعي ونودي على المدعى عليه فلم يحضر، فتقرر الحكم على المدعى عليه غيابياً، وفي الجلس الثانية، حضر المدعي وحضر المدعى عليه، ودفع الدعوى بعدم وصول التبليغ له، ولدى التدقيق تبين للمحكمة وجود خطأً في التبليغ، وتم إجراء الإيجاب الشرعي.

- للمدعى عليه دفع الدعوى بعدم وصول التبليغ له وهو دفع شكلي. وعلى القاضي أعادة التبليغ مرة أخرى.

المطلب الثاني:

تطبيقات لدفوع شكلية في دعوى الوصية.

— الدفع بعدم اختصاص المحكمة برؤية الدعوى:

كما ورد في ملف الدعوى اساس..... لدى محكمة ..... الشرعية، والتي موضوعها ابطال حجة وصية أرض أوصى بها الموصي لجهة خيرية ، المقامة من ورثة الموصي على المدعى عليه، وبسؤال المدعى عليه عن الدعوى أجاب بالقول بدفع الدعوى بعدم اختصاص المحلي(المكاني) للمحكمة، بعد التدقيق والمداولة تبين للمحكمة صحة كلام المدعى عليه، فقام القاضي بإجراء الإيجاب الشرعي ورد الدعوى لعدم اختصاص المحكمة حيث أن قطعة الأرض الموصى بها تقع ضمن اختصاص محكمة اخرى.

- المدعى عليه دفع بعدم اختصاص المحلي للمحكمة وهو دفع شكلي .

— الدفع بعدم صحة الدعوى.:

كما ورد في ملف الدعوى اساس .....لدى محكمة ..... الشرعية، والتي موضوعها إثبات حجة وصية، المقامة من المحكمة على المدعى عليهم وهم ورثة الموصي، بعد تلاوة لائحة الدعوى على الخصوم، وبسؤال المدعى عليه ورثة الموصي أجابوا بدفع الدعوى بوجود خطأً في أسم الموصي، ولدى التدقيق تبين للمحكمة صحت كلام المدعى عليه، فقرر القاضي رد الدعوى وتصحيح الخطأ .

- المدعى عليه دفع بعدم صحة الدعوى وهو دفع شكلي.

ـــ الدفع بتأخير الدعوى من أجل إعداد الدفاع:

كما ورد في ملف الدعوى اساس ..... لدى محكمة ..... الشرعية، والتي موضوعها إبطال حجة وصية، المقامة من المدعي ورثة الموصي على المدعى عليه، بعد حضور الخصوم ومن ينوب عنهم، تليت لائحة الدعوى من قبل وكيل المدعي وقررها وكررها وصدقها وطلب الحكم بمضمونها، وبسؤال المدعى عليه عن الدعوى أجاب بطلب إمهاله لأجل أعداد الدفاع ، فقرر القاضي اجراء الإيجاب الشرعي وتأجيل القضية من أجل الدفاع.

- ورد المحكمة للدعوى ليس في ذاته وإنما هو دفع بالمعنى الأعم وهو رد الدعوى بما يبطلها، لذلك قام القاضي بتأجيل القضية بناء على طلب من المدعى عليه من أجل أعداد الدفاع.

ـــ دفع بأن الحكم قد صدر في هذه الدعوى من محكمة أخرى:

كما ورد في ملف الدعوى اساس..... لدى محكمة .... الشرعية، والتي موضوعها إبطال وصية أوصى بها الموصي، المقامة من ورثة الموصي على المدعى عليه الموصى له فلان، وبسؤال المدعى عليه عن الدعوى أجاب بالقول بدفع الدعوى بوجود حكم في نفس القضية من محكمة أخرى، و بعد التدقيق والمداولة تبين للمحكمة صحة كلام المدعى عليه، فقرر القاضي اجراء الإيجاب الشرعي ورد الدعوى.

- المدعى عليه الموصى له دفع الدعوى بأن الحكم قد صدر في هذه الدعوى من محكمة أخرى، وهو دفع شكلي.

— الدفع ببطلان أوراق التبليغ:

كما ورد في ملف الدعوى اساس ..... لدى محكمة ..... الشرعية، والتي موضوعها إبطال وصية، المقامة من المدعي على المدعى عليه، حضر المدعي ونودي على المدعى عليه فلم يحضر، فتقرر الحكم على المدعى عليه غيابياً، وفي الجلس الثانية، حضر المدعي وحضر المدعى عليه، وبسؤال المدعى عليه عن الدعوى أجاب بدفع الدعوى بعدم وصول التبليغ له، ولدى التدقيق تبين للمحكمة وجود خطأً في التبليغ، وتم إجراء الإيجاب الشرعي.

- للمدعى عليه دفع الدعوى بعدم وصول التبليغ له وهو دفع شكلي، وعلى القاضي أعادة التبليغ مرة أخرى .

المطلب الثالث:

تطبيقات لدفوع شكلية في دعوى الميراث.

— الدفع بعدم اختصاص المحكمة برؤية الدعوى:

كما ورد في ملف الدعوى اساس ..... لدى المحكمة ..... الشرعية، والتي موضوعها إبطال حجة إرث، المقامة من ورثة الميت على المدعى عليه، قبل السير في الدعوى، وبسؤال المدعى عليه عن الدعوى أجاب بدفع الدعوى بقول بعدم اختصاص المحلي(المكاني) للمحكمة، لأن المدعى عليه يقيم في منطقة تحت اختصاص محكمة اخرى، فقام القاضي بإجراء الإيجاب الشرعي ورد الدعوى لعدم اختصاص المحكمة حيث أن المدعى عليه يقع ضمن اختصاص محكمة اخرى.

- المدعى عليه دفع بعدم اختصاص المحلي للمحكمة وهو دفع شكلي .

— الدفع بأن الحكم قد صدر في هذه الدعوى من محكمة أخرى:

كما ورد في ملف الدعوى دعوى اساس ..... لدى محكمة ..... الشرعية، والتي موضوعها إبطال وتصحيح حجة حصر إرث، المقامة من المدعي على ورثة الميت ، وبسؤال المدعى عليه عن الدعوى أجاب بالقول بدفع الدعوى بوجود حكم صدر من محكمة اخرى في نفس الموضوع، وبعد التدقيق تبين للمحكمة وجود حكم صدر من محكمة اخرى في نفس الدعوى ، ولذلك حسب الأصول قرر القاضي رد الدعوى.

- للمدعي دفع الدعوى بالقول بوجود حكم سابق في نفس الدعوى وهو دفع شكلي.

— الدفع ببطلان أوراق التبليغ:

كما ورد في ملف الدعوى اساس ..... لدى محكمة ..... الشرعية، والتي موضوعها إبطال حجة حصر إرث، المقامة من المدعي على المدعى عليه، حضر المدعي ونودي على المدعى عليه فلم يحضر، فتقرر الحكم على المدعى عليه غيابياً، وفي الجلس الثانية، حضر المدعي وحضر المدعى عليه، وبسؤاله عن الدعوى أجاب بدفع الدعوى بعدم وصول التبليغ له، ولدى التدقيق تبين للمحكمة وجود خطاً في التبليغ، وتم إجراء الإيجاب الشرعي.

- للمدعى عليه دفع الدعوى بعدم وصول التبليغ له وهو دفع شكلي، وعلى القاضي أعادة التبليغ مرة أخرى .

— الدفع بعدم صحة الدعوى:

كما ورد في ملف الدعوى اساس..... لدى محكمة ..... الشرعية، والتي موضوعها ابطال حجة حصر إرث، المقامة من المدعي على ورثة الميت، بعد تلاوة الدعوى وتكرارها، وبسؤال المدعى عليه ورثة الميت عن الدعوى أجابوا بالقول بدفع بعدم صحة الدعوى لوجود خطأ في اسم المتوفى، وبعد التدقيق تبين للمحكمة وجود خطأ في اسم الميت، فقرر القاضي وفق الإيجاب الشرعي رد الدعوى

- للمدعى عليه دفع الدعوى بالقول بعدم صحتها لوجود خطأ في الدعوى ، وهو دفع شكلي .

— الدفع بعدم الخصومة:

كما ورد في ملف الدعوى اساس..... لدى محكمة ..... الشرعية، والتي موضوعها ابطال حجة حصر إرث، المقامة من المدعي على ورثة الميت، بعد تلاوة الدعوى وتكرارها، وبسؤال

المدعى عليه ورثة الميت عن الدعوى أجابوا بالقول بدفع بعدم الخصومة، والدفع بعدم صحة الدعوى، ولذلك لوجود خطأ في ذكر اسماء الورثة، وبعد التدقيق تبين للمحكمة وجود خطأ في ذكر اسماء الورثة، وبناء عليه لم يعد هناك خصومة بين الطرفين، فقرر القاضي رد الدعوى وفق الإيجاب الشرعي. .

- للمدعى عليه دفع الدعوى بقول بعدم الخصومة، والدفع بعدم صحة الدعوى، ويعتبر هذا دفعاً شكلياً.

— **الدفع بعدم وجود أسباب واضحه للاستئناف:**

قدم المستأنف استئنافه على قرار محكمة البداية في موضوع تصحيح حجة حصر إرث، في دعوى اساس .....، بتاريخ .....، تحت رقم ..... ، بعد الاطلاع على محضر الدعوى وسائر الأوراق المتعلقة بها ، وبسؤال المستأنف عليه أجاب بالقول بدفع الاستئناف لعدم وجود أسباب واضحة فيه، وبالتدقيق والمداولة تبين أن المستأنف لم يذكر أسباب واضحة في لائحة الاستئناف لذلك فإن المحكمة الاستئنافية تقرر رد الدعوى وفق ما ذكر قابلاً للطعن أمام المحكمة العليا الشرعية تحريراً في .....

- المستأنف عليه دفع الاستئناف بعدم وجود أسباب واضحة فيه وهو دفع شكلي.

— **الدفع يعدم الخصومة:**

قدم المستأنف استئنافه على قرار محكمة البداية في موضوع تصحيح حجة حصر إرث، في دعوى اساس 2017/148 ، تحت رقم : 159/99/64، بعد الاطلاع على محضر الدعوى وسائر الأوراق المتعلقة بها، وبسؤال المدعى عليه عن الدعوى أجاب بالقول بدفع بعدم الخصومة، وبالتدقيق والمداولة تبين للمحكمة أن المدعى عليه ليس خصماً لمدعي، لأنه لا تتأثر

حصته من نتيجة الدعوى، لذلك فإن المحكمة تقرر رد الدعوى لعدم الخصومة وفق ما ذكر قابلاً للطعن أمام المحكمة العليا الشرعية تحريراً في .....

- المستأنف عليه دفع الدعوى بعدم وجود خصومة وهو دفع شكلي.

الفصل الثالث:

الدفوع الموضوعية لدعاوى: الوقف، والوصية، والميراث، وتطبيقاتها في المحاكم الشرعية.

وفيه أربعة مباحث:

—المبحث التمهيدي: الدفوع الموضوعية مفهومها، وخصائصها، ووقت إثارتها.

—المبحث الأول: الدفوع الموضوعية لدعاوى الوقف وتطبيقاتها في المحاكم الشرعية.

—المبحث الثاني:الدفوع الموضوعية لدعاوى الوصية وتطبيقاتها في المحاكم الشرعية

—المبحث الثالث:الدفوع الموضوعية لدعاوى الميراث وتطبيقاتها في المحاكم الشرعية

المبحث التمهيدي:

الدفوع الموضوعية مفهومها، وخصائصها، ووقت إثارتها،

وفيه خمسة مطالب:

ـــالمطلب الأول: مفهوم الدفوع الموضوعية.

ـــ المطلب الثاني: خصائص الدفوع الموضوعية.

ـــ المطلب الثالث: علاقة الدفوع الموضوعية بالدعوى.

ـــ المطلب الرابع: وقت إثارة الدفوع الموضوعية.

ـــ الفرع الأول: وقت إثارة الدفع الموضوعي في الفقه الإسلامي.

ـــ الفرع الثاني: وقت إثارة الدفع الموضوعي في القانون.

ـــالمطلب الخامس: أثر الدفوع الموضوعية.

المطلب الأول:

مفهوم الدفوع الموضوعية.

- وهي التي تكون موجهة إلى أصل الحق المدعى به، ويجوز إبداؤها في أي حال تكون عليه الدعوى، وهي الدفوع المتعلقة بالنظام العام، مثل الدفع بانقضاء الحق بالوفاء أو الإبراء[1].

المطلب الثاني:

خصائص الدفوع الموضوعية:

إن للدفوع الموضوعية خصائص تميزها عن باقي الدفوع الأخرى أو بالأحرى تميزها عن الدفوع الشكلية بصوره خاصة، وسنذكر أهم خصائص الدفوع الموضوعية[2]:

1- عدم إمكانية حصر الدفوع الموضوعية: من المعلوم أن الدفوع الموضوعية تتعلق بموضع الدعوى، ووقائعها، والأدلة المتوافرة فيها، وبناء على ذلك لا يمكن حصرها، وهذا راجع لتعلق هذه الدفوع بوقائع الخصومة فهي تختلف باختلاف عوامل الدعوى، ومسبباتها، وظروف الخاصة التي يمكن أن تحيط بالدعوى إلى غيرها من العوامل التي لا يمكن توقعها.

2- إمكانية التمسك بالدفوع الموضوعية في أي مرحلة من مراحل الدعوى: لا يمنع إثارة الدفوع الموضوعية في أي مرحلة من مراحل الدعوى، سواء أكان ذلك أمام محكمة الدرجة الأولى (الابتدائية)، أو أمام محكمة الدرجة الثانية (الاستئناف).

---

[1]- ياسين – محمد نعيم - نظرية الدعوى بين الشريعة الإسلامية وقانون المرافعات المدنية والتجارية – ص 594/ العيلوي – سليمان بن أحمد – الدعوى القضائية بين السريعة والأنظمة الوضعية – الطبعة الأولى – 1433-2012م- مكتبة التوبة – ص 200/ أبو البصل – عبد الناصر موسى – شرح قانون أصول المحاكمات الشرعية ونظام القضاء الشرعي – ص 174

[2]- فتحي- محمد- الدفوع الموضوعية أمام المحاكم الجزائية- جامعة محمد خضير- ص 50

3- الحكم الصادر في الدفوع الموضوعية منهية للخصومة: الحكم بقبول الدفوع الموضوعية في الدعوى يترتب عليه إنهاء النزاع على أصل الحق المدعى به، ولا يستطيع المحكوم عليه رفع دعوى جديدة في نفس الموضوع.

4- عدم تقادم الدفوع الموضوعية: تتميز هذه الدفوع بعدم وجود ترتيب خاص ينبغي اتباعه في إبداء هذه الدفوع، ولا يعد تنازلاً عن الدفع الموضوعي تقديم دفع آخر عليه إلا ما يقتضيه الانسجام المنطقي بينها بحيث لا تتعارض وتتناقض مع بعضها.

المطلب الثالث:

علاقة الدفوع الموضوعية بالدعوى.

يتبن مما سبق أن الدفع الموضوعي في حقيقته يعتبر دعوى؛ لأن أحكام الدعوى عموماً تنطبق عليه، إلا أن هذا لا يعني بالضرورة أن كليهما شيء واحد، ولتوضيح هذه المسألة لابد من بيان العلاقة بينهما، وهذه العلاقة تتمثل بالآتي[1]:

- أولاً: بين الدفع الموضوعي والدعوى عموم وخصوص من وجه، فكل دفع موضوعي هو دعوى، وليست كل دعوى هي دفع موضوعي، وإنما بعض أنواع الدعاوي هي دفوع موضوعية.
- ثانياً: الدفع الموضوعي متأخر عن الدعوى، ومتفرع منها، فكل دفع موضوعي لابد وأن تسبقه دعوى.

[1]- بني بكر – نظرية الدفع الموضوعي في الفقه الإسلامي والقانون وتطبيقاتها في القضاء الشرعي – ص 74.

- ثالثاً: الدفع الموضوعي هو أحد صور الإجابة في الدعوى، فالمدعى عليه حين يسأل عن الحق المدعى به عليه قد يكون جوابه: بالإقرار، أو الإنكار، أو الدفع بعدم الخصومة، أو الدفع بإجراء شكلي، أو بتوجيه دفع موضوعي للدعوى.
- رابعاً: يمكن أن يكون في الدعوى الواحدة أكثر من دفع موضوعي، فمثلاً: إذا رفع الزوج دعوى على زوجته يطالبها بالدخول في طاعته، فللزوجة أن تدفع هذه الدعوى بأكثر من دفع موضوعي، منها أن الزوج لا يحسن معاشرتها ويضربها بغير وجه حق، ومنها أن الزوج لم يدفع لها مهرها المعجل، ومنها أن المدعي قد بت طلاقها وأبانها من عصمته وعقد نكاحه، إلى غير ذلك من الدفوع الموضوعية، التي إذا ثبت أي منها حكم برد دعوى المدعي.
- خامساً: الدعوى تكون من قبل المدعي فيها، أما الدفوع الموضوعية فتكون من قبل طرفي الخصومة، وهما المدعي، والمدعى عليه.
- كل من الدفع الموضوعي والدعوى من حيث هدفاهما على نقيض من الآخر، لأن المدعي بدعواه يهدف إلى الحصول على الحق المدعى به، في حين أن هدف الدافع بدفعه الموضوعي، هو عدم تمكين المدعي من الحصول على الحق الذي يدعيه، أو بيان عدم أحقيته بالحق الذي سبق وأن حصل عليه.
- سابعاً: بالنسبة لإضافة الحقوق وخسرانها، فإن ثبوت الدعوى من شأنه أن يضيف لمدعيها تمكينه من الحق المدعى به، وعدم ثبوتها يبقي الأمر أو الحال على ما كان عليه قبل الدعوى، أما الدفع الموضوعي – المثار قبل الحكم – فثبوته يبقي الأمر على ما كان عليه قبل الدعوى في حالة ما إذا كان الدفع منصباً على كل الدعوى، أما عدم ثبوته فإنه يلحق بالدافع خسارة في حق ما، أو في مركز قانوني، أو شرعي معين، سواء أكان هذا الدفع غير المثبت منصباً على كل الدعوى أم منصباً على قسم منها.

المطلب الرابع:

وقت إثارة الدفوع الموضوعية.

- **الفرع الأول: وقت إثارة الدفع الموضوعي في الفقه الإسلامي[1]:**

- أولاً: الدفع الموضوعي قبل الحكم: إما أن يكون قبل إقامة المدعي البينة على دعواه، وإما أن يكون بعد إقامة المدعي للبينة، فإذا كان الأول فلا خلاف بين الفقهاء في أن هذا الدفع يسمع وتترتب عليه آثاره الشرعية كافة؛ لأن الدفع الموضوعي حق من الحقوق المشروعة للمدعى عليه في الدفاع عن نفسه ضد الدعوى الموجهة إليه، لذا يقبل منه عند تكليفه بالإجابة عنها دفعه لها بأحد الدفوع الموضوعية، أيضاً لا خلاف بين الفقهاء في قبول الدفع الموضوعي بعد إقامة المدعي البينة على دعواه، ولكن يشترط الفقهاء هنا ألا يكون الدافع قبل إقامة البينة قد أنكر سبب الحق ابتداء، أو أنكر حصول أي معاملة من الأصل بينه وبين المدعي، وهذا بخلاف ما إذا قال الدافع قبل إقامة البينة في جوابه على دعوى المدعي: ما كان لك علي شيء قط، أو لا حق لك علي، فأقام المدعي البينة عن دعواه، فإذا دفع المدعى عليه بعد ذلك بالقضاء أو الإبراء قبل منه، وعمل بمقتضاه، لعدم تناقضه في ذلك، وخلاصة الأمر اتفاق الفقهاء على جواز إبداء الدفع الموضوعي قبل صدور الحكم[2].

---

[1]- عبد الله ربابعه، ويوسف عبد الله الشريفين- وقت إثارة دفع الدعوى- دراسات، علوم الشريعة والقانون، المجلد35،العدد1،2008- ص 17 / بني بكر – نظرية الدفع الموضوعي في الفقه الإسلامي والقانون وتطبيقاتها في القضاء الشرعي – ص158/ ياسين – محمد نعيم - نظرية الدعوى بين الشريعة الإسلامية وقانون المرافعات المدنية والتجارية – ص 610

[2]- ابن مازة - أبو المعالي برهان الدين محمود بن أحمد بن عبد العزيز بن عمر بن مَازَةَ البخاري الحنفي (ت: 616هـ)- المحيط البرهاني في الفقه النعماني فقه الإمام أبي حنيفة رضي الله عنه- المحقق: عبد الكريم سامي الجندي- دار الكتب العلمية، بيروت – لبنان- الطبعة: الأولى، 1424 هـ - 2004 م- ج9-ص 243/ ابن جزي - أبو القاسم، محمد بن أحمد بن محمد بن عبد الله، الكلبي الغرناطي (ت: 741هـ) - القوانين الفقهية – ج1 – ص 198/ الماوردي - أبو الحسن علي بن محمد بن محمد بن حبيب البصري البغدادي، (ت: 450هـ)- الحاوي الكبير في فقه مذهب الإمام الشافعي وهو شرح مختصر المزني - المحقق: الشيخ علي محمد معوض - الشيخ عادل أحمد عبد الموجود- دار الكتب العلمية، بيروت – لبنان- الطبعة: الأولى، 1419 هـ -1999 م- ج7 – ص 70/ ابن الصلاح - عثمان بن عبد الرحمن، أبو عمرو، تقي الدين(ت: 643هـ) - فتاوى ابن الصلاح - المحقق: د. موفق عبد الله عبد القادر- مكتبة العلوم والحكم , عالم الكتب – بيروت- الطبعة: الأولى، 1407- ج1 – ص302

- ثانياً: الدفع الموضوعي بعد الحكم: وهنا اختلف الفقهاء على إبداء الدفع الموضوعي بعد صدور الحكم إلى ثلاثة أقوال:

- القول الأول: ذهب بعض الحنفية، وبعض المالكية ، والشافعية، والحنابلة إلى جواز إبداء الدفع في أي وقت تكون عليه الدعوى ما لم يصدر الحكم، سواء أكان الدفع قبل إقامة البينة أم بعدها، أو قبل الاستمهال أم بعده[1].
- القول الثاني: ذهب بعض الحنفية، وبعض المالكية إلى جواز إبداء الدفع قبل صدور الحكم أو بعده[2]، وقد نصت مجلة الأحكام الشرعية على أنه: يقبل الدفع الصحيح قبل الحكم وبعده، فلو ادعى عليه بدين فأجاب بأنه لا حق له علي فأقام المدعي البينة وحكم بها ثم دفع المدعى عليه بالإبراء ونحوه وأقام البينة قبل منه وسمعت[3].
- القول الثالث: قول عند الحنفية[4] بجواز إبداء الدفع قبل صدور الحكم، وأجازوه بعد صدور الحكم بشرطين، هما:

---

[1]- ابن مازة - أبو المعالي برهان الدين محمود بن أحمد بن عبد العزيز بن عمر بن مَازَةَ البخاري الحنفي (ت: 616هـ)- المحيط البرهاني في الفقه النعماني فقه الإمام أبي حنيفة رضي الله عنه- المحقق: عبد الكريم سامي الجندي- دار الكتب العلمية، بيروت – لبنان- الطبعة: الأولى، 1424 هـ - 2004 م- ج9-ص 243/ ابن جزي - أبو القاسم، محمد بن أحمد بن محمد بن عبد الله، الكلبي الغرناطي (ت: 741هـ) - القوانين الفقهية – ج1 – ص 198/ الماوردي - أبو الحسن علي بن محمد بن محمد بن حبيب البصري البغدادي، (ت: 450هـ)- الحاوي الكبير في فقه مذهب الإمام الشافعي وهو شرح مختصر المزني - المحقق: الشيخ علي محمد معوض - الشيخ عادل أحمد عبد الموجود- دار الكتب العلمية، بيروت – لبنان- الطبعة: الأولى، 1419 هـ -1999 م- ج7 – ص 70/ ابن الصلاح - عثمان بن عبد الرحمن، أبو عمرو، تقي الدين(ت: 643هـ) - فتاوى ابن الصلاح - المحقق: د. موفق عبد الله عبد القادر- مكتبة العلوم والحكم , عالم الكتب – بيروت- الطبعة: الأولى، 1407- ج1 – ص302 / ابن نجيم - زين الدين بن إبراهيم بن محمد، المصري (ت: 970هـ)- الْأَشْبَاهُ وَالنَّظَائِرُ عَلَى مَذْهَبِ أَبِيْ حَنِيْفَةَ النُّعْمَانِ - دار الكتب العلمية، بيروت – لبنان - الطبعة: الأولى، 1419 هـ - 1999 م – ج 1 –ص 190

[2]- ابن مازة - المحيط البرهاني في الفقه النعماني فقه الإمام أبي حنيفة رضي الله عنه - ج9-ص 243/ الحطاب الرُّعيني المالكي- شمس الدين أبو عبد الله محمد بن محمد بن عبد الرحمن الطرابلسي المغربي، (ت: 954هـ)- مواهب الجليل في شرح مختصر خليل - دار الفكر -الطبعة: الثالثة، 1412هـ - 1992م.- ج5 – ص183

[3]- القاري- احمد بن عبد الله – مجلة الأحكام الشرعية- تحقيق عبد الوهاب ابراهيم ابو سليمان – المادة 2141- ص 621

[4]- ابن نجيم - زين الدين بن إبراهيم بن محمد، المصري (ت: 970هـ)- الْأَشْبَاهُ وَالنَّظَائِرُ عَلَى مَذْهَبِ أَبِيْ حَنِيْفَةَ النُّعْمَانِ - دار الكتب العلمية، بيروت – لبنان - الطبعة: الأولى، 1419 هـ - 1999 م – ج 1 –ص 190/ ابن مازة - أبو المعالي برهان الدين محمود بن أحمد بن عبد العزيز بن عمر بن مَازَةَ البخاري الحنفي (ت: 616هـ)- المحيط البرهاني في الفقه النعماني فقه الإمام أبي حنيفة رضي الله عنه- ج9-ص 243/ ابن عابدين – محمد علاء الدين(1306هـ)- قرة عيون الأخيار تكملة رد المحتار- المطبعة العثمانية- سنة 1327هـ ج2- ص 457

- الشرط الأول: أن يتضمن هذا الدفع إبطال الحكم الأول إذا ثبت، وذلك كما إذا ادعى المدعي داراً بالإرث من إبيه وبرهن على ذلك فقضي له بها، وبعد ذلك ادعى المدعى عليه أنه اشترى هذه الدار من مورث المدعي صح هذا الدفع ونقض القضاء الأول[1].
- الشرط الثاني: ألا يمكن التوفيق بين دفع المدعى عليه الذي أتى به بعد الحكم والدعوى الأصلية، فإن كان التوفيق ممكناً لم يقبل هذا الدفع بعد الحكم، وذلك كما لو برهن المدعى عليه بعد الحكم أن المدعي أقر قبل الدعوى أنه لا حق له في الدار التي حكم له بها، فإنه لا يبطل الحكم ولا يقبل من هذا الدفع، وذلك لإمكان التوفيق بينه وبين دعوى المدعي بأن يحمل على أن المدعي اشترى الدار بخيار فلم يملكها في وقت الخيار، ثم بمضي مدة الخيار ملكها، فلما احتمل هذا لم يبطل الحكم الثابت بالشك، ولو برهن قبل الحكم يقبل منه الدفع ويقضى به، وذلك لأن الشك يدفع الحكم قبل صدوره ولا يرفعه بعده[2].

- **الفرع الثاني: وقت إثارة الدفع الموضوعي في القانون:** ذهب ففقهاء القانون إلى أن الدفوع الموضوعية تبدى وتثار دائما في أية حالة كانت عليها الدعوى، بمعنى أنه لا يوجد وقت محدد في الخصومة يجب إبداء الدفع الموضوعي خلاله، وإن كان هناك شروط معينة لابد من مراعاتها، وعليه فالدفوع الموضوعية يمكن إثارتها والتمسك بها في أية مرحلة من مراحل الدعوى، وليس هناك ترتيب خاص ينبغي اتباعه في إبداء هذه الدفوع، ولا يعد تنازلاً عن الدفع الموضوعي تقديم دفع آخر عليه إلا ما يقتضيه الانسجام المنطقي بينها بحيث لا تتعارض وتتناقض مع بعضها، وقد ورد في مجلة الأحكام العدلية في المادة (1840) على أنه: "كما يصح دفع الدعوى قبل الحكم يصح بعد الحكم، بناء عليه إذا بين وقدم المحكوم عليه في دعوى سبباً صالحاً لدفع الدعوى، وادعى دفع الدعوى وطلب إعادة المحاكمة يسمع ادعاؤه هذا

[1]- علي حيدر- خواجه أمين أفندي (ت: 1353هـ) - أصول استماع الدعوى الحقوقية(مجموعة مقالات نشرت في الجريدة العدلية التركية سنة 1326-1327هـ)– ص122/ ياسين – محمد نعيم - نظرية الدعوى بين الشريعة الإسلامية وقانون المرافعات المدنية والتجارية – ص 610

[2]- ياسين – محمد نعيم - نظرية الدعوى بين الشريعة الإسلامية وقانون المرافعات المدنية والتجارية – ص 610

في مواجهة المحكوم له وتجري محاكمتهما في حق هذا الخصوص، مثلاً إذا ادعى أحد وقال: الدار التي هي في تصرف الآخر بأنها موروثة له من أبيه وأثبت ذلك ثم ظهر بعد الحكم سند معمول به بين أن أبا المدعي كان قد باع الدار المذكورة إلى والد ذي اليد تسمع الدعوى ذي اليد (المدعى عليه) وإذا أثبت ذلك انتقض الحكم الأول واندفعت دعوى المدعي"[1]، وهذا ما ذهب إليه القرار الاستئنافي رقم (16866) تاريخ 1971/12/8م على أنه: "يجوز سماع الدعوى ورؤيتها بعد الحكم فيها إذا بين وقدم المحكوم عليه سبباً صالحاً لدفع الدفع"[2].

المطلب الخامس:

أثر الدفوع الموضوعية.

يترتب على الحكم الصادر بقبول الدفع الموضوعي إنهاء النزاع على أصل الحق المدعى به، فيخسر المدعي دعواه خسراناً نهائياً لا يستطيع معه أن يرفع دعوى جديدة، لأن قوة الشيء المحكوم به تحول بينه وبين رفع دعوى جديدة، بالموضوع نفسه الذي سبق البت فيه نهائياً من قبل القضاء[3].

وقد أوضحت المادة (1632) من مجلة الأحكام العدلية الأثر المترتب على إثارة الدفع الموضوعي فنصت على ما يلي: "إذا أثبت من دفع الدعوى، تندفع دعوى المدعي وإن لم يقدر على الإثبات يحلف المدعي الأصلي بطلبه فإن نكل المدعي عن اليمين يثبت دفع المدعى عليه وإن حلف المدعي تعود دعواه الأصلية"[4].

---

[1]- مجلة الأحكام العدلية – ج1- ص 374

[2]- داود- احمد محمد علي- القرارات الاستئنافية - مرجع السابق – ج1/ ص364

[3]- ياسين – محمد نعيم - نظرية الدعوى بين الشريعة الإسلامية وقانون المرافعات المدنية والتجارية – ص 636

[4]- مجلة الأحكام العدلية – ج1- ص 325

ولكن ما ينبغي التنبيه إليه هو أن خصم الدافع لا يكلف بالإجابة عن دعوى الدفع الموضوعي، إلا إذا تم توضيحه من قبل الدافع على وجه تتحقق به المحكمة من إنتاجيته في إبطال الدعوى على فرض ثبوته، وفي حال إغفال مدعي الدفع لأمر ما، ترى المحكمة ضرورة ذكره لصحة الدفع، فإنها تسأل الدافع عنه، إذ نصت المادة (42) من قانون أصول المحاكمات الشرعية على ما يلي: "إذا أغفل المدعي شيئاً يجب ذكره لصحة الدعوى سأله القاضي عنه ولا يعد ذلك تلقيناً إلا إذا زاده علماً"[1].

[1]- قانون أصول المحاكمات الشرعية رقم 31 عام 1959م.

المبحث الثاني:

الدفوع الموضوعية لدعاوى الوقف، وتطبيقاتها في المحاكم الشرعية.

وفيه أربعة مطالب:

ـــالمطلب الأول: مفهوم الوقف لغة وشرعاً وقانوناً.

ـــالمطلب الثاني: مشروعية الوقف وحكمته.

ـــالمطلب الثالث: الدفوع الموضوعية التي ترد على دعاوى الوقف.

ـــالمطلب الرابع: نموذج لدعاوى وقف في المحاكم الشرعية.

المطلب الأول:

مفهوم الوقف لغة وشرعاً وقانوناً.

أولاً: مفهوم الوقف لغة: الوقف بفتح الواو وسكون القاف، مصدر وقف الشيء وأوقفه بمعنى حبسه وأحبسه. وتجمع على أوقاف ووقوف، وسمي وقفاً لما فيه من حبس المال على الجهة المعينة[1].

ثانياً: مفهوم الوقف شرعاً: ذكر الفقهاء تعريفات مختلفة للوقف تبعاً لآرائهم في مسائله الجزئية، إلا أن أشمل تعريف للوقف هو: «تحبيس الأصل وتسبيل المنفعة»[2]، إذ يؤيده ما رواه عبد الله بن عمر رضي الله عنهما، أن عمر بن الخطاب رضي الله عنه أصاب أرضاً بخيبر، فأتى النبي صلى الله عليه وسلم يستأمره فيها، فقال: يا رسول الله! أصبت أرضاً بخيبر لم أصب مالاً قط أنفس عندي منه، فما تأمر به؟ قال: «إن شئت حبست أصلها، وتصدقت بها»[3].

فقوله: (تحبيس) من الحبس بمعنى المنع، ويقصد به إمساك العين ومنع تملكها بأي سبب من أسباب التمليك، وقوله (الأصل) أي العين الموقوفة، وقوله (تسبيل المنفعة) أي إطلاق فوائد العين الموقوفة وعائداتها للجهة المقصودة من الوقف والمعنية به[4].

ثالثاً: مفهوم الوقف قانوناً: فقد عرفه المشرع الاردني بأنه: "حبس عين المال المملوك على حكم ملك لله تعالى على وجه التأبيد وتخصيص منافعه للبر ولو مالاً"[5].

---

[1]- ابن منظور - لسان العرب – ج9، ص359/ محمد رواس قلعجي - حامد صادق قنيبي - معجم لغة الفقهاء- دار النفائس للطباعة والنشر والتوزيع- الطبعة: الثانية، 1408 هـ - 1988 م – ص 508

[2]- الزركشي - شمس الدين محمد بن عبد الله المصري الحنبلي(ت: 772هـ) - شرح الزركشي - دار العبيكان- الطبعة: الأولى، 1413 هـ - 1993 م – ج4- ص 268

[3]- أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب الشروط – باب الشروط في الوقف - ج2- ص 198- رقم الحديث: 2737/ وفي كتاب الوصايا، باب الوقف كيف يكتب – ج 4 –ص 12- رقم الحديث: 2772 / أخرجه مسلم في صحيحه، كتاب الوصية – باب الوقف – 3 –ص 1255 – رقم الحديث: 1632

[4]- البهوتى - كشاف القناع عن متن الإقناع– ج4- ص 240-241

[5]- المادة-الثانية- من قانون الأوقاف والشؤون والمقدسات الإسلامية الاردني رقم32 لسنة2001، منشور في الجريدة الرسمية بعدد 4496 في 2001/7/16/ أبو البصل – عبد الناصر موسى – شرح قانون أصول المحاكمات الشرعية ونظام القضاء الشرعي – ص 91 / قانون المدني الأردني رقم(43) لسنة 1976م - المادة(1233).

المطلب الثاني:

مشروعية الوقف وحكمته.

ـــ أولاً: مشروعية الوقف:

دلت النصوص الشرعية من الكتاب، والسنة النبوية، والإجماع على مشروعية الوقف[1]، والندب إليه، وأنه في سبيل الله تعالى، ومن هذه النصوص:

أ- القرآن الكريم:

1- قوله سبحانه تعالى: "لَن تَنَالُوا الْبِرَّ حَتَّىٰ تُنفِقُوا مِمَّا تُحِبُّونَ وَمَا تُنفِقُوا مِن شَيْءٍ فَإِنَّ اللَّهَ بِهِ عَلِيمٌ"[2]، وقال سبحانه وتعالى: "يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَنفِقُوا مِن طَيِّبَاتِ مَا كَسَبْتُمْ وَمِمَّا أَخْرَجْنَا لَكُم مِّنَ الْأَرْضِ وَلَا تَيَمَّمُوا الْخَبِيثَ مِنْهُ تُنفِقُونَ وَلَسْتُم بِآخِذِيهِ إِلَّا أَن تُغْمِضُوا فِيهِ وَاعْلَمُوا أَنَّ اللَّهَ غَنِيٌّ حَمِيدٌ"[3]. ووجه الدلالة: أن الله تعالى أمر بالصدقات والأنفاق في سبيل الله، والوقف في سبيل الله وسيله من وسائل الإنفاق في سبيله وقربة إليه، فدل ذلك على مشروعيته.

ب- السنة النبوية:

1- عن أبي هريرة رضي الله عنه، أن النبي صلى الله عليه وسلم قال: «إذا مات ابن آدم انقطع عمله إلا من ثلاث، صدقة جارية، أو علم ينتفع به، أو ولد صالح يدعو له»[4]. ووجه الدلالة: فالنبي صلى الله عليه وسلم قد حث في هذا الحديث المسلمين على أن يجعلوا لأنفسهم صدقات جارية بعد موتهم تعود على عموم المسلمين بالنفع، وتعود عليهم بالأجر حتى بعد موتهم، ومن هذه الأمور الوقف فدل ذلك على مشروعيته.

---

[1]- الوقف يقسم إلى توعان: 1- الوقف الخيري: وهو ما خصصت منافعه لجهة بر ابتداءً أي العامة، 2- الوقف الذري: وهو ما خصصت منفعته إلى أشخاص معينين وذرياتهم من بعدهم، ثم إلى جهة بر عند انقراض الموقوف عليهم، / انظر: أبو البصل – عبد الناصر موسى – شرح قانون أصول المحاكمات الشرعية ونظام القضاء الشرعي – ص 91

[2]- سورة آل عمران الآية:(92).

[3]- سورة البقرة الآية:(267).

[4]- أخرجه مسلم في صحيحه، كتاب الوصية –باب ما يلحق الإنسان من الثواب بعد وفاته – 3 –ص 1255 – رقم الحديث:1631

2- عن عبد الله بن عمر رضي الله عنهما، أن عمر بن الخطاب رضي الله عنه أصاب أرضاً بخيبر، فأتى النبي صلى الله عليه وسلم يستأمره فيها، فقال: يا رسول الله! أصبت أرضاً بخيبر لم أصب مالاً قط أنفس عندي منه، فما تأمر به؟ قال: « إن شئت حبست أصلها، وتصدقت بها »[1]. ووجه الدلالة: أن الله تعالى أمر بالصدقات والأنفاق في سبيل الله، والوقف في سبيل الله وسيله من وسائل الإنفاق في سبيله وقربه من القرب التي تقرب بها إليه، فدل ذلك على مشروعيته.

ت- الإجماع: قال الترمذي في سننه بعد أن خرج حديث عمر السابق في الوقف: "والعمل على هذا عند أهل العلم من أصحاب النبي صلى الله عليه وسلم وغيرهم لا نعلم بين المتقدمين منهم في ذلك اختلافاً في إجازة وقف الأرضين وغير ذلك"[2].

ـــ ثانياً: حكمة مشروعية الوقف: وتظهر الحكمة في ذلك من خلال[3]:

1- تفتيت الثروة كلما تجمعت في يد أحد، والعمل على عدم تجميعها في يد الورثة، لأن الوقف في الغالب يكون للورثة وغير الورثة معاً، فلا يكون خاصاً بهم، وهو إن كان لهم وحدهم أحياناً، فلن يكون إرثاً عنهم بعد وفاتهم، ولكن لمن بينه الواقف خاصة.

2- تأمين صدقة جارية يستمر خيرها للواقف، ويلحقه أجرها إلى مدة طويلة، وربما إلى آخر الدنيا، وهو من أهم ما يفيد الإنسان المسلم بعد موته، وتأمين مورد دائم لكثير من المحتاجين والفقراء والمعوزين المستفيدين من الوقف.

3- تلبية رغبة الواقف في نقل الاستفادة من أمواله الموقوفة لمن يريده ويحبه، ذلك أن الموقوف من المال خارج عن التركة، ولا يدفع إلا للموقوف عليهم.

4- تأمين مورد دائم للجهات الخيرية والدينية العامة، التي يتساهل الناس في العناية بها، والإنفاق عليها، كالمساجد، والمستشفيات، وغيرها.

---

[1]- أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب الشروط – باب الشروط في الوقف - ج2- ص 198- رقم الحديث: 2737/ وفي كتاب الوصايا، باب الوقف كيف يكتب – ج 4 –ص 12- رقم الحديث: 2772 / أخرجه مسلم في صحيحه، كتاب الوصية – باب الوقف – 3 –ص 1255 – رقم الحديث: 1632

[2]- الترمذي - محمد بن عيسى بن سَوْرة بن موسى بن الضحاك، الترمذي، أبو عيسى (ت: 279هـ) - الجامع الكبير - سنن الترمذي - المحقق: بشار عواد معروف- دار الغرب الإسلامي – بيروت-ج3/ص651

[3]- حسين- محمد أحمد- بحث بعنوان الوقف الاسلامي رؤية فقهية قانونية- ص 8

المطلب الثالث:

الدفوع الموضوعية التي ترد على دعاوى الوقف.

- **الفرع الأول: الدفع بعدم أهلية الواقف للتبرع:** كما هو معلوم فإن الأهلية هي صلاحية الشخص لمباشرة عمل إجرائي معين، وبناء على ذلك فإن انعدام الأهلية يكون سبباً في عدم نفاذ عقد الوقف لوجود نقص في الواقف، لأنه لابد من توافر الأهلية في إنشاء العقود وخاصة عقود التبرعات، فقد جاء في القانون المدني الأردني رقم (43) لسنة 1976 في المادة (1238) الفقرة الأولى: "يرفض سماع الإشهاد إذا اشتمل على تصرف ممنوع أو باطل أو إذا ظهر أن الواقف فاقد الأهلية"[1].

- **الفرع الثاني: الدفع بعدم ملكية الوقف:** لابد عند إنشاء الوقف أن يكون في حيازة وملك الشخص الواقف، وحتى يصح الوقف وينفذ ويطبق في المحاكم الشرعية فلابد فيه من توفر الملكية، فإنه لا يجوز التبرع بشيء ليس ملك له، فقد جاء في القانون المدني الأردني تعريف الوقف: "بأنه حبس عين المال المملوك على حكم ملك الله تعالى على وجه التأبيد وتخصيص منافعه للبر ولو مالاً"[2]، بناء على ذلك فإن ما يفهم من القانون أنه لا يجوز أيقاف أو التبرع بشيء لا يملكه.

---

[1]- قانون المدني الأردني رقم (43) لسنة 1976م

[2]- المادة-الثانية- من قانون الأوقاف والشؤون والمقدسات الإسلامية الاردني رقم32 لسنة2001، منشور في الجريدة الرسمية بعدد 4496 في 2001/7/16/ أبو البصل – عبد الناصر موسى – شرح قانون أصول المحاكمات الشرعية ونظام القضاء الشرعي – ص 91/ قانون المدني الأردني رقم (43) لسنة 1976م - المادة(1233).

— **الفرع الثالث: الدفع بعدم تسجيل الوقف في الدوائر الرسمية:** لكي يكتسب الوقف حجيته لابد من تسجيله في الدوائر الرسمية وخاصة المحاكم الشرعية، وبذلك يكون فيه حجة توثق هذا الوقف، فعدم تسجيل الوقف يكون سبباً في إبطاله، فقد نص القانون المدني الأردني في الفقرة الثانية والثالثة من المادة (1237) أنه: "يتم الوقف أو التغيير في مصارفه وشروطه بإشهاد رسمي لدى المحكمة المختصة وفقا للأحكام الشرعية، ويلزم تطبيقا للقانون التسجيل في دوائر تسجيل الاراضي إذا كان الموقوف عقاراً"[1].

— **الفرع الرابع: الدفع بعدم قابلية العقار للوقف وذلك لعدم أمكانية تقسيمه:** لصحة الوقف لابد من أمكانية تقسيمه فوقف المشاع غير قابل للقسمة لا يجوز على رأي المالكية[2]، وهذا ما ذهب إليه القانون المدني الأردني رقم (43) لسنة 1976م حيث نص في المادة 1242من الفقرة الثانية على أنه:" يجب أن يكون القدر الموقوف في العقار مفرزاً مستقلاً بذاته لا شائعاً إذا كان مسجداً أو مقبرة"[3].

— **الفرع الخامس: الدفع ببطلان صيغة الوقف:** حتى يعتبر الوقف ويأخذ به ويطبق لابد من أن تكون الصيغة صحيحة فإذا كانت غير صحيح لا تعتبر حتى يصححها.

— **الفرع السادس: الدفع بأن العقار مؤجراً فلا يمكن الانتفاع به:** وهي في حالة وقف عقار إلى جهة البر وكان هذا العقار مؤجر في هذه الحالة لا يمكن وقف العقار إلا بعد خروج المستأجر

---

[1]- قانون المدني الأردني رقم(43) لسنة 1976م

[2]- الزحيلي -وهبة بن مصطفى – الفقه السلامي وأدلته - دار الفكر - سوريَّة – دمشق - الطبعة: الرَّابعة- ج10- ص 7611

[3]- قانون المدني الأردني رقم(43) لسنة 1976م

— **الفرع السابع: الدفع بوجود شرط جعلي مبطل للوقف كاشتراط أن له بيعه أو هبته أو الرجوع عنه.**

— **الفرع الثامن: الدفع بأن الموقوف عليه لا يصح أن يملك:** ومثال ذلك أن يكون الوقف موجه إلى جنين (الحمل) فهنا لا يقبل الوقف لعدم قدرة الجنين على التملك.

— **الفرع التاسع: الدفع بانقطاع الجهة الموقوف عليها:** الأصل في الوقف أن يكون لجهة لا تنقطع وهذا ما نص عليه القانون الاردني رقم (43) لسنة 1976م في المادة 1235 أنه:" يجب في جميع الأحوال أن ينتهي الوقف إلى جهة بر لا تنقطع"[1].

— **الفرع العاشر: الدفع بجهالة الجهة الموقوف عليها:** من شروط الوقف أن تكون الجهة معلومة فإذا كانت الجهة مجهولة لا يقبل ولا يطبق.

— **الفرع الحادي عشر: الدفع بأن الموقوف عليه جهة معصية:** الأصل في الوقف أن يكون إلى جهة خير وليس إلى جهة معصية فإذا كان إلى جهة معصية لا يقبل ولا يطبق، وقد نصت المادة 1234 من قانون الاردني رقم (43) لسنة 1976م على أنه: 1- يكون الوقف خيرياً إذا خصصت منافعه لجهة بر ابتداء، 2- ويكون ذرياً إذا خصصت منافعه إلى شخص أو أشخاص معينين وذرياتهم من بعدهم ثم إلى جهة من جهات البر عند انقراض الموقوف عليهم، 3- ويكون مشتركاً إذا خصصت الغلة إلى الذرية وجهة البر معاً"[2].

---

[1]- قانون المدني الأردني رقم(43) لسنة 1976م

[2]- قانون المدني الأردني رقم(43) لسنة 1976م

من الفرع الرابع حتى الحادي عشر اشارة من الدكتور ايمن البدارين اثناء المناقشة

المطلب الرابع:

نموذج على الدفوع الموضوعية لدعاوى وقف في المحاكم الشرعية.

دعوى إبطال حجة وقف:

بسم الله الرحمن الرحيم

فضيلة قاضي محكمة.....الشرعي المكرم.

السلام عليكم ورحمة الله وبركاته.

المدعي/ة:..... سكان.....وكيل/ها

المدعى عليه:..... سكان.....وكيل/ها

الموضوع: طلب إبطال حجة وقف:

<u>وقائع الدعوى</u>

إن المدعية..... زوجة فلان..... المدعى عليه، وإنه مصاب بمرض عقلي منذ تاريخ..... وحتى الآن، وهذا المرض يزداد ويتضاعف فيه، وقد أفقده القدرة على معرفة النافع من الضار له، وبتاريخ..... قام المدعى عليه المذكور بوقف قطعة الأرض رقم..... تاريخ..... من حوض بلدة..... من نوع الملك وقفاً ذرياً على نفسه ما دام حياً، وبعد مماته على زوجته(المدعية)، وبعد وفاتها على ذريتها من الذكور والإناث، على التفصيل المذكور في

الحجة الوقفية رقم..... تاريخ..... الصادر عن محكمة.....الشرعية، وانه لما قام بالوقف لم يكن بالحالة المعتبرة شرعاً، لأنه مصاب بعدة أمراض سببت له فقدان الذاكرة، وتلف الدماغ، والمرض العقلي.

الطلب:

أطلب إجراء المحاكمة حسب الأصول وإبطال حجة الوقف المذكورة:

المحاكمة:

1- تعيين جلسة.

2- عقد مجلس شرعي لإجراء المحاكمة.

3- حضور المدعية ووصفها بالتكليف الشرعي، وأنها معروفة الذات لدى المحكمة، ثم تلاوة لائحة الدعوى، وتكرار مضمونها من المدعية، ثم تقرر المحكمة إحالة المدعى عليه للطبيب المختص لبيان حالته أولاً من أجل الخصومة، وتكليف الطبيب للحضور للمحكمة لسماع شهادته وفق تقريره، وتؤجل الجلسة.

4- في الجلسة التالية حال حضور الطبيب المختص مصطحباً تقريره بنتيجة فحص المدعى عليه تسمع شهادته وفق تقريره، فإذا شهد بمرض المدعى عليه العقلي، وأنه غير أهل للخصومة في الدعوى، لعدم وعيه وإدراكه تقرر المحكمة تعيين المدعية وصياً مؤقتاً على الواقف

المذكور لغايات الخصومة في الدعوى أيضاً وتبلغه مع مراعاة ما ورد في المادة(13) من قانون أصول المحاكمات الشرعية[1].

5- في الجلسة التالية يسجل حضور المدعية..... المذكورة بصفتها وصياً مؤقتاً على الواقف المذكور وحضور المتولي على الوقف وتصفه بالتكليف الشرعي وأنه معروف الذات لديها، وأنه قبل بهذا التعيين من قبل المحكمة، ثم تتلى لائحة الدعوى والضبط السابق، فتكرر المدعية الوصي المؤقت دعواها، وتطلب إجراء المقتضى، وحينما يسأل المتولي على الوقف يطلب إجراء المقتضي.

وتكلف المحكمة المدعية إثبات دعواها أن الواقف المذكور حينما وقف الوقفية المذكورة كان في حالة غير معتبرة شرعاً نتيجة مرضه العلقي المذكور.

فإذا أثبت الدعوى بالوجه الشرعي بأن الواقف المذكور كان عند إنشاء الوقف مريضاً بمرض عقلي، وأنه لم يكن في حالة تكليف شرعي بسبب مرضه المذكور تسأل الطرفين عن أقوالهما الأخيرة وبعد تكرارها تعلن ختام المحكمة وتتخذ القرار.

---

[1]- المادة(13) من قانون أصول المحاكمات الشرعية رقم 31 لسنة 1959: جاء فيها: " مشتملات مذكرة الحضور تتضمن مذكرة الحضور تكليف المدعى عليه الحضور في(وقت معين) وتقديم دفاع خطي ضد لائحة الدعوى التي قدمها المدعي خلال عشرة أيام من تاريخ تبليغه المذكرة إذا شاء ذلك في الدعاوى التالية:

أ- إذا كانت قيمة موضوع الدعوى أكثر من خمسين ديناراً.
ب- الدعاوى المتعلقة بالوقف.
ت- دعاوى النسب والإرث والوصية وعزل الوصي والقيم.
ث- دعاوى الحجر وفكه.
ج- دعاوى الدية.

وفي هذه الحالة يجب أن لا تقل الفترة الفاصلة بين الميعاد المضروب لحضور المدعى عليه وتاريخ صدور المذكرة عن عشرين يوماً ".

القرار :

بناء على الدعوى، والطلب، والبينتين الخطية، والشخصية المستمعة المقنعة، وتقرير الطبيب أو الأطباء المختصين المؤيد بالشهادة أمام المحكمة، أن الواقف المذكور كان حين إنشاء وقف قطعة الأرض رقم..... تاريخ..... مريضاً مرضاً عقلياً هو كذا..... أو معتوهاً، ولم يكن بالحالة المعتبرة شرعاً، ولا يميز النافع من الضار، وعملاً بالمواد(2) و(67) و(75) و(90) من قانون أصول المحاكمات الشرعية[1]، والمادة(1234) من قانون المدني الأردني[2]، فقد حكمت المحكمة بإبطال حجة وقف الواقف..... المذكور لقطعة الأرض المذكورة وقفاً ذرياً، وذلك لإصابته بالمرض العلقي..... أو العته ولم يكن بالحالة المعتبرة شرعاً حين إنشاء الوقف المذكور، حكماً وجاهياً قابلاً للاستئناف وتابعاً به موقوف النفاذ على تصديقه من قبل محكمة الاستئناف الشرعي، فهمته للطرفين علناً، تحريراً في ....

---

[1]- المادة(2) من قانون أصول المحاكمات الشرعية رقم 31 لسنة1959م جاء فيها: " ختصاصات المحاكم الشرعية - تنظر المحاكم الشرعية وتفصل في المواد التالية:1- الوقف وإنشاؤه من قبل المسلمين وشروطه والتولية عليه واستبداله وما له علاقة بإدارته الداخلية وتحويله المسقفات والمستغلات الوقفية للإجارتين وربطها بالمقاطعة/ 2- الدعاوى المتعلقة بالنزاع بين وقفين أو بصحة الوقف وما يترتب عليه من حقوق أسست بعرف خاص أما إذا ادعى أحد الطرفين بملكية العقار المتنازع فيه مع وجود كتاب وقف أو حكم بالوقف أو كان العقار من الأوقاف المشهورة شهرة شائعة عند أهل القرية أو المحلة وأبرز مدعي الملكية في جميع هذه الحالات أوراقاً ومستندات تعزز ادعاءه فعلى المحكمة أن تؤجل السير في الدعوى وتكلفة مراجعة المحكمة ذات الصلاحية خلال مدة معقولة، فإذا أبرز ما يدل على إقامة الدعوى لدى تلك المحكمة تقرر المحكمة الشرعية وقف السير في الدعوى التي أمامها إلى أن تبت المحكمة في شأن ملكية العقار وإلا سارت في الدعوى وأكملتها... / والمادة(67): " اقتناع المحكمة بالشهادة - إذا اقتنعت المحكمة بشهادة الشهود حكم بموجبها وإلا ردتها دون حاجة إلى إجراء تزكية مع بيان أسباب ذلك في الحالتين بناءً على تحقيقات المحكمة. / والمادة(75): " المستندات الرسمية - المستندات الرسمية هي التي ينظمها موظفون من اختصاصهم تنظيمها كوثيقة الزواج وشهادة الميلاد الصادرة أثر الولادة والوثائق التي ينظمها الكاتب العدل وسندات التسجيل تعتبر بينة قاطعة على ما نظمت لأجله ولا يقبل الطعن فيها إلا بالتزوير ويشترط في ذلك أنه يجوز إثبات صحة تنظيم أي مستند أو عقد أو وكالة أو صك كتابي منظم أو موقع في مكان خارج المملكة الهاشمية بإقرار الفريقين المتعاقدين أو بتصديقه من السلطات المختصة في البلد الذي نظمت أو وقعت فيه ومن ممثل المملكة الأردنية الهاشمية في ذلك البلد إن وحد. ويعتبر المأذون موظفاً لمقاصد هذه المادة. / والمادة(90): " ثبوت الجنون والعته وبعض الأمراض بتقرير الطبيب المؤيد بشهادته أمام المحكمة - يثبت الجنون والعته والأمراض التي توجب فسخ النكاح في دعوى الحجر وفسخ النكاح بتقرير الطبيب المؤيد بشهادته أمام المحكمة وإذا لم يكن مآل التقرير مع شهادة الطبيب باعثاً على الطمأنينة يحال الأمر إلى طبي آخر أو أكثر ".

[2]-المادة(1234)من قانون المدني الأردني رقم(43) لسنة 1976م جاء فيها: " 1- يكون الوقف خيريا اذا خصصت منافعه لجهة بر ابتداء /2- ويكون ذريا اذا خصصت منافع إلى شخص أو أشخاص معينين وذرياتهم من بعدهم ثم إلى جهة من جهات البر عند انقراض الموقوف عليهم / 3- ويكون مشتركا اذا خصصت الغلة إلى الذرية وجهة البر معا ".

— الدفع بعدم أهلية الواقف للتبرع:

كما ورد في ملف الدعوى أساس.... لدى محكمة ..... الشرعية، والتي موضوعها طلب اثبات وقف، المقامة من المدعي..... على المدعى عليه، بعد تلاوة الدعوى وتكرارها ، وبسؤال المدعى عليه عن الدعوى اجاب بدفع الدعوى بعدم أهلية الواقف للتبرع، وقام بتقديم بينه خطية تثبت ذلك، وبالتدقيق والمداولة تبين للمحكمة صحة البينة الخطية وأن الواقف لا يملك الأهلية للتبرع، فقام القاضي بإجراء الإيجاب الشرعي ورد الدعوى لعدم أهلية الواقف للتبرع.

— الدفع بعدم ملكية الوقف:

كما ورد في ملف الدعوى أساس ..... لدى محكمة ..... الشرعية، والتي موضوعها طلب اثبات وقف، المقامة من مدير الأوقاف على المدعى عليه، بعد تلاوة الدعوى وتكرارها، وبسؤال المدعى عليه عن الدعوى اجاب بدفع الدعوى بعدم ملكية الوقف للواقف، وقدم بينه خطية تثبت ذلك، وبالتدقيق والمداولة تبين للمحكمة صحة البينة الخطية وأن الواقف لا يملك التصرف في هذا الوقف، فقام القاضي بإجراء الإيجاب الشرعي ورد الدعوى لعدم ملكية الواقف للوقف.

— الدفع بأن الموقوف عليه لا يصح أن يملك:

كما ورد في ملف الدعوى أساس ..... لدى محكمة ..... الشرعية، والتي موضوعها طلب اثبات وقف، المقامة من المدعي على المدعى عليه، بعد حضور الخصوم ومن ينوب عنهم، وبتلاوة الدعوى وتكرارها، وبسؤال المدعى عليه عن الدعوى اجاب بدفع الدعوى بالقول بأن الموقوف عليه لا يصح أن يملك، وبالتدقيق والمداولة تبين للمحكمة صحة كلام المدعى عليه وهو عدم صحة تمليك الموقوف عليه، فقام القاضي بإجراء الإيجاب الشرعي ورد الدعوى.

— الدفع بأن الموقوف عليه جهة معصية:

كما ورد في ملف الدعوى أساس ..... لدى محكمة ..... الشرعية، والتي موضوعها طلب اثبات وقف، المقامة من المدعي على المدعى عليه، بعد حضور الخصوم ومن ينوب عنهم، وبتلاوة الدعوى وتكرارها، وبسؤال المدعى عليه عن الدعوى اجاب بدفع الدعوى بالقول بأن الموقوف عليه جهة معصية، وقدم بينه خطية تثبت ذلك، وبالتدقيق والمداولة تبين للمحكمة صحة كلام المدعى عليه وهو بأن الموقوف عليه جهة معصية، فقام القاضي بإجراء الإيجاب الشرعي ورد الدعوى.

— الدفع بجهالة الجهة الموقوف عليها:

كما ورد في ملف الدعوى أساس ..... لدى محكمة ..... الشرعية، والتي موضوعها طلب اثبات وقف، المقامة من المدعي على المدعى عليه، بعد حضور الخصوم ومن ينوب عنهم، وبتلاوة الدعوى وتكرارها، وبسؤال المدعى عليه عن الدعوى اجاب بدفع الدعوى بالقول بأن الموقوف عليه غير معلوم، وقدم بينه خطية تثبت ذلك، وبالتدقيق والمداولة تبين للمحكمة صحة كلام المدعى عليه وهو بأن الموقوف عليه مجهول، فقام القاضي بإجراء الإيجاب الشرعي ورد الدعوى.

— الدفع ببطلان صيغة الوقف:

كما ورد في ملف الدعوى أساس ..... لدى محكمة ..... الشرعية، والتي موضوعها طلب اثبات وقف، المقامة من المدعي على المدعى عليه، بعد حضور الخصوم ومن ينوب عنهم، وبتلاوة الدعوى وتكرارها، وبسؤال المدعى عليه عن الدعوى اجاب بدفع الدعوى بالقول ببطلان صيغة الوقف، وقدم بينه خطية تثبت ذلك، وبالتدقيق والمداولة تبين للمحكمة صحة كلام المدعى عليه وهو ببطلان صيغة الوقف، فقام القاضي بإجراء الإيجاب الشرعي ورد الدعوى.

المبحث الثالث:

الدفوع الموضوعية لدعاوى الوصية، وتطبيقاتها في المحاكم الشرعية.

وفيه خمسة مطالب:

ـــ المطلب الأول: مفهوم الوصية لغة وشرعاً وقانوناً.

ـــ المطلب الثاني: مشروعية الوصية وحكمتها.

ـــ المطلب الثالث: التفريق بين الوصية والوقف.

ـــ المطلب الرابع: الدفوع الموضوعية التي ترد على دعاوى الوصية.

ـــ المطلب الخامس: نموذج على الدفوع الموضوعية لدعاوى وصية في المحاكم الشرعية.

المطلب الأول:

مفهوم الوصية لغة وشرعاً وقانوناً.

أولاً: مفهوم الوصية لغة:

أصل الوصية من الوصل، قال ابن فارس: «الواو والصاد والياء أصل يدل على وصل شيء بشيء، ووصيت الشيء وصلته»[1]، وقال الزمخشري: «وصى الشيء بالشيء: وصله به، وأوصيت إلى زيدٍ لعمرو بكذا، ووصَّيت، وهذا وصييّ، وهم أوصيائي، وهذه وصيتي ووصاتي، وقبل الوصي وصايته»[2]، وأوصيت إليه إذا جعلته وصيّاً[3].

ثانياً: مفهوم الوصية شرعاً:

هي: تمليك مضاف إلى ما بعد الموت عن طريق التبرع، سواء كان ذلك في الأعيان أو في المنافع كالوصية بمبلغ من المال أو بمنفعة دار لفلان، أو لجهة خير بعد وفاة الموصي[4].

ثالثاً: مفهوم الوصية قانوناً:

فقد عرفها القانون الأردني في الفقرة الأولى من المادة (1125) بأنها: "تصرف في التركة مضاف إلى ما بعد الموت"[5]

---

[1]- ابن فارس - أحمد بن زكرياء القزويني الرازي أبو الحسين - معجم مقاييس اللغة – ج6 – ص 116

[2]- الزمخشري- أبو القاسم محمود بن عمرو بن أحمد،(ت: 538هـ)- أساس البلاغة- تحقيق: محمد باسل عيون السود- دار الكتب العلمية، بيروت – لبنان- الطبعة: الأولى، 1419 هـ - 1998 م- ج2 – ص 339

[3]- الرازي - زين الدين أبو عبد الله محمد بن أبي بكر بن عبد القادر الحنفي - مختار الصحاح – ص340

[4]- ابن الهمام- كمال الدين محمد بن عبد الواحد السيواسي(ت: 861هـ)- فتح القدير- دار الفكر- الطبعة: بدون طبعة وبدون تاريخ- ج10- ص411 / الحطاب الرُّعيني المالكي- شمس الدين أبو عبد الله محمد بن محمد بن عبد الرحمن الطرابلسي المغربي،(ت: 954هـ)- مواهب الجليل في شرح مختصر خليل - دار الفكر- الطبعة: الثالثة، 1412هـ - 1992م-ج6- ص 364 /الخطيب الشربيني - شمس الدين، محمد بن أحمد الشافعي - مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج – ج4 – ص 66/ ابن قدامة المقدسي - المغني – ج6- ص 137.

[5]- قانون المدني الأردني رقم(43) لسنة 1976م

المطلب الثاني:

مشروعية الوصية وحكمتها.

ـــ أولاً: مشروعية الوصية:

دلة النصوص الشرعية من الكتاب(القرآن الكريم)، والسنة النبوية، والإجماع، على مشروعية الوصية، ومن هذه النصوص:

أ- الكتاب(القرآن الكريم):

1- قوله سبحانه وتعالى: "كُتِبَ عَلَيْكُمْ إِذَا حَضَرَ أَحَدَكُمُ الْمَوْتُ إِن تَرَكَ خَيْرًا الْوَصِيَّةُ لِلْوَالِدَيْنِ وَالْأَقْرَبِينَ بِالْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَى الْمُتَّقِينَ"[1].

ووجه الدلالة أنه: عن بن عباس رضي الله عنهما قال: {إِنْ تَرَكَ خَيْرًا} يعني مالًا[2]، وقال القرطبي: الخير هنا المال من غير خلاف[3]، والمراد بحضور الموت: حضور أسبابه وأماراته من العلل والأمراض المخوفة، وليس المراد منه معاينة الموت؛ لأنه في ذلك الوقت يعجز عن الإيصاء[4].

2- وقوله تعالى: "مِن بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوصَىٰ بِهَا أَوْ دَيْنٍ" وقوله عز وجل: {مِنْ بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوصِينَ بِهَا أَوْ دَيْنٍ}[5].

---

[1]- سورة البقرة الآية:(180)

[2]- السيوطي- عبد الرحمن بن أبي بكر، جلال الدين(ت: 911هـ)- الدر المنثور- دار الفكر – بيروت-ج1-ص422

[3]- القرطبي- أبو عبد الله محمد بن أحمد بن أبي بكر بن فرح الأنصاري الخزرجي شمس الدين(ت: 671هـ)- الجامع لأحكام القرآن = تفسير القرطبي- تحقيق: أحمد البردوني وإبراهيم أطفيش- دار الكتب المصرية – القاهرة- الطبعة: الثانية، 1384هـ - 1964 م- ج 2- ص 259

[4]- الواحدي - أبو الحسن علي بن أحمد بن محمد بن علي النيسابوري ، الشافعي(ت: 468هـ)- الوسيط في تفسير القرآن المجيد- دار الكتب العلمية، بيروت – لبنان- الطبعة: الأولى، 1415 هـ - 1994 م-ج 1- ص 268 / الرازي - أبو عبد الله محمد بن عمر بن الحسن بن الحسين التيمي الرازي فخر الدين خطيب الري (ت: 606هـ)- مفاتيح الغيب = التفسير الكبير- دار إحياء التراث العربي – بيروت- الطبعة: الثالثة - 1420 هـ- ج5- ص232

[5]- سورة النساء الآية:(12)

ووجه الدلالة: فهذان النصان جعلا الميراث حقًا مؤخرًا عن تنفيذ الوصية وأداء الدين. فدل على مشروعيتها[1].

3- وقوله تعالى: "يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا شَهَادَةُ بَيْنِكُمْ إِذَا حَضَرَ أَحَدَكُمُ الْمَوْتُ حِينَ الْوَصِيَّةِ اثْنَانِ ذَوَا عَدْلٍ مِّنكُمْ أَوْ آخَرَانِ مِنْ غَيْرِكُمْ إِنْ أَنْتُمْ ضَرَبْتُمْ فِي الْأَرْضِ فَأَصَابَتْكُمْ مُصِيبَةُ الْمَوْتِ"[2].

ووجه الدلالة: دلت الآية على مشروعية الوصية، حيث بين الله سبحانه وتعالى مشروعية الإشهاد عليها، وعدد شهودها، فدل ذلك على مشروعيتها وأهميتها، وأيضاً بينت الآية أن الوصية من المسائل المهمة التي لا ينبغي أن يتهاون بها المسلم ويغفل عنها، فدل على مشروعيتها[3].

ب- السنة النبوية:

1- "عن سعد بن أبي وقاص، عن أبيه رضي الله عنه، قال: كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يعودني عام حجة الوداع من وجع اشتد بي، فقلت: إني قد بلغ بي من الوجع وأنا ذو مال، ولا يرثني إلا ابنة، أفأتصدق بثلثي مالي؟ قال: «لا» فقلت: بالشطر؟ فقال: «لا» ثم قال: «الثلث والثلث كبير – أو كثير – إنك أن تذر ورثتك أغنياء، خير من أن تذرهم عالة يتكففون[4] الناس"[5].

---

[1]- الماوردي- أبو الحسن علي بن محمد بن محمد بن حبيب البصري البغدادي،(ات: 450هـ)- تفسير الماوردي = النكت والعيون- المحقق: السيد ابن عبد المقصود بن عبد الرحيم- دار الكتب العلمية - بيروت / لبنان- ج1- ص 459

[2]- سورة المائدة الآية:(106).

[3]- الزمخشري- أبو القاسم محمود بن عمرو بن أحمد،(ت: 538هـ)- الكشاف عن حقائق غوامض التنزيل- دار الكتاب العربي – بيروت- الطبعة: الثالثة - 1407 هـ- ج1 – ص 687

[4]- معنى يتكففون الناس: يسألون الناس باكفهم/ انظر: كتاب: سبل السلام - محمد بن إسماعيل بن صلاح بن محمد الحسني، الكحلاني ثم الصنعاني، أبو إبراهيم، عز الدين، المعروف كأسلافه بالأمير(ت: 1182هـ)- دار الحديث- الطبعة: بدون طبعة – ج2- ص 153

[5]- أخرجه البخاري في صحيحه - كتاب الجنائز- باب رثاء النبي صلى الله عليه وسلم سعد ابن خولة – ج2 – ص 81- الحديث رقم: 1295 / وأخرجه مسلم في صحيحه – كتاب الوصية - باب الوصية بالثلث- ج3- ص 1250- الحديث رقم: 1628 / متفق عليه

2- عن عبد الله بن عمر رضي الله عنهما: أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: "ما حق امرئ مسلم له شيء يوصي فيه، يبيت ليلتين إلا ووصيته مكتوبة عنده"[1].

ت- الاجماع:

أما الإجماع فقد أجمع العلماء من أهل العلم الذين يعتد برأيهم منذ عصر الصحابة على جواز الوصية ولم يؤثر عن أحد منهم منعها، حيث حكاه غير واحد من أهل العلم، قال ابن عبد البر: «واتفق فقهاء الأمصار على أن الوصية مندوب إليها، ومرغوب فيها، وأنها جائزة لمن أوصى في كل ماله، قل أو كثر، ما لم يتجاوز الثلث»[2]، وقال ابن قدامة: «وأجمع العلماء في جميع الأمصار والاعصار على جواز الوصية»[3].

ثانياً: حكمة مشروعية الوصية[4]:

شاءت حكمة الله تعالى ببيان الحكمة للأوامر والنواهي، التي ذكرها في كتابة العزيز، ولعل الهدف من ذلك هو للتأكيد على فعل الأوامر واجتناب النواهي، وقد لا تفهم الحكمة الإلهية في الأمر والنهي، وهذا لا يعني عدم فعل الأوامر، بل ينبغي فعلها، ولما كانت الوصية من هذا النوع الأخير التي لم تأت نصوص الكتاب والسنة في بيان الحكمة من تشريعها أحببت أن أنبه على هذا الجانب فلو لم تظهر للبعض الحكمة من تشريعها فإن التشريع لها باقٍ مع العلم بأنه من نظر بعين البصيرة والفقه في الوصية وجد الكثير من جوانب الحكمة في تشريعها؛ فمن هذه الجوانب:

---

[1]- أخرجه البخاري في صحيحه - كتاب الوصايا- باب الوصايا وقول النبي صلى الله عليه وسلم: «وصية الرجل مكتوبة عنده»- ج4-ص 2- الحديث رقم:2738

[2]- أبو الحسن ابن القطان- علي بن محمد بن عبد الملك الكتامي الحميري الفاسي،(ت: 628هـ)- الإقناع في مسائل الإجماع- المحقق: حسن فوزي الصعيدي- الفاروق الحديثة للطباعة والنشر- الطبعة: الأولى، 1424 هـ - 2004 م- ج2- ص 76

[3]- ابن قدامة المقدسي - المغني – ج6- ص 137.

[4]- الجاسر- سليمان بن جاسر بن عبد الكريم- لمحات مهمة في الوصية- مدار الوطن للنشر، الرياض - المملكة العربية السعودية- الطبعة: الثانية، 1434 هـ - 2013 م- ص22

1- من الحكمة في تشريعها أنها عمل ينتفع به الميت بعد موته، فلو أن أحد الموصين أوصى بعمل خيري دائم النفع فهذا بلا شك ينتفع به الميت فهو رصيد دائم يزيد له في حسناته بعد مماته.

2- ومن حكمتها أن فيها الحفاظ على مال الدائن وبراءة ذمة المدين، وبهذا تظهر الحكمة من أن حقوق الآدميين محفوظة حتى وإن مات من عليه الدين.

3- ومن حكمتها أنها حماية للأموال ورعاية للقُصَّر, فلو أن رجلاً مات وترك ثروة مالية للورثة وبين هؤلاء الورثة قُصَّر لا يحسنون التصرف في أموالهم، وقد أوصى هذا الرجل بأن يكون زيد من الناس وصياً على أولاده, فإن هذا الوصي يقوم مقام والدهم فيحافظ على القصر وعلى أموالهم.

4- ومن حكمتها أنها صلة الرحم بأقاربه غير الوارثين.

المطلب الثالث:

التفريق بين الوصية والوقف.

— أولاً: أوجه الشبه بين الوصية والوقف:

الوصية تشبه الوقف من حيث أن كليهما من عقود التبرع، ويصدران من إرادة منفردة.

— ثانياً: أوجه الاختلاف بين الوصية والوقف، من حيث[1]:

- الوصية تدخلها الأحكام التكليفية الخمسة ، أما الوقف فإنه في الأصل مستحب، وقد يكون حرامًا أو مكروهًا.
- الوصية لا يعمل بها إلا بعد الموت، أما الوقف فيعمل به حال العزم عليه.
- الوصية يجوز للموصي الرجوع فيها بعد إنشائها، أما الوقف فلا.
- الوصية لا تجوز إلا بالثلث فأقل، أما الوقف فإنه لا حد لأكثره.
- الموصي له بالمنفعة يملك الإجازة والإعارة، والسفر بها، وتورث عنه، أما الوقف فإن الموقوف عليه لا يملك إجارتها ولا إعارتها ولا تورث عنه.
- الوصية لا تجوز للورثة أما الوقف فيجوز عليهم.
- الوصية تجوز بما لا يقدر على تسليمه، كجمل شارد وطير في الهواء (أما الوقف فليس كذلك).

[1]- الجاسر- سليمان بن جاسر بن عبد الكريم- لمحات مهمة في الوصية - ص22

المطلب الرابع:

الدفوع الموضوعية التي ترد على دعاوى الوصية.

- **الفرع الأول: الدفع بعدم أهلية الموصي للتبرع:** كما ذكر الباحث قبله أن الأهلية هي صلاحية الشخص لمباشرة عمل إجرائي معين، وبناء على ذلك فإن انعدام الأهلية يكون سبباً في عدم نفاذ الوصية لوجود نقص في الموصي، فقد جاء في القانون الأحوال الشخصية الأردني رقم (36) لسنة2010م في الفقرة(أ) و(د) من المادة (269) أنه: "أ- يشترط في الموصي أن يكون أهلاً للتبرع، بالغا عاقلاً رشيداً، د- تبطل الوصية بجنون الموصي جنوناً مطبقاً إذا اتصل بالموت"[1].
- **الفرع الثاني: الدفع بوفاة الموصى له في حال حياة الموصي:** كما هو معلوم فإن موت الموصى له يبطل الوصية وعدم نفاذها عند كثير من العلماء؛ لأنه لا يتصور الوصية لميت، والميت ليس أهلاً للملك، وهذا ما أكده قانون الأحوال الشخصية الأردني رقم (36) لسنة2010م، حيث جاء في الفقرة الأولى من المادة (272) أنه: "تبطل الوصية بموت الموصى له المعين قبل موت الموصي"[2].
- **الفرع الثالث: الدفع بأن الموصى له جهة معصية:** فالمعروف أن الأصل في مشروعية الوصية أن تكون قربة، وعليه إن كانت الوصية في معصية فإنها تبطل، ولا يترتب عليها أي أثر، وقد اشترط قانون الأحوال الشخصية الأردني رقم (36) لسنة2010م ذلك حيث جاء في المادة (278): "يشترط في صحة الوصية ألا تكون في معصية أو في منهي عنه شرعاً"[3].

---

[1]- قانون الأحوال الشخصية الأردني رقم(36) لسنة 2010م
[2]- قانون الأحوال الشخصية الأردني رقم(36) لسنة 2010م
[3]- قانون الأحوال الشخصية الأردني رقم(36) لسنة 2010م

— **الفرع الرابع: الدفع بأن الموصى له وارث:** ويؤنس ذلك من قول النبي صلى الله عليه وسلم قال: أن الله "أعطى كل ذي حق حقه، ولا وصية لوارث..."[1]، بناء على ذلك فإنه لا تقبل الوصية لوارث في حال رفض بقية الورثة، وهذا ما ذهب إليه قانون الأحوال الشخصية رقم (36) لسنة 2010م في المادة(174) حيث جاء في الفقرة (ج) أنه: "لا تنفذ الوصية للوارث إلا إذا أجازها الورثة بعد وفاة الموصي"[2].

— **الفرع الخامس: الدفع بأن الموصى له قتل الموصي بعد الوصية:** فالقاتل لا يورث ولا خلاف بين الفقهاء على ذلك، ومن باب أولى عدم تطبيق الوصية في حق القاتل وحرمانه منها، وعليه إن كانت الوصية للقاتل فإنها تبطل، وهذا ما ذهب إليه قانون الأحوال الشخصية رقم (36) لسنة 2010م في المادة (273) حيث جاء فيها: "يمنع من استحقاق الوصية الاختيارية أو الوصية الواجبة قتل الموصى له الموصي أو المورث قتلا مانعا من الإرث"[3].

— **الفرع السادس: الدفع بأن الموصي رجع عن الوصية حال حياته:** يحق للموصي الرجوع عن وصيته فهي على سبيل التبرع والعطاء، ولم تخرج من ملكه، ولكن لابد من أن يكون الرجوع عن الوصية صريحا واضحا، وموثقاً لدى الجهات الرسمية، فقد جاء في قانون الأحوال الشخصية الأردني رقم (36) لسنة 2010م في المادة (258) أنه: "يجوز للموصي الرجوع عن الوصية كلها أو بعضها على أن يكون الرجوع صريحا ومسجلاً لدى جهة رسمية"[4].

— **الفرع السابع: الدفع بعدم ملكية الموصى به للموصي:** فعند إنشاء الوصية يجب أن يكون الموصى به ملك للموصي وفي حيازته، وحتى تصح الوصية وتنفذ وتطبق في المحاكم الشرعية فيجب توفر الملكية، فلا يجوز التبرع أو إعطاء شيء ليس ملكاً له، فعند الدفع بعدم

---

[1]- الترمذي- محمد بن عيسى بن سَوْرة بن موسى بن الضحاك، أبو عيسى(ت: 279هـ)- الجامع الكبير - سنن الترمذي - المحقق: بشار عواد معروف- دار الغرب الإسلامي – بيروت- سنة: 1998 م- ج3- ص 505

[2] - قانون الأحوال الشخصية الأردني رقم(36) لسنة 2010م

[3]- قانون الأحوال الشخصية الأردني رقم(36) لسنة 2010م

[4]- قانون الأحوال الشخصية الأردني رقم(36) لسنة 2010م

الملكية في الدعوى يجب إبراز وثائق تثبت عدم ملكية المدعى عليه، فقد جاء في قانون الأحوال الشخصية الأردني رقم (36) لسنة 2010م في الفقرة الأولى من المادة (277) أنه: "تجوز الوصية إذا كان الموصى به مالاً معلوماً متقوماً مملوكاً للموصي شائعاً أو معيناً أو منفعة"[1].

- **الفرع الثامن: الدفع بأن الوصية تزيد عن الثلث:** والدليل ما ورد عن سعد بن أبي وقاص، عن أبيه رضي الله عنه، قال: كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يعودني عام حجة الوداع من وجع اشتد بي، فقلت: إني قد بلغ بي من الوجع وأنا ذو مال، ولا يرثني إلا ابنة، أفأتصدق بثلثي مالي؟ قال: «لا» فقلت: بالشطر؟ فقال: «لا» ثم قال: «الثلث والثلث كبير – أو كثير – إنك أن تذر ورثتك أغنياء، خير من أن تذرهم عالة يتكففون الناس"[2]، فيفهم من الحديث أنه إذا كانت الوصية أكثر من الثلث لغير الوارث فإنها موقوفه على إجازة الورثة، فإذا لم يكن هناك إجازة تبطل الوصية، وهذا ما ذهب إليه قانون الأحوال الشخصية الأردني رقم (36) لسنة 2010م فقد جاء في الفقرة(ب) من المادة (174) أنه: "تنفذ الوصية في حدود ثلث التركة لغير الوارث، أما ما زاد عن ذلك فلا تنفذ فيه الوصية إلا إذا أجازها الورثة بعد وفاة الموصي"[3].

- **الفرع التاسع: الدفع بأن الموصى له رد الوصية:** فيما لا شك فيه عدم قبول الموصى له الوصية يكون سبب في إبطالها وعدم نفاذها، وهذا ما ذهب إليه قانون الأحوال الشخصية

[1]- قانون الأحوال الشخصية الأردني رقم(36) لسنة 2010م

[2]- أخرجه البخاري في صحيحه - كتاب الجنائز- باب رثاء النبي صلى الله عليه وسلم سعد ابن خولة – ج2 – ص 81- الحديث رقم: 1295 / وأخرجه مسلم في صحيحه – كتاب الوصية - باب الوصية بالثلث- ج3- ص 1250- الحديث رقم: 1628 / متفق عليه

[3]- قانون الأحوال الشخصية الأردني رقم(36) لسنة 2010م

الأردني رقم (36) لسنة 2010م حيث جاء في المادة(257) أنه: "تلزم الوصية بقبولها من الموصى له صراحةً أو دلالة بعد الوفاة الموصي، وترد بردها صراحة بعد وفاة الموصي"[1].

— **الفرع العاشر: الدفع بأن الوصية معلقة على شرط صحيح لم يطبق:** من المعلوم أن الأصل الالتزام بتطبيق الشرط الصحيح من أجل نفاذ الوصية وتطبيقها، وبناء عليه فإن عدم تطبيق الشرط سبب في إبطال الوصية، وهذا ما أشار إليه قانون الأحوال الشخصية الأردني رقم (36) لسنة 2010م في الفقرة (أ) من المادة (267) أنه: "تجوز الوصية المقترنة بالشرط، ويجب مراعاته إذا كان صحيحا ما دامت المصلحة فيه قائمة"[2].

— **الفرع الحادي عشر: الدفع بأن الموصى له مجهول:** فعند تطبيق الوصية في حق الموصى له يجب أن يكون معلوما حتى يصح الأمر، لأن الجهالة تمنع من تسليم الموصى به إلى موصى له، فلا تفيد الوصية، وهذا ما أشار إليه قانون الأحوال الشخصية الأردني رقم (36) لسنة 2010م في الفقرة (أ) من المادة (270) أنه: "يشترط في الموصى له أن يكون معلوماً"[3].

— **الفرع الثاني عشر: الدفع بعدم تسجيل حجة الوصية في المحكمة:** وحتى تكتسب الوصية حجيتها في القانون، يجب تسجيلها في الدوائر الخاصة، وإن عدم تسجيل الوصية يكون سبباً في الطعن بها، والاعتراض عليها، ولا حجية لها، وهذا ما أشار إليه قانون المدني الأردني رقم (43) لسنة 1976م في الفقرة (أ) من المادة (1130)أنه: "لا يحتج بالوصية إلا إذا سجلت في دائرة التسجيل"[4].

---

[1]- قانون الأحوال الشخصية الأردني رقم(36) لسنة 2010م
[2]- قانون الأحوال الشخصية الأردني رقم(36) لسنة 2010م
[3]- قانون الأحوال الشخصية الأردني رقم(36) لسنة 2010م
[4]- قانون المدني الأردني رقم(43) لسنة 1976م

- **الفرع الثالث عشر: الدفع بهلاك الموصى به وأنه لم يعد موجوداً:** والوصية تبطل إذا كان الموصى به معيناً بالذات، وهلك قبل قبول الموصى له، لفوات محل حكم الوصية، ويستحيل ثبوت حكم التصرف أو بقاؤه بدون وجود محله أو بقائه، كما لو أوصى بهذه الشاة، فهلكت تبطل الوصية، وبذلك يمكن القول بأنه يصح الدفع به، ولكن القانون لم يتطرق إلى ذلك.
- **الفرع الرابع عشر: الدفع بأن الموصي مدين بدين يستغرق كل ماله:** فالدين مقدم على الوصية في الحقوق المتعلقة بالتركة، وإن كان الموصي مدينا بدين مستغرق لجميع التركة فإنه يبطل الوصية، ويمكن القول بأنه يصح أن يكون هذا دفع من الدفوع المتعلقة بإبطال الوصية، ولكن القانون لم يتطرق إلى ذلك.
- **الفرع الخامس عشر: الدفع بأن الموصي أكُره على الوصية:** فالرضا أساس العقود وخاصة التبرعات فهي مبنيه على الرضا، فيكون الإكراه سبباً في إبطال الوصية وعدم نفاذها إلا بإجازة المكرَه الذي وقع عليه الإكراه أو ورثته من بعده، وهذا ما أشار إليه القانون المدني الأردني رقم (43) لسنة 1976م في المادة (141) أنه: "من أكُره بأحد نوعي الإكراه على إبرام عقد لا ينفذ عقده، ولكن لو أجازه المكرَه أو ورثته بعد زوال الإكراه صراحة أو دلالة ينقلب صحيحاً"[1].

[1]- قانون المدني الأردني رقم(43) لسنة 1976م

المطلب الخامس:

نموذج على الدفوع الموضوعية لدعاوى وصية في المحاكم الشرعية.

دعوى: إثبات حجة وصية:

بسم الله الرحمن الرحيم

فضيلة قاضي محكمة.....الشرعي المكرم.

السلام عليكم ورحمة الله وبركاته.

المدعي/ة:..... سكان.....وكيل/ها

المدعى عليهما: 1- أمين تركات محكمة..... الشرعية بالإضافة لوظيفته.

2- وزير الأوقاف والشؤون والمقدسات الإسلامية بالإضافة لوظيفته.

الموضوع: طلب أثبات حجة وصية:

<u>وقائع الدعوى:</u>

إن..... توفي بتاريخ..... في مدينة أو بلدة..... ولا وارث له، وإنه أوصى لي قبل وفاته وهو في الحالة المعتبرة شرعاً بجميع ما يملك، ومات وهو مصر على وصيته، وأنه لا دين على التركة يستغرق كل المال، وقد ضبطت التركة من قبل المحكمة.....الشرعية، ووضعت تحت يد أمين التركات في المحكمة المذكورة، وإن المدعى عليه الأول أمين التركات بالإضافة لوظيفته هو خصم في هذه الدعوى، بصفته واضع اليد على تركة المتوفى..... المذكور، والمدعى عليه الثاني وزير الأوقاف والشؤون والمقدسات الإسلامية

بالإضافة لوظيفته خصم في هذه الدعوى أيضاً، لأن الفقرة (ج) من المادة (181) من قانون الأحوال الشخصية تنص على أنه "إذا لم يوجد وارث للميت ترد تركته المنقولة وغير المنقولة إلى وزارة الأوقاف العامة" وعليه ‘إذا لم يكن هناك وارث ولم يكن هناك دين على المتوفى ولا وصية فإن تركة المتوفى ترد إلى وزارة الأوقاف بالإضافة لوظيفته خصماً في الدعوى حال المطالبة بدين أو وصية على تركة من لا وارث له.

الطلب:

أطلب دعوة المدعى عليهما، وبعد المحاكمة والثبوت أمر أمين التركات المدعى عليه المذكور بتسليمي مال تركة المتوفى..... المذكور الموجود تحت يده، ومنع المدعى عليه الثاني وزير الأوقاف المذكور بالإضافة لوظيفته من معارضتي في ذلك، وإجراء المقتضي.

المحاكمة:

1- تعيين جلسة تبلغ للمدعى عليهما حسب الأصول، وتتضمن مذكرة الحضور تكليف المدعى عليهما الحضور في وقت معين، وتقديم دفاع خطي ضد لائحة الدعوى التي قدمها المدعي خلال عشرة أيام من تاريخ تبليغ المذكرة إذا شاء المدعى عليهما ذلك، عملاً بالمادة (13) من قانون الأحوال الشخصية[1].

2- عقد مجلس شرعي لإجراء المحاكمة فيه.

3- حال حضور الطرفين:

حضر المكلفون شرعاً المعروفون والذات المدعي..... من سكان..... والمدعى عليهما أمين تحرير التركات.....في محكمة..... الشرعية بالإضافة لوظيفته والمحامي.....

[1]- تم شرح المادة سابقاً أنظر صفحة 90 من الرسالة

وكيل وزارة الأوقاف والشؤون والمقدسات الإسلامية بموجب الوكالة..... المنظمة حسب الأصول،

ثم تلي استدعاء الدعوى، وكرر المدعي مضمون الدعوى، وطلب سؤال المدعى عليهما عن الدعوى وإجراء المقتضي.

وبسؤال المدعى عليه الأول أمين التركات المذكور عن الدعوى أجاب قائلاً لقد قمت بضبط وتحرير تركة المتوفى..... المذكور، وهي تحت يدي، ومستعد لتسليم تلك التركة لمن تثبت له شرعاً، وبسؤال المحامي وكيل وزارة الأوقاف والشؤون والمقدسات الإسلامية عن الدعوى أجاب منكراً الوصية المذكورة.

4- لقد نصت المادة (534) من الأحكام الشرعية في الأحوال الشخصية:(يجوز لمن لا دين عليه مستغرقاً لماله ولا وارث له أن يوصي بماله كله أو بعضه لمن يشاء وتنفذ وصيته بلا توقف على إجازة بيت المال).

وحيث أنه بعد صدور قانون الأحوال الشخصية رقم 61 لسنة 1976م الذي تضمنت الفقرة (ج) من المادة (118) منه: "إذا لم يوجد وارث للميت ترد تركته المنقولة وغير المنقولة إلى وزارة الأوقاف العامة". وقد أدخلت وزارة الأوقاف في هذه الدعوى وحضر ممثلها وكيلها حسب الأصول وذلك كمدعى عليها، لكونها خصماً فيها.

كما تبين المادة (1127) من القانون المدني الأردني تضمنت: "لا تسمع عند الإنكار دعوى الوصية أو الرجوع عنها بعد وفاة الموصي إلا إذا وجدت أوراق رسمية محررة بخط المتوفى وعليها إمضاؤه أو كانت ورقة الوصية أو الرجوع عنها مصدقاً على توقيع الموصي عليها ".

وجاء في المذكرة الإيضاحية للقانون المذكور: أما المادة (1127) فهي تتعرض لشكل الوصية، وهو الشكل المطلوب لسماع الدعوى بالوصية أو بالرجوع عنها عند الإنكار، فلو

أقرت الورثة بالوصية، أو وجهت إليهم اليمين فنكلوا سمعت الدعوى، وقضي بالوصية، وعلى ذلك لا تكون الوصية تصرفاً شكلياً، والكتابة المطلوبة على مختلف صورها ليست إلا لجواز سماع الدعوى لا لإنعقاد الوصية، فهي وحدها الدليل على إثبات الوصية.

5- تكلف المحكمة المدعي إثبات دعواه.

6- حال الإثبات بالبينة الخطية والبينة الشخصية المستمعة المقنعة يسأل الطرفان عن أقوالهما الأخيرة، وبعد تكرارها، تعلن المحكمة ختام المحكمة، وتصدر قرارها.

القرار:

بناء على الدعوى والطلب والتصادق والإقرار والبينتين الخطية والشخصية المستمعة المقنعة وعملاً بالمواد 79 و1817 و1818 من المجلة[1] و 1125 و1126 و1127 من القانون المدني الأردني[2] فقد حكمت بصحة وصية المتوفى..... المذكور إلى المدعي..... المذكور، وأمرت أمين التركات في محكمة..... الشرعية بدفع التركة المذكورة إلى الموصى له المدعي..... المذكور، ومنع معارضة المدعى عليهما في ذلك حكماً وجاهياً قابلاً للاستئناف فهمته للطرفين علناً تحريراً في.....

[1]- مجلة الأحكام العدلية: المادة(79): "المرء مؤاخذ بإقراره إلا إذا كان إقراره مكذباً شرعاً "، والمادة(1817): "إذا أقر المدعى عليه ألزمه القاضي بإقراره وإذا أنكر طلب البينة من المدعي"، والمادة(1818): إن أثبت المعي دعواه بالبينة حكم القاضي له بذلك وإن لم يثبت يبق له حق اليمين فإن طلبه كلف القاضي المدعى عليه اليمين بناء على طلبه ".

[2]- قانون المدني الأردني رقم(43) لسنة 1976م: المادة(1125): "تصرف في التركة مضاف إلى ما بعد الموت "، والمادة(1126): "تسري على الوصية احكام الشريعة الاسلامية والنصوص التشريعية المستمدة منها "، والمادة(1127): " لا تسمع عند الإنكار دعوى الوصية أو الرجوع عنها بعد وفاة الموصي إلا إذا وجدت أوراق رسمية محررة بخط المتوفى وعليها إمضاؤه أو كانت ورقة الوصية أو الرجوع عنها مصدقاً على توقيع الموصي عليها".

— الدفع بعدم أهلية الموصي للتبرع:

كما ورد في ملف الدعوى أساس.... لدى محكمة ..... الشرعية، والتي موضوعها طلب اثبات وصية، المقامة من المدعي..... على المدعى عليه.....، بعد تلاوة الدعوى وتكرارها، وبسؤال المدعى عليه عن الدعوى اجاب بدفع الدعوى بعدم أهلية الموصي للتبرع، وقام بتقديم بينه خطية تثبت ذلك، وبالتدقيق والمداولة تبين للمحكمة صحة البينة الخطية وأن الموصي لا يملك الأهلية للتبرع، فقام القاضي بإجراء الإيجاب الشرعي ورد الدعوى لعدم أهلية الواقف للتبرع.

— الدفع بأن الموصى له جهة معصية:

كما ورد في ملف الدعوى أساس ..... لدى محكمة ..... الشرعية، والتي موضوعها طلب اثبات وصية، المقامة من المدعي.... على المدعى عليه...، بعد حضور الخصوم ومن ينوب عنهم، وبتلاوة الدعوى وتكرارها، وبسؤال المدعى عليه عن الدعوى اجاب بدفع الدعوى بالقول بأن الموصى له جهة معصية، وقدم بينه خطية تثبت ذلك، وبالتدقيق والمداولة تبين للمحكمة صحة كلام المدعى عليه وهو بأن الموقوف عليه جهة معصية، فقام القاضي بإجراء الإيجاب الشرعي ورد الدعوى.

— الدفع بأن الموصى له مات قبل الموصي:

كما ورد في ملف الدعوى أساس ..... لدى محكمة ..... الشرعية، والتي موضوعها طلب اثبات وصية، المقامة من المدعي..... على المدعى عليه....، بعد حضور الخصوم ومن ينوب عنهم، وبتلاوة الدعوى وتكرارها، وبسؤال المدعى عليه عن الدعوى اجاب بدفع الدعوى بالقول بأن الموصى له مات قبل الموصي، وقدم بينه خطية تثبت ذلك، وبالتدقيق والمداولة تبين للمحكمة صحة كلام المدعى عليه وهو بأن الموصى له مات قبل الموصي، فقام القاضي بإجراء الإيجاب الشرعي ورد الدعوى

— الدفع بأن الموصى له مجهول غير معلوم:

كما ورد في ملف الدعوى أساس ..... لدى محكمة ..... الشرعية، والتي موضوعها طلب اثبات وصية، المقامة من المدعي..... على المدعى عليه....، بعد حضور الخصوم ومن ينوب عنهم، وبتلاوة الدعوى وتكرارها، وبسؤال المدعى عليه عن الدعوى اجاب بدفع الدعوى بالقول بأن الموصى له مجهول غير معلوم، وقدم بينه خطية تثبت ذلك، وبالتدقيق والمداولة تبين للمحكمة صحة كلام المدعى عليه وهو بأن الموصى له مجهول غير معلوم، فقام القاضي بإجراء الإيجاب الشرعي ورد الدعوى.

— الدفع بأن الموصي مدين بدين يستغرق التركة:

كما ورد في ملف الدعوى أساس ..... لدى محكمة ..... الشرعية، والتي موضوعها طلب اثبات وصية، المقامة من المدعي.... على المدعى عليه.....، بعد حضور الخصوم ومن ينوب عنهم، وبتلاوة الدعوى وتكرارها، وبسؤال المدعى عليه عن الدعوى اجاب بدفع الدعوى بالقول بأن الموصي مدين بدين يستغرق التركة، وقدم بينه خطية تثبت ذلك، وبالتدقيق والمداولة تبين للمحكمة صحة كلام المدعى عليه وهو بأن الموصي مدين بدين يستغرق التركة، فقام القاضي بإجراء الإيجاب الشرعي ورد الدعوى.

— الدفع بأن الموصي رجع عن الوصية حال حياته:

كما ورد في ملف الدعوى أساس ..... لدى محكمة ..... الشرعية، والتي موضوعها طلب اثبات وصية، المقامة من المدعي.... على المدعى عليه.....، بعد حضور الخصوم ومن ينوب عنهم، وبتلاوة الدعوى وتكرارها، وبسؤال المدعى عليه عن الدعوى اجاب بدفع الدعوى بالقول بأن الموصي رجع عن الوصية حال حياته، وقدم بينه خطية تثبت ذلك، وبالتدقيق والمداولة تبين للمحكمة عدم صحة كلام المدعى عليه، فقام القاضي بإجراء الإيجاب الشرعي والمتابعة في سير الدعوى.

— الدفع بأن الموصى له رد الوصية:

كما ورد في ملف الدعوى أساس ..... لدى محكمة ..... الشرعية، والتي موضوعها طلب اثبات وصية، المقامة من المدعي.... على المدعى عليه.....، بعد حضور الخصوم ومن ينوب عنهم، وبتلاوة الدعوى وتكرارها، وبسؤال المدعى عليه عن الدعوى اجاب بدفع الدعوى بالقول بأن الموصى له رد الوصية ولم يقبلها، وقدم بينه خطية تثبت ذلك، وبالتدقيق والمداولة تبين للمحكمة عدم صحة كلام المدعى عليه، فقام القاضي بإجراء الإيجاب الشرعي والمتابعة في سير الدعوى.

— الدفع بأن الوصية تزيد عن الثلث:

كما ورد في ملف الدعوى أساس ..... لدى محكمة ..... الشرعية، والتي موضوعها طلب اثبات وصية، المقامة من المدعي.... على المدعى عليه.....، بعد حضور الخصوم ومن ينوب عنهم، وبتلاوة الدعوى وتكرارها، وبسؤال المدعى عليه عن الدعوى اجاب بدفع الدعوى بالقول بأن الوصية تزيد عن الثلث، وقدم بينه خطية تثبت ذلك، وبالتدقيق والمداولة تبين للمحكمة صحة كلام المدعى عليه، فقام القاضي بإجراء الإيجاب الشرعي ورد الدعوى.

المبحث الرابع:

الدفوع الموضوعية لدعاوى الميراث، وتطبيقاتها في المحاكم الشرعية.

وفيه خمسة مطالب:

ـــ المطلب الأول: مفهوم الميراث لغة وشرعاً.

ـــ المطلب الثاني: مشروعية الميراث وحكمته.

ـــ المطلب الثالث: الفرق بين الوصية والميراث

ـــ المطلب الرابع: الدفوع الموضوعية التي ترد على دعاوى الميراث.

ـــ المطلب الخامس: نموذج على الدفوع الموضوعية لدعاوى ميراث في المحاكم الشرعية

المطلب الأول:

مفهوم الميراث لغة وشرعاً.

أولاً: مفهوم الميراث لغة: الميراث أصله موراث، انقلبت الواو ياء لكسرة ما قبلها، والتراث أصل التاء فيه واو، وقال ابن سيدة: والورث والإرث والتراث والميراث: ما ورث، وقيل الورث والميراث في المال، والإرث في الحسب، وقال بعضهم: ورثته ميراثاً[1]،وقيل الإرث الميراث، وأصل الهمزة فيه واو، يقال: هو في إرث صدق أي في أصل صدق، وهو على إرث من كذا، إي على أمر قديم توارثه الآخر عن الأول[2].

ثانياً: مفهوم الميراث شرعاً: عرفه الفقهاء: بأنه: اسم لما يستحق الوارث من مورثه بسبب من أسباب الإرث، أو هو انتقال مال الغير إلى الغير على سبيل الخلافة[3].

[1]- ابن منظور - لسان العرب – ج2- ص 200

[2]- ابن منظور - لسان العرب – ج2- ص 111

[3]- الشيخ نظام وجماعة من علماء الهند الاعلام، الفتاوى الهندية في مذهب الامام الاعظم أبي حنيفة النعمان، جـ6، دار المعرفة للطباعة والنشر، بيروت، ص477.

المطلب الثاني:

مشروعية الميراث وحكمته.

ـــ أولاً: مشروعية الميراث:

أ- القرآن الكريم: ورد في القرآن الكريم آيات تتحدث عن الميراث وتضمنت هذه الآيات الأحكام التفصيلية المتعلقة بالميراث، ومنها:

1- قول الله تعالى: "(لِّلرِّجَالِ نَصِيبٌ مِّمَّا تَرَكَ الْوَالِدَانِ وَالْأَقْرَبُونَ وَلِلنِّسَاءِ نَصِيبٌ مِّمَّا تَرَكَ الْوَالِدَانِ وَالْأَقْرَبُونَ مِمَّا قَلَّ مِنْهُ أَوْ كَثُرَ نَصِيبًا مَّفْرُوضًا، وَإِذَا حَضَرَ الْقِسْمَةَ أُولُو الْقُرْبَىٰ وَالْيَتَامَىٰ وَالْمَسَاكِينُ فَارْزُقُوهُم مِّنْهُ وَقُولُوا لَهُمْ قَوْلًا مَّعْرُوفًا)"[1]

2- قوله تعالى: "(يُوصِيكُمُ اللَّهُ فِي أَوْلَادِكُمْ لِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ الْأُنثَيَيْنِ فَإِن كُنَّ نِسَاءً فَوْقَ اثْنَتَيْنِ فَلَهُنَّ ثُلُثَا مَا تَرَكَ وَإِن كَانَتْ وَاحِدَةً فَلَهَا النِّصْفُ وَلِأَبَوَيْهِ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِّنْهُمَا السُّدُسُ مِمَّا تَرَكَ إِن كَانَ لَهُ وَلَدٌ فَإِن لَّمْ يَكُن لَّهُ وَلَدٌ وَوَرِثَهُ أَبَوَاهُ فَلِأُمِّهِ الثُّلُثُ فَإِن كَانَ لَهُ إِخْوَةٌ فَلِأُمِّهِ السُّدُسُ مِن بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوصِي بِهَا أَوْ دَيْنٍ آبَاؤُكُمْ وَأَبْنَاؤُكُمْ لَا تَدْرُونَ أَيُّهُمْ أَقْرَبُ لَكُمْ نَفْعًا فَرِيضَةً مِّنَ اللَّهِ إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلِيمًا حَكِيمًا)"[2]

3- قوله تعالى: "(وَلَكُمْ نِصْفُ مَا تَرَكَ أَزْوَاجُكُمْ إِن لَّمْ يَكُن لَّهُنَّ وَلَدٌ فَإِن كَانَ لَهُنَّ وَلَدٌ فَلَكُمُ الرُّبُعُ مِمَّا تَرَكْنَ مِن بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوصِينَ بِهَا أَوْ دَيْنٍ وَلَهُنَّ الرُّبُعُ مِمَّا تَرَكْتُمْ إِن لَّمْ يَكُن لَّكُمْ وَلَدٌ فَإِن كَانَ لَكُمْ وَلَدٌ فَلَهُنَّ الثُّمُنُ مِمَّا تَرَكْتُم مِّن بَعْدِ وَصِيَّةٍ تُوصُونَ بِهَا أَوْ دَيْنٍ وَإِن كَانَ رَجُلٌ يُورَثُ كَلَالَةً أَوِ امْرَأَةٌ وَلَهُ أَخٌ أَوْ أُخْتٌ فَلِكُلِّ وَاحِدٍ مِّنْهُمَا السُّدُسُ فَإِن كَانُوا أَكْثَرَ مِن ذَٰلِكَ فَهُمْ شُرَكَاءُ فِي الثُّلُثِ مِن بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوصَىٰ بِهَا أَوْ دَيْنٍ غَيْرَ مُضَارٍّ وَصِيَّةً مِّنَ اللَّهِ وَاللَّهُ عَلِيمٌ حَلِيمٌ) "[3]

---

[1]- سورة النساء الآية:(7)،(8)

[2]- سورة النساء الآية:(11).

[3]- سورة النساء الآية:(12).

4- قوله تعالى: "(يَسْتَفْتُونَكَ قُلِ اللَّهُ يُفْتِيكُمْ فِي الْكَلَالَةِ إِنِ امْرُؤٌ هَلَكَ لَيْسَ لَهُ وَلَدٌ وَلَهُ أُخْتٌ فَلَهَا نِصْفُ مَا تَرَكَ وَهُوَ يَرِثُهَا إِن لَّمْ يَكُن لَّهَا وَلَدٌ فَإِن كَانَتَا اثْنَتَيْنِ فَلَهُمَا الثُّلُثَانِ مِمَّا تَرَكَ وَإِن كَانُوا إِخْوَةً رِّجَالًا وَنِسَاءً فَلِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ الْأُنثَيَيْنِ يُبَيِّنُ اللَّهُ لَكُمْ أَن تَضِلُّوا وَاللَّهُ بِكُلِّ شَيْءٍ عَلِيمٌ)"[1]

ب- السنة النبوية:

1- عن ابن عباس رضي الله عنهما قال: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: "ألحقوا الفرائض بأهلها، فما أبقت الفرائض، فلأولى رجل ذكر"[2].

2- عن أبي هريرة عن النبي – صلى الله عليه وسلم – قال: "أنا أولى بالمؤمنين من أنفسهم فمن مات وعليه دين ولم يترك وفاء فعلي قضاؤه ومن ترك مالا فلورثته. وفي رواية: من ترك دينا أو ضياعا فليأتني فأنا مولاه، وفي رواية: من ترك مالا فلورثته، ومن ترك كلا فإلينا"[3].

3- وعن جابر قال: " جاءت امرأة سعد بن الربيع إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم بابنتيها من سعد , فقالت: يا رسول الله هاتان ابنتا سعد بن الربيع , قتل أبوهما معك في أحد شهيدا وإن عمهما أخذ مالهما فلم يدع لهما مالا , ولا ينكحان إلا بمال , فقال: يقضي الله في ذلك , فنزلت آية الميراث , فأرسل رسول الله صلى الله عليه وسلم إلى عمهما فقال: أعط بنتي سعد الثلثين وأمهما الثمن , وما بقي فهو لك"[4]

---

[1]- سورة النساء الآية:(176).

[2]- أخرجه البخاري في صحيحه- كتاب الفرائض- باب ميراث الولد من أبيه وأمه- ج8-ص 150- رقم الحديث: 6732

[3]- أخرجه البخاري في صحيحه- كتاب الفرائض- باب ميراث الاسير- ج8-ص 156- رقم الحديث: 6763 / وأخرجه مسلم في صحيحه – كتاب الفرائض-باب من ترك مالا فلورثته-ج3-ص 1237-رقم الحديث: 1619

[4]- الترمذي - محمد بن عيسى بن سَوْرة بن موسى بن الضحاك، الترمذي، أبو عيسى (ت: 279هـ)- الجامع الكبير - سنن الترمذي - لمحقق: بشار عواد معروف - دار الغرب الإسلامي – بيروت- سنة النشر: 1998 م- ج3 – ص 485 – رقم الحديث: 2092 – وقال الترمذي: هذا حديث حسن صحيح.

ت- الإجماع:

جعل الله تبارك وتعالى مال الميت بين جميع أولاده، للذكر مثل حظ الأنثيين إذا لم يكن معهم أحد من أصحاب الفرائض، فإذا كان معهم من له فرض معلوم بدئ بفرضه فأعطيه، وجعل له أقل من المال بين الولد للذكر مثل حظ الانثيين، وهذا مما أجمع عليه أهل العلم[1].

ـــ ثانياً: حكمة مشروعية الميراث:

تظهر الحكمة في ذلك من خلال[2]:

1- احترام ملكية الأفراد بأن جعل تركة الميت ملكا لأفراد ورثته، وفرض الميراث لقرابة الميت، لأنه انتصر بهم في حياته، وحسم النزاع بأن حدد لكل وارث نصيبا معينا، فكان نصيب الأنثى نصف نصيب الرجل لأنه الكافل لأسرته، وألحقت الزوجية بالقرابة تقديسا للصلة بين الزوجين.

2- التوريث نظام طبيعي بدليل أن أكثر الأمم قديما وحديثا أخذت به، وذلك لأنه يساير النزعة الفطرية في الإنسان في حبه للتملك وسعيه إليه ورغبته في أن يخلفه على أمواله أحب الناس إليه.

3- الميراث نظام ضروري لشحذ الهمم، وحفز بني الإنسان إلى الكد والتعب في الحياة، فالميراث أنه ضروري لإثارة ضروب النشاط الاقتصادي في الإنسان.

4- الشريعة الإسلامية أخذت بنظام الميراث، ووضعت له شرعية منفصلة محددة تناولت أشخاص الوارثين ونصيب كل وارث، وهي هنا – بهذا التحديد – قد خالفت سنتها العامة، وذلك لحكمة قوية وهي حسم أسباب النزاع بين أقرباء المورث، لأن القريب الممنوع من الميراث إذا علم أن منعه آت

[1]- أبو الحسن ابن القطان- علي بن محمد بن عبد الملك الكتامي الحميري الفاسي- الإقناع في مسائل الإجماع- ج2- ص 89

[2]- براج- جمعة محمد محمد- أحكام الميراث في الشريعة الإسلامية- ص43

من قبل الله سكنت نفسه ورضي بقسمة الله، بخلاف لو ترك الميراث للناس يمنعون من يشاؤون ويعطون من يشاؤون مما يكون سببا للفرقة والنزاع.

5- نظم الميراث الإسلامي بنيت قواعده وأصوله في التوريث على الحب والعشرة والنصرة والولاية والعطف.

5- نظام الميراث الإسلامي أزال الغبن الذي كان لاحقا بالمرأة في العصور الغابرة، فأعطاها نصيبا من الميراث، ولكنه على النصف من نصيب الرجل في بعض الأحيان، وفي أحيان أخرى ساوى بينهما، وقد تأخذ المرأة أكثر من الرجل في أموال معينه، وهذه التفرقة لمصلحة المرأة إذ لو ساوت الشريعة بينهما لكانت المرآة مطالبة كالرجل بالكد والتعب والإنفاق على الأسرة وعلى نفسها ما دام نصيبها مساويا لنصيبه، على أن وضع المال في يد الرجل أدعى الى استثماره وتنميته لأنه أدرى بضروب النشاط، وأقدر عليها نظرا لمخالطته للمجتمع بخلاف المرأة.

المطلب الثالث:

الفرق بين الوصية والميراث.

— أولاً: أوجه الشبه بين الميراث والوصية[1]:

الوصية تشبه الميراث في أن الموصى له لا يخلف الموصي إلا بعد موته، وكذلك الوارث يخلف المورث بعد موته. كما أن كليهما من الحقوق المتعلقة بالتركة، والملك في الوصية والميراث ينتقل إلى الموصى له وإلى الوارث من غير عوض.

— ثانياً: أوجه الاختلاف بين الميراث والوصية من نواح عدة:

1- الميراث حق شرعي يثبت للوارث بوفاة المورث، ويتعلق بالباقي من التركة بعد التجهيز وسداد الديون، وتنفيذ الوصايا ولا دخل للمورث في تحديد المستحق، ولا قدر استحقاقه.

أما الوصية فتصرف إنشائي من الموصى نفسه حال حياته في جزء من ماله، أن يخص به من يشاء، وبالقدر الذى يرى – في الحدود المعتبرة شرعا – وله أن يعدل هذا المقدار بالزيادة والانتقاص، وتتعلق الوصية بالتركة قبل توزيعها على المستحقين بالإرث.

2- الإرث خلافة إجبارية لا يتوقف على إيجاب من المورث ولا قبول من الوارث، أما الوصية فخلافة اختيارية في إنشائها وقبولها.

3- لا يملك الوارث رد الموروث، بل يدخل في ملكه جبرا عنه أحب أم كره، أما الموصى له فيملك رد الوصية، فإن فعل بطلت.

6- اختلاف الدين يمنع الإرث، ولا يمنع الوصية.

[1]- http://www.bahrainlaw.net/topic-t986.html - نقل عن كتاب احكام الوصية في الشرع والقانون-

المطلب الرابع:

الدفوع الموضوعية التي ترد على دعاوى الميراث.

- **الفرع الأول: الدفع بأن الوارث قتل المورث عمداً:** فمن أقدم على قتل المورث عمداً لا يرث منه شيئاً ولو كان من الورثة، ودليل ذلك حديث النبي صلى الله عليه وسلم حيث قال: "القاتل لا يرث شيئاً"[1]، فهذا دليل على عدم توريث القاتل العمد، وهذا ما أشار إليه قانون الأحوال الشخصية الأردني رقم (36) لسنة 2010م في المادة (281) من الفقرة (أ): "يحرم من الإرث من قتل مورثه عمداً عدواناً سواء أكان فاعلاً أصلياً أم شريكاً أم متسبباً شريطة أن يكون القاتل عند ارتكابه الفعل عاقلاً بالغاً"[2].
- **الفرع الثاني: الدفع بأن الوارث مرتد:** فالكافر المرتد لا يرث المسلم؛ لأن الأصل في الميراث التراحم والقرابة، والكافر المرتد لا تراحم بينه وبين مسلم، ودليل ذلك حديث النبي صلى الله عليه وسلم حيث قال: "لا يرث المسلم الكافر، ولا الكافر المسلم"[3]، وهذا ما أشار إليه قانون الأحوال الشخصية الأردني رقم(36) لسنة 2010م في المادة (281) من الفقرة (ب): "لا توارث مع اختلاف الدين فلا يرث غير المسلم المسلم"[4].
- **الفرع الثالث: الدفع بأن الوارث محجوب حجب حرمان من الميراث**: لابد عند توزيع التركة التأكد من استحقاق كل واحد من الورثة نصيبه من الميراث، فربما يكون الوارث محجوب حجب حرمان ممن هو أقرب منه إلى المورث، وخاصة عند ظهور ورثة لم يكونوا وقت تقسيم

---

[1]- الترمذي - الجامع الكبير - سنن الترمذي - ج3- ص 496- رقم الحديث: 2109 / وقال الألباني: صحيح.
[2]- قانون الأحوال الشخصية الأردني رقم(36) لسنة 2010م
[3]- الترمذي - الجامع الكبير - سنن الترمذي - ج3- ص 494- رقم الحديث: 2107
[4]- قانون الأحوال الشخصية الأردني رقم(36) لسنة 2010م

التركة، وهذا ما أشار إليه قانون الأحوال الشخصية الأردني رقم (36) لسنة 2010م في المادة (281) من الفقرة (أ): "الحجب حرمان وارث من كل الميراث أو من بعضه"[1].

- **الفرع الرابع: الدفع بأنه تم توزيع التركة في حال حياة المورث:** فتوزيع التركة بوجود المورث يختلف عن توزيع التركة بعد موت المورث، ففي الحالة الأولى يكون التوزيع بين الذكر والأنثى بالمساواة، أما في الحالة الثانية يكون التوزيع بين الذكر والأنثى على أساس قاعدة: للذكر مثل حظ الأنثيين، وهذا ما أشار إليه قانون الأحوال الشخصية الأردني رقم (36) لسنة 2010م في المادة (280): "يشترط في استحقاق الإرث موت المورث حقيقة أو حكماً وحياة الوارث وقت موت المورث"[2].

- **الفرع الخامس: الدفع بأن المورث مدين بدين يستغرق كل ماله:** فالدين مقدم على الميراث في الحقوق المتعلقة بالتركة، وإن كان المورث مدينا بدين مستغرق لجميع التركة فإنه لا يوزع الميراث على الورثة قبل سداد الديون، وهذا ما أشار إليه القانون المدني الأردني رقم (43) لسنة 1976م في المادة (1104) من الفقرة الأولى: "يقوم وصي التركة بوفاء ديونها من حقوقها وما تشتمل عليه من نقود ومن ثمن ما فيها من منقول، فإن لم يفِ فمن ثمن ما فيها من العقار"[3].

- **الفرع السادس: الدفع بأن الوارث ولد زنى:** فولد الزنى: هو من أتت به أمه من طريق غير مشروع، فلا يثبت نسبه ممن كان سبباً في حمل أمه به، ولو أعترف أنه ابنه من الزنى، وولد

[1]- قانون الأحوال الشخصية الأردني رقم(36) لسنة 2010م
[2]- قانون الأحوال الشخصية الأردني رقم(36) لسنة 2010م
[3]- قانون المدني الأردني رقم(43) لسنة 1976م

الزنى لا يرث من أبيه أو أقاربه ولا يرثونه، وأما صلته بأمه فهي ثابته فيرثها، ويرث أقاربها، ويرثونه، ودليل ذلك حديث النبي صلى الله عليه وسلم حيث قال: "أيما رجل عاهر بحرة أو أمة فالولد ولد زنا لا يرث ولا يورث"[1].

- **الفرع السابع: الدفع بعدم موت المورث:** فيما لا شك فيه أنه لا توزع تركة الميت إلا بعد موته.
- **الفرع الثامن: الدفع بعدم حياة أحد الورثة:** إذا لم يكن للميت وريث فإن التركة تكون في عهدة الحاكم، يمكن أن يدفع الدعوى بأن الميت لا يوجد له وريث بناء على ذلك تنتقل التركة إلى عهدة الحاكم.
- **الفرع التاسع: الدفع بموت أحد الورثة قبل والده:** موت أحد الورثة قبل المورث يكون سبب في اختلاف توزيع التركة، وذلك لوجود الوصية الواجبة عند من قال بها، فيصح دفع الدعوى بالقول بأن أحد الورثة مات قبل الموت.
- **الفرع العاشر: الدفع باختلاف الدارين:** يمكن الدفع باختلاف الدارين في دعوى الميراث، وذلك إذا كان بين مسلم وكافر فهو مانع من الميراث عند الحنفية والشافعية[2]، فيصح دفع الدعوى بالقول باختلاف الدارين بين المورث والوارث.
- **الفرع الحادي عشر: الدفع بطلاق الزوجة:** يمكن دفع دعوى الميراث بالقول بأن المورث طلق زوجته قبل موته بفترة معينه، فيؤدي ذلك إلى اختلاف توزيع التركة بين الورثة.

---

[1]- الترمذي - الجامع الكبير - سنن الترمذي - ج3- ص 499- رقم الحديث: 2113- وقال الالباني: صحيح

[2]- ابن عابدين - رد المحتار على الدر المختار – ج 6- ص 767/ السرخسي- محمد بن أحمد بن أبي سهل شمس الأئمة (ت: 483هـ) - المبسوط- دار المعرفة – بيروت- بدون طبعة- تاريخ النشر: 1414هـ - 1993م- ج30- ص 33 / البجيرمي - سليمان بن محمد بن عمر المصري الشافعي(ت:1221هـ) - تحفة الحبيب على شرح الخطيب(حاشية البجيرمي على الخطيب) - دار الفكر- الطبعة: بدون طبعة - تاريخ النشر: 1415هـ - 1995م- ج3 – ص317.

— **الفرع الثاني عشر: الدفع بإسلام الزوجة بعد الوفاة:** يقبل دفع دعوى الميراث بالقول بأن زوجة المورث كانت كافره حين وفاته، وأسلمت بعد وفاته فإن ذلك يؤثر في توزيع التركة .

— **الفرع الثالث عشر: الدفع بزنى المورث بالوارث:** الزنا من أعظم الجرائم في الشريعة الإسلامية فكيف إذا كان الزنا بالمحارم أو الأقارب، فيكون سبب في منع الميراث بينهم، لذلك يمكن دفع دعوى الميراث بالقول بأن المورث زنى بالوارث.

— **الفرع الرابع عشر: الدفع بانتفاء الزوجية باللعان بين الزوج والزوجة:** لا شك أن الزوج عندما يتهم زوجته بالخيانة ويحصل بينهم لعان يكون سبب في منع التوارث بينهم عند من قال بذلك، فيصح دفع الدعوى بذكر انتفاء الزوجية باللعان بين الزوج والزوجة[1].

[1]- من الفرع السابع حتى الرابع عشر اشارة من الدكتور ايمن البدارين اثناء المناقشة

المطلب الخامس:

نموذج على الدفوع الموضوعية لدعاوى ميراث في المحاكم الشرعية.

دعوى تصحيح إرث:

بسم الله الرحمن الرحيم

فضيلة قاضي محكمة.....الشرعي المكرم.

السلام عليكم ورحمة الله وبركاته.

المدعية:..... سكان.....وكيل/ها

المدعى عليهم:.....و.....و..... أولاد المتوفى..... وهم قاصرين وليهم جدهم..... من سكان.....

الموضوع: طلب تصحيح إرث.

<u>وقائع الدعوى</u>

أنه بتاريخ..... توفي زوجي الداخل بي بصحيح العقد الشرعي فلان..... وقد جرى حصر إرثه بموجب حجة الإرث رقم..... تاريخ..... الصادرة عن محكمة..... الشرعية، وقد ذكر في الحجة المذكورة أن إرثه انحصر في أنا زوجته المدعية ووالده..... وفي أبنائه مني القاصرين وهم.....و..... و..... فقط ولا وارث سواهم وقد صحت المسألة الإرثية الشرعية من..... سهماً منها لزوجته أنا المدعية..... أسهم ولوالده..... كذا سهماً ولكل واحد من أبنائه.....و.....و..... كذا سهماً وعند وفاة زوجي.....

المذكور كنت حاملاً منه، وقد انجبت بتاريخ..... ابني..... بعد وفاة والده ولم يذكر في حجة حصر إرث والده،

أطلب إدخال أبني المذكور في حصر إرث أبيه بصفته ابنه نسباً، وبعد ادخاله ينحصر ارث المتوفى..... المذكور فيمن ذكر في حجة الإرث المذكورة، وفي ابنه مني..... الذي ولد بعد وفاة أبيه المذكور وبذلك تصح المسألة الشرعية من..... سهماً منها لزوجته أنا المدعية..... كذا سهماً ولوالده..... كذا سهماً ولكل واحد من أبنائه.....و.....و.....و.....الذي كان حملاً عند الوفاة والده..... كذا سهماً.

الطلب:

أطلب ابطال حجة الإرث السابقة المشار إليها وتصحيحها على الوجه المذكور وإجراء المقتضي.

المحاكمة:

1- تعيين جلسة تبلغ للولي جد القاصرين الذين تتأثر حصتهم بإدخال الابن الذي كان حملاً.

2- يوم الجلسة يعقد مجلس شرعي تحضر فيه المدعية والولي المذكور وتنصب المدعية وصياً مؤقتاً على ابنها الذي كان حملاً، وتطلب إدخاله في حجة حصر إرث أبيه، وذلك لتصح خصومتها عنه، ثم تتلى لائحة الدعوى، وتكررها المدعية، وتطلب اجراء المقتضى ويسأل الولي على القاصرين عنها.

ثم تكلف المدعية إثبات دعواها، لأن اقرار الولي لا يسري على القاصرين، فتبرز شهادة ولادة المولود الذي كان حملاً عند وفاة والده، وتسمى البينة الشخصية أي شهادة الشهود على دعواها، لأن شهادة الولادة وحدها لا تكفي للإثبات، وبعد تسمية الشهود تسمع المحكمة الشهود كل شاهد على انفراد، وذلك بعد القسم والاستشهاد من كل واحد منهم، فإذا شهد اثنان مكلفان شرعاً على

دعواها تعلن المحكمة قناعتها بها، وتسأل الطرفين عن أقوالهما الأخيرة فإذا كرر أقوالهما وطلبا إجراء المقتضي تختم المحاكمة ويصدر الحكم بإدخال الابن الذي كان حملاً عند وفاة أبيه وولد بعد وفاته في حصر إرثه وتبين السهام الشرعية حسب الأصول.

وإذا تغيب الولي بعد تبليغه حسب الأصول تعين المحكمة المدعية وصياً مؤقتاً على الابن الذي كان حملا، لتصح خصومتها عنه، ويحاكم الولي غيابياً بناء على طلبها وتتلى لائحة الدعوى، وتكررها المدعية، وتطلب اجراء المقتضى، وتكلف المحكمة المدعية إثبات دعواها فإذا اثبتتها بالبينة الشرعية– الخطية والشخصية المعتبرة أو الشخصية المعتبرة– تعلن المحكمة قناعتها بالبينة الشخصية(شهادة الشهود) وتسأل المدعية عن أقوالها الأخيرة وبعد تكررها أقوالها وطلبها إجراء المقتضي تعلن المحكمة ختام المحاكمة وتصدر قرار حكمها بإبطال حجة حصر الإرث السابقة وتصحيحها بإدخال الابن الذي كان حملاً وتبين السهام الشرعية حسب الأصول.

القرار:

بناء على الدعوى والطلب والبينتين الخطية والشخصية المستمعة المقنعة وعملاً بالمواد..... فقد حكمت المحكمة بإبطال حجة إرث المتوفى..... المذكور رقم..... تاريخ..... الصادرة عن محكمة..... وتصحيحها بإدخال ابنه..... الذي كانت أمه حاملاً به عند وفاته في ورثته وحكمت بانحصار إرث المتوفى..... المذكور الذي توفي بتاريخ..... في والده..... وفي زوجته..... وفي ابنائه منها وهم.....و.....و.....و.....الذي كان حملاً عند وفاة والده وولد بعد وفاته فقط ولا وارث له سواهم وصحت المسألة الشرعية من..... سهماً منها لوالد المتوفى..... كذا سهماً ولزوجته..... كذا سهماً..... ولكل من أبنائه.....و.....و.....و..... الذي كان حملاً عند وفاة والده كذا سهماً حكماً غيابياً قابلاً للاعتراض والاستئناف وتابعاً للاستئناف أفهم للمدعية علناً تحريراً في.....

— **الدفع بموت أحد الورثة قبل المورث:**

كما ورد في ملف الدعوى أساس ..... لدى محكمة ..... الشرعية، والتي موضوعها طلب اثبات حجة حصر إرث، المقامة من المدعي..... على المدعى عليه....، بعد حضور الخصوم ومن ينوب عنهم، وبتلاوة الدعوى وتكرارها، وبسؤال المدعى عليه عن الدعوى اجاب بدفع الدعوى بالقول بأن أحد الورثة مات قبل المورث، وقدم بينه خطية تثبت ذلك، وبالتدقيق والمداولة تبين للمحكمة صحة كلام المدعى عليه وهو بأن أحد الورثة مات قبل المورث، فقام القاضي بإجراء الإيجاب الشرعي ورد الدعوى حسب الأصول

— **الدفع بعدم موت المورث:**

كما ورد في ملف الدعوى أساس ..... لدى محكمة ..... الشرعية، والتي موضوعها طلب اثبات حجة حصر إرث، المقامة من المدعي..... على المدعى عليه....، بعد حضور الخصوم ومن ينوب عنهم، وبتلاوة الدعوى وتكرارها، وبسؤال المدعى عليه عن الدعوى اجاب بدفع الدعوى بالقول بعدم موت المورث، وقدم بينه خطية تثبت ذلك، وبالتدقيق والمداولة تبين للمحكمة صحة كلام المدعى عليه وهو بأن المورث غير ميت وهو على قيد الحياة، فقام القاضي بإجراء الإيجاب الشرعي ورد الدعوى حسب الأصول.

— **الدفع بأن تم توزيع التركة في حال حياة المورث:**

كما ورد في ملف الدعوى أساس ..... لدى محكمة ..... الشرعية، والتي موضوعها طلب اثبات حجة حصر إرث، المقامة من المدعي..... على المدعى عليه....، بعد حضور الخصوم ومن ينوب عنهم، وبتلاوة الدعوى وتكرارها، وبسؤال المدعى عليه عن الدعوى اجاب بدفع الدعوى بالقول بقيام المورث بتوزيع التركة حال حياته، وقدم بينه خطية تثبت ذلك، وبالتدقيق والمداولة

تبين للمحكمة عدم صحة كلام المدعى عليه وهو توزيع المورث التركة حال حياته، فقام القاضي بإجراء الإيجاب الشرعي والسير الدعوى حسب الأصول.

— الدفع بأن الوارث محجوب حجب حرمان من الميراث:

كما ورد في ملف الدعوى أساس ..... لدى محكمة ..... الشرعية، والتي موضوعها طلب اثبات حجة حصر إرث، المقامة من المدعي..... على المدعى عليه....، بعد حضور الخصوم ومن ينوب عنهم، وبتلاوة الدعوى وتكرارها، وبسؤال المدعى عليه عن الدعوى اجاب بدفع الدعوى بالقول بأن الوارث محجوب حجب حرمان من الميراث، وقدم بينه خطية تثبت ذلك، وبالتدقيق والمداولة تبين للمحكمة صحة كلام المدعى عليه وهو أن الوارث محجوب حجب حرمان من الميراث، فقرر القاضي إجراء الإيجاب الشرعي ورد الدعوى حسب الأصول.

— الدفع بطلاق الزوجة:

كما ورد في ملف الدعوى أساس ..... لدى محكمة ..... الشرعية، والتي موضوعها طلب اثبات حجة حصر إرث، المقامة من المدعي..... على المدعى عليه....، بعد حضور الخصوم ومن ينوب عنهم، وبتلاوة الدعوى وتكرارها، وبسؤال المدعى عليه عن الدعوى اجاب بدفع الدعوى بالقول بأن زوجة المتوفى مطلقه قبل وفاته بفترة زمنيه كبيره، وقدم بينه خطية تثبت ذلك، وبالتدقيق والمداولة تبين للمحكمة صحة كلام المدعى عليه وهو أن زوجة المتوفى مطلقه قبل وفاته بفترة زمنيه كبيره ، فقرر القاضي إجراء الإيجاب الشرعي ورد الدعوى حسب الأصول.

— الدفع بأن المورث مدين بدين يستغرق التركة:

كما ورد في ملف الدعوى أساس ..... لدى محكمة ..... الشرعية، والتي موضوعها طلب اثبات حجة حصر إرث، المقامة من المدعي.... على المدعى عليه.....، بعد حضور الخصوم ومن ينوب عنهم، وبتلاوة الدعوى وتكرارها، وبسؤال المدعى عليه عن الدعوى اجاب بدفع الدعوى بالقول بأن المورث مدين بدين يستغرق التركة، وقدم بينه خطية تثبت ذلك، وبالتدقيق والمداولة

تبين للمحكمة صحة كلام المدعى عليه وهو بأن المورث مدين بدين يستغرق التركة ، فقام القاضي بإجراء الإيجاب الشرعي ورد الدعوى.

— الدفع بعدم حياة أحد الورثة:

كما ورد في ملف الدعوى أساس ..... لدى محكمة ..... الشرعية، والتي موضوعها طلب اثبات حجة حصر إرث، المقامة من المدعي.... على المدعى عليه.....، بعد حضور الخصوم ومن ينوب عنهم، وبتلاوة الدعوى وتكرارها، وبسؤال المدعى عليه عن الدعوى اجاب بدفع الدعوى بالقول بأن المورث لا يوجد له ورثه، وقدم بينه خطية تثبت ذلك، وبالتدقيق والمداولة تبين للمحكمة عدم صحة كلام المدعى عليه وهو أن المورث لا يوجد له ورثه، فقرر القاضي السير في الدعوى وفق الإيجاب الشرعي وحسب الأصول.

الخاتمة:

وفيها أهم النتائج والتوصيات:

الخاتمة:

قال الله تعالى: ﴿ وَمَا تَوْفِيقِي إِلَّا بِاللَّهِ ﴾[1].

الحمد لله الذي بنعمته تتم الصالحات، الحمد لله الذي هدانا لهذا، وما كنا لنهتدي لولا هدانا الله، والصلاة والسلام على أشرف الخلق وسيد المرسلين محمد بن عبد الله، وعلى آله وصحبه أجمعين، ومن تبعهم بإحسان إلى يوم الدين، وبعد:

فقد توصلت الرسالة إلى أهم النتائج والتوصيات الآتية:

ـــ أولاً: أهم نتائج الرسالة:

1- تعتبر الدفوع من أهم المواضيع التي تتخذ في المحكمة، ومن الخصوم، من أجل الوصول إلى الحكم العادل في الدعوى.

2- الدفع حق لطرفي الخصومة، ولكل ذي صفة، أو مصلحة.

3- أقرت الشريعة الإسلامية الدفع بدرجاته بهدف الوصول إلى الحق وإعطاء الفرصة الكاملة لطرفي الخصومة بالدفاع عن نفسيهما للتوصل إلى الحق بالدليل الثابت ما أمكن ذلك.

4- يثبت دفع الدعوى بالإقرار، والبينة، و النكول.

5- يشترط في الدفع ما يشترط في صحة الدعوى من شروط، ويضاف لها شروط خاصة بدعوى الدفع، وعلى هذا فإن بين الدعوى الأصلية ودعوى الدفع عموم وخصوص.

6- المدعى عليه مكلف بالجواب على الدعوى، ولا يقبل الدفع من غيره إلا أن يكون وكيلاً، أو وارثاً، أو ولياً، أو وصياً، أو متولي وقف، أو من يترتب على إقراره حكم.

[1]- سورة هود الآية:(88).

7- يترتب على ثبوت دفع الدعوى (الدفوع الموضوعية) وضع حد نهائي لمطالب المدعي، ومنعه من التعرض مرة أخرى للمدعى عليه، وأما ثبوت الدفع الإجرائي (الدفوع الشكلية) فإنه لا يترتب على ثبوتها إنهاء الخصومة، إنما تؤجلها إلى أن يصلح المدعي دعواه.

8- تتنوع الدفوع إلى شكلية، وموضوعية، ودفع بعدم القبول

9- الدفع الشكلي: هو دفع يتعلق بالإجراءات، وأما الدفوع الموضوعية تتعلق بأصل الحق المدعى به.

10-لم يذكر فقهاء المسلمين وقت إبداء الدفع الشكلي، أما فقهاء القانون قالوا بوجوب إبداء الدفع الشكلي قبل البدء في الخصومة واستثنوا من ذلك حالتين: 1- الدفوع الشكلية التي تتعلق بالنظام العام، كالاختصاص الوظيفي،2- حالة تأجيل طلب الدعوى من أجل الاطلاع على المستندات التي قدمها الخصوم.

11-اتفق الفقهاء على جواز إبداء الدفع الموضوعي في أي وقت تكون عليه الدعوى، واشترط الحنفية شرطين على إبداء الدفع الموضوعي بعد صدور الحكم، هما: 1- أن يتضمن هذا الدفع إبطال الحكم الأول إذا ثبت، 2- ألا يمكن التوفيق بين دفع المدعى عليه الذي أتى به بعد الحكم والدعوى الأصلية، واختلف فقهاء المالكية على قبول إبداء الدفع الموضوعي بعد الحكم على قولين، أما فقهاء القانون فقد اتفقوا على جواز إبداء الدفع الموضوعي في أي مرحلة تكون عليها الدعوى.

12- يشترط في لائحة دعوى الميراث ذكر عبارة: "ولا وارث سواهم، أو ولا وارث سوى من ذكر".

13-الدفوع الموضوعية التي ترد على دعاوى الوقف منها: الدفع بعدم أهلية الواقف للتبرع، والدفع بعدم ملكية الوقف، والدفع بعدم تسجيل هذا الوقف في الدوائر الرسمية، هذا ما توصل إليه الباحث.

14-الدفوع الموضوعية التي ترد على دعاوى الوصية منها: الدفع بعدم أهلية الموصي للتبرع، والدفع بوفاة الموصى له في حال حياة الموصي، والدفع بأن الموصى له جهة معصية، والدفع بأن الموصى له وارث، والدفع بأن الموصى له قتل الموصي بعد الوصية، والدفع بأن الموصي رجع عن الوصية حال حياته، والدفع بعدم ملكية الموصى به للموصي، والدفع بأن الوصية تزيد عن الثلث، الدفع بأن الموصى له رد الوصية، والدفع بأن الوصية معلقة على شرط صحيح لم يطبق، والدفع بأن الموصى له مجهول، والدفع بعدم تسجيل حجة الوصية في المحكمة، والدفع بهلاك الموصى به وأنه لم يعد موجوداً، والدفع بأن الموصي مديناً بدين يستغرق كل ماله، والدفع بأن الموصي أكُره على الوصية، هذا ما توصل إليه الباحث.

15-الدفوع الموضوعية التي ترد على دعاوى الميراث منها: الدفع بأن الوارث قتل المورث عمداً، والدفع بأن الوارث كافر، والدفع بأن الوراث محجوب حجب حرمان من الميراث، والدفع بأنه تم توزيع التركة في حال حياة المورث، والدفع بأن المورث مديناً بدين يستغرق كل ماله، والدفع بأن الوارث ولد زنى.

ـــ ثانياً: أهم التوصيات:

أ- أوصي بدراسة الدفوع الشكلية والموضوعية في قضايا الأحوال الشخصية المختلفة في المحاكم الشرعية.

ب- أوصي أن يكون هناك قانون مستقل في فلسطين عن باقي الدول العربية، حيث إن المطبق في الضفة الغربية هو قوانين أردنية، ومنها قانون الأحوال الشخصية لسنة 1976م، وقد جرى عليه بعض التعديلات، ونحن مازلنا متمسكين بالقديم، وقانون أصول المحاكمات الشرعية لسنة 1959م، وغيرها من القوانين.

المصادر والمراجع:

1-القرآن الكريم.

2-(إبراهيم مصطفى / أحمد الزيات / حامد عبد القادر / محمد النجار)- المعجم الوسيط - مجمع اللغة العربية بالقاهرة- دار الدعوة- بدون طبعة.

3-آدم نوح علي معابده القضاة - الاستئناف في نظام القضاء الشرعي الأردني- بحث مقدم إلى ندوة القضاء الشرعي في العصر الحاضر- جامعة الشارقة

4-آل خنين- عبد الله بن محمد بن سعد - الدفوع المؤقتة والمطلقة - مجلة العدل (48)- شوال 1431هـ

5-أنطاكي - رزق الله - أصول المحاكمات في المواد المدنية والتجارية - جامعة دمشق - الطبعة الثالثة: 1961

6-البجيرمي - سليمان بن محمد بن عمر المصري الشافعي(ت:1221هـ) - تحفة الحبيب على شرح الخطيب(حاشية البجيرمي على الخطيب) - دار الفكر- الطبعة: بدون طبعة - تاريخ النشر: 1415هـ - 1995م.

7-البخاري- محمد بن إسماعيل أبو عبدالله الجعفي(ت: 256هـ)-المحقق: محمد زهير بن ناصر الناصر- الجامع المسند الصحيح المختصر من أمور رسول الله صلى الله عليه وسلم وسننه وأيامه = صحيح البخاري- دار طوق النجاة- الطبعة: الأولى، 1422هـ.

8-براج- جمعة محمد محمد- أحكام الميراث في الشريعة الإسلامية- جامعة الأزهر- دار الفكر للنشر والتوزيع.

9-البركتي- محمد عميم الإحسان المجددي- التعريفات الفقهية- دار الكتب العلمية- الطبعة: الأولى، 1424هـ - 2003م.

10-أبو البصل- عبد الناصر موسى- شرح قانون أصول المحاكمات الشرعية ونظام القضاء الشرعي -دار الثقافة – الطبعة الأولى.

11-البعلي- محمد بن أبي الفتح بن أبي الفضل البعلي، أبو عبد الله، شمس الدين (ت: 709هـ) -المطلع على ألفاظ المقنع -المحقق: محمود الأرناؤوط وياسين محمود الخطيب- مكتبة السوادي للتوزيع- الطبعة: الطبعة الأولى 1423هـ - 2003 م

12-البغوي- أبو محمد الحسين بن مسعود ،محيي السنة (ت: 510هـ)- معالم التنزيل في تفسير القرآن(تفسير البغوي) – المحقق: حققه وخرج أحاديثه محمد عبد الله النمر وآخرون – دار طيبة للنشر والتوزيع-الطبعة: الرابعة، 1417 هـ - 1997م.

13-بني بكر- قاسم محمد- نظرية الدفع الموضوعي في الفقه الإسلامي والقانون وتطبيقاتها في القضاء الشرعي -الدار الثقافية – الطبعة الأولى: 2009- 1430.

14-البهوتى الحنبلي- منصور بن يونس بن صلاح الدين ابن حسن بن إدريس (ت: 1051هـ)- كشاف القناع عن متن الإقناع – دار الكتب العلمية- بدون الطبعة.

15-الترمذي - محمد بن عيسى بن سَوْرة بن موسى بن الضحاك، الترمذي، أبو عيسى (ت: 279هـ) - الجامع الكبير - سنن الترمذي - المحقق: بشار عواد معروف- دار الغرب الإسلامي – بيروت -سنة النشر: 1998م.

16-الجاسر- سليمان بن جاسر بن عبد الكريم- لمحات مهمة في الوصية- مدار الوطن للنشر، الرياض – المملكة العربية السعودية- الطبعة: الثانية، 1434 هـ - 2013 م السرخسي- محمد بن أحمد بن أبي سهل شمس الأئمة (ت: 483هـ) - المبسوط- دار المعرفة – بيروت- بدون طبعة- تاريخ النشر: 1414هـ - 1993م.

17-جبارين – صالح علي يونس – التمييز بين المدعي والمدعى عليه وأثره في الفقه الإسلامي – جامعة الخليل.

18-ابن جزي- محمد بن أحمد بن محمد بن عبد الله، الكلبي الغرناطي أبو القاسم (ت: 741هـ)- القوانين الفقهية- بدون ناشر – بدون طبعة.

19-جعيط – محمد العزيز- الطريقة المرضية في الإجراءات الشرعية على مذهب المالكية – مكتبة الاستقامة: تونس –الطبعة الثانية.

20-ابن حجر- أحمد بن علي أبو الفضل العسقلاني الشافعي(ت: 852هـ) – فتح الباري شرح صحيح البخاري – دار المعرفة – بيروت، 1379 – بدون طبعة.

21-الحطاب الرُّعيني المالكي- شمس الدين أبو عبد الله محمد بن محمد بن عبد الرحمن الطرابلسي المغربي، (ت: 954هـ)- مواهب الجليل في شرح مختصر خليل – دار الفكر – الطبعة: الثالثة، 1412هـ – 1992م.

22-الخازن – علاء الدين علي بن محمد بن إبراهيم بن عمر الشيحي أبو الحسن،(ت: 741هـ) – لباب التأويل في معاني التنزيل – تصحيح: محمد علي شاهين- دار الكتب العلمية – بيروت–الطبعة: الأولى، 1415هـ

23-خالد محمد الأدغم – الدفوع الموضوعية في دعاوى التفريق بحكم القاضي- جامعة الإسلامية – غزة

24-الخطيب الشربيني – شمس الدين، محمد بن أحمد الشافعي(ت: 977هـ) – مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج- دار الكتب العلمية–الطبعة: الأولى، 1415هـ – 1994م.

25-داود- أحمد محمد علي – الحقوق المتعلقة بالتركة بين الفقه والقانون – دار الثقافة- 2009م.

26-داود- احمد محمد علي - القضاء والدعوى والاثبات والحكم في الشريعة الإسلامية والتطبيق القضائي- الطبعة الاولى:2012م - 1433هـ - دار الثقافة.

27-داود- أحمد محمد علي - القضايا والأحكام في المحاكم الشرعية -دار الثقافة- الطبعة الأولى: 2006م-1427هـ.

28-داود- احمد محمد علي- القرارات الاستئنافية في اصول المحاكمات الشرعية ومناهج الدعوى -ط1-دار الثقافة للنشر.

29-أبو داود- سليمان بن الأشعث بن إسحاق بن بشير بن شداد بن عمرو الأزدي السِّجِسْتاني (ت: 275هـ)- سنن أبي داود- المحقق: محمد محيي الدين عبد الحميد- المكتبة العصرية، صيدا - بيروت - بدون طبعة.

30-الدسوقي - محمد بن أحمد بن عرفة المالكي(ت: 1230هـ) - حاشية الدسوقي على الشرح الكبير - دار الفكر-الطبعة: بدون طبعة وبدون تاريخ.

31-الدغمى - محمد راكان ضيفا الله- دعوى التناقض والدفع في الشريعة الاسلامية - دار الجبل- بيروت - لبنان- طبعة أولى 1411هـ

32-الدكتور مُصطفى الخِنْ، الدكتور مُصطفى البُغا، علي الشّرْبجي- الفقه المنهجي على مذهب الإمام الشافعي رحمه الله تعالى- دار القلم للطباعة والنشر والتوزيع، دمشق-الطبعة: الرابعة، 1413 هـ - 1992م.

33-ابن أبي الدم- شهاب الدين أبي اسحاق ابراهيم بن عبد الله الهمداني الحمي-(ت: 642هـ)- ادب القضاء- تحقيق محي هلال السرحان- الطبعة الأولى-1404هـ-1984م- مطبعة الارشاد -بغداد

34-الرازي- زين الدين أبو عبد الله محمد بن أبي بكر بن عبد القادر الحنفي (ت: 666هـ)- مختار الصحاح - المحقق: يوسف الشيخ محمد - المكتبة العصرية - الدار النموذجية، بيروت - صيدا- الطبعة: الخامسة، 1420هـ / 1999م

35-أبو ريا- عبد الله محمد- جواب المدعى عليه على الدعوى وتطبيقاتها في المحاكم الشرعية- الجامعة الإسلامية -غزة

36-الزاوي - الطاهر أحمد(ت: 1986م) - مختار القاموس مرتب على طريقة مختار الصحاح والمصباح المنير - الدار العربية للكتاب - دون طبعة

37-الزَّبِيدِيّ - أبو بكر بن علي بن محمد الحدادي العبادي اليمني الحنفي(ت: 800هـ) - الجوهرة النيرة - المطبعة الخيرية-الطبعة: الأولى، 1322هـ

38-الزَّبيدي، محمّد بن محمّد بن عبد الرزّاق الحسيني، أبو الفيض، الملقّب بمرتضى،(ت: 1205هـ) - تاج العروس من جواهر القاموس - دار الهداية - دون طبعة.

39-الزحيلي - وهبة بن مصطفى - الفقه السلامي وأدلته - دار الفكر - سوريَّة - دمشق - الطبعة: الرَّابعة.

40-الزرقا- مصطفى احمد - المدخل الفقهي العام - دار القلم دمشق - الطبعة الثانية: 1425هـ - 2004م.

41-الزركشي- شمس الدين محمد بن عبد الله المصري الحنبلي(ت: 772هـ)- شرح الزركشي- دار العبيكان- الطبعة: الأولى، 1413 هـ - 1993م.

42-الزمخشري- أبو القاسم محمود بن عمرو بن أحمد، جار الله(ت: 538هـ)-الكشاف عن حقائق غوامض التنزيل - دار الكتاب العربي - بيروت- الطبعة: الثالثة - 1407هـ.

43-الزيلعي – تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق وحاشية الشِّلْبِيِّ –عثمان بن علي بن محجن البارعي، فخر الدين الحنفي(ت: 743 هـ) – الحاشية: شهاب الدين أحمد بن محمد بن أحمد بن يونس بن إسماعيل بن يونس الشِّلْبِيُّ(ت: 1021هـ)– المطبعة الكبرى الأميرية – بولاق، القاهرة–الطبعة: الأولى، 1313هـ.

44-أبو سردانه– محمد حسين – أصول الإجراءات القضائية والتوثيقات الشرعية– طبعة الأولى– 1424هـ– 2003م– دار العلوم ،الأردن .

45-سيده المرسي – أبو الحسن علي بن إسماعيل(ت: 458هـ)– المخصص – المحقق: خليل إبراهم جفال– دار إحياء التراث العربي – بيروت– الطبعة: الأولى، 1417هـ 1996م

46- السيوطي – عبد الرحمن بن أبي بكر، جلال الدين(ت: 911هـ) – الأشباه والنظائر – دار الكتب العلمية– الطبعة: الأولى، 1411هـ – 1990م

47-الشافعي – أبو عبد الله محمد بن إدريس بن العباس بن عثمان بن شافع بن عبد المطلب بن عبد مناف المطلبي القرشي المكي(ت: 204هـ) – الأم– دار المعرفة – بيروت– الطبعة: بدون طبعة

48-الشيرازي– أبو اسحاق إبراهيم بن علي بن يوسف (ت: 476هـ)– المهذب في فقه الإمام الشافعي– دار الكتب العلمية– بدون طبعة.

49-ابن الصلاح – عثمان بن عبد الرحمن، أبو عمرو، تقي الدين(ت: 643هـ) – فتاوى ابن الصلاح – المحقق: د. موفق عبد الله عبد القادر– مكتبة العلوم والحكم , عالم الكتب – بيروت– الطبعة: الأولى، 1407

50-الصنعاني- محمد بن إسماعيل بن صلاح بن محمد الحسني، الكحلاني ثم ، أبو إبراهيم، عز الدين، المعروف كأسلافه بالأمير(ت: 1182هـ)- سبل السلام - دار الحديث - بدون طبعة وبدون تاريخ.

51-ابن عابدين- علاء الدين محمد بن(محمد أمين) بن عمر بن عبد العزيز عابدين الحسيني الدمشقي(ت: 1306هـ) - قره عين الأخيار لتكملة رد المحتار علي «الدر المختار شرح تنوير الأبصار»(مطبوع بآخر رد المحتار)- دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت - لبنان- بدون طبعة.

52-ابن عابدين- محمد أمين بن عمر بن عبد العزيز عابدين الدمشقي الحنفي(ت: 1252هـ)- رد المحتار على الدر المختار - دار الفكر-بيروت- الطبعة: الثانية، 1412هـ - 1992م.

53-ابن عابدين - محمد علاء الدين(1306هـ)- قرة عيون الأخيار تكملة رد المحتار- المطبعة العثمانية- سنة 1327هـ

54-عبد الله محمد ربابعه، ويوسف عبد الله الشريفين- وقت اثارة دفع الدعوى - دراسات، علوم الشرعية والقانون —المجلد 35- العدد 1 ،2008.

55-عبد الوهاب خيري علي العاني - نظام المرافعات: دراسة فقهية مقارنة بين الشريعة والقانون المدني الأردني- مكتبة الأهرام القاهرة - الطبعة الأولى 2014.

56-العتمي- علي بن حسن بن جعفر - دفع الدعوى في الشريعة الاسلامية وتطبيقاته في نظام المرافعات الشرعية السعودي - جامعة نايف العربية للعلوم الامنية.

57-العز بن بد السلام - أبو محمد عز الدين عبد العزيز بن عبد السلام بن أبي القاسم بن الحسن السلمي الدمشقي، (ت: 660هـ)- قواعد الأحكام في مصالح الأنام- مكتبة الكليات الأزهرية - القاهرة - طبعة: 1414 هـ - 1991م.

58-علاء الدين - محمد بن أحمد بن أبي أحمد، أبو بكر السمرقندي (ت: نحو 540هـ) - تحفة الفقهاء - دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان- الطبعة: الثانية، 1414 هـ - 1994 م

59-علي حيدر- خواجه أمين أفندي (ت: 1353هـ) - أصول استماع الدعوى الحقوقية(مجموعة مقالات نشرت في الجريدة العدلية التركية سنة 1326-1327هـ)- المطبعة الترقي دمشق - الطبعة الأولى

60-علي حيدر -خواجه أمين أفندي- درر الحكام في شرح مجلة الأحكام- (ت: 1353هـ)- تعريب: فهمي الحسيني- دار الجيل- الطبعة: الأولى، 1411هـ - 1991م.

61-عمر - أحمد مختار عبد الحميد(ت: 1424هـ) - معجم اللغة العربية المعاصرة - عالم الكتب-الطبعة: الأولى، 1429 هـ - 2008 م

62-عمر- نبيل إسماعيل - أصول المحاكمات المدنية والتجارية - المطبعة دار المعارف، الإسكندرية - الطبعة الأولى -1986م

63-عمرو- عبد الفتاح -القرارات القضائية في أصول المحاكمات الشرعية-عمان: دار يمان للنشر والتوزيع- الطبعة الأولى.

64-العيلوي - سليمان بن أحمد - الدعوى القضائية بين السريعة والأنظمة الوضعية - مكتبة التوبة - الطبعة الأولى: 1433هـ - 2012م

65-ابن فارس- أحمد بن زكرياء القزويني الرازي، أبو الحسين(ت: 395هـ)- معجم مقاييس اللغة - المحقق: عبد السلام محمد هارون - دار الفكر- بدون طبعة- عام النشر: 1399هـ - 1979م.

66-فتحي - محمد- الدفوع الموضوعية أمام المحاكم الجزائية- جامعة محمد خضير.

67-فتحي والي- نظرية البطلان في قانون المرافعات - دون ناشر- الطبعة الأولى سنة 1959م.

68-ابن فرحون - إبراهيم بن علي بن محمد، برهان الدين اليعمري(ت: 799هـ) - تبصرة الحكام في أصول الأقضية ومناهج الأحكام - مكتبة الكليات الأزهرية - الطبعة: الأولى، 1406هـ - 1986م

69-فؤاد عبد المنعم أحمد، والحسين علي غنيم - أحكام الدفوع في نظام المرافعات الشرعية السعودية - طبعة 2002م - المكتب العربي الحديث، الاسكندرية، مصر

70-الفيومي- أحمد بن محمد بن علي ثم الحموي، أبو العباس(ت: نحو 770هـ)-المصباح المنير في غريب الشرح الكبير- المكتبة العلمية - بيروت- دون طبعة.

71-القاري- احمد بن عبد الله - مجلة الأحكام الشرعية - تحقيق: عبد الوهاب ابراهيم ابو سليمان - الطبعة الأولى: 1401هـ - 1981م.

72-قانون أصول المحاكمات الشرعية رقم(31)عام 1959م - المنشور في العدد(1449) من الجريدة الرسمية الاردنية "الحكم الاردني) بتاريخ 1959/11/1م.

73-قانون الأحوال الشخصية الأردني رقم(36) لسنة 2010م

74-قانون الأحوال الشخصية الأردني لسنة 1976م

75-قانون الأوقاف والشؤون والمقدسات الإسلامية الاردني رقم32 لسنة2001، منشور في الجريدة الرسمية بعدد 4496 في 2001/7/16.

76-قانون المدني الأردني رقم(43) لسنة 1976م

77-القحطاني- دفع الدعوى-مجلة البحوث الإسلامية – مجلة دورية تصدر عن الرئاسة العامة لإدارات البحوث العلمية والإفتاء والدعوة والإرشاد- الرئاسة العامة لإدارات البحوث العلمية والإفتاء والدعوة والإرشاد.

78-قدامة المقدسي – أبو محمد موفق الدين عبد الله بن أحمد بن محمد الجماعيلي المقدسي ثم الدمشقي الحنبلي،(ت: 620هـ)- المغني لابن قدامة – مكتبة القاهرة-الطبعة: بدون طبعة.

79-قراعة- محمود علي- ملخص الأصول القضائية في المرافعات الشرعية ومذكرة التوثيقات الشرعية –مصر، مطبعة النهضة – الطبعة الثانية.

80-القرافي- أبو العباس شهاب الدين أحمد بن إدريس بن عبد الرحمن المالكي (ت: 684هـ)- الذخيرة – دار الغرب الإسلامي- بيروت –الطبعة: الأولى، 1994م.

81-القرافي- أبو العباس شهاب الدين أحمد بن إدريس بن عبد الرحمن المالكي (ت: 684هـ) – الفروق = أنوار البروق في أنواء الفروق – عالم الكتب – بدون طبعة وبدون تاريخ.

82-القرطبي- أبو عبد الله محمد بن أحمد بن أبي بكر بن فرح الأنصاري الخزرجي شمس الدين (ت:671هـ)- الجامع لأحكام القرآن = تفسير القرطبي – تحقيق: أحمد البردوني وإبراهيم أطفيش – دار الكتب المصرية – القاهرة- الطبعة: الثانية، 1384هـ – 1964م.

83-الكاساني- علاء الدين، أبو بكر بن مسعود بن أحمد الحنفي(ت:587هـ) – بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع – دار الكتب العلمية- الطبعة: الثانية، 1406هـ – 1986م.

84-ابن كثير- أبو الفداء إسماعيل بن عمر بن كثير القرشي البصري ثم الدمشقي (ت: 774هـ)- تفسير القرآن العظيم- المحقق: سامي بن محمد سلامة – دار طيبة للنشر والتوزيع- الطبعة: الثانية 1420هـ – 1999 م

85-لجنة علماء برئاسة نظام الدين البلخي- الفتاوى الهندية- دار الفكر- الطبعة: الثانية، 1310 هـ.

86-ابن مازة - أبو المعالي برهان الدين محمود بن أحمد بن عبد العزيز بن عمر بن مَازَةَ البخاري الحنفي (ت: 616هـ)- المحيط البرهاني في الفقه النعماني فقه الإمام أبي حنيفة رضي الله عنه- المحقق: عبد الكريم سامي الجندي- دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان- الطبعة: الأولى، 1424 هـ - 2004 م

87-الماوردي - أبو الحسن علي بن محمد بن محمد بن حبيب البصري البغدادي، (ت: 450هـ)- الحاوي الكبير في فقه مذهب الإمام الشافعي وهو شرح مختصر المزني - المحقق: الشيخ علي محمد معوض - الشيخ عادل أحمد عبد الموجود- دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان- الطبعة: الأولى، 1419 هـ -1999 م

88-مجموعة من الفقهاء - مجلة الأحكام العدلية- المحقق: نجيب هواويني - نور محمد، كارخانه تجارتِ كتب، آرام باغ، كراتشي- دون طبعة.

89-محمد أحمد حسين- الوقف الاسلامي رؤية فقهية قانونية- دار الإفتاء الفلسطينية.

90-محمد الأمير المالكي - حاشية الأمير (ضوء الشموع شرح المجموع في الفقه المالكي) - بحاشية: حجازي العدوي المالكي- المحقق: محمد محمود ولد محمد الأمين المسومي- دار يوسف بن تاشفين - ط: الأولى، 1426 هـ - 2005 م.

91-محيسن-ابراهيم حرب- النظرية العامة للدفوع المدنية دراسة مقارنة - دار الفلاح للنشر والتوزيع- طبعة 2008.

92-المرداوي الدمشقي الصالحي الحنبلي - علاء الدين أبو الحسن علي بن سليمان،(ت: 885هـ)، الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف، ط3، دار إحياء التراث العربي، الطبعة: الثانية - بدون تاريخ.

93-مسلم - احمد - اصول المرافعات: التنظيم القضائي والإجراءات والأحكام فى المواد المدنية والتجارية والشخصية - دار الفكر العربى - دون طبعة

94-مسلم بن الحجاج أبو الحسن القشيري النيسابوري(ت:261هـ)-المسند الصحيح المختصر بنقل العدل عن العدل إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم- المحقق: محمد فؤاد عبد الباقي - دار إحياء التراث العربي - بيروت- بدون طبعة.

95-المعبري المليباري الهندي - زين الدين أحمد بن عبد العزيز بن زين الدين بن علي بن أحمد -(ت: 987هـ)، فتح المعين بشرح قرة العين بمهمات الدين(هو شرح للمؤلف على كتابه هو المسمى قرة العين بمهمات الدين- دار بن حزم- الطبعة: الأولى.

96-ابن المنذر - أبو بكر محمد بن إبراهيم النيسابوري (ت:319هـ) - الإجماع - فؤاد عبد المنعم أحمد- دار المسلم للنشر والتوزيع-الطبعة: الطبعة الأولى 1425هـ/ 2004م

97-ابن منظور- محمد بن مكرم بن على، أبو الفضل، جمال الدين الأنصاري الرويفعى الإفريقى(ت: 711هـ)- لسان العرب- دار صادر - بيروت-الطبعة: الثالثة - 1414 هـ.

98-أبو النجا - موسى بن أحمد بن موسى بن سالم بن عيسى بن سالم الحجاوي المقدسي، ثم الصالحي، شرف الدين، (ت: 968هـ)-المحقق: عبد اللطيف محمد موسى السبكي- دار المعرفة بيروت - لبنان

99-ابن نجيم المصري - زين الدين بن إبراهيم بن محمد(ت: 970هـ)- البحر الرائق شرح كنز الدقائق - وفي آخره: تكملة البحر الرائق لمحمد بن حسين بن علي الطوري الحنفي القادري

(ت بعد 1138هـ)- دار الكتاب الإسلامي- وبالحاشية: منحة الخالق لابن عابدين- دار الكتاب الإسلامي- الطبعة: الثانية - بدون تاريخ.

100- النسفي- أبو البركات عبد الله بن أحمد بن محمود حافظ الدين،(ت: 710هـ)، كنز الدقائق، ط1، دار البشائر الإسلامية، دار السراج، تحقيق: أ. د. سائد بكداش - دار البشائر الإسلامية، دار السراج- الطبعة: الأولى، 1432هـ - 2011م.

101- النووي- أبو زكريا محيي الدين يحيى بن شرف (ت:676هـ)-المنهاج شرح صحيح مسلم بن الحجاج - دار إحياء التراث العربي - بيروت- الطبعة: الثانية.

102- ابن الهمام -كمال الدين محمد بن عبد الواحد السيواسي (ت: 861هـ)- فتح القدير-)- دار الفكر -الطبعة: بدون طبعة وبدون تاريخ

103- الهيتمي- أحمد بن محمد بن علي بن حجر- تحفة المحتاج في شرح المنهاج- المكتبة التجارية الكبرى بمصر لصاحبها مصطفى محمد - بدون طبعة - عام النشر: 1357 هـ - 1983 م

104- وزارة الأوقاف والشئون الإسلامية - الموسوعة الفقهية الكويتية - الكويت- الطبعة:(من 1404 - 1427 هـ).

105- أبو الوفا- احمد- نظرية الدفوع في قانون المرافعات -دون ناشر- الطبعة الرابعة.

106- أبو الوليد- أحمد بن محمد بن محمد، لسان الدين ابن الشِّحْنَة الثقفي الحلبي الحلبي(ت: 882هـ)-لسان الحكام في معرفة الأحكام - البابي الحلبي - القاهرة- الطبعة: الثانية، 1393 - 1973.

107- ياسين- محمد نعيم - نظرية الدعوى بين الشريعة الإسلامية وقانون المرافعات المدنية والتجارية -دار عالم الكتب- الرياض - ط: 1423/ 2003.

108- أبو يوسف- مأمون محمد- الدفوع الموضوعية في دعاوى النفقات – دار الثقافة – الطبعة الثالثة: 2011-1432.

109- http://www.bahrainlaw.net/topic-t986.html - نقل عن كتاب احكام الوصية في الشرع والقانون

فهرس الموضوعات:

الإهداء.....ب

الشكر والتقدير.....ت

ملخص الرسالة بالعربية.....ث

ملخص الرسالة انخليزي.....ح

المقدمة.....د

أهمية الدراسة.....ذ

أسباب اختيار الدراسة.....ذ

أهداف الدراسة.....ر

الدراسات السابقة.....ز

منهج الدراسة.....ص

حدود الدراسة.....ص

محتوى الدراسة.....ض

الفصل التمهيدي: ويشمل: حقيقة الدعوى، ومشروعيتها، وأطرافها، وأنواعها.....1

المبحث الأول: الدعوى مفهومها، ومشروعيتها، وفيه ثلاثة مطالب.....2

المطلب الأول: مفهوم الدعوى لغة، وشرعاً، وقانوناً.....3

الفرع الأول: الدعوى في اللغة.....3

الفرع الثاني: الدعوى شرعاً.....4

المطلب الثاني: مفهوم الدعوى قانوناً.....7

المطلب الثالث: مشروعية الدعوى في الكتاب والسنة والإجماع.....8

المبحث الثاني: أطراف الدعوى، وأنواعها، وشروط صحتها، وإجراءاته.....11

المطلب الأول: أطراف الدعوى والتمييز بين المدعي والمدعى عليه.....12

الفرع الأول: أطراف الدعوى.....12

الفرع الثاني: ضابط التمييز بين المدعي والمدعى عليه.....12

المطلب الثاني: أنواع الدعوى.....19

المطلب الثالث: شروط صحة الدعوى.....21

المطلب الرابع: إجراءات الدعوى.....22

الفصل الأول: ويشمل: مفهوم الدفوع، ومشروعيتها، وتقسيماتها، وشروطها، وأثرها.....24

المبحث الأول: مفهوم الدفوع، ومشروعيتها.....25

المطلب الأول: مفهوم الدفوع لغةً، واصطلاحا.....26

الفرع الأول: الدفوع في اللغة.....26

الفرع الثاني: الدفوع في الاصطلاح الفقهي.....26

المطلب الثاني: مفهوم الدفوع قانوناً.....28

المطلب الثالث: مشروعية الدفوع في الفقه الإسلامي.....31

المبحث الثاني: تقسيمات الدفوع وشروطها.....34

المطلب الأول: تقسيمات الدفوع بشكل عام.....35

الفرع الأول: تقسيم الدفوع من جهة وقتها.....35

الفرع الثاني: تقسيم الدفوع من جهة طبيعتها.....37

المطلب الثاني: الشروط العامة والخاصة لإبداء الدفوع.....38

المطلب الثالث: وسائل إثبات الدفوع.....42

المبحث الثالث: أحكام الدفع، وآثاره، ووقت إبدائه، وبيان دفع الدفع.....43

المطلب الأول: من يملك حق دفع الدعوى.....44

المطلب الثاني: وقت دفع الدعوى.....48

المطلب الثالث: الأثر المترتب على دفع الدعوى.....49

المطلب الرابع: بيان دفع الدفع.....50

الفصل الثاني: الدفوع الشكلية مفهومها، وصورها في المحاكم وتطبيقاتها.....52

المبحث الأول: مفهوم الدفوع الشكلية، وقواعدها، وأثرها، والتفريق بينها وبين الدفوع الموضوعية.....53

المطلب الأول: مفهوم الدفوع الشكلية.....54

المطلب الثاني: قواعد الدفوع الشكلية.....54

المطلب الثالث: وقت إثارة الدفوع الشكلية.....57

الفرع الأول: وقت إثارة الدفع الشكلي في الفقه الإسلامي.....57

الفرع الثاني: وقت إثارة الدفع الشكلي في القانون.....57

المطلب الرابع: أثر الدفوع الشكلية.....59

المطلب الخامس: الفرق بين الدفوع الشكلية والدفوع الموضوعية.....60

المبحث الثاني: صور الدفوع الشكلية أمام المحاكم الشرعية.....62

المطلب الأول: الدفوع الشكلية أمام المحاكم الابتدائية.....63

الفرع الأول: الدفع بعدم اختصاص المحكمة برؤية الدعوى.....63

الفرع الثاني: الدفع بعدم الخصومة.....64

الفرع الثالث: الدفع بارتباط الدعوى بدعوى أخرى.....64

الفرع الرابع: الدفع بوجود نفس الدعوى في محكمة أخرى.....64

الفرع الخامس: الدفع بعدم صحة الدعوى.....65

الفرع السادس: الدفع ببطلان أوراق التبليغ.....65

الفرع السابع: الدفع بعدم دفع رسوم الدعوى أو استكمالها.....66

الفرع الثامن: الدفع بأن الحكم قد صدر في هذه الدعوى من محكمة أخرى.....66

الفرع التاسع: الدفع بمرور الزمن(التقادم).....66

الفرع العاشر: الدفع بتأخير الدعوى من أجل إعداد الدفاع.....67

الفرع الحادي عشر: الدفع بوقف البت في الدعوى ريثما تفصل محكمة أخرى في مسألة عارضه.....67

المطلب الثاني: الدفوع الشكلية أمام محاكم الاستئناف.....68

الفرع الأول: الدفع بمضي وقت الاستئناف.....68

الفرع الثاني: الدفع بعدم وجود أسباب واضحه للاستئناف.....68

الفرع الثالث: الدفع بعدم استيفاء الرسوم للاستئناف.....68

الفرع الرابع: الدفع بوجود خطأ في أسماء الخصوم.....68

الفرع الخامس: الدفع ببطلان التبليغ في الاستئناف.....69

الفرع السادس: الدفع بعدم وجود توقيع للمستأنف على الاستئناف.....69

الفرع السابع: الدفع فيما يتعلق بوكالات المحامين.....69

المبحث الثالث: تطبيقات الدفوع الشكلية لدعاوى الوقف والوصية والميراث.....70

المطلب الأول: تطبيقات لدفوع شكلية في دعوى الوقف.....71

المطلب الثاني: تطبيقات لدفوع شكلية في دعوى الوصية.....74

المطلب الثالث: تطبيقات لدفوع شكلية في دعوى الميراث.....77

الفصل الثالث: الدفوع الموضوعية للدعاوى: الوقف، والوصية، والميراث، وتطبيقاتها في المحاكم الشرعية...81

المبحث التمهيدي: الدفوع الموضوعية مفهومها، وخصائصها، ووقت إثارتها.....82

المطلب الأول: مفهوم الدفوع الموضوعية.....83

المطلب الثاني: خصائص الدفوع الموضوعية.....83

المطلب الثالث: علاقة الدفوع الموضوعية بالدعوى.....84

المطلب الرابع: وقت إثارة الدفوع الموضوعية.....86

الفرع الأول: وقت إثارة الدفع الموضوعي في الفقه الإسلامي.....86

الفرع الثاني: وقت إثارة الدفع الموضوعي في القانون.....88

المطلب الخامس: أثر الدفوع الموضوعية.....89

المبحث الأول: الدفوع الموضوعية لدعاوى الوقف، وتطبيقاتها في المحاكم الشرعية.....91

المطلب الأول: مفهوم الوقف لغة وشرعاً وقانوناً.....92

المطلب الثاني: مشروعية الوقف وحكمته.....93

المطلب الثالث: الدفوع الموضوعية التي ترد على دعاوى الوقف.....95

الفرع الأول: الدفع بعدم أهلية الواقف للتبرع.....95

الفرع الثاني: الدفع بعدم ملكية الوقف.....95

الفرع الثالث: الدفع بعدم تسجيل هذا الوقف في الدوائر الرسمية.....96

الفرع الرابع: الدفع بعدم قابلية العقار للوقف وذلك لعدم أمكانية تقسيمه.....96

الفرع الخامس: الدفع ببطلان صيغة الوقف 96

الفرع السادس: الدفع بأن العقار مؤجراً فلا يمكن الانتفاع به.....96

الفرع السابع: الدفع بوجود شرط جعلي مبطل للوقف كاشتراط أن له بيعه أو هبته أو الرجوع عنه.....97

الفرع الثامن: الدفع بأن الموقوف عليه لا يصح أن يملك.....97

الفرع التاسع: الدفع بانقطاع الجهة الموقوف عليها.....97

الفرع العاشر: الدفع بجهالة الجهة الموقوف عليها.....97

الفرع الحادي عشر: الدفع بأن الموقوف عليه جهة معصية.....97

المطلب الرابع: نموذج على الدفوع الموضوعية لدعاوى وقف في المحاكم الشرعية.....98

المبحث الثاني: الدفوع الموضوعية لدعاوى الوصية، وتطبيقاتها في المحاكم الشرعية.....104

المطلب الأول: مفهوم الوصية لغة وشرعاً وقانوناً.....105

المطلب الثاني: مشروعية الوصية وحكمتها.....106

المطلب الثالث: التفريق بين الوصية والوقف.....110

المطلب الرابع: الدفوع الموضوعية التي ترد على دعاوى الوصية.....111

الفرع الأول: الدفع بعدم أهلية الموصي للتبرع.....111

الفرع الثاني: الدفع بوفاة الموصى له في حال حياة الموصي.....111

الفرع الثالث: الدفع بأن الموصى له جهة معصية.....111

الفرع الرابع: الدفع بأن الموصى له وارث.....112

الفرع الخامس: الدفع بأن الموصى له قتل الموصي بعد الوصية.....112

الفرع السادس: الدفع بأن الموصي رجع عن الوصية حال حياته.....112

الفرع السابع: الدفع بعدم ملكية الموصى به للموصي.....112

الفرع الثامن: الدفع بأن الوصية تزيد عن الثلث.....113

الفرع التاسع: الدفع بأن الموصى له رد الوصية.....113

الفرع العاشر: الدفع بأن الوصية معلقة على شرط صحيح لم يطبق.....114

الفرع الحادي عشر: الدفع بأن الموصى له مجهول.....114

الفرع الثاني عشر: الدفع بعدم تسجيل حجة الوصية في المحكمة.....114

الفرع الثالث عشر: الدفع بهلاك الموصى به وأنه لم يعد موجوداً.....115

الفرع الرابع عشر: الدفع بأن الموصي مدين بدين يستغرق كل ماله.....115

الفرع الخامس عشر: الدفع بأن الموصي أكُره على الوصية.....115

المطلب الخامس: نموذج على الدفوع الموضوعية لدعاوى وصية في المحاكم الشرعية.....116

المبحث الثالث: الدفوع الموضوعية لدعاوى الميراث، وتطبيقاتها في المحاكم الشرعية.....123

المطلب الأول: مفهوم الميراث لغة وشرعاً.....124

المطلب الثاني: مشروعية الميراث وحكمته.....125

المطلب الثالث: الفرق بين الوصية والميراث.....129

المطلب الرابع: الدفوع الموضوعية التي ترد على دعاوى الميراث.....130

الفرع الأول: الدفع بأن الوارث قتل المورث عمداً.....130

الفرع الثاني: الدفع بأن الوارث كافر.....130

الفرع الثالث: الدفع بأن الوراث محجوب حجب حرمان من الميراث.....130

الفرع الرابع: الدفع بأنه تم توزيع التركة في حال حياة المورث.....131

الفرع الخامس: الدفع بأن المورث مدين بدين يستغرق كل ماله.....131

الفرع السادس: الدفع بأن الوارث ولد زنى.....131

الفرع السابع: الدفع بعدم موت المورث.....132

الفرع الثامن: الدفع بعدم حياة أحد الورثة.....132

الفرع التاسع: الدفع بموت أحد الورثة قبل والده.....132

الفرع العاشر: الدفع باختلاف الدارين.....132

الفرع الحادي عشر: الدفع بطلاق الزوجة.....132

الفرع الثاني عشر: الدفع بإسلام الزوجة بعد الوفاة.....133

الفرع الثالث عشر: الدفع بزنى المورث بالوارث.....133

الفرع الرابع عشر: الدفع بانتفاء الزوجية باللعان بين الزوج والزوجة.....133

المطلب الخامس: نموذج على الدفوع الموضوعية لدعاوى ميراث في المحاكم الشرعية.....134

الخاتمة: وفيها أهم النتائج والتوصيات.....140

المصادر والمراجع.....144

فهرس الموضوعات.....159

تم بحمد الله.